

Michael W. Hebeisen

Dr. iur.

Gurtenweg 19

3074 Muri bei Bern

BASLER STUDIEN ZUR RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON

C. WIELAND, E. RUCK, A. SIMONIUS,

R. HAAB, O. A. GERMANN

Heft 5

„LEX FACIT REGEM“

(BRACTON)

EIN BEITRAG ZUR LEHRE

VON DEN RECHTSQUELLEN

von

Prof. Dr. August Simonius



BASEL, 1933

HELBING & LICHTENHAHN

Gleichzeitig erschienen als
Rektoratsprogramm der Universität Basel
für das Jahr 1932,

von der Universität Basel der Universität Zürich
zu ihrem hundertjährigen Jubiläum gewidmet.

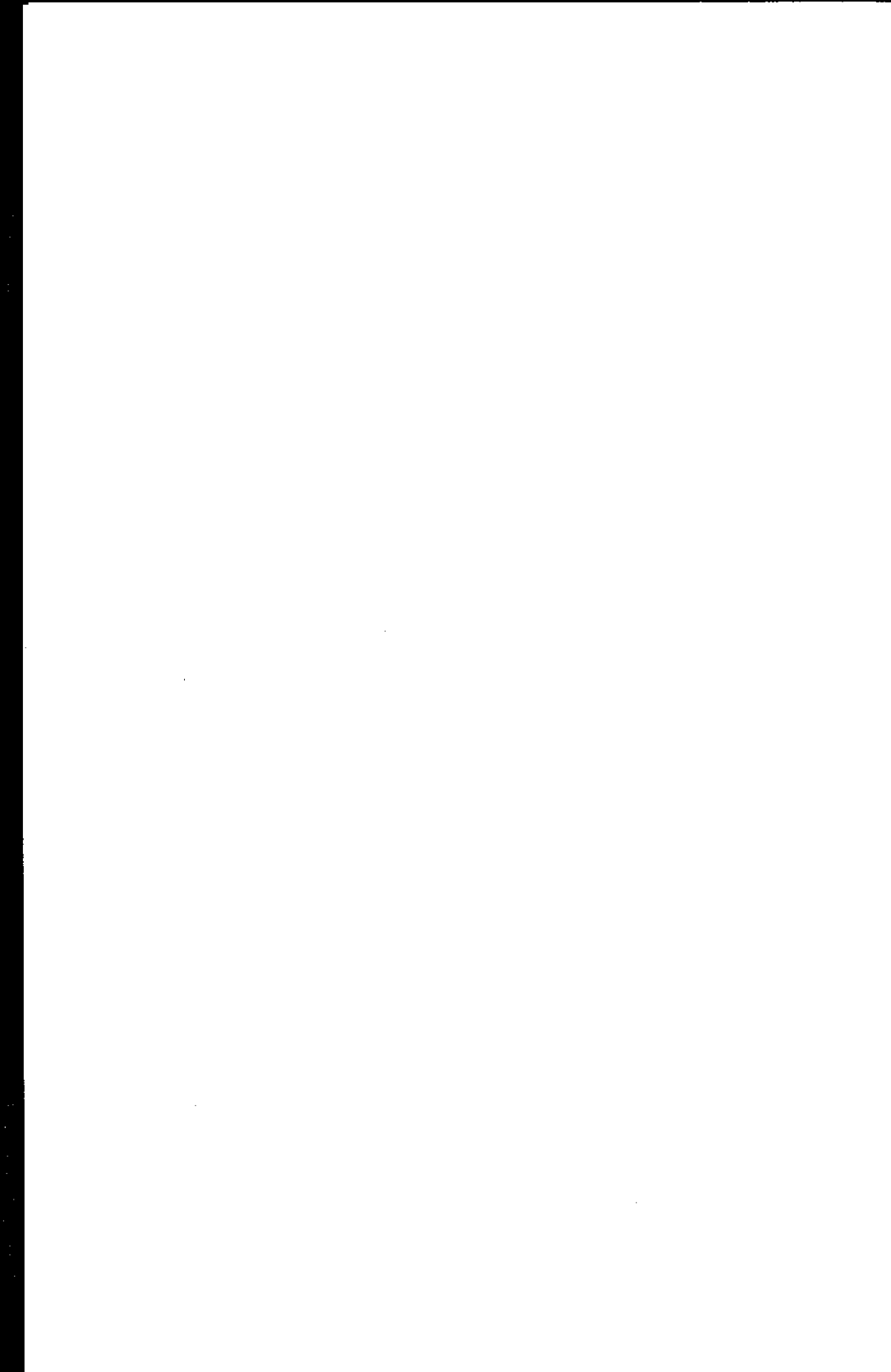
Vorliegende Abhandlung befaßt sich mit der Entstehung der geltenden Rechtsordnung. Diesen Vorgang glaubt sie als Tatsache des gesellschaftlichen Lebens verstehen zu müssen.

Um alle Mißverständnisse auszuschließen, die beim gegenwärtigen Stand der wissenschaftlichen Diskussion in der Schweiz vielleicht zu erwarten sind, möchte ich aber betonen, daß ich keineswegs eine Beurteilung des Rechts auf Grund ethischer Maximen für unmöglich halte. Im Gegenteil, ich betrachte sie mehr denn je als notwendig; für die Wissenschaft *de lege ferenda* ist nach meiner Ueberzeugung nur ein moralischer Gesichtspunkt denkbar.

Doch verlangt, wie mir scheint, gerade die Arbeit auf diesem Gebiete, soll sie Erfolg haben, die Untersuchung der psychologischen Bedingungen der Geltung; nur so lassen sich die Aussichten feststellen, welche für eine bewußte Einwirkung auf das Recht bestehen.

Meinen Standpunkt in der Frage der Rechtspolitik habe ich an andern Orten dargelegt ¹⁾, ich halte noch heute daran fest.

¹⁾ Zeitschr. f. Schweiz. R. 48, S. 1 ff. und 49, S. 259 ff.



« Ipse autem rex non debet esse sub homine, sed sub deo et sub lege, quia lex facit regem . . . Non est enim rex ubi dominatur voluntas et non lex », sagt im 13. Jahrhundert Henricus de Bracton ²⁾).

Unter *lex* versteht er wohl hier das Recht im allgemeinen, nicht nur das Gesetz; denn es heißt an einer andern Stelle: « Sola Anglia usa est in suis finibus iure non scripto et consuetudine; sed absurdum non erit leges Anglicanas (licet non scriptas) leges appellare. Habent enim Anglici plurima ex consuetudine ³⁾ ». »

Daraus ergibt sich, daß der König dem Rechte unterworfen ist, seine Gewalt sich nur aus dem Rechte ableiten läßt; er ist nicht Schöpfer des Rechts; dieses entsteht vorwiegend durch Gewohnheit.

Wir lernen hier die Ansicht eines Mannes kennen, der seine Kenntnisse nicht allein aus der durch die *glossa* vermittelten römischen Rechtsliteratur schöpft, sondern aus eigener Anschauung des Rechtslebens ⁴⁾).

In den Schriften der römischen Kaiserzeit wird dagegen die Geltung des Rechts auf die Autorität des Gesetzgebers zurückgeführt. Auch das Gewohnheitsrecht bildet keine Ausnahme: D. 1, 3, 32, 1: *Merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes* ⁵⁾). Gestützt auf die römischen

²⁾ Bracton, de legibus et consuetudinibus Angliae, Lib. 1, cap. 8.

³⁾ Bracton, loc. cit. Lib. 1, cap. 1.

⁴⁾ Ego Henricus de Bracton animum crexi, ad vetera iudicia iustorum perscrutanda diligenter, non sine vigiliis et labore, loc. cit. cap. 1; vgl. darüber Allen, Law in the Making, S. 31 ff.

⁵⁾ Die Erwähnung eines Volksbeschlusses ist vielleicht nachklassisch, vgl. Steinwenter, Die Lehre vom Gewohnheitsrechte, in Studi Bonfante, II, 421 ff.; die Klassiker drücken sich im allgemeinen unbestimmter aus, in Anlehnung an die griechische Lehre vom νόμος ἄγραφος, (Gai. III, 82).

Quellen entwickelt sich im Laufe der Zeit eine Lehre, die von näherer Beobachtung der Wirklichkeit absieht und den Herrscher oder den Staat geradezu als Quelle des Rechts betrachtet. Diese Lehre wird — das läßt sich zunächst feststellen — der Tatsache nicht gerecht, daß nicht alles Recht gilt, welches die Staatslenker gesetzt haben, daß andererseits Recht gilt, zu dessen Setzung die Staatslenker nicht ermächtigt waren. Außerdem ist es überaus zweifelhaft, ob die Staatslenker, nach römischer Doktrin die stimmfähigen Bürger, dem geltenden Gewohnheitsrecht wirklich stillschweigend ihre Anerkennung gegeben haben. Die Ansätze einer anders gearteten Theorie, wie wir sie namentlich bei Bracton finden ⁵⁾, werden allmählich vergessen. Schließlich geht eine der wichtigsten Erkenntnisse der griechischen Gesellschaftswissenschaft verloren, daß nämlich das Recht, wie die gesellschaftliche Ordnung überhaupt, dem Menschen natürlich ist ⁶⁾. Das Recht erscheint nunmehr als etwas Fremdes, von außen Aufgezwungenes.

Freilich waren doch schon die Griechen selbst geneigt, die Geltung des Rechts auf die Tätigkeit eines Gesetzgebers zurückzuführen. Sogar die Lehre des Aristoteles ist hierin widerspruchsvoll. Er sagt zwar: φύσει μὲν οὖν ἡ ὁρμὴ ἐν πᾶσιν ἐπὶ τὴν τοιαύτην κοινωνίαν. « Von Natur haben alle Menschen den Trieb zu dieser Gemeinschaft. » Er fährt aber fort: ὁ δὲ πρῶτος συστήσας μεγίστων ἀγαθῶν αἴτιος, « Der erste, der sie errichtet hat, ist Urheber der größten Güter ⁷⁾. » Im Verlauf seiner Darstellung würdigt er dann die weisen Gesetzgeber der einzelnen πόλεις.

In scharfem Gegensatz zu Bracton sagt im 16. Jahrhundert Jean Bodin: « Il (le roi) donne loi à tous en général et à

⁵⁾ Ansätze nur, denn auch die römische Lehre übt auf Bracton einen Einfluß aus. Als Gewohnheitsrecht soll u. a. gelten: quidquid rei publicae communi sponcione fuerit definitum et approbatum. Ueber Widersprüche bei Bracton und sein Schwanken zwischen byzantinischer und feudaler Auffassung vgl. Allen loc. cit. S. 10 ff.

⁶⁾ Aristoteles, *Politica*, 1, 2, 9: ἐκ τούτων οὖν φανερόν, ὅτι τῶν φύσει ἢ πόλις ἐστὶ, καὶ ὅτι ἄνθρωπος φύσει πολιτικὸν ζῷον.

⁷⁾ *Politica*, 1, 2, 12.

chacun en particulier sans le consentement de plus grand ni de pareil ni de moindre que lui⁸⁾. »

Für Bodin waren allerdings weniger theoretische als praktische Erwägungen maßgebend. Er war bestrebt, der ausschließlichen, sowohl von den Generalständen als von Kirche und Reich unabhängigen Gesetzgebungsgewalt, die der König von Frankreich zu seiner Zeit für sich forderte, eine Begründung zu geben.

Daß das Recht auf den Herrscher zurückzuführen sei, blieb jedoch in der absoluten Monarchie ein anerkanntes Dogma. Noch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts verkündete ein Deutscher, Seydel⁹⁾, das Recht sei der « ausgesprochene Wille des Herrschers ».

Der Umstand, daß nach der Französischen Revolution beinahe auf dem ganzen Kontinent die Gesetzgebungsgewalt von der Person des Herrschers gelöst und andern Organen übertragen wurde, hatte keine tiefergehende Aenderung der Lehre zur Folge. An die Stelle des Herrschers trat der Staat. Man lese etwa Ihering: «... womit denn implicite gesagt ist, daß nur die vom Staate mit dieser Wirkung (dem Staatszwang) versehenen Normen Rechtsnormen sind oder daß der Staat die alleinige Quelle des Rechts ist¹⁰⁾. » Damit gibt Ihering der zu seiner Zeit in Deutschland herrschenden Auffassung Ausdruck¹¹⁾. Dieselbe Auffassung findet sich aber auch in Frankreich¹²⁾.

Selbst England hat in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts einen hochangesehenen Vertreter dieser Lehre, John Austin¹³⁾: « For either directly or remotely, the sovereign, or

⁸⁾ Jean Bodin, *Traité de la République*. Auf seine Vorläufer brauchen wir hier nicht einzugehen.

⁹⁾ Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*.

¹⁰⁾ Ihering, *Der Zweck im Recht* 1877, Kap. 8 § 10. *Geist des römischen Rechts*, III, S. 328.

¹¹⁾ Vgl. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, S. 116.

¹²⁾ Vgl. etwa Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, S. 209 ff.

¹³⁾ John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, XXVIII.

supreme legislator, is the author of all law; and all laws are derived from the same source.» Austin hat in England einen starken Einfluß ausgeübt¹⁴⁾. Ob dort seine Lehre jemals herrschend war, ist allerdings zweifelhaft. Es war jedenfalls nicht leicht, sie mit der Eigenart des englischen Common Law in Einklang zu bringen. An Versuchen dazu hat es jedoch nicht gefehlt: «The formal source of the whole body of the civil law is one and the same, namely, the will and power of the State as manifested in courts of justice¹⁵⁾.»

Das Naturrecht des 16. und 17. Jahrhunderts hat der staatlichen Quellenlehre keinen Abbruch getan; im Gegenteil: beim Versuch, den Staat zu erklären, ging es vom Individuum aus, d. h. von einem durchaus fiktiven, aller gesellschaftlichen Bande ledigen Menschen. Die Staatsmacht sollte auf einem Staats- oder Unterwerfungsvortrage beruhen, den die in statu naturae freien Menschen geschlossen hätten. Dadurch entfernte sich die Theorie immer mehr von der Ansicht des Aristoteles, daß auch die Gemeinschaft von Natur gegeben sei. Der Herrscher war durch den Staatsvertrag ermächtigt, von sich aus die für das Zusammenleben notwendigen Regeln aufzustellen und deren Befolgung zu erzwingen¹⁶⁾. Daß zuweilen dem Menschen noch in Anlehnung an Aristoteles ein Trieb zur Gemeinschaft, ein *appetitus societatis*¹⁷⁾ zugestanden wurde, bedeutete daneben wenig. Hobbes und seine Anhänger dachten übrigens anders vom Menschen: «*Homo homini lupus*» heißt es bei ihnen. Wie stark gerade dieser Gedanke gewirkt hat, beweisen die Ausführungen Montesquieus, der zwar als Empiriker vom Staatsvertrage nicht mehr spricht: «*Sitôt que les hommes sont en société, ... l'état de guerre commence*¹⁸⁾.»

¹⁴⁾ Allen, loc. cit. S. 7 ff.

¹⁵⁾ Salmond, Jurisprudence, 7th, S. 164.

¹⁶⁾ Dies haben namentlich Pufendorf und Thomasius vertreten.

¹⁷⁾ Durch Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*.

¹⁸⁾ Montesquieu, *Esprit des lois*, livre 1, chap. 3.

Nicht minder geht dies noch aus dem hervor, was z. B. Ihering über den Rechtszwang schreibt ¹⁹⁾.

Die Naturrechtsschule neigte, wie die Alten, dazu, den Gesetzgeber zu überschätzen. Sollte das durch vernünftige Ueberlegung gewonnene Recht verwirklicht werden, so mußte diese Aufgabe dem weisen Gesetzgeber zufallen. Spontane Rechtsbildung dagegen wurde verpönt. Es sind gerade die unter dem Einfluß des Naturrechts entstandenen Gesetzbücher, welche am deutlichsten dem Gewohnheitsrechte gegenüber eine feindliche Stellung einnehmen ²⁰⁾.

Auch die demokratische Wendung des Naturrechts zu Ende des 18. Jahrhunderts führt keine Aenderung herbei. An die Stelle des einzelnen Gesetzgebers tritt die *volonté générale* oder *volonté nationale*. Diese wird, namentlich in Frankreich, als die eigentliche Quelle des Rechts angesehen. Da sie sich aber doch nur durch die Organe des Staates äußern kann, verbindet sich diese Lehre sehr leicht mit der staatlichen Theorie der Rechtsquellen ²¹⁾.

Auf einem ganz andern Boden steht dagegen die historische Rechtsschule: Für sie ist, im Gegensatz zum Naturrecht, das Gewohnheitsrecht das Recht *par excellence*. Ihm werden zum ersten Male sorgfältige wissenschaftliche Untersuchungen gewidmet ²²⁾. Als Quelle des Rechts gilt nicht mehr der Staat, sondern das Rechtsbewußtsein des Volkes. Jede engere oder weitere Lebensgemeinschaft vermag ihr Recht hervorzubringen; daß es auch außerhalb des Staates Recht gibt, Völkerrecht z. B. und Kirchenrecht, wird nunmehr verständlich ²³⁾.

So scheint der Weg geebnet zu sein zur Wiederentdeckung

¹⁹⁾ Ihering, *Der Zweck im Recht*, Kap. 8, §§ 1 ff.

²⁰⁾ Preuß. L. R. Einl. § 3—4. Ueber andere Gesetzbücher. Vgl. Gierke, a. a. O. S. 173.

²¹⁾ Vgl. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, I², S. 10 ff.

²²⁾ Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*. 2 Teile, 1828, 1837; Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I, S. 11 ff.

²³⁾ Gierke, *loc. cit.*, I, S. 119 ff.

der gesellschaftlichen Natur des Menschen und zum Ausbau einer empirischen Quellenlehre, die ohne vorgefaßte Meinung zugunsten des Staates dem tatsächlichen Vorgang der Rechtsbildung gerecht zu werden sucht. Daß schon Bracton auf diesem Wege stand, haben wir gesehen.

Warum ging man ihn aber nicht zu Ende? Warum blieb in der Quellenlehre die durch die historische Rechtsschule eingeleitete Reaktion, trotzdem sie noch Ende des 19. Jahrhunderts durch Gierke²⁴⁾ und andere fortgesetzt wurde, nur eine Episode der Geschichte der Wissenschaft?

Dafür liegen verschiedene Gründe vor. Zunächst politische: wie die staatliche Quellenlehre im 16. Jahrhundert die Begründung der absoluten Monarchie förderte, bildete sie im 19. Jahrhundert für einen vorher undenkbaren Ausbau der Staatsmacht im Innern, der einen enormen Zuwachs an Gesetzen zur Folge hatte, eine bequeme Stütze. Auch soziale Forderungen glaubte man am besten durch staatliche Gesetze erfüllen zu können.

Ferner der Einfluß der Hegelschen Philosophie: Die ungeheure Wertschätzung des Staates bei Hegel war nicht nur in Deutschland bestimmend: « Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee, das an und für sich Vernünftige²⁵⁾. » Daß das Recht auf seinem Willen beruht und als sein Wille nur zu rechtfertigen ist, betrachtete Hegel als selbstverständlich²⁶⁾.

Endlich sind zwei mehr äußerliche Gründe nicht außer acht zu lassen: Die staatliche Quellenlehre zeichnet sich durch große Einfachheit aus; bei oberflächlicher Betrachtung der Entstehung des Gesetzes, im 19. Jahrhundert der wichtigsten Quelle, scheint sie zunächst auch richtig zu sein. Die Juristen übersehen sehr leicht, daß der Satz « simplex sigillum veri » nur in der Praxis zu Recht besteht, nicht aber in der Theorie.

²⁴⁾ Vgl. Gierke, loc. cit. I, S. 112 ff.

²⁵⁾ Hegel, Rechtsphilosophie, §§ 257, 258.

²⁶⁾ Hegel, loc. cit. § 273; Hegels Einfluß auf Ihering z. B. sieht man in Ihering, Geist des röm. Rechts, III, S. 328.

Sodann ist das Bild der Quelle, welches die römischen Juristen meines Wissens noch nicht verwenden, welchem man aber heute in der Rechtsliteratur aller Länder begegnet, in hohem Maße irreführend: Als Livius (3, 34, 6) die zwölf Tafeln, übrigens fälschlicherweise, « fons omnis publici privatae juris » nannte, dachte er sich wohl unter Quelle den Ort, an welchem das Recht geschöpft wird. Quelle erweckt aber auch die Vorstellung des Ortes, von dem aus ein Flußlauf seinen Anfang nimmt. Diese Bedeutung von Quelle herrschte in der spätern Zeit vor. Infolgedessen suchte man einen einheitlichen Ursprungsort des Rechts und glaubte ihn im Staate zu finden²⁷⁾.

Trotz alledem hätte aber die Macht der Tatsachen in der Rechtswissenschaft zur Geltung kommen müssen, wenn die Quellenlehre der historischen Rechtsschule wirklich eine empirische Theorie gewesen wäre. Das war sie aber nicht; sie enthielt nur Ansätze dazu.

Zwar lehnt sie den Versuch ab, das Gewohnheitsrecht durch Annahme eines stillschweigenden Beschlusses der Bürger oder einer stillschweigenden Ermächtigung des Gesetzgebers auf den Staat zurückzuführen; sie weist auch die Unmöglichkeit nach, eine Rechtsbildung durch Gewohnheit zu verbieten. Die übertriebene Abneigung der Schule gegen die Gesetzgebung²⁸⁾ jedoch verkennt wichtige Tatsachen des Rechtslebens. Sie hat von vornherein die Quellenlehre der Schule verdächtig gemacht.

Wenn Puchta und Savigny²⁹⁾ die Entstehung des Gewohnheitsrechts, ja des Rechts überhaupt, einseitig in ein sehr unbestimmtes « Rechtsbewußtsein » des « Volkes » oder der « Gemeinschaft » verlegen, so daß beim Gewohnheitsrecht die

²⁷⁾ Das zeigt sich deutlich bei Austin (loc. cit. XXVIII). « for applying the metaphor with the consistency which even poetry requires, rules established immediately by the supreme legislature are the only rules springing from a fons or Source ».

²⁸⁾ Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

²⁹⁾ Puchta, loc. cit.; Savigny, loc. cit., System, loc. cit.

Uebung nur noch ein Erkenntnismittel schon geltenden Rechts sein soll, so stützen sie sich auch dabei nicht auf Beobachtung. Denn es ist eine alte Erfahrung, daß die Uebung eine wirkliche Voraussetzung des Gewohnheitsrechts ist. Der Schritt von der Vorstellung, das Rechtsbewußtsein der Gemeinschaft sei Ursprung des Rechts, zur staatlichen Quellenlehre ist nur ein kleiner. Hält man, im Gegensatz zur historischen Schule, die bewußten Vorgänge für wichtiger als die unbewußten, so liegt es nahe, einfach die Aeüßerungen der staatlichen Organe als Aeüßerungen dieses Rechtsbewußtseins anzusehen.

Gierke hat nun allerdings die Lehre Puchtas und Savignys insofern ergänzt, als er zur Entstehung eines Rechtssatzes Erklärung der Rechtsüberzeugung fordert, die durch Handlungen oder durch Worte zu erfolgen habe³⁰⁾. Die Uebung als eine Erklärung, sogar als eine Willenserklärung zum Zwecke der Normsetzung zu bezeichnen, gab aber wiederum zu Mißverständnissen Anlaß. Dazu kommt, daß nach Gierke die Erklärung der Rechtsüberzeugung durch Worte, wozu er die Erklärung durch Handlungen in Parallele stellt, vom Staate ausgeht; das Gesetz ist das « vom Staate gesetzte Recht »³¹⁾. Deshalb konnte auch Gierkes Ansicht mit der staatlichen Quellenlehre in Einklang gebracht werden.

Die historische Rechtsschule hat vom Verhältnis des Rechts zum Staate überhaupt keine ganz klare Vorstellung. Bezeichnend sind auch dafür die Ausführungen Gierkes: Recht und Staat, « zwei selbständige Lebensmächte », sind « einander ebenbürtig ». Das Recht bedarf zu seiner Vollendung des Staates als der höchsten organisierten Macht. Der Staat « befiehlt die Befolgung des Rechts ». Das Recht dient wiederum dem Staate, « indem es alle seine Ordnungen durchdringt ». « Hieraus erwächst zugleich Herrschaft des Staates über das Recht und Herrschaft des Rechts über den Staat³²⁾. »

Es ist nun wohl begreiflich, warum die Auffassung der

³⁰⁾ Gierke, loc. cit. S. 125 ff.

³¹⁾ Gierke, loc. cit. S. 128.

³²⁾ Gierke, loc. cit. S. 125 ff.

Rechtserzeugung in der historischen Schule die staatliche Quellenlehre nicht wirklich erschüttert hat³³⁾. Gefährlicher für sie war dagegen die Ausschaltung des Naturrechts durch Savigny und seine Anhänger. Nur waren die Wirkungen erst viel später zu spüren.

