

Werk

Titel: Unverbindlicher Gesetzesinhalt

Autor: Eisele, Fr.

Ort: Freiburg i. B.

Jahr: 1886

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1886_0019|log26

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

VI.

Unverbindlicher Gesetzesinhalt.

Von

Herrn Dr. Fr. Giese,
Professor in Freiburg i. B.*)

Ob irgend ein Gesetzesinhalt vom rein juristischen Standpunkt aus der den Einzelwillen bindenden Kraft ermangle, welcher Art dieser Inhalt und welches der Grund seiner Unverbindlichkeit sei: das sind Fragen, deren Beantwortung vor Allem für die Lehre von den Rechtsquellen von Bedeutung ist.

Sodann ist eine auf diesen Gegenstand gerichtete Untersuchung für Jeden von Belang, welcher das in Gesetzen enthaltene Recht zu theoretischen oder praktischen Zwecken festzustellen hat. Erinnern wir zunächst an die Hauptquelle unseres gegenwärtigen gemeinen deutschen Privatrechts, das *corpus iuris civilis*. Daß in demselben — und zwar nicht

*) Die nachfolgende Abhandlung ist der revidierte und theilweis erweiterte Abdruck einer im September d. J. ausgegebenen Festschrift. Der größte Theil derselben ist schon früher, im Jahre 1883, verfaßt worden. Nach dieser Zeit sind zwei Abhandlungen erschienen, welche in das Gebiet dieser Untersuchung eingreifen, und theilweise zu übereinstimmenden Resultaten kommen: die des verstorbenen Göppert über die rückwirkende Kraft neuer Gesetze, publiciert von Et in Jhering's dogmat. Jahrb. Bd. 22 (1884) S. 1—206, und die von Wendt, „Rechtsfaß und Dogma“ u. s. w., daselbst S. 299—414, besonders S. 324 ff. Es wird dies deshalb constatirt, weil es nicht ohne eine gewisse sachliche Bedeutung ist, wenn verschiedene Schriftsteller unabhängig von einander zu gleichen Ergebnissen gelangen.

nur in den zugleich zu einem Lehrbuch bestimmten Institutionen — sehr Vieles steht, was nicht etwa bloß aus historischen Gründen für uns keine Geltung mehr hat, sondern niemals rechtliche Geltung hatte und haben konnte, wird zwar in neuerer Zeit immer allgemeiner anerkannt; aber es geschieht das doch mehr beiläufig und gelegentlich¹⁾. Bei solcher Behandlung der Sache bleibt der Möglichkeit, daß gleichwohl aus unverbindlichem Gesetzesinhalt Rechtsätze abgeleitet werden, noch ein viel zu großer Spielraum, wie andererseits nicht ausgeschlossen wird, daß gelegentlich verbindlicher Gesetzesinhalt als unverbindlich bei Seite geschoben wird.

Was bei dem Gesetzbuch Justinian's, speziell bei den Institutionen und Digesten in Anbetracht ihrer Entstehung und Zusammensetzung ganz unvermeidlich war, das ist in neueren Gesetzen jedenfalls thatsächlich nicht vermieden worden; wir finden auch da Aussprüche des Gesetzgebers, welche keine Rechtsätze erzeugen. Auch in dem künftigen bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich werden derartige Sätze anzutreffen sein. Damit hätte es keine Noth, wenn solche Sätze immer das Richtige trafen. Sind sie aber unrichtig und wird die Unverbindlichkeit derselben nicht erkannt, so liegt darin für Doctrin und Praxis eine nicht zu unterschätzende Gefahr. Diese Gefahr nach Möglichkeit zu verringern, scheint uns keine unwichtige Aufgabe zu sein, deren Lösung von recht vielen Seiten in Angriff genommen werden sollte.

Eine Untersuchung über die vorwürfige Frage kann endlich auch als Beitrag zu einer Gesetzgebungstechnik gelten, sofern nämlich durch sie eine Grenzregulierung zwischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft vorgenommen wird. Soweit sie dabei zu richtigen Ergebnissen gelangt, können diejenigen, denen die Abfassung von Gesetzen obliegt, daraus entnehmen, was in Gesetze nicht hineingehört.

Diesen Andeutungen über die Tragweite des zu behandelnden Themas mögen noch einige Bemerkungen behufs Abgrenzung desselben folgen.

Es ist schon gleich Eingang des juristischen Standpunkt betont worden. Damit scheidet das Problem aus, ob es unter

1) Eine Ausnahme macht die erwähnte Abhandlung von Wendt, die einen Theil des Problems ex professo behandelt.

Umständen sittliche Pflicht sein könne, einem rechtsverbindlichen Gesetze den Gehorsam zu verweigern.

Wenn wir sodann von unverbindlichem Gesetzesinhalt handeln, so verstehen wir unter Gesetz das, was in der Lehre von den Rechtsquellen darunter gewöhnlich verstanden wird. In diesem Begriff des Gesetzes ist als Moment das enthalten, daß durch dasselbe objektives Recht, also mindestens ein Rechts-satz, geschaffen wird. Wir sehen also ab von staatsrechtlichen Beschlüssen, welche in der modernen konstitutionellen Redeweise lediglich um deswillen „Gesetze“ genannt werden, weil sie von denselben Subjecten und in denselben Formen gefaßt werden, wie dies bei Gesetzen im juristischen Sinne der Fall ist. Man nennt jene ersteren jetzt oft Gesetze im formellen Sinne²⁾.

Endlich handeln wir von gesetzgeberischen Aussprüchen, die lediglich ihres Inhalts wegen unverbindlich sind. Wir lassen also das Problem bei Seite, ob und unter welchen Voraussetzungen eine gesetzliche Bestimmung, welche von Seiten ihres Inhalts rechtlich binden könnte, der verbindlichen Kraft von Seiten der Motive ermangeln oder derselben wieder verlustig gehen könne, wenn die Vorstellung, welche motivierend war, unrichtig gewesen oder geworden ist³⁾.

2) Auf solche „Gesetze“ bezieht sich die Behauptung von v. Martitz in der Abhandlung über „den constitutionellen Begriff des Gesetzes“, Zeitschr. f. d. gef. Staatswiss. Bd. 36 (1880) S. 249: „Das Gesetz ist“ (richtiger: erzeugt), „was auch sein Inhalt sein möge, unter allen Umständen objectives Recht, ist eine Rechtsregel (?). Gesetze, die keinen Rechtsatz enthielten, die nur in formellem Sinne, nur scheinbar Gesetze wären, giebt es nicht.“ Soll, wie es scheint, der zweite dieser Sätze ein allgemein gültiges Urtheil enthalten, und nicht etwa bloß eine historische Thatsache aussprechen, so wird er sich nur dann halten lassen, wenn der erste Satz dahin verstanden wird, daß jeder in sich abgeschlossene Gedankeninhalt dadurch, daß er einem Gesetze einverleibt wird, rechtsverbindliche Kraft gewinnt. Ob v. Martitz den ersten Satz so verstanden wissen will, haben wir nicht ersehen können, müssen es aber bezweifeln.

3) Zu dem letztern Falle vgl. etwa die Bestimmung der l. 10 C. qui test. fac. poss. 6, 22 über die Testamente der Taubstummborenen und dazu Windscheid, Pand. § 539 Note 7. — An Fehlerhaftigkeit in der Motivation wegen metus zu denken, hat heute wohl keinen praktischen Sinn.

Danach bleiben uns noch zwei Gruppen von Fällen übrig. — Ihnen entsprechen die konkreten Ausgangspunkte, von denen wir zu den vorliegenden Betrachtungen gelangt sind: einmal die Schwierigkeit, welche in der Lehre von den Rechtsquellen die l. 2 C. quae sit longa cons. 8, 52 (53) bereitet; sodann der Ausspruch Marcian's über die Unmöglichkeit der Verpfändung von servitutes praediorum urbanorum in l. 11 § 3 de pign. et hyp. 20, 1⁴).

I.

In dem Wesen des objektiven Rechts sind gewisse Grundbestimmungen gegeben, welche von den Zufälligkeiten nationaler Beanlagung und geschichtlicher Entwicklung ebenso wenig abhängig sind, als es von dem Belieben der Menschen abhängt, ob Recht überhaupt hervorgebracht werden soll oder nicht. Auch der Gesetzgeber steht nicht über diesen Grundbestimmungen, sondern sie stehen vielmehr über ihm; er hat dieselben weder zu wollen noch nicht zu wollen, sondern er hat sie, als durch die Natur des objektiven Rechts gegeben, einfach hinzunehmen. Es handelt sich also hier um Grenzen der gesetzgeberischen Macht, und zwar um Grenzen, welche, weil in dem Wesen des objektiven Rechts beruhend, zu allen Zeiten und bei allen Völkern dieselben sein müssen.

Wir beginnen mit einem Punkte, der am wenigsten zweifelhaft sein kann.

Man mag die Vorstellung von der Macht des gesetzgeberischen Willens noch so hoch spannen: auch der Gesetzgeber wird über die Schranken nicht hinaus können, welche dem Willen überhaupt, folglich auch dem Willen im Recht, und zwar hier sowohl dem Individual- als dem Gemeinwillen, durch seine Natur und unabhängig von jedem menschlichen Belieben gesetzt sind.

Eine solche Schranke ist, daß der Wille über das Vergangene keinerlei Macht hat. Auch der mächtigste Wille kann Geschehenes nicht ungeschehen machen. Innerhalb der Welt des Rechts ist aber auch eine eingetretene Rechtswirkung ein Geschehenes, z. B. die Rechtswirkung, daß Jemand Schuldner

4) Vgl. dieses Archiv Bd. 65 (1882) S. 121 Note 10.

geworden ist. Es liegt gänzlich außerhalb der Macht des Gesetzgebers, durch seinen Befehl zu bewirken, daß eingetretene Rechtswirkungen nicht eingetreten seien, daß Thatbestände, an welche das frühere Recht bestimmte Wirkungen knüpfte, diese Wirkungen nicht gehabt haben. Versteht man dieses unter dem Satze, daß neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben⁵⁾: so muß anerkannt werden, daß dieser Satz sich von selbst versteht und daß das Gegentheil wirksam gar nicht bestimmt werden kann⁶⁾. Mit andern Worten: der Satz, neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, ist so verstanden kein Rechtssatz, sondern eine Rechtswahrheit.

Wie aber, wenn nun doch ein Gesetz sich rückwirkende Kraft (in dem angegebenen Sinne, in welchem wir den Ausdruck auch im Folgenden gebrauchen wollen) ausdrücklich beilegte? Ist das „absolutes Unrecht“ (Böcking) oder „absoluter Unsinn“ (Windscheid)? Letzteres wäre richtig, wenn der Gesetzgeber nur einen theoretischen Satz hätte aussprechen wollen. In der That wird aber in dem Satze „dieses Gesetz hat rückwirkende Kraft“ eine Willensbestimmung stecken, welche auf Entziehung von Rechten, auf eine Expropriation hinausläuft und zwar auch dann, wenn das neue Gesetz an einen schon früher dagewesenen Thatbestand eine

5) Gewöhnlich wird darunter etwas Anderes verstanden, so z. B. von Windscheid, Pand. § 32. Es ist aber für dieses Andere der Ausdruck des Nichtrückwirkens nicht passend; was neuerdings Göppert (Jher. Jahrb. Bd. 22 S. 153) für denselben geltend macht, ist nicht durchschlagend. Denn es handelt sich dabei ja nur um die Frage, ob das alte Gesetz in den von ihm einmahl bestimmten Verhältnissen auch nach dem Geltungsbeginn des neuen Gesetzes noch fortwirke oder nicht, ob es also nach seiner Aufhebung in abstracto, die es durch das neue Gesetz erfährt, in concreto, in bestimmten Verhältnissen, noch fortexistiere oder nicht. Wird dem alten Gesetz diese concrete Fortexistenz abgesprochen, so ist es dafür doch gewiß kein bezeichnender Ausdruck, zu sagen, das neue wirke zurück. Vgl. Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 21. — Kintelen (über den Einfluß neuer Gesetze u. s. w. 1877) nennt daher die Rückwirkung, wie sie oben im Text verstanden ist, die eigentliche Rückwirkung, gibt aber deren Wesen m. E. unrichtig dahin an, daß fingiert werde, das neue Gesetz habe schon zur Zeit der vergangenen Thatfache zu Recht bestanden (S. 8).

6) So Böcking, Pand. § 95; zustimmend Brinz, Pand. (2. Aufl.) I. S. 97.

Berechtigung mit rückwirkender Kraft im angegebenen Sinne knüpft: denn solche Gewährung könnte doch nur auf Kosten Anderer, denen also Rechte entzogen bezw. Lasten auferlegt werden, geschehen⁷⁾. Eine derartige Expropriation ohne Entschädigung würde allerdings materielles Unrecht sein, und wenn die Anordnung rückwirkender Kraft gewählt wäre, um den expropriativen Charakter des Gesetzes zu verschleiern, so würde auch das von Brinz (a. a. O. S. 79) gebrauchte Prädicat einer „Lüge in Gesetzesgestalt“ zutreffen.

Wenn wir sagten, daß ein Gesetz, das sich rückwirkende Kraft beilegt, in Wahrheit Rechte entziehe, so ist hinzuzufügen, daß es das nicht direkt thut, sondern mittelst des Gebots, daß es auf Thatbestände angewendet werden solle, die einem Zeitraum angehören, der vor dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens liegt. Will man dies Gebot dahin formulieren, daß das Gesetz so angewendet werden solle, wie wenn es schon in einem früheren Zeitpunkt erlassen worden wäre, so wird dagegen nicht viel zu erinnern sein; es erhellet dann auch, wie Hintelen (oben Note 5) dazu gekommen ist, das Wesen der eigentlichen Rückwirkung neuer Gesetze in der Fiction eines früheren Bestehens des Gesetzes zu suchen. Das Unmögliche befehlende Gebot: „Dieses Gesetz soll rückwirkende Kraft haben“ hat also Wirkung, indem es in ein anderes Gebot umgedeutet wird; dieses aber richtet sich, wie das bei einem Befehl gar nicht anders sein kann, auf die Zukunft, auf zukünftige Anwendungen des Gesetzes.

Von rückwirkender Kraft, in dem angegebenen Sinne, wird, als von einer Ausnahme, bei Gesetzen gesprochen, die ein älteres Gesetz authentisch deklarieren. Dieser Punkt wird indessen zweckmäßiger in dem folgenden Abschnitte (II) behandelt.

Eine weitere Schranke ist dem Willen, wenn er im Rechtsgebiet wirksam werden will, gezogen durch die Nothwendigkeit, sich irgendwie zu äußern. Diese Nothwendigkeit besteht für den gesetzgeberischen Willen ebenso, wie im Gebiete des Privatrechts für den Einzelwillen, und sie beruht hier wie dort auf demselben Grunde.

7) Vgl. hierzu Göppert a. a. O. S. 148, 159 f.

Auf dem Gebiete des Privatrechts hat man früher den Grund dieser Nothwendigkeit wohl darin zu finden geglaubt, daß das Dasein eines rein innerlichen Willens nicht beweisbar wäre; davon ist man mit Recht wieder zurückgekommen. Neuerdings hat Windscheid⁸⁾ folgende Begründung gegeben: das Wollen als innerer Seelenzustand sei dem Rechte gleichgiltig, nicht bloß deswegen, weil das Recht keine Kunde von demselben habe, sondern weil seine Qualität ihm nicht genüge; die Willensbewegung, welche im Innern beschlossen bleibe, sei eine unfertige, eine Welle, welche von der nächsten Welle verschlungen werde. Ob dies psychologisch richtig sei, mag hier unerörtert bleiben; jedenfalls ist es nicht ausreichend, um die einschlägigen zweifellosen Rechtsbestimmungen zu erklären.

Eine ihrem Inhalt nach juristisch erhebliche Erklärung kann abgegeben sein und doch für das Recht nicht in Betracht kommen, wenn sie z. B. in einer dem Destinatär derselben unverständlichen Sprache geäußert ist und nicht verdolmetscht wird. Das Recht ignoriert den innerlich bleibenden Willen deshalb, weil derselbe nicht erkennbar ist; allerdings nicht deshalb weil er für das Recht nicht erkennbar ist, sondern deshalb weil er für die Menschen nicht erkennbar ist. Für diese aber muß der Gemeinwille auf dem Gebiete der Rechtsproduction wie der Privatwille auf dem Gebiete des Privatrechts darum erkennbar sein, weil der eine wie der andere Wille auf den Willen Einzelner bezw. auf andere Einzelwillen einwirken, dieselben irgendwie bestimmen soll. Wie anders aber kann auf den Willen eines Andern eingewirkt werden, als durch Erregung von Vorstellungen, die für den Andern Motive werden? Vorstellungen aber kann ich in einem Andern nur durch Sinnesindrücke erregen. Ich kann also auf einen andern Willen nur wirken, indem ich auf die Sinne eines Andern in einer Weise einwirke, die in dem Andern eine bestimmte Vorstellung erregt.

Dem entspricht es nun vollständig, daß es für das Recht keineswegs schon genügt, daß die Willensbewegung „aus der Person hinausgeht“, daß sie „der Außenwelt hingegeben“

8) Wille und Willenserklärung. Eine Studie. S. 7. (Akad. Programm, abgedruckt in diesem Archiv Bd. 63, S. 72 ff.)

ist. Es muß dies vielmehr in einer Weise geschehen sein, daß eine Einwirkung auf andere Willen, mithin auf die Vorstellung Anderer, möglich ist; welches oder welcher Anderer, richtet sich nach dem Zweck, den eine Willensbestimmung erreichen will.

Wenden wir dies an auf den gesetzgeberischen Willen.

