

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld**, Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar**, Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling**, Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. **von Birkmeyer**, München, Prof. Dr. **van Calker**, Strassburg, Prof. Dr. **Finger**, Halle, Prof. Dr. **Frank**, Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal**, Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener**, Breslau, Prof. Dr. **Günther**, Giessen, Prof. Dr. **Hegler**, Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger**, Bonn, Prof. Dr. **von Hippel**, Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl**, Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller**, Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler**, Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch**, Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann**, Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt**, Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Löning**, Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer**, Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier**, Giessen, Prof. Dr. **Oetker**, Würzburg, Professor Dr. **Rosenfeld**, Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt**, Freiburg, Prof. Dr. **Träger**, Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann**, München, Prof. Dr. **Wachenfeld**, Rostock, Prof. Dr. **Weismann**, Greifswald,

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 93.

Studien zur Gesetzestechnik.

Von

Dr. Harald Gutherz.

Teil I.

Der Begriff Gesetzestechnik und sein Wert.

(Untersuchung auf dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre.)

BRESLAU 1908.

SCHLETTNER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: **A. Kurtze.**

Preis Mk. 3,—.

**Der Subscriptionspreis für eine Serie von ca. 4—6 Heften (circa 30 Bogen)
beträgt Mk. 8,—.**

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld**, Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar**, Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling**, Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. **von Birkmeyer**, München, Prof. Dr. **van Calker**, Strassburg, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Finger**, Halle, Prof. Dr. **Frank**, Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal**, Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Greteuer**, Breslau, Prof. Dr. **Günther**, Giessen, Prof. Dr. **Hegler**, Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger**, Bonn, Prof. Dr. **von Hippel**, Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl**, Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler**, Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch**, Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann**, Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **v. Liszt**, Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning**, Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer**, Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier**, Giessen, Prof. Dr. **Oetker**, Würzburg, Prof. Dr. **A. Frh. von Overbeck**, Freiburg (Schweiz), Prof. Dr. **Rosenfeld**, Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt**, Freiburg, Prof. Dr. **Träger**, Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann**, München, Prof. Dr. **Wachenfeld**, Rostock, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Weismann**, Greifswald

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 98.

Studien zur Gesetzestechnik.

Von

Dr. Harald Guthertz.

II. Teil.

**Phänomenologie und Lehren der allgemeinen
Gesetzestechnik.**

— o —

BRESLAU 1909.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: **A. Kurtze.**

Preis Mk. 2,—.

Der Subskriptionspreis für eine Serie von ca. 4—6 Heften (ca. 30 Bogen)
beträgt Mk. 8,—.

Studien zur Gesetzestechnik.

Teil I.
Der Begriff der Gesetzestechnik und sein Wert.

Von
Dr. Harald Gutherz.

BRESLAU 1908.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen
von Geheimen Hofrat Prof. Dr. **v. Lillenthal**, Heidelberg.

Vorwort.

Meine Absicht ging ursprünglich nur dahin, durch Aufstellung eines Systems der Technik des Strafgesetzes im Hinblick auf die in Deutschland und Oesterreich obschwebenden Reformarbeiten auf ein bisher wenig beachtetes Gebiet aufmerksam zu machen. Das Gebiet erschien mir so neu und wichtig, daß ich glaubte, ohne Rücksicht auf die in der „Vergleichenden Darstellung“ vorgesehene Bearbeitung desselben selbständig in eine solche eingehen zu können. Es zeigte sich mir aber bald, daß eine Bearbeitung der Technik des Strafgesetzes unmöglich sei, ohne vorher die Grundlagen der Gesetzestechnik überhaupt und die Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik sichergestellt zu haben. So entwickelte sich mein Plan zu den „Studien zur Gesetzestechnik“, deren erster, nunmehr vorliegender Teil sich mit den aus der allgemeinen Rechtslehre stammenden Grundlagen der Gesetzestechnik befaßt. Der Inhalt meiner weiteren Arbeit ist aus meinem Aufsatz „Beitrag zu einem System der Gesetzestechnik“¹⁾ zu ersehen.

Es erschien mir für meinen Plan als völlig überflüssig, mich mit der sehr reichen, die allgemeine Rechtslehre betreffenden Literatur auseinanderzusetzen. Es genügte mir vielmehr die in neuerer Zeit grundsätzlich vertretenen Anschauungen flüchtig zu streifen.

Mein verehrter Lehrer, Geheimer Justizrat, Professor Dr. *Franz von Liszt* hat mir gestattet meiner Dankbarkeit für die reiche

¹⁾ Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Zwanzigster Jahrgang 1907, S. 346—379.

Unterstützung und Anregung, die ich von ihm empfangen habe, durch die Widmung der Arbeit Ausdruck zu geben.

Zu dem besten Danke für die freundliche Ueberlassung des sehr schwer erhältlichen Buches von *Geny* „Methode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris 1899“ bin ich dem Herrn Privatdozenten Dr. *F. K. Neubecker*, zu gleichem Danke für die liebenswürdige Unterstützung bei der Korrektur bin ich den Herren Dr. *Ernst Delaquis* und Dr. *Franz Exner*, überdies auch dem Herrn Referendar *Alfred Öborniker* verpflichtet.

Traunkirchen, Sommer 1908.

Inhalts-Verzeichnis.

	Seite
Einleitung.	1
§ 1. Vorläufige Feststellung des Begriffes „Gesetzestechnik“.	3
§ 2. Vorläufige Feststellung des Begriffes „Gesetz“.	7
§ 3. Der Begriff Recht.	13
I. Rechts- und Gemeinschaftsbegriff.	14
II. Herkunft des Rechtes.	40
III. Gegenstand des Rechtes.	46
IV. Geltung des Rechtes.	48
A. Der unbedingte Geltungswille des Rechtes.	54
B. Das Rechtsprinzip.	57
C. Die Geltungsmöglichkeit.	60
D. Die besondere logische Natur und die Struktur des Rechtes.	64
E. Die Rechtsverkörperungen.	87
§ 4. Interpretation.	100
§ 5. Ergebnisse.	111

Franz von Liszt
in Dankbarkeit gewidmet.

Teil I.

Der Begriff Gesetzestechnik und sein Wert.

Einleitung.

Der Wert der nachfolgenden Untersuchungen soll in deren Tauglichkeit als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zweckes liegen. Der Zweck, dem sie dienen sollen, wird als gegeben angenommen und auf seinen Wert nicht geprüft. Dieser Zweck ist die Schaffung von Gesetzen. Die nachfolgenden Untersuchungen werden also wertvoll sein, wenn sie Mittel zur Schaffung von Gesetzen darstellen.

Der Begriff „Gesetzestechnik“ selbst ist auf den Zweck abgestellt, der ihm seinen Wert verleihen soll. Seine nähere Bestimmung wird wesentlich in der näheren Bestimmung dieses Zweckes liegen. Soll also die Bestimmung des Begriffes „Gesetzestechnik“ für die Schaffung von Gesetzen wertvoll sein, so wird dieser Wert in einer genauen Erwägung des Zweckes selbst gefunden werden müssen.

Liegt in der Kenntnis eines Zweckes die notwendige Voraussetzung zur Erreichung desselben, so kann diese Kenntnis auch wieder als Mittel zur Erreichung des fraglichen Zweckes insofern aufgefaßt werden, als die Eigenheiten des Zweckes allein in der Lage sind, über die Eigenheiten der entsprechenden Mittel Aufschluß zu geben. Der Zweck ist für die Mittel maßgebend, — erst eine genaue Kenntnis des Zweckes ermöglicht eine solche Kenntnis der Mittel, — die Eigenart des Zweckes bestimmt die Eigenart der

Mittel. Der Wert der Bestimmung des Begriffes „Gesetzestechnik“ wird also darin liegen, daß der Zweck der Schaffung von Gesetzen näher geprüft, als durchaus eigenartiger — von allen ähnlichen Zwecken verschiedener — dargestellt wird, und daß daraus Schlüsse auf das Wesen und die Eigenart der für die Schaffung von Gesetzen tauglichen Mittel gezogen werden.

§ 1.

Vorläufige Feststellung des Begriffes „Gesetzestechnik“.

Um die hier mit dem Worte „Gesetzestechnik“ verbundene Bedeutung klarzustellen, muß vorerst auf den Sinn der Ausdrücke „Technik“ und „Gesetz“ zurückgegangen werden.

Das Wort „Technik“ (aus dem griechischen τέχνη [τεύχω, τέκτω] = Kunst; Handwerk; Kunstfertigkeit; Wissenschaft; Kunstgriff; List; Betrug; Art und Weise, Mittel etwas durchzusetzen) hat in allen seinen Anwendungen die seinem Ursprunge entsprechende Bedeutung eines um menschliche Zwecktätigkeit bemühten idealen Erkenntnisganzes der richtigsten Mittel beibehalten. Technik ist ein Ganzes zweckgewerteter Erkenntnisse (richtiger: möglicher Erkenntnisse). Die Einheit dieser Erkenntnisse liegt in der Einheit des Zweckes.¹⁾

Soll der Begriff Technik zu einem spezielleren Begriffe determiniert werden, so bedarf es der Angabe eines speziellen Zweckes. Der Zweck, dem ein Ganzes von Mitteln zu dienen hat, kann in einer Tätigkeit und in dem Produkte einer Tätigkeit liegen. Bei der Gesetzestechnik liegt er in dem Produkte einer Tätigkeit und zwar in dem Gesetz.²⁾

„Gesetzestechnik“ ist sohin ein Ganzes erkannter (erkennbarer) und gewerteter (wertbarer) Mittel zur Fertigstellung von Gesetzen.

¹⁾ Husserl, Logische Untersuchungen, Halle 1900—1901, Bd. I, S. 46.

²⁾ Der Zweck liegt hier nicht in der Tätigkeit der Gesetzgebung; es erscheint daher der Ausdruck Gesetzestechnik vor den synonym verwendeten „legislative Technik“ oder „Gesetzgebungskunst“ den Vorzug zu verdienen.

Nach Einsetzung der Bedeutung des Wortes „Gesetz“ wird der Begriff „Gesetzestechnik“ die nötige Bestimmtheit erlangen. Nun gehört aber das Wort Gesetz „zu den vieldeutigsten in der Sprache der Wissenschaft und des täglichen Lebens“. ¹⁾ Es ist eine längere Erörterung über das unter dem Ausdruck „Gesetz“ Gedachte notwendig. Diese führt in die Zentralprobleme der allgemeinen Rechtslehre und wird gleichzeitig rechtfertigen müssen, warum der Begriff „Gesetzestechnik“ von anderen ihm gleichgestellten Begriffen unterschieden wurde. ²⁾ Unter Hinweis auf diese späteren Untersuchungen erscheint es praktisch, den Begriff „Gesetzestechnik“ hier einleitungsweise wenigstens zu einem vorläufigen Ausbau zu bringen.

Beim Worte „Gesetz“ wird hier an dasjenige gedacht, was gemeinsam in den Zusammensetzungen: Strafgesetzbuch, bürgerliches Gesetzbuch, Handelsgesetzbuch, Lebensmittelgesetz u. s. w. liegt. Dabei wird der konkrete Rechtszustand (die Summe aller Rechtsanwendung) als gegeben angesehen, die gedanklich sprachliche Fixierung des Rechtszustandes durch das Gesetz aber als variabel. Die Gesetzestechnik kümmert sich nur um diese Fixierung, sie befaßt sich nicht mit dem Kraftinhalt der Gesetze. Um ihre Lehren rein zu erhalten, um durch keine außerhalb ihres Gebietes liegende Schwierigkeit behindert zu werden, geht sie von der Fiktion aus, daß ein und dieselbe Person einen völlig bestimmten Rechtszustand denke, wolle und gesetzlich fixiere. Sie stellt sich erst vor der gesetzlichen Fixierung in den Dienst dieser Person. So hütet sie sich vor jeder Einmischung in die Rechtspolitik und in die Gesetzgebungspolitik, welche letztere es mit dem Umstande zu tun hat, daß an dem Zustandekommen von Gesetzen eine Mehrheit von Menschen beteiligt ist. In der Wirklichkeit freilich treffen und verbinden sich immer die Lehren verschiedener Gebiete, die Wissenschaft aber muß ihre Stärke in der Besonderung suchen und bewahren. ³⁾ Die Gesetzestechnik hat also nur jene

¹⁾ Jellinek, Gesetz und Verordnung, Freiburg i. B. 1887, S. 226. Aehnlich: Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I, Leipzig 1892, S. 40.

²⁾ Sigwart, Logik, 3. Aufl., Tübingen 1904, Bd. I, S. 326: „Von dem Gesichtspunkte der logischen Vollendung ist endlich der der Zweckmäßigkeit der Begriffsbildung zu trennen . . .“

³⁾ Tönnies, Sinn und Wert einer Wirtschaftsphilosophie, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. I, 1907, S. 40.

Mittel in sich zu fassen, die der gedanklichen und sprachlichen Fixierung eines konkret bestimmten Rechtszustandes dienen.

Der hier gedachte Begriff „Gesetzestechnik“ ist den Juristen nicht fremd. Ich glaube ihn an verschiedenen Stellen wieder gefunden zu haben. So scheint mir z. B. *Binding* mit dem Worte „Gesetzgebungstechnik“,¹⁾ *Haenel* mit dem Ausdruck „Technik des Gesetzgebers“,²⁾ *Zitelmann* mit dem Ausdruck „Technik des Gesetzes“,³⁾ und *Wurzel* mit dem Ausdruck „gesetzgeberische Technik“⁴⁾ auf den hier gedachten Begriff loszuzielen. *Weiske*⁵⁾ gebraucht den Ausdruck „Theorie der Gesetzgebungskunst“ und gibt sogar dessen Bedeutung an. Er sagt: „Die Theorie der Gesetzgebungskunst . . . zeigt uns, wie wir es anzufangen haben, um diesen Stoff der Gesetze, den die Gesetzpolitik und die Rechtsphilosophie liefert, diejenige innere Form und äußere Darstellung zu geben, welche das Gesetz haben muß, wenn es zweckmäßig sein soll.“ *Von Bar* verwendet den Ausdruck „Gesetzgebungskunst“ offenbar in ähnlicher Bedeutung.⁶⁾ *Tesar* gebraucht das Wort Gesetzestechnik in unserem Sinne.⁷⁾

Die Gesetzestechnik ist eine Kunstlehre, eine praktische Wissenschaft.⁸⁾ Als solche hat sie notwendig theoretische Wissenschaften zur Grundlage.⁹⁾ Denn wenn letzten Endes die Sätze der Gesetzestechnik das Schema tragen werden: Wenn Du A (bestimmter Rechtszustand) erreichen willst, so mußst Du B

1) Die Normen und ihre Uebertretung, 2. Aufl., Leipzig 1890, Bd. 1, S. 10; Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885, Bd. 1, S. 53.

2) Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1888, S. 73.

3) Die Kunst der Gesetzgebung, Dresden 1904, Heft 9 der neuen Zeit- und Streitfragen, herausgegeben von der Gehestiftung.

4) Das juristische Denken, Wien 1904, S. 83.

5) Rechtslexikon, Leipzig 1844, Bd. 4, S. 756.

6) Gesetz und Schuld im Strafrecht, Berlin 1906, Bd. 1, S. 6.

7) Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Berlin 1907, Abh. des krim. Seminars an der Univ. Berlin, Neue Folge, Bd. 5, Heft 3, S. 237.

8) Ein Zweig der Ethik. Paulsen, System der Ethik, 5. Aufl., Berlin 1900, Bd. 1, S. 2.

9) Husserl a. a. O., Bd. 1, S. 47 ff.; Sigwart a. a. O., Bd. 1, Inhaltsverzeichnis; Erdmann, Logik, Halle a. S. 1892, Bd. 1, Inhaltsverzeichnis; Simmel, Die Probleme der Geschichtsphilosophie, Leipzig 1892, Einleitung; Paulsen a. a. O., Bd. 1, S. 2.

(Komplex von Worten) sagen, so liegt diesem Satz notwendig der andere Satz zugrunde: Wenn Du B sagst, so wird A erreicht. Dieses Urteil setzt eine Summe von Erkenntnissen voraus, welche in unserem Falle der Psychologie, der reinen Logik,¹⁾ vor allem aber der Jurisprudenz zugehören.

Die Gesetzestechnik zerfällt in eine allgemeine und in eine besondere Gesetzestechnik, von denen die Erstere nur den allgemeinen Rechtscharakter der Gesetzessätze berücksichtigt, während die Letztere auch der Zugehörigkeit zu dem besonderen Rechtsgebiete Rechnung trägt. In der folgenden Untersuchung wird von der allgemeinen Gesetzestechnik gehandelt werden. Die Begriffsbestimmungen der besonderen Gesetzestechnik ergeben sich sohin von selbst durch bloße Einsetzung der Begriffe der besonderen Rechtsgebiete.

Die Literatur über Gesetzestechnik ist äußerst spärlich.²⁾ Abgesehen von den unten in Anm. 2 erwähnten drei Schriften bleibt eigentlich nur noch hervorzuheben der Aufsatz *Kohlers* „Technik der Gesetzgebung“ im Archiv für die zivilistische Praxis, Jahrg. 1905. Die übrigen Arbeiten, die sich mit Gesetzestechnik befassen, werden im späteren Verlaufe Berücksichtigung finden.

¹⁾ Im Sinne Husserl's a. a. O., Bd. 1.

²⁾ Zitelmann, Die Kunst der Gesetzgebung; Mohl, Politik, Bd. I, Tübingen 1862, S. 375; Geny, La Technique législative dans la Codification civile moderne, in Le Code Civil, Livre du Centenaire, Paris 1904, Tome second, p. 989.

§ 2.

Vorläufige Feststellung des Begriffes „Gesetz“.

Der Begriff Gesetz enthält von Anfang an den Gedanken an eine bewußte menschliche Tätigkeit.

„Die Uebertragung staatlicher Verhältnisse auf die personifizierten Kräfte der Natur und des Menschengenies haben zu der Vorstellung eines Gesetzgebers im natürlichen und sittlichen Kosmos geführt, als dessen Gebote Naturgesetze und Normen erscheinen“. ¹⁾ Das Gesetz ist das Resultat einer menschlichen Tätigkeit. Sowohl die Art und Weise dieser Tätigkeit als das Resultat derselben ist gesonderter Betrachtung unterziehbar.

Mit der Scheidung dieser zwei Betrachtungsweisen ist in der staatsrechtlichen Literatur ein Streit darüber ausgebrochen, inwiefern die jeweilige Betrachtung selbständige Bedeutung hat. In diesem Sinne tauchte die Frage auf, ob es formelle und materielle Gesetze gebe oder nur Gesetze schlechthin. ²⁾

Die Begriffe des formellen und des materiellen Gesetzes gelangten erst durch *Laband* zu voller Bedeutung. ³⁾ Die Unterscheidung betrifft ausschließlich das Staatsgesetz.

¹⁾ Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 227 und in näherer Ausführung S. 37. Ähnlich auch der Artikel „Gesetz“ im Handwörterbuch der Staatswissenschaften von Conrad, Lexis, Elster und Loening, Jena 1900; ferner Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, Freiburg i. B. 1901, S. 38 und die dort Angegebenen; endlich auch Wundt, Ethik, 2. Aufl., Stuttgart 1892, S. 2.

²⁾ Ueber die geschichtliche Notwendigkeit der Scheidung: Jellinek, Das Recht des modernen Staates, 2. Aufl., Berlin 1905, S. 594.

³⁾ Hierüber Haenel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 4. Man vergl. auch Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 252.

Laband definiert das Staatsgesetz im formellen Sinne dahin, es sei „ein Willensakt des Staates, der in einer bestimmten feierlichen Weise zu Stande gekommen und erklärt worden“ sei,¹⁾ während nach ihm das Gesetz im materiellen Sinne „die rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes“ bedeutet.²⁾ Ueber die Berechtigung resp. die Nichtberechtigung dieser Scheidung sind zwei bedeutende Monographien erschienen und zwar die bereits zitierten von *Haenel* und von *Jellinek*. Die sehr umfangreiche Literatur ist bei *Laband* a. a. O. Bd. 2 S. 1, bei *Haenel* a. a. O. S. 99 ff. und bei *Georg Meyer* Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 5. Aufl., Leipzig 1899, S. 500 angegeben.

Soll ein Gesetzesbegriff als Gattungsbegriff aufgestellt und unter ihn auch das Staatsgesetz subsumiert werden, wie es in dieser Arbeit geschieht, so muß derselbe unbedingt inhaltlich determiniert werden — hier den Rechtsbegriff aufnehmen. Die Art und Weise der Tätigkeit allein, selbst bei Hinzunahme der Bestimmung, daß die Tätigkeit in einer Willensäußerung bestehe,³⁾ gibt noch keinen Gesetzesbegriff. Auf das staatsrechtliche Gebiet übertragen folgt aus dieser Erwägung, daß ein sogenannt formelles Gesetz nicht mehr verdient „Gesetz“ genannt zu werden, sondern je nach dem Resultate der Tätigkeit richtig „ein in Form eines Staatsgesetzes zustande gekommenes Rechtsgeschäft (Verwaltungsakt, Rechtsspruch)“ heißen sollte.⁴⁾ Mehr als terminologische Bedeutung scheint den meisten Schriftstellern gegenüber diese Bemerkung nicht zu haben. Allerdings dreht sich der staatsrechtliche Streit eigentlich um die Frage, welches Resultat aus einer in verfassungsgemäß gesetzlicher Art und Weise erfolgten Tätigkeit hervorgehen kann.⁵⁾ Dieser Streit berührt die nachfolgende Untersuchung überhaupt nicht. „In der Lehre von der Entstehung des Rechts hat das „Gesetz im bloß formellen Sinne“ nichts zu bedeuten, während es im Staatsrecht

¹⁾ Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4. Auflage, Tübingen und Leipzig 1901, Bd. 2, S. 57.

²⁾ a. a. O. S. 1.

³⁾ Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 231.

⁴⁾ Aehnlich Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Leipzig 1890, S. 1121.

⁵⁾ Aehnlich Haenel a. a. O. S. 115 und Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891, S. 1.

resp. Verwaltungsrecht immerhin als Sammelnamen gebraucht werden möge.“¹⁾

Was die Art und Weise der besprochenen Tätigkeit betrifft, ist man sich darüber einig, daß es sich um eine sprachliche Aeüßerung handelt — fast ausschließlich um eine schriftliche Aeüßerung.

„Das Gesetz hat seine notwendige Form in der Schrift. Um deswillen wird es geschriebenes Recht — *jus scriptum* — genannt.“²⁾

Die fragliche Aeüßerung muß innerhalb einer Gemeinschaft von einer zur Gesetzgebung befugten Autorität ausgehen.³⁾

Natürlich ist es gleichgiltig, ob diese Aeüßerung ihren Ursprung von der zur Gesetzgebung berufenen Macht herleitet, oder ob diese Macht die Aeüßerung eines andern zu der ihren macht (Gesetzentwurf). Für die nachfolgende Untersuchung ist es nicht erheblich festzustellen, welche Autoritäten Gesetze schaffen dürfen. Es wird sich vorwiegend um Staatsgesetze handeln.

Daß die fraglichen Aeüßerungen weder Monologe noch auf bestimmte einzelne Personen begrenzte Geheimnisse sind, ist unbestritten.⁴⁾ Prinzipiell liegt im Gesetze kein Hindernis für die allgemeine Kenntnissnahme seines Inhaltes und regelmäßig sorgt es selbst für seine allgemeine Zugänglichkeit.

Da hier nur jene Aeüßerung Gesetz genannt werden wird, die sich als Recht darstellt (S. 11), fällt die Frage nach der Adresse der Gesetze zusammen mit der Frage nach der Adresse des Rechts.⁵⁾ Die bezüglichlichen Kontroversen werden daher erst unter § 3 S. 13 f. berührt werden. Hier wird nur zu untersuchen sein, ob nicht schon im Begriffe des Gesetzes (von dessen Eigenschaft, Recht zu sein, abgesehen) etwas liegt, das die Möglichkeit des Rechts, sich zu wenden, an wen es will, ausschließt oder einschränkt.

Es muß daher hier der bezüglichlichen Aufstellung *M. E. Mayers* gedacht werden. *M. E. Mayer* setzt einen Gedankengang fort, den man schon bei *Mirabeau*⁶⁾ vorfindet:

¹⁾ Bergbohm a. a. O. S. 88.

²⁾ Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1900, Bd. 1, S. 51.

³⁾ Hierüber vergl. man S. 95 f.

⁴⁾ Dies gilt auch für die Hausgesetze autonomer Familien.

⁵⁾ Auf diese Abhängigkeit macht auch Wendt in seiner Rede über die Sprache der Gesetze aufmerksam, Tübingen 1904, S. 6.

⁶⁾ Observations d'un voyageur anglais sur la maison de force appelée Bicêtre. Oeuvres de Mirabeau. 1821. Tome IV. S. 205 ff., S. 237.

„Si les lois modernes peuvent être toutes particulièrement connues et mêmes entendues de ceux qui ont le loisir, l'intelligence et la volonté nécessaires pour s'appliquer sérieusement à une étude aussi laborieuse, elles ne peuvent très certainement pas être du vulgaire. . . .“

Während aber *Mirabeau*¹⁾ zu der Ansicht fortschreitet: „La maxime que l'ignorance de la loi n'excuse pas, serait peut-être susceptible d'être justifiée par des raisons de nécessité,“²⁾ geht *M. E. Mayer* einen andern Weg. Er sagt³⁾ unter Berufung auf *Ihering*⁴⁾ und die bei *Binding*⁵⁾ angegebene Literatur, daß „die Organe des Staates, die einzig berufen sind die Gesetze zu handhaben, . . . die einzigen Adressaten der Befehle“ sind, „die das Gesetz gibt,“ weil ja die Untertanen das Gesetz weder kennen, noch auch kennen können, und weil die Publikation der Gesetze ja nur erklären solle, „welcher Gesetzesinhalt echt ist.“⁶⁾

Daß die Publikation und die *vacatio legis* in Rücksicht darauf bestehen, daß dem Grundsatz „*ignorantia legis nocet*“ wenigstens die Möglichkeit der Gesetzeskenntnis seitens jener, die dem Gesetze entsprechend leben sollen, zur Unterlage diene, ist von allen Staatsrechtslehrern anerkannt.⁷⁾ Das hebt bezüglich der Publikation *M. E. Mayer*⁸⁾ selbst hervor. Er sagt weiters⁹⁾: „Es kann nicht verkannt werden, daß die Verkündung der Gesetze

¹⁾ Auf S. 240.

²⁾ Aehnlich *Lukas*, Zur Reform des Strafrechts, Deutsche Juristenzeitung 1906, S. 30.

³⁾ Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903, Strafrechtliche Abhandlungen, begründet von *Bennecke*, herausgegeben von *Beling* Heft 50, S. 4—13.

⁴⁾ Zweck im Recht, 3. Aufl., Leipzig 1893, Bd. 1, S. 332 ff.

⁵⁾ Normen Bd. 1 S. 8 ff.

⁶⁾ Gegen Letzteres sehr richtig die Kritik *Gerland's* in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Tübingen 1905, Bd. 10, S. 417 ff.

⁷⁾ Man vergleiche z. B. *Laband*, Staatsrecht, Bd. 2, S. 20, 21, 100; *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 329; v. *Schulze-Gaevernitz*, Das preußische Staatsrecht, 2. Aufl., Leipzig 1890, Bd. 2, S. 7; v. *Rönne*, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 4. Aufl., Leipzig 1881, Bd. 1, S. 397; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Freiburg i. B., Bd. 1, 1894, S. 132.

⁸⁾ a. a. O. S. 11.

⁹⁾ S. 12, Anm. 4.

auf die Auffassung, das Gesetz wende sich an das Volk, zurückzuführen sei.“ Es sei aber heute „verkehrt im Gesetz einen Befehl an die Untertanen zu sehen; und mit der richtigen Auffassung“ stehe „die heutige Form der Gesetzesverkündung im Einklang.“ (S. 13.) Nach diesen Angaben und der Betonung, daß es die Form der Publikation sei, die die Annahme ausschließe, es richte sich das Gesetz an das Volk, bleibt *M. E. Mayer* zur Verteidigung nur die Tatsache übrig, daß das Volk die Gesetze weder kenne noch auch kennen könne. Demgegenüber hebt *Brütt*¹⁾ sehr richtig hervor, daß auch die Richter nicht das ganze Recht kennen, und daß überhaupt die tatsächliche Kenntnis oder Unkenntnis des Rechts für die Frage nach dem Normadressaten ganz gleichgiltig sei. Die Frage lautet eben einfach: An wen richtet sich das Gesetz? nicht aber: Wer kennt das Gesetz? und auch nicht: Wer kann das Gesetz kennen? Nur dann, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit der Kenntnisnahme, soweit es an ihm liegt, einschränken würde, wäre der Rückschluß berechtigt, es richte sich das Gesetz nicht an alle Gesetzesuntertanen. Daß der Gesetzgeber dies getan habe, dafür liegt kein Beweis vor. Die Schwierigkeit der Gesetzeskenntnis folgt aus der Schwierigkeit der Rechtskenntnis.

Für die Frage nach dem Adressaten der Gesetze genügt hier die Feststellung, daß die Publikation²⁾ und die *vacatio legis* eine Beschränkung in der Adresse der Gesetze nicht ersehen lassen, daß sie vielmehr gerade eine weitgehende Kenntnis der Gesetze ermöglichen.

Nicht jede in einer Gemeinschaft von einer zur Gesetzgebung befugten Autorität ausgehende Äußerung ist ein Gesetz. Es kann vielmehr nur eine solche Äußerung Gesetz genannt werden, welche die Verkörperung von Recht darstellt. (S. 91 ff.)

„Die Gesetzgebung . . . ist der Beruf des Staates, kraft seiner Autorität die Gesamtheit der Rechtsregeln zu erzeugen, welche

¹⁾ Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907, S. 27.

²⁾ Kierulff nennt sie in seiner Theorie des Gemeinen Civil-Rechts, Altona 1839, S. 16 „ein dem Begriff des Gesetzes integrierendes Merkmal.“

für die seiner Herrschaft unterliegenden Willensverhältnisse erforderlich sind.“¹⁾

„Gesetz ist die vom Staate ausgehende Anordnung eines Rechtssatzes, das Produkt der staatlichen Rechtssetzungsfunktion.“²⁾

„Das Gesetz ist ein Ausspruch über die Rechtsregel.“³⁾

„Gesetz ist der Ausspruch des Staates, daß etwas Recht sein soll.“⁴⁾

„Von manchen wird der Begriff des Gesetzes weiter gefaßt, um auch die von anderen rechtssetzenden Gewalten als vom Staate ausgehende, insbesondere die autonome Rechtssetzung, einzuschließen.“⁵⁾ Einen materiellen, nicht auf Staatsgesetze beschränkten Gesetzesbegriff gibt auch *Lexis* im Artikel „Gesetz“ des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften, Jena 1900, 2. Aufl., 4. Bd. S. 234: „In seinem eigentlichen Sinne bedeutet das Wort Gesetz nichts anderes als eine von einer Autorität aufgestellte, bestimmt formulierte Vorschrift für das Handeln oder Verhalten der Menschen.“⁶⁾

Nach dem Gesagten ist eine Erfassung des hier gedachten Gesetzesbegriffes unmöglich ohne eine Begriffsbestimmung vom Recht.

¹⁾ Haenel, Deutsches Staatsrecht aus Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft herausgegeben von Binding, Leipzig 1892, Bd. 1, S. 238.

²⁾ Anschütz a. a. O. S. 1.

³⁾ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, Bd. 1, S. 9.

⁴⁾ Lehrbuch des Pandektenrechts von Windscheid, bearbeitet von Kipp, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906, Bd. 1, S. 72.

⁵⁾ Ebenda Anm. 1.

⁶⁾ Ebenso Geny Methode . . . S. 100.

§ 3.

Der Begriff „Recht.“

Um die Uebersichtlichkeit zu fördern, soll vorerst mithilfe weniger kurzer Sätze zu einer Rechtsdefinition vorgeschritten werden: Recht gibt es nur in menschlichen Gemeinschaften (unter Menschen, die auf einander einwirken). Soweit wir sehen, stammt es aus Menschen und ist da schon der inneren Erfahrung zugänglich. Es bezieht sich nur auf die Aktivität der Menschen, kann dieselbe aber schon in einem Vorstadium treffen. Es existiert bloß in der tatsächlichen Beeinflussung menschlicher Aktivität — es existiert bloß, insoferne es „gilt.“ Um solche Beeinflussung, solche Geltung zu erreichen, muß es eine Kraft sein (ein Wille). Der Rechtswille ist auf die Geltung gerichtet. Dieser Wille erreicht sein Ziel aber nur dann, wenn dies im Hinblick auf die gegebenen Verhältnisse möglich ist; das Recht muß jeweils geltungsmöglich sein. Der Geltungswille des Rechtes ist an keine Bedingungen geknüpft, er ist unbedingt. Er muß einerseits ein eigenes Prinzip darstellen, durch das er trotz des verschiedenen Inhaltes doch immer wieder als Rechtswille erscheint, er muß andererseits dieses Prinzip in solcher Art durchbilden, daß es — ohne auf irgend etwas anderes zu verweisen — mit vollster Bestimmtheit durchführbar wird. Das Rechtsprinzip muß sich in der sichersten, objektivsten Sphäre menschlicher Geistestätigkeit verwirklichen können. Es muß sich in festen Regeln niedergeschlagen haben und darin den Angriffspunkt für eben diese sicherste objektivste Geistestätigkeit, die logische darbieten.

Das Recht ist ein auf die Aktivität von (in Gemeinschaft lebenden) Menschen bezug habendes, (aus Menschen

stammendes,) gelten wollendes und jeweils gelten könnendes, in festen Regeln niedergeschlagenes Prinzip.

Unter Wiederaufnahme der zur hiesigen Rechtsdefinition führenden Sätze sollen die notwendigen näheren Ausführungen nachfolgen:

I. Recht gibt es nur in menschlichen Gemeinschaften¹⁾ (unter Menschen, die auf einander einwirken.)

A. Es liegt kein Anlaß vor, hier die unter Gemeinschaften der Tiere beobachteten rechtsähnlichen Tatsachen zu berücksichtigen. Vielmehr muß derjenige, welcher diese rechtsähnlichen Tatsachen als solche aufweisen will, selbst von dem auf menschliche Gemeinschaften beschränkten Rechtsbegriff ausgehen und kann nur von diesem Begriff aus analogisch fortarbeiten.²⁾

B. Das Recht ist ein soziales Phänomen, die Existenz einer menschlichen Gemeinschaft ist die Voraussetzung der Existenz des Rechtes, beim Nichtvorhandensein einer solchen Gemeinschaft kann es ein Recht nicht geben. Um zu vermeiden, daß aus diesem notwendigen Zusammenhang zwischen Gemeinschaft und Recht zu weitgehende Schlüsse gezogen werden, muß angegeben werden, welchen Inhalt der Gemeinschaftsbegriff hat. Eine Gemeinschaft besteht dort, wo Menschen auf einander einwirken. Dieser Gemeinschaftsbegriff ist der „herrschende.“³⁾ Er ist allerdings sehr weit und inhaltsarm, aber er hat dafür „die große Bedeutung einer Korrektur falscher und einseitiger Theorien“⁴⁾ und wird aus diesem Grunde hier bevorzugt. Es hat sich nämlich in jüngerer Zeit wiederholt gezeigt, daß dem Rechtsbegriff durch seinen Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsbegriff bei zu inhaltsreicher Gestaltung des letzteren Ge-

¹⁾ Dieses Wort soll, wie schon die eingeklammerte Bemerkung zeigt, nicht etwa im Sinne von Tönnies (Gemeinschaft und Gesellschaft Leipzig 1887) verstanden werden.

²⁾ Ähnlich Stammler Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 2. Aufl., Leipzig 1906, S. 87 ff. Man vergl. auch Jellinek. Das Recht des modernen Staates, 1. Bd.; Allgemeine Staatslehre. Berlin 1900. S. 79 f. und die dort S. 80 Anm. 1 angegebene Literatur.

³⁾ Spann, Wirtschaft und Gesellschaft, Dresden 1907, S. 179. Man vergl. Simmel, zur Methodik der Sozialwissenschaft im Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Leipzig 1896, Bd. XX S. 579 ff.

⁴⁾ Jellinek, Allg. Stl. S. 90.

fahren drohten, worauf später noch etwas näher eingegangen werden wird.

Der notwendige Zusammenhang zwischen Recht und Gemeinschaft beruht einzig und allein auf dem hier hervorgehobenen Inhalt des Gemeinschaftsbegriffes. Recht greift nur dort ein, wo Verhältnisse vorliegen, die nur bei gegenseitiger Einwirkung von Menschen aufeinander denkbar sind. Das schließt nicht aus, daß sich das Recht auch z. B. mit dem Verhältnis der Menschen zu Sachen befaßt; es darf nur auch dieses Verhältnis kein solches sein, das gleicherweise für einen isolierten Menschen bestehen könnte. Der Sinn des notwendigen Zusammenhanges zwischen Recht und Gemeinschaft erschöpft sich also darin, daß sich das Recht nur mit Dingen befaßt, die in irgend einer Weise, sei es als Voraussetzung, sei es als Resultat mit der gegenseitigen Einwirkung von Menschen zu tun haben.

Es wurde gesagt, daß aus dem Verhältnis zwischen Recht und Gemeinschaft oft zu weitgehende Schlüsse gezogen werden; diese Behauptung harrt der Belege und der Aufdeckung des Grundes der angefochtenen Schlüsse. Um Letzteres vorwzunehmen, sei darauf aufmerksam gemacht, daß meist von dem empirischen Zusammenhange zwischen Gemeinschaft und Recht ausgegangen wird. Es wird gesagt: Recht kommt nur in Gemeinschaften vor. Die Gemeinschaft ist die Voraussetzung des Rechtes. Dann wird der Gemeinschaftsbegriff untersucht und konstatiert, daß er den Inhalt A, B und C habe. Die weitere Aufgabe nunmehr einzeln zu untersuchen, ob das Recht in notwendigem Zusammenhange mit A, mit B und mit C stehe, wird meist nicht mehr gelöst. Es wird vielmehr dem Rechte alles zugeschrieben, was von der Gemeinschaft ausgesagt wurde. So ergeht es dann allen sozialen Phänomenen, und es werden daraufhin zwischen diesen selbst, insbesondere zwischen Recht, Wirtschaft und Kultur vielerlei Zusammenhänge behauptet.

Dem gegenüber ist zu betonen, daß der Inhalt des Gemeinschaftsbegriffes nur dann mit dem Inhalte des Rechtsbegriffes in notwendigem Zusammenhange steht, wenn im Rechtsbegriffe selbst dieser Zusammenhang als notwendig erscheint. Wird das Wesen der Gemeinschaft — wie in unserem Falle — in einer einzigen Tatsache gefunden, so muß der Rechtsbegriff auf dieser Tatsache

füßen, damit ein notwendiger Zusammenhang zwischen Rechts- und Gemeinschaftsbegriff behauptet werden kann. Hat es das Recht nur mit Verhältnissen zu tun, die eine gegenseitige Einwirkung der Menschen aufeinander zur Voraussetzung haben, und wird das Wesen der Gemeinschaft darin gefunden, daß Menschen aufeinander einwirken, so liegt ein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Gemeinschaft vor. Diejenigen Begriffe, die gleicherweise die Existenz einer Gemeinschaft voraussetzen, z. B. die Wirtschaft und die soziale Kultur treten mit dem Rechte aber erst dann in Verbindung, wenn es sich bei ihnen um dieselben Verhältnisse handelt als beim Recht, was insolange unerwiesen ist, als der Börsenkurs oder das Schaffen eines großen Künstlers oder Philosophen das Recht unberührt lassen und innerhalb einer staatlichen Gemeinschaft Gemeinschaften von wirtschaftlich und kulturell ganz verschiedener Art einem und demselben Rechte unterstehen.

Wird aber das Wesen der Gemeinschaft nicht nur in der Tatsache der gegenseitigen Einwirkung von Menschen gefunden, sondern muß hiezu z. B. noch irgend ein Zielstreben hinzutreten, so bleibt das Recht von diesem Streben insolange völlig unberührt, als in ihm selbst nicht ein gleiches Streben als für das Recht notwendig nachgewiesen wird. Geschieht dies nicht, so kann von dem Rechte überhaupt nicht gesagt werden, daß es notwendig ein Gemeinschaftsphänomen sei. Bei inhaltsreichen Gemeinschaftsbegriffen muß der notwendige Zusammenhang zwischen dem Recht und jedem einzelnen Teile des Wesens des Gemeinschaftsbegriffes dargetan sein, um das Recht als Gemeinschaftsphänomen anzusprechen. Der notwendige Zusammenhang mit der Wirtschaft oder der Kultur wäre wieder gesondert beweisbedürftig — es müßte sich ergeben, daß keine Tatsache der Wirtschaft und der Kultur auf das Recht ohne Einfluß sei. Daß die hier geforderte Einwirkung von Menschen noch nicht genügt, um Recht zu ermöglichen, soll zugegeben werden. In einer bestimmten Art und Weise der Einwirkung wird wohl eine weitere Voraussetzung für das Recht gefunden werden können, und es ist wahrscheinlich, daß Wirtschaft und Kultur auch nur bei Vorhandensein dieser weiteren Voraussetzung ihre Existenzmöglichkeit erfüllt sehen. Je vielfältiger die Einwirkungen unter den Menschen

werden, umso vielfältiger werden auch die Gestaltungen des Rechts und wohl auch die der Wirtschaft und Kultur. Die Ausgestaltung des Einwirkens zu einem Zusammenwirken ist sicher auch sehr einflußreich für alle sozialen Phänomene; Parallellismen werden sich unter diesen wohl finden lassen. Trotzdem erschien es notwendig, den Gemeinschaftsbegriff auf die gegenseitige Einwirkung von Menschen zu beschränken und insbesondere in diesen Begriff nicht das Erfordernis des Zusammenwirkens (den sozialen Gedanken zu ungunsten des individuellen) aufzunehmen, da es als sehr fraglich erscheint, ob das Recht wesentlich auf das Zusammenwirken der Menschen aufgebaut sei und hiedurch einem sozialen Ideal als Mittel zum Zweck unterliege.¹⁾ Das Erfordernis der Positivität des Rechts²⁾ zwingt zur Kontrolle aller Analysen und Deduktionen an den Tatsachen der Erfahrung.³⁾ Die Erfahrung reicht aber meines Erachtens nicht aus, um das Recht einem andern Zweck zu unterstellen als jenem, den das Vorhandensein seiner Regeln selbst schon befriedigt.⁴⁾

Diese Ausführungen sollen dazu dienen, das Recht von allen inhaltsreicheren Begriffen der Gemeinschaft, ferner von den Begriffen Wirtschaft und Kultur unabhängig zu stellen, Verbindungen dieser Begriffe als sehr beweisbedürftig darzutun oder in das Reich des Glaubens zu verweisen. Der Jurist darf umso weniger nachsichtig in der Annahme solcher Verbindungen sein, als das Recht dadurch in die Gefahr einer Abhängigkeit gerät, die seiner Positivität, seinem unbedingten Geltungswillen durchaus widerspricht.⁵⁾ Läge dem Recht ein bekannter Zweck zu-

1) Stammler, *Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft*. S. XXXVIII der *Systematischen Rechtswissenschaft*, Berlin 1906, Teil II, Abteil. VIII der *Kultur der Gegenwart*, herausgegeben von Hinneberg. Den gleichen Zweifel spricht Kohler auf S. 4 f. seines Aufsatzes „*Wesen und Ziele der Rechtsphilosophie*“ im *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, herausgegeben von Kohler und Berolzheimer, Berlin 1907, Jahrg. I, Heft 1 aus.

2) Das merkwürdigerweise auch von Stammler aufrechterhalten wird z. B. S. XLIV a. a. O.

3) Bergbohm a. a. O. S. 79 „Auf empirielosem Wege wird man nimmer zum Begriff des Rechts gelangen“.

4) Aehnlich Kierulff a. a. O. S. 2.

5) Auch Stammler anerkennt den unbedingten Geltungswillen a. a. O. S. XXIII.

grunde oder eine bekannte Abhängigkeit von anderen sozialen Phänomenen, so könnte von vernünftigen Menschen nicht verlangt werden, daß sie Rechtssätze anwenden ohne deren Zwecktätigkeit oder das Bestehen der Abhängigkeit nachzuprüfen.

Das Erfordernis der Positivität müßte bei solchen Annahmen völlig wegfallen. Jeder Rechtssatz müßte sich vom Richter einen Paß auf seine Gültigkeit ausstellen lassen.

Die Aufstellung von Zusammenhängen zwischen dem Recht und inhaltsreichen Gemeinschaftsbegriffen einerseits, zwischen Recht und Wirtschaft und Kultur andererseits ist in der neueren Literatur außerordentlich häufig. Die Behauptung gegenseitiger Wechselwirkung von Recht und Wirtschaft ist sogar so sehr anerkannt, daß die Einführung zu dem Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie¹⁾ diese „fast allgemeine“ Anerkennung als genügende Rechtfertigung für „die Erstreckung der Aufgaben des Archivs auch auf die Wirtschaftsphilosophie“ annimmt.

Hier ist der Behauptung einer Unselbständigkeit des Rechtes nur insoferne entgegenzutreten, als es das Verhältnis des Rechts zur Gemeinschaft berührt. Alle weiteren Angriffe auf die Selbstständigkeit des Rechtes werden erst bei Besprechung des unbedingten Geltungswillens des Rechtes Berücksichtigung finden. Freilich muß schon hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß alle Angriffe auf die Positivität des Rechtes letzten Endes aus derselben Quelle fließen, nämlich aus dem Ueberwuchern des Zweckbegriffes. Wie der Phönix aus dem Feuer ist die Idee der Vernünftigkeit des Weltganzen, und insbesondere der sozialen Phänomene aus dem Materialismus wieder emporgestiegen. Sie hat sich mit der Kraft des πάντα ῥίη ausgestattet und stellt nun mit frischem Mut diesem ewigen Fluße der Dinge Ziele und Zwecke fest. Bald könnte man glauben, man lebe in einer Welt, in der alles unseren Ideen folge und nur hie und da in der Wahl der Mittel ungeschickt sei.

Der hier aufgestellte Gemeinschaftsbegriff wird oft dadurch bereichert, daß demselben aus methodologischen Gründen ein neues Element hinzugefügt wird. Der dabei eingenommene

¹⁾ Berlin 1907, Jahrg. I, Heft 1.

methodologische Standpunkt ist meist der des Soziologen. Er müßte vom Juristen nur dann geteilt werden, wenn sich herausstellen würde, daß auch die juristische Untersuchung nur bei Annahme des entsprechenden Elementes möglich sei. Ist dies nicht der Fall, so hat sich der Jurist um die methodologischen Voraussetzungen der Soziologen nicht zu bekümmern; der Soziologe aber wird gut tun die Notwendigkeit seiner Voraussetzungen neuerdings zu überprüfen und nur mit den nötigen Einschränkungen anzuwenden.

Was die Aufstellung des eben angedeuteten reicheren Gemeinschaftsbegriffes anbelangt, sei auf das oben zitierte Werk *Spanns* verwiesen, in dem die betreffende Literatur ausreichende Verarbeitung findet. In diesem Werke, das den ersten Band der „Untersuchungen über den Gesellschaftsbegriff“ darstellt, wird die Frage nach dem Begriff von der Natur des Sozialen überhaupt, sohin jene nach den Begriffen von den gesellschaftlichen Teil-Phänomenen (!) und endlich jene nach dem Verhältnis dieser Begriffe untereinander prinzipiell aufgerollt. Ein „System der sozialen Erscheinungen“ soll aufgestellt werden.¹⁾ Die Lösung des entwickelten Problems wird in dem bisher erschienenen ersten Teile der Arbeit bloß angedeutet.²⁾ Die „Funktion“ sei der Gesichtspunkt, welcher eine soziologische Forschung überhaupt erst ermögliche.³⁾ Bei dieser Anschauung handle es sich aber nicht um die Zwecke selbst, sondern nur um das „kausale System der Mittel“ zu Zwecken.⁴⁾ So beruhigend diese stark betonte Versicherung⁵⁾ auch klingt, gewonnen wird durch sie wohl nicht viel. Dies zeigt folgender Satz: „Zu einem einheitlichen System geordnet, kann man sich diese Ziele am besten vorstellen, wenn man den Begriff des höchsten Zieles oder höchsten Gutes einführt . . ., weil dadurch das gesamte menschliche Handeln als ein Totalsystem bewirkender Mittel zur Erscheinung kommt.“⁶⁾ Die Beschäftigung mit dem Rechte

¹⁾ a. a. O. S. 8.

²⁾ S. 221—229.

³⁾ S. 223.

⁴⁾ S. 225.

⁵⁾ Es handelt sich Spann darum, nicht in Stammlers und Natorps Fehler zu verfallen.

⁶⁾ S. 228.

unter Visierung eines solchen höchsten Zieles müßte natürlich sofort zu einem Naturrechte führen, wie sich dies bei Besprechung von *Stammler's* Aufstellungen zeigen wird.

Die wesentlichste Aufgabe der Einzelwissenschaft ist aber die Reinhaltung ihres obersten Begriffes, für den Juristen die des positiven Rechtes. Dieser kann nur durch kausale Betrachtungsart vor dem Uebergriffe teleologischer (finaler) Anschauung geschützt werden. Es soll hervorgehoben werden, daß neuerdings von *Max Adler*¹⁾ ausgesprochen wurde, daß „die teleologische Durchführung der *Kant's*chen transzendentalen Erkenntnistheorie... jedenfalls nicht die Krönung der Kritischen Methode, sondern ihre Umbeugung in Metaphysik“ bedeute. Wissenschaft — „das System des absoluten und objektiv allgemeingültigen Wissens“²⁾ — lasse in sich selbst eine wertende Betrachtung nicht zu. Es ist „alle Wissenschaft (oder Naturerkenntnis) entweder Naturwissenschaft im engeren Sinne, wenn sie ihr Objekt ohne Rücksicht auf den Zusammenhang betrachtet, in dem es in einem Erkennen und von diesem bestimmten Handeln steht. Sie ist Sozialwissenschaft, sobald eben dieser Zusammenhang selbst... in seiner empirisch-historischen Entfaltung ihr Objekt wird, mit welchem sich ihr allererst die Erscheinungen des geistig-sozialen Lebens erschließen“.³⁾

Kohler geht einerseits von der Relativität allen Rechtes aus, andererseits von der Notwendigkeit einen Grundgedanken anzunehmen, der alles Recht durchzieht.⁴⁾ In dem Begriff der Kultur glaubt er das Gleiche und das Wechselnde zu bannen. Das Recht ist eine Kulturerscheinung. „Die Kultur aber ist die Entwicklung“ (Wertung!) „der in der Menschheit liegenden Kräfte zu einer der Bestimmung“ (Fatum?) „der Menschheit entsprechenden Gestaltung“.⁵⁾ Statt nun festzustellen, daß der rückhaltslos zuzugebende Charakter des Rechtes als Kultur-

¹⁾ Kausalität und Teleologie im Streite um die Wissenschaft, Wien 1904, S. 206.

²⁾ S. 62.

³⁾ S. 236.

⁴⁾ Moderne Rechtsprobleme, Leipzig 1907, S. 1, Bd. 128 aus Natur und Geisteswelt.

⁵⁾ a. a. O. S. 2.

erscheinung für das Wesen des Rechtes höchstens besagt, daß es die Existenz einer kulturell irgendwie entwickelten Menschheit voraussetze, daß aber der Begriff der Entwicklung und einer Bestimmung der Menschheit durch die Bezeichnung des Rechtes als Kulturerscheinung nicht mit dem Rechte in notwendige Verbindung trete, geht *Kohler* noch weiter und macht das Recht auf dem Boden einer organischen Weltauffassung gleichzeitig zu einem Erzeugnis und einem Förderungsmittel der Kultur: „Wir schließen aus dem Sein und Werden, daß dem Ganzen eine mit unbewußtem Zweckstreben ausgestattete Gesamtkraft zugrunde liegt so kommen wir zu der Ueberzeugung, daß auch der Geschichte eine organische Entwicklung zugrunde liegt“. ¹⁾

„Nur wer eine Weltanschauung die seinige nennt, nur der kann die Kulturentwicklung erfassen und die Elemente würdigen, die teils Erzeugnisse der Kultur, teils Förderungsmittel ihrer Weiterbildung sind.“ ²⁾ „Wer das Recht erkennen will, der muß die Kultur erkennen und muß erkennen, welche Ziele die menschliche Kultur verfolgt“ (ebenda.) Das Postulat dieser Anschauung spricht *Kohler* ³⁾ folgendermaßen aus: „. . das Recht jeder Kulturperiode soll so gestaltet sein, daß es den Entwicklungskeimen eben dieser Kulturperiode entspricht. . .“ „Diese Idee habe ich schon längst dargelegt, schon längst bevor man den unschönen Ausdruck vom richtigen Recht gebrauchte.“

Kohlers Aufstellung führt also zu einem Naturrecht (im Sinne *Bergbohms*) allerdings nicht zu einem unwandelbaren, wohl aber zu einem sich entwickelnden. Zu einem solchen muß jeder gelangen, der den Glauben an eine Vernunft der Welt hat. *Kohler* schränkt aber gleich die seinem Naturrechte etwa inwohnende Tendenz der Feindschaft gegen das positive Recht ein, indem er sagt ⁴⁾: „Allerdings das ist richtig, daß wir uns unbewußt der Führung des Schicksals anvertrauen müssen. . .“

Solange *Kohlers* Synthese: Recht und Kultur, nur auf dem

¹⁾ a. a. O. S. 4.

²⁾ a. a. O. S. 2.

³⁾ a. a. O. S. 13.

⁴⁾ a. a. O. S. 18.

Gebiete der Rechtsschaffung von Einfluß werden soll, ist sie nicht nur nicht gefährlich, sondern vielmehr ausgezeichnet durch die Weite der dargelegten Gesichtspunkte. Sehr gefährlich wäre aber ein Uebergreifen der Wirkung dieser Synthese auf das Gebiet der Interpretation. In „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“¹⁾ wird von *Kohler* allerdings über die „konstitutionelle Berechtigung“ eines auf „unrichtigen Entscheidungsgründen“ basierenden guten Urteils (dem Rechtsbewußtsein der Zeit entsprechenden Urteils) nicht entschieden. Die starke „Entsubjektivierung“²⁾ der *Kohler'schen* Aufstellungen an Geschichte und Rechtsvergleichung und *Kohlers* Hingabe an das Unbewußte in der Entwicklung lassen es seinerseits nicht befürchten, daß das positive Recht, die Unbedingtheit und Selbständigkeit desselben, zu kurz kommen, wie dies auch aus seinem Aufsatz „über die Interpretation von Gesetzen“³⁾ hervorgeht. Aber Angriffspunkte gegen die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Rechts liegen doch in seiner Lehre. In Händen von Leuten, die von dem Studium der Geschichte und der Rechtsvergleichung für die Erkenntnis der Kultur weniger erwarten als *Kohler*, kann die dem Recht auferlegte Aufgabe, die Kultur zu fördern, leicht zu einem gefährlichen Werkzeug gegen die Selbständigkeit des Rechtes werden.

Stammler wählt dieselben Ausgangspunkte wie *Kohler*, nämlich einerseits die Relativität des Rechts, anderseits das im Rechte sich Gleichbleibende (die notwendige Voraussetzung einer Beschäftigung mit dem Rechte überhaupt).⁴⁾

Weniger großzügig als *Kohler*, der das Recht letzten Endes einer „Weltanschauung“ einordnet, unterstellt es *Stammler* dem Oberbegriff des sozialen Phänomens.⁵⁾ Es „ist nötig, das Ganze der sozialen Erfahrung zu untersuchen, da in dem Problem des gesellschaftlichen Daseins der Menschen der Rechtsgedanke zweifellos auftritt, und in diesem die allgemein ermöglichenden

¹⁾ Würzburg 1883, S. 89.

²⁾ Bergbohm.

³⁾ Wien 1885.

⁴⁾ Syst. Rechtsw. S. I. Der gleiche Gedankengang findet sich bei Bierling Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, Freiburg i. B. 1894, S. 3 ff.

⁵⁾ Syst. Rechtsw. S. II.

Bedingungen für den Begriff des Rechtes durch kritische Besinnung festzustellen.“

Das Recht gehört also zu jenen Erscheinungen, die in dem Problem des gesellschaftlichen Daseins der Menschen auftreten. Damit ist, wie oben bemerkt, nicht viel gesagt, da es ja noch unklar bleibt, welche Elemente des Begriffes „gesellschaftliches Dasein der Menschen“ die Bedingungen für den Begriff „Recht“ abgeben. Letztere sind also aufzusuchen. Vorarbeit ist die Klärung des Begriffes der menschlichen Gesellschaft. Das gesellschaftliche Dasein der Menschen ist nach *Stammler*¹⁾ nur insoferne Gegenstand einer eigenartigen (von der Naturwissenschaft verschiedenen) Wissenschaft, als der Verkehr und das Miteinanderleben der Menschen von diesen geregelt ist. „Erst auf der Grundlage dieser so begriffenen Wechselbeziehungen (der Menschen) unter äußeren Regeln vermögen wir von sozialen Erscheinungen zu handeln. . . .“²⁾ „Zu dem Begriff eines sozialen Leben konstituierenden Regel gehört weiter nichts, als daß es eine von Menschen ausgehende Norm ist, die das Verhalten von zusammenlebenden Menschen zueinander bestimmen will. Sie verbindet diese in dem Begriff der Gesellschaft und erschafft“ (!) „damit das soziale Leben als einen besonderen Gegenstand, weil“ (!) „dadurch bestimmende Gründe für den einzelnen eingeführt werden, die für ihn, als gänzlich isolierten Menschen gedacht, so nicht bestehen könnten.“³⁾ Zusammenfassend könnte *Stammler* also sagen: Soziales Leben als Gegenstand einer Wissenschaft liegt nur dort vor, wo für Menschen bestimmende Gründe eingeführt werden, die für ihn, als gänzlich isolierten Menschen gedacht, so nicht bestehen könnten. Recht wäre nur bei seinem Vorhandensein denkbar. Das würde meinen obigen Aufstellungen entsprechen, und eine Gefährdung der Selbständigkeit des Rechts würde hieraus nicht zu befürchten sein.

Stammler läßt aber dem Rechte die Selbständigkeit nicht. Er sieht, wie *Kohler*, den eigentlichen Fehler der Naturrechtslehrer darin, daß sie unwandelbares Recht aufstellen wollen;

1) *Wirtschaft und Recht*, S. 83.

2) S. 83.

3) S. 85.

wandelbares Naturrecht gibt er als berechtigt zu,¹⁾ ein solches stellt er selbst in seinem richtigen Rechte auf.²⁾ Und dieses Recht leitet er aus Grundsätzen ab, die Elementen des Gesellschaftsbegriffes ihr Dasein verdanken. Die Unselbständigkeit des Rechts resultiert also bei ihm aus dem von ihm angenommenen Verhältnis zwischen Rechts- und Gesellschaftsbegriff. Der „Begriff der menschlichen Gesellschaft und des menschlichen Zusammenlebens“ ist ein „Grundbegriff,“ „neben welchem derjenige der Rechtsordnung und der Sozialökonomie in dienender Stellung sich befinden.“³⁾

In den Begriff des Rechtes selbst nimmt *Stammier* allerdings nicht mehr auf als das erwähnte unschädliche Element seines Gesellschaftsbegriffes, d. h. er entwickelt wenigstens die weiteren Elemente dieses Begriffes nicht vor der Aufstellung der Rechtsdefinition, und er beansprucht ausdrücklich⁴⁾ selbständige Betrachtung seiner, den Begriff des Rechts, die Berechtigung des Rechtszwanges und den richtigen Inhalt eines Rechts herausstellenden Operationen. Er definiert das Recht⁵⁾ als „unverletzbar, selbstherrliche Regelung des sozialen Lebens der Menschen.“ In dieser Definition steckt ein teilweises *ὑπερὸν πρότερον*. Der Begriff „Recht“ soll erklärt werden und daß geschieht durch einen Begriff, der schon voraussetzt, daß man den wesentlichen Charakter des Rechts erfaßt habe. Ein soziales Leben ist ja schon äußerlich geregeltes Leben und das Wesen dieser äußeren Regelung muß man bereits kennen, bevor man den Begriff „soziales Leben“ denken kann. Die Definition enthält auch ein Begriffsmerkmal doppelt. Unter Einsetzung der Begriffsbestimmung für „soziales Leben“ sieht sie folgendermaßen aus: Recht ist unverletzbar, selbstherrliche Regelung des durch Menschen äußerlich ge-

1) Syst. Rechtsw. S. VI.

2) Stammlers richtiges Recht wird als Naturrecht angesprochen von Gierke, die historische Rechtsschule und die Germanisten Rede. Berlin 1903., S. 61, Anm. 127 und Makarewicz, Das richtige Recht in der Z. f. d. ges Strafrechtswissenschaften, Jahrg. 1906, S. 937.

3) W. u. R. S. 10.

4) Syst. Rechtsw. S. II und XV.

5) Syst. Rechtsw. S. XXVIII.

regelten, menschlichen Verkehrs und Miteinanderlebens. Es lägen aber hier nur Fehler in der Definition, nicht in der *Stammler*'schen Bedeutungseinheit „Recht.“ In letzterer Richtung wird die Definition erst dann anfechtbar, wenn man die später von *Stammler* entwickelten Elemente des Begriffes „soziales Leben“ in die Definition einsetzt, wozu man natürlich vollauf berechtigt ist, und wenn man die Verbindung „Regelung des sozialen Lebens“ als eine die Pflicht des Rechtes begründende auffaßt, alle Elemente des sozialen Lebens auszubilden. *Stammler* geht selbst diesen Weg zur Begründung der Berechtigung des Rechtszwanges und zur Aufstellung der Lehre vom richtigen Recht. Er versucht¹⁾ den Nachweis zu erbringen, daß eine Betrachtung sozialen Lebens unmöglich sei außer unter vorhergehender Annahme eines „Endzweckes“ desselben, unter welchen Endzweck sich alle anderen, im Laufe der Betrachtung anzunehmenden Zwecke als Mittel unterordnen müssen. Soziales Leben sei also nur denkbar als Leben mit einem Endzweck.²⁾

Vom sozialen Leben dehnt sich diese Betrachtungsweise auch auf das Recht aus. Dieses ist nur als näheres oder entfernteres Mittel zu dem Endzweck der Gesellschaft berechtigt. Es ist aber das Recht nun tatsächlich „das unvermeidliche Mittel, um alle nur denkbaren Menschen sozial verbinden und unbedingt jede nur mögliche Gesellschaft bestimmen zu können.“³⁾ Ohne Recht ist ein soziales Leben undenkbar.⁴⁾ Darin liegt die Begründung des Rechtszwanges.

Setzt man diese Resultate der Betrachtung in die gegebene Rechtsdefinition ein, so stellt sich folgender, wunderlicher Satz heraus: Recht ist unverletzbares, selbstherrliche Regelung des Lebens von Menschen, die unter dem Rechte einem Endzweckenachstreben. Nun wird bei *Stammler* der Endzweck wirksam. Er muß durch eine unbedingt gültige Art des Verfahrens die Eigenschaft objektiver Berechtigung erweisen.⁵⁾ Dies kann er nicht, weil er ja eben Endzweck ist.

¹⁾ W. u. R., S. 338 ff.

²⁾ Hierüber Spann, a. a. O., S. 153.

³⁾ Syst. Rechtsw., S. XXVII.

⁴⁾ Artikel „Recht“ im HWB. der Staatsw.

⁵⁾ W. u. R., S. 354.

Er muß absolut, empirisch unbedingt sein.¹⁾ Er findet sich vor als „Gesetz für jede nur denkbare Zwecksetzung.“²⁾ „Frei wollen von aller empirischen Bedingtheit, seine Zwecke so setzen und wählen, daß sie in der Richtlinie des absoluten Endzieles geführt werden, das ist die Gesetzmäßigkeit des Telos, die wir in unserer Sprache mit sollen bezeichnen.“³⁾ Von diesem Standpunkte der Betrachtung aus gelangt *Stammler* zum sozialen Ideal (Endzweck), zu der Gemeinschaft frei wollender Menschen, ohne welches Ideal die Eigenart des sozialen Wollens — des sozialen Lebens nicht gedacht werden kann. Das Recht, als Regelung des sozialen Lebens, muß natürlich denselben Gedanken erhalten. Es ist Mittel zum Zweck — zum Endzweck; am Endzweck wird es gerichtet. Die zwei angeblich in dem Gedanken der Menschengemeinschaft enthaltenen Gedanken: die Richtung der Gemeinsamkeit der Zwecke und der Hinweis auf Menschen als vernünftige Wesen, als Selbstzwecke⁴⁾ werden Richter des Rechts. Daß diese Aufrollung das Gebiet des „Formalen“ überschreitet, ergibt sich ohne weiteres schon daraus, daß „Materielles“ danach gerichtet werden kann, während wirklich „Formales“ das Materielle doch nur aufnehmen dürfte.⁵⁾

Bei all dem Gesagten liegt immer noch einheitliches Recht vor. Die logische Einsetzung aller jener Merkmale, ohne die soziales Leben nicht gedacht werden kann, in die Rechtsdefinition hat die Einheit des Rechtes nicht gestört. Dieses Recht ist nur nicht mehr das positive Recht. Es gibt ja positives Recht, das dem Endzweck der menschlichen Gemeinschaft nicht dient. Wie dies noch als Recht gedacht werden kann, bleibt freilich unerfindlich, aber seine Existenz wird ja zugegeben. Es gibt also zweierlei Recht, und das richtige Recht kann man mit der gegebenen Definition wohl erkennen. Das unrichtige Recht bleibt

¹⁾ W. u. R. S. 355.

