Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 46 (1927)

Heft: 2

Artikel: Imperative und autonome Rechtsauffassung

Autor: Germann, O.A.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895989

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 16.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Imperative und autonome Rechtsauffassung.

Von Privatdozent Dr. O. A. GERMANN, Bern.

Vorgängig einer systematischen Arbeit über juristische Methodenlehre möchte ich einen einzelnen Gedanken, der mir hiefür von wesentlicher Bedeutung zu sein scheint und auch auf eine Reihe anderer Fragen der juristischen Theorie und Praxis ein neues Licht zu werfen verspricht, der öffentlichen Diskussion unterbreiten. Ich bin zu der Überzeugung gekommen, dass grundsätzlich verschiedene Rechtsauffassungen bestehen und dass mehrere gerade der bedeutendsten Kontroversen unserer Zeit, über Auslegung und freie Rechtsfindung, über die künftige Ausgestaltung des Rechts, die Staatsaufgaben usw., darauf zurückzuführen sind. Gewiss war man sich längst bewusst, dass der Inhalt des Rechts nicht immer und überall derselbe ist; aber dass zuweilen auch in der Struktur des Rechts, in seinem innersten Wesen eine durchgreifende Wandlung sich vollzieht, übersieht man leicht, und darin liegt wohl der tiefere Grund, weshalb über die wichtigsten Fragen der Rechtsbildung und Rechtsanwendung die Ansichten oft unversöhnlich auseinandergehen: der Gesichtspunkt ist verschieden, und so spricht man aneinander vorbei.

Die gegenwärtig ziemlich allgemein verbreitete Rechtsauffassung möchte ich als imperative Auffassung bezeichnen. Sie ist vielleicht nirgends restlos vorhanden; aber der grundsätzliche Standpunkt, der in der Praxis und vor allem auch in der Rechtswissenschaft vorwiegt, entspricht dieser „imperativen" Auffassung, die ich zunächst, wenigstens in grossen Zügen, hier charakterisieren möchte.

Nach imperativer Auffassung ist das Recht ein obrigkeitlicher Befehl. Seine Geltung stützt sich auf die

Macht, die Zwangsgewalt des Staates. Der Staat erscheint als der Träger alles Rechts.

Die typische Form, in der nach dieser Auffassung das Recht zum Ausdruck kommt, ist das Gesetz; wozu auch z. B. die Verordnungen, kurz alle allgemeinen Vorschriften zuständiger Behörden zu rechnen sind. Dem Gewohnheitsrecht wird nur abgeleitete Geltungskraft zuerkannt: es gilt als stillschweigend vom Gesetz genehmigt (sofern dieses nicht etwa gar eine ausdrückliche Genehmigung enthält, wie Art. 1 des schweiz. ZGB).

Die imperative Auffassung bestimmte die Gestaltung des Rechts im Lauf der Geschichte in verschiedener Weise und verschiedenem Masse. Schon im Altertum war sie jedenfalls häufig; vielleicht bildete das Recht der asiatischen Despotien ihre reinste Ausprägung. Mit dem Beginn der Neuzeit finden wir sie in der für diese Epoche typischen Form des aufgeklärten Absolutismus, zunächst bei den Fürsten der italienischen Renaissance — deren Rechtsauffassung in der Staatstheorie Machiavellis durchaus folgerichtig zum Ausdruck kommt, dann vor allem in den Regierungssystemen Ludwigs XIV. von Frankreich, Friedrichs II. von Preussen und Josephs II. von Österreich. Der Fürst „oktroyierte" die Gesetze, die er für gut fand; den dadurch Betroffenen wurde weder direkt noch indirekt Gelegenheit zur Meinungsäusserung gegeben.

Aber auch die Revolution hat nur scheinbar mit der imperativen Rechtsauffassung gebrochen. Tatsächlich trat einfach, wie H. de Page in seinem Buch über die Gesetzesauslegung[1]) treffend ausführte, an Stelle des Fürsten das Volk, „le peuple souverain"; bezw. die Behörden, denen die Staatsgewalt übertragen wurde. Man konnte sich das Recht nicht anders denken denn als Befehl. Das Gesetz war nicht bloss eine Rechtsquelle, sondern das Recht schlechthin. Gesetzesmonopol und Gesetzesabsolutismus galten in aller Strenge. Der Glaube an die Gesetzes-

---

[1]) De l'interprétation des lois (1925), Bd. I, S. 93 ff.

allmacht führte zur Theorie der Lückenlosigkeit des Gesetzes und diese oft zu einer formalistischen Konstruktionsjurisprudenz. Die geringste Abweichung des Richters vom Gesetz, jede freie Auslegung hätte nach streng imperativer Auffassung als strafbare Rechtsbeugung gegolten; der Wortlaut des Gesetzes war sakrosankt. Es war nicht Aufgabe des Richters, das Recht zu finden, sondern einfach, das Gesetz getreulich anzuwenden. Gesetzestreue war die iustitia, die man vom Richter verlangte und der er sich blindlings verschrieb, nach dem Wahlspruch: fiat iustitia, pereat mundus.

Wenn auch die imperative Rechtsauffassung zur Zeit meist nicht mehr in solch absoluter Geltung zu finden ist, so werden nichtsdestoweniger noch heute die juristische Theorie und Praxis hiedurch in entscheidender Weise bestimmt. Bevor ich indessen dazu übergehe, dies an einigen Beispielen darzutun, will ich die andern Rechtsauffassungen kurz charakterisieren, wenigstens diejenigen zwei Typen, die, wie mir scheint, als ebenbürtige Rivalen der imperativen Auffassung anzusehen sind.

Da wäre zunächst die Auffassung zu erwähnen, nach der das Recht auf dem Herkommen beruht. Ich will sie deshalb als traditionalistische Auffassung bezeichnen.

Das Gewohnheitsrecht ist die typische Rechtsform, die dieser Auffassung entspricht.

Die traditionalistische Auffassung lag regelmässig dem sakralen, patriarchalischen Recht der Frühzeit zugrunde, bei allen Völkern. Es ist die Zeit vor dem Erwachen zum kritischen Selbstbewusstsein, da noch kein Zweifel rüttelt am Überkommenen, kein Idealrecht dem gegebenen Recht gegenübertritt, keine bewusste Rechtsschöpfung, keine Gesetzgebung das Gewohnheitsrecht verdrängt. Im germanischen Altertum etwa finden wir diese Rechtsauffassung allgemein verbreitet, auch im Mittelalter herrschte sie noch vor, bis dann mit der Renaissance, der Rezeption

des spätrömischen Rechts und dem Aufkommen der naturrechtlichen Doktrin die kritische Wendung eintrat.

Jedoch vollzog sich diese kritische Wendung oder Wendung zum Kritischen, kulturgeschichtlich vielleicht das bedeutendste Ereignis aller Zeiten, nicht auf einmal; es war ein jahrhundertelanges Ringen, und noch nach der grossen Revolution, Anfang des 19. Jahrhunderts, erlangte die traditionalistische Auffassung erneut die Oberhand, als, gleichzeitig mit der politischen und kulturellen Reaktion von 1814, Savigny sich gegen die Gesetzgebung erhob, die er als einen Eingriff der Macht in das wahre, überkommene, im Bewusstsein des Volks verankerte Recht empfand. Bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts herrschte die an Savigny und die Romantik anknüpfende „historische Rechtsschule". Und bilden nicht in England, wo gesellschaftlich wir rechtlich der Traditionalismus noch heute den grössten Einfluss ausübt, die Gesetze bloss Ausnahmen gegenüber dem ungesetzten Common law, diesem gerade die wichtigsten Gebiete überlassend? (Umgekehrt wird allerdings nach englischer Doktrin ein Ausserkrafttreten von Gesetzesrecht durch desuetudo nicht anerkannt.) Auch auf dem Kontinent ist übrigens, und zwar gerade bei der bodenständigen Bevölkerung und den ländlichen Gerichten, die traditionalistische Auffassung noch häufiger als man gewöhnlich annimmt.

Nach strengtraditionalistischer Auffassung hätte das Gesetz nur insofern Berechtigung, als es zur Festlegung des Überkommenen dient, ähnlich wie dies schon die alten Rechtsbücher, Sachsen- und Schwabenspiegel, und die Ordonnance de Montil les Tours sich zur Aufgabe machten, während nach imperativer Auffassung das Gesetz auf dem freien, zweckbewussten, schöpferischen Willen des Gesetzgebers beruht und selbst das Gewohnheitsrecht dem freien Willen des Gesetzgebers seinen Fortbestand und seine Geltung verdankt. (Auf den Geltungsgrund kommt es an, nicht auf den Entstehungsgrund.) Kein

Zweifel also, dass wir es hier mit zwei verschiedenen Grundanschauungen zu tun haben, die jede das ganze Gebiet des Rechts auf ihre Weise zu erklären und bestimmen versucht.

Nachdem ich so der herrschenden imperativen Auffassung bereits eine andere gegenübergestellt habe, die nach ihren psychologischen und kulturgeschichtlichen Voraussetzungen vorwiegend der Vergangenheit angehört, deren Vorhandensein sich aber gerade darum umso leichter nachweisen lässt, will ich nun versuchen, einen dritten Typus aufzuzeigen, der, wie mir scheint, in mancher Hinsicht überhaupt erst in Entwicklung begriffen, gewissermassen in einem status nascens gegeben ist, indessen vielleicht berufen sein wird, die herrschende imperative Auffassung mehr und mehr zu verdrängen. Ich nenne diesen Typus die autonome Rechtsauffassung. Danach beruht das Recht auf dem Willen der Beteiligten, nicht auf obrigkeitlichem Machtgebot; die Zwangsorganisation ist infolgedessen nicht als notwendige Voraussetzung von Rechtsnormen zu betrachten, entscheidend ist ihre Anerkennung als verbindlich durch den Kreis, für den sie gelten sollen. So tritt gewissermassen die „öffentliche Meinung" an Stelle der Zwangsorganisation.

Während nach imperativer Auffassung Staat und Recht korrelate Begriffe darstellen, hat nach autonomer Auffassung der Staat keineswegs das Monopol der Rechtssetzung, ist er nicht alleiniger, unentbehrlicher Träger der Rechtsordnung: die Beteiligten können und sollen ihre besondern Verhältnisse selbst regeln; der Staat soll ihnen alles überlassen, was nicht seine Intervention im Interesse Dritter oder der Gesamtheit erfordert.

Die typische Form der Rechtsbildung, die dieser Auffassung entspricht, ist die Vereinbarung.[2]) Auf ihr

---

[2]) Auf die Bedeutung der Vereinbarung als gleichwertiger Rechtsquelle neben Gesetz und Übung (Gewohnheitsrecht) habe ich in meiner „Rechtfertigung des Rechts" (1919) S. 30 hingewiesen.

wird die autonome Rechtstheorie aufbauen müssen. Aber vorerst wäre einmal die Vereinbarung selbst in ihrer Eigenart zu erforschen. Gewöhnlich wird sie ja einfach als Unterart des Vertrages dargestellt. Doch während der Vertrag ein Rechtsgeschäft ist, dessen Verbindlichkeiten mit der Erfüllung erlöschen, wird durch die Vereinbarung objektives Recht geschaffen, wie durch Gesetz. Wenn man dies nicht beachtet, steht man Erscheinungen des neuern Rechts in der Art der Tarifverträge, Kartellvereinbarungen und dergl. verständnislos gegenüber; dadurch dass man sie wissenschaftlich ignoriert, bleiben sie nicht minder Recht. Oft hört man allerdings den Einwand, es fehle der Vereinbarung das Merkmal der Allgemeingültigkeit. Doch auch die Statuten eines Vereins oder die Kartellvereinbarungen sind allgemeingültig für den Kreis, für den sie Geltung beanspruchen, und das staatliche Gesetz hat ebenfalls keinen unbeschränkten Geltungskreis; wenn der Geltungskreis für Vereine, Gesellschaften, Kartelle usw. in der Regel enger ist, so liegt darin kein wesentlicher Unterschied, wesentlich ist höchstens, dass der Geltungskreis des Gesetzes territorial begrenzt ist und darum leichter feststellbar: das hat eine nicht zu unterschätzende praktische Bedeutung, bildet aber keinen grundsätzlichen Unterschied. Der Geltungskreis des Gewohnheitsrechts ist streng genommen auch nicht immer territorial begrenzt. Die herrschende imperative Rechtsauffassung, weit entfernt, in der Vereinbarung eine selbständige Rechtsquelle neben dem Gesetz zu erblicken, schreibt ihr überhaupt nur rechtliche Bedeutung zu, sofern sie vom Gesetz anerkannt wird. Wohlweislich wird sie ja vom Gesetz grundsätzlich anerkannt; — könnte sie aber ebensogut vom Gesetz gänzlich wegdekretiert werden?

Und die internationale, völkerrechtliche Vereinbarung? Wo sind da Gesetz und staatlicher Zwang?