Der begriffliche Zweck eines jeden Gesetzes ist, irgendwie, unmittelbar oder mittelbar, verbindliche Normen zu geben für alle die es angeht, also für eine von vornherein unbestimmte Zahl von Individuen. Daraus ergibt sich, daß das vollständig redigierte, mündierte, vom Landesherrn unterschriebene Gesetz, so lange es noch im Cabinet des Fürsten liegt, für das Recht ganz irrelevant ist. Die Unterschrift des Regenten ist zwar ein relevanter Act innerhalb des gesetzgeberischen Prozesses, aber sie ist nicht der Schlußact, und erst mit diesem beginnt das Gesetz, Aenderungen in der Welt des Rechts zu bewirken, Rechtsquelle zu sein. Die den Erlaß eines Gesetzes bezweckende Willensbestimmung kann sich nicht auf beliebige, sie muß sich in einer dem begrifflichen Zweck des Gesetzes entsprechenden Weise äußern. Dem Zweck entspricht hier eine Erklärung, von welcher Kenntniß zu nehmen allen Mitgliedern der Rechtsgenossenschaft möglich ist. Eine solche Aeußerung heißt ganz passend Publication: sie macht das Gesetz in ähnlichem Sinne zum „Gemeingut“, wie die *res publicae* durch *publicatio* zum Gemeingebrauch hingegeben werden, nämlich der Möglichkeit nach.

Hiernach kann kein Gesetzgeber verordnen, daß seine Gesetze ohne jede Publication verbindliche Kraft haben sollen; es wäre das einfach unausführbar. Der Satz, welcher nur im Allgemeinen ausspricht, daß Gesetze publiciert werden müssen, ist wiederum kein positiver Rechtsatz, sondern ein Lehratz aus der allgemeinen Rechtslehre.

Es kann aber der Zweck, den die Publication verfolgt, auf verschiedenem Wege erreicht werden, und daraus ergibt sich die Möglichkeit, daß allerdings positive Rechtsätze des öffentlichen Rechts über die Publication, nämlich über das Wie derselben, Bestimmung treffen. Ein derartiger Rechtsatz enthält einen Befehl für diejenigen, denen für die Publication der Gesetze zu sorgen obliegt, sie in dieser und keiner andern Weise zu besorgen; für diejenigen, welche die Gesetze

im Namen des Staates zu handhaben berufen sind, ein Verbot, das ihnen etwa anderweit, möglicherweise mittelst vorschriftswidriger Publication, bekannt gewordene, aber in der vorgeschriebenen Weise nicht publicierte Gesetz anzuwenden.

Auch der erklärte Wille ist sich selbst gegenüber rechtlich frei und folglich abänderlich. Er ist aber so lange nur sich selbst gegenüber, als Niemand da ist, dem er gebunden wäre. Auch dies gilt von dem Willen des Einzelnen (einseitige Willenserklärungen), wie von dem des Gesetzgebers.

Daß der Wille des Gesetzgebers sich selbst gegenüber frei ist, ist in dem Satze: *lex posterior derogat priori* — der auch kein Rechtsatz, sondern eine Rechtswahrheit ist — zwar nicht direkt ausgesprochen, liegt aber demselben als Voraussetzung zu Grunde⁹⁾. Es fragt sich aber: kann der Gesetzgeber sich nicht ebenso binden, wie der Vollmachtgeber z. B. sich binden kann, binnen bestimmter Zeit die Vollmacht nicht zu widerrufen? Hat ein Gesetzparagraph, welcher lautet: was in diesem Gesetz bestimmt ist, soll innerhalb der nächsten fünf Jahre gesetzlich nicht geändert werden, nicht einen wenigstens diesen Gesetzgeber bindenden Inhalt?

Dies wird bejaht von v. Martitz in der oben (Note 2) bezeichneten Abhandlung. Es müsse, sagt er dort S. 264, als zulässig gelten, daß durch eine gesetzliche Bestimmung, so lange sie besteht, d. h. so lange es nicht gelingt, sie zu abrogieren, darüber verfügt wird, worüber und wie ein zukünftiges Gesetz disponieren soll oder darf oder nicht darf.

Prüfen wir die Frage zunächst von der Voraussetzung aus, daß das Staatsoberhaupt für sich allein, ohne die Mitwirkung von Ständen oder Kammern, Gesetzgeber ist. Worin besteht seine Gebundenheit? Wem gegenüber ist er gebunden? Welches sind die Folgen, wenn er die Gebundenheit nicht achtet?

Die Gebundenheit kann nicht den Sinn haben, daß diejenigen, welche das erste Gesetz angeht, nun das Recht hätten,

⁹⁾ Als Rechtswahrheit ist der analoge Satz des Privatrechts hingestellt in l. 22 pr. de leg. III: *suprema voluntas potior habetur, nemo enim sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat.*

das zweite — abändernde Gesetz als nicht existierend zu behandeln. Dies würde eine Gebundenheit des Gesetzgebers gegenüber denjenigen, die dem gesetzgeberischen Imperativ unterliegen, in sich schließen, welche mit dem Wesen der Gesetzgebung nicht verträglich ist.

Nicht einmal darin besteht die Gebundenheit des Gesetzgebers, daß er, um eine Aenderung des älteren Gesetzes vornehmen zu können, den die Aenderung unterfagenden Paragraphen vorher durch besonderes Gesetz oder auch nur ausdrücklich aufheben müßte. v. Martitz selbst anerkennt (S. 263), daß die Aufhebung auch implicite geschehen könne. Das heißt doch wohl so viel, als: in der Weise, daß die für unzulässig erklärte gesetzliche Aenderung einfach vorgenommen wird.

Hiermit ist nun aber jede Gebundenheit in Wahrheit beseitigt; denn das soeben Abgelehnte ist das Minimum von Gebundenheit. Wer eine einem früheren Gesetz widersprechende Bestimmung treffen kann, sobald er will und wie er will, der ist in dieser Beziehung eben einfach gar nicht gebunden¹⁰⁾.

10) Dies ist auch gegen Windscheid zu bemerken, welcher (Pand. § 18 Note 3) sagt: „wenn ein Gesetz etwa bestimmen wollte, daß jedes über die vom Gesetz geordnete Materie künftig zu erlassende, widersprechende Gesetz unverbindlich sein solle, so würden damit der Gesetzgebung nicht die Hände gebunden sein, dennoch Widersprechendes zu bestimmen, aber sie müßte allerdings zu diesem Ende das die Geltung eines Gesetzes ausschließende Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend aufheben.“ Die stillschweigende Aufhebung kann doch wohl nur darin bestehen, daß die spätere Gesetzgebung tatsächlich dazu vorschreitet, Widersprechendes zu bestimmen. Wenn Jemand, um Widersprechendes bestimmen zu können, nur Widersprechendes zu bestimmen braucht, so ist er eben in keiner Weise daran gehindert. — Hierzu hat Windscheid die Freundlichkeit gehabt, mir als seine Auffassung dies mitzutheilen, daß ein Gesetz, welches ein künftiges widersprechendes Gesetz (bzw. eine künftige widersprechende Rechtsübung) für unverbindlich erklärt, durch ein widersprechendes Gesetz (bzw. eine widersprechende Rechtsübung) nur dann aufgehoben werde, wenn Gesetz (bzw. Rechtsübung) in Kenntniß des früheren Gesetzes erfolgen. Da solche Kenntniß bei dem Gesetzgeber in der Regel vorhanden sein wird, so würde diese Einschränkung praktisch wenig zu bedeuten haben; ich halte sie jedoch nicht für richtig. Es unterliegt keinem Zweifel, daß, wenn ein Gesetz einen Rechtsatz aufstellt, der mit einem in einem früheren Gesetz enthaltenen Rechtsatz in Widerspruch steht, dieser letztere Rechts-

Läßt sich aber Niemand finden, dessen praktisches Verhalten durch einen Paragraphen des bezeichneten Inhaltes in irgend einer Weise bestimmt werden kann, so scheint es klar zu sein, daß ein derartiger, wenn schon in der Form eines Gebots auftretender Satz doch kein Recht zu erzeugen vermag, kein Rechtsatz ist.

Damit erledigt sich auch Windscheid's Bemerkung (a. a. O.): „Der Gesetzgeber kann das bestehende Recht aufheben; aber er kann nicht bewirken, daß bestehendes Recht nicht bestehendes Recht sei“. Daß ein Gesetz innerhalb bestimmter Zeit nicht abänderbar sei, kann nach dem Gesagten eben so wenig bestehendes Recht sein, als daß ein Gesetz niemals abänderbar sei.

Nicht anders verhält es sich, wenn ein Gesetz die künftige Action des Gesetzgebers in positiver Weise dirigiert und bestimmt, daß und in welcher Richtung künftig ein Gesetz gegeben werden solle. Eine derartige Gesetzesbestimmung hat ebensowenig rechtliche Bindekraft, als irgend eine private Aeußerung des Gesetzgebers, daß er in diesem oder jenem Sinne ein Gesetz erlassen wolle.

Wirkung können alle derartige Aeußerungen, positive wie negative, gleichwohl haben, nur ist dieselbe nicht rechtlicher Art. Eine solche Aeußerung im Gesetz wird allerdings ein sehr starkes Motiv für den Gesetzgeber sein, ein Gesetz nicht zu ändern, oder ein bestimmtes Gesetz zu erlassen; mehr aber nicht. Eben diese Wirkung kann aber ein derartiges Gesetz

satz aufgehoben wird, gleichviel, ob der Gesetzgeber von demselben Kenntniß hatte oder nicht. Der Satz *errantis (ignorantis) nulla voluntas* findet hier keine Anwendung, weil es einer besondern Aufhebungsabsicht überhaupt nicht bedarf. Wenn nun ein Gesetz, das einen Rechtsatz A aufgestellt hat, weiter bestimmt, dieser Rechtsatz soll durch ein künftiges Gesetz nicht aufgehoben werden können, so wäre das, wenn es überhaupt verbindlich wäre, doch nur ein accessorischer Rechtsatz, eine Art Sanction des Satzes A, und müßte mit diesem fallen. Abgesehen von dem Gesagten will es aber auch nicht einleuchten, daß ein neues Gesetz gerade dann und nur dann nichtig und unverbindlich sein soll, wenn der Gesetzgeber von dem früher erlassenen Verbot keine Kenntniß hat, und daß es von einem Zufall abhängen soll, ob ein Gesetz verbindlich ist oder nicht, ob also z. B. Zahlungen, die auf Grund desselben geleistet sind, debite oder indebite geleistet sind.

auch auf einen anderen Gesetzgeber haben; es wird dabei nur auf sein Verhältniß zum früheren Gesetzgeber ankommen.

Was von der Freiheit des unbeschränkten Gesetzgebers, sich selbst und früheren Gesetzgebern gegenüber, hinsichtlich des Inhalts von Gesetzen gilt, das gilt auch hinsichtlich der Form des Ausdrucks des gesetzgeberischen Willens. Wenn es daher in l. 7 C. de leg. (1, 14) heißt, daß Gesetze auf *facta praeterita* nur dann bezogen werden sollen, wenn *nominatim etiam de praeterito tempore cautum sit*: so sind dadurch weder künftige Gesetzgeber, noch die Kaiser, die die l. 7 cit. erlassen haben, gehindert gewesen, ihren Willen, daß eines ihrer Gesetze rückwirkende Kraft haben solle, auch anders als *nominatim* zum Ausdruck zu bringen. Es ist der Auslegung, wenn sie einen derartigen Willen aus der Erklärung des Gesetzgebers erkannt hat, gar nicht einmal erlaubt, zu sagen: der Gesetzgeber hat hier zwar rückwirkende Kraft gewollt, dies auch zu erkennen gegeben, aber nicht in der von dem früheren Gesetz vorgesehenen Form¹¹⁾.

Erwägen wir jetzt dieselbe Frage unter der Voraussetzung, daß es mehrere Personen sind, welchen an der Gesetzgebung eine juristische Mitwirkung zukommt, z. B. der Landesherr und zwei Kammern. Dem persönlichen Willen des Landesherrn, dem durch Abstimmung ermittelten Collectivwillen der einen und der andern Kammer steht hier allerdings der Wille des Gesetzgebers als ein höherer Wille gegenüber. Hier ist also eine rechtliche Bindung, gleichviel von welcher Stärke, möglich, und insoweit ist zuzugeben, daß in constitutionellen Staaten Gesetze der besprochenen Gattung einen verbindlichen Inhalt haben. Es fragt sich aber, ob hierdurch dem Grundsatz, daß der Gesetzgeber sich selbst gegenüber frei ist, daß er durch Gesetz für die Zukunft nicht vinculiert werden kann, Abbruch gethan sei?

Dies ist aus dem einfachen Grunde zu verneinen, weil der Gesetzgeber ein anderes Subject ist, als jeder einzelne der bei der Gesetzgebung zusammenwirkenden Faktoren.

11) In der Verwerfung des *nominatim* erfreue ich mich der Uebereinstimmung mit *Windscheid*, Band. § 32 Note 2: „das *nominatim* geht übrigens zu weit.“ Inwiefern aber ein gesetzgeberischer Ausdruck durch die einfache Bemerkung, derselbe gehe zu weit, den Anspruch auf Befolgung verliere, ist von *Windscheid* nicht begründet worden.

Halten wir uns an das von v. Martitz (a. a. O. S. 267) herangezogene Beispiel des Reichsgesetzes v. 29. Februar 1876, betr. das Etatsjahr für den Reichshaushalt. Durch dieses Gesetz wird der Beginn des Etatsjahres von 1877 an auf den 1. April festgesetzt, und damit allerdings eine rechtsverbindliche Anordnung nicht bloß für die die Aufstellung des Etats besorgenden Beamten, sondern auch für Bundesrath und Reichstag gegeben. Es ist v. Martitz gewiß beizupflichten, wenn er die Frage: ob der Reichstag auch gegenüber dem widersprechenden Bundesrath, und vice versa, die Annahme eines eingebrachten Budgets von der Abänderung jenes Termins abhängig zu machen befugt sei, verneint. Aber seine Meinung, daß die Frage, um die es sich handelt, so laute, scheint uns ein Irrthum zu sein. Dieselbe lautet vielmehr so: wenn Reichstag und Bundesrath übereinstimmend ein Budget mit anderm Anfangstermin beschließen, ist dadurch dann jenes Gesetz vom 29. Februar 1876 stillschweigend aufgehoben oder nicht? Letzterenfalls würde der Kaiser nach Art. 17 der Verfassung des deutschen Reichs das Recht und die Pflicht haben, die Ausfertigung und Verkündigung dieses Haushaltsgesetzes zu verweigern; ersterenfalls nicht. Wir sind der zuerst erwähnten Meinung, und auch v. Martitz theilt sie; er glaubt aber, das treffe die Frage nicht. Aber die v. Martitz behandelte Frage „ob es zulässig sei, daß durch eine gesetzliche Bestimmung darüber verfügt wird, ob, worüber und wie ein künftiges Gesetz disponieren soll oder darf oder nicht darf“ kann ich nur so verstehen: wird dadurch der Gesetzgeber wirksam gebunden? Denn daß dadurch irgend Jemand gebunden wird, versteht sich von selbst überall da, wo der Gesetzgeber selbst nicht der Einzige ist, an den sich der Imperativ richten kann, und das ist, wie bemerkt, bei constitutioneller Verfassung der Fall. Das Gesetz vom 29. Februar 1876 drückt sich denn auch gar nicht so aus: „Die künftigen Etatsgesetze sollen mit dem Termin vom 1. April bis 31. März erlassen werden“, sondern die Fassung desselben: „Das Etatsjahr beginnt vom 1. April 1877 ab mit dem 1. April und schließt mit dem 31. März jedes Jahres“ läßt der correcten Auffassung Raum, daß hier der Gesetzgeber nicht sich selbst, sondern Anderen einen Befehl ertheilt, nämlich den betreffenden Angestellten der Reichsverwaltung, schließlich auch dem Bun-

desrathe; und daß der Inhalt des Befehls nicht dahin geht, ein Gesetz (ob im materiellen oder nur im formellen Sinn, bleibe dahingestellt) mit bestimmtem Inhalt zu erlassen, sondern einen Entwurf mit einem bestimmten Inhalt dem Gesetzgeber zur Beschlußfassung rechtzeitig vorzulegen.

Ist nun anzuerkennen, daß vermöge der Beschaffenheit des gesetzgebenden Subjects in constitutionellen Staaten die Gesetze, welche sich auf Erlaß oder Nichterlaß oder den Inhalt künftiger Gesetze beziehen, in gewisser Richtung verbindliche Kraft haben, so fragt sich, was diese Bindungskraft im Falle der Zuwiderhandlung bewirkt dann, wenn der bezeichneten gesetzlichen Bestimmung keine Sanction (im römischen Sinne) beigelegt ist? Nichts weiter, als daß von der Handlung resp. Unterlassung des Gebundenen Rechtswidrigkeit prädicirt werden kann¹²⁾. Der entgegenstehende gesetzgeberische Act, das gesetzgeberische Unterlassen wäre aber nicht rechtswidrig, und zwar deshalb nicht, weil ein Verbot resp. Gebot an den Gesetzgeber nicht gerichtet werden konnte, nicht gerichtet worden war und folglich von ihm auch nicht übertreten werden konnte.

Vom Standpunkt der Gesetzgebungstechnik, deren oberstes Princip doch das wird sein müssen, daß Form und Inhalt des Gesetzes sich möglichst decken, empfiehlt es sich, daß dergleichen Gesetzesbestimmungen, wenn man sie nicht ganz entbehren zu können glaubt, in derjenigen Form aufgestellt werden, die ihrem Inhalt entspricht. Eine solche Bestimmung erscheint dann nicht als ein *iussum generale*, sondern als *lex specialis* für einen oder mehrere Beamte, eine politische Körperschaft u. s. w.; eine solche Fassung läßt auch keinen Zweifel über die verantwortliche Person, wenn dem Gesetze nicht nachgelebt wird. Auch hierin könnten die Römer uns Muster sein¹³⁾.

12) Vgl. v. Martitz a. a. o. S. 267.

13) Im fragm. Tudertinum (Bruno, fontes [4. Aufl.] p. 128) wird nicht bestimmt: Dies Gesetz soll nicht abgeändert werden, sondern der Befehl richtet sich an die jetzigen und künftigen Magistrate: *ne quis hanc rogationem abrogato, neve huic rogationi obrogato neve de hac lege derogato . . .*; also nicht an das Subject der gesetzgebenden Gewalt.

Beschränkt ist die Macht des Gesetzgebers auch hinsichtlich der Rechtsquellen, insbesondere was das Verhältniß von Gesetz und Gewohnheit¹⁴⁾ zu einander betrifft.

