

Die
R e c h t s b i l d u n g
in
Staat und Kirche.

Von
Dr. jur. Ernst Meier,
Privatdocenten zu Göttingen.

Berlin.
Druck und Verlag von Georg Reimer.
1861.

Dem

Herrn Geheimen Oberregierungsrathe

Ludwig Hemilius Richter,

Doctor der Theologie und der Rechte, o. ö. Professor der Rechtswissenschaft
zu Berlin.

V o r w o r t.

Ich habe in der folgenden Abhandlung versucht, eine Lehre, welche für die Grundlagen der gesammten Rechtswissenschaft von der höchsten Bedeutung ist, im Zusammenhange aller dahin gehörigen Momente zu erörtern.

Ich habe mir aber diese Aufgabe nicht von vornherein so gestellt, sie hat sich vielmehr erst allmählig mit innerer Nothwendigkeit zu diesem Umfange erweitert. Indem ich nämlich darauf ausging, eine Theorie des kirchlichen Gewohnheitsrechts zu gewinnen, so wurde ich nach zwei Seiten über die Grenzen dieses ursprünglichen Gegenstandes hinaus geführt. Ich hielt es zunächst zum Zweck einer befriedigenden Lösung jener Aufgabe für nothwendig, die Darstellung einer vollständigen Theorie der kirchlichen Rechtsbildung zu versuchen, denn wenn es meiner Ansicht nach bisher nicht gelungen ist, zu einer wahren Einsicht in das Wesen des kirchlichen Gewohnheitsrechts zu gelangen, so scheint mir daran vorzugsweise die bisherige Behandlungsweise Schuld gewesen zu sein, welche sich ganz äußerlich mit einer isolirten Betrachtung des Gewohnheitsrechts begnügte, und indem sie den natürlichen Zusammenhang der Dinge ignorirte, keine andere als ungenügende Resultate hervorbringen konnte. Ich bin dann aber im weitern Fortgange meiner Untersuchungen dazu gelangt, auch eine Theorie über die Entstehung des Rechts überhaupt aufzustellen. Es dürfte nämlich an sich gewiß keinem Zweifel unterliegen,

daß eine Theorie über die Entstehung des Kirchenrechts erst dadurch ihre letzte Begründung erhält, daß man sie in Verbindung bringt mit der Theorie über die Entstehung des Rechts überhaupt, denn so selbstständig und eigenthümlich nun auch die kirchliche Rechtsbildung vor sich gehen mag, so unterliegt sie doch in wichtigen Beziehungen Grundsätzen, die aller Rechtsbildung gemeinsam sind. Ich mußte mich dann aber um so mehr dazu aufgefordert fühlen, die Frage nach der Rechtsbildung überhaupt hier ausführlicher zu behandeln, als ich bei längerer Beschäftigung mit diesen Dingen mich immer entschiedener von derjenigen Theorie entfernte, welche als Lehre der historischen Schule in den weitesten Kreisen Geltung hat, und deren wesentliche Momente auch mir bisher als unangreifbare Axiome gegolten hatten.

Ich übergebe damit diese Ausführungen der wissenschaftlichen Prüfung derer, die zu einem Urtheile hier berufen sind; und wenn ich nun auch nicht hoffen kann, in der Lösung von Problemen, welche zu den schwierigsten gehören, die überhaupt aufgeworfen werden können, überall das Richtige getroffen zu haben, so ist es doch mein lebhafter Wunsch, daß diese Arbeit wenigstens insofern zu einer tiefern Erkenntniß der Wahrheit in diesen Lehren beitrage, daß Einiges von dem, was hier zurückgewiesen worden ist, für immer widerlegt, und Einiges von dem, was hier neu aufgestellt worden ist, für immer festgestellt erscheinen möge.

Göttingen, den 12. October 1860.

I n h a l t.

	Seite
Erster Theil. Die Grundsätze der staatlichen Rechtsbildung.	
Einleitung. Die Kritik der bisherigen Lehren	1
Erster Abschnitt. Die Grundsätze der Rechtsbildung im Allgemeinen.	
Erstes Capitel. Die Rechtsbildung hinsichtlich des Subjects.	
I. Das Volksbewußtsein und das Gewohnheitsrecht. . . .	17
II. Das Juristenrecht	21
III. Die staatliche Rechtsbildung	23
IV. Die Rechtsbildung im Völkerverrecht	24
Zweites Capitel. Die Rechtsbildung hinsichtlich des Inhalts.	
I. Im Allgemeinen	24
II. In der Anwendung auf die äußere Rechtsbildung . . .	27
Drittes Capitel. Die Rechtsbildung hinsichtlich der Form . .	27
Zweiter Abschnitt. Die Grundsätze der Rechtsbildung im Einzelnen.	
Erstes Capitel. Die geschichtliche Entwicklung.	
I. Die Hundertschaften und Gaue	38
II. Die Stammesverbindungen	40
III. Das Frankenreich	48
IV. Das deutsche Reich.	
1) Das Mittelalter	60
2) Die neue Zeit	70
Zweites Capitel. Die deutsche Rechtsbildung in der Gegenwart.	
I. Das gemeine deutsche Recht	80
II. Die Rechtsbildung in den einzelnen deutschen Staaten .	83
Zweiter Theil. Die Grundsätze der kirchlichen Rechtsbildung.	
Erste Abtheilung. Die Rechtsbildung der katholischen Kirche.	
Einleitung. Die Kritik der bisherigen Lehren	95
Erster Abschnitt. Das göttliche Recht	107
Zweiter Abschnitt. Das menschliche Recht.	
Erstes Capitel. Die Rechtsbildung hinsichtlich des Subjects.	
I. Die geschichtliche Entwicklung.	
A. Bis zur Ausbildung der gegenwärtigen katholischen Kirchenverfassung.	
1) Die Einzelgemeinden	118
2) Die Provinzen	133
3) Die größern Kreise	141
4) Die katholische Kirche	143

	Seite
B. Die spätern Kämpfe des Papal- und Episcopalsystems in ihrem Einflusse auf die Rechtsbildung.	
1) Die Bewegungen am Ende des Mittelalters . . .	165
2) Die Zustände im achtzehnten und neunzehnten Jahrhundert . . .	171
II. Die Gegenwart.	
1) Die Stellung der Laien zur Rechtsbildung . . .	184
2) Die Stellung des Clerus zur Rechtsbildung . . .	190
Zweites Capitel. Die Rechtsbildung hinsichtlich des Inhalts.	
I. Im Allgemeinen.	
1) Das Naturrecht . . .	193
2) Die Rationabilität . . .	200
II. In der Anwendung auf die äußere Rechtsbildung . . .	208
Drittes Capitel. Die Rechtsbildung hinsichtlich der Form.	
I. Gesetz und Gewohnheit im Allgemeinen . . .	211
II. Die Erfordernisse der Gewohnheit.	
1) Hinsichtlich des Subjects . . .	213
2) Hinsichtlich des Inhalts (Rationabilität) . . .	214
3) Hinsichtlich der Form (legitima praescriptio) . . .	216
III. Die Wirkungen der Gewohnheit . . .	220
Zweite Abtheilung. Die Rechtsbildung der protestantischen Kirche.	
Einleitung. Die Kritik der bisherigen Lehren . . .	224
Erster Abschnitt. Das göttliche Recht.	
Erstes Capitel. Die principielle Verwerfung desselben . . .	225
Zweites Capitel. Die theilweise Beibehaltung desselben.	
I. Im Allgemeinen . . .	232
II. Im Einzelnen.	
1) Die Verfassung einiger reformirter Kirchen außerhalb Deutschlands . . .	237
2) Die Ehecheidung . . .	242
3) Die ehelindernden Verwandtschaftsgrade.	
a) In Deutschland . . .	249
b) In England und Schottland . . .	256
4) Die Kirchenzucht und der Bann . . .	265
Zweiter Abschnitt. Das menschliche Recht.	
Erstes Capitel. Die Rechtsbildung hinsichtlich des Subjects.	
I. Die geschichtliche Entwicklung.	
1) Das sechzehnte Jahrhundert . . .	267
2) Das siebzehnte und achtzehnte Jahrhundert . . .	277
II. Die Gegenwart . . .	279
Zweites Capitel. Die Rechtsbildung hinsichtlich des Inhalts.	
I. Im Allgemeinen . . .	285
II. In der Anwendung auf die äußere Rechtsbildung . . .	288
Drittes Capitel. Die Rechtsbildung hinsichtlich der Form.	
I. Gesetz und Gewohnheit im Allgemeinen . . .	292
II. Die Gewohnheit insbesondere.	
1) Die Erfordernisse . . .	295
2) Die Wirkungen . . .	297

Erster Theil.

