

METHODE UND SYSTEM DES RECHTS

MIT BEISPIELEN

VON

DR. WALTHER BURCKHARDT

PROFESSOR DER RECHTE IN BERN

DR. JUR. H. C. DER UNIVERSITÄT GENÈVE



POLYGRAPHISCHER VERLAG A.G. ZÜRICH

Buchdruckerei Effingerhof A.G. Brugg

Alle Rechte vorbehalten
Zürich 1936

Vorwort.

Eine Untersuchung über die juristische Methode mag vielen, gelehrten und ungelehrten, Juristen überflüssig scheinen. Die ersten werden finden, es sei schon so lang und breit über die Methode und das System des Rechts geschrieben worden, daß nichts Neues mehr zutage gefördert werden könne; die zweiten werden sich auf die Erfahrung berufen, daß solche Erörterungen der Praxis wenig nützen. Und wenn man die zahllosen methodologischen Untersuchungen durchgeht, die als Monographien oder als Einleitung zu anderen Werken erschienen sind, so wird man solche Bedenken begreifen: es ist in neuerer Zeit viel darüber gedacht und geschrieben worden. Aber ebenso richtig ist, daß man noch weit davon entfernt ist, sich über die leitenden Sätze zu einigen, und daß der Praxis daraus nicht viel Hilfe erwachsen ist. Alles ist im Fluß, aber alles ist auch bestritten.

Allein daraus darf man nicht folgern, die methodologischen Fragen seien erschöpft; was von praktischem Wert sei, sei bekannt und anerkannt, und was noch bestritten sei, sei ohne praktischen Wert und könne auf sich beruhen bleiben. Das Gegenteil ist der Fall: die Methode der Rechtswissenschaft, wie diese selbst, hat nur Sinn, wenn sie der Praxis dient; weil die Praxis des Rechts, d. h. die Rechtssetzung und die Rechtsanwendung, einer Methode bedarf, ist die Methode wert wissenschaftlich erforscht zu werden. Wie die Jurisprudenz überhaupt nur eine methodische Lehre praktischer Postulate sein kann, so kann die Methode selbst nur die Methode der Praxis sein; weshalb von der Methode des Rechts, nicht der Rechtswissenschaft die Rede ist. Wäre nun die Praxis im sicheren Besitz der richtigen Methode, so wäre diese Aufgabe der Wissenschaft erfüllt und es gälte nur noch, die bekannte Wahrheit den späteren Geschlechtern zu überliefern, ihnen also gewissermaßen das Werkzeug in die Hand zu geben, mit dem sie jeweils den zeitgenössischen Stoff kunstgerecht gestalten können.

Dem ist aber keineswegs so. Weder ist sich die Praxis überall, wo sie richtig verfährt, ihrer Methode klar bewußt, noch verfährt sie überall richtig. Im Interesse der Praxis, der Gesetzgebung wie der Rechtsprechung und Verwaltung, ist es nun aber, die richtigen methodischen Grundsätze zu kennen, um sie auch sicher befolgen zu können. Richter und Verwaltungsbeamte dürfen ja nicht bloß intuitiv entscheiden; sie müssen ihre Entscheidung begründen; und begründen heißt methodisch das Besondere aus dem Allgemeinen ableiten.

Der Praxis also soll die Theorie dienen. Sie erörtert allerdings oft auch praktisch unerhebliche Fragen; aber ebenso oft ist sie auf dem Holzweg. Wo jedoch der Widerspruch der Methode zu widersprechenden

praktischen Ergebnissen führt, muß die Meinungsverschiedenheit im Interesse der Praxis selbst behoben werden.

Aber wie? welche methodischen Grundsätze sind denn die richtigen? Daß darüber immer noch verschiedene Meinungen bestehen, beweist selbstverständlich nicht, daß keine richtig sei. Von den vielen bekannten Lehren könnte doch eine richtig sein; muß ihnen denn noch eine weitere hinzugefügt werden?