Die Rechtsnatur des Völkerrechts bleibt für die imperative Rechtstheorie immer unlösbares Rätsel. Darum

die Versuche, dieses „unvollkommene Recht" durch eine mit Sanktionen ausgerüstete überstaatliche Organisation zu verankern.[3]) Ich halte diese Versuche weder für verwerflich, noch für ganz aussichtslos, und der Völkerbund hat ja bereits einen geeigneten Kristallisationspunkt für solche Bestrebungen geschaffen; indessen scheint mir das Völkerrecht mehr und mehr auf ganz andere Weise gewährleistet zu werden: durch die öffentliche Meinung; das haben übrigens auch einige hervorragende Vertreter des Völkerrechts anerkannt. Aber wie vermag denn etwas so wenig Greifbares wie die öffentliche Meinung tatsächlich irgendwelche Gewähr zu bieten? Man darf das Wirkliche nicht mit dem Greifbaren verwechseln. Es ist erstaunlich, wie wenig dynamisch auch wissenschaftliche Köpfe noch denken. Als lebten wir noch in den Zeiten vor Leibniz! Wirklich ist, was wirkt, mag es fassbar und sichtbar sein oder nicht. Und an der Wirksamkeit der öffentlichen Meinung ist nicht zu zweifeln. Darauf beruht ja auch die Macht der Presse. Übrigens gelten im Staatsrecht ebenfalls viele Rechtssätze, und gerade die höchsten staatsrechtlichen Normen, ganz ohne Sanktionen. Die öffentliche Meinung ist überall da die wesentlichste Grundlage für die Anerkennung als verbindliches Recht. Besonders wenn ein Staat Vereinbarungen verletzen wollte, denen er aus freien Stücken beigetreten ist, würde dieses Vorgehen von der öffentlichen Meinung so scharf verurteilt, dass er die Folgen nachdrücklich zu spüren bekäme. Trotz des Fehlens einer übergeordneten Zwangsorganisation gilt auch hier der Grundsatz: pacta sunt servanda; er gilt also nicht nur, wo der Arm des Gesetzes hinreicht, er ist im Gegenteil in erster Linie ein Grundsatz autonomer Rechtsauffassung und gilt darum auch für internationale Verhältnisse. Die Geltung des gewohnheitsrechtlich entstandenen Völkerrechts lässt sich ebenfalls vom autonomen Standpunkt aus zwanglos er-

[3]) Vgl. z. B. die Schrift von Gorgé über das System Busch (1926).

klären, durch stillschweigende Anerkennung, während die imperative Erklärung, durch stillschweigende Genehmigung einer übergeordneten Macht, hier wiederum versagt.

Nach imperativer Auffassung ist das Recht ein Befehl; die Rechtsgeltung hängt demnach hauptsächlich ab von der Macht, ihn durchzusetzen. Nach autonomer Auffassung hingegen entspringt das Recht dem freien Willen der Beteiligten; die Geltung des Rechts beruht vor allem auf ihrer Billigung, ihrer Anerkennung: so ist das Völkerrecht Recht, auch ohne Zwangsorganisation.

Die moderne Rechtsentwicklung setzt die herrschende Rechtstheorie sichtlich in Verlegenheit. Da ist vor allem der Begriff der Souveränität, der sich damit nicht mehr in Einklang bringen lässt.

Der Begriff der Souveränität hat ein doppeltes Gesicht: das eine ist nach innen gewandt — es ist der staatsrechtliche Begriff der Souveränität —, das andere nach aussen — der völkerrechtliche Begriff. Der staatsrechtliche Begriff der Souveränität, der dem Staat grundsätzlich die Befugnis zuschreibt, gegenüber seinen Angehörigen irgendwelche Anordnungen zu treffen, steht — konsequent zu Ende gedacht — im Widerspruch mit einer ganzen Reihe von Tatsachen des modernen Rechts. Z. B. mit der zivilrechtlichen Haftbarkeit des Staates für widerrechtliche Handlungen seiner Beamten: noch im Recht der französischen Revolution war eine solche Haftbarkeit ausgeschlossen, sie hätte das geheiligte Prinzip der staatlichen Souveränität verletzt. An der staatlichen Souveränität hatten ursprünglich auch die Beamten insoweit Anteil, als sie kriminell nur für gemeine Verbrechen, im übrigen höchstens disziplinarisch haftbar waren: jetzt haften sie kriminell für Amtsmissbrauch. Manchenorts sind zudem besondere Verwaltungsgerichtshöfe eingesetzt. Seit der französischen Revolution sind in den meisten Ländern eine Reihe von Grundrechten des Einzelnen, sog. „Menschenrechte“ oder „Individual“- oder Freiheitsrechte, konstitutionell gewährleistet; damit ist eine Schranke auf-

gerichtet, über die sich auch der „allmächtige Staat" nicht mehr hinwegsetzen darf. In den Vereinigten Staaten von Nordamerika haben die Gerichte bekanntlich sich erlaubt, bei ihren Entscheidungen die angezogenen Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen, und nicht selten sind diese gerade wegen Verletzung solcher konstitutioneller Freiheitsrechte als ungültig erklärt worden; in der Schweiz besteht ein besonderes Rekursrecht an das Bundesgericht gegenüber Verfügungen, die sich auf verfassungswidrige kantonale Gesetze stützen, und ohne besondere Ermächtigung haben ferner die Genfer Gerichte die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze in Anspruch genommen:[4]) also nicht einmal wo der Staatswille in Beschlüssen der Volksvertretung zum Ausdruck kommt und diese sogar dem Referendum unterliegen, darf er sich über die verfassungsmässigen Rechte des Einzelnen hinwegsetzen. Mehr und mehr scheint sogar der Grundsatz Anerkennung zu finden, dass die Gesetzgebung auch keine wohlerworbenen Rechte des Einzelnen verletzen darf, ohne ihn wenigstens dafür zu entschädigen.

So gilt tatsächlich die Souveränität des Staates im strengen Sinne, seine Allmacht und „Kompetenzkompetenz", nicht mehr: sie ist ein veralteter Begriff aus der Rüstkammer der imperativen Rechtstheorie. Er passte ins Zeitalter des Absolutismus — der ja in manchem Bezug als der klassische Prototyp der imperativen Auffassung anzusehen ist —; doch je mehr die Rechtsentwicklung von seinen Prinzipien und denen des Polizeistaates (seines weniger glanzvollen, aber um so hartnäckigeren Nachfolgers) sich lossagt, desto künstlicher erscheint der Begriff einer über alles erhabenen staatlichen Souveränität.

[4]) Für Deutschland hat die Reichsverfassung die Frage offen gelassen, die Praxis scheint dazu noch nicht grundsätzlich Stellung genommen zu haben. Die französische Doktrin und Praxis ist nicht einhellig; indessen neigt sie neuerdings eher dazu, die „exception d'inconstitutionnalité" als zulässig anzuerkennen: Gény, Science et technique en droit privé positif, Bd. IV (1924), S. 91 ff., 96.

Neben der Haftbarkeit des Staates und seiner Funktionäre einerseits und der Anerkennung unverletzlicher Individualrechte anderseits ist es weiterhin vor allem die wachsende Bedeutung von Vereinen, Handelsgesellschaften, Gewerkschaften, Kartellen und Berufsverbänden, lauter auf Vereinbarung beruhenden sozialen Gebilden, die der Allmacht des Staates entgegentritt. Deren gefährlichster und grundsätzlichster Gegner ist nicht die territoriale Autonomie von Provinzen und Gemeinden, die höchstens eine Teilung der ebenfalls territorial begründeten Souveränität des Staates herbeiführen könnte, gefährlicher ist die personal begründete, auf der Autonomie des Einzelnen aufbauende, an keine territorialen Schranken gebundene Autonomie der Gesellschaften und Kartelle. Die neueste Entwicklung zeigt, dass sie nicht nur innerhalb des Staates die „senkrechte", territoriale Gliederung mehr und mehr mit ihrer „horizontalen" Schichtung verdrängen, sondern dass sie auch an den Staatsgrenzen nicht Halt machen, überborden auf internationales Gebiet und im Begriff sind, eine Bedeutung zu erlangen, der auch die Staaten machtlos gegenüberstehen. Die geplante Wirtschaftskonferenz des Völkerbundes ist ein Versuch, die daraus sich ergebenden Probleme einer internationalen Lösung entgegenzuführen.

Der völkerrechtliche Begriff der Souveränität hat mit dem staatsrechtlichen das gemein, dass er ebenfalls einer ungeheuerlichen Überspannung des Staatsabsolutismus entspringt. Wie nach innen, so soll der Staat auch nach aussen allmächtig sein, d. h. er soll tun dürfen, was ihm beliebt. Das bedeutet Anarchie, sofern auch die andern Staaten dies beanspruchen, und sie müssen es, um als souveräne Staaten zu gelten. Wenn der Staat seine sog. vitalen Interessen über alles stellt, wenn er sich auch an die von ihm unterzeichneten Übereinkommen nur gebunden erachtet, solange die hieraus erwachsenden Verpflichtungen damit nicht in Widerspruch geraten, wenn er sich also nach eigenem Gutfinden über das Völker-

recht hinwegsetzen will, so liegt allerdings jener extreme völkerrechtliche Begriff der Souveränität zugrunde. Aber drängt nicht auch da die neuere Rechtsentwicklung darüber hinaus? Hat nicht der englische Prisengerichtshof sogar während des Krieges einmal eine königliche Verordnung als ungültig erklärt, weil sie dem Völkerrechte widersprach? Und mehren sich nicht seit dem Krieg die Stimmen, die allgemein die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Verpflichtungen anerkennen? Verlangt nicht die öffentliche Meinung der ganzen Welt, dass Verträge und Vereinbarungen von den Staaten, die sie mit freiem Willen geschlossen haben, wirklich eingehalten werden, es sei denn, dass die Partner selbst oder ein Schiedsverfahren davon dispensieren? Enthält nicht vor allem auch der Völkerbund eine Reihe von Bindungen und Garantien für deren Wirksamkeit? Greift er nicht mit dem Schutz der nationalen Minderheiten (gemäss den Abkommen mit Polen und den österreichischen Sukzessionsstaaten) sogar in die interne Souveränität der Staaten ein?

Dabei sind alle diese rechtlichen Schranken nur ein schwaches Gegenstück zu der tatsächlichen Abhängigkeit der Staaten und Völker voneinander und der gegenseitigen Befruchtung ihrer wirtschaftlichen und kulturellen Tätigkeit, wodurch eine internationale Solidarität geschaffen wird, die für Geltung und Fortbestand der internationalen Beziehungen oft in viel höherem Masse Gewähr bietet als alle Sanktionen; der starre Begriff der staatlichen Souveränität in internationaler Hinsicht steht also nicht nur im Widerspruch zum Begriff eines wahren Völkerrechts, sondern auch, und vor allem, zur Wirklichkeit, zu den soziologischen Grundlagen der modernen internationalen Entwicklung. Wie innerhalb der Staatsgrenzen gewinnt hier das horizontale Wirtschaftssystem mehr und mehr an Boden. Und erfreulicherweise steht dem wirtschaftlichen Zusammenschluss heute die Zusammenarbeit in Kunst und Wissenschaft, die durch die nationale Abschnürung während des Krieges so sehr gelitten hatte,

kaum nach. Wirtschaftliche Unabhängigkeit wäre übrigens nur möglich in autarkischen Ländern, und deren gibt es ganz wenige oder streng genommen vielleicht überhaupt keine mehr; der Versuch, durch Schutzzölle sie künstlich zu erhalten oder herbeizuführen, geht fehl. Wie nach innen die territoriale Basis der Souveränität — ursprünglich war sie ein feudales, eigentumähnliches Herrschaftsverhältnis — mit der wirtschaftlichen Voraussetzung, der Verwurzelung der Menschen im heimischen Land, dahinfällt, wie sogar innerhalb des Staates an Stelle der territorialen, vertikalen Gliederung — die im Provinzialismus und z. B. auch noch im System der territorialen Wahlkreise, insbes. der Einerwahlkreise deutlich zum Ausdruck kommt — mehr und mehr die horizontale Schichtung nach Berufen und Klassen tritt, so scheint also auch international die territoriale Abschliessung je länger desto weniger den Bedürfnissen zu entsprechen. Nicht die territorial begründete Souveränität, sondern das wirtschaftlich und kulturell begründete Zusammengehörigkeitsbewusstsein autonom sich bildender Personenverbände bestimmt die neuesten Gestaltungen des Rechts. Der Begriff der Souveränität, dieser Brennpunkt der imperativen Rechtsauffassung, verliert immer mehr an praktischer Bedeutung. Aber kann denn umgekehrt die autonome Rechtsbildung allein genügen?

Autonome Rechtsbildung setzt freie Willensbestimmung voraus. Kindern und sonstwie nicht oder nur beschränkt Urteilsfähigen fehlt sie. Hier muss also auf andere Weise vorgegangen werden. Das Gesetz hilft durch Einsetzung einer Vormundschaft und dergl. Ähnliche Schutzbestimmungen finden wir im geltenden Recht auch noch gegenüber den Frauen. Verwandt sind ferner die Formvorschriften, die den übereilten Abschluss wichtiger Rechtsgeschäfte zu verhüten haben, z. B. beim Grundstückkauf, bei der Schenkung, beim Testament usw. Hier überall tritt das Gesetz hinzu, um den Mangel wohlüberlegter, freier Selbstbestimmung auszugleichen. Eine

ähnliche Bedeutung haben die zwingenden Normen des Arbeitsrechts; dort fehlt sehr oft dem einen Kontrahenten die tatsächliche Freiheit der Entschliessung.

