

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

System des oesterreichischen Civilprocessrechts

in rechtsvergleichender Darstellung

Der allgemeine Theil

Menger, Anton

Wien, 1876

Dritter Abschnitt. Von der Auslegung der Civilprocessnormen

Dritter Abschnitt.

Von der Auslegung der Civilprocessnormen.¹⁾

§. 10.

Die historische Auslegung.²⁾

Durch die Kritik in ihren verschiedenen Formen³⁾ wird uns ein bestimmter Gesetzestext, d. h. ein Aggregat von Sätzen ge-

¹⁾ Auch die Lehre von der Auslegung der Gesetze wird von den processualischen Schriftstellern der Theorie des Civilrechtes überlassen. Dieselben Gründe, welche eine abgesonderte Darstellung des Gewohnheitsrechtes in dem System des österreichischen Civilprocessrechtes als nothwendig erscheinen lassen (s. oben §. 8), machen auch eine Behandlung dieser Lehre mit besonderer Rücksicht auf das österreichische Civilprocessrecht unerlässlich. Denn die Bestimmungen des §. 437 A. G. O. über die Auslegung der Civilprocessnormen wurden durch das Jos. G. B. I. §. 24—26, jene des §. 575 W. G. O. durch das W. G. G. B. Th. 1 §. 18, 19 (wenigstens in jenen Ländern, in welchen beide Gesetzbücher publicirt wurden) aufgehoben. Da nun das Einführungspatent des A. B. G. B. das josephinische und das westgalizische Gesetzbuch in ihrer Totalität abrogirte, ohne dass doch die Normen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches über die Auslegung der Gesetze auf die Rechtssätze des Civilprocesses Anwendung finden können (s. oben §. 8 Note 7), so ist in dieser Richtung auf dem Gebiete unserer Disciplin ein vollständiges Vacuum vorhanden, welches durch richtige Theorien über die Gesetzesinterpretation auszufüllen ist.

²⁾ Savigny, System, Bd. 1, S. 206—262; Arndts Lehrbuch §. 5—9; Windscheid, Lehrbuch §. 20—22; Brinz, Lehrbuch §. 28—30; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechtes, Bd. 1 §. 26; Goldschmidt, Handb. des Handelsrechtes, Bd. 1 §. 34. Für das österreichische Recht vorzüglich Unger, System, Bd. 1, S. 76—96. Vgl. auch Nippel, Erl., Bd. 1, S. 8—10 und Bd. 2, S. 576—582, 772; Beidtel, Handb., Bd. 1, S. 37—40.

³⁾ Die Lehre von der Kritik der Gesetzestexte bietet in ihrer Anwendung auf die Normen des österreichischen Civilprocesses keine besonderen

liefert, welche sich in letzter Auflösung in Befehle des Gesetzgebers zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen verwandeln lassen. Sollen nun die Personen, an welche diese Befehle gerichtet sind, also im Civilprocesse vorzüglich der Richter, die Parteien und ihre Vertreter, denselben im wirklichen Leben Folge leisten, so müssen sie zunächst den Inhalt der Rechtsregeln auffassen, sich geistig aneignen. Die Thätigkeit, durch welche diese geistige Aneignung des gesetzgeberischen Gedankens erfolgt, ist die Auslegung.⁴⁾

Die Auslegung schliesst ein doppeltes Element in sich: ein historisches und ein praktisches.⁵⁾ Die Aufgabe der historischen

Eigenthümlichkeiten dar. Es genügt deshalb hier, für das gemeine Recht auf die trefflichen Darstellungen von Savigny, System, Bd. 1, S. 240—252, Arndt's Lehrbuch §. 9, Windscheid, §. 21 Note 1, für das österreichische Recht auf Unger, System, Bd. 1, S. 73—76 hinzuweisen. Man pflegt die Kritik, je nachdem sie sich mit der Feststellung der Echtheit des Gesetzestextes im Ganzen oder mit der Herstellung des Textes im Einzelnen beschäftigt, in höhere und niedere zu unterscheiden. Vgl. jedoch auch Arndt's a. a. O. §. 9. In unserer Zeit, wo die Gesetze gewöhnlich in authentischen, sorgfältig revidirten Abdrücken vorliegen, ist beiden Arten der Kritik nur ein verhältnissmässig geringer Spielraum gegönnt.

4) Mit Recht hat Savigny a. a. O. Bd. 1. S. 206—208 die Ansicht zahlreicher älterer Schriftsteller, dass die Auslegung nur bei dunklen Gesetzen nothwendig und möglich sei, bekämpft und darauf hingewiesen, dass die geistige Thätigkeit, welche wir als Auslegung bezeichnen, der Anwendung jeder Rechtsnorm vorangehen müsse. Ebenso Arndt's §. 6, 7, Windscheid §. 20, Unger, System, Bd. 1, S. 76—78, A. A. Brinz, Pand. §. 28. Die Frage ist übrigens vorherrschend eine terminologische.

5) Der Eintheilungsgrund ist bei dieser Eintheilung der Zweck der Auslegung; soll durch diese der Wille des Gesetzgebers, mag derselbe in den Worten des Gesetzes ausdrücklich ausgesprochen oder bloß gedacht worden sein, lediglich reconstruirt werden, so ist eine historische, in jedem anderen Falle eine praktische Auslegung der Rechtsnormen vorhanden. Vergl. unten Note 7. Die herrschende Meinung unterscheidet die Auslegung nach der Beschaffenheit der Thätigkeit, welche der Ausleger entwickelt, in eine grammatische und in eine logische; unter jener verstehen die civilistischen Schriftsteller die wörtliche Auffassung der Gesetzestexte mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch und die Sprachgesetze, unter dieser jede Auslegung, welche über die Grenzen der grammatischen Interpretation hinausgeht. Arndt's §. 7; Windscheid, §. 22 a. E. Etwas abweichend Unger, System, Bd. 1, S. 78, 79 u. A. Diese Unterscheidung ist m. E. durchaus unrichtig und verwirrend. Sowohl die sogenannte grammatische als auch die sogenannte logische Auslegung der Rechtsnormen bestehen aus logischen Operationen und ein

Auslegung kann in zwei Fragen zusammengefasst werden: Was hat der Gesetzgeber in dem auszulegenden Text wirklich gesagt? Was hat er in demselben sagen wollen? Die historische Interpretation betrachtet also das Gesetz als eine geschichtliche Thatsache, welche in ihrer wahren Bedeutung festzustellen ist, ohne Rücksicht, ob das gewonnene Resultat auf das wirkliche Leben, welches durch die Rechtsnormen beherrscht werden soll, mit Nutzen angewendet werden kann oder nicht. Der Zweck der historischen Auslegung ist folglich, in dem Bewusstsein des Auslegers den Gedanken des Gesetzgebers in voller Congruenz zu reconstruieren.⁶⁾

Unterschied ist nur etwa in der Richtung anzuerkennen, dass bei jener vorherrschend die elementaren Formen des Denkens (Begriff, Urtheil, Schluss), bei dieser dagegen auch die methodischen (Analogie, Aufhebung von Widersprüchen, das systematische Element) zur Anwendung kommen. Vgl. unt. Note 11. Irrig ist auch, wenn Savigny, System, Bd. 1, S. 212—216, ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches Element in der Auslegung unterscheidet. Denn das grammatische Element ist augenscheinlich ein Bestandtheil der historischen (Note 8), das systematische Element eine Abart der logischen Auslegung. Durch die im Texte vorgeschlagene Eintheilung wird erst eine Scheidung der Methoden, welche man unter der Bezeichnung Auslegung der Gesetze zusammenfasst, auf sicherer Grundlage möglich gemacht. Durch die Unterscheidung der historischen und der praktischen Auslegung wird auch der eigenthümlichen Natur des Rechtes Rechnung getragen, welches der wissenschaftlichen Bearbeitung eine historische und eine praktische Seite bietet: eine historische, weil die Entstehung und Fortbildung des Rechtes geschichtliche Ereignisse sind, eine praktische, weil das Recht das Leben der Gegenwart beherrschen und ihren Bedürfnissen dienen soll.

