

Politisches Jahrbuch

der

Schweizerischen Eidgenossenschaft.

Begründet

von

Dr. Carl Hüly.

Fortgesetzt

von

Dr. W. Burckhardt.

Professor des Bundesstaatsrechts an der Universität Bern.

Fünfundzwanzigster Jahrgang. 1911.

Bern.

Druck und Verlag von K. J. Wyss.

1911.

Bewährte Lehre.

Es ist eine alte Streitfrage, die immer wieder aufgeworfen und heute noch von den ersten Autoritäten verschieden beantwortet wird, ob die Rechtswissenschaft eine Rechtsquelle sei oder nicht. Im Hinblick auf die neuesten Gesetzgebungen¹⁾ auf dem Gebiete des Zivilrechts mag es wohl als gerechtfertigt erscheinen diese Frage einer erneuten Prüfung zu unterziehen, in der Hoffnung, einen Beitrag zur Lösung der Aufgabe zu liefern, der den Verhältnissen und Auffassungen die Rücksicht trägt, die wir jedem über Generationen und Jahrhunderte sich hinziehenden Problem in der Gegenwart schuldig sind. Dass die Frage verschieden beantwortet worden ist und wird, erklärt sich, wenn auch jeweils zu einem guten Teil das Bedürfnis der Zeit und der Kampf der eben im Streite liegenden wissenschaftlichen Strömungen und politischen Richtungen auf die Beantwortung eingewirkt haben, zu einem guten Teil aus der Differenz in der Fragestellung und aus den divergierenden Umschreibungen der Begriffe von Rechtswissenschaft und von Rechtsquelle. Es wird also vor allem notwendig sein, sich über diese beiden Begriffe zu verständigen, um damit alsdann eine, wenn auch gewiss nicht allseitig be-

¹⁾ Das Schw. Z.G.B., das mit dem Jahr 1912 in Kraft tritt, sagt in Art. 1:

«Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

«Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches fehlt nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

«Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung.»

friedigende, so doch allgemein verständliche Antwort zu erhalten.

Wissen und Können, Erkennen und Schaffen, — eine neueste Richtung in der Betrachtung der geistigen Welt würde sagen Wissen und Leben — stehen sich, wie auf allen Gebieten des menschlichen Handelns, auch auf demjenigen des Rechts und der Rechtsverwirklichung in dem gleichen Sinne gegenüber. Die Wissenschaft hat es nach ihrem Wesen mit dem ersteren zu tun, in dem letzteren aber handelt es sich um eine Betätigung des Willens oder eine «Kunst». Zwischen den beiden besteht jedoch eine sehr enge Verbindung. Das Wissen kann man sich freilich von jeder Beziehung zur Betätigung in menschlichen Handlungen losgelöst denken. Allein wo der Gegenstand des Wissens sich als eine Emanation des menschlichen Willens darstellt, da könnte auch eine Wissenschaft, die sich von aller Beziehung zu diesem Handeln grundsätzlich lossagen wollte, nicht verhindern, dass sich die Handelnden der Ergebnisse der wissenschaftlichen Arbeit für ihre Handlungen bedienen, und es erscheint daher richtiger, schon bei der wissenschaftlichen Tätigkeit und dem Ausbau des Wissens auf die Kunst Rücksicht zu nehmen, jedenfalls sie niemals aus dem Auge zu verlieren. Für die Kunst ist der Zusammenhang mit dem Wissen jedermann von vornherein einleuchtend, und stets wird man beobachten, dass die Handelnden sich der Wissenschaft erinnern, um ihre Ziele zu verfolgen, und dass das Wissen ein hauptsächliches Mittel darstellt, um die Rechtsverwirklichung durchzuführen. Dass Wissen eine Macht ist, darf vornehmlich auf dem Gebiete der Rechtsordnung niemals vergessen sein.

Die Rechtswissenschaft ist dergestalt eine praktische Wissenschaft. Wohl kann man die wissenschaftlichen Probleme, die das Gemeinschaftsleben aufwirft, auch so zu behandeln unternehmen, dass nur dasjenige, was ist und war, untersucht und festgestellt wird, und von allgemein anthropologischem Standpunkte aus kann man sich die menschliche Gemeinschaft als wissenschaftliches Objekt denken, ohne jede Beziehung zu der Stellung, die das menschliche Bewusstsein zum Rechte einnimmt. Es können mechanische, physische, physiologische, psychische Studien sein, die unter solchen Gesichtspunkten sich mit den Erscheinungen der menschlichen Gemeinschaft oder mit dem Rechte beschäftigen. Es kann auch sein, dass diese Forschungen zu Ergebnissen gelangen, die nicht jene Eigenschaft, auf die oben hingewiesen worden ist, dass nämlich die Handelnden sich ihrer auch gegen die Meinung der Wissenschaft bedienen, aufweisen. Man darf auch nicht behaupten, dass eine solche Forschung notwendig zu einem toten Wissen führen werde, denn der Wert der gefundenen Wahrheiten kann eben auf einem ganz anderen als dem Gebiete des Rechtes liegen. Das tritt uns besonders deutlich in den ethnographischen und paläontologischen Forschungen entgegen, wie zum Beispiel in der Kunde von den Ansiedelungsverhältnissen der Pfahlbauer. Allein es fällt auch niemand ein, diese Forschungen für die Rechtswissenschaft in Anspruch zu nehmen. Sie gehören andern Wissenszweigen an, und es bleibt dergestalt die Voraussetzung aufrecht, dass die Rechtswissenschaft, ob gewollt oder ungewollt, eine praktische Wissenschaft ist.¹⁾

¹⁾ Bekker, Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung, unterscheidet hiebei die Wissenschaft (in eigentlichem

Unrichtig wäre es freilich, dies so zu verstehen, dass die Gegenstände und Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Forschung überall direkt mit den Fragen der praktischen Jurisprudenz in unmittelbarer Verbindung stehen sollen. Die Charakterisierung der Jurisprudenz als praktische Wissenschaft muss in einem allgemeineren Sinne verstanden werden. Hundert- und tausendfach sind die Fragen, die ganz und gar nicht zur Praxis der Rechtsverwirklichung in Beziehung stehen und gleichwohl als Gegenstände der Rechtswissenschaft in Anspruch genommen werden müssen. Man denke an beliebige Rechtsaltertümer. Was diese Forschungen mit der praktischen Wissenschaft verknüpft, ist die Beziehung, unter der sie als Aeusserungen des Rechtslebens zum Gegenstand der Forschung gewählt werden. Nicht einmal bloss in weiterem, sondern in tieferem Sinne müssen wir sie zur praktischen Wissenschaft rechnen. Sie erweitern und vertiefen das Wissen vom Recht als einem Element des praktischen Handelns, sie befestigen das einzelne und klären auf über die Fragen, die in irgend einer Weise zur Herstellung des gesamten Rechtsbildes beitragen. Vor ihnen schwebt, was war, mit dem Hinweis auf das allgemeine der Rechtserscheinungen überhaupt. Ja ich möchte den Praktiker kennen, der, wenn er Mommsens römisches Staatsrecht oder Grimms deutsche Rechtsaltertümer gelesen hat, nicht das Bekenntnis ablegen müsste,

Sinne) und die Kunst und sagt S. 210: Für die Wissenschaft ist die praktische Nutzbarkeit ihrer Ergebnisse wertlos, für die Kunst alles. Nach unserer Auffassung ist die Wissenschaft des Rechts eben durch ihren Gegenstand gezwungen, die Funktion der Ordnung als Richtungspunkt im Auge zu behalten. Sie bleibt gleichwohl eine Wissenschaft, weil dieses Verfahren ihrem Wesen adäquat ist, also der Wahrheit dient.

dass sein Verständnis für das Recht im allgemeinen, vielleicht sogar mit Bezug auf aktuelle Fragen der Gegenwart, dadurch gewachsen sei. Das Recht ist an sich für das menschliche Handeln gegeben. Mag man sich so oder anders wissenschaftlich damit beschäftigen, sei es auch rein historisch oder sogar antiquarisch, so bleibt die Wissenschaft wegen ihres Gegenstandes eine praktische Wissenschaft. Erst wenn dieser Gegenstand nicht mehr als praktische Ordnung für das menschliche Gemeinleben, sondern in dem oben angegebenen Sinne als paläontologische Erscheinung oder Verwandtes ins Auge gefasst wird, da hört die praktische Wissenschaft, aber auch die Jurisprudenz auf.

Gegenstand der Rechtswissenschaft ist stets das Wissen vom Recht. Allein dieses Wissen kann durch den Zweck, für den es gehegt und gepflegt wird, in verschiedene Gestalt gekleidet und nach verschiedener Richtung ausgebaut werden. Die stolze Burg hat verschiedene Tore, durch die mit der praktischen Aussenwelt ein verschiedenartiger Verkehr gepflegt wird. Es lässt sich dabei unterscheiden: Der Unterricht und die auf die Heranbildung der Wissenden gerichtete Art der Gestaltung und Ueberlieferung des Wissens.¹⁾ Sodann die Zubereitung des Wissensstoffes für die Aufgaben der Rechtsverwirklichung, wie sie in der Gesetzgebung und richterlichen Tätigkeit uns entgentreten. Weiter kann es sich um die Pflege der Methode handeln, womit der Stoff

¹⁾ «Es ist der Beruf der Rechtswissenschaft, das aus dem Volk hervorgegangene Recht zu lichten, in deutliche Gestalt zu bringen, in Ordnung und Einheit zu handhaben und unter unausgesetzter Fortbildung den alten Besitz zu wahren und die Einheit des Rechtszustandes durch die Geschlechter zu behaupten», sagt Stahl in seiner Schrift «Rechtswissenschaft oder Volksbewusstsein».

des Wissens erfasst, verarbeitet und überliefert ist. Die Wissenschaft bleibt dabei an sich immer dieselbe. Aber ihre Wege bestimmen sich nach verschiedener Richtung, je nachdem sie sich an Studierende, oder an Staatsmänner und Richter, oder an die Forscher der Wissenschaft selbst richtet. Sie schafft dabei entweder ein Lehrbuch oder ein Handbuch, oder sie ergießt sich in Spezialstudien, deren Materialien und Gedankengänge nur der fachmännische Mitforscher zu ergründen vermag. Sie publiziert Kommentare oder Präjudiziensammlungen, Quellenausgaben oder dogmatische Ausführungen, in Typen, die für die verschiedenen Zeitalter verschiedenes Aussehen erhalten, stets aber den Zwecken zu entsprechen suchen, die sie im Auge haben.

Ueber allen diesen aus Zweck und Umständen erklärbaren Formen der wissenschaftlichen Arbeit steht die Wissenschaft selbst, in ihrer Aufgabe, der Pflege des Wissens, und wir können, nach ihrer Aufgabe betrachtet, an ihr alsdann in anderer Weise verschiedene Richtungen unterscheiden.

Sachlich in erster Linie steht bei ihrer Gesamtaufgabe die Feststellung desjenigen, was ist, der Tatsachen an sich, d. h. die Mitteilung dessen, was als Recht gilt, oder gegolten hat. Darüber kommt keine Wissenschaft hinweg. Vergisst sie sich in dieser Hinsicht, so baut sie ohne die nötigen Fundamente. Diese Feststellung kann eine sehr einfache Sache sein, sie kann aber auch einer ausserordentlichen Intensität der Nachforschung bedürfen, und es ist möglich, dass sich hieran ganze Zweige der rechtswissenschaftlichen Arbeit knüpfen. Rechtsgebiete mit ungesichtetem Rechtsbestand zeigen uns hievon berühmte Beispiele.

Die zweite Art, in der wir die Rechtswissenschaft an der Arbeit sehen, ist die Erklärung des Tatsächlichen. Eine solche liegt nicht nur vor, wenn die einzelnen Ausdrücke eines Gesetzestextes erläutert werden, sondern sie kann auch schon in der Anordnung des Stoffes oder in der Anfügung von Registern gefunden werden. Andererseits erhebt sie sich in der vollständigen Durchkommentierung der Rechtssätze, die das Gesetz oder irgend eine andere Feststellung an die Hand gegeben haben, zu einer wissenschaftlichen Leistung hohen Wertes. Es ist auch wohl zu beachten, dass die Form der Erläuterung oftmals gewählt wird, um wissenschaftliche Arbeit ganz anderer Art darzustellen. Die Erläuterungen in ihrem eigentlichen Sinne gehen nicht über den Inhalt des festgestellten Stoffes hinaus. Sie sollen und wollen nur diesen verständlicher machen, indem sie die Beziehungen hervorheben, die unter den einzelnen Ausdrücken und Begriffen des Satzes selbst oder unter verwandten Sätzen oder aus der Vorgeschichte zur Anwendung des Satzes erhältlich sind. Sie klären das Wissen, aber es zu erweitern liegt nicht in ihrem Plane.

Eine dritte Art erblicken wir in der geschichtlichen Darstellung des Werdens einzelner Rechtssätze oder Rechtsinstitute oder auch ganzer Rechtsordnungen. Was zunächst hier festgestellt wird, sind allerdings die geschichtlichen Erscheinungen selbst. Allein sie unter sich in Beziehung zu bringen, die Einflüsse aufzudecken, die Strömungen im Geistesleben und in den wirtschaftlichen Verhältnissen darzulegen, die bei der Entwicklung des Rechts in der betrachteten Richtung zu Tage treten, das erst ist die Aufgabe der rechtsgeschichtlichen Darstellung. Neues wird gegenüber den Tatsachen der ge-

schichtlichen Erscheinung bei dieser Arbeit gewiss auch nicht geboten. Es bedeutet eine Verirrung des Geschichtsforschers, wenn er Tatsachen erweitert oder hinzudichtet, die sich nicht erwahren. Aber es handelt sich in dem, was die Rechtsgeschichte darbietet, doch auch nicht um eine blosser Erläuterung des tatsächlich Feststehenden. Sie will nicht bloss, weder für die Praxis noch für antiquarische Interessen, das Gegebene erklären, sondern die Zusammenhänge des Verschiedenen aufklären, und damit bietet sie etwas, was über die Kenntnis des einzelnen geschichtlichen Faktums hinausreicht. Sind es auch nicht Entwicklungsgesetze, die sich feststellen lassen, so doch Entwicklungstypen. Was hier zu Tage tritt, bereichert unser Wissen gegenüber den Tatsachen der Erscheinung selbst, auch wenn wir diese noch so genau erfasst haben.

