

1924 A 1689

Auslegung und Auslegungsnormen

Rektoratsrede

von

Professor Dr. Franz Leonhard

Marburger Akademische Reden. Nr. 37

Marburg
H. B. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun)
1917

Auslegung und Auslegungsnormen.

1.

Hochansehnliche Festversammlung!

Draußen geht die Weltgeschichte ihren ungeheuren Gang — und wir alle empfinden es schmerzlich, bei den großen Taten unseres Volkes nicht mithelfen zu können. Und doch haben auch wir hinter der Front unsre Aufgabe: geduldig und fest zu bleiben gegenüber kleinmütigen Gedanken und den großen und kleinen Plagen des Krieges und trotz ihrer das Volksleben in Gang zu halten. So ist es unsere Pflicht besonders, das wissenschaftliche Leben fortzuführen und an dem unaufhörlichen Kampf der Geister fortzuarbeiten. Ist dieser Kampf ewig, so gibt es doch auch in ihm ruhigere Zeiten. In unsrer juristischen Wissenschaft dagegen herrscht seit Ende des letzten Jahrhunderts ein besonders scharfer Kampfszustand, die heftige Offensive der Freirechtler, die sich gegen nichts weniger als die Grundlagen der herrschenden Anschauung richtet. Gegen diese Angriffe war die herrschende Lehre schlecht gerüstet, da sie die Methode wenig gepflegt hatte. So ist sie sich bis heute noch nicht einmal darüber im klaren, ob sie noch auf dem Boden der sog. historischen Schule steht. Diese Schule, die Savigny vor einem Jahrhundert begründete, hat das vordem herrschende Naturrecht beseitigt und ihm gegenüber festgestellt, daß alles Recht geschichtlich verschieden ist und daß nur das positive Recht Geltung hat. Immerhin war dieser Kampf gegen das Naturrecht schon vorher durch Hugo vorbereitet worden, und auch durch Kant,

der zwar auch ein Naturrecht, aber nur als ein sein-
sollendes Recht aufstellte. So bestand Savignys Verdienst
besonders darin, daß er die erhobene Forderung einer
gründlichen Geschichtsforschung in die Tat umgesetzt und
durch sein Beispiel und die Schulgründung die Mitarbeit
ganzer Generationen gewonnen hat. Sein Werk vom Be-
sitz, worin er das glänzende Beispiel von Quellenforschung
gab, ist — und darauf dürfen wir stolz sein — an unserer
Hochschule erwachsen. Freilich zeigte dies Werk auch einen
Mangel: eine Nichtachtung der nachrömischen, minder
geistreichen Entwicklung. Dieser Fehler, der eigentlich ganz
gegen den Grundgedanken der historischen Schule ver-
stößt, verbreitete sich dennoch bei seinen Schülern so sehr,
daß Savigny selbst später hiergegen und auch schon gegen
die Überschätzung der Geschichte überhaupt Verwahrung
einlegte. Seitdem wandte sich die Schule unter der Füh-
rung des Hegelianers Puchta vor allem der Systematik
zu: auf Kosten der Geschichte — wobei man aber trotzdem
den Namen historische Schule beibehielt! — und noch mehr
auf Kosten der Zweckmäßigkeit. So begann denn Ihering
einen berechtigten und erfolgreichen Kampf gegen diese
Übertreibungen der logischen und gleichzeitig auch der
antiquarischen Geschichtsforschung, denen gegenüber er den
Zweck des Rechts betonte. Ihm folgte die moderne Frei-
rechtsbewegung, die sich zunächst wie junger Most recht
absurd gebärdete, neuerdings aber in wissenschaftliche
Bahnen geleitet ist. Auch sie fordert gegenüber den Aus-
wüchsen der logischen und antiquarischen Richtung, daß der
praktische Rechtszweck beachtet werde: und das tut sie mit
Recht. Sie behauptet aber auch, damit eine neue Methode
erfunden zu haben: und das mit Unrecht. Denn die Be-
achtung des Zweckes ist schon von der römischen und ge-
meinnützlichen Wissenschaft immer geübt worden. Auch

Savigny verlangt ausdrücklich, daß die Billigkeit des Ergebnisses bei der Auslegung berücksichtigt werde. — Hiernach werden wir die Frage, ob Savignys Schule noch heute herrscht, dahin beantworten: Die ganz überwiegende Mehrheit teilt allerdings seine Grundanschauung, daß alles Recht auf Gesetz und Gewohnheitsrecht beruht; sie möchten wir die „positive Schule“ nennen. Sie verwendet zur Auslegung historische, systematische und Zweckgedanken. Allerdings finden sich innerhalb der Schule drei Abzweigungen, deren jede einseitig eins dieser Momente überschätzt: die historische, systematische und die Zweckrichtung. Aber die Grundanschauung ist dieselbe geblieben. Nun kommt es freilich noch sehr darauf an, wie diese Regeln im Einzelfall gehandhabt werden. Aber auch hier ist die Verschiedenheit gar nicht so groß. Es gibt gar manche Werke, die ganz abweichende Lehren über die Auslegung aufstellen und dann doch bei den Einzelfragen ganz in derselben Weise verfahren. Aber weshalb dann ein so allgemeiner und erbitterter Streit über die Methode? Wir müssen zusehen, ob dabei nicht ein Fehler in der Fragestellung mitspielt. Und dem ist in der Tat so.

2.

Den Grundfehler sehe ich darin, daß man allgemein nach Auslegungsregeln sucht, aber nicht vorher fragt, woher man überhaupt solche zu entnehmen hat: ob aus dem positiven Recht oder aber aus methodischen Grundsätzen von notwendiger Allgemeingültigkeit. Manche scheinen in der Tat das letztere annehmen zu wollen. Hiernach wäre ein positives Gesetz, und wäre es noch so bestimmt, gar nicht imstande, die Auslegung zu beeinflussen. Diese Auffassung erklärt sich daraus, daß die Werke des bürgerlichen Rechts nach einer alten Unsitte in einem allgemeinsten Teile ganz verschiedenartige Dinge, geltendes

Recht und Rechtsphilosophie, zusammenzutragen pflegen — zum Teil auch wohl daraus, daß die Pandektisten sich von den Auslegungsregeln Justinians losmachen wollten. Aber sie ist entschieden verfehlt. Sie widerspricht gerade den Grundgedanken der positiven Schule, daß alles Recht auf Gesetz und Gewohnheitsrecht beruht und überall, nach Zeit und Ort, verschieden ist. So finden wir auch verschiedene Anwendungsnormen bei den einzelnen Völkern: andere für die römischen Richter, andere für die deutschen Schöffen, andere in Amerika, andere bei uns. Und sie müssen auch verschieden sein, — je nach der Kultur und Verfassung eines Volkes, nach der Beschaffenheit seiner Gesetze und seiner Richter. Es gibt auch nicht wenige Gesetzbücher, die ausdrückliche Vorschriften darüber enthalten: so das österreichische und das schweizerische bürgerliche Gesetzbuch und unser Strafgesetzbuch. Undenkbar ist es, daß alle diese Vorschriften nichtig sein sollten. Und auch innerhalb derselben Rechtsordnung können für einzelne Gesetze verschiedene Anwendungsnormen gelten: so ist in vielen Bestimmungen, z. B. des BGB., eine besonders freie Auslegung vorgeschrieben. Dagegen müßte, wenn es sich um eine Frage der Methodik handelte, die Handhabung überall die gleiche sein. Es ist auch im Interesse der Rechtssicherheit dringend nötig, daß die Arbeitsweise gesetzlich feststeht und nicht von geistreichen Neuerern einfach umgestoßen werden kann.

