

Die Quellen des Rechts im Lichte der Gegenwart

Von Dr. Josef Schwering

Die tiefgehende Bewegung unserer Tage stellte die Gesetzgebung vor große dringliche Aufgaben. Auch Rechtsgebiete, die oft Jahrzehnte hindurch das Bild einer friedlichen Idylle boten, blieben nicht unberührt. Die große Aufgabe der Erneuerung des weiten Gebiets des bürgerlichen Rechts steht noch aus. Allgemein ist das Verlangen nach einem einfachen und volkstümlichen, dem Rechtsgefühl des Volkes entsprechenden Recht unter möglichster Ausmerzung fremder Bestandteile. Die Reform wird in weit höherem Grade als zur Zeit der Schöpfung des BGB. um die Wende des vorigen Jahrhunderts im Zeichen philosophischer Betrachtung stehen. Vor etwa zehn Jahren führte der Rechtslehrer Alfred Manigk in der Festschrift für Rudolf Stammler in seinem Beitrag über die Idee des Naturrechts aus, das Pandektenjahrhundert werde durch das Jahrhundert einer philosophischen Jurisprudenz abgelöst werden. Seitdem ist diese früher stark vernachlässigte Seite der Rechtswissenschaft immer mehr in den Vordergrund getreten; es sei hier aus der reichen Ernte des rechtsphilosophischen Schaffens nur hingewiesen auf die Werke von Emil Hölscher, *Sittliche Rechtslehre* (1928); Karl Petraschek, *System der Rechtsphilosophie* (1933); Karl Schmitt, *Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens* (1933); Karl Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2. Aufl. (1935). Überall regt sich das metaphysische Denken und damit auch das Erstarken ethisch-religiöser Richtungen.

An der Eingangspforte zum Neubau des bürgerlichen Rechts tritt uns die wissenschaftlich und praktisch gleich wichtige Frage entgegen, welche Mächte in Zukunft als Recht schaffend, also als Rechtsquellen anerkannt werden sollen, und in welchem Rangverhältnis sie untereinander stehen. Diese Fragen rühren an das Fundament der Rechtsordnung und laden daher im Hinblick auf die Reform zu einer näheren Untersuchung ein. Wegen ihres philosophischen Einschlags ragt ihre Bedeutung weit über den Bereich juristisch-technischer Betrachtung hinaus. Das ist lange Zeit verkannt worden. Die Lehre von den Rechtsquellen erschöpfte sich gewöhnlich mit der Feststellung, daß Gesetz und Gewohnheit als Rechtsquellen anzusehen seien, deren Voraussetzungen untersucht wurden. Die Frage, welche Mächte hinter den Rechtsquellen stehen und die Rechtsbildung bestimmen, wurde abgelehnt als außerhalb der Jurisprudenz liegend. Neuerdings hat sich auf diesem Gebiete eine lebhaftere Bewegung geltend gemacht. Rechtschaffende Kraft wird zahlreichen Elementen zugeschrieben, insbesondere der Analogie, der Natur der Sache, dem Rechtsgefühl, dem Naturrecht. Damit werden Fragen aufgeworfen, die in der Hauptsache nur aus der Rechtsphilosophie erschlossen werden können. Sie muß Auskunft darüber geben, von welchen Prinzipien das Recht und die Rechtsbildung beherrscht werden.

Ist die Rechtsphilosophie, wie heute kaum noch bezweifelt wird, ein Zweig der allgemeinen Philosophie, so muß sie ebenso wie diese auf den

Grundelementen des geistigen Vermögens des Menschen beruhen, auf dem Erkennen und Wollen. Logik und Erkenntnislehre untersuchen das Denken, die Moralphilosophie das Wollen und Sollen. Die Logik ist das unentbehrliche Rüstzeug für jede wissenschaftliche Arbeit, daher auch für die juristische. Sie ist das Instrument, womit der Jurist den Rechtsstoff ordnet, geistig durchdringt und die maßgebende Rechtsnorm auf ihn anwendet. Dennoch wird man Isay zustimmen, wenn er ausführt, es sei unmöglich, eine gerechte Entscheidung rein logisch aus der Rechtsnorm zu gewinnen, die Logik sei blind für den Gerechtigkeitwert¹.

Binder hat, wie er in seiner Philosophie des Rechts bezeugt, nach langem Ringen mit den Gedankengängen des Kritizismus erkannt, daß mit bloß verstandesmäßiger Begriffsbildung nicht bis zur Sphäre des Rechts vorzudringen ist².