Eine vierte Art der wissenschaftlichen Arbeit liegt in der systematischen Durchdringung des Stoffes in irgend einer Umgrenzung. Die einzelnen Rechtssätze nach ihrer inhaltlichen Verwandtschaft zusammenzustellen, die damit gebildeten Gruppen unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt zu bringen und diesem Gemeinsamen Ausdruck zu geben, die derart gefundenen Allgemeinheiten unter noch höhere zu vereinigen und daraus für das Einzelne die Folgen abzuleiten, mit solcher Arbeit bildet sich das System, und wenn die systematische Zusammengehörigkeit in wissenschaftlich formulierten Sätzen Ausdruck findet, die systematisch aufgebaute Dogmatik.

Wird nun hier gegenüber dem Stoffe, der wissenschaftlich zuvor festgestellt ist, etwas Neues geboten? Man könnte geneigt sein, verneinend zu antworten. Denn die systematische Verarbeitung will ja nur dasjenige darbieten, was in dem Stoffe bereits liegt und aus dem

selben gefolgert werden kann. Allein bei näherem Zusehen verhält sich die Sache doch anders. Bei der systematischen Verbindung verschiedener Rechtssätze zu einem grossen Ganzen handelt es sich nicht um die Ableitung des höheren Satzes aus dem niederen, sondern um die Findung des höheren, unter den die niederen gebracht werden können. Und hierin liegt eine Bereicherung des wissenschaftlichen Bestandes, soweit das Gefundene auf Anerkennung als wissenschaftliche Wahrheit Anspruch hat. Ebenso wie die gefundenen Obersätze als neue Rechtssätze zu betrachten sind, verhält es sich mit den untern Rechtssätzen, die aus jenen obern abgeleitet werden und zu denjenigen, die den Ausgangspunkt bilden in Parallele stehen. Immerhin ist eines zuzugestehen. Durch die tatsächlich festgestellte Materie kann bereits unter den verschiedenen Rechtssätzen eine tatsächliche Verbindung gegeben sein, die alsdann den verbindenden Obersatz nur als eine Feststellung bereits vorhandenen Rechtes erscheinen lässt. Gegenüber dem einzelnen Rechtssatz ist bei solchem Verhältnis alsdann der gefundene Obersatz wohl ein Neues, gegenüber dem Gesetze als Ganzes aber nur die Feststellung eines bereits durch das Tatsächliche gegebenen Verhältnisses.

Endlich kann noch eine fünfte Richtung der wissenschaftlichen Arbeit in Betracht fallen. Die Wissenschaft betrachtet die Rechtsordnung als ein Ganzes. Mag sie gegebenenfalles sich auch ihre Aufgabe abgrenzen, in Anbetracht ihrer gesamten Aufgabe gibt es keine Grenzen für sie als die Ordnung des Gemeinschaftslebens überhaupt. Wenn nun gegenüber diesem Wirkungsfeld die Tatsachen fehlen, auf denen die Wissenschaft ihr systematisch gegliedertes Gebäude aufbauen soll, wie wird

sie sich helfen? Sie kann hier nicht anders vorgehen, als damit, die Lücken auszufüllen. Dieser Aufgabe aber unterzieht sie sich, indem sie angibt, in welcher Weise bei dem Fehlen tatsächlich festgestellter Rechtssätze die Rechtsordnung aus dem Ganzen der Rechtsordnung selber heraus, nach den Grundlagen der Gerechtigkeit, die in gleichem Falle gleich zu handeln gebietet, ¹⁾ und nach dem Rechtsbewusstsein des Einzelnen und der Gemeinschaft zu ergänzen sei. Und hier tritt uns alsdann unzweifelhaft die Erscheinung entgegen, dass die Rechtswissenschaft über das Tatsächliche hinausgeht und also Neues bietet.

Man darf sich hiebei nicht vorstellen, dass dieses Hinübergreifen in neue Ordnungen, die in dem tatsächlich Festgestellten noch nicht enthalten sind, nur in Gestalt eines ausgearbeiteten Systemes erfolgen könne. Die grundlegende, geistige Arbeit ist freilich immer eine systematisierende. Allein die Ausarbeitung selber kann sehr verschiedene Formen annehmen, z. B. auch, wie schon oben angegeben, die Form eines Kommentars. Sobald ihnen die wissenschaftliche Durchdringung in systematischer Ausdenkung des Vorhandenen zugrunde liegt, gewinnen die Ausführungen immer jenen Charakter des Neuschaffenden, weil Synthese und Analyse zusammenwirken, um zu zeigen nicht nur, was in dem bereits feststehenden Einzelnen liegt, sondern in welchem höheren Zusammenhang es selbst sich mit dem Ganzen befindet. Der Kommentar zu einem Gesange Homers, verglichen mit dem Kommentar zu einem Titel des Handelsgesetzbuches vermag uns die Verschiedenheit klar zu machen.

¹⁾ S. Regelsberger, Pandekten, I, S. 86.

Dort in jedem Falle nichts anderes als das erläuterte Gedichtswerk, hier eine Vermehrung der Rechtssätze durch Entwicklung dessen, was über und neben dem vorhandenen Rechtssatz als geltend betrachtet werden darf, da es mit dem Ganzen der Rechtsordnung in Übereinstimmung steht. Diese Übereinstimmung wird allerdings gefordert bei solcher wissenschaftlicher Arbeit, aber sie reicht nicht aus dafür, dass man sagen könnte, es sei in dem neu aufgestellten Satz in Wirklichkeit nichts Neues enthalten. Denn die Übereinstimmung besteht sicher nur in der Widerspruchslosigkeit, und was darüber hinaus durch die wissenschaftliche Arbeit in obere und parallele Sätze gekleidet wird, ist Zutat der wissenschaftlichen Arbeit, die hier überall produktiv auftritt.

Nun ist aber zur Erläuterung des Gesagten noch ein weiteres Moment ins Auge zu fassen. Wir sagten oben, Gegenstand der Rechtswissenschaft seien die Tatsachen, d. h. was als Recht gilt oder gegolten hat, also das Wahre, und diese Wahrheit ist bei der Rechtswissenschaft nicht einfacher Art, wenngleich sie auch bei andern Wissenschaften nicht so lucid sich darstellt, wie man gemeinlich annimmt. Wir unterscheiden für die Jurisprudenz drei Möglichkeiten.

In einer ersten Beziehung handelt es sich um eine zweifellos mögliche und bei richtiger wissenschaftlicher Untersuchung unanfechtbare Feststellung der Wahrheit. So ist dies anzuerkennen, wo die Wissenschaft nichts anderes unternimmt, als das Tatsächliche festzustellen, z. B. also die Feststellung des Wortlautes eines Rechtssatzes, oder negativ der Ungültigkeit eines von anderer Seite in Anspruch genommenen Rechtssatzes. In grossem Umfange handelt es sich bei der wissenschaftlichen Ar-

beit auch wirklich um nichts anderes, um die Wiedergabe dessen, was derart unzweifelhaft wahr ist. Diese Seite der rechtswissenschaftlichen Tätigkeit tritt namentlich bei den Unterrichtszwecken in hervorragender Weise zu tage, wobei die Art der Zusammenstellung und Formulierung gegenüber dem Rechtssatze selbst eine Arbeitsrichtung bekundet, die in den einen Fällen mit der wissenschaftlichen Forschung an sich nichts zu tun hat, in andern aber unmerklich in einen andern Fall hinauslaufen kann, den wir sogleich ins Auge fassen.

In einer zweiten Beziehung fällt die Arbeit in Betracht, bei der die Wissenschaft sowohl den Sinn als die Tragweite eines Rechtssatzes oder eines Rechtsinstitutes durch Analyse entwickelt und in seinem ganzen Reichtum auseinanderlegt, oder wo sie durch Synthese zu Obersätzen und wiederum durch Analyse aus diesen zu parallelen Sätzen gelangt, alles auf der Grundlage des unanfechtbar festgestellt wahren Rechtssatzes selbst. Hier will das Ergebnis der wissenschaftlichen Forschung unzweifelhaft gedanklich vollständig mit der Wahrheit in Übereinstimmung stehen, denn das Entwickelte soll nichts anderes sagen, als was der unangefochtene Satz selbst implicite gesagt hat. Und doch ist die Übereinstimmung mit der Wahrheit nicht in dem Grade sicher wie in der ersten Beziehung. Zwar können auch in dieser, wie hervorgehoben, Irrtümer vorkommen, die jedoch, weil nur Tatsachen und soweit nur solche in Frage kommen, leicht aufzudecken und zu berichtigen sind. In der zweiten Richtung der Arbeit dagegen handelt es sich um ein doppeltes, einerseits nämlich um logische Schlüsse und insofern auch noch um eine wesentlich sichere Feststellung, andererseits aber um eine Beurteilung des

Zweckes oder der ratio des Rechtssatzes, mithin nicht um eine rein formal logische Operation, sondern um eine Betätigung der Urteilskraft. Es verbindet sich also mit der Tätigkeit der Forschers in dieser zweiten Richtung eine Würdigung der Rechtssätze, die zwar durchaus in ihrem Zweck verschieden ist von der des das Recht anwendenden Richters, indem sie nicht auf den konkreten Fall, sondern ins Abstrakte stattfindet, die aber eben doch nicht mehr die gleiche Sicherheit und Allgemeingültigkeit in Anspruch nehmen kann, wie die reine Feststellung einer Tatsache oder die rein logische Deduktion aus einer solchen. Stimmt nun bei dieser zweiten Richtung in der Arbeit der Wissenschaft ihr Ergebnis noch mit der Wahrheit überein, oder, was dasselbe heisst, ist es noch wirkliche Wissenschaft, oder nicht vielmehr eine Kunst, die vorliegt?

Kann hierüber ein Zweifel bestehen, so wird er gehoben durch die Betrachtung der wissenschaftlichen Arbeit auf dem Gebiete des Rechtes überhaupt. Rein formales Denken ist das Lebenselement nur bei einer Wissenschaft, der Mathematik, bei der selbst die Raum- und Zeitvorstellungen sich von der Vorstellungsbasis loslösen — so beispielsweise wenn mit den unendlich kleinen oder grossen Dingen operiert wird — und zwar, weil die reelle Vorstellung ausgeschlossen ist, mit richtigen Resultaten. Bei den Naturwissenschaften mischt sich in die wissenschaftliche Arbeit, in die Denkarbeit das Element der Vorstellung in ganz wesentlichem Umfang ein, und es werden zum Zwecke der wissenschaftlichen Erklärung der Erscheinungen Vorstellungen eingeschoben, die nicht vorstellbar sind, aber zur Erklärung gleichwohl nach einem Gesamtbilde des Naturer kennens ausreichen. Wer-

den damit die Ergebnisse auch um ein Mehr oder Minder weniger sicher, als diejenigen der Mathematik, so beanspruchen diese Forschungen doch den Charakter der exakten Wissenschaft, weil die Methode dem Stoffe angepasst ist und in der Zugrundelegung der nicht vorstellbaren letzten Faktoren nur das dem Stoffe adäquate Verfahren gefunden werden kann, ohne welches überhaupt ein Wissen von diesen Dingen nicht möglich wäre. Für die Rechtswissenschaft gilt es nun, noch einen Schritt weiter zu gehen. Auch sie muss dem Stoffe entsprechen, den sie behandelt, und das bedeutet für sie, dass die Urteilskraft mit in Funktion zu setzen ist, denn die Rechtssätze sind für menschliche Handlungen aufgestellt und diese können ohne eine solche Beurteilung in ihrer Wesenheit gar nicht verstanden werden. Jeder Rechtssatz ist seinem Wesen nach zu denken und gedacht als Prämisse eines logischen Schlusses, des Urteils. Man vermag sich einen Rechtssatz nicht zu denken ohne diesen Zweck: dass er zur Anwendung kommen soll. Und darum muss jeder Rechtssatz auch seine Aufstellung im Hinblick auf diese Funktion erfahren. Es gäbe also ohne die Mitbetätigung der Urteilskraft gar keine Jurisprudenz. Ist sie deshalb keine Wissenschaft?

Wer dies behaupten wollte, würde den Kreis der Wissenschaften auf ein sehr enges Gebiet einschränken. Wie die Vorstellung der nicht vorstellbaren Faktoren bei den Naturwissenschaften, so ist die Beurteilung der Tatsachen des Gemeinschaftslebens bei der Jurisprudenz in legitimer Weise an der Arbeit, weil dieses Verfahren hier wie dort das einzig dem Stoffe adäquate ist. Ohne sie gibt es gar kein Wissen vom Recht, und es sind also die Feststellungen, die mit diesem Mittel gemacht werden,

wissenschaftliche Ergebnisse, weil sie dem Gegenstand und dem wissenschaftlichen Charakter der Arbeit entsprechen. Die Rechtswissenschaft will Wahrheit, und sie gewinnt solche, indem sie nicht nur mit dem formal logischen Urteil, sondern auch mit dem Werturteil die Folgerungen aus den Sätzen zieht, die sie als zuverlässige Grundlage zum Ausgangspunkte wählt. Diese Ausgangspunkte sind Normen, deren Wahrheit, das heisst deren wirklichen Bestand, das menschliche Bewusstsein direkt feststellt, auf dem Wege der Besinnung auf das in der menschlichen Gemeinschaft liegende Wesen. Handelt es sich dabei um eine Betätigung der Vernunft, und dies lässt sich nicht bestreiten, so hat die Vernunft auch die Kompetenz, daraus ein abstraktes Wissen zu bereiten, das Wahrheit bietet und demgemäss als wahrer Gegenstand und Resultat wahrer Wissenschaft zu gelten hat.

So sind denn jene mit Urteilskraft aus den tatsächlichen Feststellungen gewonnenen Ergebnisse wahr und ist das Wissen von ihnen als wissenschaftlich anzuerkennen. Mit einem Vorbehalt. Dieser ist aber hier nicht nur der Vorbehalt des Irrtums über das Tatsächliche wie in der erst besprochenen Beziehung, sondern der Vorbehalt der Übereinstimmung mit dem vernünftigen Urteil, also mit dem Urteil, das sich ein jedes vernünftige Wesen gestatten darf. Die Resultate müssen folglich die Zustimmung derer gewinnen, die dieselbe Sache mitbeurteilen, und weichen solche von dem Gesagten ab, so mag jeder andere wieder über diese Abweichung sich ein Urteil gestatten, auf Gefahr dass jeder, der abweicht, in den Augen oder im Urteil der Andern sich als nicht urteilsfähig in diesen Dingen erweist. Wie es in den Naturwissenschaften Voraussetzungen gibt, unter welchen

allein eine Verständigung möglich ist, so, in anderer Richtung allerdings, auch bei der Rechtswissenschaft mit der Allgemeingültigkeit der Werturteile, die niemals für jedermann dargetan werden kann und doch ihrem Wesen nach zu sein behaupten muss.

