

III. Rechtssystem. Die Rechtsinstitute eines Rechtsgebiets verbinden sich zu dem einheitlichen Ganzen eines Rechtssystems.

Zweites Kapitel.

Das Werden des objektiven Rechts.

§ 17. Die Rechtserzeugung überhaupt¹.

Objektives Recht gab es, seit Menschen leben, und giebt es, wo Menschen sind: allein es war und ist in unaufhörlichem Anderswerden begriffen. Die Beobachtung der Gegenwart wie der Geschichte zeigt uns nirgends einen Anfang, überall aber einen Wandel des Rechts. Gerade hieraus schliessen wir auf das Wesen des Rechts und suchen wiederum aus diesem Wesen die innere Nothwendigkeit der erfahrenen Thatsache zu verstehen.

Das Werden des Rechts vollzieht sich durch den Wechsel seiner Elemente und somit durch Entstehen und Vergehen einzelner Rechtssätze. Wir nennen diesen Vorgang Rechtserzeugung. Dabei unterscheiden wir grundsätzlich nicht zwischen Neuschaffung, Umschaffung und Abschaffung von Rechtssätzen. Wir begreifen also unter Rechtserzeugung auch Rechtszerstörung. In der That geht Beides stets Hand in Hand. Wie einerseits kein neuer Rechtssatz eingeführt werden kann, ohne bisheriges Recht zu verdrängen, so wird andererseits, wenn ein alter Rechtssatz aufgehoben wird, hiermit nothwendig zugleich das Geltungsgebiet anderer Rechtssätze erweitert.

Die Rechtserzeugung ist menschliche That. Das Subjekt dieser That aber sind nicht Individuen, sondern Gemeinschaften. Der einzelne Mensch, der dabei mitwirkt, handelt stets als Glied und im Dienste einer menschlichen Gemeinschaft.

ein Glied sowohl des Instituts der Verfügung von Todes wegen als auch des Vertragsinstitutes.

¹ Vgl. außer den oben zu § 15 Anm. 1 angef. Werken: v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, Syst. Bd. I 11 ff.; Puchta, Das Gewohnheitsrecht, 2 Thle., Erlangen 1828 u. 1837; Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843, D.P.R. § 16 ff.; Böhlau, Meckl. L.R. I § 43; Binding, Strafr. I 197 ff.; Regelsberger, Pand. I § 17 ff.

Jeder Rechtserzeugungsakt besteht aus einem inneren und einem äußeren Vorgange: der Bildung einer Rechtsüberzeugung und ihrer Erklärung. Der innere Vorgang kann in mancherlei Hinsicht ungleich beschaffen sein: er kann sich in der Seele aller Gemeinschaftsglieder oder eines Theiles derselben oder vielleicht nur eines einzigen Repräsentanten der Gemeinschaft abspielen; ihm kann ein dunkles Gefühl oder bewusste Reflexion oder irgend ein Mittleres zu Grunde liegen; ihn kann eine schwächere oder stärkere Willensregung begleiten. Alle solche Unterschiede indess sind mehr oder minder flüchtig. Feste Unterschiede dagegen ergiebt bei dem äußeren Vorgange die ungleiche Form der Rechtserklärung. Auf ihnen beruht daher die Annahme von Arten der Rechtserzeugung, die man einander als verschiedene Rechtsquellen gegenüberstellt.

Vor Allem durchzieht das ganze Rechtsleben der Gegensatz zwischen ungesetztem und gesetztem (ungenau „ungeschriebenem“ und „geschriebenem“) Recht².

Das ungesetzte Recht wird durch Uebung, d. h. durch Handlungen, die seine Anwendung enthalten, erklärt. Nach seiner hierdurch bedingten äußeren Erscheinungsform heißt es Gewohnheitsrecht. Hier setzt sich also die im Bewußtsein einer Gemeinschaft gebildete Rechtsüberzeugung unmittelbar durch die Lebensbethätigung dieser Gemeinschaft in Rechtssätze um. Ursprünglich zwar nicht die alleinige, wohl aber die überwiegende Art der Rechtserzeugung, tritt diese Rechtsquelle auf höheren Kulturstufen in den Hintergrund, kann aber niemals ganz versiegen.

Das gesetzte Recht wird durch einen hierauf gerichteten Ausspruch, mithin durch Worte, die eine ausdrückliche Normsetzung enthalten, erklärt. Zwischen die Bildung der Rechtsüberzeugung und ihre Bethätigung durch Rechtsanwendung schiebt sich hier also eine förmliche Rechtsetzungshandlung ein, die nur innerhalb einer organisierten Gemeinschaft denkbar ist. In ihren Anfängen auch bei der

² Treffend charakterisirt Binding a. a. O. S. 198 ff. diesen Gegensatz durch den Hinweis auf die zwiefache Möglichkeit menschlicher Erklärung durch die Sprache und durch konkludente Handlungen. Allein indem er bei jedem Rechtssatz zwei verschiedene Erklärungen, die des „Rechtsgedankens“ und die des „Rechtswillens“, annimmt, gelangt er zu vier Formen, von denen zwei als „unvollständig gesetztes Recht“ zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht in der Mitte stehen sollen. In Wahrheit giebt es jedoch nur Eine entscheidende Rechtserklärung, die zugleich Gedanken- und Willenserklärung ist. Das Gesetz, das einem außer ihm erklärten Rechtsgedanken Gesetzeskraft verleiht, nimmt diesen als Bestandtheil auf; der in Worten erklärte Rechtssatz, der nicht zugleich als solcher gelten zu wollen erklärt, kommt erst durch Uebung zum verbindlichen Ausspruch.

einfachsten gesellschaftlichen Organisation und somit von jeher gegeben, pflegt die ausdrückliche Rechtsetzung an Kraft und Umfang in demselben Maße zu wachsen, in dem der Prozeß der Gemeinschaftsorganisation fortschreitet. Das gesetzte Recht ist zunächst der Ausdruck der Rechtsüberzeugung des zur Rechtsetzung berufenen Gemeinschaftsorgans. Eine gesunde Rechtspolitik fordert, daß es womöglich zugleich Ausdruck der Rechtsüberzeugung des Gemeinschaftsganzen sei. Doch kann es sich längere oder kürzere Zeit auch dann behaupten, wenn es dem allgemeinen Rechtsbewußtsein widerspricht. Es kann aber auch, indem es erziehend wirkt, nachträglich ein ihm entsprechendes allgemeines Rechtsbewußtsein heranbilden.

Innerhalb des ungesetzten Rechtes entwickeln sich mancherlei weitere Unterschiede durch die Differenzierung der Recht erzeugenden Gemeinschaftskreise. Der wichtigste Gegensatz entsteht, wenn ein besonderer Berufsstand die Handhabung des Rechtes übernimmt und hiermit zugleich einen Antheil an der Rechtserzeugung gewinnt. Dann tritt neben das Volksrecht ein Juristenrecht. Soweit der Juristenstand sein Rechtsbewußtsein aus volksthümlichen Quellen schöpft und seine Aufgabe in feinerer Durchbildung, reicherer Entfaltung und begrifflicher Klärung des aus der ganzen Volksgemeinschaft hervorgewachsenen Rechtes erblickt, wird das Juristenrecht gewissermaßen nur als die Blüthe des Volksrechts erscheinen. Allein ein Zwiespalt zwischen Juristenrecht und Volksrecht ist ausweislich unserer eignen Geschichte möglich und wird unvermeidlich eintreten, wo das juristische Bewußtsein überwiegend aus einem volksfremden Recht genährt wird.

Innerhalb des gesetzten Rechtes entsteht ein durchgreifender Gegensatz, sobald der Staat als souveränes Gemeinwesen alle anderen organisirten Gemeinschaften auf dem Rechtsgebiet überhöht. Denn hiermit rückt das vom Staat gesetzte Recht als Gesetz in eine überragende Stellung, während das von irgend einem anderen Verbands gesetzte Recht als autonomische Satzung mit einem bescheideneren Platze vorlieb nehmen muß.

Im Folgenden haben wir von den einzelnen Arten der Rechtsquellen in ihrer besonderen Bedeutung für das deutsche Privatrecht zu handeln. Dabei ist den Verhältnissen der Gegenwart gemäß das gesetzte Recht voranzustellen und somit zunächst vom Gesetz und sodann von der autonomischen Satzung zu reden. Hierauf ist das Gewohnheitsrecht zu besprechen und schließlich nach der Stellung des Juristenrechts innerhalb des ungesetzten Rechtes zu fragen.

§ 18. Das Gesetz¹.

I. Begriff. Gesetz ist vom Staate gesetztes Recht. Da in Deutschland eine zwiefache Staatsgewalt besteht, tritt auch das Gesetz in der zwiefachen Gestalt von Reichsgesetz und Landesgesetz in die Erscheinung.

Der Staat setzt Recht durch das verfassungsmäßig dazu berufene Staatsorgan. Welches Organ in jedem Falle handeln und in welchen Formen es verfahren muß, damit eine verbindliche Rechtsetzung des Staates vorliege, wird durch das Staatsrecht bestimmt.

Das moderne Staatsrecht konstituiert gewisse oberste Organe als spezifische Gesetzgebungsorgane. Das will sagen, daß diese Organe allein zur Ausübung der staatlichen Souveränität auf dem Gebiete der Rechtserzeugung und somit zur Rechtsetzung ohne höhere Kontrolle ermächtigt sind. Das Gesetzgebungsorgan des Reichs bilden Bundesrath und Reichstag, die aber an eine wesentliche Mitwirkung des Kaisers gebunden sind². In den monarchischen Einzelstaaten ist der durch eine zustimmende Landesvertretung verstärkte Landesherr, in den freien Städten Senat und Bürgerschaft Gesetzgebungsorgan³.

Ein neuerer Sprachgebrauch, der in Verfassungsurkunden über-

¹ Vgl. Beseler, D.P.R. § 18 ff.; Stobbe, D.P.R. I § 18; Roth, D.P.R. I § 42; Franken, D.P.R. § 5. — Wächter, Württ. P.R. II 55 ff.; Dernburg, Preuß. P.R. § 16 ff.; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 126 ff. — H. A. Zachariae, Staatsr. § 155 ff.; Laband, Staatsr. I 512 ff.; H. Schulze, D. Staatsr. I 515 ff.; G. Meyer, Staatsr. § 155 ff.; Hänel, Staatsr. I 138 ff. — v. Martitz, Z. f. d. ges. Staatsw. XXXVI 241 ff.; G. Meyer, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VIII 1 ff.; Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, Breslau 1882; A. Arndt, Das Verordnungsrecht des Deut. Reichs u. s. w., Berlin und Leipzig 1884; E. Seligmann, Der Begriff des Gesetzes im materiellen u. formellen Sinn, Berlin u. Leipzig 1886; G. Jellinek, Gesetz u. Verordnung, Freiburg 1887; Hänel, Das Gesetz im formellen u. materiellen Sinne, Leipzig 1888 (in „Studien zum deutschen Staatsrecht“ II 97—354).

² R.V.U. Art. 5 mit Art. 17. Die ihm zustehende Landesgesetzgebung in Elsaß-Lothringen kann das Reich zwar gleichfalls durch sein gewöhnliches Gesetzgebungsorgan ausüben, es besitzt aber für sie seit dem R.Ges. v. 2. Mai 1877 zunächst ein besonderes Gesetzgebungsorgan in dem mit Zustimmung des Bundesraths und des Landesausschusses handelnden Kaiser.

³ Ueber den abweichenden Rechtszustand in Mecklenburg, wo das landesherrliche Gesetzgebungsrecht hinsichtlich des Domaniums unbeschränkt, im Uebrigen dann, wenn jura quaesita der Stände berührt werden, an den Konsens, sonst nur an die Einholung des Raths der Stände gebunden ist, vgl. Böhlau, Meckl. L.R. I 286 ff. u. 290 ff.

gegangen ist, nennt „Gesetz“ jeden und nur den von solchen Gesetzgebungsorganen in den dafür vorgeschriebenen Formen („im Wege der Gesetzgebung“) vollzogenen Staatsakt. Hieraus ergibt sich ein formeller Gesetzesbegriff, der sich mit dem oben aufgestellten materiellen Gesetzesbegriff nicht deckt⁴.

Denn einerseits nehmen nun am Namen und an den formellen Eigenschaften des Gesetzes auch Verwaltungsakte Theil, die von den Gesetzgebungsorganen im Wege der Gesetzgebung vollzogen werden und zum Theil (wie bei der Aufstellung des Staatshaushaltsplanes oder der Aufnahme einer Anleihe) verfassungsmäßig nur so vollzogen werden können.

Andrerseits werden Rechtsetzungsakte anderer Staatsorgane, obwohl sie materiell Gesetze sind, nicht Gesetze genannt. So vor Allem die als Verordnungen bezeichneten Erlasse oberer Verwaltungsorgane, insofern sie nicht bloß als sogenannte Verwaltungsverordnungen eine generelle Verwaltungsmaßregel verfügen, sondern als sogenannte Rechtsverordnungen einen Rechtssatz aussprechen⁵. Die Befugniß zu Rechtsverordnungen steht im Reiche allgemein dem Bundesrath, in vielen Einzelfällen auch dem Kaiser, dem Reichskanzler oder einer anderen Behörde zu⁶. Im monarchischen Einzelstaat gebührt sie dem Landesherrn, in der freien Stadt dem Senat⁷.

⁴ Die Unterscheidung von Gesetzen im materiellen und im formellen Sinn, um deren scharfe Durchführung sich namentlich Laband verdient gemacht hat, wird zwar von Manchen (wie v. Martitz a. a. O., Hänel a. a. O., Zorn in Hirths Annalen 1885 S. 301 ff., Arndt a. a. O. S. 5 ff., Seidler, Budget u. Budgetrecht, Wien 1885, S. 184 ff.) angefochten, muß aber als werthvolle Errungenschaft der deutschen Jurisprudenz festgehalten werden. Doch ist hier nicht der Ort, dies näher zu begründen.

⁵ Auch die Praxis des R.Ger. unterscheidet „Rechtsverordnungen“, die Normen erzeugen und somit revisibel sind (Seuff. XXXVIII Nr. 187, vgl. auch Entsch. Bd. VIII Nr. 120), und „Verwaltungsverordnungen“, die nicht revisibel sind (Entsch. Bd. XIII Nr. 61, XXII Nr. 51 S. 254). Ebenso das Obst.L.G. f. Bayern, Seuff. XXXIX Nr. 265. Vgl. auch R.Ger. XXXI 24.

⁶ Vgl. Laband I 600 ff., G. Meyer, Staatsr. I 494 ff. Dabei ist der Kaiser mehrfach an die Zustimmung des Bundesraths, der Reichskanzler an die Zustimmung des Bundesraths oder eines Bundesrathsausschusses gebunden. — Als Verordnungsorgane des Reichs fungiren oft auch kraft besonderer Delegation die Einzelstaaten durch ihre reichsgesetzlich oder mangels reichsgesetzlicher Anordnung landesgesetzlich bestimmten Organe; vgl. hierüber Laband I 605 ff.; Rosin a. a. O. S. 44 ff.; Hänel, Staatsr. I 266.

⁷ Die Verordnungsgewalt kann aber auch anderen Organen delegirt sein. Insbesondere sind in den meisten Staaten zahlreiche Verwaltungsbehörden zum Erlass örtlicher „Polizeiverordnungen“ ermächtigt; Rosin a. a. O.; G. Meyer, Staatsr. § 160.

Der Umfang der Verordnungsgewalt ist durch das Staatsrecht verschieden begrenzt. Ueberall erstreckt er sich auf Ausführungsverordnungen, die das formelle Gesetzesrecht weder abändern noch auch nur in selbständiger Weise ergänzen, wohl aber entfalten und im gegebenen Rahmen ausfüllen können⁸. Darüber hinaus wird das Verordnungsgebiet durch die in einem Gesetz ertheilte generelle oder spezielle Ermächtigung oder auch durch einen Satz des Gewohnheitsrechts vielfach erweitert⁹. In den meisten Staaten endlich kann der Landesherr in dringenden Fällen einseitig eine Nothverordnung erlassen, die vorläufig gleiche Kraft wie ein formelles Gesetz hat¹⁰.

⁸ Die meisten einzelstaatlichen Verf.Urk. legen dem Landesherrn oder Senat das Recht zum einseitigen Erlaß von Ausführungsverordnungen ausdrücklich bei; vgl. z. B. Preufs. Art. 45, Sächs. § 87, Württ. § 89, Bad. § 66, Hess. Art. 73 u. s. w.; Lübeck. Art. 50 III, Brem. § 57 I, Hamb. Art. 61. Auch im Reiche aber steht zwar nicht dem Kaiser (wie v. Martitz, Böhlau u. A. annehmen), wohl aber dem Bundesrath (nach R.V.U. Art. 7) ein generelles derartiges Recht zu; so (ob schon mit verschiedener Begründung) Arndt a. a. O. S. 35 ff., G. Meyer, Staatsr. S. 495, E. Löning, Verwaltungsr. § 29, Hänel, Staatsr. I 279 ff.; A. M. Laband I 594 ff. — Vielfach wird jedoch in den einzelnen Reichs- und Landesgesetzen eine spezielle Ermächtigung zum Erlaß von Ausführungsvorschriften (und zwar in den Reichsgesetzen an sehr verschiedene Organe) ertheilt.

⁹ So wird mit der speziellen gesetzlichen Ermächtigung zum Erlaß einer Ausführungsverordnung oft zugleich die Befugniß delegirt, in bestimmten Punkten das Gesetz zu ergänzen oder gar abzuändern. Nach manchen Verf.Urk. kann der Landesherr überhaupt alle Rechtsvorschriften, die nicht die Freiheit der Person oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betreffen oder die Verfassung ändern, einseitig erlassen; vgl. z. B. Bayr. Tit. 7 § 2, Weimar. § 4 Z. 6, Meining. § 85, Altenburg. § 201. Auf generellen gesetzlichen Ermächtigungen beruht heute fast durchweg die Befugniß zu Polizeiverordnungen; vgl. Preufs. Ges. v. 11. März 1850 § 5—6 u. 11, v. 30. Juli 1883 § 136—145 u. v. 12. Juni 1889 § 3, andere Gesetze b. G. Meyer, Verwaltungsr. I 76 ff. Zweifellos kann auch durch Gewohnheitsrecht die Zuständigkeit zur Aufstellung gewisser Arten von Rechtsvorschriften für ein Staatsorgan begründet oder (z. B. für den Landesherrn nach Einführung einer Verfassung) erhalten sein.

¹⁰ So nach Preufs. V.U. Art. 63, Sächs. § 88, Bad. § 66, Oldenb. Art. 137 u. s. w.; vgl. G. Meyer, Staatsr. § 161, dazu über Oesterreich Pfaff u. Hofmann I 134. Die Nothverordnung kann nur erlassen werden, wenn der Landtag nicht versammelt ist, und muß dem Landtag bei seinem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung vorgelegt werden. Im Falle der Verweigerung der Genehmigung tritt die Verordnung nach manchen Verfassungen von selbst außer Kraft, nach anderen erst durch landesherrliche Wiederaufhebung. Wo nichts bestimmt ist, erlischt ihre Geltungskraft von selbst (doch ist dies sehr bestritten). — Im Reich besteht kein allgemeines Nothverordnungsrecht. Nur kann in Elsaß-Lothringen nach R.Ges. v. 25. Juni 1873 § 8 der Kaiser mit Zustimmung des Bundesraths Verordnungen mit interimistischer Gesetzeskraft erlassen.

II. Erfordernisse. Das Gesetz bedarf der gehörigen Bildung und des gehörigen Ausspruchs.

1. Die Gesetzesbildung erfolgt durch eine innere Aktion des dazu berufenen Staatsorganes. Sie schreitet durch Erwägungen und Entschliessungen, die ihrerseits wieder durch mannichfache Arbeiten von Hilfsorganen vorbereitet sein können, bis zur wörtlichen Feststellung einer die gewonnene Rechtsüberzeugung und den sie begleitenden Gesetzeswillen ausdrückenden Gesetzesfassung vor. Im Uebrigen entzieht sich dieser Vorgang insoweit, als er sich in einem einzelnen zur Rechtsetzung berufenen Menschen abspielt, dem Auge der Rechtsordnung. Wo dagegen, wie heute durchweg bei formellen Gesetzen, ein aus Versammlungen oder aus Versammlungen und Einzelnen zusammengesetztes Organ das Recht zu setzen hat, unterliegt auch der innere Vorgang des Einswerdens im Entschlusse verfassungsmäßigen Normen¹¹.

2. Der Gesetzesausspruch erfolgt durch eine nach außen gerichtete Erklärung, die in der öffentlichen Verkündung (Publikation) des endgültig festgestellten Gesetzestextes besteht¹². Vor der

¹¹ In der Monarchie wird die Gesetzesbildung nothwendig erst durch einen abschließenden und feierlich konstatirten freien Entschluß des Landesherrn vollendet: die sogenannte Sanktion. Keineswegs aber ist für den Gesetzesbildungsvorgang überhaupt eine besondere Sanktion begrifflich nothwendig. Sie fehlt in den freien Städten, in denen das Vorhandensein übereinstimmender Beschlüsse des Senats und der Bürgerschaft genügt. Ebenso aber ist nach der D.R.V.U. Art. 5 die Uebereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse des Bundesraths und des Reichstags „zu einem Reichsgesetz erforderlich und ausreichend“. Wenn auf das Ansehen von Laband hin fast allgemein angenommen wird, daß es noch einer besonderen Sanktion durch den Bundesrath bedürfe, so ist diese durch die staatsrechtliche Praxis keineswegs bestätigte Ansicht gleichwohl vollkommen willkürlich. Noch weniger steht dem Kaiser eine Sanktionsbefugniß zu. Vielmehr findet eben überhaupt keine Sanktion statt. Vgl. Gierke, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. VI 229 ff. — Besondere theils materielle theils formelle Erfordernisse der Bechlußfassung gelten überall für das Zustandekommen von verfassungsändernden Gesetzen und zum Theil auch in anderen Fällen. Doch gehört dies Alles ins Staatsrecht.

¹² Von der „Publikation“ will Laband, Staatsr. I 522 ff. u. 549 ff., noch einen besonderen Akt der „Promulgation“ oder „Ausfertigung“ als begrifflich nothwendiges Stadium der Gesetzgebung unterscheiden; diesem Akte, den bei Reichsgesetzen der Kaiser, bei Landesgesetzen der Landesherr durch Unterzeichnung der Gesetzesurkunde vollziehen soll, legt er die Bedeutung einer formell unzweifelhaften Feststellung des verfassungsmäßigen Zustandekommens des Gesetzes bei. Ebenso Zorn, Staatsr. I 114; Jellinek, a. a. O. S. 321 ff.; Hänel, Studien II 159 ff. Allein diese Ausfertigung ist nichts als ein integrierender Bestandtheil der Publikation; vgl. Gierke a. a. O. S. 230; H. Schulze, D. Staatsr. I 527; Seydel, Bayr. Staatsr. III 550 Anm. 2; G. Meyer, Staatsr. § 158 Anm. 8.

Verkündigung ist ein Gesetz noch nicht vorhanden, da bis dahin trotz aller etwaigen Publizität nur ein im Rechtssinne unausgesprochener innerer Entschluß des Gesetzgebers vorliegt. Die Verkündigung kann nur durch das verfassungsmäßig dazu berufene Staatsorgan vollzogen werden, das sich keineswegs immer mit dem zur Gesetzesbildung berufenen Staatsorgan deckt. In Deutschland steht die Verkündigung der Reichsgesetze dem Kaiser, die der Landesgesetze den Landesherrn (in den freien Städten dem Senate) zu¹³.

Die Formen der Verkündigung haben vielfach gewechselt. Ursprünglich wurden die Gesetze durch mündlichen Ausspruch verkündigt. Auch nachdem die schriftliche Abfassung der Gesetze üblich geworden war, blieb ihre Verkündigung mündlich: Volksgesetze wurden durch Vortrag in der Volksversammlung, Königsgesetze durch Vorlesung im Reichstage publiziert¹⁴. Sodann wurden die Gesetze durch Verlesungen von den einzelnen Gerichtsstühlen und von den Kanzeln, von den städtischen Rathhäusern und auf dem Markte zu allgemeiner Kunde gebracht¹⁵. Vielfach wurden solche Verlesungen vor versammelter Gemeinde jährlich wiederholt¹⁶. Daneben sorgte man durch Verbreitung von Abschriften und zum Theil auch durch Anschläge an der Gerichtsstätte oder der Kirchenthür für Kundmachung der Gesetze. Diese älteren Formen erhielten sich zum Theil bis in die neuere und neueste Zeit im Gebrauch¹⁷. Praktisch wichtiger aber wurde seit der Erfindung der Buchdruckerkunst die bald allgemein übliche Veröffentlichung der Gesetze durch den Druck. Doch dauerte es lange Zeit, bis der Druck als unerläßliche Verkündigungsform anerkannt und damit der auf diesem Gebiete eingetretenen Unsicherheit und Verwirrung gesteuert wurde¹⁸. In unserem Jahrhundert gieng

¹³ R.V.U. Art. 17, Preufs. V.U. Art. 45, Bayr. Tit. 7 § 30, Sächs. § 87, Württ. § 172, Oldenb. Art. 140 u. s. w.; Brem. §. 57 I, Hamb. Art. 61.

¹⁴ Den eigentlich entscheidenden Publikationsakt bei den älteren Reichsgesetzen beschreibt Laband I 524, faßt ihn aber als „Promulgation“ in seinem Sinne (oben Anm. 12) auf.

¹⁵ Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsq. II 223—224, D.P.R. I 140 ff.

¹⁶ So bei den ländlichen Weisthümern, bei vielen Stadtrechten und namentlich den städtischen „Bauersprachen“, aber auch bei Landrechten (z. B. noch Solms. L.R. II Art. 32); vgl. Stobbe, Gesch. d. R.Q. I 498, II 224, 230, D.P.R. I § 18 Anm. 5; Schröder, R.G. S. 652 u. 855.

¹⁷ Vgl. v. Wächter, Württ. P.R. I 375 ff., 723 ff., II 25 Anm. 7; Roth, Kurhess. P.R. I 66 u. 95—96; Steinacker, Braunsch. P.R. S. 14; Stobbe, D.P.R. § 18 Anm. 7 u. 10; auch noch Preufs. L.R. Einl. § 11.