Hiernach ist das Anwendungsrecht ebenso positiv wie das anzuwendende. Das dürften auch die meisten gar nicht bestreiten wollen. Sie meinen wohl eher, daß solche Auslegungsregeln sich nur in unserem heutigen Recht nicht vorfinden. Richtig ist daran soviel, daß sie zum größten Teil versteckt und daher leicht zu übersehen sind. So suchen wir in unsern deutschen Gesetzen vergeblich nach allgemei-

nen Vorschriften über die Auslegung. Wenn es dort heißt, daß die Gerichte dem Gesetz unterworfen sind, so folgt daraus wenigstens nichts für die Hauptfrage, welchen Spielraum ihnen das Gesetz läßt. Auch die Bestimmung des BGB., die eine Beurteilung nach Treu und Glauben vorschreibt, kann nicht allgemein maßgebend sein, schon deshalb nicht, weil die freie Auslegung nicht nur für das bürgerliche Recht gilt. Aber aus Gewohnheitsrecht sind allerdings allgemeine Auslegungsregeln abzuleiten. Denn in der Tat wird die Auslegung von den deutschen Gerichten im großen und ganzen in derselben Weise gehandhabt.

Da man diese Vorschriften nicht beachtet hat, so hat man sich natürlich auch nicht bemüht, ihre Natur zu untersuchen. Die Anwendungsnorm läuft parallel neben der Sachnorm her und bestimmt ihre Handhabung, genau wie die ganz gleichartigen Vorschriften des räumlichen und zeitlichen Grenzrechts. Wie diese ist sie ein Zubehör der Sachnorm und von ihr abhängig: sie richtet sich nach ihr darin, ob sie reichs- oder landesrechtlich, privat- oder öffentlichrechtlich, zwingend oder nachgiebig, nach altem oder neuem Recht zu beurteilen ist. Dies zeigt, daß die Auslegung auch landesrechtlich verschieden sein kann, also nicht einmal im Deutschen Reiche überall dieselbe sein muß — geschweige für alle Völker und Zeiten.

3.

Welches ist nun der Inhalt dieses Gewohnheitsrechts? Zunächst steht fest, daß außer dem Wortsinne eines Gesetzes auch sein geschichtlicher Sinn zu beachten ist. Allerdings erscheint dies gewöhnlich in der ungenauen Fassung, daß der Wille des Gesetzgebers zu ermitteln sei. Wollte man das aber ganz wörtlich nehmen, so wäre es recht bedenklich. Die Rechtssicherheit müßte schwer darunter leiden,

wenn man auf ganz verborgene Willensregungen zurückgehen dürfte. Diesem Bedenken begegnet man freilich durch die Anforderung, daß der Gedanke auch im Gesetzestext einen wenn auch nur unvollkommenen Ausdruck gefunden haben müsse. Aber damit zieht man wieder der Auslegung viel zu enge Grenzen: hiernach könnte man nicht einmal ganz äußerliche Versehen, wie falsche Zahlenzitate, berichtigen. Auch gelangt man so zu der gewiß überraschenden Folgerung, daß, wenn Ausdruck und Wille voneinander abweichen, das Gesetz nichtig sei. Anderseits reicht die Willenstheorie nicht aus, da manche Strebungen eines Gesetzes seinen Schöpfern selbst nicht zum Bewußtsein kommen. Sie ist auch staatsrechtlich bedenklich: was die gesetzgebenden Menschen erklären, soll als Staatswille gelten, aber nicht, was sie innerlich wollen. Sie wird endlich — und das ist für uns das entscheidende — tatsächlich nicht ausgeübt. Von jeher hat man kein Gewicht darauf gelegt, die geheimen An- und Absichten der Bundesrats- und Reichstagsmitglieder zu erforschen. Wäre wirklich deren Wille maßgebend, so wäre es eine sträfliche Versäumnis, daß man sie nicht rechtzeitig nach allen ihren Gedanken ausgeforscht, ja schon manchen hat unausgefragt dahinsterven lassen! Neuerdings hat zwar das Reichsgericht einmal die Zeugenvernehmung eines Kommissionsmitgliedes gebilligt, aber es ist damit fast überall auf Widerspruch gestoßen. übrigens scheint es selbst seiner Neuerung nicht recht zu trauen: denn es fügt die seltsame Einschränkung hinzu, daß der Richter solches nur innerhalb der Grenzen des Geingefühls ausüben dürfe. In der Tat wäre es wenig zartfühlend, die Ministerialbeamten und Abgeordneten mit einer solchen ständigen Auskunftspflicht zu behelligen! Aber — was man bisher übersehen hat — noch viel deutlicher tritt die Frage bei den Verordnungen hervor, die von

einem einzelnen Menschen erlassen werden. Hier wäre es ja nach der Willenstheorie ganz einfach: man müßte diesen Herrn, also etwa den Reichskanzler oder Regierungspräsidenten, über seine damaligen Ansichten befragen, die dann schlechthin maßgebend wären. Aber das tut ja niemand. Hier zeigt sich am klarsten, daß man mit der Willenstheorie nie recht Ernst gemacht hat. Dagegen ist bei unseren vielköpfigen Körperschaften die Willenstheorie doch nicht recht durchführbar, also ziemlich unschädlich und gerade deshalb so beliebt. Man könnte sie nur als Hilfskonstruktion gelten lassen. Aber sie ist entbehrlich und deshalb, wie alles künstliche, besser aufzugeben.

Und doch steckt in ihr ein richtiger Kern: was beim Gesetzgebungsakt als Staatswille erklärt ist, das ist allerdings zu beachten. Und diese Erklärung ist nicht nur aus dem Text des Gesetzes zu entnehmen: sondern auch aus der ganzen Zeitgeschichte, den Erörterungen im Parlament, in den Zeitungen ergibt sich die Absicht der Gesetzgebung, so die des Kulturkampfes in den Maigesetzen, die liberalisierende in dem Bülow'schen Vereinsgesetz. Alles das ist zur Auslegung zu verwerten, wenn es nur allgemein bekannt geworden ist. Daher sind auch die veröffentlichten Vorarbeiten zu benutzen, wenn wirklich feststeht, daß aus diesen Gedankengängen das Gesetz erwachsen ist. Zugleich enthalten sie wissenschaftliche Urteile, die als solche wertvoll sein können, besonders zur ersten Einführung in neue Gesetze. Aber noch ergiebiger als diese unmittelbare Entstehungsgeschichte ist regelmäßig die gesamte Vorgeschichte des Gesetzes: der Gedankenkreis, aus dem es herausgewachsen ist, die Kenntnis des früheren Rechts und seiner Wissenschaft, die Zweckbestrebungen, die sich aus dem Ganzen unserer Rechtsentwicklung ableiten lassen. Häufig erblickt man in der geschichtlichen und der Zweckbetrachtung