⁶⁾ Savigny, welcher den Begriff der Gesetzesauslegung in einem sehr weiten Umfange auffasst, und dazu auch die praktischen Formen (die Aufhebung von Widersprüchen und die Analogie, s. unten §. 11) rechnet, definiert mit Unrecht die Auslegung als die Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens, da die im folgenden Paragraphen (§. 11) dargestellte praktische Auslegung die Grenzen des im Gesetze enthaltenen Gedankenkreises entschieden, und zwar mit Bewusstsein überschreitet. Jene Begriffsbestimmung ist vielmehr nur auf die Methoden anwendbar, welche ich hier unter dem Begriffe der historischen Auslegung vereinigt habe. Zu eng ist wohl auch die Aufgabe der Auslegung aufgefasst, wenn Arndts (§. 6) sie als eine Thätigkeit, welche die Ermittlung des Sinnes der Gesetze oder wenn Windscheid sie als die Darlegung ihres Inhaltes definiert, da diese Begriffsbestimmungen auf die praktischen Auslegungsmethoden — welche doch beide Schriftsteller in der Lehre von der Auslegung darstellen — gewiss nicht passen. Unger, System, Bd. 1, S. 77, 78 versteht unter Auslegung die

Die Rechtswissenschaft hat diese reconstruierende Thätigkeit mit allen anderen Disciplinen gemein, welche sich mit der Darstellung und Deutung historischer Thatsachen befassen, insbesondere aber mit jenen, deren Gegenstand (wie z. B. in der Philologie) vorzüglich die Auslegung historisch gegebener Texte bildet. ⁷⁾

Der juristischen Auslegung ist jedoch durch die eigenthümliche Natur des Rechtes noch eine weitere Aufgabe gestellt. Die Rechtssätze sind nämlich nicht blosse historische Thatsachen, sondern sie sind zur Anwendung auf das wirkliche Leben bestimmt; mit einer geringen Zahl von Rechtsregeln, zum Theil von höchst unvollkommener Fassung, soll der ganze, unendlich reiche Lebensinhalt eines Volkes in zahlreichen Geschlechterfolgen beherrscht und geordnet werden. Damit dieser Aufgabe genügt werden könne, ist in vielen Fällen eine Umbildung des historisch gefundenen Rechtsstoffes: die praktische Auslegung (§. 11) erforderlich, deren Wesen durch die Frage bezeichnet werden kann: Was hätte der Gesetzgeber in dem Gesetze sagen sollen?

Erforschung des Sinnes des Gesetzes durch Ermittlung und Berücksichtigung aller Umstände, aus denen der Wille des Gesetzgebers erschlossen werden kann und die Entwicklung des Inhaltes des Gesetzes nach allen seinen Richtungen und Beziehungen. Unger zählt daher zu der Auslegung nur die historischen Auslegungsmethoden und schliesst eben deshalb ganz consequent die wichtigste der praktischen Auslegungsmethoden: die Analogie von der Darstellung unserer Lehre aus. Vgl. System, Bd. 1, S. 39—67.

⁷⁾ Der philologische Ausleger wird daher seine Aufgabe am besten erfüllen, wenn er sich auf den in seinem Texte zum Ausdruck gelangten Gedankenkreis vollständig beschränkt und diesen dem Leser mit der grössten Klarheit und Anschaulichkeit zum Bewusstsein bringt. Fälle und Möglichkeiten zu untersuchen, an die sein Autor nicht gedacht hat, ist dem Zwecke des philologischen Auslegers an sich vollkommen fremd. Kein Philolog wird z. B. im Ernste Untersuchungen über die Frage anstellen, welches Aussehen die späteren Gesänge der Iliade erhalten hätten, wenn Patroklos, statt von Hector erschlagen zu werden, gesund und wohlbehalten in das Lager der Griechen zurückgekehrt wäre. Der juristische Ausleger muss dagegen, wenn er seiner Aufgabe genügen will, unaufhörlich die Grenzen der Gedankenwelt überschreiten, von welcher der Gesetzgeber bewegt war und die Rechtsnormen auf Erscheinungen ausdehnen, an welche dieser nicht gedacht hat oder wohl gar nicht denken konnte. Nur in rein geschichtlichen Werken (z. B. in einem Compendium der Institutionen des römischen Rechtes) kann auch der juristische Schriftsteller sich blos mit der Darstellung und Deutung des Gedankenkreises seiner Rechtsquellen genügen lassen.

Was die historische Auslegung der Gesetze betrifft, so ist in dieser Beziehung zuvörderst die erste Frage zu lösen: Was hat der Gesetzgeber in einem bestimmten Gesetze wirklich gesagt? Die Beantwortung dieser Frage erfolgt durch die sogenannte grammatische Auslegung, deren Eigenthümlichkeiten sich nach dem auszulegenden Texte richten. Gehört dieser einer Zeit an, welche von der Gegenwart nicht allzusehr entfernt ist, so können die Bedeutungen, welche die einzelnen Worte und Satzfügungen in dem gegenwärtigen Sprachgebrauche besitzen, auch ohne Bedenken dem Texte des Gesetzes unterlegt werden.⁸⁾ Da die Gesetze den Zweck haben, das Handeln von ganzen Völkern oder Volkstheilen zu ordnen, so ist regelmässig anzunehmen, dass der Gesetzgeber aus Rücksichten der leichteren Verständlichkeit besondere Eigenthümlichkeiten des sprachlichen Ausdruckes nach Möglichkeit vermieden und sich dem allgemein herrschenden Sprachgebrauche angeschlossen hat. Gehört dagegen das auszuliegende Gesetz einer entfernten Zeitperiode an, wie diess bei unserer allgemeinen Gerichtsordnung der Fall ist, so muss die Bedeutung des Gesetzestextes, und zwar sowohl der Worte im Einzelnen als auch im Zusammenhange vermittelt historischer Untersuchungen aus dem Sprachgebrauche der Entstehungszeit festgestellt werden.⁹⁾ Als Hilfsmittel kann zu diesem Ende der Sprachgebrauch gleichzeitiger Schriften, insbesondere aber auch der gleichzeitigen, dann der früheren oder späteren Gesetze dienen.¹⁰⁾ In beiden Fällen jedoch, mag das Gesetz einer nahen

⁸⁾ Die Kenntniss des Sprachgebrauches der Gegenwart ist ohne Zweifel ein Bestandtheil der historischen Disciplinen, ihre Anwendung auf einen Gesetzestext eine historische Operation. Nur ist freilich jene historische Kenntniss innerhalb der Mitglieder eines Volkes sehr verbreitet.

⁹⁾ Wenn z. B. einzelne Civilprocessgesetze von den Nothdurftshandlungen der Parteien (§. 21 A. G. O., Res. v. 16. Juni 1784 Nr. 306 J. G. S. lit. t u. e) oder von der Legung neuer Beweismittel (Res. v. 31. Oct. 1785 Nr. 489 lit. y, Wessely 352) sprechen, so kann die Bedeutung dieser gegenwärtig nicht mehr üblichen Worte nur aus dem Sprachgebrauche der Entstehungszeit jener Gesetze festgestellt werden. Andere Beispiele in dem Aufsätze von Helm, Kritik einiger besonderen, bei der Auslegung der Gesetze vorkommenden Regeln, in Wagner's Ztschr. (1828), Bd. 2, S. 255—264 und Stubenrauch ebenda (1841), Bd. 1, S. 128—130.