¹⁸ Bei Gesetzen von geringerer Wichtigkeit oder kleinem Geltungsgebiet begnügte man sich immer noch mit schriftlicher Vervielfältigung und Anschlag; man

man noch einen Schritt weiter und erhob den Druck in einer vom Staate selbst herausgegebenen offiziellen Gesetzsammlung zur allein wirksamen Verkündigungsform¹⁹. Heute muß jedes Reichsgesetz im Reichsgesetzblatt, jedes Landesgesetz in einem besonderen Landesgesetzblatt veröffentlicht sein, um als Gesetz zu gelten²⁰. Nur bei bloßen Verordnungen ist zum Theil eine andere Verkündigungsform zulässig²¹.

III. Kraft. Durch die Verkündigung erlangt das Gesetz für sein Rechtsgebiet die Kraft einer verbindlichen Rechtsnorm.

1. Den Zeitpunkt, von dem an diese Kraft eintritt, kann jedes Gesetz sich selbst setzen. Es kann sofort mit dem Augenblick seiner Veröffentlichung Geltungskraft fordern²²; es kann umgekehrt, wie dies bei sehr umfangreichen oder stark neuernden Gesetzen, mit denen sich das Volk erst vertraut machen soll, zu geschehen pflegt, den Zeitpunkt seines Inkrafttretens weit hinausschieben²³. Schweigt es, so tritt es mangels anderer Regel in dem Augenblick wirklich erfolgter „Bekanntmachung“ in Kraft, somit dann, wenn der Gesetzesauspruch nicht bloß gethan, sondern auch zur Kunde der Gemeinschaft, an die er sich richtet, gelangt ist²⁴. Neuerdings sind indess vielfach durch generellen Rechtssatz für die Geltungskraft der ohne

hielt aber sogar die bloße Zufertigung an die Behörden für ausreichend, vgl. Roth a. a. O. S. 66 u. 80 u. über die kursächs. „constitutiones separatae“ Schletter S. 86.

¹⁹ Amtliche Gesetzsammlungen wurden z. B. in Württemberg 1807, in Preußen 1810, in Waldeck 1811, in Braunschweig 1814, in Kurhessen 1815, im K. Sachsen 1818, im Großh. Hessen 1819, in Oesterreich 1849 begründet. Doch wurde nicht überall sofort der Druck in der Gesetzsammlung für unerlässlich erklärt. In Preußen geschah dies erst durch das Ges. v. 3. Apr. 1846 § 1.

²⁰ Für Reichsgesetze bestimmt dies sogar die Verf. Urk. Art. 2.

²¹ So namentlich bei Polizeiverordnungen; vgl. z. B. Preuß. Ges. v. 26. Juli 1880 § 76 ff. (Veröffentlichung durch das Amtsblatt). In Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift muß jedoch die Publikation in der für Gesetze geltenden Form erfolgen; Laband, Staatsr. I 611 ff., Seligmann a. a. O. S. 165, Jellinek a. a. O. S. 394, G. Meyer, Staatsr. § 159; anderer Ansicht E. Loening a. a. O. S. 239, Arndt a. a. O. S. 182 ff., Seydel a. a. O. III 612.

²² Dies haben z. B. viele Reichsgesetze, wie das Gesetz über die Aufhebung der Schulhaft, das ehemalige Sozialistengesetz, die Zollgesetze, gethan; weitere Beispiele b. Laband I 586 Anm. 3.

²³ Die Bestimmung des Zeitpunkts kann auch einer Verordnung überlassen werden; Beispiele b. Laband I 584 Anm. 3–4.

²⁴ So ist offenbar auch das Preuß. L.R. Einl. § 10 (in Verbindung mit § 11) zu verstehen. Ebenso Sächs. Gb. § 1. Unrichtig substituieren G. Meyer, Staatsr. S. 470, u. Roth, D.P.R. § 50 Anm. 5, den Tag der Ausgabe der Gesetzsammlung; ebenso Gengler, D.P.R. S. 19, der aber eine Ermäßigung hinzufügt.

eigne Fristsetzung publizierten Gesetze feste Anfangstage bestimmt, an deren Eintritt ursprünglich freilich nur eine Vermuthung der Gemeinkundigkeit geknüpft wurde²⁵, jetzt aber meist eine absolute Wirkung geknüpft wird²⁶. Dabei wird in älteren Gesetzen für die einzelnen Zonen des Rechtsgebiets eine nach der Entfernung von der Hauptstadt ungleich bemessene Frist gewährt²⁷. Neuere Gesetze dagegen setzen einen einheitlichen Tag fest²⁸. Für deutsche Reichsgesetze ist dies der vierzehnte Tag nach Ablauf des Tages, an dem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist²⁹.

2. Sobald das Gesetz in Kraft getreten ist, verbindet es Jedermann, auf den sich seine Herrschaft erstreckt. Gleichgültig ist, ob der Einzelne wirklich von ihm Kenntniß erlangt hat oder auch nur erlangen konnte, ob er es richtig verstanden, ob im Gedächtniß bewahrt hat. In diesem Sinne gilt der römische Satz „ignorantia juris nocet“ auch heute und ist unentbehrlich³⁰. Seine Grundlage ist

²⁵ So nach Code civ. Art. 3 mit Art. 1 Abs. 2, weshalb trotz Ablaufes der hier gesetzten Fristen das Gesetz da nicht in Kraft tritt, wohin es gar nicht gelangt sein kann. Ebenso nach der Preufs. Deklar. v. 14. Jan. 1813 u. dem Sächs. Ges. v. 6. Sept. 1834, die umgekehrt ausdrücklich bestimmen, daß Jeder, dem das Gesetz vor dem festgesetzten Termin (von 8 resp. 15 Tagen) bekannt wird, schon früher gebunden sein soll.

²⁶ So schon nach dem Preufs. Ges. v. 3. Apr. 1846 § 2—3. Ebenso nach dem geltenden Reichsrecht. Das Gesetz ist also vor dem entscheidenden Zeitpunkt für Niemanden verbindlich, tritt aber mit demselben auch da in Geltung, wo es unmöglich gemeinkundig geworden sein kann; vgl. Laband, Staatsr. I 586; Binding, Strafr. I 227 ff.

²⁷ Cod. civ. Art. 1; Bad. L.R. Art. 1 u. 1^a; Preufs. Ges. v. 3. Apr. 1846 § 2.

²⁸ So treten preussische Gesetze jetzt nach dem Ges. v. 16. Febr. 1874 am 14. Tage nach Ausgabe der Gesetzsammlung in Berlin in Kraft; bei Polizeiverordnungen beträgt die Frist nach dem Ges. v. 26. Juli 1880 acht Tage nach Ausgabe des Amtsblattes. Auch im K. Sachsen gilt nach Ges. v. 1. Mai 1884 jetzt der 14. Tag als Anfangstag. Ebenso in Hessen (V. v. 4. Juni 1819). In Koburg-Gotha (V.U. § 110) ist der 4., in Sondershausen (Ges. v. 13. März 1850) u. Reufs ä. L. (Ges. v. 28. Jan. 1852) der 6., in Braunschweig (V. v. 5. Jan. 1814), Rudolstadt (Ges. v. 24. Febr. 1850) u. Reufs j. L. (Ges. v. 2. Jan. 1849) der 8., in Oesterreich (Pat. v. 27. Dez. 1852 § 8) der 45. Tag entscheidend.

²⁹ R.V.U. Art. 2. Dieser Termin gilt aber nicht für das Ausland; hier treten in den Konsulargerichtsbezirken die Gesetze (Reichsgesetze wie preussische) nach 4 Monaten in Kraft (R.Ges. v. 10. Juli 1879 § 47); im Uebrigen muß eine den Umständen angemessene Frist angenommen werden (vgl. Laband I 588; a. M. Binding, Strafr. I 229).

³⁰ Ausdrücklich sprechen ihn das Preufs. L.R. Einl. § 12 u. das Oesterr. Gb. § 2 aus. — Ueber die Verwirrung, die in dieser Frage durch die Steigerung des

nicht etwa eine Fiktion allgemeiner Gesetzeskenntnis, sondern der Gedanke, daß im Gesetzesrecht nur in Worte gefaßt ist, was im Rechtsbewußtsein eines Jeden lebt oder leben sollte³¹. Darum aber darf auch dieser Satz nicht starr durchgeführt werden, muß vielmehr Ausnahmen erleiden, wo seine Anwendung dem ihm zu Grunde liegenden Gedanken geradezu widerspräche³². Dagegen sind die in der gemeinrechtlichen Praxis theilweise noch festgehaltenen römisch-rechtlichen Ausnahmen zu Gunsten gewisser Personenklassen den neueren deutschen Gesetzbüchern fremd³³.

IV. Anwendung. Die Gesetze werden gleich allem Recht von Jedem, der in öffentlicher oder privater Eigenschaft sie als Richtschnur des Handelns befolgt, irgendwie „angewandt“. Ihre spezifische Anwendung aber ist Sache der Gerichte, die als staatliche Rechtssprechungsorgane berufen sind, bei der ihnen obliegenden Ordnung von Lebensverhältnissen das Recht und nichts als das Recht zu verwirklichen. Darum soll der Richter die Gesetze, wie das objektive Recht überhaupt, kennen oder sich die ihm mangelnde Kenntniss durch Nachforschung von Amts wegen verschaffen: *jura novit curia*³⁴.

Hieraus folgt für den Richter Recht und Pflicht, vor der Anwendung eines Gesetzes dessen Gültigkeit zu prüfen. Denn nur das gültige Gesetz ist in Wirklichkeit Recht, ein ungültiges Gesetz trägt nur den äußeren Schein des Rechtes. Der Richter hat daher zu untersuchen, ob die beiden Erfordernisse eines Gesetzes vorhanden sind.

1. Zunächst muß er die gehörige Verkündigung des Gesetzes feststellen. Bei neueren Gesetzen wird dieselbe nicht leicht zweifelhaft sein. Dagegen kann bei älteren Gesetzen eine genaue

richtigen Satzes zu dem Satze, daß jeder Rechtsirrtum „unentschuldbar“ sei, entstanden ist, vgl. K. Adler, Jahrb. f. D. XXXIII 149 ff.

³¹ Um so mehr muß er auch für das Gewohnheitsrecht gelten; R.Ger. XIV Nr. 26. Für das preussische Recht wird dies indeß in einem Erk. d. R.Ger. v. 9. März 1887 Bd. XVIII Nr. 54 verneint.

³² Vgl. Erk. des O.L.G. Braunschweig b. Seuff. XLIV Nr. 3, wo Rechtsirrtum nachgesehen wird, wenn er durch falsche Auskunft einer um Belehrung angegangenen staatlichen Autorität erzeugt ist. Ferner Seuff. XLIX Nr. 79. Vgl. auch K. Adler a. a. O. S. 212 ff.

³³ In der gemeinrechtlichen Praxis wird allgemein noch das Privileg der Minderjährigen und der Frauen, meist aber auch das der „rustici“ anerkannt; vgl. Seuff. VIII Nr. 140 u. 141, IX Nr. 232, X Nr. 208, XV Nr. 173, XXII Nr. 149, XLXVI Nr. 102. Richtiger wird b. Seuff. XIX Nr. 91 die heutige Anwendbarkeit der Sätze über rustici verneint.

³⁴ Vgl. Regelsberger, Pand. I § 33.

Prüfung erforderlich werden³⁵. So z. B. bei preussischen Cabinetsordres aus früherer Zeit, die insoweit, als sie nicht publizirt worden sind, nicht als Rechtsetzungen behandelt werden dürfen³⁶. Auch bei fremden Gesetzen wird oft eine Nachforschung nothwendig.

2. Der Richter hat aber weiter das gehörige Zustandekommen des Gesetzes zu prüfen. Er hat das Gesetz nur anzuwenden, wenn es von dem verfassungsmässig zuständigen Organ auf verfassungsmässigem Wege gebildet ist. Somit muß er insbesondere, wo ein Gesetz im formellen Sinne erforderlich ist, sich davon überzeugen, ob wirklich die Uebereinstimmung der verschiedenen Faktoren des Gesetzgebungsorganes vorliegt, ob also das Reichsgesetz durch übereinstimmende Beschlüsse des Bundesraths und des Reichstags, das Landesgesetz unter Zustimmung der Landesvertretung zu Stande gekommen ist. Soll er eine Verordnung als Gesetz im materiellen Sinne anwenden, so muß er nicht bloß prüfen, ob sie das zuständige Organ erlassen, sondern auch, ob dieses Organ hierbei die Grenzen der Verordnungsgewalt innegehalten hat. Endlich hat er bei jedem Landesgesetz, mag es Gesetz im formellen Sinne sein oder nicht, seine Prüfung auch darauf zu erstrecken, ob die der Landesgesetzgebung durch die Reichsgesetzgebung gezogenen Grenzen gewahrt sind.

Das „richterliche Prüfungsrecht“ hat indess folgende Schranken:

a. Insoweit das Gesetzgebungsorgan von der ihm anvertrauten staatlichen Souveränität Gebrauch macht, bindet es alle anderen Staatsorgane und somit auch die Gerichte. Darum gebührt dem Richter einem formellen Reichsgesetz gegenüber keinerlei Prüfung, ob dasselbe sich innerhalb des Zuständigkeitsbereiches der Reichsgesetzgebung hält; vielmehr hat er, da das Reich die Zuständigkeit zur endgültigen Entscheidung über seine eigne Zuständigkeit besitzt, diese seine „Kompetenz-Kompetenz“ aber durch sein Gesetzgebungsorgan ausübt, auch das offenbar usurpatorische Reichsgesetz anzuwenden³⁷. Dem Landesgesetz gegenüber fällt diese Schranke des richterlichen Prüfungsrechtes insoweit weg, als es sich um die Begrenzung der einzelstaatlichen Gesetzgebungsgewalt durch die ihr übergeordnete Reichsgewalt handelt; in jeder anderen Richtung dagegen ist auch hier, sobald ein Gesetz im formellen Sinne vorliegt, die Zuständigkeitsfrage der richterlichen Kognition entzogen³⁸.

³⁵ Seuff. XLV Nr. 159; Stobbe, D.P.R. I 143; Böhlau, Meckl. L.R. I 304. — Bei Verordnungen können auch heute Zweifel auftauchen; oben Anm. 21.

³⁶ R.Ger. XVI Nr. 16, XXII Nr. 15 (nur als Verwaltungsverordnungen können sie wirken).

³⁷ Hänel, Staatsr. I 792.

³⁸ Daher hat der Richter die materielle Verfassungsmässigkeit eines Landes-

b. Wenn die Verkündigungsformel bemerkt, daß die erforderliche Mitwirkung bestimmter Organe, z. B. des Bundesraths und des Reichstags oder beider Häuser des Landtags stattgefunden habe, so wird dadurch eine Vermuthung begründet³⁹. Eine Widerlegung ist möglich, da ja ein Irrthum nicht ausgeschlossen ist. Der Richter wird aber nur auf besonderen Anstofs in eine Untersuchung eintreten⁴⁰.

c. Soweit ein Staatsorgan kraft einer ihm verfassungsmäßig zustehenden Befugniß, über das Vorhandensein der Erfordernisse seiner Beschlussfassung selbst zu entscheiden, das Zustandekommen eines gültigen Beschlusses gehörig konstatiert hat, steht dem Richter keine Nachprüfung zu. Denn hier liegt bereits eine rechtskräftige Entscheidung vor. In bedeutendem Umfange ist daher durch das moderne Staatsrecht (vermöge der sogenannten „parlamentarischen Autonomie“) der Richter bei Beschlüssen gesetzgebender Versammlungen jeder Nachprüfung in Fragen der Beschlussfähigkeit, der Stimmenmehrheit, der Verhandlungsformen u. s. w. enthoben⁴¹.

d. Schliesslich kann das richterliche Prüfungsrecht durch einen ausdrücklichen Rechtssatz eingeschränkt sein. Dies geschieht durch mehrere Verfassungsurkunden, an der Spitze die preussische, deren Art. 106 lautet: „Die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu“⁴². Hiermit ist dem Richter die Kognition

gesetzes nicht zu prüfen. Wohl aber erstreckt sich sein Prüfungsrecht auf die Frage, ob ein verfassungsänderndes Gesetz unter Wahrung der für Verfassungsänderungen geltenden formellen Vorschriften zu Stande gekommen ist. Vgl. Seuff. XXXII Nr. 101, Brie, Arch. f. öff. R. VI 61, Regelsberger, Pand. I 136. A. M. R.Ger. IX Nr. 62 S. 235 ff., Laband I 558. Weitere Litt. b. G Meyer, Staatsr. § 173 Anm. 7, Brie a. a. O. Anm. 201. — Wo es, wie in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, über den gewöhnlichen Gesetzgebungsorganen besondere verfassungsgebende Organe giebt, ergreift das richterliche Prüfungsrecht auch die materielle Verfassungsmäßigkeit gewöhnlicher Gesetze.

³⁹ Dies gilt auch hinsichtlich der besonderen Erfordernisse einer Verfassungsänderung. Bei verfassungsändernden Reichsgesetzen entzieht sich ohnehin die Frage, ob die Vorschriften des Art. 78 der R.V.U. gewahrt sind, jeder richterlichen Untersuchung, da die Sitzungen des Bundesraths nicht öffentlich sind.

⁴⁰ Wo dagegen in der Verkündigungsformel der Vermerk fehlt, muß der Richter jedesmal feststellen, ob gleichwohl die Mitwirkung der berufenen Organe stattgefunden hat; so z. B. bei den bisher in ungehöriger Weise ohne Erwähnung der auf Grund Art. 11 Abs. 3 der R.V.U. erfolgten Mitwirkung von Bundesrath und Reichstag im Reichsgesetzblatt veröffentlichten Staatsverträgen des Deutschen Reichs; vgl. Laband, Staatsr. I 664 ff.; Schulze, D. Staatsr. II 331.

⁴¹ Vgl. Brie a. a. O. S. 53 Anm. 172, S. 54 Anm. 174 u. S. 58 ff.

⁴² Uebereinstimmend Oldenb. V.U. Art. 141 § 2, Braunsch. § 100, Rudolst. § 26, Sondersh. § 41, Reufs. j. L. § 107. Aehnlich Waldeck § 94 (wo indeß der

darüber entzogen, ob es zu einer königlichen Verordnung etwa der Mitwirkung des Landtages bedurft hätte. Doch hat ein derartiger Rechtssatz des Einzelstaatsrechtes nicht nur für die Frage nach dem richterlichen Prüfungsrecht bei Gesetzen und Verordnungen des Reiches keine Bedeutung, sondern ist auch, da Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht, auf die Gesetze und Verordnungen des Einzelstaats insoweit unanwendbar, als die Grenzen der Zuständigkeit der Landesgesetzgebung im Verhältniß zur Reichsgesetzgebung in Frage kommen. Auch der preussische Richter hat daher eine gehörig verkündete königliche Verordnung als nichtig zu behandeln, wenn er sich überzeugt, daß sie dem Reichsrecht widerspricht.

Eine ältere Meinung, die auch heute Anhänger zählt, erblickt in dem Satz der preussischen Verfassungsurkunde den Ausdruck eines gemeingültigen Prinzips des deutschen Staatsrechts und verneint damit grundsätzlich überhaupt den Beruf des Richters zur Prüfung des verfassungsmäßigen Zustandekommens der Gesetze⁴³. Doch hat die deutsche Rechtswissenschaft sich in der Mehrzahl ihrer Vertreter stets zu Gunsten des richterlichen Prüfungsrechtes ausgesprochen⁴⁴. Ebenso

Wortlaut die Prüfung des Vorhandenseins der ständischen Zustimmung den Gerichten vorzubehalten scheint). — Das Oesterr. Staatsgrundges. Art. 7 untersagt den Gerichten „die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze“, wahrt ihnen dagegen die Entscheidung „über die Gültigkeit von Verordnungen“; vgl. Pfaff u. Hofmann, Komm. I 132 ff.

⁴³ Vgl. bes. Linde, Arch. f. c. Pr. XVI 305 ff.; Bischof, Z. f. C.R. u. Pr. N. F. XVI 235 ff., 385 ff., XVII 104 ff., 253 ff., 448 ff., XVIII 129 ff., 302 ff., 393 ff.; Martin, Der Umfang des landesrichterlichen Prüfungsrechts u. s. w., Celle 1865; Böhlau, Meckl. L.R. I § 50 (jedoch mit abweichendem Ergebniss für Bundesgesetze). Ferner innerhalb der Tragweite seiner Lehre, daß die „Promulgation“ eine unanfechtbare Konstatierung des verfassungsmäßigen Zustandekommens sei, Laband, Staatsr. I 551 ff.; ebenso Zorn, Staatsr. I 116, und mit erweiterter Begründung (unter willkürlicher Hineinlegung eines Rechtsprechungsaktes in die „Sanktion“ oder „Ausfertigung“) Jellinek a. a. O. S. 396 ff. Ähnlich auch Seydel, Bayr. Staatsr. III 551 ff. — Weitere Gegner des richterlichen Prüfungsrechts führt G. Meyer, Staatsr. § 173 Anm. 3 u. 5 an.

⁴⁴ Vgl. bes. K. S. Zachariae, Arch. f. c. Pr. XVI 142 ff.; Gneist in den Verh. des IV. deut. Juristent. I 212 ff.; G. Planck, Jahrb. f. Dogm. IX 288 ff.; Gierke in Schmollers Jahrb. VII 1187 ff.; S. Brie, Arch. f. öff. R. IV 53 ff.; E. Meier s. v. „Prüfungsrecht“ in Holtzendorffs Rechtslexikon. — H. A. Zachariae, Staatsr. II § 175 Anm. 11; H. Schulze, D. Staatsr. I § 200; Gerber, Grundzüge des deut. Staatsr. (3. Aufl. 1880) § 49; G. Meyer, Staatsr. § 173; Sarwey, Württ. Staatsr. II 99 ff.; Arndt a. a. O. S. 215 ff.; Rosin a. a. O. S. 188 ff. — Puchta, Pand. § 15; Windscheid, Pand. § 14 Anm. 2; Dernburg, Pand. § 25; Regelsberger, Pand. I § 34. — Beseler, D.P.R. § 19; Stobbe, D.P.R. § 26 II; Roth, D.P.R. I § 48; Gengler, D.P.R. § 9 S. 18;

ist dasselbe in der Praxis der deutschen Gerichte und namentlich auch des Reichsgerichts zur Anerkennung gelangt⁴⁵.

V. Auslegung. Die Feststellung des Inhaltes der Gesetze, insoweit Zweifel entstehen, erfolgt durch richterliche Auslegung.

Die Regeln über die Auslegung, die zum Theil weniger durch positive Rechtssätze, als durch die Denkgesetze bestimmt werden, sind an sich für römisches und deutsches Recht dieselben⁴⁶. Grammatische und logische, restriktive und extensive Interpretation spielen hier wie dort die gleiche Rolle. Doch wird ein Unterschied in den verschiedenen Zeitaltern dadurch begründet, daß ursprünglich die Auslegung am ausgesprochenen Worte zu kleben, bei höherer Entwicklung der Rechtswissenschaft dem Gedanken des Gesetzes nachzugehen pflegt. Die freieste Auslegung wurde der gemeinrechtlichen Jurisprudenz bei der Behandlung der römischen Quellen, die als geltendes Gesetzesrecht dargestellt und gleichwohl den Bedürfnissen des Lebens angepaßt werden sollten, durch die Macht der Umstände aufenöthigt. In Folge hiervon entwickelte sich eine Auslegungskunst, die auch vor dem Gedanken des Gesetzes nicht Halt machte, sondern in das Gesetz den eignen Gedanken hineinzulegen wufte. Dieser Mißbrauch der Auslegungsfreiheit rief eine Gegenströmung hervor, die ihren Ausdruck in den die Auslegung beschränkenden Bestimmungen neuerer Gesetzbücher fand⁴⁷. Am weitesten gieng das preußische Landrecht, das dem Richter überhaupt die selbständige Lösung von Zweifeln über den Gesetzesinhalt verbot und ihn vielmehr

Franken, D.P.R. S. 38 ff. — Reyscher, Württ. P.R. I § 63 Anm. 9; Wächter, Württ. P.R. II § 7; Roth, Bayr. C.R. I § 13; Dernburg, Preufs. P.R. § 19 Anm. 4; Förster-Eccius, Preufs. P.R. § 9 Anm. 4; Pfaff u. Hofmann a. a. O. S. 133 Anm. 29.

⁴⁵ Erk. des O.A.G. Lübeck b. Seuff. IV Nr. 250, XXVI Nr. 99, XXXII Nr. 101; Mittheilungen aus der kurhess., bayr., sächs. u. württ. Praxis ib. IV Nr. 250 u. V Nr. 225; Bayr. Bl. f. Rechtsanw. V 152 ff., VI 157, IX 225; Post, Brem. P.R. III 55; Bierer, Württ. P.R. § 9. — Erk. des R.Ger. v. 17. Febr. 1883 Seuff. XXXVIII Nr. 199. — Hinsichtlich kaiserlicher Verordnungen R.Ger. Entsch. XXIV Nr. 1.

⁴⁶ Vgl. bes. Beseler, D.P.R. § 24—25; Stobbe, D.P.R. I § 26; Roth, D.P.R. I § 49. — Windscheid, Pand. I § 20—26; Dernburg, Pand. I § 34—38; Regelsberger, Pand. § 35—38. — Zachariae, Französ. C.R. I § 38—41; Wächter, Württ. P.R. II § 23—26; Förster-Eccius, Preufs. P.R. I § 12; Unger, Oesterr. P.R. § 14; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 166 ff.

⁴⁷ Vgl. Pfaff u. Hofmann a. a. O. S. 168 ff., insbesondere über die Beschränkungen der Auslegung im Josephin. Gesetzb. I § 24—27 u. anderen österr. Gesetzen des vor. Jahrh., mit denen aber schon das westgaliz. Gb. I § 18—19 brach.

auf Anfragen bei der Gesetzeskommission verwies⁴⁸. Schon nach wenigen Jahren mußte man diesen unerhörten Knebelungsversuch aufgeben⁴⁹. Doch blieb bis heute die am preussischen Landrecht geschulte Auslegung buchstäblicher und engherziger, als mit einer gesunden Praxis verträglich ist. Würdiger faßt das französische Gesetzbuch die Stellung des Richters auf⁵⁰.

