

*H. Löhlin*

# Recht und Rechtsverwirklichung

---

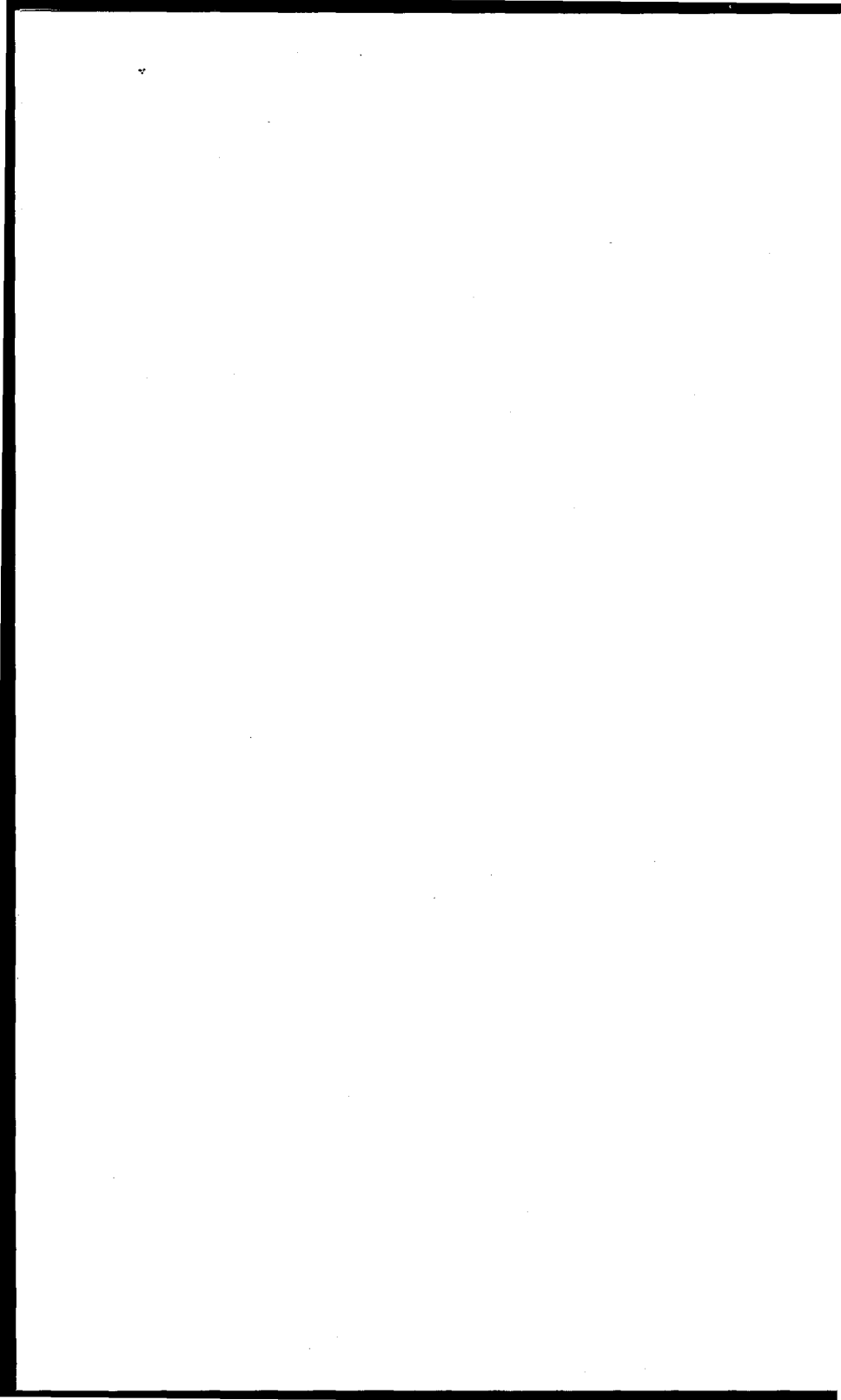
Probleme der Gesetzgebung  
und der Rechtsphilosophie

Von

Eugen Huber



Basel 1921  
Verlag von Helbing & Lichtenhahn



Meinem Freunde  
**Rudolf Stammler**  
gewidmet



## Vorwort.

---

Das vorliegende Buch handelt vom Recht und von der Verwirklichung des Rechts und unterscheidet im Rahmen des erstern das Wesen und die Aufgaben des Rechts. Dieser Einteilung liegt eine Betrachtungsweise zugrunde, der für die Erkenntnis des Rechts eine besondere Bedeutung zukommt. Man pflegt sich das Recht als eine abstrakte Ordnung vorzustellen, die auf die konkreten Lebensverhältnisse zur Anwendung gebracht werden soll. Allein an einem solchen Gedankengebilde haftet unvermeidlich die ganze Erdschwere der menschlichen Unvollkommenheit, und von Rechtsverwirklichung kann nur dann gesprochen werden, wenn das tatsächliche und tätige Leben in der Rechtsgemeinschaft mit der Rechtsidee in Übereinstimmung gebracht ist.

Denken wir an irgend eine Lebensbeziehung, zum Beispiel an das Eltern- und Kindesrecht, so verlangt die Rechtsidee, dass die Rechte und Pflichten für alle Beteiligten bestmöglich nach unserem Rechtsbewusstsein bestimmt werden sollen. Allein auch wenn eine abstrakte Ordnung hiefür gefunden wird, so bedarf es zur Verwirklichung des Rechts noch immer der Befolgung der als gerecht gedachten Ordnung im konkreten Leben.

Dieser Verwirklichung des Rechts widerstreben nicht nur die vernunftwidrigen Kräfte. Auch wer das Rechte will, schafft sich das Bild der richtigen Ordnung eben doch nur nach seinen Erfahrungen und seinem Verstande, und was er sich als Recht vorstellt, unterliegt notwendig

der Kritik der Andern. Der Optimist ist geneigt, dieses letztere Hemmnis als geringfügig einzuschätzen. Eine besonnene Denkungsart wird auch hiermit zu rechnen wissen.

Auf solchem Gedankengange beruhen die Ausführungen dieses Buches über die darin besprochenen legislatorischen und rechtsphilosophischen Probleme.

Der Verfasser hat bei seiner jahrelangen Tätigkeit auf dem Gebiete der Gesetzgebung in steigendem Masse das Bedürfnis empfunden, sich über diese Grundfragen der Rechtsordnung und der Gesetzgebung Rechenschaft abzugeben. Erweisen sich auch die geschichtlichen Forschungen als eine unerschöpfliche Quelle anregender und fruchtbringender Erkenntnis, so führt doch die Verbindung der Betrachtung des gewesenen und des geltenden Rechts einerseits mit der Aufstellung und Ausführung der Postulate einer in die Zukunft schauenden gesetzgeberischen Ordnung andererseits unser Bewusstsein mit Notwendigkeit darüber hinaus zu den letzten Bedingungen der menschlichen Gemeinschaft. Ist es dem Verfasser gelungen, sich über die tieferen Zusammenhänge der wechselnden Anschauungen und Bestrebungen in der Erkenntnis des Rechts zu grösserer Klarheit durchzuringen, so darf er hoffen, damit nicht nur für sich, sondern auch für andere, die dem gleichen Bestreben zugänglich sind, gearbeitet zu haben. Die wissenschaftliche Erkenntnis ist mit Notwendigkeit von dem Bestreben begleitet, sich weiteren Kreisen mitzuteilen.

Was das vorliegende Buch enthält, bildet einen Teil des Stoffes, den der Verfasser seit längeren Jahren in seinen Vorlesungen über Gesetzgebungspolitik und über Rechtsphilosophie an der Universität Bern vorgetragen hat. Nach einer Periode der Vernachlässigung der Rechtsphilosophie ist allem Anscheine nach eine Zeit der Neubelebung solcher Forschungen bereits angebrochen, und

wir folgen diesem neuen und doch so altherwürdigen Zuge, wenn wir die Probleme, um die es sich dabei handelt, neu aufwerfen und sie einer befriedigenden Lösung näherzubringen versuchen. Sie stehen alle unter sich in engem Zusammenhang, einem Zusammenhang, der freilich in dieser Veröffentlichung äusserlich nur dadurch angedeutet wird, dass die Probleme in ein umfassendes System eingereiht werden. Ein solches Verfahren haben wir, wenngleich dabei einzelne Wiederholungen nicht umgangen werden konnten, der Durchführung einer systematischen Gliederung des gesamten Stoffes deshalb vorgezogen, weil es die Möglichkeit bietet, jede Frage um so klarer und unmittelbarer hervortreten zu lassen. Ein Philosoph, der, von seinem System der Weltanschauung getragen, über unseren Gegenstand gesprochen hätte, würde unzweifelhaft ein ganz anderes Buch geschrieben haben. Allein es mag dem Juristen vorbehalten sein, nicht nur für seine Fachgenossen, sondern auch für den philosophischen Fachmann mit seiner Art der Darstellung manches in neue Beleuchtung gebracht zu haben, ohne deshalb unwillkommen zu sein.

Darauf müssen wir in der Gegenwart in besonderem Sinne hinweisen. Soll aus der Grösse und Gewalt der Ereignisse, die in diesen Tagen so übermächtig auf uns eindringen, für die menschliche Gesellschaft eine heilsame Entwicklung erwachsen, so bedürfen wir in weiten Kreisen einer mehr als bis anhin vertieften Erfassung des Wesens und der Aufgaben der rechtlichen Gebundenheit. Es muss ein gereifteres Verständnis für das immer wieder in neuer Gestalt auftretende Zusammenwirken der Individuen in der Kollektivität erwachsen, und wenn es sich dabei herausstellt, dass die Völkergemeinschaft in der Herrschaft der Mächtigen nicht aufgeht, so dürfen wir erwarten, dass die kleinen Staaten ihre Daseinsberechtigung beibehalten und auch in kommenden Zeiten zu

einer dem Recht entsprechenden Verwirklichung der Gemeinschaftsidee ihren Beitrag leisten werden. Und dass dies Buch wesentlich mit schweizerischen Materialien geschrieben worden ist, und aus innerem Bedürfnis so geschrieben werden musste, wird dann gerade hierin seine Rechtfertigung finden.

Bern, im Oktober 1920.

*Eugen Huber.*



## EINLEITUNG.

Es ist ein altes Bemühen des Menschen, die mancherlei Erfahrungen und die Kenntnisse, die er erworben, in ein Ganzes zusammenzufassen, um dadurch die Gesamtheit seines Bewusstseins und die Einheit seiner Persönlichkeit zu befestigen. Zu diesem Ziele können uns zwei Wege führen, die nicht in dem Gegenstand der Betrachtung, wohl aber in dem zur Erreichung des Gewünschten gewählten Mittel auseinandergehen. Für beiderlei Arten der Herstellung des Ganzen beruht dieses Ganze auf der gesuchten Einheit des Bewusstseins. Diese stärkende und tröstliche Einheit gewinnt der eine auf der Grundlage des frommen Glaubens und durch das Mittel des religiösen Bekenntnisses, während der andere es auf die Erkenntnis zu gründen versucht. Die Erkenntnis ist stets eine Funktion der Vernunft selbst, es soll eine in unserem vernünftigen Bewusstsein begründete Einheit hergestellt werden, eine Einheit also als Ergebnis wissenschaftlicher Erkenntnis. Die beiden Wege verhalten sich, je mehr man sich mit ihnen vertraut macht, um so weniger feindlich gegeneinander. Dafür bürgt die in letzter Linie gemeinsam erstrebte Erfassung des gemeinsamen Zieles. Wir beschäftigen uns in dem vorliegenden Buche nur mit dem zweiten der genannten Wege: wir stellen uns die Aufgabe, auf der

Grundlage unseres vernünftigen Bewusstseins oder also wissenschaftlich eine Betrachtung darzulegen, womit für das Recht jenes Ganze hergestellt werden kann. Wir verfolgen das Ziel, eine gedankenmässige Zusammenfassung alles dessen, was wir Recht nennen, herzustellen, und zwar mit dem Ergebnis, dass diese Gesamtanschauung mit unserem Rechtsbewusstsein sowohl in der rechtlichen Beurteilung der Dinge, als auch in der Richtung unseres rechtlichen Willens übereinstimmt. Man kann schon mit Bezug auf ein einzelnes konkretes Recht nach diesem Ziele streben. Der Weg, einmal betreten, führt aber mit Notwendigkeit hierüber hinaus. Man hat es während einer längeren Periode für möglich erachtet, das ganze Recht aus der menschlichen Vernunft abzuleiten, ein Recht aufzubauen, das der Natur des Menschen entspreche, und das dann auch, so wie es dem vernünftigen Bewusstsein des Forschenden sich dargestellt hat, als geltendes Recht gelehrt wurde. Das war die Zeit der Herrschaft des alten Naturrechts, das sich unbestreitbar das Verdienst erworben hat, auf die Einheit der Rechtsauffassung mit grosser Energie hingewiesen zu haben. Man hat ferner, unter Verzicht auf die Betrachtung des geltenden Rechts, sich in der Phantasie ein Recht ausgestaltet, das als ein in einer irdischen Gemeinschaft geltendes Recht künstlich und künstlerisch ausgebildet worden ist. Diesen utopischen Betrachtungen darf das Verdienst zuerkannt werden, eine oft sehr sinnvolle Kritik des geltenden Rechts ausgeübt und die Leser im Ideal der rechtlichen Ordnung unterwiesen, oder wenigstens den Versuch dazu gemacht zu haben. Das gesuchte Gesamtbild der Rechtsordnung sollte aber doch auf zuverlässigere Art gewonnen werden können. Und so mangelhaft nun auch das Ergebnis solcher Betrachtungen sein mag, so wird doch das Vorgehen, das sich mit dem Rechte überhaupt, dem gegenüber die einzelnen konkreten Rechte nur Beispiele sind, beschäftigt, nach

seinem Zweck und nach seiner Methode als gerechtfertigt bezeichnet werden dürfen: Es lehrt uns, was Recht ist.

Solchen Betrachtungen kommt in einer Zeit, wie wir sie erleben, eine besondere Bedeutung zu. Mehr als je stehen wir heute unter dem Bedürfnis, uns darauf zu besinnen, welche Bedeutung dem Einzelnen in der Gemeinschaft, welcher Wert der Gemeinschaft für den Einzelnen beizulegen sei. Wir leben in einer Gesellschaft, die in steigendem Masse sowohl von uns in Anspruch genommen wird, als unsere Dienste entgegennimmt, und für keinen gibt es ein Entrinnen aus diesem Zusammenleben. Von einer übermächtigen Kraft werden wir in engeren und weiteren Verbänden zusammengehalten. Wir sind allezeit nicht nur bei uns selbst, sondern auch bei den Anderen, und das Zusammenwirken ist so ausgedehnt und so planmässig geworden, wie kaum jemals in früheren Zeiten. Dem Bedürfnis nach Abklärung hierüber sollen unsere Betrachtungen entgegenkommen. Sie richten sich daher an Jedermann, unbekümmert um die Stellung, die er im Kampfe der Anschauungen und Interessen der Gegenwart einnimmt. Sie zielen auf keinerlei Programm oder politisches Ziel ab, sondern bezwecken eine Orientierung, die für jederlei Standpunkt von Nutzen sein sollte. Dass die grundlegenden Anschauungen auf die Gestaltung des konkreten Rechts einen gewaltigen Einfluss ausüben, unterliegt keinem Zweifel. Handelt es sich in letzter Linie doch niemals bloss um eine theoretische Begründung oder Erklärung eines hievon unabhängigen Zustandes, sondern um ein Wissen, das unser Wollen bestimmt. Der Zusammenhang unserer Betrachtungen mit der gegenwärtigen Zeit ist von dem Verfasser bei einer früheren Gelegenheit<sup>1)</sup> mit folgenden Ausführungen umschrieben worden:

„Ein jedes Zeitalter hat seinen besonderen Charakter,

---

<sup>1)</sup> Politisches Jahrb. d. schweizer. Eidg., Bd. 26, 1912, S. 67 ff.

der durch Erscheinungen bestimmt wird, die teils an der Oberfläche liegen, teils aber auch den tiefsten Quellen des menschlichen Wesens entspringen. Zwar sind in den geschichtlichen Entwicklungsperioden stets alle in der menschlichen Gemeinschaft tätigen Faktoren am Werke, daran ist kein Zweifel. Allein in bestimmten, zeitlich und räumlich umgrenzten Kreisen werden sich immer wieder einzelne Mächte nach Art und Richtung hervorheben lassen, die der Gesamterscheinung des geselligen Lebens, oft in weitem Umfange, einen besonderen Charakter verleihen. Wer darüber nachdenkt, wird nun finden, dass unsere Zeit sich durch drei kulturelle Erscheinungen von anderen, näheren und fernerer Perioden unterscheidet: Durch die gewaltigen Erfolge der Technik, durch die ausgesprochene Neigung zum Realismus und durch das Wachstum des Sozialismus.

„Diese drei Erscheinungen sind nicht durch ihr inneres Wesen miteinander verknüpft, und man kann daher nicht behaupten, dass sie notwendig zu gleicher Zeit auftreten mussten und die eine ohne die andere nicht denkbar wäre. Es gab soziale Revolutionen zu Zeiten, in denen weder technische Entwicklung noch realistische Lebensanschauung in Blüte standen. Man denke nur an die Sklavenaufstände der antiken Welt, an die Jacquerie des Mittelalters, an die Bauernkriege des sechzehnten, bei uns des siebzehnten Jahrhunderts. Ja es lässt sich sogar beobachten, dass die Bestrebungen um die Besserstellung gewisser Gesellschaftsklassen sich vorwiegend mit bestimmten idealistischen Strömungen, religiöser oder freigeistiger Richtung, verbunden haben. Allein so wie die drei genannten Erscheinungen heute zutage treten, besteht doch unverkennbar ein engerer Zusammenhang unter ihnen: Die technischen Erfolge sind den erstaunlich reichen Ergebnissen der naturwissenschaftlichen Forschung zu verdanken, und diese sind der Entwicklung und Ver-

breitung einer naturalistischen oder geradezu materialistischen Weltanschauung ausserordentlich förderlich gewesen. Die sozialistische Bewegung aber hat sich aus der Umbildung der wirtschaftlichen Verhältnisse, wie sie durch die technischen Erfolge herbeigeführt wurde, entwickelt und erblickt in dem Realismus einen Bundesgenossen, der mithilft, die überlieferten Gestaltungen des gesellschaftlichen Lebens zu bekämpfen und zu verdrängen. Unverkennbar wirken bei dieser ganzen komplexen Erscheinung noch andere Faktoren mit, die zum Teil in den vorhergegangenen Zeiten die führende Rolle gespielt haben. Die Ideen des Liberalismus, der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit im Sinne der grossen Revolution, vermögen immer wieder, manchmal recht kräftig, nachzuklingen.“

Wir fügen eine weitere Erwägung an:

Unser Gegenstand kann der wissenschaftlichen Untersuchung nach drei ganz verschiedenen Richtungen unterstellt werden: Wir können die Erscheinungen erstens geschichtlich darstellen, sei es rein beschreibend, sei es mit der Prätension, ein Gesetz notwendiger Entwicklung aufzustellen. Zweitens kann versucht werden, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit gewisser Betrachtungsweisen darzutun, wobei der Forscher, ob er es will oder nicht, in die Tagesströmung eingreift oder wenigstens den kämpfenden Parteien willkommene Materialien zu liefern bestimmt ist. Es kann nun aber auch das Problem gestellt werden, zu untersuchen, aus welchen Gründen es überhaupt im Rechtsleben Strömungen und Kämpfe gibt, welche Kräfte zu allen Zeiten und bei allen Völkern solche Erscheinungen gezeitigt haben. Solche Untersuchungen werden als oberstes Ziel eine Theorie, eine wissenschaftliche Erfassung des gesellschaftlichen Lebens der Menschen im Auge haben. Und in dieser dritten Richtung sollen unsere Betrachtungen liegen. Was wir versuchen, das ist, die Faktoren in allgemeingültiger Weise festzustellen, durch die in der einen

oder anderen Art das Recht bestimmt wird, und zugleich die leitenden, wiederum allgemeingültigen Ideen hervorzukehren, nach denen die praktisch auftretenden Fragen bei richtiger Betrachtungsweise beantwortet werden müssen.