¹⁰⁾ L. 26, 28 D. de leg. I, 3. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur . . . sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi

oder einer entfernten Vergangenheit angehören, ist die Aufgabe des Auslegers eine rein historische, da es sich zunächst noch lediglich darum handelt, die Bedeutung der gegebenen Gesetzestexte, also eine der Vergangenheit angehörende historische Thatsache für das Verständniss der Mitlebenden zu reconstruiren.¹¹⁾

Mit der Feststellung der Bedeutung, welche die Rechtsnormen nach dem Sprachgebrauche ihre Entstehungszeit haben, ist jedoch die Aufgabe der historischen Auslegung noch keineswegs vollendet. Die Befehle, welche die gesetzgebende Gewalt an die Staatsgenossen richtet, und welche deren natürliche Freiheit hemmen und beschränken, sind immer die Wirkungen von Ursachen, welche den Gesetzgeber beeinflusst und zur Erlassung des Gesetzes bestimmt haben. Dadurch also, dass man die Natur der durch jene Einflüsse hervorgebrachten Wirkung (das consequens) auf geschichtlichem Wege feststellt, wird dem Zwecke der historischen Auslegung nur zur Hälfte Genüge gethan; eine weitere Aufgabe dieser Letzteren geht dahin, den ersten Theil des Causalzusammenhanges, welcher zu der Erlassung des Gesetzes geführt hat, nämlich die den Gesetzgeber bestimmenden Ursachen (das antecedens) historisch festzustellen.

Die Motive, welche den Gesetzgeber zur Erlassung eines Gesetzes bestimmt haben, können aus sehr verschiedenen Quellen geschöpft werden. Der höchste Grad von Gewissheit ist vorhanden, wenn der Gesetzgeber selbst die Motive der von ihm aufgestellten Rechtsnormen bekanntgegeben hat. Diess kann entweder so geschehen, dass der Gesetzgeber die Ursache des Gesetzes in dieses selbst aufnimmt, was insbesondere in den Constitutionen

contrariae sint; idque multis argumentis probatur. Diese Stellen, welche zunächst von der Bedeutung des Inhaltes früherer und späterer Gesetze für die Auslegung eines bestimmten Gesetzestextes sprechen, können analog auch auf den Sprachgebrauch angewendet werden.

¹¹⁾ Für unrichtig halte ich es, wenn zahlreiche Schriftsteller (Unger, System, Bd. 1. S. 78 ff., Windscheid, Pand., §. 21. Arndts §. 6 u. A.; etwas anders Savigny, System, Bd. 1, S. 213 ff.) der grammatischen Auslegung die logische entgegensetzen. Wenn der Ausleger zu den einzelnen Worten des Gesetzestextes die entsprechenden Begriffe und aus dem sprachlichen Zusammenhange dieser Worte deren logisches Verhältniss zu erforschen sucht, so sind diess augenscheinlich im vorzüglichen Sinne logische Operationen, wie denn überhaupt die Sprache nichts als die concrete, volksthümliche Form der Logik ist. Vgl. Note 5.

der römischen Kaiser und der Päpste, dann in der älteren deutschen Gesetzgebung¹²⁾ sehr häufig vorkommt; oder der Gesetzgeber kann die Motive der Rechtsnormen in einer besonderen Schrift vereinigen, welcher Vorgang vorherrschend in der neueren Zeit beobachtet wird.¹³⁾ Werthvolle Aufschlüsse über die Gründe der Gesetze liefern auch die Verhandlungen der Fachcommissionen,

¹²⁾ Die grösseren österreichischen Civilprocess-Codificationen enthalten — im Gegensatz zu der preuss. A. G. O. — nur sehr selten die Motive, welche den Gesetzgeber zur Erlassung der einzelnen Rechtsnormen bestimmt haben. Desto häufiger wird aber der Gesetzesgrund in den zahlreichen Verordnungen angegeben, durch welche unsere grösseren Civilprocessgesetze erläutert oder modificirt worden sind, was sich daraus erklärt, dass dieselben regelmässig mit Rücksicht auf einzelne Fälle erlassen worden sind. Vgl. z. B. die Gesetze bei Wessely Nr. 238, 268, 391, 413 u. A. Der in dem Gesetze angeführte Grund hat zuweilen die Rechtsnorm zur logischen Folge; in diesem Falle hat die Rechtsregel nicht einen dispositiven, sondern einen bloß declaratorischen, theoretischen Charakter. Diess ist z. B. der Fall, wenn das H. K. D. v. 16. März 1826 Nr. 2173 (Wessely Nr. 238) das Zehentrecht für ein Privatrecht erklärt und — als eine nothwendige Folge dieser Auffassung — die Cognition über Zehentstreitigkeiten den Gerichten zuweist. In anderen Fällen erscheint der Grund bloß als ein den Willen des Gesetzgebers bestimmendes Moment, welches den ausgesprochenen Rechtssatz wohl als Wirkung hervorbrachte, aber nicht als logische Folge in sich schliesst. Ein Beispiel dieser Art bietet das Hofd. v. 22. Oct. 1814 Nr. 1106 (Wessely Nr. 268), welches die in hebräischer Sprache oder Schrift geschriebenen Urkunden für ungiltig erklärt und als Grund dieser Rechtsregel anführt, dass „die für die Israeliten vormals bestandenen Rabbinalgerichte überall aufgehoben und die israelitischen Glaubensgenossen angewiesen worden sind, eben dort, wo die christlichen Unterthanen Recht zu suchen und zu nehmen.“ Nicht selten wird in den Gesetzen auch der Anlass (*occasio legis*) erwähnt und dargelegt, welcher dem Gesetzgeber das Bedürfniss des Rechtslebens (den Gesetzesgrund) zum Bewusstsein gebracht und ihn dadurch zur Erlassung der Rechtsnorm bestimmt hat. Vgl. z. B. das Hofd. v. 11. Oct. 1821 Nr. 29059 (Wessely Nr. 165). Da die Beziehung der Veranlassung zu dem Gesetze eine sehr zufällige und mittelbare ist, so hat dieselbe für die Auslegung der Rechtsnorm regelmässig nur geringe Bedeutung.

¹³⁾ Die Gründe, welche den Gesetzesverfasser zu den einzelnen Rechtsätzen bestimmt haben, werden gewöhnlich in den sogenannten Regierungsmotiven zusammengefasst, welche entweder den gesetzgebenden Körperschaften vorgelegt oder, um dem Publicum die Kritik der Gesetzentwürfe zu ermöglichen, durch den Druck veröffentlicht werden. Wenn aus den Verhandlungen der gesetzgebenden Gewalten nicht ein Anderes erhellt, so können die Motive der Gesetzentwürfe, falls letztere die verfassungsmässige Sanction erhalten, zugleich auch als Motive der Gesetze betrachtet werden.

welche mit der Ausarbeitung der Gesetzentwürfe beauftragt waren, ferner die Berathungen der gesetzgebenden Körperschaften, deren Zustimmung in den constitutionell-monarchischen Staaten zur Giltigkeit der Gesetze erforderlich ist.¹⁴⁾ Fehlen diese Quellen, aus welchen die Motive des Gesetzgebers unmittelbar und mit grosser Bestimmtheit zu entnehmen sind, so können diesen Mangel auch andere schriftliche Denkmäler über das Rechtsleben und die Rechtsauffassungen in der Entstehungszeit des Gesetzes ersetzen. Da die Ursachen, welche den Gesetzgeber zur Erlassung eines Gesetzes bestimmt haben, oft ausserhalb des rein juristischen Ideenkreises liegen, so kann in gewissem Sinne die ganze Literatur eines Volkes zur historischen Auslegung seiner Gesetze benützt werden, was insbesondere auf dem Gebiete des älteren römischen Rechtes vielfach mit grossem Erfolge geschehen ist; von besonderer Wichtigkeit sind aber namentlich die wissenschaftlichen Schriften, welche während der Entstehungszeit des Gesetzes die juristische Denkweise beherrscht haben,¹⁵⁾ ferner andere Ge-

¹⁴⁾ Die Frage, welche Bedeutung den legislativen Materialien beizumessen sei, ist neuerdings namentlich in Hinblick auf die Protocolle der Commissionen zur Berathung der deutschen Wechselordnung und des deutschen Handelsgesetzbuches discutirt worden. Im Wesentlichen stimmt mit der im Text vertretenen Ansicht Goldschmidt, Handbuch, Bd. 1, 2. Aufl. (1875), S. 310—316, und in seiner Zeitschrift Bd. 10 (1866), S. 40—57 überein, indem er die Bedeutung der Berathungsprotocolle dahin präcisirt, dass „der von den Commissionen mit den Worten des Gesetzes verbundene Sinn, also der Wille dieser Commissionen, wie der Wille des wirklichen Gesetzgebers angesehen werden, somit für die Auslegung des Gesetzes massgebend sein solle.“ Eine entgegengesetzte Ansicht will dagegen den in den Gesetzesworten publicirten Willen des Gesetzgebers von seinen historischen Grundlagen trennen und den Gesetzestext lediglich aus sich selbst erklären. „Gesetz ist nicht, was der Gesetzgeber will, sondern was er in solenner Weise — durch das Gesetz — als Gewolltes erklärt hat.“ Hahn, Commentar zum allg. deutschen H. G. B., 2. Aufl., I, S. XLVIII — LIX, und in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen, Bd. 12, S. 176, 177 (Goldschmidt in der Ztschr. Bd. 10, S. 48), Schlesinger in Goldschmidt's Ztschr. Bd. 12 (1868), S. 191, 192 und Thöl, Einl. in das deutsche Privatrecht (1851), §. 60, Derselbe, Das deutsche Handelsrecht, 5. Aufl. (1875), §. 21. Consequent muss sich dieser Gegensatz auch auf alle anderen legislativen Materialien (z. B. Kammerverhandlungen u. s. f.) ausdehnen.