Das Naturrecht hatte vorher eine Zwitterstellung inne: Es war zugleich ideales und geltendes Recht. Dadurch konnte es einige Unzulänglichkeiten der staatlichen Quellenlehre verdecken, die nunmehr allmählich zutage treten mußten. Solange hinter dem positiven Rechte, dessen Quelle der Staat sein sollte, ein Naturrecht galt, konnte u. a. auch das Völkerrecht als ein Bestandteil desselben angesehen werden. Seitdem das nicht mehr möglich ist, setzen die bekannten Versuche ein, das internationale Recht auf eine Selbstbindung des einzelnen Staates^{33a)} oder ausschließlich auf Verträge zwischen den Staaten zu gründen. Vergebens; denn eine Selbstbindung, unter der es übrigens schwer ist, sich etwas Bestimmtes vorzustellen, kann eine wahre Rechtspflicht nicht hervorbringen, und ein Vertrag setzt zu seiner Gültigkeit wenigstens eine Rechtsnorm voraus³⁴⁾.

Will man darum nicht überhaupt das Bestehen eines Völkerrechts leugnen, was angesichts der Tatsachen kaum möglich ist, so muß man es als ein Recht anerkennen, dessen Ursprung nicht der Staat ist^{35) 36)}.

³³⁾ Noch in das deutsche B.G.B. hat bekanntlich beinahe ein Verbot des Gewohnheitsrechts Aufnahme gefunden.

^{33a)} Vgl. u. a. Jellinek, Allgem. Staatslehre, S. 364 ff.

³⁴⁾ Vgl. Brierly, *Le fondement du caractère obligatoire du droit international*, S. 17 ff.; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of international Law*, S. 71 ff.

³⁵⁾ Das gleiche gilt vom katholischen Kirchenrecht, dessen Rechtscharakter auch nicht geleugnet werden kann.

³⁶⁾ Der Versuch, das internationale Recht auf eine Art Ueberstaat zurückzuführen (Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, passim, *Le fondement du droit international* (Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1927, S. 265 ff.) scheidet, von andern Schwierigkeiten abgesehen, schon daran, daß die internationale Gemeinschaft nicht staatlich organisiert ist (vgl. Brierly, loc. cit. S. 84 ff.; Baumgarten, *Völkerrecht und Landesrecht*. Zeitschr. für ausländ. öffentl. Recht und Völkerrecht II, 308 ff.)

Das innerstaatliche Recht seinerseits könnte jedenfalls den Staat nur soweit zur Quelle haben, als es auf Willenserklärungen von Personen zurückgeht, die zur Rechtssetzung befugt sind. Diese Befugnis vermag nur die Verfassung zu geben. Wo aber findet sich die Ermächtigung zur Aufstellung der Verfassung? Das Naturrecht bot auch hier einen Ausweg. Die Ermächtigung war durch das Naturrecht gegeben, sei es unmittelbar³⁷⁾, sei es mittelbar auf Grund eines Staats- oder Unterwerfungsvertrags. Gegenwärtig jedoch ist es für die staatliche Quellenlehre überaus schwierig, die Entstehung der Verfassung zu erklären. Die Berufung auf eine hinter dem Staate stehende *volonté nationale*, einen Volkswillen, der wir noch heute begegnen³⁸⁾, beseitigt die Schwierigkeit nicht. Denn nimmt man an, daß nur die Organe des Staates diesem Volkswillen Ausdruck zu geben vermögen, so stellt sich wiederum die Frage nach der Befugnis dieser Organe. Behauptet man dagegen, daß die *volonté nationale* sich auf andere Weise äußert, etwa im Abschluß eines Staatsvertrags, woran die französische Doktrin noch im 19. Jahrhundert gedacht hat, so gibt man damit zu, daß die Verfassung kein staatliches Recht ist.

Deshalb betonen heute einzelne Anhänger der staatlichen Quellenlehre³⁹⁾, ähnlich wie Gierke, nur den Zusammenhang von Staat und Verfassungsrecht und verzichten auf eine Erklärung des Verhältnisses beider und zugleich der Entstehung der Verfassung. Der gleiche Verzicht liegt auch in einer in Anlehnung an Hegel geäußerten Ansicht, die Zusammengehörigkeit von Staat und Recht sei denknotwendig.

³⁷⁾ Montesquieu, loc. cit. 1, 3: La loi, en général, est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine.

³⁸⁾ Der Sache nach noch bei Schmitt, Verfassungslehre, S. 44: Die Verfassung sei Entscheidung « der konkreten politischen Einheit durch den Träger der verfassungsgebenden Gewalt ».

³⁹⁾ Vgl. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 205 ff. L'Etat et le droit. Zeitschr. f. Schweiz. R., 50, S. 137a ff.

ihr Verhältnis « dialektisch »⁴⁰⁾. Eine Erklärung dieses Verhältnisses wäre allerdings dann überflüssig, wenn wirklich, wie Kelsen⁴¹⁾ annimmt, Staat und Rechtsordnung identisch wären. Daß sie es aber nicht sind, gesteht Kelsen eigentlich selbst ein, da er die Identität nur für die Rechtswissenschaft gelten läßt und die Aufgabe, dem Staat als gesellschaftlicher Tatsache gerecht zu werden, der Soziologie zuweist. Eine solche Trennung der Jurisprudenz als Normwissenschaft von der Soziologie hätte jedoch zur Folge, daß der Gegenstand der Rechtswissenschaft vollständig in der Luft stünde und es dieser verwehrt wäre, überhaupt zum Problem der Rechtsbildung Stellung zu nehmen.

Die Naturrechtslehre vermochte ferner dem Umstand einigermaßen Rechnung zu tragen, daß nicht jedes von den Staatslenkern gesetzte Recht wirklich gilt. Der Gesetzgeber war keineswegs vollständig frei, seiner Willkür waren bestimmte Schranken gesetzt. Schon Bodin hat dies ausdrücklich betont⁴²⁾. Wurde nun beobachtet, daß ein Gesetz nicht galt, so konnte diese Tatsache als Folge eines Gegensatzes zum Naturrecht gedeutet werden. Nach dessen Beseitigung schien dagegen die Freiheit des Gesetzgebers unbegrenzt zu sein. Man wurde sich aber jetzt des Problems der Geltung bewußt und erkannte auch, daß nur eine psychologische Tatsache die wirkliche Ursache der Geltung sein kann, sei es die Anerkennung durch die Rechtsgenossen⁴³⁾, sei es, nach Jellinek⁴⁴⁾

⁴⁰⁾ Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, passim, bes. 16 ff.; Zeitschr. f. Schweiz. R., 50, S. 119a ff.; vgl. Hegel, Rechtsphilosophie, § 269.

⁴¹⁾ Kelsen, Der juristische und der soziologische Staatsbegriff; Allgemeine Staatslehre, S. 6, 14 ff., 54, 96 ff.

⁴²⁾ Bodin, loc. cit.: Der König ist u. a. an das Naturrecht gebunden, an das Eigentumsrecht, an die Gesetze « qui concernent l'establissement du royaume », an die Verträge, « par lui faits soit avecques son subject soit avecques l'estranger ».

⁴³⁾ Unter andern schon Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I, 40 ff., V, 190 ff.; Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, S. 60 ff., vgl. Del Vecchio, Lezioni di Filosofia del Diritto, 205 ff.

⁴⁴⁾ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 324 ff.; vgl. Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, Arch. f. ziv. Praxis, 66, S. 402 ff.

z. B., die Pflichtüberzeugung derselben, was etwas unbestimmter, m. E. aber richtiger war. Damit hatte man aber die staatliche Quellenlehre eigentlich schon aufgegeben. Denn wenn die Geltung eine andere Ursache hat als die Tätigkeit der staatlichen Organe, kann der Staat nicht als Quelle des Rechts betrachtet werden. Doch hat selbst noch Jellinek gänzlich übersehen, daß diese Schlußfolgerung notwendig ist⁴⁵⁾.

Seit Beginn des Jahrhunderts ist nun endlich eine empirische Quellenlehre in der Entstehung begriffen. Die erste Anregung dazu gab jedoch, wie ich glaube, das Privatrecht. Hier führte tieferes Eindringen in das Problem der Auslegung zur Einsicht, daß ein Gesetz keineswegs immer so gilt, wie es aus den Händen des Gesetzgebers gekommen ist, sondern meistens so, wie es, oft unter dem Einfluß der Wissenschaft, die Gerichte auslegen. Dabei trat die Bedeutung des Gerichtsgebrauchs sowie auch des volksmäßigen Gewohnheitsrechts von neuem hervor. Fälle nicht nur der Ergänzung, sondern auch der Beseitigung des Gesetzes durch Gewohnheitsrecht wurden beobachtet. Dies alles ließ sich mit der staatlichen Quellenlehre nicht mehr in Einklang bringen.

Die Verbreitung der in dieser Weise gewonnenen Kenntnisse ist vor allem einem im Jahre 1899 erschienenen Werke von François Géný zu danken⁴⁶⁾. In dem bekannten Artikel 1 des Z.G.B. z. B. zeigt sich die Wirkung^{46a)}.

Weitere Anregungen kamen dann von der Geschichte, der vergleichenden Rechtswissenschaft und der Soziologie her. Diese hatte von neuem entdeckt, daß es einen vereinzelt Menschen nicht gibt, daß also auch die Gesellschaft natürlich

⁴⁵⁾ Jellinek, loc. cit. S. 354 f.: Schöpfung des Rechts kann für ihn immer noch «ausschließlich Sache des Staates» sein.

⁴⁶⁾ F. Géný: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

^{46a)} Vgl. u. a. Egger, *Kommentar zum Z.G.B. Art. 1*; Reichel, *Gesetz und Richterspruch*; *Zu den Einleitungsartikeln des schweiz. Z.G.B.*, Festgabe für Stammli 1926, S. 284 ff.; Gmür, *Z.G.B. und Gewohnheitsrecht*, Berner Festgabe für Huber, 1919; Fehr, *Recht und Wirklichkeit*.

ist. So betrachtet die neue Quellenlehre die Zwangsordnung und damit auch das Recht als eine Erscheinung, die sich überall findet, wo Menschen miteinander in Beziehung treten. Internationales Recht ist jetzt ebenso verständlich wie nationales⁴⁷⁾. « Ubi societas ibi ius » (Cicero) gilt wieder als selbstverständlich. Auch das Verhältnis des Rechts zum Staate kann endlich klargestellt werden. Namentlich bereitet jetzt die Unterstellung des Staates, als einer in bestimmter Weise organisierten Menschengruppe, unter das Recht keine allzu großen Schwierigkeiten, da man den Staat nicht mehr zugleich auch als die Quelle des Rechts ansieht⁴⁸⁾. Trotzdem bleibt man sich darüber klar, daß die staatliche Organisation, ist sie auch für das Recht nicht unentbehrlich, doch da, wo sie besteht, für die Durchführung desselben äußerst wichtig ist⁴⁹⁾.

Diese empirische Quellenlehre hat namentlich im englisch-amerikanischen Rechtskreise Anklang gefunden⁵⁰⁾. Auch in Frankreich dürfte sie allmählich zur Herrschaft gelangen⁵¹⁾. Doch muß man zugeben, daß sie bis jetzt keineswegs alle Probleme gelöst hat; im Gegenteil, sie steht erst am Anfang; man kann vielleicht sagen, daß je weiter die Beobachtung der Rechtserzeugung dringt, vor desto mehr Rätsel sie sich gestellt sieht.

Für die Vertreter der empirischen Quellenlehre besteht gegenwärtig die Gefahr, daß sie allzu schnell den Vorgang der Rechtsbildung auf eine einfache, umfassende Formel bringen wollen und deshalb ihre Untersuchung vorzeitig abschließen. Es hat beinahe den Anschein, als dürfe die

⁴⁷⁾ Vgl. u. a. Scelle, *Précis de droit des gens*, S. 1 ff.; Brierly, *The Law of nations*, passim.

⁴⁸⁾ Vgl. MacIver, *The modern State*. Krabbe, *Die moderne Staatsidee*.

⁴⁹⁾ MacIver, *loc. cit.* S. 272 ff.

⁵⁰⁾ Vgl. Allen, *Law in the Making*, Cardozo (Am.), *The growth of the Law*; *The Nature of the judicial process*.

⁵¹⁾ Duguit, *Traité de droit constitutionnel* I, S. 2 ff.; Réglade, *La coutume en droit public interne*; Le Fur, *Le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit*, *Archives de phil. du droit*, 1932, S. 177 ff.; *Droit individuel et droit social*, *Arch. de phil. du droit*, 1931, S. 279 ff.; Gurvitch, *L'idée du droit social*, S. 136 ff.

neue Theorie der staatlichen Quellenlehre in der Einfachheit nicht nachstehen. Auch das unglückliche Bild der Quelle übt bisweilen noch eine Wirkung aus. Dieser Gefahr dürfte z. B. Duguit⁵²⁾ erlegen sein: Er sieht die wahre Rechtsquelle (*La véritable source du droit*) in der « *masse des consciences individuelles* ». Diese « *masse* » soll zunächst, durch « *sentiments de justice et de solidarité* » geleitet, Regeln der Sitte hervorbringen; diese werden dann zu eigentlichen Rechtssätzen (*règles de droit normatives*), sobald dafür staatliche Sanktion allgemein gefordert wird. Die Sanktionsnorm (*règle de droit constructive*) aufzustellen, angeblich eine Aufgabe rein technischer Art, ist ausschließlich Sache der Gesetzgebung oder der Gewohnheit (*coutume*).

Da nun aber schon vorher der eigentliche Rechtssatz soll vorhanden sein, hat man mit Recht darauf hinweisen können, daß Duguits Auffassung naturrechtlichen Anschauungen sehr nahe steht⁵³⁾ und daß auch für ihn eine klare Unterscheidung rechtspolitischer Forderungen und geltender Rechtssätze unmöglich ist⁵⁴⁾. Wir fügen hinzu, daß die gedachte Rollenverteilung⁵⁵⁾ zwischen der « *masse des consciences individuelles* » einerseits und der Gesetzgebung oder Gewohnheit andererseits mit der Erfahrung nicht übereinstimmt. Nicht jede rechtspolitische Forderung wird zunächst in einer Sittenregel verwirklicht. Der Gesetzgeber erläßt zuweilen auch Gesetze nach seinem Belieben; er beschränkt sich nicht immer darauf, allgemeine rechtspolitische Forderungen mit Sanktionsnormen zu versehen. Auch ein Recht, welches diesen Forderungen nicht entspricht, vermag zu gelten, was von Duguit allerdings bestritten wird. Hinwiederum erstreckt sich nicht selten das allgemeine Verlangen gerade auch auf den Inhalt

⁵²⁾ Duguit z. B. *loc. cit.* I, 110 ff.; II, S. 20 ff.

⁵³⁾ Vgl. Le Fur, *Le fondement*, etc. (Anm. 51) S. 196 ff.

⁵⁴⁾ Réglade, *La Théorie générale du droit dans l'œuvre de L. Duguit*, *Arch. d. Phil. du droit*, 1932, S. 21 ff.

⁵⁵⁾ Sie geht schließlich auf die Unterscheidung von *donné et construit* bei Gény zurück; vgl. darüber Simonius, *Zeitschr. f. schweiz. R.*, 49, 20 ff.

der Sanktionsnorm. Daß ferner jede Übung, welche zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes führt, eine rechtspolitische Absicht verwirklicht, dürfte kaum zu beweisen sein. Duguit wollte eben in viel zu einfacher Form zum Ausdruck bringen, daß rechtspolitische Forderungen, wenn nicht immer, so doch häufig bei der Rechtsbildung von Bedeutung sind und zugleich, daß die Geltung eines Rechtssatzes, nun allerdings stets, eine bestimmte psychologische Einstellung der Rechtsgenossen voraussetzt.

Aehnliche Bedenken lassen sich gegen Krabbe geltend machen ⁵⁶⁾, der das Recht auf das Rechtsgefühl, eine Art Wertgefühl, gründet und behauptet, von diesem Gefühl nicht getragenes Recht sei kein wahres Recht ⁵⁷⁾.

Will darum die neue Quellenlehre nicht das Schicksal der Theorie der historischen Rechtsschule teilen, so muß sie zunächst wirklich empirisch vorgehen und einmal festzustellen versuchen, was heute die Beobachtung der Tatsachen vom Vorgang der Rechtserzeugung zu erkennen erlaubt.

Dazu soll im folgenden ein Beitrag geleistet werden. Erneute Prüfung der Theorie der Rechtsquellen dürfte gerade in der Schweiz nicht überflüssig sein. Noch im Jahre 1931 ist die staatliche Quellenlehre vor dem schweizerischen Juristenverein, welcher das Verhältnis von Recht und Staat zur Diskussion gestellt hatte, durch W. Burckhardt mit Nachdruck verfochten worden, ohne daß sich in der Versammlung ein Widerspruch dagegen erhoben hätte ⁵⁸⁾.

Die logisch geschlossene, streng objektive Beweisführung Burckhardts legt uns im besondern die Frage nahe, ob nicht doch wissenschaftliche Gründe die staatliche Quellenlehre rechtfertigen können.

⁵⁶⁾ Vgl. Brierly, *Le caractère obligatoire du droit international*, S. 80 ff.

⁵⁷⁾ Krabbe, *Die moderne Staatsidee*, S. 198 ff.

⁵⁸⁾ Burckhardt, *L'Etat et le droit* (siehe oben Anm. 39); das Korreferat von Schindler (siehe oben Anm. 40) geht auf die eigentliche Quellenlehre nicht ein. Wir sahen aber, daß seine Auffassung des Verhältnisses von Recht und Staat der staatlichen Quellenlehre entspricht.

Nun ist aber Burekhardts Auffassung mit der Stellung des Z.G.B. zu den Rechtsquellen, die von der Doktrin des Privatrechts gebilligt wird, nicht vereinbar⁵⁹⁾. Eine Quellenlehre jedoch, welche sich für das öffentliche Recht als falsch erweist, kann nicht für das Privatrecht richtig sein. Es ist also eine Entscheidung nicht zu umgehen. Vielleicht werden die hier mitgeteilten Beobachtungen diese Entscheidung erleichtern können.

I.

Um Einblick in den Vorgang der Rechtserzeugung zu bekommen, dürfte es von Vorteil sein, mit einer Untersuchung des *Gewohnheitsrechts* zu beginnen.

Es ist die älteste und zugleich einfachste Erscheinungsform des Rechts und setzt nur ein Minimum an gesellschaftlichen Einrichtungen voraus. Man darf deshalb erwarten, hier schneller als bei der Betrachtung anderer, mehr künstlicher Rechtsquellen in unmittelbare Berührung mit den Tatsachen des Lebens zu kommen. Hätte schon im späteren Altertum die Theorie weniger auf das Gesetz und mehr auf die Gewohnheit abgestellt, so wäre vielleicht die Geschichte der Quellenlehre eine andere gewesen.

Doch hat auch die Untersuchung des Gewohnheitsrechts ihre besondern Schwierigkeiten: Ganz abgesehen davon, daß die Beobachtung gesellschaftlicher Tatsachen an sich nicht leicht ist, wirkt erschwerend, daß Gewohnheitsrecht bei den Völkern europäischer Gesittung nur noch verhältnismäßig selten vorkommt. Nur das Völkerrecht bildet wohl eine Ausnahme⁶⁰⁾, was allerdings heute immer noch bestritten ist⁶¹⁾. Um Beispiele aus der Rechtsgeschichte und aus Rechtsord-

⁵⁹⁾ Vgl. Egger, Kommentar zu Art. 1 Z.G.B., Bem. 22.

⁶⁰⁾ Brierly, Law of Nations, S. 51, nennt es: « a system of customary Law. »

⁶¹⁾ Vgl. u. a. Burekhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft S. 377.

nungen anderer Kulturkreise ist man zwar nicht verlegen. Doch liegt bei diesen meistens gerade die Entstehung in einem Dunkel, das aufzuhellen oft sehr schwer, wenn nicht geradezu unmöglich ist.

Ferner haben sich vielleicht nirgends so oft wie hier, nach schlechter juristischer Gewohnheit, in die Tatsachenforschung Erwägungen über das, was sein sollte, eingeschlichen. Es gilt die Frage, wie Gewohnheitsrecht entstehe, von der Frage durchaus zu trennen, welche Stellung dem Gewohnheitsrechte gegenüber einzunehmen sei.

Für eine Auseinandersetzung mit der staatlichen Quellenlehre insbesondere ist die Beobachtung des Gewohnheitsrechts sehr wichtig; denn wenn dabei auch nur das Bestätigung finden sollte, was in unserer Privatrechtswissenschaft gegenwärtig *communis opinio* oder wenigstens herrschende Meinung ist, so wäre der Nachweis beinahe vollständig erbracht, daß die staatliche Quellenlehre nicht nur unvollständig, sondern gänzlich unhaltbar ist.

Die Doktrin anerkennt drei Funktionen des Gewohnheitsrechts gegenüber einem bisher geltenden Gesetze: eine erläuternde, eine ergänzende und eine abändernde⁹²⁾. Die dritte Funktion wurde zwar lange Zeit bestritten. Doch muß sie schon deshalb angenommen werden, weil sich die drei Funktionen in vielen Fällen gar nicht genau unterscheiden lassen: ist z. B. die Anerkennung bestimmter Persönlichkeitsrechte auf Grund des Artikels 28 Z.G.B. erläuterndes oder ergänzendes Gewohnheitsrecht? Hat vor der Revision des O.R. die Anerkennung einer Beschränkung der Vertragsfreiheit für die Aufnahme eines Konkurrenzverbotes in einen Dienstvertrag das Gesetz ergänzt oder abgeändert? Die Antwort hängt von der schwierigen Entscheidung darüber ab, ob der Gesetzgeber an die besondere Interessenlage nicht dachte oder ob er auch in diesem Falle den Grundsatz der Vertragsfreiheit gelten lassen wollte.

⁹²⁾ Vgl. Egger Kommentar zu Art. 1 Z.G.B., Bem. 29 ff.

Wenn nun aber ein Gesetz nur solange gilt, als es nicht durch abänderndes Gewohnheitsrecht beseitigt ist, so muß eben die Geltung des Gesetzes noch eine vom Willen der staatlichen Organe unabhängige Ursache haben. Dann ist aber auch der staatliche Ursprung des Gesetzes in Frage gestellt.

Auf verschiedene Weise wurde der Versuch unternommen, mit dem sehr unbequemen Gewohnheitsrechte fertig zu werden.

Die alte Gestattungstheorie, die Annahme, der Gesetzgeber erlaube stillschweigend das Gewohnheitsrecht, hat gegenwärtig nur noch wenig Anhänger⁶³⁾. Ist doch diese Erlaubnis schließlich nur eine Fiktion⁶⁴⁾. Burekhardt betont, daß wenn die Verfassung eine Gesetzgebungsgewalt verleihen und zugleich die Abänderung der Gesetze durch Gewohnheit gestatten wollte, sie sich in Widerspruch mit sich selbst setzen würde⁶⁵⁾. Jedenfalls läßt sich die Gestattungstheorie nicht in den Art. 1 Z.G.B. hineindeuten; hier wird nur der Richter angewiesen, bevor er zur eigenen Rechtsschöpfung schreitet, etwa vorhandenes Gewohnheitsrecht anzuwenden.

Eine weitere Möglichkeit, das Gewohnheitsrecht mit dem Staate in Beziehung zu setzen, scheint die verbreitete Ansicht zu bieten, daß es zu seiner Vollendung einer gerichtlichen Entscheidung oder eines Aktes einer Verwaltungsbehörde bedarf⁶⁶⁾. Ob dies richtig ist, muß die Beobachtung der Tatsachen entscheiden. Wäre dem aber so, könnte deswegen doch noch nicht der Staat als Quelle des Gewohnheitsrechts angesehen werden; denn weder Gerichte noch Verwaltungsbehörden sind für eine allgemeine Rechtssetzung zuständig.

Sodann bemüht sich die staatliche Quellenlehre nachzuweisen, daß das Gewohnheitsrecht, wenn überhaupt, jedenfalls nur sehr selten vorkommt. So wird z. B., wie mir scheint, gegen

⁶³⁾ Z. B. Gmür, loc. cit. S. 17.

⁶⁴⁾ Gény, Méthode, I, 2^{me} éd. S. 346 ff.

⁶⁵⁾ Burekhardt, Organisation, S. 223 ff.

⁶⁶⁾ Burekhardt, loc. cit. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode I, 278 ff.; heute hat B. diese Ansicht aufgegeben: Der Weg des Menschen, S. 452 ff.

offenkundige Tatsachen, die Möglichkeit einer Entstehung von Völkerrecht durch Gewohnheit geleugnet⁶⁷⁾, desgleichen die einer Entwicklung der sog. Verkehrssitte, welche zunächst nur der Ergänzung eines unvollständigen Parteiwillens dient, zum eigentlichen Gewohnheitsrecht⁶⁸⁾.

Die letzte Zuflucht bildet die rechtspolitische Forderung, daß das Gewohnheitsrecht als « Inventarstück » längst vergangener Zeiten möglichst bald zu verschwinden habe⁶⁹⁾. Das ist aber eine unzulässige Metabasis eis allo genos. Wir werden uns mit dieser Forderung später zu beschäftigen haben.