Die Grundsätze der staatlichen Rechts- bildung.

Einleitung.

Die Kritik der bisherigen Lehren.

Indem es mir scheint als ob es den Bemühungen der Wissenschaft bisher nicht gelungen wäre, eine Lehre von der Entstehung des Rechts aufzustellen, die auf allen Punkten als ein wahrhafter Ausdruck der Verhältnisse des Lebens gelten könnte, so suche ich den Grund dafür sehr tief in der ganzen bisher angewandten Methode.

Ich glaube, daß es deshalb zu einer allseitig befriedigenden Lösung dieses Problems nicht hat kommen können, weil man sich immerfort nur darauf beschränkte, eine von anders woher entlehnte Theorie an die Rechtsbildung selbst anzulegen, während doch die Aufgabe es erfordert hätte, durch treues Eingehen in die Eigenthümlichkeiten der thatsächlichen Verhältnisse eine solche aus der wirklichen Rechtsbildung heraus zu entwickeln.

In der That zeigt uns die ganze bisherige Literatur als gemeinfamen Charakterzug das Bestreben, aus den römischen Quellen eine für Deutschland anwendbare Lehre zu gewinnen.

Es ist nöthig, wenigstens kurz einen Blick auf die Geschichte dieser Literatur zu werfen, denn durch Nichts mehr als durch den Verlauf, den die bisherige Behandlungsweise im Einzelnen genommen hat, werden wir zu einem Aufgeben derselben im Ganzen geführt.

Es sind drei Perioden in der Literaturgeschichte dieser Lehre zu unterscheiden, das Mittelalter, welches schon vor der Reception wenigstens in einem gewissen Sinne unter der Herrschaft des römischen Rechts stand, die neue Zeit, welche principiell die Reception auf dies Gebiet ausdehnte, und die neueste Zeit seit Anfang dieses Jahrhunderts, wo man angefangen hat, die Geltung des römischen Rechts in diesen Dingen principiell zu verwerfen, ohne daß es jedoch bei dem Mangel an einem neuen positiven Principe zu einer wirklichen Beseitigung desselben gekommen wäre.

Ich beginne mit der Literatur des Mittelalters.

Allerdings streng genommen hat es eine solche im eigentlichen Deutschland damals noch nicht gegeben; es hieße den Zustand der deutschen Rechtswissenschaft vor der Reception des römischen Rechts völlig verkennen, wollte man von jenen Anfängen einer wissenschaftlichen Bearbeitung, wie sie in den Rechtsbüchern vorliegt, eine Untersuchung von Fragen auch nur erwarten, an deren Lösung ohne eine gewisse Höhe wissenschaftlicher Ausbildung erreicht zu haben keine Zeit sich gewagt hat. So sehr man auch im deutschen Mittelalter der Grundsätze für die Entstehung des Rechts im Einzelnen sich bewußt war, und so richtig man überall im Leben danach verfuhr, so war man doch damals nicht dazu im Stande, dieselben in einem zusammenhängenden Ganzen zum wissenschaftlichen Bewußtsein zu bringen. Die vereinzeltten Aussprüche, die über Rechtsbildung überhaupt und über Gewohnheit insbesondere im Sachsenspiegel, noch mehr im Schwabenspiegel vorkommen, und auch in andern Rechtsbüchern nicht ganz fehlen, bieten zwar recht gute Anhaltspunkte für die Darstellung der damals geltenden Sätze und dürfen so wenig wie die in den Gesetzen vorkommenden direkten Aussprüche übergangen werden, wenn es sich um eine Schilderung der damaligen Rechtsbildung handelt, aber sie sind doch so weit entfernt ein vollständiges Bild zu gewähren, daß sie mehr die negative Bedeutung haben, uns vor falschen Vorstellungen zu bewahren, während eine eigentliche Bearbeitung selbstständig auch für die damalige Zeit noch neben ihnen gemacht werden muß; eine zusammenfassende germanistische Behandlung dieser Lehre hat das deutsche Mittelalter nicht hervorgebracht.

Dennoch kann man nun aber sagen, daß es in Deutschland damals nicht ganz und gar an einer solchen Lehre gefehlt habe. Es hat damit folgende Bewandniß. In dem großen Werke der Ethnologien des Isidor von Sevilla, welches dazu bestimmt war, die gesammten Bildungselemente des römischen Alterthums in sich zu vereinigen, finden sich an zwei Stellen, da wo die Rhetorik und da wo die Rechtswissenschaft abgehandelt wird, Sätze, welche sich auf die Entstehung des Rechts beziehen, theils Notizen aus der äußeren römischen Rechtsgeschichte, theils allgemeine Bemerkungen über Gesetz und Gewohnheit. Nicht als ob Isidor dabei auch nur entfernt daran gedacht hätte, durch diese Zusammenstellungen eine für seine Zeit und sein Land anwendbare Lehre zu gewinnen, der Kontrast, der zwischen der hier vorgetragenen sehr spiritualistischen Auffassung der Gewohnheit und dem beinahe gleichzeitigen gänzlichen Verbote derselben in dem westgothischen Gesetzbuche besteht, weist jeden Gedanken daran von vornherein zurück. Das Interesse, welches den Compiler auch hier leitete, war ein rein theoretisches, bloß auf Erhaltung der Erzeugnisse antiker Kultur gerichtet; und es ist in dieser Hinsicht bezeichnend, daß die Quellen, aus denen Isidor hier geschöpft hat, nicht juristische, sondern die Schriften römischer Grammatiker und Philosophen gewesen zu sein scheinen; soviel nämlich auch im Einzelnen über die bei der Compilation angewandte Methode dunkel ist, so wenig man namentlich bisher weiß, ob etwa schon ähnliche Unternehmungen unserm Verfasser vorgelegen haben, so möchte doch die Richtigkeit jener Annahme mit gleicher Stärke aus formellen und materiellen Gründen sich ergeben, aus formellen insofern als keins der vorhandenen juristischen Quellenwerke, weder das Breviar, noch der Codex Theodosianus die geringste Aehnlichkeit aufweist, dagegen ein Vorhandensein der Originalschriften römischer Juristen im siebenten Jahrhundert in Spanien nicht gut angenommen werden kann; und aus materiellen Gründen insofern, als abgesehen von einer Masse Unrichtigkeiten, die allerdings aus der Bearbeitung sich herschreiben könnten, das Ganze, wie ein einziger Blick zeigt, nicht eine speciell juristische, sondern eine allgemein wissenschaftliche Färbung hat.