scharfe Gegensätze: zu Unrecht, da die Geschichte oft die maßgebenden Zwecke aufweist. Es hängt das mit dem verbreiteten Fehler zusammen, daß man so oft fragt: wo sind die Momente für die Auslegung zu suchen, und darauf antwortet: in der Geschichte, der Rechtsvergleichung, der Wissenschaft. Es kommt aber nicht darauf an, wo man sie zu suchen hat, sondern was man dort suchen soll. — Der Wert der Geschichte wird von unserer Wissenschaft mit Recht sehr hoch veranschlagt. Sie macht objektiv und ist freilich eben deshalb den allzu subjektiven Gemütern unbequem. So wird sie in der That ganz abgelehnt von manchen, die als den maßgebenden Sinn nur den Eindruck gelten lassen wollen, den das Gesetz macht — aber dieser Eindruck muß je nach der Natur des Hörers sehr verschieden sein — oder den es auf die Juristen macht — aber das führt zu einer bedauerlichen Unterwerfung unter die herrschende Meinung — oder gar, den es auf die Laien macht. Immer kommt man so dazu, die Schätze der Geschichte zu vernachlässigen und nur dem Wortlaut und der Billigkeit zu folgen. Wichtig ist, daß viele tüchtige Praktiker von Bartolus bis Unger einfach hiernach ihr Urteil gefällt und sich erst hinterher eine geschichtliche Begründung zurecht gemacht haben — ähnlich wie ein schlauer Schütze ein Loch in die Wand schießt und erst hinterher die Scheibe darum malt. Aber hier darf man nicht vergessen, daß bei solchen Kennern schon sofort unbewußt viele geschichtliche Vorstellungen mitarbeiten und daß ihr erstes Urteil nur ein vorläufiges ist. — Anderseits ist die Geschichte auch nicht Selbstzweck. Nur soweit sie uns über die Gedanken und Ziele unserer Gesetze aufklärt, ist sie für die Rechtswissenschaft nutzbringend. Daß jede Geschichtsforschung von Werturteilen beherrscht wird und daß sie auch die Auswahl des Stoffes mitbestimmen, ist eine grundlegende

Erkenntnis der neueren kritischen Geschichtsphilosophie. Von diesem Gesichtspunkte aus sind auch in unserer Wissenschaft gegen den übertriebenen Historismus und besonders auch gegen die Stoffwahl Bedenken zu erheben. Leider wenden sich die meisten neueren Rechtshistoriker fast ausschließlich dem griechischen und orientalischen Recht zu, das für unser Recht nur teilweise ergiebig ist, um wichtige Gebiete der Geschichte, wie die Entwicklung des gemeinen Rechts im 17. Jahrhundert, stark zu vernachlässigen.

4.

Aber Wortsinne und Geschichte sind nicht die einzigen Auslegungsmittel. Dazu tritt als drittes selbständiges die Prüfung des Ergebnisses auf seine Richtigkeit. Man hat sich oft gescheut, dies Moment als gleichberechtigt anzuerkennen und es nur auf allerlei Umwegen, als vermeintlichen Willen des Gesetzgebers oder der Parteien, eingeschmuggelt. Es war dies eine Folge der verbreiteten Vorstellung, daß das rechtliche Urteil eine tatsächliche Feststellung bedeute — eine Auffassung, gegen die neuerdings auch von der Fachpsychologie Einspruch erhoben ist — und diese wieder eine Folge des übertriebenen Intellektualismus, der erst in der neueren Philosophie durch stärkere Betonung des Willensmoments verdrängt worden ist. In Wahrheit enthält das rechtliche Urteil einen Willensakt, und so ist es durchaus nicht unlogisch, daß dabei auch der eigene Rechtswille des Richters beteiligt werde. Daraus folgt nun freilich noch nicht, daß es auch wirklich berechtigt sei, und es bleibt daher noch immer zu beweisen. Einen Weg hierzu bietet das Naturrecht: die bekannte Anschauung, daß neben dem positiven Recht noch ein zweites selbstverständliches Recht bestehe, das — und darin liegen zwei ganz verschiedene Sätze — ewig gleich und vom posi-

tiven unabhängig ist. Ein ewig gleiches, abstraktes Naturrecht — darüber herrscht heute kein Zweifel mehr — ist ein bloßes Luftgebilde: so wenig wie Kultur und Sitten der Völker, so wenig wird ihr Recht jemals dasselbe sein können. Dagegen ist es durchaus möglich, sich für ein bestimmtes Land zur gegebenen Zeit ein konkretes Idealrecht auszudenken. Aber wie verhält es sich in seiner Geltung zum positiven Recht? Entweder es steht hinter ihm zurück: dann hat es nur kritischen Wert. Oder man gibt ihm den Vorrang: dann schafft man die schwersten Gefahren für die Rechtssicherheit. Mit dieser schwände die Möglichkeit, die Folgen des eignen Tuns zu berechnen. Deshalb sind es gerade auch die Anwälte, die für ein sicheres Recht eintreten: sie, die die Parteien beraten sollen, wissen seinen Wert zu schätzen. Es schwände dann auch die Gleichheit des Rechts, die Einheit und der Schutz der gesetzlich gewährleisteten Freiheit. Und was noch schlimmer: durch die Lehre vom höheren Naturrecht wird die Achtung vor dem gesetzten Recht völlig erschüttert: schließlich gibt es kaum noch ein Verbrechen, dem jenes nicht den Nimbus einer höheren Gerechtigkeit verleihen könnte. Auch in unserer Geschichte hat sich die freie Rechtsfindung nicht bewährt. Als Handel und Verkehr wuchsen, hat sich das deutsche Volk von der freien Rechtsprechung der Schöffen losgesagt. Das ist der wahre Grund für die Rezeption der fremden Rechte, die sich aus den übrigen Gründen, die man sonst betont, nicht genügend erklären läßt. Und später, im 18. Jahrhundert, hat sich das Naturrecht gänzlich vor den Wagen bestimmter philosophischer Systeme und politischen Bestrebungen spannen lassen. Übrigens ist es gar nicht sicher, daß ein Naturrechtssystem die Billigkeitsurteile liefert, die wir zur Auslegung unserer Gesetze brauchen. Denn manches von ihnen

weicht schon in den Grundlagen so stark von unserem geltenden Rechte ab, daß es zu seiner Erläuterung gar nicht taugt. — Wie wollen wir aber nun die Richtigkeitsprüfung sonst rechtfertigen? Man hat sie darauf zurückgeführt, daß jeder Gesetzgeber im Zweifel das Zweckmäßigste erreichen wolle. Aber daraus folgt noch nicht, daß er das Urteil darüber dem Richter überlassen will. Vielmehr hat es zu allen Zeiten überfluge Gesetzgeber gegeben, die selbst besser zu wissen glaubten, was der Nachwelt frommt. Man hat sich darauf berufen, daß auch ein selbständiger Diener die Befehle nicht blindlings, sondern unter eigener Würdigung der Interessen seines Herrn ausführen soll. Aber hier ist nicht genügend der Unterschied gewürdigt, daß diese Weisungen nur an den Diener ergehen, das Gesetz aber zur allgemeinen Nachachtung veröffentlicht wird und eben deshalb in höherem Maße auf Einhaltung Anspruch machen kann. Auch aus der Unentbehrlichkeit allein läßt sich die Billigkeitsprüfung nicht rechtfertigen. Sondern sie ist — wie überhaupt alle Sätze unserer Lehre — eben auch auf ein Gewohnheitsrecht zu stützen. Sein Bestehen kann niemand bezweifeln, der die römische und die auf ihr aufgebaute gemeinrechtliche Wissenschaft und die Rechtsprechung unserer Gerichte kennt.