¹⁵⁾ Die Literatur des gemeinen deutschen Processrechtes, wie sich dieses zur Zeit der Erlassung der Gerichtsordnungen ausgebildet hatte, ist zwar für deren Auffassung sehr wichtig, doch nicht von derselben Bedeutung

setze, welche der Gesetzgeber gleichzeitig¹⁶⁾, früher oder später¹⁷⁾ erlassen hat.¹⁸⁾

Die Benützung dieser reichhaltigen Quellen über die Entstehungsgründe der Gesetze wird nun nicht selten zu widersprechenden Resultaten führen. Die Durchforschung des historischen Materials wird häufig die Möglichkeit offen lassen, dass den Gesetzgeber bei Erlassung des Gesetzes entgegengesetzte Ursachen beeinflusst haben können, ja dass die einzelnen Factoren der Gesetzgebung zur Annahme eines Rechtssatzes in der That von entgegengesetzten Motiven bestimmt worden sind. In diesem Falle ist auf dem Wege historischer Untersuchung festzustellen, welche Ursachen in überwiegender Masse zur Entstehung des Gesetzes mitgewirkt haben.

Durch die bisher beschriebenen Methoden sind die beiden Bestandtheile des historischen Zusammenhanges (die Motive des Gesetzes und die dadurch hervorgebrachte Wirkung: der auszuliegende Gesetzestext) im geschichtlichen Wege festgestellt. Eine

wie die Literatur des gemeinen Civilrechtes für die Auslegung des B. G. B., da sich im österreichischen Process, wie der weitere Verlauf dieses Systems ergeben wird, seit jeher viel mehr germanische Elemente erhalten haben als im gemeinen Rechte und in den Processordnungen der übrigen deutschen Länder.

¹⁶⁾ Bei umfassenden Codificationen, wie die österr. u. preuss. A. G. O., welche ein grosses Rechtsgebiet ausschliesslich zu beherrschen bestimmt sind, ist namentlich auch die Gesamtauffassung der ganzen Rechtsquelle für die Erforschung der Motive zu den einzelnen Rechtssätzen von grosser Bedeutung. Mancher Rechtssatz, der für sich räthselhaft wäre, erscheint in diesem grossen Zusammenhange als begreiflich, ja sogar als nothwendig. Es ist gewiss unrichtig, wenn Savigny, System, Bd. 1, S. 222—225 die Auslegung der Gesetze aus dem inneren Zusammenhange der Gesetzgebung und aus dem Grunde als Gegensätze auffasst, vielmehr dienen beide Methoden dazu, die Ursachen, welche auf den Gesetzgeber bei Erlassung einer Rechtsnorm eingewirkt haben, historisch festzustellen.

¹⁷⁾ Vgl. oben Note 10. Zu den wichtigsten Eigenthümlichkeiten der historischen Schule gehört die Methode, die wahre Bedeutung des gegenwärtigen Rechtes durch die Darstellung seiner geschichtlichen Entwicklung festzustellen.

¹⁸⁾ Von besonderer Wichtigkeit für die richtige Auffassung unserer neueren österreichischen processualischen Rechtsquellen und Entwürfe ist auch die Kenntniss des modernen deutsch-französischen Processes, da wichtige Bestandtheile unseres Civilverfahrens (z. B. der Bagatellprocess) ohne diese Kenntniss wissenschaftlich nicht behandelt werden können.

weitere Aufgabe der historischen Auslegung besteht nun darin, den Gesetzestext mit den Motiven des Gesetzes: die Wirkung mit der Ursache zu vergleichen. Bei gut verfassten und reiflich überlegten Gesetzen wird diese Vergleichung das Resultat ergeben, dass die vorhandenen Motive nach den Gesetzen der Lebenserfahrung die auszulegenden Rechtsnormen als Consequenz hervorbringen mussten. Sehr häufig gebricht es aber jenem ursächlichen Zusammenhange an der erforderlichen Concludenz, der Gesetzestext steht mit den Motiven des Gesetzgebers nicht in dem richtigen Verhältniss. Diess ist der Fall, wenn der Ausdruck des Gesetzes unrichtig ist, d. h. wenn die vorhandenen Motive der Gesetzgeber nothwendig zu einer anderen Vorschrift als zu dem Gesetzestexte bestimmen mussten.¹⁹⁾ Ferner, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzes unbestimmt oder mehrdeutig ist, da die auf den Gesetzgeber einwirkenden Ursachen stets nur eine einzige Rechtsvorschrift herbeiführen konnten.²⁰⁾ Endlich wenn der Ge-

¹⁹⁾ Die im Text bezeichnete Methode ist die sogenannte abändernde (correctorische) Auslegung, welche seit jeher desshalb bedenklicher zu sein schien als die übrigen Methoden der historischen Auslegung (s. die folgenden Noten), weil in diesem Falle wirklich ein brauchbarer Text vorliegt, dem wir nur unsere Anerkennung versagen. Doch ist die Zulässigkeit der abändernden Auslegung wohl jetzt unbestritten. L. 13 §. 2. D. de exc. 27, 1. *Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult.* Savigny, Bd. 1, S. 230—240; Arndts, §. 7; Windscheid §. 21, Note 9; für das österreichische Recht vorzüglich Unger, Bd. 1, S. 85—89. Die österr. Gesetzgebungen (A. G. O. im K. M. Pat. und §. 437; W. G. O. §. 575) verbieten die correctorische Auslegung mit besonderem Nachdruck, doch können diese Vorschriften aus den früher (Note 1) entwickelten Gründen nicht auf fortdauernde Geltung Anspruch machen. Verworfen wird die correctorische Auslegung für das Gebiet des Civilprocessrechtes von Nippel, Erläut., Bd. 2, S. 577; Scheidlein, Erläut., Bd. 2, S. 254. Ebenso Helm a. a. O. S. 278—288.

²⁰⁾ Dass es in das Gebiet der erlaubten Gesetzesauslegung fällt, den Sinn einer unbestimmten oder mehrdeutigen Rechtsnorm festzustellen (die sogenannte declarative Auslegung), kann als unbestritten gelten. Denn bei unbestimmten oder mehrdeutigen Gesetzen ist eine anwendbare Rechtsregel überall nicht vorhanden und es ist ein unabweisbares Bedürfniss, eine solche durch Interpretation festzustellen. Vgl. Savigny, Bd. 1, S. 225—230; Arndts §. 7; Windscheid §. 21; für das österreichische Recht Unger, Bd. 1, S. 89—92. Die Gerichtsordnungen erwähnen dieses Falles nicht besonders, doch dürfte die Vorschrift des §. 437 A. G. O., dass der Richter

setzestext zwar an sich mit den Motiven des Gesetzgebers in einem vernünftigen Zusammenhange steht, aber doch zu weit oder zu enge gefasst ist, so dass zum Mindesten einzelne Elemente der Rechtsnorm ausserhalb jenes Zusammenhanges fallen.²¹⁾ Da der Gesetzgeber die Vernunft seines Volkes repräsentirt und deshalb bei ihm ein vernünftiges, wohl motivirtes Handeln vorausgesetzt werden muss, so hat der Ausleger den mangelhaften Gesetzestext nach Massgabe der Motive des Gesetzgebers zu berichtigen und dadurch das vernünftige Verhältniss zwischen Ursache und Wirkung herzustellen.

