

# Viertes Hauptstück.

## Die Gesetzgebung.

### 20. Abschnitt.

#### Die materielle Gesetzgebung.

Von

Dr. Max Fleischmann,

a. o. Professor d. R. an der Universität Königsberg.

#### Literatur:

Zu I: vgl. Anmerkung 1; sodann: **A n s c h ü t z**, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt<sup>1</sup> 1901; **A r n d t**, Das Verordnungsrecht des deutschen Reiches 1884, Das selbständige Verordnungsrecht 1902; **B o r n h a k**, Preussisches Staatsrecht<sup>2</sup> I 1911 §§ 77 f; **D y r o f f**, Rechtsatzung und Gesetz, zunächst nach bayerischem Staatsrecht, Annalen d. d. Reiches 1889; **H a e n e l**, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne 1888; **E u g e n H u b e r** (Bern), Über die Realien der Gesetzgebung (Zeitschrift für Rechtsphilosophie I 1913 S. 39—94); **H u b r i c h**, Reichsgerichtl. Judikatur über den Gesetzes- u. Verordnungsbegriff nach preuss. Staatsrecht (Annalen d. d. Reichs 1904 S. 770), Das Reichsgericht über den Gesetzes- u. Verordnungsbegriff nach Reichsrecht 1905; Die Grundlagen des monarchischen Staatsrechts Preussens (Verwaltungsarchiv Bd. 16, 17, 1908/9); **G e o r g J e l l i n e k**, Gesetz und Verordnung 1887; **W. J e l l i n e k**, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitsprüfung 1913 (I. Kapitel); **K e l s e n**, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz, 1911 (bes. Kapitel I, 15, 21); **K l o e p p e l**, Gesetz und Obrigkeit 1891; **L a b a n d**, Staatsrecht des deutschen Reiches<sup>3</sup> II §§ 54 fg; v. **M a r t i t z** in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft. 36, 1880, 241; **O t t o M a y e r**, Deutsches Verwaltungsrecht I 1895, S. 67; **G e o r g M e y e r** (**A n s c h ü t z**), Lehrb. d. deutschen Staatsrechts<sup>4</sup>, 1905 §§ 155 fg; **S e l i g m a n n**, der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne 1886; v. **S e y d e l** (**P i l o t y**), Bayrisches Staatsrecht 3, 1913 Iff. 145—147; **S p i e g e l**, Gesetz und Recht, 1913; **Z o r n** in Annalen d. d. Reichs 1885 S. 301, 1889 S. 344. —

Artikel in v. Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Staats- u. Verwaltungsrechts<sup>5</sup> 1911 f: Gesetz, Verordnung (Anschütz), Dispensation, Privileg (Hinrichs-Kahl), Gewohnheitsrecht (Brie).

zu II (**A u s l e g u n g**): **E. J. B e k k e r**, Grundbegriffe des Rechts und Misgriffe der Gesetzgebung 1910 S. 204; **B i n d i n g**, Handbuch des Strafrechts 1885 S. 450—474; **B r ü t t**, Die Kunst der Rechtsanwendung 1907 S. 4; **D a n z** in Iherings Jahrb. 54, 1909, 1—82; **G é n y**, méthode d'interprétation et sources en droit privé positif 1899; **W. J e l l i n e k**, Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 (2. Kapitel); **G e z a K i s s** in Iherings Jahrb. 58, 1911, S. 413—486; **K o h l e r**, in Grünhuts Zeitschrift 13, 1886, 1—61; **K r a u s e b e n d a** 32 S. 613 fg; **L u k a s**, zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers 1908; v. **M o h l**, Staatsrecht, Völkerrecht u. Politik I 1860 S. 96—143; **R ü m e l i n**, Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht 1891; **S t a m m l e r**, Theorie der Rechtswissenschaft 1911 S. 595 fg; **S t a u d i n g e r** (**L ö w e n f e l d u. R i e z l e r**), Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch 7. u. 8. Aufl. 1912 I S. 17 f; **W a o h**, Handbuch des Zivilprozessrechts, 1885, I 254.

(**L ü c k e n**): **A n s c h ü t z**, Lücken in den Verfassungs- u. Verwaltungsgesetzen (Verwaltungsarchiv 14, 1906, S. 323 fg.); **J u n g**, von der logischen Geschlossenheit des Rechts 1900, Positives Recht, 1907; **N a g l e r**,

Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit (in der Festschrift für Karl Binding II 1911 S. 377—384); Spiegel, Gesetz und Recht 1913 S. 118 f.; Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft S. 641 fg.; Zitelmann, Lücken im Recht 1903 (dazu Kaufmann, das Wesen des Völkerrechts 1911 S. 48, 52, 96, 139, 211).

(Freirechtsbewegung:) O. Bülow, Gesetz und Richteramt 1885; E. Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft 1903; Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906; Ph. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung 1912 (S. 48, 49 Überblick über das Schrifttum der Jahre 1899—1912); Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912 (dazu Müller-Erzbach, Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle? 1913); Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie (Verhandl. d. ersten deutschen Soziologentages 1911 S. 275—309); Ortman, Gesetzeszwang und Richterfreiheit 1909; Rich. Schmidt, Die Richtervereine 1911 S. 75 fg.; Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft 1911 S. 719 f.; Stampe, die Freirechtsbewegung 1911; Staudingers Kommentar zum BGB. I 29 fg. Gareis, Moderne Bewegungen in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts, 1912. Unten Ann. 37 weitere Schriften.

zu III: Gutherz, Studien zur Gesetzestechnik (strafrechtl. Abhandl. Heft 93, 98, 1908/09); Hedemann, Über die Kunst, gute Gesetze zu machen, 1910 (1911); v. Mohl, Politik I 1862 S. 375 fg.; Rumpf, Das Ideal des volkstümlichen Rechts (Rede), 1913; Waech, Legislative Technik (Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausl. Strafrechts, Allg. Teil, VI.) 1908, S. 1—83; Weck, Die Sprache im deutschen Recht, 1913; Wendt, Über die Sprache der Gesetze, 1904; Zitelmann, die Kunst der Gesetzgebung (Vortrag), 1904 u. in Grünwits Zeitschrift 33 S. 1—32; Fr. van Calcker, Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung, 1908.

zu IV vgl. G. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung 1906; Piloty, Autorität und Staatsgewalt, 1905; Frh. v. Wieser, Recht und Macht 1910.

„Vom Geist der Gesetze“ — das Buch des Gerichtspräsidenten Montesquieu (1748) steht am Eingange der politischen Bewegung einer neuen Zeit. Mag auch heute der Geistesreichtum des Verfassers in einem weniger strahlenden Lichte als ehemals erscheinen und mögen wir auch nicht immer befriedigt seinen Ausführungen im einzelnen gegenüberstehen: Montesquieu hat das Gesetz in den Brennpunkt des politischen Interesses gerückt. Und selbst eine einflussreiche, ja bestimmende, der Gesetzgebung widrige Richtung in der Rechtswissenschaft der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hat seine Vormacht auf deutschem Boden nicht entzweiheln können. Über die tiefer führende Frage nach dem Grunde der Bindung durch ein Gesetz wird man freilich Aufschluss aus seinem Werke nicht suchen dürfen: ihre Beantwortung fällt der Rechtsphilosophie zu, die den psychologischen Quellen des Rechtsgewissens und der Rechtsgeltung<sup>1)</sup> nachgeht.

<sup>1)</sup> Unter diesem Titel vgl. die gedankenreiche Skizze von Franz Klein (1912); ferner Rich. Loening, Über Wurzel und Wesen des Rechts, 1907. Näher auf jene Grundfragen einzugehen, liegt jedoch nicht im Rahmen dieses Handbuchs. Von der an die Spitze dieser Abhandlung gestellten Literatur gehört manches gerade auch hierher (Freirechtsbewegung, Lücken). Als Wegeleitung nur mag folgendes dienen: An erster Stelle muss jetzt auf Rudolf Stammler verwiesen werden, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung 1896<sup>f</sup>, 1906, Lehre vom richtigen Rechte 1902. Einen anderen Ausgangspunkt nimmt Bierling, „Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe“ I, 1877, Juristische Prinzipienlehre 1894 f. (Anerkennungstheorie) und wieder Binding mit der Normtheorie (vgl. jetzt sein Handbuch des Strafrechts § 30 fg.). Mit Binding geht ein Stück Wegs zusammen (trotz allen Gegensätzen) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878 und (ein anderes Stück) Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturformen 1903, (dazu Gerland, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1905, S. 407—455). Gegen Binding wendet sich Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911 (10. Kapitel). Selbständig gewählt, darum vielfach entgegengesetzt ist der Standpunkt von Kohler, jetzt zusammengefasst in dem Lehrbuch der Rechtsphilosophie 1909; anders Ergobom, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, 1892 und Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre<sup>2</sup> 1905, II. Kapitel (Staatswille); Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht 1912 (Imperativ an die Behörde). E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, ist hier noch nicht berücksichtigt. Nicht zu übersehen Max Huber (Zürich), Beiträge zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts und der Staatengesellschaft (Jahrbuch des öffentlichen Rechts, IV, 1910 S. 56—134). Anregungen, die der weiteren Aufhellung bedürfen: Hatschek, Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1909. — In einen besonderen sachlichen und zeitgeschichtlichen Zusammenhang werden die Probleme eingestellt durch Untersuchungen, wie Kuhlmann (Dominikaner) Der Gesetzesbegriff beim heiligen Thomas von Aquin 1912 (dazu Ihering Zweck im Recht<sup>2</sup> 1884, Band II S. 161).

Der Durchforschung dieser Gebiete ist gewidmet: Das „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“ (seit 1907) und die „Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis“ (seit 1913).

### I. Wesen und Bedeutung des Gesetzes.

Das gleich Bleibende in der Erscheinungen Flucht, die Regeln, nach denen sich die Vorgänge in der belebten und unbelebten Natur entwickeln, das Seiende, sowohl wie das Sollende, die Weisungen, nach denen der Mensch sein äusseres Verhalten einzurichten hat — in beiden Fällen spricht man von „Gesetzen“. Seine ursprüngliche Bedeutung zeigt das Wort im letzteren Sinne, die mit einer Einwirkung auf den menschlichen Willen rechnet, während Gesetze der Sprache oder der Wirtschaft oder der Geschichte (Rümelin: 1878), während Naturgesetze oder die Gesetzmässigkeit im Gesellschaftsleben (v. Mayr: 1877) oder in den scheinbar willkürlichen menschlichen Handlungen (A. Wagner: 1864) durch Beobachtung des mit Notwendigkeit Wiederkehrenden gewonnen werden.<sup>2)</sup>

1. Der Wortsinn weist beim Gesetze zunächst nur auf **B e s t i m m u n g e n** hin, die in irgend einer Weise **a u f g e s t e l l t** worden sind, ohne dass etwas mehr erfordert wird als das Wort, das einen festen Stand, eine Bindung bewirkt. Es ist nicht notwendig ein einseitiger Akt darunter zu verstehen. Auch der Vertrag d. i. die Einigung der Beteiligten über ein Verhalten, wird zum „Gesetz“ der Parteien (*lex contractus*). Doch ist dem Sprachgebrauche der Gegenwart der „Vertrag als Gesetz“ nur wenig geläufig, höchstens in einer übertragenen oder eingeschränkten Verwendung, insofern das Abkommen nicht zwischen Privatpersonen, sondern zwischen Staaten besteht, für den internationalen Vertrag; die Anerkennung des „internationalen Gesetzes“<sup>3)</sup> bleibt einer künftigen Zeit vorbehalten. Auf die gleiche oder ähnliche Wirkung ist es hier abgestellt. Und so ist es nicht unverständlich, wenn die Sprache des gewöhnlichen Lebens heut bei der Arbeitsordnung für Fabrikbetriebe oder bei Tarifverträgen, also in Fällen, wo zwischen gewissen Machtfaktoren ein Gleichgewicht hergestellt werden soll, zu der Bezeichnung als „Gesetzen“ neigt. Das gewerbliche Leben gewinnt einen konstitutionellen Einschlag.

Doch ein wesentlicher Unterschied bestimmt die Grenze für das „Gesetz“ — die Energie der Satzung, die um so stärker ist, je unabhängiger sie hingestellt werden kann, je weniger sie in ihrer Aufrichtung von einem Zusammenwirken mehrerer und mit verschiedenen Interessen Beteiligter abhängt. Es war deshalb z. B. wohlbedacht, wenn das preussische Gesetz vom 10. Juni 1854 die Wiederherstellung der Vorrechte der mittelbar gewordenen deutschen Reichsfürsten und Grafen „durch königliche Verordnung“ bestimmte, und begreiflich war der Widerspruch des Abgeordnetenhauses gegen die trotzdem durch „Rezesse“ mit den Mediatisierten vorgenommene Regelung. Das Gesetz war seit Alters für den **E i n z e l w i l l e n** (unvermeidlich dann auch zuweilen den **E i g e n w i l l e n**) des Machthabers im Staate kennzeichnend: *quod principi placuit, legis habet vigorem*. Mochte dies die Gesamtheit der Untergebenen betreffen — als **S t a a t s g e s e t z** — oder nur die Mitglieder der regierenden Familie — **H a u s g e s e t z** —. Dass ein Machtbereich auch durch die Zugehörigkeit zu einer Bekenntnisgemeinschaft gegeben sein kann, kommt in der Bezeichnung „Kirchengesetz“ zum Ausdruck.<sup>4)</sup> Zur Zeit versteht man unter dem Gesetz schlechthin das **S t a a t s g e s e t z**; von diesem allein soll deshalb hier die Rede sein.

Über Abstufung und Abgrenzung „Reichsgesetz“ — „Landesgesetz“ vgl. unten Ziff. 4.

2. Das Gesetz dient der **O r d n u n g** unter den Menschen und teilt zu dem Zwecke dem einzelnen seine Herrschaftsmöglichkeit über Person und Sache zu. Das Gesetz trifft damit im wesentlichen die „Freiheit der Personen oder das Eigentum der Staatsangehörigen“ (so z. B. die bayerische Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818, Titel VII § 2.) Und die Einwirkung

<sup>2)</sup> Jetzt **B r e y s i g**, Stufenbau und Gesetze der Weltgeschichte 1905; **F r a n z E u l e n b u r g**, Über Gesetzmässigkeiten in der Geschichte (Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Band 35, 1912 S. 299 f.).

<sup>3)</sup> **L. O p p e n h e i m**, Die Zukunft des Völkerrechts (Festschrift für Binding 1911, II 163). Inzwischen betrachtet sich die Interparlamentarische Konferenz als Zentralstelle für alle Pläne zur Schaffung internationaler Gesetze (18. Tagung, Haag 1913).

<sup>4)</sup> Allgemein sei verwiesen auf **E r n s t M e i e r**, die Rechtsbildung in Staat und Kirche 1861, allerdings mehr für das Grundsätzliche als für das noch geltende Recht.

<sup>5)</sup> Die Formel ist nicht erschöpfend, wird aber typisch; vgl. z. B. die preussische Verordnung über die zu bildende Repräsentation des Volkes vom 22. Mai 1815 § 4, Grundgesetz für Sachsen-Weimar vom 15. Oktober 1850



hierauf geschieht in Massnahmen wie sie der römische Jurist in die oft gebrauchten, wenn auch nicht die gesamte Gesetzesmacht umspannenden<sup>6)</sup> Worte kleidet: legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire. Das Gesetz stützt sonach die Aufgabe des Rechtes, und sein Inhalt erschöpft sich der Idee nach in der Schaffung (Änderung, Beseitigung) eines Rechtszustandes. „Gesetz und Recht“ werden darum schon frühe — bei den Römern nicht minder als auf deutschem Boden — als Synonyme oder als formelhafter Typ verwendet (als Beispiel der vorkonstitutionellen Zeit § 60 Einleitung des preussischen allgemeinen Landrechts von 1794).