Abgesehen von diesen Fällen, in denen das Gesetz für die Unfähigen, die Unreifen, die Unselbständigen eintreten muss, weil es diesen an der Voraussetzung autonomer Rechtsbildung, der freien Willensbestimmung, gebricht, bedürfen wir — wenigstens gegenwärtig noch — der Intervention des Gesetzes, um die nötige Rechtssicherheit zu gewährleisten. Ich habe an anderer Stelle[5]) auf die grundlegende Bedeutung der Rechtssicherheit hingewiesen, die für sich allein schon das Zwangselement des imperativen Rechts rechtfertigt. Es ist in der Tat ohne weiteres klar, dass bei der Vielgestaltigkeit der sozialen Beziehungen der Geltungsbereich der einzelnen Normen nicht in jedem Fall wieder anders umgrenzt werden kann, je nach dem zufälligen Kreis der Adhärenten; Übersichtlichkeit, Voraussehbarkeit der Rechtsfolgen und Gewähr der Rechtsgeltung sind die Grundlagen des gesteigerten sozialen Verkehrs. Vor allem ist eine Anzahl fundamentaler Normen aufzustellen, um Ruhe und Ordnung zu schaffen, damit Arbeitsteilung zu ermöglichen und gestützt hierauf eine geistige Kultur; die Geltung dieser fundamentalen Ordnungsnormen darf nicht von der Zustimmung jedes Einzelnen abhängig sein, sondern muss sich von vornherein auf alle erstrecken. Es genügt, diese Zusammenhänge hier anzudeuten, um die Notwendigkeit der Intervention eines autoritativen Elementes zu erweisen.

Gesetzliche Regelung ist also nicht zu entbehren. Bedeutet nun aber das Gesetz für die autonome Rechtsauffassung unter allen Umständen fremden Einbruch? Oder lässt sich vielleicht das Gesetz selbst autonom erklären (analog wie von der imperativen Auffassung das Gewohnheitsrecht als Bestandteil des Gesetzesrechts umgedeutet und adoptiert wurde)? Die Lehre vom „con-

[5]) A. a. O. S. 36 ff.

trat social" bildet einen Versuch in dieser Richtung. Es handelt sich dabei nicht um eine historische Tatsache — weder Rousseau noch Kant haben sich die Entstehung der Staaten so vorgestellt —, sondern um eine Rechtfertigung vom Standpunkt des selbstbewussten, selbständig wertenden Menschen, der das Gegebene nicht einfach hinnimmt, sondern einer kritischen Prüfung unterzieht und es nur deshalb fortbestehen lässt, weil er seine Notwendigkeit anerkennt. Von diesem Standpunkt lässt sich das Gesetz in der Tat auffassen als Ausfluss einer freiwillig der Behörde delegierten (bezw. ihr überlassenen) Kompetenz, ähnlich wie ja auch in den rein autonom begründeten Gebilden — Vereine, Gesellschaften, Berufsverband usw. — regelmässig eine Reihe von Befugnissen an den Vorstand übertragen werden. Historisch aufgefasst wäre diese Vorstellung einer Delegation der Befugnisse von den Einzelnen auf den Staat und seine Behörden meist eine Fiktion; aber sie ist ja nicht deskriptiv, sondern normativ zu verstehen.

In der modernen demokratischen Gesetzgebung steckt übrigens tatsächlich neben dem autoritativen fast immer ein autonomes Element. Die Zeiten des Absolutismus sind vorbei; unsere Gesetze sind nicht willkürliche obrigkeitliche Befehle, sondern beruhen auf einer Verfassung, von der nach der Art ihres Zustandekommens in der Regel Übereinstimmung mit dem Volkswillen anzunehmen ist, und sind selbst hervorgegangen aus Beschlüssen der Volksvertretung, oft sogar, wie bei Plebiszit und Referendum, unmittelbar aus einer Volksabstimmung. Die demokratische Gesetzgebung vereinigt also ein autonomes und ein autoritatives Element in sich: sie beruht auf der Billigung der Mehrheit, gilt aber nicht minder gegenüber den andern, auf Grund der Hoheit und Macht des Staates. Umgekehrt wird auch in den rein autonom begründeten Vereinen und Gesellschaften, um die nötige Aktionsfähigkeit zu schaffen, nicht immer Einstimmigkeit verlangt, sondern in weitem Umfang blossen Mehrheits-

beschlüssen verbindliche Wirkung für alle Mitglieder zugesprochen, sodass sich hier ebenfalls mit dem autonomen ein imperatives Element verknüpft. Praktisch besteht somit kein schroffer Gegensatz zwischen der Struktur des demokratischen Staates und rein autonom begründeter sozialer Gebilde.

Es ist nicht meine Absicht, hier ein System der autonomen Rechtstheorie zu entwerfen. Es genügt, ihre grundsätzliche Bedeutung aufzuzeigen. In der Tat kommt in den angeführten Erscheinungen eine eigenartige Rechtsauffassung zum Ausdruck, die sich der herrschenden imperativen Auffassung an die Seite stellen lässt, ähnlich wie die traditionalistische Auffassung. Indessen sind dies nur Typen — weder bilden sie ein Begriffsschema nach rein logischen Gesichtspunkten, noch eine Klassifikation, durch die jede einzelne Erscheinung ohne weiteres und vollständig der einen oder andern Gruppe zugerechnet werden könnte. Wir haben vielmehr gesehen, dass die Erscheinungen oft komplexer Natur sind, dass sie insbesondere oft imperative und autonome Elemente zugleich enthalten. Was schadet es, wenn die Geltung eines Rechtssatzes aus verschiedenen Wurzeln genährt wird, wenn sie auf Billigung beruht, vielleicht auch die Tradition im gleichen Sinne wirkt und überdies die Macht des Staates eine ausnahmslose Durchsetzung gewährleistet? Wesentlich ist, diese verschiedenen Wurzeln der Rechtsgeltung und die entsprechenden Grundauffassungen des Rechts als solche zu erkennen; dann erst werden jene komplexen Erscheinungen verständlich, und dann kann man sich auch klar werden über die Auslegung und Fortbildung des Rechts.

Ansätze einer autonomen Rechtsauffassung finden sich vor allem da, wo das individuelle Selbstbewusstsein hervorbricht, in der neuern Rechtsgeschichte insbesondere bei den Anhängern der Naturrechtslehre. Die französische Revolution brachte mit den Menschenrechten, den verfassungsmässigen Individualrechten, und

den demokratischen Prinzipien der Gesetzgebung bereits einen bedeutsamen Niederschlag im positiven Recht. Doch in mancher Hinsicht stand das Recht der Revolution noch im Zeichen der imperativen Auffassung; nur der Träger der Staatshoheit hatte gewechselt: an Stelle der Souveränität des Königs war die Souveränität des Volkes getreten. Die Fortdauer der imperativen Grundauffassung kam namentlich auch in der Rechtsanwendung zum Ausdruck. Erst gegen das Ende des 19. Jahrhunderts bereitete sich, wie noch gezeigt werden soll, allmählich eine entscheidende Änderung vor.

Es wäre eine interessante Aufgabe, einmal die neuern Rechtsordnungen auf die ihnen zu Grunde liegenden Anschauungen hin zu analysieren. Wenn man z. B. die deutsche Weimarer Verfassung mit der alten Verfassung des deutschen Reichs vergleicht, so fällt sofort auf, wie stark darin die der autonomen Rechtsauffassung entsprechenden sog. Individualrechte ausgebaut sind: Art. 109 ff., besonders 111, 112, 114, 115, 117, 118, 135, 151 (Freiheit der Person, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Pressefreiheit, Gewerbefreiheit, Wohnungsrecht, Freizügigkeit, Auswanderungsrecht usw.). In Art. 124 ist das Recht der Vereins- und Gesellschaftsbildung ausdrücklich gewährleistet, Art. 165 enthält auch die Anerkennung der Tarifverträge, die Mitwirkung des Reichswirtschaftsrates als Vertretung der Beteiligten bei wirtschafts- und sozialpolitischen Gesetzen u. a. m. Bemerkenswert sind ferner Art. 2 über das Selbstbestimmungsrecht und Art. 113 über das Recht der Minderheiten. Auch die selbständige Stellung des Richters ist verfassungsrechtlich verankert: Art. 102 ff. Alle oder fast alle diese Bestimmungen fehlten in der frühern Reichsverfassung; diese enthielt für den Einzelnen fast nur Vorschriften, ohne ihm Rechte zu gewährleisten. Die verschiedene Grundauffassung kommt übrigens deutlich schon in der Einleitung zum Ausdruck: in der alten Verfassung hiess es „Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden deutscher Kaiser, König von Preussen usw.

verordnen . . . .“; die neue dagegen beginnt mit den Worten: „Das deutsche Volk . . . . hat sich diese Verfassung gegeben“.

Die grundsätzlich verschiedene Einstellung zum Recht, insbesondere der Gegensatz der autonomen zur imperativen Rechtsauffassung, die hier an einer Reihe von Einzelfragen verständlich zu machen versucht wurde, prägt sich — und damit komme ich zu den Problemen, die den Ausgangspunkt dieser Untersuchung gebildet haben — auch aus in der Rechtsanwendung, in der Gesetzesinterpretation, in der Lückenlehre. Der ganze Streit zwischen Freirechtlern und formaler Konstruktionsjurisprudenz, zwischen den Anhängern einer Auslegung nach der ratio legis und den Vertretern der subjektiv-historischen Auslegungstheorie, sowie endlich zwischen der Lehre von der Lückenausfüllung nach den Grundsätzen des richtigen Rechts und der Theorie der Lückenlosigkeit des Gesetzes, in allen diesen nach ihrer praktischen Tragweite so bedeutsamen methodologischen Fragen ist der Streit der Meinungen, bewusst oder unbewusst (wohl meist unbewusst) durch eine verschiedene Auffassung des Rechts bedingt, und gehen wir der Sache auf den Grund, so finden wir jeweils als letzte Fundamente, was ich kurz die imperative und die autonome Rechtsauffassung nannte. Um dies überzeugend darzulegen, ist zunächst Klarheit zu schaffen über das Verhältnis des Richters zum Gesetz. Wie gestaltet sich dieses nach imperativer, wie nach autonomer Rechtsauffassung?

Nach imperativer Auffassung ist das Recht ein Ausfluss der Staatsgewalt. Massgebend ist der Wille ihres Trägers, in der Demokratie also der Wille der Volksvertretung, der gesetzgebenden Behörde. Das Gesetz, der vollkommenste Ausdruck dieses Staatswillens, bildet die Grundlage alles Rechts. Richter ist danach grundsätzlich auch nur, wer durch Gesetz dazu bestellt ist. Schiedsrichter sind keine Richter, wenn das Gesetz nicht selbst solche vorsieht. Gibt es also nach dieser Auffassung

eigentlich überhaupt nur Richter von Gesetzes Gnaden, so ist ohne weiteres klar, dass der Richter sich dem Gesetz unter allen Umständen unterzuordnen hat. Er hat es einfach anzuwenden, gleichgültig was es befiehlt. Er hat auch nicht zu fragen, ob es etwa obsolet geworden; solange es nicht in aller Form aufgehoben ist, hat er es als verbindlich hinzunehmen. Massgebend ist einzig die Legitimität: das Gesetz muss vom rechtmässigen Herrscher, von der zuständigen Behörde erlassen worden sein. Was verschlägt's, dass diese legitimistische Begründung, konsequent zu Ende gedacht, auf einen Punkt führen muss, wo die Kette der Legitimität plötzlich abbricht, wo Usurpation, gewaltsame Eroberung, Staatsstreich, Revolution, kurz, irgendeine illegitime, originäre Rechtsbildung, oder wie man das nennen mag, stattgefunden hat? wo die Zuständigkeit nicht wieder auf Gesetz, überhaupt nicht auf einen höheren Willen sich stützen kann? (es sei denn mit Hilfe der Fiktion des Gottesgnadentums — die eine äusserste Konsequenz der imperativen Rechtsauffassung darstellt). Um jenen Widerspruch hat sich der Richter nicht zu kümmern; die imperative Auffassung geht in ihrer Begründung über das positive Recht nicht hinaus. Bei der Verfassung bleibt sie unbedingt stehen. Originäre Rechtsbildung ist ihr ein unbegreifliches Rätsel, das sich höchstens geschichtlich, aber nicht juristisch erklären lässt.

Nach imperativer Auffassung ist das Gesetz für den Richter nicht nur eine Rechtsquelle, sondern der Inbegriff des Rechtes überhaupt. Gewohnheitsrecht und Vereinbarung können daneben bloss bestehen, wenn und soweit das Gesetz sie hiezu ermächtigt, soweit sie selbst gewissermassen Bestandteil des Gesetzesrechts geworden sind; gegen dieses vermögen sie selbstver. ständlich erst recht nichts, es gibt deshalb nach dieser Auffassung kein derogierendes Gewohnheitsrecht. Der Richter hat sich also unter allen Umständen und ausschliesslich an das Gesetz zu halten. Und dessen Worte

sind ihm sakrosankt; daran ist nichts zu ändern und nichts zu deuten.

Die Schwierigkeit beginnt, wenn das Gesetz schweigt. In frühern Zeiten hatte da der Staat den Richter, seinen getreuen Diener, nicht im Stiche gelassen: der Herrscher selbst hatte sich unter dem absolutistischen Regime ins Mittel gelegt. So verfügte eine Ordonnanz Ludwigs XIV.: „Si dans les jugements des procès qui seront pendants en nos cours de parlement, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leurs défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par devers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention". Ähnlich dann auch das preussische allgemeine Landrecht. Bezeichnend ist der Ausdruck „exécution": der Richter hat die Gesetzesbestimmungen nur auszuführen, nicht auszulegen; ja die Auslegung wird ihm sogar verboten, er ist nur subalternes Vollzugsorgan. Dieses System des sog. „référé législatif", das z. B. in Frankreich und Belgien noch über die Revolution hinaus bis ins 19. Jahrhundert sich erhielt, besteht wohl heute nirgends mehr; immerhin finden wir vereinzelt Ausläufer in der Form der „authentischen Interpretation" durch die gesetzgebende Behörde. In den meisten Fällen ist aber der Richter auf sich selbst angewiesen. Wie hat er sich da nach imperativer Auffassung zu verhalten?