Es handelt sich für uns demnach in erster Linie um eine wissenschaftliche Orientierung über das Wesen des Rechts. Damit ist unzweifelhaft eine wissenschaftliche Aufgabe gestellt, die sich an das Erkenntnisvermögen richtet. Diese Erkenntnis fruchtbar zu machen für die in der Gesellschaft betätigte praktische Wirksamkeit ist etwas Weiteres, was zu dem ersten hinzukommen wird. Es liegt zwischen der Rechtskunde und der Rechtspraxis ein Verhältnis vor, das demjenigen zwischen den naturwissenschaftlichen Kenntnissen und der Heilkunst parallel steht. Man kann die vollständigsten Kenntnisse der Medizin besitzen und doch nicht wirklich Arzt sein. Man kann das Recht eines Landes völlig beherrschen und doch für die Praxis nichts Tüchtiges wirken. Wie der mit dem Wissen Ausgerüstete in den praktisch gestellten Problemen sich betätigen, wie er sich bewähren wird, ist stets eine offene Frage. Und doch liegt in dem Wissen von dem, was theoretisch richtig ist, eine Vorbedingung des Gelingens der praktischen Kunst. So wie dies für die einzelnen wissenschaftlichen Berufsarten zutrifft, so muss es auch für das gesellschaftliche Leben, für den Verkehr mit den Mitmenschen überhaupt seine Geltung haben. Wer weiss, aus welchem Grunde es notwendig in dem Zusammenleben der Menschen kollektivistische und individualistische Strömungen gibt, in welchem wechselseitigem Verhältnis sie zu einander stehen und in welchem immer sich wiederholenden, durch die Vernunft gegebenen Geleisen oder Formen sie sich ausgleichen, der wird mit einer ganz anderen Sicherheit und mit ganz anderem Erfolg sich in der Gesellschaft betätigen als jener, der unter dem Eindruck des Augenblicks und befangen von den Erschei-

nungen der wechselnden Stunde zu handeln sich anschickt. Ja man wird noch an eine engere Beziehung zwischen der wissenschaftlichen Erkenntnis und dem richtigen Handeln denken dürfen, die schon hier kurz angemerkt werden mag.

Das Bewusstsein des Menschen, das durch die Vernunft gegebene Ich ist ausschliesslich nach zwei Richtungen vorhanden: Nach der Richtung des Wahrnehmens und nach der Richtung des Wollens. Beide Daseinserscheinungen, jene für unsere äusseren Sinne, diese für unseren inneren Sinn (das Bewusstsein) gegeben, stehen bei demselben Ich und sind in unerschöpflicher Mannigfaltigkeit untereinander verbunden. Das Bewusstsein ist nicht blosser Erkenntnis, sondern eine Kraft, und da wir dieser in uns selber sich betätigenden Kraft ganz wohl bewusst sind, so haben wir auch ein Bewusstsein von der von uns ausgehenden Gestaltung und damit einen Willen. Wenn Sokrates jede Gerechtigkeit und jede andere Tugend für Einsicht erklärt und das Axiom aufgestellt hat, wer die Einsicht habe, was gut sei, der tue es, und wer sie nicht habe, der könne es gar nicht tun, so liegt darin freilich ein Überspringen der Unterscheidung, die unsere neuere Wissenschaft zwischen Erkennen und Wollen aufstellt. Allein im Grunde hat Sokrates doch recht! Trotz des zweiteiligen Vernunftvermögens ist die Persönlichkeit eben doch eine Einheit. Wir haben die Erkenntnis nicht in einer besonderen Kammer unseres Bewusstseins hinter Schloss und Riegel, und das Wollen vagiert nicht ausserhalb jener Erkenntnis beliebig herum. Sobald die Erkenntnis ein Gebiet beschlägt, das die Beziehungen zu unserem Verhalten betrifft, so enthält sie auch das Gebot, ihr entsprechend zu handeln. Die Vernunft ist in dieser Hinsicht notwendig eine praktische Vernunft. Man lese in Platos „Protagoras“ nach, wie Sokrates aus der nicht dem Guten entsprechenden Handlung schlechtweg auf einen Mangel an Einsicht schliesst. Wer die wirkliche Einsicht hat, Ein-

sicht von der nötigen Klarheit und Bestimmtheit, der kann gar nicht anders als gut handeln. Das muss auch unter theoretisch vervollkommneteren Auffassungen zugestanden und festgehalten werden. Nur vollzieht, wer so denkt, in seinem Bewusstsein eine Umgestaltung des blossen Wissens, indem er es zum Wollen ausreifen lässt. In jedem Falle aber wird daraus ersehen werden können, inwiefern eine nur theoretische Untersuchung für die Praxis Bedeutung haben kann und muss.

Mit solchen Betrachtungen setzt man das Ziel, nicht nur über das Wesen des Rechts, sondern auch über seine Aufgaben und seine Verwirklichung sich grössere Klarheit zu verschaffen. Von den damit gestellten Problemen aber lässt sich eine erste Gruppe aus solchen bilden, die das Wesen des Rechts betreffen (erste Abteilung), der sich eine Gruppe von solchen anschliesst, die von den Aufgaben des Rechts handeln (zweite Abteilung), während eine dritte Gruppe die Probleme der Rechtsverwirklichung und Rechtsanwendung umfassen soll (dritte Abteilung).

Überall aber haben wir als unser Ziel jenes gesuchte Ganze im Auge, das sich mit unserem Bewusstsein, in Bezug auf das Dasein, den Grund und das Werden des Rechts, verknüpft. Was wir vom Rechte wissen und im Rechte wollen, das vereinigt sich in unserem vernünftigen Bewusstsein zu der höheren Einheit des Sollens, mit einer Bedeutung, ohne die das Recht niemals als Recht gedacht werden kann.





## DRITTE ABTEILUNG.

---

### VON DER RECHTSVERWIRKLICHUNG.

Indem wir den Vorgang, den wir zum Gegenstand unserer nachfolgenden Untersuchung machen, als Rechtsverwirklichung bezeichnen, bestimmen wir grundsätzlich die Stellung, die wir zur Erörterung der zu besprechenden Probleme einnehmen. Verwirklichung bedeutet jedenfalls die Herstellung eines Zustandes oder eines Dinges, aber nicht jede Herstellung lässt sich als Verwirklichung bezeichnen. Von Verwirklichung sprechen wir nur da, wo etwas als möglich oder vielleicht als wünschenswert vorausbedacht wird, also im Zustand der Ungewissheit und als ungewiss in unserem Bewusstsein liegt, so dass die Herstellung desselben mit irgendeinem anderen Vorgang in unserem Bewusstsein als etwas weiterhin Geschehendes empfunden wird. Die Verwirklichung kann sich dabei aus unseren Handlungen oder aus anderen Ursachen ergeben. Sie besteht immer darin, dass sich dasjenige, mit dem sich unser Bewusstsein und unser seelisches Empfinden überhaupt schon beschäftigt hat, realisiert. Unsere Träume, unsere Hoffnungen oder unsere Befürchtungen können sich verwirklichen. Ein solcher Vorgang der Verwirklichung liegt nun auch bei der Rechtsordnung vor. Man muss die Rechtsordnung bereits in irgendeiner Weise in das Bewusstsein aufgenommen haben, damit man sagen kann, sie habe sich verwirklicht. Nun ist die Rechtsordnung ihrem Wesen nach dazu bestimmt, verwirklicht zu werden.

Aber erst nachdem die Rechtsordnung gedacht ist, kann es als möglich erscheinen, den Masstab der Rechtsidee an den Vorgängen in irgendeiner Gemeinschaft zur Anwendung zu bringen. Wir gewinnen damit ein Urteil darüber, ob die Erscheinungen des Gemeinschaftslebens den der Rechtsordnung zugrunde liegenden Ideen entsprechen oder nicht, ob in denselben das Recht zum Ausdruck gelange, oder in welch' anderer Weise es zum Ausdruck gelangen sollte. Und wenn wir alsdann daran gehen, die Verhältnisse im Gemeinschaftsleben darnach zu richten, sie beizubehalten oder abzuändern, so bewirken wir damit immer wieder die Verwirklichung des Rechts, mag dieses auch im gegebenen Falle noch so unvollkommen sein und noch so wenig der Gerechtigkeit entsprechen.<sup>1)</sup>

Wir haben in der ersten und zweiten Abteilung bereits über drei von den fünf Elementen des Rechts gesprochen, vom Ethos, von der Logik und von der Macht. Im Rahmen der Rechtsverwirklichung ist nunmehr die Gestaltung als viertes Element zu erwägen, woran sich die Betrachtung der Realien als fünftes Element anschließt. Das gestaltete Recht soll, zu seiner Verwirklichung, in Anwendung gebracht werden. Seine Gestaltung ist notwendig, damit es zur Anwendung gebracht werden kann. Aus der Betrachtung dieser Rechtsanwendung

<sup>1)</sup> In anderm Sinne versteht die Rechtsverwirklichung Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt, namentlich S. 45 f., indem er das im konkreten Rechtsverhältnis bestehende Recht, mithin eventuell durch den Richter fixierte Recht als verwirklicht bezeichnet. „Nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volk sein Recht,“ S. 48. Und wieder anders W. Zevenbergen, Leemten in de Wet, Antrittsrede, 1920, indem er dem Richter nur das Amt erteilt sein lässt, das Recht zu sprechen und es mit dem Urteil zu schaffen, so dass hiernach grundsätzlich das entscheidende Moment in seinem Werturteil gefunden werden muss. Mit einem andern Problem beschäftigt sich Hans Reichel, Gesetz und Richterspruch, nämlich mit der Stellung des Richters im Rahmen der Rechtsanwendung, wovon wir unten näher sprechen.

aber vermögen wir den Vorgang zu erkennen, der bei jeder Rechtsverwirklichung von wegleitender Bedeutung ist, das juristische Denken, und gewinnen zum Abschluss ein Bild von der Stellung und Bedeutung der Wissenschaft für die Rechtsverwirklichung in Gestalt des grossen Faktors der bewährten Lehre.

★ ★ ★

## I. Die Rechtsgestaltung.

Bevor das Recht in der Gemeinschaft realisiert werden kann, sagen wir, muss ihm selbst eine objektive Gestalt gegeben werden. Es wird sich also in erster Linie darum handeln, dass wir uns darüber Klarheit verschaffen, wie durch unser vernünftiges Bewusstsein das objektive Recht hergestellt wird. Wir werden dabei finden, dass hiezu eine gewisse Formulierung dient, die in einem Vorgang erfolgt, der selber wieder der rechtlichen Ordnung bedarf und den man als Gesetzgebung im weitesten Sinne bezeichnen kann (1.). Die Bildung der Gemeinschaften ist für diese Gestaltungsmacht von grundlegender Bedeutung (2.). Diese Bildung aber muss wiederum als eine Gestaltung aufgefasst werden, die ihrerseits der Regelung bedarf und in letzter Linie auf dem Selbstbestimmungsrecht der Völker beruht (3.).

### 1. Die Gesetzgebung.

Das Rechtsbewusstsein ist von allem Anfang an und unter allen Umständen als die Voraussetzung zu betrachten, ohne deren Vorhandensein die Schaffung einer objektiven Rechtsordnung undenkbar wäre. Das Rechtsbewusstsein bildet aber das Recht nicht fertig. Erst vermöge eines abklärenden Vorganges, vermöge des Erwachens unseres Bewusstseins selbst in der Welt der Erfahrungen, gelangen wir zum Verständnis von dem Vorhandensein dessen, was wir als Recht bezeichnen. Ein rechtlicher Zustand ist durch das Zusammenleben in der menschlichen Gemeinschaft ohne weiteres vorhanden, denn eine Gemeinschaft ohne jede Ordnung des Zusammenlebens, und wäre sie auch noch so primitiv, kann bei den durch das Gemeinschaftsleben naturnotwendig sich ergebenden Beziehungen unter den Beteiligten unmöglich gedacht werden. Die

gesellige Fähigkeit schafft die Ordnung als natürliche Tatsache nach der Macht und Eigenart der Persönlichkeiten, die zusammenleben. Instinktiv leisten die einen den anderen Gehorsam, und zwar mit dem ebenso instinktiv gegebenen Empfinden, dass es so sein müsse. Je mehr sich nun aber diese Gemeinschaftsverhältnisse durch generationenlange Übung zum Inhalt unseres Bewusstseins erheben, umso deutlicher tritt das Recht hervor. Die Idee des Rechts wird in diesem Erwachen des Bewusstseins, dem Erwachen dieses Bewusstseins selbst entsprechend, nur allmählich zutage treten. Das Rechtsbewusstsein, das sich derart langsam entwickelt, steht aber dabei bereits unter rechtlichem Gebot. Die gleichartige Behandlung der immer wiederkehrenden Erscheinungen reift zu der Erkenntnis heran, dass gewisse Regeln von Rechts wegen befolgt werden. Diese Regeln aber stellen sich als Rechtssätze dar.<sup>1)</sup>

Wir können diese Erscheinung nicht nur gedankemässig in einen Naturzustand versetzen, der allmählich zur Rechtskultur übergeleitet wird, sondern es ist dies ein Vorgang, der in der Heranbildung des Rechts auch heute noch wiederkehrt, und zu allen Zeiten wiederkehren wird. Denken wir uns beispielsweise die Stellung des Kindes in der Familie, so sehen wir, dass in noch nicht lange entschwundenen Zeiten das Kind der Familiengemeinschaft uneingeschränkt unterworfen war. Wenn man dem Familienvater in früheren Perioden ein *ius vitae ac necis* zugeschrieben hat, so darf das in keinem Falle so verstanden werden, als ob der Vater das Kind in jenen Zeiten mit ausgesuchter Brutalität behandelt und von Zeit zu Zeit ein Kind abgeschlachtet habe, sondern jene

---

<sup>1)</sup> Als anschauliches Beispiel dieses Vorganges sei Haff, Die dänischen Gemeinderechte, Bd. 2, S. 77 ff., erwähnt. Man vergl. damit m. Schweizer. Privatr., Bd. 4, S. 2 ff., 210 ff.

alte strenge Regel gibt nur Zeugnis von der Mangelhaftigkeit, in der zu damaliger Zeit die tatsächliche Stellung des Kindes in der Gemeinschaft erfasst worden ist. Mit dem Erwachen des Bewusstseins über die Stellung des Kindes als Glied der Gemeinschaft und in betreff des Selbstwertes, der seiner Existenz mit Rücksicht auf die weitere Entwicklung der Gemeinschaft zugeschrieben werden muss, ist allmählich das Verständnis für die individuelle Existenz der kleinen und pflegebedürftigen Welt zum Bewusstsein erwacht, so dass man heute geradezu von einem „Jahrhundert des Kindes“ gesprochen hat.<sup>1)</sup> Ähnliche Erscheinungen wiederholen sich in Bezug auf das Verhältnis von Mann und Frau, in Betreff der Zugehörigkeit zu einer Arbeitsgemeinschaft und in Betreff der Anerkennung einer Eigentumssphäre für jedes Individuum in der Gemeinschaft. Man kann diesen Vorgang im Recht vergleichen mit der Herausbildung der Sprache. Was sich immer und immer wieder im Gleichmass der Tage, im Brauch und Gebrauch unter den Gemeinschaftsgenossen wiederholt, was sie alle in ihrem Zusammenleben zu ihrer Sicherung im Einzelnen und im Ganzen pflegen und üben, was derart gleichförmig ist und Tag für Tag gesiebt, geschliffen und gerundet wird, das gewinnt schliesslich zum Gebrauch der Gemeinschaft eine feste Form und bleibt als notwendiges Lebenselement anerkannt. Wie sich mit dem Wort in der Sprache ein Begriff verbindet, so gestaltet sich aus dem Zusammenleben in der Gemeinschaft in den wechselseitig anerkannten Verhältnissen der Rechtssatz. Die Rechtsordnung erwacht damit in unserem Bewusstsein zu einer Klarheit, die ihre Verwendbarkeit erhöht und sichert. Und auch in der Richtung kann uns die Sprache zur Aufklärung des Vorganges dienen, dass, wie die Sprache

<sup>1)</sup> Vergl. Ellen Key, Von Liebe und Ehe. Dazu F. W. Förster in der deutschen Rundschau, 1905, III S. 390 ff.

aus Worten besteht und wie mit jedem Wort sich ein Begriff verbindet, so die Rechtsordnung aus Rechtssätzen zusammengesetzt ist. Gerade so aber wie die Sprache nicht mit blosser Aneinanderreihung solcher Wörter gesprochen wird, sondern sich mit diesen Wörtern ihre Flexionen und syntaktischen Verbindungen verketten müssen, so erwächst aus den Rechtssätzen die Rechtsordnung dergestalt, dass diese Sätze ineinanderspielen und in wechselseitigen Verbindungen den ganzen Reichtum ihres Inhaltes entfalten. In den Rechtsinstituten vermögen sie dann die mannigfaltigsten Gemeinschaftsverhältnisse zu beherrschen und sind einer fortschreitenden Verfeinerung und Vervollkommnung fähig. Die Quelle der Sprachbildung ist unerschöpflich und kann durch keine Akademie eingeschränkt werden. Die Prägung neuer Ausdrücke durch den Verkehr auch der geringsten Klassen der in Gemeinschaft Verbundenen wird uns immer wieder mit Neubildungen überraschen. Und ebenso schreitet die Entwicklung der Rechtssätze, unbehindert durch das Bestehen einer fixierten Rechtsordnung, in allen kommenden Generationen weiter, ohne dass ihre Ausbildung durch irgendeine menschliche Gewalt verhindert werden könnte.<sup>1)</sup>