Diese Erörterungen über Entstehung des Rechts, wie sie aus

römischen Quellen bei Isidor sich finden, haben nun aber dadurch eine erhöhte Bedeutung gewonnen, daß sie als Grundlage jener umfassenden Lehre von der Rechtsbildung gedient haben, die Gratian an die Spitze seines Decrets gestellt hat. Es sind bekanntlich die ersten zwanzig Distinctionen, die in dieser Beziehung gegenüber dem sonstigen Inhalt des ersten Theils ein Ganzes bilden; eine Art Einleitung, auf welche allein sich die Ueberschrift des ganzen ersten Theils bezieht. In einem auf gewisse Weise großartigen Zusammenhange, der freilich vielfach unterbrochen wird durch Materien, die sogar zum Theil weder in einem kirchlichen Rechtsbuche, noch in einem Rechtsbuche überhaupt vernünftigerweise eine Stelle haben sollten, wird hier im Fortgange vom Allgemeinen zum Besondern das Wesen der Rechtsbildung untersucht. Indem Gratian, dessen Aussprüche wesentlich unter dem Einflusse der scholastischen Philosophie stehen, hierbei mehr als sonst im Vordergrunde steht, aber außer dem Isidor doch auch noch andere Gewährsmänner herbeizieht, so ist zunächst die Rede von dem Verhältniß des Naturrechts und des positiven, denn überall gäbe es einen Inbegriff von Principien, welche ohne selbst Recht zu sein, einen ewigen Maaßstab für die Entstehung alles Rechts darböten, sie beruhten zum Theil auf der Einrichtung der menschlichen Natur, der ihr innewohnenden Vernunft, zum Theil auf übernatürlicher göttlicher Offenbarung. Es wird dann, indem ich nur das Allgemeinste berühre, fortgegangen zur Entstehung des Rechts selbst; es handelt sich dabei zunächst um die Entstehung des Rechts im Allgemeinen, sie geschieht durch Gesetz und Gewohnheit; über Beides findet sich eine Theorie; genauer ist dann die Rede von der kirchlichen Rechtsbildung im Besondern, auch hier wieder wird Gesetz und Gewohnheit sich gegenübergestellt, und dann am Schlusse ausführlicher auf die Arten der kirchlichen Gesetze eingegangen.

Das Urtheil über die Behandlung, welche dieser Lehre im Decrete Gratians zu Theil geworden ist, wird etwa zusammenfallen mit dem Urtheil über die wissenschaftliche Bedeutung des Decrets überhaupt. Man wird nämlich auf der einen Seite nicht verkennen, daß für den Standpunkt des zwölften Jahrhunderts hier in der That etwas in jeder Weise Außerordentliches geleistet ist, zumal wenn man

bedenkt, daß mit dem Decrete Gratians eine wissenschaftliche Bearbeitung des canonischen Rechts überhaupt erst begann, wie denn auch nirgends vorher eine derartige Abhandlung über die Entstehung des Rechts sich findet. Auf der andern Seite wird man aber freilich zugestehen müssen, daß bei diesem ersten Versuche es keineswegs überall gelungen ist, eine *concordia discordantium canonum* an jeder Stelle herbeizuführen, und das Recht durchgängig so darzustellen, wie es sich in der Anwendung fand; und am allerwenigsten möchte das eben von der Einleitung zu behaupten sein, die mit ihrer Theorie der Rechtsbildung der Wirklichkeit doch nur in den allgemeinsten Umrissen entsprach, und mehr eine theoretische Verzierung darbietet, wie denn das Mittelalter öfters in einem eigenthümlich naiven Verhältnisse zu seinen Theorien steht, die häufig sehr weit davon entfernt sind, einen Ausdruck für die Verhältnisse selbst zu gewähren.

Wenn daher auch in diesem Theile wie in den übrigen das Decret Gratians auf Deutschland nicht ohne Einfluß geblieben ist, was bei der Gemeinsamkeit der wenigen wissenschaftlichen Cultur von damals nicht anders zu erwarten war, uns aber auch noch besonders bezeugt wird, so hat sich dieser Einfluß doch bloß auf der Oberfläche gehalten, und man war auch trotz des Decrets am Ende des Mittelalters in Deutschland sehr weit davon entfernt, eine Theorie über Entstehung des Rechts zu besitzen.

Eine solche ist erst das Resultat der neuern Zeit gewesen, zu der wir uns jetzt wenden.

Es unterliegt nun keinem Zweifel, daß die Lehre, welche sich jetzt ausgebildete, einen bedeutenden Fortschritt enthielt gegen den Zustand von früher, wo man eine solche entweder gar nicht oder nur in den allgemeinsten Grundzügen gehabt hatte; indessen war sie doch trotzdem weit davon entfernt, das zu sein, was sie eigentlich hätte sein sollen, nämlich ein Spiegel der Rechtsbildung selbst, denn die Rechtsbildung selbst ging nach deutschen Grundsätzen vor sich, die Theorie dagegen beruhte auf romanistischen und canonistischen Quellen.

Zu der That ging die Entstehung des Rechts in Deutschland nicht bloß vor der Reception und bei derselben, sondern auch nachher

ganz in Gemäßheit derjenigen Grundsätze vor sich, die im engsten und untrennbarsten Zusammenhange mit der deutschen Staatsverfassung stehend, unter sich ein einheitliches Ganze bildeten, aus dem nicht beliebig einzelne Stücke herausgenommen, andere dafür hereingesetzt werden konnten. Von einer eigentlichen Reception des römischen Rechts kann für diese Lehre nicht die Rede sein, eine solche hat vielmehr nur insofern scheinbar stattgefunden, als auf manchen mehr untergeordneten Punkten eine thatsächliche Uebereinstimmung zwischen deutschen und römischen Grundsätzen sich vorfand, und man nun auch in den Gerichten anfang, die klaren und bestimmten Aussprüche der Art, die in der Justinianischen Compilation sich vorfanden, zu allegiren. Dabei soll indeß nicht ganz und gar in Abrede gestellt werden, daß nicht in einzelnen Beziehungen die fremden Rechte, namentlich das canonische, auch wirklich einen materiellen Einfluß geübt haben; nur gehören dahin längst nicht alle die Veränderungen in den Grundsätzen über Rechtsbildung, in denen äußerlich eine Uebereinstimmung mit dem römischen oder canonischen Recht allmählig zu Tage tritt; es ist das nämlich in sehr vielen Fällen nicht sowohl die Wirkung des Einflusses der fremden Rechte, als die Folge des Umstandes, daß die thatsächlichen Verhältnisse in Deutschland vielfach denjenigen allmählig immer ähnlicher wurden, aus denen manche solche Sätze der fremden Rechte hervorgegangen waren, und ich verweise in dieser Hinsicht namentlich auf die Bestimmungen hinsichtlich der Rescripte und Mandate, die ihre Geltung, soweit es zu einer solchen überhaupt kam, weniger der formellen Autorität des römischen Rechts als der Ausbreitung des staatlichen Absolutismus verdankten.

Es muß dann aber freilich im höchsten Grade auffallend erscheinen, daß trotzdem die Wissenschaft drei Jahrhunderte hindurch sich bemüht hat, auf romanistischer und canonistischer Grundlage eine solche Theorie zu gewinnen, die noch dazu in den weitesten Kreisen als eine durchaus genügende gelten konnte; man begreift auf den ersten Blick weder wie es möglich war, den richtigen Weg soweit zu verfehlen, noch wie dabei nicht sofort die größten Inconvenienzen zu Tage treten mußten.

Beides muß kurz erklärt werden.

In ersterer Beziehung verweise ich auf den Zustand der Rechtswissenschaft, die bekanntlich während dieser ganzen Periode, namentlich aber zu Anfang derselben, ganz unter dem Einflusse einer romanistischen Behandlungsweise stand. Es ist das an sich natürlich genug; denn es liegt durchaus nicht blos an den allgemeinen Bildungsverhältnissen des Mittelalters, daß es damals zu einer nennenswerthen Jurisprudenz nicht gekommen ist, es liegt vielmehr wesentlich an der eigenthümlichen Beschaffenheit des zu bearbeitenden Rechtsstoffs, der nach allen Seiten in f. g. naturwüchsiger Gestaltung auseinandergegangen war, statt daß eine kräftige Staatsgewalt sich der sorgfältigen Bildung desselben hätte unterziehen sollen; es ist im hohen Grade bezeichnend, daß erst mit der Reception die deutsche Rechtswissenschaft ihren Aufschwung nahm, denn erst da fand sie ein Material, welches in concentrirter Gestalt vorliegend, einer weitem Bearbeitung sich weit eher darbot. Wenn nun aber irgendwo eine wissenschaftliche Bearbeitung des deutschen Rechts mit Schwierigkeiten verknüpft war, so war das vor Allem hier der Fall, wo es sich darum handeln sollte, das vielgestaltige deutsche Rechtsleben in seinen Bildungsgefahren zu begreifen, noch dazu in einer Zeit, in welcher die Grundsätze darüber sich in einem Uebergangszustande befanden.