Ein wichtiges Auslegungsmittel moderner Gesetze bilden die meist massenhaft veröffentlichten Gesetzesmaterialien: Entwürfe, Motive, Kommissionsprotokolle, Parlamentsverhandlungen u. s. w. Doch darf von ihnen nur in vorsichtiger und freier Weise Gebrauch gemacht werden⁵¹. Die durch handwerksmäßige Kommentare geförderte mißbräuchliche Benützung derartiger Materialien als unmittelbarer Entscheidungsquellen bedroht unsere Praxis mit einer neuen Form der geistigen Unfreiheit und Verödung. Allerdings läßt sich das Gesetz vom Gesetzgeber nicht völlig lösen⁵². Allein unter allen Umständen darf der Gedanke des Gesetzgebers nicht mit dem Gedanken einzelner bei der Abfassung des Gesetzes beteiligter Personen verwechselt werden⁵³. Und überdies ist auch der erkennbare Gedanke des Gesetzgebers nur ein Hilfsmittel für die Erfassung des Gedankens des Gesetzes, der oft sich keineswegs in dem in das Bewußtsein der Gesetzgebungsorgane getretenen Inhalt erschöpft, sondern aus tieferen und dunkleren Schichten des Gemeinbewußtseins mit einem erst allmählich sich enthüllenden Gehalt emporsteigt⁵⁴.

⁴⁸ Einl. § 47—48; dazu Publ. Pat. Art. XVIII, wo sogar die Erklärung des Landrechts aus älteren Quellen, also aus seinen eigenen geschichtlichen Grundlagen, verboten wird!

⁴⁹ Anh. 2 zu Einl. § 48 (Cab.O. v. 8. März 1798). Doch wird dem Richter noch die Pflicht auferlegt, die vermeinte Dunkelheit dem Chef der Justiz anzuzeigen. Dieselbe Pflicht hat er nach Einl. § 50, wenn er eine Lücke entdeckt.

⁵⁰ Code civ. Art. 4 (Le juge, qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice). Ein Ges. v. 24. Aug. 1790 t. II a. 12 hatte auch hier den Richter an die gesetzgebende Versammlung gewiesen. — Vgl. Oesterr. Gb. § 6—7; Sächs. Gb. § 22—27.

⁵¹ Vgl. Pfeiffer, Prakt. Ausf. VI 136 ff.; Dernburg, Preufs. P.R. I § 17; Stobbe, D.P.R. I 196 ff.; Pfaff u. Hofmann I 186 ff.; Kohler, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XIII 1 ff.; Regelsberger, Pand. I 150 ff.

⁵² Zu weit geht hierin Kohler a. a. O.

⁵³ Vgl. Entsch. des R.Ger. XVI Nr. 19 S. 94 ff., XXIV Nr. 10 S. 50, sowie Str.S. X Nr. 70 S. 226 ff. (selbst die erweisbare Ansicht der Reichstagsmehrheit ist nicht entscheidend). Vgl. auch Seuff. XIII Nr. 203.

⁵⁴ Sehr gute Ausführungen über die Nothwendigkeit der Auslegung des Gesetzes aus dem in ihm selbst sich offenbarenden Gedanken finden sich im Erk. des

Möglich ist die Auslegung eines zweifelhaften Gesetzes durch ein neues Gesetz („authentische Interpretation“)⁵⁵; möglich auch durch Gewohnheitsrecht („Usualinterpretation“)⁵⁶. In beiden Fällen aber liegt, obschon der Sache nach Auslegung, der rechtlichen Form nach selbständige Rechtserzeugung vor.

Umgekehrt verhält es sich bei der Analogie, die zwar der Sache nach Rechtserzeugung ist, jedoch der rechtlichen Form nach Auslegung bleibt⁵⁷. Denn die Analogie gelangt zwar, indem sie das Gesetz nicht bloß erklärt, sondern entfaltet, zu neuen Rechtssätzen. Allein sie tritt nicht als deren Schöpferin auf, sondern entnimmt sie dem geltenden Recht als in ihm bereits enthaltene und nur bisher verborgene Normen⁵⁸. Ihr liegt die Anschauung zu Grunde, daß die bestehende Rechtsordnung in ihrem systematischen Zusammenhange alle denkbaren Lebensverhältnisse umspannt und daß daher nur ihr voller Gedankengehalt entdeckt zu werden braucht, damit jede scheinbare Lücke sich schliesse⁵⁹. Darum haben auch die durch Analogie

R.Ger. v. 25. Nov. 1886 XVI Nr. 19 (bes. S. 102); vgl. auch Erk. v. 2. Febr. 1889 XXIV Nr. 10 S. 49–50. — Dazu Kohler a. a. O., Wach, Civilproz. I 254 ff., Binding, Strafr. I 454 ff., Stobbe I § 26 A. 4–5.

⁵⁵ Vgl. Preufs. L.R. Einl. § 15; Sächs. Gb. § 21; Savigny, Syst. VIII 511 ff.; Unger, Oest. P.R. I 97 ff.; Bremer, Jahrb. des gem. R. II 263 ff.; Dernburg, Pand. I § 37; Regelsberger, Pand. I 142.

⁵⁶ Wächter, Württ. P.R. II § 25; Dernburg a. a. O.; Seuff. V Nr. 100, XVII Nr. 113, XVIII Nr. 203, XXIII Nr. 224.

⁵⁷ Die Zulässigkeit der Analogie ist für das Gebiet des Privatrechts unbestritten und in den neueren Gesetzbüchern ausdrücklich anerkannt; vgl. Preufs. L.R. Einl. § 49, Oest. Gb. § 7, Sächs. Gb. § 25–26. Dagegen ist das Wesen der Analogie sehr bestritten. Manche sehen in ihr keine Art der Auslegung, sondern eine besondere Form der Rechtserzeugung; vgl. Beseler, D.P.R. § 25 S. 72–73, Thöl, Einl. § 66, Dernburg, Pand. I § 38, Kohler a. a. O. 48 ff., Binding, Strafr. § 46; Andere halten streng an dem Begriff der Auslegung fest; vgl. Savigny, Syst. I § 46, Windscheid, Pand. § 22–23, Gengler, D.P.R. § 10; vermittelnd Pfaff u. Hofmann I 190 ff., Regelsberger, Pand. § 38. Die in der Doktrin übliche Unterscheidung zwischen „Gesetzesanalogie“ und „Rechtsanalogie“, die Entw. I § 1 sogar an die Spitze des deutschen Gesetzbuches stellen wollte (vgl. Gierke Entw. S. 119 ff.), hat nur quantitative Bedeutung und ist ziemlich unfruchtbar; vgl. Kohler a. a. O. S. 49 Anm. 127, Binding a. a. O. S. 217.

⁵⁸ Analoge Anwendung fordert aber nicht bloß das Gesetzesrecht, sondern auch das Gewohnheitsrecht.

⁵⁹ Diese Anschauung hat freilich nur dann eine innere Berechtigung, wenn die Rechtsordnung als ein aus Gesetzes- und Gewohnheitsrecht in ebenmäßiger Weise zusammengefügt Ganzes erscheint. Wird dagegen das Gewohnheitsrecht verkümmert oder ganz abgewiesen und für irgend ein Gesetzbuch, sei dies nun das Corpus juris oder eine moderne Kodifikation, die Kraft einer erschöpfenden Ordnung der Lebensverhältnisse in Anspruch genommen, so überwiegt die Fiktion.

gefundenen Sätze lediglich im Gebiete der Rechtsanwendung als konkrete Normen für den Einzelfall bindende Kraft; die Verbindlichkeit abstrakter Normen, die vom Gebiete der Rechtserzeugung her in jedem Falle Anwendung heischen, erlangen sie erst durch die etwaige Verdichtung zu Gewohnheitsrecht.

§ 19. Die autonome Satzung¹.

I. Begriff. „Autonomie“ heisst die Befugnis eines Verbandes, der nicht Staat ist, sich selbst Recht zu setzen. Das kraft Autonomie gesetzte Recht wird dem „Gesetz“ als „Satzung“ gegenübergestellt.

1. Zu autonomischer Rechtsetzung ist nur ein Verband, d. h. eine organisierte Gemeinschaft, befähigt. Individuen können überhaupt nicht objektives Recht erzeugen. Unorganisierte Gemeinschaften können ungesetztes Recht hervorbringen, aber kein Recht setzen.

2. Damit Autonomie vorliege, muß es sich um einen Verband handeln, der nicht Staat ist. Darum ist die Rechtsetzung durch den einem Gesamtstaat eingegliederten Staat, obschon sie durch eine höhere Gesetzgebung eingeschränkt wird, nicht Satzung, sondern Gesetzgebung². Umgekehrt ist die Rechtsetzung durch jeden nicht-

Dann eben entsteht ein greller Widerspruch zwischen der formalen und realen Funktion der Analogie, der zum Mißbrauch reizt und das Rechtsleben mit der Gefahr der Willkür und der Unsicherheit bedroht; vgl. Gierke a. a. O. S. 120—121 u. 125.

¹ J. E. Majer, von der Autonomie vornehmlich des Fürsten- und unmittelbaren Adelsstandes, Tübingen 1782; Wilda in Weiskes Rechtslex. I 539 ff.; Gerber, Arch. f. c. Pr. XXXVII 35 ff. u. Jahrb. f. Dogm. III 411 ff. (ges. Abb. S. 36 ff. u. 63 ff.); K. Maurer, Krit. Uebersch. II 229 ff.; R. Hermann, De autonomia juris privati Germanici fonte, Jen. 1859; Jolly, Krit. Uebersch. VI 330 ff.; Lewis, Z. f. Gesetzg. u. Rechtspf. in Pr. III 687 ff.; Brunner s. v. „Autonomie“ in Holtzendorffs Rechtslex. — Selchow, El. § 37—45, 51—63; Danz, Handb. I 106 ff.; Eichhorn, D.P.R. § 25; Mittermaier, D.P.R. I § 22—24; Maurenbrecher, D.P.R. I § 22, 71—74; Thöl, Einl. § 49—50; Beseler, D.P.R. § 26—28; Gerber, D.P.R. § 29; Stobbe, D.P.R. I § 19—20; Roth, D.P.R. I § 43; Gengler, D.P.R. § 11—12; Franken, D.P.R. § 6. — Glück, Komm. I 492—513; Puchta, Pand. § 11, Inst. § 14; Brinz, Pand. I 1016 ff.; Windscheid, Pand. I § 19; Regelsberger, Pand. § 24. — Reyscher, Württ. P.R. I § 67—69; Wächter, Württ. P.R. II 48 ff.; Heimbach, P.R. § 65; Böhlau, Meckl. L.R. I § 56—60; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 251—276.

² Unzulässig ist daher die Anwendung des Begriffs der „Autonomie“ auf die Gesetzgebung der deutschen Einzelstaaten bei Laband, Staatsr. I 104.

staatlichen Verband, mag sie auch den Namen und die Formen des Gesetzes bewahrt haben, nicht Gesetzgebung, sondern Satzung³.

3. Die Autonomie erzeugt objektives Recht. Sie ist Rechtsquelle und unterscheidet sich daher scharf von den Begründungstiteln des subjektiven Rechts. Man darf weder in die Autonomie den Begriff des Rechtsgeschäfts noch in das Rechtsgeschäft den Begriff der Autonomie hineinbringen.

Im älteren deutschen Recht wurde, so lange Rechtsnormen und Rechtsverhältnisse in einander liefen, auch Autonomisches und Rechtsgeschäftliches vielfach vermischt⁴. Insbesondere waren daher Verträge und Verfügungen vielfach die Formen, in denen sich eine erst neu entstehende Autonomie zuerst Bahn brach⁵.

Auch die Rechtswissenschaft fiel, obwohl sie schon im Mittelalter den Begriff des „Statuts“ im Sinne einer Rechtsquelle scharf ausgeprägt und vom Begriff des Rechtsgeschäfts gesondert hatte, immer wieder in Verwechslungen zurück, die noch heute nachwirken. Einerseits wird der unzählige Male wiederholte Versuch, echtes Satzungsrecht auf Vertrag und Verfügung zurückzuführen, stets von Neuem aufgenommen⁶. Andererseits wird nicht selten die den Einzelnen gewährte Macht, im Gebiet des vermittelnden Rechts ihre Rechtsverhältnisse durch Vertrag und Verfügung frei zu gestalten, in den Begriff der Autonomie hineingezogen⁷.

4. Die Autonomie erzeugt gesetztes Recht. Ungesetztes Recht, das im Kreise eines autonomen Verbandes entsteht, bildet als „Observanz“ eine Unterart des Gewohnheitsrechts und folgt dessen Regeln⁸.

³ Dies gilt namentlich heute von der kirchlichen „Gesetzgebung“, die nur so lange wahre Gesetzgebung war, als die Kirche einen besonderen „geistlichen Staat“ (*respublica ecclesiastica*) neben dem weltlichen bildete.

⁴ Vgl. oben § 15 Anm. 2; Gierke, *Genossenschaftsr.* II 466 ff.

⁵ So namentlich im Lehnrecht, im Hofrecht, im Familienrecht des hohen Adels. Richtig Entsch. des R.Ger. XVIII Nr. 42 S. 202: „Familienverträge und Testamente waren die gewöhnlichen und üblichen Formen autonomischer Feststellungen in den Familien des hohen Adels“; vgl. XXVI Nr. 26 S. 155.

⁶ Vgl. unten Anm. 18–20. Neuerdings hat besonders Gerber auf diesem Wege den ganzen Begriff der Autonomie zu sprengen gesucht.

⁷ So z. B. von Majer a. a. O., Thibaut, *Pand.* I § 21 u. 23, Eichhorn, *D.P.R.* § 25, Mittermaier, *D.P.R.* § 23, Zachariae, *D. Staatsr.* II 141 ff., Stobbe a. a. O. S. 149. Mitunter auch in der Praxis, wie bei Seuff. XXXV Nr. 144 u. 221.

⁸ Die ältere Doktrin, die das Gewohnheitsrecht überhaupt als „statutum tacitum“ auffaßte (vgl. unten § 20 Anm. 11), behandelte regelmäÙig die Observanz als Ausfluß der Autonomie. Unter den Neueren stellen z. B. noch Eichhorn a. a. O.,

II. Geschichte. Nach germanischer Rechtsauffassung stand jedem überhaupt anerkannten Verbands die Befugnis, sich sein Recht selbst zu setzen, mit der einzigen Schranke zu, daß er nicht in das Recht eines höheren Verbandes eingreifen durfte. Im deutschen Mittelalter erhob sich daher bei der Vielgestaltigkeit des Verbandswesens die autonomische Satzung (Willkür, Einung, Beliebung, Ordnung, Statutum) zur fruchtbarsten Rechtsquelle⁹.

Lange jedoch blieb, wie zwischen Körperschaft und Staat, so zwischen Autonomie und Gesetzgebung die Grenze unsicher. Nach der strengen Theorie, wie sie dem mittelalterlichen Gedanken des geistlich-weltlichen Menschheitsstaates entsprach, hatten überhaupt nur der Papst in geistlichen und der Kaiser in weltlichen Dingen eine wahre Gesetzgebungsgewalt. Thatsächlich übten indeß Landesherrn und Städte ein so gut wie unabhängiges Gesetzgebungsrecht aus. Die mittelalterliche Jurisprudenz gestand daher zwar allen partikulären Gewalten nur eine von der „*potestas leges ferendi*“ grundsätzlich verschiedene „*potestas statuendi*“ zu, erweiterte aber diese dergestalt, daß in ihren Rahmen zugleich die partikuläre Gesetzgebung aufgenommen werden konnte. So entwickelte sie eine umfassende Lehre von den „*Statuta*“, die sich in gleicher Weise auf Land- und Stadtrechte jeder Art und auf alle Formen genossenschaftlicher Satzungen bezog¹⁰. Diese Lehre wurde in Deutschland rezipiert und Jahrhunderte lang fortgeführt¹¹; ja der in ihr wurzelnde Sprachgebrauch, der alle Partikularrechte Statuten nannte, fristet in Redens-

Curtius, Kursächs. P.R. I § 32, u. ganz besonders Maurenbrecher a. a. O. die Observanz unter den Begriff der autonomischen Satzung. Hinsichtlich der Hausobservanz kehrt jetzt Franken a. a. O. S. 51 zu dieser Auffassung zurück.

⁹ Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. I (bes. § 26–27, 34–39, 41–42, 51–53) u. II 466 ff., 735, 889; Stobbe, D.P.R. I 155 ff. u. 159 ff.

¹⁰ Vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 215, 385 ff., 456 ff. Dabei knüpften die Legisten vorzugsweise an die l. 9 (omnes populi) D. de just. et jur. 1, 1, die sie völlig umdeuteten, an; vor Allem einflußreich wurden die Ausführungen von Bartolus zu dieser Stelle und die Monographie des Albericus de Rosciate über die Statuten (Tr.U.J. II 1 ff.). — Lebhaften Antheil an der Ausbildung der Statutentheorie nahmen auch die Kanonisten, die der einheitlichen kirchlichen Gesetzgebung gegenüber alles kirchliche Partikularrecht unter diesem Gesichtspunkt behandelten; Gierke a. a. O. S. 306 ff.

¹¹ Gierke a. a. O. S. 678 u. 692 ff.; vgl. die Monographien v. A. Holstein, *Libri duo de privilegiis statutorum et consuetudinum*, Col. 1566; Nic. Betsius, *De statutis pactis et consuetudinibus familiarum illustrium et nobilium*, ed. cura Schilteri Argent. 1699 (zuerst 1611), c. 1–3; P. Voëtus, *De statutis eorumque concursu*, Arnst. 1661 (s. 4 c. 1 nr. 2: *jus particulare ab alio legislatore quam Imperatore constitutum*); C. Glaeser, *De jure statutorio*, Helmst. 1662.

arten wie „Statutenkollision“ und „statutarische Portion“ noch heute sein Leben. Mehr und mehr indess wurden schon seit dem Mittelalter sachlich die staatlichen Partikularrechtsetzungen und die körperchaftlichen Beliebigungen als zwei verschiedene Klassen von Statuten behandelt¹². Seitdem dann nach dem westfälischen Frieden die Landeshoheit allgemein als Staatsgewalt anerkannt wurde, wandte man auch in Deutschland auf die Rechtsetzung der Landesherrn und Reichsstädte ausdrücklich Wort und Begriff der „Gesetzgebung“ an, so daß man nun Wort und Begriff des „jus statuta condendi“ oder der „Autonomie“¹³ lediglich für die Rechtsetzung anderer Verbände und namentlich der landsässigen Gemeinden und Genossenschaften übrig behielt¹⁴.

Dieselbe Entwicklung aber, die zu der neuen Grenzziehung zwischen Gesetz und Satzung führte, war zugleich mit einer fortschreitenden Zurückdrängung der Autonomie verknüpft. Die mittelalterliche Theorie stand überwiegend auf dem Boden der altgermanischen Auffassung und bemühte sich nur, feste Schranken der Satzungs Gewalt zu errichten¹⁵. Die aufstrebende moderne Staatsgewalt dagegen zog nicht nur diese Schranken immer enger, sondern suchte auch alle Kraft der Statuten von einer für unerläßlich erklärten staatlichen Bestätigung abhängig zu machen und womöglich die Autonomie ganz

¹² Vgl. Gierke a. a. O. S. 381 ff., 385 Anm. 134, 387 ff., 456, 460, 664, 678. Besonders scharf unterscheidet beide Klassen R. Bachoven ab Echt, Comm. in prim. part. Pand., Spir. 1630, S. 65 ff. u. In Instit. jur. libr. IV Comm., Francof. 1628, I, 2 § 4 (unter gleichzeitiger Aufdeckung der völligen Unhaltbarkeit des üblichen Verständnisses der l. omnes populi).

¹³ Das Wort *αὐτονομία* begegnet als gleichbedeutend mit *jus statuta condendi* schon bei H. Bruning, De variis universitatum speciebus eorumque juribus, Marp. 1609, th. 51, Schilter, Inst. jur. I 2 aph. 6 u. Praxis jur. Rom. exerc. II § 11, Pütter, Elem. jur. Germ. priv. § 180, und Anderen. Doch ist es erst langsam technisch geworden. So z. B. entschieden bereits bei Malblanc, Princ. § 62: *Autonomia Germanica*.

¹⁴ Sehr entschieden in diesem Sinne S. Stryck, Us. mod. I, 3 § 5 u. 15, L, 9 § 1–4; Kestner, Compend. jur. univ., Rinteln 1707, c. 1 § 9 u. 11; Titius, Jus priv. I c. 3 § 63–67; J. H. Boehmer, Exerc. 15 c. 2 § 1–5; Kreittmayr, Anm. zu Bayr. L.R. I c. 2 § 13 Nr. 1–2.

¹⁵ Die *potestas statuendi* gilt meist als ein jeder universitas im Bereich ihrer Rechtssphäre ohne besondere Verleihung zustehendes eignes Recht (Gierke a. a. O. III 385 Anm. 132 u. 134, 387, 456–457), eine obrigkeitliche Bestätigung der Statuten als an sich nicht erforderlich (ib. S. 389 u. 457); die Schranken der Satzungs Gewalt werden unter dem Gesichtspunkt der Abwehr von Uebergriffen in fremde Rechtssphären formuliert (ib. S. 458 ff.). Stärker schränken meist die Kanonisten die Autonomie ein (ib. S. 307 ff.), erkennen sie aber gleichfalls grundsätzlich an (ib. S. 306 Anm. 183).

zu beseitigen¹⁶. In diesem Kampfe wurde sie von der juristischen Theorie lange Zeit nur theilweise gefördert, vielfach gehemmt¹⁷. Zuletzt aber siegte auch in der Jurisprudenz mehr und mehr die Richtung, die dem Staate ein Rechtserzeugungsmonopol beilegte und somit jede echte Autonomie verneinte. Unter Benützung von vereinzelt schon seit dem Mittelalter ausgesprochenen Gedanken¹⁸ wurde nun alles thatsächlich fortbestehende Satzungsrecht vor die Wahl gestellt, entweder als ein Stück delegirter Gesetzgebungsgewalt im Gesetz oder als bloßer Anwendungsfall der Vertragsfreiheit im Rechtsgeschäft aufzugehen¹⁹. Demgemäß wurde sogar eine technische Ein-

¹⁶ Vgl. die Zusammenstellung des bis zur Mitte des 17. Jahrh. in dieser Richtung Erreichten b. Gierke a. a. O. III 774—777, hinsichtlich der späteren Zeit ib. I 667 ff., 706 ff., 809 ff. u. 934 ff.

¹⁷ Die herrschende Meinung hielt bis ins 18. Jahrh. daran fest, daß gemeinrechtlich jeder universitas ohne besondere Verleihung eine Satzungsgewalt zustehe und auch eine obrigkeitliche Bestätigung nicht erforderlich sei; gegenheilige neuere Gesetze erklärte sie aber meist für zweckmäßig. Vgl. die Stellen aus Werken der Praktiker b. Gierke III 703 Anm. 41; Mynsinger, Apotelesma ad Inst., ed. 2 Basil. 1563, zu Inst. I, 2; C. Lagus, Jurispr. utr. trad. method. I c. 3 Bl. 4 v^o; Schneidewin, Comm. Inst., Argent. 1571, p. 13—14; Scharf, Prael. in Cod., Francof. 1614, zu l. 7 et ult. C. 3, 13 Nr. 5 u. l. 2 C. 4, 18 Nr. 8; Mevius ad jus Lub. IV, 13 a. 3 Nr. 37, Decis. III d. 284, Consil. 49 Nr. 9, 16—17 u. cons. 50 Nr. 4—5; Brunnemann zu l. 9 D. 1, 1 Nr. 4, l. 4 D. 47, 22 Nr. 1 u. 5—6, l. 1 C. 1, 1 Nr. 4; Leyser spec. 8; Heineccius, De coll. et corp. opif. II § 15 u. 18. Am bündigsten vertritt den Gedanken der echten Autonomie Fr. Connanus, Comm. juris civilis, Bas. 1557, I c. 10 Nr. 7. Auch von der naturrechtlichen Gesellschaftslehre her wurde die Autonomie seit Althusius mitunter gerechtfertigt; vgl. z. B. Wolff, Inst. § 846, Nettelblatt, Syst. nat. § 398—399. Vom geschichtlichen Standpunkte aus erhob dann für sie zuerst J. Möser seine Stimme; Patriot. Phantas. II Nr. 2, III Nr. 20, IV Nr. 41. — Daneben fehlt es natürlich seit der Rezeption nicht an Juristen, die kein Statut ohne obrigkeitliche Bestätigung als kräftig anerkennen wollen; vgl. Gierke a. a. O. III 678 Anm. 123 (Zasius), 706—707 Anm. 45, 47 u. 48.

¹⁸ Einerseits wurde früh der Versuch gemacht, alle Kraft der Statuten aus der Autorität des staatlichen Gesetzgebers, sei es nun mittels vorgängiger Konzession oder mittels nachträglicher Sanktion, herzuleiten; vgl. die Stellen b. Gierke a. a. O. III 308 Anm. 195 (Goffredus Tranensis), 385 Anm. 133 (Cinus, Faber u. A.) u. 457 Anm. 202, aus späterer Zeit besonders A. Faber, Jurispr. Papin. I, 2 P. 11 ill. 2. Andererseits bemühte man sich oft, die Geltung aller oder gewisser Statuten aus dem Begriff eines Vertrages (pactio, conventio) unter den Genossen oder auch einer Verfügung (dispositio) der Korporation über ihr Eigenthum zu rechtfertigen; vgl. die Stellen b. Gierke a. a. O. S. 216, 308 Anm. 194, 460 Anm. 218, 708—711.

¹⁹ Zu dieser Alternative drängen z. B. die Ausführungen v. B. Carpzov, Jurispr. for. II, 6 def. 9 Nr. 2—5, Proc. jur. II a. 2 Nr. 187—191 u. a. 3 Nr. 94—101, Respons. I r. 48, Decis. 285, sowie v. G. A. Struv, Syntagma jur.

theilung der Satzungen in „statuta legalia“ und „statuta conventionalia“ üblich²⁰. Immerhin blieb jedoch mit dieser begrifflichen Zersetzung der Autonomie die Erhaltung ihrer niemals ganz erloschenen praktischen Wirksamkeit vereinbar²¹.