Es geschieht das nicht, weil in den bisherigen Untersuchungen nichts Richtiges enthalten wäre; man braucht nur die Namen Jhering, Bierling, Stammler, Kelsen, Pound, Gény zu nennen, um sich bewußt zu werden, wie viel nur in den letzten fünfzig Jahren schon geleistet worden ist; am planmäßigsten durch die im kritischen Geiste angelegten Untersuchungen Stammlers. Aber auch die letztgenannten Arbeiten lassen noch manches unbeantwortet, insbesondere über das System des Rechts.

Die älteren leiden fast alle an dem Mangel, daß sie die Methode des Rechts nur nach den Voraussetzungen des Privatrechts ermittelt haben, vielleicht weil die meisten Bearbeiter der allgemeinen Rechtslehre und der Methodologie Pandektisten oder doch Zivilisten waren. Und die neueren wie die älteren haben fast nur nach der Methode der Rechtsanwendung, insbesondere der Rechtsprechung, gefragt, ohne sich um die Rechtsschöpfung zu kümmern. Das hatte zur Folge, daß nicht nur das öffentliche Recht und die Rechtsetzung vernachlässigt, sondern auch dem Privatrecht und der Rechtsanwendung nicht die ihnen zukommende Behandlung zuteil wurde; denn man kann die Eigenart eines Teilgebietes nur im Rahmen des Ganzen richtig erfassen.

Aber es muß nicht nur die ganze Aufgabe des Rechts berücksichtigt werden. Das Recht selbst ist nur ein Teil der sittlichen Ordnung und diese selbst kann nur im Gegensatz zur natürlichen Ordnung in ihrer Eigenart erfaßt werden. Wie der Gegenstand von Rechtswissenschaft und Moral, so muß auch die Methode ihrer Erkenntnis unterschieden werden. Vor allem aber ist, wie der Gegenstand so auch die Methode der ethischen (praktischen) und der Naturwissenschaft scharf zu unterscheiden und hierin wird in der theoretischen Arbeit seit dem Abklingen des Naturrechts am allermeisten gefehlt. Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sind viele von dem Dogma beherrscht, daß die naturwissenschaftliche Methode die Methode der Wissenschaft sei; daß die Wissenschaft es nur mit Tatsachen zu tun habe und daß jede andere Betrachtung subjektiv und unwissenschaftlich sei. Vor Tatsachen wirft sich alles nieder.

Und doch ist es ein ganz laienhafter Standpunkt. Die Philosophie, die wahre Philosophie, hat sich nie darauf einschränken lassen. Um die Unmöglichkeit dieses Standpunktes zu erkennen, muß der Jurist allerdings mehr als bloß Jurist sein. Die Begründung der juristischen Me-

thode, wie die des Rechtes selbst, ist nicht sowohl eine juristische als eine philosophische Aufgabe. „O, daß doch die Rechtsgelehrten von ihrer Verachtung der Philosophie zurückkämen und einsähen, daß ohne Philosophie die meisten Fragen ihres Jus ein Labyrinth ohne Ausgang sind“, klagte Leibniz.

An dieser Einsicht fehlt es heute weniger als im 19. Jahrhundert. Aber die Methodenlehre hat sich noch zu ausschließlich an der formalen Logik und zu wenig an der Erkenntnistheorie, speziell der Theorie der praktischen Erkenntnis, orientiert. Man hat zu oft wiederholt, da der Jurist sich nur mit der *lex lata* befasse, komme er mit der Logik, mit folgerichtigem Denken aus; und man hat zu lange vergessen, daß die Rechtswissenschaft eine praktische Wissenschaft ist. Deshalb ist die Methodenlehre zu sehr im Abstrahieren und im Abstrakten stecken geblieben. Wenn die Methode des Rechts die Methode einer praktischen Aufgabe, der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung, ist, muß sie sich auch unmittelbar an diesen Aufgaben bewähren. Sie muß die Schwierigkeiten lösen helfen, die den Praktiker beschäftigen, und das erreicht sie mit der formalen Logik allein nicht.