Ist die Regel, die im Gemeinschaftsleben befolgt wird, als solche erkannt und mithin als geboten betrachtet, so tritt sie in den Zustand des bewusst befolgten Rechtssatzes. Man muss sich aber fragen, von wem dieses Gebot für die an der Gemeinschaft Beteiligten ausgehe. Am näch-

<sup>1)</sup> Man darf das Verhältnis nicht so auffassen, als würde gemeinhin ein fertiger, kunstvoller Plan durch die Rechtsschaffung verwirklicht. Vielmehr besteht bei der Schaffung eines Institutes sehr oft Mangel an jedem Plane, sodass es der wirren Menge von einzelnen Interessenabwägungen entspringt und nicht dem klaren Rechtsbewusstsein der einzelnen Beteiligten. Man kann dies sogar bei sehr kunstvollen Instituten beobachten, wie z. B. beim Lehnrecht. Vergl. Waitz, *Verf. Geschichte* Bd. 4, S. 361, u. a.



sten liegt es, hier daran zu denken, dass die auf lange Zeit hinaus erfolgende tatsächliche Befolgung allmählich der Regel den Charakter des bindenden Gebotes zu verleihen vermöge. Die Erkenntnis der gewohnheitsmässigen Beobachtung kann sicherlich zu einer Formulierung führen, die aus dem Zusammenleben der Gemeinschaftsglieder untereinander gleichsam von selbst herauswächst, und wenn sich dabei der Zusammenhang der Regel mit den sie ursprünglich bestimmenden Interessen und Bedürfnissen wenigstens insoweit verliert, dass die Befolgung auch ohne Einsicht in jene Interessen erfolgt, so ist aus der Rechtsgewohnheit ein Gebot des Gewohnheitsrechtes geworden. Neben dieser unmittelbaren, aber langsam wirkenden Formulierung aus dem Gemeinschaftsleben heraus begegnet uns dann aber, und zwar mit der fortschreitenden Rechtskultur immer mehr vorherrschend, eine andere Art der Bildung der Rechtssätze. Der Träger der in der Gemeinschaft liegenden Gewalt vermag sich mit der Befugnis auszurüsten, Rechtssätze von sich aus zu bilden, und wäre es auch nur in der Weise, dass er dasjenige, was durch das gewohnheitsmässige Befolgen eine bestimmtere Gestalt schon angenommen hat, der Bildung des Gewohnheitsrechtssatzes vorgehend, als Recht gebietet. Je weiter der Kreis sich gestaltet, der einer Gemeinschaftsgewalt unterworfen ist, umso mehr wird sich das Bedürfnis nach gleichmässiger Behandlung der gleichartigen Verhältnisse geltend machen. Wir können das an einzelnen geschichtlichen Erscheinungen deutlich beobachten. Wenn beispielsweise die Hörigen in ausgedehnten Grundherrschaften mit zahlreichen Höfen und Weilern zu einer viel intensiveren Ausbildung des Hofrechtes gelangt sind,<sup>1)</sup> als kleinere Herrschaftsgebiete, so ist diese Erscheinung aus jenem Bedürfnis zu erklären. Der Inhaber der Gewalt, der zu solcher Rechtsformulierung

<sup>1)</sup> Vergl. m. Schweizer. Privatr., Bd. 4, S. 221 ff.

schreitet, mag sich diese Befugnis rein tatsächlich aneignen, und übt sie dann auch, soweit diese Rechtssetzung von den Unterworfenen anerkannt wird. Allein diese Anerkennung selber bedarf zu ihrer Sicherung der rechtlichen Feststellung. Sie verschafft sich diese Anerkennung, indem sie sich selbst bindet, d. h. sich eine rechtliche Gestalt beilegt. So gelangt dann der Träger der Gewalt zu einer Rechtssetzung, die sich nach zwei verschiedenen Richtungen bewegt. Formulirte Rechtssätze bezeichnen ihn als Träger der Gewalt, und formulirte Rechtssätze werden von dieser Gewalt für die Gewaltsunterworfenen erlassen. Die in der Gemeinschaft liegende Macht aber wird damit zum Gesetzgeber. Die Herstellung der gesetzgebenden Gewalt wird sich dabei in einer Formgebung äussern, in der zur Unterscheidung von anderen Äusserungen der Gemeinschaftsmacht der Erlass der Rechtsbefehle zum Ausdruck gelangt. Die gesetzgebende Gewalt aber bestimmt alsdann, in welcher Art die Gesetzgebung stattfinden soll.<sup>1)</sup>

Auch hier dürfen wir jedoch nicht bei der Annahme stehen bleiben, dass nur bei einer unvollkommen entwickelten Rechtsordnung solche Vorgänge unterschieden werden können. Die gleiche Erscheinung wiederholt sich in reichster Ausgestaltung bei Gemeinschaften mit hoher Rechtskultur. Die Gewalt der Gemeinschaft bestimmt, auf welchen Wegen die Rechtssetzung stattfinden soll, und zieht daraus die Konsequenz, dass nur in der festgesetzten Art des Vorgehens Rechtssätze aufgestellt werden können. Für diejenigen Akte, die sich nicht als Gesetzgebung dar-

<sup>1)</sup> Wir erhalten damit in der Gestaltung des Rechts einen Gegensatz zwischen Recht und Staat, der sich auch dann nicht wegdenken lässt, wenn man das Recht aus dem Staat ableitet, und nicht, wie im Naturrecht, den Staat aus dem Recht. Im Sinn dieses Gegensatzes wird man die Möglichkeit von Macht ohne Recht (oben S. 216 f., 240 f.) und Recht ohne Macht (S. 30) zugeben müssen. Vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I, S. 112 ff.

stellen, kommen mithin diese gesetzgeberischen Formen nicht zur Anwendung, und man kann sogar beobachten, dass nach der einen und anderen Richtung verschiedene Organe in Tätigkeit gesetzt werden. Die verfassungsmässige Ordnung der gesetzgebenden Gewalt erscheint dabei vielfach als erschwert. Trotzdem besteht ihre Tätigkeit in der Formulierung von Rechtssätzen.

Wenn nun eine solche gesetzgebende Gewalt ganz allgemein gestaltet und anerkannt wird, so ist damit noch nicht bestimmt, dass die Formulierung ausschliesslich von dieser Gesetzgebung ausgehen müsse. Nach unserer oben gegebenen Umschreibung ist die Gewohnheit im Grunde Gesetzgeber, und es kann sich nur fragen, ob sie diese hohe Befugnis auch unter der gesetzgebenden Gewalt beibehält. Eine Antwort hierauf gewinnen wir mit der Überlegung, dass die gesetzgebende Gewalt, soweit sie sich nicht selbst Schranken setzt, ein unbeschränktes Betätigungsgebiet beherrscht. Sie kann also unzweifelhaft auch gebieten, dass eine gewohnheitsmässige Formulierung von Rechtssätzen keine Anerkennung finden soll. Allein ob damit eine solche Formulierung durch die Gewohnheit tatsächlich verhindert werden könne, ist ungewiss. Sehr wohl kann dieses Gebot selber der desuetudo verfallen, mit dem schliesslichen Ergebnis, dass sich die formulierende Gewohnheit als dem formulierenden Gesetzgeber überlegen erweist. Mit diesen Erwägungen kann man es sich verständlich machen, dass gesetzliche Anordnungen in Vergessenheit verfallen können.

Von einer solchen Konkurrenz zwischen Gesetzgebung und Gewohnheit ist dann aber ein anderes wohl zu unterscheiden. Es kann Fälle geben, wo eine gesetzliche Anordnung vollkommen gültig und unbestritten in Kraft steht, wo dann aber im Gemeinschaftsleben neben aller Anerkennung der gesetzten Ordnung in irgendwelchen Vereinbarungen eine abweichende Übung Platz

greift. Der Rechtsordnung widerspricht eine solche Ordnung nicht, wenn sie sich auf dem Gebiete des dispositiven oder nachgiebigen Rechts bewegt. Alle Beteiligten sind dann einverstanden, dass unter ihnen eine andere als die vom Gesetz dispositiv oder subsidiär aufgestellte Regelung gilt, und der Gesetzgeber hat schon deshalb keine Veranlassung hiegegen einzuschreiten, weil sich diese abweichende Übung auf einem Felde bewegt, für das er selber den Gemeinschaftsgliedern eine freie Ordnung zugestanden hat. Die abweichende Übung oder Gewohnheit gestaltet sich nicht „contra legem“, sondern nur „praeter legem“. Man hat hierin schon den Ausdruck dafür gefunden, dass das Gesetz eben nicht das der Gemeinschaft Zuträgliche angeordnet habe, und in vielen Fällen mag es sich auch in der Tat so verhalten, namentlich wenn es sich um Rechtsgebiete handelt, die sich auf einer anderen Stufe der Rechtskultur befinden als derjenigen, von der der Gesetzgeber ausgegangen ist. Solche Verhältnisse werden dann namentlich in der Art zutage treten, dass gegebenen Falles zwischen den absoluten Sätzen des formulierten Gesetzes und den vom dispositiven Recht abweichenden Gewohnheiten Widersprüche auftreten, die zwar das absolut gesetzte Recht nicht zu beseitigen vermögen, aber doch dem durch die Gewohnheit Geordneten im Grunde widersprechen. Ein solcher, unbefriedigender Zustand darf nun aber durchaus nicht in allen Fällen bei einer sich praeter legem entwickelnden Übung angenommen werden. Vielmehr kann es und wird es sich häufig so verhalten, dass der Gesetzgeber für den Fall des mangelnden Einverständnisses aller Beteiligten zu einer Abweichung von der gesetzlichen Ordnung, die von ihm aufgestellte Regel mit allem Bewusstsein festgehalten wissen will. Er lässt also zwar eine Abweichung zu, die demjenigen, was er für richtig hält, nicht entspricht. Er erkennt sie aber nur für den Fall an, wo alle Beteiligten mit der Ab-

weichung einverstanden sind, während er, wo diese Einstimmigkeit fehlt, grundsätzlich und mit allem Bewusstsein aus einem höheren Prinzip an seiner Ordnung festhält. Vergewärtigen wir uns beispielsweise den Fall, wo nach der Gesetzgebung die Kinder den Nachlass der Eltern zu gleichen Quoten verteilen, so wird dieses Prinzip der Gleichberechtigung, auch wenn die Kinder untereinander in Einhelligkeit eine ungleiche Teilung vornehmen dürfen, mit vollem Recht festgehalten. Die gesetzgeberische Gewalt hat keinen Anlass, gegen die Abweichung einzuschreiten, denn wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter. Es kann aber auch vorkommen, dass solche abweichenden Übungen sich als Fingerzeig erweisen, in welcher Richtung das gesetzte Recht, um dem Rechtsbewusstsein und den Interessen der Gemeinschaft besser zu entsprechen, abgeändert werden sollte, und von diesem Gesichtspunkte aus verdienen alsdann solche abweichenden Gebräuche, auch wenn sie nicht gegen das absolute Gebot verstossen, von einem sorgsamem Gesetzgeber wohl beachtet zu werden. Eine besondere Äusserung der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft dagegen, sodass eine derartige freie Übung ein soziologisch richtigeres Prinzip darstellen würde als die Gesetzgebung, darf nach den entwickelten Erwägungen in den erwähnten Vorgängen gewiss nicht gefunden werden.

Durch die Feststellung von Rechtssätzen wird die Rechtsordnung in eine Gestalt gebracht, die der Rechtsverwirklichung den ersten grossen Dienst zu erweisen vermag. Die Idee des Rechts, das Rechtsbewusstsein an sich, würde die Rechtsordnung nicht zu der objektiven Gestalt zu erheben vermögen, deren es zur Rechtsverwirklichung bedarf. In dem Rechtsbewusstsein der durch die Gemeinschaft Verbundenen liegt im Grunde genommen nur die Fähigkeit, sich der rechtlichen Ordnung zu unterstellen, und das Bild, das der Einzelne von dieser Ordnung sich zu machen vermag, würde mit dem Bilde, das im

Bewusstsein der andern wohnt, unmöglich in voller Übereinstimmung stehen. Erst dadurch, dass die Aufstellung der Rechtssätze erfolgt, die abstrakt lauten und mithin nach dem Grundsatz der Gleichheit zur Anwendung gelangen, wird der Gemeinschaft die Ordnung und Kraft verliehen, deren sie zur Vereinigung der Vielen in der Gemeinschaft notwendig bedarf. In diesem aus Befehlen und Anordnungen zusammengesetzten Ganzen der Rechtsordnung liegt das Bild gezeichnet, das nach dem Ausdruck der Übung oder der Rechtsüberzeugung das Recht darstellen soll, und das alsdann zur Verwirklichung heranreift. Es soll verwirklicht werden, die Macht der Gemeinschaft steht hinter ihm. Daneben erfolgt immer noch die Beurteilung der aufgestellten Ordnung nach dem Masstab der Rechtsüberzeugung, d. h. nach dem, was sein sollte. Die Ordnung aber, die geschaffen wird, verlangt nach der Verwirklichung, auch wenn sie nicht allen Angehörigen der Gemeinschaft als die richtige Ordnung erscheint. Das objektive Recht will und soll verwirklicht werden. Zu dieser Verwirklichung dienen die Rechtssätze in ihrer Gesamtheit als Rechtsquelle. Zugleich aber ist die geschaffene Rechtsordnung ein Bild dessen, was für die Gemeinschaft, die es angeht, Recht geworden ist. Sie wird zum Spiegel dieses Rechts. Man bemerkt den Unterschied, wenn wir das Gesetz nach der ersten Auffassung als Quelle bezeichnen und nach der zweiten als Spiegel. Die Gesetze sind Rechtsquellen unter der Auffassung, dass ihnen das Recht entströmt, das für die Gemeinschaft verwirklicht werden soll. Sie liefern das Recht so, wie es nun geschaffen ist, und gelten soll. Der Spiegel aber ist eine Wiedergabe dessen, was als Recht geordnet ist, während neben dem Spiegel das Recht als an sich bestehend betrachtet wird. Der Gesetzgeber schafft nach der ersten Auffassung das Recht, wie es nach seiner Überzeugung sein soll, und das geschaffene

Recht gilt alsdann nach seinen Anordnungen, und nicht, wie es nach der Rechtsüberzeugung des einen oder eines andern sein sollte. Nach der zweiten Auffassung aber wird das Recht nicht durch die Gesetzgebung geschaffen, sondern durch die Gesetze nur wiedergespiegelt, während die Schaffung des Rechts Mächten überlassen wird, über die der Gesetzgebung keine Gewalt zusteht. Der Spiegel gibt dasjenige wieder, was der Beschauende selber als Bild des Rechts gelten lassen muss. Und es ändert sich das Bild, sobald etwas anderes als Recht auftritt. Die Benennung von Rechtsaufzeichnungen als Spiegel deutet also nicht nur darauf hin, dass aus dem Bilde Belehrung darüber, was Recht sei, gewonnen werden könne, sondern sie gibt überdies der Auffassung Ausdruck, dass das Aufgezeichnete mit dem Rechte selbst, wenn auch inhaltlich getreu wiedergegeben, in seinem Wesen nicht identisch sei. Aus dieser Beobachtung mag es sich auch erklären, dass die Rechtsspiegel eben doch gleich gesetztem Recht zur Geltung kommen konnten. Für die Rechtsverwirklichung musste das Recht gefunden werden, und dieses Finden ergab sich so gut aus einem Spiegel als aus der Rechtsquelle selbst.

Mag man nun aber auch die in den Rechtssätzen dargelegte Rechtsordnung so oder anders auffassen, so wird doch immer anerkannt werden müssen, dass eine Rechtsordnung nur dadurch entsteht, dass für Rechtsverhältnisse Rechtsregeln aufgestellt werden. Und da begegnet uns gleich zu Eingang der Frage das schwierige Dilemma, dass eine rechtlich begründete Macht die Rechtssätze aufzustellen hat. Es sieht, wie wir schon oben (S. 219) in anderem Zusammenhang hervorgehoben haben, aus wie eine *petitio principii*, wenn wir sagen, dass die Rechtssätze durch eine rechtlich geordnete Macht aufgestellt werden sollen. Denn man wird sofort auf die Frage gestossen,

von wem denn die Ordnung für die gesetzgebende Gewalt ausgehen solle. Erst wenn diese Frage verständlich gemacht ist, kann sich die weitere anschliessen, in welcher Weise die rechtliche Gemeinschaft selbst durch die Gesetzgebung (worunter wir nach dem oben Gesagten in weiterem Sinne auch das Gewohnheitsrecht verstehen) geordnet werden soll. Und wenn die Aufstellung dieser Ordnung als objektiver Rechtsordnung erfolgt ist, werden wir schliesslich direkt vor die Frage gestellt, wie nun die Verwirklichung dieser Ordnung für die einzelnen Lebensverhältnisse im Rahmen der einzelnen Gemeinschaft erfolgen soll. Von der Ordnung durch die Gemeinschaft muss die Ordnung der Gemeinschaft selber und die Bestimmung der Macht, durch die eine solche Ordnung erfolgt, unterschieden werden.

Wir haben schon oben den Vorgang gezeichnet, nach welchem sich aus dem tatsächlichen Bestand der Gemeinschaft eine Gewalt der Gemeinschaft über ihre Angehörigen ergibt. Eine Gemeinschaft ohne Gebundenheit der Mitglieder wäre ein Widerspruch in sich selbst. Mag die Gemeinschaft auch noch so eng begrenzt und das Band, das ihre Angehörigen verbindet, auch noch so locker sein, so ergibt sich aus dem Wesen der Gemeinschaft eben doch immer dasselbe: eine Beschränkung der ihr angehörenden Individuen infolge ihres Zusammenstehens. Der Umfang und die Kraft dieses Zusammenstehens können ausserordentlich verschieden sein. Das Wesen der Gemeinschaft in Gestalt dieser Gebundenheit ist allezeit und überall notwendig gegeben.