²⁾ S. 356.

³⁾ S. 356.

⁴⁾ Syst. Rechtsw. S. L.

⁵⁾ Interessant ist es, daß schon *Stahl*, die Philosophie des Rechts 3. Aufl. Heidelberg, Bd. II, 1856, S. 203, einen ähnlichen Gedanken verfolgt wie *Stammler*: „Das Prinzip und Maß des Rechtes“ ist „die Idee des vollendeten Gemeinzustandes.“

verborgen. Man kann ja erst dann etwas Recht nennen, wenn man sich darauf besinnt, was Recht ist. Das hat *Stammler* getan, aber er hat sich bloß auf das richtige Recht besonnen. Unrichtiges Recht ist, wie ja der Name schon andeutet, überhaupt kein Recht.

Von den radikalen Anhängern des freien Rechts kann es daher Stammler ganz begründetermaßen als Inkonsequenz vorgeworfen werden, daß er bei der Rechtsanwendung den Richter an die Gesetze binde. Die richtige Konsequenz seiner naturrechtlichen Aufstellungen zieht *Oskar Kraus*¹⁾: „Die Pflicht zur Botmäßigkeit erwächst einzig und allein aus der nachweisbarenersprießlichkeit des Gehorsams und aus der Weisheit und Gerechtigkeit der Norm.“²⁾

Berolzheimer bezeichnet sich selbst als Neuhegelianer.³⁾ Er habe versucht die von *Kohler* begründete Kulturphilosophie für Recht und Wirtschaft auszubauen. Eine klare Darlegung des logischen Verhältnisses der Begriffe Kultur, Recht, Wirtschaft und Gemeinschaft zueinander ist bei ihm nicht zu finden. Es liegt aber vielleicht gerade in dieser Unbestimmtheit eine besondere Gefährdung für die Selbständigkeit des Rechtes.

Der Begriff der Kultur wird von Berolzheimer nicht direkt an den der Gemeinschaft angeknüpft, sondern an den des Menschen. Die absolute Scheidelinie zwischen „Naturmensch“ und „Kulturmensch“ liegt nach Berolzheimer in dem ideologischen Denken.⁴⁾ Der „Mensch als Idee“ (d. h. in seiner „unmittelbaren Beziehung. . . zur Unendlichkeit,“) ist gleich „Kultursubjekt.“⁵⁾ Daß der Mensch

¹⁾ Die leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation, Wien 1905, in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 32.

²⁾ Die reiche, Stammlers Aufstellungen betreffende Literatur ist bei Spann, a. a. O. S. 142 f. angegeben. Man vergl. auch Max Adler, a. a. O. S. 191 und insbesondere Simmel, „Zur Methodik der Sozialwissenschaft, S. 575 ff., endlich Jellinek, das Recht d. m. Staates, S. 342.

³⁾ Arch. f. R. und Wph., Bd. I, die deutsche Rechtsphilosophie im XX. Jahrh., S. 134.

⁴⁾ System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. I, München 1904, S. 184.

⁵⁾ a. a. O. S. 185.

aber hiebei nicht als isolierter gedacht wird, ergibt die Definition des Begriffes Kultur¹⁾: „Alle Kultur bedeutet Kraft, Erhöhung menschlicher Kraft durch Schaffung von Kraftpositionen für die Menschheit.“ Gleiches zeigt sich bei der Entwicklung der Begriffe „gut“ und „böse“, bei welcher auf eine Zeit zurückgegangen wird, in der nicht ideologisch gedacht wird, die aber doch an die Gemeinschaft anknüpft.²⁾ „Die Menschheit als Kultursubjekt ergibt zugleich die Menschheit als ethisches Subjekt.“³⁾ Recht setzt also⁴⁾ eine Gemeinschaft voraus. Fermentiert ist diese Gemeinschaft mit dem Kulturgedanken und mit diesem Kulturgedanken geht das Recht eine enge Verbindung ein. Das Recht ist eine Kulturererscheinung; es ist „die durch autonome Herrschaft im Kulturzustande begründete Ordnung.“⁵⁾

„Die Rechtskultur erhöht die menschliche Kraft durch Bildung und Erhaltung geordneter Herrschaft.“⁶⁾ „Das Recht scheidet sich von der bloßen Macht dadurch, daß es zugleich Kulturererscheinung und Kulturnotwendigkeit ist.“⁷⁾ „Recht und Staat, Sittlichkeit und Sitte, Gesellschaftsordnung und Ordnung überhaupt sind artifizielle Kräfte, Kraftpositionen der Kulturentfaltung.“⁸⁾ Bei der ungeheuren Weite, die man dem Kulturbegriff geben kann, ist die Verbindung von Kultur und Recht, solange sie eine descriptive ist, wohl völlig unschädlich. Dazu kommt die wiederholte Betonung, daß die Kulturstrebungen keinesfalls als bewußte erfaßt werden müssen. Bei der Bemerkung: „Der geschichtliche Fluß läuft . . ., wie jeder natürliche Fluß, in vielen Windungen und Biegungen und scheinbar ohne Ziel, in Wahrheit immer wieder abgetrieben vom eigentlichen Ziele durch äußere Widerstände mannigfachster Art,“ scheint der Wert der Verbindung von Recht und Kultur überhaupt recht gering zu sein.⁹⁾ Trotz-

¹⁾ a. a. O., Bd. III, S. 24.

²⁾ a. a. O., Bd. I, S. 271 ff.

³⁾ a. a. O., Bd. I, S. 261.

⁴⁾ a. a. O., Bd. I, S. 282 und Bd. III, S. 106.

⁵⁾ a. a. O., Bd. III, S. 91.

⁶⁾ a. a. O., Bd. III, S. 24.

⁷⁾ a. a. O., Bd. III, S. 95.

⁸⁾ a. a. O., Bd. II, S. VII.

⁹⁾ a. a. O., Bd. III, S. 207.

dem leitet *Berolzheimer* aus dieser Verbindung sehr wesentliche Folgerungen ab, deren wesentlichste die Folgende ist: „Der Ideenkomplex, aus dem der Richter „freies Recht“ schöpfen soll, kann . . . stets nur die jeweils herrschende“ (?) „Kultur sein. So mündet die „freie Rechtsschöpfung“ ein in den Neuhegelianismus“. ¹⁾ Nachdem *Berolzheimer* in der Idee der Menschheit (Kultursubjekt!) den Grund für die Individualethik und die Sozialethik gefunden hat, ²⁾ nachdem also der Kulturgedanke die nötige Aktivität erlangt hat, wird vom Gesetzgeber gefordert: ³⁾ die „rechtliche Anerkennung und Fixierung der berechtigten“ (!) „Interessen jeder“ (!) „Wirtschaftsklasse“ und „rechtliche Garantie der Freiheit“ (!) „aller Kulturbestrebungen“. In diesem Sinne müssen die Gesetzgebungsfaktoren und die Verwaltungsbehörden „den Sozialismus von heute als das . . . erkennen und feststellen, was er ist, und danach . . . handeln. Der Sozialismus von heute“ sei „die einseitige Vertretung des Klasseninteresses der Lohnarbeiter; er“ müsse „also“ (!) „auf das berechnete“ (!) „Klasseninteresse der Arbeiterschaft beschränkt werden.“ ⁴⁾ Sehr gefährlich ist noch folgende, die Rechtssprechung betreffende Äußerung *Berolzheimers*: ⁵⁾ „. . . in vielen . . . Fällen ist . . . der Rechtsbegriff unstrittig, dagegen die Entscheidung darüber, ob ein gewisser Tatbestand unter den Rechtsbegriff subsumiert werden kann, abhängig von der Kulturauffassung der zur Entscheidung Berufenen. Hier besteht in der Tat bisweilen ein' weitgehender Unterschied der Auffassung der Richter und der ihnen nahestehenden Gesellschaftsklassen gegenüber der Anschauung anderer Bevölkerungsteile. Allein damit ist noch lange nicht gesagt, daß die Richter die Träger der irrigen oder rückständigen Kulturauffassung seien.“

Man sieht also, wie auch bei *Berolzheimer* aus der Unterstellung des Rechtes unter einen reichen (mit dem Kulturgedanken ausgestatteten) Gemeinschaftsbegriff das Recht in seiner Selbstständigkeit bedroht wird. Es wird abhängig von der Gesamt-

¹⁾ Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. Bd. I, S. 148.

²⁾ Syst. Bd. I S. 261.

³⁾ a. a. O. Bd. II S. 493.

⁴⁾ a. a. O. Bd. II S. 488.

⁵⁾ a. a. O. Bd. III S. 250.

kultur, insoferne man unter dieser das Recht nicht mitbegreift. Soferne es nicht zugleich Kulturerscheinung und Kulturnotwendigkeit ist, kommt es der bloßen Macht gleich,¹⁾ insoferne ist es auch ungerechtfertigt und überhaupt nicht Recht. So kommt auch *Berolzheimer* zu einem Naturrecht. Die Rechtsidee ermöglicht die Erkenntnis des Unrechtes auch im Gesetz.²⁾ Annähernd richtig läßt sich das Gesetz der Kulturentwicklung des Rechtes finden.³⁾ Dieses Naturrecht äußert sich in rechtspolitischen Postulaten, von denen früher eine Probe gegeben worden ist, und es äußert sich auch auf dem Gebiete der Rechtsanwendung. Im Gegensatz zur Philosophie hat die Wissenschaft die „Tendenz zur Spezialisierung, daher auch zur isolierenden Abstraktion, und sie hat in beiden, durch beide, ihre größten Erfolge“. ⁴⁾ Deshalb mußte *Berolzheimer's* Verbindung „Recht und Kultur“ der auf S. 14 ff. befindlichen logischen Auseinandersetzung unterstellt werden.

An einer zu engen Verbindung von „Recht und Gesamtkultur“ (minus Recht) krankt auch die Schrift *M. E. Mayer's: Rechtsnormen und Kulturnormen*.⁵⁾ Soferne man nicht mit Graf zu *Dohna*⁶⁾ annimmt, daß sich *M. E. Mayer* in dem Zirkel bewege: „Kulturnorm = Pflichtgebot — Kulturnormwidrigkeit = Pflichtwidrigkeit — $x = y$: eine Gleichung mit zwei Unbekannten“, soferne man vielmehr dem Begriffe „Kulturnorm“ Bedeutung beimißt, tritt dadurch das Recht in Abhängigkeit von etwas, das ihm wesensfremd ist. „Die Rechtfertigung des Rechtes und in Sonderheit die Verbindlichkeit der Gesetze beruht darauf, daß die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt“. ⁷⁾ (Von jenen Gesetzen, die nur verbindlich sind, „weil es Gesetze sind“, ⁸⁾ sei hier abgesehen.) Dementsprechend gibt es gerechtfertigtes Recht

¹⁾ a. a. O. Bd. III S. 95.

²⁾ a. a. O. Bd. III S. 100.

³⁾ a. a. O. Bd. III S. 101.

⁴⁾ Tönnies, Sinn und Wert einer Wirtschaftsphilosophie. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphil. Bd. I S. 40.

⁵⁾ Breslau 1903, Heft 50 der Strafrechtlichen Abhandlungen, begr. von Bennecke, herausgegeben von Beling. S. 17.

⁶⁾ Gerichtssaal Bd. LXIII S. 358.

⁷⁾ a. a. O. S. 16.

⁸⁾ S. 26.

(Naturrecht) und ungerechtfertigtes Recht. *M. E. Mayer* zieht aus seiner Theorie (Naturrecht) weitgehende Folgerungen. Er bekämpft den Formalismus in der Jurisprudenz¹⁾; er vergißt aber, daß er durch übermäßige Ausdehnung einer an sich richtigen Beobachtung selbst in Formalismus verfallen ist.

Ein Naturrecht auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage gibt *Makarewicz*.²⁾ Auch dieses Naturrecht entstammt der Unterstellung des Rechtsbegriffes unter einen reichen Begriff der Gemeinschaft und aus der weiteren unkritischen Verknüpfung der Elemente des Gemeinschaftsbegriffes mit dem Recht. „Das Ideal ist Vernichtung der Gemeinschaft und Alleinherrschaft der Gesellschaft.“³⁾ „Das absolut Gute ist dem gesellschaftlich Nützlichen gleich.“ Daraus folgt ein „allgemeines Gebot für das menschliche Handeln“: „Handle nicht deinen individuellen Interessen gemäß, sondern in der Richtung des sozialen Nutzens, und zwar mit Berücksichtigung nicht deiner eigenen Ansichten darüber, was gesellschaftlich nützlich ist, sondern derjenigen der Gesellschaft selbst!“⁴⁾ „Die unsittliche Handlung und das Verbrechen einerseits, die sittliche Mißbilligung und die Strafe anderseits sind wesentlich identisch, nur ihre Spannung ist kleiner oder größer.“⁵⁾

Makarewicz's Rechtsphilosophie erhebt die Forderung nach einer neuen Form der Interpretation der Gesetze: Auf die grammatische und logische Interpretation, welche letztere „aus der Zusammenstellung einer gegebenen Vorschrift mit anderen Vorschriften desselben Gesetzes und aus dem Geiste des Gesetzes Schlußfolgerungen zieht“, solle eine rechtsphilosophische Interpretation folgen, die den Vorrang vor der historischen verdiene. Bei der rechtsphilosophischen Interpretation solle das Rechtsideal (Naturrecht) maßgebend werden.⁶⁾ Sofern *Makarewicz* glaubt, durch diese Interpretation „Recht“ herauszustellen, sei ihm widersprochen.

¹⁾ S. 130.

²⁾ Einführung in die Philosophie des Strafrechts, Stuttgart 1906.

³⁾ a. a. O. S. 38, wo die Begriffe Gemeinschaft und Gesellschaft etwa im Sinne von Tönnies zu verstehen sind.

⁴⁾ S. 62.

⁵⁾ S. 72.

⁶⁾ S. 21.

Welche Wunder es wirken kann, wenn durch den Begriff der Gemeinschaft jener der Anpassung in das Recht übergeht, zeigt *Matzat*.¹⁾ Nach ihm gibt es sachlich begründetes und sachlich nicht begründetes Recht.²⁾ „Ein gerechtes Rechtsverhältnis ist ein solches, in welchem der Eine von dem Andern nicht mehr verlangt, als er selbst leisten will und kann.“³⁾ Ganz von selbst werden durch Anpassung und Auslese die ungerechten zu gerechten Rechtsverhältnissen. „Da die Rechtsverhältnisse umso eher zugrundegehen, je ungleichheitlicher, und je weniger inhaltreich sie sind, so müssen immer gleichheitlichere und immer inhaltreichere Rechtsverhältnisse übrig bleiben.“⁴⁾

Cathrein geht unter Anlehnung an *Stammler* und unter Berufung auf *Bergbohm*⁵⁾ davon aus, daß es einen allgemeingültigen und unwandelbaren Rechtsbegriff geben müsse. Sein Gemeinschaftsbegriff enthält ebenso wie derjenige Stammlers die Richtung auf ein Endziel. Das Endziel soll die Erfüllung der göttlichen Absichten darstellen.⁶⁾ Die von Gott in die Herzen der Menschen gepflanzten Pflichten bilden unter diesen eine sittliche Ordnung. Als „verpflichtend“ ist die Rechtsordnung ein Teil dieser sittlichen Ordnung.⁷⁾ Ein Rechtsgesetz kann nie etwas vorschreiben, „was seiner Natur nach unsittlich und ungerecht ist“.⁸⁾ „Gott, der die Quelle aller Verpflichtung im Gewissen ist, würde uns zugleich widersprechende Pflichten auferlegen und sich selbst widersprechen.“ (ebenda) Sofern das Recht nicht von dem ethischen Standpunkte, von dem Standpunkte des Seinsollenden ausgehe, sei es identisch mit Willkür und Gewalt.⁹⁾ „Den ersten Beweis für das Dasein des von uns behaupteten Naturrechts liefert uns der früher entwickelte Begriff des Rechts. Recht im objektiven Sinne sind Gesetze, welche sich auf das Verhalten der Menschen

¹⁾ Philosophie der Anpassung mit besonderer Berücksichtigung des Rechtes und des Staates, Jena 1903, aus der Sammlung „Natur und Staat“, Teil I, 2.

²⁾ a. a. O. S. 179 ff.

³⁾ S. 183.

⁴⁾ S. 190.

⁵⁾ a. a. O. S. 73 f.

⁶⁾ Recht, Naturrecht und positives Recht, Freiburg i. B. 1901, S. 177.

⁷⁾ a. a. O. S. 176 f.

⁸⁾ a. a. O. S. 175.

⁹⁾ a. a. O. S. 176.

zueinander innerhalb der Gesellschaft beziehen und vorschreiben, allen andern Gliedern der Gesellschaft und dieser selbst das Ihrige zu geben. Nun gibt es aber solche Gesetze, die von Natur aus gelten, unabhängig von menschlicher Satzung oder Vereinbarung, und die auch von allen Menschen in der Praxis als gültig anerkannt werden, weil sie die notwendige Voraussetzung jedes geordneten gesellschaftlichen Zusammenlebens und auch der positiven Gesetze bilden. Zu diesen Gesetzen gehören vor allem die beiden Grundsätze des natürlichen“ (!) „Sittengesetzes: „Du sollst jedem das Seinige geben!“ und „Du sollst andern kein Unrecht zufügen!“. Aus ihnen ergeben sich durch einleuchtende“ (!) „Schlußfolgerung andere Gebote der Rechtsordnung, z. B.: Du sollst nicht töten, du sollst nicht Ehebruch begehen, du sollst nicht stehlen, betrügen, falsches Zeugnis ablegen, du sollst der rechtmäßigen“ (!) „Obrigkeit gehorchen, die eingegangenen Verträge halten“. ¹⁾

Nach dem früher Gesagten erübrigt sich hier jede Kritik. Es sei nur darauf aufmerksam gemacht, daß es ganz folgerichtig ist, zu verlangen, daß die Rechtssätze mit den Sittengesetzen übereinstimmen, sobald man beiden die Funktion zudenkt, dem Endziel der Gesellschaft dienlich zu sein. Auch sei betont, daß mehr oder minder jede Rechtsdefinition in sich die Keime zu einem Naturrechte enthält.

Cathrein ist radikaler als *Stahl*, teilt aber im Großen und Ganzen dessen Gedankengang. Stahl²⁾ geht auch von einem Begriffe der menschlichen Gemeinschaft aus, welche die Aufgabe hat, die Weltordnung Gottes im Menschengeschlecht zu erhalten.³⁾ Das Recht ist dementsprechend eine sittliche Ordnung,⁴⁾ ein durch die Gemeintat erfülltes, objektives Ethos der Gemeinexistenz als solcher.⁵⁾ Nun bewirkt aber die von Gott dem Menschen verliehene Freiheit, daß diese zweite sittliche Ordnung, das Recht, gelöst ist von jener ursprünglichen göttlichen, von ihr abweichend,

¹⁾ a. a. O. S. 133.

²⁾ Die Philosophie des Rechts, Bd. II, 1856.

³⁾ S. 192.

⁴⁾ S. 194.

⁵⁾ S. 78 und 80.

ja oft ihr entgegengesetzt.¹⁾ *Stahl's* Philosophie ist eben eine solche „nach geschichtlicher Ansicht“.

Jellinek unterwirft das Recht einer doppelten Betrachtung: als Macht, als Seiendes müsse es kausal, als Seinsollendes aber müsse es teleologisch erfaßt werden.²⁾ „Die Idealtypen sind . . . im Grunde nicht Objekt des Wissens, sondern des Glaubens . . .“³⁾ Auf Grund der Erkenntnis des Zweckwandels der sozialen Institutionen⁴⁾ sieht *Jellinek* in allem Wollen „zugleich vernünftige und unvernünftige Naturkraft“.⁵⁾ Das schließt durchgängige teleologische Betrachtungsart aus.

Nur dem sozialen Gebiet, nicht aber jenem der Rechtswissenschaft gehört das Recht als „soziale Funktion“ an.⁶⁾ Selbst diese Verwendung des Funktionsbegriffes auf dem sozialen Gebiet ist nun bei *Jellinek* eine so vorsichtige, daß daraus keine Gefährdung für jene Denkojekte erwächst, welche diesem Funktionsbegriffe unterstellt werden. Man hat Gelegenheit, dies anlässlich der weitsichtigen Untersuchungen über die Beziehungen des Staates zu den übrigen sozialen Erscheinungen zu sehen.⁷⁾ So heißt es z. B.: „Daß . . . die Wirtschaft . . . die staatlichen Verhältnisse auf das tiefste beeinflußt, gehört heute zu den trivial gewordenen Wahrheiten, so daß wissenschaftliche Besonnenheit fast mehr auf die Einschränkungen als die Bestätigungen dieses Satzes hinzuweisen hat“.⁸⁾

Jellinek sieht im Staate eine wesentlich teleologische Einheit. Nicht ein Zweck, sondern „konstante, innerlich kohärente Zwecke“ einen die Vielheit der Menschen im Staate.⁹⁾ Nicht objektive Zwecke, sondern zeitlich bedingte subjektive Zwecke rechtfertigen den Staat.¹⁰⁾

¹⁾ S. 194.

²⁾ Allg. Stl. S. 20. Aehnlich grenzt *Löning* die Zweckauffassung ein. Ueber Wurzel und Wesen des Rechts, S. 10. Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 15. Juni 1907 in der Kollegienkirche zu Jena, Jena 1907.

³⁾ S. 34.

⁴⁾ S. 41 ff.

⁵⁾ S. 48.

⁶⁾ S. 49.

⁷⁾ S. 79 ff.

⁸⁾ S. 103.

⁹⁾ S. 171.

¹⁰⁾ S. 223 f.

Ueber die Zwecke des Rechtes spricht sich *Jellinek* folgendermaßen aus: „Unwidersprochen bestehen die Zwecke des Rechtes in dem Schutz und der Erhaltung (in engen Grenzen auch Förderung) menschlicher Güter oder Interessen durch menschliches Tun und Unterlassen“. ¹⁾ Damit ist freilich nicht viel gesagt, denn das Wichtigste wäre wohl zu erfahren, welche Güter oder Interessen geschützt werden, und in welcher Art dies geschieht, ²⁾ aber dafür widerspricht es auch nicht der Erfahrung, und dies umsoweniger als Ausnahmen, wie bei allen massenpsychologischen Feststellungen, ³⁾ zulässig sind. Zu erwähnen bleibt noch, daß nach *Jellinek* alles Recht das notwendige Merkmal der Gültigkeit hat. ⁴⁾

In seinen Untersuchungen über „die Rechtswidrigkeit“ ⁵⁾ geht *Hold von Ferneck* bei Herausstellung des Rechtsbegriffes in ähnlicher Weise vorsichtig vor wie *Jellinek*. Er sagt ⁶⁾: „Die Rechtswissenschaft hat weder nach dem letzten Zwecke des Rechtes zu fragen, noch etwa den „Rechtsgrund“ des Rechtes anzugeben, d. h. die Berechtigung auszuweisen, daß das Recht überhaupt existiert“. Beides komme auf dasselbe hinaus, und sei unpraktisch, denn das Recht sei insoferne eine „unwiderstehliche Naturmacht“, als man es nicht entfernen könne, obwohl es durch das Medium des Intellektes von Menschen hindurchgehe. ⁷⁾ Trotzdem dringt auch bei *Hold von Ferneck* ein Element des Gemeinschaftsbegriffes in das Recht ein, welches das Recht in seiner Selbständigkeit gefährdet:

Das Recht ist nach *Hold v. Ferneck* unbestritten ein soziales Produkt. ⁸⁾ „Soferne die Individuen . . als rechtschöpfende Faktoren erscheinen, sind sie nicht Individuen im Sinne isolierter Individuen, sondern als Angehörige einer höher organisierten Gruppe“. ⁹⁾

¹⁾ S. 325.

²⁾ Man vergl. *Löning*, a. a. O., S. 11: Das Recht ist „Herr über die verschiedenen Interessen“.

³⁾ S. 326.

⁴⁾ S. 325.

⁵⁾ Bd. I, Jena 1903.

⁶⁾ a. a. O. S. 30.

⁷⁾ S. 33.

⁸⁾ S. 11.

⁹⁾ S. 46 f.

Das Recht in seiner Totalität ist Schutz der Interessen der Gruppe.¹⁾ Darin, sowie in der Verwendung der Antithese „Form und Inhalt“ liegt eine Annäherung an *Stammler*. Durch die Betonung, daß das Recht eine objektive Macht sei, somit nur existiere, sofern ihm eine Realität zukomme, sofern es gelte und wirke, bleibt bei *Hold von Ferneck* dem Rechte die Positivität gewahrt.²⁾

In Widerspruch mit dem vollinhaltlich aufrechterhaltenen Erfordernis der Positivität des Rechtes nimmt auch *Regelsberger*³⁾ an, das Recht habe den Zweck der Erhaltung und Vervollkommnung der Gemeinschaft — *incolumis civium conjunctio* — und Endziel des Rechts sei die sittliche Vervollkommnung der Menschheit.⁴⁾

*Trendelenburg*⁵⁾ kommt von dem Standpunkte einer „immanenten Teleologie“⁶⁾ zu dem Ergebnisse, das Recht sei „im sittlichen Ganzen der Inbegriff derjenigen allgemeinen Bestimmungen des Handelns, durch welche es geschieht, daß das Ganze und seine Gliederung sich erhalten und weiterbilden kann.“⁷⁾

„Auf der Stufe des Organischen und Ethischen ist die letzte Betrachtung auf den inneren Zweck gerichtet, der das Wesen der Sache ausmacht, indem sie fragt, was das Ding will und soll.“⁸⁾ *Trendelenburg* gibt unversehens zu, daß diese Betrachtung zur Aufstellung eines Naturrechts führe. Sofern das Naturrecht dem positiven widerspreche, sei dies der Fehler im Naturrecht, im positiven Recht, oder in beiden. Ein solcher Zwiespalt sei aber ungefährlich, „denn das positive Recht hat die Macht für sich; es herrscht, es gilt.“⁹⁾ Das positive Recht betreffend bleibt also *Trendelenburg* bei der kausalen Betrachtung.

*Rümelin*¹⁰⁾ bringt das Recht in doppelte Verbindung mit der

¹⁾ S. 30.

²⁾ S. 11.

³⁾ Pandekten, in *Bindings Hdb. d. d. Rechtsw.*, Leipzig 1893. S. 59

⁴⁾ S. 61.

⁵⁾ Naturrecht, 2. Aufl., Leipzig 1868.

⁶⁾ S. 83.

⁷⁾ S. 83.

⁸⁾ S. 42.

⁹⁾ S. 2.

¹⁰⁾ Reden und Aufsätze, Freiburg i. B. 1875.

Gemeinschaft. Nach ihm erzeugt der Ordnungstrieb „die Idee des Guten mit der Unterscheidung einer subjektiven und einer sozialen Form, die Sittlichkeit und das Recht.“¹⁾ Es kann aber das Gute nur gedacht werden, „als das wahrhaft Zweckmäßige, mit dem Ganzen der menschlichen Lebenszwecke im Einklang Stehende“.²⁾ Diese Ausgangspunkte erklären, daß nach *Rümelin* Zweck und Ziel des Rechtes nur das „Wohl der Gesellschaft“ sein kann.³⁾ Freilich sagt *Rümelin* selbst, daß er nur die Rechtsidee, nicht aber das positive Recht untersuchen wolle.

*Richard Schmidt*⁴⁾ sieht in den Normen, Regeln oder Sätzen, die in ihrem Zusammenhang ineinandergreifend und sich ergänzend die Rechtsordnung, das Recht darstellen, „das Mittel, jedem einen Kreis des Genusses und der freien Bewegung im Privatleben wie im öffentlichen Leben offen zu lassen und hiedurch die Verteilung der Kulturgüter zu ermöglichen“.⁵⁾ Diese Aufstellung hängt innig mit dem Ausgangspunkte Schmidts zusammen, der Staat sei eine Zusammenfassung von Einzelkräften, ein Herrschaftsverhältnis unter der prinzipialen Tatsache der Tätigkeit für die Gesamtheit.⁶⁾ Schon hier spielt der Zweckbegriff eine sehr bedeutende Rolle, die mit Schmidts eigener Abweisung einer zweckbewußten Schaffung von Staat und Recht⁷⁾ nicht recht vereinbar erscheint. (Entelechie!?)

Ein Uebergreifen des Zweckbegriffes und des Gemeinschaftsbegriffes findet sich besonders noch in folgendem Satze Schmidts: „Der gerechte Rechtssatz ist . . . der für alle beteiligten Zwecke passende oder gemäße; gerecht und zweckmäßig ist dasselbe“.⁸⁾

Auch *Grueber* unterstellt das Recht den „Zwecken der Gemeinschaft“.⁹⁾

¹⁾ S. 70.

²⁾ S. 79.

³⁾ Reden und Aufsätze, Neue Folge, Freiburg i. B. 1881.

⁴⁾ Allgemeine Staatslehre, aus Hand und Lehrbuch der Staatswissenschaften von Heckel, Leipzig 1901, 1903.

⁵⁾ a. a. O., Bd. I, S. 167.

⁶⁾ a. a. O., Bd. II, S. 9.

⁷⁾ Bd. I, S. 168.

⁸⁾ Bd. I, S. 179 Anm. 1.

⁹⁾ Einführung in die Rechtswissenschaft, Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Birkmeyer, 2. Aufl., Berlin 1904, S. 14.

Zur Deckung von Unklarheiten in den Verhältnissen der verschiedensten Begriffe, insbesondere aber der Begriffe Recht und Wirtschaft werden vielfach die Worte Form und Inhalt herangezogen. Das Recht verhalte sich zur Wirtschaft wie die Form zum Inhalt.¹⁾ Die Antithese Form-Inhalt betreffend sagt *Hold von Ferneck*²⁾: „Die Behandlung dieser Antithese und das Arbeiten auf ihrer Grundlage ergibt ähnliche Schwierigkeiten, wie die Gegenüberstellung des subjektiven und des objektiven Momentes, die auch in den verschiedensten Bedeutungen erfolgen kann, so daß der einen Betrachtung als subjektiv erscheint, was sich unter einem andern Gesichtswinkel besehen, als objektiv darstellt. Die Besprechung der Probleme wird durch die verwirrende Terminologie wesentlich erschwert“. Es soll hier nicht aufgezeigt werden, wie vielerlei verschiedene Bedeutungen die Worte Form und Inhalt zu tragen gezwungen wurden, es werden vielmehr einige Zitate aus den Schriften *Stammlers* und *Berolzheimers* nur zu dem Zwecke verwendet werden, zu zeigen, daß die Antithese Form und Inhalt über das gegenseitige Verhältnis von Recht und Wirtschaft überhaupt nichts aussagt, da das Verhältnis von der Form zum Inhalte selbst völlig unklar ist.

Berolzheimer beschreibt das als das Verhältnis von Form zu Inhalt charakterisierte Verhältnis von Recht und Wirtschaft folgendermaßen³⁾: „Regelmäßig“ (!) „wirkt die Wirtschaftsänderung parallele Rechtsänderung, namentlich“ (!) „dann, wenn jene eine gesunde ist. Bisweilen wird die überwuchernde, kraftzerstörende Wirtschaftsbewegung durch das Recht als hemmenden Faktor retardiert. Das Recht, nämlich die betätigte Rechtsänderung wirkt ihrerseits auf die Wirtschaftsverhältnisse ein“. „Wirtschaft und Recht verhalten sich wie ein elastischer Körper mit einer elastischen Decke,“ (Elastisch kann wohl nur ein Körper, nie aber eine Form sein!) „die beide verschiedenen Spannungs- und Ausdehnungsgesetzen unterliegen, aber doch jeweils eins bleiben müssen“. „Nur bisweilen sprengt der Inhalt die Decke“.

Nach *Stammler* ist „soziales Leben“ „äußerlich geregeltes

¹⁾ Stammler, Syst. Rechtsw., S. XXX, Berolzheimer, Syst., Bd. I, S. VII.

²⁾ a. a. O. S. 20.

³⁾ Syst., Bd. II, S. 31.

Zusammenwirken von Menschen“.¹⁾ Das Zusammenwirken ist die verbundene Arbeit mehrerer Personen, um bestimmte Bedürfnisse zu befriedigen, ist die Wirtschaft, ist der Stoff des sozialen Lebens.²⁾

Das Recht ist die äußere Regelung der sozialen Wirtschaft,³⁾ ist die Form des sozialen Lebens.⁴⁾

Die Form eines Begriffes ist die Einheit seiner bleibenden und bestimmenden Gedankenelemente.⁵⁾

Die Form verhält sich also bestimmend zum Inhalte, das Recht bestimmend zur Wirtschaft. In gerade entgegengesetzter Richtung geht aber *Stammler* bei Herausstellung des richtigen Rechtes vor. Dem Ideal der menschlichen Wirtschaft entnimmt er das Ideal des Rechtes. Das Verhältnis der Form zum Inhalte ist also auch bei ihm das einer ganz unregelten Wechselwirkung. *Berolzheimer* nennt es ein Reziprozitätsverhältnis.⁶⁾

Wird von A ausgesagt, es sei die Form zu B, so enthält diese Aussage in der Tat nichts anderes, als daß A und B zusammengehören, „denn die Form ist nichts, als das Dasein des Wesens“.⁷⁾ Das Recht wäre nur dann die Form der Wirtschaft, wenn es keine Tatsache der Wirtschaft gäbe, die nicht die Form des Rechtes hätte, und wenn es keinen Bestandteil des Rechtes gäbe, der nicht nur wirtschaftlichen Inhalt hätte. Dies wäre meines Erachtens nur richtig, wenn man Wirtschaft gleich setzen würde mit Inhalt des Rechtes. Dann ist freilich mit dem Ausspruche auch nichts gewonnen. Die Aufteilung eines Ganzen in Form und Stoff gibt aber an sich nicht nur keinerlei feste Grenzen,⁸⁾ sondern sagt auch über das Verhältnis der beiden Teile gar nichts aus. Man kann weder mit *Hold von Ferneck*⁹⁾ sagen, daß die Form durch den Stoff bestimmt werde, weil es

¹⁾ Syst. RW., S. XXVIII.

²⁾ Wirtschaft und Recht, S. 132, 135.

³⁾ W. u. R., S. 153.

⁴⁾ Syst. RW., S. XXX.

⁵⁾ W. u. R., S. 119.

⁶⁾ a. a. O., Bd. III, S. 158.

⁷⁾ Kierulff, a. a. O., S. 9.

⁸⁾ Breysig, Die Völker ewiger Urzeit, Berlin 1907, S. 172.

⁹⁾ a. a. O., S. 20.

keinen eckigen Wassertropfen gäbe, (nicht „Wassertropfen ist der Stoff, sondern Wasser, das einer eckigen Form bekanntlich keinerlei Widerstand entgegensetzt) noch kann man sagen, daß die Form den Stoff bestimme, (Goldkugel!) denn gerade die Selbständigkeit und gegenseitige Unabhängigkeit von Form und Stoff begründet die gesonderte Betrachtung, die Teilung (Geometrie, Chemie). Die Antithese Form-Stoff erscheint also an und für sich als inhaltslos.¹⁾

II. Das Recht stammt aus Menschen und ist da schon der inneren Erfahrung zugänglich.

Ueber die Abstammung des Rechtes scheint mir nicht mehr mit Sicherheit behauptet werden zu können, als daß es aus Menschen herrühre. Auf die Unmöglichkeit einer Verständigung betreffend die Feststellung des Ursprunges des Rechtes macht *Gierke* aufmerksam.²⁾ Diese Unmöglichkeit der Verständigung und der Mangel eines diesbezüglichen Bedürfnisses der Juristen veranlaßten die Beschränkung des Textes auf dasjenige, was allgemein zugegeben ist. Ein Hinausgehen der Schriftsteller über diese Aufstellung findet sich in zwei Beziehungen. Es wurde angenommen, daß das Recht in letzter Linie außermenschlichen — göttlichen — Ursprunges sei, oder die Vorstellung der Rechtsquelle wurde mit genauer umschriebenen Teilen menschlicher Aktivität verbunden. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der betreffenden Annahmen soll hier nicht geprüft werden; es soll vielmehr unter Zugrundelegung einiger Beispiele nur darauf hingewiesen werden, daß der Begriff des positiven Rechts durch derlei Annahmen vielfach in Frage gestellt wird.

Wird in einen Begriff das Merkmal der Abstammung des betreffenden Denkobjektes aufgenommen, so ist damit gesagt, daß unter den Begriff nur Dinge fallen können, deren angegebene Abstammung feststeht. Von einem Entenei kann man nie sagen, daß es ein Hühnerei sei.

Die Angabe der Abstammung kann aber noch in einer zweiten Beziehung wichtig werden: Ist z. B. der Obersatz gegeben: Auf alles, was bewußter menschlicher Aktivität entspringt, wendet

¹⁾ Man vergl. Bierling, a. a. O., Rede, Bd. I, S. 193.

²⁾ Naturrecht und Deutsches Recht, Rede, Frankfurt a. M. 1883, S. 4.

man den Zweckbegriff an, so wird durch den Untersatz: Das Recht entspringt solcher Aktivität, das Recht der Anwendung des Zweckbegriffes unterworfen.

Von denjenigen Schriftstellern, welche das Recht letzten Endes aus Gott herleiten, seien nur *Stahl* und *Cathrein* genannt. Eine Folge dieser Herleitung wäre es, daß man nur dasjenige „Recht“ nennen könnte, dessen göttlicher Ursprung erwiesen wäre.

Stahl beseitigt diese Konsequenz ausdrücklich dadurch, daß er durch die menschliche Freiheit so viel in das Recht einfließen läßt, was nicht aus Gott stammt, daß das Recht der göttlichen Ordnung sogar widersprechen kann.¹⁾ Die Abstammung aus Gott wird dadurch für das Recht selbst ganz unwesentlich.

Bei Cathrein²⁾ muß zwischen den durch Gott in die Herzen der Menschen gepflanzten Pflichten und anderen als Pflicht empfundenen seelischen Tatbeständen unterschieden werden. Nur ein Teil der ersteren schafft die Rechtsordnung — die Cathreinsche Naturrechtsordnung. Ein Satz ist also nur dann Rechtsatz, wenn er erwiesenermaßen auf einer von Gott in die Herzen der Menschen gepflanzten Pflicht beruht. Das muß natürlich bei der Interpretation berücksichtigt werden.

Der Behauptung eines göttlichen Ursprunges am nächsten stehen diejenigen Juristen, die das Recht aus dem Volksgeiste herleiten.

Die historische Rechtsschule, welche ursprünglich darauf ausging, die historische Erfahrung an die Stelle der Vernunft-erkenntnis a priori zu setzen,³⁾ hat seit *Savigny* den Volksgeist für die einzige Rechtsquelle erklärt. Auch jene neueren Juristen, welche die Anerkennung des Rechtes seitens der Rechtsuntertanen für notwendig halten, entfernen sich nicht weit von dieser Annahme, welche der historischen Rechtsschule das Prädikat einer romantischen eingetragen hat.

Die Gefahr, welche darin liegt, das Recht aus der Volksüberzeugung herzuleiten, hat schon *Bruns*⁴⁾ besprochen, so daß

¹⁾ Man vergl. S. 33 f.

²⁾ Man vergl. S. 32 f.

³⁾ Landsberg: Kant und Hugo, in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 28, S. 673.

⁴⁾ In der 3. Aufl. der Encyclopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff, S. 342, zit. von Geyer-Merkel in der 4. Aufl. dieser Encyclopädie, S. 82.

hier nur seine Worte wiederholt zu werden brauchen: „(Die seit *Savigny* herrschende Lehre von der Entstehung des Rechts) stellt nur das normale Verhältnis auf und verallgemeinert dieses, verleugnet aber, daß es auch abnorme Verhältnisse geben kann, wo der Gesetzgeber nicht Kind und Träger des Volksgeistes ist, vielmehr als Eroberer und Usurpator auch Gesetze geben kann, die im schreiendsten Widerspruche mit dem Volksgeiste und seinem Rechtsbewußtsein stehen. Dieses dann auch auf die Rechtsüberzeugung des Volkes zurückzuführen, weil es duldend das fremde Recht in sich aufnehme, ist eine leere und unwürdige Sophisterei.“ Es „müßte neben dem Gesetze eine Untersuchung über seine Uebereinstimmung mit dem Rechtsbewußtsein zulässig sein, was natürlich keine Rechtstheorie zulassen kann.“¹⁾

Die Aufstellung eines Juristenrechtes im Sinne *Beselers*, derzufolge man an zwei verschiedene Rechtssysteme glauben könnte, ferner der eifrige Kampf gegen die modernen Gesetzgebungswerke sind zwei unliebsame Folgen der Auffassung des Rechtes als Produkt einer Volksüberzeugung. Daß diese Auffassung sich selbst nicht in der Theorie des Gewohnheitsrechtes halten ließ, zeigt die bezügliche Literatur.²⁾

„Vor der Zeit der historischen Rechtsschule nahm man an, das Recht entstehe durch die bewußte menschliche Tat der Gesetzgebung.“³⁾ Diese Auffassung verführt leicht dazu, das ganze Recht nur mehr auf seinen Zweck hin zu untersuchen, und zwar natürlich auf seinen außerempirischen Zweck hin. Hiebei wird nun wieder der Boden wissenschaftlicher Untersuchung überschritten, und die Möglichkeit einer Verständigung ausgeschlossen.⁴⁾ So kam

¹⁾ Aehnlich Franz Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, Cassel 1872, S. 73: „Der ganze Vorteil, den Gesetze geben sollen, die bezweckte Schaffung eines sicheren, äußerlich erkennbaren Rechts würde völlig vereitelt werden, wenn eine damit übereinstimmende gemeinsame Rechtsüberzeugung Voraussetzung seiner Geltung wäre.“

²⁾ Verarbeitet bei Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 66, 1883, Nr. 13; Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, Cassel 1877; Saleilles, Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts, übers. v. Leonhard, Breslau 1905.

³⁾ Sturm, a. a. O., S. 2.

⁴⁾ Man vergl. Gierke, Naturr. u. Deutsches Recht, S. 4.

es denn auch zu geschlossenen aprioristischen Rechtssystemen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden kann.¹⁾

Von den heutigen vernunftrechtlichen Strömungen, welche sich von den damaligen wohl nur dadurch unterscheiden, daß sie mehr oder weniger auf die rein empirische Tatsache des Wechsels der Rechtsordnungen Rücksicht nehmen, wird noch öfter die Rede sein.

Aus den zahllosen Ansichten, welche zwischen diesen beiden Extremen mitten inne stehen, seien nur beispielsweise einige herausgegriffen. *Richard Schmidt*²⁾ behauptet, daß das Recht als Ganzes ein Teil der Volksmoral und Volkssitte sei. Die daraus eventuell zu ziehende Konsequenz, nur was Volksmoral oder Volkssitte sei, könne Recht sein, wendet Schmidt dadurch ab, daß er seine Aufstellung auf die Durchschnitterscheinung der Rechtssätze beschränkt.

*Kierulff*³⁾ sagt: „Das wirkliche Recht ist der natürlich wirkliche Wille des Staates.“

Hold von Ferneck läßt das Recht wohl in den Individuen entstehen, aber nur in den Individuen, als Gruppenangehörigen. Dadurch wird wohl die Willkür von der Rechtsbildung ausgeschlossen, welche Konsequenz der *Stammler*'schen Unterscheidung von Recht und Willkür⁴⁾, selbst *Dohna*⁵⁾ ablehnt.

Ganz im allgemeinen spricht *Gierke*⁶⁾ die Notwendigkeit einer Vereinigung der Grundideen der historischen Rechtsschule und der naturrechtlichen Lehren aus: „Es gilt die äußere Er-

¹⁾ Das Wesen des Naturrechtes kennzeichnet Lask, Rechtsphilosophie in „die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts“, Festschrift für Kuno Fischer, herausgeg. v. Windelband, Bd. II, Heidelberg 1905, S. 5, sehr gut in den Worten: Jedes Naturrecht „hypostasiert Rechtswerte zu Rechtswirklichkeiten“. (Ganz ähnlich Bergbohm, a. a. O., S. 140 verbo „Maßgebendes“.)

²⁾ a. a. O., Bd. I, S. 170.

³⁾ a. a. O., S. 1.

⁴⁾ Syst. Rechtsw. S. XXV ff.

⁵⁾ Die Rechtswidrigkeit, als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, Halle a. S. 1905, S. 54.

⁶⁾ Johannes Althusius, und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1902, S. 366.

fahrung, daß alles geltende Recht positiv ist, und die innere Erfahrung, daß die lebendige Kraft des Rechtes aus der mit dem Menschen geborenen Rechtsidee stammt, zu einer einheitlichen Grundauffassung vom Wesen des Rechts zu verbinden.“ Die Verbindung dieser Ideen geschieht heute wohl allgemein. In die Herkunft des Rechtes braucht aber diese Verbindung nicht verlegt zu werden. Für die heutige Theorie insbesondere wichtig ist die Frage nach der Abstammung des Rechtes wegen der leicht damit in Verbindung tretenden Frage nach der Zulässigkeit durchgängiger teleologischer Auffassung. Bei bewußter menschlicher Arbeit ist die Frage nach dem Zwecke nicht mehr auszuschließen. Die Frage nach dem ersten Zwecke drängt aber über sich selbst hinaus bis zu den letzten Zwecken und wirkt von da aus oft zerstörend in die kausale Erkenntnis zurück. Bedenkt man, wie leicht der Mensch geneigt ist, dasjenige, was seinen Wertungen nicht entspricht, zwecklos zu nennen, so wird man auf die Gefahr aufmerksam, welche darin liegt, nur in etwas Zweckvollem „Recht“ zu sehen. Die besonders von *Jellinek* betonte Erfahrung des Zweckwandels¹⁾ sozialer Institutionen und das *Wundt'sche* Gesetz der Heterogonie der Zwecke sind wohl dazu angetan, der einseitigen Zweckbetrachtung den Weg zu vertreten, und darzutun, daß mit der Tatsache bewußter Tätigkeit noch lange nicht die Möglichkeit gegeben ist, das Produkt dieser Tätigkeit teleologisch voll zu erfassen. Nur als Entelechie, also mit dem nötigen Glauben an eine vernunftgemäße Welteinrichtung verbunden, kann da der Zweckbegriff wieder allmächtig werden. Als Beispiel hierfür gelte der interessante Satz: „In der Kunst, die unbewußte Gesetzgebungsweisheit des Gewohnheitsrechtes in die Form bewußter Gedankenreihen umzuprägen, müssen wir die Hauptaufgabe der Rechtswissenschaft sehen.“²⁾

Die wohl modernste Theorie der Entstehung des Gewohn-

¹⁾ Allg. Stl., S. 43 ff.

²⁾ v. Petrážický, Die Lehre vom Einkommen, Bd. I, Berlin 1893, S. 343 unter Citierung von Leonhard, Zeitschrift für Rechtsgeschichte B 14 rom. Abt. Kritik von Petrážickýs Fruchtverteilung.

heitsrechtes faßt *Salleilles*¹⁾ in ausdrücklicher Anlehnung an *Lambert*²⁾ in folgende Sätze³⁾: Man muß „ohne . . . die schwerwiegende Bedeutung dessen, was man das gesamte Volksbewußtsein nennt, zu verkennen, davon überzeugt sein, daß in der Regel dieses Gesamtbewußtsein nicht am Anfange der Entwicklung des Gewohnheitsrechtes steht, sondern vielmehr ihr Endergebnis ist.“ „Alles wird von dem Einzelnen angeregt; sodann verbreitet es sich teils von Seiten einer Autorität oder so, daß einer auf den anderen einen Einfluß ausübt, teils durch Nachahmung.“ Hier hat der Zweckbegriff nicht viel Platz.

In einer trefflichen *petitio principii* schränkt auch *Kierulff*⁴⁾ die Anwendung des Zweckbegriffes ein: „Jede wirkliche Rechtsproduktion, jedes neue Recht setzt voraus einen fühlbaren Mangel im Rechtszustand, ein wirkliches Nichtrecht (daß ein im Staat gelten sollendes Recht dem gefühlten Bedürfnis nicht entspricht).“

Auf dem auch heute oft eingenommenen Standpunkte „immanenter Teleologie“ weiß *Trendelenburg*⁵⁾, dem Zweckbegriff im Rechte eine Stelle zu verschaffen: „Wenn man den psychologischen Weg darum für vergeblich erklärt, weil aus dem Seienden kein Sollen folgen könne, sokennt man die Grenzen des Einwurfs, der nur auf der Stufe des Mathematischen und Physikalischen, nur auf dem Gebiet der wirkenden Ursachen gelten würde. Auf der Stufe des Organischen und Ethischen ist die letzte Betrachtung auf den inneren“ (!) „Zweck gerichtet, der das Wesen der Sache ausmacht, indem sie fragt, was das Ding will und soll.“

Auf einem ganz ähnlichen Standpunkt, der *Trendelenburg* zu einem *Naturrechte* führte, steht *Gierke*, der das Recht aus dem *Rechtstrieb* ableitet⁶⁾: „Der Rechtstrieb zielt auf die Verwirklichung einer einfachen und nicht weiter zerlegbaren Idee des Menschen-

¹⁾ Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts, übersetzt von Leonhard, Breslau 1905.

²⁾ *La Fonction du droit civil comparé*, Paris 1908.

³⁾ S. 66, 67.

⁴⁾ a. a. O. S. 2.

⁵⁾ a. a. O. S. 42.

⁶⁾ Deutsches Privatrecht. In „Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft“, herausgeg. von Binding, Abt. II, Teil III, Bd. I, Leipzig 1895, S. 120.

geistes: der Idee des Gerechten.“ Freilich bevorzugt Gierke doch die kausale Betrachtung des Rechtes, denn er sieht es nicht bloß als Mittel zum Zweck an. So gut es eine schöne und unschöne Kunst, wahre und unwahre Wissenschaft gäbe, so gut gäbe es auch gerechtes und ungerechtes Recht; das Gerechte sei ein unerreichtes Ideal.

III. Das Recht bezieht sich auf die Aktivität der Menschen, kann dieselbe aber schon in einem Vorstadium treffen.

Seit dem 18. Jahrhundert wurde durch lange Zeit von den Juristen angenommen, daß es das Recht nur mit äußeren Handlungen zu tun habe, die Moral aber mit der Gesinnung.¹⁾

In dieser Gegensätzlichkeit wird diese Auffassung nicht mehr allgemein vertreten. Es herrscht wohl vollkommenes Einverständnis darüber, daß vom Recht die Gesinnung nur als Handlungsdisposition berücksichtigt werde, daß eine als unproduktiv gedachte Gesinnung für das Recht keinen Anknüpfungspunkt biete. Was aber insbesondere die Scheidung von Moral und Recht an der Hand dieses Merkmals betrifft, ist man sehr skeptisch geworden.

„Die Unterscheidung von Innerem und Aeüßerem scheint zwar leicht zu sein, aber sie reicht doch nicht weit, wenn z. B. *Kant* das Rechtsgesetz so formuliert: Handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne; denn das Aeüßere, das aus dem Inneren hervorgeht, wird nur dann in Wahrheit diesem Allgemeinen entsprechen, wenn auch das Innere, die Gesinnung, mit ihm übereinstimmt.“²⁾ „. . . die Rechtsbestimmungen sind nicht Bestimmungen des Willens als solchen, was dem inneren Gebiet, der Ethik, der Gesinnung, anheimfallen würde.“³⁾ „Ich halte den oft gemachten Unterschied zwischen Sitten- und Rechtsgesetz für im Ganzen zutreffend, wenn auch nicht erschöpfend, daß das Sittengesetz sich in erster Linie an die Gesinnung des Menschen wendet, während das Rechtsgesetz

¹⁾ Trendelenburg, a. a. O., S. 17.

²⁾ Trendelenburg, a. a. O., S. 18.

³⁾ Trendelenburg, a. a. O., S. 84.

vor allem die in die Außenwelt hinaustretenden Handlungen der Menschen berücksichtigt.“¹⁾ „Denn das Recht erfaßt weder die Innerlichkeit des Menschen allein, noch die äußere Sphäre allein, sondern es wirkt durch die Innerlichkeit als Motiv auf die äußere Betätigung.“²⁾ „Der Berechtigte kann . . . nur ein Recht darauf haben, daß andere Menschen handeln oder unterlassen.“³⁾

Den Gegenstand des Rechts sehen im äußeren, praktischen Handeln z. B. die nachfolgenden Juristen: Thöl⁴⁾, Stahl⁵⁾, Ihering⁶⁾, Rümelin⁷⁾, Brodmann⁸⁾, Bergbohm⁹⁾, Bierling¹⁰⁾, Thon¹¹⁾, Merkel¹²⁾, Gareis¹³⁾, Loening¹⁴⁾, Gierke¹⁵⁾, Jellinek¹⁶⁾, Stammler¹⁷⁾, Brütt¹⁸⁾, M. E. Mayer¹⁹⁾, Max Salomon²⁰⁾, Lask²¹⁾.

Wie sehr das Recht die Innerlichkeit des Menschen in seinen Bereich zieht, zeigt unter den neueren Rechtsbildungen (richtiger: den neu wiedererstandenen Rechtsbildungen) vor allem das Institut der Rehabilitation. Rehabilitation ist „die nach Vollzug der Strafe auf Grund von Wohlverhalten erfolgende Aufhebung des in der Verurteilung liegenden Makels.“ „Es genügt nicht ein „Lebenswandel ohne Rechtsverletzung“. Es muß „positiv die

¹⁾ Zitelmann, Gewohnheitsr. u. Irrtum, S. 453.

²⁾ Hold von Ferneck, a. a. O., S. 277.

³⁾ Hold von Ferneck, a. a. O., S. 126.

⁴⁾ Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851, S. 91.

⁵⁾ a. a. O., Bd. II, S. 197.

⁶⁾ Der Zweck im Recht, 4. Aufl., Leipzig 1905, Bd. I, S. 257.

⁷⁾ a. a. O., Bd. I, S. 74.

⁸⁾ Vom Stoffe des Rechts und seiner Structur, Berlin 1897, S. 14.

⁹⁾ a. a. O., S. 360.

¹⁰⁾ a. a. O., Bd. I, S. 87.

¹¹⁾ Rechtsnorm u. subjektives Recht, S. 69.

¹²⁾ Holtzendorffs Enc., 5. Aufl., S. 7.

¹³⁾ Allgemeines Staatsrecht, Freiburg i. B. 1887, S. 6.

¹⁴⁾ Ueber Wurzel und Wesen des Rechtes, Jena 1907, S. 20.

¹⁵⁾ Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 115.

¹⁶⁾ Allg. Stl., S. 325.

¹⁷⁾ Syst. Rechtsw., S. XXIX.

¹⁸⁾ Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907, S. 18.

¹⁹⁾ a. a. O., S. 16.

²⁰⁾ Das Problem der Rechtsbegriffe, Heidelberg 1907, S. 40.

²¹⁾ Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts, herausgg. v. Windelband, Bd. II, Heidelberg 1905, S. 13.

Besserung erwiesen werden.“¹⁾ So intern aber auch der Rechtstitel der Rehabilitation ist, auch seine Bedeutung besteht nur in der ihm innewohnenden potentiellen Energie. Nur „ein solcher Beweis von positiver Besserung vermag auch für die Zukunft Sicherheit zu bieten.“²⁾

In seiner „Symptomatischen Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens“³⁾ geht *Tesar* in seinem Subjektivismus so weit, in der Gesinnung an sich einen möglichen Angriffspunkt für rechtliche Vergeltung zu finden.⁴⁾ Aber selbst das Kirchenrecht geht nicht so weit:

„. . . schon im vierten Jahrhundert wird ausdrücklich anerkannt, daß die Gedankensünde rechtlich nicht strafbar ist, also der Grundsatz aufgestellt, daß zum Begriffe des kirchlichen Strafvergehens nicht der sünd- oder schuldhafte Wille als solcher genügt, sondern erst der in die Außenwelt hervorgetretene Wille den Begriff erfüllt.“⁵⁾

IV. Das Recht existiert bloß, sofern es „gilt.“

Dasjenige empirische Phänomen, von dem aus die weiteren Begriffsmerkmale des Rechtes festgestellt werden, ist seine Geltung. Unter der Voraussetzung der Konstanz und Notwendigkeit der empirischen Eigenschaft unbedingter Geltung des Rechtes wird der Rechtsbegriff aufgestellt. Entspricht eine deduktive Entwicklung des Begriffsinhaltes widerspruchsfrei den empirischen Tatsachen, so leistet der Begriff dasjenige, was man von ihm verlangen kann. An die Stelle unsicheren und zerstreuten Wissens setzt er geordnete Kenntnis.

Die Geltung des Rechtes ist ein in fast alle Rechtsdefinitionen aufgenommenes Merkmal.⁶⁾

¹⁾ Delaquis, Die Rehabilitation im Strafrecht, Berlin 1907, S. 102.

²⁾ Delaquis, a. a. O., S. 102.

³⁾ Berlin 1907.

⁴⁾ Man vergleiche hierüber und dagegen meine Besprechung des Buches in H. Groß Archiv 29 Bd. 1908, S. 321 f.

⁵⁾ Hinschius Kirchenrecht, Bd. IV, Berlin 1888, S. 744, 745. Man vergl. auch ebenda S. 828.

⁶⁾ Hierüber: Max Salomon, Das Problem der Rechtsbegriffe, Heidelberg 1907, S. 39. Bergbohm, a. a. O., S. 360, spricht diesbezüglich von einer „stillschweigenden Einigkeit unter allen Juristen und Rechtsphilosophen.“

Wer nicht von der Tatsache der Geltung des Rechtes ausgeht, kann natürlich nie zur Aufstellung eines Begriffes vom positiven Rechte gelangen. Es wird aber Wunder nehmen, warum er sich mit dem Rechte überhaupt eingehender beschäftigt, denn, nimmt er ihm die Eigenschaft für menschliches Handeln maßgebend zu sein, so bleibt nichts anderes übrig als ein Geistesprodukt, das bestenfalls einer Utopie gleicht. Die Existenz einer Rechtswissenschaft einerseits, die peinliche Struktur und Ausführung des Rechtsbaues anderseits bleiben unerklärlich. Da es zu Entwicklungen des Rechtsbegriffes, welche nicht von der Tatsache der Geltung des Rechtes ausgehen, wohl kaum mehr kommt, so scheint ein näheres Eingehen auf diesen Standpunkt hier überflüssig.

Ziemlich häufig gehen die Rechtsdefinitionen wohl von der Tatsache der Geltung aus, setzen sich aber doch in ihrem Ausbau mit dieser Geltung in Widerspruch, wofür das öfter zitierte Werk Bergbohms einen glänzenden Beweis schafft, und worauf im Bisherigen schon öfter hingewiesen wurde. Auch im Folgenden werden noch öfter Widersprüche aufzudecken sein, die zwischen dem geltenden Rechte und der konsequenten Durchdenkung von angeblichen Definitionen des positiven Rechtes bestehen.

Der nächste Gegenstand der Ausführungen ist die Aufdeckung des Wesens der Geltung des Rechtes. Das Recht, das sich auf die Aktivität von Menschen bezieht, ist nur in dieser Aktivität existent. Um aber von dieser Aktivität überhaupt sprechen zu können, muß ihr Sinn gehoben sein. Die Art menschlichen Handelns bringt es bald mit sich, daß der Sinn der Aktivität dieser selbst als Grund vorhergeht. Wenn also ursprünglich der Sinn noch in der Handlung förmlich verborgen liegt, (man könnte hier von einem Rechte sprechen, dessen sich die Rechtsgenossen noch nicht bewußt geworden sind) wird später der Sinn der Handlung selbständig als solcher feststellbar und festgestellt, die Handlung aber richtet sich nach ihm. Mit dieser Verselbstständigung des Sinnes geht es Hand in Hand, daß der Sinn auch nur mehr als solcher existent sein kann, ohne daß sich eine Handlung nach ihm richtet. Sieht man das Recht in den Geschehnissen, welche der äußeren Erfahrung zugänglich sind, so kann man von einem nicht verwirklichten — nicht geltenden

Rechte nicht sprechen. Manche Autoren identifizieren daher ganz richtig das „geltende Recht“ mit existentem Recht¹⁾ und behaupten, daß der Ausdruck „geltendes Recht“ das Merkmal der Geltung doppelt enthalte.²⁾

Will man aber den allfälligen Sinn von menschlichen Handlungen schon mit dem Worte Recht bekleiden, dann kann man den Begriff eines Rechtes aufstellen, das gilt, und den eines Rechtes, das nicht gilt. Geltendes Recht liegt dann vor, wenn die Aktivität der Menschen dem Rechte (sc. dem Sinne des Rechtes) entspricht. Die Aufstellung eines Begriffes, der alle Merkmale des Rechtes mit Ausnahme der Geltung enthält, hat ohne Zweifel bedeutenden Wert, was sich im Verlaufe dieser Ausführungen noch zeigen wird. Aus dem Grunde bequemerer und hergebrachter Terminologie soll im Folgenden von den Ausdrücken „geltendes Recht“ und „nicht geltendes Recht“ Gebrauch gemacht werden.

Geltendes Recht ist nach dem Bisherigen jenes, das sich in den Handlungen der Menschen verwirklicht. Das Recht besteht aus einer großen Anzahl von Regeln für die Angliederung von Rechtsfolgen an bestimmte Tatbestände.³⁾ Wenn man als Ausgangspunkt der Betrachtung eine Rechtsregel annimmt, die an den Tatbestand A die Rechtsfolge B knüpft, so gilt diese Rechtsregel dann, wenn nach Eintritt des Tatbestandes A die Rechtsfolge B verwirklicht wurde.⁴⁾ Sie gilt aber nicht nur in diesem Falle. Das Recht sorgt meist selbst für jene Fälle, in denen eines seiner Gebote nicht befolgt wurde, und es stellt für diese Fälle (z. B. den Tatbestand C: Nichteintritt der Rechtsfolge B trotz Existenz des Tatbestandes A) besondere Rechtsfolgen auf (Rechtsfolge D). Werden diese sekundären Rechtsregeln verwirklicht, so liegt in dieser Verwirklichung gleichzeitig die Geltung der primären Regel. In ähnlicher Weise könnte von tertiären, quaternären etc. Regeln gesprochen werden, wenn hiebei an das

¹⁾ Bierling, a. a. O., Bd. II, S. 191.

²⁾ Bergbohm, a. a. O., S. 109, Anm. 51, spricht von einem „Pleonasmus.“ Kierulff, a. a. O., S. 3, identifiziert „wirkliches“ und positives Recht.

³⁾ Hierüber vergl. man S. 85.

⁴⁾ Man vergl. Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, S. 449.

eben angedeutete gegenseitige Verhältnis von Rechtsregeln gedacht würde, dem zufolge bei Nichtbefolgung einer Rechtsregel eine zweite, dritte, vierte etc.¹⁾ solche Regel zu unmittelbarer Geltung kommen soll. Solange sich an den primären Tatbestand A irgend eine Rechtsfolge anreihet, sei es auch nicht die Rechtsfolge der primären, sondern jene einer sekundären, tertiären, quaternären etc. Rechtsregel, gilt auch die primäre Regel. Ihre Geltung hört erst dann auf, wenn sich an ihren Tatbestand keinerlei Rechtsfolge anreihet.²⁾

(Der Verzicht auf das Eintreten einer Rechtsfolge seitens des Berechtigten ist natürlich selbst eine Rechtsfolge. Die äußere Möglichkeit des Eintrittes einer Rechtsfolge muß als Voraussetzung für die Prüfung der Geltung jeder Rechtsnorm angenommen werden.)

Die Geltung des Rechtes als ein empirisches Faktum ist nur für die Vergangenheit feststellbar. Die Geltung des Rechtes als außerempirisches Begriffsmerkmal reicht aber von dieser Feststellung aus in die Zukunft hinein. Ist der Begriff einer rechtlich geltenden Ordnung „einmal erzeugt, so wird er nun auch weitergeführt: die Geltung des Satzes wird . . . als unabhängig gedacht von seinem tatsächlichen Angewendetsein.“³⁾

Der Grund der Geltung des Rechtes ist für die Konstatierung der Tatsache der Geltung völlig gleichgültig. Auf ihn ist daher dort nicht weiter einzugehen, wo es nur darauf ankommt, die Geltung als Begriffsmerkmal aufzuweisen. Immerhin sei betont, daß man bei der Annahme eines Grundes der Geltung vorsichtig zu Werke gehen muß, falls man nicht mit den Tatsachen in Widerspruch kommen will. Wird, wie heute so häufig, die Anerkennung des Rechtes als Grund seiner Geltung angegeben,⁴⁾ so muß mangelnde (direkte und indirekte⁵⁾ Anerkennung jeder Norm

¹⁾ Thon, a. a. O., S. 8: „Das Recht ist ein Complex von Imperativen.“

²⁾ Ueber die psychologische Genesis der „Geltung“ vergleiche man Zitelmann, a. a. O., S. 452 ff.

³⁾ Zitelmann, a. a. O., S. 457. Man vergl. S. 95 ff.