Das Recht erschöpft sich nicht im formal-logischen Denken, der Kern seines Wesens liegt auf dem Gebiete des Zweckhaften, der Teleologie und der Ethik. Daraus erklärt es sich, daß die erkenntnistheoretischen Untersuchungen, die seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts unter dem Einfluß des Neukantianismus neu aufgenommen wurden, die Rechtsphilosophie nicht wesentlich bereichert haben, wenn sie auch dazu beigetragen haben, den Positivismus zurückzudrängen. Die hohe Bedeutung des Sittlichen für das Recht war auch Ihering, obgleich er zum Positivismus neigte, aufgegangen, als er sein großes Werk: „Der Zweck im Recht“, in Angriff nahm. Er fand, daß im Sittlichen die halbe Philosophie stecke. Mit dem Erwachen der Metaphysik in den letzten Jahrzehnten befestigte sich in weiteren Kreisen die Überzeugung, daß im Recht ethisch-sozialen Instanzen das letzte Wort gebührt. In zahlreichen Schriften wurde das Verhältnis von Recht und Moral, von positivem und natürlichem Recht untersucht. Im Vordergrund stand die Frage nach dem letzten, alle Erscheinungen des Rechts beherrschenden Grundprinzip.

I.

Überblickt man die rechtsphilosophische Literatur von den Griechen bis zur Gegenwart, so scheint weitaus vorwiegend die Gerechtigkeit als dieses Grundprinzip anerkannt zu sein. Den engen Zusammenhang zwischen Recht und Gerechtigkeit hatten schon Plato und Aristoteles erkannt. In den römischen Quellen (Ulpian) kommt das „*summum cuique tribuere*“ als Rechtsprinzip zum Ausdruck, es hat seinen Weg durch die ganze Kulturwelt genommen. Gleichlautende Stimmen könnten in großer Zahl aus alter und neuer Zeit beigebracht werden, einige wenige mögen hier genügen. Der Rechtsphilosoph Julius Stahl, der Vertreter der konservativen Staatsauffassung, hat in seiner großangelegten Philosophie des Rechts die Gerechtigkeit als die Idee bezeichnet, die dem gesamten Recht zur Grundlage dient und ihm das Siegel der Unverbrüchlichkeit erteilt³. Adolf Las-

¹ Isay, Rechtsnorm und Entscheidung (1929) 162.

² Binder, Philosophie des Rechts 84.

³ Jul. Stahl, Philosophie des Rechts II 244 ff.

son, der Anhänger Hegels, betrachtete das Gerechte als ein allgemeines Prinzip des Handelns in Bezug auf andere, weit über die Sphäre des Rechts hinausgehend⁴. In unsern Tagen bezeichnet der Rechtsphilosoph Binder die Gerechtigkeit schlechthin als die Idee des Rechts⁵. Auch Petraschek bezeichnet als Aufgabe des Rechts die Verwirklichung der objektiven Gerechtigkeit⁶.

So könnte es scheinen, es sei die Gerechtigkeit die ausschließliche Grundlage des Rechts. Dagegen erheben sich Bedenken. Die Göttin der Gerechtigkeit führt nicht nur das Schwert, sie hält auch die Waage. Die große Bedeutung der Billigkeit neben der Gerechtigkeit erhellt aus der Geschichte der Jurisprudenz bei allen Kulturvölkern von der *aequitas* der Römer bis zum Billigkeitsrecht der Gegenwart. Wie verhält sich grundsätzlich die Billigkeit zur Gerechtigkeit? Handelt es sich um einen innern Gegensatz oder um gegenseitige Ergänzung? Es ist erstaunlich, daß Aristoteles dieses Problem bereits entdeckt und in grundlegender Weise behandelt hat. Im 5. Buch der Nikomachischen Ethik führt er aus, das Gesetz müsse allgemeine Bestimmungen treffen, die auf den Durchschnitt der Lebensverhältnisse abgestellt seien, es komme aber vor, daß die allgemeine Bestimmung der besondern Lage des Falles nicht gerecht werde; und er fährt dann fort: „Das also ist das Wesen des Billigen, eine Ergänzung des Gesetzes zu bilden, wo dieses wegen seines Charakters als allgemeine Bestimmung unzulänglich ist.... Die Billigkeit ist eine Art der Gerechtigkeit und nicht eine von dieser verschiedene Denkungsart.“⁷ Der große Philosoph faßt also die Billigkeit nicht als einen Gegensatz zur Gerechtigkeit auf, sondern als eine Verbesserung im Sinne des wahren Rechts im einzelnen Falle. Darüber ist die Wissenschaft auch in der Gegenwart nicht hinausgekommen⁸. In der Praxis besteht kein Zweifel darüber, daß in vielen Fällen ohne Rücksicht auf die Billigkeit ein befriedigendes Ergebnis nicht zu erzielen ist. Neuere Gesetze haben den Billigkeitsgedanken dadurch gefördert, daß sie bei verschiedenen Rechtsverhältnissen, insbesondere beim Schadenersatz, dem Ermessen des Richters innerhalb gewisser Grenzen freien Spielraum lassen (vgl. z. B. §§ 829 847 BGB.). Im Strafrecht erfüllen in dieser Beziehung die „mildernden Umstände“ eine wichtige Funktion. Das strenge Recht muß walten und oft schwere Wunden schlagen, die Billigkeit darf das Recht nicht durchkreuzen, aber im Einzelfall kann sie die Heilung beschleunigen.