Ordnung schaffen wirkt in nicht voraussehbare Ferne. Nur selten wird sich das Setzen einer Ordnung an einem zur Entscheidung vorliegenden, zu einer Entschliessung des obersten Staatsorganes Anlass gebenden Falle erschöpfen. Die Tätigkeit des Gesetzgebers und des Richters liegen allerdings in früher oder doch nicht schon zu grundsätzlicher Scheidung in den Gewalten neigender Zeit noch beieinander; zur Verdeutlichung: die „Richter“ im Alten Testamente, die römischen Kaiser und die Päpste in ihren Reskripten — nicht ohne Interesse ist die Beobachtung, dass die grossen Verfassungsakte in England ihre Bezeichnungen dem Prozesse entlehnen: petition, declaration (Klagegrund), bill (Klageantrag).<sup>7)</sup> Privilegien sind der Vorläufer allgemeiner Regelung. Doch entspricht dies wenig dem Wesen einer „Regel“ als einer weiterhin wirkenden allgemeinen Richtschnur; es verlockt vielmehr die Verwischung der unterscheidenden Merkmale, wie die Geschichte lehrt, zum Versuche, von hoher Hand in die Verhältnisse des einzelnen einzugreifen (Privilegien als Seitenstücke oder Ausfluss der Kabinettsjustiz). Ein Vorgang allerdings trägt seinem Wesen nach den Stempel der Regelung eines blossen Einzelfalles, d. i. die Ausnahme von der Regel des Gesetzes, der Dispens. Rechtspolitisch ist die Dispensation eine nicht unbedenkliche Erscheinung (Steuern), wenn man den Wert gesetzlicher Regelung in dem gleichen Masse für alle erblickt. Eine Anerkennung dieser Auffassung liegt in gesetzlicher Regelung, wie sie z. B. § 6 der neuen Landschaftsordnung für das Herzogtum Braunschweig vom 12. Oktober 1832 enthält: „Der Landesfürst kann in einzelnen Fällen Dispensationen von den gesetzlichen Vorschriften erteilen, jedoch, insofern dritte Personen wegen ihrer Rechte beteiligt sind, nur mit deren Zustimmung“. Indessen ist auch dies im konstitutionellen Staate kein Satz mit allgemeiner Geltung. Freilich kann die Notwendigkeit einer Zulassung von Ausnahmen mit der allgemeinen Regelung von selbst gegeben und voraussehen sein (z. B. für Ehebinderisse, Bauvorschriften): hier ist es dann Aufgabe des Gesetzgebers, durch Zuteilung der Prüfung und Entscheidung über die Ausnahme an ein nachgeordnetes Organ für eine Regelung Sorge zu tragen, die — mit den gehörigen Schutzmassnahmen — die Sache ein für alle mal bestimmten Verwaltungsinstanzen zuweist.

Die Zeit des Absolutismus trug bei dem Zusammenfliessen der Funktionen des Gesetzgebers und des höchsten Exekutivorgans in der Person eines Machthabers wenig Bedenken, auch über Einzelfälle durch „Gesetz“ zu bestimmen. In der konstitutionellen Zeit dagegen ist die Regelung eines einzelnen Falles selten geworden und wird selbst bei einleuchtendem Grunde (Ausdehnung des gesetzlichen Schutzes für Richard Wagners „Parsifal“?) vermieden. Doch fehlt es auch hier nicht ganz an Beispielen.<sup>8)</sup>

§ 4 Z. 6. Aufklärung über die Geschichte der Freiheit- und Eigentumsformel bringt jetzt Franz Rosin, Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht 1911, S. 15—61; ausserdem H u b r i c h im Verwaltungsarchiv Band 17, 1909, S. 48, 57.

<sup>6)</sup> Versprechen in einem Gesetze, ein Gesetz zu erlassen, lassen sich nicht ungezwungen darunter bringen.

<sup>7)</sup> H a t s c h e k, Englisches Verfassungsrecht I 243.

<sup>8)</sup> Beispiele aus konstitutioneller Zeit: das Bundesgesetz vom 21. Juli 1870 über die Verlängerung der Legislaturperiode des damals tagenden Reichstages; das preussische Gesetz über die Versorgung der hinterbliebenen Kinder des ermordeten Polizeirates Rumpff (je 2745 M. jährlich) vom 17. April 1885 (Ges. Samml. S. 116). Das G. v. 12. 6. 1892 (G.-S. 127) über die Regulierung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse in Neuvorpommern und Rügen konnte nur noch für 2 Bauerngüter praktisch werden!

Andererseits: die bayrische Regierung entschied sich bei der Frage der Aufhebung der Regentenschaft in dem Verfassungsgesetze vom 5. November 1913 für die allgemeine Regelung. In Preussen scheiterte 1854 ein Gesetzentwurf auf Verlängerung des Schutzes für Schillers Werke (das billigte Jacob Grimm 1859, Kleinere Schriften I 397).

Etwas anderes ist es natürlich, wenn das Gesetz nur in einem räumlich beschränkten Umfang Verhältnisse regeln will, wie dies früher bei wenig entwickeltem Verkehre und territorial herausgebildeter Rechtsverschiedenheit, in dem Zeitalter der Observanz, sich von selbst ergab; in dem absoluten Staate nicht selten auch zu dem Zweck geübt wurde, zunächst einmal innerhalb eines Gebietsteiles die Bewahrung des Gesetzes auszuprobieren.<sup>9)</sup> Solch schrittweises Vorgehen kann von Wert sein und findet sich auch heut wieder, wie das Beispiel des Gesetzes vom 28. Juli 1902 (Ges. S. S. 273) beweist, das die Umlegung von Grundstücken bloss in Frankfurt a. M. regelt, oder das allmähliche Vorwärtsschieben der provincialen Gesetzgebung über Wegerecht, Wasserrecht. Innerlich nahe steht dem eine Gesetzgebung, die an einem einzelnen Wirtschaftszweige abweichende Grundsätze zur Geltung zu bringen versucht (z. B. Kaligesetz vom 25. Mai 1910).

3. Die Ordnung s e t z t d e r h ö c h s t e M a c h t h a b e r, d. i. in der vorkonstitutionellen Zeit in den deutschen Monarchien der Landesherr. Unter recht verschiedenen Benennungen gibt sich das kund: als Gesetz oder Verordnung, Patent oder Publicandum, Kabinettsorder, Edikt, Reskript usw. Auch nur einigermaßen feste Grundsätze in der Bezeichnung sind nicht häufig zu erkennen. Doch strebt schon der Sprachgebrauch des 18. Jahrhunderts innerhalb wie ausserhalb Deutschlands dahin, das „Gesetz“ für Anordnungen des Staatsoberhauptes vorzubehalten.<sup>10)</sup> Die in der Zeit des Absolutismus beinahe ganz zurückgedrängte Mitwirkung der Bevölkerung machte sich zunächst wieder geltend, um eine massgebende Stimme bei finanzieller Belastung zu erheben (das Wort „droit“ hat den Doppelsinn von Recht und Geldauslage bis heute bewahrt); seit der französischen Staatsumwälzung setzte sie sich unter der Einwirkung der Ideen der Aufklärungszeit aus prinzipiellen Gründen durch, um der Bedeutung eines gesetzlichen Eingriffs willen. Oberster Machthaber wird der König im Parlament. Die gesetzgebende Gewalt steht über den andern Gewalten im Staate.

a) Die Bedeutung des Gesetzesrechts im Unterschiede von dem auch ohne Satzung vorhandenen, durch die allgemeine Überzeugung getragenen oder doch in regelmässiger Betätigung und in der Anerkennung durch die Gerichte hervortretenden Rechtsbrauche liegt in seiner grösseren Bestimmtheit und damit in der Sicherheit für den Verkehr. Das Gesetz erschien als ein so grosser Fortschritt in der Bildung des Rechtes, dass eine ältere Zeit dem Gesetze nicht selten göttlichen Ursprung zuschreibt; die Künste huldigen dem Gesetzgeber. Und dieser Vorgang ist nicht in Zeit und Raum beschränkt; er wiederholt sich bei Völkern verschiedener Kulturstufe, besonders dann, wenn auf eine gesetzlose oder rechtsschwache Zeit eine neue gesetzliche Ordnung folgte. Schon ein halbes Jahrtausend vor der Sinai-Gesetzgebung liess Hammurabi, der König von Babylon, sich als „König der Gerechtigkeit“ abbilden, wie er vom Sonnen-gotte die Gesetzesbelehrung empfängt — das Mittelalter kündigt den Ruhm Karls des Grossen, des Gesetzgebers, wie der Norden den heiligen Olaf darob preist — und in der Sinnesweise der Aufklärung liess der grosse Preussenkönig im stolzen Hinblick auf das Gesetzeswerk zu Ausgang seiner Herrschaft einer Denkmünze den Satz aufprägen: Fridericus solvit aenigma. Die Jahrhunderte des alten Deutschen Reiches hatten eben den Übelstand eines schwankenden Gewohnheitsrechtsbodens besonders fühlbar gemacht . . . ähnlich ist es heute in England zu spüren. Die feierlichen Versicherungen, die Lykurg und Solon sich für ihr Gesetzeswerk geben liessen oder die unablässigen Anträge auf Kodifizierung des Rechts in Rom bis zu den XII Tafeln —

<sup>9)</sup> In Preussen z. B. die „Projekte“ des Codicis Fridericiani Pomeranici und Marchici 1747/48. — Bemerkenswert in England das Aufsteigen von der Einzelregelung (private bill legislation) zur Gesamtregelung (public general act); vgl. Redlich in Grünhuts Zeitschrift d. priv. u. öffentl. Rechts 30 (1903) S. 758.

<sup>10)</sup> §§ 6, 7 II 13 ALR.: das Recht Gesetze zu geben und Privilegien als Ausnahmen davon zu verleihen, ist ein Majestätsrecht. Man beachte das charakteristische Schwanken zwischen „Gesetz“ und „Verordnungen“ in der Einleitung des A. L. R. §§ 7, 8, 11, 13, 49 und den dazu gehörigen Marginalien. Es scheint, als ob man unter „Verordnung“ mehr die gesetzesgleiche Regelung des Einzelfalles verstand. — Vgl. noch Staeüder, in den Blättern für vergleichende Rechtswissenschaft 7, 1912 S. 270. Für Russland Friedr. Andrae, Beiträge zur Geschichte Katharinas II (Instruktion vom Jahre 1767 für die Kommission zur Abfassung eines neuen Gesetzbuches) 1912 S. 62—66.



sie sprechen für die hohe Einschätzung gerade des Gesetzesrechts nicht minder als Verbote oder Schranken der Erläuterung, wodurch die Gesetzgeber (Kaiser Justinian, Päpste, zu Ende des 18. Jahrhunderts für das preussische Landrecht) ihre grossen abschliessenden Gesetze zu schützen für nötig fanden. Das Streben nach einer „gesetzlichen“ Festlegung der freiheitlichen Individualrechte in der französischen Revolution und wieder in der deutschen Bewegung des Jahres 1848 liegt in derselben Linie. Wir haben es also mit einer nirgend verkannten Würdigung zutun. Gewisse Perioden, wie namentlich das 18. Jahrhundert, litten allerdings bereits unter einer Überschätzung in der Annahme gesetzlicher Beeinflussungsmöglichkeit, während weit zurückliegende Frühzeit der Geschichte uns eher das Beispiel naiver Genügnung über das erreichte Gesetz bietet. Freilich wird man bei all diesen Auslassungen nicht übersehen dürfen, dass der Ruhm des Gesetzes mehr der Kodifikation gilt, die, indem sie zusammenfasst, Veraltetes beseitigt, und dass er erst in Ableitung dem Gesetze als solchem zuteil wird.

b) Darum wird auch die politische Bewegung, die aus dem absoluten Staat den konstitutionellen schuf, gerade zum Streben um den Anteil der Bevölkerung an der Gesetzgebung. Diese Zuziehung kommt in der Scheidung der staatlichen Funktionen zum Ausdruck, wie sie das 18. Jahrhundert schärfer formuliert hat — gesetzgebende, rechtsprechende, vollziehende Gewalt — und die zur Grundlage für den Aufbau der neuen Staatsordnung in den Konstitutionen der Vereinigten Staaten von Amerika (1787) und des französischen Staates (1791) geworden ist. Die Verfassungsurkunden auf deutschem Boden zeigen in der Mehrzahl, und jedenfalls für die grösseren Staaten, den gleichen Grundzug; so auch die preussische vom 31. Januar 1850 Art. 62: „Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt. Die Übereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetz erforderlich.“ Die Volksvertretung wird zur „gesetzgebenden“ Körperschaft selbst in der amtlichen Sprechweise (StGB. §§ 105, 197). Richtig ist dies nach den Aufgaben der Volksvertretung nicht, wenigstens erschöpft es sie nicht. Aber es beweist, dass man sich daran gewöhnt hat, die Betätigung des Parlaments mit der Gesetzgebung zu identifizieren. Hieran knüpft eine Wandelung in der Ausdrucksweise an, in der Begriffsgestaltung. Die gesetzte Rechtsregel, als die das Gesetz zuvor erschied, bildet zwar noch immer und fortgesetzt den Stamm aller Gesetze. Daneben wird auch all denjenigen Willensäusserungen der gesetzgebenden Körperschaften, die auf den für die Gesetzgebung bestimmten Weg verwiesen werden, die Bezeichnung „Gesetz“ beigelegt, ohne Rücksicht darauf, ob sie objektives Recht schaffen, wie bei der Aufnahme einer Anleihe für den Staat (Art. 103 Preuss. Verf. Urkunde) oder, wo sich darüber streiten lässt, ob dies der Fall ist, wie bei der Feststellung des Staatshaushaltsetzes (Art. 99 Preuss. Verf. Urkunde). Hier ist also ein äusserlicher, der Form entnommener Umstand für die Bezeichnung bestimmend. Es war darum in systematischer Hinsicht ein Fortschritt, wenn man (namentlich seit Laband) für diesen Vorgang eine besondere Kategorie aufstellte: „Gesetz im formellen Sinne“. Nur das Gesetz im formellen Sinne ist Gesetz im konstitutionellen Sinne, zum Unterschiede jetzt von der Verordnung. Die Verfassungsurkunde ist die Scheidelinie, an der der Begriff „Gesetz“ seine Klarheit und Festigkeit gewinnt, indem die Buntheit einer früheren Periode verschwindet. Dieses Gesetz umspannt nach seinem Inhalte noch im wesentlichen Rechtsnormen, doch nicht notwendig bloss solche. Sonach schon deckt sich das Gesetz im formellen Sinne nicht mit Gesetz in dem überkommenen, durch die konstitutionellen Formen noch nicht bedingten, Sinne. Hinwieder ist nicht etwa dieses Gesetz „im materiellen Sinne“ nur ein (wenn auch hauptsächlichlicher Teil) des neuen formalisierten Gesetzesbegriffs; vielmehr sind herkömmlich manche sachlichen Gebiete, wenn auch von geringerer Bedeutung, der Normsetzung durch andere als die legislativen Instanzen verblieben: durch den Landesherrn, durch nachgeordnete Behörden oder als Statutarrecht der Kommunen und anderer öffentlichen Körperschaften. Mit Rücksicht auf diese inhaltliche Tragweite fasst die herrschende Lehre in theoretisch nicht ungerechtfertigter Zuteilung auch diese Satzungen unter einem Begriffe „Gesetz“ d. h. „Gesetz im materiellen Sinne“. Nur so lässt es sich auch innerlich rechtfertigen, dass der Gesetzgeber zuweilen ausdrücklich unter der Bezeichnung „Gesetz“ jedwede Rechtsnorm versteht<sup>11)</sup> und aus-

<sup>11)</sup> Binding, Handbuch des Strafrechts I 205, 206, Anm. 8.

drücklich verstanden wissen will (z. B. Art. 2 EG. z. BGB, § 12 EG. z. ZPO.). Im typischen Sinne begreift man indessen unter „Gesetzgebung“ jetzt nur die formelle Gesetzgebung.