⁴⁾ z. B. Haenel, d. Ges. i. form. u. mat. Sinn, S. 120; Brütt, a. a. O., S. 29; Bierling, a. a. O., Bd. I, S. 107; vorsichtiger Kipp, a. a. O., Bd. I, S. 83

⁵⁾ Bierling, a. a. O., Bd. II, S. 319.

den Rechtscharakter nehmen. Das Recht verliert auf diese Art seinen unbedingten Charakter und gewinnt das Wesen der von Stammler zum Unterschied vom Rechte sogenannten Konventionalregeln.¹⁾

Dieser Konsequenz entrinnt die Annahme, der Grund der Geltung des Rechtes liege „in der Ueberzeugung der Rechtsübenden, daß das, was sie üben, Recht sei.“²⁾ Nähme man aber hier für das Wort Recht nicht zwei verschiedene Bedeutungen in Anspruch, so wäre damit wohl nicht viel gesagt, während sonst das geltende Recht vielleicht in Abhängigkeit von einem Naturrecht geriete.

Es scheint richtig, mit Gierke³⁾ anzunehmen, daß die Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes „von der Jurisprudenz nicht beantwortet werden“ könne; „denn der Geltungsgrund des Rechtes kann nicht selbst wieder ein Rechtsgrund sein.“

Im Hinblick auf diese Erwägung scheint der Ausdruck „Recht des Rechtes,“ den Stammler gebraucht, ganz besonders irreführend.

Ueber den Stand der Frage nach dem Grunde der Geltung des Rechtes orientiert völlig: Windscheid-Kipp, a. a. O., Bd. I, S. 77 ff., Zitelmann, a. a. O., S. 364 ff., Gierke, D. Prr., Bd. I, S. 159 ff., Franz Adickes, a. a. O., S. 28 ff. und Sturm, a. a. O., S. 4 ff.

Nachdem die Geltung des Rechtes in einer für die Zwecke dieser Arbeit genügenden Art beschrieben wurde, soll sie für die Bildung des Begriffes vom Rechte nutzbar gemacht werden.

Steht die Geltung eines Komplexes von Rechtssätzen einmal fest, so ist man berechtigt, als Ursache dieser Geltung eine Kraft anzunehmen, und zu sagen⁴⁾: Das Recht ist Kraft. Umgekehrt kann das Recht nur dann als Kraft bezeichnet werden, wenn man von der Geltung desselben, von seiner Wirkung ausgeht. Das Verhältniß zwischen dem Recht als Kraft und seiner

¹⁾ Stammler, W. u. R., S. 488.

²⁾ Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. I, S. 77.

³⁾ D. Prr., Bd. I, S. 161.

⁴⁾ So z. B. Berolzheimer, Phil., Bd. III, S. 88.

Geltung erlaubt die folgende Formaldefinition der Geltung: Diejenige innerlich zusammenhängende Summe von Geschehnissen, welche es veranlassen, daß man als deren Ursache das Recht als Kraft auffaßt, nennt man die Geltung des Rechtes.

Geht man von der Erkenntnis des Rechtes als einer Kraft aus, will man aber das Recht als einen Teilinhalt der menschlichen Psyche erfassen, so kann man auch sagen: Das Recht ist Wille. Damit trifft man eine große Anzahl von Rechtsdefinitionen, die insbesondere seit Hegel gebildet wurden.¹⁾

Von diesem Ausspruche aus erklärt sich dann leicht der Ausdruck „Geltendes Recht.“ Es gibt wohl geltenden und nicht geltenden Willen, während es nur geltende, d. h. wirkliche, existente Kraft gibt. Für die Bezeichnung des Rechtes als Wille spricht die innere Erfahrung.²⁾ Der Rechtspolitiker ist ausschließlich auf diese Auffassung angewiesen, während der Rechtsdogmatiker das Recht als Kraft resp. als objektivierten Willen ansehen soll. (Als „objektivierten“ Willen deshalb, weil die Annahme eines bewußten, menschlichen Willens der übertriebenen Anwendung der Zweckkategorie Vorschub leistet.³⁾ In ungenauer, aber dem Herkommen folgender Art stellt der Text S. 14 den Satz auf: Das Recht will gelten. Es wird hier die Nutzenanwendung aus der Aufstellung des Begriffes gezogen, der alle Merkmale des Rechtes enthält außer der Geltung. Wenn die Geltung des Rechtes uns zur Annahme einer Kraft befugt, welche diese Geltung bewirkt, so erlaubt die Zerlegung des Rechtes in Rechtsinn und Rechtswirklichkeit die sich in der Geltung dokumentierende Kraft als Resultante aufzufassen zwischen Geltungswillen und Geltungswiderstand. Geltendes Recht ist demzufolge Recht mit einem Geltungswillen (einer Geltungskraft), der größer ist als der Geltungswiderstand.³⁾ Diese Auffassung entspricht, was noch

¹⁾ Thon, a. a. O., S. 1: „Seit Hegel ist es üblich, das Recht im objektiven Sinn als den allgemeinen Willen zu bestimmen.“ Kierulff, a. a. O., S. 1.

²⁾ Ueber diesen Zusammenhang vergl. man Löning, a. a. O., S. 9 f. Man vergl. übrigens Hold von Ferneck, a. a. O., S. 48 ff.

³⁾ Ähnlich Max Salomon, Das Problem der Rechtsbegriffe, Heidelberg 1907, S. 45.

ausdrücklich betont werden möge, der Betrachtung des Rechtes als empirischer Tatsache, ist aber selbst nicht Teil der Erfahrung, denn Geltungswille und Geltungswiderstand sind gesondert in der Erfahrung nicht auffindbar. Im Nächstfolgenden soll nur vom Geltungswillen gehandelt werden, während von dem Geltungswiderstande später die Rede sein wird.

A. Dem Rechte charakteristisch ist nicht der Geltungswille schlechthin, sondern der unbedingte Geltungswille. Sowohl die äußere als die innere Erfahrung geben Anhaltspunkte dazu, den Geltungswillen als unbedingten aufzufassen. Die Rechtspflicht einerseits, der Rechtsanspruch andererseits sind unbedingt. Unter Bevorzugung der Betrachtung der Rechtspflicht wird von neueren Autoren oft von dem den Normen gegenüber bestehenden Zwangsbewußtsein gesprochen und konstatiert, daß dieses ein unbedingtes sei.¹⁾ Das Positive zu dieser Betrachtung bildet der kategorische Imperativ. Dieses ließe sich einerseits in der Psyche desjenigen konstatieren, der einen Rechtsanspruch erhebt, anderseits in der „Gesamtpsyche“ der das Recht als Ganzes wollenden Menschen.

In der Aufstellung des unbedingten Geltungswillens liegt ein Negatives und ein Positives:

Das Recht ist frei von jeglicher Abhängigkeit. In der Rechtswirklichkeit handelt es sich immer nur um die Konstatierung von Recht und Unrecht. Das als solches konstatierte Recht gilt ohne Rücksicht auf seine Uebereinstimmung mit den Prinzipien der Moral, der Sitte oder der Religion. Inwieferne das Recht selbst sich mit diesen Prinzipien deckt oder nicht deckt, kann dahingestellt bleiben. Ebenso gleichgültig ist es für die Frage nach der Unbedingtheit der Geltung des Rechtes, inwiefern die Rechtsgedanken vor ihrem Inkrafttreten von Tatsachen des Wirtschafts- und Kulturlebens beeinflußt wurden. Hier genügt die Feststellung, daß die Geltung des Rechtes eine unbedingte ist. Damit wird keineswegs die Rechtsentwicklung außerhalb die allgemeine Kulturentwicklung gestellt. Die Rechtsentwicklung mag sehr wohl von allen Kulturtatsachen abhängen, für das Recht selbst aber kann keinerlei Abhängigkeit zugestanden werden.

¹⁾ So z. B. Brütt, a. a. O., S. 8 und 25 unter Hinweis auf Stammler, Wirtschaft und Recht, S. 121—130 und Sternberg, Allgemeine Rechtslehre. Sammlung Göschen, Erster Teil, die Methode, S. 19.

Dies gilt auch von der Zweckkategorie. Das Recht kann niemals einem Zwecke in der Art unterstellt werden, daß nur dasjenige Recht genannt werden könnte, was diesem bestimmten Zwecke entspricht. Wohl nimmt das Recht in seiner Entwicklung Zwecke auf. Es entspringt doch größtenteils bewußter menschlicher Arbeit, in der die Zwecksetzung eine hervorragende Rolle spielt. Als geltendes Recht aber ist es empirisch gegeben, und von Zwecken kann man da nur insofern sprechen, als sie durch die gegebenen Normen bereits verwirklicht sind. Dementsprechend können Rechtsregeln niemals in Abhängigkeit von Zwecken geraten, die sie nicht selbst beinhalten. Auch auf induktivem Weg können die Zwecke nie höher geführt werden, als die Normen selbst, in denen sie vorfindlich sind. Daß z. B. der Rechtssatz: Wer mordet, wird bestraft, den Zweck habe, Morde zu verringern, daß das ganze Strafrecht den Zweck habe gegen die darin mit Strafe bedrohten Handlungen anzukämpfen, ist klar. Trotzdem untersteht das jetzige geltende Strafrecht nicht dem Zwecke der Verbrechensbekämpfung. Niemals dürfte, solange dies Strafrecht gilt, an Stelle der darin angedrohten Strafen ein Mittel verwendet werden, das zu dem Zwecke der Verbrechensbekämpfung tauglicher wäre als die bisherige Strafe. Sollte ein solches Mittel gefunden werden, so könnte es nur auf dem Wege der Rechtsschaffung in Gebrauch kommen. Die Zwecke des Rechtes überschreiten eben niemals die Höhe der Rechtssätze, in denen sie gefunden werden. Sie sind nie Herrn des Rechts. Das Recht ist vielmehr Herr über die Zwecke.¹⁾

Das Recht muß man als Jurist, (anders als Politiker) als Selbstzweck auffassen, und man tut dies auch, wenn man ihm z. B. das Ziel einer Ordnung oder Regelung des äußeren Verhaltens von Menschen²⁾ vorschreibt. Das Recht ist an und für sich Ordnung und Regelung. Nennt man die Ordnung oder Regelung seinen Zweck, so besagt man, daß es Selbstzweck sei, ganz abgesehen davon, daß mit Worten wie Regelung, Ordnung,

¹⁾ „Ueber die verschiedenen Interessen“, wie Löning, a. a. O., S. 11 sagt. Aehnlich Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person aus Archiv f. öffentl. Recht von Laband, Bd. V, S. 235 f.

²⁾ Bierling, a. a. O., Bd. I, S. 19.

Harmonie, Interessenausgleich¹⁾ u. dgl. nichts gesagt ist, da ja das Prinzip derselben unbestimmt bleibt.

Gegen die Auffassung, das Recht unterliege einem Zweck, richtet sich Arnold²⁾: Das Recht „hat überall, wo es erscheint, eine Menge von Gründen und Zwecken; der Haushalt der menschlichen Gesellschaft ist nicht so notdürftig eingerichtet, daß einer seiner wichtigsten Faktoren nur einen Grund und Zweck allein haben könnte.“³⁾

Die Unbedingtheit der Geltung des Rechtes findet sich bei vielen Schriftstellern ausdrücklich anerkannt, so bei einem Vorläufer der freirechtlichen Bewegung, bei Franz Adickes⁴⁾: „... eine gemeinsame Rechtsüberzeugung existiert eben nur über eine kleine Anzahl praktisch allerdings sehr bedeutsamer Sätze, wie: Geltung der Gesetze“⁵⁾ „Die völlige Unabhängigkeit des einzelnen Gesetzes und seiner Geltungskraft von der Rechtsüberzeugung, und seine Geltung nur durch den Staatswillen ist sonach als oberster Grundsatz aufzustellen.“⁶⁾

„... eine gemeinsame Rechtsüberzeugung Aller ist heute ein Unding.“ „... nur das weiß Jedermann, daß das Recht eine Autorität über ihm ist, daß daher seine eigene Ueberzeugung noch nicht Recht sei.“⁷⁾

Das Recht ist nicht ein bloßes Mittel für den Staatszweck, sondern es hat in sich selber, in der Rechtsidee seinen selbständigen Grund.“⁸⁾

„Rechtssätze . . sind Normen, die das freie menschliche Wollen äußerlich in unbedingter Weise bestimmen sollen.“ Es „strebt das Recht Kraft seines inneren Wesens nach unbedingter Durchsetzung seiner Normen.“⁹⁾

1) Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, Zeitschr. f. d. ges. Handels- und Konkursrecht, Bd. 60, Heft 3/4, S. 95 ff.

2) Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865, S. 195.

3) Aehnlich Bernatzik, a. a. O., S. 236 und Bierling, a. a. O., S. 25.

4) Zur Lehre von den Rechtsquellen, Cassel 1872.

5) S. 4.

6) S. 25. Ebenso Max Salomon, a. a. O., S. 39.

7) Zitelmann, a. a. O., S. 435; man vergl. zum ersten Satz auch Kierulff, a. a. O., S. 10.

8) Bruns, Das Pandektenrecht in der Encyclopädie von Holtzendorff, herausgg. von Kohler, Berlin 1904, Bd. I, S. 298.

9) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 113 und 114. Aehnliches bei Regelsberger, a. a. O., S. 58; Rümelin, Reden u. Aufsätze, Freiburg i. B. 1875, S. 75.

„Das Recht hat wie die Moral den Grund seiner bindenden Kraft absolut in ihm selbst, nur hat es ihn seiner eigentümlichen Natur gemäß nicht bloß in seiner Idee, sondern zugleich in seinem äußeren Bestande.“¹⁾

B. Positiv ergibt sich aus dem unbedingten Geltungswillen — aus der Tatsache, daß das Recht auf keinerlei fremdes Prinzip verweisen kann und von keinem solchen abhängig ist — die Annahme eines eigenen Rechtsprinzips. Für diese Annahme ist es gleichgiltig, ob man dieses Rechtsprinzip kennt, und kennen kann oder nicht. Die Anerkennung, das Recht habe ein eigenes Prinzip, ist nichts anderes als die auf Grund der Art menschlicher Denktätigkeit geforderte Konsequenz aus der Anerkennung des unbedingten Geltungswillens. Daß etwas Positives und Einheitliches dem Rechte zugrunde liege, ist die Forderung unseres Denkens. Dieses Positive, Einheitliche und Unabhängige nennen wir Prinzip. In den etwa gleichstehenden Ausdrücken, das Recht sei ein System,²⁾ eine Ordnung,³⁾ eine Harmonie,⁴⁾ eine Regelung,⁵⁾ ein Inbegriff,⁶⁾ eine Form,⁷⁾ ein Complex,⁸⁾ liegt überall auch implicite und als logischer Grund die Behauptung, daß dem Rechte ein Prinzip zugrunde liege. Insoferne trifft also die hiesige Annahme mit den oben erwähnten zusammen. Sie scheint mir deshalb den Vorzug zu verdienen, weil sie auf das Primäre, auf den logischen Grund, zurückgeht und gleich den Mangel unserer

1) Stahl, Rechtslehre, S. 240 — citiert von Krabbe. Die Lehre von der Rechtssouveränität, Groningen 1906, S. 189, als Ausdruck des Wesens der Rechtssouveränität.

2) Hold von Ferneck, a. a. O., S. 11, 17, 18; Brodmann, a. a. O., S. 16; Bergbohm, a. a. O., S. 391.

3) Stahl, a. a. O., S. 196; Dahn, Vernunft im Recht, Berlin 1879, S. 47, 36, 116; Gareis, Staatsrecht, S. 6 u. Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Gießen 1905, S. 7; Rümelin, Reden u. Aufsätze, Neue Folge, Freiburg i. B. 1881, S. 344; Berolzheimer, Phil., Bd. III, S. 91; Regelsberger, Pandekten in Bindings Hdb., Leipzig 1893, Bd. I, S. 58. Merkel nennt das Recht ein „Prinzip der Ordnung“, Enc. d. Rw., Holtzendorff, 5. Aufl., 1890, S. 5.

4) „Harmonie des sozialen Lebens“; Loening, a. a. O., S. 21.

5) Regelsberger, a. a. O., S. 59.

6) Grueber, Einführung, S. 14; Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Ausgabe v. Hartenstein, Bd. VII, S. 26 u. 27; Trendelenburg, a. a. O., 83, Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 113.

7) Stammler, W. u. R., S. 121, 220, 222, Berolzheimer, a. a. O., Bd. II, S. 11, 30, 32.

8) Thon, a. a. O., S. 8; Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 98.

Kenntnis offenbart. Feindlich ist sie nur dem Gedanken, daß das Recht eine durch kein Prinzip zusammengehaltene „Summe“ von Regeln sei — förmlich ein Sammelname für Denkobjekte, die nichts in sich haben, um zu einer Einheit zusammengefaßt zu werden. Letzteres müßte eigentlich die Ansicht aller derjenigen sein, welche für das Recht die philologische Interpretation fordern (historische Rechtsschule), denn es ist für sie völlig unmöglich, die von verschiedenen Menschen und aus verschiedenen Zeiten herstammenden Gesetze zu einem Ganzen zu verschmelzen, da jedes solche Gesetz in dem Geiste seiner Zeit versteinert bleibt.

Sehr inhaltsreich ist das Urteil: Das Recht hat ein Prinzip, nicht. Man kann aber auch gleiches von den oben erwähnten Urteilen sagen: Das Recht ist ein System, eine Ordnung usw. . Inhaltsreich könnten alle diese Aussprüche nur durch die Aufdeckung des maßgebenden Prinzipes werden. Ich glaube aber, daß eine widerspruchslose, befriedigende Feststellung des Inhaltes des dem Rechte zugrundeliegenden Prinzipes nicht so bald gelingen wird.¹⁾ Ueberdies erscheint sie mir wenigstens für die Zwecke dieser Arbeit als unnötig. Die Abgrenzung des Rechtes von der Moral, der Sitte und der Religion dürfte auf Grund der Unbedingtheit des rechtlichen Geltungswillens bewerkstelligt werden können.²⁾ Zur Unterstützung wird man immerhin einen ungefähren Anhaltspunkt für den Inhalt der Prinzipien des Rechtes, der Moral, der Sitte und der Religion finden, wenn man sich den in der Umgangssprache vorfindlichen Sinn der Worte „gerecht, gut, gefällig, gottgefällig“ wachruft.

Die Moral unterfällt der Bedingung der Freiwilligkeit, die Sitte der Bedingung äußerer Erscheinung und fremder Wertung, die Religion der Bedingung der Gottgefälligkeit. Nur im Worte

¹⁾ „Es wäre . . . vergeblich eine einheitliche Definition der Gerechtigkeit versuchen zu wollen. Denn da dieser Terminus einfach die Absolutheit und Apriorität des Rechtes als solche aussagen will, so sind in ihm all die Anforderungen zusammen gedrängt, die nach den verschiedenen Weltanschauungen an das Recht gestellt werden.“ Lask, a. a. O., S. 24; Gierke nennt „die Idee des Gerechten“ eine „einfache u. nicht weiter zerlegbare Idee des Menschengeistes“, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 120; Berolzheimer, Phil., Bd. III, S. 98: „Ueber den Inhalt der Rechtsidee gehen die Ansichten der Philosophen sehr auseinander.“

²⁾ Bei Stammler, Wirtschaft u. Recht, S. 121—130; Sternberg, Allg. Rechtslehre, S. 19 und Brütt, a. a. O., S. 8 u. 25 geschieht die Abgrenzung auf Grund des den Normen gegenüber bestehenden verschiedenen Zwangsbewußtseins.

Recht liegt das Unbedingte; die Worte gut, gefällig und gottgefällig tragen ihre Bedingungen schon in sich.¹⁾ Vielleicht hängt es damit zusammen, daß das Wort Recht als Wertung genommen keine Gradunterschiede zuläßt, während die Worte, in denen die Prinzipien der Moral, der Sitte und der Religion zu Tage treten, einer Steigerung fähig sind. Es gibt nur eine und nur einerlei Wertung „Recht“.²⁾ „Das wirklich vorhandene Gesetz ist objektiv das rechte und gerechte.“ „Es gibt nur eine Unsittlichkeit, nicht aber eine Ungerechtigkeit des Rechts.“³⁾

Daß die rechtlichen Normen seinerzeit von den Normen der Moral, Sitte und Religion ungeschieden waren⁴⁾, hindert nach erfolgter tatsächlicher Scheidung nicht die Notwendigkeit der begrifflichen Scheidung; eigentliches Recht ist vielmehr erst nach der Trennung begrifflich zu erfassen.⁵⁾

Auch die Frage nach der Adresse der rechtlichen Normen löst sich auf Grund des Geltungswillens des Rechtes: Das Recht will gelten; es will, daß sich die Aktivität der Menschen nach ihm richte; es will, daß seine Normen befolgt werden. Nur jene Menschen können Normen befolgen, an welche die Normen gerichtet sind. Es steht also fest, daß sich das Recht an Menschen richten muß. An alle jene muß es sich wenden, von denen es unbedingt befolgt werden muß, um zu gelten; das wären die Hüter der Normen höchster Ordnung.⁶⁾ In der Geltung der Normen höchster Ordnung liegt ja die Geltung der entsprechenden Norm niederer Ordnung mit beschlossen. Nun gehört zu den Tatbeständen höherer Ordnung die Nichtbefolgung der Normen niederer Ordnung. Um „nicht befolgt werden zu können“, müssen sich aber die Normen auch an Menschen richten. Das Recht muß sich also an alle Menschen wenden, deren Aktivität sich nach ihm richten muß, damit es überhaupt noch gilt;

¹⁾ Gierke, D. Pr. R., Bd. I, S. 113, scheidet die Sitte vom Recht auf Grund von dessen Unbedingtheit.

²⁾ Bergbohm, a. a. O., S. 109.

³⁾ Kierulff, a. a. O., S. 17.

⁴⁾ Arnold, a. a. O., S. 249; Wurzel, a. a. O., S. 63; Zitelmann, a. a. O., S. 432; bei Berolzheimer, Phil. III, S. 147 als „herrschende Ansicht“ aufgeführt; Rich. Schmidt, a. a. O., Bd. I, S. 168; M. E. Mayer, a. a. O., S. 19; Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 225.

⁵⁾ Zitelmann, a. a. O., S. 434.

⁶⁾ Man vergl. hiezu S. 50 f.

es muß sich aber auch an alle jene wenden, deren Aktivität als „Nichtbefolgung einer Norm“ den Tatbestand für eine rechtliche Folge abgeben muß. Es ist somit an alle adressiert, deren Aktivität von rechtlichem Belange ist — an alle Rechtsuntertanen.

Man kann nicht sagen, daß es unvernünftig ist, an alle Menschen Normen zu richten, ohne Unterschied, ob sie denselben folgen können oder nicht. Unvernünftig wäre es vom Rechte bloß, von allen Menschen verstanden und befolgt werden zu wollen, ob diese Menschen die Möglichkeit zum Verständnis und zur Befolgung haben oder nicht. Das aber will das Recht noch lange nicht, wenn es sich auch an diese Menschen wendet; es rechnet doch damit, daß es nicht verstanden und nicht befolgt wird.

Damit, daß die Unabhängigkeit dargetan wurde zwischen den Fragen: An wen wendet sich das Recht? und: Von wem kann und muß das Recht verstanden werden um zu gelten? erledigt sich die Behauptung Hold von Fernecks, das Recht richte sich nur an taugliche Befehlsempfänger.¹⁾

Im Sinne des Textes sprechen sich aus: v. Bar,²⁾ Merkel,³⁾ Bierling,⁴⁾ Brütt,⁵⁾ Wendt⁶⁾ und Thon.⁷⁾

Gegner der hier vertretenen Ansicht sind Ihering⁸⁾ und M. E. Mayer.⁹⁾ Die Literatur verarbeitet vollständig: Thon¹⁰⁾ und Hold von Ferneck.¹¹⁾

C. Im Verlaufe der vorhergehenden Untersuchung wurde die Geltung des Rechtes dort angenommen, wo der Geltungswille des Rechtes stärker ist, als der Geltungswiderstand.¹²⁾ Der Geltungs-

¹⁾ a. a. O., S. 198 u. 355 ff.

²⁾ Gesetz u. Schuld im Strafrecht, Bd. I, Berlin 1906, S. 4.

³⁾ Holtzendorffs Enc. S. 11.

⁴⁾ a. a. O., Bd. I, S. 132.

⁵⁾ a. a. O., S. 28.

⁶⁾ Ueber die Sprache der Gesetze, Tübingen 1904, S. 5.

⁷⁾ Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878, S. 104 und der Normen-adressat in Iherings Jahrbüchern, Zweite Folge, Bd. XIV.

⁸⁾ Geist, II, 1, S. 21.

⁹⁾ Man vergl. hierüber S. 9 u. ff.

¹⁰⁾ Der Normenadressat.

¹¹⁾ a. a. O., S. 355 ff. — Für Hold von Fernecks Standpunkt charakteristisch ist sein Ausspruch: „Alles Recht ist Situationsrecht.“ S. 205.

¹²⁾ S. 53.

wille ist an bestimmte Normen und an bestimmte Situationen gebunden, der Geltungswiderstand ebenfalls. Aufzufinden sind beide Kräfte (bezw. Kraft und Widerstand) in den Menschen. Es ist aber nicht leicht, die Komponenten dieser Kräfte festzustellen, denn für das Recht treten nicht nur jene Menschen in die Schranken, welche in der gegebenen Situation aus der Herrschaft der betreffenden Norm unmittelbaren Nutzen ziehen (z. B. Darlehensgeber für Darlehensrückzahlung), sondern es spielen da noch viele andere Momente völkerpsychologischer Natur mit (handelte es sich ausschließlich um Nutzen im gewöhnlichen Sinne und Macht, so müßten die entdeckten Verbrecher und die unheilbaren Kranken alles über sich ergehen lassen.).

Die der Soziologie zufallende Aufdeckung der fraglichen Komponenten hat für den Gang einer Untersuchung über Gesetzestechnik keinen besonderen Wert, während sie für die Rechtspolitik, für die „Kunst der Gesetzgebung“¹⁾ unentbehrlich ist.

Hier genügt die Hervorhebung, daß die Geltung des Rechtes nur dort eintreten kann, wo der disponible Geltungswille stark genug ist, um die gegnerischen Kräfte zu besiegen. Bedenkt man, daß das Recht aus Menschen stammt, so muß man annehmen, daß auch nur dort Geltungswille vorfindlich sein wird, wo derselbe auf seinen Sieg rechnen kann, denn Unmögliches wird nicht gewollt. Daß unter den möglichen Widerständen Normvorstellungen eine bedeutende Rolle spielen, erhellt ohne weiteres, soll aber doch besonders hervorgehoben werden. Die Rechtsbildung gerät dadurch in eine bestimmte Abhängigkeit von diesen Vorstellungen, das Recht selbst aber nicht. Was nicht schon geltungsmöglich und mit dem nötigen Geltungswillen ausgestattet war, das war eben nie Recht. Ist aber einmal etwas Recht, so bleibt es unabhängig und selbstherrlich bis zu seinem Untergange — also bis zum Eintritt seiner Geltungsunmöglichkeit, die einem Minus an Kraft oder einem Plus an Widerstand entspringen kann. Die Desuetudo der Bestimmung der österreichischen Ministerialverordnung v. 27. April 1854 Nr. 107 RGBL., welche die Einfuhr, den Verkehr, das Ansichbringen und die Verbreitung der Mazzini-Lose, Kossnithdollarnoten etc. für Mitschuld am Hochverrate erklärte, ist wohl dem Verluste des Geltungswillens,

¹⁾ Zitelmann.

die Abschaffung der rechtlichen Klassenunterschiede dem Anwachsen des Geltungswiderstandes zu danken.

Der immer und überall gleichbleibende Rechtsbegriff¹⁾ hat in der Geltungsmöglichkeit dasjenige variable Element aufgenommen, das dem Juristen die kausale Betrachtung des Rechtsstoffes zur Pflicht macht, und ein Naturrecht ausschließt. Die Geltungsmöglichkeit bringt das Recht bei Entstehung und Untergang mit allen übrigen sozialen Phänomenen in Berührung und Zusammenhang. Von ihr aus ist eine soziologische Betrachtung des Rechtes nicht nur möglich, sondern für den Rechtspolitiker auch unumgänglich.

Die Geltungsmöglichkeit wurde schon häufig zu einem Merkmale des Rechtes gemacht. Im Folgenden werden einige Aussprüche zitiert, welche das bereits hier Gesagte noch etwas ausführen sollen:

„Wenn die Gesetze nicht mehr mit der Aufklärung des Volkes gleichen Schritt halten, . . . so müssen“ (!) „die Gerichtshöfe allmählig von den alten Prinzipien sich entfernen“²⁾

Es „muß die vollkommenste Regel fruchtlos bleiben, so lange ihr nicht eine entschiedene Richtung im Volk, eine Empfänglichkeit dafür, entgegenkommt.“³⁾

„Da das Gesetz eine verpflichtende Norm ist, so kann ein offenbar vernunftwidriges Gesetz kein wahres Gesetz sein.“⁴⁾

„Nur das, was seiner Natur nach befehlbar und dessen Befolgung äußerlich erkennbar und kontrollierbar ist, kann den Inhalt einer Rechtsnorm bilden, also nur Handlungen, nicht innere psychische Vorgänge.“⁵⁾

„Eine Norm gilt dann, wenn sie die Fähigkeit hat, motivierend zu wirken, den Willen zu bestimmen.“ „Wohl aber war von jeher und ist heute unzweifelhaft in umfassenderem Maße in dem Rechte der Kulturvölker ein Grundstock vorhanden, der jeder gesetzgeberischen Willkür entzogen ist.“ „Die Grundlagen des Strafrechtes z. B. sind in großem Umfang feststehend, die Verpönung schwerer Angriffe auf

¹⁾ Bergbohm, a. a. O., S. 29.

²⁾ Bentham, Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung, herausgeg. von Dumont, Berlin 1830, S. 218.

³⁾ Savigny, Zeitschrift für die Geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd III, Berlin 1816, S. 21.

⁴⁾ Cathrein, a. a. O., S. 37 — wohl in Anlehnung an Dahn, Vernunft im Recht, Berlin 1879, S. 36.

⁵⁾ Rümelin, Reden und Aufsätze, Neue Folge, S. 347.

die wichtigsten Rechtsgüter nicht von dem Belieben des Staates abhängig.“¹⁾

Recht ist erst dann gegeben, „wenn auf diesem Willen eine Norm beruht, das heißt, wenn in seinem Dienste eine so große Macht steht, daß er imstande ist, das Verhalten der Menschen, auf welche er sich bezieht, zu beeinflussen.“²⁾

„Die Normen richten sich weiters an die tauglichen Befehlsempfänger nicht immer, sondern nur dann, wenn sie sich in einer Lage befinden, welche die wenigstens regelmäßige Durchsetzung der Befehle voraussehen läßt.“ „Denn man kann nur wollen, was man für erreichbar hält.“ „Die Sanktion, mit der er seine Willenskundgebung zum Befehl erhebt, kann den menschlichen Willen nur beugen, wenn sie in einer gewissen Proportion zum Widerstande steht, den sie nach vernünftiger Voraussicht durchschnittlich vorfindet. Deshalb kann der Gesetzgeber Pflichten nur in bestimmter Größe auferlegen.“³⁾

„Darum entschwindet zuletzt das Recht, das sich nicht durchzusetzen vermag, aus dem Gesamtbewußtsein und hört damit auf, Recht zu sein.“⁴⁾

„In einem gesunden Staat, welcher allein wirklicher Staat ist, will der Gesetzgeber als Organ der Totalität nur, was er durchsetzen kann, und er kann nur durchsetzen, was die Nation will.“⁵⁾

„Wenn der Strafpolitiker sich begnügt, zu erwägen, was zweckmäßig wäre und er sich nicht Rechenschaft darüber gibt, was ausführbar sein wird, so wandelt er auf falscher Bahn und er wird seine Aufgabe nicht lösen.“⁶⁾

In ähnlicher Weise wird die Geltungsmöglichkeit behandelt bei:

¹⁾ Jellinek, Allg. Stl., S. 325 und 363.

²⁾ Eltzbacher, Ueber Rechtsbegriffe, Berlin 1899, S. 29.

³⁾ Hold von Ferneck, a. a. O., S. 199; man vergl. auch S. 169.

⁴⁾ Gierke, Johannes Althusius, Breslau 1902, S. 320.

⁵⁾ Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechtes, Altona 1839, S. 17.

⁶⁾ Stooß, Betrachtungen über Kriminalpolitik im Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik, Bd. XIV, herausgeg. von Hans Gross S. 213.

Montesquieu,¹⁾ Mirabeau,²⁾ Trendelenburg,³⁾ Sturm,⁴⁾ Merkel,⁵⁾ Regelsberger,⁶⁾ Grueber.⁷⁾

Ueber die Aufstellung des Erfordernisses der Geltungsmöglichkeit wurde manchmal hinausgegangen, indem als notwendiges Merkmal des Rechtes der Zwang postuliert wurde. Ein Einwand Bierlings,⁸⁾ daß bei der Anerkennung der Notwendigkeit des Zwanges auch für den Zwingenden wieder Zwang erfordert werden müsse, und daß hierdurch eine unendliche Reihe entstehe, ist wohl so treffend, daß die Frage nach dem Zwangscharakter des Rechtes durch ihn erledigt erscheint.⁹⁾

Tatsächlich ist „die Lehre, welche die Erzwingbarkeit als Essentiale des Rechtsbegriffes erklärt, heute bereits in eine schwer zu behauptende Defensive zurückgedrängt.“¹⁰⁾

„Der einzelnen Norm ist lediglich der psychische Zwang wesentlich, dem Rechte im Ganzen betrachtet auch der mechanische Zwang.“¹¹⁾

Damit ist die wohl herrschende Lehre getroffen.¹²⁾

D. In der Geltungsmöglichkeit zeigte sich die Abhängigkeit der Rechtsentstehung von den geistigen Beständen der Rechtsuntertanen. Entspricht diesen geistigen Beständen eine mehr variable Seite, zu der z. B. die jeweiligen sittlichen Anschauungen gehören, und eine konstante Seite, die durch die Funktion des menschlichen Denkens gebildet wird, so werden im Rechte ebenfalls variable und konstante Bestandteile zu unterscheiden sein. Nur die variablen Bestandteile wurden bisher unter der, nicht anders als kausiert

1) *Esprit des lois*, Paris Firmin-Didot et Cie., S. 8.

2) *Observations etc.*, S. 48.

3) *a. a. O.*, S. 19.

4) *Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit*, Cassel 1877, S. 18.

5) *Holtzendorffs Hdb.*, S. 6, 12, 17, 19, 21, 27 und *Enc.* S. 34 u. 36.

6) *Pandekten in Bindings Hdb.*, S. 58.

7) *In Birkmeyers Enc.*, S. 15.

8) *a. a. O.*, Bd. I, S. 49 f.

9) *Aehnlich Eltzbacher*, *a. a. O.*, S. 30.

10) *Jellinek*, *Allg. Stl.*, S. 326.

11) *Hold von Ferneck*, *a. a. O.*, S. 87.

12) Man vergl. etwa: *Berolzheimer*, *a. a. O.*, Bd. III, S. 90; *Richard Schmidt*, *a. a. O.*, S. 175; *Regelsberger*, *a. a. O.*, S. 63; *Thon*, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, S. 7; *Dahn*, *a. a. O.*, S. 35; *Gareis*, *Enc.*, S. 21; *Gierke*, *D. Pr. R.*, S. 114, und *Binding*, *Normen*, Bd. I, 2. Aufl., S. 483.

feststellbaren Geltungsmöglichkeit begriffen. Von den konstanten, gleichfalls aus der Bedingtheit der Rechtsgeltung von der Aktivität der Menschen herstammenden Bestandteilen wurde bisher noch nicht gesprochen. Sie gehören zu den Wesensmerkmalen des Rechtes und sollen im Folgenden unter dem Schlagworte der besonderen logischen Natur des Rechtes gedacht werden.

Das Recht existiert nur in der Aktivität von Menschen. Die Zerteilung des Rechtes in Rechtssinn und Rechtswirklichkeit wurde bisher als aus der Natur bewußten, menschlichen Handelns entspringend erwähnt. Damit das menschliche Handeln einem vorher aufgestellten Sinn des Handelns angepaßt werden könne, muß dieser Sinn aufgefaßt worden sein. Aber nicht genug an dem; das Recht will unbedingt gelten,¹⁾ unabhängig nicht nur von allen sozialen Tatsachen, sondern auch und vor allem unabhängig von aller individuellen Verschiedenheit der Menschen, zu der in erster Linie ihr Rechtsgefühl Anlaß gibt. Im Gebiete des Rechtes kann es kein Glauben, Meinen und Fühlen, sondern nur ein Wissen geben. Dies aber ist nur möglich durch jene Funktion, die in unveränderter Weise seit Jahrtausenden das Mittel dazu bildet unter Ausschaltung aller individuellen Verschiedenheit den geistigen Verkehr der Menschen zu regeln, durch die geordnete Denkfunktion. Die seit jeher in unbestrittener Herrschaft stehenden Normen des Denkens müssen den Ausbau des Sinnes des Rechtes lenken, damit dieser Sinn in verlässlicher, dem unbedingten Geltungswillen entsprechender Weise gehoben werden könne. Eine vom Rechte unbedingt, von der Rechtswissenschaft aber prinzipiell nicht einzuhaltende Grenze des logischen Ausbaues liegt freilich in der Natur der menschlichen Handlungen, die ja vielfach, dem Gefühl entspringend, den logischen Axiomen nicht entsprechen. Hier liegt ein gewisser Unterschied vor zwischen Rechtssinn und Rechtswissenschaft, der sich vielleicht am besten dahin ausdrücken läßt, daß der Rechtssinn immerhin noch Denkobjekt und Handlungssubstrat, die Rechtswissenschaft, aber reiner Denkinhalt ist.

Die logische Natur des Rechtes wurde schon von manchen Schriftstellern ausdrücklich hervorgehoben. Als Beispiele seien angeführt:

„Das Recht ist ein in sich harmonisches System von

¹⁾ Man vergl. S. 54 ff.

imperativen Anordnungen.“ „ . . . daß das Recht selbst gleichzeitig mehrere miteinander unverträgliche Antworten erteilen könne, ist . . . unmöglich.“ ¹⁾

Mitteis nennt das Pandektenrecht einen „in seiner großartigen Klarheit und immanenten Logik unerreichten Gedankenbau.“ ²⁾

„So erscheint die Rechtsordnung als das zusammenhängende, begrifflich durchgebildete, mehr oder weniger komplizierte System von Imperativen.“ ³⁾

„Es gibt — wenn man von der Wissenschaft selbst absieht — keine Kulturerscheinung, die sich als begriffsbildender Faktor auch nur annähernd mit dem Recht vergleichen ließe.“ ⁴⁾

Regelsberger sieht in der „logischen Natur des Rechts“ — den Grund des Zwiespaltes zwischen Billigkeit und Recht ⁵⁾

Der Gesetzgeber „ist genötigt die Vorstellungen begrifflich zu präzisieren und logisch zu entwickeln, welche den Inhalt seines Willens bilden, um diejenigen Vorstellungen zu erwecken, welche den Inhalt des Willens derer, die es angeht, bilden sollen, um diejenigen logischen Operationen zu ermöglichen und tunlichst zu erleichtern, welche er, der Gesetzgeber, den Gesetzesuntertanen, von denen er Gehorsam heischt, zumutet.“ ⁶⁾

„Dem Ordnungstrieb folgt das menschliche Denken: die Subsumtion der Einzelercheinung unter einen „Begriff“, unter eine Allgemeinheit oder Einheit, ist das Wesen des Denkens, das Aufsuchen von „Gesetzen“ nämlich von Allgemeinem und Notwendigem über dem Einzelnen und scheinbar Zufälligen. . . . ist die bewußte oder unbewußte Aufgabe des menschlichen Denkens. . . .“ ⁷⁾ Ist der Rechtszustand „hergestellt und befriedigt, so ist der Ordnungstrieb — als Rechtssinn — befriedigt.“ ⁸⁾

„Mit dem systematischen Zusammenhange haben wir in unserer Arbeit mehrfach gearbeitet: Es heißt dies ja nichts weiter, als langsam und in engster Fühlung mit dem positiven Rechte von der

¹⁾ Bergbohm, a. a. O., S. 386.

²⁾ Enz. Holtzendorff, Kohler, Bd. I, S. 295.

³⁾ Brodmann, a. a. O. S. 16.

⁴⁾ Lask, a. a. O., S. 35.

⁵⁾ Pandekten in Bindings Hdb., Leipzig 1893, S. 65.

⁶⁾ Haenel, Gesetz . . . , S. 163.

⁷⁾ Gareis, StR., S. 15.

⁸⁾ Gareis, Staatsrecht, S. 16.

zweifelvollen Einzelbestimmung aufzusteigen zu dem Zusammenhange von Regeln, in dem die Einzelbestimmung steht.“¹⁾

„Die Rechtswissenschaft hat die Aufgabe, das Recht zum vollständigen und systematischen Bewußtsein zu bringen für den Zweck seiner Anwendung. . . .“ „Ihre Tätigkeit ist es: die Gewohnheiten aufzufinden und in scharfer Gestalt zu begrenzen, die Gesetze auszulegen, für beide die tiefer liegenden Prinzipien zu entdecken und daraus wieder neue Rechtssätze zu gewinnen, das System des gesamten Rechts, d. i. sein Ineinanderschließen zu einer Totalwirkung zu erfassen und im Geiste desselben seine Anwendung zu ordnen.“ „Sie bringt damit den latenten Inhalt des Rechts zur vollen harmonischen Entfaltung.“²⁾ „Es beruht auf der Notwendigkeit des Rechts . . ., daß nachdem dieses oder jenes Prinzip im Rechtszustande gilt, auch die sachgemäße Entfaltung desselben gelten muß. . . .“³⁾

„Jeder Rechtssatz, den ein Gesetz ausspricht, ist ein Prinzip, das nicht nur in seiner unmittelbaren Wortfassung gilt, sondern als solches mit allen darin enthaltenen Konsequenzen anerkannt werden muß.“⁴⁾

Jellinek⁵⁾ sagt, der Jurist könne nicht die Frage beantworten, was das Eigentum sei, sondern nur die folgende: „Wie muß das Eigentum gedacht werden, damit alle auf dasselbe sich beziehenden Normen zu einer widerspruchsfreien Einheit zusammengefaßt werden können?“

„Die juristische Theorie zielt . . . auf Rechtserkenntnis. Sie ist berufen, das geltende Recht in abstrakter Fassung darzustellen. Zu diesem Behufe hat sie den inneren Zusammenhang der Rechtssätze zu erforschen; sie hat im Wege der Synthese aus den Rechtssätzen Prinzipien und im Wege der Analyse aus den Prinzipien Folgesätze zu gewinnen; sie hat alles Einzelne systematisch zu verknüpfen und wieder vom Ganzen her die Teile geistig zu durchdringen.“⁶⁾

Die spezifisch juristische Denkweise „resultiert aus einer eigentüm-

¹⁾ Rumpf, a. a. O., S. 139.

²⁾ Stahl, a. a. O., Bd. 2, S. 251.

³⁾ Stahl, a. a. O., S. 252.

⁴⁾ Bruns in Holtzendorffs Enz., S. 304.

⁵⁾ System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1905, 2. Aufl., S. 16.

⁶⁾ Gierke, D. Pr. R., S. 180. Ähnlich Kierulff, a. a. O., S. XXIV.

lichen Mischung geistiger Elemente, die sich vielleicht auf die beiden Grundbestandteile der formalen Logik und des praktischen Taktes zurückführen lassen.“¹⁾

Wurzel²⁾ anerkennt drei Postulate der Jurisprudenz. Die zwei ersten bestehen in der Affektlosigkeit und der Sicherheit (Voraussehbarkeit der Urteile, Konsequenz). Das letzte führt er in Form einer Norm folgendermaßen aus: „Das juristische Denken . . . soll . . . praktisch sein, den Mut der Inkonsequenz besitzen, wo dies die Verhältnisse erfordern.“

Trendelenburg³⁾ sagt in dem Abschnitte „Logische Seite des Rechts“: „Die Einheit des Ganzen wird sich erst in der Wissenschaft des Rechts ihrer selbst bewußt.“

Implicite anerkannt wird die logische Natur des Rechtes von allen jenen, die es für notwendig erachten, daß die Rechtssätze in ihrem Zusammenhange begriffen werden.⁴⁾

Eine Bestätigung der logischen Natur des Rechtes liegt auch in den zahllosen Definitionen, welche das Recht als ein System, als einen Inbegriff, eine Ordnung u. s. w. bezeichnen.⁵⁾ Auffällig ist, daß die Definitionen der Moral, der Sitte und der Normen der Religion eines ähnlichen logischen Merkmales meist entbehren, obwohl die eine Voraussetzung zu einem solchen, die Anerkennung von ihnen zugrundeliegenden Prinzipien, gegeben ist.

Wurde bisher und soll auch im weiteren Verlaufe dieser Arbeit auf die logische Natur des Rechtes besonderer Wert gelegt werden, so sei auch betont, daß damit noch keine Anhängerschaft zu dem Glauben an eine logische Expansionskraft des Rechtes ausgesprochen ist. Im Gegenteile scheint mir die Annahme der logischen Natur des Rechtes mit einer Annahme der Expansionskraft des Rechtes in direktem Widerspruche zu stehen, denn die Logik kann nur Ordnung in gegebene Denkinhalte bringen, niemals aber selbst neue Denkinhalte erzeugen.⁶⁾

¹⁾ Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, im Jahrbuch f. Gesetzgebung u. Verwaltung und Volkswirtschaft des deutschen Reichs, Bd. 7, S. 10.

²⁾ a. a. O., S. 7.

³⁾ a. a. O., S. 161.

⁴⁾ Man vergl. hierüber § 4.

⁵⁾ S. 57.

⁶⁾ Im Wesen gleich: Brütt, a. a. O., S. 84.

Wie die Annahme einer solchen Expansionskraft deutlich ein Naturrecht voraussetzt, zeigt folgender Ausspruch des großen Positivisten Bergbohm¹⁾: Das positive Recht „bedarf niemals der Ausfüllung von außen her, denn es ist jeden Augenblick voll, weil seine innere Fruchtbarkeit, seine logische Expansionskraft, im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen deckt.“ Der Begriff des „Bedarfes an Rechtsurteilen“ ist unmöglich aus dem positiven Rechte herzuholen, das ja doch nur die Rechtsurteile selbst gibt. Er kann nur der Idee eines Naturrechtes entspringen, und er entspricht durchaus dem gleichfalls naturrechtlichen Begriff der Lücke im Recht, von dem noch später gesprochen werden soll. Die Idee einer logischen Expansionskraft des Rechtes verdankt offenbar einer Verwechslung zwischen Erkennen und Sein seinen Ursprung. Konsequentes Durchdenken einer Rechtsregel oder eines Rechtsprinzips kann wohl zur Herausstellung von Sätzen führen, die bisher ungedacht, von jeher aber in dem betreffenden Rechte selbst als Konsequenzen mitenthalten waren. Die Resultate der angeblichen logischen Expansionskraft des Rechtes sind gleichbedeutend mit seinem latenten Inhalt.

Wieso Rumpf²⁾ die Annahme einer logischen Ausdehnungskraft des Rechtes als „Glaubenssache“ hinstellen kann, bleibt völlig unerfindlich.

Die Aktivität der Menschen ist durchaus konkret. Ein Sinn dieser Aktivität kann aber nur dann gehoben und der Aktivität selbst als Führer vorangestellt werden, wenn in die ungeordnete Fülle der einzelnen Handlungen Ordnung gebracht wird. Dies geschieht dadurch, daß aus den einzelnen Handlungen Merkmale abstrahiert und als allgemeine dargetan werden. Dadurch erst entsteht die für eine intellektuelle Auffassung notwendige Vereinheitlichung der Anschauung. Das Konkrete als solches kann verstandlich nie begriffen werden. Dagegen wehrt sich schon die Natur unserer Vorstellungen. Es kann nur in seinen Beziehungen zu Anderem, also nur unter dem Gesichtspunkt eines Allgemeinen erfaßt werden. Für den Verstand ist das Allgemeine ein Einfaches, das Konkrete ein Zusammengesetztes. Die letzte Determination ist mangels eines allgemeinen Gesichtspunktes überhaupt unerklärlich. Daher kommt

¹⁾ a. a. O., S. 386.

²⁾ a. a. O., S. 150.

es, daß selbst die Anwendung eines allgemeinen Prinzipes auf Konkretes als solches verständlich und durchführbar ist. Es fehlt der Grund der Beziehung zwischen dem Prinzip und dem Konkreten als solchen. Die „Billigkeit“, der die Berücksichtigung eben des Individuellen wesentlich ist, kann aus diesem Grunde niemals ohne Zuhilfenahme des Gefühls — dem das Konkrete wohl unmittelbar zugänglich ist — aktiv werden. Ihre Anwendung wäre verständlich erst dann zu erfassen, wenn die Substrate für dieselbe typisiert worden wären, wenn also die Billigkeit dadurch aufgehört hätte, Billigkeit zu sein.

„Nach alter aristotelischer Definition ist sie“ (die Billigkeit) „die Berichtigung des gesetzlich Gerechten, inwieferne dasselbe durch das Allgemeine des Gesetzes mangelhaft ist“. ¹⁾

„Nennt man die Berücksichtigung individueller Unterschiede Billigkeit, und danach das Recht, welches sie berücksichtigt, ein billiges Recht, so ergibt sich entweder, daß es nie und nirgends ein billiges Recht geben konnte und geben kann, oder . . . daß es kein anderes gibt als billiges Recht, je nachdem man unter Billigkeit versteht die Berücksichtigung aller individuellen Verschiedenheiten, welche unmöglich ist, oder die Berücksichtigung einiger, seien es viele oder wenige, welche allerwärts und immer Statt fand und findet.“ ²⁾

„Während es das Wesen der Gerechtigkeit ist eine gegebene Ordnung, Gesetz und Rechte, unverbrüchlich aufrechtzuhalten, so ist es dagegen das Wesen der Billigkeit, gerade von aller vorhergegebenen Ordnung, von allem vorher erteilten Gesetz und Recht absehend, lediglich die Gleichheit des Vorteils und Nachteils (aequum) unter den Beteiligten herzustellen.“ ³⁾

Das Recht nun, dem es wesentlich ist, unabhängig vom Gefühle erfaßbar zu sein, kann es nur mit Typen — richtiger: mit dem Typischen an dem Einzelnen — zu tun haben. Eine überkonkrete Auffassung ist ihm immanent.

Es ist völlig unbestritten, daß dem Rechte im Ganzen die Allgemeinheit seiner Sätze wesentlich ist. Dagegen ist es sehr bestritten, ob ein, nur das Konkrete umfassender Satz innerhalb des

¹⁾ Trendelenburg, a. a. O., S. 189.

²⁾ Thöl, a. a. O., S. 106.

³⁾ Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 307.

Gefüges allgemeiner Rechtssätze nicht auch Rechtssatz sein könne. Hier wird aus den oberwähnten Gründen der Ansicht Gierkes gefolgt: „Die Rechtssätze sind nach der Natur des Rechts zunächst abstrakte Sätze.“ „Der für einen einzigen Tatbestand aufgestellte Rechtssatz ist begrifflich gleichwohl eine abstrakte, keine konkrete Norm.“¹⁾ Begrifflich konkret ist hiesiger Ansicht nach nur die Rechtsanwendung.²⁾

Den Stand der Frage zeigen die folgenden Zitate:

„Gesetz im materiellen Sinne ist . . . jede von den Organen eines Gemeinwesens ausgehende, rechtsverbindliche Anordnung, welche allgemeine oder abstrakte Vorschriften enthält.“³⁾ „Daß das Moment der Allgemeinheit, wenn auch kein Essentiale, doch wenigstens ein Naturale des Gesetzbegriffes sei, gestehen auch die Gegner meist zu.“⁴⁾

Die Allgemeinheit als Begriffsmerkmal⁵⁾ wird von den in Anm. 5 genannten Autoren angenommen. Sie zeigt sich überdies in folgenden Zitaten:

„Gleiche Fälle trifft die gleiche Regel. Dies ist das eigentliche Grundaxiom des Rechtsgefühls und der erste fundamentalste aller Rechtssätze.“⁶⁾

„Bei dem allen ist m. E. verkannt, daß zum Wesen des Rechtsgefühls die Empfindung gehört, die Entscheidung, welche für diesen Fall getroffen wird, müsse in jedem gleichartigen Falle wiederkehren. Insoferne hat der Richter von jeher Regeln gedacht, und wenn im Volke eine Partei Anforderungen an die andere stellte und die andere gehorchte aus Rechtsgefühl, so gingen beide von dem Gedanken einer Regel aus, die diesen Fall als Repräsentanten eines Typus beherrschte.“⁷⁾

¹⁾ D. Pr. R., Bd. I, S. 123.

²⁾ In gleichem Sinne Mohl, Politik I, S. 428.

³⁾ Meyer, Staatsrecht, S. 501.

⁴⁾ Meyer, a. a. O., S. 23. So auch: Schulze, Preussisches Staatsrecht, Bd. II, S. 4; Ihering, Zweck im Recht, Leipzig 1904, S. 270; Bornhak, Staatsrecht, Bd. I, S. 439; Haenel, Gesetz . . ., S. 126; Jellinek, Gesetz . . ., S. 238 f.; Laband, a. a. O., Bd. II, S. 1 ff.; Merkel in Holtzendorffs Enz., S. 5.

⁵⁾ Rönne, Staatsrecht, Bd. I, S. 347; Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 44; Regelsberger in Bindings Hdb., S. 66; Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 196; Hold von Ferneck, a. a. O., S. 46; M. E. Mayer, a. a. O., S. 16.

⁶⁾ Rümelin, Reden und Aufsätze, S. 74; man vergl. auch die neue Folge, S. 349.

⁷⁾ Windscheid-Kipp, a. a. O., Bd. I, S. 81.

„Zur Entstehung eines Gewohnheitsrechtssatzes ist eine Mehrheit von Handlungen erforderlich, in denen sich, ohne daß eine Abweichung in denselben nachweisbar wäre, eine Vorschrift erkennen läßt.“¹⁾

Das Volk hat von dem Volksrecht „eine unmittelbare Anschauung, welche in den Zuständen und Verhältnissen des bürgerlichen Lebens die darin enthaltenen rechtlichen Momente erfaßt, und mit jenen zugleich die sie beherrschende Norm kennt und sie handhabt.“²⁾

Wenn dem Rechte eine überkonkrete Auffassung immanent ist, und dementsprechend der platonische Idealstaat, in dem nur nach Gerechtigkeit gerichtet würde, als rechtlos erscheint, (mit Ausnahme des Verfassungsrechtes) so ist damit noch nicht gesagt, daß das Recht gar keine Unterschiede zu berücksichtigen habe, „sonst wäre wieder kein Recht, keine Mehrheit von Regeln denkbar.“³⁾ Das Recht kann Sätze aufstellen, die sehr viele und solche, die sehr wenige konkrete Fälle umspannen. „Das römische (Recht) hat zu viel, das deutsche zu wenig abstrahiert.“⁴⁾ Je größer die Gebiete sind, für deren Aktivität sich das Recht interessiert, umso allgemeiner werden seine Sätze wohl werden müssen, da die Masse des zu Regelnden sonst eine Regelung unmöglich machen würde. Die Höhe der Abstraktion, die das Recht vornimmt und die gesetzestechisch von hervorragender Bedeutung ist, ändert sich mit der Zeit und ist jeweils ziemlich fest bestimmt, was man aus der Unwirksamkeit und Undurchführbarkeit der in den Verfassungen ausgesprochenen Grundrechte erkennen kann.

„Ist . . . ein positives Prinzip, wie namentlich das der Rechtsgleichheit ausgesprochen worden, so verlangt die in ihm liegende Negierung rechtlicher Unterschiede konkrete Ausgestaltung durch den Gesetzgeber.“ „Derartige Prinzipien verlangen . . . genauer gesetzgeberischer, die Fülle des Lebens berücksichtigender Durchbildung.“⁵⁾

„Die allgemeine Erscheinung, wonach die fortschreitende geistige

1) Gareis, Enz., S. 48.

2) Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843, S. 109.

3) Arnold, Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865, S. 206.

4) Arnold, a. a. O., S. 213.

5) Jellinek, System, S. 97.

Entwicklung sich dem Sinnlichen ab- und dem Begrifflichen zuwendet, wiederholt sich im Recht wie in der Sprache.“¹⁾

Ist die Allgemeinheit der Rechtssätze als notwendig anerkannt, wird aber gleichzeitig angenommen, daß es im Rechtsprinzip läge, jeden Umstand des konkreten Falles zu berücksichtigen, so erhellt die Notwendigkeit eines Widerspruches zwischen dem Rechtsprinzip und dem Rechte selbst.

So oft dem Rechtsprinzip ein, das Konkrete berücksichtigendes, gefühlsmäßiges Substrat unterlegt wird, so oft wird auch konstatiert, daß die Rechtsanwendung dem Rechtsgefühl oder der so gefaßten Gerechtigkeit widerspreche. Nicht folgerichtig ist es allerdings, wenn dieser Widerspruch nur in manchen Fällen der Rechtsanwendung, nicht aber in allen als bestehend angenommen wird.

„Alles“ (!) „Recht schließt notwendig einen Bestandteil von Ungerechtigkeit in sich.“ „Denn alles Recht ordnet eine größere oder kleinere Anzahl von Fällen generell, während jeder einzelne Fall . . . eine individuelle Verschiedenheit gegenüber andern aufweist.“ „Das Recht wird als gerecht empfunden, wenn die Nuance so klein ist, daß die Ungerechtigkeit nicht fühlbar wird. . .“ „Wird die Divergenz größer, dann erwächst das Bedürfnis nach einer Korrektur des Rechts nach den Grundsätzen der Billigkeit.“²⁾

Die Anerkennung des logischen Charakters des Rechtes schließt natürlich die der Widerspruchslosigkeit der Rechtssätze in sich. Wer den Satz des Widerspruches im Rechte nicht verwirklicht findet, der schließt auch die Geltung des Identitätsgesetzes für das Gebiet des Rechtes aus und läßt auf demselben keinerlei logische, sondern nur eine künstlerische (Associations-) Tätigkeit zu. Andererseits kommt freilich in Betracht, daß die Widerspruchslosigkeit der Rechtssätze erst dann bewiesen wäre, wenn dieselben die Glieder einer geschlossenen deduktiven Reihe darstellen würden. Da eine solche Reihe nicht hergestellt ist, bleibt der Satz des Widerspruches im Hinblick auf das bestehende Recht ein Postulat der menschlichen Denktätigkeit, im Hinblick auf ein bloß gewolltes Recht aber die Grenze der Rechtsbildung, da Handlungen, deren Sinn dem Satze des Widerspruches nicht genügen, logisch überhaupt nicht aufgefaßt

¹⁾ Arnold, a. a. O., S. 294.

²⁾ Berolzheimer, a. a. O., Bd. III, S. 91 f.

und daher auch nicht als mit Geltungswillen ausgestattet gedacht werden können.

„. . . der an sich richtige Gedanke, daß nicht zwei widersprechende Normen gleichzeitig Recht sein können, gilt schlechterdings bloß innerhalb einer und derselben Rechtsgemeinschaft.“¹⁾

„Die Gesetze müssen untereinander einstimmig sein.“²⁾

In einem gewissen Zusammenhange mit der logischen Natur des Rechtes steht auch die Frage nach den Lücken im Rechte.

Es kann wohl keinerlei Zweifel unterliegen, daß der Begriff einer Lücke im Rechte nur mit einem Wertungsstandpunkt verträglich ist.³⁾ Von einer Lücke kann nur gesprochen werden, wenn etwas Ganzes gedacht wird, an dem gemessen ein anderes ein Minus aufweist. Da das positive Recht aber nichts anderes zeigen kann als sich selbst, und daher für sich selbst auch keinen Wertungsstandpunkt abgeben kann, so muß die an ihm vollzogene Wertung eine außerrechtliche — bestenfalls eine naturrechtliche oder rechtspolitische sein. Die Wichtigkeit einer solchen Wertung für das Gebiet der Gesetzgebung soll rückhaltslos zugestanden werden. Es soll auch zugegeben werden, daß hier wie überall anders das Sein-sollende nur aus einer Erfassung und Auffassung des Seienden (wenn schon nicht aus dem Seienden selbst) erschlossen werden kann, daß mithin das Recht durch die Auffassung, der es begegnet, Angriffspunkt der Aufstellung von Lücken im Rechte ist. Vom rechtsdogmatischen Standpunkte aus aber ist das Recht lückenlos.

Von Lücken in den Gesetzen kann ebensowenig gesprochen werden, wie von Lücken im Rechte (Lücken in den Gewohnheiten wurden meines Wissens noch nie entdeckt). Das gilt sowohl für die von Zitelmann⁴⁾ sogenannten „echten“ wie für die anderen Lücken. Diese anderen Lücken liegen nach Zitelmann vor, wenn „man die nach dem Gesetz zu treffende Entscheidung sachlich beanstandet.“ Es kommt bei diesen zu einer „Korrektur“ (!) „des Rechts durch Analogiebildung,“⁵⁾ welche auf der Vorstellung beruht, daß

¹⁾ Bierling, a. a. O., Bd. II, S. 350.

²⁾ Bentham, a. a. O., S. 211.

³⁾ So auch Rumpf, a. a. O., S. 151.

⁴⁾ Lücken im Rechte, Leipzig 1903, S. 27.

⁵⁾ S. 24.

die Analogieziehung vorhandenem Rechte entspreche.⁽¹⁾ Meines Erachtens gibt es nur die eine Alternative: In den Fällen, „in denen man gemeinhin von Lücken spricht,⁽²⁾ wendet der Richter entweder Recht an, oder er tut es nicht. Der zweite Fall kann das Recht nur als Rechtsbruch interessieren oder es gar nicht interessieren, falls der Tatbestand dem Rechte nicht unterfällt. Im ersten Falle aber muß der Richter das Recht irgendwoher holen, und zwar entweder aus dem Gesetze oder aus der Gewohnheit. Daß nicht der ganze Rechtssinn im Gesetze steht, kann vom Standpunkte des Rechtes dem Gesetze nicht zum Vorwurfe gemacht werden. Den ganzen Rechtssinn enthalten die Gesetze wohl nie. Es kann sein, daß sie auch weniger vom Rechtssinne enthalten, als der Gesetzesverfasser oder ein anderer an der Gesetzgebung beteiligter Mensch beabsichtigte. Die Absicht irgend eines an der Gesetzgebung beteiligten Menschen kann aber nie den Anlaß dazu bieten, von Lücken im Gesetze zu sprechen, die irgendwie „ausgefüllt werden müßten,“ denn diese Absicht ist rechtlich völlig irrelevant. Entweder es zeigt sich außerhalb des Gesetzes noch Recht, dann ist es anzuwenden; oder es zeigt sich keines, dann ist eben nichts Anwendbares da. Von einer Ausfüllung, die nicht schon das Recht selbst besorgt hat, kann keine Rede sein

Nicht anders als bei den „gemeinhin sogenannten Lücken“ verhält es sich bei den „echten Lücken.“ „Der Fall dieser wahren Lücke ist der: das Gesetz gibt einen positiven Satz, nach dem zu entscheiden ist, läßt aber innerhalb dieses Satzes ein einzelnes Moment unbestimmt; anders gesprochen: der Wille des Gesetzes, daß eine rechtliche Behandlung gewisser Art eintrete, steht fest, aber innerhalb dieses Rahmens sind mehrere Möglichkeiten, und das Gesetz sagt nicht, welche davon es will.“⁽³⁾

Auch hier kann die Entscheidung nur Anwendung einer Rechtsregel sein, die irgendwo, sei es in, sei es außer dem Gesetze gefunden wurde; dann handelt es sich um Recht; oder die Entscheidung ist nicht die Anwendung einer Rechtsregel, dann ist sie rechtlich indifferent, oder sie ist Rechtsbruch, falls eine gegenteilige Rechtsregel für die Entscheidung dagewesen wäre.

¹⁾ S. 25.

²⁾ S. 24.

³⁾ S. 27.

Der von Zitelmann selbst herangezogene Fall der Strafrahmen¹⁾ deckt m. E. auch alle andern. Daß es bei den Strafrahmen sich nur darum handle, dem Richter die Möglichkeit zu geben, die Eigentümlichkeiten jedes einzelnen Falles zu berücksichtigen, scheint mir nicht richtig zu sein. Es kämen für die Bemessung der Strafe immer noch viele „abstrakte Regeln“ in Betracht, deren Mangel das Wesen der wirklichen Lücke ausmachen soll.²⁾

In allen Fällen behaupteter Lücken handelt es sich um das, was Zitelmann selbst³⁾ ausspricht und was dem Begriff der Lücken im Gesetze und der Lücken im Rechte für den Positivisten jede Berechtigung nimmt: „Das Gesetz hat diese“ (?) „Regelung nicht ausgesprochen . . . aber es hätte sie aussprechen sollen.“ Man könnte allgemein über sie dasjenige sagen, was Zitelmann anläßlich der Besprechung zweier staatsrechtlicher Fälle meint⁴⁾: „. . . hier sind wir am Ende der juristischen Dinge, die Jurisprudenz weiß keine Antwort mehr und die nackten Tatsachen müssen . . . Recht schaffen da, wo es vorher nicht war.“ Es liegt nämlich kein Grund vor, diesen Ausspruch auf den Fall zu beschränken, in dem kein Richter, „der entscheiden und das Spannungsverhältnis lösen könnte,“⁵⁾ da ist. Das Nichtvorhandensein einer Rechtsregel kann ja der Richter nach dem Rechte nie ersetzen. Nicht nur in den Fällen der „echten Lücken“, sondern immer liegen in der richterlichen Entscheidung Elemente, die nicht dem Rechte angehören — die konkreter Natur sind —; Rechtsanwendung aber ist seine Entscheidung insolange, als sie die Regel über seine Kompetenz nicht überschreitet, also wenigstens eine Anwendung dieser Kompetenzregel darstellt.