Was endlich die dritte Beziehung der Rechtswissenschaft zur Wahrheit anbelangt, so liegt sie in jenen oben unterschiedenen Fällen vor, wo die Forschung nicht nur aus dem gegebenen Material ihre Schlüsse zieht, sondern gegenüber dem vorhandenen Material die Lücken auszufüllen unternimmt. Die Rechtsordnung, sagten wir, ist gedanklich als vollständig zu betrachten, und die Wissenschaft anerkennt es als ihre Aufgabe, diese Vollständigkeit zu respektieren und das ganze in den Rahmen ihrer Forschung hineinzuziehen. Sie kann also, wo sich Lücken im Tatsächlichen finden, auch ohne die tatsächliche Basis von Rechtssätzen wissenschaftlich arbeiten, und es fragt sich nur, haben ihre Ergebnisse alsdann Anspruch darauf als Wahrheit zu gelten?

Wer es unternimmt, losgelöst von den tatsächlich geltenden Rechtssätzen eine rechtliche Gemeinschaft zu zeichnen, wie sie seiner Beurteilung der Dinge entsprechen würde, der kann freilich keinen Anspruch erheben, eine wissenschaftliche Arbeit geleistet zu haben. Einzelnes darin mag von der Wissenschaft in Anspruch genommen werden können, im ganzen aber wird ein solcher Autor auch gar nicht die Prätension erheben, eine wissenschaftliche Arbeit zu leisten. Seine Utopie gehört der Dichtkunst an, mag der Zweck, den er verfolgt, auch das Werk zu einem politischen stempeln.

Wer gegenüber einer bestehenden Rechtsordnung von seiner eigenen Beurteilung der Dinge aus seine Urteils-

kraft dazu gebraucht, um an dem Bestehenden Kritik zu üben, der kann in einzelnen Beziehungen wohl wiederum der Wissenschaft gute Dienste leisten, aber sein Werk im ganzen tritt wiederum nicht als wissenschaftliches auf.

Wer nun aber in der oben angegebenen Weise, wiederum ohne eine Grundlage in den bestehenden Rechtsätzen zu haben, die Lücken ausfüllt, die diese aufweisen, hat sein Ergebnis den Anspruch auf Wahrheit? Die Frage erfährt die gleiche Beantwortung, wie die im zweiten Falle gestellte, nur tritt als Masstab hier nicht die logische Operation oder das Werturteil, sondern etwas anderes in Funktion, das wir mit folgender Überlegung uns klar machen können.

Das Recht entspricht der menschlichen Natur in dem Grade, dass Menschen ohne Gemeinschaft nicht bestehen können und jede Gemeinschaft ohne weiteres ihre Ordnung und damit ihr Recht hat. Man wird diese Erscheinung auf die Tatsache unseres Bewusstseins zurückführen müssen, wonach in unserer Vernunft, im Bewusstsein selbst, ohne weitere Voraussetzung immer die Verbindung mit Andern gegeben ist, mit denen wir in Gemeinschaft stehen, so dass das Bewusstsein nach Grundlage und Inhalt immer die zwei Seiten enthält: Einzelbewusstsein und Gemeinschaftsbewusstsein, Individual- und Sozialbewusstsein. Diese sind so enge ineinander verschlungen, dass eine jede Richtung ohne Mitspielen der andern nicht denkbar ist. Wer das Ich setzt, setzt auch die Gemeinschaft, wer die Gemeinschaft setzt, setzt von selbst auch das Ich. Und aus dieser doppelten Funktion entspringt das Bewusstsein des Rechts, als der Regel der Gemeinschaft, die wir von den Andern fordern und den andern zugestehen. Gleich wie die Sprache, obgleich sie vom

Einzelnen gesprochen wird, ganz notwendig die Gemeinschaft zur Voraussetzung hat und ohne diese schlechtweg nicht existierte, so verhält es sich mit dem Recht, das in unserem Bewusstsein von selbst empfunden und zur Funktion gebracht wird. Diese Funktion ist gegeben mit unserer Beurteilung aller uns berührenden Gemeinschaftsverhältnisse. Ein jeder ist sich Gesetzgeber im kleinen, mag er auch nicht die Gewalt haben, auf die Gestaltung der Gesetze einzuwirken.

Wenn nun in den unterschiedenen dritten Fällen ein Arbeiter am Tische der Wissenschaft die besprochenen Lücken ausfüllt, so tut er dies nach seiner Beurteilung der Dinge, also in Betätigung einer Fähigkeit, die ein jeder andere an sich auch hat. Er will Wahrheit nach seinem Zweck und Geist, indem er annimmt, dass, was er aufstelle, dem vernünftigen Urteil überhaupt entspreche. Ob dies zutrifft, das wird im einzelnen Falle fraglich und in keiner Weise absolut sicher sein. Aber als Wahrheit ist der Satz gemeint und muss der Satz gelten, soweit er nicht von andern Urteilen widerlegt und verdrängt wird. Wir haben also die gleiche relative Wahrheit vor uns, wie in den zweiten Fällen, nur ohne die vorausgesetzte Anknüpfung an die bestehenden, unbezweifelt geltenden Rechtssätze.

Solche Ausfüllung von Lücken erscheint in gewissen Fällen gerade so notwendig wie die Rechtsauslegung, indem die Rechtssätze, wo sie nicht durch das geltende Recht gegeben sind, vorausgesetzt werden müssen, um überhaupt eine Gemeinschaft zu ordnen, die tatsächlich ohne weiteres besteht und nicht durch Ignorierung oder Stillschweigen von Rechtspflege oder Wissenschaft aus der Welt geschafft werden kann. Das tritt in einigen

Fällen ganz deutlich zu Tage. Betrachtet man z. B. den Fall, wo zwei Staaten miteinander über eine Beziehung des internationalen Rechtes einen Vertrag abschliessen. Schafft dieser Vertrag objektives Recht oder nur subjektives? Das letztere wäre gar nicht möglich ohne die Voraussetzung einer Rechtsgemeinschaft unter den Kontrahenten, die objektiver Natur sein muss, denn die Gebundenheit durch einen Vertrag ist nur unter der Voraussetzung denkbar, dass spätestens gleichzeitig eine solche Gemeinschaft Platz greift. Diese Gemeinschaft ist diejenige des Gemeinschaftsbewusstseins überhaupt: Weil wir uns verbunden fühlen, erkennen wir auch die Gebundenheit an den Vertrag an, mag es sich mit der Exekution dann später auch verhalten wie es will. Die Wissenschaft wird also den Vertrag als subjektive Rechte begründend beurteilen, dabei aber das objektive Recht voraussetzen, das überhaupt die Gebundenheit durch Verträge primär bestimmt hat, auch wenn sie vielleicht in keinem nachweisbar geltenden Rechtssatze des Völkerrechtes aufgestellt ist. Und ähnliche Erscheinungen treten uns im Staate selbst, in dem Rechtsverkehr unter den in Gemeinschaft Verbundenen entgegen, wo die Wissenschaft gegebenen Falles Sätze aufstellt, die von keinem Satze des positiven Rechtes unterstützt sein mögen und gleichwohl als wahrhaft geltend auftreten, weil sie dem Gemeinschaftsbewusstsein entsprechen. Aber dass es sich dabei stets nur um eine relative Wahrheit handelt, das leuchtet in allen diesen Fällen noch besser ein, als in den oben besprochenen. Sie sind Wahrheiten, wie sie als solche auftreten, unter dem Vorbehalt, dass sie dem aus dem Gemeinschaftsbewusstsein entspringenden Rechtsbewusstsein entsprechen, und also auch nur so lange, als

dies der Fall, oder eher umgekehrt, bis nach den Tatsachen dargetan erscheint, dass dies nicht der Fall ist.

Die Wissenschaft hat auf allen Gebieten, nicht bloss auf dem Gebiete der Jurisprudenz — wenn auch hier in besonderem Sinne — mit solchen Erscheinungen zu rechnen. Sie treten in dem Kampfe der Meinungen darüber zu Tage, ob gegebenen Falles eine gefundene Erklärung der Erscheinungen als Wahrheit, d. h. bei den Naturwissenschaften als Naturgesetz, oder als Hypothese zu betrachten sei. Im Grunde genommen ist alles Hypothese, was nicht als Tatsache dargetan und der sinnenfälligen Wahrnehmung zugänglich gemacht werden kann. Es sind Erklärungsversuche für tatsächliche Erscheinungen, die über kurz oder lang durch andere ersetzt sein können. Das Unsichere liegt bei der Hypothese der Naturwissenschaften in der Voraussetzung einer Kraft, die allerdings die Erscheinung, die feststeht, bis auf einen gewissen Grad erklärt, aber selbst der Feststellung nicht fähig ist, während bei den durch das Werturteil in der Rechtswissenschaft gefundenen Sätzen das Unsichere darin besteht, dass das Urteil als der allgemein gültigen Vernunft entsprechend auftritt, während es sich noch erweisen muss, ob diese Annahme standhält. Und doch würde eine Bezeichnung jener relativen Wahrheiten als Hypothesen der Jurisprudenz irre führen. Denn in Wahrheit liegt bei der Rechtsordnung die Sache doch ganz anders, als bei den Naturwissenschaften. Das Gemeinschaftsbewusstsein als Träger des Rechtsbewusstseins ist überall tätig, nicht nur gegenüber den Werturteilen der Wissenschaft (oder des Richters), sondern auch gegenüber den Sätzen des positiven, des gesetzlich feststehenden Rechtes. Was dem Gemeinschaftsurteil

gegenüber diesen, den Sätzen des geltenden Rechtes, eine andere Stellung gibt, als gegenüber den andern Rechtsfeststellungen, ist nicht die grössere Wahrheit der Gesetze, sondern die verschiedene Grundlage ihrer Geltung. Sie sind in Wahrheit geltendes Recht, weil die Gewalt, die hierüber verfügt, das so angeordnet hat. Die Sätze, die von der Wissenschaft dem angegliedert werden, haben diese Gewalt nicht, mögen sie auch gegenüber dem Gemeinschaftsbewusstsein hundert mal wahrer sein. Es handelt sich also nicht um den Gegensatz von Wahrheit und Hypothese im naturwissenschaftlichen Sinne, wenn in der Rechtswissenschaft die nach Befehl der Rechtsgewalt geltenden Sätze denjenigen, die von der Wissenschaft aufgestellt werden, gegenüber stehen, sondern um einen verschiedenen Grad der Geltung, und nur weil die von der Rechtsgewalt angeordneten Sätze unzweifelhaft gelten, während die andern nur relativ gelten, und die Wissenschaft doch das geltende Recht darzulegen hat, kann dann gesagt werden, es seien die Rechtssätze, die von der Wissenschaft gelehrt werden, soweit sie im geltenden Recht positiv enthalten sind, absolut wahr, andere dagegen nur relativ. Allein auch dem gegenüber müssen wir immer dessen bewusst bleiben, dass die von unserm Bewusstsein postulierten Normen nicht bloss subjektiv, sondern objektiv bestehen, dass nur unsere lückenhafte Erkenntnis sie mit dem Charakter relativer Wahrheit belegt. In der wissenschaftlichen Feststellung der Normen liegt alsdann der oberste und letzte Satz, der den mannigfaltigen Rechtsbefehlen zu Grunde liegt und der infolge dieser Funktion nicht anders gedacht werden kann, denn als ein Gebot oder ein Sollen, gerichtet auf die Verwirklichung der Rechtsgemeinschaft.

Diese Betrachtung mag auch noch einen Fingerzeig dafür enthalten, ob die naturrechtlichen Systeme der früheren Jahrhunderte als wissenschaftliche Werke anzuerkennen seien oder nicht. Dass sie es sein wollten und von den Zeitgenossen als solche aufgefasst wurden, ist unzweifelhaft. Aber auch auf der Grundlage unserer Betrachtung muss man ihnen diese Eigenschaft gelten lassen. Sie lehren uns zwar keine Wahrheit in ihrem Sinne mehr. Allein sie setzten sich vor, das Gemeinschaftsleben in seiner tatsächlichen Existenz erklärlich zu machen und aus dem Grunde der Erklärung auch gleich darzulegen, wie es wirklich beschaffen sei. Was positiv dabei geboten werden konnte, entsprang dem Gemeinschaftsbewusstsein der Autoren und ihrer Zeit. Was sie postulierten, beanspruchte Gültigkeit auf der Grundlage der gedanklichen Erklärung. Als Kritik des Bestehenden kommt ihnen der wissenschaftliche Charakter nicht zu, wie wir oben schon angedeutet, allein als Versuch der Deutung und Gestaltung der Gemeinschaft, von grundsätzlicher Betrachtung unternommen, sind sie ehrwürdige Zeugen einer verschwundenen wissenschaftlichen Richtung, vergleichbar den Weltsystemen, die vor Keppler das Licht der Welt — wir sagen nicht erblickt, sondern — erklärt haben.

Gegenüber der mit unseren Ausführungen gewonnenen Umschreibung und Feststellung der Bedeutung der Rechtswissenschaft erhebt sich nun das Problem, ob dieselbe als eine Rechtsquelle zu bezeichnen sei, und die Beantwortung dieser Frage hängt wiederum davon ab, was man unter Rechtsquelle zu verstehen habe. Die Antwort

hierauf lautet aber sehr verschieden. Wir können drei grundsätzliche Auffassungen unterscheiden.

