

# Einleitung.

Von Dr. Theodor Löwenfeld.

## I.

### Zur Vorgeschichte des B.G.B.

1. Die Verkündung des B.G.B. und seiner reichs- und landesrechtlichen Ergänzungsgesetze stellt einen vorläufigen Abschluß des Kampfes zwischen rezipirtem und einheimischem Rechte und damit der Rezeptionsgeschichte dar. Wie weit römisches, wie weit einheimisches Recht zur Herrschaft gelangt oder dabei verblieben ist, läßt sich nur aus der Gesamtmasse des am 1. Januar 1900 in formelle Geltung getretenen oder in solcher bestätigten Rechtes ergeben. Der historischen und praktischen Bedeutung des B.G.B. als der ersten umfassenden einheitlichen und unmittelbar geltenden Kodifikation des deutschen Privatrechts thut es keinen Eintrag, daß ein System des letzteren nicht in ihm allein gefunden werden kann. Es sei gestattet, hier mit ein paar Worten an bekannte Thatsachen zu erinnern.

2. Das deutsche Volk ist nicht als Einheit in die Geschichte eingetreten, sein Recht war daher von Anfang an nicht ein einheitliches Recht. Die verschiedenen deutschen Stämme hatten verschiedenes Recht; nur Grundzüge waren gemeinsam. Diese Rechtsspaltung setzte sich im Mittelalter in erweitertem Umfange fort. Das Recht war nach Ständen verschieden und örtlich zersplittert. „Jede Landschaft, jedes weltliche oder geistliche Herrschaftsgebiet, jeder Gerichtsbezirk, jede Stadt, jede Mark, jedes Dorf erzeugte ein eigenartiges Recht“ (Gierke). Die Rechtsanwendung lag in den Händen von Volksgerichten, die bei zunehmender Massenhaftigkeit des Rechtsstoffes und Verwickeltheit der Verhältnisse ihrer Aufgabe nicht mehr gewachsen waren. Man nimmt auch an, daß dieses vorwiegend auf agrarische Bedürfnisse zugeschnittene Recht in seiner Zersplitterung, mangelhaften Feststellung und Durchbildung den Ansprüchen des aufstrebenden gewerbetreibenden Bürgertums nicht mehr genügte.

3. In diesen Zuständen erblickt man eine der Ursachen der Aufnahme (Rezeption) des römischen Rechtes. Gierke vergleicht diesen Vorgang mit der „Annahme einer fremden Sprache mit Wortschatz, Grammatik und Syntax“ durch ein Volk. Ob das römische Recht aber wirklich „in complexu“ rezipirt wurde und wie weit es sich hierbei um einen den Beteiligten bewußten Vorgang gehandelt hat, bedarf immer noch der Aufhellung. Zweifellos hat das römische Verkehrsrecht zunächst im weitesten Umfange das einheimische Recht verdrängt; Deutschland wurde hiemit ein Theil eines durch die Hauptländer Europas gebildeten, vom römischen Rechte beherrschten Gebietes. Rezipirt wurde nicht nur Privatrecht, sondern auch öffentliches Recht im heutigen Sinne des Wortes (z. B. Strafrecht), welches man lange zum „Civilrecht“ rechnete. Dies ist auch jetzt noch von erheblicher praktischer Bedeutung. Vielsach, insbesondere für agrarische und Familienverhältnisse, erhielt sich das einheimische Recht, theilweise römisch gefärbt. Andererseits unterlag auch das römische Recht, wie vor der Rezeption in dem Stammlande Italien, so auch auf deutschem Boden, mannigfachen Aenderungen im Sinne einer Anpassung an germanische Rechtsanschauungen. Derartige Aenderungen, welche als „avitizische Reminiszenzen“, als Rückfall in ein überwundenes Stadium der Rechtsentwicklung, gekennzeichnet worden, sind gerade im Verkehrsrecht, speziell des Großhandels, weiter entwickelt, in den neuesten

Gesetzgebungen europäischer wie außereuropäischer Länder festgehalten worden und haben im B.G.B. und seinen Neben- und Ausführungsgesetzen, insbesondere auch im neuen H.G.B., eine weitere Ausgestaltung erfahren. Von Anfang an aber hatten sich diese germanischen Abwandlungen des, gemeine Geltung beanspruchenden, römischen Rechtes als lokale Sägung oder Gewohnheit zu verteidigen. Die Auseinandersetzung zwischen römischem und deutschem Rechte und die innere Aneignung des eriteren war mit der äußeren Vollendung der sogenannten Rezeption eher am Anfang als am Ende. Zunächst zeigte sich das gesammte einheimische Recht — römisches und deutschen Ursprungs — als ein Chaos, dessen Ordnung vergeblich von der alten Reichsgewalt erwartet wurde. Die auf diesem Wege nicht zu beseitigende Rechtsunsicherheit veranlaßte zahlreiche partikularrechtliche Bearbeitungen beider Rechte. Umfangreichere Arbeiten mit größerem Geltungsgebiete waren das Werk des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts. Hierher gehören:

Das bairische Landrecht von 1756, welches, trotz der vielfachen Polemik seines Verfassers Kreittmayr gegen das römische Recht in den „Anmerkungen“, zum allergrößten Theile Pandektenrecht in der Auffassung des 18. Jahrhunderts enthält und die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechtes anerkennt, das römischste neuere Partikularrecht; ferner

das Allgemeine preussische Landrecht von 1794,

das österreichische B.G.B. von 1811,

der Code Napoléon 1804.

Diese drei Gesetzbücher haben erheblich mehr germanisches Recht verarbeitet. Läßt man die Thatsache außer Betracht, daß diese Gesetzbücher größtentheils römisches Recht enthalten und insoweit nur formell, nicht materiell die Geltung des letzteren abgeschafft haben, berücksichtigt man also nur die formelle Geltung, so kann man mit der Denkschrift zur Reichstagsvorlage, deren Angaben indessen theilweise ungenügend und unrichtig sind<sup>1)</sup>, vier große Reichsgebiete feststellen, indem man von der Geltung des dänischen Rechtes, des österreichischen B.G.B. und anderer Rechte für verhältnißmäßig kleine Gebietstheile abieht:

- a) das Rechtsgebiet des Gem. R., ein durch das Deutsche Reich von den Alpen bis zur Nordsee, südlich zwischen Schwarzwald und Böhmerwald, nördlich zwischen Weser und Elbe, durch 23 Bundesstaaten gehender breiter Landstreifen. Hier gilt zumeist römisches Recht für etwa 33% der deutschen Bevölkerung, subsidiär hinter einer großen Anzahl von Partikularrechten. Die Denkschrift zählt 30 der hauptsächlichsten auf, darunter das S.L.R. und sogen. gemeines Sachsenrecht;
- b) das Rechtsgebiet des preussischen Landrechts: in Preußen (Ostpreußen, Westpreußen, Posen, Schlesien, Brandenburg, Sachsen, Westfalen, in Theilen von Pommern, Hannover, der Rheinprovinz); in Bayern (innerhalb der Kreise Ober-, Mittel- und Unterfranken und einer Reihe von Orten anderer Kreise); in Sachsen-Weimar innerhalb der vormal's Erfurt'schen Gebietstheile. Es galt theils ausschließlich, theils subsidiär hinter zahlreichen älteren und neueren Partikularrechten für rund 43% der deutschen Bevölkerung;
- c) das Rechtsgebiet des französischen Rechtes: die Rheinländer Preußens, Hessens, Bayerns, Baden, Elsaß-Lothringen, das oldenburgische Fürstenthum Birkenfeld, ungefähr 17% der deutschen Bevölkerung; Partikularrechte sind ausgeschlossen.
- d) das kgl. sächs. B.G.B. galt im Königreich Sachsen unter Auschluss von Partikularrechten, für ungefähr 7% der deutschen Bevölkerung.

4. Die Publikation, die Anwendbarkeit, die sachlichen und örtlichen Geltungsgrenzen der zum gemeinrechtlichen und zum preussischen Rechtsgebiete zählenden Partikularrechte,

<sup>1)</sup> Vgl. Cojact, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes (III. Auflage) I S. 22 Anm. 1 in Bezug auf das gemeinrechtliche Gebiet; in Bezug auf das Gebiet des S.L.R.: Roth, Deutsches Privatrecht I S. 133 ff., Bölderndorff, Civilgesetzstatistik des Königreiches Bayern (1880) S. 96—103 mit Denkschrift Anlage I C 2).

welche vielfach zweifelhaft, bedürften um so mehr einer umfassenden Feststellung, als in Zukunft bei Entscheidungen nach altem Rechte diese Feststellung im einzelnen Falle größeren Schwierigkeiten auf Grund lokaler Veränderungen in immer steigendem Maße begegnen wird. Die Degradation einer Anzahl von Partikularrechten zu Rechten II. Klasse durch E.P.O. §§ 549, 562, E.G. z. E.P.O. § 6 (vgl. hiezu Kaiserl. Verordnung vom 28. September 1879 und die Gesetze betr. die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreiten vom 15. März 1881 und 13. März 1893), d. h. zu Rechten, deren Verletzung die Revision nicht begründet, ist ein Nothbehelf, welcher nur die nicht zu überwältigenden Schwierigkeiten beweist, denen hier die Rechtsprechung begegnet. Die bestrittene Frage, ob die mit dem 1. Januar 1900 aufgehobenen Rechte bei Anwendung auf frühere Rechtsverhältnisse überhaupt der Revision zugänglich sind, ist von untergeordneter Bedeutung, da durch den Ausschluß der Revision die Aufgabe der Landgerichte und Oberlandesgerichte nicht verändert wird. Andererseits wird durch den Ausschluß der Revision die Möglichkeit einer einheitlichen Rechtsprechung für den Bereich der in Betracht kommenden Partikularrechte erschwert.

5. Die Forderung eines einheitlichen bürgerlichen Rechtes, seit Jahrhunderten und insbesondere nach den Freiheitskriegen erhoben, wurde nach Gründung des Deutschen Reiches durch wiederholte Beschlüsse des Reichstages anerkannt. Das Reichsgesetz vom 13. Dezember 1873 erstreckte die Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung auf das gesammte bürgerliche Recht. Am 22. Juni 1874 wurde eine aus 11 Juristen bestehende Kommission (die sog. I. Kommission) zur Ausarbeitung des Entwurfes eines B.G.B. für das Deutsche Reich berufen, nachdem Plan, Stoff und Methode des Gesetzbuchs durch die sog. Vorkommission festgestellt worden war. Die Arbeit der I. Kommission nahm über 13 Jahre in Anspruch. Ihr Ergebnis, der I. Entwurf (E. I), wurde sammt 5 Bänden Motiven auf Grund Beschlusses des Bundesrathes vom 31. Januar 1888 von dem Reichskanzler veröffentlicht mit der an die Vertreter der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, sowie der wirthschaftlichen Interessen gerichteten Aufforderung, an dem Werke Kritik zu üben. Die Urtheile über den Entwurf veranlaßten die Einsetzung einer II. Kommission, welche nicht bloß aus Juristen, sondern auch aus Vertretern verschiedener wirthschaftlicher Interessenkreise, sowie der theoretischen Nationalökonomie bestand. Der von der II. Kommission in etwa 4 1/2 jähriger Arbeit hergestellte Entwurf des B.G.B. wurde Ende Oktober 1895, der Entwurf des Einführungsgesetzes Ende Dezember 1895 dem Bundesrath überreicht (E. II oder „Bundesrathsvorlage“).