In den von Zitelmann herangezogenen Fällen handelt es sich meines Erachtens entweder um die Frage, ob der konkrete Tatbestand eine Subsumtion unter denjenigen Begriff zuläßt, der nach Erfassung des ganzen positiven Rechtes in seinem Zusammenhange vom Tatbestande der fraglichen Rechtsregel gebildet wurde⁶⁾; oder

¹⁾ S. 30.

²⁾ S. 31.

³⁾ S. 31.

⁴⁾ S. 33.

⁵⁾ S. 33.

⁶⁾ S. 11, „Anwesende“ und „tätige Reue,“ S. 12, „Kündigung,“ S. 13, „Gastwirt,“ S. 14, „Zusendung,“ S. 15, „Sachbeschädigung,“ S. 28, „Preisauflage.“

um die Frage, ob das freie richterliche Ermessen nicht durch Gewohnheits- oder Gesetzesrecht eingeschränkt ist, ob mit anderen Worten „jede Entscheidung innerhalb des ihm (dem Richter) gezogenen Rahmens dem Rechte entspricht“ oder nicht, wie Zitelmann selbst formuliert.¹⁾

Die zitierte Arbeit Zitelmans gibt wohl völligen Aufschluß über die bis zu ihrem Erscheinen vorhanden gewesene, für die Frage der Lücken wichtige Literatur.²⁾ Nachzutragen wären die von Brütt vertretenen Ansichten³⁾: „Von einer Lücke im Recht kann aber nur dann geredet werden, wenn ein bestimmter Tatbestand vom positiven Recht weder positiv noch negativ geregelt worden ist“ (?), „wenn also weder bestimmt ist, daß sich an den Tatbestand eine Rechtsfolge irgend einer Art knüpft, noch auch, daß er in dieser oder jener Hinsicht rechtlich indifferent sein soll.“ „... der allgemein negative Satz, nach dem alle nicht besonders geregelten Tatbestände rechtsfolgefrei bleiben, ist eine keineswegs selbstverständliche Wahrheit.“⁴⁾ „... aus dem Satz, „wenn A (scil. in das Recht aufgenommener Tatbestand) ist, dann ist X (scil. Rechtsfolge)“, folgt keineswegs, daß wenn A nicht ist, auch X nicht sein könnte...“⁵⁾ Der letztzitierte Satz ist wohl richtig, aber er beweist nichts gegen „das Dogma, nach welchem ohne weiteres alle Momente, deren das Recht nicht Erwähnung tut, vollständig rechtlich indifferent sein sollen.“⁶⁾ Dieses Dogma erhält sich als solches auf Grund der folgenden „positivistischen“ Erwägungen: Nur Sätze des positiven Rechtes können Rechtsfolgen statuieren. Rechtsfolgen ohne Rechtstatbestände sind undenkbar. Tatbestände, die in das positive Recht nicht aufgenommen sind, können keine Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Besteht nun dieses Dogma der Lückenlosigkeit, so ist ein Fall, den das Recht in Brütts Sinne nicht wenigstens negativ regeln würde, undenkbar, und es kann daher auch zu einer Lücke nicht kommen.

¹⁾ S. 31, S. 28, Wahl, S. 29, Zinsen und internationales Privatrecht, S. 30, Strafraumen.

²⁾ Man vergl. hierüber auch Bergbohm, a. a. O., S. 373 ff.

³⁾ a. a. O., S. 83.

⁴⁾ S. 78.

⁵⁾ S. 78.

⁶⁾ S. 78.

Geny¹⁾ fragt: „Que feront-ils, s'ils ne peuvent, la loi étant muette, ni consulter la contume, ni s'adresser aux inspirations de l'équité?“, und er antwortet: „Les plus intrépides de nos logiciens n'ont pas hésité à répondre que, dans le cas prévu, le juge devrait débouter le demandeur. . . .“

Es kann m. E. nicht eingesehen werden, wieso sich „les plus intrépides de nos logiciens“ dadurch gegen den art. 4 des Code civil vergehen würden, wie Geny behauptet. Dieser art. 4 verlangt doch sicher nicht, daß der Richter in jedem vom positiven Recht unregelmäßigten Falle Rechtsfolgen zuspreche! Das scheint aber freilich auch Radbruch²⁾ mit seiner Behauptung zu meinen, daß sich das Rechtsverweigerungsverbot mit der „Unvollkommenheit der Gesetze“ außer dem Falle richterlicher Rechtsschöpfung nicht vereinbaren lasse.

Im Sinne der hier vertretenen Ansicht sagt Hatschek³⁾ von den Engländern, welche die Lücken im Rechte anerkennen und dieselben durch „Equity“ füllen: „Sie praktizieren Naturrecht ohne sich dessen theoretisch bewußt zu werden.“

Das Recht will auf die Aktivität von Menschen einwirken. Dies kann es nur, wenn es sich an die Menschen selbst wendet und diesen angibt, wie ihre Aktivität beschaffen sein soll. Die Menschen selbst bleiben dabei dem Rechte vollkommen gleichgiltig. Nur mit ihrer Aktivität steht der Geltungswille des Rechtes in direkter Verbindung. Das Recht sagt: Die Aktivität der Menschen soll so oder so beschaffen sein. Es sagt aber nicht: Die Menschen sollen so oder so handeln. Das Willensverhältnis des Rechtes zu der Aktivität der Menschen sei mit Rücksicht darauf, daß es ursprünglich nichts persönliches an sich hat, ein „sachlich imperatives“ genannt. Der sprachliche Ausdruck des sachlichen Imperatives wäre: Es soll geschehen! Die gleiche Form zeigt sich in dem Ausspruche des Schöpfers: Es werde Licht! Es mag sein, daß dem Begriffe des Imperativs ein Zwang angetan wird, wenn er auf etwas Nichtpersönliches bezogen wird. Trotzdem muß der Begriff des Imperatives beibehalten werden,

1) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899, S. 32.

2) *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung* im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Tübingen 1906.

3) *Englisches Staatsrecht mit Berücksichtigung der für Schottland und Irland geltenden Sonderheiten*. In Marquardsen, *Handbuch des öffentl. Rechts*, IV, II, 4, I Tübingen 1905, S. 154.

weil der sonst etwa zur Verfügung stehende Begriff des Optativs dem unbedingten Geltungswillen des Rechtes nicht entsprechen würde.

Das Wesen des Rechtes liegt in sachlichen Imperativen beschlossen. Diese Erkenntnis ist deshalb sehr wichtig, weil sie — wie später erhellen wird — der Imperativentheorie ihre Einseitigkeit nimmt und gestattet, das subjektive Recht als ein rechtliches Dürfen aufzufassen.

Wenn die sachlichen Imperative des Rechtes wirksam werden sollen, müssen sie wohl suchen, auf die Menschen selbst einzuwirken. Eine persönlich imperativische Form brauchen die Rechtssätze aber deshalb nicht anzunehmen. Sie sind mindestens ebenso wirksam, meist sogar noch viel wirksamer, wenn sie an die Vornahme einer gewissen Handlung einen Vorteil oder einen Nachteil knüpfen. „Es erfordert nicht viel Verstand oder Ueberlegung, zu verstehen, welche Wirkung eine bedingungsweise gemachte Drohung auf den Bedrohten ausüben soll, welche Handlung oder Unterlassung mittels der bedingten Drohung gefordert wird.“¹⁾

Die sachlichen Imperative des Rechts sind mit ihrem Inhalt untrennbar verbunden — ein inhaltloser Imperativ wäre nicht Recht, da er sich nicht auf die Aktivität von Menschen beziehen und da er nicht gelten könnte. „Der Wille des Staats als solcher ist die Form des Rechts; das, was von ihm gewollt wird, ist der Inhalt des Rechts. Aber beide sind untrennbar integrierende Momente des wirklichen Rechtsbegriffs.“²⁾ Die hier gedachten Imperative sind streng von jenem Imperative zu unterscheiden, der als Gesetzesbefehl dem Gesetzesinhalte gegenübergestellt worden ist. Letzterer ist kein Imperativ des Rechtes, d. h. kein solcher, der aus dem Wesen des Rechtes erschlossen wurde, sondern er ist ein zur Rechtsschaffung gehöriger, also außerhalb des Rechtes stehender Imperativ, dessen Inhalt allerdings dem Inhalte der rechtlichen Imperative im Prinzip gleichkommt.³⁾ Er hat mit dem Rechte nur insofern zu tun, als er die Ausübung eines Verfassungsrechtes bedeuten kann, ist aber selbst ebensowenig ein Imperativ des Rechtes, als der Befehl, den der Vater dem unter seiner Gewalt stehenden Sohne erteilt. Bei

1) von Bar, Gesetz und Schuld, Bd. I, S. 2.

2) Kierulff, a. a. O., S. 2, ähnlich auch Brodmann, a. a. O., S. 24.

3) Aehnlich Brodmann, a. a. O., S. 23.

der Entstehung des Rechtes durch Gewohnheit fehlt ein dem Gesetzesbefehl analoger Imperativ, ohne daß hierdurch die Existenz des imperativen Charakters des Gewohnheitsrechtes selbst in Frage käme.

Die dem Rechte immanenten, in seinem Wesen liegenden sachlichen Imperative können nicht weggedacht werden, ohne dadurch den Begriff des Rechtes selbst zu zerstören. Dies kann man gut an Merkel's Aufstellung sehen: „Das Recht stellt sich einerseits dar als ein Ganzes von Urteilen (Lehre) über das was in bezug auf die Grenzverhältnisse des gesellschaftlichen Lebens als zweckmäßig und gerecht zu erachten ist.“¹⁾ In diesem Satze²⁾ käme das Recht nur als „Lehre“ in Betracht. Eine solche wird es aber erst durch das außerrechtliche Urteil: Der Inhalt der rechtlichen Imperative ist zweckmäßig und gerecht. Es träte also zum Rechte etwas Neues hinzu. Andererseits enthielte die Auffassung des Rechtes als Lehre eine Nichtberücksichtigung seines Willens zur Verwirklichung. Falls man die Rechtssätze als Urteile fassen will, kann man dies höchstens unter Hinzufügung ihres imperativen Charakters tun, indem man z. B. sagt: Das Recht ist ein System von Urteilen über das vom Rechte geforderte menschliche Verhalten. Richtig drückt Brütt dies aus³⁾: „. die Rechtsnorm ist ein sozialer Imperativ, also eine Handlung, dagegen sind die Rechtssätze als Inhalt der Rechtsnormen“ (!) „Urteile, welche regelmäßig einen hypothetischen Charakter an sich tragen.“

„Jeder Rechtssatz enthält eine Anordnung, bestimmt, daß etwas Rechtens sein soll. Hierdurch unterscheidet sich der Rechtssatz vom Lehrsatz (Rechtsdogma), welcher ausspricht, was Rechtens ist“⁴⁾

Daß in der Vorstellung der begriffsentwickelnden Rechtssätze nichts liegt, was der Auffassung derselben als Imperative, resp. als Teile von Imperativen widerspräche, erfordert wohl keine besondere Ausführung.⁵⁾

Wegen der Häufigkeit von Mißverständnissen, welche den imperativen Charakter des Rechtes betreffen, sei noch auf den Weg hingewiesen, der zur Annahme dieses Charakters führte: Das Recht

¹⁾ Enz., S. 32.

²⁾ Merkel fügt einen zweiten hinzu, in dem er das Recht als Macht anspricht.

³⁾ a. a. O., S. 32.

⁴⁾ Regelsberger, Pandekten, Bd. I, S. 112.

⁵⁾ Man vergl. Regelsberger, Pandekten, Bd. I, S. 112.

zeigte sich als in der Aktivität von Menschen verwirklicht. Daraus wurde geschlossen, daß es eine Kraft — ein Wille sei, der sich an den Rechtssinn knüpfte, um denselben zu verwirklichen. Es liegt also der imperative Charakter des Rechtes in dessen Geltung beschlossen.

Will man nach Konstatierung des imperativen Charakters allen Rechtes dessen Struktur ergründen, d. h. aufdecken, wie die Rechtsätze gedacht werden müssen, ohne dabei das Einzelne derselben zu berücksichtigen, so muß man auf den Ausgangspunkt zurückgehen, und fragen: In welcher Art kann das Recht sagen, α wie die Aktivität der Menschen beschaffen sein soll, und β wann sie dies sein soll? Es ergibt sich dann Folgendes:

α Das Recht muß diejenigen Handlungen bezeichnen, für die es sich überhaupt interessiert, sohin muß es diejenigen bejahen, die ihm genehm sind, und diejenigen verneinen, die ihm nicht genehm sind, endlich muß es seinen Willen dahin kundgeben, daß das Bejahte geschehe, das Verneinte aber unterlassen werde.

1. Da das Recht seinem Geltungswillen zufolge zu allem, wofür es sich interessiert, bejahend oder verneinend Stellung nehmen muß, so braucht es nicht vorerst den Kreis derjenigen Handlungen zu bestimmen, um die es sich kümmern will. Diese Handlungen ergeben sich ja von selbst aus den Bejahungen und Verneinungen. Es sei aber hier betont, daß jeweils unter den Rechtsuntertanen ein bestimmtes Gefühl dafür vorhanden ist, welche Handlungen dem Gebiete des Rechtes unterfallen, und welche dies nicht tun sollen. Dieses Gefühl, das natürlich nicht dem positiven Rechte entstammt, gibt wiederholt Anlaß zur Behauptung der Existenz von Lücken im Recht. (Man vergl. insbesondere *Brütts* obzitierte Wendung¹⁾: „wenn ein bestimmter Tatbestand vom positiven Rechte weder positiv noch negativ geregelt worden ist“). Da es aber dem positiven Rechte ganz gleichgültig ist, was dort geschieht, wo es weder bejahend noch verneinend eingreift, so kann das erwähnte Gefühl der Rechtsuntertanen keinen Anlaß zu rechtlichen Aussprüchen (etwa zu Erlaubnissen) geben. Bezüglich derjenigen Handlungen, welche das Recht weder bejaht noch verneint, von einem Dürfen zu sprechen, scheint mir nicht richtig zu sein. Wo kein Recht ist, im rechtsleeren Raum, kann es auch kein rechtliches Dürfen geben. Ein Dürfen an sich kann aber überhaupt nicht konstruiert werden, denn man

¹⁾ S. 6.

darf etwas immer nur im Hinblick auf die Uebereinstimmung mit einem übergeordneten Willen, also nur bei Bejahung der entsprechenden Handlungen durch diesen Willen. Das sogenannte Dürfen könnte in dem rechtsleeren Raum nur ein ethisches Dürfen sein. Die Aufstellung eines solchen hat aber hier gar keinen Wert, da es sich nicht gegen das rechtliche Dürfen¹⁾ abgrenzt, mit diesem vielmehr in weitem Bereiche zusammenfällt.

Die Ausführungen *Bierlings* in der juristischen Prinzipienlehre, Bd. I, S. 160, richten sich nur gegen das „Dürfen“ als gegen den „positiven Ausdruck für die dem Wesen nach negative Tatsache bezw. Erkenntnis, daß einem gewissen Verhalten im gegebenen Falle keine positive Rechtsnorm entgegensteht.“ Sie sind also durchaus den hiesigen Aufstellungen gleichgerichtet und treffen das später als das Wesen des subjektiven Rechtes dargelegte rechtliche Dürfen keineswegs.

2. Anders als bejahend oder verneinend kann das Recht zu Handlungen nicht Stellung nehmen. Die Bejahung und Verneinung kann aber vom Rechte verschiedenartig ausgedrückt werden. Am einfachsten und direkt erfolgt sie dadurch, daß das Recht durch Imperative den Handlungssubjekten kundgibt, wie ihre Aktivität beschaffen sein soll. Sie wird jedoch, wie schon oben erwähnt, ebenso sicher ausgedrückt, indem vom Rechte mit manchen Handlungen etwas verknüpft wird, das von den Handlungssubjekten im allgemeinen als Vorteil, und indem mit andern Handlungen etwas verknüpft wird, das von ihnen im allgemeinen als Nachteil empfunden wird. Als Mittel der Bejahung und Verneinung haben Vorteil und Nachteil mit dem Rechte nur indirekt zu tun. Sie müssen nicht notwendig selbst wieder in Handlungen von Menschen bestehen, sie erschöpfen sich meist nicht in menschlichen Handlungen. Es können als Vor- und Nachteil Rechte und Pflichten, rechtliche Fähigkeiten und noch vieles Andere in Betracht kommen. Wird z. B. als Mittel der Verneinung des Mordes Verknüpfung desselben mit der Todesstrafe angewendet, so erschöpft sich der Inhalt dieser Strafe nicht in der Duldung der vom Rechte bejahten Tötungshandlungen, sondern vielmehr nur im Tode selbst — also im Erfolge der Tötungshandlungen. Der Erfolg einer Handlung enthält aber natürlich zahllose außerhalb der menschlichen Aktivität liegende

¹⁾ Man vergl. S. 83 f.

Voraussetzungen. Ebenso ist es, wenn das Recht als Mittel der Bejahung guter Führung eines Sträflings die Entlassung desselben verordnet. Die Entlassung erschöpft sich auch hier nicht in den bejahten Entlassungshandlungen, sondern in dem Vorteil, der aus denselben für den Sträfling erwächst. Wenn das Recht Macht über die Elemente hätte, so könnte es auch Sonnenschein und Regen als Mittel der Bejahung und Verneinung von Handlungen verwenden, ohne sein auf die Aktivität von Menschen gerichtetes Wesen zu verlieren.

Die Bejahung und Verneinung des Rechtes ist niemals nur für den Angesprochenen relevant, sondern sie wirkt noch weiter. Wird z. B. die Handlung bejaht, durch welche A dem B einen Vorteil zukommen läßt, so erhält B dadurch zwar noch nicht ein Recht auf diesen Vorteil, wohl aber wird seine Position durch das Recht gestärkt. Ebenso liegt es, wenn das Recht eine Handlung des A verbietet, welche dem B einen Nachteil bringt. B erhält hiedurch noch kein Recht auf Unterlassung des Nachteils, wohl aber wird auch hier seine Position durch das Recht gestärkt. Umgekehrt kann das Recht durch Bejahungen und Verneinungen auch die Position eines Nichthandelnden schwächen.

In all diesen Fällen handelt es sich nicht um Rechte, sondern nur um den Reflex von Pflichten. Die Pflichtenreflexe werden überall da praktisch, wo für die Pflichtenerfüllung mehrere Instanzen existieren; aber auch sonst können sie praktisch werden, z. B. dadurch, daß die bloße Konstatierung einer Pflichtenverletzung oft als Motiv zu nachträglicher Pflichtenerfüllung wirken kann.

3. Zu den Bejahungen und Verneinungen hat noch der Wille hinzutreten, daß den Bejahungen entsprechend geschehe, daß den Verneinungen entsprechend „nicht geschehe.“

Bei Gewährung eines Vorteils und bei Zufügung eines Nachteils ist der Geltungswille des Rechtes mit der Bejahung und Verneinung ebenso unlöslich verbunden, wie dies bei Befehlen und Verboten der Fall ist.

Solange zu jeder Bejahung und Verneinung der Geltungswille ohne weitere Bedingung hinzutritt, kommt es immer zu einem persönlichen Sollen.

Der Wille des Rechtes kann aber auch derart mit den Bejahungen verbunden sein, daß er zu zwei, zu mehreren oder unzähligen solchen Bejahungen unter der Bedingung hinzutritt, daß eine oder die andere

von den bejahten Handlungen im Willen eines bestimmten Menschen liege. Hier spricht man von einem Dürfen, von einem subjektiven Rechte.

Das Recht verliert hier förmlich seinen eigenen Willen und nimmt den Willen des Berechtigten in sich auf. „Das einzelne Recht ist die konkrete Einheit des Staats- und Einzelwillens.“¹⁾ Das subjektive Recht kann man als autonomes Handeln ansprechen.

Resümierend sei gesagt: Die Bejahungen und Verneinungen des Rechtes können sich zeigen in Geboten, Verboten, Gewährungen und Entziehungen. Die Gewährungen und Entziehungen gehen nicht restlos in Geboten und Verboten an andere auf. Das Recht nützt in ihnen alles aus, was es noch als seiner Macht unterstehend ansehen kann, insbesondere den Erfolg von Handlungen.

Das sachliche Sollen des Rechtes — es soll die Aktivität von Menschen so oder so beschaffen sein — ist entweder vom Willen des Angesprochenen unabhängig und wird dadurch zum persönlichen Sollen, zur Pflicht, oder aber, es hat den Willen des Angesprochenen zur Voraussetzung und bildet so ein persönliches Dürfen, ein subjektives Recht.

Auf die ungemein reiche Literatur über das Wesen des subjektiven Rechtes²⁾ braucht hier umsoweniger eingegangen zu werden, als ja der wohl noch immer herrschenden Auffassung³⁾ desselben als „Wollenddürfen“ gefolgt wird.⁴⁾

Gegen alle Ausführungen, welche, *Ihering* folgend, die hier gewählte Charakterisierung des subjektiven Rechtes als zu formalistisch ablehnen, sei hier nur auf *Windscheid*⁵⁾ verwiesen:

¹⁾ Kierulff, a. a. O., S. 9.

²⁾ Man vergl. diesbez. *Windscheid-Kipp*, a. a. O., Bd. I, S. 156 ff.

³⁾ Als solche auch bezeichnet von *Regelsberger*, *Pand.*, S. 75, Anm. 3.

⁴⁾ Gegen *Zitelmann* und mit *Jellinek* erklärt *Seckel*, die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechtes, in der Festgabe für *Koch*, Berlin 1903, S. 210, daß jedes subjektive Privatrecht notwendig ein „Dürfen“ enthalte. Den bezüglichen Aufstellungen *Jellineks* folgt *Sternberg*, a. a. O., Bd. II, S. 25 ff. Gleiches sagt *Merkel*, *Enz.*, S. 72, §§ 153—155, und im Wesen auch *Windscheid*, *Pand.*, Bd. I, S. 156, und *Gierke*, *Privatrecht*, Bd. I, S. 255.

⁵⁾ *Pand.*, Bd. I, S. 157.

„Gewiß wird die Rechtsordnung Rechte nur zu dem Ende verleihen, um damit die Interessen derjenigen zu befriedigen, denen sie dieselben verleiht. Aber in die Definition des Rechtes gehört der Zweck, um dessentwillen es verliehen wird, nicht.“

Die Aufstellungen der Imperativisten¹⁾ unterscheiden sich von den hiesigen nur dadurch, daß die Imperativisten davon ausgehen, alle Rechtssätze seien persönliche Imperative, während hier die sachlichen Imperative den Ausgangspunkt bilden.

Die Anschauung, die das subjektive Recht als ein vom objektiven Recht verliehenes „Können“ anspricht, wird später berührt.²⁾

§ Alles Bisherige, d. h. das Sollen und Dürfen des Rechtes gehörte dem raum- und zeitlosen Reiche der Normen zu. Das Recht hat es aber nicht mit einer ideellen, sondern mit der wirklichen, in Raum und Zeit sich abspielenden Aktivität der Menschen zu tun. Es muß — um praktisch zu werden, um gelten zu können — angeben, wann das von ihm in bestimmter Weise beschriebene sachliche Sollen einzutreten hat. Jedes sachliche Sollen muß in solcher Art mit dem normfreien Reiche der Geschehnisse verbunden werden, daß es klar wird, wann es einzutreten habe. Dies geschieht dadurch, daß die Rechtsfolge (das sachliche Sollen des Rechtes) an einen Tatbestand gebunden wird, welcher die Voraussetzung der Rechtsfolge darstellt.

„Die Rechtsnorm setzt einen Tatbestand voraus, an dessen Eintreten sie gewisse Rechtsfolgen anknüpft“³⁾.

„Rechtssätze sind Sätze, welche dazu bestimmt sind, an einem vorausgesetzten Tatbestand subjektive Rechte und Pflichten zu begründen⁴⁾“

Nach *Loening*⁵⁾ besteht das Recht in „Vorstellungen, die einerseits je an gewisse Tatsachen, an gewisse Sachverhalte oder, wie wir Juristen es nennen. Tatbestände sich anknüpfen, die anderer-

¹⁾ Man vergl. z. B. Bierling, a. a. O., Bd. I, S. 152; Thon, a. a. O., S. 223; Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. I, S. 44; Hold von Ferneck, a. a. O., S. 99.

²⁾ S. 86 f.

³⁾ Bornhak, Staatsrecht, Bd. I, S. 443.

⁴⁾ Haenel, d. Ges. i. form. u. mat. Sinn, S. 122.

⁵⁾ Ueber Wurzel und Wesen des Rechtes, Rede, Jena 1907, S. 20.

seits inhaltlich dahin gehen, daß bei solcher Sachlage ein bestimmtes äußeres . . . Verhalten gewisser Personen gegenüber gewissen andern Personen das richtige oder, wie wir eben sagen, das rechte sei“.

„Jeder Rechtssatz knüpft die von ihm verordnete Rechtsfolge an einen bestimmten Tatbestand“¹⁾.

Mit Rücksicht darauf, daß den Rechtssätzen der Tatbestand wesentlich ist, kann man sagen, daß sie hypothetische Sätze seien²⁾.

Unter die Voraussetzungen des Eintrittes von Rechtsfolgen gehört auch die Zugehörigkeit von Handlungen zu bestimmten Subjekten, und weiter gehören dazu eventuell auch bestimmte Zustände dieser Subjekte. Faßt man alle Voraussetzungen von Rechtsfolgen auf als die Möglichkeit des Eintrittes des Rechtssinnes in die Rechtswirklichkeit, so kann man aus diesen Voraussetzungen jene ausscheiden, welche als Zustände an die Handlungssubjekte geknüpft sind, und diese Zustände kann man als Fähigkeit zur Setzung von Rechtsfolgen — als ein rechtliches Können bezeichnen. Das Recht verleiht die Fähigkeit zur Herstellung von Rechtsfolgen. Diese Fähigkeit kann den Handelnden als Vorteil und als Nachteil erscheinen (Rechtsfähigkeit, Verpflichtungsfähigkeit, Straffähigkeit). Sie enthält eine juristische Macht, die dem nicht gleicherweise Befähigten fehlt. Sie ist sowohl die notwendige Voraussetzung jeglichen Dürfens, als die jeglichen Sollens. Das Dürfen enthält insoferne mehr als das rechtliche Können, als beim Dürfen der Wille des Handelnden gleichzeitig notwendig auch der Wille des Rechtes ist, während beim Können ein Wille des Rechtes im Sinne der Vornahme einer Handlung überhaupt fehlt. „Die Handlung, durch welche ein Recht ausgeübt wird, ist als solche eine rechtmäßige Handlung. Das gilt von dem Rechte im weitesten Sinne.“³⁾ . . .“ Die Vornahme oder Nichtvornahme der nur gekonnten Handlung — also die Setzung des Tatbestandes — steht außerhalb des Reiches

¹⁾ Regelsberger, Pandekten, Bd. I, S. 121.

²⁾ Man vergl. diesbezüglich Brodmann, a. a. O., S. 17 und 49, Bierling, a. a. O., Bd. I, S. 77, Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 208, Löning, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Frankfurt 1885, S. VI, Ihering, Geist, 3. Aufl., Bd. I, S. 52, Hold von Ferneck, a. a. O., S. 202.

³⁾ R. Sohm, Der Gegenstand, Leipzig 1905, S. 84.

der Normen, sie liegt im rechtsleeren Raum, sie ist weder rechtmäßig noch rechtswidrig. Praktisch allerdings ähneln sich das rechtliche Dürfen und das rechtliche Können so sehr, daß Letzteres auch als subjektives Recht in Anspruch genommen wurde.¹⁾

Seine Stellung als Tatbestandselement scheint mir jedenfalls eine genaue Scheidung von dem als Rechtsfolge, als Rechtsinhalt erscheinenden, rechtlichen Dürfen zu erfordern. Alles Andere ist eine bloße Frage der Terminologie.

E. Das bisher über die allgemeine logische Natur²⁾, die überkonkrete Beschaffenheit³⁾, die Widerspruchslosigkeit⁴⁾, die Lückenlosigkeit⁵⁾, den sachlich imperativen Charakter⁶⁾ und den hypothetischen Bau⁷⁾ vom Recht Gesagte, gilt für alles Recht, und es macht die Art der Offenbarung des Rechtes in allen diesen Richtungen keinen Unterschied aus.

Voraussetzung für die Offenbarung eines Rechtes ist die Existenz dieses Rechtes, d. h. eine Rechtswirklichkeit. Eine solche liegt nur dort vor, wo der Rechtssinn gilt, wo er sich in den Handlungen der Menschen verwirklicht. Um aber dies konstatieren zu können, muß sich der Rechtssinn vorerst geoffenbart haben.

Der Sinn von Handlungen kann sich nur in Handlungen oder in Worten offenbaren — er kann nur in Handlungen oder in Worten verkörpert sein. Der Sinn kann nicht zweimal, sondern nur einmal verkörpert sein, denn es gibt eben nur einen Rechtssinn.

Ein Recht, dessen Sinn sich in Handlungen verkörpert, heißt Gewohnheitsrecht; ein Recht, dessen Sinn sich in Worten verkörpert, heißt Gesetzesrecht.

Gewohnheitsrecht existiert also, wenn der in Handlungen geoffenbarte — verkörperte Sinn in weiteren Handlungen ver-

¹⁾ Man vergl. hiezu insbesondere Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1905, 2. Aufl., S. 52 ff. und Sternberg, a. a. O., Bd. II, S. 23 ff.

²⁾ S. 64 ff.

³⁾ S. 69 ff.

⁴⁾ S. 73 f.

⁵⁾ S. 74 ff.

⁶⁾ S. 78 ff.

⁷⁾ S. 85 f.

wirklicht wird. Gesetzesrecht existiert, wenn der in Worten verkörperte Sinn in Handlungen verwirklicht wird.

α Die Offenbarung des Sinnes vom Gewohnheitsrechte geschieht in Handlungen. Diese selbst müssen noch nicht auf Grund ihres Sinnes, sie können völlig unbewußt zustandegekommen sein. Sie kommen nur als Tatsachen, als etwas Faktisches in Betracht. Ihre Entstehung, ihre Gründe sind für das Recht gleichgültig — sie brauchen keineswegs schon auf Grund des Gedankens an eine Norm zustandegekommen zu sein. Erst aus ihnen wird ein für die zukünftigen Handlungen normativer Sinn geschöpft, und erst diese zukünftigen Handlungen bringen in ihrer Uebereinstimmung mit dem vorher geoffenbarten Sinn die Rechtswirklichkeit zustande.¹⁾ Soll der Sinn dieser Rechtswirklichkeit gehoben werden, so muß immer wieder auf die Handlungen als solche zurückgegangen werden, d. h. auf die Handlungen als Tatsachen, nicht aber auf die Absichten, aus denen sie entstanden sind. Der Sinn eines neuen, einem existent gewesenen Gewohnheitsrechte widersprechenden Gewohnheitsrechtes kann nur durch Handlungen geoffenbart werden, die selbst keinerlei normativen Gedanken in sich tragen und rein als Tatsachen betrachtet werden.

Es sei vorübergehend betont, daß es sich hier nirgends um den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechtes handelt, der ja dem Geltungsgrund des Rechtes überhaupt gleich sein muß, sondern nur um die Offenbarung des Rechtes als Gewohnheitsrecht.

Das in Handlungen dokumentierte Recht kann kein großes Gebiet umspannen. Die Rechtshandlungen müssen ja gleichmäßig sein, und um dies zu sein, müssen sie im Geiste der Menschen behalten werden, was bei wachsender Menge derselben zu Unsicherheit und Zweifeln führen muß und endlich ohne Hilfsmittel ganz und gar ausgeschlossen ist. Als Hilfsmittel bewährt sich hier die Schrift. Der Sinn der Rechtswirklichkeit wird aufgezeichnet, und das Recht erhält dadurch die Möglichkeit, sein Gebiet beliebig zu erweitern.

Diese Aufzeichnung bildet keine Offenbarung des Rechtes.

¹⁾ Das tatsächlich Geübte verwandelt sich in Normatives, wie Jellinek in seinem Staatsrecht, S. 345, konstatiert.

Sie ist nur ein mnemotechnisches Hilfsmittel für das nach wie vor einzig und allein in Handlungen geoffenbarte Recht. Man spricht da von geschriebenem Gewohnheitsrecht.

Praktisch tritt das aufgezeichnete Recht an die Stelle der dem Vergessen anheimgegebenen Handlungen, welche die Rechts-offenbarung ausmachen. Die dem Rechte entsprechende Aktivität der Menschen kann von nun an auch durch den bloßen Blankettwillen aufrecht erhalten werden: Ich tue, wie geschrieben steht. Ist dies einmal eingetreten, dann kann der Versuch unternommen werden, diesen Blankettwillen mit einem Sinne auszufüllen, der bislang noch nicht in Handlungen geoffenbart war. Es beginnt die Möglichkeit einer Rechtspolitik.

Diese Rechtspolitik kann von jedem betrieben werden, der durch seine Autorität, oder durch die Güte seiner Arbeit darauf rechnen kann, als Rechtsaufzeichner gehört zu werden. Sie kann von Privaten ausgehen (man denke an die mittelalterlichen Rechtsbücher!) oder vom Staate. Zu betonen ist freilich wiederum, daß alle diese rechtspolitischen Unternehmungen erst dann zu Recht führen, wenn sie sich in Handlungen geoffenbart haben. Vorher sind sie nicht Recht und können auch nicht als solches kritisiert werden. Wird in der Offenbarungsart des Gewohnheitsrechtes durch dessen Aufzeichnung auch nichts geändert, so untersteht es doch keinem Zweifel, daß es für das Recht einen Unterschied ausmacht, ob die das Recht offenbarenden Handlungen durch Sätze beeinflusst werden, die vorerst planmäßig und im Zusammenhange durchdacht worden sind, wie dies doch bei jeder Rechtsaufzeichnung geschehen muß, oder ob dies nicht der Fall ist. Diesen Unterschied treffen folgende Aussprüche, die fälschlich nur auf den Unterschied von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht bezogen werden: „Zur Zeit, als das Recht noch nicht in die Sphäre bewußter Satzung gerückt war, entbehrte es gleich den anderen Mächten seines utilitaristischen Charakters.“¹⁾

„Das Gesetz ist der Akt, wodurch das Recht aus dem Zustand der Naivität heraustritt und in offizieller Weise zum Selbstbewußtsein gelangt.“²⁾

„Wie Kinder und Ungebildete vorzugsweise durch Gewohn-

¹⁾ Hold von Ferneck, a. a. O., S. 41.

²⁾ Ihering, Geist, Bd. II, 1, S. 35.

heiten sich leiten lassen, der erwachsene und gebildete Mann aber mit Bewußtsein die Prinzipien seines Handelns erfassen und durchführen soll, so wird auch im Rechtsleben der Völker das Verhältnis von Gewohnheit und Gesetz ein anderes, wenn ihr Leben sich zu reiferen Zuständen entwickelt.“¹⁾

„Wie überhaupt das planmäßige Schaffen dem mehr instinktiven Handeln überlegen ist, so ist auch das uralte Volksrecht dem modernen Gesetzesrecht technisch bei weitem nicht gewachsen.“ „... Ueberall in der Universalrechtsgeschichte wird durch die Forschung bestätigt, daß die Unsicherheit und Zweifelhaftigkeit des uralten Gewohnheitsrechtes zu einer Formulierung durch feierliche Gesetzesworte drängt.“²⁾

„Eine rationalistische Rechtsschaffung, wie sie die *Ihering'sche* Theorie im Auge hat, ist überhaupt nur denkbar und möglich bei organisierter staatlicher Gesetzgebung.“³⁾

„In der Tat wird man nicht übersehen dürfen, daß das Gewohnheitsrecht nur der Ausdruck der Totalexistenz der Uebenden in ihrer zufälligen historischen Bestimmtheit ist, während das Gesetz auf bewußter Abwägung der Gründe und bewußter Erfassung der zu erreichenden Ziele beruht.“ „Eine ergiebigere Gesetzgebung gehört erst einer späteren Bildungsstufe der Völker an. In gleichem Maße, wie die Gesetzgebung sich entwickelt, tritt das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund.“⁴⁾

„Darüber ist man heutzutage wohl vollkommen einig, daß das Gewohnheitsrecht eine sehr unvollkommene Form des Rechtes bildet. Eben der Vorzug, den es vor dem geschriebenen Gesetze voraus hat, daß es sich nämlich fast unbewußt und unbemerkt weiter bildet, setzt der Verbreitung sowie der Klarheit und Bestimmtheit seiner Erkenntnis Schranken.“⁵⁾

„Das Recht bildet sich aus der Auffassung der inneren Zwecke des Ganzen und der Gliederung, welche zu wahren sind, sei es mehr unbewußt und durch stillschweigende Anerkennung im Ge-

¹⁾ Bruns in Holtzendorffs Enz., S. 303.

²⁾ Brütt, a. a. O., S. 26 und 50.

³⁾ Loening, Wurzel und Wesen, S. 10.

⁴⁾ Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 80 und 81.

⁵⁾ Brusa, Das niederländische Strafgesetzbuch vom 3. März 1881, in der Z. f. d. ges. Strafrechtsw., Bd. I, S. 309.

wohnheitsrecht, sei es bewußter und planmäßiger in der Gesetzgebung. . .

Das aufgezeichnete Wohnheitsrecht hat drei Eigenschaften, die dem nicht aufgezeichneten Wohnheitsrechte fehlen: 1. Das Recht kann ohne Rücksicht auf die Schwäche des menschlichen Gedächtnisses sein Gebiet ausbreiten. 2. Die das Recht offenbarenden menschlichen Handlungen werden durch planmäßige Durchdenkung ihres Sinnes beeinflußt. 3. Der Wille zu tun, wie geschrieben steht, ermöglicht eine Rechtspolitik.

Auf Grund dieser drei Eigenschaften gewinnt die Aufzeichnung des Wohnheitsrechtes an Boden. Nur ein kleiner Schritt führt von ihr hinüber zum

§ Gesetzesrecht. Hier bedarf der aufgezeichnete Rechtssinn nicht mehr einer Offenbarung in Handlungen, sondern er ist selbst schon die Verkörperung des Rechtssinnes. Bei Konstatierung der Existenz von Gesetzesrecht kommt den Handlungen nie eine sinngebende, sondern höchstens eine sinnaufnehmende Bedeutung zu. Während es nebeneinander mehrere verschiedene Aufzeichnungen desselben Wohnheitsrechtes geben kann, die ja alle erst auf ihre Wahrheit hin an dem Sinne der das Wohnheitsrecht dokumentierenden Handlungen prüfbar bleiben, ist es ausgeschlossen, daß sich dasselbe Gesetzesrecht in verschiedenen Worten zeigt. Das Gesetz ist selbst der Körper des Rechtssinnes. Es ist somit nicht bloß, wie *Bülow* meint¹⁾ „eine Vorbereitung, ein Versuch zur Bewirkung einer rechtlichen Ordnung,“ sondern es ist der Sinn dieser Ordnung selbst. Es ist auch nicht nur „Gedankenwecker,“ wie *Bergbohm*²⁾ sagt, sondern ein verkörperter Rechtsgedanke. Es ist prinzipiell nicht Denkinhalt sondern Denkobjekt, und es unterscheidet sich hierdurch gleicherweise von dem geschriebenen Wohnheitsrechte und von der wissenschaftlichen Arbeit. Nicht seine Wahrheit, sondern nur seine Existenz als Rechtssinn kommt in Frage. Während beim geschriebenen Wohnheitsrechte die dem Rechte entsprechende Aktivität durch den Willen aufrecht erhalten werden konnte: Ich tue, wie geschrieben steht, muß beim Gesetzesrechte dieser Wille noch dahin näher determiniert werden: Ich tue, wie im

¹⁾ Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885, S. 45.

²⁾ a. a. O., S. 382.

Gesetze geschrieben steht. Dazu muß aber jeweils bestimmt sein, welche Rechtsaufzeichnung, wessen Aeüßerung Gesetz ist. Das Verfassungsrecht kann selbst Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht sein. Das Recht zur Erlassung der Verfassungsgesetze kann wieder aus einer früheren Verfassung hervorgehen, letzten Endes aber muß es auf eine Tatsache zurückführen, welche die erste Offenbarung eines später verwirklichten Rechtssinnes darstellt. So entspringt das Gesetzesrecht dem Gewohnheitsrechte. „Alle Verfassung, sohin die gesetzgebende Gewalt selbst ist ursprünglich Gewohnheitsrecht.“¹⁾

Ein wesentlich praktischer Unterschied zwischen geschriebenem Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht besteht nicht. Wenn auch für ein und dieselbe Rechtswirklichkeit prinzipiell nur ein Gesetz, wohl aber verschiedene Aufzeichnungen von Gewohnheiten denkbar sind, so entspricht dieser Rechtswirklichkeit doch nur eine einzige wahre Aufzeichnung des Rechtssinnes, und diese wird dem Gesetze gleichkommen.

Ueberdies ist keine Rechtswirklichkeit möglich, die nicht gleich gut in Handlungen und in Worten geoffenbart gedacht werden könnte. Der prinzipielle Unterschied zwischen dem Gesetzesrechte und dem geschriebenen Gewohnheitsrechte hängt enge mit dem Unterschiede zwischen deduktiver und induktiver Geistestätigkeit zusammen. Der Uebergang von der Induktion zur Deduktion steht gleich dem Uebergang von Gewohnheitsrecht zu Gesetzesrecht. Der freilich nur in allgemeinen Sätzen denkbare Rechtssinn²⁾ offenbart sich beim Gewohnheitsrechte in konkreten Handlungen, beim Gesetzesrechte aber in allgemeinen Sätzen. Solange für das Leben in der Gemeinschaft die Gefühls-tätigkeit, das konkrete Handeln, den sichereren Anhaltspunkt gewährt, wird von da aus induktiv zu den Regeln fortgeschritten, die das erste Recht ausmachen. Sobald aber diese Regeln dem konkreten Handeln gegenüber größere Sicherheit verbürgen, werden sie aufgezeichnet, und das konkrete Handeln wird nun deduktiv nach den schon fixierten allgemeinen Regeln gerichtet. Wird die deduktive Geistestätigkeit allgewaltig, wird das Bewußtsein wach, daß ein einziges oberstes Prinzip alle Regeln für

¹⁾ Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 226.

²⁾ Man vergl. S. 69 ff.

die menschliche Aktivität beherrsche und beherrschen solle (rechtspolitisch gedacht), so kommt es zum Naturrecht, das nach Fixierung des obersten Prinzipes nur deduktive Arbeit kennt und ausschließlich für das Gesetzesrecht Partei ergreift.

„Aus einem höchsten, der reinen Vernunft entnommenen Prinzip lasse sich die Gesamtheit des ewig gültigen, an Zeit und Ort nicht gebundenen Rechts deduzieren, welches von dem Gesetzgeber eines jeden historisch wirklichen Staates realisiert werden müsse. So glaubte man ein innerlich zusammenhängendes System von Rechtsgrundsätzen schaffen zu können, welches auch dem Richter als unfehlbare Quelle seiner Entscheidungen dienen könne. Man stellte hiernach an die Legislation die Forderung, für die Abfassung eines Gesetzbuches Sorge zu tragen, worin das ganze im Staat anzuwendende Recht begriffen, und mit möglichster Bestimmtheit und Klarheit dem Richter vorgeschrieben wäre . . .“¹⁾

Nach dieser Ueberhebung des menschlichen Geistes wurde wieder mehr auf die konkreten Handlungen gebaut, das Gewohnheitsrecht bevorzugt und vom Gesetzesrecht wenigstens gefordert, daß es sich nicht zu weit von dem schon in Handlungen dokumentierten Sinne entferne. Eine Vereinigung dieser Forderung der historischen Rechtsschule mit den Ideen des Naturrechtes bringt es zu jener Art geschriebenen Rechtes, das in der modernen Gesetzgebung hervortritt. Wohl spielen hier dank der übermächtigen Stellung des Rechtsaufzeichners — des Staates — viele rechtspolitische Prinzipien ein, die in ganze Gruppen von Regeln eingearbeitet werden, aber diese Arbeit geschieht nicht mehr ohne stete Prüfung an dem Sinne der bisherigen konkreten Rechtshandlungen.

„Das Bedürfnis und Verlangen der Gegenwart ist nicht, daß irgend ein bisher unerhörtes Recht neu ersonnen und aufgestellt werde, sondern daß die Vielheit des Rechts, das wir schon haben, eine Einheit und dadurch Einfachheit und Klarheit werde. Wir können uns weder über die vorhandene Welt hinausphantasieren, noch uns zurückdatieren in die Zeit unserer Väter.“²⁾

Es wurde zur Zeit der großen Codifikationen und es wird auch heute noch viel über den verschiedenen Wert und über

¹⁾ Kierulff, a. a. O., S. XIII, XIV.

²⁾ Kierulff, a. a. O., S. XX, XXII.

die verschiedene Kraft von Gewohnheits- und Gesetzesrecht gestritten.

Um Letzteres vorauszunehmen, sei bemerkt, daß die eine Art der Offenbarung des Rechtes diesem nicht mehr Kraft verleihen kann als die andere. Die Offenbarungsart des Rechtes kann mit dessen Kraft überhaupt nichts zu tun haben. Bei der Frage nach der verschiedenen Kraft von Gewohnheits- und Gesetzesrecht handelt es sich denn in der Tat immer nur um die Frage, ob jeweils ein in Handlungen oder ein in Worten verkörperter Sinn Rechtssinn ist — anders ausgedrückt: ob ein präsumptives Gesetzes- oder ein präsumptives Gewohnheitsrecht gilt. Diese Frage aber fällt zusammen mit den Kriterien der Geltung des Rechtes überhaupt und hat gar nichts mit dem Unterschiede zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht zu tun, welche beide im Hinblick auf ihre Kraft völlig gleichstehen.¹⁾ Es gibt nur eine Rechtswirklichkeit, daher auch nur einen Rechtssinn und dieser Rechtssinn kann nur einmal verkörpert sein. Aendert sich das Recht, so ändert es sich durch eine neue Rechtswirklichkeit, nicht aber durch die Offenbarung eines neuen Rechtssinnes. Recht wird immer nur durch Recht abgeschafft und geändert, nicht aber durch Gesetz oder Gewohnheit.

Die Tatsache, daß das Gesetzesrecht an Ausbreitung immer mehr gewinnt, das Gewohnheitsrecht aber an Boden verliert²⁾, hat mit einer verschiedenen Kraft der Offenbarungsarten des Rechtes gar nichts zu tun.

Daß die Frage nach den Kriterien der Geltung eines Rechtes mit jener nach einer verschiedenen Kraft dieser Offenbarungsarten

¹⁾ So die herrschende Auffassung in Deutschland. Man vergl. insbesondere: Thöl, a. a. O., S. 164; Merkel, Enz. S. 35; Windscheid-Kipp, a. a. O., Bd. I, S. 84 und S. 92; Sellekaerts, Einführung, S. 95 ff.; Cosack, Lehrbuch, S. 38 ff.; Gierke, Privatrecht, Bd. I, S. 174; Mohl, Politik, Bd. I, S. 395; Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 238; Regelsberger, a. a. O., Bd. I, S. 105; Kierulff, a. a. O., S. 12. Dagegen vor allem Laband, a. a. O., Bd. II, S. 69. Nach Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899, S. 31 behauptet die herrschende Lehre in Frankreich, daß das Gewohnheitsrecht das Gesetzesrecht weder supplere noch abrogare könne. Man vergl. aber Geny, a. a. O., S. 201 und 276 ff.

²⁾ Hierüber vergl. man z. B. Mohl, Pol., Bd. I, S. 391; Zitelmann, Irrtum, S. 435; Kierulff, a. a. O., S. 12 oder Bülow, a. a. O., S. 1.

vermengt wurde, hat seinen Grund darin, daß diese Kriterien beim Gewohnheits- und Gesetzesrechte allerdings nicht gleich sind.

Als „geltendes Recht“ wurde früher¹⁾ jenes bezeichnet, dessen Sinn sich in Handlungen verwirklicht. Da das Recht einen hypothetischen Bau aufweist²⁾, so kann man als geltendes Recht auch jenes bezeichnen, welches verwirklicht würde, wenn der entsprechende Tatbestand eintreten würde. Eine Spezies Recht kann dem Begriffe des geltenden Rechtes dann unterstellt werden, wenn man eine naturgesetzliche Notwendigkeit für den Eintritt der Rechtsfolgen aufgefunden hat. Eine solche läßt sich aber nicht finden. Daher muß man sich damit begnügen, eine Spezies Recht erst dann dem Begriffe des geltenden Rechtes zu unterstellen, wenn der fragliche Rechtssinn sich tatsächlich bereits einmal verwirklicht hat. Diese Verwirklichung erweist die Existenz des Geltungswillens des fraglichen Rechtes und der Geltungsmöglichkeit desselben, welche beide so lange als bestehend angenommen werden müssen, bis ihr Untergang wieder in Tatsachen bewiesen vorliegt. Um also ein besonderes Recht dem Begriffe des geltenden Rechts unterzuordnen, muß erwiesen sein, daß sein Sinn verwirklicht wurde.

Da nun beim Gewohnheitsrechte der Sinn der Handlungen selbst wieder nur aus Handlungen hervorgeht, sind zur Konstatierung seiner Geltung notwendig: erstens Handlungen, die einen präsumptiven Rechtssinn abgeben, zweitens Handlungen, die diesen Sinn verwirklicht haben. Bei einem Rechte, dessen Sinn in Worten verkörpert ist, müßte nach dem Bisherigen verlangt werden: erstens ein in Worten verkörperter Sinn, zweitens Handlungen, die diesen Sinn verwirklichen. Dementsprechend würde ein eben publiziertes Gesetz erst dann geltendes Recht werden, wenn alle seine Sätze einmal Verwirklichung gefunden hätten. Dem ist aber nicht so. Es wurde früher³⁾ betont, daß eine einem Gesetzesrechte entsprechende Aktivität nur aufrecht erhalten werden könne durch den Willen: Ich tue, wie im Gesetze geschrieben steht, und daß ein solcher Wille nur möglich sei beim Bekanntsein der Tatsache, wessen Aeußerung ein Ge-

¹⁾ S. 50.

²⁾ S. 85 f.

³⁾ S. 91 f.

setz abgebe. Dieser Beobachtung parallel geht die obige ¹⁾ Definition des Gesetzes als Aeüßerung einer mit dem Gesetzgebungsrechte begabten Autorität. Das Gesetzesrecht ist förmlich ein sekundäres Recht — ein aus dem subjektiven Rechte, dem Gesetzgebungsrechte, abgeleitetes objektives Recht. Beim subjektiven Rechte hört der eigene Geltungswille des objektiven Rechtes zugunsten des Willens des Berechtigten auf und wird mit letzterem identisch. Der Wille des Berechtigten ist als der Wille des Rechtes anzusehen. Hat jemand (die gesetzgebenden Faktoren) das Recht, durch Worte den Sinn des objektiven Rechtes festzustellen, so sind diese Worte geltendes Recht noch bevor ihr Sinn verwirklicht wurde, wenn nur das Gesetzgebungsrecht selbst schon geltendes Recht ist, und sie bleiben dem Begriffe des geltenden Rechtes so lange unterstellt, bis Tatsachen eintreten, die erweisen, daß sie beim Eintreten der entsprechenden Tatbestände nicht verwirklicht würden. Diese Tatsachen können schon gleich bei Erlassung des Gesetzes vorhanden sein. Ein „Gesetz“ bildet z. B. kein Recht, wenn es einem Naturgesetze widerspricht, wenn es offenbar geltungsunmöglich ist. Es bildet Recht nur innerhalb des Rahmens des subjektiven Verfassungsrechtes und nur, solange, bis seine Geltungsunmöglichkeit erwiesen ist. Insoferne kann man mit *Hugo* ²⁾ sagen: „Ein Gesetz ist gewissermaßen nur die Initiative zu dem, wie es wirklich gehalten wird.“

Zur Konstatierung der Geltung eines Gesetzesrechtes genügt also die Tatsache der Geltung des entsprechenden Verfassungsrechtes, dessen ordnungsgemäße Ausübung und der Mangel einer Tatsache, die die Geltungsunmöglichkeit der Gesetzessätze erweist.

Es zeigt sich also, daß die Kriterien der Geltung des Gesetzesrechtes leichter zu beschaffen sind, als jene des Gewohnheitsrechtes, daß förmlich eine Art Präsumption für die Geltung des Gesetzesrechtes spricht, die im subjektiven Verfassungsrechte wurzelt. Eine größere Kraft kommt aber dem Gesetzesrechte deshalb noch nicht zu. Prinzipiell behält vielmehr das Gewohnheitsrecht immer gleiche Kraft mit dem Gesetzesrechte, es

¹⁾ S. 9.

²⁾ *Civilistisches Magazin*, Bd. IV, 1813, S. 123.

kann letzteres wieder aufheben, abändern und sogar jede durch Gesetze geschaffene Rechtseinheit vernichten. Ein partikuläres Gewohnheitsrecht hat gleiche Kraft mit einem allgemeinen Gesetzesrechte.¹⁾ Die Größe der Rechtsgemeinschaft hat mit dem Begriffe des Rechtes nichts zu tun.

Was den verschiedenen Wert von Gewohnheits- und Gesetzesrecht anbelangt, ist zu bemerken, daß der diesbezügliche Streit nur zum geringsten Teile den Unterschied zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht erfaßte, zum größten Teile aber mit diesem Unterschiede gar nichts zu tun hatte.

Richtig ist es, daß es beim reinen (unaufgezeichneten) Gewohnheitsrechte ausgeschlossen ist, daß Rechtssätze dem Rechtsgefühl des Volkes widersprechen, während dies beim Aufkommen der Rechtspolitik, also beim aufgezeichneten Gewohnheitsrechte, noch mehr aber beim Gesetzesrechte der Fall sein kann. Ob eine solche Nichtübereinstimmung ein Vorteil oder ein Nachteil ist, bleibt immer noch eine offene Frage. Beim Gesetzesrechte kann eine solche Nichtübereinstimmung dadurch eine besonders große Dimension annehmen, daß die große Macht der gesetzgebenden Faktoren auch ein sehr volksfremdes Recht durchsetzen, geltungsmöglich machen, kann.

Richtig ist es auch, daß das Gesetzesrecht vermöge seiner prinzipiell deduktiven Entstehung systematischer und selbstbewußter ist, als das Gewohnheitsrecht.²⁾

Richtig ist endlich auch, daß die Rechtssicherheit infolge der leichteren Konstatierbarkeit der Geltung des Gesetzesrechtes in diesem eine Stütze findet, die es selbst beim aufgezeichneten Gewohnheitsrechte entbehrt.

Was aber sonst noch an Unterschieden zwischen Gewohnheits- und Gesetzesrecht hervorgehoben wurde, betraf nur zu einem kleinen Teile jene Sätze des Gesetzesrechtes, die geltungsmöglich waren. Vorwiegend handelte es sich um jene Aussprüche der gesetzgebenden Faktoren, die wohl dauernd zu Recht werden wollten, dies aber nicht konnten. Dabei sind zwei Dinge

¹⁾ Anders Savigny, System, Bd. I, S. 196.

²⁾ Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 243; Merkel, Enz., S. 57; Bierling, a. a. O., Bd. II, S. 338; Savigny, Syst., Bd. I, S. 41.

genau zu scheiden: Wird eine in Form eines Gesetzes erlassene Erklärung nicht als Recht verwirklicht, so mag daran Schuld sein, entweder daß die Rechtspolitik sich nicht innerhalb der Kräfteverhältnisse der rechtsfreundlichen und der rechtsfeindlichen Elemente betätigte, oder daß ein geltungsmögliches Recht falschen Ausdruck fand. Ersteres betrifft die Rechtspolitik, Letzteres die Gesetzestchnik. Mit dem Rechte selbst, respektive mit dem Unterschiede zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht hat dies alles nichts zu tun. Besonders geschürt wurde der Streit um den verschiedenen Wert der beiden Offenbarungsformen des Rechtes durch die unhistorische Ansicht, der Gesetzgeber habe erstens die Macht und zweitens die Intelligenz, was immer für rechtliche Einrichtungen frei zu erschaffen. Dem ist entgegenzusetzen, erstens daß der Gesetzgeber sich wirksam nur innerhalb der Geltungsmöglichkeit frei bewegen könne, zweitens dasjenige, was *Stahl* vom Staate sagt: „Diesen ewigen Bau, welcher allen Zeiten die unverwüstliche Dauer entgegengesetzt, würde menschliche Klugheit weder aufzuführen noch zu erhalten im Stande sein.“¹⁾

Nur Gewohnheit (Handlungen) und Gesetz (Worte) können Recht offenbaren. Andere Quellen des Rechtes gibt es nicht.

So kann insbesondere der Gerichtsgebrauch nicht als Rechtsquelle angesehen werden, sofern er nicht völlig im Begriffe des Gewohnheitsrechtes aufgeht, also in Handlungen der Rechtsuntertanen (ev. der Richter) offenbart ist. Ein Urteilstext kann schon deshalb keine Rechts offenbarung sein, weil der Urteiler selbst immer nur bereits fixiertes abstraktes Recht auf den konkreten Fall anzuwenden hat, das Urteil also wie ein wissenschaftliches Werk bloß seine Meinung vom Rechte enthält, die sich vor ähnlichen Meinungen durch nichts auszeichnet und immer eine Prüfung auf ihre Wahrheit zuläßt (Uebereinstimmung mit dem wirklichen Rechte). Sehr richtig hebt *Willoughby*²⁾ hervor, daß eine dem Gerichte zugestandene Rechtsbildung den Grundsatz der Nichtrückwirkung neuen Rechts durchbricht: „Let it be frankly admitted, that judicial legislation is ex post facto legislation.“

¹⁾ a. a. O., Bd. I, S. 375.

²⁾ An examination of the nature of the state 1896, S. 175, zitiert von *Krabbe*, Die Lehre von der Rechtssouveränität, Groningen 1906, S. 72.

Zur Bildung von Gewohnheitsrecht kann allerdings der Gerichtsgebrauch ebenso beitragen wie die Doktrin.¹⁾

Die oben gegebene Rechtsdefinition verbietet ein Eingehen auf jene Meinungen, die die Natur der Sache, Vernunft der Dinge, *naturalis ratio*, den Zweckgedanken, das Verkehrsbedürfnis oder das Rechtsgefühl — alles „nur verschiedene Bezeichnungen für dasselbe Ding“²⁾ als Rechtsquelle betrachtet wissen wollen. Gleiches gilt natürlich von der „subjektiven Vernunft.“³⁾

In der ganzen Untersuchung wurde daran festgehalten, daß es nur einerlei Recht gebe⁴⁾ und daß dieses das jeweils geltende Recht sei. Was immer also dem Begriffe des Rechtes unterstellt wird, ist in dieser Hinsicht allem Andern, das Recht ist, durchaus gleichwertig. Es gibt eben nur einen Maßstab der Rechtmäßigkeit,⁵⁾ diesen Maßstab gibt das positive Recht ab, und es ist innerhalb des positiven Rechtes im Hinblick auf diese Rechtmäßigkeit alles gleich wichtig und gleichwertig.

1) So auch Geny, *Méthode* . . . S. 455.

2) Regelsberger, *Pandekten*, S. 68.

3) Adickes, a. a. O., S. 11, 67.

4) Bergbohm, a. a. O., S. 386, Anm. 11.

5) Stahl, a. a. O., Bd. II, S. 224.

§ 4.

Interpretation.

Die auf Seite 3 und 4 gegebene Charakterisierung der Gesetzestechnik als Ganzes gewerteter Mittel, die der gedanklichen und sprachlichen Verkörperung eines konkret bestimmten Rechtszustandes dienen, hat durch die bisherigen, den Begriff Recht betreffenden Ausführungen wohl die nötige Bestimmtheit erlangt, und es könnten schon jetzt aus dem Wesen des Zweckes der Gesetzestechnik (Rechtsverkörperung) Schlüsse auf den Inhalt der Gesetzestechnik (Mittel der Rechtsverkörperung) gezogen werden. Nun ist aber vorher noch mit einigen Worten auf die juristische Interpretation einzugehen und dies aus zwei Gründen: Es sind in letzter Zeit eben vom Gebiete der Interpretation her zahlreiche Angriffe gegen das positive Recht gerichtet worden. „In positivistischer Gewandung lebt sonderbarerweise das alte Naturrecht wieder auf: gespensterhaft ersteht es von den Toten in aller seiner dürtigen Kahlheit, aber ohne seine einstige Größe.“¹⁾ Die bisherigen Ausführungen können also erst dann als in sich gefestigt erscheinen, wenn sich an sie eine Interpretationslehre anreihet, die mit dem gegebenen Rechtsbegriffe einstimmig ist. Der zweite Grund für ein Eingehen in das Gebiet der Interpretation liegt darin, daß eine Gesetzestechnik nicht existieren kann, wenn die bisherige, sogenannt klassische Interpretation in ihren Grundlagen zerstört wird. Die Gesetzestechnik dient dazu, einen konkret bestimmten Rechtszustand im Gesetz verkörpern

¹⁾ Gierke in seiner Besprechung von Labands Staatsrecht, a. a. O., S. 95.

zu helfen. Sie setzt voraus, daß die Rechtsanwender das Recht im Gesetze suchen und daß sie dies in einer der Natur des Gesetzes entsprechenden Weise tun. Wird das Recht gar nicht mehr im Gesetze gesucht, so braucht man gar keine Gesetze zu machen, und faßt ein Rechtsanwender das Gesetz als Rechtskörper, ein anderer als bloßen Wecker von Gedanken über das Recht auf, so kann man zu Regeln darüber, wie man Gesetze machen soll, gar nicht vorschreiten.

Genau so wie der wesentliche Inhalt der Gesetzestechnik (Mittel zur Rechtsverkörperung) aus deren Zweck (Rechtsverkörperung) abzuleiten ist, genau so ist auch der wesentliche Inhalt der juristischen Interpretation (Mittel (Verfahren) zur Rechtsfindung) abhängig von einer Erwägung ihres Zweckes (Rechtsfindung.) Die Rechtsdefinition ist berufen sowohl der Gesetzestechnik als der juristischen Interpretation die Wege zu weisen. Das Gesetz selbst kann wohl auf den Gang der Interpretation Einfluß nehmen, es kann aber dies nicht mit mehr Kraft als die Theorie ihm zubilligt. Die gesetzliche Interpretationsregel muß auch interpretiert werden und sie kann dies nicht auf Grund ihrer selbst, sondern nur auf Grund der juristischen Theorie. Diese Anschauung ist heute wohl allgemein akzeptiert.¹⁾ Die Abhängigkeit der Interpretation von der Rechtsdefinition ergibt sich ganz klar aus dem Begriffe der Interpretation selbst. Die juristische Interpretation ist eine Tätigkeit, welche darauf ausgeht, Recht zu finden. Sie erhält ihre Regeln durch das Wesen des Gegenstandes, den sie zu suchen hat. An dem nachfolgenden Schema wird sich dies erweisen.

A. Das Recht kann intellektuell erfaßt werden.

1) Das Recht wird als kausiertes erfaßt. Eine Wertung kommt hier für den Interpreten nicht in Betracht. Die

¹⁾ Salleilles, Einführung, S. 88; Franz Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, Cassel 1872, S. 5, 6; Oskar Kraus, Rechtsphilosophie und Jurisprudenz in der Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Bd. 23, 1902, S. 779; Wurzel, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 14; Geny, Methode . . . S. 95, 200; z. B. sprechen dies expressis verbis aus, während weitaus die Mehrzahl jener Juristen, die sich mit der Auslegung befassen, schon dadurch, daß sie dabei nicht von gesetzlichen Interpretationsregeln ausgehen, implicite dasselbe sagen.

Interpretationsmittel werden gleichzeitig mit der Konstatierung des Daseins von Recht auf empirischem Wege gefunden. Die Zwecke im Recht kommen nur als empirisch feststellbar in Betracht. Näheres über diese, allen Positivisten notwendig eigenen Ausgangspunkte und Näheres über die sich daran anknüpfende Art der Interpretation folgt später bei Darlegung des in dieser Arbeit eingehaltenen Standpunktes.