Zwei Wege sind möglich, und beide sind auch tatsächlich eingeschlagen worden: entweder man trachtet, aus den „Motiven" („exposé des motifs") und anderen „Gesetzesmaterialien" den Willen des Gesetzgebers zu ergründen, den subjektiven Willen des geschichtlich festzustellenden Gesetzgebers, wie z. B. das sächsische bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich vorschrieb, oder wenn man diesen Willen nicht für massgebend hält (und es ist eine ganze Reihe von Gründen logischer und staatsrechtlicher Art dagegen geltend gemacht worden, auch

von typischen Vertretern der imperativen Rechtsauffassung wie Binding z. B.)[6]), kann man auch versuchen, aus dem Gesetzestext selbst durch logische und philologische Überlegungen noch mehr herauszuholen, als die einzelnen Sätze unmittelbar bestimmen. Wo nun aber auf dem einen oder andern Wege diese — sagen wir es rund heraus — künstliche Verlängerung des Gesetzes nicht mehr weiter führt, da gibt es nach rein imperativer Auffassung nur noch eins: die Klage mangels einer darauf anwendbaren Gesetzesvorschrift abzuweisen. Mit jeder andern Lösung würde der Richter den Boden des Gesetzes verlassen und damit nach imperativer Auffassung den Boden des Rechts: freie Rechtsfindung gibt es nicht, das wäre Überschreitung seiner Befugnisse, er hat das Recht nur anzuwenden, so und soweit es durch den Gesetzgeber positiv festgelegt wird. Hat dieser nichts bestimmt, so ist — nach der namentlich bei ganz neuen Tatbeständen etwas sophistisch anmutenden Erklärung der orthodoxen imperativen Theorie — eben anzunehmen, dass der Gesetzgeber nichts hat bestimmen wollen, dass er einen Rechtsanspruch in solchen Fällen nicht für angebracht hielt. Dieser Negativismus, der praktisch der Anerkennung des fait accompli gleichkommt und darum in der Folge nicht selten eine Art Faustrecht begünstigen würde, ist allerdings oft sehr wenig befriedigend; deshalb werden die verzweifeltsten Anstrengungen gemacht, um es nicht dahin kommen zu lassen: das Gesetz wird mit

---

[6]) Näheres in meinem Aufsatz über Grundsätze der Gesetzesauslegung, Z.f.schweiz.Recht Bd. 43, S. 200 ff. — Die Theorie der Auslegung nach dem Willen des Gesetzgebers ist auf die absolute Monarchie zugeschnitten, wo der persönliche Wille des Herrschers massgebend war. Ist nun aber an dessen Stelle eine unpersönliche und oft wechselnde Gesamtheit getreten, wie in der Demokratie, so wäre schwerlich je ein einheitlicher „Wille des Gesetzgebers“ festzustellen; es würden sich erhebliche Widersprüche ergeben nicht nur zwischen Gesetzen verschiedener Entstehungszeit, sondern sogar zwischen den Ansichten und Beweggründen derer, die das gleiche Gesetz miteinander votierten.

allen Künsten einer spitzfindigen Dialektik bearbeitet, vielleicht auch noch die Worte eines Referenten in der gesetzgebenden Behörde auf die Goldwage gelegt, um daraus einen Anhaltspunkt für eine positive Entscheidung des Falles zu gewinnen; diese „künstliche Verlängerung" des Gesetzes ist von den Begriffsakrobaten soweit getrieben worden, dass sie kategorisch erklärten, es gebe überhaupt keine Lücken im Gesetz. Dies galt noch während des ganzen 19. Jahrhunderts als herrschende Lehre in Deutschland und Frankreich und wohl so ziemlich in allen Ländern des europäischen Kontinents.

Es war gerade diese Theorie von der „logischen Geschlossenheit" der positiven Rechtsordnung und die meist damit Hand in Hand gehende formalistische Konstruktionsjurisprudenz, gegen die eine neuere methodologische Richtung um die Jahrhundertwende anzukämpfen begann.[7]) Der Kampf ist auch jetzt noch nicht zu Ende. Seinen tiefsten Grund hat er, wie mir scheint, in einer Krise der fundamentalen Rechtsauffassung. Aber die Verfechter der neuen Lehren, als deren geistiger Urheber in Frankreich Gény und als Vorkämpfer in Deutschland und Österreich die sog. Freirechtsschule gelten darf, waren sich dessen offenbar nicht klar bewusst. Sie gingen denn auch in ihren positiven Tendenzen weit auseinander; was sie einte, war die Opposition gegen die herrschende Lehre, die den praktischen Bedürfnissen des Lebens nicht entsprach und in ihren Ergebnissen oft das Rechtsgefühl verletzte. Es ist merkwürdig zu sehen, wie manche von ihnen an Stelle der verurteilten Methoden Vorschläge machten, die sich wiederum nur aus einer imperativen Grundauffassung erklären lassen. (Es scheint sich hier zu wiederholen, was wir vom Recht der französischen Revolution bereits bemerkten und was bei unbefangenem Rückblick auf jede grosse geistige Bewegung

[7]) Über diese Bewegung und ihre kulturgeschichtlichen Zusammenhänge verweise ich auf den bereits erwähnten Aufsatz in Bd. 43 der Z.f.schw.R., S. 209 ff.

wohl festzustellen wäre: selbst die Streiter um das Neue haben es schwer, sich von den letzten Wurzeln der Anschauungsweise, in der sie aufgewachsen sind, ganz frei zu machen.) Zu erwähnen wären unter ihnen besonders zwei Gruppen von Juristen, die beide offenbar noch in imperativer Auffassung verwurzelt sind: auf der einen Seite diejenigen, die nach wie vor bei der subjektiv historischen Methode (der Auslegung nach dem Willen des Gesetzgebers) Anleihen machen — und dazu gehören sogar einige der bedeutendsten Vertreter wie Gény und Heck —, auf der andern Seite einige Extremisten aus der Freiheitsschule, die an Stelle der Auslegung vollständig freies richterliches Ermessen setzen wollen, eine Kadijustiz ohne irgendwelchen methodischen Kompass. Von der imperativen Wurzel der subjektiv historischen Methode war bereits oben die Rede; aber auch ein souveränes Richterkönigtum, darüber darf man sich nicht täuschen, wäre nur eine Abart imperativer Auffassung: die Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers hätte einfach der Selbstherrlichkeit des Richters den Platz zu räumen, das Recht bliebe auch in dessen Hand ein Ausfluss heteronomer, herrschaftlicher Macht.

Wie stellt sich nun nach autonomer Auffassung der Richter zum Gesetz und zu den Problemen der Rechtsanwendung? Das Gesetz ist nach dieser Auffassung eine Rechtsquelle, neben andern. Der Richter hat also bei der Rechtsanwendung auch jene andern Rechtsquellen zu berücksichtigen; dem Gesetz kommt a priori keine ausgezeichnete Bedeutung zu. Da die Vereinbarung die Grundform autonomer Rechtsbildung darstellt, so ist auch die entsprechende Bestellung eines Richters für die Erledigung von Streitfällen eigentlich die ideale Grundform der Gerichtsorganisation: der Schiedsrichter also, der nach imperativer Auffassung höchstens geduldet wird, gewissermassen als Richter minderen Grades, erlangt hier grundsätzliche Anerkennung, während umgekehrt der Richter als Staatsbeamter, jenes Ideal der orthodoxen

imperativen Rechtstheorie, nach autonomer Auffassung streng genommen erst mittelbar in seine Funktionen eingesetzt erscheint. Der Richter ist nach dieser Auffassung, seiner ursprünglichen Bedeutung nach, keineswegs eine Kreatur des Gesetzes, und er hat sich um so weniger als dessen subalternen Diener zu fühlen, als das Gesetz ja überhaupt nur eine unter mehreren Quellen des Rechts darstellt, aus denen er schöpfen soll.

Die Streitfrage selbst entscheidet er soweit möglich nach Bestimmungen, die von den Parteien aufgestellt oder stillschweigend anerkannt worden sind (Vertrag, Vereinbarung, Gesellschaftsstatuten, dispositives Gesetzesrecht). Aber auch da, wo „zwingende" Gesetzesbestimmungen vorliegen, erblickt er in ihnen nicht fremde Machtbefehle, die er unbesehen nach ihrem apodiktischen Wortlaut anzuwenden hat, sondern wiederum den Ausdruck des Willens einer Gemeinschaft, der die Parteien selbst angehören; die Geltung der Gesetze beruht ja nach autonomer Auffassung vor allem auf der Anerkennung der Beteiligten — sonst würden sie aufgehoben oder abgeändert. Die Gesetze vermögen sich, gleichviel wie sie entstanden sind, in einer Gemeinschaft von Menschen mit autonomer Rechtsauffassung auf die Dauer nur zu halten, wenn sie mit Bezug auf ihren Inhalt im wesentlichen dem Willen und der Überzeugung der Angehörigen dieser Gemeinschaft entsprechen, wenn sie einem von ihnen gebilligten sozialen Zwecke dienen (die Missbilligung Einzelner wird jeweils durch das hinzutretende autoritative Element des Gesetzes ausgeglichen). Daraus ergeben sich nun auch die Grundsätze für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes durch den Richter. Er wird auf alle philologischen und formallogischen Deutungen und Deuteleien verzichten, er wird sich auch nicht, wenn Zweifel auftauchen, in die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vergraben, um aus mehr oder weniger massgeblichen Äusserungen den Willen des damaligen Gesetzgebers zu ergründen, sondern er wird sich fragen, welchem sozialen

Zweck die Bestimmung heute tatsächlich dient und daher auch ihre Geltung verdankt. Diese ratio legis mag sehr oft mit den Motiven des historischen Gesetzgebers sich decken; doch ist dies nicht notwendig und auch in der Tat lange nicht immer der Fall.[8]) Nicht der Entstehungsgrund ist also wegleitend — vielleicht ist das Gesetz überhaupt nicht mit bewusstem Zweck erlassen worden, sondern ist einfach Fixierung des Gewohnheitsrechts —, sondern der Geltungsgrund. Nach autonomer Rechtsauffassung sind somit die gesetzlichen Bestimmungen für den Richter in erster Linie Direktiven gemäss dem präsumtiven Willen der Rechtsgemeinschaft, der auch die Beteiligten angehören. Er wird sich deshalb weniger an den Wortlaut der einzelnen Bestimmungen klammern, als an den Sinn des Ganzen sich halten. Eine sinngemässe systematische Auslegung ist anzustreben.[9]) Nicht etwa als ob er sich leichthin über den Wortlaut der Bestimmungen hinwegsetzen dürfte: das lässt schon die Sorge um die Rechtssicherheit nicht zu, und diese ist, wenn nicht der höchste, so doch jedenfalls der unentbehrlichste Zweck jeder Rechtsordnung, ein Zweck, um dessentwillen gerade das Gesetz als die technisch vollendetste Form der Rechtsbildung auch nach autonomer Auffassung einen hervorragenden Platz unter den Rechtsquellen einnimmt. Trotzdem wird der Richter unter Umständen gegen den Wortlaut einer Bestimmung entscheiden, wenn er nur dadurch ihrem Sinn und Zweck, ihrer ratio, gerecht werden kann.[10]) Ausgeschlossen ist dies selbstverständlich überall da, wo das Gesetz mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit eine feste, aber an sich mehr oder weniger willkürliche Grenze

---

[8]) Beispiele in meinem Aufsatz in der Z.f.schw.R. 43, S. 202 ff.

[9]) Beispiele in dem genannten Aufsatz a. a. O. S. 206. Auf die Bedeutung der Auslegung aus dem System hat besonders A. Baumgarten in seinem tiefschürfenden Werk über die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode hingewiesen: Bd. I (1920), S. 295 ff., Bd. II (1922), S. 298.

[10]) Beispiele im genannten Aufsatz a. a. O. S. 194 f., 199 f.

hat ziehen müssen, z. B. Verjährungs- und Ersitzungsfristen, Volljährigkeitsalter und dergleichen. Im übrigen ist mit Hilfe der rationellen oder teleologischen Auslegung dem Gesetz wenn auch nicht unmittelbar eine Entscheidungsnorm, so doch ein Anhaltspunkt hiefür oft auch da zu entnehmen, wo der Wortlaut völlig versagt, sei es dass das Gesetz überhaupt keine Vorschrift enthält, unter die sich der Fall subsumieren liesse (Subsumtionslücke. im Gegensatz zu der später zu nennenden Wertungslücke), sei es dass mehrere Bestimmungen in Betracht kommen, die sich in ihren Folgerungen widersprechen, was namentlich bei Bestimmungen aus Gesetzen, die zu verschiedener Zeit erlassen worden waren, nicht selten zutrifft. In solchen Fällen vermag einzig eine teleologische Auslegung und insbesondere eine weitblickende systematisch-teleologische Auslegung nach den Zwecken, die den verschiedenen Bestimmungen des Gesetzes oder auch anderer Gesetze derselben Rechtsordnung zugrunde liegen, aus dem Gesetz noch mehr herauszuholen.