Die verbündeten Regierungen legten den vom Bundesrath mehrfach abgeänderten Entwurf am 17. Januar 1896 dem Reichstage vor (E. III, „Reichstagsvorlage“). Die Verhandlungen des Reichstages einschließlich derjenigen der vom Reichstag zur Vorbereitung der Beschlußfassung gewählten Kommission fanden in der Zeit vom 3. Februar bis 1. Juli 1896 statt. Am 1. Juli 1896 wurde der Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich zusammen mit demjenigen des E.G. in III. Lesung vom Reichstage angenommen. Die Publikation des Gesetzes erfolgte unter dem Datum des 18. August 1896 im Reichsgesetzblatt vom 24. August 1896. Ueber die mit dem 1. Januar 1900 gleichzeitig mit dem B.G.B. in Kraft tretenden, in Art. 1 des E.G. z. B.G.B. bezeichneten, Gesetze und den Geltungsbeginn des E.G. z. B.G.B. vgl. Band VI Erl. zu Art. 1 des E.G. Bemerkenswerth ist, daß in Art. 1 des E.G. der Geltungsbeginn von Gesetzen auf den 1. Januar 1900 festgesetzt wurde, deren Entwürfe zur Zeit der Verkündung des E.G. noch nicht den gesetzgebenden Organen des Reiches vorlagen. Juristisch war dies ein Gesetzgebungsprogramm, kein Gesetzesbefehl.

## II.

**Rechtsstoff und Stoffbegrenzung.**

Das B.G.B. enthält bürgerliches Recht, aber nicht nur bürgerliches Recht und nicht alles bürgerliche Recht.

1. Das Gutachten der Vorcommission über die Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches sprach aus: „Ein bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich hat nur Privatrecht zu enthalten.“ Dieses Programm ist nicht vollständig festgehalten worden. Das B.G.B. enthält zahlreiche in das öffentliche Recht eingreifende Bestimmungen: dem öffentlichen Rechte gehören diese Bestimmungen an, obwohl sie im B.G.B. stehen. Die moderne Unterscheidung von öffentlichem und bürgerlichem Recht ist aus der römischen von *jus privatum* und *jus publicum*<sup>1)</sup> erwachsen. Sie bedeutet einen sachlichen Unterschied, der durch verfassungsrechtliche Normen, durch die Behördenorganisation und durch Normen über das Verfahren gestützt wird. Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches ist bisher grundsätzlich nur auf das bürgerliche, nicht auf das öffentliche Recht erstreckt worden. Die geschichtliche Entwicklung hat dahin geführt, daß Umfang und Gegenstand des öffentlichen Rechtes in den einzelnen Bundesstaaten nicht überall gleich sind, ferner daß öffentliches Recht immer weiter in das früher dem Privatrecht vorbehaltene Gebiet eingreift. Darin ist es begründet, daß bisher eine Begriffsbestimmung weder des öffentlichen noch des Privatrechtes gelungen ist, und daß es auch unmöglich ist, den Begriff des öffentlichen Rechtes auf Grund des Reichsrechtes festzustellen (Vgl. M. I, 1; M. 3. C.G. S. 147). Ueber die Hauptmaterien oder Gebiete besteht kein Zweifel, wohl aber über die Grenzen und Grenzfälle. Die Frage, was öffentliches, was Privatrecht, gewinnt nunmehr mit Rücksicht auf das C.G. 3. B.G.B. Art. 55 eine sehr erhebliche praktische Bedeutung. Vgl. hiezu Riedner C.G. zu Art. 55, diesen Kommentar Bd. VI zu Art. 55, Endemann 8. Aufl. I 97 Note 10; Gierke D. R. I S. 26—33. Ueber die Entwicklung des Begriffs des öffentlichen Rechtes s. auch E. Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen (1902) S. 236 ff. Ein sachlicher Unterschied ist gegeben, obwohl alles Recht und daher auch öffentliches wie Privatrecht sammt ihren Grenzen lediglich in der Vorstellung vorhanden ist und ihre „Wirklichkeit“ nur die Wirklichkeit von Vorstellungen bedeutet. Denn jene Unterscheidung geht in letzter Linie darauf zurück, daß sich das Recht als Privatrecht mit dem Einzelnen als solchen befaßt, das Recht als öffentliches Recht mit der Gemeinschaft und dem Menschen als Glied derselben. Mit aller Schärfe der begrifflichen Unterscheidung ist vereinbar, daß im wirklichen Rechte die Grenzen beider Gebiete flüchtig werden, daß Normen beider Arten im selben Rechtsverhältnisse zusammentreffen und in engstem Zusammenhange stehen, daß das Privatrecht Züge des öffentlichen Rechtes in zunehmender Menge an- und aufnimmt, endlich daß öffentliches und Privatrecht sich in einem Rechtsverhältnisse nicht nur äußerlich, sondern auch innerlich verbinden, derart, daß öffentliches und Privatrecht in einander übergehen, Privatrecht der Natur des öffentlichen, öffentliches Recht der Natur des Privatrechtes sich nähert. Vgl. hiezu die Bemerkungen Riedners zu Art. 55 C.G. 3. B.G.B. zu II, diesen Kommentar Bd. VI zu Art. 55 C.G. Bem. 6. In solchen Fällen kann allerdings die Aufnahme der betreffenden Normen in das B.G.B., als Theil der Regelung der Privatrechtsordnung, von Bedeutung für die sachliche Entscheidung sein.

2. Das B.G.B. enthält nicht das ganze bürgerliche Recht. Es behandelt im Wesentlichen diejenigen generalrechtlichen Materien, welche früher in Pandektenlehrbüchern behandelt wurden. Ausgeschlossen sind

a) dem Spezialrecht angehörige Materien und damit privatrechtliche Bestimmungen

I. der bisherigen, auch materielles Recht behandelnden, Reichsgesetze. Diese sind grundsätzlich in Art. 32 C.G. 3. B.G.B. aufrecht erhalten und gelten daher

<sup>1)</sup> Vgl. Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen (1902) S. 159.

neben dem B.G.B., soweit sich nicht ihre Aushebung aus dem B.G.B. oder dem E.G. selbst ergibt. Der Grund, welcher in der Denkschrift dafür angegeben ist — daß nämlich die Auscheidung der betreffenden materiellrechtlichen Bestimmungen aus den einzelnen Reichsgesetzen deren Zusammenhang unterbrechen und deren Verständniß erschweren würde — gilt auch für das materielle Prozeßrecht, welches in die E.P.O. verwiesen wurde.

Ausgeschieden wurde insbesondere: Das gesamte Handels- und Wechselrecht, das Urheberrecht, das Gewerberecht und das gesamte Korporationsrecht, soweit dasselbe bisher reichsgesetzlich geordnet war.

- II. Die spezialrechtlichen Bestimmungen der bisherigen Landesrechte. Die Auscheidung erfolgte theils durch Vorbehalte im B.G.B. selbst<sup>1)</sup>, theils durch solche in Art. 55 ff. E.G. z. B.G.B. Die Vorbehalte zu Gunsten des Landesrechtes sind zum Theil allgemeine, soferne ganze privatrechtliche Gebiete der Landesgesetzgebung überwiesen wurden, theils spezielle, indem für bestimmte in das B.G.B. eintbezogene Theile des bürgerlichen Rechtes abweichende oder ergänzende landesrechtliche Vorschriften zugelassen sind. Vgl. hiezu Bd. VI zu Art. 55; ferner Niedner, Kommentar zum E.G. z. B.G.B. II. Auflage Erl. z. Art. 55. Soweit die allgemeinen Vorbehalte reichen, kann die Landesgesetzgebung alle die Materie betreffenden Vorschriften des B.G.B., auch solche des Allgemeinen Theiles, durchbrechen und Sonderbestimmungen treffen, z. B. für die Formerfordernisse des Rechtsgeschäftes, Verjährung u. s. w.

Der Zahl, dem Umfang und der Tragweite nach am bedeutendsten sind die Vorbehalte im Gebiete des Sachenrechtes und zwar die allgemeinen wie die speziellen. Hierher gehören die Vorschriften über Bergrecht, Wasserrecht, Deich-, Ziel-, Jagd-, Fischereirecht, über Enteignung, Gemeinheitstheilung, Zusammenlegung von Grundstücken, Regelung gutherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse, Ablösung von Dienstbarkeiten und Realkasten, Familienfideikommiß, Leben- und Stammgüter, Rentengüter, Erbpacht, Miterbenerb. Vgl. hieher Einleit. zu Bd. III.

Im Uebrigen ist zu bemerken:

Erstens: Die dem Landesrecht vorbehaltenen Materien gehören nicht lediglich dem Privatrecht an; sie sind theilweise dem Landesrecht belassen worden, weil sie auch dem öffentlichen Rechte oder dem Grenzgebiete zwischen öffentlichem und Privatrecht angehören oder mit staatlichen Einrichtungen derart zusammenhängen, daß sie nicht getrennt davon behandelt werden können. Vgl. z. B. Art. 80, 102—104; 65, 67, 70, 71, 75, 82, 83 E.G. z. B.G.B.

Zweitens: „Vorbehalte sind keine Reservate“; die Reichsgesetzgebung kann daher, soweit privatrechtliche Vorbehalte in Frage, jederzeit die dem Landesrechte vorbehaltenen Materien ordnen. Die in Art. 75, 76 dem Landesrechte vorbehaltenen Materien sind inzwischen reichsgesetzlich geregelt worden. Vgl. Reichsgesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901; Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901.

Drittens: Die Ausdehnung der Vorbehalte und damit die Grenzen zwischen Reichsrecht und dem vorbehaltenen Landesrechte können sich in einzelnen Bundesstaaten verschieden gestalten, die vorbehaltenen Rechtsinstitute oder Rechtsnormen nach Landesrecht verschiedenen Umfang haben, soferne eine reichsrechtliche Begriffsfeststellung fehlt. Ein Beispiel bildet das dem Landesrechte vorbehaltene Gesinderecht (E.G. z. B.G.B. Art. 95). Der Begriff des Gesindes ist reichsrechtlich nicht festgestellt, landesrechtlich von verschiedener Ausdehnung. Vgl.

<sup>1)</sup> Vgl. z. B. B.G.B. §§ 85, 233, 919, 1315, 1322, 1642, 1723, 1745, 1807—1809, 1813, 1888, 2194, 2249.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches (1902) I S. 17 ff. Vgl. ferner Bd. II dieses Komm. Zusatzbemerkungen zum 6. Titel.

Wierens: Entsteht ein Zweifel, ob eine Materie als öffentliches Recht dem Landesrechte vorbehaltlos überlassen oder als Privatrecht durch einen Vorbehalt gedeckt sein müßte, so kann dem geltenden Reichsrechte möglicherweise eine Entscheidung nicht entnommen werden, weil es den Begriff des öffentlichen Rechtes nicht feststellt. Wo das Reichsrecht eine Materie als bürgerliches Recht geordnet und für sich beansprucht hat, kann sie diese Eigenschaft nicht durch Landesrecht verlieren (Endemann I 8. Aufl. S. 28). Wo dagegen aus dem Reichsrechte eine Entscheidung der Grenzfrage nicht zu entnehmen ist, hat sie der Richter auf Grund der Verfassung und der öffentlichen Einrichtungen des einzelnen Bundesstaates zu treffen. Ein Beispiel bietet das Verhältnis des reichsrechtlich geordneten Namensrechtes zum Ständerecht und zur Ständesbezeichnung: die viel ventilirte Frage, ob Adelsprädikate wie das „von“ vor einem Familiennamen Bestandtheile des Namens sind und daher unter dem Namensschutz des § 12 B.G.B. stehen, kann nur gemäß den öffentlichen Einrichtungen und der Gesetzgebung des einzelnen Bundesstaates entschieden werden. Das B.G.B. ordnet die Materie des Namensrechtes, nicht die des Ständerechtes: es giebt keine reichsrechtliche Bestimmung darüber, was zum Namen, was zur Ständesbezeichnung gehört. Dagegen ist eine landesgesetzliche Grenzziehung im Sinne einer authentischen Interpretation des Reichsgesetzes und seiner Geltung gegenüber dem Landesrechte abzulehnen. Uebereinstimmend die M. z. E.G. S. 147. Vgl. Bd. VI zu Art. 55: theilweise anders Niedner zu Art. 55 II. Auflage S. 126.

b) Eine Reihe von generalrechtlichen Materien sind außerhalb des B.G.B. in Nebengesetzen geordnet:

- I. im E.G. zum B.G.B. ein Teil des internationalen Privatrechts und die zeitliche Herrschaft der Normen des B.G.B.;
- II. formelles Immobilienrecht in der Grundbuchordnung vom 24. März 1897 und im Gesetze über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897;
- III. formellrechtliche Vorschriften insbesondere des Vormundschaftsrechtes, Vereinsrechtes, ehelichen Güterrechtes, auch des Handelsrechtes im Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.