Beherrschen nun Gerechtigkeit und Billigkeit das ganze Recht? Es ruht noch auf andern Pfeilern. Wäre nicht ein Rechtssystem sehr unvollkommen, das keinen Raum hätte für die Treupflicht? Daß Treu und Glauben gewissermaßen den Kern des gesamten Rechtsverkehrs bilden, ist vom römischen Recht bis zur Gegenwart überall anerkannt, wohl nirgends in dem Maße wie auf deutschem Boden. In den Rechtsbüchern des

⁴ Ad. Lasson, Rechtsphilosophie 228.

⁵ Jul. Binder, Philosophie des Rechts 392.

⁶ Petraschek, System der Rechtsphilosophie 84.

⁷ Ad. Lasson, Die Nikomachische Ethik des Aristoteles 118.

⁸ Vgl. Binder a. a. O. 405.

Mittelalters erscheinen Ehre und Treue in der engsten Verbindung: Der Ehrlose wird treulos, weil „alle ere van truwe kumpt“. Das Lehnrecht beruhte auf dem Band wechselseitiger Treue, das sich um den Lehnsherrn und den Lehnsmann schlang. Das gewaltige Nibelungenlied ist das Hohelied deutscher Treue. Selbst die Missetaten der Helden fließen aus der Treue, zu der sie sich verpflichtet fühlten. Treue zum Vaterlande und zum Volke, Treue der Ehegatten und der Verwandten untereinander gehören zu den wichtigsten sittlichen und rechtlichen Grundlagen der Volksgemeinschaft. Bekanntlich ist auch in der Praxis des bürgerlichen Rechts der Gedanke von Treu und Glauben immer mehr in den Vordergrund getreten, er ist geradezu das oberste Gesetz im Rechtsverkehr geworden.

So hoch man die Treupflicht im Rechtsverkehr bewerten mag, so sind doch auch mit ihr die sittlichen Forderungen, die im Recht Ausdruck finden müssen, nicht erschöpft, sie sind überhaupt nicht zu erschöpfen. Alle Handlungen der Menschen, auch ihre Gedanken und Gesinnungen, alle Beziehungen der Menschen untereinander werden vom Sittengesetz beherrscht. Das gilt namentlich auch für das Verhältnis des einzelnen Menschen zu den höheren Gemeinschaften, von der Familie bis zum Staate. Kein Geringerer als Bismarck hat diesen Gedanken in seiner großen Reichstagsrede vom 9. Januar 1882, zu der Zeit, als er die Grundlagen für den Bau der sozialpolitischen Gesetzgebung legte, in geradezu klassischer Weise vertreten. Wenn der Staat, so führte er aus, auch Wohlfahrtszwecke in den Kreis seiner Aufgaben einbeziehe, so sei das Betätigung der christlichen Sittenlehre auf dem Gebiete der Nächstenliebe; dann fuhr er fort: „Diejenigen, die an die Offenbarungen des Christentums nicht mehr glauben, möchte ich daran erinnern, daß doch die ganzen Begriffe von Moral, Ehre und Pflichtgefühl, nach denen sie ihre andern Handlungen in dieser Welt einrichten, wesentlich nur die fossilen Überreste des Christentums ihrer Väter sind, die unsere sittliche Richtung, unser Rechts- und Ehrgefühl noch heute, manchem Ungläubigen unbekannt, bestimmen, wenn er auch die Quelle vergessen hat, aus der unsere heutigen Begriffe von Zivilisation und Pflicht geflossen sind. Ich sehe daher nicht ein, mit welchem Recht wir für unsere gesamten Privathandlungen die Gebote des Christentums, lebendig oder fossil, anerkennen und sie gerade bei den wichtigsten Handlungen, bei der Teilnahme an der Gesetzgebung eines Landes von 45 Millionen, in den Hintergrund schieben wollen...“