So bleibt oft gerade der Richter, der von autonomer Rechtsauffassung ausgeht, am längsten dem Gesetze treu; er kann es ohne sich zu versklaven, denn das Gesetz ist für ihn nicht ein obrigkeitlicher Befehl, dem er sich gehorsam unterwirft, um dann, sobald er eine Lücke entdeckt, entweder ratlos seine Inkompetenz zu erklären oder machtbegierig selbst als kleiner Despot zu walten, — vielmehr betrachtet er das Gesetz dankbar als eine wertvolle Handhabe für seine Rechtsfindung. Gewiss steckt in dieser Interpretation bereits ein Element selbständiger Wertung: wenn z. B. eine andere Bestimmung auf Grund der teleologischen Methode analog angewandt wird — das ist der häufigste Fall systematischer Auslegung —, so urteilt über die entscheidende Frage, ob „eadem ratio" vorliegt, der Richter selbst, nach den Grundsätzen der freien Rechtsfindung; die inhaltliche Bestimmung der Entscheidungsnorm aber entnimmt er dem Gesetz, nicht freier Rechtsfindung. So stützt er sich auf das Gesetz, soweit es tragen kann.

Wo nun aber auch das Gesetz keinen Anhaltspunkt mehr bietet für die Entscheidung der Streitfrage, da wird er sich nicht inkompetent oder impotent erklären und die Klage ohne weiteres abweisen, — gerade da erst wächst er zur vollen Grösse seines Berufs: Schiedsrichter zu sein. Aber auch hier (bei völligen Wertungslücken) wird er nicht einfach willkürlich, aus staatlicher Machtvollkommenheit entscheiden, sondern gewissermassen als der Vertrauensmann der Parteien, die von ihm ein Urteil nach Recht und Gerechtigkeit erwarten: er wird die in Betracht kommenden Interessen im Hinblick auf ihre generelle Tragweite (ohne Ansehen der Person) gegeneinander abwägen, nach dem Gesichtspunkt des sozialen Ideals. Auf diese Weise sucht er bei Lücken im positiven Recht, gleich einem Gesetzgeber, zunächst eine allgemeine Entscheidungsnorm, nach der er dann den vorliegenden Fall beurteilt;[11]) für die Aufstellung der Entscheidungsnorm selbst stützt er sich einerseits auf die soziologischen Tatsachen — darum auch „soziologische Rechtsfindung" genannt —, anderseits auf die (normativen) Grundsätze des „richtigen Rechts".

Authentische Interpretation ist nach autonomer Auffassung staatlicher Eingriff, nicht anders als eine Gesetzesrevision, daher an die gleichen Voraussetzungen gebunden und so wenig rückwirkend wie ein revidiertes Gesetz.

Zusammenfassend lässt sich sagen: der Richter ist nach dieser Auffassung weder ein Diener des Gesetzes und der staatlichen Machtvollkommenheit noch ein selbstherrlicher Kadi, sondern ein Schiedsrichter, der ebenso unerschrocken wie bescheiden das Ziel verfolgt, bei unüberbrückbaren Differenzen zwischen den Parteien ohne Ansehen der Person nach Recht und Billigkeit zu ent-

---

[11]) So ausdrücklich die bekannte Bestimmung in Art. 1 des ZGB. Ebenso § 7 des österr. Allg. bürgerl. Gesetzb. und Art. 5 des schweizerisch-deutschen Schieds- und Vergleichsvertrags vom 3. Dezember 1921.

scheiden. Das Gesetz ist ihm eine willkommene Grundlage für sein Urteil; er sieht im Gesetzgeber nicht einen unfehlbaren — oder unbequemen Vorgesetzten, sondern den geschätzten Freund und Mitarbeiter.

Es galt hier nur in grossen Zügen die autonome Auffassung über das Verhältnis des Richters zum Gesetz und die Grundsätze der Auslegung und Lückenlehre klarzustellen. Selbstverständlich ist es in einer kurzen Übersicht nicht möglich, auf Besonderheiten im einzelnen einzugehen. Immerhin möchte ich, um Missverständnissen vorzubeugen, zwei solcher Besonderheiten wenigstens kurz berühren. Die erste betrifft das öffentliche Recht. Die bisherigen Ausführungen bezogen sich vorwiegend auf Streitfälle zwischen grundsätzlich Gleichgestellten; in erster Linie auf privatrechtliche Verhältnisse, im wesentlichen aber auch auf völkerrechtliche Differenzen — ja in mancher Hinsicht verspricht die völkerrechtliche Praxis, die keiner Zwangsnormen einer übergeordneten Macht gewärtig sein muss, geradezu Pionier der hier dargelegten autonomen Rechtsfindung zu werden. In seinen übrigen Teilen weist dagegen das öffentliche Recht Besonderheiten auf, die auch methodologisch von Bedeutung sind.

Vorerst fragt es sich, ob etwa im Verwaltungsrecht der Beamte, der hier zunächst entscheiden muss, nicht einfach das Gesetz, dessen Vollzug ihm anvertraut ist, anzuwenden hat, ob nicht jede Parallele zum Richter schon mit Rücksicht auf seine ganz andere Aufgabe und staatsrechtlichen Funktionen abgelehnt werden muss. Allein, kann er sich denn überhaupt damit begnügen, das Gesetz anzuwenden? Wie, wenn über einen notwendigen Bestandteil des Rechtssatzes eine Lücke besteht (indem dieser z. B. über die Zuständigkeit oder das Verfahren keine Vorschrift enthält)? Oder wenn ein Tatbestandsmerkmal nicht bestimmt genug gefasst ist (sodass Zweifel entstehen über die Anwendbarkeit des Rechtssatzes im vorliegenden Fall — was gerade im Verwaltungsrecht sehr häufig vorkommt)? Hier ist

das Gesetz nur noch Rahmen, nicht Richtschnur. Der Beamte muss, um überhaupt das Gesetz anwenden zu können, ohne dessen Wegleitung entscheiden. Dies kann auf zwei Arten geschehen: entweder erfolgt der Entscheid nach Gutfinden im Einzelfall, oder es wird, wie im Privatrecht vom Richter, hier vom Beamten im Rahmen des Gesetzes nach den Prinzipien des richtigen Rechts eine generelle Entscheidungsnorm aufgestellt, nach der er den vorliegenden Fall dann beurteilt. Die erste Art entspricht der imperativen, die zweite der autonomen Auffassung, jene ist ein Ausläufer des Staatsabsolutismus, diese ist letzte Konsequenz einer Gerechtigkeit ohne Ansehen der Person, unter Ausschaltung aller Willkür. Insoweit entscheidet also der Beamte, mag er in dieser oder jener Art vorgehen, wie er als Richter entscheiden würde.

Die methodologische Besonderheit in der Anwendung des öffentlichen Rechts beruht nicht auf der abweichenden Aufgabe des rechtsanwendenden Beamten, sondern auf der sachlichen Eigenart des öffentlichen Rechts selbst. Im öffentlichen Recht (wiederum unter Ausschluss des Völkerrechts) bedeuten die meisten Normen des Gesetzes — von den sog. subjektiven öffentlichen Rechten und blossen Organisationsnormen abgesehen — einen Eingriff in die individuelle Freiheit, und dieser wird nach autonomer Auffassung nur anerkannt, wenn den staatlichen Behörden, ähnlich wie dem Vorstand eines Vereins, gewissermassen die Vollmacht zum Erlass eines derartigen Gesetzes übertragen ist, d. h. wenn sie innert der Grenzen ihrer Zuständigkeit bleiben, und wenn die Garantien, die durch die generelle und leicht kontrollierbare Form des Gesetzes und die Innehaltung des Weges der ordentlichen Gesetzgebung gegen Willkür der Behörden geboten sind, nicht verletzt werden. Diese Garantien würden nun offenbar nicht mehr bestehen, wenn dem Einzelnen Pflichten auferlegt werden könnten, die nicht ausdrücklich durch ein solches ordnungsgemäss zustande gekommenes Gesetz vorgesehen sind. Daraus

ergibt sich hier eine Grenze für Auslegung und freie Rechtsfindung. Im Strafrecht kommt sie in dem Satz zum Ausdruck: nulla poena sine lege. Und analog muss für Staats- und Verwaltungsrecht der Grundsatz gelten: keine neue, nicht bereits im Gesetz festgelegte Verpflichtung.[12]) Dieser Grundsatz beruht nicht auf der besondern Stellung des Verwaltungsbeamten, auf seinen bloss vollziehenden Funktionen, sondern auf der Eigenart des Rechtsgebietes — die beispielsweise auch von einem Verwaltungsgericht genau in gleicher Weise zu beachten ist wie vom Beamten selbst.

Indessen schliesst der Grundsatz keineswegs jede Auslegung und freie Rechtsfindung im Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechtes aus. So ist eine Beschränkung der — nach dem Gesetzeswortlaut anzunehmenden — individuellen Pflichten auf Grund systematisch-teleologischer Auslegung durchaus möglich und statthaft, da hier die ratio jener strengen Bindung, der Schutz gegen willkürliche Übergriffe des Staats und der Behörden, ausscheidet. Selbst im Strafrecht ist aus diesem Grunde das Prinzip nulla poena sine lege nur zugunsten des Täters anzuwenden.[13]) Und ebenso ist die analoge Anwendung berechtigender Bestimmungen des Staats- und Verwaltungsrechts nicht ausgeschlossen.[14]) In allen diesen Fällen tritt der Gegensatz zur imperativen Auffassung wieder zutage, für die ein Abgehen vom Gesetzeswortlaut hier so wenig möglich wäre wie bei der Begründung individueller Pflichten.

Die zweite hier noch kurz zu erwähnende Frage betrifft den Einfluss des positiven Rechts und vor allem der Verfassung auf die methodologischen An-

---

[12]) Beispiele bei Burckhardt, Lücken des Gesetzes (1925), S. 10.

[13]) Beispiele teleologischer Auslegung gegen den Wortlaut zugunsten des Täters, Z.f.schw.R. 43, S. 195, 200, 202 ff.

[14]) Beispiele habe ich in der Z. des bernischen Juristenvereins 62, S. 69/70 angeführt.

sichten. Grundsätzlich unterliegt auch die Verfassung wie alles positive Recht der kritisch methodologischen Beurteilung,[15]) nicht umgekehrt. Es kann sich also hier überhaupt nicht um eine kritische, sondern nur um eine psychologische oder soziologische Untersuchung handeln.

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass die Verfassung, die in der Regel als Ausdruck der grundsätzlichen Rechtsüberzeugung in einem Lande gelten darf, tatsächlich immer mehr oder weniger auf die Auslegung abfärbt, oder sagen wir vorsichtig und unverbindlich: damit in einem gewissen Zusammenhange steht. Es ist klar, dass eine autokratische Verfassung imperative Grundsätze in der Rechtsanwendung verständlicher erscheinen lässt als eine demokratische Verfassung. Immerhin ist vom autonomen Standpunkt einerseits zu beachten, dass die geschriebene Verfassung oft nicht mehr ganz der vorherrschenden Rechtsüberzeugung entspricht, und nur deshalb nicht geändert worden ist, weil die tatsächlich geltenden, unmittelbar anwendbaren Rechtssätze keinen Anlass zu einer Änderung geben; man muss sich also hüten, die Verfassung ausschliesslich nach ihrem Wortlaut als Masstab für die Rechtsüberzeugung zu betrachten. Und anderseits ist auch nicht zu übersehen, dass prinzipiell die Rechtsauffassung das a priori, die Verfassung das a posteriori bedeutet.

Zwei Einwände sind es, die vom Standpunkt des positiven Verfassungsrechts den Grundsätzen, die hier als Konsequenz der autonomen Auffassung entwickelt worden sind, vor allem gemacht werden: die freie Rechtsfindung des Richters widerspreche 1. dem staatlichen Gesetzesmonopol und 2. dem Prinzip der Trennung der Gewalten. Ohne auf Einzelheiten bestimmter Rechtsordnungen in diesen allgemeinen Ausführungen einzutreten, lässt sich sagen, dass wohl durch das „Gesetzesmonopol“ ein ausschliessliches Recht des Staates zum

[15]) Als Beispiel kann mein Aufsatz in der Z. des bernischen Juristenvereins 60, S. 409 ff. und 465 ff. nachgeschlagen werden.