Die Vorschriften zu II und III greifen zweifellos größtentheils über das Gebiet des Privatrechtes hinaus. Bezüglich der Vorschriften zu I ist die Zugehörigkeit zum Privatrechte bestritten.

Die Frage, ob die Normen des sogen. internationalen Privatrechtes (und die zeitlichen Kollisionsnormen) dem Privatrecht, auf welches sie sich beziehen, selbst „als Attribute der durch sie in ihrer Tragweite bestimmten Rechtsätze“ angehören (Meyer, Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. S. 183) oder dem öffentlichen Rechte oder einem über Privatrecht und öffentlichem Rechte stehenden Theile der Rechtsordnung, ist von besonderer Bedeutung angesichts der Thatsache, daß das E.G. zum B.G.B. die örtlichen Kollisionsnormen nur zum Theil enthält; für das Gebiet der Schuldverhältnisse z. B. fehlt im E.G., wie man ziemlich allgemein annimmt, jede Kollisionsnorm. Für den deutschen Richter besteht die Möglichkeit der Anwendung fremden Rechtes grundsätzlich nur auf Grund eines deutschen Gesetzbefehles. Daß auch fremdes Recht Recht ist, hat für diese Frage keine Bedeutung. Denn jede Rechtsnorm wendet sich nur an ihre eigenen Unterthanen. Der deutsche Richter ist dem deutschen Rechte unterworfen, nicht dem englischen, der englische Richter dem englischen, nicht dem deutschen. Der Erlass der im E.G. fehlenden Vorschriften für einen ganzen Rechtsheil kann nicht mehr im Wege der Analogie erfolgen, ebensowenig durch Befolgung der Mahnung, daß der Richter mehr als bisher „zur selbstständigen Durchdringung der Grundsätze des internationalen Privatrechtes

Veranlassung habe" (Miedner, *Üb.* II. Auflage S. 18), oder indem die Entscheidung einfach der Rechtsprechung übertragen (Miemeyer, S. 26) oder in die „Natur der Sache“ verlegt wird (Dernburg, *Bürgerliches Recht* I S. 93). Denn mit Alledem wird der Richter auf keine Rechtsquelle verwiesen, deren er zur Gesetzesanwendung bedarf. Mag man auch die Hoffnung hegen, daß es „mit der Zeit zur Bildung von gewohnheitsrechtlichen Normen kommen wird" (Miemeyer, S. 27), so kann man doch den Richter nicht anweisen, von 1900 ab Gewohnheitsrecht zu entwickeln, mit anderen Worten aus Nichtrecht Recht zu machen. Die durch die angegebenen unbrauchbaren Mittel vermeintlich zu beseitigenden Schwierigkeiten bestehen aber nur für diejenige Theorie, welche das sogen. internationale Privatrecht als Privatrecht auffaßt. In der That sind die anzuwendenden Rechtsätze ebensowenig international als Privatrecht. Sie beziehen sich auf Privatrecht, gehören aber nicht zu diesem, sind vielmehr ein Theil der Lehre von den Rechtsquellen. Die Lehre von den Rechtsquellen, soweit sie überhaupt dem Rechtsgebiete angehört, sagt, wie Recht überhaupt und Recht bestimmter Art insbesondere in einem Gebiete entsteht; die sogen. Kollisionsnormen oder die Vorschriften des internationalen Privatrechtes als Recht eines bestimmten Gebiets entscheiden die Frage, ob ein bestimmtes Recht auf einen bestimmten Fall zur Anwendung kommt oder ob nicht, und beschränken sich hiebei unter Umständen auf die Verneinung der Zuständigkeit eines bestimmten, des heimischen oder des ausländischen Rechtes, während sie in anderen Fällen eine Anweisung zur Auffindung des anzuwendenden Rechtes geben oder dieses Recht direkt bezeichnen. Die Rechtsätze, welche lediglich formelle Entscheidungsnormen bezüglich des anzuwendenden Rechtes enthalten, können dem anzuwendenden Rechte selbst nicht angehören (Vgl. Affolter, *Das intertemporale Recht* I S. 3, Zitelmann, *internationales Privatrecht* I S. 199; Crome, *System des deutschen Bürgerlichen Rechtes* I S. 131 Note 6). Ehrlich a. a. O. legt dar, daß bis in das 19. Jahrhundert zum *jus civile* diejenigen Gegenstände gezählt wurden, welche in den Vorlesungen über *jus civile*, nämlich in den Pandektenvorlesungen behandelt wurden; dazu gehörten Prozeßrecht, Strafrecht, auch Staatsrecht. Die Umwälzung im juristischen Unterrichte wirkte zurück auf den Begriff des Civilrechts und mit ihr ging Hand in Hand die Entwicklung des Begriffes des öffentlichen Rechtes. Es hat den Anschein, daß auch die Lehre von der örtlichen und zeitlichen Herrschaft des Rechtes nicht dem Privatrechte zugewiesen würde, wenn man sie nicht immer noch in den Systemen des Privatrechts behandelte, im Anschlusse oder als Theil der Lehre von den Rechtsquellen. Gehört das internationale Privatrecht nicht dem Privatrechte an, so ist es durch Art. 55 *E.G.* zum *B.G.B.* nicht aufgehoben. Aufgehoben ist das Landesprivatrecht als solches, aufgehoben ist ferner auch das bisherige öffentliche Recht, dieses aber nur soweit das *B.G.B.*, das *E.G.* zum *B.G.B.* oder eines der Nebengesetze die betreffende Materie ausschließlich und erschöpfend ordnet oder ordnen will. Eine solche Ordnung des internationalen Privatrechtes bot der *E. II.*, nicht aber das Gesetz. Gegenüber dem vorliegenden Gesetze ist auch gleichgültig, was der Bundesrath aus nicht veröffentlichten Motiven mit der Streichung der vorgeschlagenen Bestimmungen beabsichtigte. Das Gesetz hat das bisherige öffentliche Recht nur soweit aufgehoben als es selbst reicht, die Annahme einer beabsichtigten Modification ist angesichts der Uebergehung eines ganzen Rechtstheiles in den Kollisionsnormen des *E.G.* abzulehnen. Vgl. hierzu *M. z. E.G.* S. 146. Die bisherigen Grundsätze des internationalen Privatrechtes können daher, da sie dem öffentlichen Rechte der einzelnen Bundesstaaten angehören, weiter zur Grundlage dienen, soweit dies mit den Kollisionsnormen des *E.G.* vereinbar ist. Hiemit wird der Richter auf eine wirkliche Rechtsquelle und nicht auf eine vorerst in der Luft stehende Entscheidungsgrundlage verwiesen.

Mit dieser Auffassung ist jene Ansicht vereinbar, welche dem einheimischen Rechte nur die Befugniß zuweist, die eigene Zuständigkeit zu bejahen oder zu verneinen, nicht aber über die Zuständigkeit eines bestimmten fremden Rechtes zu entscheiden. Nach dieser Auffassung sind die Zuständigkeitsnormen Blankettgesetze, welche den Richter anweisen, das auf Grund seiner wissenschaftlichen Forschungen über die Grundsätze der in

Betracht kommenden fremden Kollisionsnormen zutreffende Gesetz zu bestimmen. Auch hier wird der Richter auf Grund eines einheimischen Gesetzesbefehles thätig. Man hat aber mit Grund darauf hingewiesen, daß das internationale Privatrecht in jahrhundertelanger Entwicklung eine derartige Reserve sich nicht auferlegt hat und dieselbe daher auch nicht durch die Rücksicht auf Vermeidung von vermeintlichen Eingriffen in fremde Souveränitätsrechte geboten war: soweit altes fortbestehendes internationales Privatrecht durch den Richter angewendet werden muß, besteht keinesfalls ein Anlaß, einheimische Grundsätze, welche direkt auf die Anwendung eines bestimmten fremden Rechtes hinweisen, unangewendet zu lassen. Ueber die verschiedenen Ansichten in dieser Materie vgl. die Uebersicht bei Niedner, Kommentar zum E.G. II. Auflage S. 13, IV.

Für Bayern kommt als landesrechtliche Norm das Statutenkollisionsgesetz in Betracht, welches eine am 11. Juni 1816 erlassene „Königliche Verordnung“, die in Civilsachen gegen Militärpersonen anzuwendenden Gesetze betr., enthält. Diese Verordnung gilt als authentische Interpretation der Kollisionsnormen der bayerischen Gerichtsordnung von 1753, welche ihrerseits im Wesentlichen gemeines Recht kodifizirt hat. Vgl. hiezu J. A. Zenffert, Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung von 1753 II. Auflage I. Bd. S. 303 ff.; Vierling, Die fragmentarischen civilrechtlichen Gesetze des Königreiches Bayern rechts des Rheins III. Auflage 1894 S. 41. In Art. 1 des bayr. N.G. z. B.G.B. sind nur die „Vorschriften des bürgerlichen Rechtes“, welche aus der Zeit vor Erlassung der Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 stammen, in dem dort bezeichneten Umfange aufgehoben. Die Statutenkollisionsnormen gehören nicht zu den „Vorschriften des bürgerlichen Rechtes“.

Im Uebrigen ist zu sagen, daß die vor 1900 entwickelten gemeinrechtlichen Grundsätze nicht nur in Bayern, sondern auch über das gemeinrechtliche Gebiet des Deutschen Reiches hinaus, soweit das E.G. z. B.G.B. Bestimmungen nicht enthält, nach wie vor zur Anwendung gebracht werden können.

### III.

#### Gliederung des Rechtsstoffes.

1. Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß das deutsche bürgerliche Recht als ein zusammenhängendes Ganzes oder als ein System nicht allein aus dem B.G.B. und dessen E.G. und Nebengesetzen und anderen mit dem B.G.B. oder nachträglich in Kraft getretenen oder in Kraft gebliebenen Reichsgesetzen entnommen werden kann; ein sehr großer Theil dieses Rechtsstoffes ist vielmehr in den Landesrechten enthalten. Die Landesgesetzgebung hat das in Geltung gebliebene Landesrecht theils unverändert gelassen, theils auf Grund des Art. 218 E.G. z. B.G.B. mit Rücksicht auf die Reichsgesetzgebung Aenderungen unterstellt oder neugestaltet, theils nur dessen Geltung örtlich weiter erstreckt<sup>1)</sup>. Die für die Landbevölkerung wichtigsten Gesetze gehören nicht dem Reichsrechte, sondern dem Partikularrechte an. Ein ähnliches Verhältniß ist bezüglich anderer Berufsclassen nachzuweisen. Ein umfassendes System des deutschen bürgerlichen Rechtes kann daher die in den einzelnen Bundesstaaten geltenden verschiedenen Rechte nicht übergehen; dies schon aus dem Grunde nicht, weil vielfach Reichs- und Landesrecht derart ineinander greifen, daß ein und dasselbe Rechtsverhältniß theils reichsrechtlich, theils landesrechtlich geordnet ist. Das B.G.B. hat z. B. darauf verzichtet, eine Ordnung des gesammten Personenrechtes, insbesondere des gesammten Korporationsrechtes aufzunehmen. Diese Ordnung gehört theilweise dem Reichsrechte außerhalb des B.G.B., theils dem Landesrechte an, während das B.G.B. ein Generalrecht dazu stellt. Entstehung und Beendigung des Namensrechtes sind theils reichsrechtlich, theils landesrechtlich geordnet. Der Schutz des Namensrechtes ist im B.G.B. und in anderen Reichsgesetzen geregelt. Ähnliches gilt im Obligationenrecht, z. B. für

<sup>1)</sup> Vgl. z. B. Art. 14 § 2 des preuß. N.G. z. B.G.B.

den Arbeitsvertrag, und weithin im Sachenrecht. Soweit dies der Fall, kann das betreffende Rechtsverhältniß systematisch nicht lediglich nach dem B.G.B. dargestellt werden.