Auf diese Methoden beschränkt sich die Auslegung der Gesetze, insofern es sich um eine rein geschichtliche Betrachtung der Rechtsnormen handelt, wie sie in ausschliesslich rechtshistorischen Schriften (Note 7) am Platze ist. Diese Behandlungsweise genügt jedoch nicht, wenn der vorhandene Rechtsstoff auf das wirkliche

sich bei „gegründetem Zweifel über den Verstand eines Gesetzes“ nach Hof zu wenden habe, sich auch auf unbestimmte oder mehrdeutige Gesetze beziehen. Diese Art der Auslegung wird deshalb auch von Nippel a. a. O. S. 577 als zulässig angesehen.

²¹⁾ Diese Methode ist die sogenannte stricte und weite, oder auch die ausdehnende und einschränkende Auslegung. (Gegen diese letzteren Kunstausdrücke mit Unrecht Unger a. a. O. Bd. 1, S. 90, Note 57). Die ausdehnende Auslegung ist von der Analogie (§. 11) wohl zu unterscheiden, indem jene zwar nicht das Wort, wohl aber den historisch beglaubigten Willen des Gesetzgebers für sich hat, während diese sowohl über das Wort, als auch über den Willen des Gesetzgebers hinausgeht. Eben so wenig darf die einschränkende Auslegung mit der Vereinigung widersprechender Stellen (unten §. 11) identificirt werden, da wohl in beiden Fällen eine Einschränkung des Umfanges der Rechtsregel stattfindet, aber im ersten Falle mit, im zweiten ohne den historisch beglaubigten Willen des Gesetzgebers. Auch die Zulässigkeit der ausdehnenden und einschränkenden Auslegung ist unbestritten, doch beziehen die Schriftsteller jene Bezeichnungen meistens auf den Fall, wo eine Rechtsnorm nach ihrem Wortsinn eine engere und eine weitere Bedeutung haben kann und nun deren wahrer Sinn durch die Auslegung festgestellt wird. S. Savigny a. a. O. S. 226, 227; Unger S. 90; Arndts, §. 7; (anders Windscheid, §. 21). Nimmt man diese Bedeutung als richtig an, so fällt die erweiternde und einschränkende Auslegung unter den Fall der Note 20, es ist aber dann die Gefahr vorhanden, dass die ausdehnende und einschränkende Auslegung in dem hier (s. d. Text) angenommenen Sinn mit den im §. 11 behandelten Methoden zusammengeworfen wird.

Leben angewendet werden soll. Die praktische Anwendung der Gesetze macht vielmehr eine Reihe von Methoden nothwendig, welche ich unter der Bezeichnung der praktischen Auslegung zusammengefasst habe und deren Darstellung den Gegenstand des folgenden Paragraphen bilden soll.

§. 11.

Die praktische Auslegung.¹⁾

Das Bedürfniss des Rechtslebens, welchem die praktische Auslegung zu dienen bestimmt ist (§. 10) stellt dieser eine doppelte Aufgabe, welche sich in folgenden zwei kurzen Sätzen definiren lässt: Erstens, für jeden möglichen Rechtsfall muss in dem objectiven Recht eine Rechtsvorschrift bestehen; zweitens, jeder Rechtsfall darf nur durch eine Rechtsvorschrift normirt werden. Die erste Aufgabe stellt an den Ausleger die Anforderung, aus dem System des positiven Rechtes die vorhandenen Lücken, die zweite die vorhandenen Widersprüche zu entfernen.

Der erste Zweck: die Vollständigkeit des positiven Rechtssystems, wird durch analoge Anwendung der Rechtsnormen erreicht. Ist nämlich ein Streitfall in den vorhandenen Rechtsregeln nicht entschieden und soll doch gleichwohl die Entscheidung nach Rechtsnormen erfolgen,²⁾ so führt die Natur unseres methodischen

¹⁾ Savigny, System, Bd. 1, S. 262—296; Arndts Lehrbuch, §. 10 bis 15; Windscheid, Lehrbuch, §. 23; Brinz, Lehrbuch, §. 31, 32; Stobbe, Handb. des deutschen Privatrechtes, §. 26. Für das österreichische Recht vorzüglich Unger, System, Bd. 1, S. 59—73. Vgl. auch Nippel, Erl., Bd. 1, S. 8—10 und Bd. 2, S. 576—582, 772; Beidtel, Bd. 1, S. 37 bis 40.

²⁾ Das Nähere über die Frage, ob ein Streitfall nach Rechtsnormen oder nach dem Ermessen der entscheidenden Instanz zu beurtheilen sei, in der Lehre vom Object des Civilprocesses; vgl. auch unten §. 17. Für das Gebiet des Civil- und Strafrechtes ist wohl festzuhalten, dass die Entscheidung nach Rechtsnormen als Regel gilt, wogegen die Entscheidung nach Zweckmässigkeitsgründen (nach dem Ermessen der entscheidenden Instanz) nur dann einzutreten hat, wenn das Gesetz eine solche ausdrücklich gestattet. Unsere modernen Civil- und Strafgesetzgebungen gehen nämlich wohl ausnahmslos von der Voraussetzung aus, dass ihre Rechtssätze in Verbindung mit den heuristischen Denkformen genügen, um das Handeln der Staatsgenossen auf dem betreffenden Gebiete nach allen Richtungen zu ordnen

Denkens mit Nothwendigkeit dazu, die erforderliche Entscheidung in den Rechtsregeln über verwandte Rechtsfälle zu suchen.³⁾

und zu beherrschen (Fiction der Vollständigkeit). Vgl. das Kundmachungspatent des A. B. G. B. und die §§. 6 u. 7 B. G. B. und die Kundmachungspatente zu der josephinischen und westgalizischen Gerichtsordnung, ferner Art. IV des St. G. B. und §. 1 der St. P. O. v. 23. Mai 1873. Diese Fiction findet ihre Begründung in der sorgfältigen Bearbeitung, welche das Civil- und Strafrecht seit Jahrhunderten erhalten hat, so dass die Annahme gerechtfertigt ist, dass auf diesen Gebieten jeder Rechtsfall durch den vorhandenen Vorrath an Rechtsnormen und eventuell durch die analoge Rechtsanwendung entschieden werden kann. Dagegen würde die Fiction der Vollständigkeit in jenen Theilen unseres positiven Rechtes, welche noch gegenwärtig in einer raschen Ausbildung begriffen sind, insbesondere auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes gewiss der hinlänglichen Grundlage in dem thatsächlichen Zustande dieser Rechtsdisciplinen entbehren. In dem Verwaltungsrechte gilt deshalb m. E. der Grundsatz nicht, dass die Entscheidung nach Rechtsnormen die Regel, die Entscheidung nach Zweckmässigkeitsgründen die Ausnahme bildet. Hier ist vielmehr in jedem einzelnen Falle, für welchen sich in dem vorhandenen Vorrathe an Rechtsregeln keine Norm vorfindet, besonders festzustellen, ob dem Willen des Gesetzgebers mehr die Anwendung der heuristischen Denkformen auf die gegebenen Rechtsnormen oder die Entscheidung nach Zweckmässigkeitsgründen entspricht.