Bei diesem Billigkeitsurteil wendet der Richter die Norm—Idee des Rechts an. Diese a priori vorhandene Idee, die es überhaupt erst ermöglicht, Rechtsätze als solche zu unterscheiden, gibt uns gleichzeitig die Entscheidung darüber, ob diese Sätze richtig sind. Es handelt sich dabei um eine einfache Kategorie des Bewußtseins, ähnlich der Sittlichkeitsnorm und wie diese nicht näher zu bestimmen. Das ist freilich ein bescheidenes Ergebnis. Aber es ist eben nicht möglich, bestimmte Normen zu finden, wonach sich das Billigkeitsurteil zu richten hätte. Vergeblich hat sich

das Naturrecht bemüht, solche aufzufinden: sie stehen im Widerspruch mit der allgemeinen Wandelbarkeit des Rechts. Auch können solche Sätze, die stofflichen Inhalt haben, eben deshalb nur aus Induktion gewonnen werden, also nicht begriffliche Allgemeingültigkeit beanspruchen. Dies lehrt uns die erkenntniskritische Methode Kants, die er nur auf die Naturgesetze angewendet und die die neuere Philosophie auf die Kulturvorgänge übertragen hat und die wir auch für das Recht verwerten müssen. Gerade vom Standpunkt dieser kritischen Methode aus erscheint es als unmöglich, mit Kant selbst ein allgemeingültiges Naturrecht aufzubauen. Und auch, mit Stammler allgemeine Sätze des richtigen Rechts deduktiv abzuleiten, die zwar keine eigentlichen Rechtsätze sein sollen, aber, wenn auch nur in abstrakterer Weise, doch immerhin stofflichen Inhalt haben: gerade diesen müssen wir aus der Rechtsidee ganz ausscheiden. — Andere wollen zwar keine allgemeingültigen Sätze, aber immerhin doch andere objektive Regeln für die Richtigkeitsprüfung aufstellen. So lehrt man vielfach, daß diese den im Gesetz hervortretenden Strebungen zu folgen habe. Aber sie soll ja vielmehr einen selbständigen Prüfungsmaßstab gegenüber dem eigentlichen Gesetzesinhalt liefern. Daher hat der Richter nicht die Richtigkeitsmaßstäbe des Gesetzes, sondern die heutigen anzuwenden. So wird bei der Auslegung einer Gesindeordnung aus dem 18. Jahrhundert notwendig auch die moderne Auffassung über die Stellung des Gesindes zu berücksichtigen sein: so daß z. B. körperliche Züchtigungen sicher zu verwerfen sind. Gegenüber veralteten Gesetzen ist ein derartiges Verfahren unentbehrlich. Wenn das Gesetz nach einem Ausspruch Spencers eine Herrschaft der Toten über die Lebenden bedeutet, so dürfen diese doch beanspruchen, daß auch ihre Anschauungen bei der Anwendung

gewahrt werden. Wo nun das Richtigkeitsurteil so ganz von Wortlaut und Geschichte des Gesetzes fort leitet, da paßt das Wort „Auslegung“ nicht recht — und so empfiehlt es sich, daneben als etwas Besonderes die Anwendung des Gesetzes zu unterscheiden. Andere behaupten, daß der Richter sich nach der Auffassung der herrschenden Kulturschicht zu richten habe: aber das bedeutete, daß er sein eigenes Urteil den Meinungen anderer opfern müßte. Mithin ist das Richtigkeitsurteil etwas rein Subjektives und nicht näher bestimmbar. Auch die verbreitete Wendung, daß dabei die widerstreitenden Interessen der Parteien abzuwägen seien, ist nicht genau. Vielfach handelt es sich nicht sowohl um solche Interessen, als um Fragen der sittlichen Würdigung.

Die subjektive Natur des Richtigkeitsurteils hindert aber nicht, daß es von einer möglichst genauen Kenntnis des Lebens getragen sein soll. Hierzu gehört auch die Kenntnis der geschichtlichen Kultur-Entwicklung, sodaß die Geschichtsforschung hier noch in einem andern Sinn bedeutsam wird. Eine methodische Erkenntnis der gesellschaftlichen Vorgänge ist sicherlich auch wünschenswert, und diesem Ziele streben alle die recht verschiedenartigen Richtungen zu, die man Soziologie nennt. Mit diesem Namen pflegt man besonders die Richtung zu bezeichnen, die naturwissenschaftliche Gesetze auf die gesellschaftlichen Vorgänge anzuwenden sucht. Gerade das aber ist recht bedenklich, da der Stoff der Gesellschaftswissenschaft ein völlig anderer als der der Naturwissenschaft ist.

5.

Und wo bleibt nun die Auslegung aus dem logisch-systematischen Zusammenhang des Rechts? Radikale Neuerer leugnen ihre Berechtigung gänzlich. Aber sie er-

gibt sich aus folgendem: Wenn wir ein einzelnes Gesetz auslegen, so isolieren wir es künstlich aus der ganzen Masse des Rechts heraus. Dies Verfahren ist nicht wohl zu entbehren; aber die dabei gemachte Ungenauigkeit müssen wir wieder ausgleichen, indem wir auch das übrige Recht hernach wieder in Betracht ziehen. Man hat dagegen eingewendet, daß man nicht das eine Gesetz A aus dem andern B auslegen könne. Aber in Wahrheit ist es eben das zweite Gesetz B, dessen Gedanken hier mit angewendet werden. Deshalb läßt sich auch ein späteres Gesetz so heranziehen: so die in der neueren Gesetzgebung niedergelegten Gedanken der Gefährdungshaftung zur Auslegung des viel älteren Reichshaftpflichtgesetzes. Daher handelt es sich hier im Grunde auch gar nicht um eine Auslegung des ersten Gesetzes A: und in diesem Sinne kann man in der That die Zulässigkeit einer systematischen Auslegung leugnen. Was sie aber hauptsächlich so unbeliebt gemacht hat, ist der Mißbrauch, den man oft mit ihr getrieben. Man entnahm die heranzuziehenden Regeln oft nicht aus anderen geltenden Gesetzen, sondern aus früheren Rechten oder gar aus der eigenen Phantasie. Oder man zog Schlüsse aus den nur formalen Regeln des Gesetzes, die es lediglich zur Ordnung der Gedanken geformt hat: z. B. aus der sogenannten Regel, daß die Verjährung im Zweifel 30 Jahre beträgt — während dies in Wahrheit die Ausnahme bildet.

6.