In unserem Jahrhundert hat die Autonomie zwar noch manche weitere Einbuße erlitten, zugleich aber mit der Verjüngung des Körperschaftswesens neue Machtbereiche erobert. Niemals freilich kann sie im modernen Staat auch nur von fern ihre mittelalterliche Bedeutung zurückgewinnen und am wenigsten kann sie im Privatrecht ihre alte Rolle wieder übernehmen. Aber in veränderten Formen entfaltet sie auch heute eine lebendige schöpferische Kraft. Mehr

civ. exerc. 2 th. 42 u. Synt. jurispr. opif. I l. 4 c. 6, J. Hoppius, De obligatione Statutorum, Gedani 1686, Wernher, Obs. for. III o. 224, IX o. 144 u. 145, Selchow, Elem. § 45, 53 u. 62. Scharf formuliert findet sie sich b. Titius, Jus priv. I c. 3 § 67, VIII c. 2 § 10, c. 4 § 16 u. c. 5 § 10, J. H. Boehmer, Exerc. 15 c. 1 § 7, c. 2 § 3–15, Jus publ. univ. II c. 3 § 16–28 u. c. 4 § 12, Kreittmayr V c. 30 § 5 (e), Scheidemantel, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet, Jena 1770 ff., I 164–166, Hellfeld, Jurispr. for. § 88–92, Hofacker, Princ. jur. Rom.-Germ. § 128–131, u. A.

²⁰ Vgl. J. B. Ch. Eichmann, Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Berlin u. Stralsund 1779 ff., I 415–439; Ch. H. G. Köchy, Theoretisch-praktischer Kommentar über die Pandekten, Leipzig 1796 ff., I § 89–92; Glück, Komm. I 500–509; Danz I 160 ff.; Thibaut I § 22; Mittermaier I § 22; Reyscher, Württ. P.R. I § 69; Curtius, Kursächs. P.R. I § 29; Wächter, Württ. P.R. II § 11. — Malblanc, Princ. § 62, spricht bei „statuta ex pacto“ der Familien u. Körperschaften von einer „autonomia privata“, die sich lediglich auf das „jus disponendi et paciscendi privatorum“ gründe, bei „statuta ex lege“ von einer „autonomia publica“.

²¹ Denn man liefs einerseits die Statuten sowohl kraft vorgängiger Verleihung von Gesetzgebungsgewalt als kraft nachträglicher Bestätigung durch den Gesetzgeber Gesetzeskraft erlangen, erkannte hierzu auch eine stillschweigende Genehmigung als ausreichend an (so J. H. Boehmer, Exerc. 15 c. 2 § 9, Eichmann a. a. O. S. 437, Köchy a. a. O. § 92, Glück a. a. O. S. 509) und liefs alle Vertragsstatuten durch eine derartige Sanktion sich in Legalstatuten verwandeln. Andererseits dehnte man die den Vertragsstatuten beigelegte Wirksamkeit inter paciscentes auch auf die durch Mehrheitsbeschluss überstimmten und auf alle künftigen Mitglieder aus; vgl. z. B. Hellfeld § 90 Not. a u. § 91, Eichmann S. 427 ff., Köchy § 91, Glück S. 505 ff., Danz S. 162 ff. — Zutreffend deckt G. L. Mencken, Opuscula, Hal. 1770, Nr. 7 S. 203 ff. diese Schwäche der Vertragstheorie auf (§ 5) und will daher kein Statut ohne gesetzgeberische Mitwirkung anerkennen (§ 3–4). Andere fordern auch für Vertragsstatuten (mindestens der Zünfte) obrigkeitliche Bestätigung. J. Claproth will in seinem „ohnmafsgeblichen Entwurf eines Gesetzbuchs“, Frankfurt a. M. 1773–1776, I S. 451 ff. alle Autonomie abschaffen.

und mehr hat auch die Jurisprudenz den Begriff der Autonomie wiederhergestellt²², ohne freilich immer ihre volle Tragweite zu würdigen²³. Die Autonomie ist daher im heutigen deutschen Privatrecht als eine selbständige und eigenartige Rechtsquelle anerkannt²⁴.

III. Subjekte. In irgend einem Umfange ist heute jeder körperschaftliche Verband Subjekt einer Satzungsgewalt²⁵. Dieselbe ist jedoch bei den verschiedenen Arten der Verbände ungleich beschaffen.

1. Die Familien des hohen Adels besitzen das Recht einer sehr umfassenden Hausgesetzgebung²⁶. Der Ursprung dieses Rechtes liegt in der seit dem 14. Jahrhundert bemerkbaren Bewegung, die im deutschen Adel durch die seinen Bestand gefährdende Entwicklung des gemeinen Landrechts hervorgerufen wurde. Im Sinne der Begründung einer festen und dauernden Familieneinheit schlossen sich die einzelnen hochadligen Familien als körperschaftlich verfasste Häuser zusammen und setzten sich theils durch einseitige Verfügung des Familienhaupts, theils durch Vereinbarung sämtlicher Familienglieder ein besonderes Familien- und Güterrecht. Nach der Aufnahme des römischen Rechts wahrten sie sich kraft ihrer durch Landeshoheit und Reichsstandschaft gesicherten Stellung ihre Autonomie, die sie nun zur Abwehr des römischen Rechts und zur Ausbildung eines rein deutschen Sonderrechts benützten. Da die Hausgesetze nebst den sie ergänzenden Hausobservanzen in den Grundzügen fort und fort übereinstimmten, wurde hierdurch zugleich die Bildung eines den ganzen Stand umfassenden Gewohnheitsrechtes angebahnt, das als „gemeines deutsches Privat-

²² In neuerer Zeit haben nur Gerber a. a. O. u. Böhlau a. a. O. ihre Existenz ganz geleugnet.

²³ Oft wird sie als bloße Anomalität (z. B. b. Roth a. a. O.) oder gar als singuläres Ueberbleibsel überwundener Rechtszustände (z. B. b. Franken a. a. O.) behandelt.

²⁴ Von den neueren Gesetzbüchern erkennen das Pr. L.R. Einl. § 2 und das Sächs. G.B. § 29 „Statuten“ an. Auch die C.Pr.O. § 265 behandelt „Statuten“ als „Rechtsnormen“. Die Behauptung von Pfaff u. Hofmann, Komm. I 269 ff. u. 274 ff., daß in Oesterreich keine Autonomie im technischen Sinne bestehe, ist den eignen Ausführungen der Verf. gegenüber kaum haltbar.

²⁵ Für das preuß. R. anerkannt in Entsch. des R.Ger. XXIII Nr. 5 S. 26 ff.

²⁶ Vgl. außer den oben in Anm. 1 angef. Schriften u. der in Anm. 11 genannten Schrift von Betsius noch J. H. Boehmer, Exerc. 31; Beseler, Erbverträge II, 2 S. 13 ff. u. 35 ff., Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 548 ff.; Gierke, Genossenschaftsr. I S. 413 ff., Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 591 ff.; Heffter, Die Sonderrechte der souv. u. reichsständ. Häuser Deutschlands, Berlin 1871, § 44 ff.; Mejer, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. V 229 ff.; Zöpfel, D. Staatsr. § 311—316; auch die Litt. zu § 47.

fürstenrecht“ den einzelnen Hausrechten gegenübertrat. Nach der Auflösung des Reiches behielten nicht nur die nunmehr zur Souveränität emporgestiegenen Häuser ihre rechtliche Sonderstellung²⁷, sondern es wurde auch durch die deutsche Bundesakte den inzwischen „mediatisirten“ Häusern des ehemaligen reichsständischen Adels sowohl der Fortbestand ihres bisherigen Hausrechts wie die Befugnis zu fernerer Hausgesetzgebung ausdrücklich gewährleistet²⁸. Auch gegenwärtig steht in ganz Deutschland die Autonomie dieser Familien in Kraft. Wenn gerade der Hausgesetzgebung neuerdings wieder der Charakter der Rechtsetzung bestritten worden ist²⁹, so hat die allein mögliche Auffassung, daß durch die Hausgesetzgebung in der That objektives Recht erzeugt wird, nicht nur in der Theorie die Herrschaft behauptet, sondern auch die Anerkennung des Reichsgerichts gefunden³⁰.

Geringere Bedeutung hat die in der Bundesakte gleichfalls aufrecht erhaltene Autonomie der ehemals reichritterschaftlichen Familien³¹.

2. Die Gemeinden haben, nachdem der Kampf der Landesherrn gegen die Autonomie der Landstädte siegreich durchgeführt und früher schon die Autonomie der Landgemeinden in enge Schranken gebannt war, ihr einstiges ausgedehntes Satzungsrecht eingebüßt. Nur die Städte Rostock und Wismar besitzen noch heute ein Satzungsrecht alter Art³². In gewissem Umfange indess können auch nach den geltenden Gemeindeordnungen die Gemeinden durch Ortsstatut oder

²⁷ Doch ist ihre Hausgesetzgebung insoweit eingeschränkt, als ein Theil ihres Hausrechts zugleich ein Stück des Verfassungsrechtes des konstitutionellen Staates geworden ist und daher nicht ohne Mitwirkung der staatlichen Gesetzgebungsorgane abgeändert werden kann; vgl. H. Schulze in Holtzendorffs Encykl. I S. 1361, G. Meyer, Staatsr. I § 86.

²⁸ B.A. Art. 14 Z. 2. Durch den Schlußsatz, der die bisher dagegen erlassenen Verordnungen für künftig unanwendbar erklärt, sind der richtigen Auslegung nach die in der Zwischenzeit aufgehoben gewesenen Hausgesetze wiederhergestellt worden; vgl. Zachariae, Staatsr. I § 98 Anm. 4, Beseler, D.P.R. § 170 Anm. 6, Stobbe, D.P.R. § 20 Anm. 3, H. Schulze a. a. O. S. 1360.

²⁹ Insbesondere von Gerber a. a. O.; ebenso Münchener Erk. b. Seuff. XXIX Nr. 1.

³⁰ Entsch. des R.Ger. II Nr. 39 S. 155 ff., XVIII Nr. 42 S. 202 u. 215, XXVI Nr. 26 S. 155 ff. — Vgl. auch Sächs. Gb. § 29.

³¹ B.A. Art. 14 sichert der Reichsritterschaft die Autonomie gleich den sonstigen Vorrechten nur im bisherigen Umfange und „nach Vorschrift der Landesgesetze“ zu; die einzelnen reichritterschaftlichen Familien besaßen aber kaum je eine ausgebildete Autonomie; vgl. Beseler, D.P.R. § 179 Anm. 7.

³² Vgl. Böhlau, Mecklenb. L.R. I § 59 Anm. 36. Warum Roth, D.P.R. I § 43 Anm. 41, ihr Recht nicht Autonomie, sondern Gesetzgebungsrecht nennen will, ist nicht ersichtlich.

örtliche Verordnung Rechtsnormen setzen³³. Ebenso ist den Gemeindeverbänden höherer Ordnung das Recht zum Erlass von Statuten (Kreisstatuten, Provinzialstatuten u. s. w.) gewährt³⁴.

3. Die Kirchen üben auf dem Gebiet des Kirchenrechts heute wieder ein umfassendes Satzungsrecht aus³⁵. Den autonomen Satzungen der Gesamtkirchen wird der Name des „Kirchengesetzes“ zugestanden, während die durch das Satzungsrecht der Gesamtkirche beschränkten Satzungen der einzelnen kirchlichen Gemeinden und Körperschaften „Statuten“ heißen³⁶.

4. Auch den sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts steht ein Satzungsrecht zu. Denn obschon die ausgedehnte Autonomie, deren sich einstmalig z. B. die ständischen Korporationen, die Universitäten und die Zünfte erfreuten, untergegangen ist, so ist doch den alten Korporationen irgend ein Rest von Autonomie verblieben und den neu begründeten öffentlichrechtlichen Genossenschaften irgend ein Stück von Autonomie zugeteilt³⁷.

5. Endlich aber gebührt ein freieres Satzungsrecht den Körperschaften des Privatrechts. Freilich wird ihnen „Statuten“ auch von Manchen, die den Begriff der Autonomie sonst anerkennen, der Satzungscharakter abgesprochen³⁸. In der That aber schafft jedes

³³ Vgl. z. B. Preufs. östl. St.O. v. 30. Mai 1853 § 11 u. L.G.O. v. 3. Juli 1891 § 6, Westfäl. St.O. § 11 u. L.G.O. § 13, Rhein. St.O. § 10 u. Gem.O. § 11; Hannov. St.O. v. 24. Juni 1858 § 1–2, L.G.O. Art. 8, Kurhess. Gem.O. § 3; Sächs. St.O. v. 24. Apr. 1873 § 2–3, L.G.O. § 2–3; Großh. Hess. St.O. Art. 9, L.G.O. Art. 8; Bad. St.O. § 2; Württ. Gem.O. Art. 3; fernere Nachweisungen b. Gierke, Genossenschaftsr. II 749–751, E. Löning, Verwaltungsr. S. 182 ff., E. Leidig, Preufs. Stadtrecht, Berlin 1891, S. 186–191. — Ueber das Ortsstatut als Rechtsnorm vgl. auch das R.Ger. in Entsch. b. Gruchot, Beitr. XXXI Nr. 23 S. 425 bis 436.

³⁴ So in allen preufs. Kreis- u. Provinzialordnungen nach dem Vorbild der östl. Kreis-O. v. 13. Dez. 1872 § 20 u. Prov.O. v. 29. Juni 1875 § 8; vgl. auch Gierke a. a. O. S. 793 Anm. 59, K. v. Stengel, die Organisation der preufs. Verwaltung, Leipzig 1884, S. 193 ff. u. 291 ff.

³⁵ Ueber das Wesen der kirchlichen Autonomie (zunächst nach preufs. R.) finden sich vortreffliche Ausführungen im Erk. des R.Ger. v. 28. Jan. 1889 XXIII Nr. 5 S. 26–28.

³⁶ Vgl. Richter, Kirchenr. § 165–172; Hinschius, Kirchenr. III § 191–197; Friedberg, Kirchenr. § 97 u. 99.

³⁷ Vgl. bes. Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886, S. 181 ff.

³⁸ So von Unger, Oesterr. P.R. I 32; Böhlau, Meckl. L.R. I 317; Stobbe, D.P.R. I 160 ff.; Gengler, D.P.R. S. 26; Franken, D.P.R. S. 48–49. Die generellen Bestimmungen über die Vertragsbedingungen, unter denen eine Körperschaft die Eingehung gewisser Rechtsgeschäfte mit Dritten anbietet, sind freilich

Vereinsstatut nicht bloß Rechtsverhältnisse, sondern Rechtssätze, die in einem Gemeinschaftskreise als objektives Recht gelten sollen³⁹. Insoweit ist es seinem Wesen nach ein Vereinsgesetz, womit natürlich nicht gesagt ist, daß es an den Eigenschaften des „Gesetzes“ im technischen Sinne, falls dieselben etwa auf die staatlich anerkannten Satzungen öffentlichrechtlicher Verbände übertragen sind, ebenfalls Theil haben müsse⁴⁰.

IV. Umfang. Der Bereich der Satzungsgewalt ist den verschiedenen Verbänden durch Gesetz und Verfassung so ungleich zugemessen, daß eine genaue Begrenzung des Umfanges der Autonomie nicht ohne gleichzeitige Darstellung des gesammten Körperschaftsrechts möglich wäre. Hier sind daher nur einige allgemeine Gesichtspunkte anzudeuten.

1. Den Hauptgegenstand autonomischer Ordnung bilden heute die inneren gemeinheitlichen Rechtsverhältnisse des einzelnen Verbandes. Insoweit schafft das Statut für seinen Kreis ein besonderes Sozialrecht (Verfassungs- und Verwaltungsrecht), das bei öffentlichen Körperschaften dem öffentlichen Recht, bei privaten dem Privatrecht angehört. Doch ist den öffentlichen Körperschaften auch ihre eigne Lebensordnung heute meist durch allgemeines Gesetzesrecht dergestalt gegeben, daß nur in einzelnen Punkten für statutarisches Recht Raum bleibt⁴¹. Ja auch vielen privaten Körper-

kein Satzungsrecht und dürfen daher nicht mit Gerber, Arch. f. c. Pr. XXXVII S. 61 Anm. 27, u. Franken a. a. O. hierher gezogen werden.

³⁹ Vgl. Beseler, D.P.R. S. 74; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 262—271; Brinz a. a. O. S. 1016 ff.; Windscheid, Pand. § 19 Anm. 4; Bolze, Der Begriff der jur. Pers. S. 173; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 152 Anm. 1 u. S. 164; Regelsberger, Pand. I 106 Anm. 3. Auch die Praxis operirt bei Privatrechtskörperschaften unbedenklich mit dem Begriff der „Autonomie“; vgl. z. B. Seuff. IX Nr. 7, XXIX Nr. 212, XXXI Nr. 198, XXXVIII Nr. 2, Entsch. des R.Ger. VI Nr. 32, VII Nr. 53, VIII Nr. 31.

⁴⁰ Insbesondere hat die Praxis mit Recht verneint, daß solche Statuten, auch wenn landesherrlich genehmigt und durch die Gesetzsammlung publizirt, Gesetzesvorschriften in dem Sinne seien, daß ihre Verletzung Nichtigkeit des Urtheils begründen könnte; vgl. R.O.H.G. IV 58 ff., VII 210, VIII 191, X 327, XIII 119 ff. XVII 32 u. 110, R.Ger. IX Nr. 70, andere Erk. b. Gierke a. a. O. S. 164 Anm. 2.

⁴¹ Hierbei besteht wieder der Unterschied, daß für Gemeinden und einzelne verwandte Körperschaftsgattungen das Verfassungsrecht durch Staatsgesetz vollständig geordnet zu sein pflegt, so daß es eines Statuts gar nicht bedarf, während bei öffentlichen Genossenschaften meist nur ein gesetzlicher Rahmen feststeht, dessen Ausfüllung durch ein besonderes Statut nothwendig ist. — Im älteren deutschen Recht schuf sich jede Gemeinde wie jede Genossenschaft ihr eignes Verfassungsrecht.

schaften sind die Grundzüge ihrer Verfassung unabänderlich vor-gezeichnet⁴².

2. Die Autonomie erstreckt sich ferner in gleicher Weise auf die mit der Verbandsmitgliedschaft verknüpften Sonderrechtsverhältnisse⁴³. Insoweit vermag das Statut für seinen Kreis ein besonderes Individualrecht zu schaffen, das dem Privatrecht angehört. Derartiges Satzungsrecht begegnet bei vielen Privatrechtskörperschaften⁴⁴. Aber auch Satzungen öffentlicher Körperschaften können durch solche Bestimmungen in das Privatrecht hineinreichen⁴⁵.

3. In der Autonomie ist heute an sich nicht die Macht enthalten, aufserkörperschaftliche Rechtsverhältnisse der Verbandsangehörigen zu ordnen; sie kann daher in das gemeine öffentliche und Privatrecht nicht eingreifen⁴⁶. Indefs kann sie hierzu aus-

⁴² So den Aktiengesellschaften, den eingetragenen Erwerbs- und Wirthschafts-genossenschaften, den eingeschriebenen Hilfskassen, den Gewerkschaften u. s. w.

⁴³ Dabei ist zwischen der Aufstellung von Regeln für erst zu begründende und für schon begründete Sonderrechtsverhältnisse zu unterscheiden, indem die Autonomie bei Anordnungen der zweiten Art eine Schranke an der Unantastbarkeit erworbener Rechte hat; hiervon ist im Körperschaftsrecht näher zu handeln.

⁴⁴ So z. B. bei Agrargenossenschaften; vgl. Gierke a. a. O. S. 221 Anm. 3 u. 324. Ebenso bei Aktiengesellschaften hinsichtlich der Verkörperungsform, der Uebertragbarkeit, der Geltendmachung u. s. w. der Aktienrechte; H.G.B. Art. 209 u. 209 a. Nicht anders bei allen wirthschaftlichen Personalgenossenschaften.

⁴⁵ So z. B. Gemeindegesetzen über Nutzungsrechte am Gemeinlande; vgl. Hess. St.O. v. 1874 Art. 9 u. 114 ff., Württ. Ges. über die Gemeindeangehörigkeit v. 16. Juni 1885 Art. 27 u. 61, Preuss. L.G.O. v. 1891 § 72. Ferner Kirchengesetzen über Kirchenstuhlsrechte oder Erbbegräbnisrechte; Gierke a. a. O. S. 197. Desgleichen Satzungen öffentlicher Genossenschaften über Individualrecht der Mitglieder; Gierke a. a. O. S. 235 ff.

⁴⁶ Anders nach älterem deutschem Recht; auch der für das Gegentheil bisweilen angeführte Landfr. K. Albrechts v. 1303 § 38 (M.G.L. II 483) spricht nur von der oben erwähnten Schranke, daß nicht in die Rechtssphäre höherer Verbände eingegriffen werden darf. Dagegen formulirte die romanistisch-kanonistische Theorie schon im Mittelalter das im Text ausgesprochene Prinzip, durchbrach es aber mit der seit Bartolus fast allgemein anerkannten Regel, daß jeder mit „jurisdictio“ ausgerüsteten universitas ein weiterreichendes jus statuendi im Bereich ihrer Jurisdiktion zustehe; Gierke, Genossenschafts. III 387 ff. u. 456. Diese Lehre wurde auch in Deutschland aufrecht erhalten; erst seit dem 18. Jahrh. drang die Ansicht durch, daß in der jurisdictio noch kein jus statuendi enthalten und somit eine über die inneren Angelegenheiten der Körperschaft hinausgreifende Satzungsgewalt immer nur kraft besonderer Delegation des Gesetzgebers begründet sei; vgl. z. B. G. A. Struve, Synt. juris. opif. II. 4 c. 6 § 1, J. H. Boehmer, Exerc. 15 c. 1 u. c. 2 § 7; G. L. Mencken, Opuscula Nr. 7 § 3. — Natürlich ist dem Bereich der Autonomie nicht bloß das zwingende, sondern auch das vermittelnde gemeine

nahmsweise durch generellen Rechtssatz ermächtigt sein oder auch durch eine im einzelnen Fall hinzutretende gesetzliche Autorisation ermächtigt werden. Im Bereiche einer so erweiterten Autonomie schafft das Statut für die von ihm beherrschte Gemeinschaft ein besonderes Recht, das über deren körperschaftlichen Zusammenhang hinausgreift. Dieses besondere Recht gilt nur für die Angehörigen des Verbandes⁴⁷. Allein es kann in höherem Maße als sonstiges autonomisches Recht mittelbar auch die Rechtsverhältnisse anderer Kreise bestimmen⁴⁸.

a. Im Gebiete des öffentlichen Rechts liegt eine derartige Erweiterung der Autonomie vor Allem in der landesgesetzlichen Ermächtigung der Gemeinden und der weiteren Kommunalverbände zum Erlass von Polizeiverordnungen und in der reichsgesetzlichen Ermächtigung derselben zu statutarischen Bestimmungen über mannichfache gewerberechtliche Verhältnisse⁴⁹. Aber auch die Autonomie mancher

Recht entrückt, da es etwas Anderes ist, ob einem Rechtssatz im Einzelfalle durch Rechtsgeschäft die Anwendbarkeit entzogen oder generell durch Satzung eine andere Regel substituiert wird; vgl. Beseler a. a. O. S. 79.

⁴⁷ Es giebt freilich Fälle, in denen die Satzung einer Körperschaft von vornherein auch Nichtmitglieder verbindet. Man kann zweifeln, ob hier noch von „Autonomie“ oder vielmehr mit Rosin a. a. O. S. 187 von „delegierter staatlicher Gesetzgebung“ zu sprechen ist. Doch ergibt eine nähere Betrachtung, daß in solchen Fällen stets der Gedanke einer Erweiterung des körperschaftlichen Herrschaftsbereiches auf einen durch die Mitgliedschaft nicht begrenzten Gemeinschaftskreis zu Grunde liegt: die Gemeinde statuiert als Gebietskörperschaft für alle mit dem Gemeindegebiet irgendwie verknüpften Personen (so in den bei Rosin S. 187 Anm. 24 angeführten Fällen), die Innung als Gewerkekörperschaft für alle Gewerbsangehörigen (so im Falle der Erstreckung der Innungssatzungen über Lehrlingswesen auf Nichtmitglieder gemäß R.Gew.O. § 100 e), die Berufsgenossenschaft für Unfallversicherung als ein die Unternehmungen im Ganzen umfassender Verband auch für die versicherten Arbeiter (R.Unfallversich.Ges. § 28 Nr. 2) u. s. w. Mit- hin liegt auch hier erweiterte Autonomie vor (wonach Gierke, Genossenschaftstheorie S. 720 Anm. 2 zu berichtigen ist).

⁴⁸ Irgendwie kann alles autonomische Recht auch für „Dritte“ eine Wirksamkeit entfalten; so z. B. das innere Verfassungsrecht einer Körperschaft für Jeden, der mit ihr in Rechtsverkehr tritt. Offenbar aber greift eine autonome Abänderung des gemeinen Rechts tiefer in die Verhältnisse Dritter ein; man denke z. B. an hausgesetzliche Bestimmungen über Mündigkeit und Mißheirathen von Familienangehörigen.

⁴⁹ R.Gew.O. (Fassung v. 1. Juli 1891) § 142 mit § 23 Abs. 3, 33, 34, 105 b Abs. 2, 119 a u. 120 Abs. 3; R.Ges. v. 29. Juli 1890 (betr. Gewerbegerichte) § 1 mit § 4, 7, 11, 13, 14, 16—18, 22, 57, 63, 70, 81 u. 83; Krankenversicherungsges. (Fassung v. 10. April 1892) § 2, 51 u. 54; Invaliditäts- u. Altersversicherungsges. v. 22. Juni 1889 § 13, 112—113.