Der staatlichen Quellenlehre kommt aber immer noch zugute, daß über die Bildung des Gewohnheitsrechts, wie wir sehen werden, einzelne Streitfragen bestehen.

Alter Ueberlieferung gemäß werden zunächst zwei Erfordernisse des Gewohnheitsrechts aufgestellt: ein materielles und ein psychologisches, die Uebung (*consuetudo*) und die Rechtsüberzeugung (*opinio necessitatis*)⁷⁰⁾.

Die Uebung ist entweder Uebung der Beteiligten oder Uebung der Gerichte. Im ersten Fall wird sie beschrieben als ein gleichmäßiges Verhalten der Angehörigen eines örtlich oder anders bestimmten Personenkreises, im zweiten als beständige Gerichtspraxis, d. h. als Wiederholung gleichartiger Entscheidungen durch die Gerichte. Daß der Gerichtsgebrauch nichts anderes ist als eine Sonderart des Gewohnheitsrechtes, dürfte heute feststehen.

Unter *opinio necessitatis* versteht man die Ueberzeugung der Beteiligten, mit der Uebung eine Rechtsregel zu befolgen, oder, etwas genauer, zur Einhaltung der Uebung rechtlich

⁶⁷⁾ Von der Schule, die das Völkerrecht ausschließlich auf den Willen der Staaten gründet; vgl. z. B. Lauterpacht, loc. cit. S. 70 ff.

⁶⁸⁾ Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte.

⁶⁹⁾ Burckhardt, Organisation, S. 225 ff.

⁷⁰⁾ Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, S. 16, Gény loc. cit. I, 355 ff.; Del Vecchio, loc. cit.; a. A. Lambert, La fonction du droit civil comparé, S. 132 ff., 160 ff., 814 ff. (S. u. S. 38); über die deutsche Doktrin: Mokre, Theorie des Gewohnheitsrechts, 1932.

verpflichtet zu sein. Ist nun aber jedes gleichmäßige Verhalten eine für die Bildung eines Gewohnheitsrechts taugliche Uebung und jede Pflichtüberzeugung die dafür geforderte opinio necessitatis? In der Ungewißheit darüber scheint mir der Hauptgrund für eine Reihe ungelöster Streitfragen zu liegen.

Sehen wir uns zunächst das Erfordernis der Uebung etwas näher an:

Fleiner ⁷¹⁾ hat dargetan, daß nach unseren Anschauungen ein Gewohnheitsrecht nicht entsteht, wenn auch während vieler Jahre eine bestimmte Verteilung der Aufgaben zwischen Verwaltungsbehörden üblich gewesen ist, ebenso wenig, wenn eine Verwaltungsbehörde, der das Gesetz gestattet, innerhalb eines bestimmten Rahmens oder zur Erreichung eines bestimmten Zweckes nach freiem Ermessen Anforderungen an die Bürger zu stellen, sich während längerer Zeit in ihren Forderungen an ein niedrigeres Maß hält; die Bürger können dadurch kein Recht auf zukünftige Innehaltung dieses Maßes erwerben.

Dagegen nimmt man an, daß durch eine der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 873 O.R. widersprechende Uebung ein Recht der Aktiengesellschaften und Genossenschaften auf Führung des Namens einer lebenden Person entstanden sei.

In Frankreich gilt auf Grund einer nach dem code civil aufgekommenen Uebung die Ehefrau als befugt, den Namen des Mannes zu tragen.

Wie schon erwähnt, erhielt vor der Revision des O.R. der Dienstpflichtige mit der Zeit ein Recht auf Einhaltung gewisser Schranken bei der Verabredung eines Konkurrenzverbotes.

Wenn, gleichfalls vor der Revision des O.R., ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen wurde, so fand auf Grund einer Uebung ein dem Gesetz sonst unbekannter Uebergang der Schulden ohne Mitwirkung des Gläubigers statt.

Zwei weitere Beispiele seien der Rechtsgeschichte entnommen: Wenn die Ansicht zahlreicher Historiker richtig

⁷¹⁾ Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechts, 4. Aufl. S. 83 ff. Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 41.

ist ⁷²⁾), hat in Rom eine Verantwortlichkeit der Reeder für das Gepäck der Fahrgäste (*receptum nautarum*) ohne vorangehende vertragliche Bindung in der spätclassischen Praxis allmählich Anerkennung gefunden.

Im Mittelalter sind u. a. durch Uebung die meisten nachbarrechtlichen Verpflichtungen und Belastungen entstanden.

Woran liegt es nun, daß in diesen Fällen ein gleichmäßiges Verhalten zu einem Gewohnheitsrechte führt, in jenen nicht? Jedenfalls nicht daran, daß wir uns hier auf dem Boden des Privatrechts, dort des öffentlichen Rechts befinden. Wie Gierke ⁷³⁾ schon vor Jahren nachgewiesen hat, ist der Unterschied zwischen beiden Rechten, der übrigens nur auf dem Kontinente ganz durchgeführt wird, ausschließlich positiv, d. h. er beruht allein auf einer Rechtssetzung, welche bestimmten Bedürfnissen der Gesetzgebung und der Rechtssprechung dienen soll, dagegen nicht auf der Beschaffenheit der Rechtsätze oder der Interessen, welche die Rechtssätze zu wahren haben. Der Unterschied ist deshalb auch für die Art der Rechtsbildung an sich bedeutungslos.

Im öffentlichen Rechte kann übrigens gleichfalls eine Uebung Grundlage eines Gewohnheitsrechtes sein: Man denke z. B. an den Satz, daß die Schweizerin, welche einen Ausländer heiratet, ihr Bürgerrecht verliert ⁷⁴⁾).

Dagegen ist allen Beispielen geltenden Gewohnheitsrechtes gemeinsam, daß die Uebung tatsächliche Anerkennung eines zunächst nicht bestehenden Rechtsverhältnisses ist. Die Beteiligten verhalten sich so, *als ob* der durch die Uebung Begünstigte berechtigt, der durch die Uebung Belastete verpflichtet sei.

⁷²⁾ Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen S. 451 ff.

⁷³⁾ Gierke, Deutsches Privatrecht, I, S. 23 ff. Die bekannte Digestenstelle, D. 1, 1, 1, 2 sagt weniger, als man gewöhnlich annimmt; sie bezieht sich m. E. auf den Unterricht und die wissenschaftliche Darstellung: «*Huius studii sunt duo positiones etc.*»

⁷⁴⁾ Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 41.

Die Befugnis des Grundeigentümers z. B., die auf seinen Boden fallenden Früchte des Nachbarn ganz oder zu einem Bruchteil sich anzueignen (der sog. Anries), ist dadurch entstanden, daß sich der Grundeigentümer die von den Nachbarbäumen gefallenen Früchte ganz oder zum Teil aneignete, wie wenn er dazu berechtigt, und der Nachbar diese Aneignung duldete, wie wenn er dazu verpflichtet gewesen wäre.

Die Aktiengesellschaften führten zunächst den Namen von lebenden Personen, wie wenn ein Recht darauf bestanden hätte, und die andern, Private und Behörden, duldeten dies, wie wenn sie dazu verpflichtet gewesen wären.

Eine Untersuchung aller genannten Fälle von Gewohnheitsrecht führt zum gleichen Ergebnis. Damit wird eine Bemerkung Génys bestätigt, welche dieser allerdings nur nebenbei macht⁷⁵⁾, daß die Uebung sein müsse: «*de nature à constituer un rapport bien défini de la vie sociale*», «*un rapport ayant le caractère de droit subjectif, qui constitue l'expression d'une règle de droit objectif*».

Von außen gesehen, stellt sich auch nur eine Uebung, in der Pflichten und Rechte anerkannt werden, als Befolgung eines Rechtssatzes dar.

Jetzt verstehen wir, warum sich aus einer tatsächlichen Kompetenzausscheidung zwischen Verwaltungsbehörden kein Gewohnheitsrecht bilden kann. Die Mitglieder dieser Behörden sind verpflichtet, die ihnen vom Gesetz oder von höheren Behörden zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen; dagegen haben sie keine eigenen subjektiven Rechte auf ihre Funktionen, welche von anderen Behörden zu achten wären. Die Uebung bedeutet deswegen niemals Anerkennung eines Rechtsverhältnisses.

Nicht anders verhält es sich, wenn eine Verwaltungsbehörde geringere Anforderungen an die Bürger stellt, als das Gesetz ihr gestattet: in diesem Verhalten liegt in der Regel, nach unseren Gewohnheiten wenigstens, keine Anerkennung eines Rechtes der Bürger und einer entsprechenden Pflicht der

⁷⁵⁾ Génys, *Méthode*, S. 357.

Verwaltung; es läßt sich damit etwa die Ueberlassung eines Gegenstandes zum Gebrauch vergleichen in der erkennbaren Absicht, eine Liberalität zu erweisen; diese kann nicht zu einer Ersitzung führen ⁷⁶⁾).

Es ist immerhin auch möglich, daß in der Uebung einer Verwaltungsbehörde die tatsächliche Anerkennung von Rechten der Bürger liegt und dadurch z. B. über Verfassung oder Gesetz hinausgehende Freiheitsrechte entstehen.

Ebenso kann die tatsächliche Anerkennung eines Rechtsverhältnisses dann vorhanden sein, wenn eine Behörde dauernd von den Bürgern Leistungen verlangt, zu denen diese nach der Verfassung nicht verpflichtet sind. Darum läßt sich nicht von vorneherein sagen, daß die Bildung eines verfassungswidrigen Gewohnheitsrechts schlechthin unmöglich sei ⁷⁷⁾. Eine andere Frage ist es natürlich, ob in concreto die Behörden den Willen und die Macht haben, eine verfassungswidrige Uebung durchzusetzen.

Was ist nun aber das zweite Erfordernis, die *opinio necessitatis*?

Eine Uebung liegt, wie wir soeben sahen, dann vor, wenn der durch sie Belastete so handelt, als ob er zur Einhaltung

⁷⁶⁾ Wir können jetzt auch einsehen, wie es sich mit dem früher oft, namentlich in der kanonistischen Doktrin behaupteten Zusammenhang der Entstehung des Gewohnheitsrechts mit der Verjährung und der Ersitzung verhält; auch bei der Ersitzung, ähnlich ist es bei der Verjährung, liegt zunächst äußerliche Anerkennung eines nicht bestehenden Rechtes vor; diese Anerkennung fehlt, solange dem Besizenden ein anderer Grund des Besizes bekannt ist. Da aber der Rechtserwerb vom objektiven Recht der Klarheit über die dinglichen Rechte willen, also auch im Interesse dritter Personen vorgesehen ist, wird dafür nicht auch ein *opinio necessitatis* beim Belasteten gefordert. Auf den Zusammenhang wurde namentlich deshalb Gewicht gelegt, um die Entstehung von Gewohnheitsrecht zu erschweren; vgl. Gmür, loc. cit.

⁷⁷⁾ Wenn Fleiner (Bundesstaatsrecht, 41) diese Möglichkeit leugnet, so geht er dabei von rechtspolitischen Ueberlegungen aus, die als solche durchaus gerechtfertigt sind, von der Frage nach den tatsächlichen Entstehungsbedingungen aber getrennt werden müssen.

der Uebung verpflichtet sei. Der Belastete ist also äußerlich in der Lage desjenigen, dem ein Rechtssatz ein bestimmtes Verhalten vorschreibt. Die soziale Situation, die ein geltender Rechtssatz hervorbringt, ist aber erst dann vollständig hergestellt, wenn der Belastete sich auch innerlich in der Lage eines durch Rechtssatz Verpflichteten befindet. Erst dann wird man annehmen können, der in der Uebung zum Ausdruck kommende Rechtssatz sei in Geltung. Einen anderen Sinn, als auf die Notwendigkeit der Herstellung dieser inneren Lage hinzuweisen, kann man dem Erfordernis der *opinio necessitatis* nicht geben.

Wie ist nun aber diese innere Lage des durch Rechtssatz Verpflichteten beschaffen? Darüber scheinen noch Zweifel zu bestehen. Es sind eben verschiedene Motive für die Befolgung einer Regel zu beobachten. Von der Furcht vor Zwang bis zur sittlichen Ueberzeugung kann man eine ganze Stufenfolge feststellen. Es fragt sich, ob es ein Motiv gibt, welches bei jedem Rechtssatz wirksam ist.

Nun rechnet jeder Rechtssatz, den wir kennen, mit einem Zwang für den Fall des Ungehorsams. Er stellt den Normadressaten vor die Wahl, dem Gebote Folge zu leisten oder Zwang zu erdulden⁷⁸⁾. Das Bewußtsein, vor dieser Wahl zu stehen, ist darum schon eine Pflichtüberzeugung. Diese besteht demnach einem jeden Rechtssatz gegenüber. Es kann allerdings noch anderes hinzukommen: das Bewußtsein, durch Ungehorsam die rechtliche Ordnung überhaupt zu gefährden oder allgemein gültigen Maximen, mit anderen Worten der Bestimmung des Menschen entgegenzuhandeln. Man wird hier vom Bewußtsein einer sittlichen Pflicht sprechen. Die Erfahrung lehrt aber, daß dieses Pflichtbewußtsein keineswegs immer vorhanden ist. Deshalb kann es auch nicht Voraussetzung des Gewohnheitsrechts sein. Mehr als was bei jedem Rechtssatz möglich ist, darf auch für die Entstehung des Gewohnheits-

⁷⁸⁾ Man hat deshalb auch schon das Recht als hypothetischen Imperativ bezeichnet. Im Grunde ist aber jedes Gebot, das mit einem Zwang für den Fall der Nichtbefolgung rechnet, « hypothetisch ».

rechts nicht verlangt werden ^{78a)}. Die *opinio necessitatis* ist also das Bewußtsein, daß ein Abgehen von der Uebung das Erleiden eines Zwanges zur Folge haben werde. Gény hat sie beschrieben als « la pensée d'une sanction sociale effective ».

Die Erwartung des Zwanges ist zwar nicht immer bewußt; sie drückt sich zuweilen nur in einem Gefühl aus, und auch wenn sie bewußt ist, wird sie in der Regel von Gefühlen begleitet. Man hat deshalb auch schon die *opinio necessitatis* als Pflichtgefühl kennzeichnen ⁷⁹⁾ und die Abgrenzung der Rechtspflicht von anderen Pflichten auf die Eigenschaften der Gefühle gründen wollen. Bei der Unbestimmtheit des Gefühls jedoch verliert man dabei leicht den festen Boden. Nur bewußte Erwägungen, auf die schließlich die Gefühle zurückgehen, vermögen deutlich unterschieden zu werden.

Wie kann nun aber eine zunächst freiwillige Uebung die *opinio necessitatis* hervorbringen?

Das berühmte Schlagwort Jellineks, die Faktizität besitze normative Kraft, gibt noch keine Erklärung ⁸⁰⁾. Zwar ist die Beobachtung richtig, daß jede menschliche Gewohnheit das Bewußtsein einer Verpflichtung hervorzurufen vermag. Der Grund dafür kann aber nicht allein in der Beschaffenheit der individuellen Psyche liegen. Das Bewußtsein einer gesellschaftlichen Pflicht ist so sehr durch die soziale Lage des Verpflichteten bedingt, daß man Erfahrungen im gesellschaftlichen Leben als dessen nächste Ursache ansehen muß. Ich halte es sogar für wahrscheinlich, daß auch das Pflichtgefühl, welches sich mit persönlichen, für andere gleichgültigen Gewohnheiten verbindet, vom Bewußtsein sozialer Pflichten abgeleitet ist, also schließlich auch wieder auf gesellschaftliche Erfahrungen zurückgeht.

Das erste, was der Mensch von der Gesellschaft kennen-

^{78a)} Es ist deshalb nicht richtig, wenn z. B. Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, S. 102, die *opinio necessitatis* bezeichnet als « das allgemeine Bewußtsein von der Gerechtigkeit der Norm ».

⁷⁹⁾ Vgl. z. B. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 43.

⁸⁰⁾ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 335 ff.

lernt, ist eine Ordnung, deren Uebertretung das Erleiden eines Zwanges zur Folge hat. Soweit wir die Bildung eines Gewohnheitsrechts beobachten können, geht ihr diese Erfahrung voraus. Stets galten auch schon andere Regeln. Dagegen liegen die Anfänge der gesellschaftlichen Ordnung ebenso sehr im Dunkel wie die Entstehung des Menschen selbst.

Wird bei fortschreitender Organisation der Gesellschaft das Recht von anderen Normen unterschieden und ist die Wahrung des Rechts Aufgabe bestimmter Personen geworden, so weiß dann der Verpflichtete, daß er nach einer Rechtsverletzung einen Zwang von seiten dieser Personen zu erwarten hat.

Ferner macht jedermann die Erfahrung, daß wenn etwas allgemein und regelmäßig geübt wird, dies meistens durch eine Norm gefordert wird ^{80a)}. Gerade deshalb erscheint dem unbefangenen Menschen die gesellschaftliche Ordnung so natürlich.

Daß eine Uebung, welche auf kein bekanntes Gebot zurückgeht, sich mit einer *opinio necessitatis* verbinden kann, läßt sich schon auf Grund dieser beiden Erfahrungen erklären. Zugleich ist verständlich, warum eine gewisse Verbreitung der Uebung innerhalb einer Gegend oder eines Kreises von Personen ein notwendiges Erfordernis des Gewohnheitsrechts ist. Eine vereinzelt Uebung bringt gewöhnlich keine *opinio necessitatis* hervor; denn was nur einzelne tun, sieht man nicht leicht als geboten an. Die Pflichtüberzeugung setzt in der Regel gegenseitige Beobachtung oder sogar Verständigung voraus. Darum wird die *opinio necessitatis* sehr oft ungefähr dieselbe Verbreitung haben wie die Uebung. Bildet sie sich dagegen nur bei einzelnen, was immerhin ausnahmsweise möglich ist, so ist dies für die Annahme einer gesellschaftlichen Regel nicht genügend ^{80b)}.

In welchem zeitlichen Verhältnis die *opinio necessitatis* zur Uebung steht, läßt sich bei einem fertigen Gewohnheitsrecht meistens nicht mehr feststellen. Doch darf man nach dem

^{80a)} Vgl. Zitelmann, loc. cit..

^{80b)} Darüber vgl. Gmür loc. cit.

Gesagten annehmen, daß der Glaube an das Gebotensein, von Ausnahmefällen abgesehen, erst nach einer gewissen Dauer der Uebung entsteht. Die Dauer kann aber eine sehr verschiedene sein; mit Recht verwirft man heute die in früheren Zeiten aufgestellte Forderung eines bestimmten Zeitmaßes. Es ist auch möglich, daß die in Bildung begriffene *opinio necessitatis* ihrerseits wieder auf die Ausgestaltung der Uebung Einfluß hat. Man hält sich eben an das, was der Richter vermutlich gelten läßt. Eine derartige Wechselwirkung zwischen tatsächlichem Verhalten und Berechnung der gesellschaftlichen Reaktion kann vielleicht am besten bei der Entstehung von Regeln der Sitte beobachtet werden. Auf die Bildung einer Mode z. B. wirken beständig die Wünsche und Neigungen derjenigen Personen ein, für die sie in Betracht kommt. Warum sollte es auf dem Gebiete des Rechts anders sein? Dieses ist um so weniger wahrscheinlich, als sehr oft einem Satze des Gewohnheitsrechts eine Norm der Sitte vorausgeht.

Auf höherer Kulturstufe wird eine Uebung nicht selten von vornherein einem Rechte angepaßt, welches anderswo gilt oder früher gegolten hat. Auf diese Weise ist vielerorts römisches Recht allmählich in das Leben eingedrungen. Einen ähnlichen Vorgang beobachten wir im Völkerrecht, wo die sog. Staatenpraxis auf zahlreichen Gebieten die Neigung hat, sich gleichfalls an das römische Recht anzulehnen⁸¹⁾. Auch sonst ist die Aufnahme eines fremden Rechts durch Gewohnheit eine bekannte Erscheinung. Die Entstehung der *opinio necessitatis* wird in solchen Fällen dadurch erleichtert, daß die Vermutung in der Regel berechtigt ist, es werde das, was irgendwo Rechtens ist oder einmal Rechtens war, auch Anerkennung durch den eigenen Richter finden.

Die Anlehnung an das fremde Recht findet auch meistens deshalb statt, weil es für die Regelung der eigenen Verhältnisse angemessen erscheint.

⁸¹⁾ Vgl. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, *passim*.

Ueberhaupt ist die Billigung der Uebung geeignet, die Entstehung der *opinio necessitatis* zu fördern, sofern die Beteiligten erwarten können, daß der Richter ähnlich denkt wie sie.

Die ältere Doktrin sah bekanntlich im Gegensatz zur neueren die Vernünftigkeit⁸²⁾ als ein Erfordernis des Gewohnheitsrechts an. Wir sind jetzt in der Lage, zu erkennen, daß diese Lehre einen berechtigten Kern hatte. Sie war zwar falsch, wenn sie sagen wollte, es könne ein unvernünftiges, d. h. ungerechtes Gewohnheitsrecht gar nicht geben; das widerspricht dem Zeugnis der Rechtsgeschichte. Ueberflüssig war es, Vernünftigkeit zu fordern, falls dies nur bedeuten sollte, daß der Richter befugt sei, das Gewohnheitsrecht zu überprüfen. Denn diese Befugnis steht heute außer Zweifel. Der Richter darf sogar ein Gesetz so auslegen, wie die Gerechtigkeit es verlangt. Dagegen bildet in unseren Verhältnissen die Vernünftigkeit ein wichtiges Indiz für das Vorhandensein der *opinio necessitatis*; denn der Richter kann in der Regel annehmen, daß eine Uebung, die er für vernünftig hält, auch den Beteiligten so vorkommt, und daß nur, wenn letzteres der Fall ist, die Beteiligten erwarten, ein Abgehen von der Uebung werde von ihm als Rechtsverletzung behandelt werden. Ist aber die Uebung unvernünftig, so wird der Richter vermuten, daß diese Erwartung und damit eine *opinio necessitatis* nicht bestehen.

Wie entsteht aber die Pflichtüberzeugung, wenn die Uebung einem ursprünglich geltenden Rechtssatze widerspricht?

Es ist allerdings zunächst möglich, daß, nachdem Anschauungen und Verhältnisse sich geändert haben, der ursprüngliche Rechtssatz vergessen worden ist. Das kommt in einfachen, altertümlichen Verhältnissen häufig vor, namentlich dann, wenn die alte Norm selbst nur auf Gewohnheit beruhte. Es

⁸²⁾ Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, § 16.

liegt in solchen Fällen ein Irrtum vor über die vom bisherigen Rechte auferlegten Pflichten. Es hieß deshalb die Entstehungsbedingungen des Gewohnheitsrechts durchaus verkennen, wenn man früher häufig behauptete, auf Grund eines Irrtums könne sich ein Gewohnheitsrecht nicht bilden.

Ist aber der alte Rechtssatz noch nicht vergessen, was bei modernen Gesetzen z. B. selten der Fall ist, so setzt die *opinio necessitatis* weitere Erfahrungen und Ueberlegungen voraus.

Man weiß etwa, daß die Gerichte dazu neigen, einen *status quo* nicht anzutasten und auch eine rechtswidrige Uebung als Regel gelten zu lassen, sobald sie sich eingebürgert hat. In unseren Verhältnissen ist jedoch eher das Gegenteil zu erwarten, daß nämlich der Richter die Gelegenheit eines Prozesses benützt, um den Beteiligten einen Rechtssatz, den sie gar nicht mehr oder nur schlecht befolgen, wieder in Erinnerung zu rufen. Oder durch die Uebung werden Personen begünstigt, deren Interessen erfahrungsgemäß die Richter einseitig zu schützen trachten; glücklicherweise ist auch das ein seltener Fall.

Maßgebend ist dagegen meistens die Erwägung, die neue Uebung sei vernünftiger und gerechter als der alte Rechtssatz. Damit sie aber zu einer *opinio necessitatis* führt, muß man erfahren haben, daß die Richter bestrebt sind, das Recht weiter zu bilden und zu verbessern, und daß sie sogar einen geltenden Rechtssatz zuweilen nicht anwenden, wenn er ihnen nicht billig erscheint. Nur dann entsteht schließlich die Vorstellung, der Richter könne, wenn er gerecht sein wolle, gar nichts anderes tun, als die neue Uebung bestätigen. Dabei kommt es auf die in den einzelnen Staaten sehr verschiedene Einstellung der Gerichte an. Derogierendes Gewohnheitsrecht wird in der Schweiz z. B. seltener sein als in Frankreich, da bei uns der Gesetzgeber, auf dem Gebiete des Privatrechts wenigstens, im ganzen schneller arbeitet, und der Richter deshalb eher geneigt ist, eine Aenderung des Rechts den gesetzgebenden Behörden zu überlassen. Immerhin fehlt auch hier die Möglichkeit dazu nicht ganz, wie die Fälle von Gesetzes-

auslegung gegen den Wortlaut und von Gewohnheitsrecht contra legem beweisen.