Mit dieser Gesetzgebung war grundsätzlich der Bruch mit der individualistischen Staatsauffassung des 18. Jahrhunderts vollzogen, wonach der Staat seine Aufgabe auf den Rechtsschutz und die Rechtssicherheit zu beschränken habe. Seitdem hat der Staat bekanntlich in wachsendem Maße die Förderung von Kultur- und Wohlfahrtszwecken angestrebt. Von besonderem Interesse ist es, daß Bismarck in der erwähnten Rede die Forderungen des Sittengesetzes in die engste Verbindung mit der geoffenbarten Religion bringt. Der große Staatsmann stand auf dem Boden der christlichen Philosophie, die hier kein Schwanken kennt: Das Sittengesetz ist das göttliche, unwandelbare, dem Menschen „ins Herz geschriebene

Gesetz“, das in der Religion, dem Glauben an Gott, seine unentbehrliche Grundlage hat. Sicherlich würden ohne die Offenbarung manche Wahrheiten nicht erkannt, jedenfalls nicht zum Gemeingut der Kulturwelt geworden sein. Es sei nur daran erinnert, daß sogar der weise Stagirite die Beseitigung der Sklaverei erst von der Zeit erwartete, wo das Weber-schiffchen von selbst webe und der Zitherschlägel von selbst musiziere.

Über das Verhältnis des Sittengesetzes zur Religion und zum Recht, des natürlichen Rechts zum positiven Recht herrscht bekanntlich in der neueren Philosophie ein großer Wirrwarr von Meinungen. Das vorliegende Thema erheischt nicht ein Eingehen auf die zahlreichen Streitfragen, die hiermit zusammenhängen. Das Verhältnis zwischen dem natürlichen und dem positiven Recht wird noch kurz berührt werden müssen. Im übrigen dürften die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß die herrschende Meinung, wonach die Gerechtigkeit die ausschließliche Grundlage des Rechts sein soll, erheblichen Bedenken unterliegt. Das ganze Sittengesetz ist diese Grundlage, soweit es sich mit seinen Forderungen an das Zusammenleben der Menschen wendet. Die letzte Quelle dieser Forderungen ist das Naturrecht, das ideale, über jeder positiven Satzung stehende Recht.

II.

1. Gesetz und Gewohnheitsrecht gelten von jeher als recht-schaffende Mächte. Ihre tatsächliche Bedeutung hat sich im Laufe der geschichtlichen Entwicklung sehr verschieden gestaltet. Es hat Zeiten gegeben, wo die Gewohnheit das Gesetz fast völlig zu verdrängen schien und umgekehrt. Ein vergleichender Blick auf die Art der Rechtsbildung in deutschen Landen vom Mittelalter bis zur Gegenwart läßt erkennen, wie sehr die Rechtsbildung von der politischen Entwicklung abhängig ist. Die locker gefügte Völkerfamilie des Mittelalters war ein sehr ergiebiger Boden für gewohnheitsrechtliche Bildungen, die gesetzgebende Gewalt war dagegen nur schwach entwickelt. Ganz anders gestaltete sich die Lage seit der Entstehung größerer Staaten mit ausgebildeter Zentralgewalt. Jetzt entstanden nach und nach die großen Kodifikationen der letzten Jahrhunderte, die eine einheitliche und möglichst erschöpfende Ordnung des gesamten Rechtsstoffs für alle Volksgenossen anstrebten, insbesondere das preußische ALR., der Code Civil und das österreichische Allg. BGB. Die Kodifikationen verhielten sich, wie es ihrem Grundgedanken, der Zusammenfassung des gesamten Rechtsstoffs, entsprach, gegen das Gewohnheitsrecht grundsätzlich ablehnend. Wenn sie es nicht vollständig ausschlossen, ließen sie es nur so weit zu, als das Gesetz selbst darauf verwies. So lebte das Gewohnheitsrecht gewissermaßen nur von der Gnade des Gesetzgebers.