2. Zur systematischen Gliederung des Rechtsstoffes überhaupt gehört die Aufgabe, die Stellung des Privatrechtes im ganzen Gebiete des geltenden Rechtes zu kennzeichnen; im Einzelnen kann dies durch den Hinweis auf innerhalb eines Rechtsverhältnisses oder Rechtsinstitutes wirksame Normen anderer Rechtsgebiete als des privatrechtlichen geschehen. Wenn in dieser Weise die Einheit alles Rechtes deutlich wird, so wird hiedurch nicht bloß einem besonders von Germanisten neuerdings betonten theoretischen Gedanken Gestalt verliehen, sondern auch der Praxis gedient, welche sehr häufig wichtige Veranlassung hat, den Menschen als einheitliches Wesen und dessen Rechtsverhältnisse in ihrer Zusammengehörigkeit anzufassen.

3. Der in das B.G.B. aufgenommene Rechtsstoff ist mit einer Ausnahme im Allgemeinen entsprechend den bisherigen Systemen des Pandekten- und deutschen Privatrechtes geordnet. Die eine Ausnahme betrifft die vielfach angegriffene Stellung des Rechtes der Schuldverhältnisse im II. Buch des B.G.B. Sie hat ihr Vorbild im „Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern“ (München 1861). In den Motiven zu diesem Entwurfe, Einleitung S. III, wird hierüber gesagt: „Die Voranstellung des Rechtes der Schuldverhältnisse rechtfertigt sich, abgesehen von der Wichtigkeit desselben für den Rechtsverkehr, durch die Erwägung, daß dieser Theil des Privatrechtes fast gar keine Rechtsätze aus den übrigen Theilen des Rechtssystems zu seiner Voraussetzung hat, während seine eigenen Bestimmungen vielfach in dieselben eingreifen.“ Es dürfte wohl verfehlt sein, aus dieser Anordnung rechtliche Folgerungen abzuleiten (Vgl. hiezu J.G. I S. 17.18).

#### IV.

##### Charakteristik des Rechtsstoffes des B.G.B. nach seiner Herkunft.

Die Frage nach der Herkunft des Rechtsstoffes hat trotz der Forderung, das Gesetz „aus sich“ zu interpretiren, eine praktische Bedeutung, die bei der Art dieses Stoffes am wenigsten verkannt werden kann. Die Vorkommission und mit ihr die I. und II. Gesetzeskommission hat abgelehnt, dem B.G.B. eines der neueren deutschen Civilgesetzbücher oder Gesetzentwürfe zu Grunde zu legen. Die Grundlage sollte vielmehr das Gemeine Recht bilden, unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebung. Es sei, sagt das Gutachten der Vorkommission, „sorgsam zu prüfen, wie weit die von der gemeinsamen Grundlage des fogen. Gem. R. (gemeines Civilrecht und deutsches Privatrecht) abweichenden Bestimmungen der neueren großen Civilgesetzgebungen, der Landesgesetze und der etwaigen Reichsgesetze beizubehalten seien oder ob und welche Ausgleichung zu versuchen sei“. Von diesem Programm wurde nur in Bezug auf einen, allerdings sehr wichtigen, Theil des B.G.B. im Drange der Noth abgewichen: Für das Recht der Schuldverhältnisse wurde der Dresdener „Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse“<sup>1)</sup> in Bezug auf diejenigen Theile zu Grunde gelegt, welche der anfangs 1884 verstorbene Redactor des Schuldrechtes, v. Kübel, nicht vollendet hatte. Bei Verathung des Dresdener Entwurfes hatte aber nach dem Berichte des Herausgebers seinerzeit der oben erwähnte bayrische Entwurf als „Leitfaden“ gedient, unter „Mitberücksichtigung“ des Hessen-Darmstädtischen Entwurfes und des Königl. sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches, ferner unter „Vergleichung“ der Grundsätze des Gem. R., sowie der größeren deutschen Modificationen und der Vorschriften des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Von dem Programme, dem B.G.B. das Gem. R. zu Grunde zu legen, machte das Verfahren bezüglich des Rechtes der Schuldverhältnisse keine sachlich bedeutende Ausnahme, weil dem bay-

<sup>1)</sup> „Im Auftrage der Kommission herausgegeben“ von Dr. B. Franke, ersten Sekretär der Kommission, Dresden 1866.

rischen Entwürfe selbst wieder das Gem. R. zu Grunde lag; im Wesentlichen war der Inhalt desselben Pandektenrecht in der Auffassung der damaligen Zeit. Gleiches gilt von dem Entwurfe der I. Kommission in Bezug auf die Schuldverhältnisse. Die II. Kommission hat hier wie sonst mehrfach mit Erfolg den Entwurf im deutschrechtlichen Sinne umgearbeitet.

Geht man auf die letzten für uns in Betracht kommenden Wurzeln des Rechtsstoffes des B.G.B. zurück, so kann man allerdings feststellen, daß die große Masse desselben entweder römischer oder einheimischer deutscher Bildung entstammt. Man hat sich jedoch gegenwärtig zu halten, welche Umbildung dieses Recht durch Theorie und Praxis, abgesehen von gesetzgeberischen Eingriffen, erfahren, eine Umbildung, die man als gewohnheitsrechtliche, ebenso wie die ursprüngliche Aufnahme des römischen Rechtes, zu erachten hat. Die im 19. Jahrhundert auf Grund der Erfolge der sog. historischen Schule hie und da versuchte Reaktion zu Gunsten des „richtigen“, d. h. des reinen justinianischen Rechtes ist nicht gelungen. Wenn daher auch für die historische Erkenntniß des geltenden Rechtes die Zurückführung desselben auf seine ältesten erkennbaren Wurzeln nicht entbehrlich ist, so ist für die Rechtsanwendung das gleiche Verfahren unter Umständen irreführend. Vielfach sind Bestimmungen der Partikularrechte das unmittelbare Vorbild des B.G.B. Auch dann handelt es sich meistens um ursprünglich römisches oder um ursprünglich einheimisches älteres Recht. In sehr vielen Fällen haben die Partikularrechte und deren wissenschaftliche und praktische Entwicklung diese Elemente selbstständig weiter gebildet und in dieser ihrer modernen Gestalt ist die Aufnahme in das B.G.B. erfolgt. Auch dann würde ein Zurückgehen hinter die neuere Gestaltung ursprünglich römischen oder deutschen Rechtes einen Weg in die Irre bedeuten. Will man den Rechtsstoff des B.G.B. gegenüber den „extravaganten“ Reichsgesetzen und der Landesgesetzgebung kurz charakterisiren, so wäre zu sagen: römisches Recht dominiert im I. und II. Buch. Den „Allgemeinen Theil“ des Gesetzes beherrscht es, abgesehen von dem hier aufgenommenen Personenrecht nahezu vollständig, obwohl eine Abstraktion, wie die des Begriffes des „Rechtsgeschäftes“, dem römischen Rechte nicht bekannt ist. Diese Rechtspartien sind auch in moderner Zeit vor Allem von Romanisten gepflegt worden und das römische Recht dieser Rechtstheile steht bemerkenswerther Weise auch da, wo es formell niemals recipirt worden, wie in den Gebieten des englischen und amerikanischen Rechtes, vielfach in Anwendung. Doch ist darauf hinzuweisen, daß für die wissenschaftliche Durchdringung des Obligationenrechtes die größte wissenschaftliche Leistung der letzten Jahrzehnten in der grundlegenden Unterscheidung von Schuld und Haftung durch germanistische Arbeit<sup>1)</sup> vollbracht worden ist, eine Unterscheidung, deren Durchführung für das Gebiet des B.G.B. und das deutsche bürgerliche Recht überhaupt eine erst zu bewältigende Aufgabe ist. — Das Sachenrecht beherrscht die deutschrechtliche Unterscheidung der beweglichen und unbeweglichen Sache, welche auch dem römischen Recht durch drei Perioden bekannt, erst im Justinianischen Rechte und in Folge dessen im recipirten römischen Rechte als völlig ausgemerzt erscheint.

Im Familiengüterrecht ist fast ausschließlich deutsches Recht kodifizirt. Das Eheschließungsrecht beruht im Wesentlichen auf den Bestimmungen des Civilehesgesetzes von 1875; das Ehescheidungsrecht stellt in Bezug auf die Ehescheidungsgründe einen Compromiß zwischen den Normen der verschiedenen bisher herrschenden konfessionellen Systeme dar. Das Vormundschaftsrecht beruht auf dem Vorbilde des neuen preussischen Vormundschaftsrechtes. Nach Art der vormundschaftlichen Gewalt ist ferner die elterliche Gewalt des Vaters und der Mutter gestaltet, die Zulassung der elterlichen Gewalt der Mutter ist deutschem Rechte entnommen, wenn sie auch romanischem Rechte, z. B. dem italienischen Codice civile von 1865 Art. 220, bekannt ist. Das Erbrecht operirt im Wesentlichen mit umgebildeten römischen Begriffen, hält insbesondere den Begriff der Universalsuccession fest; der gesetzliche Erbfolgeordnung ist in der dem römischen Rechte

<sup>1)</sup> Karl v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht 2 Bände 1884, 1895.

unbekannten, im österreichischen B.G.B. durchgeführten Parentelenordnung eine deutsch-rechtliche Einrichtung zu Grunde gelegt.

Die aus dem B.G.B. ausgeschlossenen und dem Landesrechte vorbehaltenen Rechtsinstitute gehören fast ausschließlich dem deutschen Rechte an. Der Wurzel nach modernes Recht gehört in der Hauptmasse den dem B.G.B. vorangegangenen in Art. 32 des E.G. z. B.G.B. aufrecht erhaltenen Reichsgesetzen an. In dieser Spezialgesetzgebung und deren Fortsetzung wird die Reform des deutschen Rechtes und dessen Fortbildung auf absehbare Zeit ihren Schwerpunkt haben.

## V.

### Rechtsquellen.

Das objektive Recht stellt eine Ordnung von menschlichen Verhältnissen dar; jeder einzelne Rechtsatz „ordnet“ bestimmte Verhältnisse. Wenn man das objektive Recht als Rechtsordnung bezeichnet, so verbindet sich hiemit ein zweiter Sinn: das objektive Recht ist in sich selbst eine Ordnung, ein zusammenhängendes, geschichtlich erwachsenes Ganzes, nicht ein bloß zufälliges Aggregat einzelner Sätze. Darüber, wie die Rechtsordnung überhaupt entsteht, kann in ihr selbst keine Entscheidungsnorm gefunden werden. Theoretische und geschichtliche Betrachtung zeigt, daß alles Recht, wie es vom Menschen zu verwirklichen ist, auf Anerkennung von Menschen beruht, daß bloß einseitige Aufzwingung kein Recht bewirkt. Dies ist — auch für modernes Recht, insbesondere Gesetzesrecht — der richtige Kern derjenigen (vor Allem germanistischen) Theorie, welche das Wesen des Rechtes in der Ueberzeugung findet. Die Thatsache der Anerkennung der Normen, als rechtlich nothwendiger, macht sie zu Rechtsnormen; die Thatsache selbst und ihre geschichtlichen Ursachen gehören wohl der Rechtsgeschichte, aber nicht dem Rechte an.