Über die Scheidung von „Gesetzesinhalt“ und „Gesetzesbefehl“ vgl. den späteren Abschnitt des Handbuchs „formelle Gesetzgebung“.

Die Gegenüberstellung von formellem und materiellem Gesetze hat einen lebhaften Streit der Meinungen entfacht, indem die einen in jedem Gesetze auch eine Rechtsvorschrift erblicken (v. Martitz, Zorn, Löning), während andere den Begriff des Gesetzes formal fassen als von der obersten staatlichen Gewalt ausgehende Vorschrift, ohne dass der Inhalt gerade eine Rechtsnorm zu sein brauche (Gneist, Arndt, Bornhak). Beide Extreme sind indes im Ergebnisse für die Handhabung der Gesetzgebung nicht so sehr weit von der herrschenden Lehre (Laband, Anschütz, Hubrich) entfernt, wie es den Anschein hat.<sup>12)</sup> Die Frage allerdings ist kein müssiger Lehrstreit, sie ist politisch überaus bedeutsam. Es handelt sich darum, ob es nötig ist, für gewisse Gegenstände die Organe der Gesetzgebung in Bewegung zu setzen, oder ob es möglich ist, durch Anordnung eines Verwaltungsorgans vorzugehen, namentlich des Landesherrn. Den letzteren Weg wird eine Regierung anstreben, um sich nichts von ihrem Recht zu vergeben, aber auch, um nicht später bei dem Erfordernis einer Änderung an die Zustimmung des Parlaments geknüpft und in ihrer Bewegungsfreiheit gehemmt zu sein.<sup>13)</sup> Eine Regelung durch Verordnung ist nun in denjenigen Fällen ausgeschlossen, wo eine Regelung durch Gesetz ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben oder schon erfolgt ist, da die gesetzgebende Gewalt über der exekutiven steht; sodann und vor allem, wo es sich um die Setzung einer Rechtsnorm handelt und nicht ein besonderer Vorbehalt getroffen ist. Dieser Vorbehalt kann allgemein lauten. Er besteht in Preussen zugunsten des Königs für Ausführungsvorschriften zu Gesetzen, für die Regelung der Behördenorganisation und für sogenannte Notverordnungen, zugunsten nachgeordneter Instanzen für Polizeiverordnungen und für mannigfaches Statutarrecht. Die Rechtslage ist im einzelnen nicht für jeden Staat dieselbe und ist trotz der zeitweise mehr als lebhaften literarischen Bewegung auf diesem Arbeitsfelde noch keineswegs erschöpfend für die einzelnen deutschen Staaten untersucht. Im Reiche ist es streitig, ob dem Bundesrat das Recht zu Ausführungsvorschriften mit rechtsverbindlicher Kraft allgemein zustehe, was die — nicht unanfechtbare — herrschende Lehre und das Reichsgericht verneinen. Unter diesen Umständen wird gerade im Reiche vielfach der Ausweg einer Uebertragung (vgl. Ziffer 6) gewählt.

4. Reichsgesetz — Landesgesetz. In einem zusammengesetzten Staatskörper, wie ihn das deutsche Reich zeigt, ist durch die Erhaltung der einzelnen Teile in ihrem Wesen als Staaten auch die Möglichkeit geschaffen, dass innerhalb eines jeden Staatsgebietes und gegenüber den einzelnen Staatsangehörigen ein doppelter Gesetzgeber vorhanden ist. Wer hier den Vortritt haben soll, das wird nach Kriterien der politischen Entwicklung und des wirtschaftlichen, zumal des Verkehrsstandes, verschieden bestimmt sein können. Der Satz „Landrecht bricht Reichsrecht“ *b r a u c h t* nicht ein Zeichen staatlicher Ohnmacht zu sein — *h e u t e* würden wir ihn aber dermassen empfinden. Darum gibt Artikel 2 unserer Reichsverfassung dem *R e i c h s* gesetzte den *V o r r a n g* (wie es schon der Entwurf der Frankfurter Nationalversammlung beehrte). Soll diese Regelung aber nicht gleichbedeutend sein mit einer unerwünschten Aufsaugung der einzelstaatlichen Gewalt, so muss eine Abgrenzung der Zuständigkeiten erfolgen. Dieser Anforderung ist insbesondere durch Art. 4 der Reichsverfassung (unter Vorbehalt der Erweiterung Art. 78) Rechnung getragen. Doch bleibt erheblichem Zweifel Raum, von welchem Zeitpunkte ab für den Einzelstaat das Recht zur Gesetzgebung gesperrt ist. Man wird der Annahme beipflichten können, dass dies erst nach einer gesetzgeberischen Betätigung des Reiches auf dem seiner Zuständigkeit zugeschriebenen Gebiete der Fall ist. Mit dieser Annahme ist aber nur die erste Schwierigkeit behoben. Es bleibt Tatfrage, ob und inwieweit mit der Regelung einer Einzelfrage durch das Reich schon das ganze Gebiet den Gliedstaaten verschlossen werde. Eine weitere Frage ist es, ob beim blossen

<sup>12)</sup> *R o h m* sucht den Ausgleich in einer dritten Gruppe „konstitutionelles Gesetz“ (Verwaltungsarchiv 14, 1906, S. 353).

<sup>13)</sup> Die Frage war z. B. bei den Vorberatungen über die Errichtung einer Universität in Frankfurt a. M. aufzuwerfen.

(unersetzten) Wegfalle eines Reichsgesetzes der Landesgesetzgeber für jenes Sachgebiet wieder freie Hand bekommt.<sup>14)</sup> Die Frage ist nicht einheitlich zu entscheiden. Es kommt darauf an, ob der Reichsgesetzgeber ein gesetzliches Vakuum schaffen wollte. Dann bindet dies den Gliedstaat. Ist dies aber nicht anzunehmen, so liegt die Sache so, als wenn das Reich von seiner Zuständigkeit noch gar keinen Gebrauch gemacht hätte: Der Gliedstaat erhält freie Hand für seine Gesetzgebung. Ohne Zweifel ist dies der Fall, wenn das Reich etwa seiner Satzung von vornherein eine bloss vorübergehende Geltung gegeben hat.

Wohl zu scheiden hiervon ist die weitere Frage, ob mit dem Wegfall der Reichssatzung eine frühere Landessatzung von selbst wieder zu Kräften komme. Das ist so wenig der Fall, wie ein älteres Landesgesetz dadurch, dass ein jüngerer wieder beseitigt wird, von selbst wieder auflebt.

5. **Ergänzungsbedürftige Gesetze** sind solche, die inhaltlich unvollständig sind. Sie begegnen uns namentlich in Verfassungsgesetzen, die, unter politischer Spannung geschaffen, oft zahlreiche Einzelfragen ausdrücklich einer Gesetzgebung der Zukunft vorbehalten. Auch in der Folge fehlt es nicht an gesetzlichen Verheissungen zu politischer Beschwichtigung (vgl. unten III Ziff. 1). Doch auch andere in der Sache gelegene Verhältnisse können für solche Lückenhaftigkeit den Anlass geben. Hier ist es besonders eine zweckdienlich erscheinende Überantwortung oder Anerkennung der Regelung gewisser Rechtsverhältnisse durch andere Organe. Das wäre für das Reich der Landesgesetzgeber oder auch der Kolonialgesetzgeber, oder überhaupt ein ganz ausserhalb der gesetzgebenden Körperschaften stehendes Organ (Delegation, Ziffer 6), „Rahmengesetze“ nennt die österreichische Rechtsprache in ansprechendem Bilde die ersten Gruppen.<sup>15)</sup> Hierbei kann die in den Rahmen zufügende Norm auch ausserhalb des Rahmens selbständige Bedeutung haben und bewahren — interessante Beispiele: §19 Reichsbeamtengesetz, §19 Konsulargerichtsbarkeitsgesetz — oder aber lediglich innerhalb des Rahmens Wirkung gewinnen. Aus dem Strafrechte gehören hierher die von Binding sogenannten „Blankettgesetze“, deren Tatbestand die Definition der verbotenen Handlung nicht aus der Norm wiederholt, vielmehr die Straffolge an die Übertretung eines nur generisch bezeichneten Gebots oder Verbots knüpft.<sup>16)</sup> Ergänzende Gesetze dieser Art sind gegenüber dem ergänzungsbedürftigen Gesetze selbständig.

Zweierlei darf hiermit nicht vermengt werden: Gesetze, die sich selbst ein anderes Gesetz einverleiben. Dadurch wird dieses zum Bestandteil des ersten Gesetzes, erstarrt in seiner gegenwärtigen Gestalt. Ein Beispiel bietet Art. 68 der Reichsverfassung über den Kriegszustand, der die Vorschriften des preussischen Gesetzes vom 4. Juni 1851 übernimmt. Das ist Flickwerk, und gerade dieses Beispiel zeigt das Bedenkliche<sup>17)</sup> solcher hinkenden Gesetze; denn der gesetzliche Fremdkörper findet sich nicht so restlos, wie es der Gesetzgeber bei seiner Einverleibung vermeint, in das Gefüge der neuen Gesetzesseinheit. — Als „Mantelgesetze“ bezeichnet man das Sondergesetz, das bei einer Gruppe von parallel laufenden Einzelgesetzen dazu bestimmt ist, die grundlegender, ihnen allen gemeinsamen Vorschriften zusammenzufassen (vgl. die 4 Unfallversicherungsgesetze vom 30. Juni 1900 neben solchem Mantelgesetz).

Beides hat nur gesetztechnische Bedeutung.

6. **Eine Übertragung der Rechtssetzung an Stelle des Gesetzgebers** auf ein anderes Organ ist vom konstitutionellen Standpunkte aus nur zur Ergänzung zu rechtfertigen, besonders, wenn es sich um Einzelheiten handelt, die in den Voraussetzungen noch nicht absehbar sind, wohin auch die Bestimmung des Zeitpunktes für den Beginn der Geltung eines Gesetzes zu rechnen ist, oder die häufigen Schwankungen unterliegen. Wo, wie im Reiche, eine allgemeine Delegation fehlt oder doch zweifelhaft ist, ruft der Mangel Einzelübertragungen in Fülle hervor. So für die

<sup>14)</sup> Die Stellungnahme in all diesen Punkten wird praktisch (und wird in verschiedenem Sinne erörtert) für den Fall einer Aufhebung des Reichsgesetzes über die Jesuiten.

<sup>15)</sup> Franz Weyr, Rahmengesetze. 1913; v. Herrnritt, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 1909 S. 201, 202.

<sup>16)</sup> Binding, Handbuch des Strafrechts I 179.

<sup>17)</sup> Vgl. Fleischmann, „Belagerungszustand“ (Wörterbuch des Staats- u. Verwaltungsrechts<sup>18)</sup>

Regelung des Rechtes in den Kolonien schlechthin für den Kaiser, auch für den Reichskanzler (§§ 1, 15 des Schutzgebietsgesetzes). Das weite Ausmass gerade dieser Übertragung ist nicht unbedenklich und nur aus der Hilflosigkeit zu erklären, mit der der Gesetzgeber den besonderen und oft schleunigen Erfordernissen des kolonialen Neulandes gegenübersteht. Auch sonst zeigt das Reichsrecht zahlreiche Fälle der Delegation, bald an den Kaiser, ohne oder mit Zustimmung des Bundesrats — z. B. für Änderungen des gesetzlichen Zolles als Vergeltungsmassnahme (§ 10 Zolltarifgesetz vom 25. November 1902) oder für den Erlass einer Gebührenordnung der Rechtsanwälte vor den Versicherungsbehörden (§ 1804 der Reichsversicherungsordnung) — bald an den Bundesrat oder an den Reichskanzler (allein oder unter Zustimmung des Bundesrates) oder auch an die Landesregierung, Landesgesetzgebung usw. Reichliche Beispiele bietet namentlich die Gewerbeordnung. In den Einzelstaaten ist infolge der Aufstellung allgemeiner Delegationen (oben Z. 3 letzter Absatz) das Bedürfnis nach Sonderermächtigungen bei weitem nicht so erheblich: eines der politisch interessantesten Beispiele, das zugleich aber auch die solcher Übertragung innewohnenden Schwierigkeiten zeigt, ist die Zuteilung der Anordnungen über die Bildung der ersten Kammer in Preussen an den König (Gesetz vom 7. Mai 1853).

Die Übertragung muss innerhalb der Schranken des Auftrages ausgeübt werden. Doch lehrt die Erfahrung, dass der Wille zur Macht hierbei zuweilen grösser ist, als ein Sichbescheiden in die gewährten Grenzen. Der Gesetzgeber könnte natürlich jederzeit einschreiten. Bemerkenswert ist die präventive Begrenzung, die eine Vorlegung an das Parlament vorschreibt, zur Kenntnisnahme oder gar zur Genehmigung (Gewerbeordnung §§ 154 am Ende, 16 am Ende) oder die eine Selbständigkeit des delegierten Organs nur für die erstmalige Anordnung zulässt (wie das preussische Gesetz vom 7. Mai 1853), wogegen eine Abänderung allein dem Gesetzgeber vorbehalten bleibt. Eine Weiterübertragung liegt deshalb grundsätzlich, und namentlich bei einer Sonderermächtigung, nicht in der Befugnis des ermächtigten Organs. Die Vermutung spricht für einen umschlossenen, begrenzten Auftrag. Allerdings ist die Praxis solcher „Subdelegation“ nicht abgeneigt,<sup>18)</sup> und dieser Umstand kann in einzelnen Verwaltungszweigen zu einer Rechtsgewohnheit geführt haben, die bei späterer gesetzlicher Ermächtigung auf dem gleichen Gebiete die Subdelegation schon als im Sinne des Gesetzes liegend erscheinen lässt.

Von einer Übertragung des Rechtes zur Gesetzgebung getrennt zu halten ist die neuerdings nicht seltene, aber auch nicht ganz unbedenkliche, Übertragung der blossen Redaktion gesetzlicher Bestimmungen, namentlich bei umfassenden Novellen (unten III Ziffer 3 am Ende).

7. Selbst die Skepsis der historischen Rechtsschule konnte die Anerkennung nicht unterdrücken, dass die Aufstellung des positiven Rechts, durch die Sprache verkörpert und mit absoluter Macht versehen — eben das Gesetz — zu den edelsten Rechten im Staate gehöre (v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts I, 1840, S. 39). Und halten wir uns an die Früchte aus dieser Machtbefugnis, so darf man wohl den Gang der Gesetzgebung als den Zeiger am Uhrwerk des inneren Staatslebens<sup>19)</sup> bezeichnen.