Man kann sich diese Gewalt der Gemeinschaft in ihren Anfängen als eine nur tatsächliche Gewalt denken, die aber aus dem Bewusstsein der Zusammengehörigkeit heraus Anerkennung beansprucht und auf Anerkennung Anspruch machen kann. Liegt diese Anerkennung vor,



so ergibt sich eine formale Existenz der Gewalt, die ihren tatsächlichen Bestand beschützt und ergänzt. Wann aber wird sie sich in eine rechtliche Gewalt verwandeln? Sie mag sich diese Umwandlung beilegen, sobald sie ihre Anerkennung in der Gemeinschaft durchsetzt, indem sie auf Grund einer solchen Anerkennung aus der Gemeinschaft heraus auf keinen hemmenden Widerspruch mehr stösst. Allein diese Anerkennung ist doch zu unbestimmt, als dass man sich auf Grund derselben, ähnlich wie es im Gesellschaftsvertrag des Naturrechtes geschehen ist, auf den rechtlichen Charakter der Gewalt verlassen könnte. Damit die Gemeinschaftsgewalt zur rechtlichen Gewalt werde, ist vielmehr noch etwas anderes erforderlich.

Wir sagten oben, dass es zur Aufstellung der rechtlichen Ordnung notwendig der Bildung von Rechtssätzen bedürfe, und verwenden nun die gleiche Beobachtung auch zur Erklärung der Umwandlung der tatsächlichen in die rechtliche Gewalt. In dem Bewusstsein der Gemeinschaft, d. h. nach dem Kollektivbewusstsein ihrer Angehörigen muss sich die Überzeugung begründen, dass die Gewalt der Gemeinschaft zu Recht bestehe. Dies aber setzt wiederum voraus, dass sich die geübte Gewalt als Rechtsgewalt aus der Rechtsüberzeugung der Glieder selbst herausentwickele. Es ist dies ein Vorgang, für den sich aus dem Kollektivbewusstsein der Menschen selbst eine Erklärung gewinnen lässt. Ohne die Grundlage des individual-kollektivistischen Bewusstseins der Menschen wäre der Vorgang nicht möglich. Wenn die menschliche Natur nicht selbst aus ihrem Wesen heraus und gemäss ihrer Veranlagung die Gemeinschaft zu bilden hätte, so würde eine Gemeinschaft und die Anerkennung der Macht der Gemeinschaft im Rechte undenkbar sein. In dem Augenblick, wo die tatsächliche Gemeinschaft derart auf der Grundlage des Rechtsbewusstseins ihrer Mitglieder als rechtliche empfunden wird, ist die recht-

liche Gewalt geschaffen. Dies muss sich nach den Bedürfnissen des Gemeinschaftslebens darin äussern, dass die Macht sich selbst bindet, und dieses rechtliche Band wird dadurch geschaffen, dass Rechtssätze für diese Gewalt aufgestellt werden. Dieser Vorgang muss nicht zeitlich, aber wohl begrifflich, als der erstgegebene betrachtet werden. Hat sich die Gewalt mit Rechtssätzen rechtlich konstituiert, so besitzt sie die Natur der Rechtsgewalt und erhält daraus die rechtliche Befugnis, nun auch im weiteren rechtliche Ordnung zu schaffen. Die Konstituierung der Rechtsgewalt aber geschieht durch die Begründung einer Ordnung, die notwendig zweierlei enthalten muss: Einerseits die Bezeichnung eines Trägers der Gewalt, der solcher Art Rechtssätze soll aufstellen dürfen, und andererseits die Ordnung des Vorgehens, die beim Erlass dieser Rechtssätze beobachtet werden soll.

Damit ist alsdann die gesetzgebende Gewalt geschaffen, und die Gesetzgebung formal geordnet. Dieser Vorgang tritt uns im Leben der staatlichen Gemeinschaften zu allen Zeiten und auch in der Gegenwart lebhaft entgegen. Er findet in der Lehre Ausdruck, dass alles, was in dieser Form alsdann geschieht, als Gesetz, wenn auch nur in formellem Sinn, anerkannt wird, und dass die Aufstellung von Rechtssätzen als Äusserung des Gesamtwillens der Gemeinschaft nur in dieser Form geschehen kann und auch nur für die Rechtssetzung in dieser Form geschehen muss. So fallen Wahlen und Verwaltungshandlungen aus dem Rahmen dieser formell geordneten Gewalt heraus. Andererseits aber kann es auch wohl geschehen, dass die gesetzgebende Gewalt sich in verschiedene Stufen teilt, und bei komplizierteren Gemeinschaftswesen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen unterschieden werden müssen, während ihnen doch immer die gleiche rechtliche Natur innewohnt, sobald Rechtssätze durch sie aufgestellt werden wollen. Auch

ist wohl zu beachten, dass die Abgrenzung der Handlungen der Gemeinschaftsgewalt im allgemeinen von der Aufstellung von Rechtssätzen nicht immer in gleicher Weise unterschieden werden, Schwierigkeiten, die beispielsweise mit der Unterscheidung von allgemein und nicht allgemein verbindlichen Beschlüssen in der schweizerischen Bundesgesetzgebung häufig aufgetreten sind und in der Aufstellung des Budgets, in der Beschlussfassung über Subventionen u. dergl. bekannte Kontroversen des allgemeinen Staatsrechts darstellen.<sup>1)</sup>

Die gesetzgebende Gewalt hat die Aufgabe, das objektive Recht aufzustellen und darnach alsdann den subjektiven Rechten und Pflichten Ausdruck zu geben. Sie stellt Rechtssätze auf für das Leben in der menschlichen Gemeinschaft. Sie wird geübt von der gesetzlich anerkannten obersten Gewalt des Kreises, für den sie bestimmt ist, und zwar wiederum in einer Tätigkeit, die, um als rechtliche Ordnung anerkannt zu werden, der gesetzlichen Regelung bedarf.

Die Ordnung der gesetzgebenden Gewalt erfolgt regelmässig durch die Verfassung des Staates, durch die eine oberste Gewalt im Staat verordnet wird, mit allen ihren Attributen. Die Ordnung der Gesetzgebungstätigkeit aber und die Feststellung der objektiven Rechtsordnung mit der aus ihr fliessenden Anerkennung der subjektiven Rechte und Pflichten, ist der Ordnung durch das Gesetz überwiesen. Dabei hat man aber auf zweierlei Abweichungen zu achten. Neben einer geordneten Gesetzgebungstätigkeit kann in Anerkennung der Übung oder des Gewohnheitsrechtes auf Grund der gleichen Prinzipien die Aufstellung der Rechtssätze auch auf anderem Wege als mit der ordentlichen Gesetzgebung geschehen, ein Verfahren, das namentlich auf dem Ge-

<sup>1)</sup> Vergl. für das schweizer. Bundesrecht W. Burckhardt, Kommentar der Bundesverf., 2. Aufl., S. 68 ff., 713 ff., 717 ff., 803.

bierte des Privatrechtes während langer Perioden der staatlichen Entwicklung durchaus vorherrschend gewesen ist. Auch kann eine absolute Herrschaft der Gemeinschaftsgewalt, unter Beiseitesetzung der Beobachtung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens, immer wieder angetroffen werden, und lässt sich auch schwerlich jemals ganz entbehren. Man stelle sich vor, in welcher Weise wenigstens negativ, in der Gestalt eines Veto, oder dann positiv, in der Befugnis eines Staatsoberhauptes, sich die Gemeinschaftsgewalt in formlosester Weise zu betätigen vermag. Umgekehrt kommt es auch vor, dass für die Aufstellung von Rechtssätzen nicht ein besonderes gesetzliches Verfahren vorgeschrieben erscheint, sondern Verfassungsbestimmungen Platz greifen, die im Grunde genommen der Ordnung der Staatsgewalt selbst vorbehalten bleiben sollten. Wir denken dabei beispielsweise an die strafprozessualen Bestimmungen einzelner kantonaler Verfassungen.

Endlich erfolgt die Aufstellung von Rechtssätzen durch die Gemeinschaftsgewalt auch noch nach einer weiteren Richtung. Die Rechtsordnung kann nicht dabei stehen bleiben, eine objektive Ordnung aufzustellen und damit die subjektiven Rechte und Pflichten festzulegen. Sie muss es auch als ihre Pflicht betrachten, für die Vollziehung dieser Rechte und Pflichten besorgt zu sein, denn, wir wiederholen, die Rechtssätze sind da, um befolgt zu werden. Fehlt ihnen dieses Postulat, so sind sie in Wirklichkeit keine Rechtssätze. Die Realisierung der Rechtsordnung erfolgt nicht schon durch das richterliche Urteil, sondern erst durch dessen Vollstreckung. Die Vollziehung der Rechtsgebote und der auf ihrer Grundlage erfolgenden Urteile in der Gemeinschaft gehört also in den Rahmen der Rechtsordnung, die verwirklicht werden soll. Allein auch hier vermag die Gemeinschaftsgewalt mit ihrer bloss tatsächlichen Macht nicht auszukommen.

Auch auf diesem Gebiet verwandelt sie die tatsächliche Gewalt erst dadurch zur Rechtsgewalt, dass sie selber für die Realisierung der Rechtsordnung Rechtsregeln aufstellt. Sie bestimmt also zum Zwecke der Rechtsverwirklichung die Art, in der die Berechtigungen und Verpflichtungen nach Massgabe der Rechtssätze realisiert werden sollen, oder gegebenen Falls Unrecht wieder gut zu machen ist. Solche Realisierungsvorschriften lassen sich in Verbindung mit privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Instituten je nach Gutfinden anordnen, werden aber vornehmlich in den Prozessordnungen, im Strafrecht und im Verwaltungsrecht aufgestellt. Gemeinsam ist allen nach dieser dritten Richtung aufgestellten Rechtssätzen, dass sie nicht das materielle Recht nach Befugnissen und Verpflichtungen festzustellen bestimmt sind, sondern das Verfahren ordnen, womit die materiellen Postulate der Rechtsordnung tatsächlich ins Leben gesetzt werden sollen. Mit diesen formalen Vorschriften wird alsdann erst das Bild der Rechtsordnung im Rahmen einer jeden Gemeinschaft zur Vollständigkeit gebracht, und für die Verwirklichung des Rechts, so viel es der Rechtsordnung beikommen kann, Sorge getragen.<sup>1)</sup>

## 2. Die Gestaltung der Gemeinschaft.

Die Herausbildung der Gemeinschaften, deren Aufgabe es ist, das objektive Recht zu gestalten, erfolgt auf dem gleichen Wege, wie die Herausbildung einer gesetzgebenden Gewalt für die Gemeinschaft: mit dem tatsächlichen Zusammenstehen im Bestreben der Bildung einer Gemeinschaft und Anerkennung des Zustandes als Rechtszustand

---

<sup>1)</sup> Über die Ausgestaltung der gesetzlichen Ordnung und die Rechtsanwendung sei auf die Abhandlung von F. Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerl. Rechts (1905) verwiesen

durch die Beteiligten. Der Vorgang ist jedoch seiner Natur nach bei der Gemeinschaftsbildung viel complexer als bei der Ordnung einer gesetzgebenden Gewalt. Vor allem treten hier die Realien gemeinschaftsfördernd und gemeinschaftshemmend mit besonderer Gewalt hervor. Wir können dabei eine Anzahl Momente wahrnehmen, die in grosser Regelmässigkeit wiederkehren und denen daher der Charakter von Kohäsionsfaktoren beigelegt werden kann (a). Im weitern wird die Gestaltung der Gemeinschaften ganz wesentlich durch den Zweck, zu dem die Vergesellschaftung erfolgt, bedingt (b). Und endlich muss es sich fragen, welcher Einfluss der Selbstbestimmung durch die Beteiligten auf die Gemeinschaftsbildung beigelesen werden darf. Betrachten wir die Gestaltung der Gemeinschaft unter diesen drei Gesichtspunkten, so haben wir

a. zunächst jene immer wiederkehrenden gemeinschaftsbildenden Momente, die wir (S. 224) als Kohäsionsfaktoren bezeichnet haben, uns in ihrem Wesen und in ihrer Wirkung zu vergegenwärtigen.<sup>1)</sup>

Einen der wichtigsten Kohäsionsfaktoren bildet die örtliche Zusammengehörigkeit, das Bewohnen des gleichen Gebietes, der Zusammenschluss zu gemeinsamen örtlichen Vorkehren. Es bedarf keiner hervorragenden Anstrengungen, um die Nachbarn zur Wahrung der gemeinsamen Interessen zu einer Vereinigung zu bringen,

---

<sup>1)</sup> Verschieden von dieser Betrachtung der Faktoren, die bei der Bildung der Gemeinschaften wahrgenommen werden können, ist die Untersuchung des Vorganges selbst, der zur Bildung der Gemeinschaft führt. Gemeinsame Schicksale und Bestrebungen führen zur Bildung von Gemeinschaften. Als Überlieferungen können sie in der Bedeutung eines Reale für die Bildung rechtlicher Gemeinschaften auch wohl zu den Kohäsionsfaktoren gerechnet werden, worauf wir im Text noch zu sprechen kommen. Vgl. über diesen andern Ausgangspunkt der Betrachtung die Rede von Gustav Rümelin, sen., Kanzlerreden S. 68 ff., Über den Begriff des Volkes.

wobei diese örtliche Zusammengehörigkeit nicht auf das engste Gebiet der Nachbarschaft beschränkt zu bleiben braucht, sondern sich auch in weiterem Umfang — soweit die örtlich bedingten Interessen reichen — als gemeinschaftsbildend erweisen kann. Nicht nur die Gemeinde im engeren Sinn verdankt diesem Faktor nach der Natur der gegebenen Verhältnisse ihre Entstehung, sondern auch der Gemeindestaat erfährt seine innere Struktur vorwiegend aus dieser örtlichen Zusammengehörigkeit.

Als zweiten Kohäsionsfaktor können wir die gemeinsame Abstammung hervorheben, wonach sich aus dem Zusammenleben der Familienglieder die weitere Sippe und der umfassendere Stamm ableiten kann. Die „genealogiae“ fallen mit der örtlichen Zusammengehörigkeit im altgermanischen Recht in grossem Umfang noch zusammen,<sup>1)</sup> und man wird oft im Zweifel sein, welchem der beiden Faktoren eine Nachbarschaft desselben Familiennamens zuzuschreiben sei. Allein die Verbindung nach der Abstammung tritt ohne jede örtliche Zusammengehörigkeit oft genug zutage, und wir würden sie aus der geschichtlichen Betrachtung noch vor der örtlichen Zusammengehörigkeit zu erwähnen haben, wenn diese nicht stetsfort auch noch in der neuen und neuesten Zeit<sup>2)</sup> ihre gemeinschaftsbildende Wirkung zu äussern vermöchte. Sie ist als einfachster und natürlichster Faktor in allem Wechsel der Verhältnisse stets vorhanden, während die gemeinsame Abstammung auf tiefere Wurzeln zurückgeht und einer Betrachtung entspringt, die von anderen Faktoren oftmals überwältigt wird. Man mag dabei, um sich dies zu verdeutlichen, an die Zusammengehörigkeit der

---

<sup>1)</sup> Siehe die genealogiae des alten Alemannischen Rechtes, Lex Alem. Tit. 87, und m. System und Geschichte des schweizer. Privatr. Bd. 4, S. 696, n. 11.

<sup>2)</sup> Man denke z. B. an die Zwangsgenossenschaften im Wasserrecht, die Elektrizitätsverbände, u. a. m.

Hebräer und an die neuesten Bestrebungen der Zionisten denken.

Eine eigenartige Bedeutung kommt im weitern als einem Kohäsionsfaktor der gemeinsamen Sprache zu. Dies in erster Linie schon aus dem Grunde, weil sich aus dieser Gemeinsamkeit ein leichterer Verkehr gestaltet. Man versteht sich wechselweise ohne weitere Mühe, ohne des Dolmetschs zu bedürfen, der in dem Verkehr zwischen sprachverschiedenen Menschen im Grenzgebiet eine so wichtige rechtliche Bedeutung gewinnt. Allein diese Erleichterung des Verkehrs ist nicht einmal die Hauptbedeutung dieses Faktors. Wichtiger noch ist der Umstand, dass die Sprache die Form unseres Denkens darstellt und durch dasjenige, was sie sagt und was sie nicht sagt, und was sich in ihr vererbt oder verliert, als Träger der Kultur auftritt. Wer sich mit Übersetzungen abgegeben hat, vermag sich diese Seite der Bedeutung der Sprache mit Leichtigkeit zu vergegenwärtigen. Wie mühsam muss mancher Begriff des wirklichen Lebens in der einen Sprache umschrieben werden, während er in der anderen offen am Tage liegt. Durch die Sprache wird gewissermassen der menschliche Geist wie ein Blatt Papier in bestimmte Falten gelegt, die, auch wenn man das Papier wieder entfaltet, nicht weggewischt werden können. Man drückt sich nicht nur aus, wie die Sprache es will, sondern man denkt, ja man fühlt auch, wie die Sprache es voraussetzt. Solange verhältnismässig kleinere Sprachzentren nebeneinander stehen, hat das weniger zu bedeuten, als wo umfassende Nationalsprachen in ihrer typischen Ausgestaltung einander gegenüber treten. Das Verschwinden der kleinen Dialekte verschärft den Gegensatz, der sprachlich unter den Völkern gegeben ist. Wenn der Weltreichgedanke des Mittelalters sich trotz aller sprachlichen Differenzen über viele Generationen hinaus zu erhalten vermochte, so hat der Gebrauch der



gemeinsamen Sprache im mehr oder weniger reinen Latein hierzu einen wichtigen Beitrag geleistet.

Als vierten Kohäsionsfaktor dürfen wir die religiöse oder konfessionelle Zusammengehörigkeit anführen. Gemeinsamer Glaube, gemeinsamer Ausdruck für die Bindung durch die gleichen Hoffnungen und Verheissungen im Himmel und auf Erden, ergreift die Seele der Völker zu Zeiten mit unwiderstehlicher Gewalt. Die umfassende Kirche des Mittelalters hat das kanonische Recht gebildet, und mit dem Grundsatz *cujus regio, ejus religio* ist noch in der neueren Zeit diese Zusammengehörigkeit als ein unvermeidliches Gemeinschaftselement zur Anerkennung und Durchführung gelangt. Der übermässigen Betonung dieses Gemeinschaftsfaktors hat dann freilich das moderne Prinzip der Toleranz eine Schranke gesetzt, ohne den Machtfaktor dieser religiösen Zusammengehörigkeit ausschalten und durch das Prinzip der individuellen Befriedigung der religiösen Bedürfnisse ersetzen zu können.