1. „Rechtsquelle“ ist ein bildlicher Ausdruck mit mehrfacher Bedeutung. Rechtsquelle ist zunächst

- a) der rechtserzeugende Faktor oder die Mehrheit solcher Faktoren in einem bestimmten Gebiet und einer bestimmten Zeit. Das Recht setzt eine freie Gemeinschaft voraus, deren Ordnung es sein will; eine freie Gemeinschaft ist nicht mehr vorhanden, wenn ihr die Ordnung lediglich von Außen, von einer nicht zu ihr selbst gehörigen Macht auferlegt wird und nicht von ihr selbst stammt. Daher ist die Auffassung des deutschen Rechtes<sup>1)</sup>, daß alles Recht vom Volke ausgeht, als von der Rechtsgemeinschaft, nicht eine bloß historische Auffassung, sondern auch theoretisch richtig, schon aus dem Grunde, weil die Rechtsnorm ohne Anerkennung nicht besteht. Welche Elemente im einzelnen Falle zur Rechtserzeugung über die Gemeinschaft suggestiv verfügen, kommt hier nicht in Betracht, ebensowenig wie die geschichtliche Form der Erscheinung dieser Elemente, ob insbesondere ihre Funktion als bloßer Organe der Gemeinschaft anerkannt oder verneint wird.
- b) Wenn man Gesetz oder Rechtsgewohnheit als Rechtsquelle bezeichnet, so meint man damit einen bestimmten Thatbestand, in welchem sich der Vorgang der Rechtserzeugung darstellt, durch welchen Menschen die von ihnen gewollte Rechtsordnung herstellen. Der rechtserzeugende Faktor kann Organe, Anstalten und Formen, wie für die Rechtsanwendung, so auch für die Rechtssetzung schaffen, als Werkzeuge seines rechtserzeugenden Willens; er kann aber ebensowenig sich selbst wie spätere rechtserzeugende Faktoren an diese Organe, Anstalten und Formen binden und jene oder sich von der Rechtssetzung außerhalb derselben ausschließen.

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu schon Buchta, Das Gewohnheitsrecht I, XIII: „Das Volk ist aber nicht bloß der Boden, auf welchem das Recht entsteht, sondern es ist auch die Quelle des Rechtes selbst“; weitere Ausführung S. 133–143.

c) Begrifflich wie geschichtlich ist die Art der Rechtserzeugung, welche man als gewohnheitsrechtliche bezeichnet, nicht nur die ursprünglich allein wirksame, sondern auch heute noch die Grundlage aller Rechtserzeugung, jede andere Art als von ihr abgeleitet oder als „sekundär“<sup>1)</sup> zu bezeichnen. Daß bestimmte Organe der Gemeinschaft für die letztere Recht setzen, hat die fortwährende Anerkennung dieser Organe und ihres Amtes als vertretender Organe der Rechtserzeugung zur Voraussetzung. In diesem Sinne wird mit Recht betont, daß die verbindende Kraft des Gesetzes auf Gewohnheitsrecht beruht und daß diesem nicht nur zeitlich oder für bestimmte Perioden der Rechtsgeschichte, sondern überhaupt begrifflich die übergeordnete Stellung zukommt, nicht aber umgekehrt dem Gesetze gegenüber dem Gewohnheitsrecht. Beide unterscheiden sich als unmittelbare und mittelbare Rechtserzeugung. Mit Recht weist Buchta darauf hin, daß die Frage, aus welchem Grunde Gewohnheitsrecht gültig, identisch ist mit der Frage, aus welchem Grunde „Recht überhaupt gilt“<sup>2)</sup>.

Was gegen diese Begründung des Rechtes überhaupt, des Gewohnheitsrechtes insbesondere, und gegen die theoretische Zulässigkeit der Annahme eines „Volkswillens“, einer „Volksüberzeugung“, eines „Volksgeistes“ vom Standpunkte der Psychologie aus eingewendet wurde, trifft nicht zu; bezüglich dieser Einwände gilt der Satz Wilhelm Wundts: „Es ist augenfällig, daß diejenigen, welche diese Einwände erheben, selbst in jener mythologischen Vorstellungsweise befangen sind, die sie hinter dem Ausdrucke Volksseele verborgen wähen“<sup>3)</sup>.

2. Das Gewohnheitsrecht kann als originäre selbstständige Rechtsquelle durch Vorschriften des Gesetzes nicht beschränkt werden. Es ist daher unrichtig, wenn

a) auf Grund vermeintlich bindender römischer Gesetzesstellen angenommen wurde, daß Gewohnheitsrecht aus irrthümlicher Auffassung des bestehenden Rechtes sich nicht bilden könne. Die Rezeption des römischen Rechtes hätte dann, als ein einziger großer Rechtsirrthum, überhaupt nicht auf gewohnheitsrechtlichem Wege erfolgen können<sup>4)</sup>.

Es ist ferner

b) unrichtig, wenn der Inhalt des Gewohnheitsrechtes als erheblich für die Annahme seiner Existenz erklärt und insbesondere behauptet wird, das Gewohnheitsrecht dürfe nicht „gegen die guten Sitten“ verstoßen<sup>5)</sup>.

Was in Gesetzen über die Voraussetzungen der Bildung und der Zulässigkeit von Gewohnheitsrecht gesagt wird, gehört zum „unverbindlichen“ Gesetzesinhalt.

Der im I. E. enthaltene Versuch einer gesetzlichen Einengung des Gewohnheitsrechtes ist im B.G.B. aufgegeben worden.

3. Das Recht hat einen örtlichen, persönlichen und sachlichen Bereich, welchen es seinem Begriffe nach nicht überschreiten kann. Innerhalb dieses Bereichs giebt es Bezirke, die es nicht überschreiten soll. Wenn gesagt wird, der Gesetzgeber habe nicht die Aufgabe der Wissenschaft zu übernehmen, so trifft dies eine Kompetenzüberschreitung der letzteren Art, welche als solche mit dem Verufe des Gesetzgebers begründet wird<sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> Wilhelm Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, zugleich eine Kritik der beiden ersten Paragraphen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1890) S. 55 ff.

<sup>2)</sup> G. J. Buchta, Das Gewohnheitsrecht I. Theil (1828) S. 181.

<sup>3)</sup> W. Wundt, Völkerpsychologie I. Bd. I. Theil S. 8 (1900).

<sup>4)</sup> Das R.G. hat noch in neuester Zeit die gegentheilige Ansicht festgehalten; vgl. Entsch. vom 28. Dezember 1901 in Zur W.-Schr. 1902 S. 34, ferner die Entscheidungen bei Gierke, D.P.R. I 168 Note 35 und die Note 33 dajelbst angeführten Schriftsteller.

<sup>5)</sup> So Endemann, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes VIII Aufl. I S. 35 § 9 Note 7; vgl. hiezu Gierke, D.P. I S. 169 und Cojact a. a. O. I S. 41.

<sup>6)</sup> Vgl. hiezu Brinz, Reichsgesetzgebung und Rechtswissenschaft (Rektoratsrede), Beilage zur Allgemeinen Zeitung 1877 S. 3169 ff.

Ist von „Zuständigkeitsnormen“<sup>1)</sup> in dem Sinne die Rede, daß das Gesetz sich bestimmter Anweisung des ihm unterworfenen Richters in Fällen zu enthalten habe, in denen derselbe um Entscheidung über Verhältnisse des sog. internationalen Privatrechts angegangen wird, so können derartige Normen, als — nicht den Richter —, sondern den Gesetzgeber bindende Rechtsnormen nicht anerkannt werden; sie sind lediglich mehr oder minder begründete politische Postulate.

Bindende Zuständigkeitsnormen sind diejenigen, welche sich aus der Eingliederung der deutschen Bundesstaaten in das Deutsche Reich, aus der Reichsverfassung und den auf Grund derselben verkündigten Reichsgesetzen, insbesondere dem E.G. z. B.G.B. ergeben. Reichsgesetze gehen den Landesgesetzen vor (R.V. Art. 2); daß Reichsgesetze auch dem partikulären Gewohnheitsrechte vorgehen, wird mehrfach mit guten Gründen bestritten.<sup>2)</sup>

4. Das B.G.B. hat das Landesprivatrecht in Art. 55 E.G. grundsätzlich aufgehoben, in den Art. 55—152 in den dortselbst bezeichneten Materien das Landesrecht als „unberührt“ erklärt, das öffentliche Recht der Bundesstaaten grundsätzlich nicht berührt. Hiernach ergibt sich die Nothwendigkeit einer doppelten Grenzziehung. Es ist im einzelnen Falle die Grenze zwischen öffentlichem und Privatrecht festzustellen; es ist weiter die Grenze zwischen dem vorbehaltenen Privatrechtsgebiete und dem Gebiete des Reichsprivatrechts zu ziehen. Für die Landesgesetzgebung, welcher die Aufgabe zufiel, mit Rücksicht auf das B.G.B. das grundsätzlich unberührte und das nur theilweise unberührte Recht einer Revision und Umgestaltung im Sinne einer Anpassung an das Reichsrecht zu unterstellen, war die Nothwendigkeit gegeben, sich innerhalb des durch die reichsgesetzliche Zuständigkeit gewiesenen sachlichen Gebietes zu halten. Ob und wie weit dies geschehen, kann nicht die Landesgesetzgebung, sondern nur der Richter entscheiden. Diesem fällt in Bezug auf die Landesgesetzgebung eine Aufgabe zu, welche er sonst allgemein in Bezug auf rechtssetzende Verordnungen hat. Er kann zwar nicht die Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung, wohl aber immer die Zuständigkeit der Gesetzgebung des Bundesstaates prüfen, bevor er das Gesetz als solches anwendet.

Im Einzelnen ist bezüglich dieser Zuständigkeitsfrage zu bemerken:

„Gegenüber dem Landesrechte hat das B.G.B. den Charakter einer Modifikation, welche den ihr angehörigen Rechtsstoff ausschließlich, d. h. dergestalt regelt, daß neben ihr keine anderweitigen Rechtsnormen Geltung haben oder künftig Geltung erlangen. Das Landesprivatrecht wird in seiner Gesamtheit aufgehoben und ausgeschloffen, mag es mit dem im B.G.B. enthaltenen Rechte inhaltlich übereinstimmen, diesem Rechte widersprechen oder Lücken seiner Fügungen ergänzen. Jede privatrechtliche Bestimmung des Landesrechtes muß, wenn sie ausnahmsweise in Geltung bleiben soll, durch einen Vorbehalt geschützt, jedes Institut, welches ausnahmsweise partikularrechtlicher Regelung überlassen bleiben soll, als solches bezeichnet sein.“

So die M. zu Art. 32 des Entwurfes des E.G., dem Art. 55 des Gesetzes. Die Vorbehalte stellen somit Ausnahmen von der Regel der Modifikation des bürgerlichen Rechts dar. Andererseits standen die vorbehaltenen Rechtsmaterien innerhalb des Grenzen des aufgehobenen Landesprivatrechts; sie wurden ergänzt durch seine allgemeinen Vorschriften, deren Beseitigung sie zu einem Torso gestaltete. Es entsteht daher zunächst die Frage: Ist das aufgehobene Landesprivatrecht insoweit in Geltung geblieben, als es zur sinngemäßen Anwendung des vorbehaltenen Landesprivatrechts erforderlich ist? Bildet insoweit das aufgehobene Landesprivatrecht nicht einen Theil des weiter geltenden vorbehaltenen Landesprivatrechts? Bei Bejahung der Frage würden die gesammten Privatrechtssysteme der Bundesstaaten, soweit sie früher auf

<sup>1)</sup> Vgl. die bei Riedner, E.G. z. B.G.B. II. Aufl. S. 13 IV citirten.