Auch nach dem ersten Entwurf des BGB. sollte das Gewohnheitsrecht nur mit der gedachten Einschränkung Platz greifen. Der Vorschlag erfuhr aber scharfen Widerspruch und wurde gestrichen. Damit ist die Gewohnheit grundsätzlich als eine dem Gesetz ebenbürtige Rechtsquelle anerkannt. Da sich aber nach der Verfassung nur allgemeine, das ganze

Reichsgebiet beherrschende Gewohnheiten gegen ein Reichsgesetz durchsetzen können, ist die praktische Bedeutung des Gewohnheitsrechts stark eingeschränkt. Das ist nicht zu bedauern, dieser Zustand entspricht der erreichten Kulturstufe. Das Gewohnheitsrecht hat vor dem Gesetz allerdings den Vorzug, daß sich in ihm die Überzeugungen und Erfahrungen bestimmter Volkskreise unmittelbar widerspiegeln, was für das Gesetz nicht immer zutrifft. Die Feststellung des Inhalts des Gewohnheitsrechts stößt aber häufig auf Schwierigkeiten; „Unbestimmtheit ist das unvermeidbare Muttermal der meisten konkreten Gewohnheitsrechte“ (Ihering). Es wäre jedenfalls nicht zu ertragen, daß die mühsam errungene Rechtseinheit im Reiche durch widerstreitende Gewohnheiten der Länder gefährdet würde.

Manche schreiben auch dem Gerichtsgebrauch und der Wissenschaft (*communis opinio doctorum*) die Kraft eines Gewohnheitsrechts zu. Es ist möglich, daß eine lange Zeit bestehende gleichmäßige Rechtsprechung der höheren Gerichte oder in der Wissenschaft allgemein gebilligte Rechtsgrundsätze zum Gewohnheitsrecht erstarken, doch kann hier der Schein trügen. Es kommt vor, daß höhere Gerichte, auch das Reichsgericht, eine von ihnen jahrelang geübte Rechtsprechung nachträglich doch wieder umstoßen und den Gerichtsgebrauch in andere Bahnen lenken.

2. Gesetzgeber und Richter. Mit der Zurückdrängung des Gewohnheitsrechts war die Macht des Gesetzgebers sehr gewachsen. Das lag auch im Zuge der Zeit und entsprach verbreiteten Anschauungen. „Der Staat ist wie der berufene, so auch der einzige Inhaber der sozialen Zwangsgewalt, er ist die einzige Quelle des Rechts.“ So Ihering in seinem „Zweck im Recht“. Den gleichen Gedanken spricht der Staatsrechtslehrer Jellinek in seinem „Recht des modernen Staates“ mit den Worten aus: „Im Staate ist stets eine Tendenz vorhanden, alle Machtmittel untergeordneter Verbände in sich aufzusaugen, und der so entstehende Prozeß endet damit, daß der Staat zum alleinigen Inhaber der Herrschergewalt wird... Endlich wird es des Staates Recht, alles innerhalb seiner Grenze geltende Recht zu regulieren, so daß im modernen Staate alles Recht in staatlich geschaffenes und staatlich zugelassenes Recht zerfällt.“ Das sind Grundsätze, die einen polaren Gegensatz darstellen zum Naturrecht, das den Anspruch erhebt, über jeder menschlichen Satzung zu stehen.

Es meldete sich aber auch bald der Widerspruch aus den Kreisen der juristischen Theoretiker und namentlich der Praktiker. Die Lehre, wonach das Gesetz die einzige Rechtsquelle sei, mußte notwendig in die Auffassung münden, daß alles Recht im Gesetz beschlossen liege (das Dogma von der Lückenlosigkeit des Gesetzes). Diese Lehre, die zeitweise der sog. Begriffs- und Konstruktions-Jurisprudenz Vorschub geleistet hat, kann als überwunden gelten. Allgemein wird heute angenommen, daß es ein lückenloses Gesetz nicht geben kann, da kein Gesetz die unendliche Fülle des Lebens zu erschöpfen vermag; lückenlos aber ist das Recht.

Über die Frage, in welcher Weise Gesetzeslücken auszufüllen sind, gehen die Ansichten auseinander. Man wird annehmen müssen, daß die Lücken zunächst aus dem Zweck des Gesetzes zu ergänzen sind, denn

die Lückenergänzung ist ein teleologisches Problem. Führt das nicht zum Ziel, so ist nach verbreiteter Auffassung zunächst auf die Analogie und die Natur der Sache zurückzugreifen. Unter Analogie versteht man die Anwendung eines für gewisse Verhältnisse bestimmten Rechtssatzes auf verwandte Verhältnisse. Darin soll eine Rechtsschöpfung, also eine besondere Rechtsquelle liegen. In Wahrheit handelt es sich aber nicht um Rechtsschöpfung, sondern um Anwendung des Gesetzes im Wege der Auslegung im weiteren Sinne⁹. Die Frage ist nicht von großer praktischer Bedeutung. Auch die Theoretiker, die in der Analogie eine besondere Rechtsschöpfung erblicken, lassen durchweg die entsprechende Rechtsanwendung nur zu, wenn sie im einzelnen Falle zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Damit ist unbefriedigender Konstruktionsjurisprudenz, wozu die Handhabung der Analogie nicht selten Anlaß gab, die Spitze abgebrochen. Übrigens wird oft zweifelhaft sein, ob überhaupt im Einzelfall ein rechtsähnliches Verhältnis vorliegt. Nur eine ständige Rechtsprechung könnte dann neues Recht schaffen.