Die allgemeine Billigung der Uebung ist also ein Indiz für das Vorhandensein der *opinio necessitatis*; sie kann auch unter Umständen die Entstehung derselben fördern; es wäre aber durchaus falsch, zu glauben, was übrigens schon aus dem bisher Gesagten hervorgeht, in jeder Pflichtüberzeugung liege notwendig eine Billigung. Diesen Fehler machen, wie wir sahen, diejenigen oft, welche ein Pflichtbewußtsein als die Quelle des Rechts ansehen^{82a}). Es kommt in Wahrheit für die *opinio necessitatis* nur auf das an, was die Beteiligten nach ihrer Erfahrung tatsächlich vom Richter erwarten können. Deshalb vermag die Billigung der Uebung nur dann zur Entstehung der *opinio necessitatis* etwas beizutragen, wenn der Richter das Vertrauen der Beteiligten genießt, wenn diese voraussetzen können, er werde nach ihrer Auffassung gerecht entscheiden.

In unseren europäischen Verhältnissen dürfte dies meistens der Fall sein und darum allgemein mißbilligtes Gewohnheitsrecht höchst selten entstehen. Doch war es früher oft anders, und ist es heutzutage noch so, in Ländern namentlich, wo die Richter einem andern Kulturkreis angehören als die Recht-suchenden.

Im vierten Jahrhundert nach Christus verwandelte sich in mehreren römischen Provinzen die Pacht in den Kolonat, wodurch die früher freien Pächter an die Scholle gebunden und in eine sklavenähnliche Stellung gedrückt wurden. Der Kolonat bildete sich sehr wahrscheinlich durch Uebung, wenn auch vielleicht kaiserliche Fiskalgesetze den Anlaß dazu gaben⁸³). Wie wenig die Kolonen selbst diese Uebung billigten, zeigt der massenhafte Uebergang zu den Reichsfeinden bei der ersten sich bietenden Gelegenheit. Dennoch wird

^{82a}) Siehe oben S. 15 und 19.

⁸³) Vgl. u. a. Seck, bei Pauly-Wissowa, Realencyclopädie, S. V, Colonatus.

sicherlich eine *opinio necessitatis* entstanden sein, als sich herausgestellt hatte, daß Richter und Beamte die Interessen der Grundherren einseitig zu schützen bestrebt waren. Aehnlich scheint es in Rußland gegangen zu sein, als im 17. Jahrhundert die Angehörigen der Gutsdörfer Leibeigene wurden.

In Algerien bemühen sich die französischen Gerichte, insbesondere die *chambre musulmane* des Appellhofes, das sehr konservative einheimische Recht zu reformieren. Dabei stützen sie sich sehr oft auf die in der östlichen Welt des Islam maßgebenden Weisungen des Großmuftis von Aegypten und der Doktoren der Universität El-Azhar in Kairo. Im Hinblick auf diese Tendenz entsteht allmählich, durch die wirtschaftlichen Verhältnisse begünstigt, neues Gewohnheitsrecht, u. a. für die Ehe, den Grundbesitz, auch für einzelne obligatorische Verträge⁸⁴⁾, trotzdem die grosse Masse der in Algerien besonders strenggläubigen Mohammedaner jede Neuerung mißbilligt⁸⁵⁾.

Damit dürfte die wichtige, keineswegs aber unentbehrliche Rolle der Billigung der Uebung bei der Entstehung der *opinio necessitatis* umschrieben sein. Die Bestimmung der Pflichtüberzeugung, die wir oben gegeben haben, wird dadurch bestätigt. Man glaube übrigens nicht, daß diese Billigung, wo sie besteht, stets der Ausdruck eines geläuterten Rechtsbewußtseins ist. Das kann allerdings der Fall sein. Bei uns ist in der Regel Zustimmung durch die Wissenschaft entscheidend. Zuweilen beruht aber die Billigung nur auf der Erwägung, daß die Uebung den Interessen der Belasteten entspricht, und trägt trotzdem zur Entstehung der *opinio necessitatis* bei, wenn tatsächlich zu erwarten ist, auch der Richter werde diese Interessen wahrnehmen. Daß sich die « *masse des consciences individuelles* » notwendig durch « *sentiments de solidarité* » leiten läßt, ist eine optimistische Ansicht, welche heutzutage kaum mehr jemand mit Duguit teilt. Die Unklarheit über die psychologische Grundlage der Geltung kommt eben großenteils daher,

⁸⁴⁾ Maunier, *Loi française et coutume indigène en Algérie*, 48 ff., 60 ff., 90 ff.

⁸⁵⁾ Maunier, *loc. cit.*

daß der Beitrag der Billigung oder Zustimmung bei der Rechtserzeugung nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ überschätzt wird.

Nebenbei sei noch die Frage kurz erörtert, ob die sogenannte Verkehrssitte sich zum Gewohnheitsrecht entwickeln kann. Das ist bekanntlich bestritten worden, namentlich, wie schon erwähnt, von Vertretern der staatlichen Quellenlehre, die glaubten, auch auf diese Weise die Bedeutung des Gewohnheitsrechts einschränken zu können⁸⁶⁾.

Nun ist tatsächlich die Verkehrssitte an sich noch kein Gewohnheitsrecht. Soweit sie Vertragsübung ist, kann der Richter vermuten, daß die Parteien sich der Verkehrssitte unterwerfen wollten. Ohne Vertrag ist dagegen zunächst noch keine *opinio necessitatis* vorhanden. Es ist aber nicht einzu- sehen, weshalb sich diese nicht mit der Zeit bilden könnte. Wie die Beobachtung zeigt, ist übrigens die Grenze zwischen Verkehrssitte und eigentlichem Gewohnheitsrecht nicht immer leicht zu erkennen; es kann oft zweifelhaft sein, ob die Parteien den Vertrag unvollständig ließen, weil sie die Ergänzung durch die Verkehrssitte für selbstverständlich hielten, oder weil sie sich, soweit der Inhalt der Verkehrssitte reicht, auch ohne Vertrag für gebunden hielten.

Es fragt sich jetzt, ob nicht zur beschriebenen Pflichtüberzeugung noch weiteres hinzukommen muß, damit ein Gewohnheitsrecht gilt.

Die Übung ist, wie wir gesehen haben, tatsächliche Anerkennung eines Rechtsverhältnisses. Nun entspricht nicht nur jeder Rechtspflicht, sondern auch jedem subjektiven Rechte eine bestimmte Bewußtseinslage⁸⁷⁾; der Berechtigte kann wissen,

⁸⁶⁾ Vgl. Burekhardt, *Organisation* 227; Oertmann *loc. cit.* 306; a. A. Reichel, *Einleitungsartikel*, S. 290; siehe u. a. auch Lambert, *loc. cit.* S. 813 ff.

⁸⁷⁾ Ueber die Schlußfolgerungen, die daraus für die Lehre des subjektiven Rechts und des Rechtssubjekts zu ziehen sind, vgl. Simonius, *Quelques remarques sur la théorie de la personne juridique*, in *Mélanges Gény* (gegenwärtig im Druck).

daß er an den oder die Verpflichteten ein bestimmtes Verlangen stellen darf, und daß, wenn diesem Verlangen nicht Folge gegeben wird, der gesellschaftliche Zwangsapparat sich zu seinen Gunsten in Bewegung setzt. Hat nicht auch diese Rechtsüberzeugung da zu sein, wenn ein Gewohnheitsrecht bestehen soll?

Dies ist insofern zu bejahen, als sich die Frage der Verpflichtung gar nicht stellt, wenn niemand da ist, der die Einhaltung der Uebung fordert. Dies ist aber so selbstverständlich, daß es kaum erwähnt zu werden braucht. Das Bewußtsein eines Rechtes beim Begünstigten kann jedoch niemals dasjenige einer Pflicht beim Belasteten ersetzen. Denn der Inhalt einer Uebung wird als geltender Rechtssatz behandelt, sofern er eine Ordnung darstellt, welche die dadurch Belasteten von sich aus als verbindlich betrachten. Der Glaube an ein Recht allein bietet dagegen diese Möglichkeit noch nicht. Er entsteht auch viel leichter als das Bewußtsein einer Pflicht; man kann hier häufig feststellen, daß der Wunsch der Vater des Gedankens ist. Es ist dafür nicht einmal stets eine Uebung notwendig, die sich als Anerkennung eines Rechtsverhältnisses darstellt. Wie es oft vorkommt, daß jemand einem andern die Benützung eines Gegenstandes überläßt, in der erkennbaren Absicht, sich dadurch nicht binden zu wollen, und daß trotzdem schließlich der Begünstigte glaubt, irgendwie berechtigt zu sein, geschieht es z. B. nicht selten, daß wenn eine Verwaltungsbehörde während längerer Zeit von den Einzelnen weniger fordert, als das Gesetz ihr erlaubt, diese Einzelnen ein Recht auf die Beschränkung zu haben wähnen.

Es wurde, wie wir sahen, behauptet, daß die Bestätigung der Uebung in einem gerichtlichen Urteil ein weiteres Erfordernis des Gewohnheitsrechtes sei⁸⁸⁾. Gemeint ist nicht ein Gerichtsgebrauch, sondern nur ein Urteil, das die Vollendung des aus der Uebung der Beteiligten hervorgehenden Gewohnheitsrechtes herbeiführen soll.

⁸⁸⁾ Vgl. Anm. 66.

Weshalb, auch wenn diese Annahme richtig wäre, die staatliche Quellenlehre keinen Nutzen davon hätte, haben wir oben erörtert. Die Ansicht teilen jedoch sogar Vertreter der empirischen Theorie⁸⁹⁾.

Nun läßt sich zunächst feststellen, daß meistens dem Richter jede Absicht fehlt, durch seine Entscheidung an der Bildung des Gewohnheitsrechts mitzuwirken. An eine solche Absicht zu denken, wäre insbesondere dann unmöglich, wenn der Richter der Ordnung zuliebe eine Uebung bestätigt, die er selbst mißbilligt. Das kommt wiederum da vor, wo die Ansichten des Richters über Gerechtigkeit und Moral andere sind, als die der Rechtsgenossen, also etwa in Kolonien europäischer Staaten. So beugt sich z. B. der Appellhof in Algier noch immer, wenn auch widerstrebend, der für die Ehescheidung geltenden einheimischen Uebung⁹⁰⁾.

Es kann sich darum nur fragen, ob die gerichtliche Bestätigung für die Entstehung der *opinio necessitatis* im besonderen notwendig sei, ob also erst nach einem Urteil die Erwartung bestehen könne, ein Abgehen von der Uebung werde die Folgen einer Rechtsverletzung nach sich ziehen. In der Tat wird immer wieder gesagt, ein noch nicht bestätigtes Gewohnheitsrecht sei zu prekär, um wirklich als geltendes Recht angesehen zu werden; es sei ja stets möglich, daß der Richter, wenn es zum Prozeß kommt, die Uebung doch nicht als verbindlich betrachtet.

Kein Gericht ist aber bei uns an frühere Entscheidungen gebunden. Schon darum wird ein Einzelurteil an und für sich kaum sehr viel zur Bildung einer *opinio necessitatis* beitragen können. Wenn mit einiger Sicherheit auf die Wiederholung eines Urteils gerechnet werden darf, so liegen dafür besondere Gründe vor: Das Urteil entspricht etwa in der Wissenschaft oder im Leben geäußerten Anschauungen und findet seines

⁸⁹⁾ Vgl. u. a. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, S. 142, 796 ff., 814 ff.

⁹⁰⁾ Maunier, *loc. cit.*, S. 91 ff.

Inhaltes wegen allgemeine Zustimmung. Dann aber wurde die Uebung sehr häufig schon vorher gebilligt und dadurch die Erwartung eines bestätigenden Urteils, somit auch die Pflichtüberzeugung hervorgerufen. Das Urteil verändert in diesem Falle die Lage nicht wesentlich.

Im englisch-amerikanischen Rechtskreise allerdings vermag ein einzelnes Urteil stärkeren Einfluß auf die *opinio necessitatis* auszuüben, da hier der Richter nur ausnahmsweise von einem Vorentscheid abweicht. Doch ist gerade in diesen Ländern die Doktrin heutzutage einstimmig in der Annahme, daß ein Pflichtbewußtsein sich auch außergerichtlich bildet, und daß, wenn dem so ist, der Richter einfach geltendes Gewohnheitsrecht anwendet⁹¹⁾.

Uebrigens wurde von jeher auch bei uns Gewohnheitsrecht in Fällen anerkannt, in welchen die Uebung nie Gegenstand eines Rechtsstreites gewesen ist. Soviel ich weiß, hat noch niemand die gesetzwidrige Benennung der Aktiengesellschaft in einem Prozesse angefochten. Ebenso wenig ist in Frankreich gegen die übliche Namensführung der Ehefrau jemals gerichtlich Einsprache erhoben worden.

Selbstverständlich kann einer Uebung trotz bestehender Pflichtüberzeugung die gerichtliche Bestätigung einmal versagt werden. Ob das Gewohnheitsrecht trotzdem noch gilt, hängt davon ab, was sich in Zukunft vom Richter erwarten läßt. Die Wiederholung der Entscheidung ist dann ebenfalls nur sicher, wenn das Urteil allgemeine Zustimmung findet; Voraussetzung dafür ist jedoch, daß die bisherige Uebung mißbilligt wird. Diese Mißbilligung hat aber möglicherweise schon vor dem Prozeß die *opinio necessitatis* beseitigt und die Rechtsänderung herbeigeführt. Deshalb dürfte die Aufhebung eines geltenden Gewohnheitsrechts durch ein einzelnes Urteil selten sein. Daß sie immerhin denkbar ist, möchte ich aber zugeben, ebenso die Möglichkeit von Fällen, in denen die Erwartung, der Richter werde ein Abgehen von der Uebung als Rechtsver-

⁹¹⁾ Vgl. Allen, loc. cit. S. 26 ff.

letzung betrachten, zunächst noch so unsicher ist, daß erst nach einem Urteil, welches dies wirklich tut, die eigentliche Pflichtüberzeugung entsteht. Dies berechtigt uns dennoch nicht, die gerichtliche Bestätigung der Uebung als allgemeines Erfordernis des Gewohnheitsrechts anzusehen. Man muß sich schließlich vor Augen halten, daß die *opinio necessitatis* überhaupt nichts anderes ist als die Erwartung einer Zwangs-anwendung, die stets nur wahrscheinlich, niemals aber vollständig sicher sein kann: « Law, like other branches of social science, must be satisfied to test the validity of its conclusions by the logic of probabilities rather than the logic of certainty », sagt Cardozo zutreffend ⁹²⁾).

Das erste die Uebung bestätigende Urteil, auch wenn es nicht für die *opinio necessitatis* Voraussetzung ist, hat allerdings oft für das Gewohnheitsrecht noch eine andere Bedeutung. Häufig wird der in der Uebung anerkannte Rechtssatz erst durch den Richter genau geformt; damit erhält dann die vorher bestehende *opinio necessitatis* größere Bestimmtheit ⁹³⁾. Ferner vermag die Auslegung des Gewohnheitsrechts, nicht anders als die des Gesetzes, eine gewisse Acnderung des Inhaltes der Regel herbeizuführen ⁹⁴⁾. So wenig aber wie vom Gesetze läßt sich vom Gewohnheitsrecht sagen, es gelte erst, wenn der Richter es ausgelegt hat.

Die Bedeutung der richterlichen Tätigkeit für die Bildung von Gewohnheitsrecht wäre wohl kaum so häufig überschätzt worden, wenn sich die Untersuchung nicht vorwiegend auf das Privatrecht beschränkt hätte, wo sozusagen jede Zwangs-anwendung ein gerichtliches Urteil voraussetzt.

Auch auf dem Boden des Staatsrechts können, wie wir sahen, durch Gewohnheit Rechtsverhältnisse entstehen. Wohl in keinem Staate ist es aber möglich, alle Handlungen der

⁹²⁾ Cardozo, *The growth of the Law*, S. 33.

⁹³⁾ Vgl. Allen, *loc. cit.* S. 69 ff.; Reichel, Einleitungsartikel, S. 296 ff.

⁹⁴⁾ Vgl. u. a. Perreau, *La technique de la jurisprudence*, *passim*.

Behörden durch Gerichte auf ihre Rechtmäßigkeit hin prüfen zu lassen ⁹⁵⁾). Stellt darum auf einem dem Richter entzogenen Gebiete eine Behörde wiederholt Anforderungen an die Bürger, die den Freiheitsrechten widersprechen, und fügen sich die Bürger, so daß schließlich eine verfassungswidrige Uebung entsteht, wird die *opinio necessitatis* dann vorhanden sein, wenn die Hoffnung geschwunden ist, daß unter dem Einfluß anderer Behörden oder widerstrebender politischer Strömungen in absehbarer Zeit eine Rückkehr zum verfassungsmäßigen Zustande stattfinde. Die Verwaltungsbehörde selbst bedroht jetzt ein zukünftiges Abgehen von der Uebung mit Zwang. Die Erwartung einer richterlichen Entscheidung kommt hier nicht in Betracht. Es geht aber auch nicht an, die Zwangsanwendung durch die Verwaltung mit der Zwangsanwendung auf Grund eines Urteils in Parallele zu stellen, was W. Burckhardt der staatlichen Quellenlehre zuliebe tut ⁹⁶⁾). Denn in der Uebung liegt hier die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses zwischen den einzelnen und dem Staate. Die Verwaltung als Organ des Staates ist darum an der Uebung selbst beteiligt. Ihre Rolle ist dieselbe wie die eines Begünstigten im Privatrecht.

Zudem ist ja der umgekehrte Fall nicht ausgeschlossen: Ein Gewohnheitsrecht anerkennt Rechte der Bürger, welche über Verfassung und Gesetz, die bisher galten, hinausgehen ⁹⁷⁾; hier ist die *opinio necessitatis* bei den Behörden vorhanden; sie haben Zwang zu erwarten, und zwar unregelmäßigen Zwang von seiten der Bürger, der von einer Herabsetzung in der öffentlichen Meinung bis zur offenen Empörung gehen kann.

Die Rechtsverhältnisse im Völkerrecht unterliegen noch seltener einer richterlichen Beurteilung. Daß die Möglichkeit, Gewohnheitsrecht auf diesem Gebiete zu leugnen, nicht besteht,

⁹⁵⁾ Vgl. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 275 ff.

⁹⁶⁾ Burckhardt, Organisation, S. 228 ff.

⁹⁷⁾ Bekanntlich ist z. B. ein großer Teil der Freiheitsrechte in England auf diesem Wege entstanden.

haben wir schon gesehen⁹⁸⁾. Die moderne Völkerrechtslehre betrachtet den Hauptbestand des internationalen Rechts als Gewohnheitsrecht. Auch die Vertreter einer ältern Doktrin, die das Völkerrecht nur auf Verträge gründen wollte, sind meist gezwungen, wenigstens den Satz «*pacta sunt servanda*» dem Gewohnheitsrechte zuzuzählen. W. Burckhardt behauptet allerdings, es gebe kein internationales Gewohnheitsrecht, weil keine staatliche Behörde da sei, die es zur Entstehung bringen könnte⁹⁹⁾. Nachdem wir aber festgestellt haben, daß auch das innerstaatliche Gewohnheitsrecht einer richterlichen oder behördlichen Mitwirkung nicht bedarf, fällt dieses Argument ohne weiteres dahin.

Eine *opinio necessitatis* liegt im Völkerrechte dann vor, wenn die Angehörigen des durch die Uebung belasteten Staates für den Fall eines Abgehens mit Zwang von seiten des begünstigten Staates oder auch eines andern rechnen müssen; in den Zwangsmitteln ist eine Stufenfolge denkbar vom Tadel in der Presse, über die Zurücksetzung der einzelnen Staatsangehörigen im internationalen Verkehr, über den vom Staate verfügbaren wirtschaftlichen Boykott bis zum Kriege. Die Sicherheit, mit welcher der Zwang zu erwarten ist, und die Schwere der Zwangsmittel hängen von den Kräften der beteiligten Staaten ab, ferner von der Bedeutung der Interessen, die in der Uebung Anerkennung gefunden haben, endlich auch nicht wenig von dem Maße, in welchem die öffentliche Meinung der Welt die Uebung billigt.

Von der Bestätigung der Uebung in einem einzelnen gerichtlichen Urteil ist der Gerichtsgebrauch zu unterscheiden. Dieser wird jetzt, wie schon gesagt, mit Recht als eine Sonderart des Gewohnheitsrechts betrachtet. Uebrigens läßt sich bei älterm Gewohnheitsrecht meistens gar nicht mehr feststellen,

⁹⁸⁾ Vgl. z. B. Brierly, *Law of Nations*, S. 39 ff.; Scelle, *Précis de droit des gens*, S. 10 ff.

⁹⁹⁾ Burckhardt, *Organisation*, S. 374 ff.; vgl. z. B. Anzilotti, *corso di diritto internazionale*, S. 40; Lauterpacht, *loc. cit.* S. 72 ff.

ob es aus einer Uebung der Beteiligten oder der Gerichte hervorgegangen ist. Heutzutage ist der Gerichtsgebrauch die häufigste Form des Gewohnheitsrechts¹⁰⁰⁾, er findet sich im Privatrecht sowohl wie im öffentlichen Rechte. Allen schweizerischen Juristen ist z. B. der Ausbau der sogenannten Individualrechte durch die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts bekannt¹⁰¹⁾, allen französischen die Ausgestaltung des Verwaltungsrechts durch die Praxis des Conseil d'Etat¹⁰²⁾. Auch im Völkerrecht ist die Möglichkeit eines Gerichtsgebrauchs gegeben, seitdem ständige internationale Gerichtshöfe bestehen.

Daß jedoch die nicht selten vertretene Ansicht¹⁰³⁾, der Gerichtsgebrauch sei heute die einzige Form des Gewohnheitsrechts, nicht richtig ist, ergibt sich aus dem bisher Gesagten.

Die Entstehung des sogenannten erläuternden Gewohnheitsrechts namentlich ist größtenteils dem Gerichtsgebrauch zuzuschreiben. Es fehlt allerdings nicht an Stimmen¹⁰⁴⁾, welche die sogenannte usuelle Interpretation, die Bindung des Richters an eine bestimmte Auslegung ablehnen, aus der Erwägung heraus, daß der Richter in jedem Streitfalle bestrebt sein müsse, dem Gesetz den Sinn beizulegen, der die den Umständen nach billigste Entscheidung ermöglicht. Wir haben aber hier nicht zu fragen, was der Richter tun sollte, sondern was er wirklich tut. Und nun ist nicht zu leugnen, daß sich der Richter sehr oft an eine bestimmte Auslegungsart gebunden fühlt. Wir haben außerdem schon oben darauf hingewiesen, daß sich genaue Grenzen zwischen erläuterndem, ergänzendem und abänderndem Gewohnheitsrecht gar nicht ziehen lassen.

Der Gerichtsgebrauch steht übrigens dem aus der Uebung der Beteiligten hervorgegangenen Gewohnheitsrecht viel näher, als man im allgemeinen annimmt. Der Hauptunterschied wird

¹⁰⁰⁾ Vgl. Lambert, loc. cit.

¹⁰¹⁾ Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 441 ff.

¹⁰²⁾ Vgl. u. a. Jèze, Principes généraux du droit administratif, S. 254 ff.

¹⁰³⁾ Lambert, loc. cit., insbesondere z. B. S. 172: «La jurisprudence est un propulseur indispensable de la coutume.»

¹⁰⁴⁾ Vgl. u. a. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Rechte, I, 293 ff.

darin gesehen, daß hier eine Uebung des oder der Gerichte vorliegt und nicht der Beteiligten.

Untersucht man aber die Entstehung des Gerichtsgebrauchs etwas näher, so findet man auch da zunächst eine tatsächliche Anerkennung von Rechten und Pflichten einzelner Personen. Prozesse werden so entschieden, als ob die Parteien in bestimmter Weise berechtigt oder verpflichtet seien¹⁰⁵). Werden dann die Urteile bekannt, so passen ihnen die einzelnen oft ihr Verhalten allmählich an. Dem werdenden Gerichtsgebrauch entspricht daher häufig eine sich festigende Uebung. Das ist mit ein Grund, warum die spätere Unterscheidung von Gerichtsgebrauch und volksmäßigem Gewohnheitsrecht nicht selten so schwer fällt.

Wie steht es mit der *opinio necessitatis*? Hat sie beim Gericht vorhanden zu sein oder bei denjenigen, deren Rechte und Pflichten in der Urteilspraxis bestimmt worden sind? Meistens spricht man sich nicht deutlich darüber aus; doch scheint eher *opinio necessitatis* beim Gericht gefordert zu werden¹⁰⁶). Ich halte im Gegenteil die Pflichtüberzeugung der einzelnen, von Ausnahmefällen abgesehen, für entscheidend; die des Gerichts dürfte meistens nur deren notwendige Folge sein.