öffentlichrechtlicher Genossenschaften erstreckt sich auf außerkörperschaftliches öffentliches Recht⁵⁰.

b. Im Gebiet des Privatrechts ergreift namentlich die Autonomie des hochadligen Hauses das gesammte Familien- und Güterrecht der Familienangehörigen. Dagegen haben unter den Gemeinden nur die Städte Rostock und Wismar das ehemalige allgemeine Recht partikulärer Privatrechtsetzung bewahrt. Im Uebrigen sind der ortstatutarischen Regelung höchstens einzelne untergeordnete Stücke der Privatrechtsordnung überlassen⁵¹. Doch berühren die polizei- und gewerberechtlichen Satzungsbefugnisse von Gemeinden und Genossenschaften vielfach auch das Privatrecht⁵².

V. Erfordernisse. Satzungen kommen in ähnlicher Weise wie Gesetze zu Stande.

1. Es bedarf also zuvörderst einer gehörigen Bildung der Satzung durch das verfassungsmäßig berufene Verbandsorgan. Regelmäßig ist in jeder Körperschaft ein oberstes Organ das eigentliche Satzungsorgan, während daneben andere Organe zu einer mehr oder minder ausgedehnten Rechtsetzung im Verordnungswege berufen sind⁵³. Hauptsächlich begegnen drei Typen.

a. Beschlufs der Mitgliederversammlung. Soweit die Mitgliederversammlung, wofür heute die Vermuthung spricht, das oberste Organ ist, übt sie auch die körperschaftliche Autonomie aus. Hierbei entscheiden die allgemeinen Regeln über Körperschaftsbeschlüsse, so daß im Zweifel zur Bildung der Satzung ein gehörig gefasster Mehrheitsbeschluss genügt. Die Verfassung kann indess strengere Erfordernisse aufstellen. Sie kann sogar, wie dies z. B. bei Familienschlüssen (oder sogenannten „Familienvträgen“) die Regel ist, Ein-

⁵⁰ So die Satzungsgewalt der Innungen (R.Gew.O. § 97 a, 98 a, 98 c, 100 e u. 100 f), so entfernt sie auch im Falle ihrer weitesten Ausdehnung von der ehemaligen gewerberechtlichen Satzungsgewalt der Zünfte bleibt, der Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung u. s. w.

⁵¹ Beispiele von Satzungen hannoverscher Städte über Aufhebung von Retraktrechten und Abänderung von Ziehzeiten b. Kraut § 19 Nr. 1—3.

⁵² So z. B. die theils auf den Weg des Statuts theils auf den der Polizeiverordnung verwiesenen kommunalen Satzungsbefugnisse auf dem Gebiete des Baurechts; vgl. Württ. Gem.O. Art. 3, Preufs. Ges. v. 2. Juli 1875 § 12 u. 15, E. Löning, Verwaltungsr. S. 452—453 u. 466. Sehr entschieden ferner statistische Bestimmungen nach R.Gew.O. § 119 a (Lohnzahlungen), aber auch nach R.Gew.O. § 33, 34, 105 b, sowie nach § 100 e.

⁵³ Gierke, Genossenschaftstheorie S. 692 Anm. 1.

stimmigkeit fordern, ohne daß hiermit etwa an die Stelle des Beschlusses ein Vertrag gesetzt wäre⁵⁴.

b. **Beschluß einer engeren Versammlung.** Statt der Mitgliederversammlung ist vielfach eine Repräsentantenversammlung zur Satzungsbildung berufen. Die Satzungsgewalt kann auch einem kollegialen Vorstände (z. B. einem Gemeinderath) übertragen sein. Oft besteht auch ein mehrgliedriges Satzungsorgan, wie z. B. da, wo die Gemeindeverfassung auf der Unterscheidung einer regierenden und einer vertretenden Versammlung (Magistrat und Stadtverordnete, Rath und Ausschufs u. s. w.) beruht, ein Ortsstatut durch übereinstimmenden Beschluß beider Versammlungen zu Stande kommt⁵⁵.

c. **Entschluß eines Einzelnen.** Endlich kann ein Einzelner als Verbandshaupt entweder für sich allein oder mit Zustimmung einer Versammlung zur Aufstellung bindender Normen für die Verbandsangehörigen berufen sein. Dies war früher in allen herrschaftlichen Verbänden der Fall. Heute steht insbesondere in der hochadligen Familie dem regierenden Herrn als Chef des Hauses eine Satzungsgewalt zu. Die monarchische Form der autonomen Satzung hat sich ferner bei Kirchengesetzen erhalten⁵⁶. Im Uebrigen findet sich höchstens eine beschränkte Verordnungsgewalt körperschaftlicher Einzelvorsteher.

2. Die Satzung muß ferner durch gehörigen Ausspruch erklärt sein. Ueber das Organ und die Form dieses Ausspruchs entscheidet die Körperschaftsverfassung⁵⁷. Erforderlich ist zum Inkraft-

⁵⁴ Aus der Hineintragung des Vertragsbegriffs stammt die alte Irrlehre von der Möglichkeit „stillschweigender Statuten“, die neuerdings wieder Böhlau § 65 Anm. 9 u. Franken S. 51 vortragen. Vgl. gegen sie Stobbe § 19 Anm. 5, Beseler § 28 Anm. 7.

⁵⁵ Zu gewerblichen Ortsstatuten forderte § 142 der R.Gew.O. in seiner alten Fassung einen „Gemeindebeschuß“, während er in seiner jetzigen (außer der vorherigen Anhörung der beteiligten Gewerbetreibenden und Arbeiter) keine besondere Form der Satzungsbildung vorschreibt. Nach allen Gemeindeordnungen aber muß, wo keine Gemeindeversammlung besteht, eine Gemeindevertretung mitwirken. Kreisstatute beschließt in Preußen der Kreistag (östl. Kreis.O. § 125), Provinzialstatute der Provinziallandtag (östl. Prov.O. § 35). — Ebenso bedarf es bei kirchlichen Gemeindestatuten der Zustimmung der Gemeindevertretung, bei kirchlichen Kreisstatuten des Beschlusses der Kreissynode (Preufs. K.Gem. u. Synodal-O. v. 10. Sept. 1873 § 46 u. 53).

⁵⁶ In der katholischen Kirche bei der päpstlichen (und bischöflichen) Gesetzgebung, in der evangelischen bei der landesherrlichen Kirchengesetzgebung, die aber nach den neueren Kirchenverfassungen an die Zustimmung einer Synode gebunden ist.

⁵⁷ Hier wie bei den Gesetzen ist zur Verkündung oft ein anderes Organ

treten des Statuts jedenfalls eine Kundmachung, die geeignet ist, dasselbe zur Kenntniß aller Betheiligten zu bringen. Für die Hausgesetze des hohen Adels, die nach der Bundesakte „bei den höchsten Landesstellen zur allgemeinen Kenntniß und Nachachtung gebracht werden müssen“, sind landesgesetzlich besondere Publikationsformen vorgeschrieben⁵⁸. Die Satzungen der Gemeinden, der Kirchen und der sonstigen öffentlichen Körperschaften werden in ähnlicher Weise wie die Gesetze und daher heute meist durch den Druck in bestimmten amtlichen Blättern verkündigt⁵⁹.

3. Als ein besonderes Erforderniß tritt endlich, damit eine Satzung gültig sei, vielfach die staatliche Bestätigung hinzu. Dieses Erforderniß bildet heute bei allen Satzungen öffentlicher Körperschaften die Regel⁶⁰, während umgekehrt die Satzungen privater

als das Satzungsorgan berufen (z. B. bei Gemeindestatuten der Gemeindevorstand, bei Kreisstatuten der Kreisausschuß oder Landrath, bei Genossenschaftsstatuten der Genossenschaftsvorstand u. s. w.). Wo die Satzung durch Beschluß der Mitgliederversammlung zu Stande kommt, ist noch heute oft die älteste Verkündigungsform, der mündliche Ausspruch vor der Versammlung, ausreichend.

⁵⁸ Vgl. Württ. Deklar. v. 1819 § 10 b. Kraut § 38 Nr. 4; Grofsh. Hess. Ed. v. 17. Febr. 1820 ib. Nr. 5; Preufs. Instruk. v. 30. Mai 1820.

⁵⁹ Nach R.Gew.O. § 142 sind statutarische Bestimmungen über gewerbliche Gegenstände „in der für Bekanntmachungen der Gemeinde oder des weiteren Kommunalverbandes vorgeschriebenen oder üblichen Form zu veröffentlichen“. In Preußen besteht für die Publikation der Gemeindegesetze keine ausschließliche Form (vgl. Leidig, Stadtr. S. 190 Anm. 2); dagegen müssen Kreisstatute durch das Kreis- oder Amtsblatt, Provinzialstatute durch die Amtsblätter publiziert werden (östl. Kreis-O. § 20 Abs. 2 u. Prov.O. § 8 Abs. 2). Für Kirchengesetze giebt es zum Theil eigne „kirchliche Gesetzblätter“.

⁶⁰ So bei den Gemeinden u. höheren Kommunalverbänden; vgl. die oben Anm. 33–34 angef. Gemeindeordnungen u. s. w., auch Sachsen-Altenburg. V.U. § 120, Brem. V.U. § 82. Desgleichen vielfach bei kirchlichen Satzungen, sowie regelmäßig bei allen öffentlichen Genossenschaften; vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 669 Anm. 2 u. 819 Anm. 2; Rosin a. a. O. S. 182 ff. Allgemein wird im Preufs. L.R. Einl. § 2 u. II, 6 § 30, 34 u. 35 u. in der Bad. Verordn. v. 17. Nov. 1883 staatliche Genehmigung der Körperschaftssatzungen gefordert. — Uebrigens erleidet die Regel mancherlei Ausnahmen. Keiner Genehmigung bedürfen die Satzungen der mecklenburgischen Seestädte; Böhlau I 364. Unter den Kirchengesetzen bedürfen die der katholischen Kirche nur insoweit einer Genehmigung, als das Placet gilt; vgl. Friedberg, Kirchenr. § 97 II, Hinschius, Kirchenr. III 838 ff. Bei den vom Landesherrn als Haupt der evangelischen Kirche mit Zustimmung einer Synode erlassenen kirchlichen Gesetzen und Verordnungen ist eine eigentliche Staatsgenehmigung undenkbar; statt ihrer forderte das Preufs. Ges. v. 3. Juni 1876 § 13 eine vor der königlichen Sanktion herbeizuführende Feststellung des Staatsministeriums, daß gegen das Gesetz von Staatswegen nichts zu erinnern ist; das Preufs. Ges. v. 28. Mai 1894 § 2 fordert nur noch eine Erklärung des

Körperschaften der Regel nach einer Bestätigung nicht bedürfen⁶¹. Bei den Hausgesetzen des hohen Adels fordert die Bundesakte nur, daß sie „dem Souverän vorgelegt“ werden⁶²; in mehreren Staaten ist dies aber als eine Vorlegung zur Bestätigung gedeutet worden⁶³.

Durch das Erforderniß staatlicher Bestätigung wird die Autonomie zwar eingeschränkt, aber nicht aufgehoben⁶⁴. Das bestätigte Statut bleibt Statut, nicht wird es Gesetz⁶⁵. Darum ist auch heute die Bestätigung nicht eine in der staatlichen Gesetzgebungsgewalt enthaltene Rechtsetzungshandlung, sondern eine aus der staatlichen Körperschaftshoheit fließende Verwaltungshandlung. Demgemäß wird sie durch Verwaltungsorgane vollzogen⁶⁶. Und das Bestätigungsrecht giebt nur die Befugniß, das Statut zu verwerfen oder anzunehmen, nicht, es

Staatsministeriums darüber, ob etwas zu erinnern sei. Auch andere Körperschaften des öffentlichen Rechts können gewisse Satzungen ohne staatliche Mitwirkung errichten; vgl. Rosin a. a. O. S. 182 ff.

⁶¹ Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 653. Diese Regel erleidet aber auch heute manche Ausnahmen; so bei freien Hülfskassen nach R.Ges. v. 7. Apr. 1876 (Fassung v. 1. Juni 1888) § 2, bei Gewerkschaften nach Preufs. Bergges. § 94.

⁶² Daß dies nur Vorlage zur Kenntnissnahme, nicht zur Bestätigung bedeutet, nimmt mit Recht das R.Ger. Entsch. XXVI Nr. 26 S. 142 u. 159 an; ebenda S. 158 u. XVIII Nr. 42 S. 202 ist auch richtig entschieden, daß die Hausgesetze zu Zeiten des alten Reichs einer kaiserlichen Bestätigung nicht bedurften. Uebereinstimmend Beseler § 170 Anm. 9, sowie Grofsch. Hess. Ed. v. 17. Febr. 1820 (Kraut § 39 Nr. 5).

⁶³ Bayr. Deklar. v. 19. März 1807 (Kraut § 39 Nr. 6), Bad. Ed. v. 16. Apr. 1819 § 4 (ib. Nr. 7), Preufs. Instr. v. 30. Mai 1820 § 21 u. a.; doch ist meist das Versprechen abgegeben, daß die Bestätigung nicht grundlos verweigert werden werde. Näheres b. Stobbe § 20 Anm. 6.

⁶⁴ Die Einschränkung ist von ungleicher Bedeutung, jenachdem das Statut, wie dies neuerdings vielfach (z. B. bei kirchlichen Satzungen, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 654 Anm. 2) bestimmt ist, nur auf seine Rechtmäßigkeit oder auch auf seine Zweckmäßigkeit geprüft werden kann; jenachdem ferner die Bestätigung, wie bei Innungen, Krankenkassen, Hülfskassen, Berufsgenossenschaften u. s. w. (vgl. Gierke a. a. O. S. 32 ff.), nur aus bestimmten gesetzlichen Gründen oder frei versagt werden darf. Den Begriff der Autonomie läßt sie aber immer bestehen.

⁶⁵ Vgl. Entsch. des R.Ger. XXIII Nr. 5 S. 28.

⁶⁶ Zum Theil durch den Landesherrn selbst als höchstes Verwaltungsorgan (vgl. z. B. Preufs. L.R. Einl. § 2, östl. Kreis-O. § 176 u. Prov.O. § 119), zum Theil durch höhere Verwaltungsbehörden, zum Theil auch durch Selbstverwaltungsorgane (vgl. z. B. Preufs. Zuständigkeitsges. v. 1. Aug. 1883 § 16 u. 31 u. L.G.O. v. 3. Juli 1891 § 6 Abs. 2, Sächs. L.G.O. § 94 u. 97). Statutarische Bestimmungen des Gewerberechts bedürfen nach R.Gew.O. § 142 der Genehmigung „der höheren Verwaltungsbehörde“.

inhaltlich abzuändern⁶⁷. Wo im Gegensatze hierzu die Bestätigung erst als der eigentliche Rechtsetzungsakt erscheint, liegt nicht mehr Autonomie, sondern nur ein körperschaftliches Vorschlagsrecht zu Gesetzen vor⁶⁸.

Mit dem Bestätigungsrecht verbindet sich öfter ein staatliches Recht der Aufserkraftsetzung ungehöriger Satzungen⁶⁹. Sofern dagegen ein solches Recht nicht besonders begründet ist, bedarf es zur Aufhebung oder Abänderung von Statuten eines Rechtsetzungsaktes, den natürlich nicht bloß die Körperschaft selbst durch Satzung, sondern jederzeit auch der Staat durch Gesetz vollziehen kann.

In zusammengesetzten Körperschaften ist mitunter die Autonomie der Gliedkörperschaften auch durch Bestätigungs- und Aufserkraftsetzungsrechte höherer Gliedkörperschaften oder der Gesamtkörperschaft gebunden. So z. B. in den Kirchen. Hier gelten dann analoge Regeln⁷⁰.

VI. Wirksamkeit. Hinsichtlich der Kraft, der Anwendung und der Auslegung von Satzungen sind dieselben Grundsätze, die bei Gesetzen Platz greifen, insoweit maßgebend, als sie nicht entweder auf spezieller Vorschrift beruhen oder mit der staatlichen Souveränität zusammenhängen. Aus dem letztgedachten Gesichtspunkte folgt, daß hier die richterliche Prüfung unbeschränkt ist und sich namentlich auch in vollem Umfange auf die körperschaftliche Zuständigkeit erstreckt. Der Richter hat daher jedes Statut, das vermöge seines Inhaltes die Grenzen der Autonomie des betreffenden Verbandes über-

⁶⁷ Mittelbar kann die Aufsichtsbehörde freilich auf eine Abänderung hinwirken, indem sie dieselbe zur Bedingung der Bestätigung macht. Noch stärkere Zwangsmittel besitzt sie, wenn sie für den Fall des Nichtzustandekommens einer autonomen Satzung ein staatlich gesetztes Statut oktroyiren kann (wie bei Berufsgenossenschaften nach R.Unfallversich.Ges. § 23, bei Knappschaften nach Preuß. Bergges. § 167 u. 169) oder für den Fall der Nichtabänderung eines Statuts zur Auflösung der Körperschaft befugt ist (wie bei Innungen u. Innungsverbänden nach R.Gew.O. § 103 Z. 1 u. 104g u. bei Hilfskassen nach Hilfskassenges. § 29).

⁶⁸ Dies kommt in verschiedenem Umfange vor; so bei Provinzialgesetzen zu Gunsten von Provinziallandtagen, bei staatlich errichteten Verbänden zu Gunsten der Beteiligten (vgl. Rosin a. a. O. S. 129 ff.) u. s. w. — Das neuere Recht kennt auch Fälle, in denen zur Erzeugung von Rechtssätzen die staatliche Gesetzgebungsgewalt und die autonome Satzungsgewalt zusammenwirken müssen; vgl. Rosin a. a. O. S. 185—187, Gierke a. a. O. S. 819 Anm. 1.

⁶⁹ Allgemein wird es durch die R.Gew.O. § 142 Abs. 2 der Centralbehörde hinsichtlich gewerberechtlicher Satzungen beigelegt.

⁷⁰ Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 641 Anm. 1.

schreitet, als nichtig zu behandeln⁷¹. Im Uebrigen hat er das Satzungsrecht von Amtswegen zu erforschen und anzuwenden⁷².

§ 20. Das Gewohnheitsrecht¹.

I. Begriff. Gewohnheitsrecht ist ungesetztes Recht; somit Recht, das von einer Gemeinschaft unmittelbar durch Uebung erklärt ist. Das Gewohnheitsrecht kann Volksrecht oder Juristenrecht sein. Inwieweit es im zweiten Falle Besonderheiten aufweist, soll unten besprochen werden (§ 21).

II. Geschichte. Im deutschen Mittelalter herrschte das ungesetzte Recht weitaus vor; es hatte nicht nur unbezweifelt gleiche Kraft mit dem gesetzten Recht, sondern galt als ehrwürdiger und heiliger. Man berief sich allgemein, um Rechtssätze vor Anfechtung zu sichern, auf die Ueberlieferung der Vorfahren und suchte womöglich ihre Entstehung in graues Alterthum hinaufzurücken; und man trug Scheu, am Brauch der Väter willkürlich zu ändern, da man in ihm einen ererbten Schatz sah, den man für kommende Geschlechter treu zu hüten habe². Gewohnheitsrecht war es, das Schöffen und

⁷¹ Vgl. z. B. R.Ger. X Nr. 37, Berliner O.Trib. b. Seuff. XXXI Nr. 198.

⁷² C.Pr.O. § 265. Die „Statuten“ werden hier hinsichtlich des Beweises dem Gewohnheitsrecht und dem fremden Recht gleichgestellt; vgl. dazu unten § 20 VII.

¹ Vgl. außer den in Anm. 1 zu § 17 angef. Schriften von Savigny, Puchta u. Beseler bes. noch: E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, Berlin 1861; W. Lüders, Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung, Kiel 1863; F. Dahn, Z. f. deut. Gesetzg. VI 553 ff.; Fr. Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen und insbesondere über das Gewohnheitsrecht, Kassel und Göttingen 1872; Zoll, Jahrb. f. Dogm. XIII 416 ff.; A. Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, Kassel 1877, Recht und Rechtsquellen, Kassel 1883; E. Zitelmann, Arch. f. civ. Pr. XLVI 324 ff.; G. Rümelin, Jahrb. f. Dogm. XXVII Nr. 3; W. Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, Breslau 1890. — Savigny, Syst. I § 12 u. 18; Windscheid, Pand. I § 15–18; Dernburg, Pand. I § 26–28; Regelsberger, Pand. I § 19–23. — Maurenbrecher, D.P.R. I § 20 ff.; Thöl, Einl. § 51–53; Beseler, D.P.R. § 29–33; Gerber, D.P.R. § 28; Stobbe, D.P.R. § 21–23; Roth, D.P.R. § 44; Gengler, D.P.R. § 13; Franken, D.P.R. S. 42 ff. — Wächter, Württ. P.R. II 32 ff.; Böhlau, Meckl. L.R. I § 52–55; Unger, Oester. P.R. I § 5; Pfaff u. Hofmann, Komm. I 230 ff. — Laband, Z. f. d. g. H.R. XVII 466 ff.; Goldschmidt, H.R. I 316 ff.; Behrend, H.R. I § 18. — Schulte, Das katholische Kirchenrecht, Th. I (Gießen 1850) S. 199 ff.; Richter, Kirchenr. § 84; Kahl, Kirchenr. I 129 ff.; v. Scheurl, Zeitschr. f. Kirchenrecht II 184 ff., III 30 ff. u. 387 ff. — Binding, Strafr. I § 44–45.

² Vgl. J. Grimm, R.A. S. 772 ff.; die Rechtssprüchwörter b. Graf u. Dietherr I Nr. 115–120; die Stellen aus Weisthümern b. Gierke, Genossen-

Dingleute, indem sie seine Kenntniß unmittelbar aus ihrer Lebens-
erfahrung und ihrem Rechtsbewußtsein schöpften, im Gericht über-
wiegend anwandten³.

Engere Schranken zog dem Gewohnheitsrecht zuerst das kanonische
Recht, um die partikuläre Rechtsbildung in der Kirche zurückzu-
drängen⁴. Mit der hierauf gegründeten kanonistischen Theorie ver-
schmolz die Theorie, die von den Legisten in Anlehnung an die viel
umstrittenen Aussprüche der römischen Quellen über Gewohnheitsrecht
entwickelt wurde⁵. Immerhin liefs die mittelalterliche Doktrin dem
Gewohnheitsrecht noch weiten Spielraum. Mit der Rezeption gelangte
sie auch in Deutschland zur Herrschaft. Mehr und mehr aber trat
sie nun, indem sie im Gewohnheitsrecht gleichzeitig das einheimische,
das volksthümliche und das partikuläre Recht bekämpfte, dem Ge-
wohnheitsrecht feindselig gegenüber⁶. Diese Feindseligkeit steigerte
sich unter dem Einfluß der neuen Anschauungen vom Staat, die in
der staatlichen Gesetzgebung die alleinige Quelle alles positiven Rechts
erblicken wollten⁷. Vor Allem erklärte die siegreiche naturrechtliche
Richtung dem Gewohnheitsrechte grundsätzlich den Krieg⁸.

In gleichem Schrittmafs gieng die Gesetzgebung gegen das Ge-
wohnheitsrecht vor. Seit dem badischen Landrecht von 1511 schafften
alle partikulären Gesetzbücher die ihnen widersprechenden Gewohn-

schaftsrecht II 462—464; auch die gereimte Vorrede zum Sachsenspiegel vers. 36 ff.
u. 151 ff. — Die sagenhafte Zurückführung hoch gehaltener Rechtssätze auf die
großen Kaiser der Vorzeit, auf Karl d. Gr., Otto I., Friedrich I. — (vgl. Stobbe,
Rechtsq. I 269 ff., 356 ff.) —, steht hiermit natürlich nicht in Widerspruch, sondern
soll nur den Schimmer des Alterthümlichen vergolden.

³ Vgl. Grimm, W. II 140: was der scheffen wist, als ist von alders her-
kommen; Stellen b. Stobbe, D.P.R. § 21 Anm. 2. — Die Meinung von Schultze,
Privatr. u. Proz. (oben § 15 Anm. 1) I 97 ff., die Schöffen hätten bei der Recht-
sprechung nach dem Herkommen Normen nicht angewandt, sondern geschaffen,
wird durch manche von ihm selbst angeführte Stellen (z. B. S. 101 Anm. 2)
widerlegt.

⁴ Vgl. Puchta, Gewohnheitsrecht I 184 ff.; Gierke, Genossenschaftsr. III
307 Anm. 185.

⁵ Vgl. Puchta a. a. O. S. 192 ff.; Gierke a. a. O. S. 216—217 u. 456 ff.

⁶ Vgl. Puchta a. a. O. S. 201 ff. — Die einzelnen Lehrsätze, mit denen sie
zu diesem Zweck operirte, werden nachher vorkommen.

⁷ Vgl. Gierke, Althusius S. 266 ff. u. 279 ff.

⁸ Bezeichnend meint Scheidemantel, Staatsr. (oben § 19 Anm. 19) I 225,
das Gewohnheitsrecht sei oft nur willkürlicher Ungehorsam und entstehe meist
durch „strafbare Unachtsamkeit oder Bosheit“. Freilich klingt, was Laband,
Staatsr. I 580 Anm. 1 („gewöhnheitsmäfsiger Ungehorsam“) und andere Neuere
sagen, nicht viel anders.

heiten, seit dem 17. Jahrhundert viele überhaupt alle von ihnen nicht aufgenommenen Gewohnheiten ab. Auch verbot man im Voraus jede künftige Gewohnheitsrechtsbildung. Die großen Gesetzbücher der neueren Zeit folgten mehr oder minder unbedingt diesen Vorbildern.

In der Theorie brachte die geschichtliche Rechtswissenschaft unseres Jahrhunderts einen völligen Umschwung hervor. Sie eröffnete neue Einblicke in das Wesen des Gewohnheitsrechts und deckte seine Ursprünglichkeit, seine schöpferische Kraft, seinen unvergleichlichen Werth unwiderleglich auf. Freilich aber trat sie in einseitiger Verherrlichung des unbewussten Werdeganges der Geschichte dem Beruf der bewussten gesetzgeberischen That vielfach so ablehnend gegenüber, daß Gegenströmungen nicht ausbleiben konnten.

Die Gesetzgebung ist im Wesentlichen der Theorie nicht gefolgt, setzt vielmehr bis heute den Vernichtungskampf gegen das Gewohnheitsrecht fort⁹.