Als letzten Kohäsionsfaktor nennen wir die Standes-zusammengehörigkeit, die insbesondere in der Gestalt des Berufsstandes für die Bildung von Gemeinschaften von gewaltiger Bedeutung ist. Bekannt sind die Ideale Platos in bezug auf die Funktion der Stände in der Gemeinschaft. In den orientalischen Kasten tritt uns dieser Faktor in gesteigerter Bedeutung entgegen. In den mittelalterlichen Zünften und Handlungsgilden erfährt er seine Ausgestaltung in einer Ausdehnung, die Gemeinde und Staat geradezu in sich zu schliessen vermag.

Bei der Betrachtung dieser Kohäsionsfaktoren darf nun aber nicht übersehen werden, dass sie alle in den verschiedensten Kombinationen untereinander auftreten können. Und aus dem Zusammenwirken mehrerer von ihnen ergibt sich dann die Folge einer Verstärkung der Gemeinschaft, der gegenüber wir geradezu sagen dürfen,

in den wichtigsten Gemeinschaftsarten liege die Hauptbedeutung dieser Faktoren oftmals nicht darin, dass sie zur Gemeinschaftsbildung führen, sondern dass bei ihrem Fehlen der Zusammenschluss der Gemeinschaft erschwert oder geradezu zerstört wird. Man kann das ersehen, wenn man bedenkt, welch' eine Abneigung, ja welch' ein Hass geradezu unter den Individuen auftritt, wenn ihnen im Rahmen einer Gemeinschaft der eine oder andere dieser Kohäsionsfaktoren abgeht: Feindseligkeiten unter Nachbarschaften, Befehdung der Stämme und Sippen, die Verleumdung und die sich daraus entwickelnde Verachtung unter Nationen und Sprachgemeinschaften, der Furor der Religionsverfolgungen, und die Abneigung von Stand zu Stand, liefern uns Beispiele hiefür aus alter und neuer Geschichte. Je bedeutungsvoller eine Gemeinschaft ihrem Wesen nach ist, d. h. je mehr sie die Rechtsbildung unter den Beteiligten zu ihrer Aufgabe macht, um so intensiver wird das Fehlen des einen oder anderen Faktors empfunden werden, denn das Bedürfnis nach rechtlicher Ordnung beherrscht die Gemeinschaften in allerletzter Linie, und wo die Befriedigung dieses Bedürfnisses alsdann an dem Fehlen eines Gemeinschaftsfaktors scheitert, wird im Bewusstsein der an der Gemeinschaft Beteiligten dieses Fehlen als ein Übelstand und oftmals wenigstens als ein unleidliches Hemmnis empfunden.

Vergegenwärtigen wir uns demgegenüber die Gemeinschaft der schweizerischen Eidgenossenschaft, so bestätigen wir eine alte Entdeckung, wenn wir feststellen, dass kein einziger der unterschiedenen Kohäsionsfaktoren die Schweiz zusammenhält. Und doch besteht dieser Zusammenhang in einer uns immer neu erfassenden Kraft. Daraus können wir die Einsicht gewinnen, dass die angeführten Momente eben doch nur Kohäsionsfaktoren, und nicht Voraussetzungen der Gemeinschaftsbildung sind. Sie begünstigen die Bildung

der Gemeinschaft, aber weder der eine noch der andere ist begrifflich oder praktisch absolut notwendig. Die Gemeinschaft erwächst nach der Anlage des Menschen aus Bedürfnissen sehr verschiedener Art heraus, und wenn sich einmal eine Gemeinschaft gebildet und durch Generationen erhalten hat, so vermag sie auch das Fehlen der einen und anderen, oder aller Faktoren zu überwinden.<sup>1)</sup>

b. Von anderer Bedeutung ist für die Gestaltung der Gemeinschaft der Zweck, für den sie sich bildet.

Gemeinschaften können sich auf sehr vorübergehende und bedeutungsschwache Bedürfnisse zurückführen. In dem grossen Gewebe der Privatwirtschaft führen einzelne Unternehmungen zu Gemeinschaften, die ja freilich für die Beteiligten das private Leben mit grösster Kraft zu erfassen vermögen, die aber einzeln betrachtet für die ganze Volksgemeinschaft ohne Belang sind. Wo das Interesse einer Volksgemeinschaft die Zusammenschliessung erfordert, da tritt das Kollektivbewusstsein der Beteiligten mit ganz anderer Kraft zutage und verbindet dementsprechend dann auch Individuen und Geschlechter, ja sich folgende Generationen, auch bei dürftiger Bedeutung und häufigem Wechsel der einzelnen Kohäsionsfaktoren in unerschütterlicher Kraft. Der Kampf für die Reichsunmittelbarkeit gegenüber der Landeshoheit von Habsburg-Österreich, das Streben nach Unabhängigkeit gegenüber einer Reichsverfassung, die dem Lebens-

<sup>1)</sup> Versteht man unter Nation eine Volksgemeinschaft mit typischem Charakter, so wird man als Ursache für die Existenz einer Nation in der Regel den einen oder andern Kohäsionsfaktor bezeichnen dürfen, während gerade die Schweizerische Nationalität den Beweis dafür erbringt, dass eine Gemeinschaft auch umgekehrt den Charakter einer Nation nur auf Grund der staatlichen Verbindung und ohne das Bestehen besonderer Kohäsionsfaktoren erwerben kann. Vergl. Bovets Ausführungen in „Wissen und Leben“ 1909, Augustheft, sowie die S. 262, Anm. 1, cit. Darstellung G. Rümelins.

element der alten Eidgenossenschaft, dem Bauernstand, keinen Raum gelassen hat, waren Ziele genug, um die Gemeinschaft mit jener Kraft zur Entstehung zu bringen, die das Fehlen der einzelnen Kohäsionsfaktoren zu überwinden vermochte. Andere Beispiele wollen wir nicht anführen. Sie ergeben sich aus der Geschichte eines jeden Staates. Gemeinsame Ziele, gemeinsames Streben, gemeinsame Schicksale in Glück und Unglück umschlingen die Individuen in kleineren und grösseren Gemeinschaften mit einer Kraft, die uns das Lebenselement der Gemeinschaft, den Willen, die Gemeinschaft zu bilden, im Verhältnis der Stellung der Gemeinschaft zur Macht besonders deutlich zu vergegenwärtigen vermag.

Hat die Gemeinschaft sich mit diesen oder anderen Faktoren einmal gebildet, so tritt sie in jedem Fall als eine Einheit auf, die sich gegen aussen nach dem Zwecke der Gemeinschaft richtet und im Innern die Beteiligten an ihre Zwecke bindet. Dies ist schon dann der Fall, wenn nur die Beteiligten in dem entsprechenden Sinne unter sich in einem Rechtsverhältnis stehen, noch weit mehr aber, wenn das Rechtsverhältnis nur als ein solches zwischen den Beteiligten und der Gesamtheit auftritt, sodass diese als juristische Persönlichkeit anerkannt ist. Ein solches Verhältnis aber tritt uns insbesondere bei den staatlichen Gemeinschaften entgegen. Die Gemeinschaft, die eine solche Einheit bildet, fasst die Beteiligten zu einer Einheit zusammen, und es kann daher die Frage nicht umgangen werden, in welchem Sinne nun die Gemeinschaft rechtlich die Möglichkeit erfährt, eine Einheit zu sein und zu bleiben. Wir haben hierauf schon oben bei der Betrachtung der Machtverhältnisse im Rahmen der Rechtsgemeinschaft gesprochen (S. 192 ff.). Hier aber müssen wir diese Bildung von Gemeinschaften durch die beteiligten Individuen und namentlich durch die Verbindung von Gemeinschaften untereinander, etwas

näher betrachten. Wir dürfen das Problem in dem Sinne stellen, dass wir uns fragen, mit welcher Bedeutung die Mitgliedschaft in einer Gemeinschaft sich mit der Existenz als Individuum in der Rechtsgestaltung zu verbinden vermag. Das bedeutet, auf eine einfache Fragestellung zurückgeführt,

c. Mit welcher Kraft erfasst und bestimmt die Gemeinschaft auf Grund ihrer erfolgten Gestaltung ihre Mitglieder? Darauf lässt sich zunächst ganz allgemein die Antwort erteilen, dass die Glieder durch den Willen, eine Gemeinschaft zu bilden, und damit durch den Zweck der Gemeinschaftsbildung zu der Einheit verbunden werden. Dies führt uns aber zu der oben angeführten dritten, bei der Gestaltung der Gemeinschaft auftauchenden Frage zurück, in welchem Sinne die Gemeinschaft als Einheit nach innen und aussen begründet ist. Die Bindung kann bei verschiedenartigsten Zwecken namentlich nach zwei Richtungen unterschieden werden. Es kann durch die Gemeinschaft ein persönliches Band begründet werden, oder aber die Bindung kann vermögensrechtlich sein, wenn auch in den meisten Fällen der Verband sowohl persönlich als auch vermögensrechtlich vorhanden sein wird. Bei der privatrechtlichen Gemeinschaft kann man nun beobachten, dass die vermögensrechtliche Verbundenheit sich in der vermögensrechtlichen Haftung, der Berechtigung entsprechend, erschöpft. Der Aktionär einer Aktiengesellschaft steht weiter in keiner Verpflichtung, als dass er die versprochene vermögensrechtliche Leistung zu entrichten hat. Er kann aus dem Verbande dadurch austreten, dass er die vermögensrechtliche Haftung auf einen andern überträgt. Er ist also an die Gemeinschaft nur mit der Vermögensbeteiligung gebunden, verliert die Beteiligung mit der Übertragung der vermögensrechtlichen Wirkung auf einen andern, der wiederum

regelmässig schon dadurch Mitglied wird, dass er mittelst des Aktienerwerbes die vermögensrechtliche Leistung auf sich nimmt. Bei den rein persönlichen Gemeinschaftsbeteiligungen, wo das vermögensrechtliche Moment nicht mitspielt, kann es sich nur darum handeln, dass der Beteiligte nach seinem Willen zur Verbundenheit als Mitglied festgehalten wird oder frei bleibt. Zu einer Gebundenheit gegen den Willen ist für die Beteiligten bei den privatrechtlichen Verbänden keine Notwendigkeit ersichtlich, ja, man geht bei den Genossenschaften des Obligationenrechtes soweit, die Freiheit des jederzeitigen Austrittes aus dem Verbands als absolutes Prinzip aufzustellen. Man wird auch für die Genossenschaft bei diesem Grundsatz stehen bleiben können, solange nicht vermögensrechtliche Gebundenheit sich in irgend einer Weise mit der persönlichen Beteiligung verbindet. Entsteht daraus privatrechtlich die legislativ-politische Kontroverse, ob die Freiheit des Austrittes bei den Genossenschaften statutarisch oder sonstwie durch Verzicht aufgehoben werden könne,<sup>1)</sup> oder ob der freie Austritt in zeitlicher oder anderer Begrenzung eingeschränkt werden dürfe, so liesse sich hierauf mit der Unterscheidung der persönlichen und der vermögensrechtlichen Bindung zur Beantwortung der Frage die Lösung finden, dass der persönliche Austritt zwar jederzeit als frei anerkannt würde, wogegen die ökonomischen Verpflichtungen sehr wohl eine längere

---

<sup>1)</sup> Darüber ist für das schweizerische Recht infolge eines bundesgerichtlichen Urteils vom 8. Dezember 1919 eine Kontroverse entstanden, die bis zu Verhandlungen im Nationalrat (Motion Stähli, am 7. Juni 1920 vom Nationalrat erheblich erklärt) geführt und durch Verweisung auf den neuen Entwurf des Genossenschaftsrechtes und den bezüglichen Bericht (S. 151 f.) ihre vorläufige Erledigung gefunden hat. Mit der Unterscheidung, die wir im Texte aufstellen, würde sich für die vom Bundesgericht beurteilte Frage ohne Verstoß gegen die Persönlichkeitsrechte (OR. 684 und ZGB 27) eine befriedigendere Lösung finden lassen.

Dauer der Mitgliedschaft mit Verzicht auf den Austritt, ohne dass die Persönlichkeit damit in unzulässigem Masse eingeengt würde, zu begründen vermöchten, und in jedem Falle durch einen freien persönlichen Austritt einseitig nicht abgeschüttelt werden dürfen. Es müsste also der Austretende, um auch vermögensrechtlich von der Genossenschaft frei zu werden, einen anderen als auch der Gemeinschaft genehmen Nachfolger in seiner vermögensrechtlichen Beteiligung darbieten. Diese vermögensrechtliche Gebundenheit würde sich sowohl aus dem Standpunkt des Zweckes der Verbindung, als auch aus der schuldigen Rücksicht auf die anderen Beteiligten genügend motivieren.

Bei den öffentlichrechtlichen Gemeinschaften überragt nun aber der Zweck der Gemeinschaft in dem Grade die Beteiligung der Einzelnen, dass deren Gebundenheit nicht nur vermögensrechtlich, sondern auch persönlich postuliert werden darf und muss. Die öffentlichrechtlichen Verbände verlangen ihren Aufgaben entsprechend regelmässig eine dauernde Verbindung. In jedem Fall stellen sie den Austritt ebenso wie den Eintritt in die Gemeinschaft nicht in das Belieben des Einzelnen, sondern behandeln die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft als ein Gebot, das der öffentlichrechtlichen Ordnung wegen aufgestellt ist. In der Vereinigung zur öffentlichen Gemeinschaft wird der dauernde Charakter der Bindung ausgesprochen. Diese Ordnung gilt nicht nur den beteiligten Individuen gegenüber, sondern auch im Verhältnis zu den internen Teilgemeinschaften, die ihrerseits wieder von ihren Mitgliedern die gleiche Beteiligung verlangen.

Erkennt man diese Gebundenheit bei den öffentlichrechtlichen Gemeinschaften an, so steht es nun aber zweifellos in der Befugnis der Gemeinschaft, für die Gebundenheit an die Gesamtheit besondere Ordnungen

aufzustellen. Unter den privatrechtlichen Genossenschaften kommen neben aller Freiheit der Beteiligung und des Austrittes unter dem Einfluss einer öffentlichrechtlichen Erwägung bekanntlich auch Zwangsgenossenschaften vor. Bei den öffentlichrechtlichen Genossenschaften geht die Gebundenheit des Willens der Einzelnen regelmässig auf den Ausschluss des freien Beitrittes oder Austrittes. Aber nichts steht im Wege, dass die öffentlichrechtliche Gemeinschaft für den Eintritt und Austritt besondere Bestimmungen aufstelle. Man kann sich solche Bedingungen schon als durch den Vertrag über die Gemeinschaftsbildung gesetzt denken. Sie können ferner in der Gestalt vorkommen, dass Individuen oder Teilgemeinschaften als Subjekte der Rechtsordnung sich durch Vertrag über die Anerkennung des freien Beitrittes und der beliebig geordneten Ausscheidung verabreden. Fehlt den Beteiligten gegenüber der Gemeinschaft die Eigenschaft eines Rechtssubjektes, so ist eine Ordnung durch Vertrag für diese Verhältnisse logisch ausgeschlossen, die Ordnung aber wird alsdann, so wie es in allen Fällen möglich ist, durch den Willen der Gemeinschaft bestimmt, die ihre Rechtsmacht gegenüber den Beteiligten in der ihr zukommenden Art und Weise betätigt und dabei sich selbst gewissen Schranken fügt, indem sie die Modalitäten für Eintritt und Austritt festsetzt oder also selbst bestimmt, nach welchen Regeln die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft anerkannt werden soll. Fehlt es an einer solchen Organisation, so besteht an sich die Herrschaft der öffentlichrechtlichen Gemeinschaft über die Beteiligten nach freiem Ermessen, und die von der Gemeinschaft gesetzte Regel wird durch die dieser Gemeinschaft zustehende Rechtsmacht gegebenenfalls verwirklicht. Allein hiebei darf nun nicht ausser Acht gelassen werden, dass diese Rechtsmacht der Gemeinschaft durch den rechtlich



bindenden Willen der Beteiligten getragen wird. Kommen also Beteiligte, in dem Rahmen einer dem Ganzen angehörenden Teilgemeinschaft zu dem Entschluss und Willen des Austritts aus der Gesamtgemeinschaft, so mag es geschehen, dass dieser Teilwille eine stärkere Rechtsmacht äussert, als der Wille der Gesamtheit, und in solchen Fällen vermag dann auch die Ausscheidung eines Teils der Verbundenen in rechtlicher Gestalt sich tatsächlich zu vollziehen und selbst rechtlich zur Anerkennung zu gelangen. Der Vorgang, der sich hiebei abspielt, ist identisch mit demjenigen, den wir schon oben bei der Aufhebung und Änderung von Rechtsvorschriften angetroffen haben.<sup>1)</sup> Die tatsächlich geübte Macht verwandelt sich unter dem Einfluss der von ihr nach den Grundsätzen des vernünftigen Bewusstseins geübten Beschränkung und auf Grund der Anerkennung der Willensbildung als Grundlage der Rechtsmacht in eine neue Gestaltung dieser Rechtsmacht selbst. Das wird gegebenenfalls durch die Organisation der Gemeinschaft zum Ausdruck gebracht werden.

Man kann sich diese Organisation nach innen und nach aussen wirksam denken. Einerseits bedarf die Veränderung, die an der Mitgliedschaft eintritt, einer Anpassung der inneren Bedingungen an die neu geschaffenen Verhältnisse. Das ist eine Frage der Verfassung, des staatlichen Gebildes, die in der einfachsten Weise mit dem Falle des Austrittes eines Staatsbürgers aus dem Staatsverband gegeben ist, gelegentlich jedoch auch die Gestalt der Verselbständigung eines ganzen Landes teiles annehmen kann. Andererseits wird sie aber auch in Bezug auf das Verhältnis zu anderen, nebengeordneten Gemeinschaften zu erwägen sein. Dieser Fall ist ebenfalls bereits gegeben, wenn ein Individuum die Staatsangehörigkeit wechselt, und kann sich bis zu dem Grade

<sup>1)</sup> Vergl. S. 223 f.

steigern, dass die Angliederung eines ganzen losgelösten Landesteils an einen anderen Staat in Frage steht.