Nach der einen Ansicht bedeutet Rechtsquelle die Quelle des Rechts. Als solche Quelle betrachten wir das Gemeinschaftsbewusstsein der in Gemeinschaft verbundenen Personen, halten aber die Gemeinschaft für eine den Menschen innewohnende, notwendige Lebensäußerung, sodass das menschliche Bewusstsein seinem Wesen gemäss nach zwei Richtungen blickt: Individualbewusstsein und Sozialbewusstsein bestimmen die Perspektive, in der jeder Mensch seiner Vernunft gemäss seine Existenz notwendig gerichtet sieht, und aus diesem Doppelbewusstsein entspringt das Recht, da liegt die Quelle, die jederzeit und allerorten das Recht erzeugt, mag es mehr oder weniger ausgedehnt, mehr oder weniger vollkommen sein. Funktionell nach der gleichen Richtung, aber mit anderem Ausdrucke bezeichnet, wird auch das vernünftige Bewusstsein überhaupt als solcher Rechtsursprung genannt, oder man hebt die göttliche Weltordnung als Quelle allen Rechtes hervor und erhebt, in frommem Glauben oder in Verbindung von solcher Grundstimmung mit philosophischer Spekulation, Gott zur Rechtsquelle. Erscheint dieses Zurückgreifen auf die letzten Gründe für allzu abstrakt, so wird das Volk, oder die Nation als Quelle des Rechtes angerufen, und wo auch dieses als zu allgemein empfunden wird, betont man die Wege, auf denen aus solch allgemeiner Voraussetzung das Recht seine Verwirklichung erfahre, und bezeichnet die Gesetzgebung — obgleich diese ja selbst erst aus einer Rechtsquelle entsprungen sein muss — die Gesetzgebungsmacht, den Gesetzgeber, oder die Übung unter den in Gemeinschaft Verbundenen als Rechtsquelle.

Allen diesen Auffassungen liegt das Gemeinsame zu Grunde, dass der Ursprung der Rechtsordnung überhaupt, sei es mehr innerlich oder mehr äusserlich gefasst, unter irgend einer wissenschaftlichen Fixierung des Ausdruckes, als Rechtsquelle betrachtet wird.

Ganz anders eine zweite Auffassung, die davon ausgeht, dass richtigerweise als Rechtsquelle die Erkenntnisquelle des geltenden Rechtes betrachtet werden müsse. Was uns Aufschluss über ein bestehendes oder gewesenes Recht verschafft, ist bei dieser Betrachtung Rechtsquelle, sodass nicht nur Aufzeichnungen über Rechtszustände irgend welcher Art, sondern auch zufällige Mitteilungen, die von Rechtszuständen Kunde geben, den Charakter von Rechtsquellen beanspruchen können. Nicht nur die Chroniken verschwundener Zeiten, auch die Schilderungen von Land und Leuten der Gegenwart können derart die Eigenschaft von Rechtsquellen besitzen. Das Massgebende bei dieser Ansicht ist die Kunde vom Recht in deskriptiver Hinsicht, und so wird die Rechtsbeschreibung, namentlich die Rechtsgeschichte immer wieder auf diesen Begriff der Rechtsquelle zurückgreifen¹⁾. Man kann in diesem Sinne anstatt von Rechtsquellen von Quellen der Rechtswissenschaft oder Rechtskunde sprechen.

Nach der dritten Auffassung wählt man die Natur der Rechtsordnung selbst zur Basis der Begriffsumschreibung und versteht unter Rechtsquelle nur diejenige Mitteilung über rechtliche Zustände, die dem Charakter des Rechtes selbst Ausdruck gibt. Das Recht müsse als solches erklärt, statuiert sein, anders könne es keine Rechtsquelle geben²⁾. Und da nun das Recht seinem Wesen nach eine

¹⁾ So betont es namentlich Zöpfl, Deutsche RG., I, S. 4.

²⁾ «Es gibt noch nicht angewandtes, nicht aber noch nicht erklärtes Recht». Binding, Normen I (2. Aufl.), S. 153, 155.

verbindliche Ordnung des Gemeinschaftsverhältnisses ist, so können Rechtsquellen unter diesem Gesichtspunkte auch nur diejenigen Mitteilungen über das Recht sein, die zugleich dieser Verbindlichkeit Ausdruck verschaffen. Das sind die Gesetze selbst und die Feststellungen des Gewohnheitsrechtes in jedem Falle, wobei die Quelle in geschriebenem oder ungeschriebenem Rechte bestehen kann, wie denn ein nicht publiziertes Gesetz, das die Landsgemeinde von Appenzell I. Rh. erlassen hat, ganz gewiss Rechtsquellencharakter hat, ebenso aber auch eine Aufzeichnung, wenn auch privater Natur, über eine Gewohnheit, die gegebenen Falles als Gewohnheitsrecht nachgewiesen werden kann.

Zu diesen divergierenden Ansichten über den Begriff der Rechtsquelle gilt es Stellung zu nehmen, wenn darüber entschieden werden soll, ob eine Rechtskundgebung als Rechtsquelle anerkannt werden könne oder nicht. Zugleich aber kann auch die Frage nicht umgangen werden, welche von den unterschiedenen Auffassungen über die Rechtsquelle als diejenige bezeichnet werden müsse, die wissenschaftlich als Norm gewählt werden soll. Und dabei lässt sich nun folgendes anmerken.

Die Arbeit am Recht vollzieht sich in grossen Zügen nach drei Richtungen: Setzung des Rechtes oder Gesetzgebung im weitesten Sinne, worunter auch die Formulierung des Gewohnheitsrechtes, das von der Übung gesetzt wird, zu verstehen ist, sodann Rechtsanwendung, und zwar sowohl im Verkehr der Gemeinschaftsglieder im allgemeinen, als in der Urteilsfällung durch die Gerichte, und endlich Rechtskunde als Mitteilung über das, was Recht ist, sei es zum Zwecke der Überlieferung an kommende Geschlechter oder zum Zwecke des Unter-

richtes oder zur Ausrüstung der Rechtsanwendung. Alle drei Richtungen sind des gleichen Geistes, überall tritt bei ihnen das «juristische Denken» zutage, eine Funktion, die wissenschaftlich genannt werden kann, weil sie mit der Methode der wissenschaftlichen Arbeit in der Jurisprudenz überall wesensgleich ist: Ein Tatbestand wird beurteilt, indem man ihn unter eine Rechtsregel subsumiert. Dies vollzieht sich in der Gesetzgebung mit dem Zweck und dem Ergebnis, dass aus der subjektiven Beurteilung der vorliegenden Verhältnisse die objektive Regel mehr oder weniger generell, stets aber abstrakt gefunden oder aufgestellt wird, in der Rechtsprechung zu dem Behuf der Urteilsfällung für einen bestimmten konkreten Fall nach der abstrakten Regel, die objektiv besteht, oder als bestehend vorausgesetzt wird¹⁾, und in der Wissenschaft in der Gestalt, dass das objektive Recht, das Geltung hat, als allgemein gültiges System erfasst und getragen wird. Hier wie dort gibt es eine Erkenntnis der Rechtsordnung aus dem Gesetz, ohne Gesetz und zur Ergänzung des Gesetzes, und überall wird das Recht gepflegt nach dem Gesamtbilde der Gerechtigkeit²⁾. Was aber ist nun für diese verschiedenen Funktionen Rechtsquelle?

Der Begriff der Rechtsquelle kann für sie unmöglich

¹⁾ Vgl. darüber die prächtigen Ausführungen von Savigny, System, I, S. 44.

²⁾ Sehr lucid über diese Methode des «Juristenrechts» in den verschiedenen Richtungen, Beseler, a. a. O., S. 307: Arbeit der Juristen in der Lehre mit Rede und Schrift, in der Rechtsanwendung mit Plädoyer und Urteil, in der Gesetzgebung. Deshalb darf man aber die Tätigkeit des Richters oder des Gesetzgebers doch nicht als eine Funktion der Wissenschaft auffassen. Es sind nur übereinstimmende Mittel, die zu verschiedenen Zwecken ins Werk gesetzt werden.

am gleichen Orte liegen, es muss ein Bedürfnis für die divergierende Feststellung des Begriffes anerkannt werden. Zwar wird für alle drei Arbeitsrichtungen die Rechtsquelle auch in allen drei oben unterschiedenen Bedeutungen in Frage kommen. Aber für die rechtssetzende Tätigkeit liegt die Quelle des Rechtes in dem Gemeinschaftsbewusstsein oder in der Vernunft¹⁾, für die Rechtsanwendung dagegen in demjenigen, was der in verbindlicher Weise getroffenen Anordnung Ausdruck gibt, also im Gesetz und im Gewohnheitsrecht, während die irgendwie gestaltete Rechtskunde als Rechtsquelle für die descriptive Überlieferung des Rechts in Betracht fällt.

Nun erst treten wir, auf Grund dieser Feststellungen, direkt an unsere Frage heran, ob und in welchem Sinne die Wissenschaft als eine Rechtsquelle anzuerkennen sei.

Das Problem ist, so oft es auch schon erwogen worden, gleichwohl verhältnismässig neu. In den Überlieferungen des römischen Rechts werden als Rechtsquellen angeführt: die *leges*, *senatusconsulta*, *plebiscita*, *responsa*, *jura*, *quae natura omnia animalia docuit* u. a., ohne dass eine nähere Untersuchung des Verhältnisses unter diesen Erscheinungen Platz gegriffen hätte. Die mittelalterliche Literatur weist dem gegenüber keinen Fortschritt auf, sowenig in der Rechtswissenschaft als in der Philosophie. In der Periode des Naturrechts finden wir allerdings das

¹⁾ Gelegentlich kommt diese Auffassung so kräftig zum Ausdruck, dass dem Gesetz der Charakter einer Rechtsquelle abgesprochen wird. Vgl. Schlossmann, *Der Vertrag*, S. 185 f., wo die freie Entwicklung der Prinzipien der Gerechtigkeit als die wirkliche Rechtsquelle bezeichnet und dem Gesetze diese Eigenschaft abgesprochen wird.

Erwachen einer gedanklichen Erklärung des Rechtes, und zwar wird die Erklärung aus dem Willen des Menschen heraus versucht, und daraus entstand die Rechtsquellenlehre, die den Staat aus der Bindung des Individuums, alles Recht aber aus dem Staate abgeleitet hat, der nach dem Willen des Volkes das Recht bildet. Der Germanistik war es vorbehalten, diese Auffassung, die in mancher Hinsicht der neuern Zeit und ihren politischen Strömungen so wohl passte, dadurch zu berichtigen und zu vertiefen, dass — bei Coccejus, Conring u. a. — neben dem Staat und seiner Gesetzgebung das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle zur Anerkennung gebracht wurde¹⁾. Jedoch in allen diesen Ausserungen über die Quelle des Rechts lag die Frage nach dem Bestand und dem Charakter der Rechtsquellen noch nicht. Diese Frage wurde vielmehr erst von der historischen Schule im 19. Jahrhundert aufgeworfen. Seitdem aber hat dann die Untersuchung verschiedene Wandlungen durchgemacht, und man kann heute noch nicht sagen, dass sie in Gestalt einer wirklich herrschenden Lehre zum Abschluss gebracht worden sei.

Überblicken wir die verschiedenen Auffassungen, die in der Literatur über die gestellte Frage in den letzten hundert Jahren zu Tage getreten sind, so lassen sich drei Gruppen unterscheiden: Diejenige, die die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle schlechtweg anerkennt, sodann

¹⁾ Vor der historischen Schule ward das Verhältnis so aufgefasst, dass das Recht nur aus der bewussten menschlichen Tat entstanden sei, zunächst durch Vertrag, dann auf dem Wege der Gesetzgebung, und Gewohnheitsrecht ward als mittelbare Gesetzgebung (Thibaut) betrachtet. Hugo hob zuerst hervor, dass die Gewohnheit eine selbständige Rechtsquelle sei, wenn auch von minderm Belange. Erst Savigny vertiefte das Problem und gab ihm die uns heute beschäftigende Gestalt.

diejenige, die ebenso schlechtweg der Rechtswissenschaft den Charakter einer Rechtsquelle abspricht, und die dritte, die die Anerkennung als Rechtsquelle mit irgend einer Einschränkung ausspricht. Diese drei Auffassungen sind sich nicht einfach geschichtlich gefolgt, so dass die erste durch die zweite, die zweite durch die dritte abgelöst worden wäre. Vielmehr gewahren wir bei aller Dogmenentwicklung, die stattgefunden hat, dass alle drei Auffassungen heute noch verteidigt werden, und es sind nicht die Resultate, sondern die Begründungen, die sich wechselseitig berichtigt und ergänzt, vertieft und geschliffen haben.

Mit jeder dieser Auffassungen lässt sich der Begriff der Rechtsquelle nach den drei oben unterschiedenen Arten verbunden denken: Rechtsquelle als Ursprung des Rechts, als Kunde vom Recht und als Fassung des Rechtsbefehls. Doch fallen von den hienach als möglich zu betrachtenden Auffassungen einige sofort weg. Es sind dies diejenigen, die sich mit der Auffassung der Rechtsquelle als Erkenntnisquelle für rechtliche Zustände verbinden¹⁾. Auf dieser Grundlage muss der Rechtswissenschaft unvermeidlich der Charakter einer Rechtsquelle zugesprochen werden, denn in jeder Form der Ergebnisse ist es der letzte Zweck der Wissenschaft, die Kunde vom Recht zu vermitteln. Es gibt weder eine Ablehnung, noch eine Einschränkung der Anerkennung, es bleibt nur die volle Anerkennung der Wissenschaft als Rechtsquelle möglich, und der Standpunkt ist für uns so einfach, dass darüber nicht weiter gehandelt werden muss.

Anders nun mit den übrigen Unterscheidungen, von

¹⁾ Was Savigny, System I, 18, «geschichtliche Quellen der Rechtswissenschaft» nennt.

denen wir in erster Linie diejenigen ins Auge fassen, nach denen die Rechtswissenschaft als eine Rechtsquelle im Sinne des Ursprungs des Rechtes aufgefasst wird.

Unter diesem Gesichtspunkte vermag, wer das Recht aus dem Volke oder dem Volksgeiste herauswachsen lässt, die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle zu bezeichnen, sobald er die Wissenschaft als eine Emanation dieses Geistes in Anspruch nimmt. Und diesen Schritt hat kein geringerer getan als Savigny¹⁾, der diese Auffassung damit begründet hat, dass er die Männer der Rechtswissenschaft, die Juristen, als Teile des Volkes und ihre Fachkunde als einen Teil des lebendigen Volksgeistes bezeichnet²⁾. Das Volksganze mit seiner organischen Verbindung der einzelnen Teile erscheint als der Träger der Rechtsentwicklung, auch wo die Ausgestaltung in einzelne Richtungen sich verschieden gestaltet. Dieser Charakterisierung der Rechtswissenschaft bedurfte Savigny — nebenbei bemerkt — um nicht die Reception des römischen Rechtes ausserhalb seine grundsätzliche Erklärung der Rechtsentwicklung stellen zu müssen. Auch Puchta³⁾

¹⁾ Siehe Savigny, System des heut. röm. R., I, S. 12 ff., namentlich S. 19 ff. Die Konzeption des Volkes als das durch den allmählich stattfindenden Wechsel der Generationen gebildete Zusammenleben von Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft zeugt von der geistigen Kraft dieses Mannes, der dieses Naturganze (die menschliche Gemeinschaft) als letzte oder einzige Quelle des Rechtes bezeichnet hat.