Auch die Natur der Sache wird von manchen zu den rechtschaffenden Mächten gerechnet. Über diesen Begriff herrscht große Meinungsverschiedenheit und Unklarheit. Dernburg kennzeichnet in seinen Pandekten und in seinem Bürgerlichen Recht die Natur der Sache als die den Lebensverhältnissen innewohnende Ordnung. Der Germanist Beseler erblickt darin das die Rechtsverhältnisse naturgemäß beherrschende Prinzip. Er fügt aber hinzu, die Natur der Sache sei an sich noch keine Rechtsquelle, sondern nur die tatsächliche Voraussetzung derselben (System des deutschen Privatrechts S. 81 82). Reichel erklärt in seiner Schrift: „Gesetz und Richterspruch“ S. 110: „Natur der Sache ist nichts anderes als das nach der Sachlage Natürliche, d. h. das derzeit Richtige, Gerechte, Kultur-gemäße, Heilsame.“ Es handelt sich also um einen Sammelbegriff, dessen Inhalt alles mögliche, rein geistige und ethische Elemente decken soll. Schon Windscheid hat die Natur der Sache als einen nicht mit Unrecht verschrieenen Ausdruck bezeichnet. Als Rechtsquelle kann ein so vieldeutiges Gebilde nicht gelten. Verschiedene Autoren der neueren Zeit, unter andern Binder und Petraschek, erwähnen die Natur der Sache als Rechtsquelle überhaupt nicht. Auch die Entwürfe zum BGB. kannten sie als solche nicht.

3. Rechtsgefühl und Naturrecht. Was soll geschehen, wenn das Gesetz versagt, ein Gewohnheitsrecht nicht ausgebildet ist und sonstige Hilfsmittel nicht zu Gebote stehen? Es bleibt nur übrig, daß der Richter in die Lücke tritt. Das ist die naturgemäße Lösung, sie findet auch ihre Bestätigung in der geschichtlichen Entwicklung. Die römischen Juristen entschieden gegebenenfalls *ex bono et aequo*, die Schöffen des Mittelalters nach ihrem Ermessen, wie sie es glaubten vor Gott verantworten zu können¹⁰. Der berühmte Art. 1 des Schweizerischen ZGB. ermächtigt den Richter in solchem Falle, nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Das Reichsgericht hat nach dem

⁹ Binder a. a. O. 994.

¹⁰ Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 84.

Kriege in grundlegenden Entscheidungen ausgesprochen, daß die Machtvollkommenheit des Richters an die Stelle des Gesetzgebers treten müsse, wenn dieser versagt¹¹. Von jeher stand die auctoritas des Richters neben der maiestas des Gesetzgebers.

Es erhebt sich aber die wichtige Frage, worauf der Richter in Ermangelung einer bestimmten Rechtsnorm seine Entscheidung stützen soll. Neuerdings wird mit Nachdruck auf das Rechtsgefühl als Leitstern der richterlichen Entscheidung hingewiesen, insbesondere von Isay in seiner Schrift: „Rechtsnorm und Entscheidung“. Er bemerkt zutreffend, das Rechtsgefühl sei dem Menschen angeboren. Das Rechtsgefühl ist der Wegweiser zum wahren, natürlichen Recht. Wie dem Menschen das allgemeine Sittengesetz ins Herz geschrieben ist und ihm sein Verhalten im Verkehr mit andern Menschen vorschreibt, so ist ihm auch bis zu einem gewissen Grade die Einsicht eingeboren, was beim Widerstreit der Interessen im einzelnen Falle als Ausgleich zu gelten hat. Der römische Jurist Celsus hat das Recht die *ars boni et aequi* genannt. Es ist eine hohe Kunst, die sorgfältiger Ausbildung und Pflege bedarf. Isay hat in seiner genannten Schrift eine Reihe von bedeutenden Juristen genannt, unter andern die Reichsgerichtsräte Otto Bähr und Düringer, die bezeugen, daß sie auch in schwierigen Rechtssachen nach Vortrag des Sachverhalts ohne weitere juristische Prüfung regelmäßig intuitiv die Entscheidung getroffen hätten, die bei nachträglicher genauer Beratung als zutreffend bestätigt worden sei. Ähnliche Erfahrungen machen viele Juristen in ihrer praktischen Berufsarbeit.