Daß die Gerichte geneigt sind, eine Zweckerwägung zu wiederholen, die ihnen angemessen vorkommt, ist eine Tatsache, welche einer weitem Erklärung wohl nicht bedarf. Die Vorstellung aber, an diese Praxis gebunden zu sein, durch eine Aenderung derselben geltendes Recht zu verletzen, also eine Pflichtüberzeugung, entsteht in der Regel beim Richter erst dann, wenn die Beteiligten angefangen haben, ihr Verhalten nach den bisherigen Entscheidungen zu richten, sich bei ihnen also eine Uebung gebildet hat. Dann erst scheinen die bisherigen Entscheidungen zur bestehenden Ordnung zu ge-

¹⁰⁵) Man denke z. B. an die Anerkennung des Vertrages zugunsten Dritter in der französischen Praxis, entgegen der ursprünglichen Auslegung des *code civil* (c. c. 1119, 1121); ebenso der abstrakten Verpflichtung (c. c. 1131, 1132); auch an den oben erwähnten Ausbau der öffentlichen Individualrechte durch das Bundesgericht, usw.

¹⁰⁶) Ausdrücklich z. B. bei Gierke, *loc. cit.*, I, S. 119 ff.

hören ¹⁰⁷). Die Befestigung der Uebung bei den einzelnen setzt aber wieder voraus, daß mit der fortgesetzten Wiederholung des Entscheides gerechnet wird, mit andern Worten, daß eine *opinio necessitatis* vorhanden ist. Man kann somit sagen, das Gewohnheitsrecht auch in der Form des Gerichtsgebrauchs sei mit der Pflichtüberzeugung der Beteiligten vollendet. Es ist jedenfalls ebenso wenig staatliches Recht wie das volksmäßige Gewohnheitsrecht.

Der Unterschied in der Entstehung liegt, wie gesagt, in der Regel nur darin, daß der Vorgang nicht mit einer Uebung der Beteiligten anhebt, sondern mit einer Uebung des Gerichts, an die sich eine *opinio necessitatis* und dann eine Uebung der Beteiligten anschließt, was zuletzt auch eine Pflichtüberzeugung bei den Richtern zur Folge hat.

Die Schnelligkeit, mit der sich auch in diesen Fällen eine Pflichtüberzeugung der Beteiligten bildet, hängt wieder von der Vorstellung ab, welche sie sich nach ihren Erfahrungen von der richterlichen Tätigkeit machen können. In unsern Verhältnissen ist also die allgemeine Zustimmung, welche die wiederholte Entscheidung, namentlich bei den Vertretern der Wissenschaft findet, von wesentlicher Bedeutung. Es läßt sich sogar denken, schon eine erste Entscheidung erscheine so billig und gerecht, daß sich ein Abgehen davon nicht mehr erwarten läßt; wir hätten es hier aber nicht mehr mit Gewohnheitsrecht zu tun, sondern mit einem ungeschriebenen Rechte anderer Art. Davon wird nachher die Rede sein.

Was geschieht jedoch, wenn ein gerichtliches Urteil vom Gerichtsgebrauch abweicht? Es kann dies zunächst den Anfang einer Rechtsänderung bedeuten. Dann sollte der Richter, der sich dessen bewußt ist, dieselben Ueberlegungen machen, wie ein Gesetzgeber, der altes Recht beseitigt. Doch kommt auch das vielleicht seltener vor, als man im allgemeinen an-

¹⁰⁷) Darum fühlt sich z. B. der Richter bei uns verpflichtet, die bisher anerkannten Verletzungen der persönlichen Verhältnisse auch fernerhin als solche anzusehen.

nimmt. Wenn der Richter die alte Entscheidungsart aufgibt, weil er sie für unbillig hält, so erfolgt die Mißbilligung meistens nicht erst im Prozeß. Gewöhnlich setzt bei uns die Kritik zuerst in der Literatur und im Publikum ein¹⁰⁸⁾. Sie erschüttert deshalb schon vor der Aenderung der Praxis die Sicherheit, mit welcher eine Wiederholung der Entscheidung erwartet wurde, hebt sie unter Umständen sogar ganz auf und beseitigt damit die *opinio necessitatis*. Das abweichende Urteil ist dann nur noch die Bestätigung einer schon vollzogenen Rechtsänderung.

Anders verhält es sich aber namentlich dann, wenn nicht allgemeine Mißbilligung der bisherigen Entscheidungsart, sondern andere Gründe für die Wandlung der Praxis den Ausschlag geben. In Kolonien europäischer Staaten beobachten wir z. B., daß ein Gerichtsgebrauch, den der Richter zwar selbst mißbilligt, den er aber der Ordnung wegen aufrecht erhält, beseitigt wird, sobald sich die europäische Herrschaft so gefestigt hat, daß den Eingeborenen ihnen fremde Anschauungen aufgezwungen werden können¹⁰⁹⁾.

Unsere Untersuchung über die Entstehung des Gewohnheitsrechts läßt sich dahin zusammenfassen:

Geltendes Gewohnheitsrecht besteht dann, wenn sich mit einer Uebung, d. h. mit der in einem örtlich oder anders bestimmten Personenkreise verbreiteten tatsächlichen Anerkennung eines Rechtsverhältnisses, eine Pflichtüberzeugung bei den durch die Uebung Belasteten verbunden hat.

Diese Pflichtüberzeugung ist gleichbedeutend mit der Erwartung, ein Abgehen von der Uebung werde die Sanktion einer Rechtsverletzung, das Erdulden eines Zwanges zur Folge haben; sie ist also das Bewußtsein des Belasteten, vor der Wahl zu stehen, entweder die Uebung einzuhalten oder Zwang zu erleiden.

¹⁰⁸⁾ Das war z. B. bei der Aenderung der französischen Praxis in bezug auf die Verträge zugunsten Dritter der Fall; vgl. oben.

¹⁰⁹⁾ Zahlreiche Beispiele bei Maunier, loc. cit., passim.

Die Billigung der Uebung durch die Belasteten vermag die Entstehung der *opinio necessitatis* dann zu fördern, wenn sich annehmen läßt, diese Billigung werde auch die Entschlüsse derjenigen Personen bestimmen, die den Zwang ausüben.

Damit ist festgestellt, wie es zur Bildung einzelner Sätze des Gewohnheitsrechtes kommt. Noch nicht erklärt ist aber, weshalb überhaupt der Verstoß gegen eine gesellschaftliche Regel einen Zwang nach sich zieht, warum infolgedessen in jeder staatlichen Organisation bestimmte Personen mit der Zwanganwendung beauftragt werden; auch nicht, unter welchen allgemeinen Bedingungen ein Zwang wirksam ausgeübt werden kann, die Androhung von Zwang somit den Bestand der Rechtsordnung als solche zu gewährleisten vermag. Darauf werden wir später einzugehen haben.

Vorerst haben wir noch die Frage zu beantworten, ob nicht vielleicht die beschriebene *opinio necessitatis* Voraussetzung und Kriterium der Geltung nicht nur des Gewohnheitsrechts, sondern des Rechts überhaupt ist; das behaupten heute schon einzelne Vertreter der empirischen Quellenlehre: « When there is such a degree of probability as to lead to a reasonable assurance that a given conclusion ought to be and will be embodied in a judgment, we speak of the conclusion as law ¹¹⁰⁾. »

Davon hängt auch die Entscheidung darüber ab, wie weit im ganzen die Entstehung des Rechts vom Staate unabhängig ist.

II.

Gibt es, das ist zunächst festzustellen, neben dem Gewohnheitsrecht noch *anderes ungeschriebenes Recht*?

Die Vermutung wurde schon ausgesprochen, daß sich auf Grund eines einzelnen Gerichtsurteils eine *opinio necessitatis* bilden und dadurch die für die Entscheidung aufgestellte Norm

¹¹⁰⁾ Cardozo, *The growth of the Law*, S. 31; vgl. Del Vecchio, *loc. cit.*

geltendes Recht werden könnte. Es fragt sich, wie weit die Erfahrung diese Vermutung bestätigt.

Bisher hat zwar die Quellenlehre diese Möglichkeit beinahe ganz außer acht gelassen; ihre Beobachtung beschränkte sich in der Regel jedoch auf die innern Verhältnisse kontinentaler Staaten.

Geht man darüber hinaus, so fällt einmal die bekannte Tatsache auf, daß im englisch-amerikanischen Rechtskreise die Geltung zahlreicher Sätze von einzelnen Urteilen abgeleitet wird. Darauf und nicht nur auf Gerichtsgebrauch beruht ein großer Teil des Common Law. Wie oft heißt es in einer Darstellung des englischen Rechts: «the rule ist stated in the case . . . ¹¹¹⁾»; nur wenn die einzelnen Entscheidungen in einer Rechtsfrage zunächst voneinander abweichen, beruft man sich schließlich auf Gerichtsgebrauch: «the law is settled», sagt man dann.

Sodann führt die moderne Völkerrechtslehre eine ganze Anzahl von Rechtssätzen auf Urteile internationaler Gerichtshöfe oder sogar einzelner Schiedsgerichte zurück:

Daß z. B. unter Umständen eine Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen besteht, beruht auf einem Schiedsspruch ¹¹²⁾.

Desgleichen die Möglichkeit einer Verjährung im zwischenstaatlichen Verkehr ¹¹³⁾.

Nach dem Zonenprozeß wird jetzt wohl auch im Völkerrecht die Möglichkeit eines Vertrages zugunsten Dritter allgemein anerkannt werden.

Doch könnte man die besprochene Wirkung einzelner englischer Gerichtsurteile mit einer Besonderheit des englischen

¹¹¹⁾ Vgl. z. B. Anson, Principles of the English Law of Contracts, 17. Aufl. von Miles und Brierly, S. 197, 205 usw.

¹¹²⁾ Zwischen Rußland und der Türkei, 1912; Lauterpacht, loc. cit. 143 f.; 255 ff.; auch die Regeln über die Bestimmung des Umfanges eines Schadenersatzes im allgemeinen erfolgte durch Schiedsspruch.

¹¹³⁾ Rechtsstreit zwischen Großbritannien und den Vereinigten Staaten, 1825, über die Grenze von Alaska. Viele weitere Beispiele bei Lauterpacht, loc. cit., passim.

Prozeßrechts erklären wollen. In der Tat besteht hier die Regel, daß jeder Richter an die Entscheidungen höherer Gerichte (House of Lords oder Court of Appeal) gebunden ist, und daß er diejenigen gleichgestellter Richter in Beachtung zu ziehen hat¹¹⁴⁾, was praktisch zum Ergebnis führt, daß er sich an jeden Vorentscheid hält, der nicht offenkundig ungerecht ist und infolgedessen allgemein mißbilligt wird.

Im internationalen Rechte gelten aber nicht die Regeln des englischen Prozesses über die Beachtung des precedent; vielmehr ist hier der Richter nach kontinentaler Anschauung an Vorentscheide nicht gebunden. Dies geht schon aus Art. 38 des Statuts für den Internationalen Gerichtshof im Haag hervor¹¹⁵⁾. Eine Bindung ad hoc bestellter Schiedsrichter an Präjudizien wäre vollends unmöglich¹¹⁶⁾.

Wenn darum sogar einzelne Schiedssprüche als Rechtsquellen angesehen werden, so kann die Erklärung dafür nicht im Prozeßrecht gesucht werden; diese vermag vielmehr nur darin zu liegen, daß die Zustimmung, die der Inhalt der Entscheidung findet, die Erwartung hervorruft, ein Verstoß gegen die dem Urteil zugrunde gelegte Norm werde in Zukunft die Folgen einer Rechtsverletzung haben.

Deshalb ist auch innerhalb der Staaten des Kontinents ein Hervorgehen geltender Rechtssätze aus einzelnen Gerichtsurteilen nicht ganz undenkbar.

Tatsächlich können, wie ich glaube, einige Fälle nachgewiesen werden, sogar aus der neuesten Zeit, bei denen kein Zweifel darüber besteht, daß ein Gerichtsgebrauch nicht vorliegt.

Bekanntlich hat unser Z.G.B. die Frage offen gelassen, ob die Tradition von Mobilien kausal sei oder abstrakt. Es

¹¹⁴⁾ Allen, loc. cit., S. 147 ff.

¹¹⁵⁾ Vgl. Brierly, Le caractère obligatoire S. 50 ff.; Lauterpacht, loc. cit. 67 ff.

¹¹⁶⁾ Sehr oft wird sogar im Schiedsvertrage das anzuwendende Recht bestimmt oder wenigstens auf maßgebliche allgemeine Grundsätze besonders hingewiesen.

blieb hier deshalb Raum für ergänzendes, ungeschriebenes Recht. Während längerer Zeit hat das Bundesgericht, gestützt vor allem auf die Autorität Eugen Hubers, Abstraktheit der Tradition angenommen. In den letzten Jahren haben jedoch mit wenigen Ausnahmen alle schweizerischen Schriftsteller die entgegengesetzte Ansicht vertreten. Wohl mit Recht: denn die Tradition ist ein Rechtsgeschäft, dessen Wirkung in erster Linie vom Willen der Vertragsschließenden abhängig sein muß. Die Abstraktheit führt aber zu Ergebnissen, die über diesen Willen hinausgehen. Dazu bedarf es einer besondern Rechtfertigung. Die historische Rechtsschule erblickte sie im Schutze des Dritterwerbers; deshalb wurde die Lehre von der abstrakten Tradition damals ausgebaut. Seitdem aber der allgemeine Gutgläubensschutz eingeführt ist, entbehrt die Abstraktheit der Tradition jeder Rechtfertigung. Ein Urteil des Bundesgerichts im Jahre 1929 brachte dann eine Aenderung der Praxis¹¹⁷⁾, indem es die Abhängigkeit der Tradition vom Kausalgeschäft anerkannte. Nach diesem Entscheid wird man die Kausalität als bei uns geltendes Recht ansehen dürfen; denn es ist gegenwärtig mit großer Sicherheit zu erwarten, daß sich die Rechtsprechung diesem Urteil allgemein anschließen wird, da es mit den Anschauungen der Wissenschaft sowohl wie mit dem Volksempfinden übereinstimmt.

Vielleicht kann hier auch das Urteil¹¹⁸⁾ angeführt werden, in welchem das Bundesgericht, gestützt auf die Doktrin, grundsätzlich die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Hilfsperson, entgegen dem Wortlaut des Art. 101 O.R., auf die culpa derselben beschränkt hat.

In Frankreich gibt es noch kein Gesetz, welches den Automobilhalter zum Ersatze des aus Unfällen entstehenden Schadens ohne Rücksicht auf ein Verschulden verpflichtet. Nach längerem Schwanken hat im Jahre 1931 die Cour de cassation die auf sehr freier Auslegung des Art. 1384 code

¹¹⁷⁾ Entscheidungen des Bundesgerichts, 55 II, S. 306.

¹¹⁸⁾ Praxis, 9, Nr. 94.

civil beruhende, vom Verschulden absehende « responsabilité du fait des choses qu'on a sous sa garde » auf den Automobilhalter ausgedehnt ¹¹⁹⁾). Die dadurch erhöhte Verantwortlichkeit ist nach diesem einen Urteil in Frankreich gegenwärtig geltendes Recht. Die Wendung der Praxis lag auch hier gewissermaßen in der Luft; sie wurde nicht nur von der Wissenschaft, sondern auch von der öffentlichen Meinung allgemein verlangt.

Anders war es, als der Kassationshof im Jahre 1891 neben den Handelsgesellschaften auch die einfachen Gesellschaften (*sociétés civiles*) als juristische Personen anerkannte ¹²⁰⁾). Die Doktrin erhob damals schärfsten Widerspruch gegen das Urteil; es verstieß allzu stark gegen alte Denkgewohnheiten. Die Sicherheit einer Wiederholung war darum noch so gering, daß von einer *opinio necessitatis* wohl nicht die Rede sein konnte. Erst allmählich hat ein sich bildender Gerichtsgebrauch sie hervorgerufen, nachdem sich die Wissenschaft zu einer freieren Ansicht über die juristischen Personen bekannt hatte.

Ebenso wenig möchte ich glauben, daß gegenwärtig den einzelnen Entscheidungen des Bundesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Obligationenrechts gegenüber eine allgemeine Pflichtüberzeugung besteht, trotzdem die kantonalen Instanzen sich beständig auf diese Urteile stützen. Dazu ist die Praxis selbst noch zu schwankend, und sind auch in der Wissenschaft die Streitfragen noch zu wenig abgeklärt.

Schon die sichern Beispiele beweisen aber, daß auch innerhalb der kontinentalen Staaten die Entscheidungsnorm eines einzigen Urteils zuweilen allgemein geltendes Recht werden kann.

Die moderne Völkerrechtslehre betrachtet ferner die Wissenschaft als eigentliche Rechtsquelle. Hat sie darin recht?

Daß für die Entstehung von Rechtssätzen durch Gerichtsurteile, Gewohnheit oder auch Gesetz, ältere und neuere wissenschaftliche Lehrmeinungen von ausschlaggebender Bedeutung

¹¹⁹⁾ Vgl. Jossierand, Cours de droit civil positif, II, 2^{me} éd., 293 ff.

¹²⁰⁾ Vgl. Colin et Capitant, Traité élémentaire de droit civil, I, 668 ff.

sein können, ist längst anerkannt¹²¹). Dem sogenannten Juristenrecht in dieser Funktion, als einer «mittelbaren» Rechtsquelle, wie man sagt, sind schon eingehende Untersuchungen gewidmet worden¹²²). Auch aus unserer Darstellung ergibt sich, daß oft gerade Billigung oder Mißbilligung einer Entscheidung oder einer Uebung durch die Wissenschaft für die Bildung einer *opinio necessitatis* entscheidend ist. Bei dem starken Einfluß der Rechtsgelehrten auf unsere Gerichte ist es gar nicht anders möglich.

Darum handelt es sich hier aber nicht, sondern um die Frage, ob die Wissenschaft auch unmittelbare Quelle sein kann, ob also ein von der Wissenschaft vorgeschlagener Rechtssatz Geltung zu erlangen vermag, bevor er in einem gerichtlichen Urteil Anerkennung gefunden hat.

Die ältere Quellenlehre will dies nicht anerkennen. Daß aber die Möglichkeit von vorneherein ausgeschlossen sei, kann nach unsern Feststellungen über die Entstehung der *opinio necessitatis* jedenfalls nicht gesagt werden. Nun läßt uns schon ein Blick auf die Rechtsgeschichte oder auf das Recht anderer Kulturkreise zahlreiche Beispiele einer Rechtserzeugung durch die Wissenschaft finden:

In allen Rechtssystemen, welche auf einer religiösen Grundlage beruhen, werden bis auf den heutigen Tag Aussprüche von Persönlichkeiten, die in der Religionsgemeinschaft hohes Ansehen genießen, ohne weiteres als verbindlich angesehen; denn es besteht die sichere Erwartung, daß die Richter diese Aussprüche als Rechtssätze behandeln. Man denke etwa an die Entstehung des Talmud. Die Bedeutung der Weisungen des Großmuffis von Aegypten für die Welt des Islam hat hier schon Erwähnung gefunden.

¹²¹) Der Einfluß der älteren ist nicht immer günstig; vgl. Simonius, Gesetzesauslegung und wissenschaftliche Tradition, in Festgabe der Juristischen Fakultät Basel für Paul Speiser, 1926; Zeitschr. f. schweiz. R., 50, S. 235 ff.

¹²²) Vgl. z. B. Bescler, Volksrecht und Juristenrecht.

Doch ist die religiöse Autorität keine unerläßliche Voraussetzung dieser Wirkung: in der römischen Spätzeit galten die Schriften bestimmter Juristen als Rechtsquellen. Bekannt ist auch das Ansehen von Sachsen- und Schwabenspiegel in Deutschland, der « venerable sages of the Law » und einzelner neuerer Kommentare zum Common Law in England¹²³⁾, mehrerer coutumiers in Frankreich, auch etwa des coutumier von Pierre Quisard in der Westschweiz. Dieses Ansehen beruht vorwiegend auf dem Inhalt der Lehren.

Wenn darum im internationalen Recht von einer Mehrheit von Gelehrten vorgeschlagene Rechtssätze eine Pflichtüberzeugung hervorrufen, so ist dies keine Eigentümlichkeit dieses Rechts. Wir haben es im Gegenteil mit einer allgemeinen Erscheinung des Rechtslebens zu tun. Wieweit die Wissenschaft nun im einzelnen Quelle des Völkerrechts ist, können wir hier nicht untersuchen. Wir müssen auf die Beispiele abstellen, welche die völkerrechtliche Literatur uns gibt¹²⁴⁾. Daneben kommt die Wissenschaft auch als mittelbare Quelle in Betracht; das beweist der schon genannte Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofes; er stimmt in diesem Punkte mit dem Art. 1 Z.G.B. ungefähr überein, welcher die Berücksichtigung der bewährten Lehre fordert.

Daß gegenwärtig innerhalb der Staaten des europäischen Kontinents die Wissenschaft kaum mehr eine eigentliche Rechtsquelle ist, muß man allerdings zugeben. Dafür lassen sich aber besondere Gründe anführen: Die verhältnismäßig rasche Arbeitsweise des Gesetzgebers sowie die Schulung und die daraus folgende Unabhängigkeit der Richter gestatten einerseits nicht, zu erwarten, daß sich die Gerichte einer Lehre, selbst wenn sie verbreitet ist, ohne weiteres unterwerfen. Auch hat schon die große Zahl der Prozesse daran gewöhnt, wenigstens auf die Bestätigung durch ein gerichtliches Urteil zu warten, bevor an eine Bindung gedacht wird. Andererseits

¹²³⁾ Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre*, I, passim.

¹²⁴⁾ Vgl. Brierly, *Law. of Nations*, S. 44 ff.; Lauterpacht, *loc. cit.*, S. 5 ff.

erschwert der große Umfang der Literatur die Entstehung einer *communis opinio*, oft sogar einer herrschenden Meinung. Es braucht aber nur der eine oder der andere dieser Gründe zu fehlen, so kann damit gerechnet werden, daß die Wissenschaft, wie in ältern primitiven Verhältnissen oder heute noch im Völkerrecht, geltendes Recht hervorbringt ¹²⁵).

Endlich betrachtet man auch als Quelle des Völkerrechts gewisse Verträge, sogenannte *traités-lois* oder Vereinbarungen; diese gelten oft als Ersatz für die der internationalen Rechtsgemeinschaft mangelnde Gesetzgebung ¹²⁶). Der Begriff Vereinbarung ist allerdings nicht ganz eindeutig; man versteht darunter zuweilen jeden völkerrechtlichen Vertrag, der einen Rechtssatz aufstellt, oft sogar in der Annahme, es sei dies die einzige Rechtsquelle des Völkerrechts ¹²⁷). Vereinbarung wird etwa auch als eine besondere Art des Rechtsgeschäfts, als Gesamttakt, andern Verträgen, insbesondere Austauschverträgen gegenübergestellt ¹²⁸). Hier haben wir uns nur mit einem engeren Begriff zu beschäftigen, mit der Vereinbarung, welche einen allgemeinen Rechtssatz aufstellt und diesem zugleich für Staaten, die am Vertragsschluß nicht beteiligt sind, belastende Wirkung beilegt. Es ist diese Vereinbarung natürlich auch von den viel häufigeren Verträgen zu unterscheiden, worin nur ein Satz des Gewohnheitsrechts ausdrücklich Anerkennung findet, und die deshalb ein Indiz für die Geltung dieses Satzes bilden ¹²⁹).

¹²⁵) Das « American Law Institute » läßt seit zehn Jahren für einzelne Gebiete des Privatrechts (*contracts, torts, usw.*) durch besondere Kommissionen ein « *restatement of the Law* » vornehmen. Es handelt sich nicht nur um Darstellung des *Case Law*, sondern auch um Vereinfachung und Vereinheitlichung desselben, also um eigentliche Neuschöpfung. Da Eingriffe des Gesetzgebers nicht zu erwarten sind, so wird, wenn nicht alles trägt, sehr bald diesen « *restatements* » gegenüber eine Pflichtüberzeugung bestehen. Vgl. darüber u. a. *Cardozo: The growth of the Law*, S. 1 ff.

¹²⁶) *Brierly, Law of Nations*, S. 45 ff.; *Scelle, loc. cit.*, S. 52 ff. u. *passim*.

¹²⁷) *Triepel, Völkerrecht und Landesrecht*.

¹²⁸) Vgl. *Burckhardt, Organisation*, S. 195, 383, und dort Zitierte.

¹²⁹) *Lauterpacht, loc. cit.* S. 60 ff.

Als Beispiele von Vereinbarungen im besprochenen Sinne nennt man etwa den Gründungsvertrag des Völkerbundes, den Kelloggpakt, auch die neuste Anerkennung der schweizerischen Neutralität¹³⁰⁾. Ihre Wirkungen haben wir hier nicht im einzelnen zu untersuchen; es genügt, festzustellen, daß sie uns durchaus verständlich erscheinen. Die Geltung eines Rechtsatzes beruht, wie wir sahen, auf der *opinio necessitatis*, auf der Erwartung also, daß ein Verstoß dagegen als Rechtsverletzung behandelt werde. Warum soll nicht auch ein völkerrechtlicher Vertrag allgemeine Pflichtüberzeugung hervorrufen, wenn bei den Vertragsschließenden der Wille erkennbar ist, ein Abgehen von den aufgestellten Rechtssätzen auch durch Dritte nicht zu dulden, und sie die Macht besitzen, diesen Willen durchzusetzen? Die Bildung einer *opinio necessitatis* erfolgt auch in diesen Fällen leichter, wenn der Inhalt des Vertrags allgemeine Zustimmung erweckt.