## II. Gebundenheit durch das Gesetz. Stellung des Richters zum Gesetze.

In diesem Gesichtswinkel laufen eine Reihe von Fragen zusammen, die Geltung und Tragweite des Gesetzes betreffen. Freilich ist es nicht bloss der Richter, den es angeht, sondern jedweder, für den das Gesetz in Betracht kommt. Doch hat das letzte Wort der im Streitfall über die Bedeutung des Gesetzes entscheidende Amtsträger, also der iudex im weitesten Sinne. Darum mag man immerhin, wie dies üblich ist, von einem „richterlichen“ Prüfungsrechte der Gesetze, von der richterlichen Auslegung usw. sprechen. Es bringt diese Weise der Betrachtung auch das Verhältnis der Kräfte im Staate zu bezeichnendem Ausdruck. Wo es an einem Richter fehlt, wie meist in Streitfällen des Staatsrechts, werden die nachstehend behandelten Punkte sich auch nur unvollkommen zur Geltung bringen lassen.

<sup>18)</sup> Vgl. L ü b b e r t, Zeitschrift für Kolonialpolitik 1911 S. 730 fg.

<sup>19)</sup> Ernst L a n d s b e r g, Der Geist der Gesetzgebung in Deutschland und Preussen 1888—1913 (1913) S. 6.

Die Gefahr, dass der Richter mit dem letzten Worte im Staatsleben auch die Herrschaft darin hätte, blieb den grossen Gesetzgebern nicht verborgen, die Vorkehrung trafen, dass die letzte Entscheidung wieder in die Hand des Gesetzgebers zurückfiel. Dem Gesetz als Herrscherwort droht Gefahr aber auch vom Interpreten; darum in früherer Zeit das Verbot von Kommentaren oder die Einschränkung der Interpreten (patentirte Juristen, die congregatio concilii Tridentini interpretum). Ein Umschwung in dieser Auffassung war erst politisch gefesteter Zeit vorbehalten, die den Träger der Staatsgewalt nicht mehr argwöhnisch sein lässt gegen jede Regung, die als eine Verschiebung der Machtgrenzen gedacht werden könnte.

### 1. Das Prüfungsrecht.

Im absoluten Staate mehren sich die Anordnungen bestimmter Verkündungsformen gerade für das „Gesetz“, und es wird eingeschärft, dass man nur diese Erlasse als „Gesetze“ betrachte. Verlangt oder erwartet wird also eine Prüfung der Authentizität.<sup>20)</sup> Sie beschränkte sich und konnte sich beschränken auf Art und Ort der Verkündigung. Anders ist die Stellung des Zugehörigen zum modernen Staate gegenüber den Massnahmen der Staatsgewalt. Es entspricht dem Anteile, den heut die Bevölkerung an der Bildung des staatlichen Willens hat, dass sie auch nach allen Richtungen prüfen kann, ob eine obrigkeitliche Massnahme ein Gesetz sei. Das erschöpft sich nicht in der Beobachtung der Formalien; denn Gesetz ist eben nur das, was durchweg den Anforderungen Rechtsens entspricht. Da kommt ausser der Verkündigung auch noch anderes aus dem Hergange der Gesetzgebung in Frage (Stimmenverhältnis, Öffentlichkeit der Sitzung, Abstimmungsformen); ferner aber z. B., ob der Gliedstaat nicht die Grenzen seines Machtbereiches überschritten und in die Zuständigkeit des Reiches eingegriffen habe; schwerlich, immerhin aber nicht ausgeschlossen, ob das Reich nicht die selbstgesteckten Grenzen überschritten habe. Das hat jeder zu prüfen, den es angeht, im Streitfalle also die zur Entscheidung berufenen Organe. Darum spricht man a potiori von einem richterlichen Prüfungsrecht. Es besteht überall, wo es nicht vom Gesetze ausdrücklich ausgeschlossen ist. Dadurch, dass einem an der Gesetzgebung beteiligten Organe eine Pflicht zur Prüfung des ordnungsmässigen Gesetzesvorganges auferlegt ist, wenn man dies auch mit L a b a n d bezüglich der Reichsgesetze für den Kaiser (Ausfertigung) annehmen kann, wird an dieser Rechtslage nichts geändert. Ebensovienig durchschlagend ist die Befürchtung, dass aus einer Zulassung der Prüfung eine unabsehbare Verwirrung, ein Sinken der Achtung vor dem Gesetze, wie in den Vereinigten Staaten von Amerika, die Folge sein müsste. Der praktische Gesichtspunkt darf gewiss nicht bei einer grundsätzlichen Untersuchung ausgeschaltet werden. Aber er wird bei einer Abwägung der in Betracht kommenden Werte als der mindere erscheinen. Die Befürchtung wird übertrieben. In den Vereinigten Staaten von Amerika stehen allerdings zahlreiche Gesetze auf dem Papiere, unbeachtet oder mit Erfolg umgangen. Das hat aber nichts mit dem richterlichen Prüfungsrechte zu tun, sondern ist der Rückschlag gegen die dort eingerissene Überernährung mit Gesetzen (vgl. unten Anm. 52), für die die richterliche Nachprüfung im Lande selbst gemeinhin als das erwünschte Gegengewicht betrachtet wird. Die Erfahrungen in Deutschland stützen die Befürchtungen keineswegs, dass quavis ex populo den Gang der Staatsmaschine lahm legen oder die Staatsgewalt diskreditieren könnte. Selbst die radikalen Parteien sind im Reiche auf dieses Mittel nicht verfallen. Und auch bei der Nachprüfung von Polizeiverordnungen durch den Richter lässt sich ein Sinken der Achtung vor diesen Normen, auch wenn sie hin und wieder für nicht rechtswirksam erkannt werden, nicht beobachten.

Nur wo das Gesetz selbst einen Riegel vorschreibt, z. B. in Preussen nach Art. 106 der VU., in Oldenburg nach Art. 141 § 2, wird man diesen „absolutistischen Rest“ hinnehmen müssen — ein Zeichen aber auch, dass man es für nötig hält, wofern die Einschränkung gelten soll, sie ausdrücklich zu bestimmen.

Die praktische Bedeutung der Frage<sup>21)</sup> ist unter normalen politischen Zeitläuften gegenüber Gesetzen (andere Verordnungen) nicht erheblich. Theoretisch, für die Gewaltenteilung im Staate, wird die Frage zum Angelpunkte.

<sup>20)</sup> Vgl. Fleischmann, der Weg der Gesetzgebung in Preussen 1898 Seite 66.

<sup>21)</sup> Sie ist ausserordentlich häufig erörtert (vgl. die Schriften bei Meyer-Anschütz §§ 173, 179), nicht ohne Einflüssen politischer Momente. Einst erfasste sie Männer mit schon begründetem wissenschaftlichen

2. Die Auslegung.<sup>22)</sup>

Der Richter ist des Gesetzes Diener. Das Gesetz zeigt seinen vollen Sinn erst bei der Handhabung; es ist dann zuweilen klüger als der Gesetzgeber. Im Wesen des absoluten Staates lag es freilich, diese Erkenntnis möglichst hintanzuhalten; er verpflichtete deshalb bei zweifelhaftem Sinne des Gesetzes den Richter zur Anfrage bei einer mit der Gesetzgebung befassten Instanz (nach §§ 47, 48 der Einleitung zum preussischen Allgemeinen Landrecht: der Gesetzeskommission) und band ihn an deren Auffassung. Das kam in das 19. Jahrhundert nicht hinüber, wenigstens nicht für Altpreußen.<sup>23)</sup> Selbständig vom Worte geht die Auslegung aus; den Sinn aber hat sie zu erforschen, indem sie den Zusammenhängen in dem Gesetzgebungswerke und des Gesetzes mit den Zeitverhältnissen nachgeht. Die verfeinerte Technik des Gesetzes, namentlich die mehr und mehr vervollkommnete Systematik, bietet wertvolle Anhaltspunkte. Die Schwierigkeiten steigern sich jedoch auch mit den Fortschritten in der Abstraktion der Fassung oder sie verringern sich nicht gerade. Die Auslegung des Gesetzes ist keineswegs bloss ein logisches Vorgehen; häufig genug ein teleologisches, das ethische und wirtschaftliche Momente berücksichtigen, Interessen vielfältig abwägen muss. Auch eine Zeit, die sich mit grösserer Neigung einem Systeme der „Hermeneutik“ zuwandte als die Gegenwart, hat uns hierfür wenig feste Massstäbe übermittelt. Die ratio legis selbst ist nichts für alle Zeiten Festes: als die Brüsseler Antisklavereakte (1890) die Waffeneinfuhr nach Afrika in strenge Aufsicht nahm, geschah dies zum Schutze für die Eingeborenen (gegen die Sklavenhändler); heute dient dieselbe Norm dem Schutze gegen die Eingeborenen (für die Kolonisten). Der Wandel der Umstände, namentlich der organisatorischen Einrichtungen, kann, muss eine gewandelte Auslegung erheischen: duplex interpretatio.<sup>24)</sup> So haben die Wendungen „Inland“ und „Ausland“ in unserer Gesetzgebung, seitdem wir Kolonien erworben haben, unvermittelt einen neuen, nicht immer ohne Schwierigkeit zu deutenden Sinn angenommen. Dahinein könnte man auch die Beobachtung stellen, dass sich die Gegenwart gegen die Unfreiheit in der Auslegung auf ganzen Rechtsgebieten (Prozessgesetze) sträubt, wie sie noch vor einem Jahrzehnte üblich war. Die sog. Materialien des Gesetzes, die Begründung, Denkschriften, Kammerverhandlungen, eröffnen zwar einen Weg zur Erkenntnis von Anlass und Zweck des Gesetzes. Man wird ihnen aber nach den soeben gemachten Ausführungen nur einen sachlich wie zeitlich eingeschränkten Einfluss einräumen dürfen. Die Rechtsprechung und die der Praxis dienenden Schriften gehen in der Benutzung der Materialien oft zu weit.<sup>25)</sup>

Ein bewährtes Mittel bei dem stark individuellen richterlichen Momente der Auslegung sind die Rechtsprüche der obersten Gerichte (Vollsitzungen), die eine einheitliche Auslegung anbahnen; zu weit schon geht die Rücksicht auf die „Prüfungsergebnisse“ des Reichsmilitärgerichts.

Ein dauernder Zwiespalt der Meinungen über die Tragweite einer gesetzlichen Vorschrift wird allerdings nur durch die sogenannte authentische Interpretation, d. h. durch einen neuen Aus-

rufe, jetzt ist sie ein beliebtes Dissertations-Thema. Auch daraus lassen sich Schlüsse ziehen. Bedeutsam wird uns immer bleiben jene Abhandlung von Planck (in *Therings Jahrb.* 9 (1868) 288 fg.), der als Richter seine Überzeugung ohne Scheu vor den Folgen in die Tat umsetzte. (Vgl. *Frensdorff* in *Biographischen Jahrbuch* XV, 1913, S. 4.)

<sup>22)</sup> Die Verwendung, die das Völkerrecht bietet (*Heilborn*, Grundbegriffe des Völkerrechts 1912 § 24) wird leicht übersehen, nicht minder das Kirchenrecht (*Scherer*, Handbuch des Kirchenrechts, I 1885 § 5).

<sup>23)</sup> Über *Zeilers* Anregung, ein Gerichtshof für bindende Rechtsauslegung, 1911 (*ferner Rheinische Zeitschrift für Zivil- u. Prozessrecht* IV 1912 S. 367—414), wird man nicht ohne weiteres hinweggehen können; *Spiegel*, *Gezetz u. Recht* S. 100.

<sup>24)</sup> Ansätze: *Gesetzentwurf Bassermann-Schiffer* wegen Beschleunigung u. Vereinheitlichung der Rechtspflege (Drucksachen des Reichstags 1912/13 Nr. 1219); Wunsch des deutschen Vertreters bei der Haager Weltwechselrechtskonferenz (1912) nach einer Instanz zur Auslegung schwieriger Rechtsfragen (*Niemeyers Zeitschrift* 23 S. 421).

<sup>25)</sup> Vgl. *Stammler*, *Theorie der Rechtswissenschaft* S. 605. Ein Beispiel bei *Fleischmann* (Abolition) im Wörterbuche des deutschen Staats- und Verwaltungsrecht,<sup>2</sup> I 52.

<sup>26)</sup> In einem Prozesse R. contra Militärfiskus hat das Kammergericht am 5. Mai 1911 beschlossen, für die Auslegung der §§ 36 des Versorgungsgesetzes mehrere an den Kommissionssitzungen beteiligt gewesene Abgeordnete und Regierungsvertreter als Zeugen zu vernehmen.

spruch des Gesetzgebers selbst beseitigt werden können. Das ist keine Auslegung mehr, da der Gesetzgeber das Ziel der Klärung der Rechtslage höher stellen darf, als das sorgsam prüfender Aufhellung des Gesetzeswortes, wofür eine gesetzgebende Versammlung auch der Eignung entbehrt.

Besondere Bestimmungen finden sich gelegentlich über die Auslegung der Verfassungsurkunde, indem sie einem Staatsgerichtshofe übertragen ist (Sachsen VU. § 153, Oldenburg Art. 209): „Der erteilte Ausspruch soll als authentische Interpretation angesehen und befolgt werden“. Wo eine solche Behörde nicht besteht, würde Art. 76 Abs. 2 der Reichsverfassung zur Anwendung kommen können, also äussersten Falles die Reichsgesetzgebung eingreifen.

Zweierlei bleibt für die Auslegung noch zu betonen:

a) Es gilt als Gesetz zwar nur der erklärte Wille des Gesetzgebers. Ist aber die Erklärung durch offenbaren Irrtum beeinflusst (R e d a k t i o n s v e r s e h e n), so überschreitet es nicht die Grenzen der Auslegung, wenn dieser erkennbare Irrtum bei der Anwendung des Gesetzes berichtigt wird.<sup>27)</sup>

b) Unverbindlich kann der Inhalt eines Gesetzes sein, soweit er in den Bereich eines übergeordneten Machthabers eingreift — nicht also, wenn ein Gesetz in Widerspruch zu völkerrechtlicher Pflicht (Einwanderungsgesetzgebung!) träte — oder, soweit er unausführbar ist oder geworden ist, oder nur Rechtswahrheiten wiedergibt<sup>28)</sup>; in den letzten Fällen auch unschädlich.

Praktisch sind dies indes ganz vereinzelte Fälle, bei denen Zurückhaltung geboten ist: Gesetzeswort, sie sollen lassen stahn!