²⁾ Eine Gefahr in dem Zustand, dass sich die wissenschaftliche Tätigkeit in einer gewissen Kulturperiode vom Volke abtrennt und eine für die Gesetzgebung und Rechtsprechung bedenkliche Spaltung eintritt, verkennt auch Savigny nicht, begegnet ihr aber mit der Bemerkung, dass doch auch unter solchen Zeitläufen «Jeder Jurist werden könne». A. a. O., S. 47.

³⁾ Vgl. Puchta, Gewohnheitsrecht, namentlich I, S. 165: Wenn also die Wissenschaft eine Rechtsquelle, so ist sie eine von der unmittelbaren Volksüberzeugung ganz verschiedene und eigene. Dabei

folgt dieser Auffassung der Rechtswissenschaft und hat der Betonung des Volksganzen, das auch im «Juristenrecht» anerkannt werden müsse, namentlich gegenüber Beseler einen sehr beredten Ausdruck gegeben.

Zu einer andern Auffassung, der eingeschränkten Anerkennung der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle, gelangt unter jenem Gesichtspunkt Georg Beseler, der zwar unter Rechtsquelle auch den Volksgeist als Ursprung des Rechtes versteht, allein gerade deshalb die Rechtswissenschaft nicht als vollgültige Rechtsquelle anzuerkennen vermag. Die Juristen sind nämlich, wie er ausführt, kein Teil des Volkes, sondern dem Volke fremd, wenn auch nicht ausnahmslos, so doch der Hauptsache nach, und was sich aus diesem Stande entwickelt, ist daher nicht Volksrecht, sondern «Juristenrecht» im Gegen-

werden aber die Juristen als Repräsentanten des Volkes gedacht, indem der Gegenstand ihrer Wissenschaft ein nationaler ist. Dann vgl. auch Puchta gegen Beseler, S. 14 ff., die hübsche Ausführung über den Sinn der «Volksüberzeugung» als Überzeugung der in der Materie kundigen Glieder des Volkes, Bankiers, Bauern, Juristen . . . «es wäre kein Volk, sondern ein Pöbel zu nennen, bei dem der Gelehrte um dieser Eigenschaft willen die Volkstümlichkeit verlieren als ein fremdes Element ausgeschieden würde.» — Mit grosser Bestimmtheit spricht sich für den Rechtsquellencharakter der Wissenschaft auch Thöl aus, Einleit. in das D. P. R., S. 138, «Die Wissenschaft ist eine Rechtsquelle». Er führt dabei aus, dass das wissenschaftliche Recht, das Juristenrecht, als wissenschaftlich entwickeltes und als Gewohnheitsrecht vorkomme, mit dem Unterschied, dass jenes einer innern Begründung fähig sei und sie verlange, dieses dagegen seiner Natur nach einer solchen unfähig sei. S. 139 ff. Vgl. weiter Walter, System d. gem. D. P. R., S. 23 ff., 32 f. Maurenbrecher, D. P. R., bezeichnet die Wissenschaft als Rechtsquelle, indem er die Autorität des Gerichtsgebrauchs auf die Rechtsgelehrtheit stützt. — Ehrlich, Freie Rechtsfindung, S. 83 f., bezeichnet die von der Gesetzgebung, der Rechtsprechung oder der Rechtswissenschaft ausgehenden Entscheidungsnormen als Rechtsquellen.

satz zum «Volksrecht». Nach Beselers Ausdrucksweise spalten sich das wissenschaftlich gebildete Recht und das Juristenrecht insofern, als das letztere eine Abart des ersteren und in dieser Sonderstellung dem Volksrecht fremd ist. Zwar bejaht er dann wohl die «Existenz der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle», belässt ihr aber nicht die Bedeutung einer Ausbildung als Volksrecht, und da dieses das einzig wahre Recht darstellt, so wiegt seine Bejahung, man kann fast sagen, soviel wie eine Ablehnung.

Eine vollständige Ablehnung als Rechtsquelle im Sinne des Ursprungs des Rechts erfährt die Jurisprudenz unter dem Gesichtspunkte, dass sie niemals neues Recht, neue Rechtssätze schaffe, sondern stets nur entwickle, was sowieso als Recht bestehe oder, unter dem Gesichtspunkte der Erzeugung durch den Volksgeist, als Recht anerkannt werden könne. So ist dies ausgesprochen bei vielen Vertretern der historischen Rechtsschule¹⁾, wobei aber zur Unterstützung der Ablehnung auch hie und da der Begriff der Rechtsquelle im dritten Sinne herangezogen wird.²⁾

¹⁾ Vgl. z. B. Windscheid, Pand. § 16, N. 8: «Was die Juristen in dieser Weise finden, ist kein neu erzeugtes Recht; es war schon früher vorhanden, es ist nur aufgedeckt worden.» Zugegeben wird dabei nur, dass der auf wissenschaftlichem Wege gefundene Rechtssatz im Laufe der Zeit zum wirklichen Gewohnheitsrecht werden könne. Dieses Zugeständnis steht freilich mit dem Vorgehenden in einem gewissen Gegensatz. — Vgl. auch Bähr, Urteile des Reichsgerichts, S. 183 ff.

²⁾ So bei Keller, Pand., S. 2. ff, der in schönen Ausführungen der Wissenschaft die Aufgabe zuspricht, es solle durch sie das Recht vollständig und in seiner Harmonie als Ganzes zum Bewusstsein gebracht werden, ihre Aufgabe sei die Erforschung der Uebung. Auslegung der Gesetze, Entdeckung der in beiden (Gewohnheitsrecht und Gesetzgebung) wirkenden höheren Ideen und Entwicklung neuer

In zweiter Linie betrachten wir die Auffassungen, die als Rechtsquelle die Kundgebung des in bindender Weise angeordneten Rechtes betrachten. Bei dieser Grundlage scheint zwar die Wissenschaft im allgemeinen nicht als Rechtsquelle anerkannt werden zu können, abgesehen natürlich von den Fällen, wo den Aussprüchen der Rechtsgelehrten von der Staatsgewalt eine bindende Kraft beigelegt wird, wie bei den Responsen der römischen Juristen. Wir finden dann aber doch die An-

Regeln, Ergänzung jener beiden aus diesen. «So ist die Rechtswissenschaft hinsichtlich der Uebungen der Macht des Volkes, der Macht des Staats hinsichtlich der Gesetze untergeordnet, aber hinwieder für beide bestimmend, indem sie bei jenen den Gedanken an die Stelle des Instinktes bringt und zu dieser das ganze Element der Intelligenz liefert.» Im Gegensatz zu Puchtas Auffassung sagt Keller sodann S. 3 geradezu: «Eigentliche Rechtsquelle ist nur, was den Rechtsregeln als solchen ihre Geltung gibt, nicht was sie bloss zum Bewusstsein bringt, nicht auf die Entstehung, sondern bloss auf die Erkenntnis des Rechts unmittelbar einwirkt.» Aus diesem Grunde dürfe die Rechtswissenschaft nicht als Rechtsquelle mit Gesetz und Uebung auf eine Linie gestellt werden. Element der Rechtsbildung, mittelbares Organ, bleibe sie immer. Und S. 12 wird der Gegensatz in die Worte gekleidet: «Wir negieren sowohl, dass der Gesetzgeber, als dass der Jurist oder die Uebung das Recht machen. Die Wirksamkeit des Juristen, des Gesetzgebers und der Rechtsübung beziehen wir wesentlich auf das Bewusstsein und die Erregung des Bewusstseins von dem Rechte, das objektiv im Volke lebt und regiert. Es versteht sich, dass nach unserer Darstellung das eine und unteilbare Recht, das objektiv so und nicht anders existiert, gleichviel, ob es auf dem Wege der Rechtsübung oder auf dem Wege der Wissenschaft zum Bewusstsein gebracht wurde, immer dasselbe ist, wenn nur die Uebung und die Juristen ihre Sache recht machen . . . Die Autorität der communis opinio ist eine freie, eine Maxime zur Befolgung nach Gewissenspflicht, während die Befolgung der Gesetze Zwangspflicht ist.» Uebrigens spricht auch Puchta in seiner Streitschrift gegen Beseler, S. 17, davon, die Wissenschaft sei eine Rechtsquelle, weil sie in ihrer Arbeit produktiv sei, allein nicht mit äusserer, lediglich mit innerer Autorität als Wahrheit.

sicht verteidigt, dass die Rechtswissenschaft selbst bei dieser Betrachtungsweise ganz allgemein als Rechtsquelle anerkannt werden müsse. So leitet Maurenbrecher daraus, dass die Wissenschaft dasjenige entwickle, was in den Gesetzen und in dem Gewohnheitsrecht ruhe, die Folgerung ab, dass ihr wie jenen die Gesetzeskraft zukomme, und anerkennt sie mithin als eine dem Gesetz und der Gewohnheit ebenbürtige Rechtsquelle. Ganz vorwiegend ist freilich auf diesem Boden der Standpunkt vertreten, dass die Wissenschaft, weil eben ihre Meinungen keine bindende Kraft haben, den Quellencharakter nicht besitzen könne¹⁾. Und zu den gleichen Ergebnissen

¹⁾ Siehe namentlich bestimmt Gierke Deutsches P. R., I, S. 181: «Die Wissenschaft selbst ist niemals Rechtsquelle», und die dort aufgeführte Literatur, insbesondere noch Behrend, Handelsrecht, § 19 S. 85, Renaud, D. P. R., I, §§ 32 f.; Stahl, Rechtsphilosophie II, S. 256: Elemente der Rechtsüberzeugung sind: Volksbewusstsein, obrigkeitliche Absicht, Rechtswissenschaft. Rechtsquellen in technischem Sinne: Gesetz, Gewohnheits-, Gerichtsgebrauch. Die Wissenschaft kann nicht Rechtsquelle sein. — Siehe ferner Bekker, Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung, S. 196: Rechtsquelle ist die Wissenschaft nie, denn die Rechtskunst ist nie selbständig und für sich allein tätig, sondern stets nur, wo sie sich mit einer der andern Quellen verbindet, S. 203. Wo die Wissenschaft sagt: das weiss man nicht, das Leben aber ein das braucht man ruft, da setzt die Kunst ein. Stobbe, Deutsches P. R. I. (3. Aufl.), S. 190 f. lehnt ebenfalls den Charakter der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle ab. Es verhalte sich mit der Aufstellung der Sätze der Jurisprudenz wie mit der Entdeckung eines physikalischen Gesetzes, es sei nichts Neues damit aufgestellt, sondern höchstens ein bisher Bestehendes, aber nicht Erkanntes nunmehr erkannt. Die Wissenschaft erzeuge nie das Recht, der Richter wende ihre Sätze nicht an, weil sie von der Wissenschaft verteidigt werden, sondern sofern sie seiner Ansicht nach begründet seien. Diese Wendung bei Stobbe deutet auf das von uns als richtig betrachtete Verhältnis hin (s. oben S. 17 u. 20), aber ohne dass die richtige Konsequenz daraus gezogen wird. Vgl. auch Knitschky, Gewohnheit und Gerichtsgebrauch, im Archiv f. öffentl. R. XIII, S. 161 ff. — Endlich sei

müssen diejenigen Auffassungen kommen, die einfach das Recht aus dem Staatswillen ableiten ¹⁾).

Endlich findet sich auf dieser Grundlage auch die Anschauung, dass die Wissenschaft zwar allerdings kein bindendes Recht im Sinne der Gesetzgebung schaffe, dass aber doch in ihr eine Autorität hervortrete, die neues Recht schaffen könne, und damit wird alsdann der Wissenschaft der Charakter einer Rechtsquelle zweiten Grades, einer solchen, die Rechtssätze minderen Grades erzeuge, zugewiesen, wie dies unter den neueren neben Thöl ²⁾ namentlich auch von Regelsberger vertreten wird ³⁾).

Abgelehnt wird hienach die Wissenschaft als Rechtsquelle von der einen Seite mit der Begründung, dass sie keine Rechtssätze aufstelle, sondern nur bestehendes Recht feststelle und mitteile, und von der andern Seite unter der Erwägung, dass ihre Rechtssätze keine zwingende Kraft besitzen, wie sie den gesetzten Rechtssätzen zukommt. Anerkannt aber wird sie als Rechtsquelle unter Berufung bald auf ihre schöpferische Kraft, bald auf die ihr zukommende Autorität oder ihre natürliche

auch noch auf Saleilles verwiesen, in der *Revue trim. de Droit Civil*, I, S. 83, 112.

¹⁾ So finden wir die Frage namentlich bei den neueren Rechtsphilosophen erörtert und beantwortet. Vgl. Trendelenburg, *Naturrecht*, S. 330. Lasson, *Rechtsphilosophie*, S. 412 f., sagt allerdings: Rechtsquelle ist der Staat, fügt dann aber bei: Abgeleitete Rechtsquellen seien Gesetz, Gewohnheit, Autonomie, Gerichtsgebrauch, Autorität der Rechtsgelehrten

²⁾ S. oben S. 33, Anmerkung.

³⁾ Vgl. Regelsberger, *Pandekten*, I, S. 88 ff; 107 ff; namentlich S. 108: „Was von den hervorragenden Vertretern der Wissenschaft gelehrt wird. . . . hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Ein gewissenhafter Richter wird seine abweichende Meinung so lange unterordnen, als er nicht die volle Ueberzeugung von der Unhaltbarkeit der von jener Autorität getragenen Ansichten hat.“

Befugnis, Rechtssätze auszusprechen. Es liegt uns nun ob, aus diesem Wirrwarr der Ansichten dasjenige hervorzuheben, was auf wissenschaftlichen Wert und allgemeine Anerkennung Anspruch erheben darf.