Schon darüber hat der Gesetzgeber keine Gewalt, wie viele Gattungen von Rechtsquellen es gebe. Sofern man nämlich unter „Rechtsquelle“ dasjenige versteht, wodurch der das Recht schaffende Wille der Gemeinschaft zum Ausdruck kommt^{14a)}, kann es nur zwei Hauptarten von Rechtsquellen geben, nicht mehr, aber auch nicht weniger: so gewiß jeder Wille entweder in Worten oder in Handlungen sich äußern muß, wenn er sich äußert¹⁵⁾. Es ist also durch

14) Ob die das Gewohnheitsrecht producierende, dem Gesetze parallele Rechtsquelle als „Gewohnheit“ zu bezeichnen sei, darüber mag man streiten. Will man diese Bezeichnung deswegen nicht, weil nicht jede Gewohnheit Recht erzeugt: so kann man ja sagen „Rechtsgewohnheit“; übrigens müßte man dann auch an der Bezeichnung „Gesetz“ Anstoß nehmen, denn es gibt auch „Gesetze“, die kein Recht erzeugen, wie z. B. die Natur- und die Denkgesetze. Darüber aber ist kein Streit möglich, daß die Quelle des Gewohnheitsrechts nicht das Gewohnheitsrecht selbst sein kann. Gleichwohl findet sich in hervorragenden Werken über das Pandektenrecht, daß unter die Rechtsquellen subsumiert werden: I. Gesetz, II. Gewohnheitsrecht; so bei Windscheid und früher schon bei Savigny und Keller. Dernburg (Pand. I. S. 51) sagt zwar ganz richtig: „Rechtsquellen . . . sind Gesetze und Gewohnheiten“, aber dennoch entschlägt ihm S. 26 ib. (§ 26) der Satz: „Die älteste Rechtsquelle ist das Gewohnheitsrecht.“

14a) Daß man eben dies als Rechtsquelle bezeichnet, ist übrigens keineswegs willkürlich. Quelle ist etwas, woraus man von erster Hand schöpft. Denkt man bei diesem Schöpfen zunächst an die Kenntniß des Rechts, so ist klar, daß diese Kenntniß von erster Hand geschöpft wird aus eben den Vorgängen, in welchen der das Recht erzeugende Wille zur Erscheinung kommt. Weil Gesetz und Gewohnheit Ausprägungsformen des Gemeinwillens sind, eben darum sind sie auch die originalen Erkenntnißmittel derselben.

15) Vgl. Brinz, Pandekten (2. Aufl.) § 2. — Auch die ganz kürzlich erschienene Schrift von O. Bülow: „Gesetz und Richteramt“ (1885) hat mich zu keiner andern Ansicht bekehrt. Daß das Richteramt bei allen Völkern an der Rechtsbildung wesentlich beteiligt gewesen ist (S. 16), wird ja wohl von Niemand bezweifelt. Fraglich ist das, ob wir es dabei mit einer Rechtsquelle sui generis zu thun haben. Nun versteht man zweifellos — es wird das freilich nicht immer beachtet — unter „Recht“, wenn man von „Rechtsquelle“ spricht, das

das Wesen des objectiven Rechts als einer Schöpfung des Willens gegeben, daß diese beiden, Gesetz (im weitesten Sinne) und Gewohnheit, Rechtsquellen sind. Etwas anderes ist natürlich die Frage, ob bei einem bestimmten Volke in einer bestimmten Zeit beide Rechtsquellen in Thätigkeit sind, oder nur die eine, oder die eine in höherem Grade als die andere; und ganz von selbst versteht sich, daß Art und Gestalt der gesetzlichen Rechtsproduktion sehr verschieden gestaltet sein kann. Daß es aber die beiden gedachten Gattungen von Rechtsquellen der begrifflichen Möglichkeit nach gebe, und nicht mehr, muß für das Recht eines jeden Volkes wahr sein; folglich muß es auch möglich sein, alles, was historisch als wirkliche Rechtsquelle auftritt, unter eine dieser beiden Gattungen zu subsumieren^{15a)}.

Mit dem Verhältniß der beiden Rechtsquellen zu einander verhält es sich nicht anders, als mit der Frage, wie viele Rechtsquellen es giebt. Dieses Verhältniß ergibt sich aus dem Wesen der beiden Rechtsquellen; es bestimmt sich nach dem, was sie sind, und unterliegt nicht der Verfügung der einen von ihnen.

Daraus folgt, daß wenn der Gesetzgeber über dieses Verhältniß einen Auspruch thut, diesem der Charakter eines Rechtsfages nicht zukommt, gleichviel, ob der Gesetzgeber eine wirkliche Rechtsbestimmung treffen oder blos ein Urtheil abgeben wollte.

Setzen wir einmal voraus, das Verhältniß der beiden Rechtsquellen sei das der Parität, und es habe folglich, wie das Gesetz gegenüber dem Gewohnheitsrecht, so die Gewohnheit gegenüber dem gesetzlichen Recht derogatorische Kraft¹⁶⁾. Würde

Recht in abstracto, nicht das in dem concreten Fall verwirklichte Recht. Solches abstractes Recht producieren Richterprüche nur durch constante Wiederholung, und stellen sich damit unter das Genus Rechtsgewohnheit; allerdings bilden sie innerhalb dieses Genus eine sehr eigenartige Species. Daß bei dieser Auffassung die Bedeutung richterlicher Rechtsproduction verkannt werde (Wölöw S. 19, 44), vermag ich nicht einzusehen.

15a) Die Subsumtion kann allerdings Schwierigkeiten machen, wie z. B. bei dem *ius honorarium*. Hier wirken eben verschiedene äußere Momente ein, welche die Frage compliciert machen. Vgl. meine Recension von A. S. Schulze, *Privatrecht und Prozeß* u. s. w. in den Göttingischen gelehrten Anzeigen 1884 Nr. 20 S. 832 ff.

16) „Die Gewohnheit hat gegenüber dem gesetzlichen Recht dero-

nun der Gesetzgeber bestimmen, daß dem Gesetz gegenüber dem Gewohnheitsrecht derogatorische Kraft nicht zukomme, so würde ihm dadurch eine Degradierung der Rechtsquelle doch keineswegs gelingen. Besten Falls nämlich ließe sich die fragliche Bestimmung dahin umdeuten, daß sie — da an eine Bindung künftiger Gesetzgeber nicht gedacht werden kann — aufgefaßt wird als ausgesprochener Vorfaß des Gesetzgebers, keine einem Gewohnheitsrecht zuwiderlaufende gesetzliche Bestimmung zu erlassen. Das würde aber keinerlei Bindung des Gesetzgebers bewirken; jedes neue von demselben Gesetzgeber erlassene und einem Gewohnheitsrechte zuwiderlaufende Gesetz würde stillschweigend das über das Verhältniß von Gesetz und Gewohnheit ergangene Gesetz, wenn dasselbe überhaupt bindend gewesen wäre, aufheben.

Würde aber, unter derselben Voraussetzung, der Gesetzgeber bestimmen, daß der Gewohnheit gegenüber gesetzlichem Recht derogatorische Kraft nicht zukomme: so scheint in solchem Falle die Machtlosigkeit des Gesetzgebers noch viel einleuchtender zu sein. Kann der Gesetzgeber an dem bestehenden Verhältniß der Rechtsquellen nicht einmal zu seinem, des Gesetzgebers, Nachtheil etwas ändern, so wird er es noch weniger zu seinem Vortheil können: so wenig als Jemand im Stande ist, seiner Leibeshänge eine Elle zuzusetzen.

Einem derartigen Gesetze könnte auch in der Weise keine Wirksamkeit verschafft werden, daß man als Inhalt desselben ansähe ein Verbot, Gewohnheitsrecht zu producieren. Ein solches Verbot würde, auch wenn es *expressis verbis* erlassen wäre, verbindliche Kraft um deswillen nicht erlangen können, weil die Imperative der Gesetze sich an die Einzelnen richten ¹⁷⁾,

„*derogatorische Kraft*“ will sagen: sie hat die Kraft, auch Recht, welches gesetzlichem Recht widerspricht, und folglich als jüngeres Recht dieses aufhebt, zu erzeugen. Will man die Sache lieber so ausdrücken daß dem Gewohnheitsrecht derogierende Kraft zukomme, so ist dagegen nichts einzutwenden; nur muß man dann auch sagen „*derogierende Kraft* des gesetzlichen Rechts.“

17) Nicht an die Gesamtheit, wie v. Martitz a. a. O. S. 249 sagt; wohl aber an alle Einzelnen, die es angeht. Die Gesamtheit als solche kann ein Gesetz gar nicht befolgen. Daß nach germanischer Anschauung auch der Monarch unter dem Gesetze steht, beweist nicht mehr, als daß das Gesetz sich nicht bloß an die Untertanen richtet.

die Einzelnen als solche aber nicht Gewohnheitsrecht producieren. Es bliebe übrig, ein Verbot an die Einzelnen des Inhalts anzunehmen, keine Uebungen vorzunehmen, aus denen sich im Lauf der Zeit möglicher Weise Gewohnheitsrecht entwickeln könnte. Allein es liegt auf der Hand, daß ein solches Gebot nicht befolgt werden kann, denn es würde den Verkehr, das praktische Leben in Fesseln schlagen, die von diesen schlechterdings nicht ertragen werden könnten.

Was ein derartiges Gesetz bewirken könnte, wäre nur ein Faktisches; nämlich dies, daß Richter auf Grund des Rechtsirrhums, daß ein solches Gesetz rechterzeugende Kraft habe, dem nach und trotz jenem Gesetz producierten Gewohnheitsrecht die Anerkennung und die Anwendung versagen.

Bruno begründet seine Ansicht, daß das Gesetz principiell die höhere Rechtsquelle sei, unter Anderm auch mit einem Satz, der in diese unsere gegenwärtige Betrachtung einschlägt. Er sagt¹⁸⁾: „Der Staat kann seinen Richtern verbieten, Gewohnheiten zu berücksichtigen. Es kann das thöricht und unpolitisch sein, aber widersinnig ist es nicht. Dagegen die Beachtung seiner Gesetze verbieten, wäre einfach Unsinn.“ Es kann hienach scheinen, als könne einem Gesetz, welches die Rechtsquelle der Gewohnheit für die Zukunft aufhebt, in der Weise Wirksamkeit verschafft werden, daß man dasselbe umdeutet in ein Verbot an die Richter, künftig entstehende Gewohnheiten zu berücksichtigen. Dies ist aber nicht der Fall.

Ein Verbot an den Richter, künftige Gewohnheiten zu berücksichtigen, ist doch wohl nichts Anderes, als ein Verbot, künftiges Gewohnheitsrecht anzuwenden; denn Gewohnheiten, die noch kein Gewohnheitsrecht erzeugt haben, muß der Richter auch ohne Verbot unberücksichtigt lassen. Ein Verbot an den Richter, künftiges Gewohnheitsrecht anzuwenden, trifft nun aber gar nicht die Entstehung des Gewohnheitsrechts, setzt vielmehr gerade voraus, daß ein solches entstanden ist und entstehen kann; und ein Verbot an den Richter, künftiges Recht anzuwenden, wird unverbindlich sein, gleichviel ob Gesetz oder Gewohnheit Quelle dieses künftigen Rechtes ist.

Windscheid hat, obwohl er principiell noch immer an

18) In der Darstellung des heutigen röm. Rechts in v. Holtzendorff's Encyclopädie § 7.

der Gleichwerthigkeit beider Rechtsquellen und an der derogatorischen Kraft der Rechtsgewohnheit gegenüber gesetzlichem Recht festhält (vgl. Pand. § 18 am Anfang), in den neueren Auflagen (4. u. 5.) seiner Pandekten daraus doch nicht mehr die volle Konsequenz gezogen, indem er jetzt den Satz aufstellt: „keine Kraft hat das Gewohnheitsrecht, soweit es durch Gesetz für unverbindlich erklärt ist“ (§ 18 a. E.). Damit soll ohne Zweifel gesagt sein, daß der Rechtsgewohnheit die ihr an und für sich zukommende rechtproduzierende Kraft durch gesetzliche Bestimmung entzogen werden könne, und es ist dabei gedacht an Gewohnheiten, welche dem gesetzlichen Recht widersprechendes Gewohnheitsrecht erzeugen würden. Gewiß ist solches möglich, und zwar unter denselben Voraussetzungen, unter denen auch einem Gesetz die rechtproduzierende Kraft genommen werden kann, dann nämlich, wenn solches durch Gesetz eines übergeordneten Gemeinwesens bestimmt wird. Soweit nach der Verfassung des deutschen Reiches preussischen, bayrischen u. s. w. Gesetzen die rechtproduzierende Kraft entzogen ist, soweit haben ganz sicher auch preussische, bayrische u. s. w. Rechtsgewohnheiten keine rechtproduzierende Kraft. Die Frage ist aber die, ob innerhalb desselben Gemeinwesens und unter Voraussetzung der Coordination der beiden Rechtsquellen der Rechtsgewohnheit die rechtproduzierende Kraft durch Gesetzesbestimmung entzogen werden könne, und das scheint uns Windscheid keineswegs dargethan zu haben.

Er sagt (a. a. O. Note 3): „ein Gesetz, welches die verbindliche Kraft künftiger Gewohnheiten ausschließt, kann, wie durch Gesetz, so auch durch Gewohnheit aufgehoben werden; aber so lange dies nicht geschehen ist, ist es Rechtens, daß die in der Gewohnheit hervorgetretene Rechtsüberzeugung nicht Recht sei. Einem solchen Gesetze gegenüber reicht also nicht hin die Uebung einer Rechtsüberzeugung überhaupt, sondern es muß außerdem vorliegen die Uebung der Rechtsüberzeugung, daß das Gesetz nicht gelte“.

Einen Uebungsakt, durch welchen lediglich die Ueberzeugung von der Nichtverbindlichkeit eines die Entstehung künftigen Gewohnheitsrechtes unterjagenden Gesetzes zum Ausdruck kommt, dürfte es wohl nicht geben¹⁹⁾. Aber allerdings: wenn

19) Dies meint wohl auch Brodowski, wenn er (Pand. I.

ein Gesetz innerhalb eines bestimmten Gebiets das Entstehen künftigen Gewohnheitsrechtes überhaupt untersagt, und nun trotzdem Rechtsgewohnheiten sich bilden, so kann darin zugleich die Ueberzeugung zum Ausdruck kommen, daß jenes Gesetz nicht gelte; dann nämlich, wenn der Inhalt jenes Gesetzes in der Vorstellung der Lebenden präsent ist. Und das selbe ist zu sagen bezüglich eines Gesetzes, welches einen Rechtsatz A aufstellt, und untersagt, daß diesem Rechtsatz durch Gewohnheit derogiert werde. Nach oben Gesagtem (Note 10) ist nun Windscheid's Meinung eben die, daß die Rechtsübung in Kenntniß des früheren Gesetzes vorgenommen sein müsse, um derogierend zu wirken; es hat aber auch die Rechtsgewohnheit derogierende Kraft ohne eine besondere, auf derogatorische Wirkung gerichtete Absicht der Lebenden, wie dies oben (Note 10) bezüglich des Gesetzes ausgeführt wurde.

Dem Auspruch des Gesetzgebers über das Verhältniß der beiden Rechtsquellen zu einander kommt übrigens die Bedeutung eines Rechtsatzes, einer den Willen bindenden Norm, auch dann nicht zu, wenn sein Inhalt mit dem in Wirklichkeit bestehenden Verhältniß in Uebereinstimmung ist. Derartige gesetzliche Aussprüche können somit nur einem Zwecke dienen: dem Rechtsirrtum in dieser Materie in wirksamere Weise, als es der Wissenschaft gelingen mag, vorzubeugen, bzw. ihn zu beseitigen.

Es sollen jetzt noch einige Folgerungen aus dem Gesagten gezogen werden.

Wenn der Art. 1 des D. H.-G.-B. wirklich — was bekanntlich bestritten ist²⁰⁾ — der Handelsgewohnheit gegenüber seinen eigenen Bestimmungen die derogatorische Kraft abspricht, so hat der Art. 1 in soweit keinen rechtsverbindlichen Inhalt. Denn entweder entspricht dies dem ohnehin bestehenden Verhältniß zwischen Gesetz und Gewohnheit: dann ist der Satz weiter nichts als eine richtige Aussage. Oder es entspricht dem wirklichen Verhältniß nicht: dann ist der Satz, je nach den Intentionen des Gesetzgebers, eine unrichtige Aussage,

§. 21) sagt, die Unterscheidung der beiderlei Uebungen sei thatsächlich unmöglich.

20) Vgl. Thöl, Handelsrecht I. S. 76 f. (5. Aufl.)

oder ein rechtlich wirkungsloſer Verſuch²¹⁾, dem Geſetz größere Kraft beizulegen als ihm innewohnt.

Der Art. 2 der Verfaſſung des deutſchen Reichs beſtimmt, daß die Reichsgeſetze den Landesgeſetzen vorgehen. Damit iſt auch verordnet, daß Reichsgeſetze den Landesgewohnheiten vorgehen, und zwar auch in dem Sinne, daß den Reichsgeſetzen auch durch künftige particuläre Gewohnheiten (wie durch künftige particuläre Geſetze) nicht derogiert werden kann. Wäre aber in dieſem Artikel auch das verordnet, was Thöl behauptet²²⁾, was aber aus den Worten und dem Zusammenhang allerdings nicht zu entnehmen iſt²³⁾, daß es kein den Reichsgeſetzen widerſtreitendes Recht irgend einer Art geben ſolle, daß alſo Reichsgewohnheiten den Reichsgeſetzen nicht derogieren ſollen: ſo hätte auch die Reichsverfaſſung damit etwas beſtimmt, was ihre Kräfte überſteigt. Denn daß das Entſtehen von Gewohnheitsrecht, welches als Reichsgewohnheitsrecht zu qualifizieren wäre, wegen Mangels der factiſchen Vorausſetzungen dafür, eine höchſt unwahrſcheinliche Sache iſt²⁴⁾, hat natürlich mit der Frage, die uns hier beſchäftigt, nichts zu thun.