Erlass imperativer Vorschriften begründet und der gesetzgebenden Behörde die ausschliessliche Zuständigkeit übertragen werden mag; aber das bedeutet nicht Ausschliesslichkeit in dem Sinne, dass eine Rechtsbildung anders denn durch staatliches Gesetz nicht möglich wäre, es liegt darin keine Monopolisierung der Rechtsbildung überhaupt, sondern höchstens der imperativen Rechtsbildung. Es ist ein typisches Zeichen imperativer Grundauffassung, wenn man sich die Rechtsbildung nicht anders vorstellen kann als eben in der Form des Imperativs. Der Einwand beruht also auf einer petitio principii. Daraus erklärt sich vielleicht auch der Einwand gegen die richterliche Rechtsfindung mit Rücksicht auf den Grundsatz der Gewaltentrennung. Gewiss hat der Richter in seinem Urteil keine imperativen Vorschriften aufzustellen; doch das tut er auch nicht, auch nicht bei freier Rechtsfindung; er stellt dort lediglich Grundsätze auf, nach denen er selbst den ihm vorgelegten Streitfall beurteilt; dass er auch späterhin, bessere Belehrung oder andere Verhältnisse vorbehalten, nicht anders urteilen wird und dass darum Richter unterer Instanzen sich von vornherein ebenfalls an diese Grundsätze halten, ändert nichts an der Tatsache, dass sie für ihn selbst ursprünglich nichts anderes sind als Entscheidungsnormen ohne jeden imperativen Geltungsanspruch. Aber widerspricht diese richterliche Rechtsbildung nicht doch dem Sinn und Zweck der Gewaltentrennung? Das System der Gewaltentrennung ist gedacht als ein Schutz gegen Willkür der Exekutive und der Gerichte; diese sollen an das Gesetz gebunden sein, das allgemeingültig, ohne Rücksicht auf den konkreten Fall, durch eine davon ganz unabhängige Behörde erlassen worden ist. Ein solcher Schutz gegen die Willkür der Gerichte erschien s. Z. umso notwendiger, als mit dem Erwachen der Menschen zum individuellen Selbstbewusstsein das einigende Band der herkömmlichen Rechtsüberzeugungen zerrissen wurde und die an ihre Stelle tretenden individuellen Werturteile zunächst — um der individuellen

Selbstbehauptung willen — zentrifugal auseinanderstrebten, sodass man sich von seiten des Richters ohne derartige Sicherungsmassnahmen glaubte der grössten Willkür versehen zu müssen. Es wäre nun verfehlt, das Prinzip der Gewaltentrennung zu verabsolutieren; vielmehr soll es nach eben diesem Zweck interpretiert werden: die freie Rechtsfindung des Richters stünde dazu nur im Gegensatz, wenn es überhaupt möglich wäre, sein persönliches Werturteil ohne anderweitige Willkür auszuschalten; ist nun in casu aus dem positiven Recht keine Bestimmung zu entnehmen, so wäre es offenbar mindestens ebenso willkürlich, dem Kläger von vornherein jeden Rechtsschutz zu versagen oder ganz nach freiem Ermessen des Einzelfalls zu entscheiden, als nach den Grundsätzen des richtigen Rechts eine generelle Norm aufzustellen und danach den Fall zu beurteilen, und die Willkür würde nur noch erhöht, wenn in spätern gleichliegenden Fällen nicht nach den gleichen Normen entschieden werden sollte. Den besten Schutz gegen Willkür bietet in solchen Fällen gerade die Aufstellung einer generellen Entscheidungsnorm und Kontrollierbarkeit dieses Verfahrens infolge des Begründungszwangs.

Zum Schlusse möchte ich noch den Unterschied zwischen imperativer und autonomer Rechtsauffassung de lege ferenda berühren. Der imperativen Auffassung entspricht eine möglichst lückenlose, kasuistische Gesetzgebung und eine „plénitude de détermination" auch in der Bestimmung der einzelnen im Gesetz verwandten Begriffe. Am besten ist nach dieser Auffassung das Gesetz, das auf alle möglichen Fragen eine eindeutige Antwort enthält; bei dem es nichts zu ergänzen und wenn möglich auch nichts auszulegen gibt. Ganz anders die autonome Auffassung: gewiss verlangt auch sie im Interesse der Rechtssicherheit möglichst scharf bestimmte Tatbestände und „praktikable" Rechtsbegriffe; allein diese sollen sich auf das Wichtigste beschränken. Wer auf dem Boden einer autonomen Auffassung des Rechtes steht, erwartet nicht

alles vom Gesetz, er weiss, dass Lücken auf keinen Fall zu vermeiden sind, da die Zukunft nicht vorausgesehen werden kann, und er braucht die Lücken des Gesetzes nicht zu scheuen; wichtiger als der Strohhalm, den eine nicht darauf eingestellte Gesetzesvorschrift als Stütze bieten könnte, ist ihm die Angemessenheit des Entscheides; gern trägt dafür der Richter die Verantwortung. Als Beispiele stelle man etwa das preussische allgemeine Landrecht und das schweizerische Zivilgesetzbuch einander gegenüber: dort, im vollkommensten Gesetzgebungswerk des fürstlichen Absolutismus, eine minutiöse Regelung aller Einzelheiten, hier, im vielgerühmten Gesetzbuch einer Demokratie, das schon in seinem ersten Artikel Lücken im Gesetz anerkennt und den Richter ermächtigt, unter solchen Umständen nach Art des Gesetzgebers selbst generelle Entscheidungsnormen aufzustellen, um danach den vorliegenden Fall zu entscheiden, hier finden wir oft sehr weit gefasste Tatbestände, „un schéma des directions juridiques plutôt qu'un ensemble de prescriptions destinées à régenter tous les rapports de droit" (Gény).

Ein weiteres Postulat der imperativen Rechtsauffassung ist möglichst umfassende Kodifikation; nicht nur das einzelne Gesetz soll möglichst alle darauf bezüglichen Fälle regeln, sondern das ganze Rechtsgebiet ist nach imperativer Auffassung möglichst vollständig durch Gesetze zu ordnen. In der Tat begannen denn auch in der Hochkonjunktur imperativer Anschauungen die grossen Kodifikationen, in jener Zeit entstanden die Gesetzbücher Friedrichs II., Josephs II. und Napoleons. Es waren inhaltlich grösstenteils ganz hervorragende Werke. Aber wenn man nicht selbst einer imperativen Rechtsauffassung huldigt, kann man mit dem besten Willen die damit anhebende Kodifikationsepidemie nicht als erfreulich bezeichnen. Man mag Savigny, der als Vertreter der historischen Schule und Liebhaber des Gewohnheitsrechts dagegen auftrat, für voreingenommen er-

klären: Tatsache ist jedenfalls, dass die Bewegung vielerorts zu einer Gesetzeshypertrophie geführt hat, die dem Ansehen des Rechts selbst schadet; denn nach dem Beispiel der imperativen Theorie unterscheidet der Laie meist nicht zwischen Gesetz und Recht, auch für ihn ist das Gesetz dessen einzige mögliche Form, und so droht denn die Überspannung des Gesetzes dem Rechtsgedanken überhaupt gefährlich zu werden.

Nach autonomer Rechtsauffassung ist im Gegensatz zur imperativen gerade umgekehrt der Grundsatz aufzustellen: so wenig gesetzliche Vorschriften wie möglich. Soviel wie möglich soll freie Vereinbarung zwischen den Beteiligten vorbehalten werden. Auch wo es dauernder Zusammenarbeit bedarf, ist grundsätzlich die Bildung freier Sondergemeinschaften, Gesellschaften oder Genossenschaften, nicht Übernahme durch den Staat anzustreben. Diese Einstellung braucht keineswegs einem Misstrauen gegen den Staat zu entspringen. Misstrauen und Feindseligkeit gegen den Staat werden ihrerseits umgekehrt gerade durch diejenigen erzeugt, die ihn zum Fussschemel ihrer imperativen Rechtsauffassung machen, zum Polizeistaat, der im Dünkel seiner Machtvollkommenheit auch in persönliche Verhältnisse ohne jedes allgemeine soziale Interesse hineinzuregieren sich anmasst. Beschränkt man hingegen, entsprechend der autonomen Auffassung, Staat und Gesetz auf die Wahrung gemeinsamer Interessen, ähnlich wie dies für seinen (sachlich und meist auch räumlich) beschränkten Kreis der Verein besorgt,und erblickt man in der Regierung eine Art Aktionsausschuss, der diesen gemeinschaftlichen Interessen dient, nicht etwa die ihm verliehene Macht zu eigennützigen Zwecken missbraucht, so besteht kein Anlass zu irgendwelcher Feindseligkeit gegen den Staat und seine Lenker. Es ist auch gewiss nicht zu befürchten, dass die Staatsaufgaben durch solche Beschränkung nicht mehr gross genug wären: die sozialen Beziehungen werden ja immer mannigfaltiger, immer neue Anforderungen werden in der Folge an den

Staat herantreten, denen nur er allein gewachsen ist. Um so nötiger ist es, ihn von allem zu entlasten, wozu es seiner nicht bedarf. Vor allem kann manches den Berufsverbänden überlassen werden, was heute der Staat gesetzgeberisch und administrativ durchführt. Der Staat sollte mit seinen Gesetzen nur intervenieren, wenn und soweit ein gemeinschaftlicher Zweck auf anderem Weg nicht oder nur in unbefriedigender Weise zu erreichen ist.

Ich habe bereits bei meinem Hinweis auf die Grenzen autonomer Rechtsbildung die Bedürfnisse der Rechtssicherheit hervorgehoben: diese verlangen oft eine gesetzliche Regelung, ohne dass es für die Gemeinschaft von wesentlicher Bedeutung wäre, ob der Inhalt dieser Regelung so oder anders ausgestaltet wird; in solchen Fällen genügen nach autonomer Auffassung dispositive Bestimmungen, die der unmittelbaren Verständigung der Beteiligten alle wünschbare Bewegungsfreiheit gewähren. Daneben gibt es allerdings zahlreiche Fälle, in denen dieses nachgiebige Gesetzesrecht nicht genügt, wo — um der Rechtssicherheit oder der Gerechtigkeit willen — zwingende Normen unentbehrlich sind, auch vom Standpunkt einer autonomen Auffassung; ich habe beispielsweise die Schutzbestimmungen zugunsten Urteilsunfähiger erwähnt. Es wären noch sehr viele andere zu nennen. Immerhin soll und kann nach autonomer Auffassung die Intervention des befehlenden Gesetzes in normalen Zeiten sich auf ein Mindestmass beschränken. In Krisenzeiten dagegen können diktatorische Vollmachten nötig werden, um die Rechtssicherheit und soziale Aktionsfähigkeit zu gewährleisten. Schon die alte römische Republik kannte diese Diktatur während der Kriege, und in neuester Zeit haben auch ausgesprochene Demokratien vorübergehend eine solche legale Diktatur eingeführt: die ausserordentlichen Vollmachten des schweiz. Bundesrates, die décrets-lois in Frankreich, die Vollmachten für die finanzielle Wiederaufrichtung in Belgien usw. Hier überall ist die Diktatur mit der autonomen Rechtsauffassung grund-

sätzlich vereinbar, sie bedeutet nur eine äusserste Zuspitzung des Prinzips delegierter Kompetenzen. Anzustreben ist jedoch auch hier möglichst genaue Bestimmung der Vollmachten, ihre sachliche und zeitliche Begrenzung.

Typisch für imperative Rechtsauffassung ist ferner das willkürliche Oktroyieren von Gesetzen, das wiederum in reinster Form in den Zeiten des Absolutismus anzutreffen ist. „Car tel est notre plaisir," hat Louis XIV ganz unverblümt erklärt. Und auch ein so gewissenhafter und idealgesinnter Herrscher wie Joseph II. verfuhr im Grunde nicht anders; er diktierte den Belgiern Gesetze, ohne im geringsten auf deren Eigenart Rücksicht zu nehmen. Nach autonomer Rechtsauffassung sind das Ungeheuerlichkeiten: sie verlangt auch vom Gesetz Berücksichtigung der Bedürfnisse und des Rechtsbewusstseins der Betroffenen, m. a. W. eine soziologische Grundlegung. Die Demokratie ist gewiss die Form der Gesetzgebung, die dieser Forderung am leichtesten gerecht wird; allein auch da ist es nötig, die Postulate der unmittelbar Beteiligten, ihre Nöte und Interessen, noch besonders festzustellen, bevor zum Imperativ des Gesetzes gegriffen wird. Wenn aber einmal ein Gesetz erlassen ist, so darf es nach autonomer Auffassung nicht ohne wichtigen Grund wieder geändert werden: Gelegenheitsgesetze mit fortwährenden Verbesserungen und Zusätzen — die vielleicht vom imperativen Standpunkt wünschbar erscheinen mögen — müssen vom autonomen Standpunkt als willkürliche Eingriffe einer fremden Macht empfunden werden. Nicht wesentlich anders verhält es sich mit der gesetzlichen Einführung fremden Rechtes wie etwa der Rezeption des römischen Rechtes im Mittelalter oder jüngst der Rezeption des schweizerischen ZGB in der Türkei: eine solche Übernahme an sich vortrefflicher fremder Rechtsbücher mag nach imperativer Auffassung durchaus zweckmässig und empfehlenswert sein, vom autonomen Standpunkt wird sie ebenfalls als Willkür empfunden.

Dabei mag ohne weiteres zugestanden werden, dass die soziologische Struktur der Völker und ihr Rechtsbewusstsein oft viel weniger verschieden sind als ihre Gesetze, und dass sogar gewisse Rechtsgebiete unbeschadet der nationalen Eigenart ganz gut international vereinheitlicht werden könnten, ja mit Rücksicht auf den gesteigerten internationalen Verkehr vereinheitlicht werden sollten (z. B. Wechselrecht); aber gerade in den erwähnten Fällen handelt es sich nicht bloss um solche Gebiete und nicht bloss um geringfügige Unterschiede in den Anschauungen der beiden Völker.