Erweist sich auch manches, was wir in dieser kurzen Zusammenstellung der Ansichten aufführten, als beeinflusst von den Tagesströmungen, als der logischen Konsequenz entbehrend, oder als ein Streit um Worte, so lässt sich doch nicht verkennen, dass die Erfassung und Lösung des Problems sich im Laufe der Controverse vertieft hat. Wir finden sozusagen alle Elemente, die zur Lösung beitragen, erwogen, und wenn wir dasjenige, was wir für richtig erachten, herausarbeiten wollen, so gilt es nur, die passenden Faktoren in die ihnen gebührende Stellung einzusetzen. Wir verlangen dabei von einer dem heutigen Stand der Frage entsprechenden Beantwortung der Frage, dass sie nichts Relevantes unberücksichtigt lasse, dass sie sich von logischen Widersprüchen möglichst frei halte, und dass sie eine Auffassung der Wissenschaft bekunde, die für die Verwirklichung des Rechts den Dienst leistet, den wir auch in dieser Beziehung von der Wissenschaft erwarten müssen: Klärung der grundsätzlichen Betrachtung und Bildung von der Funktion der Rechtsordnung entsprechenden Begriffen, die es gestatten, aus den Prämissen die für das Ganze zweckmässigen Folgerungen zu ziehen.

Betrachten wir das wissenschaftliche Arbeiten des näheren, so sehen wir, dass es in verschiedenem Sinne vorkommen kann. In erster Linie arbeitet die Wissenschaft selbständig. Sie schafft die wissenschaftliche Lehre

in irgend einer Gestalt, die immer das Merkmal des Allgemeinen und Objektiven trägt. Sie ist aber auch bei der Tätigkeit der Rechtsprechung vorhanden, indem der Richter bei seiner Urteilsfällung sich die Rechtssätze nach den Grundregeln der Wissenschaft feststellt und sie nach denselben Gesichtspunkten zur Anwendung bringt. Von dieser Betrachtung aus ist es durchaus als richtig anzuerkennen, wenn Savigny, Puchta u. A. die richterliche Tätigkeit als eine wissenschaftliche Arbeit und den Gerichtsgebrauch als Äusserung der Wissenschaft in Anspruch genommen haben. Allein nicht richtig war es, wenn diese Autoren bei der Rechtsprechung Halt gemacht haben. Denn mit ganz dem selben Recht muss auch die Gesetzgebung als eine wissenschaftliche Arbeit anerkannt werden, indem doch der Gesetzgeber in eminentem Masse alle jene Geistesoperationen zu betätigen hat, die der wissenschaftlichen Arbeit eignen. Das führt dann aber auch sogleich zu einer Abgrenzung. Bei der Tätigkeit des Richters, wie des Gesetzgebers, ist die wissenschaftliche Arbeit nur ein Mittel zu Zwecken, die der Wissenschaft nicht vorschweben, zur Bestimmung dessen, was künftig objektives Recht, generelle Regel sein soll, oder was in einem gegebenen Falle als Recht und Pflicht zu gelten habe. Der wissenschaftliche Zweck an sich besteht bei diesen Betätigungen wissenschaftlicher Arbeit nicht, jedenfalls nicht in erster Linie, und deshalb sind sie und ihre Produkte keine Wissenschaft. Als Wissenschaft kann nur anerkannt werden die Feststellung und Beurteilung des Rechtes im allgemeinen, als eines objektiven Rechtsbestandes, aber freilich nicht nur die irgendwie zweckmässige Wiedergabe dessen, was objektiv vorliegt, sondern auch seine Vertiefung und Ergänzung

nach den Regeln wissenschaftlicher Untersuchung und Feststellung, also auch wieder als objektive Ordnung gedacht.

Nur in diesem Sinne darf die Rechtswissenschaft als Quelle des Rechtes überhaupt in Frage gezogen werden. In allen andern Beziehungen tritt die wenngleich vorhandene wissenschaftliche Arbeit zurück hinter andern Zwecken und bildet nur eine unter den mehreren Grundlagen, die für diese Zwecke stets gegeben sein werden.

Man kann nun freilich die wissenschaftliche Tätigkeit als eine Aeusserung von eminenter Bedeutung an sich betrachten. Man kann hervorheben, dass die dazu Berufenen eine Welt für sich bilden. Man kann derart von Juristen sprechen, die als Fachmänner eine besonders hervorragende Betätigung an der Rechtsverwirklichung beanspruchen. Man kann dabei zu dem Ergebnis gelangen, dass es ein besonderes Juristenrecht gebe, das sich in Rechtsprechung und Gesetzgebung, wie in der engeren wissenschaftlichen Tätigkeit entwickle. Und von diesem Gesichtspunkte aus werden die Ansichten Savignys, Puchtas, Beselers, Thöls u. a. über das Juristenrecht so oder anders verständlich¹⁾. Allein unrichtig ist es eben doch, die Rechtsprechung oder dann auch die Gesetzgebung im allgemeinen als einen Zweig der Wissenschaft in Anspruch zu nehmen. Das Gesetz wird geschaffen, auch wenn der Gesetzgeber die wissenschaftliche Arbeit dabei gar nicht betätigt, das Urteil wird gefällt, auch wenn die Wissenschaft dem Richter nicht helfend

¹⁾ Auch sei anerkannt, dass zu Zeiten die Entwicklung sich ganz spezifisch in solchen Geleisen bewegt hat, man denke nur an das Gemeine Recht in Deutschland während des 18. Jahrhunderts, oder an die Gestaltung des Strafrechts auf Grundlage der Carolina. Vgl. über die Perioden des Jur.-Rechts, Beseler, a. a. O., S. 299.

zur Seite gestanden hat. Ja man kann nicht einmal sagen, dass die Gesetzgebung oder die Rechtsprechung in allen Fällen der wissenschaftlichen Arbeit benötigen, um zu ihren Zielen zu kommen. Es gibt Fälle, wo die des wissenschaftlichen Einschlages entbehrende Arbeit des Gesetzgebers oder Richters sogar über derjenigen steht, die mit und durch Wissenschaft geleistet wird. Die Urteilskraft ist die erste und gewaltigste Macht in diesen Dingen, ihre Betätigung macht den guten Gesetzgeber oder Richter aus. Und wenn die Wissenschaft mitwirkt, so vermag sie es nur, indem eben auch sie mit der Urteilskraft arbeitet. Was der Gesetzgeber, was der Richter leistet, sei dies gedacht als Beschluss einer Versammlung, der mit Mehrheit gefasst wird, oder als Entwerfung einer Ordnung, die dem Fachmanne übertragen wird, oder als Befehl des Monarchen, der sein «*ita jus esto*» unter das beratene Gesetz setzt, oder als Auffassung des Aktivbürgers in der Referendumsabstimmung oder an der Landsgemeinde, oder eines Geschworenen im Volksgericht, ist immer ein Urteil, das in seiner vernunftmässigen Struktur durchaus nicht abweicht von dem Urteil, das in jeder beliebigen Beurteilung einer Rechtsfrage liegt. Ist diese beim einzelnen Gemeinschaftsgliede belanglos, so führt sie beim Richter zur Entscheidung der streitigen Rechtsfrage und beim Gesetzgeber zur Aufstellung einer Regel des objektiven Rechtes. Bei der Wissenschaft aber ergeben sich aus ihr die Betrachtungen, die uns über den Rechtsbestand in seiner ganzen Ausdehnung und Tiefe belehren. Sie ist Lehre, und nicht Kritik, nicht Befehl, nicht Urteil, wenngleich sie auch auf diese Dinge indirekt von dem allergrössten Einfluss sein kann.

Freilich darf dabei nicht verkannt werden, welche ein Gut in der wissenschaftlich gearteten Tätigkeit des Gesetzgebers, wie des Richters liegt. Die wissenschaftliche Arbeit geht auf das Objektive, sie löst sich los von den einseitigen Betrachtungen nach dem Standpunkte der Interessen, sie bewirkt, dass der Gesetzgeber ganz auf das Allgemeingültige schaut und dass der Richter sich von Gunst und Missgunst, Hass und Neigung freimacht, um nur dem Wahren zum Siege zu verhelfen. Wir, die wir inmitten einer Kultur leben, die eine solche Objektivität als selbstverständlich zu betrachten geneigt ist, können wohl nicht immer ermessen, welche ein Fortschritt in der Entwicklung solcher objektiver Rechtswirklichkeit gefunden werden muss. Allein dies alles beseitigt eben doch nicht die Wahrheit des Satzes, dass die wissenschaftliche Arbeit immer nur eines der funktionierenden Elemente bildet, und dass in vielen Fällen die von wissenschaftlichen Dogmen unbeirrte Urteilskraft des Nichtfachmannes das richtigere findet, als der fachmännische Gelehrte. Ja es lässt sich von einer wissenschaftlichen Arbeit auch seitens des Nichtfachmannes sprechen, indem es sich um die Beurteilung von Dingen handelt, die in ihrer objektiven Bedeutung nicht zur Jurisprudenz gehören, und doch gegebenen Falles vom Gesetzgeber oder Richter erledigt werden müssen. Der Kaufmann oder Bauer, der in solchen Fällen alsdann die objektive Regel trifft, hat, wenn auch nicht wissenschaftlich, so doch im Sinne der Wissenschaft gehandelt, und wie sehr diese Arbeit oft der juristischen an Bedeutung überlegen ist, weiss jeder Kundige einzuschätzen.¹⁾

¹⁾ Diese Beobachtung, diese Tatsache ist in dem Streit um das «Juristenrecht» bereits von mancher Seite hervorgehoben worden.

Wissenschaft bedeutet hienach die Lehre, unterschieden von der Gesetzgebung und der Rechtsprechung. Sie ist die Lehre von dem, was Recht in objektivem Sinne ist (oder gewesen ist), aber nicht beschränkt auf die durch die andern Faktoren der Rechtsverwirklichung bereits festgestellten Rechtssätze, sondern im ganzen Umfange dessen, was auf dieser Grundlage gemäss wissenschaftlicher Prüfung und Gestaltung als Recht zu betrachten ist.

Wenn nun hienach die Frage beantwortet werden soll, ob diese Lehre als Rechtsquelle gelten könne, so liegt uns wiederum in erster Linie ob, zu bestimmen, was überhaupt richtigerweise als Rechtsquelle zu betrachten sei. Bleiben wir bei dem Bilde stehen, das dieser Bezeichnung zugrunde liegt, so müssen wir für die Quelle einen umgrenzten Ort verlangen, dem die Materie, um die es sich handelt, entnommen werden kann. Die Atmosphäre mit ihren Niederschlägen, die Firne und Gletscher mit ihrer Aufspeicherung der gefallenen Niederschläge sind keine Quellen, dagegen der Fels oder der Waldgrund, die Heide oder Matte, die zeigen uns die

Es sei nur erinnert an Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, S. 111 ff., 363 ff.; Thöl, Volksrecht, Juristenrecht, Genossenschaften, Stände, Gemeines Recht, S. 92 ff. — Die Bewegung, die in diesen Problemen in den vierziger Jahren des letzten Jahrhunderts aufgetreten, erinnert etwas an die «Freie Rechtsfindung» unserer Tage. Interessant ist z. B. der Vortrag des Staatsanwalts von Kirchmann über die «Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft» und die Antwort, die Stahl in der Broschüre «Rechtswissenschaft oder Volksbewusstsein?» dagegen veröffentlicht hat, namentlich S. 13, 15 f., 25 ff. Freilich, wer Laiengerichte postuliert, wird vernünftigerweise die Laien nicht deshalb den Juristen vorziehen, weil sie des Rechtes nicht kundig, sondern weil sie sachverständig und lebenserfahren sind. Vgl. auch oben S. 28, Anm. 2, u. S. 32, Anm. 3.

Quelle an dem Ort, wo das Wasser hervorsprudelt und von uns gewonnen werden kann. Es bedarf zwar keiner künstlichen Fassung, durch eine solche wird aus der Quelle ein Brunnen, aber eine natürliche Fassung können wir nicht entbehren, wenn wir uns eine Quelle vorstellen. Wie die Wasserquelle das Wasser, so muss die Rechtsquelle das Recht spenden, und zwar fertig zum Gebrauche, nicht in einem Zustande, der erst noch irgend einer Veränderung bedarf. Ein solcher Zustand ist nun aber beim Rechte nur vorhanden, wenn Rechtssätze vorliegen, die als solche, das heisst als allgemeine Regeln gebildet, gestaltet, oder wie man, richtig verstanden, mit Recht sagt, formuliert sind. Wo ich diese Rechtssätze finde, da besteht eine Rechtsquelle. Die von uns oben entwickelte Auffassung von der Rechtsquelle als Ursprung des Rechtes ist vergleichbar einem Vorgehen, wonach man die Atmosphäre als Wasserquelle bezeichnen würde. Diese ist Ursprung der Quellen, wie das Volksbewusstsein das Recht in gewissen Quellen erzeugt, allein sie als Quelle selbst zu bezeichnen, verwirrt die Betrachtung, anstatt sie abzuklären.

Unter dieser Auffassung ist es nun von vornherein klar, dass die Gesetze in erster Linie Rechtsquellen genannt werden müssen. Oder man kann statt ihrer auch die Gesetzgebung nennen, wenn man darunter nicht die gesetzgebende Tätigkeit im engeren Sinne, sondern den **Inbegriff aller Gesetze** versteht. Ebenso fallen darunter die verschiedenen Arten der Gesetzgebungsprodukte, **Beschlüsse**, die objektives Recht aufstellen, ebenso **Verordnungen**, **Statuten** u. s. w. Weiter ist es nicht bezweifelt, dass das **Gewohnheitsrecht** als Rechtsquelle bezeichnet werden muss. Auch hier haben wir die Sätze des ob-

jektiven Rechtes gebildet vor uns, wenn auch die Bildung auf eine andere Weise, durch die Gewohnheit oder Uebung im Rechtsverkehr, zustande gekommen ist und nicht durch Befehl, wie beim Gesetz. Aber als Rechtsquelle können die Gewohnheitsrechte auch nur in dem Sinne in Anspruch genommen werden, dass darunter der Inbegriff der durch das Gewohnheitsrecht gebildeten Rechtssätze verstanden wird. Das Gewohnheitsrecht im Sinne einer rechtbildenden Macht ist nicht Rechtsquelle in unserem Sinne, so wenig, wie die Gesetzgebung im Sinne der gesetzgeberischen Tätigkeit. Darum kann das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle auch von denjenigen anerkannt werden, die seine Geltung auf die indirekte Anerkennung durch den Gesetzgeber zurückführen. Denn zum Gesetz wird es ja durch diese Anerkennung nicht, es muss also von den Gesetzen immer noch unterschieden werden nach der Art, wie bei ihm im Gegensatz zu den Gesetzen die objektiven Rechtssätze gebildet worden sind.