### 3. Lücken der Gesetze.

Der Richter wirkt neben dem Gesetzgeber — *adiuvandi et supplendi gratia* — wenn das Gesetz für einen Fall keine Bestimmung enthält. Es liegt in seinem Amte, jeden Streit zu schlichten; es ist ausgeschlossen, dass er, weil das Gesetz keine Bestimmung enthielte, die Entscheidung ablehne.<sup>29)</sup> Wo die Auslegung, ausdehnende oder einschränkende, nicht hilft, muss er einen Ausweg finden. Mit dieser Möglichkeit rechnen selbst die grossen Kodifikationen um die Wende des 18. und 19. Jahrhunderts, wiewohl die Aufklärungszeit sich in dem Gedanken der Vollständigkeit der Gesetzgebung gefällt. Ausdrücklich weist das Allgemeine preussische Landrecht § 49 an: „Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muss er zwar nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäss, erkennen. (§ 50. Er muss aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz sofort anzeigen)“. Die „Analogie“ wird für den Richter hier den Ausgangspunkt gewähren, die das Für und Wider abwägende Anlehnung an den gegebenen festen Punkt des Gesetzes, mag dies auch ein Ausnahmegesetz sein, und mag er auch unter Umständen dazugelangen, positive Sätze dadurch abzuändern, dass er ihnen eine Ausdehnung über den ausdrücklich geregelten Fall hinaus gibt. Freilich wird es nicht selten zweifelhaft sein, ob die Ähnlichkeit des Tatbestandes so weit geht, dass sie eine analoge Anwendung der ursprünglich für diesen Tatbestand nicht aufgestellten Satzung rechtfertigt, oder ob nicht vielmehr die Satzung gerade jenen nicht gleichen, sondern nur ähnlichen Fall auszuschliessen beabsichtigte (*argumentum e contrario*). Hier werden sorgfältige und in die *ratio legis* nach allen Richtungen eindringende Abwägungen diejenige Linie fortsetzen müssen, die schon für die Auslegung bestimmend sein musste. Scheidungen wie „Rechtsanalogie“ und „Gesetzesanalogie“ können wenig fördern.

Die Analogie wird aber bei den komplizierten Verhältnissen des modernen Verkehrs gar nicht immer genügen können; man vergleiche z. B. die Rechtsfälle, in denen eine positive Vertragsverletzung auftauchte, Garantievertrag, Scheckrecht, Luftschiffahrt, Ausbeutung der Rechtskraft, Formalien des Verwaltungstretverfahrens, das fortgesetzte Verbrechen, Beweismittel im Disziplinar-

<sup>27)</sup> Ander Meinung Binding Handbuch des Strafrechts I 461 (Literatur für und wider), dagegen jetzt noch Brütt die Kunst der Rechtsanwendung 1907 S. 53.

<sup>28)</sup> Eisele im Archiv für die zivilistische Praxis 69 (1886) S. 275—330, Haeneel, S. 159—173; v. Mayr, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs 1911, I 373 f.

<sup>29)</sup> Code civil, art. 4: Le juge qui refuse de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice, Zusatz 4a im Badischen Landrecht (1809).

verfahren, Stellvertretung des Landesherrn, Amtshilfe zwischen Behörden, gemischte wirtschaftliche Unternehmungen oder das sogenannte internationale Privatrecht. . . .

Zur Ausfüllung solcher und mancher anderer Lücken im Rechte muss der Richter weiter ausgreifen. Schon das österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811 (§ 7) verwies ihn auf die „natürlichen Rechtsgrundsätze“.<sup>30)</sup> Und, kaum deutlicher, schreibt das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 in Art. 1 vor: „Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“<sup>31)</sup> Diese Rolle des Richters als Gesetzgeber kommt ihm auch zu, wo dies nicht wie hier ausdrücklich lehrhaft ausgesprochen ist. Eine Willensentscheidung des Richters zur Ausfüllung der Lücken des Gesetzes (neben den Werturteilen, vgl. Rümelin) hat der Gesetzgeber stillschweigend in seinen Willen aufgenommen, weil es die Ordnung der menschlichen Verhältnisse so erheischt. Andernfalls müsste man ein ausdrückliches Verbot von ihm erwarten. So ist eine analoge Strafsatzung ausgeschlossen, weil auf diesem Gebiete Schwankungen in der Erstreckung besonders empfindlich wirken würden. Hiermit ist jedoch keineswegs eine jede ins Strafrecht einschlagende Analogie oder noch freiere Ausfüllung einer Lücke verwehrt<sup>32)</sup>; sie macht sich erforderlich z. B. für die Umwandlung von Geldstrafen in Freiheitsstrafen, wenn bei einer Abzahlung ein Rest ungedeckt ist, der unter dem gesetzlichen Mindestmasse für die Umwandlung verbleibt. Unterstützen mag ein Blick auf das internationale Recht, wie es in dem Haager Abkommen über die Errichtung eines Prisenhofes (1907) Art. 7 Abs. 2 formuliert ist:<sup>33)</sup> *Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité.*

Wo es an einem Richter fehlt, kann freilich die Ausfüllung der Lücke unmöglich werden. Man denke etwa an die Zweifelsfrage über die Gegenzeichnung bei der Entlassung eines Ministers. Solche Schwierigkeit zeigen letzters wieder die Vorgänge bei der Lösung der Union zwischen Schweden und Norwegen, als das norwegische Ministerium im Jahre 1905 seine Entlassung nahm und der König Oskar keine Minister fand, die die Verantwortung für seine Ablehnung der Sanktion des Stortingsbeschlusses über ein eigenes norwegisches Konsulatswesen übernehmen wollten.<sup>34)</sup> Gerade in dieser Gruppe rechtlicher Erscheinungen wird man das Auge dagegen nicht verschliessen können, dass es sich hier unter Umständen gar nicht mehr um eine Lücke, sondern um eine notwendige Grenze des Rechts handelt.<sup>35)</sup>

#### 4. Freiheit des Richters gegenüber dem Gesetze?

Oft wiederholt ist jener in das corpus juris canonici (c. 3 D 4) aufgenommene Ausspruch des hl. Augustinus: In temporalibus legibus, quamquam de his homines iudicent, cum eas instituunt, tamen cum fuerint institutae et firmatae, non licebit iudici de ipsis iudicare, sed secundum ipsas. Der Absolutismus der Aufklärungszeit hat das übertrieben; ein Argwohn gegen die malitia iudicum wirkte nach, bis in die Gesetzgebung der französischen Revolutionszeit hinein.<sup>36)</sup> Er hat für den mässig begabten Richter, auf den man allein rechnen könne, mit dem Gesetze einen Urteilsschrank schaffen wollen, in dessen Fächern möglichst für jeden Fall die Lösung stecke. Die Gegenwart ist davon längst abgerückt. Sie richtet nur den Wegweiser auf für den mit dem Gemeintgut der

<sup>30)</sup> Hierzu jetzt in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des (österr.) Allg. Bürgerl. Gesetzbuchs 1911 die Beiträge von Dniestrzanski (Band II S. 1) und Wellspacher (Band I S. 173).

<sup>31)</sup> Dazu die Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements I 1901 S. 37 und Eugen Huber, Bewährte Lehre (im Politischen Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1911).

<sup>32)</sup> Entschieden Rumpf auf dem 3. deutschen Richtertag 1913 (Deutsche Richterzeitung V 779 f.); Spiegel, Gesetz und Recht S. 56.

<sup>33)</sup> Allerdings nicht ohne Bedenken (Ullmann, Zeitschr. für Völkerrecht VII 348).

<sup>34)</sup> Aall u. Gjelsvik, die norwegisch-schwedische Union, ihr Bestehen und ihre Lösung, 1912 § 41.

<sup>35)</sup> Hierfür beachtenswerte Gründe Kaufmann, S. 139.

<sup>36)</sup> Redslöb, Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung, 1912, Kap. 10.

allgemeinen Bildung, mit genügender Schulung zur Erkenntnis wirtschaftlicher Zusammenhänge ausgestatteten Richter. Das Gesetz steckt einen oft weiten Rahmen ab, im Strafrechte sowohl wie im Zivilrechte, so wenn das BGB. es abstellt auf „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ oder auf die „Billigkeit“, oder wenn es die „guten Sitten“ oder den „wichtigen Grund“ berücksichtigt. Erheblich freier noch will der Vorwurf zum deutschen Strafgesetzbuche den Richter stellen. Nicht zu vergessen ist aber auch das Verwaltungsrecht mit seinen weiten Möglichkeiten des Ermessens; denn es ist aller Orten zu eng, bloss den Richter in Verhältnis zu dem Gesetze zu bringen und nicht überhaupt jedes zu einer Entscheidung berufene Amtorgan.<sup>36)</sup> Hierbei steht der Richter innerhalb des Gesetzes, wenn auch die freie Handhabung bis hart an die Korrektur des Gesetzes führen kann. Am freiesten wirkt die Tätigkeit, wo es gilt, Lücken der Gesetzgebung auszufüllen (Z. 3), was in besonderem Masse in dem noch unfertigen Rechtsbau für unsere Kolonien der Fall, doch bisher nur ganz vereinzelt beobachtet worden ist. Diese Fragen in den Mittelpunkt gerückt hat eine Reihe von Schriftstellern, die man als „Freirechtler“ zusammenfassend zu bezeichnen pflegt. Der Name deckt aber sehr verschiedene Stufen.<sup>37)</sup> Die bürgerliche Freiheit vom Positiven, wo es zwingend wird, ist der Punkt, in dem sich die Verfechter dieser Richtung zusammenfinden, die Absage an eine sog. Konstruktionsjurisprudenz zugunsten einer „Interessenjurisprudenz.“ Der Inhalt dieser Freiheit oder richtiger der Abstrich, den der einzelne an dieser Freiheit zugunsten der Gebundenheit dennoch gelten lässt, sieht bei den einzelnen Vertretern naturgemäss verschieden aus. An Übertreibungen hat es nicht gefehlt, wie immer, wo neue Gedanken mit altem Besitzstande ringen. Unbedingt abzulehnen ist eine Aufstellung, bis zu der sich allerdings nur vereinzelt einer verstiegen hat: dass der Richter befugt wäre, unter Umständen auch gegen das Gesetz zu handeln, wo ihm das Gesetz zu unbilligem Ergebnisse zu führen scheint. Um so notwendiger ist es, nach dieser Richtung die deutliche Schranke zu ziehen, als der Gedanke an sich Folgen ebensogut in Gebieten des öffentlichen Rechtes, des Staats-, Verwaltungs- und auch des Strafrechts würde äussern müssen wie im Privatrecht. Hier erscheint die Korrektur des Gesetzes durch den Richter für die Regel nur politisch bedenklicher, deshalb aber auch augenfälliger. Ein grundsätzlicher Unterschied für die Anwendung ist jedoch nicht zuzugeben. In einem jeden Falle würde die Garantiefunktion, die in dem Gesetze liegt, verletzt; dem Richter eine Gewalt zugeteilt, die die Geschichte des Rechtes gegenüber einer noch unbeholfenen Gesetzgebung — in Rom, auch in England — wohl kennt, die aber mangels ausdrücklicher Zuteilung im Staate unserer Zeit sich an dem in schweren politischen Kämpfen errungenen Grundsätze stossen muss: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige nur dem Gesetze unterworfenen Gerichte ausgeübt“ (§ 1 Gerichtsverfassungsgesetz). Das Gesetz steht über dem Richter oder, um mit Altmeister U n g e r zu reden „der Richter hat

<sup>36)</sup> Vgl. S t i e r - S o m l o, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung 1908, v. L a u n, das freie Ermessen und seine Grenzen 1910, sowie S t a m l e r, die grundsätzlichen Aufgaben der Juristen in Rechtsprechung und Verwaltung (im Verwaltungsarchiv Band 15) 1907. Aber T e z n e r, Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde (Jahrbuch des öffentlichen Rechts V, 1911, 93).

<sup>37)</sup> Ansätze bei O. B ä h r, Rechtsstaat 1864 §§ 2, 4, 5 (meist übersehen). Literaturangaben jetzt bei H e c k, Problem der Rechtsgewinnung 1911. Darum hier nur ein paar Ergänzungen: W e n g e r, Antikes Richterkönigtum (Festschrift zur Jahrhundertfeier des österr. Allg. BGB. I 479) 1911. Für das 18. Jahrhundert z. B. Aug. L e y s e r (vgl. L a n d s b e r g, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III 1, S. 210 f., Notenband S. 140); dagegen S v a r e z: „Es ist für die bürgerliche Freiheit nichts gefährlicher als dem arbitrio iudicis unbestimmte oder zu weite Grenzen zu setzen“ (S t ö l z e l, Karl Gottlieb Svarez, 1885 S. 184, auch 239). v. K i r c h m a n n s Vortrag über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1848) hat keine Spuren eingegraben (vgl. die Analyse von Th. S t e r n b e r g, J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft 1908 S. 13 f.); R e i c h e l, in der deutschen Richterzeitung II, 1910 Sp. 464—468; M a n i g k, Was ist uns Savigny? (Recht und Wirtschaft, 1912, 174, 199) u. österr. Zentralblatt für die jurist. Praxis 30 Heft 9; v. P e r e t i a k o w i c z, Methodenstreit in der Rechtswissenschaft (Grünhuts Zeitschrift 39, 1913, S. 555 fg.); M ü l l e r - E i s e r t, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung 1914 (erschienen 1913); — Jos. Schwering, Naturrecht und Freirechtslehre (Festschrift der Görres-Gesellschaft für Georg v. Hertling 1913 S. 574—593), R u m p f, Der Strafrichter I, II, 1912, 1913; — M e n d e l s s o h n B a r t h o l d y, Das Imperium des Richters 1908; G e r l a n d, Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England, 1910; — C r u s e n, die deutschen Schutzgebiete das Eldorado der Freirechtler (im „Recht“ 1911 Sp. 549—557).

das Recht zu finden, nicht zu erfinden.“ — wir wollten denn einen Absolutismus des Richtertums aufrichten, der gewiss im einzelnen Falle auch der Sache zum Segen dienen könnte, insgesamt aber bei der Vielheit der hier wirksam werdenden Instanzen, in der Unsicherheit des Rechtsstandes und in dem anwachsenden Misstrauen gegen die Justiz nur schlimmere Gefahren noch als der Absolutismus des Gesetzes oder des Gesetzgebers in sich bergen würde. Wo die Verfassung eines Landes, wie in den Vereinigten Staaten von Amerika, dem Richter eine weitgehende Macht gegenüber dem Gesetze einräumt, da haben sich auch die Vorwürfe der Volksschichten, die sich durch den Urteilsspruch beeinträchtigt glauben, gerade gegen die Justizverwaltung, als wäre sie die eigentliche Trägerin der souveränen Gewalt der Nation, erhoben.<sup>38)</sup>

Das Aufbrausen beginnt unbefangener Einschätzung zu weichen. Die mittlere Beurteilungslinie einer gesetzestreuen Jurisprudenz, die weder auf ein blosses Subsumieren beschränkt noch zu schrankenlosem Ermessen berufen ist, wohl aber zur „sinngemässen Gebotsergänzung“ (Heck), ist auch geeignet die Richtungsgegensätze ausgleichen. Dem Windstoss gleich, der die Tür aufschlägt, wenn's so trifft, auch ein Fenster einstösst, ungeberdig, wo sich der Widerstand entgegenwirft, so zog die Freirechtsbewegung hin. Er hat die Luft gereinigt, und das ist nicht wenig; denn sie war stockig geworden und eine Wand von Missverstehen hob sich zwischen eine Praxis, die unbewusst einem unmessbaren Rechtsgeföhle sich zuwandte, und eine Theorie, die sich noch grundsätzlich ablehnend hielt, nach einem Massstabe zu suchen für die auf Anerkennung dringenden neuen Werke. Indes schon der Vorstoss, von verschiedenen Seiten und mit verschiedenen Mitteln geführt, hat in mancher Hinsicht freier gegenüber dem Gesetze gestellt, als es in Deutschland üblich geworden war, hat sich die Notwendigkeit ersehen lassen, das Gesetz darnach zu formen, dass der Richter einen kräftigeren Rückhalt habe bei dem Suchen sachgemässer Entscheidung, die es nicht dabei bewenden lässt, von dem Gesetze nur auszugehen, die immer darauf achtet, auf welche Wirkung sie ausläuft — der Richter ist des Gesetzes Diener, nicht sein Sklave.