Dabei bleibt aber bestehen, was auch Isay nicht verkennt, daß nicht selten auf manchen Gebieten tatsächlich und rechtlich sehr verwickelte Rechtssachen auftauchen, die auch bei sehr ausgebildetem Rechtsgefühl nicht auf diesem Wege zu meistern sind. Es bleibt eine Forderung der Rechtssicherheit, einen Maßstab für die richterliche Entscheidung zu finden, der sich über die Subjektivität des Gefühls erhebt¹². Der § 1 des 1. Entwurfs des BGB. hat bereits die richtige Lösung gefunden. Es heißt dort: „In Ermangelung solcher Vorschriften (Gesetz oder Analogie) sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend.“ Das badische LR. von 1809 Satz 4a und das österreichische Allg. BGB. von 1811 § 7 waren demgemäß auf dem richtigen Wege, wenn sie für diesen Fall auf die natürlichen Rechtsgrundsätze zurückgriffen. Versagt das positive Recht, so kann nur das natürliche Recht aushelfen. Die Motive zum 1. Entwurf des BGB. lehnen das Naturrecht schroff ab, die Begründung ergibt auch, weshalb das geschah. Es heißt dort Bd. I S. 17: „Die Berücksichtigung der Natur der Sache ist nicht ausgeschlossen, aber die Entscheidung darf nicht aus Momenten genommen werden, welche außerhalb des positiven Rechtes liegen.“ Kurz vorher (S. 16) war

¹¹ Vgl. Urteil des RG. vom 26. Mai 1922 in J.W. 1922 S. 910 und Bd. 107 der Entsch. des RG. S. 78 ff.

¹² Vgl. Binder a. a. O. 775 unter Hinweis auf den Standpunkt Hegels in seiner Rechtsphilosophie. Dabei darf aber die hohe Bedeutung des Rechtsgefühls für die Rechtsfindung nicht verkannt werden.

das Naturrecht abgelehnt als „ein durch aprioristische Konstruktion gefundenes Recht“.

Diese Sätze ergeben klar, daß die Verfasser des BGB. vollständig im Banne der damals vorherrschenden positivistischen Lehre standen. Das Credo dieser Richtung gipfelte in den Worten Bergbohms: „Ein Naturrecht statuiert jeder, der die Existenz von Rechtsnormen (Rechtsprinzipien, Dogmen, Sätzen) behauptet oder stillschweigend voraussetzt, die nicht notwendig dem positiven Recht angehören...“¹³ Das war die empirische Rechtslehre, die schon Kant in seinen „Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre“ mit dem hölzernen Kopf in Phädrus' Fabel verglichen hat, „ein Kopf, der schön sein mag, nur schade, daß er kein Gehirn hat“. Seit Jahrzehnten ist die positivistische Lehre durch die Rechtsmetaphysik und Ethik stark zurückgedrängt worden. Die moderne Rechtsphilosophie zeigt zwar eine Fülle widerstreitender Meinungen, aber es dürfte, namentlich nach den Untersuchungen Binders, kaum noch in Zweifel gezogen werden, daß der Rechtsbegriff nicht nur empirischer Natur ist, sondern auch apriorische Elemente enthält.

Auch was Binder am Schluß seiner großen „Philosophie des Rechts“ als seine Grundauffassung kundgibt, die geschichtliche Welt des Rechts erscheine ihm als eine Provinz der sittlichen Welt, wird weithin Zustimmung finden. Er begegnet sich hier mit Cathrein, dem angesehenen Vertreter des sog. alten Naturrechts, der in seinem Werke: „Recht, Naturrecht und positives Recht“, das Recht als einen wesentlichen Bestandteil der sittlichen Weltordnung bezeichnet. Dennoch ist die Kluft, welche das Naturrecht von der modernen Rechtsphilosophie trennt, noch keineswegs geschlossen. Das zeigt sich auch in der Frage der Lückenausfüllung. Die sog. alte Naturrechtslehre hat stets daran festgehalten, daß ihre Sätze geltendes Recht darstellen. Das wird von ihren Gegnern für eine *contradictio in adiecto* erklärt. Es gebe nur — das sei der berechtigte Kern des Naturrechts — als Vernunftforderung die Rechtsidee, die das Richtmaß, das Beurteilungsmittel für das positive Recht darstelle. Das Naturrecht ist aber mehr als ein idealer Wertmesser für das positive Recht.