Und um so leichter konnte man sich dann den fremden Rechten auch in dieser Beziehung überlassen, je mehr man darauf aus war, sie nur mit großer Vorsicht und Discretion zur Anwendung zu bringen. Das ist aber in der That geschehen. Weit entfernt, die in den Quellen wirklich vorliegende Lehre über Rechtsbildung wiederzugeben, beschränkte man sich vielmehr darauf, indem man alle charakteristischen römischen Sätze aus der Darstellung herausließ, nur diejenigen Momente hervorzuheben, in denen wirklich jene erwähnte thatsächliche Uebereinstimmung sich fand. Wenn es nun auch auf diese Weise nicht zu vermeiden war, daß die aus dem ganzen Zusammenhang der römischen Lehre herausgerissenen einzelnen Sätze ein ganzes Heer von Controversen mit sich führten, die von den Zeiten der Glossatoren her immerfort in derselben Fassung wiederkehrten, und die man sich Jahrhunderte hindurch vergeblich immer

wieder bemühte, mit immer denselben ungenügenden Mitteln zu lösen, so brachte man es doch jedenfalls zu den Elementen einer Theorie, die auf den deutschen Hausgebrauch berechnet den Verhältnissen nicht geradezu widersprach.

Völlig ungenügend war aber die ganze Methode trotzdem, denn Alles was dabei zu erreichen war, bestand darin, durch maaßvolle Anwendung römischer Sätze offenbare Fehler zu vermeiden, während dagegen gar keine Möglichkeit dazu vorhanden war, auf diesem Wege tiefer in das Wesen der Rechtsbildung einzudringen und eine allseitige Theorie derselben zu gewinnen. Es ist bei dieser Lage der Dinge denn auch durchaus überflüssig, auf die überaus zahlreiche Literatur, welche unter dem Einflusse jener Methode sich mit unserer Lehre beschäftigt, im Einzelnen näher einzugehen.

Ich wende mich zuletzt, indem ich den Verlauf der Literaturgeschichte ins gegenwärtige Jahrhundert hinein verfolge, zur Lehre der historischen Schule von der Entstehung des Rechts; denn epochemachend und bedeutungsvoll ist diese Lehre im höchsten Grade.

Es ist dabei zweierlei hervorzuheben.

Es muß zunächst in nachdrücklichster Weise darauf hingewiesen werden, daß die historische Schule, wenigstens die Begründer derselben, davon ausgegangen sind, die bisher angenommene Autorität der fremden Rechte, namentlich des römischen, so bestimmt wie möglich zu verwerfen. Die Aussprüche sowohl Savigny's als Puchta's in dieser Beziehung sind völlig klar und bedeutungslos. Und in der That sobald man einmal anfang tiefer in diese Fragen einzubringen, konnte es gar nicht anders sein, als daß man vor allen Dingen das bisher bestandene Verhältniß zum römischen Rechte löste.

Nun scheint es mir aber für die ganze weitere Behandlung dieser Lehre verhängnißvoll geworden zu sein, daß man es durchaus versäumte, sich nach Verwerfung des römischen Rechts über einen neuen positiven Ausgangspunkt klar zu werden, denn die wenigen Äußerungen, die sich überhaupt in dieser Beziehung an maaßgebender Stelle finden, sind doch durchaus inhaltslos, so wenn Puchta davon spricht, daß eine Lehre gewonnen werden müsse, die als das Resultat der gesammten juristischen Vergangenheit sich darstelle. Und so auf-

fallend eine derartige Unklarheit in den Grundlagen einer solchen Lehre nun auch erscheinen mag, so giebt es doch dafür eine genügende Erklärung. Es kommt nämlich dafür der eigenthümliche Umstand in Betracht, daß entsprechend dem hohen Stande der romanistischen Jurisprudenz es vorzugsweise gerade Romanisten gewesen sind, die sich mit diesen immer eine gewisse formelle Ausbildung erheischenden Fragen beschäftigt haben, und die doch geradezu ihre Incompetenz hätten erklären müssen, wenn sie nicht bloß das römische Recht verwarfen, sondern auch anerkannten, daß das deutsche dafür an die Stelle gesetzt werden müßte. Leider hat jedoch diese Vertuschung zu Nichts geholfen, im Gegentheil, die historische Schule hat sich durch diese Unklarheit in der Methode von vornherein mit Nothwendigkeit um alle Erfolge ihrer Anstrengungen gebracht.

Diese Methode ist nun nämlich eine doppelte.

Man geht nicht zu weit, wenn man es als das Charakteristische derselben hervorhebt, daß an Stelle der Anwendung einer falschen Quelle eine Nichtbeachtung jeder Quelle, eine völlige Quellenlosigkeit getreten ist. In demselben Augenblick, wo man die bisherige romanistische Grundlage verwarf, hielt man sich auch für befugt, von allen positiven Zuständen abzusehen, und begab sich auf das Gebiet der Construction. Man gelangte auf diese Weise von geistreichen Voraussetzungen aus, die man aber Gott weiß woher entnommen hatte, zu einer Theorie, die sich gewissermaßen von selbst verstand, von der stillschweigend angenommen wurde, daß sie wesentlich gleichartig bei allen Völkern in allen Zeiten sich finde, die überall in Betracht kommen müsse, wo es nur immer um Entstehung des Rechts sich handle. Es sind eben geniale Männer gewesen, die so zu Werke gegangen sind, und es enthält deshalb sehr Vieles von dem, was sie auf diese Weise neu entdeckt haben, eine viel tiefere Erkenntniß von dem Wesen der Rechtsbildung, als alle früheren Versuche derart, wenn sie auch vielleicht methodisch correcter waren; aber das ist doch ebenfowenig zu verkennen, daß sie an vielen Punkten, nachdem sie sich jedes Correctiv in der Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse beraubt hatten, von dem Boden der Wirklichkeit weg in das Reich der Phantasien und Träume geriethen.

Und es ist immerhin sehr merkwürdig, wie sehr die historische Schule ihre sonst auf klares und nüchternes Begreifen des Wirklichen und Historischen gerichtete Methode gerade bei dieser Gelegenheit, wo sie am meisten hätte zur Anwendung gebracht werden müssen, aufgab.

Aber ganz wurde sie auch eben nicht aufgegeben, denn sowohl Savigny als auch Buchta waren viel zu sehr auf die gründlichste Quellenforschung angelegt, als daß sie es auf die Dauer in der dünnen Luft dieser Abstractionen hätten aushalten sollen; ja das Bedürfniß zu einer Vergleichung ihrer Ideen mit den wirklichen Lebensverhältnissen, um darin einen Stützpunkt für dieselben zu finden, mußte sich sehr stark und unabweisbar bei ihnen geltend machen, indem sie sich sogar dazu entschlossen, trotz ihrer principiellen Verwerfung des römischen Rechts, dasselbe doch nachträglich im weitesten Umfange zur Anwendung zu bringen. Auf diese Weise ist denn aber thatsächlich die ganze Methode der historischen Schule dahin ausgeartet, daß man sich auf das römische Recht überall da berief, wo man seine Aussprüche irgendwie mit der vorgefaßten Lehre in Einklang zu bringen vermochte, während man dagegen, wo das nun einmal platterdings nicht ging, auf das mangelhafte Verständniß der römischen Juristen und die uns zu Theil gewordene tiefere Einsicht in die Grundwahrheiten der Entstehung des Rechts verwies.