Der Austritt aus einer Staatsangehörigkeit, wie der Eintritt in eine andere werden durch die eigenstaatliche Ordnung und das internationale Recht in leidlich befriedigender Weise geordnet. Dagegen wird man für den Austritt oder Übertritt ganzer Staatsgebiete im nationalen Recht selbstverständlich keine Vorschriften finden. Im Völkerrecht treten solche Vorgänge in der Gestalt von Staatsverträgen auf, die als Tauschverträge, als Verträge zur Bereinigung der Grenzen, als Friedensverträge nach beendigten Kriegen, sei es zwischen dem Sieger und dem Besiegten, oder auch unter den Gliedern einer siegreichen Koalition, angetroffen werden. Der Wille der einzelnen Staaten mag dabei unter einem Zwange stehen, der jede Freiheit des Entschlusses ausschliesst. Allein es ist doch immer der Wille des einen, der sich mit dem des anderen zur neuen Ordnung verbindet. Wir dürfen also auch im Falle einer solchen erzwungenen Abtretung eines Landesteiles wenigstens in diesen öffentlichrechtlichen Fragen von einer Ordnung durch den Willen der Beteiligten sprechen.

Überblicken wir auf dieser Grundlage die typischen Fälle, die bei einer solchen Veränderung einer Gemeinschaft gegeben sein können, so lässt sich folgendes unterscheiden:

Erstens kann eine bisher selbständige Gemeinschaft sich mit einer anderen ebenso selbständigen zu einem neuen Ganzen verbinden. Hierzu bedarf es der beidseitigen Einwilligung in dem angegebenen Sinne. Ohne eine solche Verständigung ist eine derartige Neubildung auf dem Boden des Rechtes nicht denkbar.

Zweitens kann sich ein Landesteil von einer Gemeinschaft, an der er bishin beteiligt war, loslösen, um ein eigenes selbständiges Ganzes

zu bilden. Auch hiezu wird es einerseits der Willensbildung durch diesen Landesteil und andererseits der Zustimmung des bisherigen Ganzen bedürfen. Diese Zustimmung mag zunächst verweigert werden, sie kann aber, nachdem der Wille zur Verselbständigung vorhanden ist, auch noch nachträglich erfolgen, indem die neue rechtliche Gestaltung auf irgendeiner Grundlage anerkannt wird.

Drittens kann sich die Loslösung eines Landesteils von einem bisherigen Ganzen auch zu dem Zwecke oder mit der Folge vollziehen, dass der losgelöste Landesteil sich mit einer anderen Gemeinschaft verbindet. In solchen Fällen bedarf es für den Vorgang neben der Willensbildung durch den sich loslösenden Teil sowohl der Zustimmung des Ganzen, aus dem die Ausscheidung stattfindet, als auch der Zustimmung des anderen Ganzen, zu dem der Beitritt erfolgt. Die Loslösung geschieht unter den gleichen Voraussetzungen, wie wir sie im zweiten Fall schon hervor gehoben haben. Nach der anderen Richtung aber ist mit dem Beitritt derselbe Fall gegeben, den wir als ersten besprachen.

Diese formale Betrachtung vermag nun aber selbstverständlich solche Vorgänge in ihrer ganzen gewaltigen Bedeutung nicht befriedigend zu umschreiben. Bereiten schon bei der Trennung von privatrechtlichen Gemeinschaften oder der Trennung von kleinen öffentlichrechtlichen Verbänden, wie bei Gemeinden und kirchlichen Genossenschaften, die zu treffenden Ordnungen häufig die allergrössten Schwierigkeiten, so ist vollends bei den zwischenstaatlichen Vorgängen dieser Art eine ausserordentlich wichtige Vielgestaltigkeit von Möglichkeiten anzuerkennen. Die modernen Verfassungen haben bekanntlich in ziemlicher Allgemeinheit die Staaten, für die sie aufgestellt worden sind, als einheitlich und

unteilbar, „un et indivisible“ bezeichnet, und damit zu der gestellten Frage derart Stellung genommen, dass sie jede Lostrennung als einen Rechtsbruch bezeichnen, zu dem sie die freie Einwilligung ablehnen. Die Interessen des Ganzen sind mit der Erhaltung der Gesamtheit in mannigfaltigster Weise verknüpft. Der eine Staat bedarf eines gewissen Landstriches, um gegenüber einem unruhigen und unzuverlässigen Nachbarn eine bessere Verteidigungslinie zu besitzen, ein anderer Staat bedarf der Mineralschätze eines gewissen Gebietes, um sich die Industrie eines anderen seiner Gebietsteile zu sichern, und ein dritter Staat wiederum mag der Zugehörigkeit eines Landesteiles dazu bedürfen, um gewisse, für ihn eine Lebensfrage bildende Verkehrsbedingungen, Land- und Seewege u. dergl. aufrecht zu erhalten usw. In solchen und zahlreichen ähnlichen Fällen wird kein bisheriger Gesamtstaat ohne Zwang zu der Abtrennung eines Gebietsteiles, und vollends zur Vereinigung desselben mit einem anderen Staat seine Einwilligung erklären wollen. Und es scheint also, dass unter solcher Überlegung unvermeidlich das Machtelement die ultima ratio bilden müsse. Staatsverträge, die über die Schiedsgerichtsbarkeit zwischen verschiedenen Ländern aufgestellt worden sind, haben denn auch bekanntlich jede Verbindlichkeit, einen Schiedsspruch anzuerkennen, für die Fälle abgelehnt, wo es sich um die Selbständigkeit, die Ehre oder die Lebensinteressen des vertragschliessenden Staates handelt.

Eine Ordnung dieser Frage der Lostrennung, Vervollständigung oder Übertragung der Hoheit von einem Staat zum andern für einzelne Landesteile, lässt sich als der Verwirklichung zugänglich nur unter dem Gesichtspunkt betrachten, dass man zu der Anerkennung eines überstaatlichen Rechtes gelangt, das auch für solche Fälle eine zwingende Norm aufstellen würde. Ein

solch anerkanntes Recht aber wäre ein erweitertes Völkerrecht, oder geradezu der Staatenbund. Fassen wir die Stellung des Völkerrechtes noch spezieller ins Auge.

Man darf bei der Schaffung des Völkerrechtes unmöglich dabei stehen bleiben, zwischen den Verhältnissen, wie sie zwischen den Individuen des einzelnen Staates im internen öffentlichen und im Privatrecht gegeben sind, eine Analogie zu postulieren und zu sagen, Subjekte der Rechtsverhältnisse im Völkerrecht seien die Staaten, geradeso wie im nationalen Recht die Individuen. Denn für das interne Recht bildet das Individuum ein bestimmt gegebenes und leicht feststellbares Ganzes, während bei den Beziehungen unter den Völkern das Individuum d. h. der Staat als Subjekt der völkerrechtlichen Verhältnisse in der oben angegebenen Weise den wichtigsten Veränderungen ausgesetzt ist. Diese Bestimmung der Subjekte im Völkerrecht aber beansprucht eine Bedeutung, die zumeist viel grösser ist, als die der Rechtsverhältnisse der bestehenden Völker untereinander. Dem Völkerrecht wird sich also, wenn es dieser Aufgabe sich annimmt, eine weitreichende Perspektive eröffnen.

Man hat in der neuesten Zeit für eine solche Weiterbildung des Völkerrechtes an die Aufstellung des Grundsatzes gedacht, dass jedem Volk zur Loslösung von einem Staat, zur Verbindung mit einem anderen Staat oder zur Verselbständigung das Selbstbestimmungsrecht zukommen müsse.<sup>1)</sup> Was darunter nach unseren

<sup>1)</sup> W. Burckhardt verweist in betreff dieses Selbstbestimmungsrechts der Völker zunächst darauf, dass unter diesem Selbstbestimmungsrecht in den Staatsverfassungen die Volkssouveränität in demokratischer Ausgestaltung verstanden werde, z. B. Verf. d. Kts. Bern von 1893. Diese Auffassung wirkt auch mit bei dem Problem des Selbstbestimmungsrechts der Völker. Aber sie kann nur als Ergebnis eines Vorganges auf Anerkennung rechnen.

Ausführungen zu verstehen wäre, können wir uns nach drei Richtungen des näheren vergegenwärtigen.

In erster Linie würde es sich fragen, was wir unter einem Volke zu verstehen haben, und darauf liesse sich im allgemeinen die Antwort erteilen, dass darunter jeder Volksteil eines Staates verstanden werden müsse, der sich auf Grund der oben beschriebenen Kohäsionsfaktoren zu einem Willensverband vereinigt hätte, und als neue Gemeinschaft dem bisherigen Ganzen der Gemeinschaft gegenübergesetzt werden kann. Nicht bloss Sprachgemeinschaft und Rassegemeinschaft oder die weiteren oben besprochenen Kohäsionsfaktoren oder auch andere Momente würden die Grundlage zu einer solchen Willensvereinigung zu bilden vermögen, sondern es müsste vor allem die Selbständigkeit der Existenz als besondere Gemeinschaft, wie namentlich ein zusammenhängendes Gebiet, wenigstens insoweit zusammenhängend, dass eine einheitliche Willensbildung möglich wäre, gegeben sein.

In zweiter Hinsicht müsste es sich fragen, auf welche Art und Weise oder mit welchen Organen dieser Wille, eine besondere Gemeinschaft zu bilden, in massgebender Weise zum Ausdruck gebracht werden könnte. In erster Linie wird man dabei an die in dem bisherigen Verbande tätigen Organe denken dürfen, aber es wäre möglich, darüber hinauszugehen, und das könnte wieder auf zwei verschiedene Arten geschehen. Man könnte dem sich loslösenden Landesteil die Möglichkeit zusprechen, sich in der Weise zu konstituieren, wie ein Staat selbst sich eine neue Verfassung gibt, sodass aus dem Rechtsbruch, der zunächst vorläge,

---

Die Neubegründung eines Staates in Betreff seines Umfangs aus Teilen anderer Staaten kann niemals auf der Grundlage einer rechtlichen Vollmacht geschehen. Den Handelnden muss die Geschichte legitimieren. S. Schriften des bern. Hochschulvereins Nr. 4, S. 14, 17, 18.

durch Anerkennung des neugeschaffenen Zustandes neues Recht erstehen würde. Oder man könnte völkerrechtlich den Satz aufstellen, dass ein Volk durch eine Volksabstimmung in irgend einer näheren Umschreibung über sein Schicksal zu entscheiden befugt sei. Man geht wohl nicht fehl, wenn man diesen letztgenannten Weg als denjenigen bezeichnet, der zumeist in dem Postulat des Selbstbestimmungsrechtes der Völker mehr oder weniger klar vorausgesetzt wird.

In dritter Hinsicht wäre endlich noch darauf hinzuweisen, dass neben dem Selbstbestimmungsrecht der Völker Raum genug für die Berücksichtigung der ökonomischen Interessen, die durch solche Handlungen verletzt würden, bleiben müsste. Der Schutz der Grenzen könnte durch besondere Bestimmungen auch bei Neugestaltung der Verhältnisse in hinreichendem Umfang gewahrt werden, die Verkehrswege wären einer Internationalisierung zugänglich und für die Lieferung der notwendigen Rohmaterialien liessen sich die verschiedensten Übereinkommen verwirklichen. Ein absolutes Hindernis wäre also durch das Bestehen solcher Nebenfolgen gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht der Völker nicht vorhanden.

Allein dem allem gegenüber muss nochmals betont werden, dass mit einer solchen Ordnung eine ausserordentlich weit reichende Erweiterung des Völkerrechts geschaffen würde. Aus dem Völkerrecht würde ein Völkerbund, und das Bundesverhältnis müsste auf einer Grundlage errichtet werden, die es ausschliessen würde, dass unter der Scheingestalt einer völkerrechtlichen Ordnung nur die Macht der Mächtigen eine Stärkung erfahren würde. Solange nicht die grossen Staaten ihre Einheit nur in dem Umfang beibehalten, in dem sie für bestimmte Verwaltungszwecke als unerlässlich erscheint, solange nicht auch in diesen Grosstaaten den einzelnen Landes-

teilen eine weittragende Autonomie eingeräumt wird, solange nicht das Selbstbestimmungsrecht auch für die Selbstverwaltung der einzelnen Volksteile zur Anerkennung gelangt ist, lässt sich ein derart erweitertes Völkerrecht schwerlich anders denken, als unter einer Hegemonie, die aber ihrerseits wiederum einem umfassenden Staatenbund, der auf der Grundlage der Gleichberechtigung aller Glieder aufgebaut wäre, den Weg bahnen müsste.<sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> In den Anfängen des grossen Krieges schrieb der Verfasser dieser Betrachtungen an Herrn Ruysen, Professor an der Universität Bordeaux, Red. u. Herausgeber der Zeitschrift „La Paix par Le Droit“ auf die Anfrage betr. die künftige Gestaltung des Völkerrechtes, er erblicke in dem modernen Imperialismus keine Verurteilung der kleinen Staaten zum Untergang, auch nicht angesichts des Schicksals des Burenstaates. Vielmehr halte er es für aussichtsvoll, dass sich ein Bund der Vereinigten Staaten von Europa bilden werde, allerdings unter einer Hegemonie, solange nicht die grossen Staaten sich in Landesstaaten eines grossen Bundesstaates verwandelt haben werden. Das ist auch heute noch nach meiner Auffassung eine Perspektive, in die sich kommende Generationen hineinleben werden, wenn sich mit formaler Gewalt durch die Logik der Tatsachen (S. oben S. 52) das Ideal Kants verwirklichen wird, wie dieser es am Schlusse seiner Abhandlung „Zum ewigen Frieden“ mit den Worten zeichnet: „Wenn es Pflicht ist, den Zustand eines öffentlichen Rechts, obgleich nur in einer ins Unendliche fortschreitenden Annäherung, wirklich zu machen, so ist der ewige Friede . . . keine leere Idee, sondern eine Aufgabe, die nach und nach aufgelöst, ihrem Ziele (weil die Zeiten, in denen gleiche Fortschritte geschehen, hoffentlich immer kürzer werden) beständig näher kommt.“ Vergl. Kants Werke a. a. O. Bd. 7, 1, S. 291.



#### IV. Das juristische Denken.

Wir haben bei unsern Ausführungen in der ersten Abteilung der Probleme die Bedeutung des logischen Elementes für das Wesen des Rechts hervorgehoben. Bei der Rechtsverwirklichung nun aber tritt die Logik in ihrer eigentümlichen Verbindung ganz besonders und bis zu dem Grade zutage, dass sich aus der Befolgung des Logischen im Rechte für das Verhalten der Menschen in der Gemeinschaft eine besondere Denkensart ergibt, mit der wir das rechtliche Leben in unserem rechtlichen Bewusstsein erfassen, und nach deren Ergebnis wir unser Verhalten bei jeder Verwirklichung des Rechts als dem Rechte entsprechend bestimmen. Wir nennen diese Denkensart, die nicht eine Gesinnung (wie oben S. 102), sondern eine logische Formulierung bedeutet, das juristische Denken, das sich zum „gemeinen Menschenverstand“ in einen schon oben (S. 345) von uns ange deuteten, besonders gearteten Gegensatz stellen kann, weil es anders orientiert ist, als psychologisch und gemeiniglich unser Verstand sich zu betätigen pflegt. Dieses juristische Denken beruht selbstverständlich auf logischen Grundsätzen, aber es handelt sich für dasselbe nicht um reine Logik, sondern um eine Logik, bei der eine besondere Art des Urteils mitzuwirken hat. Juristisch Denken heisst nicht einfach ein Rechnen mit Begriffen, sondern eine Operation, die durch das Rechtsbewusstsein beherrscht wird.

Der Denkprozess, der hier in Frage kommt, ist in seiner Gesamterscheinung von so grosser Eigentümlichkeit, dass wir ihm eine besondere Aufmerksamkeit schuldig sind.

Wo immer rechtliche Erwägungen auftreten, handelt es sich um die Beantwortung von Rechtsfragen. Mag es sich um die richterliche Urteilsfindung, oder um die Anordnungen des Gesetzgebers, mag es sich um die Hilfe

handeln, die der Rechtsanwalt bei der Rechtsverwirklichung zu betätigen hat, oder mag die Gestaltung des bürgerlichen Verkehrs in Handel und Wandel oder in intimeren Lebensverhältnissen, soweit sie sich nach dem Rechte richten wollen und sollen, in Frage stehen, so wird uns immer die gleiche Erscheinung entgegentreten, die als juristisches Denken erfasst werden muss und für das Rechtsleben nach dem Wesen des Rechts unerlässlich ist.

Wir können uns allerdings zunächst einen Zustand vorstellen, bei dem die Rechtsfrage nur gefühlsmässig, d. h. nach dem Rechtsgefühl beantwortet wird, oder auch einen Zustand, bei dem die Rechtsfrage nach einer gewissen Schablone ihre Erledigung erfährt. Beiden Richtungen fehlt die Verbindung mit dem vernünftigen Bewusstsein, und sie entbehren der Beziehung des Denkens auf das Rechtsbewusstsein selbst. Nach dem Rechtsgefühl erfolgt die Beantwortung der Rechtsfragen, wenn der Antwortende für die Begründung seiner Antwort nichts anderes anzugeben vermag als eben das Rechtsgefühl. Er rechtfertigt sich mit der Berufung auf seine innere Befriedigung, die ihm aus der Übereinstimmung seiner Entscheidung mit seinem Rechtsempfinden erwächst. Diese Befriedigung ist an sich gewiss eine allgemein erstrebenswerte und angestrebte Gemütsstimmung, die aus der Harmonie unserer Erkenntnis mit unserem Willen hervorgeht, und sie braucht auch mit dem Bewusstsein nicht verbunden zu sein, sondern kann instinktmässig gewonnen werden. Schablonenhaft erfolgt sie, wenn die Antwort nach einem Vorbild und Muster gegeben wird, dessen Grund gar nicht erfasst ist, so dass die Antwort dem Bewusstsein aus Mangel an Erkenntnis ferne liegt. Die gefühlsmässigen Beurteilungen der Fragen, die rechtlich beantwortet werden wollen, dringen nicht bis zu dem Bewusstsein des eigenen Urteils vor. Die schablonenhaften Beurteilungen begnügen sich mit einer von

aussen gegebenen Ordnung, ohne diese mit dem eigenen Bewusstsein zu erfassen. So kann eine richtige Formel zur Anwendung gelangen, ohne dass der Anwendende ihren Sinn versteht. Sowohl bei der Beurteilung nach Rechtsgefühl oder Instinkt, als auch bei der Beurteilung nach einer Schablone wird die Rechtsfrage nicht aus dem Rechtsbewusstsein heraus beantwortet.

Über das eine und das andere erhebt uns mit beherrschender Gewalt das Rechtsbewusstsein. Wo dieses die Grundlage unseres Urteils bildet, befinden wir uns erst auf dem Wege zur vollen und klaren Erfassung der Rechtsfrage und der Rechtsantwort. Zu dieser Klarheit muss eine entwickeltere Rechtskultur durchdringen, sie muss dem Richter in der Rechtsprechung, dem Anwalt in der Begründung des Rechtsanspruches, dem Bürger in der Bestimmung seines rechtlichen Wollens und vor allem auch dem Gesetzgeber in seiner Anordnung der Rechtsvorschriften das erstrebenswerte Ziel bilden. Sie kommen alle diesem Ziele näher, indem sie ihre Tätigkeit oder ihr Verhalten nach dem Rechtsbewusstsein richten, und solches geschieht durch das juristische Denken.