³⁾ Es ist unverkennbar, dass die Thätigkeit des Richters bei der analogen Rechtsanwendung wesentlich eine rechtsschaffende (nicht bloß eine rechtsanwendende) ist und dadurch der legislativen Thätigkeit sehr nahe kommt. Da nach der deutschen Auffassung des richterlichen Berufes die Rechtserzeugung ausserhalb der Wirkungssphäre des Richters liegt, so hat man dieser Thätigkeit dadurch eine objective Grundlage zu schaffen versucht, dass man neben dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht noch andere Rechtsquellen anerkannte, welche im Wesentlichen lediglich den Zweck hatten, die Berechtigung des Richters (und folgeweise der juristischen Theorie) zur Anwendung der heuristischen Denkformen auf dem Gebiete der Rechtsfindung zu begründen. Und zwar verlegte man diese Rechtsquelle entweder in die objective Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse, indem man dem Richter die Befugniss verlieh, neben dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht auch noch die „Natur der Sache“ als selbstständige Rechtsquelle zu Rathe zu ziehen. Bayer, Vorträge, S. 14, 15; Linde, Lehrbuch, §. 24 (welcher Schriftsteller die Analogie und die Natur der Sache unterscheidet). Oder man verlegte im Gegensatze zu dieser Auffassung die supplementäre Rechtsquelle in die subjective Vernunft der Rechtsgenossen, welche mit Berücksichtigung der Natur der Sache die zur Ergänzung der übrigen Rechtsquellen erforderlichen Rechtsnormen schaffen soll. Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht (1872), S. 1—23, 67 ff. Im Wesentlichen übereinstimmend mit dieser Auffassung ist die Ansicht der älteren naturrechtlichen

Welche Rechtsfälle als verwandt zu betrachten sind, lässt sich zwar durch keine allgemeine Regel bestimmen, sondern muss in dem einzelnen Falle durch Erforschung der gemeinsamen Elemente in den Rechtsbegriffen festgestellt werden; doch wird diese Aufgabe durch die systematische Bearbeitung der Rechtsnormen erheblich erleichtert, da das System durch seine innere Gliederung die Verwandtschaft der Rechtsregeln und der Rechtsbegriffe anschaulich hervortreten lässt.

Die analoge Anwendung der Rechtsnormen ist von einer ähnlichen methodischen Denkform: der erweiternden Auslegung der Gesetze, wohl zu unterscheiden (§. 10 Note 21). Durch die erweiternde Auslegung wird die Wirksamkeit einer Rechtsnorm auch auf solche Fälle ausgedehnt, welche der Gesetzgeber zwar unter seiner Vorschrift begreifen wollte, aber wirklich nicht begriffen hat, sie verfolgt also den Zweck, den wahren Willen des Gesetzgebers gegen den Buchstaben des Gesetzes zur Geltung zu bringen. Durch die analoge Rechtsanwendung werden dagegen den Rechtsregeln auch solche Lebensverhältnisse unterordnet, welche der Gesetzgeber

Schule, welche das Naturrecht oder die natürlichen Rechtsgrundsätze, d. h. die „subjective Vernunft“ der jeweiligen Naturrechtslehrer als eine das positive Recht ergänzende Rechtsquelle betrachtet. Vgl. darüber §. 7 B. G. B. und dazu Unger, System, Bd. 1, S. 67—71 und die daselbst Citt. Hieher zu rechnen ist auch die Meinung einzelner Vertreter der historischen Schule, welche das Juristenrecht, also in letzter Auflösung die „subjective Vernunft“ der Juristen neben das Gesetzes- und Gewohnheitsrecht als die dritte Rechtsquelle hinstellen. Puchta, Pand. §. 16, Vorles., Bd. 1, S. 40—44. Anders Savigny, System, Bd. 1, S. 83—100. Diese und ähnliche Versuche, den Kreis der Rechtsquellen zu erweitern, sind aber gewiss völlig verwerflich. Die Ansicht, welche die objective Beschaffenheit der Lebensverhältnisse (die Natur der Sache) als Rechtsquelle betrachtet, übersieht dabei, dass diese immer nur der historische Entstehungsgrund einer Rechtsnorm (oben §. 10), niemals aber eine Rechtsnorm oder eine Rechtsquelle selbst sein kann. Denn gerade dadurch differirt die Entscheidung nach Rechtsnormen von jener nach Zweckmässigkeitsgründen (welche letztere insbesondere in der Verwaltung sehr häufig zur Anwendung kommt), dass im ersten Falle eine Willensbestimmung der rechtserzeugenden Gewalten, im zweiten dagegen die Natur der Lebensverhältnisse den Ausschlag gibt. Vgl. die vorige Note. Eben so irrig ist jene zweite Ansicht, da dieselbe die Anwendung der heuristischen Denkformen auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft — also eine rein subjective Thätigkeit der Rechtsgenossen — zu einer selbstständigen Rechtsquelle objectivirt. Vgl. auch Unger, System, Bd. 1, S. 41—45; Windscheid, Pand., §. 16, Note 8.

durch seine Vorschrift nicht treffen wollte, also der Wirksamkeit der Rechtssätze — zwar nicht gegen, wohl aber ohne den Willen des Gesetzgebers — ein völlig neues Gebiet eröffnet.

Wie weit ist aber die analoge Rechtsanwendung auf dem Gebiete des österreichischen Civilprocessrechtes anerkannt?

Der §. 437 der allgemeinen Gerichtsordnung weist den Richter an, im Civilverfahren die Vorschriften dieses Civilprocessgesetzes strenge zur Anwendung zu bringen und nur dann, wenn er eine Rechtssache zu entscheiden hat, welche mit einem in der allgemeinen Gerichtsordnung entschiedenen Falle vollkommene Aehnlichkeit hat, sollte ihm die analoge Rechtsanwendung gestattet sein. Tritt aber diese Voraussetzung nicht ein, so ist der Richter nach dem §. 437 A. G. O. verpflichtet, seinen Zweifel „nach Hof“ anzuzeigen und von da die Lösung desselben zu erwarten. Durch diese Bestimmung wurde die analoge Rechtsanwendung auf dem Gebiete des Civilprocessrechtes sehr erheblich eingeschränkt. Durch das Gesetz war freilich die Entscheidung der Frage, wann ein vollkommen ähnlicher Fall vorhanden sei und dadurch auch die Entscheidung über die Zulässigkeit der analogen Rechtsanwendung in das Ermessen des erkennenden Richters gestellt; allein die Natur der Verhältnisse musste dazu führen, dass die Gerichte von der Möglichkeit, die Lösung schwieriger Rechtsfragen von sich abzuwälzen, einen sehr ausgedehnten Gebrauch machten. In der That war auch jene Bestimmung nur ein Ausfluss der übertriebenen Meinung, die am Ende des vorigen Jahrhunderts über die Aufgabe und die Macht der Gesetzgebung insbesondere in Deutschland herrschte und welche ein möglichst energisches Eingreifen der legislativen Centralorgane als zweckmässig erscheinen liess. Die Vorschrift des §. 437 A. G. O. hat deshalb in den Gesetzen der damaligen Zeit zahlreiche Gegenstücke, insbesondere hat das preussische Landrecht die Gesetzesauslegung des Richters ganz ähnlichen Beschränkungen unterworfen, welche freilich auch nach kurzem Bestande wieder aufgehoben werden mussten. ⁴⁾

⁴⁾ A. P. L. Einl. §. 47, 48. Durch die K. O. v. 8. März 1798 und den Anhang zum L. R. §. 2 wurde dem Richter die Auslegung der Gesetze zwar freigegeben und nur die — ganz unbedenkliche — Vorschrift ertheilt, dass der Richter allfällige Dunkelheiten des Gesetzes dem Chef der Justiz zum

Die Bestimmungen des §. 437 A. G. O. wurden in dem josefinischen bürgerlichen Gesetzbuch I. Hauptst. §. 24—26 fast wörtlich wiederholt und dadurch, da dieses Hauptstück sich nicht bloß auf die Behandlung der privatrechtlichen Normen bezieht, auf die Auslegung aller Gesetze ausgedehnt.⁵⁾ Bald jedoch stellte sich heraus, dass „die wohlgemeinten Absichten“, welche der Ge-