Wortsinne, geschichtlicher Sinn und Billigkeit sind also die Mittel der Auslegung. Aber nun bleibt noch die Hauptfrage: welches ist ihr Kräfte-Verhältnis? Keins von ihnen darf allgemein den Vorrang beanspruchen. Gerade darin sahen wir ja die Einseitigkeit in den Hauptrichtungen des letzten Jahrhunderts, daß sie ein Moment allgemein

vor die andern gestellt haben. Aber wir können auch nicht auf jede Regel verzichten. Sonst bleibt die dringende Gefahr, daß die Richter je nach ihrer persönlichen Eigenart ganz verschieden urteilen, daß sie bald in Engherzigkeit stecken bleiben und bald in freier Willkür schweifen. Für beides haben wir auch neuestens starke Beispiele erlebt: Ein hohes Gericht erklärte die Unterschrift eines Testaments für ungültig, weil sie nicht völlig unterhalb des Textes, sondern in der Höhe der letzten Zeile stand. Anderseits ist die gesetzliche Vorschrift, daß das Testament ein Datum haben müsse, von neueren Schriftstellern dahin „ausgelegt“ worden, daß es nicht nötig sei, sondern auch durch Zeugen ersetzt werden könne. Gerade die Erhaltung der Rechtssicherheit gegenüber solcher uferlosen Willkür ist heute das wichtigste Problem. Man hat allerlei Regeln versucht, um hier eine feste Richtschnur zu geben: so, daß der Wortlaut des Gesetzes bindend sei — aber das ist zu engherzig — daß regelmäßig nur Randberichtigungen zulässig seien — aber das ist zu unbestimmt — und noch andere, recht verwickelte Klauseln. Meist pflegt man die Regel dahin zu fassen, daß der Richter das Gesetz nicht ändern dürfe: und zwar wird sie eigentümlicherweise gerade auch von mehreren Freirechtlern verteidigt. Aber sie ist nicht zu halten. Den Wortsinne kann man unmöglich für schlechthin maßgebend erklären: darin besteht ja jede bessere Auslegung, daß sie sich von ihm frei macht. Aber auch wo Wort- und geschichtlicher Sinn zusammen treffen, sind sie nicht stets bindend. So ist die Ehe eines Geisteskranken bis zur Nichtigkeitserklärung als gültig zu behandeln, trotzdem der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte für das Gegenteil sprechen. Diese Freiheit der Auslegung haben Wissenschaft und Rechtsprechung stets für sich in Anspruch genommen, und man darf sie ihnen

nicht verkümmern. Sonst kommt man eben dazu, die Billigkeitsprüfung ganz ins Hintertreffen zu drängen. Nicht richtig ist auch die alte Anschauung, daß man ein Gesetz eher ergänzen als abändern dürfe. Zwischen beidem ist überhaupt kein sachlicher Unterschied: jede Ergänzung ist eine Art Änderung. Nur wird es häufiger geschehen, daß ein Gesetz etwas ausläßt, als daß es etwas ganz unrichtiges sagt, und deshalb wird eine Ergänzung häufiger vorkommen.

So stehen wir immer noch vor der größten Schwierigkeit: wir können nicht ohne gesetzliche Regel auskommen und andererseits keine allgemein richtige Regel finden. Die Lösung des Rätsels liegt m. E. darin: wir müssen die besonderen Regeln beachten, die für das einzelne Gesetz gelten und seine Anwendung regeln. Solche Sondervorschriften, die natürlich den allgemeinen vorgehen, finden sich nicht selten ausdrücklich: so wenn ein Gesetz auf das Ermessen des Richters oder auf Treu und Glauben verweist. Aber noch viel wichtiger ist es, auch die Fülle von stillschweigenden Anwendungsnormen in den Gesetzen zu berücksichtigen. Das eine Gesetz gibt ziffermäßig bestimmte Angaben von Zahlen oder starre Formvorschriften, oder es ist, wie ein Stempelgesetz, in erster Linie für mittlere Beamte bestimmt: darin steckt die Anwendungsnorm, daß es streng ausgelegt werden soll. Daher ist sein Wortsinne maßgebend auch gegenüber dem geschichtlichen Sinn und der Billigkeit. Und zwar auch dann, wenn er auf einem offenbaren Versehen beruht — wie es erst kürzlich bei einem Nachtrag zur Zivilprozeßordnung vorgekommen ist. Andere Gesetze fordern nach ihrer Entstehungsgeschichte, etwa im Kulturkampf, ganz besonders eine geschichtliche Deutung. Andere empfehlen sich durch ihre dehnbare Fassung und ihren allgemeinen

Inhalt zur Prüfung der Richtigkeit. Alles das beruht auf der besonderen Anwendungsnorm des einzelnen Gesetzes. So wird der Rang der verschiedenen Auslegungsmittel zwar nicht durch eine allgemeingültige Regel, wohl aber durch eine Reihe einzelner Regeln bestimmt. Und dadurch wird es möglich, die notwendige Bindung des Richters mit der erforderlichen Freiheit zu vereinigen. So muß auf die Frage, ob der Richter unter Umständen gegen das Gesetz urteilen dürfe, die Antwort lauten: gegen die Sachnorm ja, gegen die Anwendungsnorm niemals. Bisher hat man diese besonderen Anwendungsregeln verkannt, teils weil sie so versteckt sind, vor allem aber weil man immer noch einer allgemein gültigen Methode auf der Suche war.

Und wodurch wollen wir alles dies beweisen? Das ist wieder nur aus unserem positiven Recht möglich. Wenn das Gerichtsverfassungsgesetz sagt, daß die Gerichte dem Gesetz unterworfen sind, so ist daraus doch soviel zu folgern, daß irgend welche Schranken bestehen: und zwar eben für den Inhalt der Entscheidung: denn es heißt dort, daß die Gerichte, nicht daß die Richter dem Gesetz unterworfen sind. Hätten sie ein völlig freies Ermessen, so hätte die ganze Vorschrift keinen Sinn. Zu demselben Ergebnis führt der Gedanke der Gewaltenteilung, der bis zu einem gewissen Grade unser Staatsrecht beherrscht. Vor allem aber ist es wieder das Gewohnheitsrecht, worauf sich jene Unterscheidung stützen läßt. Unsere deutschen Gerichte und unsere Wissenschaft haben sich, wie gesagt, seit jeher die Freiheit gewahrt, unter Umständen von der Sachnorm abzuweichen — aber sie haben sich anderseits fast immer streng an die Anwendungsnorm gehalten. Denn nichts anderes bedeutet doch die allgemein verbreitete Wendung, daß der Richter sich innerhalb der Schranken des Gesetzes halten müsse. Diese Grenze haben die deutschen Gerichte

nie übersprungen: vergeblich hat man sich bemüht, das Gegenteil zu belegen. Und ebenso ist man auch bei der Ergänzung lückenhafter Gesetze verfahren. Hier finden sich in den meisten Darstellungen recht unvermittelt und hart nebeneinander die Analogie und andererseits das argumentum e contrario, obwohl sich beide doch gegenseitig ausschließen. In der Tat sind auch hier die einzelnen Gesetze verschieden zu behandeln: es gibt solche, die erschöpfende Tabellen aufstellen und keine Ausdehnung zulassen. Auch hier haben sich Wissenschaft und Rechtsprechung stets an die Schranken des Gesetzes gehalten. Man hat also instinktiv überall die Anwendungsnormen beachtet — und unsere Aufgabe ist es nur, dieses unbewußte Verfahren in eine klare Denkform umzuwandeln.

7.