Dem Gerichtsgebrauch können wir Sätze des objektiven Rechtes entnehmen, insofern als die Gerichtsurteile uns Kunde geben von den Rechtssätzen, nach denen die Gerichte geurteilt haben. Die gerichtlichen Urteile sind also jedenfalls Erkenntnisquellen des Rechtes und beanspruchen insofern Zuverlässigkeit, als auch in dieser Beziehung der Satz gewiss angerufen werden kann: *Jura novit curia*. Dabei kann dieses *jus* unzweifelhaft sowohl ein Satz des gesetzten als des Gewohnheitsrechtes sein. Man wird sogar sagen können, dass die in den gerichtlichen Urteilen zur Anwendung gebrachten Rechtssätze einen Charakter der Bewiesenheit für sich haben, solange nicht dargetan ist, dass der Satz, den der Richter als Regel des objektiven Rechtes zur Anwendung gebracht

hat, eben doch in Wirklichkeit gar nicht zu Recht besteht. Allein dieses Verhältnis hat man nicht im Auge, wenn man den Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle in Anspruch nimmt. Vielmehr denkt man sich dabei, dass der vom Richter verwendete Rechtssatz durch diese Verwendung eine Autorität an sich gewinne, die bestehe, ganz abgesehen von der sonstwie gegebenen Gültigkeit desselben. Können nun die in den Gerichtsurteilen zutage tretenden Rechtssätze diese Autorität in Anspruch nehmen? Aus dem Wesen der Rechtsanwendung ist dies nicht zu finden. Denn diese spricht über die subjektiven Rechte und Pflichten nur für den eben streitigen Fall ab, verleiht also dem Spruche keine generelle Gültigkeit. Und doch ist unverkennbar die Sachlage, sobald einmal der Richter einen Rechtssatz als bestehend zur Anwendung gebracht hat, nicht mehr die gleiche wie vorher. Das Urteil wird auf die folgenden streitigen Sachen bezogen, wer über diese zu sprechen hat, kann an dem ersten nicht mehr achtlos vorübergehen. Eine Ueberlieferung hat ihren Anfang genommen, und damit ist eine gewisse Gebundenheit eingetreten. Denn zu den obersten Elementen einer jeden Rechtsordnung gehört es, dass, was dem einen Recht ist, dem andern als billig zuteil werden soll. Das ist schon der Fall, wenn auch nur die Tatsache der Anwendung des Rechtssatzes vorliegt, ohne Rücksicht darauf, ob dessen Gewinnung noch auf eine besondere Anerkennung Anspruch habe, wenn sie beispielsweise in untadeligem wissenschaftlichen Verfahren erfolgt ist. Der Richter, der von seiner eigenen Feststellung abweicht, der verleugnet sich selbst und muss notwendig entweder hier oder dort geirrt haben. Der Richter aber, der von der Feststellung des Rechts-

satzes durch andere Gerichte abweicht, der bezeichnet damit die Aufstellung dieser als irrig und setzt sich über jene in dem einzelnen Urteil. Die Rechtssicherheit wird in dem einen wie in dem andern Fall beeinträchtigt, und das hat der Richter nach seinem nobile officium zu vermeiden. So wird also die Überlieferung für den Richter zu einem Bande, ganz abgesehen von der Möglichkeit, dass die Urteile sich in der Annahme bestehenden Rechtes geirrt haben können. Der Rechtssatz ist gestaltet, die Pflicht, ihm Beachtung zu schenken, kann nicht gelehnet werden. Also muss das Gerichtsurteil im Sinne der damit angefangenen Überlieferung als eine Rechtsquelle anerkannt werden. Freilich mit dem grossen Vorbehalt, dass der Richter finden darf, es habe das frühere Urteil in irrtümlicher Weise den Rechtssatz angenommen, also mit dem Vorbehalt einer Freiheit des Richters, die desto enger eingeschränkt wird, je fester die Überlieferung sich gestaltet hat, immer aber noch vorhanden sein wird, solange nicht aus dem Gerichtsgebrauch ein Gewohnheitsrecht geworden ist¹⁾.

Und nun die Wissenschaft selbst, kann und darf sie als eine Rechtsquelle bezeichnet werden?

Die Wissenschaft entwickelt in weitestem Sinne die Kraft und Bedeutung des geltenden Rechtes oder des Rechts im allgemeinen. Freilich ist die Theorie auf Rechtskenntnis gerichtet²⁾. Aber diese Erkenntnis betrifft nicht

¹⁾ Oder solange nicht eine rechtsverbindliche Anordnung den Richter an die Vorentscheidungen seines eigenen oder anderer Gerichte bindet. Vgl. darüber z. B. die Mitteilungen Gerlands, die Einwirkung der Richter auf die Rechtsentwicklung in England, S. 22 ff.

²⁾ Gierkes Ausspruch, D. Privatr., I, S. 180. Siehe dazu schon oben S. 6 u. 36 die Zitate aus Bekker.

ein totes Wissen, sondern eine praktische Ordnung, der gegenüber, in ganz sokratischem Sinne, das Wissen mit dem Sollen und für den Menschen als der Vernunft folgendem Wesen mit dem Willen zusammenfällt. Die Rechtswissenschaft kommt daher ihrer Aufgabe nach, indem sie generelle Lehren, die abstrakte Geltung haben sollen, darlegt. Wenn und soweit sie nun diese Lehren in Sätze, die als formulierte Rechtssätze gelten können, kleidet, so sind alle Erfordernisse der Rechtsquelle vorhanden, und die Produkte der Wissenschaft können auf den Charakter einer Rechtsquelle Anspruch erheben, soweit sie nur richtig, soweit sie wahr sind. Diese Wahrheit aber wird hier so wenig als bei der Gerichtspraxis durch den Befehl des Staates ersetzt, der schlechtweg gewisse Sätze als geltendes Recht erklärt, wengleich es ja vorgekommen, dass eine staatliche Anordnung in diesem Sinne ergangen ist, und immer wieder es sich ereignen kann, dass der Inhalt eines rechtswissenschaftlichen Werkes zum Gewohnheitsrecht wird. Die Wahrheit muss also, wo solche Ausnahmen nicht vorliegen, auf eine andere Weise hergestellt sein, und beim Gerichtsurteil fanden wir dieses Korrektiv in der Beurteilung durch andere, welche Zustimmung, aber auch Ablehnung enthalten kann, und zwar mit der einfachen Betätigung der Urteilskraft, ohne einer andern Instanz als der Vernunft dafür Rechenschaft schuldig zu sein. Bei der Wissenschaft als Rechtsquelle verhält sich dies nun etwas anders. Sie will als Wissenschaft das Wissen über das Vorhandene, die Wahrheit vermitteln, vermehren und vertiefen. Sie bedarf für ihre Arbeit einer Betätigung der Forschung, die alle Funktionen des Verstandes und der Urteilskraft nach einer bestimmten Methode ins Werk setzt. Wissenschaftlich festgestellt ist,

was nach den Materialien des Falles auf dem Wege der Beobachtung, der Logik und der Urteilkraft als mit dem Vorhandenen übereinstimmend und dasselbe erklärend bezeichnet werden, was derart bewiesen werden kann. Dieser Beweis aber wird nicht durch eine staatliche Anordnung ein für allemal geleistet, sonst hätten wir wieder die Geltung der Wissenschaft vermöge eines Staatsgebotes, das heisst gleich Gesetz, sondern der Beweis wird jederzeit frei gelassen, mag es sein, dass er positiv neu geführt oder negativ als Beweis der Unrichtigkeit der bisherigen Aufstellung dargelegt wird. Die Rechtssätze der Wissenschaft sind also wahr und stehen in Geltung unter dem Vorbehalt, dass sie wirklich wahr seien, und darüber zu urteilen steht jedermann zu, und besitzt der Kritiker genügend Autorität, so mag er die bisherige Lehre umstossen und eine neue an deren Stelle setzen, der freilich wiederum dasselbe Schicksal beschieden sein mag. Der Vorbehalt ist ein ähnlicher, wie bei dem Gerichtsgebrauch, aber in seiner Wirkung doch verschieden: Beim Gerichtsgebrauch haben wir nur die Funktion der Urteilkraft vor uns, betreffend die allgemeine Geltung eines in einem speziellen Falle aufgestellten und in der Entscheidung zur Anwendung gebrachten Rechtssatzes. Dagegen bei der Wissenschaft, und auch bei den wissenschaftlichen Wegen der Rechtsprechung, verlangt die Kritik die Ablehnung oder neue Begründung auf den gleichen zuverlässigen Wegen, wie die vorliegende Auffassung gewonnen worden ist ¹⁾. Das aber geschieht ent-

¹⁾ Ueber die Relativität der Sicherheit in der Beweisführung bei rechtswissenschaftlicher Ausführung hat Bekker in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt. VI, S. 84 ff. sehr schöne Worte gefunden. Er führt die Mängel in der Methode, auf die er hinweist, zum Teil zurück auf die Aufgaben, die der Rechtswissen-

weder dadurch, dass die aufgestellte Ansicht mit wissenschaftlichem Verfahren abgelehnt und gegebenen Falles ersetzt wird, oder auch nur dadurch, dass die Beweisführung abgelehnt, also der aufgestellte Satz als nicht bewiesen bezeichnet wird, ein Verfahren, das weniger Arbeit und Verantwortlichkeit in sich zu schliessen pflegt, als das erstere. Denn sich nicht überzeugen zu lassen, ist stets bequemer, als die Überzeugung anderer durch positive Arbeit zu widerlegen. Und manchmal verschafft sich diese Stellungnahme noch das scheinbare oder wirkliche Verdienst, der Verbreitung von Irrtümern und Schlagwörtern bei Zeiten durch das Beharrungsvermögen einen das Hergebrachte rettenden Widerstand geleistet und eine überlegene Geschicklichkeit dargetan zu haben.

Wir kommen also zu einem Ergebnis, das wir uns unter Zusammenfassung der bisherigen Erörterungen genugsam klar machen können. Die Rechtswissenschaft ist, soweit in ihren Entwicklungen Rechtssätze aufgestellt werden¹⁾, eine Rechtsquelle, weil sie diese Sätze als gesellschaft als praktischer Wissenschaft gestellt erscheinen (S. 88), dazu S. 92: «Was heisst denn beweisen? Nirgends: objektiv feststellen. Ueberall nur wahrscheinlich machen, nach gewissen Regeln; übrigens in verschiedener Art, anders im Prozess, anders in der Wissenschaft. Gegenbeweis ist überall zulässig, und die bestbewiesenen Sätze können sich (vielleicht mit Ausnahme einer mathematischen Ecke) überall als falsch ergeben.»

¹⁾ Soweit dies nicht der Fall ist, darf natürlich auch nach der von uns vertretenen Auffassung in den Lehren der Wissenschaft keine Rechtsquelle gefunden werden, sondern höchstens eine Anleitung, wie Rechtssätze zu finden oder zu formen seien. Aus diesem Grunde ist auch «die Natur der Sache» als Rechtsquelle in jedem Sinne abzulehnen. Vgl. z. B. die Art, wie Goldschmidt, Handelsrecht, I, S. 302 ff., auch Stobbe, deutsches P. R., I, § 25 von der Natur der Sache als Rechtsquelle sprechen. — Eine verwandte Auffassung ist es, wenn Gm für, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des ZGB., als Quellen, aus denen die Rechtssätze fliessen, Gesetz, Gewohnheit

tendes Recht (soweit nicht in der Rechtsgeschichte Rechtsätze eines früheren Rechtszustandes in Frage kommen) aufstellt. Gibt sie dabei geltende Rechtsätze auf Grund bestehender Rechtsquellen (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) einfach wieder, so mag sie eine reproduktive Rechtsquelle genannt werden. Das gleiche gilt von den in den gerichtlichen Urteilen aufgestellten, d. h. angewandten Rechtsätzen. Diese Rechtsätze werden überall von denjenigen, die sie aufstellen, zwar wohl in der Ansicht aufgestellt, dass sie objektives Recht seien. Allein sie werden nicht überall als geltendes Recht von der öffentlichen Gewalt ein für allemal anerkannt, so dass daran kein Zweifel mehr möglich wäre, dass sie gelten. Sondern sie stehen nur unter der Autorität der Arbeit, aus der sie hervorgegangen sind, und unterliegen deshalb der Beurteilung eines jeden, der in der gleichen Weise, wie die Stelle, von der sie ausgehen, die Zuständigkeit besitzt, Rechtsätze der gleichen Kraft aufzustellen. Sie können nachgeprüft, bestätigt, verbessert oder abgelehnt werden, ohne dass damit ein positives Gebot der Rechtsordnung verletzt wird. Gegenüber den Gesetzen und dem Gewohnheitsrecht hört eine Beurteilung anders als im Hinblick darauf, wie es sein sollte (nach der Meinung des Beurteilenden), auf, und es geht nicht an, einen Satz dieser Quellen abzuändern oder ausser Betracht zu stellen, weil er nach der Ansicht des das Recht Verwirklichenden nicht richtig sei. Dagegen die Sätze der Wissenschaft (und des Gerichtsgebrauches) unterliegen einer solchen Beurteilung. Sie werden darauf geprüft, ob sie wahr seien. Erweisen sie sich nach dem Urteil des Nach-

und Wesen der Lebensbeziehungen nennt (S. 129). Vgl. auch Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, S. 19 f.

prüfenden als wahr, so bleiben sie in Geltung, andernfalls werden sie verbessert oder beseitigt.¹⁾ Als wahr aber werden diese Rechtssätze ihrer Natur nach geprüft werden müssen. Es fällt dabei ihr Bestand auf Grund der nach Gesetzesvorschrift unabänderlich anzuwendenden Rechtssätze in Betracht. Aber nicht nur diese Wahrheit, der Zusammenhang mit dem, was unbezweifelbar gilt, als logisch notwendige Folge, analytisch oder synthetisch gewonnen, fällt in Betracht, sondern auch der Zweck, um dessen Willen eine rechtliche Ordnung aufgestellt erscheint. Und in letzter Linie spielt das Rechtsbewusstsein seine Rolle und verlangt, dass das Recht in Uebereinstimmung mit seinen Postulaten ausgestaltet werde. Wir haben in der deutschen Sprache einen Ausdruck, der diese Wahrheit in den dreifachen Beziehungen andeutet: Es gilt als bewährt, was wahr ist in dem beschriebenen allgemeineren, den Rechtssätzen und ihrer Beurteilung entsprechenden Sinne. Und so lautet die Formel für die Anwendung der Rechtssätze der Wissenschaft (und des Gerichtsgebrauches), dass sie als geltend betrachtet werden sollen, soweit sie als bewährt anzusehen sind.