- 2) Das Recht wird teleologisch erfaßt. Voraussetzung dieser Auffassung ist die Erkenntnis des Endzieles, das nicht rein „formal“ sein darf, da sonst kein Zwischenzweck nach ihm gerichtet werden kann. Rein „formal“ ist ja ein Endziel nur dann, wenn es jeden möglichen Zweck als Mittel zum Endzweck zuläßt. Die Erkenntnis eines inhaltlich determinierten Endzweckes von mehr als subjektiver Bedeutung ist unmöglich, da gerade im Zweck das rein subjektive Willensmoment die Hauptrolle spielt. Die hypothetische Aufstellung eines Endzweckes käme aber gleich der hypothetischen Aufstellung des ganzen Rechtssystemes. Jede Handlung, die sich als Mittel zum Endzweck darstellen würde, wäre Recht, jede andere Unrecht. Die Rechtsfolgen selbst aber müßten wieder Mittel zum Zweck sein. Die juristische Interpretation hätte mit der Erkenntnis des Endzweckes ihr Ende gefunden, denn die Frage nach der Zwecktauglichkeit eines Mittels würde jedenfalls den Boden des Rechtes verlassen. Es käme zu rein deduktiver Gedankenarbeit, zu reinem Naturrecht.
- a) Eine Spielart dieser Auffassung ist jene, die als Zwecke des Rechtes die menschlichen Interessen gelten läßt. Das Recht habe eine Vereinigung derselben anzustreben. Die menschlichen Interessen lassen sich aus den menschlichen Handlungen und Worten herausinterpretieren. Die soziale Erfahrung ist Interpretationsmittel. Wo aber der Einigungsmodus gefunden werden soll, bleibt völlig unklar. Auch ihm kann nur eine außerempirische, höchstpersönliche Wertung zugrundeliegen.
- b) Eine zweite Spielart der teleologischen Auffassung ist die

der immanenten Teleologie. Das Recht ist an und für sich mit einem Zweckstreben ausgestattet, das angeblich in der Rechtsgeschichte entlarvt werden kann. Hiebei kommt es zu einer historischen Interpretation, der empirisch bestimmten Rechtskörper. Es fragt sich bei dieser Auffassung nur darum, ob dabei der menschlichen Aktivität überhaupt noch irgend ein Spielraum bleibt, und was innerhalb dieses Spielraumes als Recht zu gelten habe.

B. Das Recht kann intellektuell gar nicht erfaßt werden, sondern ist Sache des Gefühls. Zu einer Interpretation kommt es in diesem Falle gar nicht.

Recht ist ein auf die Aktivität von (in Gemeinschaft lebenden) Menschen bezug habendes, (aus Menschen stammendes), gelten wollendes und jeweils gelten könnendes, in festen Regeln niedergeschlagenes Prinzip.¹⁾ Das Recht findet man also in den Äußerungen von in Gemeinschaft lebenden Menschen. Es muß unter diesen Menschen gelten können und auch wirklich gelten (daraus erschließt man ja den Geltungswillen), und es muß in festen Regeln zutage treten. Die menschlichen Äußerungen sind Worte oder Handlungen — dem entspricht die Verkörperung des Rechtes als Gesetzes- und Gewohnheitsrecht.²⁾ Die Art der Verwendung dieser Rechtsverkörperungen ergibt sich aber ganz von selbst daraus, daß das Recht seinem unbedingten Geltungswillen entsprechend, mittels seiner abstrakten Regeln durch die objektivste Sphäre menschlicher Geistestätigkeit verwirklicht werden will (deduktive Bearbeitung), weiters daraus daß diese Regeln durch ein Prinzip zusammengehalten werden und daher in ihrem Zusammenhange induktiv erfaßt werden müssen, endlich noch daraus daß jeder Rechtsstoff dem andern völlig gleichwertig ist und daher keine seiner Konsequenzen zugunsten irgend welcher anderer fallen gelassen werden darf. Es handelt sich kurz gesagt darum, den ganzen Rechtsstoff widerspruchlos im Zusammenhange zu erfassen, und das ist die oberste und einzige wesentliche Interpretationsregel.

¹⁾ S. 13 f.

²⁾ Man vergl. hierüber S. 87 ff.

Die Interpretation ist sohin eine einmalige Tätigkeit, die damit abschließt, daß das Recht im Zusammenhange erfaßt wurde. Wer das Recht einmal kennt, der braucht nicht mehr zu interpretieren. Freilich gelangt diese Tätigkeit niemals zu einem völligen Abschlusse, weil einerseits der Rechtsstoff dazu zu groß ist und weil andererseits dieser Rechtsstoff unausgesetzt wechselt. Wenn aber auch das Ideal nicht erreichbar ist, so hindert das nicht, daß eine größtmögliche Annäherung an dasselbe versucht werde.

Die Erfassung des Rechtsstoffes (geltende Gesetze und Gewohnheiten) in seinem Zusammenhange ist unmöglich ohne gleichzeitige restringierende und extendierende Interpretation der Gesetzesworte und Gesetzessätze einerseits, der konkreten Rechtshandlungen andererseits. Darin liegt ja eben das Wesen und der Wert der Erfassung einer Sache in ihrem Zusammenhange, daß sie andere Erkenntnisse vermittelt als die summierte Erfassung aller Teile. Der Ausschluß induktiver Bearbeitung der Gesetze wäre gleichbedeutend mit der Leugnung des systematischen Zusammenhanges der Rechtssätze, also auch gleichbedeutend mit der Behauptung, daß das Recht ein ganz zufälliges Konglomerat von Vorschriften sei; der Ausschluß induktiver Bearbeitung der Rechtshandlungen, welche das Gewohnheitsrecht ausmachen, wäre aber gleichbedeutend mit der Leugnung der Existenz abstrakter Rechtssätze, also mit der Leugnung von Gewohnheitsrecht überhaupt. Es ist ja wohl richtig, daß die Induktion außer dem Falle der vollständigen Induktion Erkenntnisse von bloßem Wahrscheinlichkeitswert liefert und daß es bei der Interpretation vorwiegend zu unvollständigen Induktionen kommt. Es ist weiters auch richtig, daß jeweils mehrere verschiedene Induktionen bei verschiedenen Menschen platzgreifen können. Man darf aber nicht vergessen, daß der Wahrscheinlichkeitswert von unvollständigen Induktionen bis zur Aufstellung von Naturgesetzen führen kann, und daß bei der Verwendung eines so großen Induktionsmaterials, wie das Recht es bietet (allerdings auch nur bei Berücksichtigung des ganzen vorhandenen Rechtsstoffes in seinem Zusammenhange), die Subjektivität des Interpreten wohl ziemlich ausgeschlossen wird. Der Ausschluß der Subjektivität

rechtlicher Erkenntnisse ist aber anerkanntermassen das Hauptziel juristischer Methodologie.¹⁾

Wenn auch in neuerer Zeit bestritten wurde, daß die klassische Interpretation in genügendem Maße die Objektivität wahre,²⁾ so wurde in striktem Gegensatze hiezu doch wieder überall verlangt, daß der Rechtsstoff nicht nur deduktiv, sondern in seinem Zusammenhange, also induktiv, erfaßt werde, und hiemit erledigen sich m. E. alle betreffenden Angriffe gegen die klassische Interpretation umsomehr, als das von den Neueren so sehr gehegte Gewohnheitsrecht — wie schon oben erwähnt — ohne induktive Bearbeitung des Sinnes der einzelnen Rechtshandlungen überhaupt undenkbar wäre.³⁾

Es ist aber nicht nur die extendierende, restringierende und bestätigende Interpretation, die in der induktiven Bearbeitung des Rechtsstoffes beschlossen liegt, sondern auch die viel angefochtene Analogie, als der Schluß vom Aehnlichen auf das Aehnliche. Die Analogie ist nämlich die notwendige Voraussetzung jeglicher Induktion. Bevor der Versuch einer Induktion unternommen wird, muß von der bei einem Objekt konstatierten Induktionsmöglichkeit durch Analogie auf die gleiche Induktionsmöglichkeit bei einem anderen Induktionsobjekt geschlossen worden sein. Der von den Juristen verwendete Analogieschluß ist aber überhaupt immer schon das Werk einer unvollständigen Induktion. Es ist kaum denkbar, daß der Jurist einen Analogieschluß zieht, ohne gleichzeitig das Identische der ähnlichen Denkobjekte anzugeben und an dieses Identische die gezogene Folgerung anzuknüpfen.⁴⁾

¹⁾ Saleilles, in der Vorrede zu Geny, Methode . . . S. V; Geny, Methode . . . S. 187; Kraus, Interpretation, S. 8; Rumpf, Gesetz und Richter, S. 119; Brütt, a. a. O., S. 50.

²⁾ Geny, Methode, S. 58, 117.

³⁾ Für induktive Bearbeitung des Rechtsstoffes sprechen sich unter Andern aus: Geny, Methode, S. 38, 116; Kraus, Interpretation, S. 12; Schmidt, Staatslehre, S. 170; Regelsberger, Pandekten, S. 147; Bierling, a. a. O., Bd. II, S. 105; Beseler, a. a. O., S. 82; Wurzel, a. a. O., S. 53; Thöl, a. a. O., S. 139.

⁴⁾ So begreift auch Geny, a. a. O., S. 496 die Analogie — ebenso Regelsberger, Pandekten, S. 157 und Thöl, a. a. O., S. 142; Bornhak, Staatsrecht, S. 102; Rumpf, a. a. O., S. 142 nennt es die „herrschende Lehre.“

Ein Analogieschluß, bei dem die Konsequenz nicht notwendig mit diesem Identischen verbunden worden wäre, würde wenig Gehör finden. Daß der Jurist aber formell seine Folgerungen direkt per analogiam an einen in den Rechtskörpern vorfindlichen Rechtssatz anschließt statt erst induktiv aufwärts-, sodann aber deduktiv abwärtszusteigen, begreift sich daraus, daß das Schergewicht bei juristischen Folgerungen immer in dem formulierten Rechtssatz liegt. Aus dem gleichen Grunde verwendet der Jurist das Argumentum a minore ad majus, a majore ad minus und a contrario, deren jeweilige Berechtigung nur aus vorherigen Induktionen erhellt, statt aus den induktiv gewonnenen Prinzipien die Folgerungen zu ziehen. Trotz all der verschiedenen Ausdrücke des Interpretieren besteht die klassische juristische Interpretation lediglich in induktiver und deduktiver Bearbeitung des Rechtstoffes. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Analogie und Interpretation kann nur auf dem Boden einer philologischen Auslegung gefunden werden, die aber außerstande ist Gesetze, verschiedener Zeiten im Zusammenhange — also induktiv — zu begreifen. Auch der Appell an das nunmehr so häufig herangezogene Rechtsgefühl, dem in der deductio ad absurdum der ihm gebührende Platz eingeräumt wurde, geschah auf Grund einer Induktion etwa folgenden Inhaltes: kein sicher als solcher erkannter Rechtssatz löst in meinem Rechtsgefühl die Reaktion X aus — kein Rechtssatz kann in mir die Reaktion X auslösen — der Satz A würde als Rechtssatz in mir die Reaktion X auslösen, ist also kein Rechtssatz. Trotz der Verschiedenheit des Rechtsgefühls verschiedener Menschen konnte die deductio ad absurdum als Mahnruf gute Dienste leisten,¹⁾ solange man sich dessen eingedenk blieb, daß ein konstanter Zwiespalt zwischen Recht und Rechtsgefühl besteht. Zu mehr als zu einer Mahnung kann das Rechtsgefühl wohl nicht verwendet werden.²⁾

Allerdings wird von einer extrem voluntaristischen Gruppe junger Juristen, von den durch *Brütt*³⁾ so benannten „Gefühls-

¹⁾ v. Bülow, Die Rechtssprechung in Strafsachen und das allgemeine Rechtsbewußtsein, Deutsche Juristen-Zeitung 1906, S. 45.

²⁾ Rümelin, Reden u. Aufsätze, Bd. I, Freiburg i. B. 1875, S. 88; so auch Brütt, a. a. O., S. 102.

³⁾ a. a. O., S. 101 ff.

juristen“, für das Rechtsgefühl eine weitaus größere Autorität in Anspruch genommen. Diese Richtung erledigt sich aber durch den Hinweis auf den unbedingten, insbesondere auch von dem Rechtsgefühl der Rechtsuntertanen notwendig unabhängigen Geltungswillen und auf die daraus resultierende besondere logische Natur des Rechtes. Wie könnte übrigens das Verfassungsrecht dem Rechtsgefühle anheingegeben werden? Das richterliche Urteil „soll ein objektiv richtiges Urteil sein und kein subjektiv freies Befinden“. ¹⁾ Die möglichste Sicherheit des Rechtszustandes — also die größte Voraussehbarkeit der Urteile ²⁾ wird von dem Aufbau des Rechtes, von der Teilung der Gewalten angestrebt. Jedes Urteil muß auf Grund eines fest umschriebenen Materials von jedem Rechtsuntertanen wenigstens ideell vorher gesehen werden können. Tritt eine Freiheit in dem Verfahren, oder eine Unbestimmtheit in Hinsicht des dem Richter vorliegenden Rechtsstoffes ein, so tritt der Rechtszustand in den schreiendsten Widerspruch mit dem Grundsatz der Nichtrückwirkung der Gesetze. Dieser letztere Grundsatz verbietet nicht nur jegliche Art richterlicher Rechtsschöpfung, sondern auch jede Freiheit in Herschaffung oder Anwendung des dem Urteile zugrundeliegenden Rechtsstoffes. Die zuzugebende Tatsache, daß der Richter bei Urteilserschöpfung nicht nur logische Manipulationen mit dem Rechtsstoff vornimmt, daß vielmehr auch sein Wille und sein Gefühl mitspricht, gibt, wie *Brütt* ³⁾ sehr richtig bemerkt, keinerlei Grund dafür ab, daß dies auch wirklich so sein soll, und diese Erwägung stürzt die ganze Anlage des Buches von *Rumpf*, Gesetz und Richter. Es bleibt übrigens immer zu wiederholen, daß im Augenblicke, in dem ein Urteil ohne Gesetz und Gewohnheit und ohne ein diesen adäquates Verfahren geschöpft werden kann, Gesetz und Gewohnheit als völlig überflüssiger Ballast erklärt werden muß. ⁴⁾ Es gibt eben nicht zweierlei Recht, sondern nur ein Recht, und dieses wird an seinen konstanten Eigenschaften erkannt, die einen Widerspruch in sich selbst nicht zulassen.

Nachdem nun das vom Interpreten einzuschlagende Verfahren

¹⁾ Stammer, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, S. 162.

²⁾ Diese wird auch verlangt von Kraus, Interpretation, S. 8.

³⁾ a. a. O., S. 103.

⁴⁾ Ähnlich Unger in der Deutschen Juristen-Zeitung 1906, S. 704.

dahin gekennzeichnet wurde, daß es in deduktiver und induktiver Bearbeitung des Rechtsstoffes liege,¹⁾ und daß nur diese Bearbeitung darüber Aufschluß gebe, ob jeweils Analogie, argumentum a maiore ad minus, a minore ad maius und e contrario platzgreifen könne, bleibt noch festzustellen, welches Material der Interpret zu verwerten habe. Die Antwort ergibt sich nach dem bisher Gesagten von selbst: Das Material des Interpreten ist nur Gesetz und Gewohnheit, nicht mehr und nicht weniger. „Die Auslegung des Gesetzes ist die Nachdenkung seines Gedanken- und Willensgehaltes durch den Interpreten höchstpersönlich.“²⁾ Aber vielfach erzieht die Wissenschaft „dem Gesetze drei Todfeinde — das Gesetzesmotiv, den Gesetzesbuchstaben, die Fallentscheidung. . .“³⁾ Nur die Motive und die Präjudikate berühren die jetzt behandelte Frage. Was die Präjudikate anbelangt, so wurde schon früher betont, daß sie prinzipiell unverbindlich sind, und dies selbst dann, wenn der seltene Fall eintritt, daß sie zur Bildung von Gewohnheitsrecht geführt haben, denn auch dann sind nicht die Präjudikate die Rechtsverkörperungen, sondern die Rechtshandlungen der Rechtsuntertanen. Sie haben für den Interpreten dieselbe Bedeutung, die einer wissenschaftlichen Arbeit zukommt. Gleiches gilt von den Gesetzesmotiven, die auch für den Fall der bezüglichen Einstimmigkeit der gesetzgebenden Faktoren nur unverbindliche individuelle Meinungen darstellen,⁴⁾ nicht aber die Meinung der gesetzgebenden Körper selbst. Letztere kann ja eben nur durch Gesetz zum Ausdruck kommen,⁵⁾ ist aber selbst im späteren Verlauf der Dinge nur insofern Recht, als sie wirklich gilt. Wenn auch das Material, das der Interpret durcharbeiten hat, durch die Ausscheidung der Motive kleiner, die Induktionen daher auch etwas freier werden, so muß man dagegen

¹⁾ Man vergl. Thöl, a. a. O., S. 140.

²⁾ Binding, Handbuch des Strafrechtes, Leipzig 1885, S. 35; ähnlich Thöl, a. a. O., S. 150; Merkel, Enzykl., S. 146; Saleilles, Einführung, S. 90; Kohler, Ueber die Interpretation von Gesetzen, Wien 1885; Schaffrath, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze, 1842.

³⁾ Binding, a. a. O., S. 36.

⁴⁾ Thöl, a. a. O., S. 150; man vergl. Wurzel, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 48.

⁵⁾ So auch Brütt, a. a. O., S. 50; Kierulff, a. a. O., S. 26.

auch erwägen, daß die philologische Interpretation¹⁾ eines von einer großen Anzahl von Menschen verfaßten Werkes in unabsehbare Schwierigkeiten gerät, wenn schon nicht ganz unmöglich ist.²⁾ Ueberdies wird bei der philologischen Auslegung das aufrechtzuerhaltende³⁾ Leben des Rechtes wirklich nur durch das ruck weise erfolgende Einfließen neuer Gesetze in den bisherigen Rechtsstoff gerettet, falls man schon annehmen will, daß die bei der philologischen Interpretation infolge der Starrheit der Begriffe unabänderlichen⁴⁾ Widersprüche zwischen den ein Ganzes bildenden Gesetzen verschiedener Provenienz Leben bedeuten. Die hier geschilderte juristische Interpretation erhält das Leben des Rechtes einmal dadurch, daß sie die in neuen Gesetzen hervortretenden neuen Prinzipien sofort zu der ganzen Masse des Rechtsstoffes schlägt und mit dieser verarbeitet, überdies aber noch dadurch, daß sie dem Bedeutungswandel der Gesetzesworte ebenso Rechnung tragen kann wie dem Bedeutungswandel von Rechtshandlungen. So verbleiben die Bedeutungen der Gesetzesworte mitten im Flusse der kulturellen Entwicklung⁵⁾ und je reicher eine Person mit sozialer Erfahrung ausgestattet ist, umso reicher werden die in das Recht einfließenden Bedeutungseinheiten werden, umso besser wird die Interpretation, umso geringer auch der Sprung vom alten zum neuen Gesetz.

Es soll aber vom Interpretieren auch nicht weniger verarbeitet werden, als aus den Rechtskörpern zu entnehmen ist. Hiedurch soll insbesondere auf den Schatz der „immanenten Werturteile des positiven Rechtes“⁶⁾ aufmerksam gemacht werden. Diese nur aus den Rechtskörpern hervorgeholten Werturteile, die vom Rechte jeweils anerkannten Zwecke, bilden ja vielleicht den Hauptnerv jeglicher Interpretation. Insoweit schließt sich die hier

¹⁾ Boeckh, Enzyklopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften, 1877, S. 10.

²⁾ Sie wird neuerdings gefordert von Geny, Methode . . . S. 57, 228 ff. Man vergleiche: Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Tübingen 1906, S. 357.

³⁾ Geny, a. a. O., S. 57, 584.

⁴⁾ Man vergl. S. 58.

⁵⁾ Brütt, a. a. O., S. 62.

⁶⁾ Brütt, a. a. O., S. 146.

vertretene Art der Interpretation an die von *Brütt* in seinem schon öfter zitierten Buch angestrebte Vereinigung der konstruktiven und teleologischen Methode¹⁾ an.

Ein Plus an sozialer Zweckmäßigkeit kann aber von dem Interpreten nicht verlangt werden. Hier hat die Rechtspolitik einzusetzen. Die Gewaltenteilung hat auch hier die Rollen scharf getrennt. Die von Kollegien ausgehende Gesetzgebung erscheint heute als die einzige, bei welcher der in der Zwecksetzung liegende subjektive Faktor genügend und förmlich mechanisch soweit abgestumpft wird, daß seine Schärfe noch erträglich bleibt. Aus diesem Grunde kann auch *Geny* nicht gefolgt werden, der in seiner sehr maßvollen Arbeit doch immer von einer sozialen Zweckmäßigkeit²⁾ ausgehend, von den „solutions juridiques désirables“³⁾ „desiderata de la vie juridique“⁴⁾ spricht, und dem Interpreten die Aufgabe stellt dieselben wie ein Gesetzgeber zu erfüllen. Von solchem Standpunkte aus muß man immer zu einem Naturrechte gelangen, wie es heute so häufig auftaucht und wie es *Geny* dem Richter zum Gebrauche anempfiehlt⁵⁾: „D’une part, interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice; d’autre part, s’adresser aux phénomènes sociaux pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d’ordre qu’ils requièrent.“

Meminisse debent iudices esse muneris sui jus dicere, non autem jus dare: leges, inquam interpretari, non condere.⁶⁾

1) a. a. O., S. 163.

2) Man vergl. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, S. 176.

3) a. a. O., S. 24.

4) a. a. O., S. 124, 591.

5) a. a. O., S. 472.

6) So auch für die jetzige Zeit Jellinek, System . . . S. 98; Merkel, Enzykl., S. 60.

§ 5.

Ergebnisse.

Der auf S. 3 festgestellte Begriff der Gesetzestechnik als eines Ganzen erkennbarer und wertbarer Mittel zur Fertigstellung von Gesetzen hat nun seinen weiteren Ausbau dadurch erhalten, daß das Gesetz als bewußte,¹⁾ autoritative,²⁾ sprachliche (meist schriftliche)³⁾ Verkörperung des Sinnes vom (geltenden) Rechte⁴⁾ dargestellt wurde. Es handelt sich also bei der Gesetzestechnik nicht um die Schaffung des Sinnes von einem geltenden Rechte, sondern um die Verkörperung eines solchen bereits existenten Sinnes. Die Feststellung des Sinnes selbst gehört der Rechtspolitik, nicht aber der Gesetzestechnik zu.⁵⁾ Die Rechtspolitik, deren letztes Ziel aber nicht in der Durchsetzung eines bestimmten Gesetzes besteht, sondern in der Rechtsanwendung, in den bestimmten konkreten Rechtshandlungen, liefert der Gesetzestechnik das Recht nicht in jener gedanklichen abstrakten Durchbildung, welche das Gesetz erfordert. Die Gesetzestechnik hat es daher nicht nur mit der sprachlichen, sondern auch mit der gedanklichen Verkörperung des konkret bestimmten Rechtszustandes zu tun.⁶⁾

¹⁾ S. 7.

²⁾ S. 9.

³⁾ S. 9.

⁴⁾ S. 11 u. 87 ff.

⁵⁾ S. 4

⁶⁾ S. 4.

Die sprachliche Arbeit kann die Gesetzestechnik nur unter Berücksichtigung der sprachlichen, insbesondere der sprachpsychologischen Gesetze leisten. So wichtig diese auch sind,¹⁾ ihre Anwendung unterscheidet die Gesetzestechnik in nichts von der Rhetorik und anderen sprachlichen Ausdruckskünsten. Ihr Wesen, ihre Eigentümlichkeit erhält die Gesetzestechnik von ihrer gedanklichen Arbeit, von dem Inhalte, den sie auszudrücken hat.

Die Aufgabe dieser Abhandlung war es nun, das von der Gesetzestechnik Auszudrückende als durchaus Eigenartiges darzutun, woraus sich ja erst die Bildung des Begriffes als berechtigt erweist, dann aber aus der Eigenart des Zweckes auf die Eigenschaften der Mittel zu schließen, wobei sich der Wert des gebildeten Begriffes für seinen Gegenstand zeigt.²⁾

Der größere Teil der Abhandlung befaßte sich mit der Dartuung der Eigenart des Rechtes und der Selbständigkeit desselben. Es mag scheinen, als ob die bezüglichen Ausführungen mit dem Wesen der Gesetzestechnik nichts zu tun haben. Dem ist aber nicht so. Würde nämlich das Recht in irgend welchem notwendigen Konnexen mit Moral, Sitte, Religion, Wirtschaft, Kultur, oder andern sozialen Phänomenen stehen, so könnte es aus diesen Phänomenen heraus rekonstruiert werden, oder es könnte doch wenigstens von diesen aus eine Stütze empfangen, so daß die Rechtsoffenbarungen an Wichtigkeit verlören. Das Recht ist aber durchaus eigenartig und selbständig, so daß es ganz ausschließlich in den Rechtsverkörperungen zu suchen ist. Die Eigenart des Rechtes, welche für die Gesetzestechnik maßgebend ist, besteht 1) darin, daß das Recht als Wertung keine Gradunterschiede kennt,³⁾ 2) darin, daß es sich an alle Rechtsuntertanen wendet, und seinem unbedingten Geltungswillen entsprechend möglichst von allen verstanden werden will,⁴⁾ 3) in seiner, der Geltungsmöglichkeit entspringenden Veränderlichkeit,⁵⁾ 4) darin,

¹⁾ Sie werden im nächsten Teile der Arbeit berücksichtigt werden — man vergl. inzwischen meinen Aufsatz über Gesetzestechnik in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht 1907, S. 358 ff.

²⁾ S. 1.

³⁾ S. 59 u. 99.

⁴⁾ S. 9 ff. u. 59 f.

⁵⁾ S. 60 ff.

daß es die objektivste menschliche Tätigkeit, die Denktätigkeit, zu seiner Durchführung in Anspruch nimmt,¹⁾ dementsprechend in abstrakten und widerspruchslosen Sätzen zutagetritt,²⁾ 5) darin, daß es lückenlos ist,³⁾ 6) in dem sachlich imperativen⁴⁾ und 7) in dem hypothetischen Charakter seiner Sätze,⁵⁾ endlich 8) darin, daß das Gesetz als Rechtsverkörperung (nicht als Arbeit über das Recht) immer noch Denkobjekt, nicht aber Denkinhalt ist.⁶⁾

Aus Ziffer 1 resultiert, daß einerseits, jedes im Gesetze stehende Wort als jedem andern gleichwertig betrachtet wird, woran bei der Abfassung des Textes wohl zu denken ist,⁷⁾ und daß anderseits zur Erzielung eines möglichst allseitigen gleichen Verständnisses die Verkörperung des einen Rechtsteiles nicht im Ausdruck wertvoller erscheinen darf als die Verkörperung jedes andern Rechtsteiles. Die Sprache muß gleichmäßig sachlich sein.

Aus Ziffer 2 resultiert die Notwendigkeit einer klaren, einfachen, volkstümlichen Ausdrucksweise und einer leichtfaßlichen Anordnung.⁸⁾

Aus Ziffer 3 folgt, daß Ausdrücke, welche die Möglichkeit haben, im Laufe der Zeiten mit den Kulturänderungen ihre Bedeutungen zu ändern, auch die Aussicht haben, auf längere Zeit hinaus, geltendes Recht zu verkörpern. Die Ausdrücke „schnell und langsam“ sind z. B. in dieser Hinsicht tauglicher, als mathematisch genaue Schnelligkeitsangaben. Gleiches gilt von dem ganzen Aufbau der Gesetze. Weite Strafraumen, oder gar unbestimmte Strafen bleiben länger in Geltung als absolut bestimmte Strafen. Allerdings sind Ausdrücke, die leicht ihren Inhalt wechseln, meist (aber gewiß nicht notwendig) unbestimmter als andere, und darauf muß geachtet werden. Ist aber der Wortschatz des Gesetzes nicht groß und durch zahlreiche Verbindungen zusammengehalten, so ist eine harmonische Entwicklung des

¹⁾ S. 65 ff.

²⁾ S. 69—74.

³⁾ S. 74 ff.

⁴⁾ S. 78 ff.

⁵⁾ S. 85 f.

⁶⁾ S. 65 u. 91.

⁷⁾ Man vergl. S. 360 meines obzitierten Aufsatzes.

⁸⁾ Man vergl. S. 359, 360 und 361 meines obzit. Aufsatzes.

Rechtes innerhalb des Gesetzes ohne zu große Unbestimmtheit des Letzteren möglich.¹⁾

Aus Ziffer 4 folgt, daß der Gesetzgeber innerhalb seiner Sätze keine Widersprüche dulden darf, und daß er dieselben abstrakt zu fassen habe. Seine Aussprüche dürfen nirgends mit der logischen Denktätigkeit in Kollision geraten und dieser möglichst angepaßt sein. Dem gleichen Begriff entspricht nur der gleiche Ausdruck. Was die Höhe der Abstraktion anbelangt, so folgt aus dem Wesen des Rechtes, das sein Prinzip der sicheren Anwendbarkeit halber in feste Regeln verarbeitet, nur, daß die Abstraktion nicht so weit getrieben werden darf, daß eben dadurch wieder die sichere Anwendbarkeit verliert. Es muß immer noch mit Begriffen gearbeitet werden, die Inhalt genug haben, um vom Volke in dessen jeweiliger Kultur erfaßt werden zu können. Die allzugroße Annäherung der Rechtssätze an die konkreten Tatbestände wird vom Wesen des Rechtes aus durch dieselbe Erwägung aufgehalten. Die Sicherheit der Anwendung würde bei zu geringer Abstraktion durch die zu große Zahl der Regeln leiden. Die jeweilige Kultur ergibt die jeweils vom Gesetzgeber einzuhaltende Höhe der Abstraktion.²⁾

Zu Ziffer 5 ist zu bemerken, daß der Lückenlosigkeit des Rechtes eine vollkommene Freiheit vom Rechte betreffs all dessen entspricht, was in den Rechtskörpern — Gesetz und Gewohnheit — nicht zutagetritt. Es gibt also jeder Ausspruch nicht nur Recht, sondern auch gleichzeitig, sofern die Gewohnheit nicht eintritt, die Grenze des Rechtes. Jeder Ausspruch ist gleichzeitig positive Entscheidungsnorm und als Teil der Gesamtheit des Rechtssinnes negative Entscheidungsnorm. Der Gesetzestechner muß daher ja darauf bedacht sein, die durch seine Aussprüche gebildeten Grenzen mit den vom Rechtspolitiker gewollten zu vergleichen.

Aus Ziffer 6 ergibt sich, daß die Gesetzessätze geeignet sein müssen, den unbedingten Geltungswillen des Rechtes zu tragen. Andererseits hat nur dasjenige im Gesetze Platz, was mit unbedingtem Geltungswillen ausgestattet ist. Jede Form, die geeignet ist einen sachlichen Imperativ zu tragen, kann im Gesetze

¹⁾ Man vergl. S. 358—361 meines obzit. Aufsatzes.

²⁾ Man vergl. S. 356 meines zit. Aufsatzes und oben S. 72.

Verwendung finden. Dahin gehören die persönlichen Imperative, Verknüpfungen von Tatbeständen mit Vor- oder Nachteilen, Sätze, die ein Dürfen und solche, die ein Können ausdrücken.

Ziffer 7 beinhaltet, daß alles, was nicht ein Glied in der Kette „Tatbestand — Rechtsfolge“ ist, nicht die Kraft hat, geltendes Recht zu tragen, denn nur der hypothetische Bau bringt die Vermittlung zwischen dem raum- und zeitlosen Reiche der Normen und dem Leben zustande. Die bloße Konstatierung einer Rechtswidrigkeit kommt allerdings auch als Rechtsfolge in Betracht.

Ziffer 8 befreit das Gesetz von der Aussprache alles dessen, was sich beim Durchdenken an die Denkobjekte von selbst anschließt. Dazu gehört insbesondere der Zusammenhang der Denkobjekte — das System derselben — und die Auseinandersetzung der Konsequenzen.

Studien zur Gesetzestechnik.

Von

Dr. Harald Gutherz.

II. THEIL.

**Phänomenologie
und Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik.**

BRESLAU 1909.

SCHLETTTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von
Geheimen Hofrat Professor Dr. von Lillenthal
Heidelberg.

Inhalt.

	Seite
Einleitung	3
I. Die Worte	7
A. Assoziation des Wortzeichens mit einer Bedeutungsvorstellung.	
1. Allgemeines.	
2. Unmittelbare und mittelbare Assoziation.	
3. Notwendigkeit der Rechtfertigung der Verwendung einer mittelbaren Assoziation.	
4. Stellvertretung neuer Worte durch bekannte ähnliche Worte.	
5. Verweisungen können durch Systemänderung und Wiederholung vermieden werden.	
6. Ebenso Fiktionen.	
7. Vom Rechtsverständnis überhaupt ausgeschlossene Menschen.	
8. Eine Voraussetzung der Volkstümlichkeit.	
B. Verhältnis zwischen Bedeutungsvorstellung und Begriff	12
C. Verschiedenheit der Wortzeichen	16
1. Allgemeines.	
2. Gleiche Wortzeichen assoziieren sich mit verschiedenen Vorstellungen. (I D.)	
3. Das Gesetz führt dies absichtlich herbei, weil die Armut der Sprache dazu zwingt.	
4. Es tut dies mit oder ohne genügende Verwendung anderer Wortzeichen.	
5. Das Gesetz wählt zur Bezeichnung der gleichen Vorstellung verschiedene Zeichen aus ästhetischen Gründen.	
6. Die gleiche Vorstellung wird hierdurch nur schwer erweckt.	
7. Lehren.	
D. Verschiedenheit der Vorstellenden	19
1. Allgemeines.	
2. Die gebräuchlichen Worte erwecken die meist übereinstimmenden Vorstellungen.	
3. Der Inhalt (das Recht) verlangt Verwendung wenig gebräuchlicher Worte.	
4. Diese werden durch Worte mit inhaltsärmeren oder inhaltsreicheren Vorstellungen korrigiert. Die Definition als logisches Gebilde ist kein gesetzestechnisches Mittel.	

5. Wenig gebräuchliche Worte werden verwendet entweder zur Verkürzung des Gesetzes oder weil bessere nicht da sind.
 6. Nur Juristen können ein Gesetz vollkommen verstehen.
 7. Das Gesetz muss die Illusion der Volkstümlichkeit erwecken.
 8. Ist ein Gesetz allen juristischen Praktikern verständlich, so genügt es diesem Erfordernis der Geltungsmöglichkeit.
 9. Das Gesetz soll wirklich volkstümlich sein.
 10. Grenzen der Volkstümlichkeit; juristische Terminologie.
 11. Das Volk kann nur eine ungefähre Rechtskenntnis erwerben.
 12. Mögliche Volkstümlichkeit.
 13. Die bisherige Gesetzessprache bildet eine wertvolle Stütze.
 14. Die Mangelhaftigkeit der Worte verlangt das Auskommen mit einem möglichst geringen Sprachsatze.
- E. Verschiedenheit der Bedeutungsvorstellungen zu verschiedenen Zeiten 34
1. Fast alle Worte unterliegen dem Bedeutungswandel. Ein kleiner, geschlossener Wortschatz nützt dies zu geschlossener Rechtsentwicklung innerhalb des Gesetzes aus.
 2. Manche Worte unterliegen dem Bedeutungswandel rascher, manche langsamer.
 3. Erstere sind besonders empfänglich gegen individuelle Einflüsse. Verbindung mit objektiven, eventuell veränderlichen Massstäben behebt diesen Mangel.
- II. Die Sätze 36
- A. Assoziation der Satzbilder mit Bedeutungsvorstellungen. Stil.
 - B. Verhältnis zwischen Bedeutungsvorstellung und Begriff. Die wesentlichste Eigenschaft des Satzes ist der enge Zusammenhang der Einzelvorstellungen. Sätze, die nur ein Wort als Zeichen haben. Sätze ohne Worte. Sätze, die in ihre Worte zerfallen.
 - C. Verschiedenheit der Satzbilder. Wortstellung. Interpunktion. Grammatik.
 - D. Verschiedenheit der Vorstellenden. Grammatik. Volkstümlichkeit. Erfordernis kurzer Sätze.
- III. Die Aussprüche 42
- Einleitung. Jeder Satz ist als Bestandteil eines Gesetzes Ausspruch. Seine Form (indikativische oder imperativische) ist diesbezüglich ganz gleichgültig.
- A. Die Expansivität der Aussprüche 44
1. Sie wirkt in induktiver und in deduktiver Richtung. Sie entstammt dem unbedingten Geltungswillen des Rechtes. Sie ist in gleicher Kraft die Eigenschaft jeglichen Ausspruches. Sie ist nicht gleich der gelegneten Expansionskraft des Rechtes.
 2. Expansivität, die in induktiver Richtung wirkt. Es ist für sie gleichgültig, ob sie an den einzig vorhandenen oder an mehrere Aussprüche anknüpft. Der Gesetzestechniker kann sich gegen sie dadurch wehren, dass er bloss die notwendigen Merkmale

in sein Gesetz aufnimmt, Überflüssiges, Widerspruchsvolles, Zufälliges aus demselben weglässt und dadurch die höchste Stufe der Abstraktion erreicht. Analogieverbote, Beifügung eines „nur“ sind wirkungslos. Die Notwendigkeit kann der Widerspruchslöslichkeit gleich gesetzt werden.

3. Die Expansivität, die in deduktiver Richtung wirkt, ermöglicht die Anwendung des Rechtes auf den konkreten Fall. Sie muss an einen Ausspruch anknüpfen, der ein Glied in der Kette: Tatbestand — Rechtsfolge bildet. Die Praktikabilität. Ihr Verhältnis zur Klarheit und Eindeutigkeit der Aussprüche, sowie zur Höhe ihrer Abstraktion. Die Unübersehbarkeit der Wirkungen eines Ausspruches. Anlehnung an das bisher geltende Recht. Der Vorwurf der Kasuistik trifft nicht immer den Gesetzestechniker, sondern auch oft den Rechtspolitiker. Die Angabe von Konsequenzen ist überflüssig, ausser bei Erhöhung der Anschaulichkeit durch massvolle Beispielsangaben.

13. Die Affinität der Aussprüche. Die Aussprüche des Gesetzes müssen nicht in einer bestimmten Ordnung stehen, eine solche ist aber wortsparend und zeitsparend und ermöglicht erst die Volkstümlichkeit. Eine rechtswissenschaftliche Ordnung verdient vor allen anderen den Vorzug. Es empfiehlt sich im Hinblick auf die schon vorhandenen Berührungsassoziationen — auf Grund dessen, dass die Ordnung des Gesetzes nicht wissenschaftlich einwandfrei sein muss — die Annahme des in der Wissenschaft herrschenden Systems. 58

- C. Die Spaltbarkeit und Zusammenlegbarkeit der Aussprüche 62

IV. Das Verhältnis der Aussprüche zueinander 63

- A. Die Einordnung 64

- B. Der Ausschluss. Grenzaussprüche. Grenzfälle 65

- C. Die Kollision 68

- D. Die Kumulation 73

V. Das Gesetz 73

- A. Länge des Gesetzes.

- B. Prüfung seiner gesetzestechnisch bedeutsamen Wirkungen.

- Schluss. Zusammenstellung der wichtigeren Sätze der Gesetzestechnik . . . 74

Vorwort.

Zwei Monate nach Herausgabe des ersten Teiles meiner „Studien zur Gesetzestechnik“ und kurze Zeit vor Beendigung des vorliegenden zweiten Teiles ist der VI. Band des allgemeinen Teiles der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (Berlin 1908) und darin W a c h s „Legislative Technik“ erschienen. W a c h s Arbeit bringt wesentlich in Form einer Kritik des R.St.G.B. eine Fülle wertvoller Details, erstrebt aber nicht eine systematische Darstellung und Grundlegung gesetzestechnischer Lehren. (Man vergl. W a c h s eigene Äusserung S. 8.) W a c h nimmt die Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik, welche seiner Kritik zugrunde liegen, auf S. 6 in einem Satze als feststehend an: „Rein äusserlich wird das einfache und klare, prägnant und anschaulich gefasste, leicht verständliche, übersichtliche, Überflüssiges meidende, alles Erforderliche enthaltende, lücken- und widerspruchslöse Gesetz technisch gut genannt werden dürfen“. So wurde einerseits die nachfolgende Untersuchung durch W a c h s Arbeit inhaltlich gar nicht berührt, und anderseits findet die Beschränkung auf die mir wichtig erscheinende Aufstellung und Fundierung eines Systemes der Gesetzestechnik einen neuen Grund in der reichen von W a c h zusammengetragenen Erfahrung über die Wirkungen der technischen Bestandteile eines Gesetzes. Es ist mir sehr wertvoll, dass diese Erfahrung fast durchweg für die Resultate meiner Arbeit spricht.

Für die zahlreichen Aufmunterungen, die ich gerade im Hinblick auf den systematischen Aufbau meiner Studien zur Gesetzestechnik nach Erscheinen von deren erstem Teil aus den Kreisen juristischer Theoretiker erhalten habe, erlaube ich mir hier meinen allerbesten Dank auszusprechen.

Einleitung.

Die Studien zur Gesetzestechnik mussten mit einer Feststellung des Begriffes der Gesetzestechnik beginnen. Im ersten Teil dieser Studien (Studien zur Gesetzestechnik, Teil I, Der Begriff Gesetzestechnik und sein Wert, Untersuchung auf dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre, Breslau 1908, Strafrechtliche Abhandlungen, begründet von Professor Dr. H a n s B e n n e c k e , herausgegeben von Dr. v o n L i l i e n t h a l , Heft 93 [im folgenden durch blosse Seitenangabe zitiert]) wurde mit Hilfe der Begriffe Gesetz und Recht klargelegt, dass es die Gesetzestechnik mit der gedanklichen und sprachlichen Verkörperung eines konkret bestimmten Rechtszustandes zu tun habe, und dass sie die Lehre von dem hierzu dienlichen Mittel sei. (S. 4, 7 und 111.)

Die scharfe Inaugnahme des Zweckes, dem die Gesetzestechnik dient, ergab auch manchen Hinblick auf die notwendigen Eigenschaften der diesem Zweck dienlichen Mittel. (S. 111 ff.) Sollte der fragliche Zweck zum ersten Male in der Zukunft erfüllt werden, so wäre man bei Aufstellung der zweckdienlichen Mittel tatsächlich auf dasjenige beschränkt, was aus dem Wesen des Zweckes folgt, und auf dasjenige, was man ausserhalb von Gesetzen über die so festgestellten Mittel erfahren kann. Das ist aber glücklicherweise nicht der Fall. Es sind schon sehr viele Gesetze (S. 11 und 91 ff.) geschaffen worden; der festgelegte Begriff „Gesetzestechnik“ ermöglicht es in diesen Gesetzen dasjenige gesondert zu betrachten, was an ihnen gesetzestechnisch ist; es ist viel Erfahrung darüber angesammelt, was die technischen Bestandteile der Gesetze, als Ursachen betrachtet, wirken, und so ist die Möglichkeit gegeben, eine Phänomenologie der Gesetzestechnik aufzustellen. Die Phänomenologie der Gesetzestechnik kommt dadurch zu stande, dass man alle bisherigen Erscheinungen des Gesetzestechnischen als Ursachen auffasst und ihre Wirkungen erforscht. Sie beinhaltet die in diesem Erscheinungsgebiet auffindlichen

Naturgesetze, und sie stellt die so gefundenen notwendigen Zusammenhänge dem Gesetzestechner der Zukunft als Belehrung zur Verfügung. Für diesen verwandeln sich die konstatierten Wirkungen in abgelehnte oder aufgegriffene, jedenfalls aber notwendig am Endzweck (Rechtsverkörperung durch Gesetz) gerichtete nähere Zwecke; die zu diesen Wirkungen gehörigen Ursachen aber verwandeln sich in Mittel. Es wird ihm auf diese Weise alles Material zugetragen, das ihm die Wissenschaft der Gesetzestechnik zur Verfügung stellen kann. Bezüglich all jener möglichen Mittel, die nicht bei Betrachtung des Zweckes als undienlich ausscheiden (S. 111 ff.), und die bisher noch niemals angewendet worden sind, tritt die Inspiration des Gesetzestechners in das ihr allein zugängliche, durch die Wissenschaft vom Zweck eng genug umschriebene Gebiet. Bezüglich aller bisher angewendeten und in ihrer Wirkung bereits verfolgbaren Mittel aber, welche wohl auch in weite Zukunft die Hauptmasse der gesetzestechnischen Mittel ausmachen wird, herrscht unumschränkt eine strenge Wissenschaft, die freilich bisher noch nicht viel geübt worden ist (S. 6), die aber deshalb von Anfang an abzulehnen eine unwissenschaftliche Tat darstellt. Glaubt jemand, dass seine Inspiration zur Schaffung von Gesetzen ausreicht, und dass er daher die Wissenschaft der Gesetzestechnik entbehren kann, so sei ihm darin nicht widersprochen. Die vielen bisher ohne technische Erwägungen abgefassten und technisch guten Gesetze beweisen, wie weit die Inspiration hier führen kann. Aber „comme la considération attentive du problème ne peut offrir aucun inconvénient, c'est assez pour la justifier, qu'elle soit susceptible d'avantages éventuels“ (G e n y , La Technique législative dans la Codification civile moderne in Le Code Civil 1804—1904 Livre du Centenaire, Paris 1904, Tome second [im folgenden zitiert: G e n y , Technique], S. 1020), und zu diesen avantages gehört es sicher, dass ein technisch schlechter Gesetzentwurf mit den Waffen der Wissenschaft bekämpfbar wird.¹⁾

¹⁾ Dass es bisher nur selten zu einer solchen considération attentive kam, ist nicht besonders auffällig, denn: „Jede Kunstlehre pflegt später zu sein als die Übung der Kunst, und auf Regeln zu bringen, was die Meister mit Erfolg versucht haben“. (S i g w a r t , Logik, 3. Aufl., Tübingen 1904, Bd. 1, S. 27.) Es ist überdies auch zu sehr die Ansicht verbreitet gewesen, dass gesetzestechnische Regeln nicht gut aufstellbar seien. „Wie diese Darstellung beschaffen sein müsse, lässt sich leichter in gelungenen oder verfehlten Anwendungen fühlen, als durch allgemeine Regeln aussprechen.“ (S a v i g n y , Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Neudruck nach der 3. Aufl., Freiburg i. B. 1892, S. 15.)

Bei der nachfolgenden Phänomenologie der Gesetzestechnik dienen die Ausführungen über den Begriff der Gesetzestechnik vorerst nur dazu, das Gesetzestechnische aus den Gesetzen zu scheiden, um seine Wirkungen gesondert betrachten zu können. Die Aufschlüsse, welche die Betrachtung des Zweckes der Gesetzestechnik über die Art der Mittel derselben gab, und die S. 111—115 unter dem Titel „Ergebnisse“ zusammengestellt sind, bilden keine Voraussetzung der nachfolgenden Untersuchung, die ja nichts anderes darstellt als die Wirkungen der gesetzestechnischen Mittel, und die diese Mittel immer nur bedingungsweise, d. h. unter der Bedingung der Bejahung ihrer Wirkungen zur Annahme empfiehlt. So werden alle in den „Ergebnissen“ zusammengestellten Lehren hier nochmals in dem Sinne bedingungsweiser Anempfehlungen aufscheinen, jede einzelne bis zu einem gewissen Grade unabhängig von der anderen und auch neuerlich und besser überprüfbar als im ersten Teile dieser Studien. Die dort gegebene Rechtsdefinition und die Definition der Gesetzestechnik ist nur insofern präjudiziell, als sie es vielleicht veranlasst, dass Teile der Gesetzestechnik irrtümlich übergangen werden. Nur die S. 113—115 unter Ziffer 1 und 5 angestellten gesetzestechnischen Erwägungen kommen nicht wieder vor. Die Gleichwertigkeit aller Bestandteile eines Gesetzes und die Lückenlosigkeit des Gesetzes mit der Mahnung zur Verwendung gleichmässig sachlicher Sprache und mit der weiteren Mahnung zu genauer Erwägung, ob der gesetzeseleere Raum dem von der Rechtspolitik gewollten rechtsleeren Raume entspricht, wurde ein für allemal behandelt. Die Gleichwertigkeit der Gesetzesbestandteile gab die Grundlage dafür, womöglich jeden solchen in seinen Wirkungen gleicherweise zu verfolgen, sofern er gesetzestechnische Ausbeute versprach, und die Wirkung von Lücken, d. h. von irgend einem Nichtdasein, konnte in einer „Phänomenologie“ nicht erforscht werden.

Die nachfolgende Untersuchung wird aber nicht nur eine Bestätigung des bereits Ausgesprochenen auf neuem Fundamente bringen, sondern sie wird auf ihrem Wege auch Neues zu Tage fördern, und zwar womöglich alles, was von gesetzestechnischem Werte ist.

Der vorliegende II. Teil dieser Studien beschränkt sich auf das Gebiet der allgemeinen Gesetzestechnik. (S. 6.)

Die Phänomenologie und die Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik werden nicht in zwei gesonderte Absätze geschieden werden, obwohl erstere eine theoretische Disziplin bildet, letztere aber eine

praktische Wissenschaft darstellen. Es werden vielmehr aus Gründen der Darstellung, vor allem zur Vermeidung von Wiederholungen und Verweisungen die Lehren der Gesetzestechnik jeweils mit den entsprechenden Absätzen der Phänomenologie verbunden. Am Schlusse der Arbeit werden die wichtigeren Lehren der leichteren Übersicht halber unter Verweisung auf die begründenden Stellen nochmals kurz wiedergegeben.

Zu einem auch nur teilweise grundlegenden System fürchte ich auf diesem unbearbeiteten Gebiet nicht zu gelangen. Trotzdem liegt mir an der Aufstellung eines wenn auch unvollkommenen Systems mehr als an der Sammlung des Tatsachenmaterials, weil ich glaube, durch Ersteres der Gesetzestechnik mehr dienen zu können als durch Letzteres. Diese Absicht rechtfertigt die Art der Bearbeitung des Gebietes. Es wird in dem Hefte nicht viel Literatur zu finden sein, wohl aber viel ehrliches Streben nach richtiger eigener Gedankenarbeit.

I. Die Worte.

A. Assoziation des Wortzeichens mit einer Bedeutungsvorstellung.

1. Nimmt man ein Gesetz zur Hand, so ist die erste augenfällige Erscheinung in demselben das Wortzeichen. Dieses Wortzeichen kann die Ursache sehr vieler Assoziationen sein. (Wundt, Völkerpsychologie, Bd. I, Die Sprache, Leipzig 1. Aufl. 1900 [zitiert: Wundt, Sprache], Teil 1, S. 519.) Wichtig ist hier vor allen Dingen die Assoziation des Wortzeichens mit der vom Worte beinhalteten Vorstellung. Bei einer bestimmten Anzahl von Menschen tritt bei der Auffassung des Wortzeichens eine Vorstellung im Bewusstsein hervor, die von der Seh-, Gehörs- und Bewegungsempfindung gesondert, jedesmal in wenigstens ähnlicher Weise wiederkehrt, so oft das betreffende Wortzeichen neuerlich aufgefasst, so oft der mit diesem Zeichen ebenfalls assoziativ verbundene Lautbestandteil gehört, so oft endlich das Wort geschrieben oder gesprochen wird. Ohne diese Assoziation kann die sprachliche Verkörperung eines Rechtes nicht zu stande kommen, denn sie gehört zum Begriffe der Sprache. Sie ist ein unumgängliches Mittel der Gesetzestechnik, und es ist daher notwendig zu erforschen, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt.

Nimmt man die Worte des § 1 B.G.B. vor: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt“, so wird sich zeigen, dass jedes der darin enthaltenen Wortzeichen bei allen deutsch sprechenden und lesenden, erwachsenen, geistig gesunden, im Zustande ungetrübten Bewusstseins befindlichen Menschen mit Vorstellungen der oben erwähnten Art assoziiert sind. Nimmt man z. B. aus § 47 B.G.B. das Wort „Liquidation“ oder aus § 260 B.G.B. das Wort „Inbegriff“ her, so wird eine Assoziation zwischen Wortzeichen und vom

Wort beinhaltenen Vorstellung nur bei einer kleineren Gruppe von Menschen zu erzielen sein, nämlich nur bei „gebildeten“ Menschen.

Diesen Erscheinungen gegenüber zeigt sich die Notwendigkeit von Klassifikationen der die Assoziation hervorrufenden Wortzeichen und der die Vorstellungen reproduzierenden Menschen.

Letztere mögen in vier Gruppen geteilt werden, und zwar B in jene Gruppe, welche aus deutschsprechenden und lesenden, erwachsenen, geistig gesunden, im Zustande ungetrübten Bewusstseins befindlichen Menschen gebildet wird, C in jene, welche aus überdies noch gebildeten Menschen besteht, D in jene, deren Mitglieder ausserdem fachgelehrt sind, und A in jene, deren Mitglieder nicht einmal die unter B verlangten Eigenschaften voll aufweisen. Die Wortzeichen kann man nun in der Art gruppieren, dass den oben erwähnten Menschengruppen B, C und D jene Wortzeichen zugegliedert werden, welche bei denselben Vorstellungen der obenerwähnten Art hervorrufen. Es entstehen auf diese Art die drei Gruppen von Wortzeichen: b, c und d, denen noch eine vierte Gruppe e beigelegt werden soll, die aus Wortzeichen besteht, die bei keiner der Menschenklassen B, C und D eine Vorstellung erwecken.

2. Es erhellt nun, dass zum Bau von Gesetzen nur Wortzeichen der Gruppen b, c oder d verwendet werden können, weil nur sie bei Mitgliedern der Gruppe B Vorstellungen hervorrufen und weil diese Vorstellungen für die sprachliche Verkörperung des Rechtes notwendig sind. Wortzeichen der Gruppe e können nur dann und nur insofern vom Gesetzestechner herbeigezogen werden, als die bei ihnen auf direktem Wege nicht zu stande kommende notwendige Assoziation mit einer Vorstellung von obengedachter Art auf indirektem Wege doch herbeigeführt wird. Als Wortzeichen der Gruppe e kommen in Betracht nicht eingebürgerte Worte fremder Sprachen und völlig neue Worte, sowie Wortzeichen, welche Verweisungen und Fiktionen darstellen; als Ursachen indirekter Assoziation müssen aber immer wieder Worte der Gruppen b, c oder d herangezogen werden, welche die Worte der Gruppe e erklären. Was die Worte fremder Sprachen anbelangt, so wird ein Gesetz allerdings nicht notwendig selbst für die Herbeiführung dieser Assoziation sorgen müssen. Es genügt, wenn es dieselbe auf indirektem Wege ermöglicht, und das tut es ja, wenn es nur Wortzeichen verwendet, die für anderssprachige Menschen die Rolle der Worte b, c oder d spielen. Ein in fremder Sprache abgefasstes Gesetz kann die Rechtsuntertanen ruhig an die Grammatik und die Wörterbücher der

gebrauchten Sprache als Assoziationsbrücken weisen. In dem gemischt-sprachigen Österreich geschieht dies auch dadurch, dass für die Staatsgesetze jeweils ein Urtext geschaffen wird (§ 2 des Ges. v. 10. 6. 1869 R. G. Bl. No. 113). Die amtlichen Übersetzungen sind da nur insofern Gesetz, als sie mit dem Urtext übereinstimmen. Würde kein Urtext geschaffen, so müsste die Rechtseinheit wohl auch im Prinzip aufgegeben werden. (Man vergl. M o h l, Politik I. Bd. Tübingen 1862, S. 439 f.)

3. Es ist leider nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, dass es einer Rechtfertigung bedarf, Wortzeichen zu verwenden, die nur mit Zuhilfenahme von Assoziationsbrücken die für die Rechtserfassung nötigen Vorstellungen erwecken. Die Folge der Verwendung solcher Zeichen ist notwendig Zeitverlust und, sofern es sich um Verweisungen handelt, überdies eine Störung der Übersichtlichkeit. Assoziationsbrücken, die ausserhalb des Gesetzes stehen, sind ausserdem unzuverlässig oder doch unkontrollierbar. Nur sehr bedeutende Vorteile könnten die Verwendung der fraglichen Zeichen rechtfertigen.

4. Die Aufnahme neuer Worte wird immer, auch dort, wo es sich um die notwendige Prägung (zeit- und wortsparende Prägung) eines neuen terminus technicus handelt, durch die Verwendung eines schon bekannten Wortes ersetzt werden können, das eine Vorstellung erweckt, die der erwünschten wenigstens ähnlich ist.²⁾ Die besondere Bedeutung dieses bereits bekannten Wortes wird sohin durch eine der in I. D. 4 angeführten Verfahrensarten klargestellt werden können.

5. Ebenso werden auch Verweisungen erspart werden können, und dies entweder durch eine veränderte Systematik (indem das mit

²⁾ Über die Stellvertretung unbekannter Worte durch bekannte ähnliche Worte vergl. man W a c h, Legislative Technik, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil Bd. VI, Berlin 1908 (im folgenden zit.: W a c h, Legislative Technik), S. 24 ff. und D i c k e l, Über das neue bürgerliche Gesetzbuch für Montenegro, Berlin 1889 (im folgenden zit.: D i c k e l, Gesetzb. f. Montenegro), S. 37 ff.

Das im Text Gesagte gilt übrigens nicht nur für neue Worte, sondern auch für neue Wortverbindungen. Können solche an sich förmlich bedeutungslose Zeichen, die anderer gesetzlicher Bestimmungen als Assoziationsbrücken bedürfen, durch solche ersetzt werden, die auch ohne Assoziationsbrücken die gewünschte oder doch eine leicht korrigierbare Vorstellung erwecken, so muss von den an sich bedeutungsvollen Zeichen Gebrauch gemacht werden; Schablonen sind nur dann gerechtfertigt, wenn ein klares, eindeutiges und rasches Verständnis ohne ihre Verwendung ausgeschlossen ist. Man vergl. hierzu G i e r k e, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889 (im folgenden zit.: G i e r k e, Entwurf), S. 29 ff.

zwei oder mehreren verschiedenen Vorstellungen zu Verbindende von diesen zugleich ausgesagt wird³⁾ oder durch eine Wiederholung. Die überflüssigen (bloss die Wirkungen der Expansivität wiederholenden) und daher irreleitenden (als Einschränkung der Expansivität nicht angeführter Aussprüche aufgefassten) Verweisungen haben natürlich vollkommen wegzufallen, was im Abschnitte III. A. seine Begründung findet. Die Wiederholung hat vor der Verweisung den Vorteil, dem Gesetzestechniker eine Kontrolle zu bieten, Zeit zu sparen und die Übersichtlichkeit nicht zu unterbrechen. Würde als Vorzug der Verweisung angeführt, dass das Gesetz durch sie gekürzt werde, so wäre dem entgegenzustellen, dass es sich dabei nur um eine rein körperliche Kürzung handeln könne, die nicht nur keine Kürzung, sondern sogar eine Verlängerung der geistigen Arbeit und daher einen Nachteil bedeute.

Die Wiederholung ist also der Verweisung vorzuziehen, womit die entsprechende Frage *Z i t e l m a n n s*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1900 (im folgenden zitiert: D. J. Z. 1900), S. 331 beantwortet erscheint.⁴⁾

³⁾ An Stelle zahlloser Verweisungen stehen viele Bestimmungen der Gesetze in einem allgemeinen Teile, der hierdurch unentbehrlich wird. Ähnlich *K o h l e r*, Technik der Gesetzgebung, Archiv für die zivilistische Praxis, Jahrgang 1905 (im folgenden zit.: *K o h l e r*, Technik), S. 349 und 361; *B e k k e r*, System und Sprache des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Berlin 1888 (im folgenden zit.: *B e k k e r*, System), S. 8; *W a c h*, Legislative Technik, S. 9. Im Zusammenhange mit seinem Verlangen nach einer Ordnung der Aussprüche, welche im Gegensatz zu einer rechtswissenschaftlichen nur Gesichtspunkte des täglichen Rechtslebens berücksichtigt, erklärt sich *D a n z*, Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht, Leipzig 1861 (im folgenden zit.: *D a n z*, Codificationsformen), S. 58 ff. gegen den „allgemeinen Teil“ der Gesetze, der „alle die Übelstände, die das ‚System‘ für das praktische Leben hervorbringt“, erzeuge. Dem gegenüber ist hervorzuheben, dass ein Gesetz in Nichtjuristen nur eine beiläufige Rechtskenntnis erzeugen kann (I. D. 10, 11, 12) und dass gerade der Nichtjurist die Regeln des allgemeinen Teiles als die selbstverständlichsten meist in jenen des speziellen von selbst mitdenkt.

⁴⁾ „Ein schwerer Fehler unseres B.G.B.'s ist sodann die übermässige Verweisungstechnik, die noch dadurch zu Unklarheiten führt, dass das Gesetz, auf das verwiesen wird, meist nicht ohne weiteres, sondern nur „entsprechend“ in Anwendung kommen soll. Dadurch wird das Ganze im höchsten Masse verworren und unübersichtlich.“ (*K o h l e r*, Technik S. 354.) Ähnlich *G i e r k e*, Entwurf S. 66 ff., und *B a r a z e t t i*. Der Vorentwurf zum ersten und zweiten Teil des schweizerischen Civilgesetzbuches, Bern 1898 (im folgenden zit.: *B a r a z e t t i*, Vorentwurf), S. 16, „Verweise auf andere Bestimmungen des Gesetzbuches sind durchgängig“ (? Art. 561 ?) „vermieden“. (*A. E g g e r*, Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907,

6. Auch die Fiktion ist eine Art der Verweisung, die besser und deutlicher in eine Wiederholung aufgelöst werden kann.⁵⁾

7. Eine Gruppe von Wortzeichen, welche auch in Mitgliedern der Menschengruppe A Vorstellungsassoziationen hervorruft, wurde nicht aufgestellt, weil bei dieser Menschengruppe, die vorwiegend aus Kindern, Geisteskranken und Sprachunkundigen besteht, die Bedingungen zur Auffassung eines sprachlichen Rechtskörpers überhaupt nicht gegeben sind. Es kann ihnen gegenüber von Rechtsverkörperungen nicht gesprochen werden, wenn auch trotzdem die Rechtsnormen auf sie Bezug haben können.

8. Ein Gesetz, das nur mit Wortzeichen der Gruppe b arbeitet, hat alle Möglichkeit, volkstümlich zu sein. Worte der Gruppe c und d werden die „Volkstümlichkeit“ eines Gesetzes stören (hierüber vergl. man I. D. 7—12). Ein Gesetz, das vorwiegend aus Worten der Gruppen c und d besteht, kann nur als „gelehrtes“ Gesetz bezeichnet werden, und seine Wirkung wird der Wirkung eines z. B. in lateinischer Sprache geschriebenen Gesetzes ziemlich gleichkommen. Als Reaktion auf das in lateinischen Büchern gesuchte Recht wurde ja auch immer ein nicht nur in der Volkssprache, sondern auch volkstümlich geschriebenes Gesetz verlangt.

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Jahrg. 1908 (im folgenden zit.: E g g e r, Arch. R. u. Wphil. 1908), S. 118. Auch B e k k e r, System S. 56, spricht sich gegen die Verweisungen aus. Ebenso E n d e m a n n, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Berlin 1903, Bd. I (im folgenden zit.: E n d e m a n n, Lehrb.), S. 19, S t o o s s, Der Geist der modernen Strafgesetzgebung, Wien 1896 (im folgenden zit.: S t o o s s, Geist d. m. Strggg.), S. 20 und G e n y, Technique S. 1012, der die Seltenheit der Verweisungen im Code civil lobt.

Eine Vorschrift für Verweisungen gibt interessanterweise Leibnitz in § 98 der Ratio corporis juris reconcinnandi: „Si lex ad plures titulos referri potest, ponetur sub eo, ex quo pendet eius ratio decidendi. Sub altero tantum citabitur per verba initialia.“ Die Affinität der Aussprüche (III. B.) erspart die unzähligen hiernach notwendigen Verweisungen.

⁵⁾ Gegen die Fiktionen spricht sich aus: K o h l e r, Technik S. 365 f., G i e r k e Entwurf S. 63 ff. und G e n y, Technique S. 1012. Dass die Fiktionen mit den Verweisungen „nahe zusammenhängen“, betont Z i t e l m a n n, Die Kunst der Gesetzgebung, Drcsden 1904, Gehestiftung (im folgenden zit.: Z i t e l m a n n, Kunst), S. 16. Man vergl. hierzu auch L u d w i g G o l d s c h m i d t, Kritische Erörterungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 1. Heft: Die formalen Mängel des Entwurfs, Leipzig 1889 (im folgenden zit.: G o l d s c h m i d t, Krit. Erörterungen), S. 44 ff.

B. Verhältnis zwischen Bedeutungsvorstellung und Begriff.

Untersucht man weiter die den Wortzeichen des § 1 B.G.B. entspringenden Wirkungen, so zeigt sich, dass die Zeichen „Die, des, Menschen, beginnt, mit, der, Vollendung, der, Geburt“ bei allen Mitgliedern der Gruppe B ziemlich klare Vorstellungen hervorrufen, während das Zeichen „Rechtsfähigkeit“ bei der Gruppe B weniger C nur mit einer ganz unklaren Vorstellung assoziiert ist.

Unter den Wortzeichen b, c, d, auf denen, wie oben erwähnt, jedes Gesetz letzten Endes fassen muss, gibt es solche, die klare, und solche, die nur unklare Vorstellungen hervorrufen. Die klaren Vorstellungen sind objektiv klar, d. h. sie sind innerhalb aller nur möglichen Vorstellungen nach Gleichheit und Unterschied bestimmt, oder sie sind subjektiv klar, d. h. der Vorstellende ist sich keiner Lücke in ihrer Vergleichbarkeit und Unterscheidbarkeit bewusst. Unter den unklaren Vorstellungen sind zu unterscheiden: objektiv unklare, d. s. solche, deren Vergleichbarkeit und Unterscheidbarkeit nicht hinsichtlich aller nur möglichen Vorstellungen vollkommen ist, und subjektiv unklare, d. s. solche, bei denen der Vorstellende einen solchen Mangel kennt oder zu kennen glaubt.