Weiter ergiebt ſich Folgendes. Wenn in einem Geſetzbuch über das Verhältniß der Rechtsquellen zu einander ſich widerſprechende Sätze enthalten ſind, ſo ſind ſolche Widerſprüche nicht in derſelben Weiſe zu behandeln, wie in dem

21) Was ein ſolches Geſetz de facto zu bewirken vermag, iſt oben S. 292 bemerkt.

22) Handelsrecht I. S. 77.

23) Bleibt man nämlich bei den Worten, „daß die Reichsgeſetze den Landesgeſetzen vorgehen“, ſtehen, ſo iſt über das Verhältniß von Geſetzen zu Gewohnheiten überhaupt nichts beſtimmt. Verbindet man aber mit dem Wort „Geſetze“ in dieſem Zusammenhang den Begriff „Recht“ (objectiven Sinnes), ſo iſt Beſtimmung getroffen über das Verhältniß von Reichsrecht zu Landesrecht, aber nicht über das Verhältniß von Reichsgeſetz zu Reichsgewohnheit. Das Wort „Geſetz“ ſteht in dem Sinne von „Recht“ auch (und zwar im Singular) in § 1 des Gerichtsverfaſſungsgeſetzes (vgl. Art. 86 der preußiſchen Verfaſſungsurkunde).

24) Aus dieſem Grunde kann man Thöl beſtimmen, wenn er den Streit über Art. 1 D. H.=G.=B. ſeit dem Inkrafttreten der Reichsverfaſſung für unpraktiſch erklärt.

Fälle, wo die sich widersprechenden Sätze wirkliche Rechtsätze sind. Widersprechen sich wirkliche Rechtsätze, so erachten wir diejenige Behandlungsweise für correct, welche (mit Windscheid I. § 23) sagt: die eine Bestimmung gilt so viel als die andere, beide heben sich also auf, und es ist zu entscheiden, wie wenn keine Bestimmung da wäre. Diese Behandlungsweise ist deswegen correct, weil hier wirklich Wille gegen Wille, Kraft gegen Kraft steht. Stehen sich aber widersprechende Urtheile (im logischen Sinne) gegenüber, so fragt es sich einfach: welches ist das richtige? Dieses kann in der ihm als Urtheil zukommenden Geltung durch ein falsches Urtheil (oder einen diesem gleichzustellenden intendierten Rechtsatz, der kein Recht zu schaffen vermag) nicht berührt werden, wie andererseits ein falsches Urtheil der Geltung auch dann ermangelt, wenn ihm ein entsprechendes richtiges Urtheil im Gesetzbuch nicht entgegensteht.

Aus dem Gesagten ergibt sich denn auch unsere Stellung zu der vielbesprochenen l. 2 C. quae sit longa cons. (8, 52). Wir nehmen mit Keller (Pandekten § 3 Note 7) an, daß dieses Gesetz der Gewohnheit ganz allgemein die derogatorische Kraft gegenüber gesetzlichem Recht abspricht, und also mit der l. 32 § 1 de legib. (1, 3) allerdings im Widerspruch steht. Die Versuche, diesen Widerspruch hinwegzuinterpretieren, sind nicht befriedigend²⁵⁾ und wir stimmen mit Keller auch darin

25) Die Meisten legen in das Gesetz willkürlich etwas hinein; so auch der Versuch von Sturm, der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit (1877) S. 33 f. Der neueste Vereinigungsversuch ist der von A. Schmidt in dem Programm „zur Lehre vom Gewohnheitsrecht“ (1881) S. 25 f. Hier wird der Satz *consuetudo non vincit legem* aus dem Zusammenhang der Stelle losgelöst, und indem nun zu diesem Satz ein doppelter Gegensatz: „*sed vincit lex consuetudinem*“ und „*nec vincit lex consuetudinem*“ als möglich gedacht, davon aber der erste zurückgewiesen, der zweite angenommen wird, wird als Sinn der Bestimmung dies gefunden, daß *lex* und *consuetudo* sich gleich stehen. Diese Auslegung ist aber sicher nicht zulässig. Das Gesetz will zwar allerdings einer nach Ansicht des Kaisers übertriebenen Werthschätzung der Gewohnheit entgegenzutreten, ihr gegenüber das richtige Verhältniß betonen. Nach Schmidt's Ansicht würde sich das Gesetz gegen solche wenden, welche der *consuetudo* stärkere Kraft, als dem Gesetz, zuschrieben, in dem Sinne, daß zwar der Gewohnheit gegenüber dem gesetzlichen Recht, nicht aber dem Gesetz gegenüber dem Gewohnheitsrecht dero-

überein, daß es einer Vereinigung gar nicht bedarf. Aber nicht deshalb, weil diese Bestimmung einen Rechtsatz des *ius publicum* enthielte, sondern weil sie überhaupt keinen Rechtsatz enthält. Kommt der *consuetudo derogatorische* Kraft gegenüber gesetzlichem Recht zu, so konnte und kann auch die *l. 2 C. cit.* nichts daran ändern. Sie gilt nicht, gleichviel ob der Gesetzgeber nur seine Ansicht über das bestehende Verhältniß von gesetzlichem und Gewohnheitsrecht aussprechen, oder ob er der Gewohnheit die ihr an und für sich zukommende derogatorische Kraft nehmen wollte. Im ersten Falle gilt sie nicht, weil ihr Inhalt nicht richtig ist und der Gesetzgeber nichts bestimmen wollte; im zweiten gilt sie nicht, weil so weit die Macht des Gesetzgebers nicht reicht.

Im Vorstehenden ist ausgeführt, daß der Gesetzgeber keine Macht habe, über die Natur der Rechtsquellen und deren Verhältniß zu einander Bestimmung zu treffen, daß insbesondere, wenn der Rechtsgewohnheit derogatorische Kraft gegenüber gesetzlichem Recht zukomme, keine das Gegenteil verordnende Gesetzesbestimmung im Stande sei, daran rechtlich etwas zu ändern. Wie es sich aber mit jener derogatorischen Kraft der Rechtsgewohnheit verhalte, haben wir völlig dahin gestellt sein lassen; die Erörterung dieser Frage liegt streng genommen außerhalb der Aufgabe dieser Abhandlung. Gleichwohl möge es gestattet sein, hier einige Bemerkungen darüber einzuschalten.

Vor Allem muß man sich über die Verschiedenheit der möglichen Standpunkte klar sein. Es scheint, daß Manche von denjenigen, welche, indem sie der Gewohnheit derogatorische Kraft gegenüber gesetzlichem Recht absprechen, dem

gatorische Kraft zukomme. Solchen würde gesagt: die Rechtsgewohnheit hat keine höhere Dignität als das Gesetz; allerdings auch das Gesetz keine höhere Dignität als die Rechtsgewohnheit. Daß jemals ein Römer dem Gesetze derogatorische Kraft gegenüber dem Gewohnheitsrecht abgesprochen habe, scheint uns ziemlich unwahrscheinlich; daß aber zur Zeit Constantins eine derartige Ueberschätzung des Gewohnheitsrechts vorgekommen sei, das scheint uns ganz ungläublich zu sein. — Uebereinstimmend bezüglich der *l. 2 cit.* Wendt a. a. O. S. 325 ff., bes. 327.

Gesetz den Vorrang vor der Rechtsgewohnheit zuerkennen, das tatsächliche in einer bestimmten Zeit vorliegende und das begriffliche Verhältniß beider zu einander nicht immer genügend auseinander halten. So bestimmt Bruns in seiner Darstellung des heutigen römischen Rechts in v. Holzendorff's Encyclopädie (allgem. Theil, A. II 2) das Verhältniß der Rechtsgewohnheit zum Gesetz vorwiegend von diesem empirischen Standpunkt, dem Standpunkt der durch die Entwicklung des modernen Staates tatsächlich gegebenen Verhältnisse. Zwar scheint er einen principiellen und zwar psychologischen Standpunkt einzunehmen, wenn er sagt, daß Gesetz und Gewohnheit sich verhalten wie Vorsatz und Gewöhnung. Indem er aber die Parallele noch näher so ausführt: „wie beim Einzelnen der Wille über den Gewohnheiten steht, sofern er nur die Kraft hat, ihn durchzuführen, so steht auch im Staat das Gesetz über der Rechtsgewohnheit,“ zieht er sofort das empirische Element wieder herein; die Superiorität des Vorsatzes gegenüber der Gewohnheit wird nicht als eine begriffliche aufrecht erhalten, sondern nur für den Fall behauptet, daß der Einzelne die Kraft hat, ihn durchzuführen. Von diesem empirischen Standpunkt aus wird man aber ja zweifellos sagen müssen, daß die Gewohnheit mindestens eben so oft über den Vorsatz als der Vorsatz über die Gewohnheit den Sieg davon trägt. Versucht man aber hier, den principiellen Standpunkt zu gewinnen, so kommt man sofort zu einem Verhältniß zwischen Gewohnheit und Vorsatz, wie es sein sollte, also zu einem ethischen Postulat, und es zeigt sich dabei, daß man stillschweigend vernünftige Vorsätze und mehr oder weniger unvernünftige Gewohnheiten supponiert hat. Es dürfte klar sein, daß dieser Argumentation von Bruns keinerlei Beweiskraft zukommt.

Mit der Anerkennung der derogatorischen Kraft der Rechtsgewohnheit ist zunächst nur die begriffliche Möglichkeit solcher Derogation behauptet. Damit sich aber eine derogatorische Gewohnheit tatsächlich bilden könne, müssen auch gewisse äußere tatsächliche Bedingungen verwirklicht sein, welche weder im Begriff der Rechtsgewohnheit noch im Begriffe des Gesetzes liegen. Von Seiten dieser tatsächlichen Bedingungen her steht heutzutage der Entstehung derogatorischer Rechtsgewohnheiten gar Manches im Wege: so der Umstand, daß die

Rechtspflege in den Händen berufsmäßiger Juristen liegt, die Vervielfältigung und ausgedehnte Verbreitung der Gesetze, wie sie durch den Druck ermöglicht wird, die Leichtigkeit, mit welcher die Gesetzgebungsmaschine in Bewegung gesetzt und Uebelständen des bestehenden gesetzlichen Rechtes abgeholfen werden kann, und dgl. mehr. Auch ist es zweifellos, daß das Entstehen einer Rechtsgewohnheit um so größere Schwierigkeiten hat, je umfassender die Rechtsgemeinschaft ist, um die es sich handelt.

Sehen wir von diesen empirischen Bedingungen und Hemmungen ab, und fragen wir, worauf denn sonst die Behauptung der Inferiorität der Rechtsgewohnheit gegründet werden könne.

Sieht man auf das nothwendige zeitliche Verhältniß beider Rechtsquellen, so läßt sich daraus weit eher eine Inferiorität des Gesetzes, als eine solche der Rechtsgewohnheit herleiten. Diese ist immer und überall die ältere Form der Rechtsproduction. Nichts ist also gewisser, als daß die rechtproduzierende Kraft der Gewohnheit nicht auf Gesetz beruhen kann. Worauf beruhte aber in dem Augenblick, wo bei irgend einem Volke die Gesetzgebung zum ersten Male in Function trat, die rechtproduzierende Kraft des Gesetzes? Doch wohl nur auf einer communis opinio der Rechtsgenossen, daß dem Gesetz als solchem verbindliche Kraft zukomme, in Verbindung mit einer entsprechenden Willensrichtung. Die Gesetzgebung hat also ursprünglich immer eine gewohnheitsrechtliche Basis, nicht umgekehrt.

Nicht minder ergibt die Vergleichung der Ausdrucksmittel, deren sich der Gemeinwille bei dem Gesetz und bei der Rechtsgewohnheit bedient, eher ein Uebergewicht für die letztere, insofern ja zweifellos die That ein energischerer Ausdruck des Willens ist, als das Wort. Richtig ist allerdings, daß bei der Rechtsgewohnheit der an sich immer abstracte Rechtsatz aus der concreten Verwirklichung, die er in den einzelnen Uebungsfällen findet, erst herausgeholt werden muß; die Rechtsgewohnheit liefert die Rechtsätze nicht unmittelbar, wie das Gesetz das vermag. Daß aber bei einer Eruiierung der Rechtsätze aus den Uebungssatten Irthümer sich einschleichen können, wird reichlich compensiert dadurch, daß der Gesetzgeber im sprachlichen Ausdruck dessen, was er

will, fehlgreifen kann, in welchem Falle der Rechtsatz ja auch nicht zur Anwendung fertig geliefert ist.

Am ehesten könnte man geneigt sein, die Superiorität des Gesetzes gegenüber der Rechtsgewohnheit abzuleiten aus der Verschiedenheit der Subjecte, die in dem einen und dem andern Falle das Recht producieren. Dort die Staatsgewalt, hier die Unterthanen: nichts scheint so selbstverständlich zu sein, als daß die letzteren nur soweit an der Rechtsproduction Theil nehmen, als jene es gestattet. Daß die Unterthanen auch im Gegensatz zu dem ausgesprochenen Staatswillen Recht producieren, scheint als ein revolutionärer Vorgang bezeichnet werden zu müssen²⁶⁾, und nur in einer Demokratie scheint die Gleichberechtigung des Gesetzes und der Rechtsgewohnheit construierbar zu sein; bekanntlich hat man von dem letzteren Gesichtspunkt aus die l. 32 de leg. mit der l. 2 C. quæ sit longa cons. historisch zu vereinigen gesucht.

Zuvörderst ist nun zu betonen, daß die scharfe Gegenüberstellung von Staatsgewalt und Unterthanen in dem Sinne, daß dieselben sich zu einander lediglich wie handelndes Subject und leidendes Object verhalten, einseitig und also unrichtig ist. Auch dann, wenn man eine absolute Monarchie im Auge hätte. Wie es selbst in der reinsten Demokratie nicht fehlen kann, daß es Regierende und Regierte gibt, so ist es andererseits selbst für die absoluteste Monarchie unbestreitbar, daß diejenigen, welche von der einen Seite her gesehen als subiecti erscheinen, von der anderen Seite betrachtet sich, als personaler Bestandtheil des Staats, neben den Monarchen stellen^{26a)}; denn der Spruch l'état c'est moi ist nur eine grundlose Prätenfion gewesen.

Fragen wir sodann nach den das Recht producierenden Subjecten, so erscheinen uns die Unterthanen, und zwar wiederum in ihrer Gesamtheit, abermals in einer neuen Stellung: sie bilden, und zwar mit dem Staatsoberhaupt, eine Rechts-

26) Vgl. Dahn, zur Lehre von den Rechtsquellen, in der Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung u. s. w. Bd. 6 S. 582 f., welcher sich mit Recht dadurch nicht abschrecken läßt, die Gewohnheit dem Gesetz gleichzustellen.

26a) Ich halte es daher auch nicht für richtig, wenn in der Lehre von den juristischen Personen der Staat als Vermögenssubject unter die „Anstalten“ gezählt wird.

gemeinschaft, diejenige Rechtsgemeinschaft nämlich, welche in ihrem Umfang mit dem Staat zusammenfällt. Das Subject, welches Gewohnheitsrecht produciert, ist die Rechtsgemeinschaft²⁷⁾. Allerdings können die Uebungsacte, durch die Gewohnheitsrecht entsteht, nur von Einzelnen vorgenommen werden. Aber nur insofern diese Einzelnen als Repräsentanten der Rechtsgemeinschaft handeln, erzeugen die Uebungsacte Gewohnheitsrecht. Sie erscheinen aber als Repräsentanten der Rechtsgemeinschaft, wenn sie aus dem Trieb heraus, der die Gemeinschaft erfüllt, handeln; das ist es, was man die *opinio necessitatis* zu nennen pflegt, und was die Uebungsacte Einzelner zu Aeußerungen des Willens der Gesamtheit stempelt.

Welches ist nun das Verhältniß des Gesetzgebers zur Rechtsgemeinschaft? Er steht nicht über, sondern in derselben. Es ist zwar eine Rechtsgemeinschaft ohne Gesetzgeber, aber nicht ein Gesetzgeber ohne Rechtsgemeinschaft möglich. Daß ein Gesetzgeber aufgetreten ist, ist ursprünglich nur kraft einer *opinio necessitatis* der Rechtsgemeinschaft geschehen; ebenso ist überall auch erstmals festgesetzt worden, wer Gesetze zu geben habe. Allerdings stellt sich der Gesetzgeber zur Rechtsgemeinschaft nicht wie der Mandatar zum Mandanten. Allerdings hat die Rechtsgemeinschaft, so wenig es in ihrem freien Belieben stand, die Institution der Gesetzgebung ins Leben zu rufen oder nicht, es auch nicht in ihrer Macht, diese Art der Rechtsproduction wieder nach Belieben verschwinden zu lassen. Aber das führt doch nicht weiter als zu der Erkenntniß, daß die Gesetzgebung, sobald sie einmal ins Leben getreten ist, der andern Rechtsquelle gegenüber ein selbständiges Dasein hat — wie etwa die separierte Frucht gegenüber der Mutterfache.

Endlich ist auch nicht aus dem Wesen des Gesetzes eine Superiorität dieses über die Gewohnheit herzuleiten. Solches ist neuerdings von Laband (Staatsrecht des deutschen Reichs I. S. 95 f.) in folgender Weise versucht worden. „Aus dem Begriff des Gesetzes folgt, daß im Princip dem Gewohnheits-

27) Vgl. A. Schmidt (a. a. O. S. 7): „als maßgebendes Subject erscheint das Volk“; das Gewohnheitsrecht werde durch die Existenz des Staates nicht behindert: „denn Volk und Staat sind in normaler Entwicklung nur formell von einander unterschieden, nicht materiell.“

recht derogatorische Kraft nicht zukommt. So lange der Staat seinen Befehl, daß ein gewisser Rechtsatz gelten soll, aufrecht erhält, können Unterthanen und Behörden diesen Befehl nicht unbeachtet lassen und noch weniger ihn durch Nichtbefolgung aufheben.“ Danach soll sich die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes reducieren auf Interpretation des Gesetzes und auf die Regel, daß das Gesetz auf solche Fälle nicht anzuwenden ist, auf welche es selbst nicht angewendet werden will.