### III. Gesetzgebungspolitik.

Die Frage nach der besten Gesetzgebung hat das 18. Jahrhundert vielfältig beschäftigt.<sup>39)</sup> Sie steht da in engem Zusammenhange mit den breiten Erörterungen über die beste Art, die Glückseligkeit der Untertanen durch die Staatsgewalt zu befördern. Als Mittel erscheint das allmächtige Gesetz. Montesquieu's „Esprit des lois“ wurde nicht mit scheuer Achtung nur genannt, wie es heut geschieht, sondern wie ein pädagogisches Werk in breiten Schichten, vor allem auch in den höfischen Kreisen gelesen.<sup>40)</sup> Die Wirkungen sind vielfältig genug in den Kodifikationen des 18. Jahrhunderts zu spüren. Die Aufklärungszeit zeigt deshalb auch die ersten Versuche einer theoretischen Gesetzgebungspolitik<sup>41)</sup>, und zwar nicht bloss nach der sachlichen, sondern schon auch nach der formellen

<sup>38)</sup> Vgl. die sozialistische Zeitschrift „Neue Zeit“ vom 12. 11. 1909 S. 242, 245; auch L o e w y, Archiv für Sozialwissenschaft 1906 S. 721 f.

<sup>39)</sup> Die ideale Anforderung an den Inhalt des Gesetzes möchte schon das corpus juris canonici — in c 2 D 4 — ausdrücken: Erit lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporique conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.

<sup>40)</sup> A n d r e a e, Beiträge zur Geschichte Katharinas II. 1912 S. 19—26. Die programmatische Erklärung der Kaiserin in der Instruktion für die Gesetzeskommission von 1767: „Gott verhüte, dass nach Beendigung unserer Gesetzgebung ein Volk auf Erden gerechter und folglich glücklicher sei als das unsrige. Der Zweck unserer Gesetze würde dann verfehlt sein, ein Unglück, das ich nicht zu überleben wünsche.“ Darüber die spöttischen Bemerkungen bei v. H a l l e r, Restauration der Staatswissenschaft 1816 I 176.

<sup>41)</sup> Vgl. F i l a n g i e r i, scienza della legislazione 1780/1788, B e n t h a m, introduction to the principles of moral and legislation 1789 (dazu v. M o h l, Geschichte u. Literatur der Staatswissenschaft. III, 1858 S. 610—612). K. S. Z a c h a r i a e, die Wissenschaft der Gesetzgebung 1806. Dagegen erscheint 1837 eine „systematische Darstellung der Gesetzgebungskunst“ von G e r s t ä c k e r (sächsischer Advokat), der sich wiederholt mit diesen Fragen befasst hat. Bei den Franzosen finde ich gleichzeitig nur die „confection des lois“ behandelt. Unsere Zeit empfindet in der Handhabung des Rechtes in weiterem Masse das künstlerische Moment: Friedr. S t e i n spricht

Seite des Gesetzes. Die im 19. Jahrhundert zur Herrschaft kommende wissenschaftliche Richtung, die ihrer Zeit den Beruf zur Gesetzgebung absperrt, schnitt den Faden ab, noch ehe sich die Frage aufwerfen konnte, inwieweit die Ergebnisse jener Erwägungen auf die Gesetzgebung einer konstitutionellen Zeit ein- oder umzustellen wären. Erst die jüngste Zeit hat diesem Gegenstande wieder Sorgfalt zugewendet, ersichtlich angespornt durch die grossen Kodifikationen des privaten Rechtes.<sup>42)</sup>

Unsere Zeit nimmt, sowohl was den Inhalt als die Form der Gesetzgebung anlangt, erkennbar ihren eigenen Standpunkt ein. Die Gesetzgebung ist eine „Kunst“, wie man sie mit einer glücklichen Wendung neuerlich wieder bezeichnet hat (Zitelmann). Sie kann so wenig wie jede Kunst der Technik entzogen werden.

### 1. Allgemeines (Inhalt).

Sachlich ist das Gefühl der Staatsallmacht nüchterner Betrachtung, um nicht zu sagen bewusster Ablehnung gewichen. Die Grund- und Freiheitsrechte, der Stand der Selbstverwaltung stehen dem entgegen. Auch hier liegt der Wendepunkt im Zeitalter der französischen Revolution. „Le difficile est de ne promulguer que des lois nécessaires, de rester à jamais fidèle à ce principe vraiment constitutionnel de la société, de se mettre en garde contre la fureur de gouverner, la plus funeste maladie des gouvernements modernes“ — deutlicher, schärfer lässt sich die neue Zeit kaum ankündigen, als es hier von dem älteren Mirabeau<sup>43)</sup> geschieht. Gut deutsch fasst das einmal Uhl and in die Worte: Man hat sich nicht bloss vor der richterlichen Willkür zu hüten, sondern auch vor der legislatorischen.<sup>44)</sup>

Die Dinge nehmen wirtschaftlich ihren Lauf zunächst, ohne dass sich der Gesetzgeber um sie bekümmert; zeitweilige Reglementieren kann sie aus der Bahn treiben, da die verwickelten Zusammenhänge sich heute schwerlich von einer Stelle, und nicht gerade immer von einer regierenden Stelle, aus übersehen lassen. „Bewegungen, die sich aus dem Leben der Völker und der Gestaltung der Staaten ergeben, werden durch Gesetze weder geschaffen noch beseitigt.“ Mandarf diesen Satz, mit dem die erläuternden Bemerkungen zu dem Entwurfe eines österreichischen Auswanderungsgesetzes (1913) beginnen, sehr wohl aus ihrem sachlich engeren Zusammenhange heben. Gesetzliche Eingriffe in das Gebiet des Geistes oder des Gewissens haben ihre scharfe Kante, zumal in einem Staate mit religiös gemischter Bevölkerung. Ein gesetzgeberischer Schritt aber schwankend und zurück getan, geht wider das Ansehen des Staates. Der moderne Staat bedient sich deshalb seiner an sich unbegrenzten Gewalt mit Mass. Er soll nicht weiter eingreifen, als er zum Wohle der Allgemeinheit glaubt zu einer Rechtssetzung genötigt zu sein, also erst, wofern andere zwingende Einflüsse, wie Sitte, Religion, Kunstsin usw. nicht wirksam genug erscheinen. Gewalt, wie sie im Gesetze liegt, muss nutzbringende Gewalt sein, die sich durch höheren Zweck rechtfertigt. Solche Nötigung besteht ja vielfach genug, namentlich aber da, wo ohne ein Gesetz widerstrebende wirtschaftliche oder auch geistig kulturelle Interessen den von höherer Warte aus notwendigen Ausgleich sonst nicht finden würden (soziale Missstände), oder wo Unsicherheit in die rechtlichen Grundlagen (Tarifvertrag, Kartelle, früher Scheck) oder unausgleichbare Verschiedenheit in der Rechtsprechung zur Rechtsgefährdung führt. Oder wo der Gesetzgeber das politische Band durch das Rechtsband festigen will (Einführung der Militärgesetzgebung nach Art. 61 der Reichsver-

von der „Kunst der Rechtsprechung“ (1900); Ransson, *essai sur l'art de juger*, 1912; ferner Brütt, E. J. Bekker (S. 194); Rumpff, *Volk und Recht* 1910; Finger behandelt „die Kunst des Rechtsanwalts“, 1912.

<sup>42)</sup> Vgl. den Vorstoss von Eugen Huber (Bern), *Über die Realien der Gesetzgebung* (Zeitschrift für Rechtsphilosophie 1913). In Österreich: Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage betr. die Änderung . . . des Allgem. Bürgerl. Gesetzbuchs, 78. Beilage zu den Stenogr. Protokollen des Herrenhauses 21. Session, 1912 S. 4—8, 204 (diesen Hinweis verdanke ich meinem Kollegen, Herrn Dr. Peter Klein). Gény, *la technique législative* (in *Le code civil 1804/1904, livre du centenaire* II 1905).

<sup>43)</sup> Sur l'éducation publique p. 69. Das Wort stellt Cauer (1851) seiner Ausgabe von W. v. Humboldts Ideen zu einem Versuche, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen (1792) voran. Humboldt beruft sich wiederholt auf Mirabeaus Schriften, sodass Edmond Villey (*du rôle de l'état dans l'ordre économique*, 1882, Titelblatt) das Wort — W. v. Humboldt zu schreibt.

<sup>44)</sup> Erwähnt bei Reinöhl, in *Wahls Beiträgen zur Parteigeschichte* II 1911 S. 169.

fassung).<sup>45)</sup> Eine andere Notwendigkeit besteht, wo sich der Gesetzgeber schon einmal zu einem Gesetze bestimmten Inhalts verpflichtet hat. Eine derartige Bindung, zuweilen um Augenblickserfolge willen, steht freilich nicht im Einklange mit der Vormachtstellung des Gesetzgebers und ist geeignet, sie zu diskreditieren, wenn veränderte Umstände, z. B. in der Zusammensetzung der Volksvertretung, die Erfüllung des Versprechens hindern oder hinausschieben (die Verheissungen in der deutschen Bundesakte, in der preussischen Verfassungsurkunde, die sog. *lex Trimborn* im Zolltarifgesetze, das Wahlkreisgesetz im Reiche) — sie ist deshalb grundsätzlich zu vermeiden. Freilich kann eine gewisse Regelmässigkeit schon in dem Inhalte der Gesetzesaufgabe liegen, wie beim Staatshaushalte. Dann ist die Bindung selbstverständlich. Und sie kann einen gewiss zu billigenden moralisch-politischen Zweck verfolgen, um bei dem Wechsel der Volksvertretung bestimmte Richtlinien für Massnahmen festzuhalten, die vor Schwankungen behütet werden müssen (vgl. Militärgesetz, Flottengesetz). Hierzu tritt in neuerer Zeit nicht selten eine durch internationale Verträge, in besonderem Masse bei Gründung eines Bundesverhältnisses, geschaffene Pflicht oder sich ergebende Notwendigkeit zum Erlass innerstaatlicher Gesetze, z. B. durch die Brüsseler Antisklavereiate oder für die Anpassung der Zuckersteuer an die internationale Zuckerkonvention, der Telegraphengesetzgebung, des Eisenbahnfrachtrechts, des Arbeiterschutzes usw. an das internationale Recht: das geht letzstens — bei der Wechselordnung — gar so weit, den Wortlaut des nationalen Gesetzes vorzuschreiben.<sup>46)</sup>

Auf der andern Seite birgt die Neigung zur Spezialgesetzgebung, um Bedürfnissen, sobald sie auftauchen, zu genügen, eine nicht zu unterschätzende Gefahr für die in der Geschlossenheit des gesetzlichen Aufbaus liegende Wirkung gesetzgebender Gewalt.

Unter solchen Umständen wird man über den Inhalt der Gesetze nur mit Vorsicht und nur vereinzelt Leitsätze aufstellen können.

Dass Gesetze nicht ab irato erlassen werden, begreift sich wohl. Das hat aber nichts mit einer Ablehnung von sog. Ausnahmegesetzen schlechthin zu tun.

Einen Eingriff in die Vermögensstellung des einzelnen, in sogenannte „wohlerworbene Rechte“ betrachtet man nicht günstig, und man wird aus Gründen der Billigkeit für den Verlust oder die Beschränkung der Erwerbsmöglichkeit infolge eines Gesetzes eine Geldentschädigung eintreten lassen.<sup>47)</sup> Dies ist bei der Einschränkung des Betriebs der Privatposten und letzters wieder mit der Novelle zum Tabaksteuergesetz vom 15. Juli 1909 (R. G. Bl. 705) zugunsten der infolge des Gesetzes arbeitslos gewordenen Hausgewerbetreibenden und Arbeiter anerkannt worden, nicht dagegen bei der einschneidenden Monopolisierung der Lebensversicherung in Italien.

Die Wirkung des Gesetzes soll sich eben nur in die Zukunft erstrecken. Gesetze mit rückwirkender Kraft<sup>48)</sup> untergraben das Vertrauen in die Stetigkeit der durch die Gesetzgebung geschaffenen Rechtslage. In einzelnen Staaten, wie in den Vereinigten Staaten von Amerika und Norwegen, sind sie durch die Verfassung geradezu verboten. Doch übersieht solch ein allgemeines Verbot über der Fülle des Normalen den Notfall. Das Prinzip darf nicht zum Hemmnis werden, um schweren Missständen zu begegnen, deren Abhilfe das öffentliche Gewissen erfordert (Sklaverei), unter Umständen auch um ein Andrängen der öffentlichen Meinung (Wiederaufnahme des Verfahrens bei der Beamtendisziplin) zu befriedigen, natürlich auch im Falle einer authentischen Auslegung, um das Gesetz selbst in seinem richtigen Bestande zu sichern. Kein Gegenstand ist der Möglichkeit rückwirkender Regelung entzogen, auch nicht die Finanzgesetzgebung, wiewohl hier die Interessenlage den schärfsten Widerstand entfacht (z. B. die Zollverordnungen in den Kolonien mit rückwirkender Kraft); denn auch sie kann sehr wohl im Interesse der Allgemeinheit

<sup>45)</sup> Hierher kann man auch die „Assimilationsgesetzgebung“ rechnen, die Frankreich gegen seine Kolonien anwendet.

<sup>46)</sup> Drucksache des Reichstags 13. Leg.-Periode, I. Session 1912/13 Nr. 1002.

<sup>47)</sup> Der Punkt ist lebhaft bestritten; vgl. jetzt Otto Mayer, „Entschädigungspflicht des Staates“ im Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts<sup>3</sup> I 1911 S. 731.

<sup>48)</sup> Ausführungen und Literatur bei O. Gierke, Deutsches Privatrecht I 1895 §§ 23, 24, Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1912 S. 86.

geboten sein (Wertzuwachssteuer). Für eine rückwirkende Kraft wird immerhin der Anlass überwiegend beim öffentlichen Rechte gegeben sein. Nach einer anderen Richtung bedenklich und nicht immer genügend gewürdigt ist es, wenn der Gesetzgeber den Zeitpunkt der Geltung eines Gesetzes schon auf den Tag der Verkündung legt, an dem nur selten jemand von dem Gesetze eine rechte Kenntnis haben wird. Darin steckt ein Stück rückwirkender Kraft.

Das Gesetz muss eine Stütze in der Überzeugung des überwiegenden Teiles der Bevölkerung (nicht immer ziffernmässig) suchen; es muss in diesem Sinne national sein. Übertrieben ist aber die Ansicht Montesquieus (Esprit des lois I 13): Les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre.

Der moderne Verkehr verlangt nach einem und führt zu einem Ausgleich der Rechtsverschiedenheiten durch Herübernahme bewährter Ordnungen aus anderem Staate; er macht sich Erfahrungen, ja Formulierungen zunutze. Solch bewusste Rezeption birgt an sich keine Gefahr, da sie eine Auslese treffen kann. Wir sehen sie am Werke, wenn sich die Wissenschaft in ihren Dienst stellt, indem sie die Schätze des Auslandes auf ihre Verwertbarkeit für das Heimatrecht durchmustert. Sie zeigt unter Umständen eine gewisse Uninteressiertheit, ein Fehlen der Verknüpfung mit Interessen eines herrschenden Standes, weshalb uns die Geschichte früherer Zeiten zuweilen von der sonst auffallend erscheinenden Forderung der niederen Volksklassen berichtet, die Gesetze von auswärts zu holen. Die Aufstellung Benthams hinwieder, dass der Ausländer für die Gesetzgebung gerade der geeignete Mann sei, richtet sich durch ihr Übermass von selbst.