In der vorliegenden Arbeit ist stets versucht worden, die praktische Tragweite der methodologischen Grundsätze aufzuzeigen und sie an Beispielen zu erläutern. Daß die Jurisprudenz die Forderungen der Logik beachten muß, soll keineswegs geleugnet werden; die Logik spielt ja im Recht eine besonders bedeutsame Rolle, die ihr in der Moral nicht zukommt. Aber die Logik stellt an die Rechtswissenschaft nicht andere Forderungen, als an andere Wissenschaften. Eine *petitio principii*, eine *quaternio terminorum*, eine inkorrekte Klassifikation, eine schiefe Gegenüberstellung, eine vorschnelle Verallgemeinerung, sind in der Rechtswissenschaft nicht weniger fehlerhaft als anderswo. Und wie oft wird dagegen gefehlt! Aber diese Fehler zu widerlegen kann nicht die Aufgabe einer Methodenlehre sein. Denn die Grundsätze sind hier nicht bestritten. Es handelt sich bloß darum, sie anzuwenden.

Die nachstehenden Untersuchungen setzen sich auch nicht zum Ziel, die Methode des Unterrichts darzulegen. Wer andere im Recht unterrichten will, muß allerdings selbst die Methode des Rechts beherrschen, da er sonst seinen Gegenstand nicht beherrscht. Aber etwas anderes ist es, die Wahrheit zu finden, und die gefundene Wahrheit anderen beizubringen. Zum ersten Ziel soll hier der Weg gezeigt werden.

Der Verfasser ist sich bewußt, von der unermeßlichen methodologischen Literatur nur einen kleinen Teil herangezogen zu haben. Er hielt es nicht für notwendig, alle abweichenden Meinungen anzuführen; eher glaubte er sich verpflichtet, die Werke zu erwähnen, die das von ihm Vorgetragene schon erkannt oder doch geahnt haben. Daß die Beispiele fehlerhafter Methode kein Urteil über das Werk, dem sie entnommen sind, bedeuten, braucht wohl nicht versichert zu werden.

Der Verfasser ist sich endlich bewußt, daß die Methode des Rechts nur im Rahmen einer umfassenden Rechtsphilosophie vollständig begründet werden könnte; mancher Vorfrage der Methode bleibt die vorliegende Arbeit die Antwort schuldig. Der Verfasser hat aber in anderen Arbeiten versucht, die Antwort zu geben, insbesondere in der „Organisation der Rechtsgemeinschaft“, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1927, und in einem Referat an den Schweizerischen Juristenverein: „L'Etat et le Droit“, das in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 50, 1931, S. 137 a—218 a abgedruckt ist. Diese beiden Arbeiten bilden die notwendige Ergänzung der folgenden Darlegungen.

§ 1. Einleitung: die Aufgabe.

1. Das Ziel.

Methode ist die richtige Art des Vorgehens, um zu einem Ziele zu gelangen. Methodisch vorgehen heißt planmäßig, d. h. nach dem Plane vorgehen, der zum Ziele führt.

Was ist das **Ziel** der juristischen Methode?

Man kann ganz allgemein sagen: die Erkenntnis des Rechtes.

Aber diese Worte können zweierlei bedeuten: entweder die Erkenntnis des geltenden Rechts, bezw. eines Rechts, das gilt oder gegolten hat; mit andern Worten eines gegebenen Rechts; einer *lex lata*¹⁾; oder die Erkenntnis des zu gebenden, zu schaffenden Rechts; einer *lex ferenda*.

Die Fragen, was gelte und was gelten sollte, sind verschieden und müssen notwendig auseinandergehalten werden. Aber wir werden sehen, daß die Aufgaben, die das geltende Recht der Wissenschaft und der Praxis stellt, nicht so grundverschieden sind von der Aufgabe des Gesetzgebers, neues Recht zu setzen. Daß sie sogar im wesentlichen übereinstimmen. Weshalb auch die Methode zur Beantwortung dieser beiden Fragen, in dem was praktisch am bedeutsamsten ist, nicht grundverschieden ist. Da aber Rechtsanwendung und Rechtssetzung meist als wesentlich verschiedene Aufgaben gelten und auch unterschieden werden müssen, weil sie es ihrem Begriffe nach sind, empfiehlt es sich, die beiden Fragen nacheinander zu behandeln, gerade um zu zeigen, daß trotz der Gegensätzlichkeit der Begriffe, die Hauptschwierigkeit der praktischen Aufgabe, die der Rechtsanwendung gestellt ist, ihrem Kerne nach eine gesetzgeberische ist²⁾.