Es ist nicht nothwendig, das Vorhandensein dieses Dualismus in der Methode der historischen Schule an den hervorragendsten Erscheinungen der darauf bezüglichen Literatur besonders nachzuweisen; es wird vielmehr genügen, einen flüchtigen Blick auf das bekannte Buch von Buchta über das Gewohnheitsrecht zu werfen, welches doch gewiß bei seiner Bedeutung für die Ausbildung dieser Lehre Anspruch darauf hat als Prototyp der Behandlungsweise gelten zu können. Und in der That, es bietet uns einen sehr interessanten und einleuchtenden Beleg. Ich will dabei gar keinen Werth auf den Umstand legen, daß eine Erörterung über das rein römische Gewohnheitsrecht, abgesehen von dem Einflusse, den die römischen Ansichten auf die Folgezeit ausgeübt haben, als Einleitung an die Spitze der ganzen Darstellung gestellt ist, denn das hat doch, unbeschadet der spätern Erklärungen Buchta's, wesentlich nur einen histo-

rischen rein theoretischen Zweck, nämlich den an sich gewiß sehr berechtigten, einfach die Grundsätze kennen zu lernen, welche über diesen Gegenstand bei dem classischen Volke der Rechtswissenschaft zur Ausbildung gekommen sind, und es steht in der That diese Einleitung mit dem übrigen Theile des Buches nur in einem sehr entfernten und losen Zusammenhange. Es bedarf natürlich keiner Bemerkung darüber, daß dieser Theil der Aufgabe von Puchta mit gewohnter Meisterschaft gelöst ist. Wenn wir uns nun aber zu der Darstellung der Theorie selbst wenden, wie sie Puchta hier aufstellt, so treten dabei die angedeuteten Eigenthümlichkeiten der Methode auf das Klarste hervor. Soweit es sich nämlich dabei zunächst um allgemeine Grundbegriffe handelt, namentlich um den Begriff die Gültigkeit und den Werth des Gewohnheitsrechts, so werden diese eben ohne jede weitere Rücksicht auf concrete Zustände in der Weise willkürlicher Construction zu Stande gebracht; und wenn es anfangs schien, als ob die in Deutschland wirklich stattgefundene Rechtsbildung dabei nicht ganz zur Seite bleiben sollte, so sind doch die Ansätze zu einer solchen Behandlungsweise, die freilich eigenthümlich genug ausfielen, sofort wieder aufgegeben. Ein völlig anderes Aussehen gewinnt dann aber die Darstellung, als sie an dem Punkte anlangt, wo ein Eingehen in die speciellen Lehren nothwendig wird, denn nun befinden wir uns mit einem Male mitten in einer römisch rechtlichen Monographie, und die Theorie des Gewohnheitsrechts, soweit es sich um die Erfordernisse, die Erkenntnisquellen, die Wirkung, den Beweis handelt, erfährt auf diese Weise eine ganz auf positiven Grundlagen ruhende Bearbeitung mit Herbeiziehung des ganzen wissenschaftlichen Apparats, wie er zur Behandlung der Lehren und Institute des heutigen römischen Rechts erfordert wird, wozu außer den Quellen auch noch eine umfassende Benutzung der Literatur von den Zeiten der Glossatoren her gehört.

Es mag nun wohl selten vorgekommen sein, daß eine neue Lehre von dem Augenblicke ihres ersten Auftretens an einen so vollständigen Erfolg davon getragen hat, wie gerade diese. Man war gar nicht dazu im Stande, sich dem Eindruck zu entziehen, den die geistige Ueberlegenheit der Begründer derselben und die Vollenbung der

Form, in der sie vorgetragen wurde, nothwendig ausüben mußte. Und ohne, daß man vorläufig auch nur daran gedacht hätte, neue Untersuchungen über die Grundlagen anzustellen, war vielmehr eine ganze Generation von Rechtsgelehrten einzig damit beschäftigt, die auf jenen Grundlagen gefundenen Resultate in den einzelnen Gebieten des Rechtslebens zur Geltung zu bringen, wie das ein Blick auf die Compendien aller möglichen juristischen Disciplinen bestätigen wird. Es war eben auf die Zeit großer Anregungen und Entdeckungen eine Zeit gefolgt, welche wenigstens in diesen Dingen eines schöpferischen Geistes entbehrend nur receptiv verfuhr und sich einfach auf das Reproduciren dessen beschränkte, was früher neu aufgestellt war. Und wie das dann zu gehen pflegt, man war auch nicht einmal darin besonders glücklich, denn man kam vielfach, ohne es auch nur entfernt zu wollen, dahin, anstatt der orthodoxen Lehre, die man wirklich nur einfach wiedergeben wollte, Theoreme aufzustellen, die in wesentlichen Punkten höchstens eine Caricatur derselben genannt werden können. Es ist das übrigens so natürlich wie möglich, denn wenn dieselbe Auffassung auch nur von zweien wiedergegeben wird, so bleibt sie selten ganz dieselbe, geht vielmehr aus der Hand eines jeden neuen Bearbeiters stets in etwas veränderter Gestalt hervor; es kommt aber noch hinzu, daß es überall das Schicksal der Nachfolger ist, die Ideen, die von den Meistern in maßvoller Weise vorgetragen worden sind, in's Abentheuerliche zu erweitern. Es ließe sich in der That eine interessante Blumenlese von dergleichen veranstalten. Ich hebe diesen Umstand aber nur deshalb hervor, um einen strengen Unterschied zu machen zwischen der eigentlichen Theorie der historischen Schule und den Ausschreitungen und Uebertreibungen der Späteren, und um in dieser Hinsicht darauf hinzuweisen, daß eine Polemik, welche bloß gegen die letztern gerichtet ist, jene Lehre selbst wesentlich unberührt läßt; wir haben es hier überhaupt nur mit der Sache selbst zu thun und nicht mit dem, was daran hängt. Dafür hatten übrigens die Begründer der historischen Schule selbst schon gesorgt, daß es allmählig ganz in Vergessenheit gerathen mußte, wie sie selbst ursprünglich zum römischen Rechte im Princip gestan-

den hatten, in der That war von einer Beanstandung desselben in dieser ganzen Literatur kaum noch die Rede.

In ihren wesentlichen Theilen ist aber jene Theorie auch noch heut zu Tage herrschend. Denn wenn es auch an Angriffen gegen dieselbe inzwischen nicht ganz und gar gefehlt hat, so sind diese doch bisher noch nicht principiell gegen die Methode, wenigstens nicht gegen das Innerste der Methode gerichtet gewesen. Es hat deshalb in dieser Beziehung hier zunächst gar kein Interesse, wenn hin und wieder Einzelheiten in den Resultaten in Frage gestellt sind, wie das z. B. in der Lehre vom Gewohnheitsrechte, wo man sich genöthigt sah, einige sehr spiritualistische Auffassungen wenigstens in etwas auf das Maaß der gegebenen Verhältnisse und wirklichen Zustände zurückzuführen, von sehr bedeutenden Männern, namentlich solchen, die der Praxis näher standen, in der That geschehen ist. Man hat sich aber in solchen Fällen einfach darauf beschränkt, unter Festhaltung der alten Lehre, der neuen Theorie den Eingang zu verwehren, ohne auch nur den Versuch zu machen, an solchen offenbaren Unrichtigkeiten einzelner Consequenzen, die doch aber auch mit dem Princip auf das Engste zusammenhängen, eine Unrichtigkeit der ganzen Methode nachzuweisen, wobei man freilich zu der Erkenntniß hätte kommen müssen, daß auch die Methode, der man selbst unbewußt folgte, blos den Besitzstand für sich hatte, und sonst ohne jede tiefere Rechtfertigung war.