Für die Verhältnisse innerhalb Deutschlands wird man bei der an sich wünschenswerten Freiheit der Einzelstaaten in der Gestaltung ihres Rechts doch als Anforderung der Gesetzgebungspolitik hinstellen müssen: Fühlung zwischen den einzelnen Staaten auf dem ihnen verbleibenden Gebiete der Gesetzgebung, um die Rechtsverschiedenheit möglichst in engen Grenzen zu halten. Die kleineren Staaten lehnen sich deshalb, vielfach sogar durch wörtliche Übernahme, an die Gesetzgebung der grossen Staaten namentlich Preussens, an. Für Anregungen und Abreden hierüber bietet sich nicht selten ohne offizielle Zuständigkeit im Bundesrate das geeignete Mittelsorgan.

In dieser Art entsteht eine „Parallelgesetzgebung“ der Staaten, die natürlich nicht auf Gliedstaaten eines Bundes beschränkt zu sein braucht.

Andererseits wird man nunmehr von dem Reichsgesetzgeber fordern müssen, dass er bei jedem Gesetze erwägt, ob und inwieweit ihm eine Anwendung in den Kolonien zuteil werden solle. Hierfür sind erfreuliche Ansätze vorhanden; aber doch erst Ansätze.

## 2. Beschaffung des Stoffes.

Für die Herbeischaffung des Stoffes, des Inhalts der Rechtsgedanken, die in dem Gesetze geformt werden sollen, genügt nicht die (unerlässliche) Kenntnis der kulturellen Voraussetzungen für das Gesetz: als Grundlage ist Kenntnis des vorhandenen Gesetzesbestandes zu erfordern und der Behandlung, die er in Rechtsprechung und Wissenschaft erfahren hat. Aus diesem Grunde schon überwiegt für die Vorbereitung und Ausarbeitung unter den gesetzgebenden Faktoren die Regierung.

Die zentralen Verwaltungsbehörden sind für ihren Bereich in der Regel auch mit den vorbereitenden Arbeiten für die Gesetzgebung betraut. Sie setzen ihrerseits durch Umfragen (regelmässige Berichte oder für den bestimmten Zweck) die unterstellten Amtsorgane in Bewegung. Das Reich allerdings ist meist noch auf den Umweg über die Zentralinstanzen der Einzelstaaten verwiesen. Es ist deshalb nicht selten, dass Gesetzentwürfe für das Reich von den preussischen Behörden bearbeitet werden: ein nicht entsprechendes Verhältnis, das in dem nicht vollendeten Ausbau der Reichsorgane seinen Grund hat. Andererseits stellt das Reich oft den eigenen Organismus zur Beschaffung des Materials über die einschlagenden Verhältnisse des Auslandes zur Verfügung. Neuerdings wird diese Erkenntnisquelle gelegentlich durch Studienreisen amtlich beteiligter Personen in das Ausland verstärkt (z. B. für die Kolonialgesetzgebung), oder es wird die Wissen-

schaft zur systematischen Sammlung und kritischen Sichtung des ausländischen Materials aufgerufen. Mit dem Auslande wird Fühlung auch insofern gehalten, als in Staatsverträgen mehrfach die Staaten sich verpflichtet haben, einander die einschlagenden Gesetze mitzuteilen. Statistische Erhebungen bilden die notwendige Ergänzung der Vorbereitung auf den verschiedensten Gebieten gesetzlicher Tätigkeit.

In weitem Umfange werden aber heute die Interessenten schon für die Vorbereitungen herangezogen. Dazu dienen in erster Reihe Anträge und Äusserungen der Selbstverwaltungsorgane, ferner der Berufsvertretungen, namentlich der amtlichen, wie Handels-, Handwerks-, Landwirtschaftskammer, Ärzte-, Apotheker-, Anwaltskammer, Gewerbe- und Kaufmannsgerichte usw. Diese Aufgabe ist ihnen geradezu gesetzlich zugewiesen (z. B. § 103g Gewerbeordnung). Freie Berufsvereinigungen — dahin zählen auch Verbände, wie der Verein für Sozialpolitik oder der deutsche Juristentag — wirken, zuweilen noch kräftiger, in derselben Richtung; sie sind manchmal der Regierung unangenehme Dränger, deren Wert auch nicht immer rechtzeitig erkannt worden ist. In ihrer Sachkunde liegt ein unersetzbarer Faktor für die sachgemässe Festlegung des Gesetzesinhalts. Aus Petitionen ferner und durch amtliche Enqueten<sup>49)</sup> wird brauchbarer Stoff geschöpft. Und schliesslich bieten Unzuträglichkeiten in der Rechtsprechung nicht minder wie eine bestimmte gerichtliche Praxis, die sich bewährt hat und die man nicht antasteten lassen will, eine Handhabe für die Gesetzgebung; der Richter ist der Pionier der Gesetzgebung. Ein weiterer Schritt zur unmittelbaren Nutzbarmachung der für das Gesetzgebungswerk geeigneten Kräfte ist ihre Heranziehung zu beratenden Kommissionen wie sie sich für die Vorbereitung internationaler Verträge besonders da, wo mannigfache nationale Wirtschaftsinteressen sich kreuzen und Berücksichtigung fordern,<sup>50)</sup> längst als förderlich erwiesen haben. Das grosse Werk der Privatrechtskodifikation bietet in dieser Hinsicht für den Gang der Gesetzgebung Erfahrungen, die als Prüfstein gelten können für die Mitwirkung der interessierten Faktoren bei der Schaffung des Rechtsstoffes sowohl wie für die formale Bewältigung.<sup>51)</sup> Dem reiht sich die Reform der Strafgesetzgebung jetzt an.

Als Schlussglied in dem vorbereitenden Verfahren kann die Zuweisung des Entwurfs vor die Kritik der Öffentlichkeit dienen, die sich bei grösseren Gesetzgebungswerken empfehlen wird; sie ist schon in der friderizianischen Epoche erprobt worden und bildet heut eine der vornehmsten Aufgaben der periodischen Presse, mag auch dabei manches Wort eines weniger Berufenen in den Kauf genommen werden müssen. Zum kräftigst wirkenden Gegenmittel kann hier dann die Aufstellung eines privaten Gegenentwurfs werden.

Weit weniger als die Staatsregierung hat das Parlament die Möglichkeit, den Stoff heranzuschaffen. Es wird sich deshalb zumeist auf Anregungen beschränken (Resolution) und auf Übermittlung der Petitionen als Material oder zur Berücksichtigung. Dem Parlamente liegt weniger das Stoffliche in diesem Sinne als das Kritische (Amendement) ob. Die nordamerikanische Parlamentspraxis kann durch den Gegensatz, um nicht zu sagen die Karrikatur, dies nur betätigen.<sup>52)</sup>

### 3. Formulierung des Gesetzes.<sup>53)</sup>

Ein herbes Urteil fällt einmal v. L i s z t über die legislative Technik bei unserer Strafgesetzgebung: sie sei ihr mehr und mehr abhanden gekommen, jeder innere Zusammenhang zwischen

<sup>49)</sup> z. B. über Tabaksteuer, die Börse, das Bankwesen; oder Enquete veranstaltet zur Feststellung der Wünsche der beteiligten Kreise der Bevölkerung inbezug auf die Reform der inneren und der Finanzverwaltung — nämlich in Österreich (veröffentlicht Wien 1913).

<sup>50)</sup> Über den „Wirtschaftlichen Ausschuss“ bei der Vorbereitung der Handelsverträge vgl. L u s e n s k y im Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts<sup>2</sup> II, 1912 S. 339, 358.

<sup>51)</sup> Vgl. S t o e r k, das bürgerliche Gesetzbuch und der Gesetzgebungsapparat des deutschen Reiches, 1899, und (zugleich für das folgende) E. J. B e k k e r, System und Sprache des Entwurfes eines BG B. 1888.

<sup>52)</sup> In der Session 1909/10 soll die Anzahl der bills im Repräsentantenhause 27 000 betragen haben (Freund, das öffentl. Recht d. V. St. von Amerika 1911 S. 112); vgl. noch Journal du droit international privé 1908 S. 297.

<sup>53)</sup> Zu meiner Freude haben die hier in der I. Auflage vertretenen Gedanken mehrfach uneingeschränkte Zustimmung durch wörtliche Wiedergabe gefunden (R u m p f in „Recht und Wirtschaft“ 1912 S. 474, D e i n h a r d t in der Zeitschrift des Allgemeinen deutschen Sprachvereins 1913 Nr. 4 S. 113). Die literarische Behand-



den allgemeinen Grundsätzen des Strafgesetzbuches und den Sonderbestimmungen der strafrechtlichen Nebengesetze fehle, überall werde das Gleichmass der Strafdrohung verletzt; ratlos stünde dem Wissenschaft und Rechtsprechung gegenüber (Systematische Rechtswissenschaft in Hinneberg „Kultur der Gegenwart“ 1906 S. 211). Das gibt zu denken, mag es auch also bedenklich nicht (mehr) sein.

Für die Formulierung des Gesetzes<sup>44)</sup> ist oberste Anforderung: Das Gesetz muss aus sich heraus verständlich sein für denjenigen, an den es sich wendet; es muss den gesetzgeberischen Willen zu verständlichem Ausdrucke bringen. Hier zeigt sich das künstlerische Moment. Keineswegs bloss in der Sprache, sondern schon in der Zuteilung einer Materie in dieses oder jenes Gesetz (formelles Recht, materielles Recht) und im Aufbau innerhalb des Gesetzes (allgemeiner Teil — besonderer Teil). Die Gegenwart ist durch die Vorarbeit der Wissenschaft an ein hohes Mass durchdachter Systematik gewöhnt, die den Rechtsgedanken schärfer abgrenzt, und sie ist nicht geneigt, die Ansprüche gegenüber dem Gesetze herabzusetzen. Sie verlangt nicht minder eine technisch klare Anreihung; eine Novellengesetzgebung, wie sie z. B. die Gewerbeordnung verunstaltet, wird als grober gesetzestechischer Mangel empfunden. Freilich ist ein Gesetzbuch kein Lehrbuch. Es darf sich nicht mit unverdinhlichem Inhalte belasten. Keine Kunst lehrt — sie gestaltet: So ist es auch nicht Sache des Gesetzes, dogmatisch zu definieren, es hat zu dekretieren.

Gesetze sollen eine gemessene Sprache reden, kurz und bündig<sup>45)</sup> Frühere Zeit beliebte die imperative Form; sie ist durch eine apodiktische (Präsens) oder hypothetische Formulierung abgelöst. Gesetze sollen alles, was sie zu sagen haben, auch selbst sagen. Verweisungen auf andere Gesetzesstellen sind mit Vorsicht anzuwenden: Verweisungen innerhalb desselben Gesetzes schon aus ästhetischen Gründen; Verweisungen auf ein bestimmtes anderes Gesetz, da es im neuen Gefüge neuen, ungeahnten Sinn entwickeln, aber auch zu einem Sonderleben erstarren kann, während es draussen sich wandelt; Verweisungen auf einen ganzen Komplex von Sätzen in ihrem jeweiligen Bestande, da solche automatische Ergänzung in der Tragweite kaum überschauen werden kann. Manche Kürze ist dadurch herbeigeführt worden auf Kosten des klaren gesetzgeberischen Gedankens (z. B. beim Schutzgebietsgesetz). Gesetze sollen keine Lücken lassen; zuweilen ist es ein Armutszeugnis für den Gesetzgeber und die Schärfe seines Denkens, wenn er gewisse Fragen der Wissenschaft und der Praxis zur Lösung zuweist. Nur ein Ausweichen ist oft — und dann abzulehnen — die Weitmäsigkeit, sog. Kautschukparagrafen, oder die Verwendung sog. Ventilbegriffe.<sup>46)</sup> Aber kein Wort auch zu viel! Die Auslegung heftet sich daran; ein Wort, eine Gefahr. Durchdachte Regelung wird zu abstrakter Formulierung führen. Abstrakte Form ist die höhere Stufe gegenüber einer bequemen Kasuistik, die nur die Hauptfälle erfasst, die dem Gesetzgeber gerade liegen, die

lung dieser lange genug vernachlässigten Frage ist im Aufblühen: Kleinfeller, Gesetz und Sprache (im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie VI, 1913 S. 269—274). Einem Preisausschreiben des Deutschen Sprachvereins verdanken wir die (nicht in jeder Hinsicht Zustimmung verdienenden) Schriften über „Unsere Gesetzessprache“ von F i c k e l (Lehrer), R e n n e r und P. S o m m e r (zuerst in den „Grenzbogen“), sämtlich 1912. Übervolkstümliche Gesetzessprache K. S c h n e i d e r, J a s t r o w in „Recht und Wirtschaft“ II, 1913 S. 129, 180.

<sup>44)</sup> M o n t e s q u i e u, *Esprit des lois*, Buch 29 (besonderes Kap. 16); C o u r t e n a y I l b e r t, *Legislative methods and forms*, 1901. Ein Runderlass des Reichskolonialamts vom 4. Mai 1908 (Kolonialgesetzgebung XII 168) sucht allgemeine Grundsätze für die Abfassung von Verordnungen aufzustellen; das verdient Beachtung.

<sup>45)</sup> Legem brevem esse oportet — ist zum Sprichwort geworden, von dem der Ursprung sich in der Zeit verlor! S v a r o z, Inwiefern müssen Gesetze kurz sein? (Vgl. Stölzel S. 183, 225). Über „Simplizität“ der Gesetze äussert sich z. B. E b e r h. v. R o c h o w, der Vater des preussischen Volksschulwesens, in der Deutschen Monatschrift 1790 (Abdruck in seinen pädagogischen Schriften, herausgegeben von Jonas u. Wienecke II 1908 S. 112 f.) Überhaupt werden solche Anforderungen im Rahmen der Bestrebungen der Aufklärungszeit nach Unterricht in der Rechtskunde wiederholt gestellt (vgl. F l e i s c h m a n n, *Frühzeit der Bürgerkunde*, 1913).

<sup>46)</sup> Die „analytische Vereinfachung des Tatbestandes“ (Ibering, *Geist des römischen Rechts* 3, 1<sup>a</sup> § 85), die im BGB. auf eine Verteilung oder Andeutung, auch Verschiebung der Beweislast hinausläuft, braucht nicht als der Höhepunkt gesetzgeberischer Kunst angesehen zu werden. Allgemein über die technische Behandlung des Stoffs K n o c k e in Plancks Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch<sup>4</sup> I. 1913 S. XLVI. fg.

seine volle Absicht aber nicht zum Ausdruck bringt; Kasuistik vergisst, übersieht; sie kann zu eng sein bei aller Fülle. Indes auch die abstrakte Fassung ist nicht der Weisheit letzter Schluss; sie lässt Raum für eine Handhabung, die an dem Zwecke des Gesetzes vorbeigeht; sie trägt in sich die Gefahr des allzu Weiten. Ihre Verwendung ist darum nur die Regel, die in zahlreichen Fäden die Ausnahme fordert, sei es erschöpfende Aufzählung (Kasuistik) oder Erwähnung deutlich nur als Beispiel (Exemplifikation).<sup>57)</sup> Das Ziel bleibt das Verständnis des Gesetzes, die Möglichkeit des Verständnisses in den Kreisen, die sich nach dem Gesetze richten sollen. Verfassungsgesetze oder Strafgesetze müssen darum anders, schlichter reden als es Gesetze für Handel und Verkehr zu tun brauchen, oder Gesetze für Organisation und Verfahren der Behörden.