Behufe der künftigen Legislation mitzuthemen habe. Den bedeutenden Vortheil, welchen das fortwährende Einvernehmen der Gerichte mit einer legislativen Centralbehörde (Gesetzescommission) für die Einheit der Gesetzesausfassung und Rechtsprechung mit sich geführt hatte, suchte man später durch Einrichtungen bei dem Obertribunal zu erreichen, welche jedoch zu wiederholten Malen modificirt wurden. V. v. 14. Dec. 1833 §. 17 G. S. S. 306: K. O. v. 1. August 1836 G. S. S. 218; V. v. 21. Juni 1846 §. 25; Ges. v. 7. Mai 1856 G. S. S. 293 (Koch, Processordnung, 6. Aufl., S. 519—522). Vgl. auch Koch, Preuss. L. R. Bd. I, 1 (1870), S. 53, 54 (Einl. Note 58); Savigny, System, Bd. 1, S. 328; Förster, Theorie und Praxis des preuss. Privatrechtes, Bd. 1, §. 12; Dernburg, Preuss. Privatrecht, S. 16 ff. In Oesterreich wurden durch die A. h. Entschl. v. 7. Aug. 1872, betreffend die Anlegung des Spruchrepertoriums bei dem obersten Gerichtshof (neben dem schon seit 3. October 1854 bestehenden Judicatenbuch) ganz ähnliche Einrichtungen wie durch die citirten preussischen Gesetze getroffen. „Die Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes in Civilsachen“ 1. Heft (1873) S. 3—8. Darnach hat jeder Senat des O. G. H. das Recht, seine Entscheidungen über Rechtsfragen des Civilrechtes und Civilprocesses, welche unter den Parteien streitig und ausserdem bei der Berathung der Sache in dem Senate der Gegenstand einer näheren Erörterung gewesen sind, in das Spruchrepertorium eintragen zu lassen. Von diesen Entscheidungen darf nur auf Beschluss eines verstärkten Senates von 15 Mitgliedern (Plenarsenat) und von den Entscheidungen des Plenarsenats nur auf Beschluss eines Senates von 21 Mitgliedern (Plenissimarsenat) abgegangen werden. Die Entscheidungen des Plenar- und Plenissimarsenates werden in das Judicatenbuch eingetragen. — Der wesentliche Fehler dieser Einrichtung besteht darin, dass die Eintragung in das Spruchrepertorium eine rein facultative ist und dass sie deshalb sich naturgemäss nur auf einen geringen Kreis von Fragen erstrecken, ja sogar möglicher Weise ganz aufhören kann. Empfehlenswerth ist, wenn die Einheit der Rechtssprechung wirklich herbeigeführt werden soll, die Bestimmung des deutschen Gesetzes, betreffend die Einrichtung eines obersten Gerichtshofes in Handelssachen v. 12. Juli 1869 §. 9. wornach die Sachentscheidung jeder Rechtsfrage, wenn die Ansicht eines Senats über dieselbe von einer früheren Entscheidung desselben Senats oder eines anderen Senats oder des Plenums abweicht, unbedingt vor das Plenum gebracht werden muss. Eine solche Bestimmung setzt freilich eine officielle Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofes voraus, an der es in Oesterreich dermalen noch fehlt.

⁵⁾ Vgl. oben §. 8 und §. 10 Note 1.

setzgeber bei jener Einschränkung der Gesetzesauslegung verfolgt hatte, „durchaus nicht erreicht und darüber vielfältige Klagen angebracht wurden;“⁶⁾ das Pat. v. 22. Febr. 1791 Nr. 115 §. 2 (Wessely Nr. 1607) stellte deshalb die analoge Rechtsanwendung wieder im vollen Umfange her und bestimmte nur, dass in dem Falle, wenn der Beobachtung des Gesetzes besondere und sehr erhebliche Bedenken entgegenstünden, die Belehrung bei Hof anzusuchen sei. Die westgalizische Gerichtsordnung §. 575 und das westgalizische Gesetzbuch Th. 1 §. 19 enthielten deshalb nichts mehr von einer Einschränkung der richterlichen Gesetzesauslegung und auch die seltsame Vorschrift des Pat. v. 22. Febr. 1791, dass der Richter, falls ihm die Beobachtung der bestehenden Gesetze mit sehr erheblichen Bedenken (!) verbunden scheine, zuvor bei Hof um Belehrung ansuchen müsse, ist in dem erwähnten Gesetzbuche nicht aufgenommen.⁷⁾ In den Ländern jedoch, in welchen weder die westgalizische Gerichtsordnung noch auch das westgalizische Gesetzbuch in Wirksamkeit trat, bestehen die Vorschriften des Pat. v. 22. Febr. 1791 noch gegenwärtig in voller Kraft, da dieses Gesetz sich auf die Auslegung aller Gesetze bezieht und durch das Einführungspatent zu dem gegenwärtig geltenden bürgerlichen Gesetzbuche nur so weit abrogirt wurde, als es die Auslegung der privatrechtlichen Normen zum Gegenstande hat.⁸⁾ Doch wurde die Bestimmung des Patentes über die Befragung des Landesfürsten, welche zu der crassesten Kabinetstjustiz hätte führen können, durch eine sehr alte Uebung abgeschafft, welche in den Normen der Verfassungsgesetze über die Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt (Art. 6 des St. G. G. über die richter-

⁶⁾ Einl. zu dem Pat. v. 22. Febr. 1791 Nr. 115.

⁷⁾ Statt der Anfragen an die oberste Justizstelle und, wie es scheint, als Ersatz für dieselben bestimmt das W. G. B., dass der Richter, wenn die analoge Rechtsanwendung kein Resultat ergibt, nach den „allgemeinen und natürlichen Rechtsgrundsätzen“ zu entscheiden habe. Diese Bestimmung über die subsidiäre Geltung des Naturrechtes ist bekanntlich in den §. 7 B. G. B. übergegangen. Vgl. hierüber die treffliche Darstellung Unger's, System Bd. 1, S. 67—71.

⁸⁾ Während das josephinische und das westgalizische Gesetzbuch durch den Abs. IV des K. M. P. unbedingt abgeschafft wurden (oben §. 8 und §. 10 Note 1), gehört das Pat. v. 22. Febr. 1791 zu jenen Gesetzen, welche durch den Art. IV nur so weit abrogirt worden sind, als sie sich „auf Gegenstände des allgemeinen bürgerlichen Rechtes“ beziehen.

liche Gewalt v. 21. Dec. 1867 Nr. 144) nunmehr auch gesetzlichen Ausdruck gefunden hat.

Der Anwendung der Analogie muss eine gründliche historische Auslegung der Gesetze vorangehen. Ehe der Ausleger zur Entscheidung einer Rechtsfrage aus ähnlichen Fällen übergehen darf, muss zunächst feststehen, dass der Gesetzgeber über dieselbe weder etwas bestimmt hat, noch auch nach den historischen Motiven, welche ihn in seinem Handeln bestimmt haben, darüber etwas bestimmen wollte. Denn obgleich die erweiternde Auslegung, welche in dem letzteren Falle stattfindet, gleichfalls den Boden der wörtlichen Gesetzesauffassung verlässt, so verdient sie doch immer den Vorzug vor der analogen Rechtsanwendung, welche sich überhaupt nicht mehr auf eine Willensbestimmung des Gesetzgebers gründet, auch nicht auf eine solche, welche aus anderen Quellen als aus dem auszulegenden Gesetzestexte erkennbar ist.