Der Gegensatz zwischen imperativer und autonomer Rechtsauffassung ist auch für die Struktur der sozialen Willensbildung von Bedeutung. Die imperative Auffassung hat eine territoriale Grundlage, das eigentumsähnliche Hoheitsrecht des Staates.[16]) Die autonome Auffassung dagegen gründet sich auf ein Persönlichkeitsrecht des Einzelnen und den freien Zusammenschluss der Individuen. Dieser Zusammenschluss erfolgt entsprechend ihren gemeinsamen Bedürfnissen, Interessen und Bestrebungen materieller oder idealer Art. Das Territorium erscheint von diesem Standpunkt als die gegebene Grundlage des Rechts in Epochen überwiegend landwirtschaftlichen Charakters. In unsern gegenwärtigen Verhältnissen muss nun aber die Bildung des Staatswillens z. B. auf Grund territorial begrenzter Wahlkreise in mancher Hinsicht als Ana-

---

[16]) Das auf Blutsverwandtschaft beruhende biologisch-völkische Band ist ein Erbe der traditionalistischen Auffassung. In neuerer Zeit hat im Recht das Wohnsitzprinzip mehr und mehr das Heimatsprinzip verdrängt; wenigstens gilt dieses nirgends mehr in starrer Form, da die Heimatberechtigung durch Naturalisation erworben werden kann. Rein völkisch war das Recht in den jungen süd- und westeuropäischen Staaten des frühen Mittelalters, wo die germanischen Eroberer und die alte einheimische Bevölkerung unter verschiedenem Rechte lebten. Die bis vor kurzem bestehende Konsulargerichtsbarkeit in der Türkei und China ist in gewissem Sinne ein Ausläufer dieses völkischen Rechts.

chronismus erscheinen. Innert weniger Generationen hat sich tatsächlich ein gewaltiger wirtschaftlicher und sozialpsychologischer Wandel vollzogen; die Gemeinschaft der Bedürfnisse und Bestrebungen und Interessen beruht nur noch selten auf lokaler Grundlage: wir wissen oft gar nicht mehr, was in der eigenen Gemeinde vor sich geht, wir kennen nicht einmal unsere Nachbarn; hingegen sind wir mit den Angehörigen unseres Berufes im ganzen Land und oft darüber hinaus im Ausland eng verbunden, geistig, wirtschaftlich, sozial. Oder nehmen wir ein anderes, nicht weniger typisches Beispiel: sogar der einfachste Handelslehrling, Mitglied eines Fussballklubs, kennt die Namen der Fussballchampions auf fernen Kontinenten. Wir haben heute ein ganz anderes Lebensgefühl und Weltbild, und dementsprechend hat sich auch die soziologische Grundlage des Rechtes verändert. Die räumliche Zusammengehörigkeit spielt nur noch eine verhältnismässig kleine Rolle, etwa für Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung oder den Konsum von Waren, die rascher Verderbnis ausgesetzt sind; das Schwergewicht wirtschaftlicher und kultureller Gemeinschaftsinteressen liegt in anderer Richtung. Der Niederschlag in der Gestaltung des Rechts und in der Struktur der sozialen Willensbildung kann nicht ausbleiben. Besonders der Berufsverband wird ein wichtiges Element dieser neuen Willensbildung zu werden vermögen.

Sie kann entweder rein autonom, durch Vereinbarungen und freiwilligen gesellschaftlichen Zusammenschluss erfolgen oder in Staat und Gesetzgebung sich auswirken, sei es dass den Berufsverbänden (oder andern personal begründeten wirtschaftlichen, politischen oder kulturellen Sondergemeinschaften) unmittelbar ein Vertretungs- oder Wahlrecht für die gesetzgebende Behörde zuerkannt, sei es dass ihnen neben einer auf Grund territorialer Wahlkreise bestellten gesetzgebenden Behörde in gewissen Fragen ein Mitspracherecht eingeräumt wird. Dieser letztere Weg ist in neuester Zeit oft eingeschlagen worden: Reichswirtschaftsrat in Deutschland, Conseil national

économique in Frankreich usw. (die allerdings zu einseitig wirtschaftlich orientiert wären, um etwa selbständig auch die allgemeinen sozialen und beruflichen Probleme zu lösen). Ein anderes gemischtes System der Rechtsbildung finden wir in autonom begründeten Tarifverträgen, die von staatlichen Behörden für alle Angehörigen des Berufs verbindlich erklärt werden. Noch stärker kommt das Prinzip der autonomen Rechtsbildung in den Anregungen und Vorschlägen zur Geltung, die ich in meinem Gutachten über die Postulate für eine schweiz. Gewerbegesetzgebung dem eidg. Arbeitsamt unterbreitet habe. Danach soll Berufsverbänden oder Gruppen von Berufsverbänden mit einer gewissen Mindestzahl von Mitgliedern, die zugleich einen gewissen Bruchteil der Berufsangehörigen umfassen, ein Vorschlagsrecht für einzelne ihren Beruf betreffenden Fragen eingeräumt werden; der Vorschlag wäre unter Ansetzung einer angemessenen Einsprachefrist zu veröffentlichen; wird von den Berufsangehörigen keine Einsprache erhoben, so soll er in gewissen Fällen, in denen keine Interessen Dritter in Frage kommen, ohne weiteres als genehmigt gelten (z. B. Einführung eines öffentlich anerkannten Fähigkeitsausweises als Voraussetzung für das Recht auf den Meistertitel und die Haltung von Lehrlingen); in andern Fällen und wenn Einsprache erhoben wird, hätte die politische Behörde über die Genehmigung oder Ablehnung des Antrages zu entscheiden. Endlich ist in diesem Zusammenhang die deutsche Gesetzgebung über die Betriebsräte, in gewissem Sinne auch das italienische Gesetz über die rechtliche Regelung der kollektiven Arbeitsbedingungen zu erwähnen. Es soll hier in keiner Weise, weder zustimmend noch ablehnend, zum Inhalt dieser Gesetze und Projekte Stellung genommen werden; es gilt ausschliesslich, zu zeigen, in welcher Weise das Prinzip der autonomen Rechtsbildung auch im „öffentlichen" Recht sich Eingang zu verschaffen versucht. In allen diesen unter sich so verschiedenen Ansätzen scheint mir diese gleiche grundsätzliche Rechtsauffassung am Werke zu sein.

Wenden wir uns nun noch kurz zur internationalen Rechtsbildung. Nach imperativer Auffassung beruhen die Beziehungen zu andern Staaten ausschliesslich auf der Macht. Wenn auch, ähnlich wie in der privatrechtlichen Entwicklung, an Stelle der Ausrottung der Besiegten die Unterjochung und später noch humanere Herrschaftsformen getreten sind, so ist doch nach imperativer Rechtsauffassung der wesentliche Charakter des Verhältnisses derselbe geblieben. Es entspricht dieser Auffassung, wenn noch bis in die neueste Zeit Diktatfriedensverträge die Grundlage der wichtigsten internationalen Beziehungen geblieben sind. Imperialismus, Kolonialherrschaft, Kapitulationen, Annexionspolitik, die Schaffung eines fait accompli, z. B. im Falle Bosniens und der Herzegowina, die Pfänderpolitik in der Ruhr, die Heilige Allianz, das Konzert der Grossmächte, ja sogar die Bündnissysteme zur Erhaltung des berühmten Gleichgewichts: all das sind Formen internationaler Beziehungen, die auf den gleichen Grundsätzen der Macht beruhen.

Erst seit dem Weltkrieg haben autonome Bestrebungen grösseren Einfluss gewonnen. Allen voran steht die Proklamation des Selbstbestimmungsrechts der Völker. Da das Sebstbestimmungsrecht naturnotwendig unvollkommen bleiben muss, da beim territorial bestimmten Staat ohne eine gewisse Majorisierung nicht auszukommen ist, hat das neueste Völkerrecht, vorläufig wenigstens für einzelne Staaten, einen Minderheitenschutz ausgebildet, der vielleicht sogar für das innerstaatliche Recht (sog. Landesrecht) in gewisser Hinsicht vorbildlich werden könnte. Das Selbstbestimmungsrecht gilt nur für geistig und politisch reife Völker, analog der privatrechtlichen Handlungsfähigkeit; aber auch die unreifen sollen nach autonomer Rechtsauffassung nicht bloss — als Kolonien — ein Gegenstand der Ausbeutung der andern sein, sondern, wiederum analog dem Privatrecht, gewissermassen unter Vormundschaft, unter Protektorat gestellt werden. Protektorate bestanden dem Namen nach schon früher;

doch erst das sog. Mandatsystem, wie es seit dem letzten grossen Kriege eingeführt worden ist, macht das Verhältnis zu einem durchaus völkerrechtlichen und gibt durch eine von Unbeteiligten durchzuführende Kontrolle Gewähr gegen Missbrauch eines herrschsüchtigen Protektors. Wie beim Jugendlichen besteht seine Aufgabe darin, den Schützling zur politischen Reife zu erziehen und damit zu einem vollberechtigten Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft. — Die Anerkennung der Autonomie und grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller zur Selbstbestimmung reifen Völker ist ein weiteres Postulat dieser Rechtsauffassung.[17]) Wenn die Grossmächte als ständige Mitglieder des Völkerbundsrates noch eine Vorzugsstellung geniessen, so kommt darin wohl ein Rest imperativer Denkungsart zum Ausdruck; aber was bedeutet das im Vergleich zur unbeschränkten Willkürherrschaft der Mächtigen vor der Schaffung des Völkerbundes? und sind übrigens die Grossmächte nicht meist die volksreichsten Kulturvölker? Jedenfalls entspricht der Völkerbund den Postulaten autonomer Rechtsgestaltung auch insofern, als er zum erstenmal eine dauernde enge Zusammenarbeit zwischen den Nationen in die Wege geleitet hat. Bemerkenswert ist ferner die Wendung in der britischen Kolonialpolitik vom Imperialismus zur autonomen, föderativen Auffassung, die anlässlich der letzten Reichskonferenz, kaum 150 Jahre nach der Unabhängigkeitserklärung der U.S.A. und erst wenige Jahre nach Home Rule, einen vollen Erfolg errungen. Autonomie heisst nicht Anarchie, auch nicht in den internationalen Beziehungen; im Gegenteil: gerade der Imperialismus lässt ein eigentliches Rechtsverhältnis zwischen den Staaten nicht aufkommen, „la force prime le droit", und selbst bei kleinern Staaten prallen die Bestrebungen zur Schaffung eines als verbindlich anerkannten internationalen Rechtes oft an

[17]) Ein Analogon bildet die Gleichwertigkeit der Einzelstaaten im Bundesstaat; darüber Schindler, Die Gleichheit der Kantone (1921). Vgl. dagegen Territorien in den U.S.A.

dem überspannten Begriff der Souveränität und andern imperativen Vorurteilen ab — Solidarität, nicht Souveränität muss da die Losung sein.

Die Anhänger einer imperativen Rechtsauffassung vermissen im Völkerrecht vor allem die Zwangsorganisation. Sie stellen deswegen sogar die Rechtsnatur des Völkerrechts in Frage; kritiklos werden die gewohnten Begriffe des innerstaatlichen Rechts auf die internationalen Verhältnisse übertragen. Nach autonomer Auffassung ist die Zwangsorganisation keineswegs unentbehrliches Merkmal des Rechts. Ein anderes Postulat steht für sie im Vordergrund, um internationale Streitigkeiten aus der Welt zu schaffen: Vergleichsverfahren und Schiedsgerichtsbarkeit. Es gilt, wenn irgend möglich, die Selbsthilfe zu vermeiden. In neuester Zeit sind immer häufiger die zwischenstaatlichen Streitigkeiten, sei es einzeln im gegebenen Fall, sei es allgemein für künftige Fälle, einem Schiedsgericht zur Entscheidung überwiesen worden. So hatte z. B. England schon vor dem Weltkrieg mit Deutschland und Frankreich sog. allgemeine Schiedsverträge abgeschlossen; allein, diese Vereinbarungen enthielten die „Ehrenklausel," d. h. wenn die Unabhängigkeit oder die Lebensinteressen oder die Ehre einer Partei berührt wurden, war das Schiedsverfahren nicht anwendbar; so machte diese Klausel, die deutlich den Stempel des starren, aus imperativer Anschauung entsprungenen Souveränitätsbegriffes an der Stirne trägt, die Vereinbarungen doch wieder fast wertlos. Auch auf den Haager Konferenzen hatte man umsonst versucht, die obligatorische Schiedsgerichtsbarkeit einzuführen. Erst seit dem Krieg hat diese Idee wesentliche Fortschritte gemacht. Zwar wurde bekanntlich das Genfer Protokoll von Grossbritannien nicht ratifiziert; dafür hat aber der englische Aussenminister, dem Gedanken der Sondergemeinschaft entsprechend, für die Sicherung des Friedens an der gefährlichsten und wichtigsten Reibungsfläche, am Rhein, einen besondern Pakt der unmittelbar be-

teiligten westeuropäischen Staaten empfohlen, und Locarno sollte dann in der Tat wie Genf einen Markstein in der Geschichte des Völkerrechts bedeuten. Auch der durchaus in autonomem Geiste liegende Schlichtungsgedanke ist im Rheinpakt durch die Schaffung einer ständigen Vergleichkommission in vorbildlicher Weise verwirklicht worden. Schon die Völkerbundsversammlung von 1922 hatte den Abschluss von Vergleichsverträgen angelegentlich empfohlen, und seither häufen sich die Vergleichs- und Schiedsverträge zwischen den einzelnen Staaten. Aber erst der schweizerisch-italienische Vertrag von 1924 hat die unbeschränkte Zuständigkeit des Schiedsgerichts für alle möglichen, die beiden Staaten berührenden Streitfragen vorgesehen.