Sämtlich sollen sie sich an die gute Sprache des Umgangs halten,<sup>58)</sup> nicht schwerfällig, kein Papierdeutsch und am wenigsten ein „Juristendeutsch“ reden. Das viel beredete Juristendeutsch! Zwei Dinge werden bei diesem Worte vermengt. Da sind die Auswüchse eines Kanzleistsils, der uns aus der Zopfzeit anhaftet, d. i. den Behörden insgesamt, nicht nur den Gerichten, gegen den aber die neuere Zeit einen so entschiedenen Feldzug eröffnet hat, dass wir einen fluchtartigen Rückgang auf der ganzen Linie verfolgen können.<sup>59)</sup> Hierauf beruht die Geringschätzung des Wortes. Das trübt das Urteil; denn das Wort hat noch einen andern guten Sinn. Das Juristenhandwerk oder die Gesetzeskunst hat für ihre Eigenheiten eigene Fachausdrücke so gut nötig, wie andre Berufe sich deren gebildet haben. Man darf nicht eine Nomenklatur mit einer den Begriff scharf fassenden Terminologie verwechseln. Im Gegenteil, gut gewählte Fachausdrücke geben der Formulierung erst die begriffliche Schärfe: auch die Gesetzeskunst hat ihre Kunstsprache ausgebildet, freilich zumeist erst für das private Recht, und viel fehlt noch daran, dass die Sprachschwankungen unter den einzelnen Gesetzen ausgeglichen wären.<sup>60)</sup> Dass diese Kunstsprache deutsch ist oder in den Einzelheiten deutsch werden soll, ist ein selbstverständliches Streben.

Vernachlässigung im Ausdruck, Verschwommenheit (die sich aus der Sache im Worte spiegelt: eine Promulgation, Interessensphäre u. dergl.), zuweilen auch die Übernahme systematischer Kategorien in Gesetzesbindung (z. B. „öffentliches“ Recht, „privates Recht“ im Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit) rächen sich unausweichbar durch Schwierigkeiten in der Erkenntnis. An der Sammlung des Stoffes können sich nicht Kräfte genug beteiligen — ihn mit dem Werkzeug der

<sup>57)</sup> Vgl. St a m m l e r, Theorie der Rechtswissenschaft S. 589; O p p e n h e i m, Zukunft des Völkerrechts S. 165 fg., 174 (der diese Dinge von einer andern Warte aus betrachtet). v. S c h e y in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des österr. BGB. 1911 I S. 508.

<sup>58)</sup> In neuerer Zeit ist mehrfach der Entwurf größerer Gesetze Sprachkennern zur Prüfung vorgelegt worden, so dem Allgemeinen deutschen Sprachverein das Zolltarifgesetz, die Reichsversicherungsordnung, der Entwurf einer Strafprozessordnung (auch die Eisenbahnverkehrsordnung), das preuss. Wassergesetz.

<sup>59)</sup> Aus den Aktenbergen steigen gewiss zuweilen auch endlose, holprig gebaute Perioden auf. Man kann sie rügen. Die Sünde gegen den deutschen Sprachgeist will aber an dem Masse der Arbeit mit gemessen sein und schrupft da zusammen. Parturitus montes. . . Kleinlichkeit und Übertreibung bleiben hierbei nicht immer aus.

Nicht vergessen sollte man aber auf der andern Seite, dass in einer Zeit der Gleichgültigkeit gegen das geschriebene deutsche Wort es an Juristen nicht gefehlt hat, die für Reinheit und Schlichtheit und Klarheit des deutschen Sprachgewandes und gegen den Barbarismus forensis eingetreten sind, Männer der Theorie wie der Praxis mit klangvollem Namen: Hommel, Pütter, Svarez, Hugo, Hymnen . . . Sie haben uns manches deutsche Sprachgut (die Fahrnis, die Errungenschaft, die Tagfahrt, den Tatbestand u. a. m.) gerettet. Ich gedenke, an anderer Stelle darauf zurückzukommen.

<sup>60)</sup> Allgemeines in G ü n t h e r, Recht und Sprache 1898. Bei den einzelnen Gesetzen hat die Durchforschung eindringlich eingesetzt; z. B. für die Zivilprozessordnung: W a c h, Handbuch S. 284 f., M e n d e l s s o h n B a r t h o l d y in der Rheinischen Zeitschrift für Zivil- u. Prozessrecht IV 1911 S. 1—55, ebenda S. 56 f; Ludwig S e u f e r t, kritisch-alphabetisches Verzeichnis der materielle rechtlichen termini in den §§ . . . der ZPO. und in der umgekehrten Richtung Herm. M a n t e l, kritisch-alphabetisches Verzeichnis der zivilprozessualen termini im BGB. (Dissertation Würzburg 1912), P l a n c k (K n o c k e) Seite L. Wortverzeichnisse müssen den Bestand festlegen (für das BGB. von G r a d e n w i t z, 1902, für das StGB. in der Ausgabe von B i n d i n g und N a g l e r 1905). Sie sind die unerlässliche Vorarbeit für Wörterbücher der Rechtssprache, wie es die Heidelberger Akademie zum BGB. plant und die den Anschluss in dem vorbereiteten allgemeinen Wörterbuch der deutschen Rechtssprache werden finden müssen.

Sprache meistern kann nur der Auserwählte. Diese Geschlossenheit ist darum eher ein Merkzeichen der Gesetze des absoluten Staates, der auf seiner Höhe sorgsame Redaktion der Gesetze bereits genügend zu bewerten wusste (vgl. die Gesetzesgebungscommission in Preussen am Ausgange des 18. Jahrhunderts), als des konstitutionellen Staates. Man rühmt der preussischen Gesetzgebung vor 1848, an der der Staatsrat beteiligt war, eine sorgsamere Fassung nach als modernen Gesetzen. Gelegentlich nicht mit Unrecht. Die kleinere Zahl trägt auch in dieser Hinsicht eine deutlichere Verantwortlichkeit als der vielköpfige Gesetzgeber im Parlament, dem die Zusammenhänge der Teile mit dem Ganzen des Gesetzes, gar des Rechtes nicht immer gegenwärtig sein können, der zuweilen auch die Arbeit überstürzt und selbst in Fragen der Technik nicht immer seine engeren politischen Ziele zurücktreten lässt. Vorschläge, umfangreiche Gesetze nur in dem Sachlichen durch das Parlament zu beschliessen, für die Form aber einem Vertrauensmanne freie Hand zu lassen<sup>61)</sup>, sind deshalb allen Ernstes in Oesterreich gemacht worden; sie sind aber im ausgebildeten Konstitutionalismus kaum mehr als fromme Wünsche. Schon die Übertragung der erneuten Publikation eines unübersichtlich gewordenen Gesetzes durch den Gesetzgeber an ein Amtsorgan (Kanzler, Minister), wie sie z. B. durch das Ermächtigungsgesetz vom 17. Mai 1898 an den Reichskanzler erfolgt ist, hat bei der Durchführung ihr Bedenkliches gezeigt, indem sie bei der Ersetzung von Verweisungen auf ältere Gesetze durch die entsprechenden Vorschriften der neu bekanntgemachten Texte einer nachprüfenden Beurteilung des Amtsorganes Raum lässt.<sup>62)</sup>

Es muss hier genügen, auf die Gefahren einer Unterschätzung der Form nur hingewiesen zu haben. „Wenn auf irgend einem Gebiete, so erweist sich auf dem Rechtsgebiete der sprachliche Ausdruck nicht bloss als das Kleid, sondern als die wahre Leiblichkeit des Gedankens.“ (O. Gierke.)

### Schluss.

Das Gesetz hat die höchste Macht im Staate, über jedweden, den Landesherrn und sein Haus nicht ausgenommen. Es bindet mit menschlichem Bande, auch wenn es im Religiösen<sup>63)</sup> oder Nationalen (z. B. Bestrebungen in Finland) gegen das Gewissen geht, und niemand kann von der Befolgung lösen, solange das Gesetz gilt. Es gilt immer das letzte gesetzliche Wort. Indes, Gesetze erben sich nicht nur fort, sie sterben auch. Es ist eine der vornehmsten Aufgaben einer Politik der Gesetzgebung, wegzuräumen, was des Rechtes zu binden nicht mehr wert ist. Für solchen Prozess zeigt nicht bloss alter, gesetzesdurchsetzter Boden die geeignete Anlage, sondern nach aller Erfahrung, wengleich aus andern Gründen, auch junger Boden, in den die Gesetzesstecklinge erst vorsichtig einmal eingesetzt sind, als Versuch, ob sie Wurzel schlagen: so fallen in unsern Kolonien mit ihrer fortschreitenden Entwicklung zahlreiche Einzelgesetze, sobald sich die Möglichkeit ihrer Vereinheitlichung ergibt, zum Opfer. Das letzte Wort spricht aber gar nicht immer förmlich der Gesetzgeber. Gesetze können sich überleben; sie können in ihrer Wirkung ausgeglichen, abgelenkt werden durch eine danebenlaufende Gesetzeswandlung, wie sie das Recht des Reiches bereits mehrfach erkennen lässt, und wie sie z. B. in Bayern während der Regentschaft unter dem Drucke der Notwendigkeit für das Fortschreiten des staatlichen Lebens abgerungen ward. Oder sie sterben an dem Widerstande, selbst dem passiven; eine entgegenstehende Gewohnheit lässt das Gesetz in Vergessenheit geraten, löst es ab. Die Frage ist allerdings sehr bestritten. Aber die derogierende Kraft der Gewohnheit leugnen, heisst, wie ich meine, sich gegen Naturgesetze auflehnen. Auch provisorisch bloss können Gesetze überwunden werden, in Fällen der Not. An die sog. Notverordnungen

<sup>61)</sup> Für das italienische Strafgesetzbuch vom 30. Juni 1889 hatte das Ministerium einen entsprechenden Auftrag vom Parlament erhalten. (Laccointa, Annuaire de législation étrangère 19 S. 402.)

<sup>62)</sup> Ein durch die parlamentarische Obstruktion völlig entstelltes Gesicht zeigt § 1 des Zolltarifgesetzes vom 25. Dezember 1902 (Bezugnahme auf Beschlüsse der Reichstagskommission!)

<sup>63)</sup> Aus der Enzyklika des Papstes an die preussischen Bischöfe vom 5. Februar 1875: . . . denunciantes omnibus, ad quos ea res pertinet, et universo catholico orbi leges illas irritas esse, ut pote quae divinae ecclesiae constitutioni prorsus adversantur.

allein braucht man hier nicht zu denken; es gibt andere, schwerere Fälle. So wird in Kriegszeiten durch die feindliche Okkupation für das okkupierte Gebiet die schwierige Situation der formalen Fortgeltung der alten und des tatsächlichen Eingreifens einer neuen Staatsgewalt geschaffen. Aus völkerrechtlichen Gründen können Vergeltungsmassnahmen (Retorsion, Repressalien) im Inlande eine anormale Rechtslage bedingen, die nicht erquicklicher dadurch wird, dass die Wissenschaft hierfür die Vorarbeit vermissen lässt. Oder die Verwaltung geht über das Gesetz hinweg, wie es in Frankreich selbst ein demokratischer Parteiführer (Briand als Ministerpräsident gegenüber den Gewalttaten der ausständischen Eisenbahner) als oberstes Recht der Staatsgewalt in Anspruch nahm. Und schliesslich sind in dem Streite der politischen Parteien gerade die Fundamentalgesetze des Staates von gewaltsamer Umwälzung bedroht. Das Recht schweigt, das sich nicht bewähren kann. Aussergesetzliche Macht geht vor Recht, um selbst Recht zu werden.

Gewiss: „les lois sont la permanence des choses“ — aber „das Gesetz ist ein Stück irdischer Vorsehung, und es hat reichlich an sich zu erfahren, wie beschränkt, wie schwach, wie trügerisch dieselbe ist.“ Beide haben sie recht: *Thiers*, hier der Jurist, nicht der Politiker sagt es (de la propriété, 1848!), und *Bülow*, der Prozessualist. Die Zusammenfassung, den Ausklang mag uns, wie wir es verstehen, ein bekanntes Wort von *Stammler* geben: „Alles gesetzte Recht ist nur ein Versuch, richtiges Recht zu sein.“

## 21. Abschnitt.

### Die formellen Gesetze.

Von

Dr. Paul Schoen,

o. Professor der Rechte an der Universität Göttingen.

#### Literatur:

Jellinek, Gesetz und Verordnung (1887); G. Meyer, Anteil der Reichsorgane an der Reichsgesetzgebung (1889); v. Martitz, Über den konstitut. Begriff d. Gesetzes (Ztschr. f. d. ges. Staatswiss. XXXVI., 1880, S. 241 ff.); Haenel, Studien II (1880); Anschütz, Begriff der gesetzgebenden Gewalt (2. Aufl. 1901); Dieselbe, Grundzüge des deutschen Staatsrechtes, i. Kohlers Enzyklop. d. Rechtswissenschaften (7. Aufl. 1913) IV; v. Seydel, Komm. z. R.-Verf. (2. Aufl. 1897) S. 41 ff. 171 ff.; die Lehrbücher des Staats- und Verwaltungsrechtes bes. Laband St. R. (4. Aufl. 1901) II S. 1 ff.; G. Meyer St. R. (6. Aufl., bearb. von Anschütz 1905), S. 549 ff.; Haenel St. R. I (1892) S. 238 ff., Zorn St. R. I (2. Aufl. 1893) S. 392 ff., 407 ff.; Arndt St. R. (1901) S. 156 ff.; Schulze, Preuss. St. R. (2. Aufl. 1890) II S. 1 ff.; v. Seydel, Bayer. St. R. (2. Aufl. 1896) II S. 306 ff.; Loening, Verw. R. (1884) S. 225 ff.; O. Mayer, Verw. R. I (1895) S. 67 ff.

I. Unter einem formellen Gesetze versteht die herrschende Theorie<sup>1)</sup> des konstitutionellen Staatsrechtes, der auch die Praxis der höchsten Gerichtshöfe sich angeschlossen hat, jede durch ein verfassungsmässig geordnetes Zusammenwirken des Trägers der Staatsgewalt und der Volksvertretung zustande gekommene staatliche Willenserklärung. Dieser formelle Gesetzesbegriff ist im konstitutionellen Staate neben den alten materiellen Gesetzesbegriff getreten, der identisch ist mit

<sup>1)</sup> In den Hauptpunkten im wesentlichen übereinstimmend, vertreten besonders von Laband, G. Meyer, Jellinek, v. Seydel, Schulze, Anschütz, O. Mayer. Gegner dieser Theorie und der ganzen Unterscheidung von formellem und materiellem Gesetz besonders v. Martitz, Zorn, Haenel. Über den gegenwärtigen Stand der Lehre wie auch der Praxis eingehende Nachweisungen bei G. Meyer St. R. bes. S. 549 f., Anm. 1 u. S. 560 f.