Das juristische Denken erfolgt nach allgemeinen Regeln, die in dem Wesen des Rechtes begründet sind. Sie wohnen dem Rechte inne und sind notwendig, wie das Recht selbst. Sie lassen sich nicht willkürlich setzen, sondern treten nur deshalb verschieden auf, weil ihre Erkenntnis mehr oder weniger klar sein mag, wie das bei jedem Erkennen der Fall ist. Das Fehlen oder das Vorhandensein dieser Erkenntnis entscheidet über die Richtigkeit oder die Unrichtigkeit der Betätigung im Recht. Soll diese Betätigung richtig sein, so muss auch jene Erkenntnis vorhanden und in genügendem Masse entwickelt sein. Jedermann, der im Rechte tätig ist, hat sich zu bemühen, die Regeln, nach denen dieses Denken erfolgt, so zu erfassen, dass sie ihm stets vor Augen stehen

und er sich nach ihnen als selbstverständlich zu richten vermag. Sie müssen ihm, wie man zu sagen pflegt, in Fleisch und Blut übergehen. Andernfalls kann auch der Gebildetste in eine gefühlsmässige oder schablonenhafte Rechtsbetätigung verfallen.

Das Wissen und das Erkennen von Tatsachen kommt freilich in allen Wissenschaftsgebieten in gleicher Weise vor. Mag es sich um das Erkennen von Fusspuren bei der Herstellung des Tatbestandes einer verbrecherischen Handlung, oder mag es sich um die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Antiquität, oder um die Erforschung der Ursachen einer Bodenverschiebung handeln, überall erfassen wir die Tatsachen, ob dieses Erkennen mit einer juristischen oder einer andern Frage in Zusammenhang stehe, mit unseren Sinnen, und erkennen sie mit unseren Begriffen. Bei den exakten Wissenschaften tritt eine Ordnung der erkannten Tatsachen hinzu, die uns zu einer gewissen Schlussfolgerung führt, wie das bei der Erkenntnis einer geologischen Schichtenfolge oder bei der Herstellung eines vorweltlichen Tieres aus einem paläontologischen Funde geschieht. Was dabei gewonnen wird, ist ein Verstandesprodukt aus unserer Erkenntnis. Bei den praktischen Naturwissenschaften verbindet sich die Vorstellung eines Zweckes mit der Beurteilung des Mittels zur Erreichung dieses Zieles. Der praktische Arzt stellt sich den normalen oder gesunden Zustand gegenüber der Störung vor, die ihm ein Tatbestand aufweist. Er kennt die Mittel, die zur Heilung des Kranken tüchtig sind, er setzt mit der Diagnose der Abweichung vom Normalen den Heilzweck in Verbindung und richtet seine Therapie nach der Diagnose. Bei den Geisteswissenschaften begegnen wir der Wertung und Beurteilung der menschlichen Handlungen nach einer Idee, unter deren lebendigem Bilde die geschichtlichen Tatsachen erfasst und zustimmend oder ablehnend dargestellt werden.

Diese Idee nun ist bei der Rechtswissenschaft die Rechtsidee, aus der wir unsere Rechtsüberzeugung gewinnen.

Es ist ohne weiteres klar, dass die Vernunfttätigkeit, welcher das juristische Denken angehört, die Beurteilung sein muss. Dass das juristische Denken eine Vernunfttätigkeit sei, wird niemand bezweifeln wollen, ebensowenig, dass das Beurteilen eine allgemeine Funktion des menschlichen Intellektes sei. Es liegt stets ein Urteil vor, sobald wir eine Erfahrungstatsache in unser Bewusstsein einstellen. Das Urteil erfolgt auf der Grundlage der Prämissen. Diese Prämissen aber können im Einzelnen positiv, negativ, generell, speziell, assertorisch, hypothetisch usw. sein, wovon die Lehre der formalen Logik des näheren handelt. Allgemeinstes Schema ist: a ist gegeben, b ist gleich a, folglich passt das Urteil über a auch für b. Beim rechtlichen Urteil bedeutet das: a ist Recht (Obersatz), b ist gleich a (Untersatz), woraus gefolgert wird, dass b Recht ist.

In der formalen Logik nun und in der mathematischen Folgerung geschieht diese Einstellung rein logisch. Sie kann aber auch mit einer Wertung verbunden auftreten, die ethisch nach dem sittlichen Bewusstsein vom Guten, ästhetisch nach dem Bewusstsein vom Schönen und in Rechtsfragen nach dem Rechtsbewusstsein erfolgt. Der Begriff, der im Obersatze und im Untersatze des Urteils liegt, ist bereits nach solchen Werturteilen geformt. Bei dem rechtlichen Urteil geschieht diese Wertung unter der Rechtsidee, die derart dann auch den Schluss mitbestimmen wird. Im Schlusse selber braucht nicht mehr solchergestalt gewertet zu werden, die Wertung ist in der Herstellung der Prämissen bereits erfolgt und die Wertung über das eine derjenigen über das andere unterstellt worden. Unter dem Bilde der Konklusion aufgefasst, ist die Folgerung ein rein logischer Vorgang, die auf das Ergebnis des Schlusses angewandte

Rechtsidee vermag aber hypothetisch zur Kritik der Prämissen zu dienen. Wir wollen uns dieses Vorgehen bei der Begriffsbildung noch etwas näher vergegenwärtigen.<sup>1)</sup>

Auch bei den Begriffen des täglichen Lebens beachten wir, dass die Wertung nach den Zwecken des menschlichen Handelns erfolgt. Eine Definition des „Tisches“ kann beispielsweise brauchbar kaum anders aufgestellt werden, als dass wir den Zweck, zu dem diese Definition gebraucht werden soll, oder die Verwendung der zu definierenden Sache in unserer Überlegung mit heranziehen. Wir können dann etwa sagen, dass der Tisch eine zu der Auflegung oder Aufstellung von Sachen dienende erhöhte Fläche sei. Die Umschreibung des Begriffes erfolgt also, sobald ein menschliches Handeln damit in Beziehung steht, teleologisch, während sich allerdings für die Erkenntnis an sich eine Definition nach Gattungsmerkmalen als ausreichend erweist. Im allgemeinen kommt den Begriffen für das Urteil die Aufgabe zu, ein gewisses Urteil und damit eine Erkenntnis zu ermöglichen. Bei den naturwissenschaftlichen Begriffen genügt es, wie Rickert sagt,<sup>2)</sup> als ihren Zweck zu setzen, die Welt zu vereinfachen und übersichtbar zu machen. Die Begriffsbildung aber geschieht dergestalt, dass aus einer grossen Zahl von Beobachtungen das Gemeinsame herausgezogen und nach einem zum

---

<sup>1)</sup> Vergl. im allgem. G. Rümelin (jun.), Juristische Begriffsbildung (1878). Paul Eltzbacher, Über Rechtsbegriffe, handelt von einer andern Frage, streift aber doch notwendig unser Problem. Die Rechtsbegriffe unterscheiden sich nach ihm von den andern Begriffen dadurch, dass sie Begriffe von Rechtsnormen sind. Diese bilden Begriffe in einem Sinn, den wir oben berührt haben, als formale Elemente einer jeden Rechtsordnung. — Von der Begriffsbestimmung und ihrer Funktion und Beschränkung in der Verwendbarkeit handelt Bierling a. a. O. Bd. 2 S. 78 ff.

<sup>2)</sup> S. H. Rickert, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, S. 123.

Typus gestalteten Vorgestellten aufgesetzt wird.<sup>1)</sup> Es ist klar, dass diese Analyse und Synthese von dem Zwecke beeinflusst werden, um dessentwillen die Begriffsbildung erfolgt. Je mehr die Dinge mit den menschlichen Handlungen und Interessen verknüpft sind, um so stärker wird der Einfluss der teleologischen Betrachtung auf die Begriffsbildung sein. Die Bildung des Begriffes erfolgt mithin unter dem wertenden Urteil. Wundt<sup>2)</sup> beschreibt diesen Vorgang ins Einzelne und führt aus, dass sich der Begriff als ein im Bewusstsein isolierbarer Bestandteil eines durch die Zerlegung einer Gesamtvorstellung entstehenden Satzes darstelle. Begriffsvorstellungen entstehen durch die Analyse von Gesamtvorstellungen, die zu anderen, dem Ganzen angehörenden Vorstellungen in irgendeiner Beziehung stehen, die durch die Anwendung der allgemeinen Funktionen der Beziehung und Vergleichung auf Vorstellungsinhalte gewonnen werden. Den allgemeinen Begriffen entsprechen stets eine mehr oder minder grosse Anzahl einzelner Vorstellungsinhalte. Den Begriffen liegt also logisch eine Reihe von Urteilen zugrunde, die, als Produkte des Denkens, logisch gleichsam als ein Niederschlag von Urteilen, ihren Stoff, ihr Fundament im konkreten Erleben haben, sei es in der Erfahrung oder in Postulaten, in den Funktionen des Denkens oder Wollens. Der konkrete Begriff vertritt psychologisch diesen Niederschlag und wird durch eine repräsentative Vorstellung sinnlichen Inhaltes mit dem Bewusstsein

---

<sup>1)</sup> Sigwart, Logik Bd. 1, S. 331, bezeichnet als Voraussetzung der Begriffsbildung die Analyse in einfache, nicht weiter zerlegbare Elemente und die rekonstruktive Synthese aus diesen Elementen.

<sup>2)</sup> Vergl. W. Wundt, Grundriss der Psychologie, 8. Aufl., S. 321, u. a., sowie Völkerpsychologie I 2, S. 455. — Eine eindringliche Untersuchung der Begriffsbildung gibt J. von Kries, Logik, Grundzüge einer kritischen und formalen Urteilslehre, namentlich S. 533 ff.

gegeben, dass die Individualvorstellung eine ganze Klasse vertritt. Das kann in der Sprache alsdann dergestalt zum Ausdruck kommen, dass wir der anschaulichen und unmittelbaren Erkenntnis die begriffliche gegenüberstellen. Für die juristische Begriffsbildung nun aber hat man sich als Grundlage eine Anzahl wertender Urteile nach dem Masstab der Rechtsidee vorzustellen. Aus solchen Beurteilungen nach dem Rechtsbewusstsein bildet sich der Rechtsbegriff, in dem also bereits eine Wertung der Tatsachen nach dem Rechtsbewusstsein umschlossen liegt. Setzen wir den Fall, es sei ein „Magazinraum mit Tisch“ zu liefern, so wird unter dem „Tisch“ das zu verstehen sein, was in einem Magazin als Tisch funktionieren kann. Haben wir hier ein Beispiel, das der Begriffsbildung im Tatbestand angehört, so mag uns als anderes Beispiel die Begriffsbildung im Rechtssatz, die allmähliche Herausbildung und Umgrenzung verdeutlichen, wie sie mit dem Begriff des „Werkes“ im Schweizer. OR Art. 58, früher 68, in der Gerichtspraxis aufgekommen sind. Aus der Funktion des Rechtssatzes wurden die Begriffsmerkmale herausgeschält, soweit der Begriff ein der Rechtsidee genügendes Urteil ermöglicht hat. Zahlreiche Einzelbeobachtungen waren notwendig, bis der Begriff einer gerechten Anwendung des Rechtssatzes zu entsprechen vermocht hat.<sup>1)</sup> Die Tatbestände, um die es sich dabei handelt, müssen selbstverständlich der rechtlichen Beurteilung zugänglich sein, und zugänglich sind sie, wenn sie

---

<sup>1)</sup> Vergl. Komm. von Oser, S. 241 f., von Bekker, S. 250 f., sowie die Ausführungen von C. Chr. Burckhardt in der Zeitschr. f. schw. R. N. F. S. 469 ff. (Referat für den schweizer. Juristenverein von 1903.) — Ein treffliches Beispiel, betr. Begriff des Vorsatzes bei Rechtswidrigkeitsirrtum s. bei M. Rümelin, Ztschr. f. d. ges. Strafr.-Wissensch., Bd. 41, insbes. S. 520, und betr. Begriff des „Unfalles“ bei J. von Kries, Logik a. a. O. S. 536 ff.



sich als ein verbindendes Wollen unter zwei oder mehreren Personen darstellen. Auch ist selbstverständlich immer im Auge zu behalten, dass in vielen Fällen der Wortlaut einer Gesetzesvorschrift jede weitere Deutung ausschliesst, so dass der Begriff im Wort formal festgelegt sein will und ist. Wo das nicht zutrifft, versäumt der Jurist seine Pflicht, wenn er den Begriff in irgend einem Sinne übernimmt und verwendet, ohne sich zu fragen, in welchem Sinne er in der fraglichen Vorschrift gebraucht sein wolle. Er bildet sich stets den Begriff nach den Werturteilen, die diesen Begriffen zugrunde liegen. Von Begriffsjurisprudenz in tadelndem Sinne wird man da sprechen dürfen, wo in die Prämissen Begriffe aufgenommen werden, die nicht nach der Rechtsidee orientiert sind, sondern nach einem anderen Zweckmoment, und wo die Rechtsvorschrift auch nicht etwa nach diesem anders orientierten oder auch rein formalen Begriff verlangt.<sup>1)</sup>

Auf jene nach der Rechtsidee von uns geformten Begriffe stellt alsdann das Urteil ab, das mithin stets und notwendig unter der Bestimmung durch die Wertung der Lebensverhältnisse nach der Rechtsidee, subjektiv gesprochen nach dem Rechtsbewusstsein, stehen wird. Die damit dem Urteilenden und überhaupt dem Juristen gestellte Aufgabe ist gross und gewaltig, sobald sie über das in so vielen Kreisen und Köpfen absolut vorwaltende Regiment der rein formalistischen Spekulation oder Dialektik hinaus greifen muss. Aber die Aufgabe ist gestellt und ihre Lösung dürfen wir dem lebenden und dem künftigen Juristengeschlecht zuversichtlich anvertrauen.<sup>2)</sup>

---

<sup>1)</sup> Vergl. aus der neuen Literatur über die Begriffsjurisprudenz L. Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, S. 73 ff. und die dort angegebene Literatur.

<sup>2)</sup> Auf dieses Problem kann das für eine etwas anders verstandene Aufgabe aufgestellte schöne Wort Wundts bezogen

Die drei Momente, Obersatz, Untersatz und Folgerung, sind, man mag sich dessen bewusst sein oder nicht, im juristischen Denken immer vorhanden. Ihrer völlig bewusst zu werden, setzt jene Klarheit des Rechtsbewusstseins voraus, die sowohl Gefühlsurteile als auch Schablonenentscheide vermeidet. Wo eines der drei Momente nicht richtig funktioniert, ergibt sich ein falsches Urteil. Der Fehler mag im Erkennen des Rechtssatzes liegen, wenn beispielsweise aus dem Aktienrecht die Auflösung einer Aktiengesellschaft wegen des Vorhandenseins von bloss fünf Aktionären gefolgert wird. Oder der Fehler kann im Tatbestand liegen, wie in dem Falle, da ein Genossenschafter wegen eines Verbrechens ausgeschlossen wird, während seine Freisprechung erfolgt. Endlich kann der Fehler im Schlusse gegeben sein, und dieser Fall liegt allemal vor, wenn die Folgerung, was aber ausserordentlich selten angetroffen wird, auf unlogische Weise geschieht. Ferner ist zu bedenken, dass das juristische Denken selbstverständlich nicht bei jeder Wertung besteht, sondern, wie schon gesagt, nur da, wo ein der rechtlichen Wertung zugängliches Objekt nach einem Masstab, der in unserem Rechtsbewusstsein liegt, gemessen wird. Nun bilden den Gegenstand der rechtlichen Ordnung ausnahmslos konkrete Interessen, und so ist man dazu gekommen, die rechtliche Beurteilung von Tatbeständen als eine Interessenabwägung zu bezeichnen.<sup>1)</sup> Das ist insofern zutreffend,

---

werden, wenn er Logik a. a. O. II S. 560 sagt: „Wenn die Stunde (der neuen Anforderungen) wirklich gekommen ist, dann dürfte es sich ereignen, dass die Rechtswissenschaft nicht mehr, wie es heute noch namentlich bei denen geschieht, die sich ihr zuwenden wollen, als die leichteste, sondern dass sie als eine der schwersten Wissenschaften gilt, weil sie in Wahrheit vielleicht die umfassendsten realen Kenntnisse voraussetzt.“

<sup>1)</sup> Vergl. G. Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht, sowie das Buch von Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 59 ff. (Bd. 112

als die Abwägung nach der Rechtsidee an Interessen erfolgt (vergl. oben S. 98 ff.). Die Rechtsidee aber, und nicht das Interesse, ist für das juristische Denken die Hauptsache.

Der Obersatz ist im juristischen Denken stets ein Rechtssatz, der Rechtssatz aber ordnet Rechte und Pflichten abstrakt, d. h. ohne die einzelnen Erscheinungen speziell zu nennen, wenn auch solche, um klarer zu sprechen, als Beispiele angeführt werden mögen. Im Obersatz muss dabei immer ein Begriff gedacht werden, der Allgemeineres aussagt, also umfassender ist, als eine blosse spezielle Aussage.<sup>1)</sup> Wenn wir mit dem Begriff das Wesentliche einer Tatsache in unser Bewusstsein aufnehmen, so kann die Umschreibung ja allerdings rein logisch erfasst sein. Bei den rechtlichen Urteilen aber wird und muss regelmässig eine Wertung nach der Rechtsidee im Rechtsbewusstsein vorliegen. Der Rechtssatz stellt einen Begriff auf, der aber nach dem oben Gesagten nicht reiner Erkenntnisbegriff, sondern durch das Rechtsbewusstsein bestimmt ist. Er wird also stets nach dem Zwecke des Satzes gerichtet sein. Man erfasst diesen Begriff niemals vollständig mit blosser formaler Logik, sondern muss sich stets auch der Wertung nach der Rechtsidee bewusst sein. Der Zweck, für den der Rechtssatz aufgestellt ist, richtet sich selber nach der Rechtsidee. Insofern

---

des Archivs für zivilistische Praxis), ferner vom selben Verf., das Problem der Rechtsgewinnung, und sodann insbesondere Hans Reichel, Gesetz und Richterspruch, namentl. S. 47 ff. u. S. 151, wo wir die auch auf unsere Auffassung passenden Worte lesen: „dem Gesetze zu lassen, was ihm bleiben muss, aber auch dem Richter zu geben, was ihm gebührt, das ist die Aufgabe der Zeit.“

<sup>1)</sup> Die besondern Verhältnisse, die bei Privilegien und ähnlichen Rechtsanordnungen gegeben sind, fallen für uns ausser Betracht. Soweit sie als objektives Recht anerkannt werden können, lassen sich die Grundsätze der Rechtsanwendung gedanklich auch bei ihnen unschwer durchführen.

ist der Zweck der Schöpfer des Rechts. Ihering hat bekanntlich diese Funktion des Zwecks als das Wesen des Rechts betont.<sup>1)</sup> Allein dieser Zweck bedarf der näheren Bestimmung und diese finden wir in der Rechtsidee, die freilich auch nach Ihering den höchsten Zweck darstellen dürfte, und diese kommt in der Harmonie zum Ausdruck, die zwischen dem Rechtsbewusstsein und dem Leben in der Gemeinschaft besteht, wobei aber nicht das subjektive Bewusstsein, sondern die für die menschliche Gemeinschaft objektiv bestehende Norm das Wesentliche ist.