Werfen wir einen vergleichenden Blick auf die Rechtssysteme der Kulturvölker, so treten uns neben recht verschiedener Ausgestaltung im einzelnen auch gemeinsame Züge entgegen. Schon Hugo Grotius, der sich um die Grundlegung des Völkerrechtes verdient gemacht hat, hatte erkannt und in seinem Werke: „*De iure belli ac pacis*“, ausgesprochen, daß sich bei den Völkern teils natürliche und daher überall gleiche Rechtsätze fänden, teils nach dem Bedürfnis des einzelnen Landes verschieden ausgebautes Recht¹⁴. Der Grundsatz, daß jedem das Seine zu geben ist, daß Verträge zu halten sind und andere mehr gelten überall zeitlos. Ohne eine nähere Ausgestaltung dieser Grundsätze im Rechtssystem wäre eine geordnete Rechtspflege und damit ein gesichertes Zusammenleben der Menschen in Staat und Gesellschaft nicht zu erzielen. Das natürliche

¹³ Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 132.

¹⁴ Manigk a. a. O. 3.

Recht und das positive Recht gehören notwendig zusammen zum Aufbau der Rechtsordnung. Im Laufe der Zeit vollzieht sich eine Positivierung des Naturrechts im Rahmen des geltenden Rechts. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze liegen den großen Kodifikationen teils ausdrücklich, teils stillschweigend zu Grunde. Das ist das Ewige im Recht. Aber die Kultur und damit das Recht stehen nicht still, sie sind stets in der Fortbildung begriffen, was heute gilt, kann morgen in den Staub gestoßen werden. Das ist das ständig Wechselnde im Recht. Was sich aber nach Zeit, Ort und Kulturzuständen ändert, das sind nicht die allgemeinen Rechtsgrundsätze, sondern deren Anwendung auf die gewandelten Lebensverhältnisse. Der Arbeitslohn, der Kaufpreis sollen gerecht sein, was aber vor Jahren als ein *iustum pretium* erschien, kann heute ganz unangemessen sein. Man hat das Naturrecht gekennzeichnet als die Gesamtheit der Forderungen, die eine im Laufe der Zeiten veränderte Gesellschaft oder einzelne Gesellschaftsklassen an die rechtsschöpfenden Mächte stellen (Jellinek). Diese Begriffsbestimmung ist nicht erschöpfend, denn sie läßt die feststehenden allgemeinen Grundsätze, die überall dem positiven Recht der Kulturvölker zu Grunde liegen, außer Ansatz. Dem sog. alten Naturrecht wird sie aber auch insoweit nicht gerecht, als sie nicht erkennen läßt, daß es sich um Forderungen an die rechtschaffenden Mächte handeln muß, die das höhere ethische Recht auf ihrer Seite haben.

Der Kampf um das Recht, wie es ist, und dem, wie es sein sollte, durchzieht die ganze Rechtsgeschichte. Nicht selten haben aber im Laufe der Zeit Verblendung, Leidenschaft oder auch böser Wille im Namen des Naturrechts zu Forderungen geführt, die vor der Vernunft und Ethik gar nicht zu rechtfertigen waren. Das ist ein Mißbrauch des Naturrechts, wie es sich im Sinne der christlichen Weltanschauung darstellt. Betrachtet man aber die Kulturentwicklung in christlicher Zeit in ihren großen Zügen, so läßt sich nicht verkennen, daß die christliche Ethik sich stärker erwiesen hat als die widerstrebenden Elemente. Unter dieser Sonne haben sich im Laufe der Zeit Blüten der Kultur entfaltet, die sich auf manchen Gebieten, insbesondere im Sozial- und Fürsorgerecht, im Familien- und Eherecht, im Verhältnis des Staatsbürgers zum Staate, mehr oder weniger den Idealen christlicher Weltanschauung nähern. Es sei hier nur noch an das Wort Iherings erinnert: „Der eine Satz, daß der Mensch als solcher Rechtssubjekt ist — ein Satz, zu dem sich das römische Recht nie erhoben hat —, wiegt für die Menschheit mehr als alle Triumphe der Industrie.“¹⁵ So erscheint die christliche Ethik als das normative Element unserer gesamten Kulturentwicklung. Man mag das natürliche Recht als einen mächtigen Hebel der fortschreitenden Rechtsentwicklung und daher als eine Rechtsquelle bezeichnen, in Wahrheit ist es mehr, es ist das aus dem Sittengesetz entspringende Lebenselement des positiven Rechts, das mit den Rechtsquellen nicht in Vergleich zu stellen ist.

¹⁵ Ihering, Geist des röm. Rechts I 100.