Ohne Erfolg! Der schöpferische Born des Gewohnheitsrechts kann erst versiegen, wenn das Leben des Rechtes selbst erloschen ist. Die herrschende Stellung freilich, die es noch heute im Gebiet des gemeinen Rechtes einnimmt, kann das Gewohnheitsrecht einer modernen Kodifikation gegenüber nicht behaupten. Allein auch wo das Gesetzesrecht am kraftvollsten waltet, verdeckt nur täuschender Schein die fortwährende Zeugungskraft des Gewohnheitsrechts. Der Gesetzgeber besitzt thatsächlich nicht die Allmacht, die er sich zuspricht. Nur in geringem Umfange vermag er lebensfähiges Recht wirklich neu zu „machen“: sein Bestes schöpft er stets aus einem schon ohne ihn gewordenen oder doch im Werden begriffenen Gewohnheitsrecht. Und mit so feierlicher Miene er alles künftige Gewohnheitsrecht verbieten, so eifrig er sich bemühen mag, durch prompte Arbeit der Gesetzgebungsmaschine bei jedem neu auftauchenden Bedürfnis dieses Verbot zu rechtfertigen: immer wird der Strom des Rechtslebens mächtiger sein als er und durch tausend verborgene Kanäle in irgend einer Form Gewohnheitsrecht der geltenden Rechtsordnung zuführen.

III. Geltungsgrund. Da das Gewohnheitsrecht die ursprüngliche Erscheinungsform des Rechtes ist, deckt sich die Frage nach seinem Geltungsgrunde mit der Frage nach dem Geltungsgrunde des Rechtes überhaupt. Diese Frage aber kann von der Jurisprudenz

⁹ Wider den jüngsten Unterdrückungsversuch in § 2 des Entw. I vgl. Gierke, Entw. S. 122 ff., nebst den dort S. 130 Anm. 1 u. Zusammenstellung I 36 ff. u. VI 25 ff. Angeführten, bes. auch Schuppe a. a. O. S. 150 ff. — In Entw. II ist der § 2 vorläufig gestrichen.

Binding, Handbuch. II. 3. I: Gierke, Deutsches Privatrecht. I.

nicht beantwortet werden. Denn der Geltungsgrund des Rechtes kann nicht selbst wieder ein Rechtsgrund sein. Eine allgemeine geschichtliche und philosophische Betrachtung mag den Versuch unternehmen, die Verbindlichkeit des Gewohnheitsrechts aus dem natürlichen und geistigen Wesen des Menschen abzuleiten. Für die rechtliche Betrachtung dagegen ist dieselbe etwas schlechthin Gegebenes, eine fundamentale Thatsache, die der Begründung weder fähig noch bedürftig ist.

So haben denn auch die Völker anfänglich die Geltung des Gewohnheitsrechts als etwas Selbstverständliches hingenommen. Erst reflektirende Juristen späterer Zeitalter, in denen die Vorstellung mächtig wurde, daß eigentliche und primäre Rechtsquelle das Gesetz sei, fragten nach dem Grunde der bindenden Kraft von Gewohnheiten. Römische Juristen fanden ihn in einer stillschweigenden Willenserklärung des Volkes als des obersten Gesetzgebers: der in der Uebung sich offenbarende „*tacitus consensus populi*“ sei nicht minder wirksam, als der durch „*suffragium*“ erklärte Volkswille¹⁰. Die romanistische Jurisprudenz hielt an dieser Auffassung fest und entwickelte, indem sie freilich nur die partikuläre *consuetudo* beachtete, die ganze Lehre vom Gewohnheitsrecht aus dem Begriff des „*statutum tacitum*“¹¹. Mehr und mehr indefs wurde in Folge der Erwägung, daß die Berufung auf den Volkswillen nur im demokratischen Staat ausreiche, noch ein „*tacitus consensus Superioris*“ hinzugedichtet und so die namentlich in Deutschland zu fast allgemeiner Herrschaft gelangte Ansicht ausgebildet, daß die Kraft des Gewohnheitsrechts auf der stillschweigenden Gutheißung des Gesetzgebers beruhe¹². Diese Theorie gieng sogar in Gesetzbücher über¹³. Auch in unseren Tagen

¹⁰ Vgl. l. 32 § 1, l. 35 D. de leg. 1, 3; § 9 u. 11 Inst. 1, 4; Ulp. fr. § 4.

¹¹ Vgl. die Nachweise b. Puchta I 150, 207, II 38, 41, Gierke, Genossenschaftsr. III 216, 307 Anm. 184, 456 Anm. 196, 653 Anm. 16; Gaill II obs. 31 Nr. 9—10; Carpzov, Dec. 101. — Hier wie beim Statut drang dann natürlich der Begriff des Vertrages ein, wogegen schon Azo, Summa Cod. 8, 53 Nr. 6 u. Gl. magna zu l. 2 C. 8, 53 ankämpfen (vgl. Gierke a. a. O. S. 216 Anm. 91).

¹² Vgl. über die Anfänge dieser Lehre im Mittelalter Gierke a. a. O. S. 385 Anm. 133. Ferner Zasius, Lect. l. 32 D. de leg. 1, 3 Nr. 25—27; Mynsinger, Resp. 13 § 10; Ludwell, Inst. 1, 2 § 9; J. Voet, Comm. I, 3 § 27; Huber, Prael. Inst. 1, 2 § 12; Titius, Jus priv. I c. 7 § 16—19; Stryck, Us. mod. 1, 3 § 11; Leyser, spec. 9 suppl. de consensu Principis unico consuetudinis fundamento; Riccius zu Engau § 14; Selchow, El. j. G. § 64 u. 67; Danz, Handb. I 195 ff.; Curtius I § 30—31.

¹³ So in das Bayr. L.R. I, 2 § 15: Gewohnheitsrecht oder Herkommen (jus consuetudinarium) beruht 1^{mo} auf einem solchen Gebrauch, welcher nicht nur den

taucht sie immer wieder auf¹⁴. In der That ist die Zurückführung des Gewohnheitsrechtes auf den Willen des Gesetzgebers unvermeidlich, sobald das Recht nur als Geschöpf des Staates gedacht wird. Und doch ist sie unmöglich. Denn den Satz, daß Aussprüche der obersten Gemeinschaftsorgane als Gesetze binden, hat selbst einst das Gewohnheitsrecht hervorgebracht, wie es ja auch Eigenthum, Ehe, Vertrag, Erbrecht und alle anderen Grundeinrichtungen unseres Privatrechts längst erzeugt hatte, bevor sich das Gesetz mit ihnen befaßte. Seit aber der Staat Gesetze giebt, hat die menschliche Gesellschaft keineswegs an ihn ihre gesammte rechtsschöpferische Kraft veräußert; gleich Sitte, Sprache, Kunst und Wissenschaft ist auch das Recht eine im Leben des Staates nicht aufgehende besondere Funktion des Gemeinlebens geblieben.

Neben dieser Zurückführung des Gewohnheitsrechtes auf Gesetz oder Satzung lief seit dem Mittelalter eine namentlich im kanonischen Recht ausgebildete andere Erklärungsart her, die das Gewohnheitsrecht aus dem Begriff der Verjährung herleitete¹⁵. Hierbei wurde die Rolle, die auch beim Gewohnheitsrecht die Macht der Zeit spielt, richtig gewürdigt, jedoch die Grenzlinie zwischen objektivem und subjektivem Recht völlig verwischt.

Die historische Rechtsschule hat diese älteren Theorien mit ihren zahlreichen Folgesätzen gestürzt. Doch hat sich auf dem befreiten Boden ein neuer Streit über das Wesen des Vorganges, dem das Gewohnheitsrecht seine Geltung verdankt, entzündet.

Die Lehre Puchtas lenkte den Blick auf die innere Seite dieses Vorganges und enthüllte die schöpferische Macht des sich zur Rechtsüberzeugung emporringenden Gemeinbewußtseins. Sie betonte aber einseitig nur dieses innere Geschehen und liefs aus ihm den Rechtsatz fertig hervorspringen. In der Uebung erblickte sie nur die An-

Willen der Gemeinde, sondern auch die Landesherrschaftliche Miteinstimmung muthmaßlich anzeigt.

¹⁴ Daß die stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers erst dem Gewohnheitsrecht Kraft verleihe, lehren noch Maurenbrecher, D.P.R. I § 19, Kierulff S. 13, R. Schmid in Richters Jahrb. 1844 S. 395 ff., E. Meier a. a. O. S. 23 ff., Binding, Strafr. I 202 u. 211 ff., Rümelin a. a. O. S. 186 ff. u. in eigenthümlicher Fassung auch Bruns in Holtzendorffs Encykl. I 437 ff. — Daneben wird der Begriff der Autonomie, auf den Weifse, Einl. (2. Aufl.) S. 61 ff., Eichhorn, D.P.R. § 26, u. Reyscher, Württ. P.R. I § 65, das Gewohnheitsrecht gründen, bisweilen noch für gewisse Arten des Gewohnheitsrechtes verworhet; vgl. oben § 19 Anm. 8.

¹⁵ Vgl. c. 11 X de consuet. 1, 4; Brünner Schöffenb. c. 623; Puchta II 97 ff. — Dagegen z. B. Brunnemann zu l. 33 D. de leg. 1, 3 Nr. 2.

wendung eines schon geltenden Rechts, so daß die Gewohnheit zwar als „unzertrennliche Begleiterin des Gewohnheitsrechtes“ den Werth eines Zeugnisses für dessen Vorhandensein behielt, jede konstitutive Bedeutung aber einbüßte¹⁶. Diese Ansicht wird mit mancherlei Abwandlungen noch heute vielfach vertheidigt¹⁷. Sie übersieht indess, daß eine Rechtsüberzeugung kein Rechtssatz sein kann, bevor sie in die äußere Erscheinung getreten ist. Auch widerspricht sie der Lebenserfahrung, nach der ja doch die Gewohnheit bei der Bildung des Gewohnheitsrechts thatsächlich eine ganz andere als die ihr hier zugedachte Rolle spielt.

So haben denn Andere wieder die äußere Seite des Vorganges nachdrücklich betont und die Geltung des Gewohnheitsrechtes aus der Gewohnheit abgeleitet¹⁸. Sie weisen darauf hin, wie die Gewohnheit schon an sich eine Macht ist und vermöge der menschlichen Tendenz des Beharrens und der Ehrfurcht vor der Ueberlieferung einen psychologischen Zwang ausübt. Auch berufen sie sich auf die unbestreitbare Thatsache, daß die Rechtsüberzeugung oft erst in Folge langer Uebung entsteht. Allein wenn sie nun alle Kraft der Rechtsbildung ausschließlich in die Gewohnheit verlegen wollen, so verfallen sie in die entgegengesetzte Einseitigkeit, wie die Anhänger Puchtas. Denn ohne die Bildung einer inneren Rechtsüberzeugung wird keine noch so stetig befolgte Richtschnur des Handelns zum Rechtssatz. Und es ist praktisch schlechthin unmöglich, eine Gewohnheit als Rechtsgewohnheit zu erkennen und von bloßer Sitte zu unterscheiden, wenn nicht auf die dahinter sich abspielenden Bewußtseinsvorgänge zurückgegangen wird.

Der wirklichen Sachlage entspricht somit allein die vermittelnde Ansicht, die in der Bildung der Rechtsüberzeugung und ihrer Betätigung durch Uebung zwei gleich wesentliche Faktoren des Gewohnheitsrechtes erblickt¹⁹. Beide Vorgänge gehören als innere und

¹⁶ Puchta I 143 ff., 169 ff., II 5 ff., 151.

¹⁷ So von Savigny I 34 ff., Thöl, Einl. § 51, Handelsr. I § 12 Anm. 4, Gerber, D.P.R. § 28 Anm. 1, Böhlau a. a. O. S. 271 u. 324 ff., Dahn a. a. O. S. 565 ff., Adickes a. a. O. S. 42 ff. u. 59 ff., Stobbe I 167 ff., Gengler, D.P.R. S. 34.

¹⁸ So Walter, D.P.R. § 24–25, Bluntschli, D.P.R. § 5, besonders aber Zitelmann a. a. O. S. 412 ff. u. 446 ff.; auch Dernburg, Pand. I § 26–27.

¹⁹ Vgl. Stahl, Rechtsphilos. II, 1 S. 328 ff.; Wachter, a. a. O. S. 32 ff.; Beseler, D.P.R. § 29 Anm. 3; Unger, Oesterr. P.R. I 37 ff.; Windscheid, Pand. I § 15 Anm. 2; Goldschmidt, Handelsr. I § 35 Anm. 18; Sturm, Recht u. Rechtsqu. S. 156 ff.; Regelsberger § 19. — Uebereinstimmend R.Ger. XX Nr. 68 u. Seuff. XLVII Nr. 89.

äußere Seite desselben Werdeprozesses nothwendig zusammen. Eine nicht durch Uebung erklärte Rechtsüberzeugung ist gleich dem unausgesprochenen Gesetz ein innerer Zustand, der die Kraft einer äußerlich bindenden Norm nicht haben kann. Die Gewohnheit aber muß sich als Uebung eines Satzes, der hierbei als Rechtssatz empfunden und vorgestellt wird, erweisen, damit sie als Rechtsnorm gelte. Hierbei kann nun freilich zwischen beiden Faktoren ein sehr ungleiches Verhältniß walten. Möglich ist, daß von vornherein eine starke Ueberzeugung besteht, die sich mit unwiderstehlicher Gewalt im Leben Bahn bricht. Möglich ist, daß umgekehrt aus einer ursprünglich willkürlichen Uebung, gegen die sich das Rechtsbewußtsein gleichgültig oder gar ablehnend verhält, im Laufe der Zeit die allgemeine Ueberzeugung erwächst, es dürfe nur so und nicht anders gehandelt werden²⁰. Man hat sogar hierauf einen technischen Unterschied zwischen „Gewohnheitsrecht“ und „Gewöhnungsrecht“ zu gründen gesucht²¹. Allein die Grenzen sind flüchtig, und mancherlei mittlere Fälle kommen vor²². Und schließlich ist es für das fertige Gewohnheitsrecht überhaupt gleichgültig, ob und inwieweit es von innen nach außen oder von außen nach innen geworden ist, wenn nur beide Bedingungen seines Daseins erfüllt sind.

IV. Erfordernisse. Hiernach hat das Gewohnheitsrecht zwei Erfordernisse.

1. Bildung einer Rechtsüberzeugung.

a. Trägerin derselben kann jede organische Gemeinschaft sein. Eine solche ist vorhanden, wenn unter Menschen eine dauernde Lebensgemeinschaft besteht, aus der Verhältnisse entspringen, die sich zur Ordnung durch äußere Willensnormen eignen²³. Doch wird der Staat einer Gemeinschaft, die er als solche verwirft, natürlich auch

²⁰ Dies wird freilich von Puchta I 169 u. II 6 ff. bestritten, aber von Savigny I 35 ff. u. 82, Thöl, Einl. § 52 u. 54, Böhlau S. 326 ff., Adickes S. 51 ff. u. 63 ff., Stobbe S. 169 ff. zugegeben. Vgl. ferner bes. Beseler, Volksr. u. Juristenr. S. 63 u. 76 ff., D.P.R. § 29 u. 33.

²¹ So namentlich Beseler, D.P.R. a. a. O., der für das Gewöhnungsrecht den Namen „Herkommen“ gebrauchen will; zum Theil aber auch Thöl und Stobbe a. a. O.

²² Wenn z. B. gewohnheitsrechtlich eine feste Frist entsteht, so wird vielleicht die Ueberzeugung, daß der Zeitablauf auf das fragliche Verhältniß rechtlich einwirkt, primär sich bilden, dagegen die Zahlbestimmung erst aus der Gewöhnung in das Rechtsbewußtsein übergehen. Ähnlich verhält es sich bei der gewohnheitsrechtlichen Ausbildung von Formen.

²³ Die historische Schule operirte hier zu einseitig mit dem Begriff des „Volkes“.

die Fähigkeit zur Erzeugung eines Gewohnheitsrechtes nicht zugestehen²⁴. Die Gemeinschaft braucht nicht organisirt zu sein: ein Volk ohne Staat, eine Religionsgemeinschaft ohne Kirche, die internationale Gemeinschaft, ein Stand oder ein anderer durch keine Verfassung geeinter Bruchtheil des Volks kann Gewohnheitsrecht hervorbringen²⁵. Ist die Gemeinschaft organisirt, so bildet sie doch, falls sie Gewohnheitsrecht erzeugt, die erforderliche Ueberzeugung unabhängig von ihrer Organisation in ihrem durch diese nicht erschöpften Zusammenhange aus: das Staatsvolk unabhängig von seiner Organisation zur gesetzgebenden Allgemeinheit, die körperschaftlich verbundene Gesamtheit unabhängig von ihrer Organisation zur satzungsbefugten Gemeinheit.

b. Entscheidend ist die Bildung einer Ueberzeugung. Ein bewußter Willensentschluß pflegt damit überhaupt nicht verbunden zu sein; die unbewußten Willensvorgänge, die dabei stattfinden, haben nur mittelbare Bedeutung. Auf einer völligen Umkehrung dieses Verhältnisses beruhte die Theorie des *tacitus consensus*; auch bei den Neueren aber drängt sich immer wieder der „Volkswille“ oder ein sonstiger Gemeinwille ungehörig ein²⁶.

c. Die Ueberzeugung muß Gemeinüberzeugung sein. Sie kann nur im Bewußtsein der Einzelnen sich offenbaren. Aber der Einzelne muß sie als eine ihm mit den Anderen gemeinschaftliche Ueberzeugung empfinden; er muß davon durchdrungen sein, daß er hier nicht seine individuelle Meinung, sondern die in dem Lebenskreise, als dessen Glied er handelt, herrschende allgemeine Ansicht zur Geltung bringt²⁷. Es bedarf keineswegs der Uebereinstimmung

²⁴ Darum hat z. B. das unter Dieben und Hehlern hinsichtlich der Gewinnvertheilung oder das unter Spielern hinsichtlich der Spielregeln beobachtete Gewohnheitsrecht, das im Uebrigen alle Erfordernisse eines echten Gewohnheitsrechts aufweisen kann, keinerlei Kraft.

²⁵ In der Entsch. des R.Ger. XXVII Nr. 27 S. 100—109 wird ein Gewohnheitsrecht anerkannt, das sich unter den im türkischen Reich wohnenden christlichen Nichtunterthanen der Pforte (hinsichtlich der Eheschließungsform) gebildet hat.

²⁶ Vgl. den Nachweis b. Zitelmann a. a. O. S. 367 ff. Anm. 57 u. 59, S. 389 ff. Anm. 109—111; aus der Praxis R.Ger. I Nr. 120 S. 326, III Nr. 59 S. 212, Seuff. XV Nr. 217, XVII Nr. 212. — Einfache Rückkehr zum „Volkswillen“ b. Franken S. 43.

²⁷ Dies übersieht zum Theil Lüders a. a. O. S. 39 ff. — Neuerdings will Zitelmann a. a. O. S. 419 ff. den ganzen Begriff der Gemeinüberzeugung als Ausfluß der „mystischen“ Lehre vom „Volksgeist“ eliminiren; er hat aber keinen Ersatz zu bieten, als das gähnende Nichts.

aller Einzelnen oder irgend einer Mehrheit²⁸. Vielmehr kommt es auf die Ueberzeugung derjenigen Gemeinschaftsglieder an, die in den Lebensverhältnissen, deren Ordnung in Frage steht, zu handeln berufen sind²⁹. Abweichende Meinungen Einzelner sind unerheblich, soweit sie nur als individuelle Meinungen erscheinen. Ob sie aber diese Beschaffenheit haben oder vielmehr auf eine Spaltung hinweisen, an der die Bildung einer Gemeinüberzeugung scheitert, ist eine nur im Einzelfall auf Grund lebendiger Anschauung zu lösende Frage³⁰.

d. Endlich muß die Ueberzeugung Rechtsüberzeugung sein, somit zu ihrem Inhalt eine Willensnorm haben, die als äußerlich bindende und unbedingt maßgebende Richtschnur des Handelns vorgestellt wird³¹. Eine Ueberzeugung, die sich entweder nur auf eine innerlich bindende sittliche Verpflichtung oder aber auf eine nicht unbedingt maßgebende Forderung der Sitte richtet, bringt kein Gewohnheitsrecht hervor³². Man bezeichnet dies Erforderniß als das der „*opinio necessitatis*“ oder „*juris*“.

e. Gleichgültig dagegen sind die Beweggründe, die zu der Ueberzeugung geführt haben. Durchaus verfehlt daher ist die alte und weitverbreitete Lehre, daß ein Gewohnheitsrecht nicht aus

²⁸ Die ältere Theorie wandte die Lehre von den Korporationsschlüssen an und forderte daher Majorität; vgl. Gierke a. a. O. III 456 Anm. 196.

²⁹ Die ältere Theorie wollte folgerichtig nur die stimmberechtigten Männer beachten.

³⁰ Vgl. Puchta I 152 ff., 155; Stobbe I 166; Seuff. VII Nr. 279.

³¹ Die in der Theorie herrschenden ungleichen Auffassungen von der eigentlichen Beschaffenheit dieses Ueberzeugungsinhaltes hat Zitelmann a. a. O. S. 374—412 sorgfältig dargestellt und gruppiert. Man streitet namentlich, ob während der Bildung des Gewohnheitsrechts der geübte Satz nur als gerecht oder schon als Recht vorgestellt wird. Offenbar ist die erforderliche Rechtsüberzeugung erst vorhanden, wenn die Vorstellung herrscht, daß der Satz geltendes Recht sei; allein es kann ein Werdestadium vorangehen, in dem nur das Gefühl des Gerechten, Angemessenen, Billigen waltet; der Uebergang wird meist ein unmerklicher sein. Große praktische Bedeutung hat die ganze Frage nicht; die Praxis versteht übrigens das Erforderniß stets im Sinne der Ueberzeugung von einem bereits geltenden Recht; vgl. Seuff. I Nr. 308, VII Nr. 279, X Nr. 4, XXIX Nr. 106, XL Nr. 86 S. 132.

³² Vgl. Seuff. XX Nr. 155, XXXIII Nr. 183, XXXIV Nr. 1, Blätter f. Rechtsanw. XVII 323. — Die bloße Sitte kann indeß als Auslegungsmittel für den Parteiwillen rechtliche Bedeutung haben; so insbesondere nach H.G.B. Art. 279 die Handelssitte (Geschäftsgebrauch), deren Unterscheidung vom Handelsgewohnheitsrecht (Handelsgebrauch) in der Theorie (Goldschmidt, H.R. I 329 ff., Laband a. a. O. S. 507 ff., Behrend, H.R. I 80 ff.) u. Praxis (R.O.H.G. b. Behrend § 18 Anm. 1, R.Ger. b. Seuff. XXXVI Nr. 173, vgl. ib. XL Nr. 299) durchgedrungen ist.

Irrthum eingeführt sein dürfe³³. Unendlich vieles Gewohnheitsrecht, das in unbestrittener Geltung steht, ist aus Irrthum, aus Mißverständniß der Quellen, aus unrichtiger Analogie entstanden³⁴. Der Kraft des Gewohnheitsrechts thut solche Vorgeschichte so wenig Abbruch, wie der Irrthum des Gesetzgebers der Kraft des Gesetzes. Entschiedener Widerspruch muß daher erhoben werden gegen eine Reihe von Erkenntnissen des Reichsgerichts, die in Erneuerung der alten Doktrin theils volksthümliches Gewohnheitsrecht theils eingelebten Gerichtsgebrauch umgestoßen haben, weil ein Irrthum über den Inhalt der Gesetze zu Grunde liege³⁵. Folgerichtig durchgeführt, müßte diese verkehrte Theorie zum Umsturz des gesamten *usus modernus* führen, wenn man nicht etwa noch einen Schritt weiter gehen und das *Corpus juris civilis* erst recht für unanwendbar erklären wollte, da ja doch die Aufnahme des römischen Rechts nur einem auf groben Irrthümern beruhenden Gewohnheitsrecht verdankt wird! Solcher Folgerichtigkeit konnte sich nun freilich das Reichsgericht nicht schuldig machen. So hat es denn sein unhaltbares Axiom durch willkürliche und unsichere Einschränkungen abgestumpft. Insbesondere will es den Irrthum übersehen, wenn außer ihm noch ein anderer, von dem mißverstandenen Gesetz unabhängiger Beweggrund für die Bildung der Rechtsüberzeugung zu entdecken sei³⁶. Auch will es die irrthümliche Usualinterpretation sehr dunkler und zweideutiger Gesetze zulassen³⁷.

³³ Diese aus l. 39 D. de leg. 1, 3 abgeleitete Lehre begegnet in mancherlei verschiedener Gestalt schon in der mittelalterlichen Jurisprudenz; vgl. Puchta II 62 ff. Sie wurde in Deutschland fortgeführt; vgl. schon Laienspiegel I tit. „von gewonhaiten“ (b. Walter, D.P.R. § 30), Gaill II obs. 31 Nr. 11. In neuerer Zeit wurde sie sehr verschieden gewandt; vgl. Zitelmann a. a. O. S. 344 ff. Grundsätzlich halten sie z. B. Windscheid § 16 Anm. 3, Roth, D.P.R. § 35 Anm. 31, Gengler S. 34–35 aufrecht. Aus der Praxis vgl. Seuff. XII Nr. 91, XVII Nr. 112, XXXII Nr. 103.

³⁴ Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 350 ff.; Böhlau I 330 ff.; Beseler § 34 Anm. 11; Stobbe I 176; Rümelin a. a. O. S. 196; Dernburg, Pand. § 27 Anm. 4; Regelsberger § 20 III; Seuff. I Nr. 309, XXXIV Nr. 20, XXXV Nr. 299.

³⁵ R.Ger. I Nr. 115 u. 120, II Nr. 49, III Nr. 59, VI Nr. 62, XII Nr. 71, XXVI Nr. 35 u. 62, Gruchot XXXI 887 ff.; vgl. Seuff. XLVII Nr. 120; Zusammenstellung u. Kritik der älteren Entsch. b. Zitelmann S. 324 ff.

³⁶ So z. B. die Erhaltung eines einheimischen Rechtssatzes, die Befriedigung eines modernen Bedürfnisses oder eine andere Triebfeder zur Abweichung auch vom richtig verstandenen Gesetz; R.Ger. II 185, III 210 ff., VII Nr. 67 S. 235 ff. — Aehnlich O.L.G. Jena b. Seuff. XL Nr. 86 S. 132. Vgl. auch R.Ger. XXXI Nr. 60.