Es ist dann aber allerdings auch ein Angriff auf die Methode erfolgt, nur nicht in zureichender Weise, denn es wurden nur einzelne Momente derselben in Frage gestellt, nicht aber der Ausgangspunkt bekämpft, so daß alle Opposition doch immer mehr oder weniger auf dem Boden der historischen Schule stehen geblieben, und von den Grundanschauungen derselben ausgegangen ist. Meinem Plane getreu, die Literaturgeschichte nur in ihren Hauptmomenten zu berücksichtigen, gehe ich in diesem Zusammenhange nur auf die Anschauungen von Georg Beseler ein, denn er ist doch der Einzige gewesen, der in hervorragender und eigentlich allein ebenbürtiger Weise die Theorie der historischen Schule bekämpft hat. Aber auch seinem Angriff kann ich keine größere Bedeutung beilegen als die eben angedeutete. Es ist allerdings richtig, Beseler steht nicht blos in ein-

zelnen seiner Resultate in zum Theil schroffem Gegensatz gegen die gemeingültige herrschende Lehre, sondern es beruht seine ganze Stellung auch wesentlich auf tiefen Differenzpunkten in der Methode. Namentlich ist ja Beseler von dem Bestreben geleitet gewesen, das deutsche Recht gegenüber dem römischen hier zur Geltung zu bringen. Ich muß aber trotz alledem auf das Bestimmteste hervorheben, daß Beseler nicht entfernt daran denkt, an Stelle der bisherigen construirenden Methode eine rein positiv-geschichtliche treten zu lassen; und wenn auch Ansätze von ihm gemacht sind, das deutsche Recht als positive Grundlage bei seiner Theorie zu verwerthen, so steht er doch selbst viel zu sehr unter dem Einflusse der früheren Behandlungsweise, um unter gänzlichem Aufgeben aller Construction nur mit den Thatfachen zu operiren. Ja noch mehr, die Constructionen, auf denen auch er seine Theorie aufbaut, stimmen auch hinsichtlich ihres Inhalts in sehr viel weiterer Ausdehnung als man gewöhnlich annimmt, mit demjenigen zusammen, was auch die historische Schule lehrt. Zunächst nämlich ist ein sehr großer Theil der obersten Voraussetzungen in jeder Hinsicht völlig gemeinsam, ein Umstand, den man wohl nur deshalb vielfach übersehen hat, weil man sich allmählig daran gewöhnt hatte, dergleichen als etwas völlig Selbstverständliches, gar nicht der historischen Schule Eigenthümliches zu betrachten. In einem anderen Theile findet sich dann zwar eine förmliche Uebereinstimmung nicht, im Gegentheil, es treten mannigfache Differenzen zu Tage, nur scheint es mir, als ob Beseler von den einmal gegebenen Grundlagen aus hier vielfach sehr viel richtiger construirt hätte, als die historische Schule selbst, daß man also in solchen Modificationen eine Weiterbildung jener Ansicht anerkennen muß; und wenn gerade gegen solche Punkte eine außerordentlich heftige Polemik aus dem Mittelpunkte der historischen Schule heraus entbrannt ist, so scheint mir diese besonders dadurch ihren Charakter angenommen zu haben, weil man jene Folgerungen zwar ihrem Inhalte nach auf das Entschiedenste verwarf, aber doch das Gefühl nicht unterdrücken konnte, daß dieselben mit dem angenommenen Princip in einem nicht abzuweisenden Zusammenhange ständen. Endlich findet sich dann freilich in den Constructionen Beseler's auch

Vieles, was in gar keinem Zusammenhange mit der Lehre der historischen Schule steht. In Bezug darauf muß ich mich aber bei aller Anerkennung vor Veseler dem allgemeinen Urtheile anschließen, wonach diesem Theile seiner Ausführungen ziemlich einstimmig der Eingang zu den für vollgültig anerkannten Sätzen der Wissenschaft verwehrt ist, es scheint auch mir das Meiste darunter mehr original zu sein als wahr, und es ist also hier bei einem zwar anerkennenswerthen aber doch mißlungenen Versuche geblieben.

Indem nun aber die Bearbeitung dieser Lehre in dieser Lage sich gegenwärtig befindet, glaube ich, daß es allerdings durch den bisherigen Verlauf der Literaturgeschichte gerechtfertigt sei, wenn ich es jetzt versuche, einen neuen Aufbau der Theorie über die Entstehung des Rechts unter wirklicher Zugrundelegung der deutschen Rechtsbildung und allein mit Rücksicht auf sie zu unternehmen.

Ich gehe dabei im Einzelnen in folgender Weise zu Werke.

Es handelt sich zunächst darum, die allgemeinen Lehren, die der deutschen Rechtsbildung zu Grunde liegen, festzustellen; in der That ist eine solche abgesonderte Behandlung derselben nothwendig; denn wenn ein solches Verfahren schon an sich geboten wäre, so wird es noch besonders nahe gelegt durch die Rücksicht auf den Stand der herrschenden Lehre, wonach eine günstige Aufnahme des Einzelnen nur dann erwartet werden kann, wenn es vorher gelungen ist, eine Verständigung über gewisse Hauptpunkte herbeizuführen.

Ich wende mich dann aber, nachdem das versucht worden ist, zu einer Erörterung über die Grundsätze der Rechtsbildung im Einzelnen. Dieser besondere Theil zerfällt wieder in zwei Abschnitte, einen geschichtlichen und einen dogmatischen. Es ist nämlich zunächst erforderlich, die Normen, nach denen die deutsche Rechtsbildung vor sich geht, in ihrer historischen Genesis kennen zu lernen, denn es gilt auch hier, daß die Zustände der Gegenwart nicht verstanden werden können ohne Kenntniß der Vergangenheit. Freilich muß ich mich darauf beschränken, aus der hier stattgefundenen geschichtlichen Entwicklung nur die Hauptmomente herauszuheben, während es einer Geschichte des deutschen Staatsrechts oder auch der Rechtsquellen überlassen bleiben muß, durch Hervorheben des Details dieses ge-

schichtlichen Verlaufs eine Aufgabe zu lösen, die bisher noch nicht gelöst worden ist, und die auch, so belohnend sie auf gewisse Weise ist, doch immer auf eigenthümliche Schwierigkeiten stoßen wird, in Folge deren eine ganz befriedigende Lösung überhaupt kaum zu hoffen ist. Auf dieser geschichtlichen Grundlage kommt es dann zu einer Darstellung derjenigen Grundsätze, nach denen die deutsche Rechtsbildung in der Gegenwart vor sich geht. Wenn es dort auf das Herbeiziehen gewisser Partien der deutschen Staats- und Rechtsgeschichte ankam, so befinde ich mich hier nach meiner Auffassung auf dem Boden des deutschen Staatsrechts, und es ist demgemäß, wenn man will, dieser dogmatische Theil nichts weiter, als eine umfassendere Behandlung derjenigen Erörterungen, die schon immer als Theorie der Gesetzgebung in den Systemen des deutschen Staatsrechts eine Stelle gehabt haben; wie ich denn glaube, daß hier inskünftige die ganze Lehre von der Entstehung des Rechts abgehandelt werden müsse, aber auch hier allein und nicht zu gleicher Zeit auch in den Einleitungen zu allen möglichen andern Disciplinen.

Es wird ein doppeltes Verfahren zur Anwendung gebracht werden, um aus der Rechtsbildung heraus die Grundsätze zu finden, die dabei maafgebend sind. Es kommt nämlich dafür zunächst auf die ausdrücklichen Aussprüche der Quellen an, wie sich solche in Deutschland so gut wie anderswo und fast auf allen Stufen unserer Rechtsentwicklung, namentlich aber in den späteren Zeiten finden. Indessen würde man doch, wenn man sich darauf allein beschränken wollte, nie dahin gelangen, eine zusammenhängende Theorie aufzustellen, denn jene directen Quellenzeugnisse sind immer nur vereinzelt, und nirgenbs ist man, wo die Rechtsbildung selbst vor sich geht, dazu gekommen, theoretisch über dieselbe zu reflectiren, und einer solchen Reflexion eine officiële Bedeutung beizulegen. Man war sich zu allen Zeiten an maafgebender Stelle der geltenden Grundsätze bewußt, überließ es aber zu allen Zeiten der Wissenschaft, unter Hinzunahme noch anderer Momente, ein System daraus zu Stande zu bringen. Indem daher jenen directen Aeußerungen mehr nur eine negative Bedeutung beigelegt wird, wonach sie insoweit aufs Höchste zu respectiren sind, daß kein einziger Punkt in der aufgestellten

Theorie irgendwie mit ihnen im Widerspruch stehen darf, so ist es doch durchaus nothwendig, um gleichsam die Zwischenräume zwischen jenen Aussprüchen mit Fleisch und Blut zu erfüllen, auf die jedesmalige Staatsverfassung zurückzugehen, und die in ihr enthaltenen allgemeinen Grundsätze auf die Rechtsbildung anzuwenden, natürlich ohne in irgend einer Weise von vorgefaßten Meinungen dabei auszugehen.

Erster Abschnitt.

Die Grundsätze der Rechtsbildung im Allgemeinen.

Erstes Capitel.