<sup>2)</sup> Haenel, Deutsches Staatsrecht I (1892) S. 250 Anm. 1; Cojact, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts (III. Aufl.) I S. 40; Rückmann in Jherings Jahrb. Bd. 38 S. 191; Rühlensbeck, Das B.G.B. I S. 10.

Sondermaterien Anwendung fanden, weiter gelten. Dieses Ergebnis würde bei dem großen Umfange und der großen Zahl der Vorbehaltsmaterien und Vorbehaltsnormen dem Zwecke der Kodifikation, soweit möglich ein einheitliches Recht und dadurch eine Besserung des Rechtszustandes für Gegenwart und Zukunft anzubahnen, direkt zuwiderlaufen. Neben dem System des B.G.B. hätte man weiter alle bisherigen Privatrechtssysteme anzuwenden. Die richtige Interpretation des Art. 55 als Ausnahmsbestimmung führt dazu, die Frage zu verneinen.<sup>1)</sup> Den „Allgemeinen Theil“ zum Vorbehaltsrechte bilden die entsprechenden Vorschriften des B.G.B., nicht die allgemeinen Vorschriften der aufgehobenen Landesrechte. Dann ist aber die zweite Frage zu entscheiden: Was gehört dem besonderen Vorbehaltsrechte, was den allgemeinen Vorschriften an? Diese Frage zählt zu den schwierigsten, weil man früher keine Veranlassung hatte, allgemeine und besondere Bestimmungen mit derjenigen Präzision zu scheiden, welche nummehr die Anwendung des Art. 55 voraussetzen würde, weil ferner die Bestimmungen des sogenannten Allgemeinen Theiles — soweit solchen die modernen Kodifikationen besitzen (vgl. Code civil) — nur aus technischen Gründen demselben überwiesen wurden, wie denn die Gesetzgebungen, auch in ihren „besonderen“ Theilen, ebenso wie das B.G.B. eine Menge allgemeiner Vorschriften enthalten, weil endlich ein „Wille“ des Gesetzes in Bezug auf derartige zunächst rein systematische Fragen überhaupt für die Vergangenheit schwer oder nicht festzustellen ist. Diese Schwierigkeiten werden keineswegs gehoben durch die Erläuterungen der Gesetzmaterialien. In dieser Beziehung sagen zunächst die M. z. E.G. S. 148: „In Kraft bleiben diejenigen bestehenden Vorschriften, welche zwar inhaltlich von dem bisherigen Gem. R. nicht abweichen, nach der Absicht des betreffenden Gesetzes aber nicht lediglich die Bedeutung einer erläuternden Wiederholung des *jus commune* haben, sondern einen Bestandtheil des Spezialrechts bilden sollen.“ Die Protokolle der II. Kommission (VI S. 363, 600) sagen: Es komme darauf an, ob das allgemeine Recht „als solches“ „oder als eine Besonderheit des betreffenden Gesetzes zur Anwendung kommen solle“; „ob der betreffende Rechtsatz inhaltlich zu einem Bestandtheile des betreffenden Spezialrechts gemacht“ werde, ob er einen „selbstständigen Theil dieses Landesgesetzes zu bilden bestimmt“ sei. Diese Erklärungen beziehen sich zwar direkt auf Art. 4 des E.G. z. B.G.B., treffen aber auch die hier erörterte Frage. Die Ansicht, daß aus denselben eine wirkliche Handhabe zur Entscheidung entnommen werden könnte, ist zu optimistisch, schon aus dem Grunde, weil „Absichten“ von der Art, wie sie in denselben dem Gesetze zugeschrieben werden, überhaupt nicht in Bezug auf die Gesetzgebungen der Vergangenheit anzunehmen sind, da keine Veranlassung dazu bestand.<sup>2)</sup> Dagegen kann allerdings nunmehr der Gesetzgeber mit Rücksicht auf Art. 3, 4 u. 55 des E.G. z. B.G.B. einen derartigen „Willen“ haben. Innerhalb der vorbehaltenen Gebiete kann die Landesgesetzgebung gemäß Art. 3 E.G. neues Recht schaffen und zwar nach Belieben. Die Landesgesetzgebung kann für die vorbehaltenen Materien Sonderrecht schaffen und hiebei diejenigen Bestimmungen aufnehmen, welche den bisherigen dieses Sonderrecht ergänzenden allgemeinen Bestimmungen des Landesrechtes entsprechen, sie kann die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. für dieses Vorbehaltsgebiet vollständig oder theilweise beseitigen.<sup>3)</sup> Es ist daher mit Recht gesagt worden: „Dem vorhandenen Landesrechte

<sup>1)</sup> Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht (1902) S. 11—15.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu die bei Zitelmann a. a. O. angeführten Schriftsteller, vor Allem Riedner, E.G. II. Aufl. S. 7, 11, 127 ff.

<sup>3)</sup> Die Motive z. E.G. S. 149 sprechen dies in Bezug auf die zukünftige Landesgesetzgebung mit aller Schärfe aus: „An und für sich sind auch in Ansehung der allgemeinen Vorschriften des B.G.B. auf dem vorbehaltenen Gebiete Abweichungen statthaft; es steht nichts entgegen, daß die Landesgesetzgebung Sonderbestimmungen trifft über die Formerfordernisse eines Rechtsgeschäfts, über die Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit von Bedingungen oder Zeitbestimmungen, über die Verjährung, über die Wirksamkeit des rechtskräftigen Urtheiles

gegenüber hat das B.G.B. in weitem Umfange derogierende, dem zukünftigen Landesrechte gegenüber — immer in Anwendung auf Vorbehaltsmaterien — nur subsidiäre Kraft.<sup>1)</sup> Die Landesgesetzgebung hat die Macht, „das gesammte Reichsrecht in Anwendung auf die Sondermaterien jeden Augenblick unschädlich zu machen und auf dem Gebiete der Vorbehalte auch in den allgemeinsten Fragen Sonderlandesrecht zu schaffen oder wieder herzustellen. Das Reichsrecht lebt soweit nur von der Gnade des Landesrechts“. Bekanntlich haben indeß bisher die L.G. der Bundesstaaten von dieser rechtlichen Möglichkeit nicht nur keinen Gebrauch gemacht, sondern zeigen durchgängig das Bestreben, die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. auf Vorbehaltsmaterien zu sichern, wie dies denn auch im Bereich des öffentlichen Rechtes der einzelnen Bundesstaaten geschehen ist. Die Schwierigkeiten der Grenzziehung bleiben nur da in vollem Umfange bestehen, wo die Landesgesetzgebung an dem Vorbehaltsrechte nichts geändert hat. Im Zweifel ist mit Rücksicht auf das Modifikationsprinzip, welches in Art. 55 klar zum Ausdruck gekommen ist, gegen die Anwendung des aufgehobenen Rechtes in Bezug auf Vorbehaltsgebiete zu entscheiden.

5. Als Rechtsquelle ist auch die sog. Autonomie anzusehen. Vgl. hierüber und das der Autonomie entsprechende Gewohnheitsrecht, die Obervanz; Niedner, E.G. 3. B.G.B. zu Art. 2; Gierke D.R. I § 19. M. I. S. 10 ff.

6. Dagegen ist nicht als Rechtsquelle zu erachten die „Verkehrssitte“ (dagegen Tanz, Laienverstand und Rechtspredung S. 20 ff.), die Rechtspredung, die Rechtswissenschaft. Wohl aber kann Rechtspredung und Wissenschaft zur Bildung von Gewohnheitsrecht führen. „Juristenrecht“ ist, soweit es wirklich neugebildetes Recht ist, ein Theil des Gewohnheitsrechts. Es giebt Gebiete, auf welchen sich Gewohnheitsrecht nur als Juristenrecht, als Gerichtsgebrauch und Recht der Wissenschaft, entwickelt. So auf dem Gebiete des Prozeßrechtes. Im Bereiche des bürgerlichen Rechtes kann das Juristenrecht diese bevorzugte Stellung nicht beanspruchen.

7. Zur Lehre von den Rechtsquellen gehört auch die Lehre von der örtlichen und zeitlichen Geltung der Rechtsnormen. Die erstere ist zum Theil im E.G. Art. 7—31, die letztere im E.G. Art. 153 ff. behandelt. Nicht entschieden ist der Fall eines Zusammenstießens von zeitlicher und örtlicher Kollision der Gesetze. Hier ist die Frage nach der Priorität der einen oder anderen Kollision zu beantworten. Die Meinungen sind getheilt: nach Niedner II. Auflage S. 297 ist die örtliche Kollision zuerst zu lösen, nach Habicht<sup>2)</sup> und Anderen die zeitliche. Die Entscheidung zu Gunsten der Priorität der zeitlichen Kollisionsnormen dürfte den Vorzug verdienen; in diesem Sinne hat das R.G. neuerlich entschieden: zum „bisherigen“ Rechte gehören auch die bisherigen örtlichen Kollisionsnormen. Vgl. Juristische Wochenschrift 1901, S. 452, RGE. vom 29. April 1901.

gegen Dritte, über die das Grundbuchrecht betreffenden Fragen u. s. w. Ebenso schließt die Beilegung der Institute der unvordenklichen Verjährung und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durch das B.G.B. nicht aus, daß landesgesetzliche Vorschriften über unvordenkliche Verjährung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für eine vorbehaltene Materie getroffen werden können bezw. bereits getroffene derartige Vorschriften ihre Kraft behalten.“

<sup>1)</sup> Zitelmann a. a. O. S. 47.

<sup>2)</sup> Die Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse III. Aufl. S. 39 und die dazwischen angeführten Schriftsteller.

## VI.

**Rechtsanwendung.**

1. Gleichviel wie man das Wesen des Rechtes auffaßt, darüber dürfte Einigkeit bestehen, daß der unmittelbare Zweck des Rechtes ist, angewendet zu werden, als Entscheidungsnorm zu dienen und zwar nicht nur für Streitfälle, sondern auch und insbesondere für friedliche „Geschäftsfälle“. Brinz, Pand. II Aufl. I S. 124. Um angewendet zu werden, muß das Recht zunächst gewiß sein. Es ist zunächst zu entscheiden, ob das anzuwendende Gesetz überhaupt existirt, eine Frage, die mit Unrecht der „niederen“ Kritik überwiesen wurde, sodann, welchen Inhalt dieses Recht hat. Diese Frage zu beantworten ist die Aufgabe der Auslegung.