Laband operiert hier mit seiner Unterscheidung von Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl. Es muß an diesem Ort dahingestellt bleiben, ob für eine solche Unterscheidung eine sachliche Nöthigung besteht oder nicht. Aber der Gesetzesbefehl: „der Rechtsatz, welcher Inhalt dieses Gesetzes ist, soll gelten“ hat doch jedenfalls die Klausel: „so lange, als dieses Gesetz nicht aufgehoben wird.“ Darüber aber, ob das Gesetz nur durch Gesetz aufgehoben werden könne, sagt der Gesetzesbefehl offenbar nichts. Daß aber Gesetze nur wieder durch Gesetze aufgehoben werden können, hat Laband schon vorher (auf S. 95) in folgender Weise zu begründen versucht. Der Staat könne seine Gesetze ändern, „aber es ist dazu die Erklärung des staatlichen Willens erforderlich, daß an die Stelle der bisherigen Anordnung eine andere treten soll. Für die Erklärung dieses Willens ist, da er die Aufstellung von Rechtsätzen zum Inhalt hat, die Form des Gesetzes erforderlich Mit-hin ergibt sich der Satz, daß ein Gesetz nur durch ein Gesetz aufgehoben oder abgeändert werden kann.“ Wir fügen hinzu: gewiß, wenn es sich um Aufhebung von Gesetzen durch den Staat handelt; die Frage: kann auch die nichtorganisierte Rechtsgemeinschaft auf dem Wege der Rechtsgewohnheit gesetzliches Recht aufheben? bleibt auch nach dieser Argumentation noch immer eine offene.

Die Sätze, in Bezug auf welche wir im Vorstehenden den Gesetzgeber als machtlos erkannt haben, werden oft als Rechtsätze des öffentlichen Rechts bezeichnet. Das ist nicht zutreffend. Diese Sätze gelten ohne jede positive Sägung, und trotz einer solchen. Sie sind Lehrsätze, nicht Rechtsätze; Rechtswahrheiten betreffend die Natur des objectiven Rechts, die erkannt sein wollen, nicht Rechtsbestimmungen, denen Folge

geleistet werden soll. Die Lehre von diesen Rechtswahrheiten gehört in keine der Einzeldisziplinen, in welche die Darstellung eines positiven Rechts gegliedert zu werden pflegt, weder in das Privatrecht, noch in das öffentliche, speciell Staatsrecht. Correciter Weise sollte sie auch nicht als Einleitung mit einer dieser Disciplinen verbunden werden; denn sie bildet die Einleitung zu der einen nicht minder, als zu der andern. Diese Darstellung gehört vielmehr in eine Einleitung in die gesammte Rechtswissenschaft²⁸⁾.

II.

Auch bei der zweiten Gruppe handelt es sich um ein Gebiet für die Bethätigung des Intellects und nicht des Willens, um Rechtswahrheiten oder Rechtsirrhümer, um eine Grenzregulierung zwischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Aber das Object des Erkennens ist hier nicht die Natur des objectiven Rechts im Allgemeinen, sondern der Inhalt eines bestimmten positiven Rechts. Und zwar richtet sich die Thätigkeit des Intellects zunächst auf Feststellung der Rechtsätze, was die Aufgabe der Auslegung im weitesten Sinne ist; sodann auf die logische Bearbeitung des so gewonnenen Stoffes. Es bedarf übrigens kaum der Bemerkung, daß in der Formulierung eines Rechtsatzes auch schon ein Stück logischer Verarbeitung des Rechtsstoffes vorliegen, und daß die weitere logische Bearbeitung zu Correcturen bezüglich der Fassung der Rechtsätze führen kann.

Wir beginnen mit der Auslegung und beschränken uns hiebei auf die Auslegung von Gesetzen.

Die Auslegung eines Gesetzes hat die in demselben zum Ausdruck gekommenen Rechtsätze festzustellen. Dies geschieht durch Urtheile (im Sinne der Logik), und ist nicht Sache des Gesetzgebers, sondern der Wissenschaft, wobei es natürlich ganz gleichgiltig ist, ob diese wissenschaftliche Thätigkeit von einem Praktiker oder von einem Theoretiker geübt wird.

Nun gibt es aber allerdings Gesetze, welche eine Auslegung älterer Gesetze enthalten, sog. authentische Declarationen. Wo solche Declarationen erlassen werden, da unternimmt der Gesetzgeber etwas, was seines Amtes nicht ist, was er aber

28) Uebereinstimmend Göppert S. 39.

in dem concreten Fall jedenfalls nicht unterlassen zu sollen glaubt. Das Vorkommen authentischer Declarationen ist wohl in den allermeisten Fällen ein untrügliches Zeichen, daß entweder der frühere Gesetzgeber, oder diejenigen, deren Amt und Geschäft die Auslegung ist, oder beide nicht auf der Höhe ihrer Aufgabe standen²⁹⁾.

So lange nicht ganz zwingende Gründe eine gegen-
theilige Ueberzeugung bedingen, muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Declaration erlassen habe *animo declarandi*, d. h. in keiner anderen Meinung und Absicht, als der, den rechtlichen Gehalt des declarierten Gesetzes klar zu stellen. Es fragt sich aber, ob der Gesetzgeber diese Absicht auch erreicht hat. Er hat sie nicht erreicht, wenn er den „Sinn“ des declarierten Gesetzes nicht richtig getroffen, n. a. W. wenn er einen anderen Rechtsatz aus dem Gesetz ermittelt hat, als den in demselben enthaltenen. Und da solches selbst dann möglich ist, wenn der Gesetzgeber ein von ihm selbst

29) Daß Rescripte und Decrete der römischen Kaiser authentische Gesetzesauslegung seien, wie nach Mommsen's Vorgang manche Neuere annehmen (Sohm, Instit. S. 49; Wlassak, kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen u. S. 151), halte ich nicht für genau. Für Decrete nicht, einmal weil ein Decret allemal auch Rechtsanwendung ist, und dann weil es Decrete gibt (z. B. das *decr. D. Marci*), welche auf schon bestehendes Recht gar nicht sich gründen. Für Rescripte kann es richtig sein; aber für gewöhnlich handelt es sich bei den Rescripten nicht um Auslegung einer Rechtsquelle, sondern um Auskunft (Gutachten) über das bestehende Recht. Correct ist die neueste Darstellung von M. Pernice in den Festgaben für Weseler (Juristische Abhandlungen u. s. w. 1885) S. 70, wenn schon auch da der Ausdruck „Interpretationsrecht“ gebraucht ist, welcher zu Mißverständnissen führen kann. Daß übrigens auch wirkliche authentische Auslegungen von Gesetzen Seitens der Kaiser vorkamen, daß aber gegen die Verbindlichkeit derselben von Seiten der klassischen Juristen Opposition erhoben wurde, während dies bezüglich der Decrete nicht geschah, zeigt l. 12 § 1. 2 C. de leg. (1, 14) von 529: ... cum et veteris iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vicem obtinere aperte dilucideque definiunt. cum igitur et hoc in veteribus legibus (damit kann Justinian nur die Schriften klassischer Juristen meinen) invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat huiusmodi regiam interpretationem obtinere et rel.

ausgegangenes Gesetz deklariert³⁰⁾: um wie viel eher dann, wenn seine Declaration das Gesetz eines früheren Gesetzgebers zum Gegenstand hat, in welchem Falle die Prädicierung als „authentisch“ nur auf Grund einer Fiction möglich ist.

Die Frage nun, ob der Gesetzgeber den Inhalt des declarierten Gesetzes richtig dargelegt habe oder nicht, unterliegt freier wissenschaftlicher Prüfung; eine bejahende Beantwortung derselben läßt sich schlechterdings nicht commandieren. Träfe das ein, daß ein declarierender Gesetzgeber solches befohlen haben will: so wäre ein solcher Befehl in sich selber null und nichtig. Keinesfalls aber liegt ein solcher Befehl in der authentischen Declaration als solcher, wie dies Windscheid anzunehmen scheint, wenn er von der authentischen Auslegung sagt (§ 20), sie sei „im Grunde Setzung neuen Rechts mit Hinzufügung der Bestimmung, daß das gesetzte neue Recht als bereits in einem früheren Rechts-satze enthalten angesehen werden solle.“

Eine Willensbestimmung ist allerdings in jeder authentischen Declaration enthalten, und dieselbe richtet sich, wie nothwendig jede Willensbestimmung, auf die Zukunft. Dieser concurrierende Befehl ist es, welcher die authentische Auslegung von jeder anderen unterscheidet. Der Befehl geht aber nicht dahin, die gegebene Auslegung für die richtige anzusehen, sondern dahin, sie bei jeder Anwendung des declarierten Gesetzes zu Grunde zu legen. Nicht ein theoretisches, sondern ein praktisches Verhalten wird geboten. Die materielle Bedeutung dieses Gebotes ist aber eine ganz verschiedene, je nachdem die authentische Auslegung dem wirklichen Inhalt des declarierten Gesetzes entspricht oder nicht. Der ersten Alternative wird Windscheid in seiner oben citierten Bestimmung der Natur der authentischen Auslegung nicht gerecht: denn diese fußt auf der stillschweigenden, für den authentischen Interpreten außerordentlich wenig schmeichelhaften Voraussetzung, daß derselbe den Sinn des declarierten Gesetzes allemal verfehle. Wogegen Savigny (Syst. 8, 512) sich der zweiten Möglichkeit verschließt, wenn er sagt:

30) Denn das Gesetz „reißt sich durch die Publikation vom Gesetzgeber los“, und es „kann einsichtiger sein, als der oder die Gesetzgeber“ (Thöl, Einleitung S. 150).

das auslegende Gesetz eröffne dem Richter nur das Verständniß des früheren³¹⁾.

Entspricht nämlich die authentische Auslegung dem Inhalte des ausgelegten Gesetzes, so ist dem Richter nur noch speciell befohlen, was er ohnehin zu thun schuldig ist: nämlich das geltende, declarierte Gesetz richtig anzuwenden. Entspricht sie diesem Inhalte nicht, so ist allerdings der Sache nach neues Recht gesetzt. Es ist aber gesetzt in Form einer authentischen Auslegung, und das führt praktisch zu demselben Resultat, welches erreicht worden wäre, wenn ein entsprechender neuer Rechtsatz mit rückwirkender Kraft — rückwirkend bis zu dem Datum des Inkrafttretens des alten Gesetzes — aufgestellt worden wäre. Es ist das so Kraft des Inhaltes des die authentische Auslegung begleitenden Imperativs. Geht dieser dahin, das alte Gesetz solle angewendet werden in dem von der Auslegung angenommenen Sinne, und ist es zweifellos, daß das alte Gesetz anzuwenden ist auf alle Fälle, welche jünger sind, als dieses, auch wenn sie älter sein sollten, als die authentische Declaration: so ist es eben durch die gewählte Form der authentischen Auslegung gegeben, daß der in der Declaration *re vera* stekende neue Rechtsatz angewendet werden muß auf Fälle, die vor dem declarierenden Gesetze liegen. Eine authentische Declaration involviert also in diesem Falle auch eine Expropriation, so gut wie ein Gesetz, welches einen neuen Rechtsatz mit rückwirkender Kraft — in dem oben definierten Sinne — aufstellt³²⁾.

31) Vgl. auch Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts S. 36: „jede . . . authentische Interpretation ist objectiv richtig.“ Am Schlusse des betr. Alinea ist von Kierulff die Richtigkeit des Urtheils des Auslegers und die Bindekraft des die authentische Auslegung begleitenden Imperativs besser auseinandergehalten: „die vorgelegte Ansicht ist zugleich legislatorischer Wille, und gilt darum unbedingt.“

32) Man vergleiche den von J. Bremer in Bekker's und Muther's Jahrb. d. gem. Rechts II. S. 272 Note 27 mitgetheilten Fall. — Auch Kierulff (a. a. O. S. 36, Note) gibt zu, „daß unter dem Namen einer authentischen Interpretation eigentlich neue Gesetze gemacht werden können — und unter solchem Prätext dann die Rückwirkung von Gesetzen versteckt werden kann.“ Damit scheint denn doch die von Kierulff

Auch wenn das richtig wäre, was Hierulff (a. a. O.) behauptet, daß nämlich durchaus nicht mit objectiver Giltigkeit auszumachen sei, ob eine Interpretation falsch oder richtig sei: so würde daraus doch nicht folgen, daß jede authentische Auslegung als objectiv richtig zu gelten habe. Es würde sich daraus nur die Nothwendigkeit ergeben, dasjenige, was im vorigen Absatz gesagt ist, subjectiv zu fassen: für den, welcher die authentische Auslegung für unrichtig erachtet, enthält sie einen neuen Rechtsatz; für den, welcher sie für richtig erachtet, enthält sie keinen neuen Rechtsatz.

Logische Urtheile heißen keinen Gehorsam; das gilt auch, wenn ein Gesetzgeber solche ausspricht. Authentische Auslegungen heißen Gehorsam, aber lediglich deshalb, weil sie nicht bloß logische Urtheile sind. In demselben Augenblick, in welchem der Gesetzgeber über sein eigentliches Gebiet hinausgeht und logische Urtheile ausspricht, unterstellt er sich einer Kritik, welche in Bezug auf gesetzgeberische Acte, die innerhalb der gesetzgeberischen Competenz bleiben, gar nicht möglich ist. Insoweit er geurtheilt hat, ist über ihn das Urtheil möglich, daß er wahr oder falsch geurtheilt habe; von einem gesetzlichen Imperativ zu prädicieren, daß er wahr oder falsch sei, ist nicht möglich. Mit einer derartigen Kritik über das in der authentischen Auslegung ausgesprochene Urtheil stellt sich daher auch der Kritiker keineswegs, wie Savigny meinte (8, 513), über den Gesetzgeber; denn diese Kritik richtet sich auf eine Thätigkeit, die keine gesetzgeberische ist. Etwas anderes wäre es, wenn der Kritiker das Ergebnis seiner Kritik maßgebend sein lassen wollte dafür, ob der Befehl des Gesetzgebers zu befolgen sei oder nicht. Das ist natürlich nicht zulässig.

im Text gemachte Aufstellung: daß „jedes Ergebnis, das aus der Absicht des Gesetzgebers, ein Gesetz zu interpretieren, hervorgegangen, auch als wirkliche Interpretation gelten müsse“, nicht zu stimmen. Denn die an jenes Zugeständniß unmittelbar angeschlossene und an sich ganz richtige Erwägung, „daß der Gesetzgeber auch ohne Weiteres die Rückwirkung eines Gesetzes anbefehlen, und daß er überhaupt mangelhafte Gesetze machen kann, und dennoch diese wie jene volle Giltigkeit haben“, führt nur zu dem Satz, daß jedes Ergebnis, welches aus einer authentischen Declaration hervorgeht, gelten muß, nicht aber zu dem Satz, daß es als wirkliche (d. i. den Sinn des declarierten Gesetzes treffende) Interpretation gelten muß.

Göppert unterscheidet, wie wir, bei der authentischen Auslegung einen Befehl und eine Aussage (a. a. O. S. 192 f.), und sagt mit vollem Recht, es könne dem Richter nicht verwehrt werden, das alte Gesetz in einem anderen Sinne zu verstehen, als die Staatsgewalt. Wenn er aber hinzufügt (S. 193 u. 198): folglich könne der Richter, soweit die eigene Kraft des neuen Gesetzes, der sog. Declaration, nicht reiche, das alte Gesetz auch in dem von ihm als richtig erkannten Sinne anwenden: so wird hier fühlbar, daß Göppert es unterlassen hat, den Inhalt des die authentische Auslegung begleitenden Imperativs festzustellen. Ist nämlich der Inhalt dieses Befehls der, daß das declarierte Gesetz, so oft es nach dem Inkrafttreten der Declaration zur Anwendung kommt, angewendet werden soll in dem von der Declaration angegebenen Sinne, so ist klar, daß die eigene Kraft der Declaration allemal so weit reicht, um es dem Richter zu verwehren, das declarierte Gesetz in einem andern Sinne anzuwenden, als in dem von der Declaration angegebenen.

Auch dann, wenn die Personen, welche authentisch declarierten, dieselben sind, welche das declarierte Gesetz beschlossen haben, ist der gedachte Imperativ mit der authentischen Auslegung verbunden. In diesem Falle will Göppert die Declaration anders behandeln: sie soll als authentisches Zeugniß über die Absicht des Gesetzgebers angesehen werden. Und zwar soll dieses Zeugniß bei Zweideutigkeit des declarierten Gesetzes den Ausschlag geben; da aber, wo es einen andern, als den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Willensinhalt bezeugt, entweder zu restrictiver Auslegung desselben führen, oder aber — bei völligen Auseinandersein von Wort und Wille — dessen Giltigkeit für die Vergangenheit zerstören³³). Ob es angeht, den einen Bestandtheil der authentischen Auslegung, das Urtheil über den rechtlichen Gehalt des fertigen Gesetzes, umzudeuten in ein Zeugniß über das, was der Gesetzgeber vor und bei Erlaß des Gesetzes beabsichtigt hat, das scheint doch gegründeten Zweifeln zu unterliegen. Wie dem aber auch sei: jedenfalls ist dem andern

33) A. a. O. S. 198 f. Richtiger würde wohl gesagt worden sein, daß dieses Zeugniß die Ungiltigkeit der betr. Gesetzesbestimmung klarstelle.

Bestandtheil der authentischen Auslegung, dem Imperativ des oben angegebenen Inhalts, sein Recht hier nicht geworden.

Wir gehen über zur juristischen Klassification und Systematik.

Ob und in welcher Weise Rechtsätze, subjective Rechte, Thatbestände zu klassificieren sind, ist überall nicht vom Gesetzgeber zu bestimmen, sondern gehört ausschließlich zur wissenschaftlichen Behandlung des Rechts.

Es kann sein, daß ein Gesetzgeber betreffs der Frage, ob zu klassificieren sei, ebenso das Richtige trifft, wie in der Frage des Wie. Sein Ausspruch ist dann richtig, vielleicht auch nützlich, insofern die Wissenschaft in richtige Bahn gewiesen oder vor Abirrung bewahrt wird; verbindliche Kraft hat er auch in diesem besten Falle nicht. So verhält es sich z. B. mit folgenden Klassifikationen des code civil Art. 688: les servitudes sont ou continues ou discontinues; Art. 689: les servitudes sont apparentes ou non apparentes. Zu dem eigentlichen Beruf des Gesetzgebers gehörte hier bloß dies, die verschiedenen Rechtsätze, welche die eine und die andere Kategorie von Verhältnissen betreffen, aufzustellen; die Klassification wie die Bezeichnung der Klassen konnte er der Wissenschaft überlassen.