So leitet uns durch alle Schwierigkeiten hindurch unsere Auffassung, nach der alles Anwendungsrecht auf positiven Vorschriften beruht. Diese Auffassung ist aber auch schon deshalb nötig, weil wir auf anderem Wege überhaupt nicht zu irgend welchen Auslegungsregeln gelangen können. Zwar meint man — und dies dürfte sogar die herrschende Ansicht sein: weil unser Recht keine Auslegungsregeln enthalte, seien sie aus der Natur der Sache zu ergänzen. Aber dies beruht wieder auf der Anschauung, daß ein solches Ergänzungsverfahren überhaupt zulässig sei, wenn es an einem anzuwendenden Gesetz oder Gewohnheitsrecht fehlt: daß hier der rechtsleere Raum durch den Richter ausgefüllt werden dürfe. Diese Ansicht wird freilich fast von der gesamten Wissenschaft vertreten — nicht nur von Frei- und Naturrechtlern, sondern auch von positiven Juristen: ja, man hat sogar Savigny, den großen Umstürzer des Naturrechts, dahin verstanden, daß er ergän-

zend natürliches Recht zulassen wolle. Die Ergänzung will man theils aus dem Naturrecht, theils aus der Natur der Sache oder ähnlichen Begriffen vornehmen. Aber ich halte dies ganze Verfahren für unzulässig.

Wir müssen hier zunächst die Fälle ausscheiden, wo nur bei einer losgelösten Betrachtung des einzelnen Gesetzes eine Unvollständigkeit zu bestehen scheint, aber aus einem andern Gesetz oder Gewohnheitsrecht die Ergänzung erfolgen kann. So ist z. B. das örtliche Grenzrecht für Verträge gewohnheitsrechtlich geregelt und die Lücke, die man hier gewöhnlich annimmt, nicht vorhanden. Besonders oft wird ein Gerichtsgebrauch zu einem Gewohnheitsrecht führen. Und das kann heute, wo Entscheidungssammlungen, juristische Wochenschriften, Vorträge, Kongresse und Zeitungen das Tempo beschleunigen, recht schnell geschehen. Wenn man aber daraus schließt, daß das Gewohnheitsrecht heute durch ein Wissenschaftsrecht ersetzt worden sei, so ist das doch eine Übertreibung. Denn auch dies schnell gebildete Recht ist mit unter das Gewohnheitsrecht zu rechnen, wenn auch dieser Name hier freilich nicht gut paßt. — Weiter sind die Fälle auszuschneiden, wo das Gesetz absichtlich dem Richter einen weiten Spielraum läßt. In diesen beiden Fällen werden wir überhaupt nicht von einer Lücke reden dürfen, falls wir darunter eine bedauerliche Unvollständigkeit verstehen.

Diese wirklichen Lücken zerfallen nun wieder in zwei Arten. Entweder es ist eine Vorschrift vorhanden, die zu einer Entscheidung zwingt, aber über ihren Inhalt etwas ungewiß läßt: z. B. es ist eine Wahl vorgeschrieben, aber nicht gesagt, wie sie zu erfolgen hat. Das sind die von Zitelmann sogenannten echten Lücken. Hier bleibt dem Richter in der That nichts übrig als sie zu ergänzen — aber nicht nach Naturrecht, sondern durch Deutung des un-

klaren Gesetzes in der geschilderten Weise: also unter Beachtung der Billigkeit, aber auch des Wort- und geschichtlichen Sinns. In der Tat handelt es sich hier gar nicht um einen rechtsleeren Raum, sondern nur um eine undeutliche Rechtsnorm — nicht um eine Lücke im Recht, sondern nur im Gesetz.

Und nun bleiben endlich die Fälle, wo es wirklich an jeder Rechtsnorm fehlt. Hier ist das bedauerliche nicht (wie vorher) eine Undeutlichkeit, die dem Richter Verlegenheit bereitet, sondern eine sachliche Unrichtigkeit, die der rechtsfindenden Partei unbilligerweise etwas versagt. Das Gesetz ist völlig klar, aber unrichtig. Erste Frage: ist eine solche Lücke überhaupt denkbar? Man hat es geleugnet und behauptet, daß das Recht in sich geschlossen und notwendig lückenlos sei. Aber diese Auffassung ist irrig und, da sie doch noch einen rechtsleeren Raum vorbehält, widerspruchsvoll. übrigens ist sie nicht, wie die Freirechtler fortwährend versichern, eine Folgerung der herrschenden Anschauung, sondern gerade umgekehrt naturrechtlicher Art, da sie allgemeingültige Sätze über den Inhalt des Rechts aufzustellen unternimmt. Mit dieser ersten Frage wird oft die zweite ganz andre verwechselt: sind wir berechtigt, diese Richtigkeitsfehler auszufüllen? Hier-
auf darf die Antwort nur verneinend lauten.

Denn auch diese Frage kann nur nach dem positiven Recht entschieden werden. Nun sagt die erwähnte Vorschrift des Gerichtsverfassungsgesetzes sehr deutlich, daß die Gerichte nur dem Gesetz unterworfen sind. Damit ist zwar sicher auch das Gewohnheitsrecht mitgemeint, ganz sicher aber nicht das Naturrecht und derartiges. Vor allem aber hat wiederum auch die Rechtsprechung niemals eine solche Schöpfung aus dem Nichts geübt. Man darf sich nicht auf solche Fälle berufen, wo ein vorhandenes Gesetz über seinen

Wortlaut oder geschichtlichen Sinn hinaus ausgedehnt wird. Auch da nicht, wo es sich um neu auftauchende Lebensverhältnisse handelt, wie Luftschiffe und Handels- u-Boote. Denn auch hier sind immer doch schon Gesetze für verwandte Fälle vorhanden, die entsprechend angewendet werden können. Sondern man muß den Fall ernsthaft so setzen, daß überhaupt noch gar keine Norm vorhanden ist. Nehmen wir an, jetzt, wo die Entschädigungspflicht des Reichs für erlittene Kriegsschäden noch nicht gesetzlich festgelegt ist, klagte ein ostpreußischer Gutsbesitzer gegen das Reich auf Entschädigung. Der Richter hält den Anspruch für billig: darf er ihn lediglich deshalb bewilligen? Oder ein Verwaltungsgericht hielte es für sachgemäß, daß eine ständige Aufsicht über die Gesundheit zwangsweise durchgeführt würde. Kurz überall, wo ein ganz neuer willkürlicher Rechtsgedanke auftaucht: darf der Richter lediglich prüfen, ob er zweckmäßig ist und ihn einfach deshalb als geltendes Recht behandeln? Und wenn er es dürfte, so müßte er es auch tun: denn so weit sein Recht zur Ergänzung reicht, so weit auch seine Pflicht. Aber ein solches Verfahren ist wenigstens bei uns in Deutschland nicht rechtens. Unsere Gerichte haben stets nicht nur geprüft, was richtig, sondern auch was Recht sei, und sich vor der willkürlichen Erfindung von Rechtsätzen gehütet. In der Tat läge darin ein recht bedenklicher Freibrief, der die Sicherheit und Berechenbarkeit des Rechts schwer schädigen müßte. Auch ist, wie wir sahen, die Anwendungsnorm ein Zubehör der Sachnorm und ihrer rechtlichen Beschaffenheit unterworfen. Wo nun überhaupt keine sachliche Hauptnorm vorhanden ist, ist daher auch eine Anwendungsnorm unmöglich: wo kein Gesetz ist, kann niemand sagen, ob es freierer Auslegung zugänglich und ob dies aus Reichs- oder Landesrecht zu bestimmen sei.