Die Rechtsbildung hinsichtlich des Subjects.

I. Das Volksbewußtsein und das Gewohnheitsrecht.

Auf drei Gesichtspunkte lassen sich die allgemeinen Grundsätze, welche für die Entstehung des Rechts in Deutschland in Betracht kommen, zurückführen, auf die Frage nach dem Subjecte der Rechtsbildung, auf die Frage nach den Principien, welche den Inhalt derselben bestimmen, auf die Frage endlich nach der Form, in welcher sie sich äußerlich manifestirt.

Die Frage nach dem Subjecte der Rechtsbildung, auf die wir hier zunächst eingehen, ist die bei Weitem wichtigste, die Grundlage der ganzen Theorie.

Ich muß in dieser Beziehung damit beginnen, eine Grundanschauung der historischen Schule zurückzuweisen, welche in den Begriffen Volksbewußtsein und Gewohnheitsrecht sich ausspricht. Es erscheint danach als das oberste Subject der Rechtsbildung nicht der Staat, sondern im Unterschiede vom Staate das Volk, in dem Sinne, daß man darunter die Gesamtheit der zu einer rechtlichen Gemeinschaft vereinigten Menschen versteht, ohne Rücksicht auf jede

äußere Organisation, ganz abgesehen von den Formen irgend welcher Verfassung, und daß man nun annimmt, die Ueberzeugung, welche sich hier in Bezug auf rechtliche Dinge geltend mache, das Volksbewußtsein, wie man es nennt, habe eine unmittelbare rechtsbildende Kraft und Bedeutung, in der Weise, daß dasselbe von keiner Seite her und namentlich auch nicht durch die höchste Staatsgewalt in seiner Wirksamkeit irgendwie eingeschränkt werden könne. Als ein unmittelbarer Ausdruck dieses Volksbewußtseins und mit demselben identisch erscheint dann in diesem Zusammenhange das Gewohnheitsrecht, wie das Volksbewußtsein selbst von allen Erfordernissen entbunden, und wie das Volksbewußtsein selbst der Einschränkung des Staats durchaus entzogen, so daß auch die höchste Gewalt im Staate gegen die Natur der Verhältnisse sich auflehnen würde, falls sie es etwa unternehmen sollte, das Gewohnheitsrecht verbieten zu wollen.

Es sind das Anschauungen, wie sie wirklich in sehr weiten Kreisen sich finden, und sie werden namentlich auch in ihren wesentlichen Momenten von Georg Beseler getheilt, denn die Stellung, welche er seinem Volksrechte im Gegensatze zum staatlichen Gesetze anweist, entspricht doch in ihren Grundgedanken ganz und gar demjenigen, was die historische Schule auch sonst in dieser Beziehung lehrt, wenn freilich auch hier wie sonst anerkannt werden muß, daß Beseler auf der einen Seite manche Doctrinen consequenter weitergebildet hat, daß dagegen auf der anderen Seite sich Manches findet, wobei Beseler von seinen Vorgängern auch im Grundgedanken abweicht. Es bezieht sich Letzteres namentlich auf die besondere Bedeutung, welche er dem Gewohnheitsrechte beilegt; es mag indeß um so eher erlaubt sein, darüber hinwegzugehen, als Beseler selbst späterhin den in dieser Hinsicht aufgestellten Behauptungen wesentliche Modificationen hat zu Theil werden lassen.

Ich glaube nun aber, daß in dieser Grundanschauung der historischen Schule auch der Grundfehler der ganzen Theorie liegt; ich halte die eben dargestellte Doctrin für unrichtig aus einem doppelten Grunde.

Es scheint mir nämlich zunächst, daß es derselben an jeder realen

Unterlage in den concreten Verhältnissen der deutschen Rechtsbildung durchaus fehlt, und daß sie weit entfernt, die Wirklichkeit zu einem adäquaten Ausdrucke zu bringen, mit derselben in einem tiefen unlösbaren Widerspruche sich befindet. Es möchte sich gerade hier bei dem Ausgangspunkte der Theorie der an der Methode der historischen Schule hervorgehobene Mangel schwer gerächt haben. Denn es lassen sich solche Doctrinen von einer über der höchsten Staatsgewalt stehenden rechtsbildenden Gewalt so lange mit einigem Scheine aufstellen, als dabei vom Staate nur ganz im Allgemeinen die Rede ist, sie stellen sich aber sofort in ihrer ganzen inneren Unwahrheit heraus, sobald man genöthigt ist, sie gegenüber einem ganz bestimmten Staate, und nicht bloß in der Theorie, sondern auch in der Praxis zur Anwendung zu bringen. Es ist zwar an sich nicht ganz leicht, das Nichtvorhandensein von Momenten zu beweisen, welche eine fast unsichtbare Existenz führen, es scheint mir indessen trotzdem in den Verhältnissen, wie sie namentlich in Preußen vorliegen, eine ganz direkte Widerlegung jener Behauptungen enthalten zu sein. Denn in Preußen ist allerdings durch die höchste Staatsgewalt ein ausdrückliches Verbot eines allgemeinen Gewohnheitsrechts erfolgt, und es scheint mir damit so klar wie möglich ausgesprochen zu sein, daß wenigstens dem preußischen Volke und dem unmittelbaren Rechtsbewußtsein desselben eine rechtsbildende Gewalt über der höchsten preußischen Staatsgewalt nicht zustehe. Und in der That besteht jenes Verbot noch heutzutage in vollster Kraft, ohne daß es bisher dazu gekommen wäre, daß das allgemeine preußische Volksbewußtsein, über die angeblich beschränkte Auffassung des Landrechts sich hinwegsetzend, mit innerer Nothwendigkeit in allgemeinen Gewohnheitsrechten sich Bahn gebrochen hätte. Jedenfalls dürfte kein Zweifel darüber bestehen, daß der preußische Staat denjenigen Richter, der aus Vorliebe für jene Lehre eine solche höhere Rechtsbildung bei seinen Erkenntnissen zu Grunde legen würde, in die Schranken seiner Befugnisse zurückzuweisen hätte; und ich hege kein Bedenken, daß Savigny selbst in der Stellung, die er später einnahm, diejenigen seiner Anhänger verleugnet haben würde, die auf diese Weise bestrebt gewesen wären, seiner Lehre einen Eingang in die Gerichtshöfe zu verschaffen.

Es scheint mir dann aber auch außerdem, daß, abgesehen von einer Vergleichung mit den thatsächlichen Verhältnissen der Rechtsbildung, die ganze Theorie in sich selbst völlig unhaltbar sei, da sie eng zusammenhängt mit den Lehren von der Volkssouveränität und der naturrechtlichen Construction des Staates. Ich muß nämlich einen solchen Zusammenhang allerdings behaupten, obgleich derselbe von der historischen Schule stets mit einer gewissen Vornehmheit abgelehnt worden ist; nicht als ob ich leugnen wollte, daß auf vielen Punkten eine tiefe Differenz besteht, es möchte sich aber doch bei dieser Gelegenheit von Neuem die Wahrheit jener Beobachtung herausstellen, daß es für alle Späteren außerordentlich schwer ist, sich von Anschauungen, welche früher einmal die ganze geistige Atmosphäre erfüllt haben, und denen noch dazu eine große wissenschaftliche Ausbildung nicht abzusprechen ist, völlig loszumachen.