Noch viel einleuchtender ist, daß, wenn für eine Klassification gar kein Bedürfniß vorliegt, dieselbe darum nicht weniger überflüssig und bedeutungslos ist, weil sie in einem Gesetz steht, wie in demselben code civil der Art. 649: les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers; endlich daß eine in einem Gesetze ausgesprochene falsche Klassification weder für den Theoretiker noch für den Praktiker irgend welche Geltung beanspruchen kann. Wäre aber eine falsche Klassification für den Gesetzgeber Motiv gewesen zu wirklichen Rechtsätzen, so würde dieses zu dem in den einleitenden Bemerkungen ausgeschiedenen Problem gehören.

Auch in Justinian's Gesetzbuch finden wir Klassifikationen in nicht geringer Zahl. Sie rühren her aus juristischen Schriften von theoretischem Charakter — in Responsensammlungen werden schwerlich welche enthalten gewesen sein — und

waren da völlig am Platze. Daß sie durch Aufnahme in die Institutionen oder Digesten Justinian's den Charakter von Rechtsfäßen, den sie ursprünglich nicht hatten, bekommen haben, das wird wohl schwerlich Jemand vertheidigen wollen, und sicherlich ist das auch v. Martitz' Meinung nicht, trotz der oben (Note 2) referierten allgemeinen Behauptung desselben. Sogar als logisch incorrect bezeichnet zu werden müssen sich gesetzgeberische Klassifikationen gefallen lassen. So z. B. die Eintheilung der res in corporales und incorporales, ferner die der Jnderdicte in prohibitoria, exhibitoria und restitutoria, sofern nämlich hier für das zweite und dritte Glied der Eintheilung der Inhalt des Befehls den Eintheilungsgrund abgibt, für das erste aber die Form desselben.

In den alten römischen Gesetzen wird man vergebens nach einer Klassification suchen. Davor schützte den römischen Gesetzgeber — von Anderem abgesehen — schon der römische Gesetzstil. Dieser Punkt, der Einfluß der Form der Gesetze auf den Inhalt derselben, ist für alle die Fragen, welche uns in diesem Theil unserer Abhandlung beschäftigen, von nicht geringer Bedeutung, und wir müssen deßhalb etwas dabei verweilen.

Unsere modernen Gesetze haben in weitem Umfange eine durchaus doctrinäre Form, und wir müssen behaupten, daß diese doctrinäre Form doctrinären Inhalt von der Gattung, wie wir ihn hier behandeln³⁴⁾, überhaupt erst möglich macht, dann auch befördert und endlich es der Auslegung erschwert, festzustellen, ob der Gesetzgeber nur ein Urtheil aussprechen oder aber eine Norm geben wollte.

Was wir unter doctrinärer Form von Gesetzen verstehen, wird kaum nöthig sein, anzugeben. Nehmen wir als Beispiel das Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Richter ausgeübt“ (§ 1); „die Fähigkeit zum Richteramt wird durch die Ablegung zweier Prüfungen erlangt“ (§ 2); „zum Richteramt befähigt ist“ u. s. w. (§ 4); „die Ernennung der Richter erfolgt auf Lebenszeit“ (§ 6); „die Richter beziehen ein festes Gehalt“ (§ 7); „die ordentliche

34) Unerweitiger Doctrinarismus ist von der Form der Gesetze unabhängig.

streitige Gerichtsbarkeit wird durch Amtsgerichte (u. s. w.) ausgeübt“ (§ 12). Dieser Ausdrucksweise wird sich bedienen, wer berichtend oder lehrend den hier angegebenen Inhalt zur Darstellung bringt. Man denke sich, daß diese Ausprüche als Fragmente, ohne die Ueberschrift und die Einleitung des Gesetzes, in ferner Zukunft wieder entdeckt würden, und frage sich, woran denn nun ein künftiger Rechtshistoriker merken könnte, daß es sich hier um Fragmente eines Gesetzes handle? Solche Gesetzesredaction macht es denn auch möglich, daß Jemand, ohne ein Wort an den einzelnen Paragraphen zu ändern, aus einem umfassenden Gesetz ein Lehrbuch herstellen kann, lediglich mittelst Umstellung einiger Paragraphen und Hinzufügung einiger, der systematischen Uebersicht dienenden Titelrubriken³⁵⁾.

Der Form nach liegen hier Berichte, erzählende Urtheile vor; beabsichtigt ist freilich etwas Anderes. Allein es ist lediglich die Ueberschrift („Gesetz“ u. s. w.) und die Einleitung des Gesetzes („Wir — verordnen“), was diese Urtheile in Imperative umsetzt, oder vielmehr Jedem, den es angeht, zumuthet, dieselben in Imperative umzusetzen. Es ist ganz dasselbe, wie wenn ein Lehrbuch über das Privatrecht durch ein Gesetz zum privatrechtlichen Gesetzbuch erhoben würde. Daß bei solcher Abfassung der Gesetze die Unterscheidung zwischen Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl (oben S. 302) sich geradezu aufdrängt, ist einleuchtend.

Der römische Gesetzgeber spricht im Imperativ, und dies^x ist die dem Begriff des Gesetzes als eines *iussum generale* (Capito bei Gellius n. a. 10, 20, 2) allein vollkommen angemessene Form³⁶⁾. Und nicht bloß dann, wenn geboten oder

35) „Der Text der deutschen Reichscivilproceßordnung in Gestalt eines Lehrbuchs“, erschienen 1883.

36) Jhering bezeichnet die imperativische Form, in der das Recht in den Gesetzen zum Vorschein kommt, als die niedere Erscheinungsform des Rechts; die höhere Erscheinungsform erhalte das Recht durch die Jurisprudenz (Geist d. röm. Rechts II. § 41 zu Anfang). Wenn indessen Jhering (ebendasselbst) sagt, „ob das Imperativische im Ausdruck selbst liegt, ist gleichgiltig, es liegt in der Sache, in dem Gedanken; in dem Munde des Gesetzgebers hat das „Ist“ die Bedeutung des „Sein-sollens“: so scheint der Imperativ im Gesetz doch noch nicht bloß Sache der Form zu sein; und wenn Jhering selbst von



verboden wird, sondern auch bei Gewährungen, wie z. B. *eius pecuniæ cui volet actio petitioque esto*; denn auch hier liegen Imperative vor, nur richten sie sich natürlich nicht an den, dem ein Recht verliehen wird. Man braucht bloß den Versuch zu machen, eine Klassifikation oder Ähnliches in der Form des Imperativs aufzustellen, und man wird sich sofort überzeugen, daß in der That diese Form allein schon davor schützt, das Gebiet der Gesetzgebung zu verlassen und auf das der Doctrin überzutreten.

× Man kann nun allerdings sagen, daß die deutsche Sprache eine dem römischen Gesetzesimperativ entsprechende Imperativform nicht habe. Jedenfalls aber würde nichts im Wege stehen, die gesetzlichen Imperative in solche Urtheile umzusetzen, die ein Sollen aussprechen³⁷⁾; auch da würde es nicht möglich sein, lehrhaften Inhalt in das Gesetz mitaufzunehmen. Selbst die Weise des *code Napoléon*, die gesetzlichen Imperative im Indicativ des Futurum auszusprechen, ist wenigstens relativ correct, wie der Umstand beweist, daß in diesem Gesetzbuch der Gesetzgeber, sobald er zu docieren anfängt (vgl. die oben S. 309 ausgehobenen Artikel), das Futurum aufgibt und das Präsens gebraucht.

Sollten nun auch, wie zu erwarten ist, die Redactoren unserer Gesetze bei der jetzt beliebten Form verbleiben, so wäre ihnen doch dringend zu empfehlen, daß sie sich bezüglich eines

der imperativischen Form der Gesetze sagt, daß dabei Form und Inhalt sich decken, so ist das eben das Vollkommene, das Klassische. Die Form, in der das Recht in den Gesetzen zum Vorschein kommt, kann mit der Form, die das Recht durch die Wissenschaft erhält, überhaupt nicht als Höheres und Niedrigeres verglichen werden. Man kann nur sagen: die Wissenschaft hat nichts zu befehlen und der Gesetzgeber hat nichts zu docieren; für jedes von beiden ist eine andere Form die angemessene.

37) Man vergleiche z. B. die preussische Hypothekenordnung von 1784, Tit. I. § 1: „Alle Gerichtsobrigkeiten — sollen schuldig sein — ordentliche und accurate Hypothekenbücher zu halten.“ § 2. „Die Landesjustizcollegien — sollen von Amtswegen darauf sehen“ u. s. w. § 3 . . . „so soll das Landesjustizcollegium die Anlegung der Bücher auf ihre Kosten besorgen lassen.“ Dazwischen findet sich aber auch schon die moderne, rein erzählende Form: § 9. „Die Eintragung in das Buch geschieht nach Nummern.“ —

jeden Satzes vorher klar machten, ob derselbe sich in einen Imperativ umsetzen lasse, oder nicht. Man legt in neuerer Zeit großen Werth darauf, zu trennen zwischen dem, was in das Gesetz und was in Vollzugsverordnungen gehört; unseres Erachtens wäre es weit wichtiger, die Grenze zwischen Gesetzgebung und Doctrin einzuhalten, und außerdem viel leichter, sie zu finden.

Von systematischer Anordnung des Stoffes gilt an und für sich dasselbe, was von der Klassification; auch sie ist Sache der Wissenschaft. Indessen kommt hier ein praktischer Gesichtspunkt in Betracht, welcher bei allen Gesetzen von größerem Umfang eine systematische Anordnung des Stoffes empfiehlt. Dies ist die Rücksicht auf die leichte Auffindbarkeit der einzelnen Rechtsätze, sowie auf die leichtere und gleichzeitig gründlichere Aneignung Seitens derer, die das Gesetz anzuwenden haben. Ist sonach die Frage, ob der Gesetzgeber systematisieren solle, keineswegs allgemein zu verneinen: so gilt doch von der systematischen Anordnung ganz ebenso, wie von der Klassification, daß sie die bindende Kraft eines Rechtsatzes nicht hat, auch nicht mittelbar. Es würde also z. B. daraus, daß das künftige bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich das Pfandrecht unter die dinglichen Rechte an fremder Sache stellte, und dabei auch das Pfandrecht an Forderungen mitbehandelte³⁸⁾, doch weder der Theoretiker noch der Praktiker befugt — geschweige denn verpflichtet — sein, daraus irgend welche rechtliche Consequenzen hinsichtlich des letztgedachten Pfandrechts abzuleiten.

Etwas anderes ist es, wenn der Gesetzgeber von einer verkehrten systematischen Auffassung aus Rechtsbestimmungen erlassen hat; das gehört wieder zu dem oben ausgeschiedenen Problem. Und wieder etwas anderes, wogegen an sich nichts eingewendet werden könnte, wäre es, wenn die vom Gesetzgeber beliebte systematische Anordnung als Hülfsmittel für die Auslegung einer zweifelhaften Rechtsbestimmung verwendet werden wollte.

38) Vgl. Schweizerisches Obligationenrecht, sechster Titel: „Dingliche Rechte an beweglichen Sachen“, II. Kapitel „Faustpfand. Retentionsrecht“; in diesem zweiten Kapitel wird auch das Pfandrecht an Forderungen behandelt.

X Auch Definitionen aufzustellen, ist nicht Sache des Gesetzgebers, sondern der Wissenschaft. Denn eine Definition ist ein Urtheil, „in welchem die Bedeutung eines einen Begriff bezeichnenden Wortes angegeben wird“³⁹⁾. Logische Urtheile sind aber nun einmal nicht im Stande, objectives Recht zu schaffen, seien sie nun richtig oder unrichtig.

Im Allgemeinen wird man sagen können, eine juristische Definition sei unrichtig, wenn sie mit den wirklichen Rechts-sätzen nicht in Einklang steht. So ist z. B. der § 803 Zhl. I. Tit. 11 des preuß. Landrechts:

Zinsen heißt bei Darlehen alles das, was der Schuldner dem Gläubiger für den Gebrauch des geliehenen Geldes entrichten muß,

eine unrichtige Definition. Denn dieselbe setzt einen Rechts-satz voraus, den das preuß. Recht so wenig kennt, wie das römische, des Inhalts, daß der Schuldner Zinsen nicht zu zahlen schuldig ist, wenn er von dem ihm geliehenen Geld keinen Gebrauch gemacht hat oder wenigstens keinen Gebrauch hat machen können⁴⁰⁾.

Dabei muß allerdings ein Vorbehalt gemacht werden. Eine vollkommene Richtigkeit der Definitionen kann in unserer Wissenschaft gar nicht immer verlangt werden. Bergegenwärtigt man sich nämlich den Stoff und die Aufgabe des Rechts, so leuchtet die Möglichkeit ein, daß Rechts-sätze, welche sich auf ein Institut beziehen, mit andern Rechts-sätzen derselben Beziehung nicht harmonieren; hier entsteht dann die Frage, ob man auf eine Definition verzichten oder sich mit einer relativen Richtigkeit begnügen solle. Dieselbe Möglichkeit ergibt sich daraus, daß innerhalb eines Rechts-Institutes ein von dem ursprünglichen verschiedener Gedanke sich Geltung verschafft und daß die Entwicklung des Instituts zum Stillstand kommt, ehe der alte Gedanke von dem neuen ganz überwunden ist (Beispiel: substit. pupillaris).

39) So bestimmt den Begriff der Definition, im Sinne einer Nominaldefinition, Sigwart, Logik I. § 44. Vermeint ein Gesetzgeber Realdefinitionen geben zu können, so ändert sich darum an dem im Text Gesagten nichts.

40) In derselben Richtung falsch ist die Definition bei Puchta, Pand. § 227. Richtig Windscheid § 259.

Unrichtige Definitionen hat die Praxis zu ignorieren, die Wissenschaft zu corrigieren. Als durchaus unzulässig müßte es bezeichnet werden, wenn z. B. Jemand aus den Worten „für den Gebrauch“ des allegierten Landrechtssatzes einen dieselben rechtfertigenden Rechtsatz erst ableiten wollte. Denn der Gesetzgeber hat mit diesen Worten nichts gewollt, er hat sich lediglich geirrt.

Es kommt auch vor, daß der Gesetzgeber selbst die erforderliche Correctur einer unrichtigen Definition besorgt, indem er die Elemente für eine solche nicht etwa bloß durch den Inhalt der Rechtsätze, sondern durch Äußerungen liefert, die directer zu jenem Ziele führen. So definiert § 1037 A. L.-R. 1, 11 die Schenkung viel zu eng so:

Schenkungen sind Verträge, wodurch Einer dem Andern das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet; es werden aber Elemente zur Correctur in I. 11, 378 und I. 16, 393 geliefert⁴¹⁾.

Auch nach Definitionen wird man in römischen Gesetzen vergeblich suchen. Dagegen finden wir sie in denjenigen Theilen des corpus iuris, welche aus Schriften römischer Juristen zusammengestellt sind; daß ein guter Theil derselben mehr oder weniger unrichtig oder ungenau ist, wird in neuerer Zeit mehr als früher anerkannt. Dadurch, daß Justinian sein Gesetzbuch zum Theil aus den Schriften der klassischen römischen Juristen zusammenstellen ließ, erwuchs für die auf dieses Gesetzbuch angewiesene Rechtswissenschaft der ungeheure Vortheil, daß eine Masse Arbeit, die ihr sonst obgelegen hätte, hier schon gethan war. Aber die Sache hatte auch ihre Rehrseite. Da hier Ergebnisse wissenschaftlicher Arbeit scheinbar gesetzliche Sanction erhalten hatten, konnte auch das, was in diesen Ergebnissen unrichtig oder unzulänglich war, sich länger, als es sonst der Fall gewesen wäre, der wissenschaftlichen Kritik und Correctur entziehen.

41) I. 11, 378: Wird ein Recht ohne Verpflichtung abgetreten, so ist die Handlung als eine Schenkung anzusehen; I. 16, 399: „eine unentgeltlich geschene Entfagung eines bereits erworbenen . . . Rechts . . . ist einer Schenkung gleich zu achten.“ Vgl. ferner zu der obigen Zinsdefinition noch I. 11, 855 ff.

- ◁ Sobald wir versuchen, Definitionen im Rechtsgebiet mit Imperativen verständiger Weise zu verbinden, erhalten wir die von Thöl so genannten begriffsentwickelnden Rechtsätze, die nicht selbständig sind, sondern nur eine Ergänzung anderer Rechtsätze bilden. Definiert der Gesetzgeber, so spricht er das Urtheil aus: diesem Worte ist dieser Begriffsinhalt gleich. Stellt er einen begriffsentwickelnden Rechtsatz auf, so befiehlt er: diesem Worte soll, so oft ich es in diesem Gesetze gebrauche, von Jedem der das Gesetz anwendet dieser Begriffsinhalt gleichgesetzt werden. Daß diesem Befehl Folge zu leisten ist, versteht sich von selbst; doch ist noch eine Clausel beizufügen.
- × Wie steht es nämlich dann, wenn der Gesetzgeber selbst das Wort, bezüglich dessen er einen begriffsentwickelnden Rechtsatz aufgestellt hat, nun doch einmal in einem anderen Sinne gebraucht?

Daß solches geschehen könne, wird schwerlich a priori in Abrede gezogen werden können. Man denke nur an den Fall, daß für verschiedene Theile eines umfassenden Gesetzbuchs verschiedene Redactoren aufgestellt sind, oder daß zu einem solchen Gesetz in einer parlamentarischen Körperschaft Abänderungsanträge gestellt und angenommen werden, und dabei übersehen wird, daß der Antragsteller einen Ausdruck in einem andern Sinne gebraucht, als in dem begriffsentwickelnden Rechtsatz vorgeschrieben ist.