Immerhin ist dieses Mittel der Rechtsschöpfung nur denkbar in einer Gesellschaft, in der die Zwangsanwendung noch kaum geregelt ist, und das Ordnungsbedürfnis nicht durch das vollkommene Mittel der Gesetzgebung befriedigt wird.

So finden wir keine *traités-lois* im innerstaatlichen Rechte. Hier kann man sich an den Grundsatz halten, daß Verträge nur die Vertragsschließenden belasten. Wenn ausnahmsweise ein Vertrag doch weitergehende Wirkungen hat (man denke z. B. an Gesamtarbeitsverträge oder an sog. *contrats-types*), so beruhen diese Wirkungen nicht unmittelbar auf dem Vertrag, sondern auf einer besonderen Vorschrift des objektiven Rechts.

Ob freilich in primitiven, altertümlichen Verhältnissen von mächtigen Personen abgeschlossene Verträge nicht doch auch ähnlich wirken konnten, wie heute völkerrechtliche Vereinbarungen, ist bisher, soviel ich weiß, nicht untersucht worden.

Diese verschiedenen Arten des ungeschriebenen Rechts sind für die Quellenlehre namentlich deshalb wichtig, weil sie zeigen, daß ungeschriebenes Recht auch ein Bedürfnis nach

¹³⁰⁾ Scelle, loc. cit. S. 127 ff.

rascher Regelung befriedigen kann. Mit dem Gewohnheitsrecht allein kommt nur eine Gesellschaft aus, deren Verhältnisse einfach und stabil sind. Die andern Arten des ungeschriebenen Rechts dagegen sind auch mit einem hohen Stande der Kultur vereinbar.

Es soll damit aber selbstverständlich nicht gesagt sein, daß das ungeschriebene Recht in jeder Beziehung einen vollwertigen Ersatz für die Gesetzgebung bildet. In der Völkerrechtsgemeinschaft insbesondere entbehrt man je länger desto schmerzlicher ein gesetzgebendes Organ ¹³¹⁾.

III.

Das *Gesetz* war, wie wir sahen, der Ausgangspunkt der staatlichen Quellenlehre. Bei oberflächlicher Beobachtung scheint ja tatsächlich das von den staatlichen Organen gesetzte Recht auf den Staat als Quelle zurückzugehen.

Doch hält diese Annahme näherer Prüfung nicht stand. Sie wäre höchstens unter zwei Voraussetzungen richtig:

einmal, daß nur diejenigen Gesetze gelten, die von einer dafür zuständigen Behörde erlassen wurden,

so dann, daß jedes von der zuständigen Behörde geschaffene Gesetz wirklich in Geltung steht, solange es nicht durch ein neues Gesetz aufgehoben wird.

Keine dieser Voraussetzungen trifft aber zu:

Auf die Beseitigung des Gesetzes durch Gewohnheitsrecht oder sonstiges ungeschriebenes Recht haben wir bereits hingewiesen.

Es gibt aber noch andere Gründe für die Nichtgeltung eines verfassungsmäßig ergangenen Gesetzes.

¹³¹⁾ Vgl. u. a. Brierly, *Law of Nations*, 52 ff.

Möglicherweise ist die Mißbilligung desselben so stark, daß von vornherein die Erwartung besteht, der Richter werde es nicht anwenden wollen. « Une loi gênante est le plus souvent tournée en France ¹³²⁾. » Wie häufig auch bei uns nach kurzer Zeit eine Auslegung gegen den Wortlaut notwendig ist, um billige Entscheidungen herbeizuführen, ist bekannt ¹³³⁾. Warum sollte nicht unter Umständen schon unmittelbar nach Erlaß des Gesetzes damit gerechnet werden?

Oder aber: Der Richter zwar ist gewillt, nach dem Gesetz zu urteilen; bei den Rechtsgenossen macht sich aber ein so heftiger Widerstand dagegen geltend, daß die Durchführung des Gesetzes einfach unmöglich ist. Dann vergeht auch eine *opinio necessitatis* sehr bald, wenn sie überhaupt je bestanden hat.

Einen Fall dieser Art beobachten wir heute wieder in Algerien, wo vor einiger Zeit, der rechtlichen Stellung des Landes gemäß, das französische Strafgesetzbuch eingeführt worden ist. Danach fällt die bei einigen Stämmen von alters her übliche Tötung der Ehebrecherin durch ihre Verwandten unter die Bestimmungen des Mordes oder des Totschlages. Infolge des Widerstandes der Bevölkerung ist es den Gerichten jedoch bisher nicht gelungen, auch nur einen Strafprozeß in solchen Fällen mit einer Verurteilung zu beenden; kein Zeuge konnte zu einer Aussage veranlaßt werden ¹³⁴⁾. Eine Aenderung der Verhältnisse ist vorderhand nicht zu erwarten. Das französische Strafgesetzbuch gilt demnach, was die Tötung der Ehebrecherin anbelangt, für die Stämme, bei denen die alte Sitte herrscht, gegenwärtig noch nicht ¹³⁵⁾.

Andererseits können in allen Staaten Gesetze gelten, zu deren Erlaß die gesetzgebenden Behörden nicht befugt waren, die also verfassungswidrig sind. Das ist selbst da möglich, wo,

¹³²⁾ Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*.

¹³³⁾ Vgl. oben S. 50.

¹³⁴⁾ Vgl. Maunier, *loc. cit.*, S. 101 ff.

¹³⁵⁾ Vor kurzem konnte auch zweifelhaft sein, ob das amerikanische Prohibitionsgesetz in den Vereinigten Staaten überall wirklich noch galt.

im Gegensatz z. B. zur Schweiz, der Richter ermächtigt ist, die Uebereinstimmung eines jeden Gesetzes mit der Verfassung zu prüfen; denn es ist nicht ausgeschlossen, daß der Richter einmal die Verfassungswidrigkeit nicht erkennt oder daß ihm der Wille fehlt, die Anwendung des verfassungswidrigen Gesetzes abzulehnen.

Somit gilt das Gesetz nicht, weil es von der zuständigen Behörde erlassen worden ist, sondern weil dessen Anwendung wahrscheinlich erscheint. Voraussetzung der Geltung ist also dieselbe *opinio necessitatis*, die auch für die Geltung des ungeschriebenen Rechts maßgebend ist. Die Pflichtüberzeugung hängt nicht unmittelbar von der Verfassungsmäßigkeit oder der Verfassungswidrigkeit des gesetzlichen Erlasses ab. Entscheidend ist dafür die Vorstellung, welche sich die Rechtsgenossen von der zukünftigen Tätigkeit der rechtsanwendenden Organe machen können; handelt es sich um ein Gesetz, welches einer richterlichen Beurteilung nicht unterliegt, die Vorstellung vom zukünftigen Verhalten derjenigen Personen, die tatsächlich den Zwang ausüben, also unter Umständen der Verwaltungsbehörden.

In einem wohlgeordneten Staate läßt sich allerdings in der Regel annehmen, daß jeder Verstoß gegen ein Gesetz, welches die nach der Verfassung für die Gesetzgebung zuständigen Behörden im Rahmen ihrer Befugnisse erlassen, die Folgen einer Rechtsverletzung haben werde, wenn nicht besondere Gründe dagegen vorliegen. Wohl deshalb konnte man das Erfordernis der *opinio necessitatis* für die Geltung des Gesetzes so häufig übersehen.

Da die Geltung nicht unmittelbare Wirkung selbst einer verfassungsmäßigen Tätigkeit des Gesetzgebers ist, da sich in die Kette der Ursachen der Geltung ein von dieser Tätigkeit unabhängiges Glied einreihet, die Pflichtüberzeugung, ist der Staat nicht einmal Quelle des in einem verfassungsmäßig ergangenen Gesetze aufgestellten Rechtssatzes. Das Gesetzesrecht unterscheidet sich somit in der Art der Entstehung viel weniger vom ungeschriebenen Rechte, als man gewöhnlich denkt.

Aus dem früher Gesagten ergibt sich, daß die Billigung des Gesetzesinhaltes für die Entstehung der *opinio necessitatis* oft von entscheidender Bedeutung sein muß. Mißbilligung kann, wie wir sahen, die Geltung von vornherein verhindern, wenn mit einer ähnlichen Einstellung des Richters zu rechnen ist oder mit einem so starken Widerstand bei den Rechtsgenossen, daß die Durchführung des Gesetzes unmöglich scheint. Es wäre aber dennoch falsch, deshalb zu behaupten, die Tätigkeit des Gesetzgebers könne, wenn das Gesetz Geltung erlangen soll, nur eine technische sein, allein in der Formung eines allgemein geforderten Rechtssatzes unter Hinzufügung einer Sanktionsnorm bestehen. Gegen diese Ansicht Duguits haben wir bereits Bedenken geäußert¹³⁶⁾. Denn ein Gesetz wird nicht selten erst nachträglich gebilligt; es kann auch trotz der Mißbilligung gelten, wenn etwa bekannt ist, daß der Richter ähnlich denkt wie der Gesetzgeber. Nicht immer vermag die Mißbilligung einen allgemeinen Widerstand der Rechtsgenossen auszulösen, und nicht immer verhindert dieser Widerstand die Durchführung des Gesetzes.

Die Beobachtung zeigt im Gegenteil, daß der Inhalt des Gesetzes im einzelnen meistens auf dem Willen einer Mehrheit in den gesetzgebenden Körperschaften beruht, auch dann, wenn dem Erlasse eine öffentliche Diskussion vorangegangen ist, ja selbst dann, wenn vorher, wie es bei uns nicht selten geschieht, die durch das Gesetz zunächst Betroffenen um ihre Meinung gefragt worden sind¹³⁷⁾.

Ist die Pflichtüberzeugung Voraussetzung der Geltung des Gesetzes, so ist es unmöglich, für diese Geltung einen rechtlichen Grund anzugeben. Diesen erblickt man häufig in der Verfassung, welche bestimmte Organe zur Gesetzgebung ermächtigt und verpflichtet und damit stillschweigend Gehor-

¹³⁶⁾ Siehe oben S. 18.

¹³⁷⁾ Vgl. darüber die interessanten Ausführungen von Schindler, loc. cit. 97 ff.

sam gegenüber den Gesetzen fordert¹³⁸⁾. Nach dieser Auffassung gilt das Gesetz, weil die Verfassung es so will. Der Gedankengang hat für den Juristen etwas Bestechendes. Er gibt ihm die Möglichkeit, die Geltung des Gesetzes als Wirkung eines bestimmten Rechtssatzes zu erklären.

Doch wäre diese Erklärung auf alle Fälle nicht denkbar für die Geltung eines verfassungswidrigen Gesetzes; denn darauf bezieht sich das Gehorsamsgebot der Verfassung selbstverständlich nicht. Für die Geltung eines verfassungsmäßigen Gesetzes wäre sie aber nur dann möglich, wenn die Geltung notwendige Folge des verfassungsmäßigen Verhaltens des Gesetzgebers wäre. Das ist sie aber nicht. Nicht weil die Verfassung Gehorsam verlangt, gilt das Gesetz, sondern, wie wir sahen, weil sich dessen Anwendung tatsächlich erwarten läßt.

Man wird aber vielleicht die Geltung des Gesetzes dadurch mit dem Gehorsamsgebot der Verfassung in Beziehung setzen wollen, daß man sagt, die Geltung eines der Verfassung gemäß erlassenen Gesetzes sei stets dann gesichert, wenn das Gehorsamsgebot allgemein befolgt wird.

Auch dann gilt jedoch das Gesetz nicht, weil ihm gegenüber Gehorsam geboten ist, sondern weil diesem Gebote Folge geleistet wird. Es ist darum nicht das Gebot der Grund der Geltung, sondern es ist die Gebotsbefolgung eine Ursache der *opinio necessitatis*. Diese kann andere Ursachen haben. Bei einem verfassungswidrigen Gesetz z. B. die Erfahrung, daß auch ein von der gesetzgebenden Behörde in Ueberschreitung ihrer Befugnisse geschaffenes Gesetz regelmäßig Anwendung findet.

Man dürfte nur dann von einem Grund der Geltung sprechen, wenn die Verfassung anordnen würde, daß jedes nach ihren Vorschriften zustandegekommene Gesetz in Geltung stehe. Eine derartige Vorschrift wäre aber vollständig sinnlos, weil in Wirklichkeit nicht alle Gesetze gelten, die nach

¹³⁸⁾ Vgl. u. a. Burekhardt, loc. cit., S. 163 ff., und die dort Zitierten.

der Verfassung entstanden sind, und zahlreiche Gesetze gelten, trotzdem deren Erlaß verfassungswidrig war.

Den Tatsachen entspräche nur eine Bestimmung folgenden Inhalts: Jedes verfassungsmäßig entstandene und regelmäßig angewandte Gesetz gilt. Dies wäre aber kein Gebot, sondern eine gänzlich überflüssige Feststellung von Tatsachen; auch sie könnte darum nicht Rechtsgrund der Geltung sein.

Ein Gehorsamsgebot in der Verfassung kann überhaupt nur den Sinn haben, daß ein verfassungsmäßig zustandekommenes Gesetz befolgt werden soll, daß es also nach der Verfassung gültig sei. Mit der Gültigkeit ist aber die Geltung noch nicht gegeben. Die Rechtsgenossen können noch so sehr gewillt sein, dem Gehorsamsgebote Folge zu leisten, die Geltung tritt nicht ein, wenn aus irgendeinem Grunde für den Fall der Uebertretung des Gesetzes ein Zwang nicht in Aussicht steht. Die Geltung ist eben eine sozial-psychologische Tatsache, die nicht notwendige Folge weder eines rechtmäßigen noch eines rechtswidrigen Verhaltens ist. Nur wenn sie das wäre, könnte sie Wirkung eines Gebotes sein, könnte ein Gebot als ihr Rechtstitel angesehen werden.

In der Frage nach dem Geltungsgrunde des Gesetzes liegt demnach ein Denkfehler, den die staatliche Quellenlehre nur deshalb immer wieder begehen konnte, weil sie die wahren Ursachen der Geltung übersah.

Doch liegt vielleicht gerade in der Hoffnung, einen Geltungsgrund des Gesetzes nachweisen zu können, eine Erklärung dafür, weshalb man heute noch so häufig an der staatlichen Quellenlehre festhält.

Geht man nämlich von der in der Philosophie Kants gegründeten Annahme aus, daß das Recht als Norm einer Welt des Sollens angehört, die von der Welt des Seins vollständig getrennt ist, so sind in der Rechtswissenschaft keine kausalen Erklärungen, sondern allein Zweckerwägungen denkbar. Nur nach der Uebereinstimmung eines Rechtssatzes mit höheren und höchsten Grundsätzen der gesellschaftlichen Ordnung, zu-

letzt mit der « Rechtsidee », darf gefragt werden. Das Recht einer andern Betrachtung zu unterziehen, ist dagegen nicht erlaubt.

Infolgedessen ist es zunächst unmöglich, nach der Entstehung eines geltenden Rechtssatzes und nach den Bedingungen der Geltung zu forschen. Das hieße eine in einer Normwissenschaft unzulässige kausale Erklärung verlangen.

Einen Ausweg scheint nun der Nachweis eines Geltungsgrundes zu bieten. Eröffnet sich nicht damit die Möglichkeit, auch die Geltung teleologisch zu deuten? Gilt das Gesetz, weil es gelten soll, so ist die Geltung als Mittel zur Erreichung des Rechtszwecks angeblich gerechtfertigt¹³⁹⁾. Die Frage, woran die Geltung eines Gesetzes zu erkennen sei, wird nicht gestellt, da man es meist als selbstverständlich annimmt, obwohl dies den Tatsachen nicht entspricht, daß das verfassungsmäßig zustandegekommene Gesetz stets gelte und daß nur dieses gelte.

Auch die Abneigung der staatlichen Quellenlehre gegen das Gewohnheitsrecht versteht man jetzt noch besser: Die Geltung des Gewohnheitsrechts hat eben keinen rechtlichen Grund und kann deshalb als solche nicht gerechtfertigt werden; sie ist eine schlechthin « irrationale » Tatsache¹⁴⁰⁾.

Dieser Versuch einer teleologischen Erklärung der Geltung verwechselt jedoch Geltung und Gültigkeit. Er scheitert an den Tatsachen, die wir oben dargelegt haben. Welchen Schwierigkeiten er sonst noch begegnet, brauchen wir deshalb nur anzudeuten:

Ist die Geltung eines Rechtssatzes nur dann erklärt, wenn ein Grund der Geltung nachgewiesen ist, so sollte auch für die Verfassung ein Geltungsgrund gefunden werden. Das ist jedoch überaus schwierig; denn über der Verfassung steht kein höherer Rechtssatz. Eine hypothetische höchste Norm, wie sie

¹³⁹⁾ Dieses Motiv scheint mir namentlich bei Burckhardt ausschlaggebend zu sein.

¹⁴⁰⁾ Vgl. Burckhardt, loc. cit., S. 223 ff.

sich Kelsen denkt¹⁴¹⁾, kann auf alle Fälle kein wahrer Geltungsgrund sein.

Verzichtet man aber auf einen Geltungsgrund der Verfassung und nimmt man die Geltung derselben als das, was sie wirklich ist, als eine Tatsache, die nur genetisch erklärt werden kann¹⁴²⁾, so wird der Wert der Verfassung als Geltungsgrund des Gesetzes in Frage gestellt.

Soll jedoch das Völkerrecht Geltungsgrund der Verfassungen der einzelnen Staaten sein¹⁴³⁾, so hat man wieder einen Geltungsgrund des Völkerrechts zu suchen; man kommt dann leicht zu einem regressus in infinitum.

Sieht man dagegen ein sittliches Gehorsamsgebot als Geltungsgrund an¹⁴⁴⁾, so liegt darin zunächst ein Verzicht auf einen rechtlichen Geltungsgrund¹⁴⁵⁾; das ist insofern bedeutsam, weil es fraglich ist, ob überhaupt die Gesellschaftswissenschaft in dieser Weise auf sittliche Normen abstellen darf. Davon wird später noch ein Wort zu sagen sein. Ferner begegnet man dem Zweifel, ob es wirklich sittlich geboten sein könne, unter allen Umständen jeder Verfassung und, da ja die Verfassung als Geltungsgrund des Gesetzes gesichert werden soll, jedem auf Grund einer Verfassung ergangenen Gesetze zu gehorchen. Nimmt man das an, so ist der Inhalt der sittlichen Norm durchaus fragwürdig; lehnt man es aber ab, so gibt man damit zu, daß nur einzelne Verfassungen, nur einzelne Teile einer Verfassung sowie nur einzelne verfassungsmäßig erlassene Gesetze einen Geltungsgrund haben. Für die Geltung der übrigen Rechtssätze fehlt dann jede Begründung.

Dazu kommt, daß die Geltung als solche ebenso wenig sittlich geboten sein kann als rechtlich. Besteht wirklich ein sittliches Gebot, unter gewissen Voraussetzungen dem Rechte zu gehorchen, so vermag es höchstens, wenn es regelmäßig

¹⁴¹⁾ Kelsen, Allgemeine Staatslehre S. 104; vgl. Anm. 41.

¹⁴²⁾ Vgl. u. a. Burekhardt, Organisation, S. 212 ff.

¹⁴³⁾ Siehe Anm. 36.

¹⁴⁴⁾ Vgl. darüber Baumgarten, Die Wissenschaft vom Rechte I.

¹⁴⁵⁾ Zutreffend hervorgehoben bei Burekhardt, Organisation, S. 196 f.

befolgt wird, die Bildung einer *opinio necessitatis* dem Rechte gegenüber zu erleichtern. Alles, was wir vom verfassungsmäßigen Gehorsamsgebote gesagt haben, gilt ebenso vom sittlichen.

Wie man sich darum auch das Verhältnis von Sein und Sollen im allgemeinen denken mag, gerade die Unmöglichkeit, die Geltung des Rechts anders als genetisch zu verstehen, beweist, daß die Rechtswissenschaft mit einer Sollensbetrachtung allein nicht auskommt, daß sie vielmehr ihren Gegenstand, das geltende Recht, zunächst als Tatsache des gesellschaftlichen Lebens begreifen muß.

Da die Verfassung nicht Geltungsgrund des Gesetzes ist, wird man auch ohne weiteres verstehen, daß nach dem Sturz einer Verfassung sehr oft ein großer Teil der bisherigen Ordnung einfach in Geltung bleibt. Wie die Beobachtung nämlich zeigt, entsteht niemals ein vollständig rechtsleerer Zustand; immer noch läßt sich erwarten, daß Uebertretungen zahlreicher Rechtssätze als Rechtsverletzungen behandelt werden. Die Geltung dieser Sätze hängt nicht davon ab, daß die neue Verfassung das bisherige Recht anerkennt. Eine ausdrückliche Anerkennung findet übrigens in der Regel nicht statt; eine stillschweigende anzunehmen, ist schließlich nur eine Fiktion.

Die Rechtsgeschichte zeigt uns Fälle, in denen die Geltung gesetzten Rechts sogar den vollständigen Untergang eines Staates überdauert hat. Nach der Eroberung Konstantinopels durch die Türken galten viele Erlasse der byzantinischen Kaiser für die Griechen jahrhundertlang weiter. Aehnliches läßt sich schon nach dem Sturz des weströmischen Reiches feststellen.

Auch den Sinn der Revisionsbestimmungen einer Verfassung zu erfassen, bereitet jetzt keine Schwierigkeiten mehr. Burckhardt behauptet, die Abänderung einer Verfassung nach bisher geltenden Revisionsbestimmungen sei ein revolutionärer Vorgang, weil die alte Verfassung nicht über der neuen stehe

und deshalb nicht Geltungsgrund derselben sein könne¹⁴⁶⁾. Der Vorgang unterscheide sich darum nicht wesentlich von der Abänderung auf verfassungswidrigem Wege oder von der Neuschöpfung. Nun stimme ich Burckhardt darin zu, daß die alte Verfassung nicht Geltungsgrund der neuen sein kann, allerdings nicht nur deshalb, weil die alte Verfassung nicht über der neuen steht, sondern weil ein Rechtssatz überhaupt niemals einen Geltungsgrund hat. Richtig ist selbstverständlich auch, daß eine auf verfassungswidrigem Wege abgeänderte Verfassung zu gelten vermag.

Dagegen besteht doch ein wesentlicher Unterschied zwischen der Aufstellung einer neuen Verfassung oder der verfassungswidrigen Revision einer bestehenden, und der Abänderung, die sich nach geltenden Revisionsbestimmungen vollzieht. Denn es liegt in diesem Falle im Gegensatze zu jenen eine durchaus rechtmäßige Tätigkeit der verfassungsgebenden Organe vor. Die Schaffung der Bundesverfassung im Jahre 1848 z. B. war revolutionär, die Revision im Jahre 1874 dagegen nicht¹⁴⁷⁾. Die Geltung auch der rechtmäßig revidierten Verfassung allerdings beruht auf der *opinio necessitatis*, die einzig und allein durch das bestimmt wird, was sich in Zukunft von den mit der Zwangsanwendung betrauten Personen tatsächlich erwarten läßt. Selbstverständlich ist unter Umständen die Rechtmäßigkeit der Revision für diese Erwartung und damit für die *opinio necessitatis* nicht ohne Bedeutung.

Die Geltung der gesetzten Verfassung ist also in der gleichen Weise zu erklären wie die Geltung irgendeines andern Rechtssatzes. Eine von Machthabern aufgestellte neue Ver-

¹⁴⁶⁾ Burckhardt, Organisation, S. 213 ff.

¹⁴⁷⁾ Desgleichen wäre die geplante Vereinigung der Kantone Basilstadt und Baselland ein revolutionärer Vorgang; denn weder die Verfassung des einen noch des andern Halbkantons gibt den gesetzgebenden Organen die Befugnis, das bisherige Staatswesen aufzugeben. Trotzdem könnte die neue Verfassung des Gesamtkantons in Geltung stehen, wenn sich die tatsächliche Durchführung derselben erwarten läßt.

fassung gilt, sobald ihr gegenüber eine allgemeine Pflichtüberzeugung besteht.

Die Bundesverfassung des Jahres 1848 stand deshalb in Geltung, als sie am 12. September von der Tagsatzung als angenommen verkündet worden war ¹⁴⁸⁾. Denn von diesem Augenblicke an war nicht zu zweifeln, daß die durch den Ausgang des Sonderbundskrieges zur Macht gelangten Kantone, welche nach dem Ergebnis der Volksabstimmung die Mehrheit der Eidgenossen hinter sich hatten, den Willen und die Mittel besaßen, die Verfassung durchzuführen, insbesondere die Ernennung der neuen Behörden zu erzwingen.

Burckhardt sagt ¹⁴⁹⁾, eine Verfassung gelte dann, wenn sie durch eine staatliche Organisation gestützt wird, wenn sie sich also mit der Macht verbunden hat; das ist richtig, sofern es nur bedeuten soll, daß sich für die Zukunft Zwangsanwendung bei einer Uebertretung der Verfassungsbestimmungen erwarten läßt. Die Pflichtüberzeugung (und damit die Geltung) kann jedoch, wie wir sahen, schon bestehen, bevor die neue Verfassung tatsächlich befolgt worden ist, demnach auch schon vor der Bestellung eines darin vorgesehenen Organes.