Aus den vier Paaren, die aus den eben erwähnten vier Gruppen zusammengestellt werden können, scheidet das Paar der subjektiv unklaren und objektiv klaren Vorstellungen als für die Menschengruppe B unbedeutend aus. Es bleiben also von Wichtigkeit nur die Paare der subjektiv und objektiv unklaren, der subjektiv klaren und objektiv unklaren, und der subjektiv und objektiv klaren Vorstellungen. Die subjektiv und objektiv klaren Vorstellungen haben am meisten Chance, in gleicher Weise reproduziert zu werden, weil bei ihnen durch die objektive Klarheit viele Änderungsursachen ausgeschlossen sind.

Die subjektiv und objektiv unklaren Vorstellungen werden nur selten in gleicher Weise reproduziert werden. Schon das sich an die subjektiv unklaren Vorstellungen knüpfende Missvergnügen — die darin liegenden Forschungsantriebe — wirken gegen eine gleiche Reproduktion. Zu „ausgeschliffenen Bahnen“, dem reproduktionserleichternden Faktor, kommt es bei ihnen gar nicht.

Die subjektiv klaren und objektiv unklaren Vorstellungen teilen bezüglich der Reproduktion das Schicksal der subjektiv und objektiv klaren Vorstellungen oder das der subjektiv und objektiv unklaren Vorstellungen, je nachdem sie im Bewusstsein des Vorstellenden mit

Vorstellungen zusammentreffen, mit denen sie bisher noch nicht vergleichbar und von denen sie bisher auch noch nicht unterscheidbar waren, oder nicht.

Ein Beispiel für subjektiv und objektiv klare Vorstellungen der Menschen der Gruppe B weniger C würde in dem oben angezogenen § die Zahl 1 erwecken, ein Beispiel für eine subjektiv klare und objektiv unklare Vorstellung das Wort „Mensch“, und endlich ein Beispiel für subjektiv unklare und objektiv unklare Vorstellungen das Wort „Rechtsfähigkeit“. Es gibt in den Gesetzen ausserordentlich wenig Wortzeichen, die subjektiv und objektiv klare Vorstellungen erwecken, dagegen sehr viele, die subjektiv klare und objektiv unklare Vorstellungen oder subjektiv und objektiv unklare Vorstellungen hervorrufen. Die verfügbare Menge von Wortzeichen, die mit subjektiv und objektiv klaren Vorstellungen assoziiert sind, würde niemals dazu ausreichen, eine Kenntnis vom Recht zu vermitteln. Es müssen hierzu jedenfalls noch Wortzeichen herangezogen werden, die subjektiv klare und objektiv unklare und die subjektiv und objektiv unklare Vorstellungen herbeiführen. Nun will aber das Recht seinem logischen Charakter entsprechend gedacht, das heisst begrifflich erfasst werden (S. 64 ff.), und es fragt sich nun, inwieweit die gegebenen Arten von Vorstellungen eine ausreichende Basis für die Begriffsbildung liefern.

Vorstellungen, die subjektiv und objektiv klar sind und die immer in ganz gleicher Weise reproduziert werden, können durch das Hinzutreten eines einfachen Willensaktes des Vorstellenden mit gleichem Inhalt zu fest begrenzten und von allen andern Vorstellungen sicher unterscheidbaren Einheiten gleicher Bedeutung — zu Begriffen — umgeprägt werden. Die gleichsam nur formelle Tätigkeit des Menschen würde dazu genügen, die dem Reiche der Naturgesetze entstammten Vorstellungen dem Normenreiche zu unterwerfen und sie für die Wirkung der ewig gleichen Normen des Denkens tauglich zu machen. Die begriffliche Erfassung des Rechts begegnet auf Grundlage von Vorstellungen, die subjektiv und objektiv klar sind und die immer in gleicher Weise reproduziert werden, keinerlei Schwierigkeiten.

Anderes gilt von den Vorstellungen, die subjektiv klar und objektiv unklar sind. Sofern sie in ganz gleicher Weise reproduziert werden, glaubt der Vorstellende leicht zu einer Begriffsbildung gelangen zu können, der gebildete „Begriff“ bleibt aber für ihn nur solange bestehen, bis die grundlegende Vorstellung sich in eine subjektiv unklare verwandelt.

Die subjektiv und objektiv unklaren Vorstellungen endlich können mit ihrem ganzen Inhalte nicht den Inhalt eines Begriffes abgeben, da ja der Begriff dieser Vorstellungen schon das Merkmal der Uneinordenbarkeit also auch der U n d e n k b a r k e i t aufweist. Es können durch Hinweglassung oder durch hypothetische Ausfüllung des an ihnen Unklaren nur Begriffe gebildet werden, deren Inhalt dem Inhalt der Vorstellungen mehr oder weniger ähnlich ist. Der subjektive Eingriff in das bei ihnen naturgesetzlich Gegebene ist ausserordentlich gross.

Nun muss aber beim Bau von Gesetzen, wie schon oben bemerkt, sehr viel mit Vorstellungen gearbeitet werden, die entweder schon subjektiv und objektiv unklar sind, oder die es doch leicht werden können, und da erhellt nun, dass eine Kenntnis des Rechtes auf ihrer Grundlage nur insofern möglich wäre, als das Unklare an ihnen weggelassen (also aus dem Rechte ausgeschaltet), oder als es hypothetisch geklärt würde. Nimmt man an, dass die Vorstellung „Mensch“ in dem obzit. § 1 B.G.B. von der Vorstellung „Monstrum“ nicht sicher unterscheidbar wäre, so könnte einem solchen Monstrum die Rechtsfähigkeit hypothetisch zu- oder hypothetisch abgesprochen, es könnte aber auch definitiv erklärt werden, dass das Monstrum ausserhalb des Rechtes liege. Je nachdem das Recht nun wirklich diese dreierlei Möglichkeiten ausserrechtlicher Bestimmung überlassen will oder nicht, ist die Fassung des § 1 in diesem Sinne vollkommen oder unvollkommen.

Ist sie unvollkommen, so verlangt sie eine Ergänzung in einer der drei Richtungen, und zwar kann diese Ergänzung wieder durch subjektiv und objektiv klare (?), durch subjektiv klare und objektiv unklare oder durch subjektiv und objektiv unklare Vorstellungen geschehen. Für das Monstrum könnte eine Spezialbestimmung geschaffen werden. Dann freilich wäre die Abgrenzung zwischen Mensch und Monstrum und jene zwischen Monstrum und Tier zu gewinnen.

Unklare Vorstellungen können am raschesten und vollständig nur durch klare, sie können aber auch wenigstens unvollkommen durch weitere unklare Vorstellungen geklärt werden. Jedes Gesetz muss notwendig infolge der zu geringen Anzahl von verfügbaren subjektiv und objektiv klaren Vorstellungen manche Fälle subjektiver Bestimmung überlassen. Ein Gesetz entspricht dem Rechte, das es verkörpert, dann, wenn dieses Gebiet subjektiver Freiheit entweder in das rechtsfreie Gebiet oder in jenes Rechtsgebiet fällt, in dem die sachlichen Imperative

(S. 78 ff.) sich von ausserrechtlichen Faktoren abhängig machen.⁶⁾ Wie gross das Gebiet der Zweifel oder doch der aufgeworfenen Fragen bei jedem Gesetze ist und sein muss, beweist das Bestehen der juristischen Literatur und insbesondere das der Kommentare. Dass anderseits im Rechtsgebiete auch auf schwankender Grundlage doch immer zur Bildung fester Begriffe vorgeschritten wird,⁷⁾ beweist, daß jeder Zweifel in der Literatur gelöst und jede Frage daselbst beantwortet wird. Dass die in einem Gesetze gegebenen Ursachen allein dazu genügen könnten, in dem Rechtsuchenden feste Rechtsbegriffe zu erzeugen, war ein Irrtum, der insbesondere in der Blütezeit des Naturrechtes eine bedeutende Rolle spielte.⁸⁾ Mit einem gewissen Mass von Klarheit der erzeugten Vorstellungen muss man sich begnügen.⁹⁾ Näheres über die hier erörterten Fragen findet sich in dem Abschnitte I. D. und II.

⁶⁾ R o g u i n , Observations sur la codification des lois civiles, Recueil publié de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne 1896 (im folgenden zit.: R o g u i n , Observations), S. 91, spricht von einer „soif de clarté“, welche alle Völker im Gebiete des Rechtes haben. Wenn der Gesetzestechner das erwähnte Gebiet subjektiver Freiheit aus Faulheit oder auf Grund falscher Voraussetzungen betreffend die Klarheit oder Selbstverständlichkeit seiner Äusserungen erweitert, wie R o g u i n a. a. O. S. 82 ff. ausführt, so entspricht er nicht seiner Aufgabe, die sohin die Gewohnheit übernehmen muss. Hier wird dann richtig von Lücken in der Arbeit des Gesetzestechners gesprochen (m. E. fälschlich auch von Lücken im Gesetze S. 74 ff.), die dieser zu vermeiden hat. Man vergl. hierzu W a c h , Legislative Technik S. 6 f.

⁷⁾ „Begriffe sind die eigentümlichste und wesentlichste Form des Rechts, so sehr dass kein Recht ohne sie gedacht werden kann.“ (A r n o l d , Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865, S. 314.)

⁸⁾ Dieser Irrtum veranlasst wohl auch Z i t e l m a n n (D. J. Z. 1900, S. 331) zu der Fragestellung: „Wie weit soll ein Gesetzbuch Begriffsbestimmungen geben?“, die m. E. richtig dahin lauten müsste: „Was soll der Gesetzgeber tun, um eine möglichst übereinstimmende Begriffsbildung zu ermöglichen?“ (Hierüber vergl. man I. D.) Der gleiche Irrtum unterliegt auch B e k k e r s Untersuchungen über den Raum, den „Definitionen“ im Gesetze einnehmen sollen (System S. 21). So verlangt auch v. L i s z t , Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, Berlin 1905 (zit. v. L i s z t , Aufsätze II), S. 424, vom Gesetze „die Aufstellung klarer und einfacher Begriffe“, statt die Erzeugung möglichst klarer Vorstellungen. Man vergl. hierzu die zahlreichen Zitate in Anm. 17.

⁹⁾ Fast jeder Schriftsteller, der irgend eine gesetzestechnerische Betrachtung anstellt, verlangt vom Gesetze „Klarheit“. Eine Kenntnis der unüberschreitbaren Schranken, die sich diesem Verlangen entgegenstellen, findet sich nur selten. Man vergl. diesbezüglich Anm. 28. Die folgenden Zitate machen natürlich nicht Anspruch auf Vollständigkeit: L a b a n d , Die Kodifikation des bürgerlichen Rechts der Schweiz, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1897 (im folgenden zit.: L a b a n d ,

C. Verschiedenheit der Wortzeichen.

1. Im allgemeinen rufen gleiche Wortzeichen gleiche, verschiedene Wortzeichen aber verschiedene Vorstellungen hervor. Geht man ein ganzes Gesetz im Hinblick auf diese Erscheinung durch, so wird sich zeigen, dass zu öfteren Malen gleiche Wortzeichen verschiedene

D. J. Z. 1897), S. 132, lobt ebenso wie Barazetti, Vorentwurf S. 15, „die Klarheit, Einfachheit und Verständlichkeit der Sprache“, womit wohl vorwiegend die Erzeugung klarer Vorstellungen gemeint ist, da die „Kraft und Kürze der Sätze“ noch besonders hervorgehoben wird. Bekker fordert (System S. 3) „grösstmögliche Klarheit des Ausdruckes, deren notwendige Voraussetzung freilich eine ebensolche Klarheit des Gedankens ist“. Richtig sollte diese Forderung nach Ausdrücken gehen, die klare Vorstellungen erwecken. Endemann (Lehrb. S. 19) fordert „Verständlichkeit“, Geny, Technique S. 996, précision und clarté. Wach, Legislative Technik S. 3, bezeichnet die „Klarheit“ als „elementare Anforderung der Technik“. Klarheit wird verlangt von v. Liszt, Aufsätze II, S. 103 und 424 und Günther, Recht und Sprache, Berlin 1898 (im folgenden zit.: Günther, Recht u. Spr.), S. 21. Von früheren Autoren, die Klarheit der Gesetze verlangen, sei genannt: Baco (Exemplum tractatus de justitia universali, sive de Fontibus juris, Aphor. 8): „Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec justa esse possit. Si enim incertam Vocem det tuba, quis se parabit ad bellum? Similiter si incertam vocem det Lex, quis se parabit ad parendum?“ A. a. O. Aphor. 52 wendet sich Baco gegen die descriptio minus perspicua et dilucida der Gesetze. Für Klarheit tritt er überdies noch öfter ein (The Works of, London 1740, Vol. IV, S. 3 und 84). Klarheit verlangt Conring, De origine juris, Helmstedt 1649, Kap. 34, S. 210; Leibnitz (man vergl. Baron Franz Hotmanns Antitribonian, Festschrift für die Bonner Universität, Bern 1888 (zit.: Baron F. H. Antitribonian), S. XXVIII, XXIX); Montesquieu, Esprit des Lois (zit.: Montesquieu, Esprit), livre XXIX, chap. XVI; Beccaria, Dei delitti e delle pene, Harlem 1766 (zit.: Beccaria, Dei delitti), S. 152; Friedrich der Große, Cabinetsordre vom 14. 4. 1780 (man vergl. Baron F. H. Antitribonian, S. XLII); Globig und Huster, Abhandlung von der Criminalgesetzgebung, Zürich 1783 (zit.: Globig Huster, Abh.), S. 34 f.; Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes, Giessen 1804 (zit.: Feuerbach, Kritik), S. 20; Bentham, Grundsätze der Civil- und Kriminalgesetzgebung, herausgegeben von Dumont-Beneke, Berlin 1830 (zit.: Bentham, Grundsätze), S. 221; Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814 (zit.: Thibaut, Notwendigkeit), S. 13; Mittermaier, Die Strafgeseztgebung in ihrer Fortbildung, Heidelberg 1841 (zit.: Mittermaier, Strggg.) an verschiedenen Stellen z. B. S. IV; Weiske, Rechtslexikon, IV. Bd., Leipzig 1844, S. 762; Kittka, Über das Verfahren bei Abfassung der Gesetzbücher, Wien 1841 (zit.: Kittka, Verfahren), S. VI u. 8; Geib, Die Reform des deutschen Rechtslebens, Leipzig 1848 (zit.: Geib, Reform), S. 180; Mohl, Politik I, S. 441; Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, Leipzig 1868 (zit.: Trendelenburg, Naturr.), S. 168.

Vorstellungen, verschiedene Wortzeichen aber gleiche Vorstellungen erzeugen. Die Ursache dieser Erscheinungen muss natürlich ausserhalb der fraglichen Wortzeichen liegen. Sie kann entweder in anderen Wortzeichen des Gesetzes, sie kann aber auch in Bewusstseinsinhalten gefunden werden, die mit dem Gesetze nichts zu tun haben.

2. Um letztere vorwegzunehmen, so sei hier nur betont, dass es keinem Gesetze gelingen kann, sie völlig auszuschalten. Hierüber handelt Abschnitt I. D.

3. Diejenigen verschiedenen, an dasselbe Wortzeichen anknüpfenden Assoziationen, die ihre Unterschiedlichkeit anderen Wortzeichen des Gesetzes verdanken, können dadurch bedingt sein, dass zwei verschiedenen Vorstellungen in der Sprache tatsächlich nur ein Wortzeichen entspricht. Als Beispiel genügt das Wortzeichen „der“ in seinen verschiedenen Bedeutungen. Die Verwendung desselben Wortzeichens für verschiedene Vorstellungen ist in solchen Fällen der Not natürlich gerechtfertigt. Dass diesen Zeichen immer noch andere beigelegt werden müssen, aus denen ihre jeweilige Bedeutung erhellen kann, sei als selbstverständlich nicht näher ausgeführt.

4. Es kommt aber in Gesetzen auch vor, dass dasselbe Wortzeichen als Erreger verschiedener Vorstellungen verwendet wird, obwohl die Armut der Sprache dazu nicht zwingen würde. Auch hier sind noch andere Wortzeichen dazu notwendig, jeweils eine, nicht aber eine andere dieser Vorstellungen hervorzurufen. Solange solche andere Wortzeichen in genügend klarer Weise Verwendung finden, kann man zwar eine überflüssige Komplizierung der intellektuellen Tätigkeit der Ausleger konstatieren, wenn aber die genannten Stützen wegfallen und das Wortzeichen nun doppeldeutig bleibt, so treten dieselben Erscheinungen auf, die bei den subjektiv und objektiv unklaren Vorstellungen bereits besprochen wurden.

5. Zur Bezeichnung derselben Vorstellung mit verschiedenen Worten kann niemals ein Zwang bestehen. Es herrscht wohl die Meinung, dass es unschön sei, wenn in naher Aufeinanderfolge dieselben Worte sich wiederholen. Es besteht aber für die Ausdruckskunst immer der oberste Grundsatz, es müsse der Ausdruck dem Auszudrückenden möglichst gut entsprechen; Synonima können sich schon ihres verschiedenen Klanges halber in ihrer Wirkung niemals ganz vertreten. Übrigens müsste eine solche ästhetische Erwägung dort schweigen, wo es sich

um den Zweck der Rechtsverkörperung, nicht aber um den der Herbeiführung von Lust an schönem Ausdrucke handelt.¹⁰⁾

6. Bei Verwendung verschiedener Zeichen als Erreger der gleichen Vorstellung ist also die erste Frage jedenfalls die, ob verschiedene Zeichen wirklich dazu taugen, genau das gleiche Bild zu erwecken. Es scheint mir nun, dass dies keinesfalls zu bejahen ist. Die gleichzeitig vorhandenen Bewusstseinsvorgänge beeinflussen sich gegenseitig und dies selbst dann, wenn sie ganz disparater Natur sind. Gesetzt den Fall, es sei mit einem Wortzeichen eine subjektiv und objektiv klare Vorstellung verbunden, so erhält diese Vorstellung eine starke Neigung, neue Zusammenhänge zu suchen, sobald sie durch ein dem Gesichte ungewohntes Zeichen ausgedrückt wird.¹¹⁾ Diese Tatsache wird im Annoncenwesen mannigfach ausgeschrotet. Auf ihr beruht die Möglichkeit, Einteilungen eines Buches z. B. durch Nebeneinanderstellen von grossen, kleinen, lateinischen und griechischen Buchstaben ohne weitere Hinweise als Einteilungen verschiedener Kategorien darzutun. Sie gründet den Gebrauch fetter, gesperrter und Kursivschrift. Um wie viel grösser aber als bei dem bisher Angeführten ist die Unterschiedlichkeit bei ganz verschiedenem Bild und ganz verschiedenem Klang eines Wortes! Selbst wenn ein Rechtssatz klar geworden und ihm ein ebenso klarer zweiter Rechtssatz gegenüber gestellt worden ist, in dem ein auch im ersten vorkommender Begriff durch einen anderen Ausdruck wiedergegeben ist, selbst in diesem selten günstigen Falle gewinnt die sachliche Frage ihre Berechtigung: warum ist der anscheinend gleiche Begriff verschieden ausgedrückt? Wie viel gründliche Studien sind dazu notwendig, um einen Rechtslehrer zur Behauptung zu veranlassen, dass mit zwei verschiedenen Worten dieselbe Bedeutung ausgedrückt worden ist, und wie selbstverständlich erscheint die Einführung der gleichen Bedeutung bei demselben Wortzeichen!

¹⁰⁾ „Die Ästhetik und Brauchbarkeit der Rechtssprache besteht nicht in der reizvollen Mannigfaltigkeit, sondern in der Festigkeit, Einfachheit und Klarheit.“ (Wach, Legislative Technik S. 27.) Ähnlich Günther, Recht u. Spr., S. 21 und Geib, Reform, S. 180.

¹¹⁾ „Auch der Druck der einzelnen Wörter und Sätze in dem Kodex mit grösseren Buchstaben ist nicht zu billigen; denn da vorausgesetzt wird, dass in dem Gesetze nichts Überflüssiges erscheint, so wird durch den grösseren Druck die Aufmerksamkeit vorzüglich nur auf diesen gelenkt, und in Beziehung auf den übrigen Text tritt diese Aufmerksamkeit mehr in den Hintergrund.“ Kitka, Verfahren, S. 62 Anm. 2.

Die hier angeführten Beobachtungen rechtfertigen wohl die Aufstellung des Satzes, daß subjektiv klare Vorstellungen bei Verwendung verschiedener Zeichen zu subjektiv unklaren Vorstellungen werden, deren Charakteristikum ja eben darin besteht, daß der Vorstellende sich der Existenz von Zusammenhängen seiner Vorstellung mit anderen Vorstellungen bewusst wird, ohne diese Zusammenhänge selbst zu kennen.

7. Das Erfordernis gleicher Zeichen für gleiche Bedeutungen ist wohl das allgemeinst ausgesprochene der modernen Gesetzestchnik. Es werde auch hier vollinhaltlich aufgenommen. Bezüglich des Erfordernisses womöglich verschiedener Zeichen für verschiedene Vorstellungen muss der Fall unterschieden werden, in dem gleiche Wortzeichen durch den Einfluss beigegebener anderer Wortzeichen verschiedene klare Vorstellungen erwecken, und jener, in dem durch ungenügenden Gebrauch solcher anderer Wortzeichen die Bedeutung der fraglichen Zeichen unbestimmt bleibt. Der letztere Fall ist von dem Gesetzestechner unbedingt zu vermeiden, der erstere aber ist von ihm im Interesse der Kürze des Gesetzes (V. A.) dann zu vermeiden, wenn ein anderes verfügbares Wortzeichen die erwünschte Vorstellung ebenso klar erwecken würde als die mehreren verwendeten.¹²⁾

D. Verschiedenheit der Vorstellenden.

1. Nachdem unter den für die Gesetzestchnik wichtigen Erscheinungen von den Wortzeichen der Gesetze zu den von ihnen hervorgerufenen Vorstellungen, von diesen aber zu den für das Recht erheblichen Begriffen fortgeschritten, nachdem endlich die verschiedene Wirkung verschiedener Wortzeichen berührt wurde, ist auf die Ver-

¹²⁾ „Die Gesetzessprache hat jeden Luxus zu meiden: jeder Ausdruck soll nur eine Bedeutung, jeder Begriff nur ein Zeichen haben. Abweichungen von diesen Regeln ziehen allemal“ (?) „Unklarheit nach sich.“ Bekker, System S. 36. Gleiches sagt Kohler, Technik S. 358, und Zitelmann, Kunst S. 16. Geny, Technique S. 1037, verlangt „la fixité et la précision de la terminologie“. (Man vergl. auch S. 1027.) Ähnlich Roguin, Observations S. 130 ff.; Wach, Legislative Technik S. 22 f. und 27; Wurzel, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 83. Aber „... nicht darauf kommt es an, dass ein Wort stets in gleichem Sinne angewendet werde, sondern darauf, dass klar sei, in welchem Sinne es verwendet werde“. Mit diesen Worten trifft Wach, Legislative Technik S. 28, das Wesentliche des Erfordernisses der Klarheit der erweckten Vorstellungen. Unter den früheren Autoren findet man das Verlangen nach Gleichförmigkeit des Sprachgebrauches bei Kitzka, Verfahren S. 109; Mittermaier, Strafggg. S. IV und Mohl, Politik I S. 441 f. .

schiedenheit der vorstellenden Menschen als Ursache gesetzestechisch erheblicher Wirkungen näher einzugehen. Dass ohne vorstellende Menschen von einer sprachlichen Rechtsverkörperung nicht die Rede sein kann, wurde schon oben unter A. erwähnt. Die Vorstellungen der Menschen wurden da als notwendige Mittel der Gesetzestechik dargestellt. Nun tritt aber die Frage nach der Art des Menschenkreises auf, dessen Vorstellungen als notwendige Mittel der Gesetzestechik in Betracht kommen, und die weitere Frage, inwieweit innerhalb dieses Menschenkreises die Verschiedenheit der vorstellenden Menschen für die Gesetzestechik von Bedeutung ist.

Die an Gesetze sich anschliessende juristische Literatur weist eine unübersehbare Menge von Streitfragen auf, die dem einen oder dem anderen Wortzeichen des Gesetzes ihre Entstehung verdanken. Diese Streitfragen werden von den einzelnen Autoren oft in verschiedener Weise dadurch gelöst, dass andere Wortzeichen des Gesetzes für eine bestimmte Bedeutung des fraglichen Wortzeichens als Zeugen geführt werden. Auch die auf Gesetzen beruhenden Entscheidungen von Behörden bringen oftmals den Beweis dafür, dass dieses oder jenes Wortzeichen von verschiedenen Funktionären im Hinblick auf andere Wortzeichen von Gesetzen verschieden gedeutet wird. Die Einrichtung des Instanzenzuges nimmt auf diese Meinungsverschiedenheiten mindestens ebensoviel Rücksicht als auf die Differenzen, die hinsichtlich der Beweisfrage entstehen.

Aus diesen Beobachtungen erhellt, dass dieselben Wortzeichen bei verschiedenen Menschen häufig mit verschiedenen Vorstellungen verbunden sind. Der Grund dieser Erscheinungen, welche hinsichtlich fast aller Wortzeichen auftreten, liegt in der verschiedenen Beschaffenheit der Menschen, und, da diese eine durchgängige ist, wird man mit Recht annehmen können, dass auch die Verschiedenheit der in den Menschen durch die fraglichen Wortzeichen hervorgerufenen Vorstellungen eine durchgängige ist, sofern eben die verschiedene Beschaffenheit der Menschen jeweils mitwirkt. (W e n d t, Sprache S. 525.)

2. Diese Tatsache würde die sprachliche Verkörperung des Rechtes ebensowohl unmöglich machen als die Sprache überhaupt, wenn ihr nicht relativ enge und für verschiedene Worte verschiedene Grenzen gesetzt wären. Im Gebiete des oben Besprochenen verweilend kann man konstatieren, dass eben die Offenbarung der Meinungsverschiedenheiten selbst wieder durch Worte geschieht. Am deutlichsten — am krassesten — aber scheint eine Meinungsverschiedenheit in der bei den

Juristen so beliebten deductio ad absurdum ausdrückbar zu sein — in Worten, die sich den im täglichen Leben greifbaren konkreten Geschehnissen am engsten anschmiegen. Die Beobachtung, dass die den konkreten Lebenserscheinungen nächststehenden Worte in verschiedenen Menschen die ähnlichsten Vorstellungen hervorrufen, lässt sich auch durch die Tatsache bestätigen, dass jeglicher Streit weniger anschaulich und auch weniger heftig wird, wenn man ihn auf seine Prinzipien zurückführt. Für dieselbe Beobachtung spricht auch die häufige Verwendung von Beispielen in juristischen Werken und in Gesetzen. Würde man aber bei der Beobachtung stehen bleiben, dass Worte, die dem Gebiete der Empfindungen am nächsten stehen, die grösste Gleichheit der in verschiedenen Menschen durch sie hervorgerufenen Vorstellungen aufweisen, so würde man meines Erachtens darauf vergessen, dass sich um manche Wortzeichen, deren Sinn von dem Gebiete der Empfindung ausserordentlich weit abliegt, in Hinsicht auf ihre Bedeutung fast nie ein Streit abspielt (Zahlen). Ich erinnere an die Produkte höchster Abstraktion, die es mit dem blossen Inbeziehungsetzen der merkmalsreicheren Vorstellungen zu tun haben, und die in fast jedem Satze durch Worte verkörpert werden. (Artikel, Präpositionen.)

Speziell im Hinblick auf letztere Beobachtung will ich im Gegensatz zu der Aufstellung, dass diejenigen Worte meist übereinstimmende Vorstellungen erwecken, die dem Gebiete der Empfindungen am nächsten stehen, zur Regel gelangen, dass die innerhalb eines Personenkreises meist verwendeten Worte die meist übereinstimmenden Vorstellungen erwecken.¹³⁾ (Es dürfte übrigens auch in dieser Aufstellung enthalten sein, dass Worte mit konkreteren Bedeutungen in der erwähnten Hinsicht im ganzen und grossen Worten mit abstrakteren Bedeutungen voranstehen.) Die häufige Verwendung dieser Worte durch denkende Menschen spricht dafür, dass sie sich als taugliche Verständigungsmittel innerhalb der fraglichen Gruppe erwiesen haben.

Dass sich hierbei, je nach Bestimmung des Personenkreises, verschiedene Worte als bevorzugt erweisen, dürfte schlüssig sein.

Aus dem phänomenologischen Satze, dass die innerhalb eines bestimmten Personenkreises meist verwendeten Worte die bei den Mit-

¹³⁾ Es dürfte sich praktisch in dieser Aufstellung kein Gegensatz zu den Ausführungen Gierkes, Entwurf S. 35 f., herausstellen. (Man vergl. dort S. 58.) Man vergl. auch Goldschmidt, Krit. Erörterungen S. 42. Dagegen wohl Dickel, Gesb. f. Montenegro, S. 45 f.

gliedern dieses Kreises meist übereinstimmenden Vorstellungen erwecken, folgt die gesetzestechnische Lehre, es werde das Recht möglichst (d. h. sofern es eben mit diesen „meist übereinstimmenden Vorstellungen“ arbeiten kann) durch jene Worte verkörpert, die innerhalb des Personenkreises, von dem das Recht gedacht werden soll, die gebräuchlichsten sind.^{14) 15)}

3. Dieser Lehrsatz enthält deshalb das Wort „möglichst“, weil ja der auszudrückende Inhalt zur Verwendung von Worten drängt, die eventuell in dem fraglichen Personenkreise wenig gebräuchlich sind. Das schliesst aber eine Verständigung innerhalb dieses Kreises noch lange nicht aus. Genau so wie bei Verwendung desselben Wortzeichens zur Erweckung verschiedener Vorstellungen die Bestimmung, welche Vorstellung jeweils die gemeinte ist, anderen Wortzeichen überlassen bleibt, genau so wird auch in dem Falle, in dem ein wenig gebräuchliches Wort gebraucht werden muss, die durch es erweckte Vorstellung durch andere, und zwar am raschesten und besten durch gebräuchlichere Worte korrigiert werden können.

4. Die nähere Ausführung einer durch ein wenig gebräuchliches Wortzeichen erweckten Vorstellung durch Vorstellungen, die anderen Wortzeichen ihre Entstehung verdanken, kann nach zwei Richtungen hin geschehen. Es kann zu inhaltsärmeren Vorstellungen aufgestiegen, es kann aber auch zu inhaltsreicheren Vorstellungen herabgestiegen werden. In ersteren Falle werden einzelne Merkmale der fraglichen Vorstellung gegeben, im letzteren Falle werden aber sämtliche Merkmale der fraglichen Vorstellung in anderen, ihr untergeordneten Vorstellungen wiederholt, im ersteren Falle wird der Inhalt der fraglichen Vorstellung

¹⁴⁾ Eindeutigkeit verlangt schon Thomas Morus, Utopia (Reclam S. 115). Mehrdeutigkeit bekämpft Baco als *descriptio ambigua* (*exemplum tractatus de iustitia universali sive de fontibus juris* Aphor. 52). Für Eindeutigkeit treten ein: Conring, *de origine juris* S. 208 f.; Montesquieu, *Esprit* livre XXIV chap XVI; Friedrich der Grosse, *Cabinetsordre* vom 14. 4. 1780 (Baron F. H. Antitribonian S. XLII). Eindeutigkeit der Worte lobt Gierke, Entwurf S. 28. Er macht aber darauf aufmerksam (S. 29—30), dass ein Erstreben von Eindeutigkeit durch umständliche Mittel die Eindeutigkeit selbst wieder gefährde.

¹⁵⁾ Gebräuchliche Lehnwörter scheinen mir vor ungebräuchlichen Worten der eigenen Sprache den Vorzug zu verdienen. So auch Becker, *System* S. 58. Nicht im Wesen, wohl aber im einzelnen dagegen Gierke, Entwurf S. 37. Über die Fremdwörterfrage vergl. man die umfassenden Angaben bei Günther, *Recht u. Spr.* S. 26 ff. und im Sinne des Textes S. 33.

aufgehellt, im letzteren der Umfang derselben. Den §§ 52 und 53 des deutschen Strafgesetzbuches seien nachfolgende Beispiele entnommen: Im Absatz 1 des § 53 findet sich das Wortzeichen Nothwehr, das nach dem Glauben der Gesetzesredaktoren nicht im stande ist, eine Vorstellung zu erwecken, die als Unterlage für die Bildung eines bei verschiedenen Menschen übereinstimmenden Begriffes ausreicht. Absatz 2 desselben Paragraphen trachtet nun durch Zerlegung der Vorstellung der Nothwehr in inhaltsärmere Bestandteile den Mangel zu beseitigen: „Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden“.

Absatz 1 des § 52 enthält das Wortzeichen „Angehörige“. Im zweiten Absatze werden zur Verdeutlichung jene inhaltsreichen Vorstellungen angeführt, die der zu erweckenden Vorstellung „Angehörige“ untergeordnet sind: „Als Angehörige im Sinne dieses Strafgesetzes sind anzusehen Verwandte und Verschwägte auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflegeeltern und -Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten, und Verlobte“.

Wenn auch die strafrechtliche Literatur mehr Streit um den Begriff der Nothwehr als um jenen der Angehörigen kennt, so kann deswegen noch keiner der erwähnten zwei Verfahrensweisen vor der anderen der Vorzug gegeben werden. Gegen eine solche Bevorzugung spricht die Tatsache, dass sowohl die Tatbestands- als auch die Rechtsfolgebezeichnungen in den Gesetzen beliebig als Angaben der Merkmale einer inhaltsreicheren oder als Angaben von Spezies inhaltsärmerer Vorstellungen angesehen werden können. Sobald eine Rechtsverkörperung mehr als je ein Wortzeichen für Tatbestände und mehr als je ein Wortzeichen für Rechtsfolgen verwendet, kann es sich nur um Erweckung inhaltsärmerer oder inhaltsreicherer Vorstellungen handeln, und je nachdem man sich auf den Standpunkt der übergeordneten oder auf jenen der untergeordneten Vorstellung stellt, kann man die erweckten Vorstellungen als Merkmale oder als Spezies ansehen. Auch die Betrachtung der beiden erwähnten Verfahrensarten vom Standpunkte der Logik ergibt keinen Anhaltspunkt zur Bevorzugung der einen oder der anderen. Die Logik hat es immer nur mit Begriffen zu tun, die Gesetzestechnik aber kann es gar nie auf die Verursachung der Entstehung von Begriffen abstellen, zu deren Zustandekommen doch immer ein Willensakt desjenigen notwendig ist, der den Begriff zu bilden hat, sondern sie hat es immer nur mit der Verursachung der Entstehung von Vorstellungen zu tun, die für eine

übereinstimmende Begriffsbildung ein taugliches Substrat abgeben. Die Angabe des Begriffsinhaltes, des Begriffsumfanges, scheidet für die Gesetzestechnik völlig und prinzipiell aus.¹⁶⁾

Für die Entscheidung der grösseren Güte der Angabe von Merkmalen oder von Spezies einer Vorstellung, die klarzustellen oder eindeutig zu machen ist, ist es nur wichtig zu wissen, ob die Merkmale oder die Speziesvorstellungen — die abstrakteren oder die konkreteren Vorstellungen — leichter bei verschiedenen Menschen eindeutig und klar zu erwecken sind. Von Anfang an spricht hier wohl eine kleine Wahrscheinlichkeit für die konkreteren Vorstellungen — massgebend bleibt aber immer die grössere oder geringere Gebräuchlichkeit innerhalb desjenigen Personenkreises, zu dem gesprochen wird.¹⁷⁾

¹⁶⁾ In diesem Sinne ist es unbedingt richtig, dass „Definitionen aufzustellen... nicht Sache des Gesetzgebers ist“. Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Arch. f. d. civil. Praxis, Jahrg. 1886, 69 Bd., S. 314; Żró d ł o w s k i, Codificationsfragen ... Prag 1888, S. 4.

¹⁷⁾ Damit erscheint mir Zitelmanns Frage (D. J. Z. 1900 S. 331): „Wie weit soll ein Gesetzbuch Begriffsbestimmungen geben?“, sofern man sie auf den m. E. wesentlichen Kern bringt (hierüber vergl. man I. B. Anm. 8), beantwortet. Gleiches gilt von Bekkers Fragestellung über die Notwendigkeit von Definitionen im Gesetze (System S. 21). Bekkers Entscheidung, dass eine Definition nötig sei für „alle minder bekannten und darum missdeutlichen Tatbestandsnamen“ sowie für die Rechtsfolgenamen, deren „Bedeutungen noch nicht ausser Zweifel stehen“, bildet, sofern man sie in das hier massgebende Gebiet der Psychologie überträgt, den Ausgangspunkt, die Voraussetzung der hiesigen Untersuchung (I. D.). Bekkers Forderungen billigt Gierke, Entwurf S. 56. Genys (Technique S. 1037 IV) unbestimmte Worte stehen wohl auf dem Standpunkte des Textes. Roguin (Observations S. 128) glaubt ein mit Gesetzeskraft versehenes juristisches Wörterbuch empfehlen zu müssen. Er vergisst, dass letzten Endes auch dieses Wörterbuch sich auf die Klarheit und Eindeutigkeit der von ihm verwendeten aufklärenden Worte verlassen muss, und dass es besser ist, womöglich von Anfang an diese Worte zum Aufbau von Gesetzen zu verwenden und ihre Bedeutungen durch die Zusammenhänge zu stützen. Wach (Legislative Technik S. 28—31) spricht sich für eine ziemlich reiche Verwendung der „Definition“ aus, zu der er bezeichnenderweise „Partialdefinitionen“ als Ausdruck der vom Gesetzgeber gewollten Ausdehnung oder Einschränkung der Vulgarbedeutung, und die „nicht exklusive Definition“, in der unter Vorbehalt nachweisbar abweichenden Wortsinnes nur der Normalbegriff aufgestellt wird, rechnet. Es hätte Wach auffallen müssen, dass es sich für die Gesetzestechnik nicht um Begriffsbestimmungen, sondern um die naturgesetzliche Erweckung von Vorstellungen eindeutig bestimmten Inhaltes handle. Dann hätte sich von selbst als Fall notwendiger „Klärung“ die Unklarheit und Mehrdeutigkeit — als Grenze derselben die nötige Klarheit und Eindeutigkeit — als Mittel dazu aber nicht die

5. Bevor in die Frage eingegangen wird, in welchem Personenkreis übereinstimmende Vorstellungen erweckt werden müssen, damit eine Rechtsverkörperung zustande kommt, muss vorerst noch eine andere Frage gelöst werden: In dem Bisherigen ist konstatiert worden, dass ein Gesetz, das ungebräuchliche Wortzeichen verwendet, zu deren einstimmiger Aufklärung immer anderer Wortzeichen bedarf. Warum werden dann überhaupt die ungebräuchlichen und in ihren Wirkungen zu korrigierenden eingeführt?

Da ist nun zu unterscheiden, ob das fragliche Wortzeichen bei Erweckung der erwünschten Vorstellung vermisst werden kann oder nicht. Im ersteren Falle tritt das ungebräuchliche Wortzeichen förmlich als Stellvertreter anderer Wortzeichen auf, und die Begründung seines

Definition, sondern der Zusammenhang mit möglichst klaren und gebräuchlichen Wortvorstellungen ergeben. Die meines Erachtens irrige Ansicht ist vielleicht am schärfsten formuliert von *Trendelenburg* (Natr. S. 168): „Die richtigen Definitionen sind die logischen Hüter aller Rechtssicherheit, die Grenzwächter der Rechtsbestimmungen“. Gegen diese irrige Ansicht hat schon *Danz*, *Codificationsformen* S. 66 ff., richtig ausgeführt, dass wirkliche Definitionen in einem Gesetze etwas Fremdes seien und dass sie darin überhaupt keinen Platz haben. Ausgezeichnet scheint mir die Formulierung *Haenels*, *Das Gesetz in formellem und materiellem Sinne*, Leipzig 1888 (zit.: *Haenel*, *Gesetz*), S. 163: Der Gesetzgeber „ist genötigt, die Vorstellungen begrifflich zu präzisieren und logisch zu entwickeln, welche den Inhalt seines Willens bilden, um diejenigen Vorstellungen“ (!) „zu erwecken, welche den Inhalt des Willens derer, die es angeht, bilden sollen, um diejenigen logischen Operationen zu ermöglichen und tunlichst zu erleichtern“ (!) „welche er, der Gesetzgeber, den Gesetzesuntertanen zusetzt.“ Dagegen scheint mir *Haenels* Ausführung (S. 163) falsch. *Stooss*, *Geist d. m. Stggg.* S. 21, steht wohl auf dem Standpunkte des Textes: „Definitionen sind überall zu vermeiden, wo sie nur einem doktrinellem Bedürfnisse dienen.“ In sehr beachtenswerter Weise macht *Mittermaier*, *Entwurf des Strafgesetzbuches für den Canton Genève*, *Krit. Zeitschrift f. Rechtswiss. und Gesetzgebung des Auslandes*, Bd. II, 1830, S. 176, 177, darauf aufmerksam, dass Definitionen dort, wo „aus der grossen Quelle der Natur der Sache, des eingeborenen Gefühls des Volkes und des allgemeinen Sprachgebrauches“ geschöpft werde, „die Definition . . . die Sache nicht bloss klarer“ mache, sondern vielmehr verwirre. „Die sogenannten Definitionen“ (S. 179) seien aber u. a. nötig, „wo der gemeine Sprachgebrauch keinen bestimmten Ausdruck hat.“ *Weiske*, *Rechtslexikon*, IV. Bd. S. 765, gestattet dem Gesetzgeber Definitionen dort, wo er erklären muss, was er meint. Ganz im Sinne des Textes sagt *H. Gross*, *Gesammelte kriminalistische Aufsätze*, Leipzig 1902 (zit.: *Gross*, *Aufsätze*), S. 3: „Wenn ein Begriff im Volke verschiedenen Auffassungen begegnet, so muss der Gesetzgeber erklären, welche derselben er zu der seinen macht“. (Man vergl. auch dort S. 4.)

Eingreifens kann nur in der Misslichkeit des Eingreifens der vertretenen Worte liegen. So steht es in dem eben angeführten, aus § 52 R.St.G.B. entlehnten Beispiele. Die fragliche Vorstellung soll im Gesetze öfter erweckt werden. Soll sie sich nur auf gebräuchliche Worte stützen, so sind deren mehrere nötig. Es wird da vorgezogen, ein eigenes Zeichen einzuführen. Die Verwendung der Worte „Nothwehr“ in § 53 R.St.G.B. oder z. B. der Worte „Diebstahls“, „Unterschlagung“, „Raubes“ und „Erpressung“ in den §§ 242, 246, 249, und 254 R.St.G.B. scheint den gleichen Grund zu haben.

Der viel häufigere Grund der Verwendung von Wortzeichen, die durch ihre Gebräuchlichkeit keine Gewähr für die Erweckung übereinstimmender Vorstellungen bieten, liegt in deren Unvermeidlichkeit, d. h. in dem Mangel besserer Worte. Sind doch oft Abhandlungen notwendig, um die Bedeutung eines solchen Wortes halbwegs klarzustellen. Auch nach Durcharbeitung aller Beziehungen, in denen so ein Wort steht, auch nach Durchdenkung des ganzen Gesetzes bleiben da oft Streitfragen. Das gilt auch für die Juristen, die Menschengruppe D, obwohl eben für diese die Zeichen für rechtlich relevante Vorstellungen zu den relativ gebräuchlichsten gehören.

6. Bleibt man übrigens bei der Konstatierung stehen, dass die Aufnahme eines Gesetzes in seinem Zusammenhange die notwendige Voraussetzung der Erfassung des Rechtes ist — der Bildung der rechtlich relevanten Begriffe — so wird dadurch auch gleich der Personenkreis bezeichnet, von dem ein Gesetz verstanden zu werden erhoffen kann.¹⁸⁾ Nur die Mitglieder der Menschengruppe C, die genügend Zeit auf das Studium von Gesetzen verwenden können, praktisch also wohl nur Juristen, kommen für die Rechtskenntnis in Betracht.¹⁹⁾ Dieser Erfahrung wird vom heutigen Rechte trotz der zahlreichen Bestrebungen, Laien zur Rechtsprechung heranzuziehen, doch durch das Prinzip Rechnung getragen, dass in letzter Instanz Fachgelehrte über Rechtsfragen zu entscheiden haben.

Für die Geltung — also für die Existenz — des Rechtes ist auch nur die Bewährung der Normen höchster Ordnung unbedingt erforderlich,

¹⁸⁾ „So hat insbesondere der Gesetzgeber von vornherein sich klar zu machen, zu wem er redet, und darnach die Worte zu wählen.“ (B e k k e r, System S. 50.)

¹⁹⁾ R o g u i n, Observations S. 111 f., will den Kreis erweitern — wenigstens auf den „homme d'affaires instruit“. Über die Notwendigkeit der Erfassung eines Gesetzes in seinem Zusammenhange spricht er sich, soviel ich sehe, nicht aus.

die wohl zum weitaus überwiegenden Teile (S. 50 f.) in Rechtshandlungen Fachgelehrter besteht.

Freilich darf daraus, dass für die Rechtskenntnis nur Juristen in Betracht kommen, nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Gesetz auf Nichtjuristen, also auf Menschen der Gruppe B—D, hinsichtlich der Fassung keine Rücksicht zu nehmen brauche.

Ende des 18. Jahrhunderts machte sich mit voller Wucht die Bewegung nach Gesetzen geltend, die nicht das alleinige geistige Eigentum einer bestimmten Volksklasse ausmachen — nach Gesetzen, die „volkstümlich“ sind. Diese Bewegung hat wohl auch heute noch den Erfolg, dass ein Gesetzentwurf, der ihr völlig zuwiderlaufen würde, der z. B. lateinisch abgefasst wäre, erstens nicht die Sanktion der gesetzgebenden Faktoren erhalten könnte, zweitens aber den Hütern der Geltung der Normen höchster Ordnung nicht jenen Beistand verschaffen würde, dessen sie bedürfen, um diese Normen zu verwirklichen.

7. Die Geltungsmöglichkeit der Gesetze (S. 60 ff.) hängt heute noch an der Illusion, dass derjenige, an den sich die Rechtsnormen richten (S. 59 f.), (ausgenommen bleiben die Mitglieder der Gruppe A) auch dann, wenn die Rechtskenntnis nicht seinen Beruf ausmacht, direkt durch die Gesetze in Kenntnis seiner Rechte und Pflichten kommen und direkt mit ihnen die Handlungen der staatlichen Hüter der Rechtsnormen kontrollieren könne. Die konstitutionelle Verfassung ist wenigstens in Hinsicht auf die Mitglieder der gesetzgebenden Faktoren auf diese Illusion aufgebaut. (Man denke hier insbesondere an die Staaten, die ein Referendum kennen.)

Ein Gesetz muss, um geltungsmöglich zu sein, nicht nur in demjenigen Personenkreis, der juristisch gebildet ist, möglichst übereinstimmende Vorstellungen hervorrufen, sondern es muss auch die Illusion erwecken, der ganzen Menschengruppe B eine übereinstimmende Rechtskenntnis vermitteln zu können.

8. Ist ein Gesetz so gefasst, dass es auch dem ganzen Heere von juristischen Praktikern relativ einstimmig verständlich ist, so ist, wie wir an dem anerkannt wenig volkstümlichen deutschen B.G.B. sehen, den erwähnten Erfordernissen der Geltungsmöglichkeit Genüge getan, obwohl sich in solchen Gesetzen viele für die Menschengruppe B—D unverständliche Worte befinden.²⁰⁾

²⁰⁾ B e k k e r, System S. 50, sagt: „... das geplante Gesetzbuch soll nur zu dem Juristen und nicht zum Volke sprechen“.

9. Soll ein Gesetz die Anrufung der Behörden und insbesondere jene der höheren Instanzen in ein erträgliches Mass einschränken, soll es die Rechtsuntertanen in Zweifelsfällen bei den rechtlich erheblichen Handlungen beraten, dadurch das Vertrauen und die Unterstützung der Rechtsuntertanen geniessen und dadurch wieder einer längeren Dauer entgegensehen können, vor allem aber, soll es dadurch, dass es eine allgemeine Kontrolle der Rechtshandlungen der Beamten ermöglicht, die wirksame Garantie einer Verfassung bilden, die sich auf einen *e i g e n e n* Willen breiterer Volksschichten stützt (Schweiz!), dann muss es nicht nur die obenerwähnte Illusion erwecken, sondern es muss wirklich „volkstümlich“ sein.²¹⁾

10. Bedenkt man, dass der zwischen den Menschengruppen B—C und C, C—D und D bestehende Unterschied in grösserem Ausmasse (soweit nicht die Anschauung mitwirkt) auf Grundlage der in der Gruppe B gebräuchlichsten Worte zu stande gekommen ist, so wird die Behauptung nahe liegen, ein Gesetz könne bloss aus Wortzeichen dieser Art zusammengestellt werden. Das ist auch richtig. Es müsste aber ein solches Gesetz ununterbrochen den ganzen Weg zurücklegen, den die Gruppe D aus der Gruppe B—C aufsteigend zurückgelegt hat. Die ganze „Vorbildung“ des Juristen müsste darin enthalten sein. Aus den allgemein gangbarsten Vorstellungen wurden durch jahrhundertelange Arbeit juristische Vorstellungen entwickelt, auf deren Verwendung der Gesetzgeber nicht mehr verzichten kann, ohne den ganzen Entwicklungsgang wiederholen zu müssen.²²⁾ Würde er aber dies tun, so würde

²¹⁾ Die Volkstümlichkeit des schweizerischen Zivilgesetzbuches hängt übrigens mit der „demokratischen Gerichtsorganisation“ der Schweiz zusammen. (E g g e r, Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 119.)

²²⁾ Für eine „Rechtssprache“ eine „Terminologie“ als wortsparend spricht sich im Anschluss an Ihering W a c h aus (Legislative Technik S. 22 ff.). Über den Wert einer solchen überhaupt vergl. Ihering, Geist des römischen Rechts, 5. Aufl., II. Teil, 2. Abt., Leipzig 1898 (zit.: Ihering, Geist II 2), S. 331 f. Auch H a e n e l, Gesetz S. 163, tritt für eine solche ein. Dass eine „Rechtssprache“, d. h. die Verwendung von Worten, welche spezifisch juristische Vorstellungen erwecken und daher in ihrem vollen Umfange weiteren Kreisen nicht ohne weiteres verständlich sind, im Texte nur insofern gefordert wird, als unbedingt nötig, soll nochmals unter Hinweis auf G i e r k e, Entwurf S. 29 ff., hervorgehoben werden. Die Notwendigkeit derselben ergibt sich aus der Notwendigkeit der Klarheit, der Eindeutigkeit des kleinen Wortschatzes und der Kürze des Gesetzes selbst. Eine konsequent durchgeführte Rechtssprache erstrebte die am 28. 2. 74 eingesetzte Vorkommission zur

das Gesetz erst recht augenfällig weit von dem allgemeinen Verständnis ab liegen, weil schon seine Lektüre viel mehr Zeit in Anspruch nehmen möchte, als ein Mensch der Gruppe B—D darauf verwenden könnte.²³⁾

11. Kann aber ein Gesetzgeber der Verwendung juristischer Vorstellungen nicht entraten und muss er auch Zeichen für sie verwenden, die man als Fachausdrücke auffassen muss, so kann er doch insofern dem Verlangen der Rechtsnormadressaten nach Verständlichkeit entgegenkommen, dass er denselben eine Kenntnis vom Rechte vermittelt, die für die Hauptmasse der Fälle ausreicht. Gewiss ist Diebstahl ein Fachausdruck, und nur bei umfassenden — dem Laien abgehenden — Kenntnissen kann seine Bedeutung fest umschrieben werden. Aber gleichzeitig wird für den Laien im grossen und ganzen der Satz ausreichen: Diebstahl wird bestraft. Er wird sogar unwillkürlich die Lehren des allgemeinen Teils, die dem Diebstahlsbegriff inhärent sind, mitdenken, und sein Kenntnismangel wird durch Hinweis auf diesen oder jenen in Frage kommenden Satz für ihn leicht überzeugend beseitigt werden können. Ganz anders liegt die Sache, wenn man ihm den Satz vorhält: Furtum wird bestraft. Der Jurist kann den Ausdruck Diebstahl ebenso gut verwenden als den Ausdruck Furtum — von der gewöhnlichen Diebstahlsvorstellung liegt sein Begriff in diesem und jenem Falle gleich weit ab — der Ausdruck Diebstahl aber erweckt auch in der Gruppe B—C eine Vorstellung, deren Inhalt sich zu einem beachtenswerten Teile mit der juristischen Vorstellung vom Diebstahle deckt, während der Ausdruck Furtum in dieser Gruppe keinerlei Vorstellung hervorruft.²⁴⁾

12. Volkstümlich ist jenes Gesetz, das seiner allgemeinen Kenntnisnahme kein Hindernis in den Weg legt, das nicht schon in dem Auszudrückenden begründet ist, jenes Gesetz also, dessen Sätze auch im

Abfassung eines Planes zu einem B.G.B. (E. S c h w a r t z , Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen, Berlin 1889 [zit.: S c h w a r t z , Geschichte d. Kodif.], S. 153).

²³⁾ Darauf scheint R o g u i n , Observations S. 104 ff., ganz zu vergessen, wenn er gegen die Kürze des Gesetzes eintritt. (Man vergl. V A.)

²⁴⁾ In sehr beachtenswerter Weise macht W a c h , Legislative Technik S. 24 ff., darauf aufmerksam, dass bei Benennung juristischer Vorstellungen mit Namen, die allgemein gebräuchlich sind, darauf zu achten sei, dass der mit ihnen allgemein verbundenen Vorstellung durch die betreffende Verwendung als terminus technicus kein Zwang angetan werden dürfe. Diebstahl, Unterschlagung und Raub passe z. B. nur für moralisch sehr tief gewertetes Verhalten, und könne nicht gut ganz leichte Vergehen umfassen.

Volke (in der Gruppe B—C) Vorstellungen erwecken, die sich ungefähr mit den Vorstellungen der Juristen decken, und deren Mängel durch die Herbeiziehung anderer Gesetzessätze leicht überzeugend dargetan werden können. Volkstümliches und nicht volkstümliches Gesetz kommen darin überein, dass sie völlig (induktiv) nur von den Fachkundigen erfasst werden können; das volkstümliche Gesetz besitzt aber vor dem nicht volkstümlichen in seiner Wirkung dadurch einen Vorteil, dass es bei dem Volke (der Gruppe B—C) eine wenn auch mangelhafte (bloss deduktive), so doch meist durch andere Gesetzesstellen leicht korrigierbare Kenntnis des Rechtes hervorruft.²⁵⁾ Volkstümlich aber kann ein Gesetz nur dann sein, wenn es unter den in der Gruppe D gebräuchlichsten Worten, deren es ja zu seinem Baue bedarf, jene auswählt, die in der Gruppe B—C die relativ gangbarsten sind.²⁶⁾

²⁵⁾ „Kein Gesetzbuch kann „volkstümlich“ in dem Sinne sein, dass jeder Satz jedem Laien ohne weiteres“ (1) „klar ist“, sagt *Neubcker*, Volkstümlichkeit der Rechtswissenschaft, Berliner Gerichtszeitung, Jahrg. 1907, No. 2. *Egger*, Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 118, sagt vom schweizerischen Zivilgesetzbuch: „Jeder Artikel soll möglichst für sich selbst verständlich sein.“

²⁶⁾ Wird die Volkstümlichkeit gefasst wie im Texte (ähnlich *Zitelmann*, Kunst S. 18), so kann jedes Gesetz volkstümlich sein, ohne mit der nötigen Genauigkeit in Widerspruch zu treten. Wird sie aber weiter gefasst, so kann das Gesetz ihr nicht folgen, ohne mit der Forderung nach Kürze (V A.) und nach Vermeidung aller „überflüssigen“ Worte (III. A.) zu kollidieren. *Zitelmanns* Fragestellung (D. J. Z. 1900, S. 331 und Kunst S. 15): „Soll es (das Gesetz) auf Kosten der Volkstümlichkeit genau reden oder auf Kosten der Genauigkeit volkstümlich?“ drückt bei dem dem Texte zugrunde liegenden Begriffe der Volkstümlichkeit kein Alternativverhältnis aus. „Von einem modernen Gesetzbuch kann Volkstümlichkeit in dem Sinne, dass etwa jeder Gebildete es nur aufzuschlagen braucht, um darüber klar zu sein, was zwischen ihm und seinem Gegner Rechtens sei, nicht erwartet werden.“ (*Endemann*, Lehrb. S. 18.) Aber Unterschiede der Gesetze im Hinblick auf den im Texte festgestellten Begriff von Volkstümlichkeit kann es nichtsdestoweniger geben: „Die Sprache des (schweizerischen) Gesetzbuches ist einfach und schlicht.“ (*Egger*, Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 118.) „... trotz vieler darauf verwendeter Sorgen und Mühen ist der Ausdruck (des B.G.B.) so wenig volkstümlich, wie dem Juristen bequem, nicht deutsch und deutlich, sondern verkünstelt und verschroben.“ „Auch der Jurist, zumal der vielbeschäftigte Praktiker, muss klare rasch verständliche Gesetzesparagrafen vorziehen.“ (*Bekker*, System S. 3 u. 54.) Möglichste Volkstümlichkeit fordert nach *Geny* (Méthode d'interprétation, Paris 1899, S. 97), *Sumner Maine*, Études sur l'histoire du droit, Thorin 1889, S. 408. Etwa gleiche Forderungen bezüglich der Volkstümlichkeit wie der Text stellen die dunklen Worte *Genys*, Technique S. 1037 III, auf. (Man vergl. S. 1013.) Ebenso *Barazetti*, Vorentwurf S. 16, unter Zitierung der Worte *Cambacérés*: „Le législateur travaille

13. Eine gewisse Stütze für die Auswahl seiner Worte findet der Gesetzgeber in denjenigen Gesetzen, die bis zu seiner Zeit lange in Geltung waren. Die Wortzeichen dieser alten Gesetze wurden ja doch

pour le peuple; il a rempli sa tâche, lorsqu'il en est entendu". Anschauliche Fassung, leichte Verständlichkeit und Volkstümlichkeit der Redeweise des Gesetzes fordert Wach, *Legislative Technik* S. 6, der überdies ausdrücklich (S. 7) betont, dass hierdurch die Prägnanz und die juristische Terminologie nicht beeinträchtigt zu werden braucht. „Das höchste Ziel für den Gesetzgeber ist es, eine Bestimmung so zu fassen, dass sie volkstümlich einfach ist und gleichzeitig den strengsten Anforderungen gesetzgeberischer Technik entspricht.“ (Stooss, *Geist d. m. Strggg.*, S. 24.) Der von Stooss (ebenda S. 20) verlangte Ausschluss „schulmässiger Ausdrücke“ deckt sich wohl mit der Forderung des Textes. Hold von Fernack, *Die Rechtswidrigkeit*, Jena 1903, Bd. I S. 114, verlangt Anlehnung an die gewöhnliche Ausdrucksweise. „Gemeinverständlichkeit“ fordert von Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd. I, Berlin 1906, S. 6. So wie Zitelmann hat auch die am 28. 2. 74 einberufene Vorkommission zur Abfassung des Planes zu einem B.G.B. Alternativverhältnis zwischen Volkstümlichkeit und Genauigkeit angenommen. Sie beschloss schon Anwendung einer „gemeinverständlichen Rechtssprache“. (Man vergl. Schwartz, *Geschichte der Kodif.* S. 153, auf welches Buch als die m. W. reichhaltigste Arbeit dieser Art an dieser Stelle überhaupt verwiesen werde.) v. Liszt sagt in dankenswerter Schärfe im Sinne der obigen Behauptung, dass Volkstümlichkeit und Genauigkeit der Gesetze nicht in einem Alternativverhältnis stehen: „Niemals dürfen wir sicherer davon überzeugt sein, dass wir uns zur Klarheit des Gedankens durchgerungen haben, als wenn es uns gelungen ist, das, was wir denken, in gemeinverständliche Form zu bringen.“ (Aufsätze II, S. 103.) Wohl zu weit geht aber v. Liszt mit seiner Behauptung: „Auch der einzelne Staatsbürger, an den die Strafdrohung sich wendet, darf mit gutem Recht verlangen, die Rechtsätze zu kennen, die er — bei Strafe! — befolgen soll.“ (Aufsätze II, S. 376.) Ihering, *Geist II 2*, S. 313 ff., hebt die im Gegenstande gelegene Unmöglichkeit vollständiger Rechtskenntnis des Laien hervor. M. E. Mayer, *Rechts- und Kulturnormen*, Heft 50 dieser Abhandlungen, S. 8, spricht sich gegen die Forderung der Gemeinverständlichkeit aus, und er motiviert dies fälschlich damit, dass das Gesetz nur dem Richter befehle. Im Sinne des Textes sprechen sich aus: Wendt, *Über die Sprache der Gesetze*, Rede, Tübingen 1904 (zit.: Wendt, *Sprache*), S. 5 f. und 26 ff.; Mohl, *Politik I*, S. 438 und Günther, *Recht u. Spr.* S. 20 f. Für Volkstümlichkeit der Gesetze tritt besonders Gierke (Entwurf) ein. Doch hält er sie mit meisterhaften Worten in den im Text hervorgehobenen Grenzen (S. 573—574). Er gibt (S. 17 ff.) eine Übersicht über die Haltung zahlreicher Juristen zu dem Erfordernis der Volkstümlichkeit. Über volkstümliche Sprache vergl. man überdies Goldschmidt, (*Krit. Erörterungen*, S. 1—53), ferner die interessante Einführung in die Arbeit des Gesetzgebers von Montenegro Bogišić bei Dickel, *Gesb. f. Montenegro*, S. 37 ff. Von früheren Autoren sprechen sich über das Erfordernis der Volkstümlichkeit z. B. folgende aus: „Legem enim brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur“. (Seneca,

durch zahllose Rechts h a n d l u n g e n illustriert und bieten durch ihre häufige Veranschaulichung eine gewisse Gewähr für eine übereinstimmende Auffassung. Bei Aufgabe einer solchen hergebrachten Termino-

ep. 94, Trendelenburg, *Naturr.* S. 170.) Morus lässt in seiner Utopie (Reklam S. 115) jedermann Doktor der Rechte sein. Volkstümliche Sprache verlangt Hotmann, *Antitribonian*, Kap. XVIII, lateinische Ausgabe, Leipzig 1704, S. 199. Ebenso Conring, *de origine juris*, Kap. XXXIV, S. 210. Die Volkstümlichkeit der Gesetze im Sinne ihrer allgemeinen und vollständigen Verständlichkeit ist bekanntlich im Zusammenhang mit Klarheit, Kürze und Vollständigkeit ein dem Aufklärungszeitalter wesentliches Erfordernis. (Man vergl. L. Günther, *Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter*, Gross' Arch. Bd. XXVIII, S. 148.) Volkstümlichkeit verlangt auch Montesquieu, *Esprit*, livre XXIX, chap. XVI und Beccaria, *Dei delitti*, S. 16 f. und 152. Kaiserin Katharina verlangt, dass das Gesetzbuch in der „langue vulgaire“ abgefasst ein „libre familier“ werde. (Man vergl. Kitka, *Verfahren* S. 110.) Volkstümliche Sprache verlangt Friedrich der Grosse, *Cabinetsordre* vom 14. 4. 1780. (Man vergl. Baron F. II. *Antitribonian* S. XLII.) Ebenso Globig und Huster, *Abh.* S. 25, und Filangieri, *System der Gesetzgebung*, übersetzt von Link, Ansbach 1784, Bd. I, S. 65 f. und 197. Napoleon soll zu Las Casas gesagt haben: „Ich glaubte erst, es sei möglich, alle Gesetze auf klare, einfache, geometrische Sätze zu bringen, so dass jeder, der lesen und zwei Begriffe miteinander verbinden könnte, sie selbst zu entscheiden imstande wäre; aber ich überzeugte mich fast unmittelbar nachher, dass diese Meinung absurd sei“. (Schirach, *Krit. Zeitschr. f. Rechtsw. u. Gesetzg.* des Ausl., Bd. III, 1831, S. 459.) Feuerbach verlangt seiner Zwangstheorie entsprechend, dass der an das Volk zu richtende Teil der Gesetze ein Lehrbuch des Volkes sei. (*Kritik* S. 1 ff.) Bentham, *Grundsätze*, Bd. I S. 221, verlangt, dass das Gesetzbuch gerade für die am wenigsten gebildete Klasse verständlich sei. Ist dies auch aus den Gründen des Textes unmöglich, so enthält die Forderung Benthams (ebenda) nach einer „allgemein gebräuchlichen Sprache“ eine tiefe Einsicht. Die Grenzen der Volkstümlichkeit kannte Thibaut, *Notwendigkeit* S. 38, der bekanntlich ein „einfaches Nationalgesetzbuch“ verlangte (S. 26). Volkstümlichkeit der Gesetze fordert Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, herausgegeben von Gans, Berlin 1833 (zit.: Hegel, *Rechtsphil.*), S. 278 f., § 215. Mittermaier, *Strafsggg.* S. 160, fordert, dass die „Worte, deren sich der Jurist bedient“, jene seien „welche das Volk gebraucht“. Kitka fordert eine populäre, jedermann verständliche Sprache (*Verfahren* S. 110). Verwendung des gewöhnlichen Sprachgebrauches verlangt Weiske, *Rechtslexikon*, Bd. IV, S. 762. Nach Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 1856 (zit.: Stahl, *Phil. d. R.*) Bd. II, S. 262, ist die „allgemeine Verständlichkeit und Zugänglichkeit des Rechts — die Popularität des Rechts — ein Vorzug und ein Ziel“. Stahl will aber dabei nicht die „über das Volksbewusstsein weit hinausgegangene Rechtswissenschaft und Gesetzgebung aufgeben zugunsten eines populären Rechts“. Trendelenburg, *Naturr.* S. 168, verlangt ohne Einschränkung eine Sprache, die „allen verständlich“ ist.

logie muss mit besonderer Vorsicht zu Werke gegangen werden. Dass sie sachlich begründet sein muss, scheint nach dem Gesagten keiner besonderen Hervorhebung zu bedürfen.²⁷⁾

14. Werden in einem Gesetze vorwiegend die den Juristen gebräuchlichsten, aber unter diesen auch nur die allgemein gangbaren Wortzeichen verwendet, so wird auch gleichzeitig der Wortschatz des Gesetzes relativ klein sein, was gesetzestechisch wieder von Wichtigkeit ist.