Es wird darüber gestritten, ob die Auslegung sich nur mit dunklen und mangelhaften oder auch mit klaren Gesetzen zu befassen habe. Bei genauer Betrachtung zeigt sich indessen zunächst, daß die Streitenden von verschiedenen Dingen sprechen. Diejenigen, welche mit Savigny (System I S. 318) für die Berechtigung der Auslegung klarer Rechtsvorschriften eintreten, meinen damit die Aufgabe der Rechtswissenschaft, den Inhalt der Gesetze darzulegen und in seinen sämtlichen Folgefällen aufzuweisen, „den ganzen Reichthum ihres Inhaltes und ihrer Beziehungen zu enthüllen“. Die Gegner, welche wie Brinz (P. I, II. Auflage S. 118) gegen die Auslegung unzweideutiger Gesetze sich wenden, sprechen von der Vernunftspflicht des Richters, der es nicht mit allem möglichen Gesetzesinhalt, sondern dem auf den bestimmten Fall anzuwendenden bestimmten Rechtsfrage zu thun hat. Mit letzterem Falle beschäftigt sich der Befehl des B.V.R. (Th. I cap. I § 9): „Deutliche Gesetze und Ordnungen soll man nicht auszulegen suchen, sondern die Worte bei ihrer gewöhnlich und landläufiger Bedeutung ohne Verdrehung belassen.“ Mit dem ersteren Falle dagegen befaßte sich Justinian, als er die Verfälschung und Benützung von Kommentaren und Erläuterungen zu seinem Gesetzeswerke überhaupt verbot, da er davon nur „perverse“ Wirkungen auf seine vermeintlich durchaus klaren Gesetze erwartete (const. Deo Auctore § 12, const. Tanta § 21). Es läßt sich nicht verkennen, daß eine an den Richter sich wendende Vorschrift, die Auslegung klarer Gesetze zu unterlassen, auf bedeutender Unterschätzung der Schwierigkeit absolut klarer Gesetzesprache und weiter der Veränderlichkeit der Verhältnisse beruht und daher, soweit sie nicht selbstverständlich, falsch ist. Vgl. hiezu Regelsberger, Pand. I S. 141.

2. Ziel der Auslegung ist die Feststellung des objektiven Sinnes des Gesetzes, nicht des Willens des Gesetzgebers. Der Wille des Gesetzgebers entscheidet über den Gesetzestext, ist gerichtet auf Verkündigung des Gesetzes. Ueber den Inhalt seiner Erklärung kann der Gesetzgeber, nachdem er sie abgegeben hat, nicht mehr entscheiden. „Mit dem Momente der Gesetzespublikation, mit deren kategorischer Erklärung: wie es in dem Gesetze steht, so soll es Recht sein — verschwindet mit einem Schlage der ganze Unterbau von Absichten und Wünschen des geistigen Urhebers des Gesetzes, ja des Gesetzgebers selbst: und das ganze Gesetz ruht von nun an auf sich, gehalten durch die eigene Kraft und Schwere, erfüllt von eigenem Sinn; oft klüger, oft weniger klug als sein Schöpfer, oft reicher, oft ärmer als dessen Gedanken, oft glücklicher im Ausdrucke als dieser zu vermuthen wagte, und hie und da an Stellen, wo der Autor festgefügte, dem Mißverständniß spottende Sätze sah, plötzlich durch die Verfettung mit den übrigen Theilen der Norm in unheilvolles Schwanken gerathen“<sup>1)</sup>. An die Stelle des Gesetzgebers ist nun das Gesetz getreten. Diese Auffassung — welche auch innerhalb des Privatrechtsgebietes für die Lehre von den rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen richtiger als das Willensdogma — ist bei modernen Gesetzen, deren Urheber vielgliedrige Korporationen

<sup>1)</sup> Binding, Handbuch des Strafrechts (1885) I S. 454; Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 150. Vgl. auch die bei Regelsberger Pandekten I S. 143 Note 10 angeführten Schriftsteller.

sind, ganz besonders gerechtfertigt. Sie wird auch in der neueren Theorie meistens und — theoretisch wenigstens — auch vom Reichsgerichte anerkannt. Die Praxis, auch die des Reichsgerichtes, ist von der Theorie verschieden. Selbstverständlich hat die Rechtsanwendung das Gesetz nicht als isolierte Erscheinung, losgelöst von seiner zeitlichen und örtlichen Umwelt, zu prüfen. Die Erfassung des im Gesetz zum Ausdruck gelangten Rechtsgedankens ist ohne Würdigung der Bedeutung des Gesetzes als geschichtlicher Erscheinung, ohne Würdigung des Gesetzes in seiner Eigenschaft als Ordnung geschichtlich erwachsener und sich fortbildender Verhältnisse und als Eingriff in solche nicht möglich. Sie setzt unter Umständen die Beschaffung eines tatsächlichen Materials voraus, welches dem „Gesetzgeber“ überhaupt nicht oder nur in Umrißen und mangelhaft bekannt war<sup>1)</sup>. Auf diesem Wege kann der „wirkliche Sinn des Gesetzes“, im Gegensatz zum bloßen Buchstaben festgestellt werden, der „Sinn des Gesetzes“, welcher hie und da von dem „Willen des Gesetzgebers“ sich unterscheidet und sich immer mehr unterscheiden kann, je länger das Gesetz angewendet wird. Die sogenannten „Materialien“ können hiezu sehr schätzbare Material liefern<sup>2)</sup>, sie stellen aber auch für den Fall der Uebereinstimmung ihrer Äußerungen keine authentische Gesetzesinterpretation dar, welcher gegenüber die Rechtswissenschaft und der Richter keine Aufgabe mehr hätte. In diesem Sinne ist denn auch die bisherige Auslegung und Anwendung des B.G.B. grundsätzlich verfahren.

3. Das B.G.B. will, soweit es reicht, eine Kodifikation, ein zusammenhängendes seinen Stoff erschöpfendes Ganzes sein. Es will ferner ein widerspruchsfreies Ganzes sein zusammen mit den nach C.G. Art. 1 gleichzeitig in Kraft getretenen und mit den nach Art. 32 des C.G. aufrecht gebliebenen Reichsgesetzen<sup>3)</sup>. Diese Reichsgesetze stellen Sondergesetze im Verhältnisse zum B.G.B. dar<sup>4)</sup>. Vorschriften derselben, welche mit denjenigen des B.G.B. inhaltlich nicht im Einklange stehen, enthalten daher nicht notwendig Widersprüche, sondern möglicherweise nur Gegensätze zum B.G.B.

4. C. I enthielt als § 1 die Vorschrift:

„Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend.“

Von der II. Kommission wurde die Vorschrift gestrichen. Mit dem Inhalte war man einverstanden, ging aber davon aus, daß zur Handhabung der Analogie eine gesetzliche Ermächtigung nicht erforderlich, zumal Analogie und Auslegung im engsten Zusammenhange mit einander stünden, über die Auslegung aber gleichfalls Vorschriften nicht aufgenommen würden. Hiezu ist zu bemerken: C. I unterschied im Einklange mit der herrschenden Theorie Gesetzes- und Rechtsanalogie. Die „Gesetzesanalogie“ geht aus von der Auffassung, daß das einzelne mehr oder weniger umfassende Gesetz ein systematisches, seinen Gegenstand erschöpfend behandelndes Ganzes sein will, die „Rechtsanalogie“ im Sinne des C. I von der weitverbreiteten Auffassung, daß die bestehende Rechtsordnung alle Lebensverhältnisse überhaupt als geschlossenes Ganzes umfaßt und behandelt<sup>5)</sup>. Die Ge-

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu: Ph. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches I. Bd. 1902).

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu: Cojaß I S. 42.

<sup>3)</sup> Grome findet, daß bezüglich der älteren Reichsgesetze in Art. 32 eine „Bestätigung, gleichsam ein neuer Erlass“ enthalten sei (D. Jur. Z. 1896 S. 187, System des deutschen Bürgerlichen Rechts I S. 47 Note 5). „Gleichsam“ ein Neuerlaß ist schwerlich ein Neuerlaß.

<sup>4)</sup> Hierüber Riedner C.G. II. Aufl. zu Art. 32 S. 91 ff.

<sup>5)</sup> Anders und reservierter Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht (1851) S. 154: „Die Analogie ist Findung und Anwendung des Prinzips. Je nachdem das Prinzip aus einem Rechtsfaß oder aus mehreren Rechtsfäßen gefunden wird, ist sie Gesetzesanalogie oder Rechtsanalogie.“

gesetzesanalogie soll „Lücken“ innerhalb des Gesetzes, die Rechtsanalogie Lücken in der Rechtsordnung ausfüllen. Diese Tätigkeit soll der Richter oder wer sonst an der Rechtsanwendung sich zu betheiligen hat, ausüben und die Rechtswissenschaft soll sie vorbereiten. Von Anwendung der Operation der Analogie überhaupt ist nicht zu reden, wenn das Gesetz selbst die „entsprechende“ Anwendung der für einen bestimmten Fall gegebenen Vorschriften auf einen anderweitig geordneten Fall vorschreibt. Dies ist lediglich eine, im B.G.B. sehr häufige und die Aufgabe der Auslegung vielfach sehr erschwerende Abbr eviat ur. Das Wesen der Gesetzesanalogie besteht in Erweiterung eines für einen bestimmten Fall vorhandenen Rechtsatzes zu einem allgemeineren Satze, aus welchem sodann die für den Rechtsfall erforderlichen besonderen Vorschriften abgeleitet werden. Dieses Vorgehen ist als logische Operation mit der ausdehnenden Auslegung verwandt. „Lücken aber, die namentlich die Analogie ausfüllen soll, bestehen überhaupt nicht“ (Brinz, Pand. II Auflage I § 32 S. 129). „Es gibt keinen rechtlosen Raum im Recht; ist für diesen oder jenen Fall noch keine actio, keine exceptio, kein Erbrecht . . . gesetzt, so besteht . . . lediglich eine Lücke auf Seite des Recht suchenden; bei ihm fehlt es an dem Erfordernisse, das vom Recht für den Fall der actio oder exceptio positiv gesetzt ist“<sup>1)</sup>. Es giebt keinen Fall, über welchen der Richter nicht auf Grund des Gesetzes entscheiden könnte, weil für den Fall kein Gesetz existirt; ist dem so, so ist der Antrag, welchem der Richter entsprechen soll, da er sich auf ein Gesetz nicht berufen kann, unbegründet und muß zurückgewiesen, das dem Richter angekommene bestimmte Eingreifen unterlassen werden: auch diese Entscheidung wird gefällt auf Grund des Gesetzes und ist keine Justizverweigerung. Zur Analogie kann es nur kommen, nicht weil überhaupt eine Entscheidung, sondern weil eine Entscheidung einer bestimmten Art ermöglicht werden soll. Die Zulässigkeit der Gesetzesanalogie wird für das Privatrechtsgebiet in Theorie und Praxis anerkannt und nur soweit abgelehnt, als jus singulare, Ausnahmerecht, in Frage steht.

Die Rechtsanalogie im oben erwähnten Sinne faßt in letzter Linie die Rechtsordnung nicht nur als eine einheitlich geschlossene, sondern auch als eine alle Lebensverhältnisse umspannende Ordnung auf<sup>2)</sup>, eine Auffassung, die auch dem römischen Rechte geläufig ist: *legum auctoritas, quae et divinas et humanas res bene disponit et omnem iniquitatem expellit* (Justinian in const. Deo auctore § 1). Während aber Justinian trotzdem darauf bestand, daß ein neuer, noch nicht in die „Schlingen der Gesetze“ verstrickter, Thatbestand (*negotia quae adhuc legum laqueis non sunt innodata*) dem Gesetzgeber vorgelegt werden müsse, will die Rechtsanalogie die Entscheidung aus dem „Geist“ der Rechtsordnung durch den Richter ableiten lassen. Dieser Theorie entspricht bisher keine deutsche Praxis; die deutschen Richter waren zufrieden, wenn es ihnen gelungen, den Sinn des Gesetzes, statt den Geist der Gesetze oder gar der Rechtsordnung, festzustellen. Damit blieben sie, ihrer Aufgabe gemäß, auf dem Boden des wirklichen Rechtes. Wenn ihnen und den „Juristen“ überhaupt über die Rechtsanalogie hinaus noch die Aufgabe zugewiesen wird, neues Recht, das nicht Gewohnheitsrecht sein soll, zu produziren, kraft einer ihnen zukommenden zwar nicht äußeren, aber „inneren Autorität“<sup>3)</sup>, so wird diese Aufgabe jedenfalls mit Absicht nicht erfüllt werden<sup>4)</sup>, nicht erfüllt werden können.