In diesem Falle wird nun Folgendes zu sagen sein. Das Gebot: mit diesem Worte soll bei der Anwendung des Gesetzes Jeder diesen Begriffsinhalt verbinden, enthält zugleich eine Ankündigung des Gesetzgebers, daß er selbst das Wort nur in diesem Sinne gebrauchen werde. Wo sich bestimmt erkennen läßt, daß der Gesetzgeber dieser Ankündigung untreu geworden ist, da ist insoweit auch der begriffsentwickelnde Rechtsatz vom Gesetzgeber selbst wieder außer Kraft gesetzt. Sonach kann der in einem begriffsentwickelnden Rechtsatz enthaltene Befehl mit der begrifflichen Aufgabe jeder Gesetzesauslegung, den wirklichen gesetzgeberischen Willen festzustellen, nicht in Conflict gerathen.

Läßt sich nun auch nach dem Gesagten der Unterschied zwischen Definition und begriffsentwickelndem Rechtsatz ganz scharf angeben, so kann es doch im concreten Falle zweifelhaft sein, ob das Eine oder das Andere vorliege. Namentlich

dann wird es häufig zweifelhaft sein, wenn der Gesetzgeber seine Imperative in die Form erzählender Urtheile bringt, denn in diesem Falle unterscheidet sich die Definition von dem begriffsentwickelnden Rechtsjah der Form nach nicht. Hier ist also die Aufgabe, die der Auslegung gestellt wird, eine schwierige. Ob man eine Vermuthung zu Gunsten des begriffsentwickelnden Rechtsjages aufstellen kann? Sie würde sich auf die Annahme gründen, daß der Gesetzgeber das, was seines Amtes und Berufes nicht ist, unterlassen habe; ob diese Annahme zur Zeit nicht mehr oder weniger ficticisch sei, ist freilich eine nicht ganz unberechtigte Frage.

Zu den Dingen, welche nicht Sache des Gesetzgebers sind, und worin er, wenn er trotzdem sich damit befaßt, keine den Willen bindende Wirkung hervorbringen kann, gehört ferner die juristische Construction. Der Ausdruck ist verhältnißmäßig neu, und der damit verbundene Begriff hat, so viel wir sehen können, noch keine feste und sichere Abgrenzung gefunden. Wir construieren juristische Handlungen (z. B. den *iactus missilium*, den Servitutvorbehalt bei Veräußerung eines Grundstücks); wir construieren aber auch Rechtsinstitute (z. B. die *hereditas iacens*, das Miteigenthum). Was dabei verschieden sein mag, interessiert uns hier nicht; für uns kommt in Betracht das jeglichem Construieren Gemeinsame: das ist ein analytisches Verfahren, zu dem Zweck, um das Neue, Verwickelte, anscheinend ganz Eigenartige (Specifische) auf schon bekannte, allgemein logische oder juristische, Elemente zurückzuführen. Die juristische Construction hat nur dann Werth, wenn aus ihr zugleich die Rechtsjage, die sich auf das, was construirt wird, beziehen, sich ableiten lassen. Sie ist insoweit also zugleich Begründung von Rechtsjagen. Wenn also der Ausdruck *una obligatio*, der in den römischen Quellen in Bezug auf das Correalverhältniß vorkommt, wirklich, wie die herrschende Meinung annimmt, die Bedeutung „eine einheitliche Obligation“ hätte, so wäre das doch nichts weiter als eine Construction, die nicht bindet und deren Werth davon abhängt, ob sie die einschlägigen Rechtsjage ganz oder größtentheils erklärt. Diese Art der Begründung der Rechtsjage ist indessen eine rein logische, und darum kann

die Rechtswissenschaft dabei nicht stehen bleiben⁴²⁾. Uebrigens braucht kaum bemerkt zu werden, daß die Construction in vielen Fällen schon in der Definition zum Ausdruck kommt⁴³⁾.

Im corpus iuris kann eine falsche Construction auch die Gestalt annehmen, daß für einen bestimmten Fall eine unrichtige Klage als die zuständige bezeichnet wird. So, wenn in einem Rescript von Sept. Severus und Caracalla (l. 9 § 4 loc. cond. 19, 2) die Klage, mit welcher vorausbezahlter Miethzins zurückgefordert wird, als *condictio indebiti* (statt als *cond. ob caus. datorum*) bezeichnet ist; wogegen, wenn Nela in l. 19 § 6 eod. die *a. loc. conducti* für denselben Fall gibt, damit noch nicht ausgeschlossen sein wird, daß ein *Condictionsfall* vorliege und die *Contractsklage* als *Condictionsklage* fungiere.

Kann der Gesetzgeber sogar durch eine von ihm selbst

42) Wenn eine Construction des Correalverhältnisses gefunden ist, welche eine Ableitung der einzelnen Rechtsätze gestattet, so ist ein logisches Bedürfnis befriedigt und ein logisches Verständniß gewonnen. Ein volles Verständniß der Correalität hat aber erst der, der anzugeben vermag, welchen Interessen durch diese Gestaltung der Rechtsätze gedient wird. Darauf hin zu inquiren, halten wir nicht nur für erlaubt, sondern sogar für geboten, trotz der l. 21 de leg. 1, 3 (*rationes eorum quae constituuntur, inquire non oportet*), deren Inhalt ebenso unverbindlich ist, wie der beigefügte Grund *alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur* nicht zutrifft; denn dies kann, wenn die Wissenschaft nur auch in ihren Grenzen bleibt, nicht geschehen.

43) Jhering schreibt der juristischen Construction *productives Vermögen* zu (Geist d. v. R. § 41). Das kann zugegeben werden, sofern er neue Rechtswahrheiten als das Product bezeichnet (II b, S. 369 und Note 529a der 2. Aufl.); wenn er aber, wie es nach S. 371 *ibid.* scheint, um deswillen die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle betrachtet wissen will, so müßte dagegen Widerspruch erhoben werden. — Sehr berechtigt ist die Opposition Jhering's (*ib.* Note 515). gegen das Construieren Seitens der Gesetzgeber. Nur ist es wohl nicht richtig, wenn als Beispiel einer gesetzlichen Construction aus früherer römischer Zeit die *fiction legis Corneliae* angeführt wird. Wer construiert, löst das Neue, scheinbar noch nicht Dagewesene in schon bekannte Elemente auf; die Fiction dagegen scheint uns vielmehr ein Verzicht auf Construction, und wenn der Gesetzgeber zu ihr greift, zugleich ein Verzicht auf das Aufstellen eines neuen Rechtsatzes, der offen mit dem alten Rechte bricht, zu sein.

gegebene Construction die Wissenschaft nicht binden, noch an der Aufstellung einer richtigeren hindern: so kann er es auch nicht *implicite*, d. h. in der Weise, daß er einen rechtlichen Vorgang mit einem Ausdruck bezeichnet, der sich mit der richtigen Construction jenes nicht verträgt. So ist es z. B. in gewissem Sinne mit dem Ausdruck *accrescere* beim Miteigenthum und bei Miterben. Wenn ferner für den Vorbehalt eines Servitutrechts zu Lasten eines verkauften und zu Gunsten eines vom Verkäufer zurückbehaltenen Grundstücks oder Grundstückstheils gesagt wird, daß der verkaufende Eigenthümer dem verkauften Grundstück *servitutum imponit* (l. 6 pr, § 1 comm. praed. 8, 4): so impliciert auch das eine unrichtige Construction des Vorgangs, an die wir auch dann nicht gebunden wären, wenn die richtige Construction in einer anderweitigen, einen analogen Fall betreffenden Entscheidung der Pandekten (l. 1 § 4 de reb. eor. 27, 9) nicht an die Hand gegeben wäre.

Falsche Construction führt zu unrichtiger Subjuntion, folgerweise zu unrichtiger Definition. Dieder gehört die Gestaltung der benannten römischen Realcontracte als Consensualcontracte, welche sich in dem Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866 (Art. 523, 598, 732, 954) und danach in dem schweizerischen Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 findet (Art. 321, 329, 475; der *contractus pignericus* fehlt⁴⁴).

Unrichtige oder unzulängliche Begründungen finden sich im *corp. iur. civ.* nicht wenige, zumal in Justinian's Gesetzen, aber auch in den Digesten. Es sei hier an eine erinnert, die anerkanntermaßen falsch und unverbindlich ist, diejenige nämlich, welche die Aenderung, die in der Stellung des *bon. fid. possessor* zum vindicirenden Eigenthümer in dem Augenblicke der *litis contestatio* vor sich geht, daraus ableitet, daß der *bon. fid. poss.* in diesem Zeitpunkte zum unredlichen Besitzer werde (l. 25 § 7 de her. pet. 5, 3). Daß aber alle falschen Begründungen im *corp. iur.* als solche

44) Näheres hierüber in meiner Abhandlung: „Zur Lehre von den benannten Realcontracten mit besonderer Rücksicht auf das schweizerische Obligationenrecht“ in der von A. Heusler und Anderen herausgegebenen Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. Bd. 3 (1884) S. 26 ff.

erkannt und zurückgewiesen wären, daran fehlt noch viel. So ist es z. B. eine keineswegs richtige Begründung, wenn in l. 41 de cond. ind. (12, 6) gesagt wird: quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, (si) solverit, repetitio est, quia nec natura debet; denn der Pupill kann auch eine Zahlung, die er auf eine vollgiltige Schuld geleistet, zurückfordern; der Grund der repetitio ist nicht die absolute Ungiltigkeit der obligatio, sondern die Ungiltigkeit der Zahlung als solcher, welche ja als vom Pupillen allein vorgenommen gedacht ist.

Ist Begründung wie Construction unverbindlich auch wenn sie ins Gesetz aufgenommen ist, so ist sie es erst recht, wenn sie bloß in den Motiven steht: wo dann, beim Vorhandensein mehrerer gesetzgebender Factoren, gar nicht einmal feststeht, ob alle Factoren sich diese Motivierung angeeignet haben. Ein Beispiel solcher unrichtiger Motivierung findet sich in den Motiven zu § 28 der Reichsstrandungsordnung vom 17. Mai 1874, wozu zu vergl. Mandry, civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze S. 250 ff. (2. Aufl. S. 352 ff.).

Wenn der Gesetzgeber Rechtsbegriffe, die von einander verschieden sind, als identisch setzt, so kann das nur darauf beruhen, daß einer derselben in seiner Eigenthümlichkeit nicht erkannt wird; desgleichen, wenn er den einen Begriff als Unterart unter den anderen subsumiert, während beide einander coordiniert sind. Ersteres ist z. B. der Fall in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern Thl. II. Art. 685, wo die Vollmächtertheilung als Vertrag aufgefaßt und mit dem Mandat identificiert ist. Ein Beispiel für das zweite liefert das schweizerische Obligationenrecht, wo im Titel 14 unter der Ueberschrift „Auftrag (Mandat)“ in vier Capiteln gehandelt wird von dem einfachen Auftrag, der Anweisung, dem Creditbrief und dem Kreditauftrag.

Zweifellos hat auch solche Begriffsvermengung keinerlei bindende Kraft. Es ist der Wissenschaft durchaus unbenommen — um bei den angeführten Beispielen stehen zu bleiben — die Vollmächtertheilung und die Anweisung von der Verbindung mit dem Mandat (welche, so häufig sie auch vorkommen mag, doch nur eine faktische und zufällige ist) zu lösen und in ihrer spezifischen Eigenart hinzustellen. Sie hat

dann in der That neue Rechtsbegriffe producirt und das Vorhandensein neuen Rechtsstoffes d. h. eines Stoffes, dessen Dasein noch nicht erkannt und der daher als solcher noch nicht gesetzlicher Normierung unterzogen worden ist, aufgezeigt (vgl. oben Note 43). Ihre Sache ist es dann ferner, klarzustellen, welche derjenigen Rechtsätze, die vom Gesetzgeber für Vollmacht mit Mandat, für Anweisung mit Mandat aufgestellt sind, auch für reine Vollmachten, reine Anweisungen zu gelten haben, und welche nicht. Soweit endlich Vollmacht und Anweisung anderweitiger Normierung bedürfen, hat die Wissenschaft, wenn sie ganz auf der Höhe ihrer Aufgabe steht, der Rechtsproduction die Wege zu weisen, sei es der Gesetzgebung, sei es der Gerichtspraxis (als der in diesen Fällen wohl allein in Betracht kommenden Form der *consuetudo*). Recht zu erzeugen vermag die Wissenschaft aber auch in diesem Falle nicht, so sehr es auch den Schein gewinnt, als sei sie hier Rechtsquelle.

Betrachten wir die in einem ein größeres Rechtsgebiet, etwa das gesammte Privatrecht, umfassenden Gesetze enthaltenen Rechtsätze, so sind sie verschiedener Ordnung. Manche derselben sind Folgerungen aus andern, allgemeineren Rechtsätzen (aus Rechtsprincipien, wie Thöl sagt); sie können aber auch zugleich die Bedeutung von Rechtsprincipien haben, insofern aus ihnen wieder speciellere, in dem Gesetze enthaltene Rechtsätze abgeleitet sind oder abgeleitet werden können.

Als Rechtsätze haben alle diese Bestimmungen einen den Willen in irgend einer Weise bindenden Inhalt. Sie würden auch binden, wenn sie nicht im Gesetze ausgesprochen, sondern aus den im Gesetze ausgesprochenen Rechtsätzen auf wissenschaftlichem Wege gewonnen wären. Denn ein im Gesetze nicht ausgesprochenes, mittelst Abstraction aus ausgesprochenen Folgesätzen erkanntes Rechtsprincip ist in diesen Folgesätzen enthalten, gewollt und zum Ausdruck gekommen; nicht minder ist in einem ausgesprochenen Rechtsprincip enthalten, gewollt und zum Ausdruck gekommen jeder Satz, der sich aus demselben auf dem Wege logischer Schlußfolgerung ableiten läßt.

Hieraus erhellt, daß sehr leicht in einem umfassenden Gesetzbuch Rechtsätze vorkommen werden, die als überflüssig bezeichnet werden können. Es läßt sich aber leicht einsehen,

daß solches nicht nur unschädlich, sondern ganz unvermeidlich ist.

Rein theoretisch die Sache betrachtet, könnte der Gesetzgeber dreierlei Wege einschlagen, um überflüssige Rechtsätze zu vermeiden. Er könnte sich damit begnügen, die obersten Rechtsprincipien aufzustellen, aus welchen dann durch Folgerung die Rechtsätze der niedrigeren Ordnungen abzuleiten wären; oder er könnte die letzten Detailsätze aufstellen, von denen zu den nächsten und so weiter bis zu den obersten Principien aufzusteigen er wieder der Wissenschaft überlasse; oder endlich er könnte die Rechtsätze aus der Mitte herausgreifen, so daß aus den von ihm aufgestellten Rechtsätzen ebensoviel nach oben Principien als nach unten Folgesätze zu gewinnen wären. In jedem Falle müßten dann noch diejenigen Rechtsätze, welche nicht reine Folgen aus anderen Rechtsätzen, vielmehr *contra tenorem rationis* sind, noch besonders ausgesprochen werden. Auch sie sind verschiedener Ordnung, und ihre Zahl ist bekanntlich nicht gering.

Es ist nun aber klar, daß bei jeder der drei angegebenen Verfahrungsarten sowohl dem Gesetzgeber, als denen, die das Gesetz anzuwenden haben, viel zu viel zugemuthet würde. Soll das Gesetzbuch die Rechtsätze in solcher Specialität enthalten, daß nichts mehr an Rechtsätzen zu folgern übrig bleibt: so wird an den Gesetzgeber die unerfüllbare Forderung gestellt, die Mannigfaltigkeit des Lebens in ihrer ganzen Breite zu überschauen; und könnte diese Forderung auch erfüllt werden, so könnte ein solches Gesetzbuch von dem Einzelnen nicht mehr beherrscht werden. Der erste und dritte Weg aber könnte von dem Gesetzgeber mit entsprechendem Erfolg erst an dem Tage betreten werden, an welchem die Rechtswissenschaft auf dem betreffenden Gebiet ihre Arbeit vollendet hätte, d. h. aber niemals. Aber auch die zur Anwendung des Gesetzes Berufenen müßten wissenschaftlich auf gleicher Höhe stehen, wie der Gesetzgeber selbst. Ueberdies ist es in vielen Fällen noch höchst zweifelhaft, ob ein Rechtsatz aus einem Rechtsprincip ableitbar ist, oder ob man zu demselben nur mittelst einer weitern Willensbestimmung, also auf Grund von besondern Motiven und Zweckvorstellungen, gelangen kann.

Mag nun ein Gesetzgeber noch so viele Rechtsätze aufgestellt haben, deren ausdrückliche Festsetzung er auch füglich

hätte unterlassen können: es versteht sich von selbst, daß sie binden. Sie binden, auch wenn sie nicht richtig abgeleitet sind. Nur wenn die vermeintliche Consequenz einziger Bestimmungsgrund für den Gesetzgeber war, etwas als Rechtsatz aufzustellen, stehen wir wieder vor dem öfter berührten Problem des Einflusses irriger Motive auf die Geltung des gesetzgeberischen Willens.

Aber nicht nur aus Rechtsprincipien, sondern auch aus Rechtsbegriffen und aus *regulae iuris* (von denen weiter unten noch Näheres) kann der Gesetzgeber Rechtsätze abgeleitet und im Gesetz ausgesprochen haben. Von diesen gilt dasselbe, was soeben über Rechtsätze, die aus Rechtsprincipien abgeleitet sind, bemerkt wurde. Wenn aber dergleichen abgeleitete Rechtsätze mit primären Rechtsätzen im Widerspruch stehen, so scheint es uns, daß dieselben auch dann, wenn man im Allgemeinen irrigen Motiven jeden Einfluß auf die Geltung des gesetzgeberischen Willens abspricht, den letzteren weichen müssen, daß das vom Gesetzgeber primär und um seines Inhaltes willen Gewollte dem vorgehen muß, was er nur wegen eines supponierten logischen Verhältnisses zu einem anderen Gewollten gewollt hat.