Wir haben bisher gesehen, dass die Wortzeichen meist nur unklare und überdies subjektiv verschiedene Vorstellungen hervorrufen. Die Korrektur derselben aber geschieht wieder durch Wortzeichen, die meist nur unklare und subjektiv verschiedene Vorstellungen erwecken.

Ist das Wort x trotz seiner Mängel fähig, die Mängel des Wortes a ebensogut zu korrigieren, als es das Wort A täte, ist es aber weiter auch fähig, die Mängel des Wortes b ebensogut zu korrigieren als B, so kann seine Verwendung in beiden Fällen — die gleiche Mangelhaftigkeit aller fraglichen Worte vorausgesetzt — den ganzen Mangel eines Wortes ersetzen. Statt der Mängel der Worte A und B bleibt nur jener des Wortes x im Gesetze zurück.

Was mit bereits im Gesetze verwendeten Worten erreicht werden kann, soll nicht durch die Aufnahme eines noch nicht verwendeten Wortzeichens ersetzt werden.²⁸⁾ Bei Befolgung

²⁷⁾ „Danach soll der Gesetzgeber fürs erste nicht ohne Not und klares Bewusstsein die bisherige Struktur des Rechts, d. i. die Rechtsbegriffe, ändern, wenn er auch die Rechtsbestimmungen ändern muss.“ (Stahl, Bd. II., S. 246). Die sehr feine Bemerkung Benlthams, Grundsätze I S. 210, dass diejenigen Gesetze „schon an sich selber geeignet sind, leichter bekannt zu werden“ und sich in den Gedanken der Menschen zu erhalten, „welche mit schon gebildeten Erwartungen übereinstimmen oder auf natürliche Erwartungen gegründet sind“, lässt sich unbedenklich auf das Gebiet der Terminologie übertragen.

²⁸⁾ Hier scheint es passend, den berühmten Ausspruch zu zitieren: „Omnis definitio in iure civili periculosa“. (I. 202 D. de regulis iuris 50, 17.) Das Bestreben nach grösstmöglicher Klarheit führt hier wie bei kasuistischem Vorgehen oft zu Unklarheit oder zu Widersprüchen. Die absolute Klarheit der Gesetze ist ein Hirngespinnst der naturrechtlichen Theorie. (Kierulff, Theorie des Gemeinen Civilrechts, Altona 1839, S. XLV.) Kierulff hat demgegenüber erkannt, dass feine Detailbestimmungen Inkonsequenzen und Irrtümer bringen. Ein gewisses Masshalten in der Deutlichkeit, fordert schon das kaiserliche Handschreiben Maria Theresias vom 4. 8. 1772. (Pfafl Hofmann, Commentar zu dem österr. a. b. G. B., Bd. I, T. I, Wien 1877 [zit.: Pfafl Hofmann, Comm.], S. 15.) „Den Gesetzen geht es wie den Plauderern:

dieser Regel bleibt der Wortschatz des Gesetzes relativ gering.²⁹⁾

E. Verschiedenheit der Bedeutungsvorstellungen zu verschiedenen Zeiten.

1. Setzt man die Beobachtungen über die Wirkung der im Gesetze vorfindlichen Wortzeichen durch eine bestimmte Zeit fort, so zeigt sich, dass dieselbe zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene ist. (W u n d t, Sprache I, S. 525.)

Das österreichische a. b. G. B. enthält im § 115 den Ehetrennungsgrund (gleichbedeutend mit Ehescheidungsgrund reichsdeutscher Terminologie) der „unüberwindlichen Abneigung“. In einer der Ehetrennung sehr feindlichen Zeit werden diese Wortzeichen eine engere Bedeutung haben als etwa knapp vor der Erlassung eines die Ehetrennung sehr erleichternden Gesetzes. Jede Vorstellung ist ein Teil des ganzen Bewusstseinsinhaltes und als solcher mit einer Menge variabler Elemente verbunden. Bedeutende Ereignisse, grosse politische Strömungen, alle rechtsändernden Faktoren wirken auf die einzelnen juristischen Vorstellungen ein und gestalten sie im Rahmen des alten Gesetzes aber in der Richtung des zukünftigen Rechtes um. So ist die Rechtsentwicklung eine stetige in der Bedeutungsveränderung der Wortzeichen. Die vom Worte beinhalteten Vorstellungen können ja vom Gesetze selbst überhaupt nicht anders fixiert werden als durch den in ihm festgelegten Zusammenhang. Sie werden ja vom Interpreten dem Gesetze zugetragen, nicht aber vom Gesetze dem Interpreten übergeben. Diese nur relative Fixierung lässt aber natürlich eine Veränderung des Gehaltes in weitem Ausmasse zu.

Ein Bild möge das Gesagte verdeutlichen: Denkt man sich die Wortzeichen als frei schwimmende Schiffe und die durch das Gesetz

wer viel sagt, ist leicht in Gefahr sich zu verreden“. Sch l o s s e r, Briefe über die Gesetzgebung, Frankfurt 1789 (zit.: Sch l o s s e r, Briefe), S. 332. Z i t e l m a n n, Kunst S. 31 ff., macht auf die Grenzen der Genauigkeit und Eindeutigkeit aufmerksam. Gute Bemerkungen über den „Fanatismus in Bezug auf die Erreichung einer absoluten juristischen Präzision“ finden sich bei G o l d s c h m i d t, Krit. Erörterungen S. 10 f. Man vergl. auch G i e r k e, Entwurf S. 50 f.

²⁹⁾ Es „besteht . . . in der gesetzgeberischen Technik der oberste Grundsatz, mit möglichst geringer Anzahl solcher Begriffe das Auslangen zu suchen.“ (W u r z e l, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 83.) I h e r i n g s „Gesetz der Sparsamkeit“, (Geist II 2, S. 330) kann m. E. mit vollem Rechte auf den Wortschatz des Gesetzes angewendet werden.

zwischen ihnen hergestellten Zusammenhänge als Taue, welche die Schiffe verbinden, so bleibt eine selbständige Gesamtbewegung der Schiffe unter zwei Voraussetzungen denkbar: die Schiffe müssen alle untereinander verbunden und keines darf an das Land gekettet sein. Die erstere Voraussetzung verhindert das Auseinanderreißen der schwimmenden Flotte — hemmt die selbständige Bewegung der einzelnen Teile (das Recht ist nur in seinem Zusammenhange zu verstehen) — die letztere Voraussetzung gibt der Flotte im ganzen eine selbständige Bewegungsmöglichkeit. (Im österreichischen Strafrecht wird es seit langem als Mangel empfunden, dass die Strafen zum Teil an national-ökonomisch absolut fixierte Werte gebunden sind. Die relative Wertverminderung des Geldes geht nämlich nicht mit einer Verminderung des Strafwertes Hand in Hand.)³⁰⁾

Im Interesse dieser selbständigen und alle Teile gleicherweise ergreifenden Änderungsmöglichkeit des Rechtes im Rahmen des Gesetzes muss ein in sich geschlossener Wortschatz des Gesetzes verlangt werden, der nirgends an ausser ihm liegende, relativ unveränderliche oder nicht mit dem Rechte sich gleicherweise ändernde Vorstellungen anknüpft. *Termini technici*, die nicht der Rechtswissenschaft angehören, sollen also vermieden werden.

2. Die Beobachtung des Bedeutungswandels, welche die grosse Mehrheit der gesetzlichen Wortzeichen umfasst, gewinnt dadurch eine besondere Bedeutung für die Gesetzestechnik, dass sie verschiedene Worte in verschiedener Weise erfasst. Z. B. das Wort „schnell“ im § 428 des österreichischen Strafgesetzes, die Worte „Treu und Glauben“, „Billigkeit“ und „gute Sitten“ in dem deutschen, österreichischen und schweizerischen Zivilgesetzbuche unterliegen einem relativ sehr raschen Bedeutungswechsel; man kann die mit ihnen verbundenen rechtlichen Institutionen förmlich als nur durch die jeweiligen Anschauungen der Rechtsuntertanen bestimmt denken. Andere Wortzeichen widersetzen sich mehr dem Wechsel ihrer Bedeutungen. (Allerdings möge darauf aufmerksam gemacht werden, dass selbst Längen- und Gewichtsmasse durch die technischen Fortschritte der Menschen ihre Bedeutung ändern.)

Auf Grund der eben hervorgehobenen verschiedenen Arten der Worte kann der Gesetzestechniker den ihm konkret gegebenen Rechts-

³⁰⁾ Man vergl. Montesquieu, *Esprit*, livre XXIX, chap. XVI.

zustand entweder mehr in seinem Verhältnis zu den wechselnden Zeitanschauungen verkörpern, oder er kann ihn von diesen mehr unabhängig stellen. Nimmt man im Rechte etwas sich Gleichbleibendes und etwas Veränderliches an, so könnte, falls es gesetzestechnisch gelänge dieses Veränderliche mit den es bestimmenden (!) Faktoren zu verbinden, ein Gesetz geschaffen werden, das für alle Zeiten gälte. Das ist unmöglich. Aber durch die Verwendung vieler Worte, die an die Veränderung der Anschauungen der Recht schaffenden Faktoren gebunden sind, kann einem Gesetze durch eine lange Zeit währende Anpassungsfähigkeit verliehen werden, was im Hinblick auf die notwendige stetige Rechtsveränderung und in Erstrebung dauernder Geltungsmöglichkeit (heisst: Erhaltung des R e c h t scharakters) des Gesetzes gut ist.³¹⁾

3. An sich kann eine veränderliche Grösse ebenso genau bestimmt werden, wie eine sich gleich bleibende. (Man denke an das Fallgesetz.) Voraussetzung dieser genauen Bestimmung ist aber eine sich gleichbleibende Änderung. In sozialen Dingen dürfte eine solche schon der individuellen Einflüsse halber unauffindbar sein. (Entwicklung!) Man muss sich daher bei Verwendung von Wortzeichen, deren Bedeutung sich leicht ändert, immer dessen bewusst sein, dass sie nur unklare Vorstellungen erwecken werden. Dieses Schicksal teilen sie allerdings mit den meisten Wortzeichen, die das Gesetz zur Verfügung hat. Sie unterscheiden sich aber von diesen dadurch, dass ihre Empfindlichkeit gegen die im Bewusstsein vorfindlichen anderen Inhalte auch eine besondere Empfindlichkeit gegen speziell individuelle Einflüsse in sich schliesst. Wird also die individuelle Unterschiedlichkeit nicht insbesondere durch eine feste Verbindung mit objektiven (sozialen), eventuell auch veränderlichen Massstäben verhindert, so wird ihre gute Seite (Beinhaltung auch wechselnden Rechtes) durch ihre schlechte Eigenschaft hoher subjektiver Beeinflussbarkeit wieder aufgehoben. (Die „Beleidigung“ des § 185 R.St.G.B.l.)³²⁾

³¹⁾ Nur bei K o h l e r, Technik S. 373, finde ich eine ähnliche Forderung: „Für jedes Gesetzbuch ist eine Reihe von Fortschrittsvorschriften wesentlich, die so elastisch sind, dass sie dem Zug der Zeit dienen können“. G e n y; Technique S. 1031, steht dieser Forderung sympathisch gegenüber, ohne sie in seinen Ergebnissen aufzustellen.

³²⁾ Auch hierauf macht K o h l e r, Technik S. 373f., aufmerksam: „Allerdings sind solche Bestimmungen zweischneidig. In den Händen einer unfähigen Richterschar können sie zum Fluch werden.“

II. Die Sätze.

Die in der Gesetzestechnik uns entgegentretende nächst höhere Erscheinung ist der Satz. Der Satz ist in völkerpsychologischem Sinne eine Gesamtvorstellung. (W u n d t, Sprache I, S. 563.) Er ist in seinen Wirkungen von den Worten verschieden. Er ist nicht die Zusammenfügung von den von Worten beinhalteten Vorstellungen, sondern er ist die Gliederung einer einheitlichen (Gesamt-)Vorstellung,³³⁾ die völlige oder die nur das Wichtigste berücksichtigende Zerlegung dieser Vorstellung in ihre Bestandteile. (W u n d t, Sprache II, S. 240.) Die Vorstellung, die er hervorruft, zeichnet sich vor der Vorstellung, die das Wort erweckt, dadurch aus, dass sie von allem Anfange an in erkannten Beziehungen zu anderen Vorstellungen steht, von denen sie nicht mehr trennbar ist. Diese Vorstellung nimmt im Bewusstsein durch die Beziehungen, in denen sie steht, einen grossen und daher durch fremde Eindrücke wenig gefährdeten Platz ein. (W u n d t, Sprache I, S. 562) (Enge des Bewusstseins!) Eine ganze Schar von Assoziationen, die an dem einfachen Worte hängen, wird durch den Zusammenhang der Worte im Satz ausgeschlossen. Assoziationen aber, die erwünscht sind, werden durch diesen Zusammenhang herbeigeführt. Im Felde der Gesetzestechnik ist die Beobachtung zu machen, dass sich Fragen und Zweifel fast nie an einen als solchen apperzipierten Satz, wohl aber fast immer an die einzelnen Worte anschliessen, in die der Satz zerlegt wurde. Es scheint unbewusstermassen diese Erfahrung schon zu der Praxis geführt zu haben, Tatbestände und Rechtsfolgen meist durch ganze Sätze auszudrücken, nicht aber durch einzelne Worte, obwohl es ohne weiteres anginge, dies durch Worte zu tun und einfach z. B. „Diebstahl“, „Unterschlagung“, „Raub“ u. s. w. zu bestrafen. (Man denke an die „Beleidigung“ des § 185 R.St.G.B.!) Diese Beobachtung ist umso interessanter, als ja die Vorstellungen „Diebstahl, Unterschlagung, Raub“ u. s. w. konkreter sind als die Merkmale, in die sie im Satze zerlegt werden, und als doch für die konkreteren Vorstellungen im all-

³³⁾ W u n d t, Sprache II, S. 234 ff. und I 560. „... die Worte haben nur insofern eine reale Bedeutung, als sie eben Bestandteile des Satzes bilden.“ (Friedrich Müller, Einleitung in die Sprachwissenschaft, Wien 1876, Bd. I, Abt. 1, S. 99.) Auch Steinthal lässt das Wort erst aus dem Satze entstehen. (Einleitung in die Psychologie und Sprachwissenschaft. Berlin 1881, S. 399.)

gemeinen ein höheres Mass von Klarheit und Festigkeit in Anspruch genommen wird als für die abstrakteren.

Trotz der bisher hervorgehobenen Unterschiede ist doch die „Satzvorstellung“ nicht so sehr von der „Wortvorstellung“ verschieden, dass nicht für erstere dieselben Gesichtspunkte platzgreifen könnten als für letztere:

A. War die Tatsache der Assoziation des Wortzeichens mit der vom Worte beinhaltenen Vorstellung ein notwendiges Mittel der Gesetzestechnik, so gilt Gleiches vom Satze.

Es ist ohne weiteres möglich, dass ein Satz dessen Vorstellungsinhalt bloss in „verständliche“ Worte zerlegt wurde, dennoch unverständlich bleibt. Worin das Wesen dieses sogenannten „schweren Stiles“ besteht, kann ich nicht endgültig entscheiden; es scheint mir aber an dem Ausfallen der Assoziation zwischen Satzzeichen und der erwünschten Vorstellung entweder eine ungewöhnliche Satzfügung Schuld zu sein oder eine die gewöhnliche Fähigkeit zu simultaner (satzadäquater) Apperception (W u n d t, Sprache I, S. 534) überschreitende Länge des Satzes.³⁴⁾

Worte allein genügen zur Rechtsverkörperung nicht und dies deshalb, weil es einerseits an bezeichnenden Worten für die massgebenden Vorstellungen fehlt, und weil anderseits die vorhandenen Worte meist zu wenig klare und zu wenig übereinstimmende Vorstellungen erwecken. Der Gesetzestechniker braucht den Satz und eine an seine Zeichen sich anschliessende Assoziation mit der zu erweckenden Vorstellung. Bei Verwendung gebräuchlicher Worte tritt diese Assoziation bei gebräuchlicher und nicht zu langer Satzfügung ein. Ihre Existenz kann und soll experimentell nachgeprüft werden.

B. Auch der Satz führt erst bei einer sich auf seiner „Gesamtvorstellung“ aufbauenden „Begriffsbildung“ zur Rechtserkenntnis. Der bei dieser Begriffsbildung notwendige subjektive Faktor nimmt auch hier dann das geringste Feld ein, wenn die zugrunde liegende „Vorstellung“

³⁴⁾ „Die Sprache des (schweizerischen) Gesetzbuches ist einfach und schlicht.“ (E g g e r, Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 118.) Das Gesetz „soll die Rechtssätze klar und einfach vor Augen stellen, ohne Verschnörkelung und Umständlichkeiten ...“ (K o h l e r, Technik S. 347.) Das B.G.B ist „mit einem schweren Mangel behaftet, dem einer geschraubten, mühsamen Diktion“. (K o h l e r, Technik S. 353.) Die „Einfachheit“ bezeichnet W a c h, Legislative Technik S. 3, als „elementare Anforderung der Technik.“ Er verlangt schlichten Satzbau (S. 6). Einfachen Stil verlangt M o n t e s q u i e u, L'Esprit, livre XXIX, chap. XVI. Man vergl. auch G ü n t h e r, Recht u. Spr. S. 21, und S t o o s s (hier Anm. 38).

subjektiv und objektiv möglichst klar ist. Schon unter I. B. wurde darauf hingewiesen, dass gerade im Hinblick auf diese durch den objektiven Rechtscharakter geforderte Klarheit der Vorstellungen das einzelne Wort fast nie ausreiche, dass es vielmehr noch der Klärung durch andere Worte bedürfe. Eine blossе Summierung von Worten kann natürlich immer nur zu einer Summierung, nie aber zu einer Ausscheidung der mit ihnen verbundenen Unklarheiten führen. Die Klärung einer Wortvorstellung durch andere Wortvorstellungen kann nur durch deren Zusammenhang erfolgen. Ein Zusammenhang von Wortvorstellungen kann aber eben, so weit er sich nicht von selbst ergibt (Impressionismus), nur durch den Satz ausgedrückt und hervorgerufen werden. So wie aber alle Klarheit doch nur Zusammenhang ist, so kann die im Satz zurückbleibende Unklarheit wieder nur durch den Zusammenhang von Sätzen behoben werden, was die induktive Bearbeitung des Rechtsstoffes zur Notwendigkeit macht. (III. A.) Hier, wo es sich um das gesetzestechnisch wesentlichste Merkmal des Satzes, um die Erweckung von Vorstellungen in einem bestimmten gegenseitigen Zusammenhange handelt, möge darauf aufmerksam gemacht werden, dass häufig Wortzeichen die Bedeutung von Zeichen für Sätze haben und dass umgekehrt manche grammatikalische Sätze so wenig Zusammenhang zwischen Einzelvorstellungen erwecken, dass ihnen die Vorzüge des Satzes kaum zugute kommen.

Was das erstere anbelangt, so sei auf die in den Gesetzen einzeln stehenden Worte verwiesen, auf die Überschriften der Bücher (Teile), Abschnitte (Hauptstücke), Titel, §§ und sonstigen Abteilungen. Alle diese Zeichen beinhalten Sätze von etwa nachfolgendem Gefüge: „Die Abteilung des Gesetzes vom handelt in den nachfolgenden §§ von wie folgt“: Sie erwecken die ersten Teile von Perioden, deren weitere Teile in den Unterabteilungen vorfindlich sind. Dieser Zusammenhang bringt es zuwege, dass sie bei der Interpretation mit herangezogen werden und auch herangezogen werden können. Stünden sie nicht in dem besagten Zusammenhang, so würden sie überhaupt nicht Teile des Gesetzes bilden. Der Zweck der Übersichtlichkeit (der mit dem sachlich imperativen Charakter des Rechtes nichts zu tun hat) kann ihr Dasein im Gesetze selbst nicht legitimieren. Um diese zu fördern, brauchte ja nur ein mit Privatcharakter versehener Index dem Gesetze beigelegt zu werden. Der Zusammenhang der erwähnten durch blossе Worte bezeichneten Sätze mit den ihnen untergeordneten Ge-

setzessätzen ist so stark, dass er eine wesentliche Stütze gerade der induktiven Bearbeitung des Rechtskörpers abgibt.³⁵⁾ Um trotz seiner Entfernung noch bei der Apperception dieser Sätze mitzuwirken, erhält er den auffallenden Platz, der seinem hohen Range entspricht.³⁶⁾

Es gibt nun auch Sätze, die der Unklarheit einzelner Worte nur sehr wenig Grenzen ziehen. Als Beispiel gelte wieder § 185 R.St.G.B.: „Die Beleidigung wird . . . bestraft“. Die mit dem Worte Beleidigung assoziierten Vorstellungen sind grösstenteils subjektiv und objektiv, fast immer aber objektiv unklar. Der in Frage stehende Satz bringt diese Vorstellung nur in Zusammenhang mit einer vom geringsten Masse anfangenden rechtlichen Strafe und schliesst dadurch aus ihr nur jene Teile aus, die mit der Strafvorstellung nicht in Zusammenhang treten wollen. Das Missliche an dieser Aufklärung liegt aber noch darin, dass sie von derjenigen Vorstellung ausgeht, die ihrerseits wieder auf die aufzuklärende Vorstellung zurückweist. Aus dem Satze des § 185 fällt also das Wort Beleidigung mit aller an ihm hängenden Unklarheit förmlich heraus. Es wird dann erst durch die übrigen Gesetzessätze etwas aufgeklärt, ohne die es leicht zu einer Bestrafung der Beleidigung von Gegenständen, Tieren, Geistern und allen Verstorbenen kommen könnte. Soll also bei der Bildung der für die Rechtskenntnis notwendigen Begriffe der subjektive Faktor nicht allzu gross sein, so muss es nicht nur zu einer Satzbildung überhaupt, sondern es muss zu solchen Satzbildungen kommen, die reiche Zusammenhänge zwischen den Wortvorstellungen vermitteln.

C. Sätze bestehen nicht nur aus Wortzeichen, sondern auch aus Wortstellung und Interpunktion. Veränderte Wortstellung und Interpunktion kann zu veränderten Satzvorstellungen führen, sei es, dass die Gefühlsbetonung, sei es, dass der Zusammenhang der Wortvorstellungen dadurch alteriert wird. Die Befolgung der grammatischen Regeln verhütet am besten die durch die Wortstellung sonst leicht irgeleiteten, die Vorstellungen begleitenden Gefühle, was im Hinblick auf die hervorragende Ungleichheit der Gefühle bei verschiedenen Individuen im

³⁵⁾ Man könnte auch von Sätzen ohne Worte sprechen, sofern man bloss an die systematische Stellung der Gesetzesteile denkt. Denn diese Stellung allein führt oft zu Vorstellungen über den Gehalt von Gesetzesteilen, die sonst nur durch lange Sätze erweckt werden könnten. Man vergl. hierzu *Ihering*, *Geist* II, 2 S. 330 f.

³⁶⁾ „Der Titel aber soll nicht verwirren, sondern die Beherrschung des Inhalts erleichtern.“ (*Wach*, *Legislative Technik* S. 22 und Beispiele dazu S. 19—22.)

Interesse des objektiven Charakters des Rechtes erstrebenswert ist. Gleiche Vorstellungsfolgen können am präzisesten durch gleiche Wortfolgen erzeugt werden. Was aber die Interpunktion anbelangt, welche die Gruppierung der Wortvorstellung innerhalb der Satzvorstellung verursacht, so wird auch hier eine strikte Befolgung der grammatischen Regeln den Gesetzestechniker am besten vor einer von ihm nicht gewollten Verschiedenheit in Satzvorstellungen bewahren, denn die Grammatik trifft auf überall gleichmässig ausgeschliffene Bahnen und verhütet dadurch das Zustandekommen von Überraschungen über individuelle Unterschiedlichkeiten der Auffassung.

D. Mit diesem strengen Hinweis auf die Grammatik scheint auch schon dasjenige erledigt zu sein, was bezüglich der notwendigen Übereinstimmung der Rechtsvorstellungen unter den einzelnen Individuen gewisser Menschenkreise für die Satzbildung zu erwähnen ist.³⁷⁾

Das unter I. D. 9—12 verlangte volkstümliche Gesetz kommt nur dann zustande, wenn die von der Grammatik aus illimitierte Möglichkeit der Bildung weit ausgreifender Sätze nur in solchem Masse ausgenützt wird, dass überall und auch in der Gruppe B—C simultane (dem Satz adäquate) Apperceptionen zustande kommen können. Da die Rechtsvorstellungen keinerlei Nötigung zur Bildung langer Sätze enthalten, so kann das Erfordernis kurzer Sätze unbedingt aufrecht erhalten werden.³⁸⁾ (Man vergl. auch II. A.)

³⁷⁾ In diesem Zusammenhange werde die insbesondere auch für I. C., I. D. und II. C. wichtige Forderung betont, dass das Gesetz gegen die Regeln der Grammatik — als die Regeln des Sprachgebrauchs — in keiner Hinsicht (Orthographie, Interpunktion, Satzbildung, Satzstellung, Tempus, Modus, Casus u. s. w.) verstosse. Der Grund hiefür liegt in dem Prinzip der Verwendung des „Gebrauchlichen“ als der besten Basis klarer und eindeutiger Verständigung. (Hierüber vergl. man I. B.) Bezüglich der hierher gehörenden Fragen werde auf die umfassende Bearbeitung derselben durch G ü n t h e r, *Recht u. Sprache*, Berlin 1898, hingewiesen. Im Hinblick auf diese Bearbeitung erschien mir ein näheres Eingehen auf diese Fragen unnötig. Es sei nur im Gegensatz zu G ü n t h e r (S. 55 ff.) betont, dass dem Gesetz bei der eminenten Schwierigkeit seiner Abfassung nicht füglich noch die Veredelung der Schriftsprache als eigenes Ziel vorgeschrieben werden kann.

³⁸⁾ „Es soll ein Gesetzbuch keine Satzungeheuer bilden ...“ (K o h l e r, *Technik S. 347.*) L a b a n d lobt (Die Kodifikation des bürgerlichen Rechts der Schweiz, D. J. Z., Jahrg. 1897, S. 132) „die Kraft und Kürze der einzelnen Sätze“ und fügt bei, dass das Schweizer Gesetz „dem Verständnis nicht entfernt die Schwierigkeiten bietet“ wie das (deutsche) Bürgerliche Gesetzbuch. E g g e r, *Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil.* 1908, S. 118, sagt vom schweizerischen Zivil-

III. Die Aussprüche.

Einleitung. Die im Gesetz vorfindlichen Sätze bringen Wirkungen hervor, die ihnen, falls sie nicht Teile von Gesetzen ausmachen würden, nicht in diesem Masse zukämen. Diese besonderen Wirkungen können ihnen natürlich nur eben der besondern Eigenschaft halber zukommen, Teile von Rechtsverkörperungen zu sein. Zieht man diese besondere Eigenschaft mit in Betracht, so wird der Ausdruck Satz für die beobachteten Erscheinungen zu weit und es empfiehlt sich die Annahme eines *Terminus technicus*, unter dem jederzeit die besprochene Eigenschaft mitverstanden wird. Da der nächstliegende Ausdruck Rechtssatz schon eine spezifische Bedeutung hat, so wurde das Wort Ausspruch wegen des in ihm liegenden Hinweises auf die Quelle der massgebenden Verschiedenheit gewählt. Mit der Betrachtung der Aussprüche wird insofern das eigenste Gebiet der Gesetzestchnik betreten, als diese Betrachtung eben nirgends anders als an Gesetzen angestellt werden kann.³⁹⁾

Jeder Satz, der den Bestandteil eines Gesetzes bildet, ist ein Ausspruch. Seine Form ist diesbezüglich vollkommen gleichgültig. Insbesondere macht es keinen Unterschied aus, ob die Sätze imperativisch oder indikativisch gehalten sind. Gesetz ist nur dasjenige, was sachlich imperativen Charakter hat (S. 114). Dies ist aber nicht formell, sondern

gesetz: „Satzungetüme finden sich keine“. Für die Kürze der einzelnen Sätze spricht sich auch *Roguin* aus (*Observations* S. 106). „*Quae verbosae inveniuntur, et nimis prolixae, contrahantur magis in aetum.*“ (*Baco*, *Exemplum tractatus de justitia universali sive de fontibus juris* Aphor. 60. Man vergl. auch Aphor. 59, 65, 66 und das sich im Interesse der Volkstümlichkeit gegen allzugrosse Kürze wendende Aphor. 68, sowie S. 84, *The Works of*, London 1740, Vol. IV, wo *Baco* die „*brevity of speech*“ der schottischen Gesetze lobt.) „Es muss der Bau der Sätze höchst einfach sein. Die Satzbildung des Gesetzes ist der einfache Hauptsatz, künstliche Satzgebilde dürfen in einem Gesetze gar nicht vorkommen.“ (*Stooss*, *Geist d. m. Strggg.*, S. 20.) „Knappe Fassung“ verlangt *Günther*, *Recht u. Spr.* S. 21, 44. Kurze volkstümliche Sätze fordert *Gierke*, *Entwurf* S. 54, 55. Ähnlich *Goldschmidt*, *Krit. Erörterungen* S. 46. Nach *Mohl*, *Politik* I. S. 444 f., sollen die Sätze gedrängt gefasst sein.

³⁹⁾ Die besonderen Eigenschaften, welche aus den Sätzen Aussprüche machen und welche daher das Gesetz von allen übrigen literarischen Werken sondern, waren — wie den meisten — so auch *Bentham* wenigstens als solche unbekannt. Er meint (*Grundsätze* I S. 221), dass, „wenn der Stil des Gesetzbuches von dem anderer Bücher sich unterschiede, dies durch eine grössere Klarheit, durch eine größere Bestimmtheit, durch eine grössere Popularität“ — sonst aber durch nichts — geschehen solle.

inhaltlich zu verstehen. Alles Recht hat sachlich imperativischen Charakter, mag es in belehrenden oder in befehlenden Sätzen verkörpert sein. Dagegen kann dasjenige, was inhaltlich nur eine Belehrung darstellt, niemals Gesetz, niemals Ausspruch sein. Würde ein Lehrbuch mit Gesetzeskraft ausgestattet, so müsste man aus den formell durchaus belehrenden Sätzen jene heraussuchen, die einen sachlichen Imperativ enthalten, und diese Sätze als gesetzliche Aussprüche von jenen scheiden, deren Inhalt eine Belehrung bildet.⁴⁰⁾ Es ist nicht der belehrende Stil, der ein Lehrbuch verhindern würde, seinem ganzen Umfange nach Gesetz zu sein. Die häufigen Gesetzessätze, die bloss die Verknüpfung von Tatbeständen mit Vor- und Nachteilen, und solche, die ein blosses Können ausdrücken, kann man der Form nach ebensowohl belehrend als befehlend auffassen, ohne dass sie irgendwie weniger geeignet wären einen sachlichen Imperativ auszudrücken, als reine Befehle, die doch auch immer eine Belehrung über dasjenige enthalten, was befohlen oder verboten ist. Bei Formulierung eines Gesetzes ist sohin auf den sachlich imperativen Charakter gar keine Rücksicht zu nehmen. Dieser sachlich imperative Charakter ist für den Gesetzestechniker nur insofern von Wichtigkeit, als er ein notwendiges Merkmal des von ihm auszudrückenden Inhaltes ist. Eine durchaus imperativische Fassung wäre ebenso schwer und schleppend als eine durchgängig indikativische.⁴¹⁾

⁴⁰⁾ Diese ausserordentlich schwierige Aufgabe werden die Juristen dem bürgerlichen Gesetzbuch für Montenegro gegenüber zu leisten haben, dessen sechster Teil, Art. 767—1031, nicht nur Belehrung, sondern auch Volkspoesie zu seinem Gegenstande macht. Man vergl. hierüber D i c k e l, *Gesb. f. Montenegro*, insbesondere S. 106 ff.

⁴¹⁾ Hiermit ist m. E. Z i t e l m a n n s Frage (D. J. Z. 1900, S. 331 und Kunst S. 15): „Wie soll es (das Gesetz) sprechen, belehrend oder befehlend?“, beantwortet. G e n y, *Technique* S. 1037 V, fordert äusserst einfach: „la forme grammaticale la plus apte à . . . traduire“ les dispositions de la loi. Dass die indikativische Fassung des Strafgesetzes die Imperative einschliesse, hat B e n t h a n, *Grundsätze* I S. 232, im Zusammenhange mit den Grundlagen der „Normentheorie“ in überzeugender und bewundernswert kurzer Weise ausgesprochen. Gleiches sagt v o n B a r, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Berlin 1906, Bd. I S. 2. R e g e l s b e r g e r, *Pandekten*, Leipzig 1893, Bd. I S. 112 Anm. 1, erklärt, dass Missverständnisse aus der berichtenden Fassung eines Gesetzes nicht entstehen können. „Es wäre Widersinn, die imperativischen Formen, welche die vereinzelt und zusammenhangslosen Bestimmungen der Zwölftafeln aufweisen könnten, als Muster einer modernen Kodifikation hinzustellen.“ H ä n e l, *Gesetz* S. 164. „Ob der Ausdruck imperativischer Art ist oder nicht, ist gleichgültig, das Imperativische liegt in der Sache, in dem Gedanken; in dem

Der häufig wiederkehrende Anspruch: Gesetzbücher sollen keine Lehrbücher sein,⁴²⁾ enthält nichts anderes als die Betonung jener Eigenschaften der Gesetzessätze, durch welche sie sich prinzipiell von den Sätzen der Lehrbücher unterscheiden, d. s. Expansivität und Affinität.

A. Die Expansivität der Aussprüche.

1. Jeder Ausspruch hat die Tendenz, ein möglichst grosses Gebiet für sich in Anspruch zu nehmen und dies in doppeltem Sinne: 1. will jeder Ausspruch, dass sein voller Inhalt gelte, dass alle seine Konsequenzen gelten und 2. ist jeder Ausspruch auch geneigt, jedes überflüssige, zufällige Merkmal unter Zurückbehaltung der notwendigen Merkmale auszustossen, also nur als Teilfall eines höheren Prinzipes erfasst zu werden. Jeder wirkliche Rechtsstreit, d. h. jeder Streit über Recht, nicht jener über Tatsachen, bietet ein Beispiel für die Expansivität der Aussprüche. Der *Rechtsstreit* hat immer seine Ursache in der Expansivität zweier (oder mehrerer) Aussprüche, die miteinander etwas zu tun haben (die affin sind, III. B.).

Als willkürlich herausgegriffenes Beispiel gelte der erste Ausspruch des § 859 B.G.B.: „Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren“. Ohne Berücksichtigung anderer Aussprüche wird

Munde des Gesetzes hat das ‚Ist‘ die Bedeutung des ‚Seinsollens‘.“ *Ihering*, Geist II 2, S. 358. Im wesentlichen steht der Text auf dem Standpunkt der Ausführungen *Wendts*, Sprache S. 7—17, auf die hier verwiesen werde. Dagegen *Eisele*, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Arch. f. d. civil. Praxis, Jahrg. 1886, S. 310 ff.

⁴²⁾ *Bekker*, System S. 21; *Köhler*, Technik S. 358; *Gény*, Technique S. 1012 und 1036; *Wach*, Legislative Technik S. 8; *Stooss*, Geist d. m. Strggg. S. 20; *Wendt*, Sprache S. 18 ff.; *von Liszt*, Aufsätze II S. 104; *Ihering*, Geist II 2, S. 371 f; *Mohl*, Politik I S. 431. Bei *Göldschmidt*, Krit. Erörterungen, S. 54 ff., wird der Satz, dass Gesetzbücher keine Lehrbücher sein sollen, vorwiegend mit Beispielen illustriert, die überflüssige Gesetzesbestandteile wiedergeben. Das montenegrinische Gesetzbuch will nicht nur Gesetz — sondern auch Lehrbuch sein. *Dickel*, Gesb. f. Montenegro S. 33 f. *Lex* „jubeat, non disputet — non disco sed pareo“. *Seneca*, ep. 94. (Man vergl. *Trendelenburg*, Naturr. S. 170.) „Erstens soll das Gesetz- und Lehrbuch nicht miteinander vermengt . . .“ werden. Kaiserliches Handschreiben von *Maria Theresia* vom 4. 8. 1772. (Man vergl. *Pfaff Hofmann*, Comm. S. 15.) Ähnliches findet sich in den Motiven zum Code Civil. (Man vergl. *Gény*, Méthode d'interprétation, S. 95 Anm. 3.) Ebenso *Mittermayer*, Strggg. in zahlreichen Sätzen, z. B. S. 18 f. und 65. und *Weiske*, Rechtslexikon, Bd. IV S. 757.

dieser Ausspruch vorerst einmal von jedem Besitzer in jedem Falle verbotener Eigenmacht für jede gewaltsame Erwehrung in Anspruch genommen. Darin zeigt sich die Expansivität in der ersterwähnten — deduktiven — alle Konsequenzen ergreifenden Bedeutung. Aber die Expansivität geht noch weiter. So würde der fragliche Ausspruch z. B. auch ohne das Vorhandensein der §§ 860 und 865 von einem „Besitzdiener“ und einem „Teilbesitzer“, er würde auch ohne Abs. 3 des § 859 von demjenigen in Anspruch genommen, der sich seines Besitzes wieder bemächtigt hat u. s. w. Es würde sich für den Fall des Fehlens der §§ 227 und 229 ein ganzes Notwehr- und Selbsthilferecht aus ihm verstehen lassen. Dies aber wäre die zweitgenannte, prinzipienbetonende, induktive Bedeutung der Expansivität.

Die Expansivität rechtlicher Aussprüche entstammt dem unbedingten Geltungswillen des Rechtes, sofern dieser von wirklichen oder nur gedachten möglichen Ansprüchen Einzelner in Dienst gerufen wird. Infolge der durchgängigen Gleichwertigkeit aller Bestandteile des Rechtes haben alle Aussprüche an und für sich die gleiche Expansivität.

Bei wissenschaftlichen und künstlerischen Werken ist die Expansivität nicht in gleicher Weise vorfindlich als bei Aussprüchen der Gesetze, denn es steht dort jeder Satz förmlich unter der Kontrolle der Meinung des Autors, auf welcher ja die „Tragweite“ der Sätze fusst. Ein Kodex der Moral, der Sitte und der Religion würde infolge seiner bloss bedingten Geltung auch nicht in gleicher Art die Eigenschaft der Expansivität seiner Sätze aufweisen können.

Um Irrungen vorzubeugen, sei gleich hier betont, dass die hier behauptete Eigenschaft der Expansivität der Aussprüche mit der S. 69 f. bestrittenen Expansionskraft des Rechtes nicht identisch ist. Die Expansivität des Rechtes stellt die Erkenntnis desselben erst her, bringt seinen ganzen Inhalt erst heraus, hat mit dem Rechte selbst noch gar nichts zu tun, während die angebliche Expansionskraft nicht ein Plus an Erkenntnis, sondern ein Plus an bestehendem Recht hervorbringen soll, was prinzipiell als unmöglich bezeichnet wurde und auch an dieser Stelle so bezeichnet wird.

Die Expansivität ist jene Eigenschaft der Aussprüche, an die der Gesetzestecher vielleicht am meisten und während des ganzen Laufes seiner Tätigkeit denken muss. Am gefährlichsten sieht wohl derjenige Teil der Expansivität aus, der in induktiver Richtung

wirkt,⁴³⁾ und der auch hier deshalb zuerst behandelt werden soll, weil der andere Teil der Expansivität — jener, der nach deduktiver Richtung wirkt — an die höchste Höhe erreichter Induktion anknüpft.

2. Die Basis der Induktion ist der Ausspruch, denn jede Induktion erfordert einen Zusammenhang von Vorstellungen, der in dem einzelnen Worte des Gesetzes nicht vorfindlich ist. Der Induktion parallel geht hinsichtlich der einzelnen Worte die Annahme der weiteren Bedeutung. Damit das Denken über die Induktion nicht gestört werde, wird die Bedeutung der einzelnen Worte hier vorläufig als fixiert angenommen. Die Vornahme einer Induktion („Induktion“, „induktive Bearbeitung“ u. dergl. gelten hier als Wirkungen der Expansivität der Aussprüche in induktiver Richtung) ist nicht von dem Vorhandensein mehrerer Aussprüche abhängig. Sie kann ohne weiteres an jeden einzelnen Ausspruch anknüpfen. Sie gewinnt für das Gebiet des Rechtes dadurch, dass sie an mehrere Aussprüche anknüpft, nicht einmal eine erhöhte Bedeutung. Es gibt für dieses Gebiet überhaupt nur eine Sicherheit und diese besteht darin, alles Zugehörige verarbeitet und alle Widersprüche ausgerottet zu haben. Ist die fragliche Induktion nur von einem einzigen Aussprüche aus möglich, weil in dem Gebiete des Rechtes kein zweiter Spezialfall des gewonnenen Satzes vorfindlich ist, so hat diese Induktion den gleichen Wert wie eine andere, die etwa auf hundert Spezialfällen aufbaut. Dass die Analogie — und hierunter wird ja wohl meist eine Induktion verstanden — auch von einem einzigen Aussprüche ihren Ausgangspunkt nehmen könne, ist denn auch allgemein zugestanden.

Der Ausspruch erweckt eine Gesamtvorstellung, die in ihre Merkmale aufgelöst werden kann. Die Induktion kommt nun auf diese Weise zustande, dass von der Mehrheit dieser Merkmale eines oder mehrere als bloss zufällige ausgeschieden, die anderen aber als notwendige beibehalten werden. In vielen Fällen geschieht dies ohne jede Reflexion, förmlich von selbst. Das kommt dann daher, dass die als zufällig in Wegfall kommenden Merkmale mit der Vorstellung einer rechtlichen Notwendigkeit gar keine Assoziation eingehen können. Durch den Wegfall der fraglichen Merkmale wird in jedem Falle der Ausspruch inhaltsärmer und umfangreicher. Es unterfällt ihm eine größere Anzahl von Spezialfällen. Darin liegt einerseits der Wert und andererseits die Gefahr

⁴³⁾ N a p o l e o n soll bei Erscheinen des ersten Kommentars zu seinem Gesetzbuch gesagt haben: „Mon Code est perdu!“ (G e n y, Méthode d'interprétation, Paris 1899, S. 19.)

der induktiven Bearbeitung des Rechtes. Gewiss liegen in jedem Menschen zu jeder Zeit andere Anlagen zu dieser Bearbeitung vor, und der Gesetzestechniker kann diese Unterschiede nicht ausschalten. Zu Fehlern wird es da immer kommen. Im allgemeinen aber kann der Gesetzestechniker darauf rechnen, dass eine ziemlich grosse Gleichheit der Anschauung darüber besteht, welche Merkmale eines Ausspruches notwendig, welche bloss zufällig sind. War es doch möglich, ein Gewohnheitsrecht in abstrakten Sätzen festzustellen, obwohl jeder dieser Sätze nur durch Induktion aus den einzelnen Rechtshandlungen gefunden werden konnte. Nimmt der Gesetzestechniker also tatsächlich nur jene Merkmale in seine Aussprüche auf, die ihm als rechtlich notwendig erscheinen, so wird er sich vor Induktionen nicht zu fürchten haben. Seine Worte werden als notwendige angesehen, und es wird nicht leichtfertig zu Induktionen geschritten werden. Die alte Regel, dass jedes Gesetzeswort bei der Auslegung berücksichtigt werden müsse, wird in Kraft stehen und die Freiheit der Ausleger einschränken.⁴⁴⁾

Ganz anders, wenn der Gesetzestechniker seine Aussprüche mit überflüssigen Merkmalen von Rechtshandlungen überhäuft. Seine Worte werden als grossenteils überflüssig missachtet werden, die Regel, dass jedes Gesetzeswort berücksichtigt werden müsse, wird keine tatsächliche Unterlage haben und daher nicht gelten können,⁴⁵⁾ jede leichtsinnige Induktion wird einen Schein von Richtigkeit gewinnen, und vergeblich wird der Gesetzestechniker nach einem Mittel sinnen, die Induktionen einzuschränken.⁴⁶⁾ Die Stellung des Interpreten zum Gesetz wird so frei sein, wie die des Interpreten zur einzelnen Rechts-

⁴⁴⁾ Etiam illud recte positum est: „Optimam esse legem quae minimum relinquit arbitrio iudicis.“ B a c o , Tractatus de justitia universali sive de fontibus juris Aphor. 8. „Das für die Auslegung . . . so wichtige argumentum a contrario . . . darf in einem Gesetze mit gutem Sprachgebrauch weit eher angewandt werden, als in einem nachlässig redenden.“ (B i n d i n g , Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.)

⁴⁵⁾ Von den notwendigen Worten dieses Gesetzes könnte man mit B a c o n sagen: The living die in the arms of the dead. (The Works of London 1740, Vol. IV S. 3.) Ähnlich M o n t e s q u i e u , *l'Esprit*, livre XXIX chap XVI: „les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires“.

⁴⁶⁾ Er kann sie auch dadurch nicht in feste Wege zwingen, dass er ausdrücklich den Zweck des Ausspruches diesem beifügt (Z i t t e l m a n n , Kunst S. 16), wovon schon im Hinblick auf den Zweckwandel (J e l l i n e k) die Heterogonie der Zwecke (W u n d t) abzuraten ist. Über Vorschläge und Versuche zur Rettung des Gesetzes vor der Interpretation vergl. man z. B. B i n d i n g , Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885, Bd. I S. 23.

handlung bei Aufsuchung des Gewohnheitsrechtes. Ein Verbot der Induktion ist wirkungslos, da es doch selbst erst dieser Induktion unterliegt. Und es ist überdies unsinnig, da es gebietet, den Zufall der Notwendigkeit gleich zu achten. Von einem solchen Verbot induktiver Bearbeitung der Gesetze, das Montesquieu, Beccaria, Quistorp und auch Feuerbach wollte, kann man nur sagen: es „hebt das Gesetz“ (als Vereinigung der notwendigen Bestandteile der Rechtswirklichkeit) „seinem Wesen nach auf, um es dem Scheine nach zu sichern“. (Feuerbach, Kritik 2. T., S. 22.)⁴⁷⁾ Ein solches Verbot hat sich nur auf dem Gebiete des Strafrechtes als Analogieverbot hinsichtlich der Ausdehnung der Verbrechenstatbestände und der Strafen erhalten. Das liegt aber wohl nicht in ihm selbst, sondern in der Natur des Gegenstandes, und man könnte m. E. unter der Voraussetzung richtiger Interpretation dieses Analogieverbot streichen, ohne dadurch an dem Rechtszustande etwas zu ändern. Es gibt für die Induktion keine andere Grenze als die Notwendigkeit der gefundenen Merkmale. Und in allen Fällen, in denen es zu keiner Induktion kommen kann, steht ihr diese Notwendigkeit und nur diese Notwendigkeit im Wege.

Im Strafgesetze kommt es zu einer ausschliesslichen Aufzählung der Verbrechenstatbestände und Strafen nicht anders wie es in dem oben zitierten § 52 R.St.G.B. zu einer ausschliesslichen Aufzählung der Gruppen von Angehörigen, nicht anders wie es in den §§ 1565—1569 B.G.B. zu einer ausschliesslichen Aufzählung der Scheidungsgründe kommt. Hier ist nirgends eine Induktion möglich. Es ist hier überall ein notwendiges Merkmal der fraglichen Begriffe (Verbrechen, Strafen, Angehörige, Scheidungsgründe), dass sie in der Aufnahme von Spezies durch eine

⁴⁷⁾ Gesetzliche Vorschriften über Interpretation sind, obwohl freilich auch sie Grundlagen für die Erfassung des Gesetzes im Zusammenhange abgeben, fast durchgängig wertlos. Es wurden daher ganz richtig aus dem B.G.B. bei der zweiten Lesung die Interpretationsregeln ausgeschieden. Auch der berühmte Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, dessen den Richtern gegebene Erlaubnis zur Rechtschaffung übrigens keine Anhängerschaft an die freirechtlerische Bewegung, sondern vielmehr ein Überbleibsel früherer Verhältnisse darstellt, (hierüber vergl. man A. Egger, Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil., Jahrg. 1908, S. 120 f.) ist meines Erachtens völlig überflüssig. Wo die Grundlagen zu solcher Rechtschaffung fehlen, bringt auch eine diesbezügliche Vorschrift keine solche hervor, wie man an den Bestimmungen des § 7 des österreichischen a. b. G.B. sehen kann. (Man vergl. Unger, System des öst. allg. Privatrechts, 4. Aufl., Leipzig 76, Bd. I S. 70 f.)

andere Instanz beschränkt werden, welche bald nur durch die Rücksicht auf die notwendige Gleichförmigkeit und Leichtigkeit der Anwendung — die Praktikabilität (so auch im Falle zahlenmässiger Fixierungen) — bald durch den Schutz des moralischen Wertes der Ehe, bald durch das bessere Recht des Individuums gebildet werden. Hier ist „Tatbestandsmässigkeit“ (Beling) vonnöten. (Seitdem die sozialistischen Gedanken über die individualistischen gestellt werden, macht sich eine Bewegung zugunsten der Zulassung induktiver Bearbeitung aller Teile des Strafgesetzes geltend.)⁴⁸⁾

Würde hier überall die fragliche zweite Instanz fehlen, so könnte kein Analogieverbot, es könnte keine enumerative Aufzählung etwas gegen die Induktionen vermögen. Auch die Einfügung eines „nur“ in die Aussprüche, von der man sich zu einer Zeit, da man das Recht irr tümlicherweise als durch den historischen Willen einzelner Menschen erzeugt glaubte, annahm, dass sie die Wirksamkeit des argumentum e contrario herbeiführen könne, wäre da wirkungslos. Die häufige Verwendung des Wortes „nur“ hätte zur Folge, dass es als zufälliges aus dem Gesetze ausgeschieden würde, und dass es das ganze Gesetz dadurch in Misskredit brächte. Es gibt eben gegen die Induktion nur eine Wehr, den Charakter der Notwendigkeit von Merkmalen, und nur mit dieser, nur mit der Hinweglassung alles Überflüssigen, Zufälligen, Widerspruchsvollen kann sie der Gesetzestechniker bezwingen.

Durch diese Hinweglassung des Überflüssigen werden erstens Induktionen, welche irr tümlicherweise eben dieses Überflüssige als Notwendiges hinstellen und dadurch unberechtigterweise zum Ausschluss desjenigen führen, was doch zum Notwendigen gehört, völlig unmöglich gemacht, zweitens aber gewinnt auf Grund der gleichen Veranlagung des Gesetzestechnikers und der Rechtsuntertanen jedes Gesetzeswort einen Wert, der es zum Bollwerk gegen Induktionen macht, die dieses Gesetzeswort nicht berücksichtigen wollen. Die Worte werden da wenigstens in je einem ihrer Merkmale die Grenze der Induktionen bilden.

⁴⁸⁾ In einem interessanten Gegensatze hierzu steht es, dass im Lager der Sozialdemokraten kasuistische Fassung der Gesetze verlangt wird (O b o r n i k e r, Strafrecht und Strafvollzug im Lichte der deutschen Sozialdemokratie, G r o s s, Archiv, Jahrg. 1908, S. 8 ff.), was dem Irrtume entspringt, dass dadurch die induktive Interpretation beseitigt wird, und was in dem Misstrauen gegen die der Partei nicht angehörigen Richter begründet ist.

Der Gesetzestechner muss also alles Überflüssige, Zufällige, Widerspruchsvolle aus dem Gesetze auslassen und er darf darin nur das Notwendige, Einstimmige zurückbehalten, das heisst, er muss bei Formulierung seiner Aussprüche bis zur höchstmöglichen Stufe der Abstraktion vordringen.

Dieser Regel gegenüber scheint es unerlässlich, kurz die Bedeutung der rechtlichen Notwendigkeit zu fixieren. Notwendig ist jedes Tatbestandsmerkmal, das die zugehörige Rechtsfolge begründet, und notwendig ist jedes Merkmal der Rechtsfolge, das eine Folge des Tatbestandes darstellt. Mit dieser Aussage ist freilich nicht viel gewonnen. Es muss versucht werden, in der Rechtswirklichkeit resp. in der bloss vorgestellten Rechtswirklichkeit wenigstens für die Hauptmasse der Fälle ein verlässliches Kriterium für den Charakter der Notwendigkeit zu finden. Und da bietet sich denn die Widerspruchslosigkeit als solches dar. Folgen auf die Tatbestandsmerkmale $a\ b\ c$ in der ganzen Rechtswirklichkeit immer die Rechtsfolgemerkmale $A\ B\ C$, so sind all diese Merkmale rechtlich notwendig. [Natürlich kann ein besonderes anderes Tatbestandsmerkmal den Wegfall eines Rechtsfolgemerkmals nach sich ziehen. (IV. B.)] Im Hinblick auf das grosse Untersuchungsfeld kann unbedenklich die Widerspruchslosigkeit der Notwendigkeit und das Widerspruchsvolle dem Zufälligen und Überflüssigen gleichgesetzt werden. (Die Reinigung unklarer Vorstellungen durch Beispiele oder Merkmalsangaben kann nicht als etwas Überflüssiges angesehen werden.) Das Wesentlichste liegt für den Gesetzestechner darin, dass der Widerspruch in dem Gesetze selbst den Interpreten zu einer Induktion zwingt, der Widerspruch zwischen den Gesetzen und einer eintretenden Rechtswirklichkeit entweder das Gesetz aufhebt oder es nur nach weiterer Induktion bestehen lässt.

Je weitsichtiger der Gesetzestechner ist, um so weniger wird es zu solchen Induktionen kommen, um so richtiger wird sein Gesetz sein.⁴⁹⁾

⁴⁹⁾ Es ist interessant, dass vielfach daran gedacht wurde und gedacht wird, dass ein konkreter abgefasstes Gesetz die Freiheit des Interpreten einenge. Richtig ist, dass nur die abstrakteste Fassung gegen Übergriffe der Interpretation schützt, indem sie derselben keine überflüssigen und von ihr wegzulassenden Merkmale angibt. Es wird hier, wie so oft, fälschlich die abstrakte Fassung des Gesetzes mit dem freien Ermessen identifiziert.

3. Die Expansivität, die in deduktiver Richtung wirkt, ermöglicht es, alle Spezies der Aussprüche bis zu den Erscheinungen des täglichen Lebens herab, dem Rechte zu unterwerfen.

Sie knüpft dort an, wo die induktive Bearbeitung des Gesetzes aufgehört hat, und sie dient von da ab der Anwendbarkeit der Rechtsnormen auf den konkreten Fall.

Dies kann sie allerdings nur dann, wenn sie von Aussprüchen ausgeht, die der Kette: Tatbestand — Rechtsfolge zugehören, denn ein normfreies Geschehen in Raum und Zeit muss die Voraussetzung des Eintrittes der Norm in die Wirklichkeit bilden. (S. 85 f.) Eine weitere Ausführung dieses Erfordernisses erübrigt sich nach der Hervorhebung dessen, dass ein Satz, der kein Glied in der Kette Tatbestand — Rechtsfolge bildet, nicht als Mittel dem Ausdrucke des notwendig hypothetischen Rechtssatzes dienen kann.

Dagegen ist an dieser Stelle ein näheres Eingehen auf die leichtere oder schwerere Anwendbarkeit von wirklichen Aussprüchen (von Teilen der Rechtsverkörperung) notwendig.

Ein formulierter Rechtssatz ist dann leicht anwendbar, wenn seine Tatbestandsmerkmale in den Erscheinungen des täglichen Lebens leicht wiederzufinden und wenn die Rechtsfolgen leicht ausführbar sind. Berührt die ganze Frage bis zu einem gewissen Grade auch die Rechtspolitik, so trifft sie doch auch gesetzestechnischen Boden. Sie hat mit der Klarheit und Eindeutigkeit, die unter I. B. und I. D. behandelt wurden, nur insoferne zu tun, als die Klarheit der Aussprüche eine notwendige Voraussetzung ihrer leichten Anwendbarkeit, die Eindeutigkeit derselben aber eine notwendige Voraussetzung ihrer natürlich auch erstrebenswerten gleichmässigen Anwendbarkeit bildet. Die Frage der Praktikabilität der Rechtssätze, wie sie nach Ihering, Geist I, S. 51 und II 2, S. 328, genannt werden soll, ist aber im übrigen von jener nach ihrer Klarheit und Eindeutigkeit völlig unabhängig. Wird, um bei Iherings Beispielen zu bleiben, das zurückgelegte 25. Lebensjahr als Voraussetzung der Volljährigkeit angenommen, statt der nötigen Einsicht und Charakterfestigkeit, die einen dazu befähigen, seinen Angelegenheiten selbständig vorzustehen, oder wird die Voraussetzung der Verjährung an eine Zahl geknüpft, so geschieht das deshalb, weil der Verlauf einer bestimmten Anzahl von Jahren leichter zu konstatieren ist, als der wirkliche Grund der Volljährigkeit und der Verjährung, selbst wenn dieser Grund noch so klar und eindeutig formulierbar

wäre. Es handelt sich hier nur darum, dasjenige, was im täglichen Leben oft und daher leicht festgestellt wird (z. B. Zeitabschnitte), unter die Merkmale von Aussprüchen aufzunehmen, anstatt dessen, was meist gar nicht oder nur schwer zu konstatieren wäre. Die allgemeine Einübung ist hier massgebend — das tägliche Leben ist der Lehrer. Es wirkt dasselbe Prinzip, das in Abschnitt I. D. anlässlich der Behandlung der Eindeutigkeit Erwähnung fand. Das Gebräuchlichste ist das Eindeutigste und das Praktikabelste. Es ist wohl selbstverständlich, dass nicht nur Quantitäts-, sondern auch Qualitätsangaben der Praktikabilität des Rechts dienen können.

Die Praktikabilität ist für das Recht so wichtig, dass manche Schäden — Einzelabweichungen vom wahren Grunde der Bestimmungen — mit in Kauf genommen werden.⁵⁰⁾ Sie ist so wichtig, dass manche neue Rechtsgedanken nicht früher über die alten siegen, als sie das nötige Mass von Praktikabilität gewonnen haben. Die Subjektivierung im Strafrechte und die freie Beweiswürdigung haben erst Eingang gefunden, nachdem man den Richtern eine allgemeinere psychologische Kenntnis zutraute und in dieser die Garantien für die Praktikabilität der entsprechenden Bestimmungen fand. Und doch: Wie wenig praktikabel sind auch heute die Bestimmungen über die subjektive Tatseite im Vergleich zu jenen über die objektive! Werden sie doch in unzähligen Fällen kaum beachtet! Und würde auch die objektive Tatseite so wenig praktikabel geregelt wie die subjektive, so wäre wohl ein solches Strafrecht mangels der Praktikabilität geltungsunmöglich — also nicht Recht.

So wenig die Erzeugung klarer und eindeutiger Vorstellungen (I. B. u. D.) durch ein hohes Mass von Abstraktion gehemmt wurde, so wenig ist auch die Praktikabilität im allgemeinen von der Höhe der Abstraktion abhängig.⁵¹⁾ Einen schlagenden Beweis dafür bietet die Zahl. Wie allgemein und wie praktikabel ist sie zu gleicher Zeit! Die oben angeführten Beispiele Iherings zeigen, dass ohne jede Änderung der Höhe der Abstraktion eine Bestimmung bald praktikabel, bald aber nicht praktikabel sein kann, je nachdem sie an Voraus-

⁵⁰⁾ Unter diesen Gesichtspunkt gehört auch der Formalismus im Rechte (man vergl. hierüber Ihering, Geist II 2, S. 470 ff.) und die praesumptio (man vergl. hierüber Kohler, Technik S. 363 ff. und Bekker, System S. 11 f.).

⁵¹⁾ Es wurde oft das Gegenteil davon angenommen, so z. B. von Ihering, Geist I S. 53, der allgemein mit innerlich, und konkret mit äusserlich zu identifizieren scheint.

setzungen geknüpft ist, die im täglichen Leben leicht feststellbar sind oder nicht. Dann freilich, wenn sehr abstrakte Vorstellungen in den konkreteren nur schwer aufzufinden sind, dann kann ein Satz durch konkretere Gestaltung leichter anwendbar gemacht werden. Ein Beispiel für notwendige Konkretisierung bieten die „Grundrechte“, die seit 1776 auftauchten. Sie blieben zum Teil völlig wirkungslos, weil die abstrakten Begriffe, die sich an sie anschlossen, im Leben nicht auf sichere Grundlagen trafen. Die „Grundrechte“ müssten in merkmalsreichere Rechte aufgelöst — sie müssten konkretisiert werden, um praktikabel zu sein.

Gegen die allzuhohe Abstraktion richtet sich aber ein anderer Einwand, der hier abzuhandeln ist. Die Expansivität, welche in deduktiver Richtung wirkt, unterstellt einem Ausspruch alle die unzähligen Fälle, in welchen sich die Ausspruchsmerkmale wiederfinden.⁵²⁾ Sie ist vom Gesetzestechniker schlechthin unüberblickbar, denn keine Fantasie reicht dazu aus, die Gestaltungen des Lebens vorherzusehen. (Diese Bemerkung, die so oft in der Literatur in dem falschen Zusammenhange auftauchte, ein Gesetz könne infolge der die Fantasie überbietenden Reichhaltigkeit des Lebens nicht „vollkommen“ sein und müsse daher „Lücken“ enthalten, wird hier an die richtige Stelle gesetzt.)⁵³⁾ Aus

⁵²⁾ Dass von denjenigen Autoren, welche für das Recht die philologische Interpretation fordern, die Expansivität der Aussprüche nicht zugegeben wird, ist bekannt. Nicht uninteressant ist es, dass einige Spezialfragen auch im sozialdemokratischen Lager dahin geführt haben, die Psyche des Gesetzgebers höher zu stellen als das Gesetz. So sagt H e i n e, Koalitionsrecht und Erpressung, Arch. für soziale Gesetzgebung und Statistik, herausgeg. von Heinrich Braun, Jahrg. 1903, S. 617: „Aus den Gesetzen kann man nicht alles folgern, was sich nach Sprache und Logik noch aus ihnen deduzieren lässt, sondern ihre Anwendung ist an den Willen des Gesetzgebers gebunden, aus dem sie stammen. Nicht nur was diesem entgegensteht, darf man aus ihnen nicht folgern, sondern auch das nicht, wovon nicht feststeht, dass der Gesetzgeber es sich als Konsequenz vorgestellt hat“. Der wunderliche letzte Satz würde, sofern man aus ihm alles folgert, was sich nach Sprache und Logik deduzieren lässt, ergeben, dass kein einziger Rechtsfall nach Gesetz entschieden werden könnte, weil ja kein Gesetzgeber die Zukunft vorhersehen kann. Versteht man diesen Satz aber mit Rücksicht auf den Geist des Verfassers, so ist es unerklärlich, warum ein Gesetz nicht die Form wissenschaftlicher oder künstlerischer Bücher hat.

⁵³⁾ „Neque leges, neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur ...“ (J u l i a n u s, L 10 D. de legibus 1, 3.) „Angustia prudentiae humanae, casus omnes, quos tempus reperit, non potest capere.“ (B a c o, exemplum tractatus de iustitia universali sive de fontibus juris, aphor. 10.) Ähnlich auch L e i b n i t z, ratio corporis juris reconcinandi § 15.

der Tatsache der Unübersehbarkeit ihrer Konsequenzen folgt aber noch keineswegs die Unanwendbarkeit einer abstrakten Regel. Zu Regeln kommt es ja überhaupt erst, nachdem man in die allgemeinen Gründe menschlicher Handlungsweise so weit vorgedrungen ist, dass die abstrakte Regel dem konkreten Handeln gegenüber grössere Sicherheit verbürgt (S. 92). Die Unübersehbarkeit der Konsequenzen geht also gewiss nicht mit ihrer Unerwünschtheit Hand in Hand. Es wird dem Gesetzestechniker genügen, einen grossen Teil der Wirkungen seiner Aussprüche übersehen zu können, und das wird dann der Fall sein, wenn seine Aussprüche den Aussprüchen des bestehenden Rechtes des eigenen Staates und anderer Staaten nicht zu unähnlich sind. Solange die Abstraktion der neuen Gesetzesaussprüche jene der alten nicht wesentlich übersteigt, solange ist dem Gesetzestechniker durch die bestehende Rechtswirklichkeit ein ausreichender Einblick in die Wirkungen seiner Aussprüche verstattet. Entfernt er sich von dem bestehenden Rechte zu weit, dann freilich geht er nicht mehr sicher.