³⁷ R.Ger. III Nr. 50 (Seuff. XXXVI Nr. 186). — Ein andres Mal heißt es auch, daß langjährige Uebung den anfänglichen Irrthum „abschwächen und selbst beseitigen“ könne; R.Ger. III Nr. 71 S. 295.

f. Gleichgültig ist auch der Inhalt der gehörig gebildeten Rechtsüberzeugung. Seit alter Zeit wird freilich gelehrt, der Inhalt eines Gewohnheitsrechtssatzes dürfe weder der Vernunft noch den guten Sitten widersprechen; nur die „gute“, „leidliche“, „ehrbare“ Gewohnheit gelte, die „schlechte“, „unvernünftige“, „unlautere“ sei kraftlos. Diese Lehre, die sich auf das römische und kanonische Recht stützt³⁸ und schon in deutsche Rechtsbücher des Mittelalters Eingang fand³⁹, wurde von der Jurisprudenz in verschiedenem Sinne aufgefaßt, mehr und mehr aber zu einer Handhabe wider alles den Juristen unsympathische Gewohnheitsrecht ausgebildet⁴⁰. In Deutschland schädigte sie vor Allem die einheimischen Gewohnheitsrechte, die ja gegen die im Corpus juris verkörperte Rechtsvernunft so mannichfach verstießen⁴¹. Auch heute wird in Theorie und Praxis das Erforderniß der „Rationabilität“, obschon mit wesentlichen Abschwächungen, meist grundsätzlich festgehalten⁴². Allein es ist vielmehr grundsätzlich zu verwerfen⁴³. Der Richter ist nicht zur souveränen Entscheidung über die Rechtsvernunft des Volkes, sondern zur Rechtsanwendung berufen. Er hat nur zu prüfen, ob eine Rechtsnorm gilt, nicht, ob sie gut ist. Hierin besteht kein Unterschied zwischen dem Gewohnheitsrecht und dem Gesetze. Wohl wird er, wo ihm ein Gewohnheitsrecht unvernünftig oder unlauter dünkt, sorgsam erwägen, ob denn wirklich eine rechtliche Gemeinüberzeugung gerade dieses Inhalts angenommen

³⁸ L. 2 C. quae sit long. cons. 8, 53, Nov. 134 c. 1; c. 11 X de cons. 1, 4, c. 9 de cons. in VI^o 1, 4, c. 9 de off. ord. in VI^o 1, 16.

³⁹ Schwabensp. (W.) c. 40: guotiu gewanheit u. rehtiu gewanheit daz ist diu diu wider geistlich reht nicht enist noch wider gotes hulde noch wider manlichen éren noch wider menschlicher gewizen noch wider die sáligkeit der selen. Rupr. v. Freis. Stadtr. c. 35. Brünner Schöffeb. c. 613. Vgl. auch die Rechtssprüche b. Graf u. Dietherr I Nr. 181—187, die aber auch andere Deutungen zulassen.

⁴⁰ Vgl. über die Geschichte der Lehre Puchta I 186 ff., II 49 ff., von deutschen Schriften z. B. Laiensp. a. a. O. (Walter § 27), Leyser sp. 9 m. 4, Selchow § 67.

⁴¹ Man berief sich auch auf R.K.G.O. v. 1495 § 3, wo nur „redliche, ehrbare und leidliche“ Gewohnheiten anerkannt seien, Reichshofrathsordn. I § 15 („gute Gewohnheiten“) und ähnliche Stellen anderer Reichsgesetze. — Ueber Einzelnes vgl. Stobbe, Rechtsqu. I 651, II 117 Anm. 17 u. 226 ff.

⁴² Vgl. Puchta II 51 ff., Wächter, Württ. P.R. II § 9, Windscheid § 16 Anm. 5, Walter, D.P.R. § 25, Roth, D.P.R. § 45 Anm. 32, Böhlau I 333 ff., Gengler, D.P.R. S. 34, Dernburg, Pand. I 61, Regelsberger I § 20 IV; Entsch. b. Seuff. I Nr. 307, II Nr. 10.

⁴³ Vgl. Savigny I 176 ff., Beseler § 30 Anm. 7, Stobbe I 176. — Wenn Dernburg a. a. O. meint (Anm. 5), durch theoretische Gegenargumente seien die positiven Vorschriften der Quellen nicht zu brechen, so sind vielmehr die letzteren auch nur unverbindliche theoretische Aussprüche.

werden kann⁴⁴. So wird er auch vor der Anwendung einer zweckwidrigen oder ungerechten Gesetzesbestimmung sich zehnmal besinnen, ob nicht etwa der wahre Gedanke des Gesetzes eine andere Auslegung heischt. Wo aber thatsächlich ein mit geläuterten Anschauungen unverträgliches Gewohnheitsrecht besteht, kann nur der Gesetzgeber, der ja auch sonst dem Volksbewusstsein erziehend gegenübertritt, Abhülfe schaffen⁴⁵.

2. Uebung. Die Erklärung des Gewohnheitsrechtes erfolgt durch unmittelbare Anwendung des im Gemeinbewusstsein als Norm empfundenen Satzes auf die unter ihn fallenden Lebensverhältnisse. Das Gewohnheitsrecht erlangt also seine Kraft durch eine „Gewohnheit“, d. h. eine Uebung, kraft deren es längere Zeit hindurch in gleichförmiger Wiederholung als äußere Richtschnur des Handelns beobachtet wird. Welcher Beschaffenheit die einzelnen Handlungen sein müssen, um als gehörige Rechtserklärung zu erscheinen, läßt sich nur nach dem Inhalte des fraglichen Rechtssatzes bestimmen⁴⁶. Auch hinsichtlich der Zahl der erforderlichen Wiederholungen giebt es kein festes und für alle Fälle gleiches Maß⁴⁷. Ebensowenig kann endlich die Dauer des erforderlichen Zeitraumes ein für alle Mal abgegrenzt werden⁴⁸. Doch sind zum Theil ältere Ansichten, die den Ablauf der Verjährungszeit für nothwendig erklärten⁴⁹, in das geltende Recht übergegangen⁵⁰.

⁴⁴ In vielen Fällen, auf die sich die Gegner berufen, kann von „Rechtsüberzeugung“ kaum die Rede sein; in anderen Fällen greift das oben Anm. 24 oder das unten Anm. 54 Gesagte durch.

⁴⁵ Das alte Reich erließ zahlreiche Gesetze zur Abschaffung wirklicher oder vermeintlicher „Mißbräuche“ (z. B. R.A. 1498 § 37, R.A. 1521 § 19, R.P.O. 1548 Art. 37 § 1, R.Schl. v. 1731), erkannte aber doch gerade hiermit deren bisherige Geltung an.

⁴⁶ Auch Unterlassungen können hiernach ausreichen; Seuff. I Nr. 8, III Nr. 1 u. 255. — Früher forderte man „öffentliches“ Handeln; so noch Glück I 459 ff., Danz, Handb. I 200. Ja zum Theil „gerichtliches“ Handeln; Gaill II obs. 31 Nr. 7 sq., Schilter II § 21–22. Vgl. darüber und dagegen Puchta II S. 40 ff., Seuff. I Nr. 306.

⁴⁷ Vgl. Seuff. III Nr. 291, IV Nr. 94. Eine einzige Handlung reicht keinesfalls aus; „einmal ist keinmal“, „einmal ist keine Gewohnheit“. — Früher forderten Manche mindestens 3, andere nur 2 Handlungen; Gaill a. a. O., Mynsinger Resp. XIII § 20 ff., Schilter II § 17; Näheres bei Danz I 199, Puchta II 79 ff.

⁴⁸ Vgl. Seuff. III Nr. 256 u. XLVII Nr. 90 (R.Ger.); Brunnemann zu I. 33 D. I, 3; Glück I 451; Danz I 200; Walter, D.P.R. § 25; Beseler, D.P.R. S. 86; Stobbe, D.P.R. I 171; Böhlau I 336.

⁴⁹ Vgl. Laiensp. a. a. O. (Walter § 28); Gaill II obs. 31 Nr. 3 sq., Mynsinger a. a. O., Schilter II § 19, Berger, Oecon. jur. I, 1 § 19; Näheres b. Puchta II 93 ff., 280 ff., Stobbe I 171 Anm. 9.

⁵⁰ Die Bestimmungen des kanonischen Rechts (c. 11 X de cons. 1, 4, c. 3

V. Umfang. Seinem Umfange nach kann das Gewohnheitsrecht gemeines oder partikuläres Recht sein⁵¹. Im deutschen Privatrecht besteht es in mancherlei Abstufungen vom gemeinen deutschen Gewohnheitsrecht herab bis zum Ortsgebrauch. Zur Bildung eines partikulären Gewohnheitsrechts genügt eine besondere Rechtsüberzeugung und deren Uebung innerhalb eines durch irgend eine Gemeinsamkeit des Rechtslebens verbundenen territorialen Kreises⁵².

Das Gewohnheitsrecht kann ferner generelles oder spezielles Recht sein. Spezielles Gewohnheitsrecht wird von einer besonderen Lebensgemeinschaft für die ihr eigenthümlichen Verhältnisse erzeugt. Dahin gehört z. B. das Gewohnheitsrecht einer Religionsgemeinschaft (wie das gemeine evangelische Kirchenrecht), eines Geburtsstandes (wie das gemeine deutsche Privatfürstenrecht), eines Berufsstandes (wie die Handelsgebräuche) u. s. w. Ebenso das als „Observanz“ bezeichnete Gewohnheitsrecht, das sich im Kreise einer Körperschaft bildet⁵³. Das

eod. in VI^o 1, 4, c. 9 de off. ord. in VI^o 1, 16, c. 50 X de elect. 1, 6), die gemeinrechtlich durch die Praxis beseitigt sind (Puchta II 101, Windscheid § 16 Anm. 1, Böhlau I 336 Anm. 27), werden von Manchen hinsichtlich des kirchlichen Gewohnheitsrechts noch für anwendbar gehalten (Richter K.R. § 84, Seuff. III Nr. 292). — Das gemeine Sachsenrecht forderte den Ablauf der Verjährungsfrist von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen (Haubold § 37, Danz I 200 Anm. o, Stobbe I 171 Anm. 9); doch wurde diese Regel früh durch Ausnahmen durchbrochen und wird heute nicht mehr beobachtet (Heimbach § 66, Emminghaus, Pand. 28 Nr. 11, Roth, D.P.R. § 44 Anm. 22). — Nach Bayr. L.R. I, 2 § 15 Nr. 3 wird zur Einführung eines neuen Gewohnheitsrechts ein Zeitverlauf von 30 Jahren gefordert; Roth, Bayr. C.R. § 9 Anm. 34. — Das Bad. L.R. Art. 6 f fordert 10 Jahre. — Manche halten auch nach preufs. L.R. den Ablauf von 10 Jahren für erforderlich; Dernburg, Preufs. P.R. I § 21 Anm. 4.

⁵¹ Die Meinung von Gerber, Prinzip S. 276 ff., Rückert, Begriff S. 43, Stobbe I 178, es könne nur „allgemeines“, nicht „gemeines“ Gewohnheitsrecht geben, widerspricht nicht nur der in der Theorie herrschenden Meinung, sondern wird auch durch die Praxis des Reichsgerichts widerlegt; vgl. oben § 6 Anm. 24.

⁵² Wenn ein Erk. des R.Ger. v. 20. Juni 1890 XXVI Nr. 35 (Seuff. XLVI Nr. 100) außerdem fordert, daß der Rechtssatz als ein gerade diesem Lande eigenthümlicher, dem gemeinen Recht widersprechender, nicht aber als ein gemeinrechtlicher Satz vorgestellt und geübt sei, so liegt darin eine geradezu unerträgliche Vergewaltigung des partikulären Rechts. Man setze den Fall, daß ein für uns unbrauchbarer Satz des römischen Rechtes x bisher in der süddeutschen Praxis durch den Satz y, in der norddeutschen Praxis durch den Satz z ersetzt wurde: dann gilt, seit das Reichsgericht das gemeine Recht hütet, der Satz x; denn y und z sind kein gemeines Gewohnheitsrecht, aber auch, weil sie irrthümlich als gemeines Recht angesehen wurden, kein partikuläres Gewohnheitsrecht!

⁵³ Daß die Observanz objektives Recht ist, wird vom R.Ger. XVII Nr. 43 S. 181 anerkannt; vgl. auch Preufs. O.Tr.Entsch. LXV 199, LXX 335. Ueber die Natur der Observanz vgl. Mühlenbruch, Doctr. pand. I § 40, Beseler, D.P.R.

spezielle Gewohnheitsrecht kann natürlich immer nur in seinem Bereiche binden und daher niemals die außerhalb der es erzeugenden Gemeinschaft stehenden Personen und Verhältnisse beherrschen⁵⁴.

Möglich ist endlich, wie ein Gesetz, so ein Gewohnheitsrecht, das sich in der Normirung eines einzelnen Verhältnisses erschöpft⁵⁵. Dazu ist aber eine Uebung erforderlich, in der sich die Ueberzeugung kund giebt, daß ein Rechtssatz angewandt werde. Geht die Meinung nur dahin, daß ein besonderes Rechtsverhältniß bestehe, so kann nur irgend eine Art von Verjährung in Frage kommen. Beiderlei Vorstellungsreihen liefen früher in dem Begriff des „Herkommens“ vielfach durch einander⁵⁶ und sind auch heute oft schwer zu sondern⁵⁷.

VI. Kraft. Die Kraft des Gewohnheitsrechtes ist an sich der Kraft des gesetzten Rechtes gleich. Gewohnheitsrecht kann daher Gesetze und Satzungen nicht bloß ergänzen, sondern auch mit bindender Kraft deuten („Usualinterpretation“) und abändern (desuetudo,

§ 33, Stobbe I 177, Bähr, Urtheile des Reichsger. S. 18 ff. (Anwendbarkeit bei Stiftungen). Daß hier auch neuere Schriftsteller immer wieder in die Theorie des *statutum tacitum* zurückfallen, ist schon oben § 19 Anm. 8 bemerkt; selbst Puchta I 160, II 105 ff., Thöl, Einl. § 49, Böhlau I § 65 halten sich hiervon nicht frei. — Uebrigens wird einerseits für „Observanz“ auch der Ausdruck „Herkommen“ gebraucht, andererseits das Wort „Observanz“ oft in weiterem Sinne genommen (Pr. L.R. Einl. § 3—4, Roth, Bayr. C.R. § 9 Anm. 21).

⁵⁴ Seuff. XXXVII Nr. 179; R.Ger. XXV Nr. 66 (wo indeß eine Beschwerde aller Grundbesitzer eines Kirchspiels mit einer dinglichen Kirchhofsunterhaltungslast durch Observanz deshalb als auch für die Mennoniten verbindlich anerkannt wird, weil diese als Grundbesitzer in einer korporativen Beziehung zur kirchlichen Gemeinschaft stehen). — Nicht gehörig beachtet wird dieser Grundsatz oft bei Handelsgebräuchen. Ein unter Kaufleuten geübter Brauch kann im Verhältniß zu Nichtkaufleuten offenbar nur Recht setzen, wenn auch das betheiligte Publikum an der Bildung der Rechtsüberzeugung Theil genommen hat. Dagegen kann z. B. ein von den Bankiers hinsichtlich der Behandlung von Depots oder von den Kommissionären hinsichtlich der Ausführung von Aufträgen einseitig ausgebildetes Gewohnheitsrecht unmöglich die dessen unkundigen Kunden binden. Darum hätte es z. B. in der Entsch. des R.Ger. b. Seuff. XLVI Nr. 116 zur Verwerfung des angeblichen Gebrauchs der Frankfurter Kommissionäre gar nicht der Berufung auf dessen Unlauterkeit bedurft.

⁵⁵ Vgl. unten § 34 Anm. 10. — Unrichtig Obst. L.G. f. Bayern Seuff. XXXVI Nr. 172 u. zum Theil auch R.Ger. XI Nr. 43.

⁵⁶ Gierke, Genossenschaftsr. II 462—464; unten § 35 Anm. 25.

⁵⁷ Vgl. Seuff. IX Nr. 116, XIX Nr. 104, XXVIII Nr. 98, XXIX Nr. 209; Pfeiffer, Prakt. Ausf. II 9 ff.; Roth, D.P.R. § 44 Anm. 15—16. — Möglich ist, daß in Bezug auf den Bestand eines Rechtsverhältnisses gleichzeitig die Erfordernisse eines Gewohnheitsrechtssatzes und der Unvordenklichkeit erfüllt sind.

derogatorische Gewohnheit). Jüngerer Gewohnheitsrecht geht älterem Gesetzesrecht vor⁵⁸.

Diese Regel gilt überall, wo sie nicht ausdrücklich beseitigt ist. Im gemeinen Recht ist sie noch heute unbedingt maßgebend, da sie im mittelalterlichen deutschen Recht unbestritten herrschte⁵⁹, durch die Rezeption des römischen Rechtes aber nicht umgestoßen wurde⁶⁰. Theorie und Praxis sind hierüber einig⁶¹.

Viele Partikularrechte aber schränken die Kraft des Gewohnheitsrechtes ein und versagen ihm namentlich die derogatorische Wirkung⁶². Das preussische Landrecht hält zwar vorlandrechtliche Gewohnheitsrechte bis zu ihrer Einverleibung in die Provinzialgesetzbücher aufrecht, will aber für die Zukunft nur ergänzendes Gewohnheitsrecht dulden⁶³. Nach dem französischen und dem österreichischen Gesetzbuch soll auf Gewohnheiten nur in den Fällen Rücksicht genommen werden, in denen ein Gesetz sich darauf beruft⁶⁴. Das badische Landrecht erkennt Gewohnheiten überdies als Auslegungs-

⁵⁸ Grundsätzlich hiergegen haben sich neuerdings Adickes a. a. O. S. 71 ff. u. Laband, Staatsr. I 580, ausgesprochen.

⁵⁹ Schwabensp. (L.) c. 44: *guotin gewanheit ist als guot als geschriben reht*. Brünner Schöffenh. c. 613. Purgoldt IX 32.

⁶⁰ Ueber die mit der Gestattung der *desuetudo* in l. 32 § 1 D. de leg. 1, 3 in Widerspruch stehende l. 2. C. 8, 53 kam schon seit der Glosse (vgl. Gierke, Genossenschaftsr. III 217 Anm. 92) die civilistische Jurisprudenz durch mannichfache Auslegungen hinweg; vgl. Puchta II 203 ff. In Deutschland konnte, da der ganze Begriff des *usus modernus* auf der Anerkennung derogatorischer Gewohnheiten beruhte, der Streit sich niemals um das Prinzip, sondern immer nur um die etwa geltenden Ausnahmen drehen. Auch sprachen ja die Reichsgesetze selbst dem Gewohnheitsrecht den Vorrang vor dem gemeinen geschriebenen Recht zu; R.K.G.O. 1495 § 3, R.Hofr.O. I § 15 (Kraut, Grundr. § 13 Nr. 17—18).

⁶¹ Vgl. Mühlenbruch I § 39, Puchta II 203 ff., Kierulff I 12, Stobbe, D.P.R. § 23 Anm. 1, Beseler, D.P.R. § 32, Dernburg, Pand. § 28 Anm. 5, Regelsberger § 23; Seuff. IX Nr. 3, XXVII Nr. 86a, XXXVII Nr. 132, XL Nr. 269 (Obst. L.G. f. Bayern), R.Ger. V Nr. 34 S. 133—134 (wo angenommen wird, l. 2 C. 8, 53 sei durch c. 11 X de cons. I, 4 beseitigt). — Wenn Savigny I 196 ff., Vangerow I § 16, Windscheid I § 18 Anm. 2, Roth, Bayr. C.R. § 9 Anm. 28 u. D.P.R. I 260, u. A. noch eine Ausnahme bei „zwingenden“ oder „absoluten“ Gesetzen machen wollen, so ist dies prinzipwidrig. Richtig ist nur, daß, wenn ein Gesetz kein abweichendes Partikularrecht duldet, auch partikuläres Gewohnheitsrecht sich wider dasselbe nicht bilden kann; vgl. Seuff. XXXIII Nr. 92 u. unten § 22.

⁶² Eine Ausnahme bildet das Bayr. L.R. I, 2 § 15, das ausdrücklich die *desuetudo* anerkennt. — Ueber das Württ. L.R. vgl. Wächter II § 9 Anm. 17.

⁶³ Pr. L.R. Einl. § 3—4, 60, P.P. Art. VII. Näheres b. Dernburg I § 21.

⁶⁴ Zachariae, Handb. I § 23; C. Crome, Allgem. Theil der französ. Privatrechtswissenschaft. Mannheim 1892, S. 35 ff. Barazetti S. 70 ff. — Oesterr. Gb. § 10; Unger I § 5. Das Josephin. Gb. I § 9 u. 25 hatte sogar den Versuch neuer Gewohnheitsrechtsbildung für ein strafbares Beginnen erklärt; Unger S. 36.

mittel von Gesetzen und Verträgen an⁶⁵. Am schroffsten verhält sich das sächsische Gesetzbuch, das dem Gewohnheitsrecht schlechthin die Kraft entzieht, objektives Recht zu schaffen⁶⁶.

Diesen sämtlichen Partikularrechten gegenüber hat das deutsche Handelsgesetzbuch die volle Kraft des Gewohnheitsrechtes in Handels-sachen wiederhergestellt, während es seinen eignen Bestimmungen gegenüber gleichfalls jedes abändernde Gewohnheitsrecht ausschließt⁶⁷. Auch sonst sind alle landesrechtlichen Einschränkungen des Gewohnheitsrechtes dem Reichsrecht gegenüber hinfällig⁶⁸.

Die gesetzgeberischen Verbote des Gewohnheitsrechtes sind nicht minder eitel, wie die ehemaligen Versuche selbstbewulster Herrscher, die Abänderung ihrer Gesetze durch Gesetze der Nachfolger zu ver-pönnen. Kein Gesetz vermag zu hindern, daß es in Vergessenheit ver-fällt und im Leben abstirbt⁶⁹. Gleichwohl ist die Meinung irrig, solche Verbote seien, weil sie Unmögliches heischen, wirkungslos⁷⁰. Das Verbot selbst kann freilich obsolet werden. So lange es aber besteht, wirkt es erfahrungsmäßig auf die Praxis ein. Es zwingt den einsichtsvollen Richter zur Umdeutung veralteter Gesetze mit Hilfe bedenklicher Auslegungskünste. Dem unverständigen Richter aber ermöglicht es, in unanfechtbarer Weise durch abgestorbene Rechtssätze das Leben zu meistern.

VII. Anwendung. Gewohnheitsrecht ist Recht⁷¹. Mithin muß es der Richter genau wie gesetztes Recht von Amts wegen anwenden und, soweit er es nicht kennt, erforschen.

⁶⁵ Bad. L.R. Art. 6d. Vgl. dazu Behaghel I § 13, Barazetti S. 73 ff.

⁶⁶ Sächs. Gb. § 28. Nur als Auslegungsmittel für das von den Parteien Ge-wollte, — also als Verkehrssitte —, sollen Gewohnheiten beachtet werden.

⁶⁷ H.G.B. Art. 1. Seuff. XLV Nr. 200. R.Ger. XIV Nr. 34.

⁶⁸ Soweit daher eine Materie reichsgesetzlich geregelt ist, kann mangels einer abweichenden reichsgesetzlichen Bestimmung (wie sie z. B. Art. 1 des H.G.B. ent-hält) jedenfalls gemeindeutsches Gewohnheitsrecht nicht bloß ergänzend, sondern auch deutend und abändernd eingreifen. Ob auch partikuläres Gewohnheitsrecht, ist eine andere Frage; vgl. darüber § 22 Anm. 6.

⁶⁹ Viele Beispiele bietet die Geschichte des preussischen Landrechts. Wer wird heute Anh. § 2 u. Einl. § 50 (vgl. oben § 18 Anm. 48) anwenden? Oder II, 1 § 835—932 u. II, 2 § 555—591? Oder II, 2 § 67? Oder II, 1 § 276—309 u. 761—765, II, 2 § 294—299?

⁷⁰ So K. Maurer, Krit. V.Schr. XIV 49, früher auch Windscheid (vgl. aber jetzt Pand. § 18 Anm. 3).

⁷¹ Es gilt daher auch wie das Gesetzesrecht für Jedermann unabhängig von seiner Kenntniss; vgl. oben § 18 Anm. 31. — Verletzung von Gewohnheitsrecht ist Verletzung von Rechtsnormen und kann die Revision begründen; so auch in Straf-sachen, R.Ger.Entsch. in Str.S. IX. Nr. 96.

Wenn dem gegenüber die ältere Theorie lehrte, die Gewohnheit sei als Thatsache von der Partei, die sich auf sie berufe, zu beweisen⁷², so ist diese Irrlehre, die unser einheimisches Recht unsäglich geschädigt hat, heute überwunden⁷³. Doch können nicht nur selbstverständlich die Parteien dem Richter ein von ihnen angerufenes Gewohnheitsrecht freiwillig nachweisen, sondern der Richter kann auch, wenn ihm ein behauptetes Gewohnheitsrecht unbekannt ist, der Partei einen solchen Nachweis auferlegen. Nur bleibt jeder derartige Parteibeweis ein bloßer wissenschaftlicher Nachweis und untersteht niemals den Regeln des Prozeßbeweises. Er ist an keine gesetzlichen Beweismittel gebunden, kann vom Richter in beliebiger Weise durch selbständige Forschung ersetzt oder ergänzt werden und wird insoweit, als eine gesetzliche Beweistheorie gilt, von ihr nicht berührt⁷⁴.

Die Hilfsmittel für die Feststellung eines Gewohnheitsrechtes sind mannichfacher Art. Hervorzuheben sind: die Bezeugungen der Litteratur; die Konstatierungen in früheren Gerichtsentscheidungen⁷⁵; die Bescheinigungen von Behörden und Körperschaften⁷⁶; die Bekundung durch erfahrene Genossen der rechtbildenden Gemeinschaft⁷⁷;

⁷² Vgl. über diese schon von der Glosse aufgestellte Theorie Puchta II 154 ff., Stobbe, Rechtsq. II 118 ff. Anm. 20–21, 139 Anm. 91; Gaill I obs. 36 Nr. 13, II obs. 31 Nr. 14 sq; Runde § 56; Danz I 204 ff.; Preufs. A.G.O. I, 10 § 55. Vgl. auch noch Seuff. III Nr. 1.