Liegt nun aber die Nothwendigkeit einer Anwendung der Analogie vor, so ist dabei folgendes Verfahren zu beobachten. Alle Rechtsregeln lassen sich in letzter Auflösung in hypothetische Urtheile verwandeln, deren erster Theil die thatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsfolge (den Thatbestand der Rechtsregel), deren zweiter dagegen die in der Rechtsregel ausgesprochene Rechtsfolge selbst enthält. Die praktische Rechtsanwendung erfolgt so, dass der Richter den Thatbestand der Rechtsfälle, welche seiner Entscheidung unterworfen werden, unter den Vordersatz jenes hypothetischen Urtheils subsumirt und sodann mittelst eines Schlusses jene Rechtswirkungen ausspricht, welche in dem zweiten Theile der Rechtsregel an die thatsächlichen Voraussetzungen geknüpft werden.⁹⁾ Fehlt es nun an einer Rechtsregel, deren that-

⁹⁾ Zur Veranschaulichung des im Texte Gesagten kann eine der am häufigsten vorkommenden richterlichen Entscheidungen, nämlich die Erlassung einer wechselrechtlichen Zahlungsaufgabe (§. 5 des W. V. v. 25. Jänner 1850) dienen. Die Schlussfolgerung wird in diesem Falle folgende sein: I. Der Rechtssatz (major): Wenn der Kläger dem Richter mit seiner Klage den gültigen und unbedenklichen Originalwechsel, ferner den etwa erforderlichen Originalprotest und die Original-Retourrechnung vorlegt und die Erlassung eines Zahlungsauftrages begehrt (Thatbestand) — so ist dem Beklagten ohne dessen vorläufige Einvernehmung die Zahlung des Wechselbetrages sammt den ausgewiesenen Nebengebühren binnen 3 Tagen unter Androhung der

sächliche Voraussetzungen mit dem Thatbestande eines Rechtsfalles vollkommen identisch sind, so muss von dem erkennenden Richter wenigstens eine solche Rechtsnorm gesucht werden, deren Thatbestand mit dem unentschiedenen Rechtsfall die meisten homogenen Elemente besitzt.¹⁰⁾ Eine zweckmässige Anleitung bei dieser Erforschung eines verwandten Rechtssatzes gibt ein wohlgeordnetes Rechtssystem, da in diesem die Rechtsinstitute schon nach ihrer Aehnlichkeit und ihrem inneren Zusammenhange in grössere und kleinere Gruppen geordnet sind.¹¹⁾ Das Wesen der

wechselrechtlichen Execution aufzutragen (Rechtsfolge); — II. Minor: Nun tritt aber der Thatbestand sub Nr. I bei der vorliegenden Klage des A gegen den B wirklich ein; — III. Conclusio: Also wird dem Beklagten B ohne dessen Einvernehmung die Zahlung des Wechselbetrages sammt den ausgewiesenen Nebengebühren binnen 3 Tagen unter Androhung der wechselrechtlichen Execution aufgetragen. — Die Rechtsregeln kommen jedoch nur selten in der hier vorausgesetzten reinen, logischen Form vor, vielmehr wird der Thatbestand in zahlreiche juristische Kunstausrücke (Darlehen, Commodat etc.) die Rechtsfolgen in die einzelnen Rechte (Eigenthum, Servituten u. s. f.) zusammengefasst. Immer lassen sich aber die Rechtsnormen, wie sie uns Gesetzbücher und wissenschaftliche Schriften bieten, durch die Substitution der entsprechenden thatsächlichen Momente in solche hypothetische Urtheile auflösen.

¹⁰⁾ Man kann diese logische Operation auch so auffassen, dass aus dem Thatbestand der analog anzuwendenden Rechtsregel diejenigen thatsächlichen Elemente, welche auf den Rechtsfall nicht passen, durch Abstraction entfernt und auf diese Weise künstlich eine höhere allgemeine Rechtsnorm geschaffen wird, unter die nunmehr auch der Rechtsfall subsumirt werden kann. Man pflegt diese durch Abstraction von einzelnen thatsächlichen Elementen gefundene höhere Rechtsregel auch den (logischen) Grund des Gesetzes zu nennen und von einer analogen Anwendung wegen Gleichheit des Grundes zu sprechen. Nach dieser Auffassung ist also die allgemeine Rechtsregel als der wahre Wille des Gesetzgebers zu betrachten, als dessen blosser logische Folge die im Gesetze wirklich enthaltene Rechtsnorm erscheint. Unger, Bd. 1, S. 62, 63; Windscheid §. 22. Obwohl diese Formulirung zu dem nämlichen Resultate wie die hier vertretene Auffassung führt, so wird dieselbe doch richtiger vermieden, weil sonst eine Vermengung der Analogie mit den im §. 10 dargestellten Methoden, welche den (historischen) Grund der Rechtsregeln feststellen, fast unvermeidlich ist. Vgl. auch oben §. 10, Note 12.

¹¹⁾ Die gemeinsamen Elemente in dem Thatbestand der Rechtsregel und des zu entscheidenden Rechtsfalles können einen grösseren oder einen geringeren Umfang besitzen; im ersten Falle pflegt man von Gesetz-, im zweiten von Rechtsanalogie zu sprechen. Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechtes, I, S. 30, 31; Unger, Bd. 1, S. 60, 61; Windscheid §. 23.

analogen Rechtsanwendung besteht folglich darin, dass der zu entscheidende Rechtsfall der verwandten Rechtsregel trotz der widersprechenden Elemente, welche deren thatsächliche Voraussetzungen enthalten, durch den Richter unterworfen wird, dass also dieser, wenn ich mich so ausdrücken darf, in dem juristischen Calcul mit Absicht und Bewusstsein einen Rechnungsfehler begeht.

Als zweite Aufgabe der praktischen Auslegung wurde oben die Beseitigung aller Widersprüche aus dem geltenden Rechte bezeichnet. Diese logische Operation bildet den Gegensatz zu der analogen Rechtsanwendung, wie auch die Unvollständigkeit und der Widerspruch als entgegengesetzte logische Mängel des Rechtssystems betrachtet werden können. Denn während es in den Fällen einer Unvollständigkeit des Rechtssystems überhaupt an einer Rechtsregel fehlt, unter deren thatsächliche Voraussetzungen das Rechtsverhältniss subsumirt werden kann, sind beim Widerspruche zwei oder mehrere Rechtsregeln vorhanden, deren Vordersätze auf den Thatbestand des Rechtsfalles passen, die aber gleichwohl verschiedene Rechtswirkungen festsetzen. Der eigenthümlichen Natur der beiden logischen Mängel entsprechen auch die logischen Operationen, welche zu ihrer Beseitigung bestimmt sind. Die analoge Rechtsanwendung bestand im Wesentlichen darin, dass die thatsächlichen Voraussetzungen einer Rechtsregel über ihre natürlichen, von dem Gesetzgeber gewollten Grenzen ausgedehnt wurden und dass dadurch die Rechtsregel künstlich eine Anwendbarkeit auch auf die unentschiedenen Fälle erhielt. Das Wesen der logischen Operation, durch welche die Beseitigung von Widersprüchen erfolgt, lässt sich so präcisiren, dass die thatsächlichen Voraussetzungen jeder der widersprechenden Rechtsregeln durch Hinzufügung eines im Gesetze nicht enthaltenen thatsächlichen Momentes auf ein engeres Gebiet beschränkt und mit den so gewonnenen Thatbeständen die abweichenden Rechtswirkungen der widersprechenden Rechtsregeln verbunden werden. ¹²⁾

¹²⁾ Savigny, Bd. 1, S. 274—276; A. A. Windscheid, §. 23, welcher die Meinung vertheidigt, dass der Ausleger zunächst versuchen muss, den Widerspruch in Schein aufzulösen, dass jedoch, wenn diese Operation kein Resultat ergibt, der eine Rechtssatz den andern aufhebe und die Rechtsfrage so zu entscheiden sei, als ob keiner von beiden vorhanden wäre.

Neben dieser Vereinigung widersprechender Rechtsregeln, die man als die logische bezeichnen kann, unterscheidet Savigny noch eine historische Vereinigung, welche darin bestehen soll, dass man die eine der widersprechenden Stellen als den wahren und bleibenden Ausspruch der Gesetzgebung, die andere dagegen als bloß historisches Material auffasst.¹³⁾ Diese Operation ist gewiss von nicht geringer Wichtigkeit in Ländern, wo (wie in Oesterreich und Preussen) der Zustand des geltenden Civilprocessrechtes ein so ungemein verworrener ist, weil jede Civilprocessnorm eine „erläuternde“ Verordnung und diese wieder ihrerseits mehrere „Declaratorien“ hervorgerufen hat. Allein eine wahre Vereinigung widersprechender Rechtsregeln kann in dieser Methode nicht erblickt werden. Vielmehr wird durch dieselbe bloß festgestellt, dass die eine der scheinbar widersprechenden Rechtsnormen sich als ein schon abgestorbenes Element des Rechtssystems darstellt, dass folglich ein Widerspruch von zwei geltenden Rechtssätzen überhaupt nicht vorhanden ist.

¹³⁾ Savigny, Bd. 1. S. 276—290. Vgl. Windscheid §. 23.