Daß die Billigung der neuen Verfassung zur Bildung der *opinio necessitatis* beizutragen vermag, daß sie aber dafür nicht unentbehrlich ist, bedarf nach dem bisher Gesagten keiner nähern Ausführung.

Ob der Entstehung einer Bundesverfassung im besondern ein Vertrag zwischen den Gliedstaaten vorausgeht, ist eine reine Tatfrage ¹⁵⁰⁾. Der Vertrag wäre nur als völkerrechtlicher denkbar. Er könnte dann aber alle Wirkungen eines Völkerrechtsvertrages haben, unter Umständen auch die eines « *traité-loi* », von denen oben die Rede war. Daß aber ein Vertrag niemals Rechtstitel der Geltung der Verfassung sein könnte, ist für uns selbstverständlich.

¹⁴⁸⁾ Vgl. darüber Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 8 ff.

¹⁴⁹⁾ Burckhardt, Organisation, 186.

¹⁵⁰⁾ Fleiner, loc. cit., Burckhardt, Organisation, S. 195.

Notwendig ist ein solcher Vertrag jedenfalls nicht. Im Jahre 1848 ist von einer Vereinbarung zwischen den Kantonen nicht die Rede gewesen.

Was die Geltung anbelangt, steht die Verfassung demnach nicht über, sondern neben dem übrigen Rechte. Nur insofern kann sie als ein Recht erster Ordnung angesehen werden, als sie zuweilen Grundsätze enthält, die der Gesetzgeber in die Gesetze aufzunehmen verpflichtet ist, und als ihre Vorschriften über Rechtssetzung und Rechtsanwendung für die Durchführung der ganzen Rechtsordnung von Bedeutung sind.

IV.

Darf die Frage, wie geltendes Recht entsteht, nicht mit der Frage verwechselt werden, welche Stellung den einzelnen Erscheinungsformen des Rechts gegenüber einzunehmen ist, so hat sich eine empirische Quellenlehre doch auch mit dieser zweiten Frage, also mit dem Problem der *Rechtsquellenpolitik* zu befassen. Es handelt sich hier darum, zu wissen, welche Rechtsquelle am ehesten Aussicht dafür bietet, daß der Inhalt der Rechtssätze angemessen sei und daß dieser Inhalt sicher verwirklicht werde. Unter Rechtsquelle verstehen wir den Ort, wo das geltende Recht zu schöpfen ist (vgl. oben, S. 11), also Gesetz, gesetzte Verfassung, Gewohnheitsrecht, Gerichtsurteil, Wissenschaft, Vereinbarung.

Für die staatliche Quellenlehre ist das Problem der Rechtsquellenpolitik sehr einfach: das Gesetz, dessen Geltung auf die Verfassung gegründet ist, das sich also deutlich als Wille des Staates und nicht irgendwelcher « Privatperson » zu erkennen gibt, verdient unbedingt den Vorzug¹⁵¹⁾.

¹⁵¹⁾ Die Forderung, daß das Gewohnheitsrecht überhaupt verschwinden soll, ist mit den Tatsachen nicht vereinbar, wird aber dennoch immer wieder gestellt.

Die empirische Quellenlehre dagegen kann nicht schon aus diesem Grunde eine Ueberlegenheit des Gesetzes anerkennen; sie hat darum dessen Vorteile im einzelnen zu prüfen und gegen diejenigen anderer Quellen abzuwägen.

Daß dabei jedenfalls Vorsicht am Platze ist, zeigt ein Blick auf die anglikanischen Rechtsordnungen, die, obgleich in ihnen das ungeschriebene Recht überwiegt, den kontinentalen sicherlich nicht nachstehen.

Die Frage nach der richtigen Rechtsquellenpolitik stellt sich in erster Linie für den Gesetzgeber, in zweiter für den Richter.

Für den Gesetzgeber fragt es sich, ob er über jede zu regelnde Materie ein Gesetz erlassen soll oder ob er besser der Entstehung ungeschriebenen Rechts den Lauf läßt. Die sogenannte Freirechtsschule glaubte vor der Alternative, Gesetz oder richterliche Freiheit, zu stehen; darin lag eine Verkenning des tatsächlichen Vorgangs der Rechtserzeugung; denn schon die Neigung des Richters, angemessene Entscheidungen zu wiederholen, und die der Rechtsgenossen, mit dieser Wiederholung zu rechnen, führt beinahe notwendig zu einem Gerichtsgebrauch, wenn nicht geradezu schon auf Grund einzelner Entscheidungen geltendes Recht entsteht. Berühmte Beispiele allmählicher Festlegung des richterlichen Rechts sind das prätorische Edikt in Rom und die Equity in England, wo man schließlich von einem « rigor aequitatis » hat sprechen können ^{151a}).

Zur Rechtsquellenpolitik des Gesetzgebers gehört auch die Gesetzestchnik; denn gerade bei der Abfassung eines Gesetzes muß man wissen, was andern Quellen zur Ergänzung überlassen werden soll. Dieses Problem ist bereits durch eingehende Untersuchungen geklärt worden ¹⁵²); wir gehen deshalb hier nicht darauf ein.

^{151a}) Vgl. de Page, Gouvernement des juges, S. 76 ff.

¹⁵²) Vgl. schon Montesquieu, Esprit des lois; neuerdings Gény, La technique législative, in Livre du centenaire du code civil, II, S. 989 ff.

Vielmehr beschränken wir uns auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Materie am besten durch Gesetz zu regeln sei. Als Vorzüge des Gesetzes gelten vor allem: Möglichkeit einer öffentlichen Erörterung über den Gesetzestext vor dem Erlaß¹⁵³, Bestimmtheit der gesetzten Rechtssätze, Einheit und innere Harmonie der Rechtsordnung, wenn die Gesetzgebung überwiegt, endlich die Schnelligkeit, mit der ein Bedürfnis nach Regelung befriedigt werden kann.

Diese Vorzüge wirken sich aber nur dann aus, wenn die Bedingungen des Ortes und der Zeit für die Gesetzgebung günstig sind.

Es ist nicht zu leugnen, daß die öffentliche Diskussion des Gesetzesentwurfes, wie sie in unsern demokratischen Staaten üblich ist, zur Klärung der Aufgabe des Gesetzgebers und damit zu einer richtigen Lösung beitragen kann. Auch läßt sich dadurch die Wirkung des Gesetzes in weitem Maße schon zum voraus abschätzen¹⁵⁴); ferner kann über die, für die Entstehung der *opinio necessitatis* wichtige allgemeine Zustimmung Sicherheit gewonnen werden. Doch muß aus der öffentlichen Besprechung ein Vorschlag zu einer angemessenen Regelung hervorgehen können; das ist nicht der Fall, wenn etwa nur politische Leidenschaften oder einzelne Sonderinteressen darin zum Ausdruck kommen und schließlich auch beim Gesetzgeber den Ausschlag geben. Eine Weiterentwicklung des Rechts durch die Urteile eines gebildeten, sachlich abwägenden Richterkollegiums oder durch Vertragsabschlüsse, aus denen allmählich ein Gewohnheitsrecht entsteht, wäre dann der Gesetzgebung bei weitem vorzuziehen.

Bestimmtheit des gesetzten Rechts ist nur möglich, wenn die gesetzgebenden Organe Personen verwenden können, die fähig sind, ein Gebot in klare Form zu fassen. Diese Fähigkeit verlangt Uebung, sie ist daher auf dem Kontinente eher zu finden als in England; deshalb gilt dort der Grundsatz,

¹⁵³) von Jèze, loc. cit., namentlich hervorgehoben.

¹⁵⁴) Vgl. Schindler, siehe o., Anm. 137.

der dem Kontinentalen eigentümlich vorkommt, daß jedes Gesetz einschränkend auszulegen sei ¹⁵⁵): « Statute has neither humanity nor humour. »

Die Bestimmtheit darf nicht auf Kosten des Inhaltes gehen; der Gesetzgeber muß deshalb die Verhältnisse, die er ordnen will, genau übersehen und eine angemessene Regelung dafür finden können. Wenn etwa zur Zeit der Abfassung eines Gesetzbuches der Stand der Wissenschaft nicht erlaubt, ein Problem richtig zu lösen, so ist es jedenfalls besser, die Lösung der Rechtsprechung zu überlassen, welche zukünftige Fortschritte der Wissenschaft berücksichtigen wird. Lange glaubte man auf dem Kontinente jede gesuchte Lösung dem *corpus juris* entnehmen zu können; trotzdem man aber oft nur Scheinlösungen fand, ließ das den Gesetzgeber unvorsichtig werden. Die Engländer sind namentlich deshalb jeder Kodifikation abgeneigt, weil sie übereilte Lösungen befürchten ¹⁵⁶). Daß diese Furcht nicht ganz unberechtigt ist, beweist u. a. die unglückliche Regelung des Konsenses und der Willensmängel in den kontinentalen Gesetzbüchern, die der englischen, welche durch die Rechtsprechung in Verbindung mit der Wissenschaft ausgebildet worden ist, bei weitem nachsteht ¹⁵⁷).

Der Einheitlichkeit der Rechtsordnung soll eine Ausdehnung der Gesetzgebung deshalb dienen, weil, wie man sagt, die meisten Rechtssätze dann von derselben Stelle ausgehen, nämlich vom staatlichen Gesetzgeber. Diese Erwägung beruht aber nur auf einer Fiktion. In Wahrheit ist für den Inhalt der Gesetze stets der Wille bestimmter Personen maßgebend, im besten Falle der Mehrheit in den gesetzgebenden Körperschaften. Wie rasch aber die Zusammensetzung und die Willensrichtung einer Mehrheit wechselt, ist eine bekannte Tatsache. So wird sich ein neues Gesetz nur dann harmonisch in die bestehende Rechtsordnung einfügen, wenn es von Per-

¹⁵⁵) Vgl. Allen, loc. cit. 237 ff.

¹⁵⁶) Vgl. Allen, loc. cit.

¹⁵⁷) Vgl. Simonius, Zeitschr. f. schweiz. R., 50, S. 288 f.

sonen abgefaßt wird, welche die nötigen Kenntnisse besitzen, um die Harmonie herbeizuführen. Diese wird aber verhältnismäßig selten erreicht. Beweis dafür ist die große Arbeit, welche Richter und Rechtsgelehrte bei der Auslegung zu leisten haben. Rechtsschöpfung durch einen hochstehenden Richterstand bietet darum oft auch bessere Gewähr für die Einheitlichkeit der Rechtsordnung.

Bleibt noch der Vorzug der Schnelligkeit; es ist zuzugeben, daß für rasche und tiefgehende Eingriffe in die bestehende Rechtsordnung die Gesetzgebung heutzutage das sicherste Mittel ist; Notstandsmaßnahmen werden auch in England und Amerika durch Gesetze getroffen. Immerhin konnten wir feststellen, daß bisweilen auch ungeschriebenes Recht in kurzer Zeit entsteht.

Selbstverständlich sind bei jeder Ueberlegung über die Verwendung der Rechtsquellen zugleich auch die Bedingungen zu berücksichtigen, welche für die Bildung ungeschriebenen Rechts bestehen. Nicht überall und nicht zu jeder Zeit sind die Richter in gleicher Weise für die Rechtsschöpfung geeignet. Entstehung von Gewohnheitsrecht durch Vertragsübung führt unter Umständen zu einer unbilligen Herrschaft bestimmter Personen oder Stände¹⁵⁸).

So gibt es für die Rechtsquellenpolitik des Gesetzgebers keine allgemein gültigen Grundsätze.

Ebenso wenig kann ein für allemal die Stellung des Richters zu den Rechtsquellen festgelegt werden. Ist ihm auch im allgemeinen Gesetzestreue zu empfehlen, damit er die Sicherheit der Rechtsordnung nicht gefährde, so soll man ihm doch nicht gänzlich verwehren, wenn es notwendig scheint, vom Gesetzeswortlaute abzugehen; man würde ihn sonst geradezu zwingen, ungerechte Entscheidungen zu treffen. Dann insbesondere wird ihm erlaubt sein, der Stimme seines Gewissens zu folgen, wenn eine Rechtsänderung durch den Gesetzgeber in

¹⁵⁸) Nicht immer liegt in der Uebung von vornherein eine Rechtfertigung des Gewohnheitsrechts, vgl. oben S. 34.

absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist. Dabei soll er selbstverständlich den Wert der Neuerung gegen die Gefahren abwägen, die jedes Abgehen von der geltenden Ordnung in sich schließt.

Hat aber etwa allgemeine Mißbilligung des Gesetzes zur Entstehung eines abändernden Gewohnheitsrechtes oder ungeschriebenen Rechtes anderer Art geführt, so ist es für den Richter sehr einfach, Stellung zu nehmen; er hat zunächst die Pflicht, das nunmehr geltende neue Recht anzuwenden. Im übrigen stehen ihm dem ungeschriebenen Rechte gegenüber dieselben Auslegungsbefugnisse zu wie dem Gesetze ¹⁵⁹⁾.

V.

Der Vorgang der Rechtserzeugung ist keineswegs einheitlich. Das Recht kann sich in verschiedener Weise bilden. Die Rechtserzeugung beginnt etwa damit, daß ein Gelehrter eine rechtspolitische Forderung stellt, die dann von der öffentlichen Meinung aufgenommen wird. Unter Umständen genügt das schon zur Entstehung eines geltenden Rechtssatzes. Oder aber ein Gericht wendet den vorgeschlagenen Satz so an, daß von vornherein mit einer Wiederholung der Entscheidung gerechnet werden kann. Auch das vermag zur Entstehung geltenden Rechtes zu führen. Möglicherweise bildet sich ein Gerichtsgebrauch, nachdem die Gerichte wiederholt dem geforderten Rechtssatz gemäß geurteilt haben, oder ein volksmäßiges Gewohnheitsrecht, wenn während längerer Zeit die einzelnen ihr Verhalten darnach gerichtet haben. Endlich ist denkbar, daß ein zur Gesetzgebung ermächtigtes Organ des Staates oder auch ein dazu nicht befugter Machthaber die rechtspolitische Forderung in ein Gesetz faßt.

¹⁵⁹⁾ Vgl. oben S. 32; ferner Reichel, Einleitungsartikel.

Die Entwicklung kann jedoch auch anders beginnen, z. B. damit, daß in einem Kreise von Personen ein bestimmtes Verhalten üblich wird oder daß ein Herrscher eine Regelung, die niemand gefordert hat, von sich aus verfügt und seinen Untertanen aufdrängt.

Nur der Abschluß des Vorganges ist immer derselbe: eine Pflichtüberzeugung bei denjenigen, welchen der Rechtssatz ein Verhalten vorschreibt; diese sind nunmehr vor die Wahl gestellt, dem Gebote zu gehorchen oder Zwang zu erdulden. Die *opinio necessitatis* setzt, wie wir sahen, Erfahrung voraus über die Folgen der Rechtsverletzungen im allgemeinen, sowie eine bestimmte Vorstellung von den zukünftigen Absichten derjenigen Personen, die den Rechtszwang auszuüben haben.

Beginnt somit der Vorgang der Rechtserzeugung zuweilen mit den Entschlüssen einzelner Personen, so verlangt seine Vollendung stets das Zusammenwirken vieler Menschen. Man kann darum niemals sagen, die Geltung eines Rechtssatzes beruhe auf dem Willen einer Person. Auch in den Fällen, in denen staatliche Organe bei der Rechtserzeugung im Rahmen ihrer Befugnisse eine hervorragende Rolle spielen, darf man demnach den geltenden Rechtssatz nicht als Wille des Staates ansehen oder den Staat als dessen Quelle bezeichnen.

Sagt man, es sei die Gemeinschaft, die das Recht erzeuge, so kann man dies als Bild gelten lassen, wenn damit nicht behauptet werden soll, es sei das geltende Recht « Wille » der Gemeinschaft. Wäre die « *masse des consciences individuelles* » bei Duguit nichts anderes als ein bildlicher Ausdruck für die bei der Rechtsbildung notwendige Tätigkeit vieler, so ließe sich auch dagegen nichts einwenden¹⁶⁰⁾.

Wir haben aber Bedenken gegen eine Personifizierung dieser Gemeinschaft, wie sie neuerdings Baumgarten vornimmt¹⁶¹⁾. Es soll die Rechtsgemeinschaft, als juristische Person, das Recht erzeugen; auch das Völkerrecht soll das

¹⁶⁰⁾ Duguit, loc. cit.; vgl. oben, S. 18.

¹⁶¹⁾ Baumgarten, Der Weg des Menschen, S. 502 ff.

Werk einer Person sein, einer internationalen Rechtsgemeinschaft. Nun ist zuzugeben, daß diese Ansicht einen wesentlichen Fortschritt gegenüber der staatlichen Quellenlehre bedeutet. Sie steht ihr aber noch sehr nahe. Versteht man nämlich unter dieser juristischen Person die Gruppe, innerhalb deren sich Rechtssätze bilden^{161a)}, so ist die Personifizierung geeignet, eine falsche Vorstellung von dem tatsächlichen Vorgang der Rechtserzeugung zu erwecken. Es sieht eben so aus, als ob die Tätigkeit dieser Person unmittelbar die Geltung der Rechtssätze bewirke, als ob das Recht also ihr Wille sei.

Außerdem glaube ich, wie ich an anderer Stelle ausgeführt habe¹⁶²⁾, daß die juristische Persönlichkeit eine Fiktion ist und nur als technisches Mittel zu rechtfertigen, um von Rechtsverhältnissen der Angehörigen einer organisierten Gruppe ein praktischen Bedürfnissen dienendes, vereinfachtes Bild zu geben. Nur deshalb werden die gemeinsamen Rechte der Mitglieder und Pflichten derselben, die durch die gemeinsamen Vertreter zu erfüllen sind, so angesehen, als ob sie Rechte und Pflichten der juristischen Person seien. Welche Bedeutung die Fiktion jedoch haben soll, wenn sie auf eine nicht-organisierte Gruppe übertragen wird, deren Angehörige weder gemeinsame Rechte noch gemeinsame Stellvertreter haben, zumal dann, wenn von einem gemeinsamen Handeln gar nicht die Rede sein kann, ist nicht einzusehen.^{162a)}

^{161a)} Etwas anderes läßt sich darunter nicht verstehen, wenn sie nicht mit dem Staate zusammenfallen soll.

¹⁶²⁾ Vgl. Anm. 87.

^{162a)} Ist das Recht auch niemals „Wille des Staates“, so können doch diejenigen geltenden Rechtssätze, welche von staatlichen Organen befugter- oder unbefugterweise gesetzt sind, oder deren Uebertretung wenigstens Zwangsanwendung durch staatliche Organe zur Folge hat, unter den Begriff „staatliches oder innerstaatliches Recht“ gebracht und als solches andern Rechtssätzen, des Kirchen- oder Völkerrechts z. B., gegenübergestellt werden.

VI.

Die Quellenlehre Duguits steht, wie schon erwähnt, der Naturrechtslehre insofern nahe¹⁶³⁾, als auch sie die *Grenze* zwischen dem *geltenden Rechte* und dem *Naturrechte*, d. h. dem geforderten Idealrechte, verwischt.

Nun geht aber dieser Fehler auf eine an sich richtige Beobachtung zurück; ihn ganz zu vermeiden, ist für jede Quellenlehre schwierig, welche nicht, wie die staatliche Theorie der Rechtsquellen, in der Ausgestaltung namentlich, die sie nach der Beseitigung des Naturrechts erhalten hat, einfach das durch die staatlichen Organe gesetzte Recht als geltend ansieht und den wirklichen Vorgang der Rechtsbildung ignoriert^{163a)}.

Wir haben als Kriterium der Geltung die *opinio necessitatis* festgestellt: dieses Kriterium gestattet aber nicht immer ein ganz sicheres Urteil. Zunächst kann es eigentlich nur für die Gegenwart gefällt werden; denn die Pflichtüberzeugung beruht auf der Erwartung eines zukünftigen Verhaltens der den Zwang ausübenden Personen^{163b)}. Die Erwartung erfüllt sich unter Umständen nicht; dann hört, wie wir sahen, die Geltung sehr bald auf.

Doch kann es auch schon von Anfang an zweifelhaft sein, ob das zukünftige Verhalten, mit dem man rechnet, wahrscheinlich genug ist, um die Erwartung eines Zwanges zu rechtfertigen. Die Pflichtüberzeugung, als psychologische Tatsache, ist, bei sich und bei andern, überhaupt nicht immer leicht zu erkennen. Selbstbeobachtung und Indizien können täuschen.

Am sichersten ist das Urteil dann, wie die Beobachtung zeigt, wenn die *opinio necessitatis* von einer Billigung des Rechtesatzes abhängt. Es liegt darum nahe, allein auf diese Fälle abzustellen, da ja außerdem anhaltende Mißbilligung die ein-

¹⁶³⁾ Vgl. Le Fur, loc. cit. (siehe Anm. 53), der den naturrechtlichen Standpunkt gegenüber Duguit vertritt.

^{163a)} Siehe u. a. Cardozo, *The growth etc.* S. 21 ff.

^{163b)} Siehe oben S. 40.

mal vorhandene Geltung eines Satzes in der Regel beseitigt. Uebersieht man gleichzeitig, daß trotz der Billigung die *opinio necessitatis* nicht besteht, wenn, was bei uns allerdings selten ist, sich auf Grund von Erfahrungen nicht zum mindesten vermuten läßt, der Rechtssatz werde auch von denjenigen gebilligt, die den Zwang ausüben, so kommt man schließlich dazu, wie die Naturrechtslehre oder wie Duguit, schon eine allgemein gestellte rechtspolitische Forderung als geltendes Recht anzusehen.

Unsere Untersuchung über das Verhältnis der Billigung zur Pflichtüberzeugung ergibt, daß diese Auffassung, wenn nicht in allen, so doch in vielen Fällen unrichtig ist. Sie läßt zahlreiche Möglichkeiten unbeachtet, von denen wir oben gesprochen haben. Sie verkennt auch, wie wichtig es für die Rechtswissenschaft ist, die Geltung wenigstens so weit als möglich festzulegen.

Stimmen nun bis dahin die Ansichten vieler Naturrechtslehrer und die der Vertreter der Duguitschen Schule überein, so trennen sie sich bei der Beantwortung der Frage, wie die rechtspolitischen Forderungen zustandekommen.

Nach der Naturrechtslehre ist « vernünftige » Ueberlegung dafür maßgebend, also ein Werturteil, das auf Grund höherer und höchster Maximen bewußt gefällt wird. Nach Duguit dagegen stellt die « *masse des consciences individuelles* », wie wir sahen, die Forderung, geleitet durch « *sentiments de justice et de solidarité* ».

In diesem Gegensatz drückt sich eine Verschiedenheit der Weltanschauungen aus; damit haben wir uns hier nicht zu befassen ¹⁰⁴⁾.

In beiden Lehren liegt aber auch Beobachtung der Wirklichkeit; dazu hat eine empirische Quellenlehre Stellung zu nehmen. Es zeigt sich dann, daß die beiden Anschauungen

¹⁰⁴⁾ Vgl. darüber Simonius, Neuere Methodenlehre und Rechtsphilosophie in Frankreich, Zeitschr. f. schweiz. R., 48, S. 1 ff.

sich nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Doch wird m. E. die Lehre des Naturrechts einer größeren Zahl von Tatsachen gerecht als diejenige Duguits.

Rechtspolitische Forderungen großen Stils, welche entscheidenden und dauernden Einfluß auf die Gestaltung einer Rechtsordnung ausgeübt haben, gingen stets von bewußter Besinnung über die erstrebte Neuregelung und deren Verhältnis zu den letzten Grundsätzen der gesellschaftlichen Ordnung aus. Wir sehen das z. B. im letzten Jahrhundert der römischen Republik, als die Ethik der Stoa wesentliche Veränderungen im Rechte herbeiführte; nicht minder zeigt sich dies bei der Aufstellung der Verfassung der Vereinigten Staaten Nordamerikas oder der Verfassungen des revolutionären Frankreichs. Es ist möglich und für tiefergehende Wandlungen vielleicht notwendig, daß die « masse des consciences individuelles » die überlegte Forderung ihrerseits aufnimmt, und daß sich diese bei ihr in Gefühlen äußert. Deswegen beruht sie aber doch auf bewußter Besinnung. Nur in solchen Fällen übrigens wird, wie ich glaube, die « masse » von « sentiments de justice et de solidarité » wirklich geleitet. Wenn, was immerhin zuweilen vorkommen mag, dunkler Drang allein bei einer rechtspolitischen Forderung den Ausschlag gibt, sind meistens nur egoistische Interessen oder triebhafte Wünsche für den Inhalt derselben bestimmend.