Nach alledem dürfen wir die sogenannte Analogie nur insoweit zulassen, als sie den Inhalt vorhandener Gesetze, auf gleichartige Fälle anwendet. Sie ist dann freilich nicht mehr als eine besonders freie ausdehnende Auslegung: aber ein anderes ist dem Richter eben auch nicht gestattet. Allerdings wollen die meisten neben der Auslegung noch eine besondere Analogie zulassen, aber sie verstehen darunter recht verschiedenes: die einen eben jene Rechtsschöpfung, andere das Hinausgehen über den Wortlaut, andere nur die Ergänzung aus der systematischen Gleichheit, andere nur aus der Billigkeit. Demgegenüber halten wir daran fest: Es gibt nur ein Recht, das auf Gesetz und Gewohnheitsrecht beruht — und ebenso ist auch die Aufgabe des Richters einheitlich: er hat nur das Recht anzuwenden, nicht neues Recht zu finden. Und das läßt sich mit dem bisherigen, wonach der Richter die Anwendungsnormen einhalten muß, dahin zusammenfassen, daß der Richter an das Gesetz gebunden ist. Freilich nicht an seinen wörtlichen und geschichtlichen Inhalt — denn demgegenüber bildet sein Billigkeitsurteil einen selbständigen Prüfungsmaßstab. Die Mittel der Anwendung sind frei und mannigfaltig, aber das Ziel ist einheitlich, wie das Recht überhaupt. Nur so schützen wir unser Recht vor Willkür. Nur so entgehen wir dem Dualismus, der sich auch heute noch fortwährend ins Recht eindringt, und gelangen zu einer einheitlichen Rechtsordnung.

8.

Alles dies beruht auf deutschem positiven Recht, nicht auf Naturrecht oder allgemeingültiger Methode. Eine andere Frage, die man stets mit dieser vermengt hat, ist, ob es zweckmäßig sei. Gerade hiergegen richteten sich ja zunächst die Angriffe der Neuerer. Dennoch glaube ich, daß wir allen Anlaß haben, mit unserem Recht und unseren

Richtern zufrieden zu sein. Daß freie Auslegung herrschen soll, wird niemand bezweifeln, und unsere Richter werden ja dazu auch durch ihre Ausbildung in Geschichte, System und praktischer Thätigkeit befähigt. Auf der andern Seite ist es aber auch nötig, daß dem Richter durch die Anwendungsnormen feste Schranken gezogen werden: das fordert die Sicherheit des Rechts. Auch das subjektive Urtheil des Einzelnen kann ihn täuschen, selbst in Fragen, die ihm ganz nahe liegen. Hat doch kürzlich ein Kollege als Beispiel für Gesetzesauslegung behauptet, daß jedes Kolleg schon in seiner Schlußstunde auch vor dem allgemeinen Termin abtestiert werden dürfe — eine Entscheidung, die sicher irrig ist. Freilich kann es so kommen, daß der Richter gegen sein eigenes Gefühl entscheiden muß. Ein solcher Widerstreit wird einem warm empfindenden Richter schmerzlich sein, aber er muß dem Gesetz gehorchen. Man wende nicht ein, daß auch die Gesetze nur irdische Werke und daher dem Untergang geweiht sind. Auch Häuser sind nicht für die Ewigkeit gebaut, und dennoch läßt man sie nicht verfallen. Wenn sich in unserer Rechtsprechung Mißstände gezeigt haben, so lag es darin, daß einzelne Richter sich nicht genügend Freiheit gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes und den höheren Gerichten wahrten. Aber auch dies ist nicht so schlimm, wie es vielfach hingestellt wird. Auf volle Beseitigung läßt sich nur dadurch hinwirken, daß alle Juristen durch Ausbildung innerlich frei werden, geschult für die notwendigen Vorstellungs- und Willensakte. Beidem dient der Unterricht auf der Universität: sie will nicht nur eine Lernstätte, sondern auch eine Pflanzstätte gesunder Gesinnung sein. Dort sollen unsere Studenten lernen die schmale Linie zu finden, die die rechte Mitte zwischen Staatsgehorsam und persönlicher Freiheit hält. Darin, daß der Mensch als

Einzelner und als Glied des Ganzen wirkt, liegt ein schwerwiegender Gegensatz. Jeder muß sich mit ihm innerlich abfinden, aber nicht, wie es die extremen Politiker tun, die eine Seite zugunsten der andern unterdrücken. Ein leuchtendes Beispiel hierfür gibt uns unser Volk in diesen schweren Zeiten, vor allem in seinen Kriegern. Es vereint Staatsinn, den unsere Feinde Militarismus nennen, mit Freiheit des Denkens und Fühlens. Freiheit im Innenleben, Ordnung im Ganzen: das ist das rechte deutsche Wesen.

Unmerkungen.

- Zu C. 4, Z. 2 ff.: Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft III, 2, 252.
- Zu C. 5, Z. 2: Savigny, System 1, 223. 225. Freilich schränkt er dies an anderen Stellen ein, S. 212 ff., 225 ff. Aber auch in seinem „Grund des Gesetzes“ (S. 216 ff.) sind Zweckgedanken enthalten. Jedenfalls ist es völlig unberechtigt, wenn die Freirechtler sich bei ihrem Kampfe für freie Auslegung gerade gegen Savigny wenden; Manigt, Savigny und der Modernismus, S. 84 ff.
- Zu C. 5, Z. 7 von unten: Nur ganz selten findet sich eine Antwort auf diese Frage, so die Bemerkung bei Enneccerus Lehrbuch § 53, daß die Zulässigkeit der Analogie auf Gewohnheitsrecht zu stützen sei.
- Zu C. 5, Z. 4 von unten: So wird z. B. von Reichel, Gesetz und Richterspruch, S. 61 und den dort Genannten bezweifelt, ob das Gerichtsverfassungsgesetz überhaupt für die Auslegung maßgebende Bestimmungen treffen könne. S. 62 scheint Reichel ein Gewohnheitsrecht für möglich zu halten.
- Zu C. 7, Z. 4 ff.: Dies gegen Schneider, Treu und Glauben, Z. B. 45, 588 ff. und andere.
- Zu C. 7, Z. 11: Auch soweit diese Übung noch in die Zeit vor 1900 zurückreicht, ist dies Gewohnheitsrecht durch das B. G. B. nicht aufgehoben worden. Art. 55 E. G. bezieht sich nicht darauf, da er nur das anzuwendende Recht meint.
- Zu C. 7, Z. 17: Zu weit geht es, wenn man von einem Recht der Rechtsordnungen spricht (Affolter, Intertemporales Privatrecht, ähnlich Staudinger Kommentar Einleitung II). Denn ganz abweichenden Charakter haben die Vorschriften über die Voraussetzungen der Gesetze, z. B. die gesetzgebende Gewalt.
- Zu C. 7, Z. 17 ff.: Vgl. hierzu für das örtliche Grenzrecht Rahn, Dogm. Jahrb. 40, 54 und sein Zitat aus Miceli, Enneccerus a. a. O. § 59. Abweichend Bitelmann, Internationales Privatrecht 1, 198, 251.
- Zu C. 8, Z. 5: über und gegen diese „Ausdrucksstheorie“ Sed A. B. 112, 147 ff.