Mittelt Abstraction und mittelt Schlußfolgerung lassen sich aber nicht bloß Rechtsätze gewinnen, sondern auch theoretische Sätze, durch deren Aussprechen Niemand gebunden, sondern lediglich ein Urtheil abgegeben werden soll; Sätze, mittelt deren der Sprechende kund gibt, nicht was nach seinem Willen als Recht gelten soll, sondern was nach seiner Ansicht geltendes Recht ist oder aus geltendem Recht folgt. Dergleichen Sätze kommen auch in Justinian's Gesetzbuch vor, sind aber hier in verschiedener Weise zu beurtheilen. Die in den Rescripten enthaltenen Aussprüche über das zur Zeit des Erlasses des Rescripts schon geltende Recht hatten von Anfang an bindende Kraft in dem Sinne, daß sie der Rechtssprechung zu Grunde zu legen waren auch dann, wenn sie unrichtig waren, oder für unrichtig gehalten wurden, und dasselbe gilt von den in die Digesten aufgenommenen *responsa prudentium*. Dieselben haben durch ihre Aufnahme in Justinian's Gesetzbuch ihre verbindliche Kraft nicht verloren, sondern es hat sich nur der formelle staatsrechtliche Grund ihrer Verbindlich-

keit geändert: derselbe liegt in der Sanction Justinian's. Nichtverbindliche Aussprüche klassischer Juristen ferner, welche Rechtsätze bezeugen, haben ebenso durch die Aufnahme in die Digesten verbindliche Kraft erhalten; es sind das Rechtsätze in Form von Zeugnissen über bestehendes Recht. Daneben bleiben aber noch zahlreiche theoretische Formulierungen, welche von den Compilatoren um so weniger ausgeschieden wurden, als die Digesten auch dem Rechtsunterricht zu Grunde gelegt werden sollten; ihnen konnte und wollte keine verbindliche Kraft beigelegt werden. Ähnliches gilt von den Institutionen; auch in späteren Kaisergesetzen mögen sich derartige Aussprüche finden.

Hierher gehört auch die *regula iuris*. Mit einem Rechtsatz, welcher Rechtsprincip und auf wissenschaftlichem Wege eruiert ist, hat sie das gemein, daß sie aus Rechtsätzen auf dem Wege der Abstraction gewonnen ist. Sie unterscheidet sich von dem Rechtsprincip dadurch, daß dieses ein Rechtsatz ist, mithin einen Imperativ enthält, wogegen die *regula* ein erzählendes Urtheil ist. Ganz klar ist dies ihr Wesen ausgesprochen in der Definition in l. 1 de R. I. (50, 17): *regula est, quae rem quae est breviter enarrat*. Auf die *regula iuris* finden daher die Prädicate richtig und falsch Anwendung; da sie keinen Imperativ enthält, will sie auch nicht befolgt sein. „Die Rechtsregel ist nie anzuwenden; sie trifft zu oder trifft nicht zu“⁴⁵⁾.

Gewöhnlich wird der *regula iuris* zwar da die Anwendung versagt, wo sie nicht zutrifft; wo sie aber zutrifft oder für zutreffend erachtet wird, pflegt man sie wie einen Rechtsatz zu behandeln. Ein solcher ist sie aber niemals. Der Satz *dolo facit qui petit quod redditurus est* trifft z. B. in dem Falle nicht zu, wo der Mißbraucher gegen den Eigenthümer a^o. *confessoria* auf Auslieferung der dem Mißbrauch unterliegenden Sache anstellt, und kennzeichnet sich dadurch als *regula iuris*. In der Compensationslehre dagegen wird dieser Satz von Dernburg wie ein Rechtsprincip behandelt, und auch Windscheid (Pand. § 349 Note 19 u. 24) hält sich davon nicht

45) Thöl, Einleitung S. 142 f. Die Fassung kann mißverstanden werden: gemeint ist, daß die *Regula* in einem Falle zutreffe, in einem andern nicht; dem Wortlaut nach könnte auch gemeint sein, eine *regula* sei entweder überall zutreffend oder überall unzutreffend.

frei, während er doch genau genommen auf die Compensationseinrede gar nicht anwendbar ist: denn der Gläubiger, der soviel als er fordert auch schuldet, fordert mit nichts da^s ein, was er zu leisten hat, und er hat mit nichts eben da^s zurückzugeben, was er einfordert, sondern nur tantundem⁴⁶⁾.

In Bezug auf diese und andere in das corpus iuris aufgenommene regulae, z. B. errantis nulla voluntas, nemo errans rem suam amittit, wird es keinem Zweifel unterliegen, daß durch die Aufnahme derselben in Justinian's Gesetzbuch deren Natur und Tragweite nicht verändert sei und nicht habe verändert werden wollen. Bei der regula Catoniana könnte man, da sie einen Ausdruck über die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes enthält, im Zweifel sein, ob sie nicht durch die Aufnahme in das corpus iuris die Bedeutung eines Rechtsatzes erlangt habe, wenn nicht die nur auf regulae, nicht auf Rechtsätze anwendbare Prädicierung „in quibusdam falsa est“ (Celsus in l. 1 h. 1. 34, 7) gleichfalls in das Gesetzbuch aufgenommen wäre, womit deutlich ausgesprochen ist, daß sie auch hier nichts weiter vorstellen soll, als eine regula. Zweifel kann auch erregen der Satz cuius est periculum, eius debet esse et commodum: denn wenn das debet im Sinne eines gesetzlichen Imperativs genommen würde, hätten wir es allerdings nicht mit unverbindlichem Gesetzesinhalt, sondern mit einem (in der Fassung nicht ganz correcten) Rechtsprincip zu thun. Es wird aber doch wohl richtiger sein, das debet im Sinne eines Postulats der aequitas zu nehmen; der Satz ist dann ein Enthymema, zur Begründung specieller Rechtsätze aufgestellt⁴⁷⁾.

Das in der regula iuris enthaltene Urtheil ist, wo es falsch ist, dadurch falsch, daß es zu weit ist; das Maß ergeben die schon vorhandenen speciellen Rechtsätze, aus denen

46) Ebenjowenig kann er verwerthet werden, um gegenüber einer actio spolii eine petitorische Einrede als zulässig erscheinen zu lassen. So mit Recht das Reichsgericht (Entsch. Bd. 5 Nr. 42 S. 165). Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung den Satz dolo facit u. f. w. allerdings als Rechtsatz bezeichnet; aber es hat denselben als regula iuris behandelt.

47) So auch der Satz natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem. Windscheid (§ 327 Note 9, § 421 Note 1) hält beide für regulae. Praktisch ist es gleichgiltig.

die regula abstrahiert ist. Auch Rechtsätze können zu weit gefaßt sein, und zwar solche, die Rechtsprincipien sind, aus denen also speciellere Rechtsätze abgeleitet werden können. Diese haben mit der regula iuris, zumal in unseren modernen Gesetzen, welche Rechtsätze in der Form von Urtheilen aufstellen, eine große Ähnlichkeit, so daß man versucht sein kann, auf sie die Prädicirung „falsch“ anzuwenden. Allein dies wäre selbst dann unzulässig, wenn, was gar nicht der Fall sein muß, der Gesetzgeber zu seinem Rechtsprincip auch auf dem Wege unrichtiger Abstraction gelangt wäre. Hier ist vielmehr nur durch restrictive Auslegung zu helfen. Das Maß, wonach bemessen wird, ob ein Rechtsprincip zu weit sei, ist der Wille des Gesetzgebers, welcher bei dem Versuch, aus dem zu weit gefaßten Rechtsprincip specielle Rechtsätze behufs Anwendung auf concrete Thatbestände abzuleiten, erkannt — oder auch honoris causa supponiert wird.

Auch durch Schlußfolgerung lassen sich aus Rechtsätzen theoretische Sätze ableiten. Da der Rechtsatz oder die Rechtsätze, aus denen ein solcher Lehrsatz abgeleitet wird, der Prädicirung „richtig“ oder „unrichtig“ niemals unterliegen, so kann ein Lehrsatz nur dann unrichtig ausfallen, wenn der Rechtsatz nicht richtig aufgefaßt oder wenn bei der Folgerung selbst etwas übersehen wurde; verbindliche Kraft aber kommt dem Lehrsatz als solchem in keinem Falle zu.

Ein solcher Lehrsatz ist der Satz der l. 59 (58) de obl. et act. (44, 7): pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur, auch wenn derselbe, wie jedenfalls im Zusammenhang der justinianischen Compilation wegen des „quia nec natura debet“ in l. 41 de cond. ind. angenommen werden muß⁴⁸⁾, besagt, daß der Pupill durch diesen Thatbestand nicht einmal in der Weise einer naturalis obligatio verpflichtet werde. Dieser Lehrsatz ist durch Schlußfolgerung aus dem Rechtsatz hergeleitet, daß der auf Grund eines solchen Thatbestandes zahlende Pupill das Gezahlte zurückfordern könne. Dieser Rechtsatz wurde aber nicht richtig

48) Dem Wortlaut nach besagt ja die l. 59 vielmehr dies: es beruhe auch auf ius naturale d. i. auf naturalis ratio, daß der Pupill nicht obligiert werde; ob civiliter nicht, oder überhaupt nicht, davon steht in der Stelle nichts.

aufgefaßt, insofern sein zureichender Grund, die Ungiltigkeit der Zahlung, nicht erkannt wurde. Das führte zunächst dazu, die Rückforderungslage als *condictio indebiti* aufzufassen⁴⁹⁾, und daraus ist geschlossen, daß der Pupill auch nicht naturaliter obligiert werde. In der l. 41 cit. ist sodann der Lehrsatz, wie wir gesehen, wieder zur Begründung des Rechtsfages verwendet. Hätte man den Lehrsatz-Charakter dieses Satzes erkannt, so wäre wohl der Streit über die *naturalis obligatio pupilli* auf dem Boden des gemeinen Rechts unterblieben, da ja in das *corpus iuris* nicht wenige specielle Rechtsätze aufgenommen sind⁵⁰⁾, aus denen der richtige Lehrsatz, daß der Pupill naturaliter obligiert ist, gefolgert werden muß.

Desgleichen sind lediglich Lehrsätze diejenigen Sätze, welche die rechtliche Unmöglichkeit^{50a)} einer Handlung, eines Vorganges, eines Verhältnisses aussprechen nicht im Sinne eines Verbotes oder eines verneinenden Rechtsfages, sondern im Sinne eines auf logischem Wege gewonnenen Urtheils. Ein solcher Lehrsatz ist der Ausspruch l. 11 § 3 de pign. et hypoth.

49) Jedenfalls haben das die Compilatoren gethan, indem sie die l. 41 cit. in den Titel 12, 6 stellten. Das von Neratius gebrauchte *repetitio* ließe, wenn nicht das *quia nec natura debet* dabei stünde, offen, an *vindication* der *nummi* und nach deren Vereitlung an *condictio sine causa* zu denken (l. 29 de cond. ind. 12, 6).

50) S. die Pandektenlehrbücher. Da alle diese Stellen von Juristen herrühren, die jünger sind als Neratius, so scheint mit der richtigen Erfassung des in Frage stehenden Rechtsfages bezw. den durch ihn gewährten *condictio* — welche sich bei Ulpian in l. 29 cit. findet — das Aufgeben der aus dem unrichtig aufgefaßten Rechtsfage gezogenen Schlußfolgerung Hand in Hand gegangen zu sein. Möglich ist aber auch etwas Anderes. Da bei Gai III, 119 und in l. 1 C. de inutil. stip. 8, 38 (39) nichts hindert, die Verneinung des Obligiertseins auf *obl. civilis* zu beziehen, da ferner l. 59 de o. et a., wie in Note 48 bemerkt, diese Auffassung ebenfalls offen läßt: so ist es nur (cf. Note 49) das *quia nec natura debet*, was die *obl. nat.* des *pupillus* verneint. War es nun Mißverständnis der Compilatoren, die l. 29 cit. in den Titel de cond. indebiti zu stellen, so könnte ebendasselbe bezüglich der l. 41 der Fall und das *quia nec natura debet* Zusatz der Compilatoren sein.

50a) Daß Aeußerungen des Gesetzgebers über factische Möglichkeit oder Unmöglichkeit keinerlei verbindliche Kraft haben können, versteht sich von selbst.

20, 1: iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec conveniri, ut hypothecae sint. Der erste dieser Sätze ist gefolgert aus der Natur der iura praediorum urbanorum und des pignus und ist richtig; der zweite ist aus dem ersten gefolgert und ist falsch, da er in Wahrheit aus dem ersten nicht folgt und da er sich auch sonst nicht ableiten läßt⁵¹⁾. An ein Verbot des Verpfändens ist nicht zu denken; ein verneinender Rechtsatz aber würde bestimmen: die an sich mögliche und erlaubte Verpfändung soll keine Rechtswirkung haben, kein Pfandrecht erzeugen; auch das ist in der Stelle nicht gemeint.

Ähnliche Lehrsätze sind die Aussprüche: duorum vel plurium in solidum possessio oder dominium esse non potest; nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest u. a. m. Würden dieselben, an den speciellen einschlägigen Rechtsätzen geprüft, als unrichtig befunden, so würde nichts im Wege stehen, sie mit dieser Prädication einfach bei Seite zu schieben. Was insbesondere noch den zweiten der zuletzt angeführten Sätze betrifft⁵²⁾, so wird er als ein nur für das Erbrecht der Civilpersonen geltender ausgesprochen („nisi sit miles“ § 5 Inst. de her. inst. 2, 14; „in paganis“ l. 7 de R. I.). Wenn es wahr ist, daß dieser Lehrsatz aus dem Wesen der römischen Erbrechts-Delegation richtig gefolgert ist, so muß entweder das Erbrecht ein anderes sein, wenn ein miles Erblasser ist, oder aber die für das militärische Testament gemachte Ausnahme muß nur eine scheinbare sein. Wir möchten dies letztere annehmen. Das militärische Testament ist auch hinsichtlich der Form der Erbeinsetzungserklärung absolut formlos, so daß also auch eine stillschweigende Erbeinsetzungserklärung genügt: eine solche hat man in dem Verfügenden über nur einen Theil des Nachlasses in Verbindung mit dem Umstande, daß intestaterbberechtigte Personen vorhanden sind, gefunden. Es erben also allerdings die Intestaterben mit, aber nicht als solche, nicht aus Gesetz, sondern aus letztem Willen⁵³⁾.

51) Den Nachweis s. in meiner Abhandlung über Servitutenvorpfändung, in diesem Archiv Bd. 65 S. 119 ff.

52) Ueber den ersten vgl. dieses Archiv Bd. 63 S. 37 ff.

53) Vgl. § 5 cit. „nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur“.

Ähnliches gilt auch von Sätzen, welche eine rechtliche Möglichkeit aussprechen. Sind sie nur logische Urtheile über den Inhalt eines gegebenen objectiven Rechts, so sind sie unverbindlich, auch wenn sie in einem Gesetzbuche stehen; wobei wieder hinsichtlich Justinian's Compilation zu unterscheiden ist wie oben. Sie können aber auch wirkliche Rechtsätze sein, welche ein rechtliches Können nicht constatieren, sondern verleihen: die ermächtigenden Rechtsätze, welche von Anderen (Bülow voran), in. C. weniger gut, dispositive Rechtsätze genannt werden. Davon sind zu unterscheiden Sätze, die zwar auch ein Können im Sinne eines Rechtsatzes aussprechen, in Wahrheit aber mehr als eine bloße rechtliche Möglichkeit verleihen, wo also der Ausdruck des Gesetzgebers hinter dem, was er wirklich gewährt, zurückbleibt. Wenn z. B. Justinian bezüglich desjenigen bon. fid. possessor. der, als er den Besitz verlor, die *exce. longi temporis* hatte, verordnet (l. 8 pr. C. de praeser. XXX. vel XL. ann. 7, 39): *posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus*, so ist das natürlich kein bloß ermächtigender Rechtsatz; man kann das *posse* einfach streichen. Ebenso in l. 9 § 2 C. eod.

Eigenthümlich kann sich die Sache gestalten, wenn der Ausdruck des Gesetzgebers, daß etwas rechtlich möglich sei, zwar im Sinne einer Willensbestimmung ergangen ist, sich aber bezieht auf ein Rechtsinstitut, welches in seinem Zuschnitt durch rein physische Qualitäten der Dinge mitbedingt ist. Solche natürliche Qualitäten, kann der Gesetzgeber durch sein Machtwort nicht ins Leben rufen. Wie nun, wenn er gleichwohl bestimmt, daß etwas rechtlich möglich sei (also mit rechtlicher Wirksamkeit vorgenommen werden könne), wozu nach dem Zuschnitt des Instituts die natürlichen Bedingungen nicht gegeben sind?

Man könnte hier zunächst daran denken, der Gesetzgeber habe das alte, engere Institut aufheben und ein weiteres, das jenes mit umfaßt, an dessen Stelle setzen wollen. Gesetzt, das wäre wirklich der Fall, so würde diesem Wollen das Vollbringen fehlen, weil der Gesetzgeber doch nicht im Stande wäre, das ganze Gebiet durch gleiche Rechtsätze zu normieren; die Verschiedenheit der Rechtsätze würde die Wissenschaft antreiben und auch berechtigen, das künstlich Vereinigte wieder

zu trennen. Es wird also ein anderer Weg einzuschlagen sein: man sieht zu, was der Gesetzgeber eigentlich gewollt hat, und führt dies aus, soweit und so gut es möglich ist; das Uebrige bleibt der Wissenschaft überlassen.

Ein solcher Ausdruck über Möglichkeit im Sinne einer Willensbestimmung ist der Senatsbeschluß, welcher zur Ausbildung des quasi ususfructus Veranlassung gab, und nach Ulpian (l. 1 ht. 7, 5) bestimmte: *ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit.* Dazu bemerkt Gaius (l. 2 § 1 cod.) ganz richtig: *quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset: nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit . . .* Das will sagen: das Institut des ususfructus wollte der Senat mit seinem Beschluß nicht ändern; es bleibt also in dem Begriff desselben das *salva rei substantia*, und damit ist ein wahrer Nießbrauch an *res quae usu consumuntur* ausgeschlossen, da kein Senatsbeschluß zuwege bringt, daß dergleichen Sachen *usu non consumuntur*. Andererseits wollte der Senat mit nichten ein bloßes Urtheil aussprechen. Daher muß sein Wille, so gut es geht (*remedio introducto* sagt Gaius a. a. O.), ausgeführt werden, und so ist denn auch von den römischen Juristen verfahren worden.