Ferner haben wir gesehen, daß Billigung eines Rechtsatzes durch die Wissenschaft nicht selten über die Entstehung einer *opinio necessitatis* entscheidet. Die Wissenschaft *de lege ferenda* aber kann nichts anderes tun, als die Rechtssätze auf ihre Tauglichkeit zu den vorgestellten Zwecken und diese auf ihre Uebereinstimmung mit höheren und höchsten Grundsätzen hin prüfen. Unsere Rechtskultur beruht darauf, daß auch vom Gesetzgeber und vom Richter « vernünftige » Ueberlegung in diesem Sinne verlangt wird.

VII.

Bereitet die Abgrenzung des geltenden Rechts von einem geforderten Idealrechte nicht selten Schwierigkeiten, so ist es, verläßt man den Standpunkt der staatlichen Quellenlehre, oft noch weniger leicht, eine in allen Fällen deutliche *Unterscheidung* des *Rechts* von andern gesellschaftlichen Regeln, insbesondere von der *Sitte*, durchzuführen.

Da m. E. diese Unterscheidung weniger wichtig ist, als man meistens annimmt, scheint mir ein näheres Eingehen auf die sehr umfangreiche Diskussion ¹⁶⁵⁾ der Frage hier nicht notwendig zu sein. Es wird genügen, die eigene Ansicht in Kürze darzulegen.

Bekanntlich ist das Recht, als ein besonderer Teil der gesellschaftlichen Ordnung, gleichsam in Regeln der Sitte (*règles de mœurs*) eingebettet. Es findet auch ein beständiger Uebergang von Normen aus der Sitte in das Recht und umgekehrt statt. Im Inhalt der Regeln läßt sich darum ein allgemeines Kriterium für das Recht nicht finden; dieselbe Regel kann je nach Ort oder Zeit dem Rechte oder der Sitte angehören. Außerdem verweisen einzelne Rechtssätze ausdrücklich auf die Sitte; es sind überhaupt die meisten Rechtsregeln zugleich Sittennormen. Eine Uebertretung zieht deshalb oft nicht nur die Folgen eines Rechtsbruches nach sich, sondern löst auch die der Sitte eigentümliche gesellschaftliche Reaktion aus. Es gibt sogar Fälle der Ausübung des Rechtszwanges, in denen diese Reaktion geradezu absichtlich herbeigeführt wird. Beispiele sind etwa die Verurteilung zur Veröffentlichung eines Urteils mit Motiven zum Zwecke einer Genugtuung oder der richterliche Tadel, der noch heute in England üblich ist. Rechtssätze ohne Sanktionsnormen, wie die obersten Verfassungsgrundsätze, rechnen überhaupt nur mit einem Zwang, welcher sich von demjenigen kaum unterscheidet, den ein Verstoß gegen ein Sittengebot zur Folge hat. Der Sittenzwang

¹⁶⁵⁾ Vgl. schon Ihering, Zweck im Recht, II.

wird auch sehr oft stärker gefürchtet als der Rechtszwang; er bildet darum nicht selten das wirksamste Motiv für die Befolgung des Rechtssatzes.

In der Art der Entstehung besteht ebenso wenig ein durchgehender Unterschied: Sitte bildet sich meistens in der gleichen Weise wie ungeschriebenes Recht, häufig also durch Uebung; es gibt aber auch auf dem Gebiete der Sitte etwas der Rechtsbildung durch die Wissenschaft Aehnliches; man lese etwa ein «Brevier des Weltmannes» oder unterwerfe sich der Mühe, eine Modezeitung aufzuschlagen. Sittenregeln werden sogar nicht selten durch in der Gesellschaft mächtige Personen gesetzt und können auch in diesem Sinne positiv sein¹⁶⁶). Gewisse Sport- oder Spielregeln bilden eigentliche Gesetzbücher. Nur ist diese Setzung niemals staatlichen Organen übertragen.

Endlich ist die Sitte wie das Recht eine Zwangsordnung; jede Uebertretung hat auch hier das Erleiden eines Zwanges zur Folge. Darum ist die Pflichtüberzeugung, die übrigens für die Sitte gleichfalls Kriterium der Geltung sein muß, der Sitte wie dem Rechte gegenüber im allgemeinen dieselbe; auch wer einem Gebote der Sitte gegenübersteht, kann sich bewußt werden, vor die Wahl gestellt zu sein, entweder dem Gebote zu gehorchen oder Zwang zu erdulden. Demnach werden sich die Gefühle, welche das Bewußtsein der Pflicht begleiten, oft nicht wesentlich unterscheiden¹⁶⁷). In vielen Fällen wäre ein Laie kaum imstande zu sagen, ob eine Pflicht, die er kennt, ihm durch das Recht oder durch die Sitte auferlegt sei.

Heutzutage will man sehr häufig den Unterschied zwischen Recht und Sitte darin sehen, daß die Zwangsanwendung auf dem Gebiete des Rechts geregelt, auf dem der Sitte dagegen

¹⁶⁶) Darum scheint mir auch die «Positivität» kein Unterscheidungsmerkmal des Rechts zu sein; a. A. Baumgarten, «Der Weg des Menschen», S. 442 ff.

¹⁶⁷) Siche oben S. 29; der Ansicht Ehrlichs, der im Pflichtgefühl ein Kriterium des Rechts sehen will, wurde dort schon widersprochen.

ungeregelt sei ¹⁶⁸). Nun haben wir aber festgestellt, daß häufig auch Rechtsverletzungen nur eine ungerichtete Zwangsanwendung zur Folge haben können, also nur eine in ihrem Umfang und ihren Wirkungen unbestimmte Reaktion auslösen, ähnlich wie die Uebertretung einer Sittenregel. So ist es z. B. bei sehr vielen Verstößen gegen das Völkerrecht. Umgekehrt könnte auch einmal die Zwangsausübung nach der Uebertretung einer Sittennorm durch Regeln bestimmt sein.

Dennoch liegen in der erwähnten Auffassung richtige Gedanken: zunächst insofern, als die Regelung der Zwangsanwendung in den einzelnen organisierten Gruppen den Anlaß bildete, das Recht als etwas Besonderes aus der Masse der gesellschaftlichen Regeln herauszuheben. Die Normierung des Zwanges konnte sich nicht auf alle Regeln erstrecken. Man war gezwungen, diejenigen auszuwählen, deren Uebertretung häufig oder nach den Anschauungen der Zeit für das gesellschaftliche Leben besonders gefährlich war. Da die normierte Zwangsausübung Feststellung des Verstoßes und deshalb bestimmte Fassung der Regel voraussetzt, wurden auch gerade diese Regeln zuerst einer wissenschaftlichen Betrachtung unterzogen.

Die Auswahl war nicht immer dieselbe, daher der erwähnte häufige Uebergang einzelner Regeln aus der Sitte in das Recht und aus dem Recht in die Sitte. Ueberblickt man die abendländische Entwicklung der letzten Jahrhunderte, so wird man, wie ich glaube, feststellen können, daß im allgemeinen, bei fortschreitendem Ausbau der Normierung des Rechtszwanges, der Umfang der Rechtsordnung zugunsten der Sitte abgenommen hat; gleichzeitig ging die Bedeutung vieler Sittenregeln, welche nicht auch Rechtsnormen sind, allmählich zurück, was sich in einer Abschwächung der Reaktion bei Uebertretungen äußert. Dadurch ist der gesellschaftliche Druck, der auf dem Menschen lastet, wesentlich erleichtert worden. Die Quellenlehre legt

¹⁶⁸) So u. a. Duguit, der sich dabei auf französische Soziologen, vor allem Durkheim, stützt.

allerdings mehr Gewicht auf den umgekehrten Vorgang, die Uebnahme von Sittenregeln in das Recht; die Zahl der Fälle dürfte jedoch bedeutend kleiner sein.

Sodann ist auch richtig, daß man noch heutzutage innerhalb der Staaten diejenigen Normen in erster Linie als Rechtsätze ansieht, deren Verletzung eine geregelte Zwangsanzwendung durch staatliche Organe zur Folge hat. Der geregelte Zwang ist somit tatsächlich ein Kriterium des Rechts; nur ist er nicht das einzige. Zum innerstaatlichen Rechte zählt man auch eine Anzahl Regeln, denen Sanktionsnormen fehlen, die jedoch für die staatliche Organisation besonders wichtig sind, so die obersten Verfassungsgrundsätze. Im Völkerrecht ist das Kriterium kaum zu verwenden. Da hier der Zwang meistens unregelt ist, hat die Abgrenzung noch geringere praktische Tragweite; sie wird immerhin versucht. Dazu dient hauptsächlich die Analogie des Privatrechts. Beziehungen, die im Verkehr der Einzelpersonen dem Privatrecht unterstehen, betrachtet man auch im Verkehr zwischen den Staaten als durch Rechtssätze geregelt, und zwar, wie wir sahen, meistens ähnlichen Inhaltes¹⁶⁹⁾. Einige Normen allerdings werden kraft alten Herkommens dem Rechte zugewiesen.

Aus der Anlehnung an das Privatrecht erklärt sich vielleicht, zum Teil wenigstens, eine gegenwärtig stark fühlbare Lücke des Völkerrechts. Interne Maßnahmen eines Staates, mögen dadurch noch so sehr die Interessen der Angehörigen anderer Staaten getroffen werden, gelten nicht als Verstöße gegen das Völkerrecht¹⁷⁰⁾. Sie werden eben so angesehen wie innere Vorgänge beim Menschen oder wie Betätigungen des einzelnen innerhalb seiner privaten Rechtssphäre, trotzdem sie sich in Wirklichkeit damit nicht vergleichen lassen. Die Anlehnung ist also nicht ungefährlich. Es ist aber möglich, daß einmal die bestimmtere Anerkennung von Schranken in der Ausübung der Privatrechte und der Ausbau des Schutzes

¹⁶⁹⁾ Lauterpacht, loc. cit., passim.

¹⁷⁰⁾ Brierly, Law of Nations, S. 53.

Dritter gegenüber schädigenden, internen Maßnahmen der privatrechtlichen Verbände helfen werden, diese Gefahren für die Entwicklung des Völkerrechts zu beheben.

Für Recht und Sitte gibt es also kein allgemeingültiges Unterscheidungsmerkmal¹⁷¹⁾; dies liegt in der Natur der Sache. Recht und Sitte haben eben tatsächlich keine bestimmten Grenzen.

Auf die zahlreichen Bemühungen einzugehen, die Rechtsätze von den Normen der Sittlichkeit (*règles de morale*) abzutrennen, scheint mir für die empirische Quellenlehre deshalb überflüssig zu sein, weil die Normen der Sittlichkeit, so wie sie im allgemeinen verstanden werden, m. E. keine eigentlichen gesellschaftlichen Regeln sind. Das Bewußtsein der sittlichen Pflicht beruht auf der Ueberlegung, die eine philosophische oder eine religiöse Grundlage haben kann, daß ein bestimmtes Verhalten der Aufgabe des Menschen in der Welt entspricht. Diese Ueberlegung hat für das gesellschaftliche Leben dann unmittelbare Bedeutung, wenn es die Pflichtüberzeugung einer Norm des Rechts oder der Sitte gegenüber begleitet. Nicht selten geht die Billigung einer Regel, welche die *opinio necessitatis* stützt, von einem sittlichen Urteil aus; sie muß es sogar, wenn sie eine « vernünftige » Ueberlegung im Sinne des Naturrechts sein will. Sittlichen Urteilen entstammen somit die höchsten Maximen, welche Maßstäbe für die Bewertung des Rechtes sind¹⁷²⁾.

Das Bewußtsein sittlicher Verpflichtung ist demnach für die Entwicklung des Rechts sowohl wie für die Geltung desselben wichtig. Es bildet häufig einen entscheidenden Be-

¹⁷¹⁾ Zuweilen bildete, wie im Text angedeutet, die Wichtigkeit einer Regel für die gesellschaftliche Ordnung den Grund der Einweisung in das Recht; allgemeines Kriterium ist aber auch die Wichtigkeit nicht, was u. a. Ehrlich, *loc. cit.*, annimmt.

¹⁷²⁾ Ueber diese Maximen vgl. u. a. Baumgarten, *Rechtsphilosophie*, *passim*.

weggrund für die Unterwerfung unter ein Rechtsgebot, sei es, daß das einzelne Gebot seines Inhaltes wegen, sei es, daß die allgemeine Ordnung, der das Gebot angehört, den letzten Zwecken des Menschen förderlich erscheint.

Die Sittlichkeit aber dem Rechte als eine besondere gesellschaftliche Ordnung gegenüberzustellen bedeutet eine Ver-
kennung des Wesens der Sittlichen.

VIII.

Wie kann endlich die empirische Quellenlehre das *Verhältnis des Staates zum Rechte* erklären ^{172*})?

Für die staatliche Quellenlehre war diese Erklärung, wie wir schon angedeutet haben, ein schwieriges, ja sogar ein schlechthin unlösbares Problem: denn ein Staat ist jedenfalls nur dann vorhanden, wenn eine Menschengruppe durch Rechts-sätze organisiert ist, und doch sollen die Rechtssätze zugleich Wille dieses Staates sein ¹⁷³⁾. Ist es aber richtig, daß der Staat nicht Quelle des Rechtes ist, so ist das stärkste Hindernis für eine Erklärung weggeräumt.

Doch bestehen noch andere Schwierigkeiten: Es fragt sich zunächst, was überhaupt der Begriff Staat bedeuten kann, wenn es einen Sinn haben soll, nach einem Verhältnis des Staates zum Rechte zu fragen.

Unter Staat versteht man zuweilen die auf einem bestimmten Gebiete lebende organisierte Gruppe unter Einschluß der

^{172*)} Es handelt sich hier hauptsächlich nur darum, zu zeigen, wie sich dieses, in der staatsrechtlichen Literatur der letzten Jahre häufig besprochene Problem für die empirische Quellenlehre wesentlich vereinfacht.

¹⁷³⁾ Vgl. oben, Einleitung.

ganzen auf diesem Gebiete herrschenden Rechtsordnung. Daß jede auf einem Staatsgebiete geltende Ordnung sich von andern Rechtsordnungen unterscheidet, ist verständlich, auch wenn man nicht annimmt, die Rechtsordnung sei Schöpfung des Staates; denn die staatliche Organisation reicht nicht über das Staatsgebiet hinaus und besteht vor allem darin, daß bestimmten Personen die Durchführung des Rechts, in modernen Verhältnissen auch die Gesetzgebung, als Aufgabe zugewiesen wird. Das führt notwendig zu Eigentümlichkeiten in der Art der Rechtsanwendung sowohl, wie im Inhalt der Rechtssätze.

Nun hat es aber keinen Sinn, den Staat in dieser Bedeutung dem Rechte gegenüberzustellen¹⁷⁴⁾. Man versteht übrigens auch dann unter Staat etwas anderes, wenn man von den Beziehungen des Staates zu den Einzelnen oder der Staaten untereinander spricht.

Es kann ferner nur die Organisation, also die Verfassung in den Staatsbegriff einbezogen werden. In diesem Falle allerdings läßt sich ein Verhältnis des Staates zum übrigen Rechte, dem sogenannten materiellen Rechte, feststellen¹⁷⁵⁾. Damit beschränkt man sich jedoch von vornherein auf eine Teillösung des Problems. Nun steht aber, wie wir gesehen haben, die Verfassung nicht über den andern Rechtssätzen, sondern neben ihnen; deshalb ist der Wert dieser Teillösung höchst zweifelhaft. Außerdem dürfte es überaus schwierig sein, eine genaue Grenze zwischen den organisatorischen Bestimmungen und den übrigen Rechtssätzen zu ziehen, wenn man sich nicht einfach an die äußere Gestalt der Gesetze hält.

Es bleibt nur eine dritte Möglichkeit, nämlich den Begriff Staat auf die, ein bestimmtes Gebiet bewohnende, unter einer eigenen Rechtsordnung lebende und durch diese organisierte

¹⁷⁴⁾ Man hat es allerdings schon oft getan; das führte zu vielen Unklarheiten; vgl. z. B. die oben zitierten Ausführungen Gierkes. Auch die Identifikation von Recht und Staat bei Kelsen, die Auffassung des Verhältnisses als eines dialektischen bei Schindler sind wohl zum Teil damit zu erklären, vgl. oben.

¹⁷⁵⁾ Vgl. Burckhardt, *Le droit et l'Etat*, S. 1 ff.

Menschengruppe selbst anzuwenden ¹⁷⁶⁾. So vermag allerdings der Staat dem Rechte entgegengestellt zu werden; das Verhältnis kann aber kein anderes sein als Unterordnung des Staates unter das Recht; schon das Bestehen einer Organisation setzt diese Unterordnung voraus. Insofern ist das Verhältnis des Staates zum Rechte überhaupt kein besonderes Problem; es fällt mit dem Problem der Geltung des Rechts zusammen.

Das wird noch deutlicher, wenn wir daran denken, daß in Wahrheit nicht der Staat, d. h. die Gruppe als juristische Person dem Rechte untergeordnet ist, sondern daß vielmehr nur die Angehörigen der Gruppe dem Rechte unterstehen. Denn Unterordnung unter das Recht kann nichts anderes bedeuten, als durch das Recht verpflichtet sein. Die Rechtspflicht aber entspricht dem Bewußtsein, entweder dem Gebote Gehorsam zu leisten oder Zwang zu erleiden; sie ist infolgedessen eine sozialpsychologische Situation, in der sich jedenfalls nur Menschen befinden können ¹⁷⁷⁾.

Die Personifizierung einer Gruppe ist, wie wir sahen ¹⁷⁸⁾, ein Mittel der juristischen Technik, welches nur für bestimmte Zwecke gestattet ist. Auch beim Staat ist sie nur dann berechtigt, wenn es sich um die Begründung oder die Geltendmachung gemeinsamer Rechte aller Angehörigen des Staates gegenüber Dritten oder der Mehrheit gegenüber einzelnen Gliedern und um die Eingehung oder die Erfüllung von Pflichten durch gemeinsame Stellvertreter, die Organe, handelt.

Mit der Frage, wie weit die Rechtsordnung tatsächlich verpflichtet, hat die Personifizierung demnach nichts zu tun. Die Antwort auf diese Frage gibt vielmehr die Feststellung, wann

¹⁷⁶⁾ Daß sich davon noch eine engere Gruppe, die der Bürger, unterscheiden und auch als Staat bezeichnen läßt, ist für unsere Beweisführung gleichgültig. Vgl. über diese Fragen u. a. MacIver, loc. cit.

¹⁷⁷⁾ Eingehender habe ich dies begründet in der Anm. 87 zitierten Schrift.

¹⁷⁸⁾ Vgl. S. 74.

in Wirklichkeit eine Pflichtüberzeugung bei Menschen vorhanden ist. Sie stellt sich darum auch für das internationale Recht nicht anders als für das nationale.

Nicht alle Angehörigen der Gruppe nehmen aber im Staate dieselbe Stellung ein; es wäre deshalb möglich, daß für die Staatslenker nicht ganz dieselben Rechtssätze gelten, wie für die Staatsuntertanen. Hierin liegt vielleicht ein Problem; nur wird es als Frage nach dem Verhältnis des Staates zum Rechte ganz unzutreffend bezeichnet.

Ueber die Geltung des Rechts entscheiden Tatsachen: Für die Staatslenker sind diejenigen Rechtssätze verbindlich, bei deren Uebertretung sie mit dem Erleiden eines Zwanges irgendwelcher Art wirklich zu rechnen haben, denen gegenüber bei ihnen also eine *opinio necessitatis* besteht. Geht man dieser Pflichtüberzeugung nach, so zeigt sich, daß die Staatslenker dem Völkerrecht und, in geordneten Staaten wenigstens, auch dem innerstaatlichen Rechte unterstehen, soweit dieses Recht nicht Ausnahmen festsetzt.

Diese Erkenntnis schwebte schon einem Bracton vor, als er die Unterordnung des Königs unter das Recht verkündete.

Da nicht jedem geltenden Rechte eine staatliche Organisation als Stütze zur Verfügung steht, kann man nicht sagen, der Staat sei auf alle Fälle für die Durchführung eines Rechts unentbehrlich. Notwendig ist nur ein Zusammenhang der Glieder der Gesellschaft, der die Anwendung eines Zwanges möglich macht. Das kann aber, wie die Erfahrung lehrt, viel weniger sein, als was wir unter staatlicher Organisation verstehen. Die Normierung des Zwanges allerdings und die damit verbundene Uebertragung der Ausübung desselben an bestimmte Personen ist einer regellosen Reaktion gegen Rechtsverletzungen entschieden vorzuziehen. Doch brauchen diese Personen nicht Mitglieder einer staatlichen Behörde zu sein. Das katholische Kirchenrecht beweist, daß auch eingehende Normierung

des Zwanges vom Staate gänzlich unabhängig erfolgen kann. Damit soll nicht geleugnet werden, daß sehr oft Ausübung des Zwanges durch staatliche Behörden und weitgehende Vereinigung der Zwangsbefugnisse in ihrer Hand für die sichere Anwendung des Rechts und für die Gesellschaft überhaupt von Vorteil sind.

IX.

Wo Menschen leben, besteht also eine Zwangsordnung. Diese Tatsache ist überall festzustellen. Das Recht ist ein Ausschnitt aus dieser Ordnung. Darum eben muß die Rechtswissenschaft Einsicht in die Entstehungsbedingungen des geltenden Rechtes haben, wenn sie mit Erfolg an dessen Weiterentwicklung arbeiten will.

Demnach ist auch der Zwang ein notwendiges Merkmal des Rechts¹⁷⁹⁾; es unterscheidet sich hierin nicht von andern gesellschaftlichen Regeln. Daß allerdings eine Ordnung wünschbar sein könnte, die des Zwanges nicht bedarf, kann man zugeben. Dieser Wunsch beseitigt aber die Tatsache nicht, daß sich ein Recht ohne Zwang gegenwärtig nicht denken läßt. Für den heutigen Menschen ist es unabwendbares Schicksal, unter einer Zwangsordnung zu stehen.

Damit ist nicht gesagt, daß es notwendig immer so bleiben muß. Durch die Normierung des Zwanges ist die Zwangsanwendung bereits wesentlich verfeinert worden. An die Stelle einer in ihrem Umfang und ihren Wirkungen unberechenbaren Reaktion gegen die Normverletzung sind, in vielen Fällen wenigstens, Maßnahmen getreten, die auf Grund vernünftiger

¹⁷⁹⁾ Anders Baumgarten, Der Weg des Menschen, S. 243.

Ueberlegung in ein bestimmtes Wertverhältnis zum Verstoß gesetzt worden sind. Vielleicht führt einmal der Weg auch über diese Regelung hinaus, wenn vertiefte Einsicht in die Beweggründe des Willens gestatten sollte, die unentbehrliche gesellschaftliche Ordnung auf eine andere Grundlage als den Zwang zu stellen. Wie das möglich, wie insbesondere der Zwiespalt zwischen den Anforderungen der Gesellschaft und gewissen Strebungen des Individuums auf andere Weise zu überwinden sein wird, vermögen wir heute allerdings noch nicht einzusehen.

Wir kommen damit an den Punkt, wo sozialpsychologische Forschung zu allererst die Quellenlehre ergänzen sollte. Mehr als die Entstehung der Geltung einzelner Regeln haben wir eigentlich bisher nicht erklären können. Wie ist nun aber Geltung der ganzen Ordnung möglich? Die Pflichtüberzeugung setzt, wie wir feststellten, gesellschaftliche Erfahrungen voraus. Diese Erfahrungen wären jedoch nicht möglich, wenn nicht mit Bestimmtheit auf den Zwang im allgemeinen gerechnet werden könnte. Der Zwang ist, wie wir gleichfalls feststellten, in der Regel wirkungslos, wenn dessen Anwendung nicht in der Gesellschaft Unterstützung findet. Die Beteiligung am gesellschaftlichen Zwang ist aber oft, was namentlich bei einem Verstoß gegen Sittenregeln leicht zu beobachten ist, geradezu automatisch oder, vom Subjekt aus gesehen, instinktiv. Läßt sich dies irgendwie erklären?

Es wurde auch schon auf das Bewußtsein sittlicher Verpflichtung der Ordnung gegenüber hingewiesen; daß dieses Bewußtsein die Geltung der Ordnung wesentlich zu unterstützen vermag, ist, wie wir sahen, sicher. Doch reicht es zur Erklärung nicht aus: Sittliche Ueberlegung geht langsam vor sich und erfolgt überhaupt verhältnismäßig selten. Man sieht, daß Menschen bei der Ausübung gesellschaftlichen Zwanges mitwirken, trotzdem sie die Norm, gegen welche ein Verstoß erfolgt ist, bei klarer Besinnung durchaus mißbilligen.

So scheint sich hier eine gesellschaftliche Seite der menschlichen Psyche zu offenbaren, die noch des näheren erforscht werden muß. Erst wenn das mit Erfolg geschehen ist, wird man wirklich darüber urteilen können, ob der Zwang durch andere Mittel zu ersetzen ist. erst dann wird man auch zu ermessen imstande sein, wie weit Aristoteles recht hatte, als er sagte:

φύσει μὲν οὖν ἡ ὁρμὴ ἐν πᾶσιν ἐπὶ τὴν τοιαύτην κοινωνίαν.