- Zu §. 8, §. 10: So Windscheid, Pandekten § 21, Enneccerus a. a. D. § 49 A. 3.
- Zu §. 8, §. 8 von unten: R. G. 81, 282. Dazu Sed a. a. D. 107 und Zitierte.
- Zu §. 9, §. 11: Reichel a. a. D. 75 bezeichnet sie als unentbehrliche Hilfskonstruktion — aber ohne es zu beweisen.
- Zu §. 9, §. 15: Ähnlich, aber doch mit manchen Abweichungen die f. g. „objektiv-historische Theorie“ von Sed a. a. D. 65 ff.
- Zu §. 9, §. 12 von unten: Sed a. a. D. 119 will auch die Benützung geheimer Akten zulassen.
- Zu §. 10, §. 15: Schmitt, Gesetz und Urteil, Lucas, Festgabe für Laband.
- Zu §. 10, §. 16: So besonders Reichel a. a. D. 85; vgl. 143 ff.
- Zu §. 10, §. 17: Danz, Auslegung, Richterrecht, Einführung.
- Zu §. 10, §. 14 von unten: So in der Tat Schloßmann, Irrtum, 33; Stampe, Freirechtswegung; Kohler, Lehrbuch 1, 125; Spiegel, Gesetz und Recht.
- Zu §. 10, §. 11 von unten: Unger, D. F. Z. 06, 781.
- Zu §. 10, §. 9 von unten: Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee.
- Zu §. 11, §. 4: Stammer, Theorie der Rechtswissenschaft; Wieland, Die historische und kritische Methode der Rechtswissenschaft.
- Zu §. 11, §. 13 von unten: Heinrich Maier: Psychologie des emotionalen Denkens, 677 ff.
- Zu §. 11, §. 9 von unten: Bülow, Gesetz und Richteramt, Recht 1906, 796; Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen 188, Jéni méthode d'interprétation. Brodmann, Dogm. Jahrb. 55, 281; Rumpf, Gesetz und Richter.
- Zu §. 13, §. 5: Binding, Handbuch 456/7; v. Tuhr, Allgemeiner Teil 37; Reichel a. a. D. 77 ff. und dort Zitierte.
- Zu §. 13, §. 12: Enneccerus a. a. D. §. 125; Sed a. a. D. §. 51 ff., 202; Reichel, a. a. D. §. 41.
- Zu §. 13, §. 17: So Wüstenböcker, A. 3. 110, 306.
- Zu §. 13, §. 10 von unten: Zum folgenden Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 9, 269 ff.

- Zu §. 14, §. 11 von unten: Allerdings ist in der Rechtsidee auch die Berücksichtigung des Interesses an der Rechtssicherheit enthalten (Jung, Problem des natürlichen Rechts, 100 ff.; Radbruch, Rechtsphilosophie 177 ff.) und eben deshalb kann sie auch zum Festhalten am Gesetze führen. Hier kommt es eben nicht zu einem Widerstreit zwischen Gesetzesinn und Richtigkeitsurteil.
- Zu §. 15, §. 5: Ähnlich Schneider *J. Z. P.* 45, 588 ff., der aber nur die Anwendung auf den einzelnen Fall meint.
- Zu §. 15, §. 7: Wüstenhörfner *N. Z. P.* 110, 219 ff. *Arch.-N. Z.* Phil. 9, 170 ff.; dagegen Heß *a. a. O.* 238 ff.
- Zu §. 15, §. 9: A. M. Reichel, *a. a. O.* 108.
- Zu §. 15, §. 5 von unten: Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 209 ff.
- Zu §. 17, §. 9: *R. G.* 26, A. 48.
- Zu §. 17, §. 13: Danz, *Recht* 17 Nr. 11; Wüstenhörfner *N. Z. P.* *a. a. O.* 327 ff.
- Zu §. 17, §. 17: Stampe, *Freirechtsbewegung* 28 und auch andere Freirechtler.
- Zu §. 17, §. 18: Heß, *a. a. O.* 206 ff.
- Zu §. 17, §. 20: J. B. Reichel, *a. a. O.* 130 ff.
- Zu §. 17, §. 11 von unten: Literatur bei Heß *a. a. O.* 197 ff.
- Zu §. 17, §. 3 von unten: Wolff, *Familienrecht* § 26. Ähnlich bei Zulassung der Eigentümer — Dienstbarkeit, Wolff, *Sachenr.* § 2, 108, bei der Frage nach der Richtigkeit des Testaments-Datums, *mein Erbrecht*, III D zu § 2231.
- Zu §. 18, §. 2: So selbst Reichel, 80, 81, obwohl er seine Methode als theologische bezeichnet. (130 ff.).
- Zu §. 18, §. 4 von unten: § 798 *J. P. O.*, vgl. Stein zu § 798.
- Zu §. 19, §. 11: Vereinzelt findet sich die Unterscheidung zwischen festem und dehnbarem Recht (insbesondere *Regelsberger Dogm. Jahrb.* 58, 146 ff., *Wetter D. Z. P.* 1912, 534 ff., Heß, 182 ff.); aber sie wird nicht auf gesetzliche Anwendungsnormen gestützt, also ohne Beweis gelassen.
- Zu §. 19, §. 16: § 1 *G. B. G.* Ähnlich die Preussische Verfassung, Art. 86.
- Zu §. 20, §. 2: J. B. Reichel, *a. a. O.* 148 ff.
- Zu §. 20, §. 11: Darauf beruht auch der bekannte Satz, daß prinzipwidriges Recht nicht zur Ausdehnung geeignet sei. — der freilich nicht genau ist.

- Zu S. 20, Z. 4 von unten: Insbesondere Bülow, Gesetz und Richteramt, Recht 06, 769 ff.; Enneccerus § 53; Unger, Z. f. öff. R., 31, 108 ff., D. Z. - Z., 06, 781; Ripp bei Windscheid, § 23; Rümelin, Windscheid, 26 ff.
- Zu S. 21, Z. 1: Manigt, Savigny und der Modernismus im Recht; vgl. dagegen Savigny System 290, wo er ausdrücklich die Ergänzung von Lücken aus dem Naturrecht verwirft. Die wissenschaftliche Theorie, auf die sich Savigny beruft, gilt ihm nur, insofern sie zu einem Gewohnheitsrecht geführt hat. S. 83 ff.
- Zu S. 21, Z. 3: Zitate bei Reichel a. a. D. 106 A. 2.
- Zu S. 21, Z. 10: Dies Gewohnheitsrecht ist nicht durch A. 55 E. G. aufgehoben, da es kein materielles Privatrecht ist, Staudinger, Einltg. II.
- Zu S. 21, Z. 16: So Sternberg, Einführung, § 13.
- Zu S. 22, Z. 11: Brinz, Krit. B. 15, 164; Zitelmann, Lücken im Recht; Staudinger, Einleitung VI.
- Zu S. 22, Z. 15: Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 372 ff.
- Zu S. 22, Z. 10 von unten: Richtig Staudinger, 26 ff. und die überwiegende Praxis — im Gegensatz zur Theorie.
- Zu S. 22, Z. 5 von unten: Dies folgt aus den §§ 12 E. Z. P. D., § 7 E. Str. Pr. D., § 2 E. R. D., die derselben Justizreform angehören. Vgl. Hellwig, Lehrbuch 1 § 37.
- Zu S. 23, Z. 2: Derart sind die von Reichel a. a. D. 118 ff. angeführten Fälle.
- Zu S. 23, Z. 14 von unten: Reichel, a. a. D. 130.
- Zu S. 24, Z. 11: Für das erste unter andern Enneccerus, für das zweite v. Tuhr, fürs dritte besonders Savigny, fürs letzte die Freirechtler.
- Zu S. 25, Z. 12: Reichel a. a. D. 117.