⁷³ Puchta II 165 ff.; Kierulff I 14 ff.; Thöl, Einl. § 52–53; Windscheid, Pand. I § 17; Mittermaier, D.P.R. I § 27; Walter, D.P.R. § 31; Maurenbrecher, D.P.R. I § 21–27; Beseler, D.P.R. § 31; Stobbe, D.P.R. I 129 ff.; Böhlau, Meckl. L.R. I § 55; Goldschmidt, Handb. I § 35 Anm. 38 ff.; dazu Seuff. XV Nr. 1, XIX Nr. 2, XXV Nr. 113, R.O.H.G. XII Nr. 18, R.Ger. XXX Nr. 110 u. b. Seuff. XLVII Nr. 1, Obst.L.G. f. Bayern ib. Nr. 171 (daher Zulässigkeit der Geltendmachung noch in der Revisionsinstanz).

⁷⁴ Alle diese Sätze sind jetzt durch die C.Pr.O. § 265 sanktionirt. — Unzulässig ist der richtigen Meinung nach der Beweis durch Eideszuschiebung; vgl. Beseler § 31 Anm. 15, Böhlau § 55 Anm. 13, Seuff. VII Nr. 139, XVIII Nr. 102, XXVIII Nr. 167, XXIX Nr. 106. Doch lassen Manche die Eideszuschiebung über einzelne Thatsachen, aus denen das Gewohnheitsrecht geschlossen werden kann, inkonsequenter Weise zu; vgl. Puchta II 193, Goldschmidt § 35 Anm. 64, Stobbe § 23 Anm. 17, Seuff. X Nr. 4. Auch der Beweis durch Geständniss ist ausgeschlossen; Böhlau a. a. O.

⁷⁵ Sie sind aber, so lange kein Gerichtsgebrauch vorhanden ist, bloße Zeugnisse ohne bindende Kraft; Seuff. II Nr. 1, V Nr. 99.

⁷⁶ Vgl. Goldschmidt I 352 ff., Thöl, H.R. I § 13, Behrend, H.R. I 84.

⁷⁷ Vgl. Seuff. I Nr. 310, VII Nr. 345, IX Nr. 202, XVI Nr. 183, XIX Nr. 105, XL Nr. 269. — Ueber die zahlreichen Irrthümer, die in der älteren Theorie aus der Behandlung dieser Bekundung als eines prozessualen Zeugnisses entsprangen, vgl. Stobbe § 23 Anm. 15.

die im Munde des Volkes lebenden Rechtssprüchwörter (Paroemien)⁷⁸.

§ 21. Das Juristenrecht.

I. Im Allgemeinen¹. Dafs überall, wo ein besonderer Berufsstand von Rechtskundigen besteht, ihm ein mächtiger Einfluß auch auf die Rechtserzeugung zufällt; dafs in dem Maße, in dem dieser Einfluß durchdringt, das Recht das Gepräge eines „Juristenrechts“ annimmt; dafs solches Juristenrecht, mag es nun volksthümliche Gedanken fortbilden oder eigne Gedanken aus volksfremder Quelle herausspinnen, dem „Volksrecht“ selbständig gegenübertritt: dies Alles sind unbestrittene Thatsachen der geschichtlichen Erfahrung. Unsere eigne Rechtsgeschichte lehrt uns insbesondere, wie in Deutschland während des Mittelalters nur die Anfänge eines Juristenrechts im Schöffengericht vorhanden waren, wie dann aber nach der Rezeption ein dem einheimischen Volksrechte durchaus feindseliges Juristenrecht die Herrschaft eroberte, wie endlich das Juristenrecht, theils in langsamer Wiederannäherung an das Volksrecht, theils in unausgeglichenem Gegensatz zu ihm, bis heute das Uebergewicht wahrte.

Eine ganz andere Frage ist, ob und in welcher Weise der Juristenstand einen formellen Antheil an der Rechtserzeugung hat. Nur wenn und soweit dies der Fall ist, kann dem Begriffe des Juristenrechts eine technische Bedeutung zukommen.

Bei der Erzeugung des gesetzten Rechts ist heute der Juristenstand als solcher, so groß sein sachlicher Antheil an aller gesetzgeberischen Thätigkeit ist, mit irgend einer formellen Macht offenbar nicht betraut. Mag man daher auch im fertigen Gesetzesrecht nach der Herkunft seiner Bestandtheile und nach der Art seiner Prägung „Volksrecht“ und „Juristenrecht“ unterscheiden können, so ist doch solche Unterscheidung bei aller rechtspolitischen Wichtigkeit juristisch bedeutungslos.

Wie aber verhält es sich im Bereiche des ungesetzten Rechts? Hier bedarf die Frage, ob und inwieweit die Jurisprudenz Rechtsquelle

⁷⁸ Vollständigste Sammlung: Graf u. Dietherr, Deutsche Rechtssprüchwörter, Nördlingen 1864. Zusätze von R. Schröder, Z. f. R.G. V 28 ff. — Dazu Puchta II 148—150; Stobbe I 181.

¹ Vgl. Puchta, Gewohnheitsr. I 161 ff.; Beseler, Volksr. u. Juristenr. S. 297 ff., D.P.R. § 34 ff.; Maurenbrecher, D.P.R. I § 28 ff.; Renaud, D.P.R. I § 32 ff.; Walter, D.P.R. § 32; Gengler, Lehrb. I 52 ff.; Unger, Oest. P.R. I § 6; Regelsberger, Pand. I § 25.

ist, einer näheren Untersuchung, bei der die beiden Kanäle, die das Juristenrecht dem Leben zuführen, — Praxis und Theorie —, zu sondern sind.

II. Praxis². Die rechtsgelehrte Praxis ist zunächst Rechtsanwendung, nicht Rechtserzeugung. Sie setzt das abstrakte Recht in eine den Einzelfall deckende, konkrete Norm um. Hierbei wird sie durch das Wesen alles Lebens, von dem das Rechtsleben ein Theil ist, über die rein logische Thätigkeit hinaus zu schöpferischer That gedrängt. Allein auch wo sie schöpferisch verfährt, bleibt sie bloße Rechtsanwendung. Denn immer schafft sie nur Recht für diesen Fall.

Darum hat keine gerichtliche Entscheidung jenseits ihres prozessualen Machtgebietes bindende Kraft. Jedes Gericht kann in einem anderen gleichartigen Falle von seiner früheren Ansicht abweichen, jedes niedere Gericht kann sich mit Entscheidungen des ihm übergeordneten Gerichts in Widerspruch setzen. Hiervon wurden zwar ehemals zu Gunsten der Plenarentscheidungen hoher Gerichte manche Ausnahmen gemacht, indem solchen Entscheidungen, falls sie in besonderer Form ergangen waren, vorläufige Gesetzeskraft beigelegt wurde³. Allein im heutigen deutschen Recht ist keine derartige Ausnahme mehr in Geltung. Nur für die einzelnen Senate des höchsten Gerichts besteht insofern eine äußere Gebundenheit, als in jedem Falle, in dem ein Senat des Reichgerichts in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines andern Senats oder des Plenums abweichen

² Vgl. Puchta, *Gewohnheitsr.* II 14 ff.; Maurenbrecher I § 32, 34—35; Renaud a. a. O. § 34; Gengler a. a. O. S. 53 ff.; Wächter, *Arch. f. civ. Pr.* XXIII 432 ff., *Württ. P.R.* II § 10; Thöl, *Einl.* § 55 ff.; Roth, *D.P.R.* I § 45; Stobbe, *D.P.R.* I § 24; Dernburg, *Pand.* I § 29; Kohler, *Jahrb. f. Dogm.* XXV 262 ff.

³ Schon das Reichskammergericht wurde mehrfach angewiesen, sich an seine Präjudizien zu halten und in zweifelhaften Fällen gemeine Bescheide zu fassen und zu publiziren; vgl. bes. Speirer R.A. v. 1570 § 75—78, *Vis.Absch.* v. 1713 § 84, Strube, *Nebenst.* IV 277 ff., 515 ff., Maurenbrecher I § 31 Anm. 5, Gengler a. a. O. S. 56 ff. Aehnlich *Ordn. f. das O.A.G. Cassel* v. 1746; vgl. Roth, *Kurh. P.R.* I 99 ff. Andere Präjudiziengesetze giengen noch weiter und legten gehörig bekannt gemachten Plenarentscheidungen des höchsten Landesgerichts auch für die Untergerichte bindende Kraft bei; so *Ordn. f. das O.A.G. Jena* v. 1816 b. Heimbach § 67 Anm. 1, *Hannov. Ges.* v. 1838 b. Grefe I 22. Vgl. auch über das *Bayr. L.R.* I c. 2 § 14 u. *Ges.* v. 17. Nov. 1837 Roth I § 10 Anm. 7 ff.; über das *Braunschw. Ges.* v. 5. Juli 1853 Stobbe I § 24 Anm. 17. — In Oesterreich konnte nach dem *Pat.* v. 7. Aug. 1850 der Justizminister den obersten Gerichtshof zu bindenden Plenarentscheidungen ermächtigen, Unger I § 45 Anm. 13; die Präjudizienordnung v. 7. Aug. 1872 hat dies beseitigt, Pfaff u. Hofmann I 213 ff.

will, die Verhandlung und Entscheidung ins Plenum verlegt werden soll⁴. Dies ist indeß eine innere Verfassungseinrichtung des höchsten Gerichts, die den Grundsatz der Praejudizienfreiheit überhaupt nicht berührt, sondern nur über der Spaltung in Senate die Einheit des Gerichts zu wahren sucht.

Gerichtliche Entscheidungen haben aber eine freie Autorität. Ein Blick auf die deutsche Rechtsgeschichte und auf die Praxis der Gegenwart belehrt uns, in welchem Maße die Rechtsprechung sich durch das Beispiel angesehener Gerichte stets hat leiten lassen und heute noch leiten läßt⁵! Vergeblich suchte das Preussische Landrecht, um dem mit Praejudizien oft getriebenen Mißbrauch vorzubeugen, diese freie Autorität der Gerichtsentscheidungen zu unterdrücken⁶. Dem Richter kann unmöglich verwehrt sein, sich durch die Gründe einer Vorentscheidung überzeugen zu lassen. Hierbei hängt das Gewicht jeder einzelnen früheren Entscheidung zunächst von ihrem inneren Werthe ab. Darüber hinaus aber wird sich eine äußere Beharrenstendenz geltend machen. Schon um der Rechtssicherheit willen wird ein Gericht nicht ohne triftige Gründe seine bisherige Praxis ändern; und nicht ohne dringenden Anlaß wird das niedere Gericht eine Entscheidung fällen, deren Umstofsung durch das höhere Gericht nach dessen bekannter Rechtsansicht zu erwarten ist⁷.

So ist die Bahn eröffnet, auf der sich ein Gerichtsgebrauch (usus fori) bilden und damit in der That die Rechtsanwendung in Rechtserzeugung wandeln kann. Denn vielfach wird die gerichtliche Praxis eines engeren oder weiteren Rechtsgebietes in gleichförmiger

⁴ D.G.V.G. § 137 u. R.Ges. v. 17. März 1886. Das Plenum wird, wenn zwei Civilsenate kollidiren, durch die vereinigten Civilsenate, wenn aber ein Civilsenat und ein Strafsenat anderer Ansicht sind, durch die vereinigten Civil- und Strafsenate gebildet; die Plenarentscheidung kann nur von demselben Plenum, das sie gefaßt hat, wieder umgestoßen werden. — Die gleiche Einrichtung bestand schon beim preussischen Obertribunal; Cab.O. v. 1. Aug. 1836, Ges. v. 7. Mai 1856.

⁵ Diese Erscheinung begegnet schon im deutschen Mittelalter, wie der Einfluß der Entscheidungen des Reichshofgerichts und berühmter Schöffenstühle beweist; vgl. Stobbe, D.P.R. I 184. Später war die Autorität des Reichskammergerichts von größter Bedeutung. Dann traten die Rechtssprüche der Fakultäten und der oberen Landesgerichte in den Vordergrund. Und auch in unserem Jahrhundert haben die Präjudizien eher zu viel als zu wenig Macht über das Rechtsleben behauptet.

⁶ Pr. L.R. Einl. § 6: „Auf Meinungen der Rechtslehrer oder ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden“.

⁷ Vgl. Thöl, H.R. I § 14; Adickes a. a. O. S. 54 ff.; Stobbe I 183 ff.; Regelsberger, Pand. I 108 ff.

und langjähriger Wiederholung von Rechtssprüchen sich dergestalt in einer bestimmten Richtung befestigen, daß sie als konstante Uebung eines Rechtssatzes auf Grund der Ueberzeugung von seiner rechtlichen Geltung erscheint. Sobald aber ein solcher Fall vorliegt, sind die Erfordernisse des ungesetzten Rechtes erfüllt. Der fertige Gerichtsgebrauch hat also die Kraft des Gewohnheitsrechts⁸. Er ist selbst nur eine Unterart des Gewohnheitsrechts. Allein er unterscheidet sich von allem übrigen Gewohnheitsrecht dadurch, daß er nicht von der Gemeinschaft, deren Lebensverhältnisse er ordnet, sondern von einem Organ der Gemeinschaft für die Gemeinschaft hervorgebracht wird. In ihm gelangt nicht die Volksüberzeugung durch Handlungen der Beteiligten, sondern die Gerichtsüberzeugung durch Handlungen der Gerichte zum Ausdruck⁹. Daß er gleichwohl die ganze Gemeinschaft verbindet, beruht auf der eigenartigen Stellung der Gerichte zum Recht, die in der Stellung irgend eines anderen Gemeinschaftsorganes ihresgleichen nicht hat¹⁰. Der Gerichtsgebrauch ist somit eine von allen anderen Rechtsquellen spezifisch verschiedene Rechtsquelle. Durch ihn übt der Juristenstand einen formellen Antheil an der Rechtserzeugung aus. Er ist „Juristenrecht“ im technischen Sinne, so daß in seiner Sonderung vom sonstigen Gewohnheitsrecht der Gegensatz zwischen

⁸ Mithin hat er nach gemeinem Recht gleiche Kraft wie das Gesetz; vgl. Thibaut, Pand. § 16, Glück, Komm. II 95, Göschel, Vorles. I 99 ff., Reyscher, Württ. P.R. § 37 u. 60, Falck, Schlesw.-Holst. P.R. § 39, Haubold § 38, Grefe § 5, Kierulff I 37 ff., Beseler, D.P.R. S. 102, Dernburg, Pand. § 29; Seuff. XLVI Nr. 104. Unrichtig Renaud I § 34, Franken, D.P.R. S. 36. — Dagegen treffen freilich alle partikularrechtlichen Einschränkungen der Kraft des Gewohnheitsrechts zugleich den Gerichtsgebrauch.

⁹ Unrichtig ist daher die Ansicht von Puchta II 19 ff., im Gerichtsgebrauch müsse, damit er als Gewohnheitsrecht binde, die Ueberzeugung des Juristenstandes als Vertreters der Volksüberzeugung und somit irgend eine „nationale“ oder „allgemeine“ Rechtsüberzeugung zum Ausdruck kommen. Aehnlich Stobbe I 190. Vgl. gegen diese Lehre, die das Reichsgericht zur willkürlichen Umstofsung von partikulärem Gerichtsgebrauch zu verwerthen sucht (z. B. I Nr. 115, II Nr. 62 u. III Nr. 59), Beseler § 34 Anm. 11, Windscheid § 16 Anm. 7, Dernburg § 29 Anm. 4, Seuff. XL Nr. 86.

¹⁰ Auch andere Gemeinschaftsorgane freilich, Verwaltungsbehörden, Kollegien, parlamentarische Versammlungen u. s. w., können durch ihre Praxis ein als Gewohnheitsrecht bindendes „Herkommen“ bilden; dasselbe wird aber nach Art einer Observanz nur das innere Leben dieser Organe ordnen. Solches Herkommen entspricht demjenigen Gerichtsgebrauch, der sich nur auf das gerichtliche Verfahren bezieht. Dagegen können natürlich nicht bloß die Civilgerichte, sondern alle Gerichte (mit Einschluss der Verwaltungsgerichte) ein materielles Gewohnheitsrecht erzeugen, das für den ganzen ihrer Rechtsprechung unterworfenen Kreis Geltung hat.

Volksrecht und Juristenrecht sich als fest begrenzter Rechtsbegriff ausprägt.

III. Theorie¹¹. Die juristische Theorie zielt weder auf Rechtsanwendung noch auf Rechtserzeugung, sondern auf Rechtserkenntnis. Sie ist berufen, das geltende Recht in abstrakter Fassung darzustellen. Zu diesem Behufe hat sie den inneren Zusammenhang der Rechtsätze zu erforschen; sie hat im Wege der Synthese aus den Rechtsätzen Prinzipien und im Wege der Analyse aus den Prinzipien Folgesätze zu gewinnen; sie hat alles Einzelne systematisch zu verknüpfen und wieder vom Ganzen her die Theile geistig zu durchdringen. Hierbei wird sie schöpferischer Kraft nicht entbehren dürfen. Allein sie schafft nicht Rechtssätze, sondern Lehrsätze. Rechtssätze kann sie nur entdecken, aber weder für alle Fälle, noch auch nur für einen einzelnen Fall mit formeller Geltung bekleiden.

Darum haben Aussagen der Wissenschaft niemals bindende Kraft. Im älteren gemeinen Recht herrschte freilich die Lehre, daß die „communis opinio doctorum“, über deren Ermittlung allerlei willkürliche Regeln aufgestellt wurden, den Richter binde¹². Allein diese Lehre, unter deren Druck die Wissenschaft in Veräußerlichung und die Praxis in Entgeistigung zu verfallen drohte, ist heute überwunden: eine noch so einstimmig von der Wissenschaft vorgetragene Ansicht legt dem Richter keinerlei äußere Verpflichtung auf¹³.

Dagegen haben die Aussprüche der Wissenschaft ein freies Ansehen. Sie üben auf die Praxis so viel Einfluß aus, als sie sich vermöge ihrer Ueberzeugungskraft verschaffen. Manche Gesetze suchten freilich, um dem mit der communis opinio getriebenen Mißbrauch zu steuern, auch die freie Autorität der Theorie zu verkümmern¹⁴. Solche

¹¹ Vgl. Maurenbrecher I § 33, 36—37; Walter § 33; Renaud I § 34; Gengler, Lebrb. I 58 ff.; Gerber § 30; Böhlau I 316 ff.; Stobbe I § 25.

¹² Vgl. über die ältere Lehre Schilter, Praxis exerc. II § 4, Puchta, Gewohnheitsr. I 162 ff., Wächter, Gem. R. S. 113 Anm. 48, Reyscher, Z. f. D. R. IX 373 ff. Der letzte Verfechter der bindenden Kraft der communis opinio, die er auf staatliche Autorisation der Juristen zurückführte und in äußerlichster Weise aus der Majorität der Schriften ermitteln wollte, war Maurenbrecher I § 28—31, 33, 36—40, 112.

¹³ Ein Beispiel für die richterliche Verwerfung eines in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts einstimmig vorgetragenen Rechtssatzes (daß die Einkindschaft durch Ehescheidung ende) bietet das Erk. des O.L.G. Hamb. v. 7. Nov. 1885 b. Seuff. XLI Nr. 194.

¹⁴ Bayr. L.R. I c. 2 § 14: Glossen und Meinungen deren Rechtsgelehrten, sie seyen gleich communes oder nicht, gehören weder unter geschrieben- noch unter ungeschriebenes Recht, und kommen nur in so weit in Consideration, als sie

Bestimmungen aber sind thöricht und eitel oder erzielen doch nur einen ungewollten Erfolg höchst unerfreulicher Art¹⁵. Eine Praxis, die auf der geistigen Höhe ihrer Zeit stehen will, darf sich den Lehren echter Wissenschaft niemals verschließen.

Das Ansehen der Wissenschaft kann dahin führen, daß ihre theoretischen Lehrsätze im Laufe der Zeit zu Rechtssätzen erhoben werden. Dies kann, wie im Wege der Gesetzgebung, so im Wege des Gewohnheitsrechts, und zwar sowohl des volksmäßigen Gewohnheitsrechts wie des Gerichtsgebrauchs, geschehen. Immer aber verdankt dann der Rechtssatz seine bindende Kraft nicht der Wissenschaft, die ihn zuerst gefunden hatte, sondern erst der Rechtsquelle, die ihn sich angeeignet hat. Die Wissenschaft selbst ist niemals Rechtsquelle¹⁶.

Auch giebt es nicht etwa eine von den bisher erwähnten Rechtsquellen verschiedene Rechtsquelle, zu deren Aufdeckung die Wissenschaft berufen wäre. Früher wurde freilich als eine derartige Rechtsquelle das Naturrecht angesehen, dem mehrere Gesetzbücher ausdrücklich eine subsidiäre Geltung beilegen¹⁷. Allein das Naturrecht kann keine Rechtsquelle sein, weil es überhaupt als objektives Recht nicht existirt; was sich so nennt, ist nicht ein Inbegriff durch die Vernunft geoffenbarter allgemeingültiger Rechtssätze, sondern ein aus den theoretischen Grundansichten eines bestimmten Zeitalters hergeleitetes System von Lehrsätzen¹⁸. Ebenso wenig darf, wie dies in

der Doktrinal-Auslegung gemäß seynd. Pr.L.R. Einl. § 6 (oben Anm. 6). Vgl. auch Kurköln. Revis.O. v. 1786 § 49, Hannov. Justizregl. v. 1713 § 6 u. O.A.G.O. v. 1817 II 12 § 12 b. Maurenbrecher § 31 Anm. 2. Man denke auch an den berücktigten B.B. v. 11. Dez. 1832 (G. v. Meyer, Corp. Confoed. Germ. S. 152).

¹⁵ Statt der Wissenschaft pflegt dann die Afterwissenschaft handwerksmäßiger Kommentare der Praxis als Leitstern zu dienen.

¹⁶ Zu einer dritten Rechtsquelle neben Gesetz und Gewohnheitsrecht wird die Wissenschaft von Puchta erhoben; Gewohnheitsr. I 146, 162 ff., II 15, Pand. § 16. Aehnlich Savigny, Syst. I § 14, 19, 20, Thöl, Einl. § 55, H.R. § 15; vgl. auch Stahl, Rechtsphil. II B. 2 § 22—23, Gerber, D.P.R. § 30, Regelsberger § 17 II B 3 (sie schaffe „Rechtssätze minderen Grades“). — Hiergegen vgl. Beseler, Volksr. u. Juristenr. S. 87, D.P.R. § 34 Anm. 4; Wächter, Württ. P.R. II 47 ff.; Rückert, Der Begriff des gem. D.P.R. S. 49 ff.; Renaud I § 34; Unger I 42 ff.; Böhlau § 52 S. 316 ff. u. 320 ff.; Windscheid, Pand. § 16 Anm. 8; Stobbe, D.P.R. § 25 Anm. 3; Behrend, H.R. § 19.

¹⁷ Oesterr. Gb. § 7; Bad. Landr. § 4^a. — Dazu Unger, Oesterr. P.R. I § 11; Pfaff u. Hofmann I 194 ff.; Barazetti a. a. O. S. 76 ff.; Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, Leipzig 1892, S. 181 ff.

¹⁸ Vgl. Bergbohm a. a. O. S. 371 ff. — Darum haben auch die Bestimmungen des österr. Gb. u. des bad. L.R. kein Leben gewonnen; praktische Bedeutung

neuerer Zeit immer wieder geschieht, die Natur der Sache zur Rechtsquelle gestempelt werden¹⁹. Denn wie vorsichtig auch dieser Begriff gefaßt und wie stark gegenüber dem absoluten Wesen des Naturrechts die Relativität eines den wechselnden Lebensverhältnissen entnommenen Maßstabes betont werden mag, so hält doch unter der Flagge der Natur der Sache stets von Neuem ein Stück Vernunftrechts seinen Einzug. Soll aus den Dingen ein ihnen immanenter Rechtssatz herausgeholt werden, der eine gleich unmittelbare Geltung wie Gesetzes- und Gewohnheitsrecht hat, so wird das positive Recht durch ein verkapptes Naturrecht überhöht. In Wahrheit kann aus vernünftigen Erwägungen über die Natur der Sache immer nur die Ueberzeugung von der Angemessenheit dieses oder jenes Rechtssatzes, niemals die Annahme seiner Geltung entspringen. Der Richter soll freilich bei der Rechtsanwendung nicht blind verfahren und vor Allem da, wo das geltende Recht zweifelhaft oder scheinbar unvollständig ist, den Zweckgedanken zu Rathe ziehen. Allein wer ihn hierauf hinweist, eröffnet ihm keine selbständige Rechtsquelle, sondern giebt ihm ein Richtmaß für die Deutung und Entfaltung des geltenden gesetzten und ungesetzten Rechts.

würde die gesetzliche Verweisung auf das Naturrecht nur haben, wenn ein bestimmtes System des Naturrechts mit Gesetzeskraft bekleidet würde.

¹⁹ So mit starken Anklängen an das Naturrecht Runde, D.P.R. § 80. Aehnlich Reyscher, Z. f. D. R. I 11 ff., X 153 ff., Württ. P.R. § 58—59. Neuerdings in eigenthümlicher Fassung Adickes a. a. O. S. 67 ff. (wo zuletzt die „subjektive Vernunft“ des Richters zur Rechtsquelle wird). Ferner in ziemlich deutlich naturrechtlicher Färbung Goldschmidt, H.R. I 302 ff. Aber auch Dernburg, Pand. I § 38 S. 87, Kohler, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. XIII 57, Regelsberger § 12. Theilweise auch Stobbe, D.P.R. § 25. — Vgl. dagegen Eichhorn, Einl. § 39—41; Beseler, D.P.R. § 14 u. § 30 S. 87—88; Gerber, Das wiss. Prinz. S. 311 ff.; Windscheid, Pand. I § 23 Anm. 1^a; Bierling, Kritik I 100 ff.; Sturm, Recht u. Rechtsquellen S. 57 ff.; Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 9 ff.; Bergbohm a. a. O. S. 353.