Ueber diese Bewährung urteilt der das Recht Anwendende nach seinem subjektiven Vermögen. Und doch ist seine Beurteilung nicht ein rein subjektives und damit

¹⁾ Das ist wohl auch der Sinn z. B. der Anmerkung bei Windscheid, § 16, N. 8 «die Resultate, zu welchen die Rechtswissenschaft kommt, sind Recht erst dann, wenn sie sich allgemeiner praktischer Anerkennung erfreuen.» Allein das ist nicht identisch der Geltung mit Gesetzeskraft. Will man nur diese Geltung für Rechtsquelle anerkennen, so fällt die Rechtswissenschaft eben doch als Rechtsquelle nicht in Betracht. Umgekehrt aber ist sie Rechtsquelle, sobald man auf die allgemeine praktische Anerkennung (ohne dass Gewohnheitsrecht vorliegen würde) Bezug zu nehmen sich entschliesst.

willkürliches Verfahren. Vielmehr hat er die Bewährung zu prüfen mit der Arbeit und dem Ernste, unter dem die Sätze ihre Entstehung erfahren haben. Wissenschaftliche Beweisführung gegen wissenschaftliche Beweisführung, Kampf der Meinungen auf diesem weiten geistigen Felde, das ist die Arena, auf der das Turnier um das Bewährtsein der Rechtssätze der Wissenschaft sich abspielt. Die Autoritäten erfahren hierbei ihre sachgemässe Würdigung. Aber keine Autorität vermag dem Kundigen das eigene Urteil zu ersetzen über das, was wahr ist, oder also sich als Rechtssatz erwahrt und bewährt hat.

Dabei wird diese Prüfung das ganze Feld, auf dem sich die Wissenschaft bewegt, umfassen. In erster Linie die Auslegung des geltenden Rechtes, der Rechtssätze des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes. Was hieraus durch die Wissenschaft an neuen Rechtssätzen abgeleitet wird, das steht unter der entwickelten Regel, handle es sich um die einfache Reduktion eines Einzelsatzes auf ein allgemeines Prinzip oder um die Ableitung neuer Rechtsregeln aus solchen Obersätzen. Was nur den Sinn des geltenden Satzes feststellt, ist freilich kein neuer Satz, und hierauf lassen sich die gewonnenen Prinzipien der Rechtsanwendung nicht beziehen, nämlich in dem Sinne nicht, dass dabei die Wissenschaft als Rechtsquelle in Betracht fallen könnte, wenn auch die wissenschaftliche Arbeit und Autorität auf diesem Gebiete in entsprechender Weise Beachtung beanspruchen darf. Allein sobald die Wissenschaft über diese Auslegung in striktestem Sinne hinausgeht, so kommen jene Grundregeln zur Anwendung. Namentlich gilt dies auch in Bezug auf die Analogie. Auch ihre Schlüsse, als wissenschaftlich

gewonnene, seien sie in der Doktrin entwickelt und als allgemein gültige Ergebnisse anerkannt, oder werden sie in den Gerichtsurteilen zur Verwendung gebracht, erfahren die gleiche Beurteilung. Sodann aber gilt dieser Satz auch für diejenigen Fälle, wo die Wissenschaft Lücken ausfüllt oder der Richter auf die richterliche Rechtsfindung angewiesen ist. Hier überall heisst die Parole: Bewährte Lehre, das heisst Anwendung derjenigen, bereits von Früheren aufgestellten Rechtssätze, die sich vor unserm Urteil als bewährt erweisen.

Man darf nun nicht etwa einwenden, dass mit dieser Prüfung der Bewährung ein subjektives Moment in die Überlegung eingefügt sei, das es schlechterdings ausschliesse, die Wissenschaft als Rechtsquelle in Anspruch zu nehmen. Wer sich auf einen wissenschaftlich festgestellten Satz beruft, der hat geltendes Recht dargetan, soweit es nicht der abweichenden Meinung gelingt, darzutun, dass diese Lehre sich nicht bewährt habe. Es wird also immer die Verwendbarkeit der Regeln sich in der Weise feststellen lassen, dass die Behauptung des Satzes mit der Berufung auf die Wissenschaft zunächst genügend dargetan ist, und dass es alsdann Sache der Abweichenden sein muss, diese Bewährung und damit die Geltung zu bestreiten und die Bestreitung siegreich durchzuführen. Man erkennt leicht, dass damit für die das Recht Verwirklichenden doch eine ganz andere Sachlage geschaffen ist, als wenn sie sich einfach darauf zu berufen vermögen, Wissenschaft sei keine Rechtsquelle. Nur das eine muss allerdings zugegeben werden, dass die Wissenschaft, so wenig als der Gerichtsgebrauch, Sätze aufzustellen vermöge, die ohne weitere Möglichkeit der Nachprüfung ihrer Richtigkeit zu gelten haben. Dies ist

ausgeschlossen. Und erhebt man dieses Moment, wie es wohl der Fall sein muss, zu einem wesentlichen, so ergibt sich daraus die Scheidung, die für die wissenschaftliche Betrachtung die richtige sein wird, dass nämlich das Gesetz und die Gewohnheit als vollwirksame Rechtsquellen zu bezeichnen sind, denen sich für den einzelnen entschiedenen Fall auch die richterliche Rechtsfindung anschliesst. Diesen eigentlichen Quellen aber stehen zur Seite die Quellen, die der Nachprüfung und Beurteilung unterliegen, also Quellen, die Rechtssätze anderer Tragweite zu Tage fördern, und dies sind die Rechtswissenschaft und der Gerichtsgebrauch. Man nennt die aus ihnen gewonnenen Rechtssätze etwa solche minderen Grades oder uneigentliche Rechtssätze. Mit besserem Rechte könnte man sie als Quellen von der Nachprüfung unterliegenden Rechtssätzen, und da die Zulässigkeit dieser Nachprüfung sich als eine resolutive Bedingung ihrer Geltung erweist, als bedingte Rechtsquellen bezeichnen.

Zieht man nun weiter in Betracht, dass die Rechtswissenschaft in ihrer Abgrenzung gegenüber den in irgend einer Gestalt sich äussernden Lehren über das Recht einen sehr unsicheren Bestand hat, dass es in einzelnen Fällen schwer hält, zu sagen, wo die wissenschaftliche Arbeit beginnt oder noch nicht vorhanden ist, erwägt man namentlich auch die Stellung der sogenannten populären Rechtsliteratur, so wird man nicht fehl gehen, wenn man die entwickelten Sätze für die Lehre vom Recht im allgemeinen in Anspruch nimmt, oder also als bedingte Rechtsquelle die bewährte Lehre bezeichnet. Und im Sinne gleicher Erweiterung wird man dann auch in Betracht ziehen dürfen, dass die gerichtlichen Ur-

teile nicht die einzigen Zeugen geübten Rechtes darstellen, dass in mannigfaltigsten Verhältnissen auch die Rechtsübung im Verkehr, die Art, mit der Verträge geschlossen und ausgeführt werden, das Recht dokumentiert, so wird man von der Überlieferung im allgemeinen sprechen müssen, die ebensogut, wie die Lehre, eine bedingte Rechtsquelle darstellt, wenn sie bewährt ist. Bewährte Lehre und Überlieferung stellen sich mithin als die zwei bedingten Rechtsquellen dar, die neben dem Gesetz und dem Gewohnheitsrecht und der richterlichen Rechtsfindung auf unsere Anerkennung Anspruch haben.

Dabei haben wir schon angedeutet, dass die bewährte Lehre und Überlieferung auch noch in anderem Sinne in Betracht fallen können, nämlich da, wo sie nicht als Träger neuer Rechtssätze Geltung beanspruchen, sondern nur als Anweisung zur Auslegung der Rechtssätze in engerem Sinne. Weil sie hier nicht Rechtsquelle, auch nicht bedingte, sind, ziehen wir diese Funktion jedoch nicht weiter in Betracht.

Diese Entwicklung hat ihre Hauptbedeutung für den Richter. Sie mag auch für den Verkehr bedeutsam sein, entzieht sich jedoch hier der Nachprüfung und vermag unser Interesse weiter nicht in Anspruch zu nehmen. Für den Richter aber ergibt sich daraus eine Gebundenheit, die nicht mit einem Worte ausgedrückt werden kann. Er ist unzweifelhaft gebunden an das von der öffentlichen Gewalt an die Hand gegebene Gesetzeswort und an die durch die Gewohnheit formulierte Rechtsregel, die im allgemeinen ziemlich vage sein mag, aber ihrem Wesen nach nicht vage zu sein braucht, wie denn beispielsweise sogar Zahlenfixierungen, mit Distanzbestim-

mungen im Nachbarrecht oder mit Fristen der Ersitzung oder Verwirkung gelegentlich durch das Gewohnheitsrecht geschaffen worden sind. Gebunden ist er aber auch an die Wissenschaft, die Lehre, wie an den Gerichtsgebrauch, die Ueberlieferung, jedoch nur insoweit, als er sie auf Grund schuldiger Prüfung als bewährt betrachtet. Er hat sich also mit diesen Quellen auseinanderzusetzen, er kann und darf sie nicht einfach ignorieren, er folgt ihnen, so weit sie bewährt sind. Man kann sich dieses Verhältnis auch in der Weise denken, dass der Richter sich durch diese weiteren Quellen belehren lasse, dass er von ihnen beraten werde, dass er sich von ihnen inspirieren lasse.¹⁾ Allein das alles trifft das Wesen der Sache nicht besser, ja weniger prägnant, als die einfache Vorschrift, dass der Richter jenen bedingten Rechtsquellen folge, soweit die mit ihrer Bedingung verbundene Gültigkeit, d. h. ihr Bewährtsein, ihn bindet.

Für die Wissenschaft ergibt sich daraus eine sehr willkommene Auffassung. Sie wird nicht zu einer Rechtskunde herabgesetzt, die nach dem guten Willen und der Einsicht der Berufenen entweder berücksichtigt oder auch inks liegen gelassen werden kann. Sie erhebt Anspruch auf Geltung, was ihren Wert erhöht, ohne doch ihre relative Macht über Gebühr zu steigern. Wer die Kraft in sich fühlt, einer gegebenen Lehre entgegenzutreten, der soll daran nicht gehindert werden. Ja nicht nur dies, er wird zur Prüfung angewiesen und vernachlässigt seine Pflicht, wenn er sie nicht vornimmt. Allein über der subjektiven Meinung des einen einzelnen Fall beurteilenden Richters steht die als allgemein geltende, un-

¹⁾ Man vergleiche diesfalls den Wortlaut des Art. 1 ZGB. in den Entwürfen und im französischen und italienischen Text.

parteiisch aufgestellte Lehre, deren Unrichtigkeit der Richter annehmen wird, wenn er dafür die triftigen Gründe hat. In den meisten Fällen ergibt sich ihm die Tragweite eines Rechtssatzes aus dem Gesetze und seiner eigenen Beurteilung von selbst, und es wäre durchaus unrichtig und verhängnisvoll, aus der Bedeutung der Wissenschaft die Konsequenz ableiten zu wollen, dass nur der in den wissenschaftlichen Kontroversen bewanderte Richter seines Amtes in richtiger Weise zu walten vermöge. Ueber aller Gelehrsamkeit steht die ursprüngliche Kraft, die Verhältnisse richtig zu beurteilen, und dieser Kraft ist ein Laie an sich ebenso mächtig, wie ein Gelehrter, oder auch der eine so wenig mächtig wie der andere. Die blosse Rechtskenntnis an sich tut's nicht. Aber soweit die Rechtswissenschaft zur Verfügung steht, da soll sie ihre Beachtung erfahren und nicht übergangen werden. Man kann freilich auch auf Beispiele hinweisen, wo der Einfluss der wissenschaftlichen Lehren verhängnisvoll gewesen ist und eine bodenständige Entwicklung unter fremde und in den Bedürfnissen nicht begründete Auffassungen zu beugen gedroht hat. Allein gerade da war es doch wieder die Wissenschaft, die mit der Besinnung auf den wahren Wert der Überlieferung den Bann gebrochen und auf die Ziele einer originären Rechtsentwicklung hingewiesen hat. Man bedenke etwa, wie dank der modernen germanistischen Forschungen, gegenüber den auf der Reception des römischen Rechtes beruhenden Theorien, die Institute der Genossenschaft, des Gesamteigentums und der Gesamthand, der Rechte an eigener Sache, der Reallast und viele andere zu neuem Leben erwacht sind und wie da manch gesundes Rechtspflänzlein nicht nur vor Verkümmern und Unter-

gang bewahrt, sondern zu frischem, kräftigem Wachstum gebracht worden ist. Solche Aufgaben werden wieder kommen, und es steht nur zu hoffen, dass es der Wissenschaft niemals an Einsicht und an Kraft und Mut fehlen werde, sich ihnen gebührend zu widmen.

Allein auch wo solche besondere Ziele fehlen, bleibt die wissenschaftliche Forschung ihres Wertes sicher. Sie hebt den Richter über das mühselige Verarbeiten der Regeln für den einzelnen Fall hinaus, sie verleiht den Rechtssätzen und Rechtsinstituten den rechten Halt und Zusammenhang untereinander. Sie befestigt die Ordnung, indem sie zugleich sie entwicklungsfähig erhält. Sie macht sie widerstandsfähig gegen die Tagesströmungen, die sonst nur zu sehr geneigt sind, das Recht in ewigem Durcheinander umzugestalten und nach Launen und Sonderinteressen auszulegen. Wo die Gesetze durch die wissenschaftliche Arbeit vergeistigt und vertieft worden sind, da erleben sie das hohe Alter der bewährten Ordnung, und die bewährte Lehre wird dergestalt zur Hüterin dessen, was als bleibendes Gut zu des Landes Nutz und Frommen in den Gesetzen niedergelegt ist.

Prof. Dr. E. Huber, Bern.