<sup>1)</sup> Brinz, Krit. B.-Zchr. XV S. 164 und hiezu Zitelmann, Lücken im Recht 1903) S. 40.

<sup>2)</sup> Vgl. Gierke, D.P. I S. 141, Bruns, Pand., herausgegeben von Mitteis in Folgendorff-Köhler Rechtsencyclopädie VI. Auflage S. 304 § 9.

<sup>3)</sup> K u h l e n b e d, Von den Pand. 3. B.G.B. I 25.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu T h ö l, Volkrecht, Juristenrecht (1846) S. 129.

## VII.

**Materialien zum B.G.B.**

A. Vgl. im Allgemeinen hiezu:

Georg Maas, Bibliographie der amtlichen Materialien zum B.G.B. für das Deutsche Reich und zu seinem Einführungsgesetze, J. Guttentag 1897, 35 S.

B. Zum I. Entwurf des B.G.B. und des E.G.:

1. Derselbe behandelte in fünf Büchern:

Den Allgemeinen Theil, das Recht der Schuldverhältnisse, das Sachenrecht, das Familienrecht, das Erbrecht. Die I. Kommission hatte aber auch eine „die Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen“ betreffende Vorlage berathen und festgestellt. Dieselbe war, nach dem Bericht des Redaktors derselben, Gebhard, dem Reichsfanzler bei Einreichung des Entwurfes des Gesetzes mit dem Bemerkten vorgelegt worden, daß man es für zweifelhaft erachte, ob es geeignet sei, Vorschriften dieser Art in das Gesetzbuch aufzunehmen, und daß die Entscheidung hierüber anheim gegeben werde. Die Vorlage ist in den Entwurf erster Lesung nicht aufgenommen und nicht veröffentlicht worden.

Die I. Kommission hat für die Bearbeitung der nach dem Gutachten der Vor-Kommission für das materielle Recht zu entwerfenden fünf Bücher je einen Redaktor bestellt, nämlich

für den Allgemeinen Theil: Gebhard,

für das Obligationenrecht: v. Kübel,

für das Sachenrecht: Johow,

für das Familienrecht: Plank,

für das Erbrecht: v. Schmitt.

Für das E.G. hatte jeder Redaktor die seinem Gebiete zugehörigen Vorschriften zu bearbeiten. Mit Ausnahme des Redaktors des Obligationenrechtes, welcher bald nach seiner Bestellung erkrankte und im Januar 1884 starb, haben die Redaktoren die ihnen übertragenen Theilentwürfe hergestellt. Vor, während und nach Herstellung der Theilentwürfe fanden Gesamtberathungen der Kommission statt. Die hierüber aufgenommenen Sitzungsprotokolle, 734 an der Zahl und 12309 metallographirte Folienseiten stark, sowie die von den Redaktoren der Theilentwürfe zu denselben gefertigten im Buchdruck vervielfältigten Motive stellen die eigentlichen „authentischen“ Motive zu den Entwürfen dar. Mit Rücksicht auf den Umfang dieses Materials wurden aber zum I. Entwurf des B.G.B. gedrängte, die Uebersicht erleichternde Motive ausgearbeitet. Diese Arbeit erfolgte auf Grund der Motive zu den Theilentwürfen, sowie der Sitzungsprotokolle durch die Hilfsarbeiter der Redaktoren, zum Theil unter deren Leitung. Die Gesamtkommission hat jedoch diese Arbeit nicht geprüft und genehmigt. Diese Motive zum E. I wurden durch den Buchhandel in fünf Bänden veröffentlicht unter dem Titel

„Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe.“ Berlin und Leipzig. J. Guttentag 1888.

Bearbeiter waren:

- 1) des Bandes I Allgemeiner Theil: Karl Heinrich Börner,
- 2) des Bandes II Recht der Schuldverhältnisse: Karl von Ege,
- 3) des Bandes III Sachenrecht: Viktor v. Liebe,
- 4) des Bandes IV Familienrecht: Hermann Struckmann,
- 5) des Bandes V Erbrecht: Wilhelm Neubauer.

2. Die gutachtlichen Äußerungen, welche zu dem veröffentlichten E. I des B.G.B. und E.G. z. B.G.B. ergingen, sind im Reichsjustizamt für den Zweck amtlicher Verwertung in gedrängten Auszügen zusammengestellt und, soweit sie bis zum November 1890 bekannt waren, als Manuscript gedruckt worden unter dem Titel „Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines B.G.B.“, gefertigt im Reichsjustizamt, 6 Bände, 1890, 1891. Hiezu ferner eine „Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen

zu dem Entwurfe eines E.G. z. B.G.B.", gefertigt im Reichsjustizamt, als Manuscript gedruckt, 1 Band, 1891.

3. Die einzelnen Bundesregierungen haben auf Grund einer Aufforderung des Reichsfinanzlers vom 27. Juni 1889 Vorschläge und gutachtliche Aeußerungen zu E. I ausgearbeitet. Dieselben sind theils als Manuscript gedruckt, theils metallographirt worden. Sie wurden ebenfalls im Reichsjustizamt bearbeitet, in gedrängtem Auszuge zusammenge stellt und als Manuscript gedruckt unter dem Titel „Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurfe eines B.G.B., gefertigt im Reichsjustizamt“. 2 Bde., Berlin 1891.

4. Im Buchhandel ist erschienen: „Bemerkungen zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Dem k. bayr. Staatsministerium der Justiz vorgelegt von dem Referenten Karl Jacoby, k. Ministerialrat“. München 1902, Wolf & Sohn. Nach dem Vorwort sind in diese „Bemerkungen“ auch Ausführungen eingeschaltet, welche der Verfasser als ständiges Mitglied der II. Kommission zur Vorbereitung der Berichterstattung über das Recht der Schuldverhältnisse ausgearbeitet hat.

#### C. Zum II. Entwurf:

Der von der II. Kommission gefertigte Entwurf des B.G.B. behandelte den Rechtsstoff in 6 Büchern. Buch VI enthielt das internationale Privatrecht, dessen Aufnahme die Kommission in ihrer zweiten Sitzung beschloß. Die Grundlage der Berathungen bildet der E. I des B.G.B. und des E.G. z. B.G.B. Für jedes Buch des B.G.B. wurde ein Referent bestellt, dem Referenten des Allgemeinen Theils auch das Referat über das E.G. und das internationale Privatrecht übertragen; als Generalreferent fungirte *Planck*. Die abschließende offizielle Fassung der von der II. Kommission gefaßten Beschlüsse ist veröffentlicht unter dem Titel: „Entwurf eines B.G.B. und eines zugehörigen E.G. sowie eines Gesetzes betr. Aenderungen des Gerichtsverfassungsge setzes, der C.P.D., der R.D. und der E.G. zur C.P.D. und R.D. In der Fassung der Bundesrathsvorlagen. Auf amtliche Veranlassung.“ Berlin, J. Guttentag, 1898. Motive zu E. II wurden nicht verfaßt.

Die II. Kommission hielt 457 Sitzungen ab. Die hierüber aufgenommenen Protokolle wurden zunächst — 9524 Folioseiten stark — metallographirt. Das Reichsjustizamt veranlaßte die Veröffentlichung derselben in einer Bearbeitung. Dieselbe ist erschienen unter dem Titel: „Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfes des B.G.B. Im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Dr. Achilles, Reichsgerichtsrath a. D., Dr. Spahn, k. preuß. Kammergerichtsrath, Dr. Gebhard, großh. badischer Geh. Rath.“ 6 Bde. und 1 Registerband. Berlin, J. Guttentag, 1897—1899.

In Bezug auf die Art dieser Bearbeitung sagt das „Vorwort“ (Bd. 1 S. XIV):

„Der Inhalt der Protokolle wird, unter Weglassung lediglich geschäftlicher Bemerkungen grundsätzlich so wiedergegeben, wie die Protokolle liegen. Dies schließt nicht aus, daß etwaige offensichtliche Irrungen berichtigt, daß der Kürze dienende oder das Verständniß erleichternde Aenderungen des Ausdruckes vorgenommen werden und daß Ausführungen, die mit Rücksicht auf den Inhalt des Gesetzbuches und der Nebengesetze für die Auslegung ohne jede Bedeutung sein sollten, weggelassen, sofern dies nicht wegen des Zusammenhanges mit anderen Ausführungen unthunlich erscheint.“

In der Bearbeitung selbst sind Textänderungen nicht bemerkbar gemacht, sondern nur die größeren Weglassungen. Die Annahme dieses Bearbeitungsprinzipes ist zu bedauern. Für den rechtswissenschaftlichen Gebrauch der Protokolle war eine exakte Wiedergabe des gesamten Wortlautes erforderlich und die Bearbeiter hätten die „das Verständniß erleichternden Aenderungen“ im Vertrauen auf das juristische Publikum unterlassen dürfen. Hielte man Korrekturen für erforderlich, so hätte man sie dem getreu wiedergegebenen Text anfügen und als Zuthat oder Anmerkung der Herausgeber kennzeichnen müssen.

Die Berathungen des Bundesrathes über E. II sind nicht veröffentlicht. Die Beschlüsse sind aus den Aenderungen ersichtlich, welche E. III, die „Reichstagsvorlage“,

gegenüber E. II aufweist. Dem Reichstag wurde der E. III nebst einer im Reichsjustizamt gefertigten „Denkschrift“ vorgelegt. Vermuthungen, welche über die Gründe von Aenderungen in der Literatur laut geworden sind, fallen nicht mehr unter den Begriff der „Materialien“.

Ueber die Verhandlungen des Reichstages und seiner Kommission vgl. die Drucksachen und stenographischen Berichte des Reichstags, 9. Legislaturperiode, 4. Session 1895/1896, insbesondere den Bericht der Reichstagskommission, Drucksache Nr. 440—440 d. Die Verhandlungen sind noch besonders im Buchhandel herausgegeben worden. Vgl. hierzu: „Erste, zweite und dritte Berathung des Entwurfs eines B.G.B. im Reichstag, Stenographische Berichte“. Berlin, J. Guttentag, 1896 (914 S.). Ferner: „Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines B.G.B. und eines E.G. nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse. Berichterstatter: Abgeordnete Dr. Emmeccerus, Dr. v. Buchta, Dr. Bachem, Schröder.“ Berlin, J. Guttentag, 1896, VIII, 450 S.

## VIII.

### Bibliographie des B.G.B. und des E.G. zum B.G.B.

Hierzu

1. Bibliographie des Bürgerlichen Rechts. Verzeichniß von Einzelschriften und Aufsätzen über das im B.G.B. für das Deutsche Reich vereinigte Recht: sachlich geordnet von Dr. jur. Georg Maas, Bibliothekar des Reichsgerichts, 1888—1898. Bd. XVI des Archivs für Bürgerliches Recht, XXXX und 387 ZS.

2. Bibliographie des Bürgerlichen Rechts. Von demselben 1899. Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. XVIII, S. 193—258.

3. Bibliographie des Bürgerlichen Rechts. Von demselben 1900. Arch. f. B.R., Bd. XIX, S. 345—426.

4. Bibliographie des Bürgerlichen Rechts. Von demselben 1902. Arch. f. B.R., Bd. XX, S. 315—395.

5. Für neuere Erscheinungen vgl.: Literarische Mittheilungen der Annalen des Deutschen Reichs. Herausgegeben von Heberg und Dyroff. XV. Jahrgang 1902 und XVI. Jahrgang 1903 Nr. 1 ff.