Ein Rechtssatz ist immer geltend, wenn wir ihn als Norm für unser rechtliches Verbundensein mit anderen befolgen. Nichtgeltende Rechtssätze haben vielleicht die Gestalt des Rechtsbegriffes, sind aber gleichwohl nicht Recht oder doch totes Recht. Die Geltung kann ohne unser Rechtsbewusstsein nicht bestehen, aber diese Verbindung mit dem Rechtsbewusstsein mag auf verschiedene Art gegeben sein. Das Rechtsbewusstsein erkennt in den einen Fällen den Rechtssatz unmittelbar als mit sich in Harmonie befindlich an, in anderen Fällen aber erkennt es die Geltung nur deshalb an, weil es die Rechtsordnung im Allgemeinen anerkennt, zu der der Rechtssatz gehört, namentlich um der Rechtssicherheit willen, die in der Ordnung überhaupt liegt, auch wenn ein einzelner Satz aus derselben vom Rechtsbewusstsein abgelehnt wird. Soweit man auf die Rechtsordnung verpflichtet ist, wie dies beim Richter vorliegt, muss hiernach das Rechtsbewusstsein, auch wenn es mit einem einzelnen Rechtssatz nicht harmoniert, das geltende Recht als Norm anerkennen und befolgen.

Der Rechtssatz wird durch Formulierung festgestellt, d. h. in eine Fassung gebracht, in der er als normgebend

---

<sup>1)</sup> Vergl. R. Ihering, *Der Zweck im Recht*, namentlich Bd. I, S. 3 ff. Vergl. dazu E. Hurwicz, *Rudolf von Ihering und die deutsche Rechtswissenschaft*, namentlich S. 33 ff., 73 ff., 85 ff.

erscheint. Diese Formulierung erfolgt durch den Gesetzgeber, durch die Gewohnheit, und bei dem Fehlen der Beiden durch den Richter. Die Formulierung reicht aber zumeist mit dem Wortlaut nicht aus, sondern ruft der Auslegung. Diese Auslegung kann nach dem Zwecke des Rechtssatzes erfolgen oder nach der Überlieferung oder nach den Materialien oder nach dem System.<sup>1)</sup> Sie kann auch darin bestehen, dass eine Verallgemeinerung als zweckentsprechend erscheint, die dadurch erfolgt, dass einzelne Merkmale im Rechtssatz weggedacht werden, so z. B. wenn eine für Unmündige aufgestellte Regel auch für Entmündigte zur Anwendung gebracht wird. Im ferneren kann eine Verallgemeinerung nach dem Zwecke erfolgen, wie dies beispielsweise geschieht, wenn man eine für den Nutzniesser aufgestellte Verpflichtung auch auf den Pächter anwendet. In solch' letzteren Fällen der Analogie wird im Grunde nicht ein Rechtssatz, sondern das Recht als Ganzes interpretiert.<sup>2)</sup> Mit einer nur

1) Die Auslegungskunst lässt sich auf allen Wegen logischer Operation geübt denken, und alle Versuche, sie zu systematisieren, wie wir sie regelmässig in den Lehrbüchern antreffen, sind unvollständig. Vergl. darüber z. B. Georg Frenz el, Recht und Rechtssätze, S. 40 f., Unger, Österreich. Privatr. in den Kapiteln über die Auslegungslehre, Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht § 59 u. v. a. Wir verweisen auf die Hauptrichtungen und führen noch an, dass der formalistischen Auffassung der Rechtssätze nicht nur die Interpretation oder Begriffsbildung nach dem Interesse oder besser nach dem Zweck des Rechtssatzes entgegentritt (vergl. unten S. 396) sondern auch die ausserordentlich anwachsende Verweisung des Richters auf sein Ermessen, auf Treu und Glauben, auf den guten Glauben, auf die Billigkeit, auf die Angemessenheit usw. K. G. Wurzel, das juristische Denken, S. 83 ff, nennt diese auf das Urteil des Richters abstellenden Begriffe „Ventilbegriffe“.

2) Über die Analogie und die Induktion s. z. B. Kant, Logik, Anhang, Allgemeine Elementarlehre, § 84, Werke a. a. O. Bd. 3, S. 320. Für das Strafrecht wird allgemein die Analogie als ausgeschlossen betrachtet, und man findet diesen Grundsatz in dem

formal-logisch geordneten Interpretation wird man bei allen diesen Auslegungen niemals auskommen, vielmehr wird die Auslegung vom Rechtsbewusstsein beherrscht, wobei die vom Rechtsbewusstsein postulierte Harmonie der Rechtsidee mit dem Rechtssatz oder mit der Rechtsordnung als das letzterdings Massgebende betrachtet werden muss. Der Richter und hypothetisch der Rechtsanwalt betätigen zum Zwecke der Rechtsanwendung eine Analyse des Rechtssatzes. Beim Gesetzgeber und vielfach auch bei der Wissenschaft dagegen handelt es sich um die Synthese der Tatbestände in ihrer rechtlichen Beurteilung zur Gewinnung eines abstrakten, systematisch höher stehenden Rechtssatzes. In allen Fällen ist es der Rechtssatz in seiner abstrakten Gestalt, der zur Anwendung kommt. Nicht ich, pflegte ein hochangesehener Richter zu den Parteien zu sagen, spreche über euch das Urteil, sondern dieses kleine Büchlein, das Gesetz.

Im Untersatz liegt stets ein Begriff, der enger ist als derjenige des Obersatzes. Bei der rechtlichen Beurteilung wird der Begriff des Untersatzes durch Wertung festgestellt. Der Untersatz wird im juristischen Denken durch den Tatbestand gegeben. Tatbestand im juristischen Denken aber ist nicht jede Beobachtung oder Erfahrung, sondern nur eine solche, die in ihrem Inhalt einen rechtlich verbindenden Willen unter Personen aufweist. Alles Begleitende muss aus der *species facti* ausscheiden, sobald es nicht von dem verbindenden Willen betroffen wird. Durch die Vornahme solcher Ausscheidungen wird

Spruchwort „*nulla poena sine lege*“ ausgesprochen. Diese Regel beruht aber doch wohl auf einer Auffassung, die zur Rechtsidee in einem gerechten Rechtsgewalt gegenüber unbegründeten Gegensatz steht, oder also der Furcht vor menschlicher Ungerechtigkeit entstammt. Wie die Interpretation des Rechtssatzes in engerem Sinne, so dürfte auch die Analogie als Interpretation des Strafgesetzes sehr wohl anerkannt werden. Der gerechte Richter wird die Analogie so gut ins Werk setzen, wie jede andere Auslegung.

der Tatbestand zum juristischen Tatbestand, der mithin nur solche Momente enthält, die sich auf den berechtigenden oder verpflichtenden Willen der Beteiligten beziehen. Eine solche Prüfung des Tatsächlichen erfolgt durch die Herstellung einer Beziehung zum Rechtssatz überhaupt. Wir stellen also den Tatbestand so fest, dass eine Rechtsvorschrift auf ihn zur Anwendung gelangen kann. Diese Herstellung des juristischen Tatbestandes führt oft zu einer Auslegung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen, und eine solche Auslegung steht und geht mit der Auslegung des Rechtssatzes Hand in Hand. Die Auslegung erfolgt nach beiden Richtungen auf der Grundlage des Rechtsbewusstseins, man kann aber wahrnehmen, dass die beiden Auslegungen in umgekehrter Richtung erfolgen und einander entgegengesetzt sind, wie der positive und der negative elektrische Strom. Wo die beiden sich nähern, springt der Funke vom einen zum andern über, und wir haben die gesuchte conclusio. Setzt man bei der Auslegung des Rechtssatzes voraus, dass er das Gerechte nach unserem Bewusstsein sagen wolle, so wird bei der Auslegung des Tatbestandes davon ausgegangen, dass der Wille der Beteiligten auf das Gerechte gerichtet sei. Beide Auslegungen aber vereinigen sich in dem Zwecke, der trotz der verschiedenartigst möglichen Kombinationen immer derselbe ist, dass das Gerechte hergestellt werden soll.

Die Folgerung besteht in der Unterstellung des Tatbestandes unter den Rechtssatz, und ist, wie schon betont, an sich rein logisch. Eine Wertung aber liegt insofern auch in ihr, als die Begriffe des Rechtssatzes und des Tatbestandes durch die Wertung nach der Rechtsidee hindurchgegangen sind. Sie führt zum positiven Urteil, wenn die Merkmale des Untersatzes zum Obersatz passen, andernfalls entweder zum negativen Urteil oder zur Unmöglichkeit eines Urteils.

Die Findung des Urteils ist, wie wir gesehen haben, stets eine formal-logische Funktion. Allein wenn die Wertung der Prämissen unter der Rechtsidee erfolgt, so wird in Tat und Wahrheit auch die Subsumtion doch immer mehr oder weniger dadurch bestimmt, dass mittels der Wertung eine allmähliche Annäherung des Tatbestandes an die Rechtsregel durchgeführt wird. Ohne diese begleitende oder vorarbeitende Herausbildung der juristischen Begriffe läuft die Rechtsanwendung Gefahr, einer sinnlosen Begriffsjurisprudenz anheimzufallen, die von dem Wahne befangen ist, die Rechtsbegriffe rein formal herstellen und zur Anwendung bringen zu können.<sup>1)</sup> Man macht den Tatbestand rechtlich verständlich, indem man ihn unter einer Rechtsregel auffasst. Man unterwirft ihn einer Konstruktion, durch die das juristische Bild in eine Gestalt gebracht wird, unter der die Schlussfolgerung möglich ist.

Wir verstehen darunter den Aufbau eines Tatbestandes unter der Voraussetzung der Anwendbarkeit von Rechtsätzen, wobei aus bekannten Tatbestandsmomenten auf unbekanntes geschlossen wird, weil der auf das Bekannte angewendete Rechtssatz ein anderes, durch den Tatbestand noch nicht Gegebenes logisch zur Voraussetzung hat. Man denkt sich bei der Konstruktion also ein Rechtsgebilde nach einer abstrakten Regel, und deutet den Tatbestand rechtlich zu dem Zweck, damit er als ein solches Rechtsgebilde unter die Rechtsregel subsumiert werden kann. Man darf sich dabei auch der Vermutungen bedienen, die das Gesetz zum Zwecke der Erleichterung der Rechts-

<sup>1)</sup> Vergl. schon oben S. 389 Anm. 1. Bekannt ist Iherings polemischer Begriffshimmel, in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Heftige Angriffe finden sich auch in der Schrift von Ernst Fuchs, Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909, u. in desselben Juristischem Kulturkampf 1912. Im Sinne unserer Betrachtung: Dr. Staffel, Über Zweck und Konstruktionsjurisprudenz, Schweiz. Jur. Ztg., Bd. 14, S. 265 ff.



anwendung aufstellt, hat aber damit noch keine Konstruktion vollzogen. Man kann ferner in anderen Fällen zum Hilfsmittel der Fiktion greifen, wobei man den Schluss, der für einen gewissen Tatbestand gefunden wird, wegen der Unsicherheit, der die Folgerung unterliegt, einem anderen sicherern Schlusse gleichstellt. Man ist sich der Ungleichheit bewusst, allein man ignoriert sie zum praktischen Zweck der Gewinnung von Rechtssicherheit. Durch Vermutung wie durch Fiktion wird eine Lücke im Tatbestand oder im Schlusse ausgefüllt, und es liegt sonach eine wirkliche Konstruktion in solchen Fällen nicht vor. Sobald man zur Konstruktion selbst schreitet, geht man über Fiktion und Vermutung hinaus und bleibt doch näher bei der unmittelbaren Betrachtung des Tatsächlichen, indem man Unbekanntes oder wenigstens rechtlich nicht sicher zu Würdigendes aus Bekanntem ableitet oder nach Bekanntem beurteilt, wie der Mathematiker aus zwei Seiten und ihrem Winkel das Dreieck konstruiert. Von einer Ergänzung des Tatbestandes durch eine Vermutung oder einer Ergänzung des Schlusses durch eine Fiktion braucht dabei in keiner Weise die Rede zu sein.<sup>1)</sup> Ausserdem vermag für die Arbeit der rechtlichen Beurteilung die Rechtsordnung auf mancherlei Art Nachhilfe zu leisten. Sie schafft z. B. Aktionen, mit denen in voraus bestimmter Umschreibung das Recht erlangt werden kann.<sup>2)</sup> Allein in allen diesen Fällen liegt nach unserem Rechtsbewusstsein den Vorgängen als unüberschreitbare Schranke die Erkenntnis zugrunde, dass einerseits ein Rechtssatz und andererseits die Realität des rechtlichen Tatbestandes gegeben sein müssen.

---

<sup>1)</sup> Vergl. dazu in Berolzheimer's Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie m. Aufsatz, Entwicklung der Gült zur modernen Hypothek, Bd. 12, S. 278.

<sup>2)</sup> Vergl. darüber Ehrlich, Juristische Logik, namentlich S. 48 ff., 179 f., 288 ff. (Bd. 115 des Archivs für die zivilistische Praxis).

Für das juristische Denken werden, nach Anlage und Bildung der handelnden Personen, sich stets drei Faktoren als notwendig erweisen:

Erstens Entscheidungsfähigkeit und Entscheidungsmut der Beteiligten, sei es des Richters, des Gesetzgebers oder des Bürgers.

Zweitens Kenntnis der Rechtsordnung und des wirklichen Lebens, oder also Schulsack und Erfahrung.

Drittens Rechtsbewusstsein als lebendiges Bewusstsein von dem, was sein soll, mag die Rechtsidee als regulative oder als initiative Kraft in Betracht fallen.

Wo diese drei Faktoren nicht vereinigt sind, besteht die Gefahr der mera subtilitas, der unbrauchbaren Gelehrsamkeit, die ja freilich mit Materialsammlung und Vorarbeit oft sehr nützliche Dienste zu leisten vermag, das Recht aber dem Rechtsbewusstsein entfremdet. Oder aber wir begegnen der Schwärmerei in der Weltverbesserung und der Herrschaft von Schwäche und Willkür.

Dass aber die drei Faktoren erfahrungsgemäss auch ohne Spezialbildung vorhanden sein können, das finden wir schon bei Kant eindrucksvoll hervorgehoben (s. oben S. 357), und dürfen darin die immer neu sich bestätigende Rechtfertigung des Laienrichters und der Volksgesetzgebung erblicken.

Wir möchten diese Betrachtung nicht abschliessen, ohne noch darauf zu verweisen, dass die Logik als formaler Faktor desto mehr an Bedeutung verliert, je mehr das subjektive Rechtsempfinden von dem Kollektivbewusstsein beherrscht wird. Auf den Rechtsgebieten, bei denen dies ihrer Natur nach schon vorhanden ist, wie beim Verwaltungsrecht, zeigt sich diese Erscheinung sehr deutlich.<sup>1)</sup> Die Logik ist formell da im Recht,

<sup>1)</sup> Vergl. Blumenstein, Die Bedeutung zivilrechtlicher Begriffe für das moderne Steuerrecht, in der Festgabe f. E. H. S. 203 ff., Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 3. Aufl., S. 121.

wo sie Ungleichheit in der Behandlung ausschliesst. Logische Rechtsanwendung bildet eine Schutzwehr gegenüber dem Unrecht und bewahrt das Recht vor übertriebenen, einseitigen Tendenzen. Wo sie nicht diese Wirkung betätigt, kann sie dem Rechtsmissbrauch verfallen. Wir dürfen das anerkennen, ohne damit die Gültigkeit des juristischen Denkens für alle Rechtsgebiete preiszugeben.<sup>1)</sup> Die Rettung aus diesen Gefahren findet sich in den Postulaten der Begriffsbildung, die es gewährleisten, dass die logische Rechtsanwendung sich in den Vordersätzen nicht über ein gerechtes Mass hinaus formal gestaltet und absolut formal nur im Schlusse auftritt.<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> Über die Kulturstufen in der Würdigung und Pflege des Rechts s. oben S. 335 ff. Den Versuch Wundts, in der Logik der Rechtswissenschaft eine zivilistische Methode, die dem Privatrecht eignen würde, und eine publizistische, unter der das öffentliche Recht stehe, zu unterscheiden (Methodenlehre, Logik Bd. 2, S. 561—577 d. 2. Aufl.), lehnen wir bestimmt ab. Wohl besteht ein Unterschied zwischen der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Behandlung von Rechtsfragen, allein er lässt sich nicht auf zweierlei Methode zurückführen, sondern stellt sich als eine Quantitätsdifferenz dar, die für das Zivilrecht (das Strafrecht und die Prozesse in der Regel einbegriffen) ein Übermass von Formalismus und für das öffentliche Recht einen oft beklagenswerten Mangel an solchem bedeutet. Über die Korrektur, die für das Zivilrecht im Ermessen des Richters, in der guten Treue u. a. m. gefunden wird, s. oben S. 68 u. a. Im übrigen ist die Logik im Recht schlechtweg ein unvermeidbares Element, das sich durch kein anderes ersetzen lässt, und dieser Logik entspricht das juristische Denken.

<sup>2)</sup> Zevenbergen a. a. O. gelangt von der ersten Betrachtung aus zu der Auffassung, dass die Rechtsprechung überhaupt nicht als logische Operation bezeichnet werden dürfe, sondern sich durch das metagesetzliche, metajuristische „vooroordeel“ charakterisiere, nicht psychologisch, aber erkenntnistheoretisch, das der Richter mit seinem Werturteil treffen müsse. Diese Überlegung scheint uns jedoch den Syllogismus nicht auszuschliessen.