Es versteht sich, dass das bestehende Recht dem Gesetzestechniker nur insofern ein Richtmass für die von ihm einzuhaltende Höhe der Abstraktion abgeben kann, als es die von ihm gewünschten Wirkungen zeitigte. Die oben erwähnten Grundgesetze wird er sich nicht als Muster nehmen dürfen. Auch dort, wo im bestehenden Rechte Aussprüche sich den Namen der „Kautschukparagraphen“ verdient haben, wird er zu untersuchen haben, ob diesen Aussprüchen ohne oder nur mit Verringerung der Abstraktion die nötige Festigkeit und Praktikabilität verliehen werden kann. Nur in wenigen Fällen dürfte der Gesetzestechniker gezwungen sein, kasuistischer vorzugehen als sein Vormann. Meistens wird er die Abstraktion weiter führen können als er, denn wachsende Kultur bringt höhere Abstraktion mit sich.⁵⁴⁾ Wenn ihm aber im allgemeinen die Regel gegeben wird, sich nicht zu sehr über die Abstraktion der bisherigen Rechtssätze zu erheben, so wird praktisch darin kein Gegensatz zu der unter III. A. ausgesprochenen Forderung höchstmöglicher Abstraktion gefunden werden können, weil die Rechts-

⁵⁴⁾ Wundt, Sprache II S. 276 ff.; Wach, Legislative Technik S. 38; Arnold, Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865, S. 294 u. 306; Günther, Recht und Sprache S. 6; Gross, Aufsätze, 1902 S. 9; Ihering, Geist II 2, S. 421 f. Sehr interessant ist in diesem Zusammenhange der konkrete Charakter des neuen bürgerlichen Gesetzbuches für Montenegro. (Dickel, Gesb. f. Montenegro, insbesondere S. 45 f.)

entwicklung und die Einsicht in das Recht ja doch nicht sprunghaft, sondern stetig fortschreitet.⁵⁵⁾

Es sei im übrigen hier beiläufig erwähnt, dass der Vorwurf der „Kasuistik“ nicht immer nur den Gesetzestechniker trifft, sondern

⁵⁵⁾ Hiermit scheinen mit *Zitelmanns* Fragen (D. J. Z. 1900, 331): „Wie weit soll“ ein Gesetz „in der Kasuistik gehen?“ und „Soll es einzelne Hauptfälle nennen und der Jurisprudenz die Analogiebildung überlassen oder soll es möglichst allgemein sprechen, so dass die Einzelentscheidungen durch Deduktion findbar sind?“ etwa im Sinne *Zitelmanns*, Kunst S. 23 ff., beantwortet. Ohne die richtige Einsicht in ihren Zusammenhang wurden in der Literatur wiederholt Forderungen nach höchstmöglicher Abstraktion, nach Vermeidung von Widersprüchen, nach Auslassung des Überflüssigen, nach Aufnahme nur des Notwendigen, Wesentlichen in die Gesetze geltend gemacht. Nur selten wird die Einheitlichkeit dieser Ansprüche erkannt. Die folgenden Zitate vereinigen alles, was im Sinne der hiesigen Ausführungen zusammengehört: In etwa gleiche Richtung wie der Text scheint *Genys* unklare Forderung (Technique S. 1036, 1037 II, 1012) den Gesetzestechniker bezüglich der einzuhaltenden Höhe der Abstraktion zu weisen. *von Liszt*, Aufsätze II S. 375, spricht sich im Sinne des Textes gegen „kasuistische Fassung“ und für das Zurückgehen auf „einheitliche Begriffe“ im Zusammenhange mit der Forderung nach Beseitigung von Widersprüchen aus. Die Folgerichtigkeit wird von *Wach*, Legislative Technik S. 3, als „elementare Anforderung der Technik“ bezeichnet. Über die Widersprüche bei Aufnahme unwesentlicher Merkmale — Kasuistik — findet man dort (S. 38 ff.) lehrreiche Beispiele. (Man vergl. dort auch S. 6, 13, 37, 55 und 69.) Bei *Köhler* findet sich auch der Zusammenhang zwischen der Fehlerhaftigkeit alles Überflüssigen und der Höhe der Abstraktion, die der Gesetzestechniker einzuhalten hat. „Fehlerhaft ist alles Überflüssige; fehlerhaft ist es namentlich, aus einem Gesamtrechtssatz eine Einzelheit herauszunehmen, was sehr leicht zu dem Irrtum führt, als ob nur diese Einzelheit gelte und diese etwas besonderes wäre.“ (Technik S. 373.) In gleichem Sinne behandelt *Köhler* die Verweisungen „die man hätte weglassen können“ (ebendort S. 355). „Vom idealen Gesetzbuch verlangen wir, dass ihm der Überfluss . . . fremd sei . . .; im besten Falle erschwert er die Übersicht, häufig schadet er noch mehr, bewirkt Undeutlichkeit und Widersprüche, Zweifel und Kontroversen.“ (*Bekker*, System S. 13. Man vergl. hierzu *Bekkers* weitere Ausführungen bis S. 21.) Weglassung des Überflüssigen fordert auch *Gierke*, Entwurf S. 54 f. Vor kasuistischer Behandlung warnt *Stooss*, Geist d. m. Strggg. S. 23, und *Wurzel*, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 83 f. Eine hohe Stufe der Abstraktion befürwortet *Żródkowski*, Codificationsfragen S. 6. Nach *Ihering*, Geist II 2 S. 353, hat die „prinzipielle Gestaltung“ der Gesetze vor der „kasuistischen“ den Vorzug, dass sie dem Gesetze der Sparsamkeit — der logischen Konzentration — diene. Gleiches wie der Text verlangt offenbar *Trendelenburg*, Naturr. S. 172, verbo „wesentlich“. *Mohr*, Politik I S. 429, fordert blosse Feststellung der leitenden Grundsätze. Vorzügliche Beispiele für die Wirkung des Überflüssigen im Gesetze findet man bei *Goldschmidt*, Krit. Erörterungen S. 54—198. Für

manchmal auch den Rechtspolitiker. Will z. B. das zukünftige Strafrecht die Bestimmung des Strafausmasses von subjektiven Umständen in der Art unabhängig stellen, dass es nur absolute Strafen duldet (so dass also die genaue Strafbestimmung ein notwendiges Rechtsmerkmal

prinzipielle Gestaltung sprach sich die am 24. 2. 1874 eingesetzte Vorkommission zur Ausarbeitung eines Planes zu einem B.G.B. aus. (Man vergl. S c h w a r t z, Gesch. der privatr. Kodifikationsbestrebungen S. 157.) In unverständlicher Weise verlangte sie allerdings neben Angabe der „leitenden Prinzipien“ auch Regelung der „wichtigsten Folgesätze“ (ebendort S. 157). R o g u i n, Observations S. 115, will in das Gesetz nicht nur die allgemeinen Regeln, sondern auch deren Konsequenzen aufgenommen sehen. Daran nicht genug, betont er auch noch die Notwendigkeit eines offiziellen, mit Gesetzeskraft ausgestatteten Kommentars (dort S. 116). Ihm kommt es allerdings auf den Willen des Gesetzgebers an (dort S. 79), und jedes Mittel, diesen aufzufinden, muss ihm gleich gelten. Wie es aber bei diesen Auffassungen noch dazu kommen soll, dass jeder „homme d'affaires instruit“ sich über das Zivilrecht Klarheit verschaffen könne (dort S. 112), scheint mir unerfindlich. „Semper specialia generalibus insunt.“ (G a i u s L 147 D. de regulis iuris 50, 17.) Gegen Widersprüche im Gesetze, sowie gegen das Überflüssige in demselben spricht sich H o t m a n n aus (Antitribonianus, Lateinische Ausgabe, Leipzig 1704, Cap. XII, S. 159 und S. 161). Für die legum concordantia tritt B a c o ein (tractatus de justitia universalis sive de fontibus juris Aphor. 54). Er verlangt Ausscheidung der Widersprüche (Aphor. 57 und The Works of ... London 1740, Vol. IV S. 5). C o n r i n g, de origine juris germanici Helmstedt 1649, Cap. XXXIV, S. 205, verlangt Sammlung des Rechtes in einem Libellus „inutilibus rescitis“. Gegen die Widersprüche wendet er sich a. a. O. S. 208 f. und 212. Gegen die Widersprüche und das Überflüssige in den Gesetzen wendet sich L e i b n i t z. (Man vergl. Baron F. H. Antitribonian, S. XXVIII.) M o n t e s q u i e u verlangt — wenn auch in vielleicht anderem Sinne —, dass der Gesetzgeber nur Notwendiges in sein Gesetz aufnehme. „De pareils details jettent dans de nouveaux details“, (l'Esprit, livre XXIX, chap. XVI.) Vor dem Eingehen in „allzugenaues Detail“ warnt das kaiserliche Handschreiben Maria Theresias vom 4. 8. 1772, indem es gleichzeitig vorschreibt, dass „die Gesetze soviel als möglich simplifiziert“ werden. (P f a f f - H o f m a n n, Comm. S. 15.) Konform ist die Ansicht Z e i l l e r s (ebendort S. 48). Gegen das Überflüssige und die Widersprüche in den Gesetzen wendet sich die Kabinettsordre F r i e d r i c h des G r o s s e n vom 14. 4. 1780 (Baron F. H., Antitribonian S. XLIII). „L'office de la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du Droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière“, sagte P o r t a l i s. (G e n y, Technique S. 1009.) Allgemeine Gesetze verlangt F i l a n g i e r i, System der Ggg. S. 197. Einstimmigkeit der Gesetze verlangt B e n t h a m, Grundsätze I S. 211. K i e r u l f f, Theorie des Gemeinen Civilrechts, Altona 1839, S. XXI, hebt hervor, dass feine Detailbestimmungen Inkonssequenzen und Irrtümer bringen. Ähnlich K i t k a, der auch die Folgerichtigkeit und Widerspruchlosigkeit der Gesetze fordert. (Verfahren S. VI, 13, 62.) „... das französische Sprichwort: En multipliant les lois on

ist), so muss der Gesetzestechniker, ob er will oder nicht, inhaltsreiche und umfangarme Tatbestände aufstellen.

Aus der Expansivität, die in deduktiver Richtung wirkt, folgt, dass eine Angabe der Konsequenzen der Aussprüche überflüssig ist. Nach III. A. 2. hat das Überflüssige aus dem Gesetze auszubleiben. Nicht überflüssig ist die Angabe von Konsequenzen, wenn sie nur beispielsweise zur Erhöhung der Anschaulichkeit eines sonst wenig anschaulichen Satzes (zur Erhöhung der Klarheit, Eindeutigkeit und Praktikabilität) geschieht. Diese Beispielsangabe muss sich natürlich als solche kundgeben.⁵⁶⁾

multiplier les procès est insofern wahr, als das möglichst erschöpfende Normieren aller erdenklichen Fälle nur neue Zweifel und Kontroversen über das kasuistische Gebiet der Gesetzgebung hervorruft.“ (K i t k a, Verfahren S. 56.) F e u e r b a c h hebt hervor, dass eine kasuistische Gesetzgebung „eben durch ihre Ausführlichkeit unvollständig und voll Lücken sei“. (Kritik S. 11.) W e i s k e, Rechtslexikon, Bd. IV S. 759, 762, 767, tritt für die nötige Abstraktion, für Vermeidung des Unnötigen, oder gar Unvereinbaren und Widersprechenden ein, sowie gegen ausdrückliche Anführung der Konsequenzen der Aussprüche. Vermeidung der Kasuistik unter blosser Anführung der „Hauptmerkmale“ fordert M i t t e r m a i e r, Die Strggg. S. 12. Nach B e s e l e r, Volks- und Juristenrecht S. 360, gehören nur die leitenden Rechtsprinzipien in die Gesetze; er warnt vor Kasuistik (S. 235) und erklärt sich gegen Anführung der Konsequenzen im Gesetze (S. 360). In der prinzipiellen Gestaltung des Rechtes sieht H e g e l den Vorzug des Gesetzesrechtes vor dem Gewohnheitsrechte. (Grundlinien der Phil. d. Rechts, Gans, Berlin 1830, S. 272, 279.)

⁵⁶⁾ „Dagegen wird die Ausdrucksweise konkretisiert und ungemein lebendig gestaltet durch Wendungen wie „Weib und Kind“, „Weg und Steg“, „Wald und Weide“, „ungeteilt und insgesamt“, „in guten Treuen“ und durch die Ergänzung allgemeiner Sätze und Umschreibungen mit Beispielen: Der Kultur nicht fähiges Land „wie Felsen und Schutthaldden, Firnen und Gletscher“, Bildung neuen Landes „durch Anschwemmung, Anschüttung, Bodenverschiebung, Veränderungen im Laufe oder Stand eines öffentlichen Gewässers“, Vorrichtung zur Abgrenzung zweier Grundstücke „wie Mauern, Hecken, Zäune““ (I s g g e r, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 1908, S. 118.) Der Wert der erstangeführten Redewendungen, welche eine weder durch wünschenswerte Klarheit noch durch angestrebte Allgemeinverständlichkeit erforderte Aufnahme künstlerischer Bestandteile der Volkssprache darstellen, erscheint mir sehr zweifelhaft. Dagegen ist die Verwendung von Beispielen ein vorzügliches Mittel für eine richtige Auffassung der ausgesprochenen höchsten Rechtsgrundsätze, sofern dabei nicht das Mass des Nötigen überschritten wird. Man vergl. K o h l e r, Technik S. 347, und seinen dortigen Hinweis auf den „Bilderschmuck“ der Teresiana. Zu diesem „Bilderschmuck“ will offenbar R o g u i n, Observations S. 113, zurückführen. Für das „alte treffliche Mittel der Exemplifikation“ spricht sich W a c h, Legislative Technik S. 41, aus. „Beispiele

B. Die Affinität der Aussprüche.

Die Affinität stellt jene Eigenschaft der Aussprüche dar, derzufolge sie sich anziehen (assoziativ), wenn sie ein oder mehrere der jeweils wichtigen Merkmale gemeinsam haben (wenn sie miteinander „etwas zu tun haben“).⁵⁷⁾ In irgend welchen Merkmalen stimmen natürlich alle Aussprüche als Bestandteile des Rechtes überein und kommt es eben darauf an, alle Bestandteile des Rechtes zu sammeln, so sind alle diese Aussprüche miteinander affin. Nimmt man aber einen andern Standpunkt ein, z. B. den der Entscheidung eines konkreten Falles, dann gruppieren sich im Rahmen sämtlicher Aussprüche eben jene, auf die es ankommt, während alle andern abgestossen werden. Die Eigenschaft der Affinität beruht auf der Bedeutungsassoziation. Sie ist bei dem Rechte deshalb besonders hervorzuheben, weil der logische Charakter des Rechtes die Bedeutungsassoziation zu der bevorzugten macht, während bei wissenschaftlichen und künstlerischen Werken (sowie bei einem vorgestellten Kodex der Religion, Moral und Sitte) eine Bedeutungsassoziation nur dann zulässig ist, wenn sie bei der noch massgebenden Persönlichkeit (dem Autor, Gott, dem sittlichen Subjekt, den Sittenrichtern) schon eine Berührungsassoziation war. Der behaupteten Affinität entspricht die Aussage, dass der Interpret nur die Rechtsverkörperungen und diese nur nach den Regeln des Denkens zu bearbeiten habe. Wenn es wahr ist, dass sich alle Aussprüche nach Gleichheit und Verschiedenheit ihrer Merkmale gruppieren, so muss es im Endeffekt gleichgültig sein, in welches System geordnet sie vorliegen, ja es muss gleichgültig sein, ob sie überhaupt geordnet sind oder nicht. Beides ist in der Erfahrung bestätigt. Die Systeme, die in den verschiedenen Gesetzbüchern verwirklicht sind, differieren durchaus voneinander, ohne dass in der Rechtsbearbeitung zusammengehörige Rechtsteile

zur Erläuterung der Gesetze anzuführen, ist nur in solchen Fällen zweckmäßig, wo mit Grund zu besorgen ist, dass ohne Anführung dieser Beispiele, das Gesetz auf verschiedene Arten ausgelegt und angewendet werden wird.“ (K i t k a, Verfahren S. 116.) Man vergleiche hierzu noch Z i t e l m a n n, Kunst S. 28 ff.

⁵⁷⁾ Von einer „inneren Affinität“ des „logisch Verbundenen“ spricht auch W u n d t, Sprache II S. 354. Eine „Tendenz der Rechtsnormen selbst als eine auf Zusammengehörigkeit gerichtete“ nimmt B i e r l i n g, Juristische Prinzipienlehre. Bd. I, Leipzig 94, S. 183, an. S t e i n t h a l, Einleitung in die Psychologie und Sprachwissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1881, S. 115, spricht von einem Gesetz der Attraktion, demzufolge die psychischen Faktoren das Streben haben „miteinander in Verhältnis und Verbindung zu treten“. Ähnliches berührt G i e r k e, Entwurf S. 93—94.

sich deshalb nicht finden würden, und die Tatsache der Existenz von Gewohnheitsrecht und Einzelgesetzen spricht dafür, dass die Affinität der Rechtsbestandteile jede Wirrnis besiegt.

Nun fragt es sich, ob es ohne Veränderung des Rechtszustandes möglich wäre, z. B. die Ordnung der Paragraphen des B.G.B. durchaus zu verwirren. Unter der Voraussetzung, dass auf die in der bisherigen Ordnung selbst liegenden Aussprüche (II. B.) nicht vergessen würde, muss die Frage bejaht werden. Es ist zweifellos möglich (es sei hier wieder an das Gewohnheitsrecht erinnert), ohne jegliche innere Ordnung die Rechtsbestandteile aufeinander folgen zu lassen, ohne dadurch die Systembildung in den Bearbeitern des Rechtes zu verhindern.

Ähnliche Erwägungen haben dazu geführt, den Unterschied zwischen wissenschaftlichen Werken und Gesetzen auch hinsichtlich der dort notwendigen, hier aber weniger bedeutsamen Systembildung zu betonen. Soll dieser Unterschied auch hier zugegeben werden, so muss doch gleichzeitig darauf hingewiesen werden, dass ein Gesetz, in dem die Vorschriften ohne jede Ordnung aufeinander folgen sollten, zahlreiche Unzukömmlichkeiten mit sich führen würde. Das Gesetz würde vor allem viele Worte aufnehmen, deren es so entraten kann. Der Ausspruch des § 174 R.St.G.B. „Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 6 Monaten ein“, ist nur durch den in seiner Zugehörigkeit zu § 174 gelegenen weiteren Ausspruch, dass es sich bei ihm um die Verbrechen eben dieses Paragraphen handle, imstande, mit so wenigen Worten die erwünschte Vorstellung hervorzurufen. Wird ihm diese Einordnung genommen, so verlangt der in ihr enthaltene Ausspruch einen besonderen Ausdruck. Die Ordnung der gesetzlichen Aussprüche ist also wortsparend. Sie ist aber nicht nur das, sondern sie ist auch zeitsparend, wenn es sich darum handelt, eine verblasste Erinnerung wieder deutlich zu machen. Sie unterstützt durch mannigfache Berührungsassoziationen das Gedächtnis und sie ermöglicht es, dem Gesetze „volkstümlich“ zu sein, indem sie zusammengehörige Bestimmungen, an einem Orte vereinigt. Ordnung muss also im Gesetze nicht sein, aber sie bringt Vorteile, auf die der Gesetzestechniker nicht leicht verzichten kann, ganz abgesehen davon, dass sie ihm selbst bei seiner Arbeit eine wertvolle Stütze ist.⁵⁸⁾

⁵⁸⁾ Ähnlich B e k k e r, System S. 7. „Dass Systematik im Gesetz eines der wichtigsten technischen Hilfsmittel der Sichtung (Übersicht, Beherrschung), Vereinfachung des Stoffs und der Vollwirksamkeit des Gesetzesinhalts ist, leuchtet ohne

Jede Ordnung fordert nun einen bestimmten Gesichtspunkt, und wenn ein und derselbe Stoff verschiedene Gesichtspunkte zulässt, so kann dieser Stoff auch verschieden geordnet werden. So können z. B. die Pflanzen nach dem Gesichtspunkte der Schädlichkeit, der Schönheit, der Nützlichkeit und der wissenschaftlichen Erfassung all ihrer Eigentümlichkeiten geordnet werden. Für den Handelsgärtner wird die Ordnung eines Obstbaumkataloges zeitsparender sein, als jene eines botanischen Werkes. (Dieser Vergleich ist *D a n z*, Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht, Leipzig 1861, S. 55, entnommen.)

Es wäre nun auch denkbar, die Aussprüche nach verschiedenen Gesichtspunkten zu ordnen, wie dies dort geschieht, wo juristischen Laien bestimmter Berufe Vorträge über das Recht gehalten werden. Erscheinen doch selbst dem Kriminalisten die rechtlichen Aussprüche in anderem Zusammenhange als dem Zivilisten oder dem Publizisten.

Die Wissenschaft als die Einheit zusammengehöriger Kenntnisse hat als wissenschaftliche Ordnung immer jene herausgebildet, welche allen Eigentümlichkeiten ihres Gebietes gerecht wird. Von jenen Merkmalen ausgehend, die allen ihren Bildungen gleicherweise zukommen, gruppiert sie ihren Stoff so, dass den allgemeinsten Begriffen die spezielleren nachfolgen u. s. w. bis zu den speziellsten herab. Die wissenschaftliche Ordnung ist die einzige, welche alles ordnet, was ihrem obersten Begriffe untersteht. Es ist demnach klar, dass ein Gesetz, sofern es ein wissenschaftliches Gebiet umspannen will, sobald es Regeln umfasst, die zusammengehören, keine andere Ordnung haben kann als eine wissen-

weiteres ein.“ (*W a c h*, Legislative Technik S. 4.) Die Tendenz der Kodifikationen seit Mitte des 18. Jahrhunderts wendet sich „gegen die formellen Mängel der systematischen Einheit der zerstreuten Rechtsbestimmungen“. (*P f a f f - H o f m a n n*, Comm. S. 6.) *I h e r i n g*, Geist II 2, S. 330, sieht in der systematischen Anordnung des Stoffes die Anwendung seines Gesetzes der Sparsamkeit. Der Mangel jeglichen Systems wird von *H o t m a n n*, Antitribonianus, lateinische Ausgabe, Leipzig 1704, Kap. XII, S. 158, dem Tribonian heftig zum Vorwurf gemacht. Ordnung verlangt auch *B a c o*, The Works of ... London 1740, Vol. IV, S. 5. Der meist begeisterte Vertreter der Systematisierung der Gesetze ist wohl *L e i b n i t z*, auf dessen *Ratio corporis juris reconcinnandi* insbesondere §§ 25—71 und 83—101, hier mit dem Vorbehalte hingewiesen werde, dass von der Ordnung der Gesetzesteile doch nicht alles Heil erwartet werden darf. Für ein System im Gesetz tritt auch *C o c c e j u s* ein. (*Baron F. H.*, Antitribonian S. XL.)

schaftliche und zwar eine rechtswissenschaftliche.⁵⁹⁾ Darüber, dass ein einheitliches System noch fehlt, kann sich der Gesetzestechner hinaussetzen, denn es kommt ihm die Affinität zu Hilfe, der er ja ohnehin die durch konkrete Fälle erforderte besondere Ordnung überlassen muss. Aber auch der Einwand, dass die rechtswissenschaftliche Ordnung dem Laien die Erfassung des Rechtes erschwere, ist für ihn nicht stichhaltig, denn wenn der Laie überhaupt nur irgend etwas vom Rechte verstehen will, so muss er sich wenigstens ungefähr in die rechtswissenschaftliche Ordnung einfinden können. Es kann also dem Verlangen D a n z 's (a. a. O. S. 55), der eine von der rechtswissenschaftlichen Ordnung abweichende Ordnung fordert, die nach dem Gesichtspunkte der Praxis (?) gebildet würde, nicht beigestimmt werden. Allerdings soll die Forderung nach einer rechtswissenschaftlichen Ordnung nicht die Forderung der Herstellung einer wissenschaftlich einwandfreien Ordnung beinhalten.⁶⁰⁾

⁵⁹⁾ Hiermit scheint mir Z i t e l m a n n s Frage (D. J. Z. 1900, S. 331): „Nach welchen Gesichtspunkten soll“ das Gesetz „seinen Stoff ordnen?“, beantwortet. Für eine rechtswissenschaftliche Ordnung tritt auch K o h l e r ein (Technik S. 357). L a b a n d, Die Kodifikation des bürgerlichen Rechts der Schweiz, D. J. Z. 1897, S. 132, lobt „die ausserordentlich übersichtliche Anordnung des Stoffes“ des schweizerischen Entwurfes, die wohl der von E g g e r, Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 119, hervorgehobenen „glänzenden, ungemein straffen Systematik des Ganzen und der einzelnen Abschnitte“ mehr zu danken ist, als den jedem Artikel beigegebenen Überschriften, die ja jeder Privatmann hinzufügen könnte, die aber als Teile des Gesetzes leicht irre leiten. Der Gesetzestechner soll versuchen, jedem seiner Paragraphen oder Artikel eine Überschrift zu geben, dies aber nur zu dem Zwecke, um hierdurch selbst zu straffer Systematik gezwungen zu werden. Die Übersichtlichkeit und logisch scharfe Einteilung des schweizerischen Entwurfes lobt auch B a r a z e t t i, Vorentwurf S. 15. Eine rechtswissenschaftliche Ordnung scheint auch S u m n e r M a i n e zu verlangen (Etudes sur l'histoire du droit, Thorin 1889, S. 404—409 nach G e n y, Méthode d'interprétation S. 97). Eine solche fordert G e n y, Technique S. 1012, 1019; Roguin Observations S. 113; W a c h, Legislative Technik S. 9 ff.; H a e n e l, Gesetz S. 164; v o n L i s z t, Aufsätze II S. 424; K i t k a, Verfahren S. 13; S c h l o s s e r, Briefe über die Gesetzgebung, Frankfurt 1789, S. 152; L e i b n i t z, Ratio corporis juris reconcinnandi §§ 25—71 und 83—101, und wohl auch M o h l, Politik I S. 446 ff.

⁶⁰⁾ Die Wissenschaft „dient zur Erreichung der Vollständigkeit, der Übersichtlichkeit und des Gleichmasses, und wo diese Vorzüge ohne genaue Systematik erreichbar sind, verzichtet das Gesetz wohl auf diese, verletzt sie sogar bewusst: denn nicht Förderung der Erkenntnis, sondern Regelung des Lebens ist sein Ziel“. (Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, erste Hälfte, Leipzig 1896. S. 1.) Im Sinne des Textes auch B e k k e r, System S. 7; W a c h, Legislative Technik S. 9 ff. zu verschiedenen Malen, und S t o o s s, Geist d. m. Strggg. S. 23. Ähnlich auch F e u e r b a c h, Kritik S. 29, 51, 53, und selbst L e i b n i t z, Ratio corporis juris reconcinnandi §§ 44, 53.

Eine solche ist bis heute wohl noch nicht zustande gekommen, da ihre Voraussetzung — die einheitliche Analyse der allgemeinsten Begriffe des Rechtes — noch nicht erfüllt wurde. Es ist nicht der Beruf des Gesetzestechnikers, sich mit diesen allgemeinsten Fragen selbsttätig zu befassen. Sein Blick muss mehr den konkreten Rechtserscheinungen zugekehrt sein, als deren allgemeinen Voraussetzungen, deren Aufklärung er nicht abwarten kann, bevor er seine Aufgabe vollendet. Wort- und Zeitersparnis lassen ihn jene Ordnung annehmen, innerhalb deren schon durch die Wissenschaft respektive durch die in der Wissenschaft herrschende Meinung die meisten Assoziationen hergestellt sind.⁶¹⁾ Im Hinblick auf diesen praktischen Gesichtspunkt muss eine nähere Erörterung über die Berechtigung der Teilung des Rechtes in die bestehenden Einzelgebiete (Zivilrecht, Handelsrecht, Strafrecht u. s. w.) unterlassen werden, so interessant auch eine Einzeluntersuchung über diese Teile wäre. Die Arbeit des Gesetzestechnikers bleibt die Herstellung von Denkobjekten (allerdings *D e n k o b j e k t e n*), jene der Wissenschaft die von Denkinhalten. Erstere dürfen der Systematisierung nicht widerstreiten, letztere sollen schon systematisch geordnet sein.

C. Die Spaltbarkeit und Zusammenlegbarkeit der Aussprüche.

Die Betrachtung des Zusammenhanges zweier Wortvorstellungen erweckt die Vorstellung von einem Ausspruche, in dem er zum Ausdruck kommt. Die gleichzeitige Betrachtung verschiedener Zusammenhänge mehrerer Wortvorstellungen kann so wohl die Vorstellung eines Ausspruches erwecken, in dem all diese Zusammenhänge zum Ausdruck kommen, oder die Vorstellung mehrerer Aussprüche, die sich in den Ausdruck des fraglichen Gedankeninhaltes teilen.

Diese Beobachtung könnte die Frage hervorrufen, ob hier die Wahl des einen umfassenden Ausspruches vor jener der mehreren kleineren

⁶¹⁾ „Obwohl das Pandektensystem auf einem ziemlich äusserlichen Einteilungsgrunde beruht, so ist doch eine Anlehnung an dieses durch lange Gewöhnung uns vertraut gewordene System kaum zu vermeiden.“ (Gierke, Entwurf S. 81.) Der Standpunkt des Textes ist auch bei Leibnitz, *Ratio corporis juris reconcinnandi* §§ 44 und 53, zu finden. Ähnlich auch Zeiller, (Pfaff-Hofmann, Comm. S. 52), und die am 24. 2. 1874 eingesetzte Vorkommission zur Ausarbeitung eines Planes zu einem B.G.B. (Schwartz, Gesch. der Kodifikationsbestrebungen S. 157.)

Aussprüche besondere Vorteile oder Nachteile bringe. Dies ist nun nicht der Fall, denn die Aussprüche des Gesetzes rufen in dem Bearbeiter des Gesetzes alle Zusammenhänge aller fraglichen Wortvorstellungen hervor, mit ihnen aber auch die Vorstellung einer ganzen Reihe von Aussprüchen, die je einem der ausgedrückten Zusammenhänge entsprechen.

Dieser „Spaltbarkeit“ der Aussprüche steht bei gleichzeitiger Betrachtung der Zusammenhänge von Wortvorstellungen verschiedener gesetzlicher Aussprüche die Vorstellung eines einzigen, sie alle umfassenden Ausspruches gegenüber, worin sich die „Zusammenlegbarkeit“ der Aussprüche zeigt. So kann ein Ausspruch verschiedenen Zwecken und so können mehrere Aussprüche einem Zwecke dienen. Bezüglich der Formulierung bleibt der Gesetzestechner nur an die notwendige Kürze der Sätze gebunden. (II. D.) Der Gesetzesgedanke macht sich auch in dem Bearbeiter des Gesetzes von der besonderen Form frei, in der er verkörpert wurde.⁶²⁾

Es ist der durchgängig gleiche Wert aller Bestandteile des Gesetzes, welcher die beliebige Spaltbarkeit und Zusammenlegbarkeit der Aussprüche erzeugt und diese dadurch von anderen Sätzen unterscheidet.

IV. Verhältnis der Aussprüche zueinander.⁶³⁾

Sind in dem Gesetze die Worte so gewählt, die Sätze so gefügt (richtiger, so auseinandergelegt), dass sie möglichst klare und übereinstimmende Vorstellungen von Aussprüchen zu erzeugen imstande sind, so ist damit die Aufgabe des Gesetzestechners noch nicht beendet.

⁶²⁾ Die Spaltbarkeit und Zusammenlegbarkeit der Aussprüche bringt es hervor, dass es gleichgültig ist, ob z. B. der Tatbestand und die Strafdrohung in einem Satze vereint, oder ob sie in zwei Sätzen gesondert ausgedrückt sind. Was *Wach*, Legislative Technik S. 50 f. rügt, ist der Mangel des Ausdruckes eines vermeintlichen Zusammenhanges — nicht aber ein Mangel der „Struktur“. Was er (S. 52 f.) beanstandet, ist der Ausdruck eines vermeintlichen Nichtzusammenhanges. Dass Dinge, die sehr wenig Zusammenhang aufweisen, füglich nicht in einem Satze als der Gliederung einer Gesamtvorstellung stehen können, ist selbstverständlich; dass festere und losere Zusammenhänge nicht durcheinandergeworfen werden dürfen, ist ein Postulat der Systematik. Es kann aber gut feste Zusammenhänge zwischen zwei Sätzen und lose Zusammenhänge in einem Satze geben. Die Spaltbarkeit und Zusammenlegbarkeit der Aussprüche wird schon angedeutet bei *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, Leipzig 1894, S. 106; *Thöl*, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 98 und *Hanel*, Gesetz S. 122 f.

⁶³⁾ Zu diesem Abschnitt konnte ich keine Literatur finden. Gestreift sind die Fragen von *Zitelmann*, Kunst S. 16 f. und 34 ff.

Es müssen ja demjenigen, der Rechtskenntnis sucht, auch die Verhältnisse klar werden, in denen die Aussprüche zueinander stehen, bevor er endgültig zur Bildung der relevanten Begriffe schreiten kann. Er muss die Aussprüche nicht nur als solche, sondern er muss sie auch in ihren gegenseitigen Verhältnissen verstehen.

A. Die Einordnung.

Das einfachste Verhältnis, das hier in Frage kommt, ist das der Einordnung. So ist z. B. der oben angeführte Ausspruch des § 52, 2 R.St.G.B. ein Bestandteil aller weiteren Aussprüche, in denen von „Angehörigen“ die Rede ist. So ist der Ausspruch über den Tatbestand des Diebstahls und der Unterschlagung aus den §§ 242 und 246 R.St.G.B. ein Bestandteil des Ausspruches des § 248 R.St.G.B. So sind die Aussprüche des ersten Teiles des R.St.G.B.s Bestandteile von Aussprüchen des besonderen Teiles und so ist endlich der Ausspruch des § 146 R.St.G.B. „Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein“ ein Bestandteil des ersten Absatzes des § 146 R.St.G.B.

Um die Einordnung von Aussprüchen richtig zu vollziehen, muss man wissen, wo sie zu erfolgen hat. Das kann nun gesagt sein entweder in dem einzuordnenden, oder in dem aufnehmenden, oder in einem dritten Ausspruch, oder aber nur durch die gegenseitige Stellung des einzuordnenden und des aufnehmenden Ausspruches. (In dieser Reihenfolge sind die obigen Beispiele gewählt.) Als kürzester und sicherer Wegweiser empfiehlt sich die Stellung der Aussprüche in Verbindung mit dem in dem Titel liegenden dritten Ausspruche. Dieser wird auch meist angewendet, wenn es sich um oftmals einzuordnende Aussprüche handelt. Sie stehen den aufnehmenden Aussprüchen unter dem Titel allgemeiner Bestimmungen gegenüber. Gut ist auch der bloss in der Stellung der zwei fraglichen Aussprüche gelegene Wegweiser. Doch muss hier darauf geachtet werden, dass er nur dann einen sicheren Anhaltspunkt gewährt, wenn kein dritter Ausspruch, auf den sich der einzuordnende Ausspruch beziehen könnte, mit den zwei fraglichen Aussprüchen in einem Zusammenhange steht, wie dies z. B. in § 123 R.St.G.B. der Fall ist. Einzuordnender und aufnehmender Ausspruch (resp. aufnehmende Aussprüche) müssen allen übrigen Aussprüchen gegenüber ein geschlossenes Ganzes bilden. Ein ausdrücklicher Hinweis wird bei falscher Stellung (§ 52, 2 R.St.G.B.) notwendig und kann wohl meist vermieden werden. (I. A. 5.)

Zu bemerken ist, dass die Einordnung in einen Ausspruch prinzipiell auch die Einordnung in alle Spezies dieses Ausspruches bedeutet.

B. Der Ausschluss.

Das zweite bedeutsame Verhältnis, in dem Aussprüche zueinander stehen können, ist das des gegenseitigen Ausschlusses.

Aus dem österreichischen a. b. G.B.:

§ 354. Als ein Recht betrachtet ist Eigenthum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden andern davon auszuschliessen.

§ 509. Die Fruchtniessung ist das Recht, eine fremde Sache mit Schonung der Substanz ohne alle Einschränkung zu geniessen.

Aus dem R.St.G.B.:

§ 80. Der Mord und der Versuch des Mordes, welche an dem Kaiser . . . verübt worden sind, werden als Hochverrath mit dem Tode bestraft.

§ 53, 1. Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war.

Würden diese Aussprüche vom Standpunkte der Logik aus betrachtet, so müsste man konstatieren, dass sich je die beiden einander gegenübergestellten Urtheile widersprechen, dass sie sich ausschliessen, dass sie keinen Sinn, sondern einen Unsinn enthalten. Die Urtheile bleiben nur dann bestehen, wenn die Widersprüche durch Einschränkungen gelöst werden. Der Widerspruch „Wenn T (heisst Tatbestand T) so R (heisst Rechtsfolge R)“ und „Manchmal wenn T = wenn T', so nicht R = R'“ wird in die Einschränkung verwandelt: „Wenn T—T' so R (Wenn T' so R')“. Für das ganze Gebiet des Rechtes besteht der Satz, dass Widersprüche des Ausdruckes (wohl zu scheiden von den unter III. A. 2. erwähnten Widersprüchen) durch Einschränkungen zu lösen sind. Dieser Satz bedeutet eine ganz eminente Erleichterung und Verkürzung der sprachlichen Rechtsverkörperung. Es wäre wohl unmöglich, ohne ihn auszukommen, d. h. bei jedem gesetzlichen Ausspruch sofort alle Einschränkungen aufzuzählen, die dieser Ausspruch bei gleichzeitiger Mitwirkung anderer Momente erfahren kann. Es liegt aber auch ein dringendes Bedürfnis vor, diesem Satze seine volle Geltung dadurch zu erhalten, dass Einschränkungen, die sich durch Widersprüche von selbst ergeben würden, nie ein zweites Mal als Einschränkungen ausdrücklich angeführt werden. Daher sind alle in den neueren Gesetzen

so beliebten Einschränkungen, und zwar sowohl die speziellen als die allgemeinen mit dem Sinne: „so weit nichts anderes bestimmt ist“, durchaus fehlerhaft und nur mit einer völligen Unkenntnis gesetzstechnischer Prinzipien vereinbar. Es gilt von ihnen dasselbe, was von den durch die Affinität überflüssig gemachten Verweisungen gesagt wurde.

Die oben angeführten, nach allgemeinen logischen Grundsätzen sinnstörenden nach dem erwähnten Prinzipie aber richtigstellenden Aussprüche haben die wertvolle Mission, Sätzen, die zu weit wirken würden, die richtige Grenze zu setzen, und sie werden im Hinblick auf diese ihre Funktion Grenzaussprüche genannt.

Die Grenzaussprüche können nur dann richtig wirken, wenn einerseits klar ist, dass es sich um etwas rechtlich Unvereinbares, also Widerspruchsvolles handelt, und wenn anderseits feststeht, welches der einzuschränkende und welches der einschränkende Ausspruch ist. Es wird sich wohl in den meisten Fällen beides aus den übrigen Aussprüchen von selbst ergeben. Doch muss der Gesetzestechniker in jedem Falle eines Grenzausspruches prüfen, ob die Voraussetzung seiner richtigen Wirkung gegeben sind, und er muss diese Voraussetzungen eventuell ad hoc schaffen. Die Unvereinbarkeit wird ausdrücklich statuiert werden müssen, wenn es sich nicht wie in den obigen Fällen um direkte Widersprüche, oder wenn es sich nicht, wie z. B. bei Rechtspflicht und Strafe, um selbstverständliche Gegensätze handelt. Ein Fall solcher ausdrücklicher Fixierung findet sich in dem § 50 des österreichischen St.G.B.s: „Bei Todes- und lebenslänglicher Kerkerstrafe findet keine Verschärfung statt“.

Die Klarstellung, welcher von zwei widerspruchsvollen Aussprüchen der einzuschränkende, und welcher der einschränkende ist, wird, wenn sie nicht schon in den anderen notwendigen Aussprüchen enthalten ist, sowohl ad hoc ausdrücklich, oder sie wird durch die blosse gegenseitige Stellung der Aussprüche erfolgen müssen. Wird sie ausdrücklich vorgenommen, so kann damit auch gleich die Erklärung der Unvereinbarkeit verbunden sein. Das geschieht in dem oben angezogenen § 509 a. b. G.B. verbo „Fremde“. Die Stellung der Aussprüche allein gibt die notwendige Aufklärung dann, wenn der einzuschränkende Ausspruch unmittelbar vor den einschränkenden zu stehen kommt. (Man vergl. Mohl, Politik I S. 442.) Diese Anordnung findet sich häufig in Strafgesetzbüchern hinsichtlich der qualifizierten Tatbestände.

Im Verhältnis zur Grenzsetzung erhält die Beispielsangabe eine ganz eigene Bedeutung. Voraussetzung ist das Bestehen eines Ausspruches, der mehr besagt, als er besagen soll. Diesem Ausspruche muss eine Grenze gesetzt werden. Dies gelingt aber auf der entsprechenden Höhe der Abstraktion nicht in einer alle Zweifel ausschliessenden Weise. Da wird nun beispielsweise die Grenze für merkmalsreichere Fälle eindeutig gezogen. Die bei guten Gesetzen normalerweise eintretende Interpretation kann dann aus diesen einzelnen Grenzfällen auch für nicht ausdrücklich fixierte Grenzfälle Nutzen ziehen.

Als Beispiel dienen die folgenden Aussprüche aus dem Schweizerischen Strafgesetzentwurf (Juni 1903):

Einzuschränkender Ausspruch: Wer die Tat, in der das Verbrechen besteht, mit Wissen und Willen ausführt, ist strafbar. (Zusammengelegt aus den zwei ersten Absätzen des Art. 18.)

Grenzausspruch: War die Fähigkeit des Täters, vernunftgemäss zu handeln, zur Zeit der Tat vermindert, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen. (Aus Art. 16.)

Dadurch scheint dem Gesetzestechniker die Grenze noch nicht zweifelsfrei bestimmt. Einerseits ist wohl ein Zweifel möglich, ob ein geisteskranker Mensch und ein solcher mit beeinträchtigtem Bewusstsein schon der Wirksamkeit des Grenzausspruches unterliege, andererseits könnte angenommen werden, dass jede Geisteskrankheit und jede Bewusstseinsbeeinträchtigung genüge, um die Wirksamkeit des ersterwähnten Ausspruches einzuschränken. Der Gesetzestechniker gibt daher für die von ihm zu fixierende Grenze weitere Stützpunkte in den nachfolgenden Grenzfällen:

War i n s b e s o n d e r e die geistige Gesundheit oder das Bewusstsein des Täters w e s e n t l i c h beeinträchtigt, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen. (Aus Art. 16.)

Dass es sich um Beispiele handelt, ergibt das Wort „insbesondere“, dass es sich um Grenzfixierung handelt, ergibt das Wort „wesentlich“.

Der Interpret hat aber nach dieser Grenzregulierung nicht nur Anhaltspunkte für die Lösung der oben erwähnten Zweifel, sondern die Analogie, das *argumentum e contrario* und das *argumentum a maiore ad minus* resp. das *argumentum a minore ad maius* helfen ihm bei der

Grenzfestsetzung auch in anderen Fällen, als denen der Geisteskrankheit und der Bewusstseinsbeeinträchtigung.⁶⁴⁾

Es ist natürlich für die richtige Wirkung dieses Verfahrens von ausschlaggebender Wichtigkeit, dass sowohl die Beispielseigenschaft als die Eigenschaft der fraglichen Aussprüche, an der äußersten Grenze der Herrschaft des merkmalsärmeren Ausspruches zu stehen, zum Ausdrucke kommt.

Wo die Formulierung oder schon die gedankliche Festsetzung von Grenzaussprüchen nicht gelingt, begnügt man sich häufig mit der Fixierung von einzelnen Grenzfällen. Wo die Analogie wirken kann, dort kann die Grenzfestsetzung durch blosse Normierung von Grenzfällen in nicht allzu unbefriedigender Art gelingen. Wo aber die Analogie nicht wirken kann, wie dies in manchen Teilen des Strafrechtes der Fall ist, dort wird die gewünschte Grenze von der durch Grenzfälle gegebenen immer in grösserem oder geringerem Grade abweichen. So werden die einzelnen Verbrechenstatbestände, die im Vergleich zu einem einzigen, die Voraussetzung des staatlichen Strafrechtes regelnden allgemeinen Verbrechensstatbestandes nur Grenzfälle des staatlichen Strafrechtes darstellen, niemals alle strafwürdigen Handlungen beinhalten und niemals alle nicht strafwürdigen Handlungen vor Strafe bewahren können. Die erwünschte Grenze muss von der wirklich gezogenen abweichen.⁶⁵⁾

C. Die Kollision.

Als drittes bedeutsames Verhältnis, in dem Aussprüche zueinander stehen können, kommt das der Kollision in Betracht. Es handelt sich bei der Kollision von Aussprüchen darum, dass mehrere Aussprüche für einen Tatbestand (eventuell für einen zusammengesetzten Tatbestand) mehrere Rechtsfolgen aussetzen, die in besonderer, nicht kumulativer Weise zu einer Gesamtwirkung herangezogen werden müssen. Während bei dem Verhältnis, in dem ein einzuschränkender Ausspruch zu seinem Grenzausspruche steht, für den einzelnen Fall immer nur ein einziger Ausspruch wirksam wird, nachdem der andere widersprechende Ausspruch in seiner Wirkung ausgeschlossen wurde, treten im Kollisionsfalle mehrere Aussprüche in ihren Wirkungen zu einer gemeinsamen Rechtsfolge zusammen.

⁶⁴⁾ Man vergl. hierzu meinen Aufsatz in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Jahrg. 1907, S. 363 f.

⁶⁵⁾ Man vergl. hierüber meinen oben zitierten Aufsatz S. 370 ff.

Das Verhältniß der Kollision kann nur statthaben, wenn zwei oder mehrere Aussprüche an denselben Tatbestand verschiedene (nicht widersprechende) Rechtsfolgen knüpfen, und wenn ausserdem bestimmt ist, dass diese Rechtsfolgen nicht kumulativ zu verwirklichen sind. Soll darüber Sicherheit bestehen, was denn eigentlich in dem Falle dieses Tatbestandes rechtlich zu geschehen habe, so muss gesagt werden, in welcher Weise denn die ausgesprochenen Rechtsfolgen sich zu einer einheitlichen Folge zu vereinen haben. Soll nun aber in dieser Weise eine bestimmte Rechtsfolge an einen bestimmten Tatbestand geknüpft werden, so bietet sich hierzu das Mittel der sich gegenseitig ausschliessenden Aussprüche, und es kann hierzu höchstens äusserlich der Bau von Kollisionsaussprüchen verwendet werden. Kollisionsaussprüche, bei denen ein bestimmtes Gesetz dafür besteht, in welcher Weise die mehreren Rechtsfolgen sich in ihrer Wirkung zu vereinen haben, können denn auch immer in Grenzaussprüche aufgelöst werden. Ein solch uneigentlicher Fall von Kollisionsaussprüchen kann nur bei dem Bestehen von mindestens drei Aussprüchen eintreten, von denen zwei (A und B) an und für sich in keinem gegenseitigen Verhältnisse stehen — also auch kumulativ verwirklicht werden könnten (IV. D.), von denen der dritte (C) aber gleichzeitig anordnet, dass eine kumulative Verwirklichung nicht eintreten soll, dass aber vielmehr alle fraglichen Aussprüche sich in einer bestimmten Weise zu einer einheitlichen Wirkung zu verbinden haben. Hier steht der Ausspruch C zu den Aussprüchen A und B in dem Verhältniß der Einordnung. Ist er aber eingeordnet, so stehen die Aussprüche A und B in dem Verhältniß des Ausschlusses. Bei den eigentlichen Kollisionsaussprüchen aber bleibt das Gesetz, nach dem sich A und B zu einer Wirkung zusammenzuschliessen haben, ganz oder teilweise unausgesprochen und wird ausdrücklich oder implicite in das mehr oder minder beschränkte Ermessen des Rechtverwirklichenden gestellt. Diese Sphäre relativer Freiheit beinhaltet den Vor- und Nachteil der Kollisionsaussprüche.

Als Beispiele von Kollisionsaussprüchen gelten die aus dem Schema eines relativ bestimmten Strafgesetzes abspaltbaren Aussprüche. Ein solches Strafgesetz enthält verschiedene Strafmöglichkeiten. Nach *B i n d i n g* (Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885 S. 178), gibt es Strafgesetze, die 10 230 Strafgrössen enthalten. Stellt man den Tatbestand eines solchen Strafgesetzes mit je einer darin ausgesprochenen

Strafgrösse in je einem Ausspruche zusammen, so kann man ein solches Gesetz in so viele Aussprüche zerspalten, als Strafgrössen bestimmt sind. Man hat dann verschiedene Aussprüche von der Form:

Wenn V (Verbrechen) so Sa (Strafe a)

Wenn V so Sb

Wenn V so Sc

etc.

An und für sich würde der kumulativen Verwirklichung dieser Aussprüche nichts im Wege stehen, denn die Vollziehung der Strafe a hindert die Vollziehung der Strafe b nicht. Nun soll aber eine kumulative Verwirklichung dieser Aussprüche nicht eintreten. Eine solche wäre bei allzuviel solchen Aussprüchen, die Freiheitsstrafen statuieren, und bei der beschränkten Lebensdauer der Menschen unmöglich, einer solchen ist oft ausdrücklich z. B. verbo „bis“ und „oder“ widersprochen, eine solche ist bei den in der Kenntnis der Rechtsgeschichte fussenden Assoziationen als widerrechtlich anzusehen. Anderseits aber kann auch nicht behauptet werden, dass nur einer der fraglichen Aussprüche dem betreffenden Tatbestande zugeordnet sei; sonst beständen ja doch nur absolute Strafgesetze, und es würde sich nur darum handeln, ausfindig zu machen, welches dieser Gesetze einzutreten habe. Richtig ist, dass alle fraglichen Aussprüche wirksam werden, dass aber der Richter nur auf eine Strafe zu erkennen habe, die in einem dieser Aussprüche angegeben ist. Dass tatsächlich alle Aussprüche bei der Zumessung der Strafe wirksam sind, zeigt sich darin, dass dieselbe Straftat eine andere Strafe nach sich ziehen würde, wenn der auf das Verbrechen gesetzte Strafrahmen statt einer höchstens 2 jährigen eine höchstens 15 jährige Freiheitsstrafe statuieren würde. Ob nämlich der Richter die Strafe nach der Grösse der Gefährlichkeit des Täters, oder ob er sie nach der Grösse seiner Schuld zumessen will, immer wird die bei dem betreffenden Tatbestande denkbar höchste Gefährlichkeit oder denkbar höchste Schuld zu der höchstbestimmten Strafe, die denkbar geringste Gefährlichkeit und die denkbar geringste Schuld aber wird zu der niedrigst bestimmten Strafe führen, während jede Erhöhung und jede Minderung von Gefährlichkeit und Schuld eine Erhöhung und Minderung der Strafe nach sich ziehen wird.

Dass es sich hier um eigentliche Kollisionsaussprüche handelt, zeigt sich darin, dass ein Gesetz, welches die Art der gemeinsamen Verwirklichung der wirksamen Aussprüche anordnen würde, fehlt. Sicher

ist nur, dass das relative Strafgesetz dem Richter die Würdigung des individuellen Falles nicht nur ermöglicht, sondern anbefiehlt (B i n d i n g , a. a. O. S. 177), und m. E. ist es weiter ebenso sicher, dass dieses Strafgesetz eben im Hinblick auf die erforderliche Würdigung des individuellen Falles in seinen letzten Determinationen eine Anweisung darüber, ob z. B. nach den allgemeinen Massstäben der Schuld oder Gefährlichkeit die Strafe ausgemessen werden solle, gar nicht geben will. Durch eine solche Anweisung würde dem Wesen der Kollisionsaussprüche widersprochen, deren Tugend eben darin liegt, dass bei ihrer Herrschaft der einzelne Fall berücksichtigt werden kann, was bei den übrigen Aussprüchen des Rechtes infolge von deren Allgemeinheit nicht möglich ist. Würde z. B. der Richter angewiesen, innerhalb des Strafrahmens die Strafe einzig und allein nach der Schuld des Täters auszumessen, und nähme man schon an, dass hierin nicht ein Widerspruch gegen die relative Bestimmtheit des Strafrahmens gelegen wäre, so müsste man den entsprechenden Ausspruch des allgemeinen Theiles des Strafgesetzes in alle Aussprüche einordnen, in die man die speziellen Strafgesetze zerpalten kann. Das obige Schema würde in nachfolgender Weise verändert:

Wenn V und wenn Schuld a so Sa.

Wenn V und wenn Schuld b so Sb.

Wenn V und wenn Schuld c so Sc.

etc.

Dann aber würden die verschiedenen Aussprüche gar nie miteinander kollidieren können, weil die Voraussetzungen ihres Eintrittes ganz verschieden und fest normiert wären.

Das Gesetz kann sehr wohl demjenigen, der das Recht verwirklichen soll, eine bestimmte Anweisung darüber geben, wie er sich bei Kollisionen verhalten soll; tut es dies aber in erschöpfender Weise, so sind keine wirklichen Kollisionsaussprüche mehr vorhanden, sondern nur Aussprüche, die etwa in der Form von Kollisionsaussprüchen an ganz bestimmte verschiedene Tatbestände verschiedene Rechtsfolgen knüpfen.

Es mögen noch einige weitere Beispiele das Wesen der Kollisionsaussprüche erläutern:

Die speziellen Strafgesetze können mit Aussprüchen, die eine Milderung der Strafe vorschreiben, gleichzeitig zur Anwendung kommen. Eine kumulative Wirksamkeit der ausgesprochenen geringeren und

höheren Strafe tritt natürlich nicht ein. Es schliesst aber die gleichzeitige Anwendung der milderen Strafe jene der höheren auch nicht aus, sofern sich die beiden Strafraumen decken. Eine genauere Bestimmung darüber, in welchem Masse der eine Ausspruch und in welchem der andere Ausspruch hier zu wirken hat, fehlt. Es ist also der Fall wirklicher Kollisionsaussprüche gegeben.

Aus Art. 52 des Vorentwurfes zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuche vom Juni 1903: „Hat jemand durch eine oder mehrere Taten mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, so verurteilt ihn der Richter zu der Strafe des schwersten Verbrechens und erhöht dieselbe angemessen“. Darin ist bestimmt, dass beim Zusammentreffen mehrerer Aussprüche, die nicht in dem Verhältnis des Ausschlusses stehen, eine Kumulation der Rechtsfolgen nicht eintritt. Es ist darin aber auch bestimmt, dass die verschiedenen Aussprüche alle zu einer Rechtsfolge zusammenzuwirken zu haben, ohne dass eine Anweisung über das Mass der Wirkung der einzelnen Aussprüche gegeben würde. Die speziellen Strafgesetze stehen also fallweise durch die Vorschrift des Art 52 in dem Verhältnisse der Kollision. Eine ähnliche Kollisionssphäre stellt auch der § 74 R.St.G.B. her, während § 73 R.St.G.B. ein Verhältnis des Ausschlusses festsetzt.

Eine interessante Kollision wird von § 1310 des österreichischen a. b. G.B. gebildet. Es handelt sich um den Fall des Schadensersatzes bei einer von einem Wahn- oder Blödsinnigen oder von einem Kinde ausgehenden Beschädigung. Schadenstragung durch den Beschädiger und durch den Beschädigten sollen nach bestimmten Gesichtspunkten in folgender Reihe eintreten: es soll erwogen werden, ob nicht doch ein Verschulden vorliege, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Verteidigung unterlassen habe, ob die beiderseitigen Vermögensverhältnisse nicht einen Anhaltspunkt für die Regelung der Schadensdeckung geben. Nicht unähnlich ist die Kollisionssphäre, die § 254 B.G.B. festsetzt.

Eine Kollisionssphäre kann den Forderungen der Rechtspolitik in hervorragendem Masse zur Verwirklichung verhelfen. Vielleicht die treffendste Anwendung von Kollisionsaussprüchen zeigt sich in den obbesprochenen Fällen der relativen Strafraumen und der Verbrechenskonkurrenz. Es soll hier zu einer möglichst alle Merkmale berücksichtigenden individuellen Beurteilung des Straffalles kommen. Allgemeine Richtlinien für diese Beurteilung lassen sich wenigstens jetzt noch nicht

geben. Andererseits aber eignet sich der Richter in der Praxis bald eine solche vergleichende Umsicht an, dass die angemessene Strafe in den meisten Fällen als gerecht den Forderungen der Rechtspolitik entsprechen wird.

Man kann vielleicht allgemein aussprechen, dass Kollisionsaussprüche sich dort empfehlen, wo sie sehr praktikabel sind, d. h. wo die Unbestimmtheit des Gesetzes durch eine grosse und einheitliche Bestimmtheit der Rechtsverwirklichenden ersetzt wird, wo dem Rechtsverwirklichenden die Verwirklichung des Ausspruches trotz dessen Unbestimmtheit nicht schwer fällt.

Die notwendigen Erfordernisse der Kollision von Aussprüchen wurden bereits oben zur Genüge hervorgehoben. Diesen Erfordernissen muss natürlich genügt werden, wenn der Rechtsverwirklichende nicht darüber im Zweifel bleiben soll, ob es sich um einen Kollisionsausspruch, um einen Grenzausspruch oder um einen kumulativ anzuwendenden Ausspruch handelt, was ja natürlich grundverschiedene Resultate ergeben würde.

D. Die Kumulation.

In IV. A., B., C. wurden die wichtigsten Verhältnisse abgehandelt, in denen Aussprüche zueinander stehen können. Hier soll nur noch kurz erwähnt werden, dass normaler Weise die Aussprüche kumulativ zur Anwendung kommen. Soll dies nicht geschehen, so muss diese normale Wirkung ausgeschlossen werden.

V. Das Gesetz.

A. Bei Befolgung der bisher gegebenen Regeln (III. A.) wird das Gesetz einen relativ kleinen Umfang haben und relativ wenig Arbeit zur Erlangung seines Verständnisses erfordern. Im Vergleiche zu einem langen Gesetz bringt das kurze Gesetz die für das Recht notwendigen Vorstellungen mit weniger Worten, mit weniger Wortvorstellungen, also mit geringerem Kraft- und Zeitaufwande hervor. Dies tut es sowohl bei der ersten als bei allen folgenden Lektüren. Es ist übersichtlicher und dem Gedächtnis zugänglicher. Es dient so nicht nur dem Juristen, sondern auch dem Laien besser als ein längeres Gesetz.⁶⁶⁾

⁶⁶⁾ Möglichste Kürze verlangt Gierke, Entwurf S. 54 f., und von L i z t, Aufsätze II S. 97 f. „Kürze ist eine der unschätzbarsten Eigenschaften des Gesetzgebers.“ (I h e r i n g, Geist II 2, S. 353.) Ähnlich M o h l, Politik I

B. Sieht man auf die bisherigen Erläuterungen zurück, so erhellt vor allem das Eine, dass es der Gesetzestechniker mit recht unverlässlichen, in ihren Wirkungen fast unberechenbaren Mitteln zu tun hat. Es kann also am Schlusse dieser Betrachtungen nur anempfohlen werden bei jeder Gesetzesausarbeitung vorerst experimentell die Wirkungen festzustellen, die von den verwendeten Mitteln ausgehen.

Es geschieht dies sehr einfach durch eine frühe Veröffentlichung des Entwurfes und durch die an Juristen und an Laien gerichtete Aufforderung, sich über die in ihnen durch das Gesetz im Hinblick auf dessen Verständnis hervorgebrachten Wirkungen zu äussern. Dies kann wohl als fundamentale Regel der Gesetzestechnik angesehen werden; ist doch die Prüfung der Wirkungen der zur Erreichung eines Zieles verwendeten Mittel die notwendige Voraussetzung jeglichen gedeihenden Zielstrebens.⁶⁷⁾

S. 430. Gedrungene Kürze erstrebte die am 28. 2. 1874 eingesetzte Vorkommission zur Abfassung eines Planes zu einem B.G.B. (Schwartz, Gesch. d. Kodifik. S. 153.) Ihr Streben hatte wenig Erfolg. (Goldschmidt, Krit. Erörterungen S. 13 ff.) Kürze erstrebt nach Geny, *Méthode d'interprétation* ... S. 97, Sumner Maine, *Etudes sur l'histoire du droit*, Thorin 1889, S. 408. Ebenso Wurzel, *Das juristische Denken* S. 84, und Egger, *Arch. f. R. u. Wphil.* 1908, S. 119. Zitelmann nimmt im Gegensatz zum Texte zwischen dem kleinen Umfang eines Gesetzes und der raschen Verständlichkeit desselben ein Alternativverhältnis an (Kunst S. 15). Roguin, *Observations* S. 104 ff., fordert aus dem Grunde der Verständlichkeit lange, kasuistische Gesetze. „Legem enim brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur.“ (Seneca ep. 94.) In der Utopia des Thomas Morus, Reclam S. 114, ist die Zahl der Gesetze sehr gering, damit jeder Mensch Zeit habe, sie zu lesen. Hotmann, *Antitribonianus*, Lateinische Ausgabe, Leipzig 1704, Cap. XVIII, S. 198, verlangt unter Berufung auf Julius Cäsar „ex immensa diffusaque legum copia optima et necessaria in paucissimos conferre libros“. Gegen die *accumulatio legum nimia* wendet sich Baco, *Aphor.* 52, *exemplum tractatus de justitia universalis*. Für Kürze tritt Conring ein (*de origine juris* S. 209). Auch Leibnitz fordert Kürze. (Baron F. H. *Antitribonianus* S. XXVIII.) Ebenso Maria Theresia in ihrem Handschreiben vom 4. 8. 1772 (Pfaff-Hofmann, *Comm.* 11, S. 15). Globig und Huster, *Abh. S.* 25; Zeiller (Pfaff-Hofmann, *Comm.* S. 51), Kitka, *Verfahren* S. VI u. 8, Geib, *Reform* S. 180 und Trendelenburg, *Naturr.* S. 168.

⁶⁷⁾ Ähnliches fordert schon Kitka, *Verfahren* S. 29, und Mohl, *Politik* S. 548 ff. Man vergl. auch Źródłowski, *Kodifikationsfragen* ... S. 17, und Gierke, *Entwurf* S. 588 ff. und die dort Angeführten.

Schluss.

Zusammenstellung gesetzestechnischer Lehren, deren nähere Ausführung und deren Voraussetzungen sich an den in der Klammer bezogenen Stellen des Buches finden:

1. Zeichen, die nicht unmittelbar verständlich sind, müssen gemieden werden; unbekannte Worte sind durch bekannte Worte ähnlicher Bedeutung, Verweisungen und Fiktionen sind durch Änderung im System oder doch durch Wiederholungen zu ersetzen. (I. A.)
2. Es sollen nur die unter den Juristen gebräuchlichsten, unter diesen aber auch nur möglichst allgemein gebräuchliche Worte verwendet werden. Die gebräuchlicheren Worte haben auch bei Worterklärungen vor den weniger gebräuchlichen den Vorzug. (I. B., I. D. 1.—13.)
3. Für gleiche Vorstellungen sind gleiche Wortzeichen, für verschiedene Vorstellungen sind verschiedene Wortzeichen oder doch verschiedene Kombinationen von Wortzeichen zu verwenden. (I. C.)
4. Worte mit raschem, an soziale Massstäbe gebundenem Bedeutungswandel sind zu bevorzugen. (I. E.)
5. Der Wortschatz des Gesetzes soll gering sein. (I. D. 14.)
6. Schwerwiegende Vorstellungen sollen durch Sätze, nicht durch Worte wiedergegeben werden. (II.)
7. Die Sätze müssen kurz und einfach gebaut sein und der Grammatik folgen. (II.)
8. Nur notwendige Merkmale dürfen in das Gesetz aufgenommen werden. (III. A. 1., 2.)
9. Die Tatbestandsmerkmale müssen in den Erscheinungen des täglichen Lebens leicht wiederfindbar, die Rechtsfolgen müssen leicht ausführbar sein. (III. A. 3.)
10. Der Gesetzestechniker muss ein rechtswissenschaftliches System befolgen. (III. B.)
11. Sätze sollen aus den jeweils engsten Zusammenhängen gebildet werden. (III. C.)
12. Der Ausspruch, in den ein anderer eingeordnet werden soll, muss als solcher kenntlich sein. (IV. A.)

13. Einschränkungen, die durch widersprechende Sätze erfolgen, sollen nicht wiederholt werden. Der einzuschränkende Ausspruch muss als solcher kenntlich sein. (IV. B.)
 14. Kollisionsaussprüche sollen nur dann Anwendung finden, wenn ihnen ihre Unbestimmtheit die Praktikabilität nicht benimmt. (IV. C.)
 15. Der Normalfall kumulativer Wirkung der Aussprüche kann nur durch Herstellung der Ursachen anderer Wirkungen ausgeschlossen werden. (IV. D.)
 16. Gesetze müssen kurz sein. (V. A.)
 17. Der Gesetzestechniker muss eine gründliche Kritik des Entwurfes durch Juristen und Laien veranlassen. (V. B.)
-