Es ist doch zunächst ein weiterer Nachweis darüber, daß die Idee der Volkssouveränität wirklich der Ausgangspunkt der ganzen Lehre sei, gar nicht nöthig, denn das wird eben wörtlich behauptet; und wenn man um diesem Vorwurfe zu entgehn besonders darauf hinweist, daß zu dem Volke in diesem Sinne auch die Regierenden gehörten, so ändert das nicht das Geringste, denn das behauptet eben die Lehre der Volkssouveränität gleichfalls. Eine letzte Begründung erhält nun aber die Lehre von der Volkssouveränität erst dann, wenn man noch einen Schritt weiter geht, und annimmt, daß auch die Entstehung des Staats auf Grundlage derselben vor sich gegangen sei, daß es also auch eine Zeit gegeben habe, wo das Volk im Unterschiede vom Staate nicht bloß die höchste, sondern auch die einzige rechtsbildende Gewalt gewesen sei. Nun sind freilich nicht alle Anhänger der Lehre der historischen Schule zu solchen Behauptungen gelangt, und namentlich Savigny hat dieselben sogar auf das Nachdrücklichste zurückgewiesen, ich muß aber doch so bestimmt als möglich hervorheben, daß die weit Meisten allerdings diese Consequenz anerkannt haben, indem von ihnen die Bedeutung des Volksbewußtseins gegenüber dem Staate besonders dadurch als sehr einleuchtend hingestellt wird, daß man darauf verweist, wie es ja ursprünglich nicht einmal einen Staat gegeben habe, wie auch dieser erst aus dem Volksbewußtsein heraus hätte

hervorgehen müssen. Ich glaube namentlich Aeußerungen in dieser Richtung auch bei Buchta zu finden, und es scheint mir jedenfalls bezeichnend zu sein, daß Buchta im Gewohnheitsrecht es für geboten hält, mit großer Ausführlichkeit eine Ansicht über die älteste deutsche Rechtsgeschichte vorzutragen, wonach eine solche allmälige Entstehung des Staates auf dem Grunde des Volksbewußtseins sich sogar auf dem Boden der geschichtlichen Thatfachen für Deutschland nachweisen ließe.

Wenn es nun aber richtig ist, daß die Voraussetzungen jener Theorie mit innerer Nothwendigkeit zu solchen Consequenzen hinführen, so hat sie damit sich selbst widerlegt, denn eine solche Entstehung des Staates, wie sie auf diese Weise angenommen werden muß, ist, obgleich sie bei einer oberflächlichen Betrachtung manches Einleuchtende haben mag, logisch unmöglich. Es bedarf das bei dem heutigen Stande der Wissenschaft keines weitläufigen Nachweises, man kann in der That behaupten, daß diese Lehren gegenwärtig als überwunden zu betrachten sind; es ist in keiner Weise zu construiren, daß auf einen anfänglichen staatlosen Zustand im Wege förmlicher Rechtsbildung ein staatlicher gefolgt sein sollte, sondern man hat nur die Wahl, entweder die Entstehung des Staates an den Anfang der Dinge zu setzen oder dem angenommenen Urzustande auf dem Wege der Gewalt ein Ende zu machen.

II. Das Juristenrecht.

Es steht in einem unverkennbaren Zusammenhange mit der eben zurückgewiesenen Theorie, wenn die historische Schule weiter behauptet, daß eine selbständige rechtsbildende Gewalt in einem ganz besonderen Grade demjenigen Theile des Volks zukomme, der vermöge seiner Lebensstellung der Rechtsbildung vorzugsweise nahe steht. Es wird auf diese Weise den Juristen als solchen, unabhängig von aller Staatsgewalt, ein direkter Einfluß auf die Entstehung des Rechts zugeschrieben, der sich auf eine doppelte Art äußern soll, als Recht der Wissenschaft und als Praxis der Gerichte.

Ich muß aber eine solche Bedeutung der Juristen für die Rechtsbildung wiederum aus einem doppelten Grunde bestreiten.

Es scheint mir zunächst, als ob man nur unter der Voraussetzung, daß dem Volke in dem bezeichneten Sinne eine rechtsbildende Kraft beigelegt wird, für die Juristen als Repräsentanten des Volks eine solche in Anspruch nehmen könne, und daß also mit der Zurückweisung des Volksrechts auch das Juristenrecht seine Begründung verliere.

Ich vermiße dann aber außerdem auch für diese Behauptungen wieder jede Rechtfertigung aus den Verhältnissen des wirklichen Lebens. Denn wenn es auch hie und da auf den ersten Blick scheinen mag, daß einzelne unserer Rechtsätze und Rechtsinstitute auf eine solche Thätigkeit der Juristen als auf ihre letzte Quelle zurückzuführen seien, so wird sich doch bei einer eingehenderen Untersuchung in jedem Falle auf das Evidenteste herausstellen, daß die Jurisprudenz immer nur die Erkenntnißquelle, niemals aber eine wirkliche Entstehungsquelle für die Rechtsbildung sei, indem die Rechtswissenschaft den vorhandenen Stoff zum Bewußtsein zu bringen und die einzelnen Sätze zu ihren Consequenzen zu entwickeln sucht, während dagegen die Erkenntnisse der Gerichte sich einfach darauf beschränken, die allgemeinen Normen auf die einzelnen Fälle anzuwenden. Es versteht sich dabei von selbst, daß es den wirklich zur Rechtsbildung competenten Factoren frei steht, sowohl den Erzeugnissen der Wissenschaft als den Erkenntnissen der Gerichte eine formelle Autorität, die ihnen an sich in dieser Hinsicht nicht zukommt, ausdrücklich beizulegen, und wenn es in Deutschland an Beispielen fehlen sollte, daß der Wissenschaft eine solche Bedeutung beigelegt wäre, so ist es doch häufig genug vorgekommen, daß im Interesse einer gleichartigen Justiz die höchsten Gerichtshöfe auf diese Weise einen Antheil an der Rechtsbildung erlangt haben; indessen diese vereinzelt Concessionen, die den Juristen in dieser Beziehung zu Theil geworden sind, weit entfernt, das Princip zu erschüttern, bestätigen sie es vielmehr. Auch das bedarf wohl keiner besonderen Erwähnung, daß auch auf Grund eines Gewohnheitsrechts solche Normen, die an sich als bloße Erzeugnisse der Jurisprudenz völlig bedeutungslos wären, zu wirklichen Rechtsätzen erhoben werden können; und wenn daher wissenschaftliche Fehler an sich, sobald sie als solche erkannt sind, aufgegeben

werden müssen, so kann es doch auf Grund eines solchen Gewohnheitsrechts geschehen, daß sie trotzdem, daß sie als fehlerhaft erkannt sind, doch in Geltung bleiben müssen.

Ich muß mich hier auf diese allgemeinen Bemerkungen beschränken, werde aber später noch Gelegenheit haben, einzelne Vorgänge, in denen man eine Anerkennung eines Rechts der Wissenschaft hat erblicken wollen, auf ihre wahre Bedeutung für die Rechtsbildung zurückzuführen.

III. Die staatliche Rechtsbildung.

Indem ich nun darauf eingehe, unter wirklicher Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse eine Theorie über die Entstehung des Rechts hinsichtlich des Subjects aufzustellen, so erscheint danach als der oberste Träger für alle und jede Rechtsbildung die höchste Staatsgewalt.

Dieselbe kommt aber, genauer gesagt, in einer zwiefachen Weise dabei in Betracht. Zunächst nämlich geht die Entstehung des Rechts im größten Umfange unmittelbar von der höchsten Staatsgewalt aus, indem nicht bloß das öffentliche, sondern auch das Privatrecht sowohl für den Umfang des ganzen Gebiets als für die einzelnen Theile auf diese Weise bestimmt wird.

Die höchste Staatsgewalt ist aber wenigstens in Deutschland weit davon entfernt, alle Rechtsbildung absorbiren zu wollen, eine solche erfolgt vielmehr unter der Aufsicht der höchsten Staatsgewalt, welche man Rechtsbildungshoheit nennen könnte, in allen möglichen kleinern Kreisen und Genossenschaften auf dem Wege der Autonomie; mögen nun solche Kreise eine mit dem Staate wesentlich gleiche Natur haben, wie die Provinzen, Bezirke, Kreise, Gemeinden, deren Gesammtheit das gesammte Staatsgebiet ausfüllt, oder mögen sie bloß vereinzelt dastehen und wesentlich andere Zwecke verfolgen als der Staat selbst, wie die Kirchen- und andere Religionsgesellschaften auf der einen, die Erwerbsgenossenschaften aller Art auf der andern Seite. Es findet sich sogar, daß eine autonome Bildung privatrechtlicher Normen ohne eine äußerlich hervortretende Organisation durch eine locale oder sonstige Gemeinsamkeit gleicher Verkehrsbedürfnisse herbei-