Bisher war von der Ausgestaltung des internationalen Rechts als des zwischenstaatlichen Rechts die Rede; die Staaten sind dessen Elemente. Aber ist nicht auch internationales Recht im Werden, das die staatlichen Grundlagen durchbricht? Es ist bereits auf die internationalen Kartellvereinbarungen hingewiesen worden (deren Geltung zu gewährleisten oder Missbräuche zu verhindern der einzelne Staat ohnmächtig ist). Ferner hat z. B. die internationale Handelskammer vor einigen Jahren zur Erledigung von Streitigkeiten über gewerblichen Rechtsschutz zwischen Angehörigen verschiedener Staaten die Schaffung eines internationalen Schiedsgerichtes vorgeschlagen, das ohne staatliche Vermittlung von den einzelnen Gewerbetreibenden angerufen werden könnte. Auch die Bedeutung internationaler Vereinigungen politischer, wissenschaftlicher und künstlerischer Art ist in diesem Zusammenhang nicht zu unterschätzen. Mit der Internationalisierung der Wirtschaft und Kultur wird der imperativ-etatistischen Rechtsauffassung, die auf der Staatshoheit aufbauen möchte, die soziologische Grundlage entzogen. Es scheint mir, dass so etwas wie ein Weltrecht oder mit beschränkterem Geltungskreis jedenfalls übernationales Recht im Entstehen begriffen ist, vor-

wiegend durch autonome Rechtsbildung. Gibt es nicht jetzt schon gewissermassen ein „Weltbürgerrecht", allgemeine Menschenrechte oder Persönlichkeitsrechte und individuelle Freiheiten, wie Integrität von Leib und Leben, Niederlassungsrecht, Vertragsfreiheit und dergl., die — soweit sie nicht Interessen Dritter verletzen — kein Staat ohne zwingenden Grund anzutasten wagt, gleichgültig wie seine Gesetzgebung aussehen mag? Um dies ganz zu verstehen, ist wohl neben dem mit bewusstem Willen gesetzten, durch Vereinbarung geschaffenen ein ungeschriebenes autonomes Recht anzunehmen; in der Vision eines solchen Rechts, zu dem auch wir vielleicht noch nicht ganz reif sind, das aber doch wohl bereits beginnt, eine Wirklichkeit zu werden, liegt wie mir scheint, der bedeutendste Kern der naturrechtlichen Theorien. Dieses stillschweigend als verbindlich anerkannte Recht und das Gewohnheitsrecht sind oft nicht streng auseinanderzuhalten; von jenem unterscheidet es sich grundsätzlich dadurch, dass es nicht auf Gewohnheit, auf Tradition beruht, sondern normativ begründet ist, auf der Überzeugung der sachlichen Richtigkeit. Es ist ohne weiteres klar, dass solches Recht nicht an die staatlichen Grenzen gebunden sein kann, sondern vielmehr mit dem Kulturkreis zusammenhängt. Aus dem römischen Recht, dem Gewohnheitsrecht christlich-mittelalterlicher Prägung, den naturrechtlichen Ideen und übereinstimmenden Rechtsgrundsätzen der Kulturstaaten hat sich allmählich ein übernationales Rechtsbewusstsein herausgebildet, das umso stärker zur Geltung kommt, je mehr die imperative Rechtsbildung zurücktritt. Die völkerrechtliche Praxis hat diese allgemeinen Rechtsgrundsätze, zu denen namentlich auch diejenigen über Vertrag, Willensmängel und dergl. gehören, mehrfach ausdrücklich als massgebend anerkannt: z. B. Art. 5 des Schieds- und Vergleichsvertrages zwischen der Schweiz. Eidg. und dem Deutschen Reich vom 3. Dez. 1921, Entscheid des englisch-amerikanischen Schiedsgerichtshofes vom 9. Nov. 1923 und vor allem Ziffer 3 des

Art. 38 der Statuten des ständigen Internationalen Gerichtshofes. Vielleicht berühren wir hier den tiefsten Grund der Geltungskraft alles Rechts: sowohl der autonome Grundsatz pacta sunt servanda als auch die Verbindlichkeit der Gesetze sind wohl letzten Endes im Rechtsbewusstsein der Kulturnationen verankert.[18])

Ein derartiges Bekenntnis zu übernationaler Rechtsbildung bedeutet nicht, dass man die Wurzeln nationaler Eigenart des Rechts verkennt; der Hinweis auf die Bemerkungen über gesetzliche Rezeption fremden Rechts mag genügen, um derartige Vor- oder Einwürfe zu entkräften. Aber es wäre kurzsichtig, wegen des Dogmas der Souveränität jede ausser- und überstaatliche Rechtsbildung von vorneherein abzulehnen. Eine Reihe der wichtigsten Probleme künftiger Rechtsgestaltung lässt sich angesichts der internationalen Rückwirkungen, wegen der internationalen Konkurrenz, Kapitalflucht und dergl., auf dem Boden des einzelnen Staates gar nicht lösen. Da darf nach autonomer Auffassung ein Dogma nicht im Wege stehen — zumal wenn es, wie wir ja gesehen, einer einseitigen Überspitzung imperativer Rechtsanschauung entspringt. —

Ich bin am Ende. Meine Absicht war, an verschiedenen Problemen zu zeigen, dass die darüber bestehenden Meinungsdifferenzen auf grundsätzlich verschiedenen Rechtsauffassungen beruhen. Es scheint mir, dass insbesondere drei Typen festzustellen sind: die ich als traditionalistische, imperative und autonome Rechtsauffassung bezeichnet und umschrieben habe. Dass ich selbst der autonomen Auffassung zuneige, ist dem Leser wohl nicht entgangen; indessen verfolgte ich nicht den Zweck, hier deren „Richtigkeit" nachzuweisen, ich wollte durch meine Ausführungen nur dartun, dass die imperative Rechtsauffassung, die heute in der juristischen Theorie zweifellos vorherrscht, nicht die einzig mögliche oder einzig ange-

[18]) Vgl. in der geistvollen Abhandlung von H. Reichel über Gesetz und Richterspruch S. 62.

messene Auffassung des Rechtes ist, dass früher schon eine andere, die traditionalistische, und jetzt wieder eine andere, die autonome Auffassung, auf die Rechtsbildung einen bestimmenden Einfluss haben und gehabt haben. Wenn ich dabei auf die Folgerungen einer autonomen Auffassung etwas einlässlicher hinzuweisen für gut fand, so geschah es einerseits, weil diese zum Teil noch gar nicht gezogen worden sind, nicht einmal als Postulate geltend gemacht wurden, und anderseits weil sie für die künftige Rechtsentwicklung von weit grösserer Bedeutung zu sein scheinen als alles, was die traditionalistische Auffassung noch bringen mag. Allein das Ziel war nur, durch diese Auseinandersetzung den Boden zu bereiten für eine Methodologie der Rechtsbildung und Rechtsanwendung, und hiefür galt es zunächst einmal die Bedingtheit und Beschränktheit der so „selbstherrlich" sich gebärdenden imperativen Rechtsauffassung aufzuzeigen; der Kampf um die methodologischen Kontroversen erweist sich als Spiegelfechterei, solange man sich nicht über die jeweils zugrunde liegenden fundamentalen Rechtsauffassungen klar geworden ist.

Um Missverständnissen vorzubeugen, möchte ich nochmals hervorheben, dass traditionalistische, imperative und autonome Rechtsauffassung nur Typen in der tatsächlichen Entwicklung rechtlicher Anschauungen darstellen, nicht ein Begriffsschema. Vom rein begrifflichen Gesichtspunkte wäre z. B. der traditionalistischen eine rationalistische Auffassung gegenüberzustellen, der autonomen eine heteronome usw., und man könnte diesen Einteilungen noch beliebig viele andere hinzufügen. Aber mit solchen Begriffsschemata wäre nicht viel gewonnen. Autonomie und Heteronomie z. B. sind wohl logisch koordinierte Begriffe; doch für die Begründung der Geltungskraft des Rechtes bietet Autonomie, eigene Zustimmung und Billigung, ungleich andere Gewähr als der blosse Geltungsanspruch eines fremden Willens, erst die diesem gegebenenfalls zur Verfügung stehende Herrschafts-

macht (das imperium) hat für die Rechtsgeltung entsprechende Bedeutung. Herkommen, Macht und Billigung sind, wie ich in meiner „Rechtfertigung des Rechts" ausführte, die Wurzeln der Rechtsgeltung, die oft aus zweien oder allen dreien zugleich ihre Kraft gesogen. Diese Tatsachen widerstreben einer Schematisierung nach gegenseitig sich ausschliessenden Begriffen. Nicht auf logische Notwendigkeit kommt es hier an, sondern einzig und allein auf Fruchtbarkeit für die Erkenntnis.

Es scheint mir nun, dass gerade für die Erkenntnis des gegenwärtigen Zustandes und seiner tiefgehenden Problematik die klare Unterscheidung zwischen imperativen und autonomen Elementen der Rechtsbildung von ausschlaggebender Wichtigkeit ist. Im allgemeinen lässt sich wohl sagen, dass die in der Rechtspraxis zum Ausdruck kommende Auffassung in höherm Grade autonom bestimmt ist als die Rechtstheorie; zuweilen hat die Starrheit der juristischen Doktrin sogar die praktische Fortbildung des Rechts gehemmt. Es ist nötig, diese Diskrepanz zu beachten, um mit Aussicht auf Erfolg die Rätsel und Widersprüche in der juristischen Methodenlehre zu entwirren. — Übrigens macht sich auch innerhalb der juristischen Doktrin ein gewisser Unterschied bemerkbar zwischen den Vertretern bestimmter Rechtsgebiete: die Vertreter des Staats-, Verwaltungs- und Strafrechts haben in der Regel eine imperative Rechtsauffassung, während die Vertreter des Privat- und Völkerrechts eher sich zu Thesen bekennen, die der autonomen Rechtsauffassung entsprechen. In der Tat weist denn auch das Völkerrecht methodologisch mehr Ähnlichkeit auf mit dem Privatrecht als mit den andern öffentlich-rechtlichen Disziplinen: bei jenen liegt ein Subordinationsverhältnis vor, bei Privat- und Völkerrecht meist ein koordiniertes Verhältnis (das Vereins- und Gesellschaftsrecht gleicht in seinen Subordinationsbeziehungen ebenfalls dem Staatsrecht). Diese Unterschiede mögen für die Systematik der Rechtswissenschaft von Bedeutung sein; für die juristische Methoden-

lehre ergibt sich daraus zunächst eine doppelte Warnung: erstens vor vorschneller Verallgemeinerung und zweitens vor kurzsichtiger Beschränkung auf Induktionsmaterial, das ausschliesslich einem Zweig der Rechtswissenschaft entnommen ist: die Grundsätze der juristischen Methodenlehre jedoch müssen dieselben sein für alle Rechtsgebiete; deren Eigenart darf zwar nicht übersehen werden, erfordert aber, wie wir gesehen haben, nur untergeordnete Modifikationen.

Über die Vorzüge der verschiedenen Rechtsauffassungen selbst ist hier kein Werturteil zu fällen. Im Gegenteil möchte ich noch mit einem Wort ihre kulturgeschichtliche und psychologische Bedingtheit andeuten: Der undifferenzierte und unkritische Geisteszustand primitiver Epochen ist der Bildung traditionalistischer, auf dem Herkommen beruhender Rechtsauffassung günstig. Mit dem Erwachen zum individuellen Selbstbewusstsein droht dann zunächst alle Gemeinschaft zu zerfallen; das Ich setzt sich hiezu in Gegensatz, um seine kaum gewonnene Selbständigkeit zu behaupten; jeder will nur seinem persönlichen Werturteile folgen, und wo die Werturteile verschieden sind, strebt dann alles zentrifigal auseinander; da erscheint nun der Imperativ des auf staatliche Macht gegründeten Gesetzes in seiner eigensten Bedeutung; er allein vermag noch Ordnung und Sicherheit zu gewährleisten. Charakteristisch für solche Epochen ist der Ausspruch Hobbes, das schlechteste Gesetz sei immer noch besser als kein Gesetz (da sonst ein bellum omnium contra omnes zu erwarten wäre). Endlich die autonome Rechtsauffassung: sie setzt reife, innerlich freie Persönlichkeiten voraus, die über die individuelle Enge hinausstreben zu sozialer Wirksamkeit, freiwillig sich einordnen in die Gesellschaft, bereit zu aufopfernder Hingabe an ein soziales Ideal; mit dem Erstarken des Verantwortlichkeitsbewusstseins und des Gemeinschaftsgefühls sind erst die psychologischen Grundlagen für eine integrale Verwirklichung, autonomer Postulate gegeben. Heisst das, deren Zulässig-

keit solang von vornherein verneinen? Keineswegs. Ebensowenig als man dem Huhn das Futter versagen wird, solang es keine Eier legt. Freiheit ist ein Erziehungsmittel. Vertrauen verpflichtet. Das gilt nicht nur gegenüber dem Richter, sondern auch gegenüber dem einzelnen Rechtsgenossen. Jeder unnötige Zwang, jede unnötige autoritative Geste ist nach autonomer Auffassung zu vermeiden; weises Masshalten des Gesetzgebers und damit in Zusammenhang eine gewisse Entstaatlichung des Rechts, infolge der Rechtsetzung durch die Beteiligten selbst, wird überall da möglich sein, wo aufrichtige Solidarität Wurzel gefasst hat und der „sacro egoismo" von der öffentlichen Meinung entsprechend verurteilt wird. Es soll nicht einem Relativismus das Wort geredet werden, der allzu lange schon im Reich des Normativen die bequeme Ausflucht aller verantwortungsscheuen „Objektivität" gebildet hat: wenn hier immerhin eine gewisse Rücksicht auf den Geisteszustand der Rechtsgenossen bei der Verwirklichung autonomer Postulate empfohlen worden ist, so ganz einfach deshalb, weil die autonome Auffassung selbst dies voraussetzt.