Hier ist aber vorab hervorzuheben, daß sie beide zu unserer Aufgabe gehören.

Häufig nämlich betrachtet man als juristische Fragen nur die, welche sich auf die Kenntnis des geltenden Rechts beziehen. Die Frage, welches Recht zu gelten habe, d. h. was der Gesetzgeber in Geltung setzen

¹⁾ z. B. des athenischen Erbrechts oder des schweizerischen Zivilrechts; oder des schweizerischen Strafgesetzentwurfes, wie er vorgeschlagen ist; also auch eines Rechts, das erst demnächst gelten soll, dessen Inhalt aber schon feststeht.

²⁾ Die Schwierigkeit liegt gerade darin, daß eine rechtsanwendende Behörde eine gesetzgeberische Aufgabe lösen soll (vgl. S. 263, 276), also mehr und anderes leisten soll, als was begrifflich zur Rechtsanwendung gehört.

solle, sei nicht nur ganz anderer Art; sie sei auch nicht wissenschaftlich; jedenfalls habe sie den Juristen nicht zu beschäftigen. Die Rechtswissenschaft sei die Wissenschaft vom geltenden Recht, und nur darauf beziehe sich die juristische Methode. Dem Juristen sei das Recht gegeben.

Wir wollen nicht darüber streiten, was man „juristisch“ nennen solle; uns interessiert die Sache, und zur Sache sei bemerkt, daß die Frage, was rechtens sein sollte, bzw. ob das geltende Recht verdiene zu gelten, die Wissenschaft nicht gleichgültig lassen kann, sei diese Wissenschaft nun die juristische oder eine andere. Auch wenn man die Ansicht vertritt, das positive, das einmal gesetzte Recht sei dem Juristen gegeben und seinem wertenden Urteil enthoben, kann man doch bestreiten, daß das Recht nach richtiger Methode überhaupt nur als etwas Gegebenes zu betrachten sei; daß, was der Gesetzgeber beschließe, eine Tatsache sei, die festgestellt, aber nicht bewertet werden könne, etwa wie die von der Natur gegebenen Mineralien oder die im Weltraum sich vorfindenden Gestirne. Das wird ja vielfach behauptet: nicht nur habe der „Jurist“ kein Urteil zu fällen über Wert oder Unwert des positiven Rechts, sondern es könne überhaupt darüber nicht objektiv geurteilt werden³⁾. Denn wenn man das zugibt, gibt man die Wertlosigkeit oder besser die Wertfremdheit des Rechts überhaupt zu; auch die jedes gegebenen positiven Rechts. Wenn das positive Recht nicht deshalb, weil es richtig, weil es sinn- und wertvoll ist, Anspruch darauf erheben kann, zu gelten; wenn es keinen Maßstab gibt, über Wert oder Unwert eines gesetzgeberischen Entwurfes zu urteilen, gibt es auch keinen Maßstab, das fertige Werk zu beurteilen; mit andern Worten ein objektives Urteil über den Wert des geltenden Rechts ist unmöglich; die Aussagen, die tatsächlich darüber gemacht werden, geben nur die gefühlsmäßigen Reaktionen zufälliger Subjekte wieder; sie vermitteln keine objektive Erkenntnis, weil kein zu erkennendes Objekt, kein Gegenstand bewertender Erkenntnis da ist. Solche „Urteile“ wären dann in der Tat unwissenschaftlich. Sie hätten keinen Erkenntniswert. Nach dem Wert eines gesetzgeberischen Zweckes selbst zu fragen, soll nun, nach Ansicht Vieler, unwissenschaftlich sein, etwa wie die Frage nach dem „Zweck“ der Tiergattungen oder dem „Warum“ der Anziehungskraft oder der Wärme naturwissenschaftlich unzulässig ist. In diesem Falle hätte es aber auch keinen großen Wert, festzustellen, **was gilt.**

³⁾ „Im Reich der Politik, wie im Reich der Metaphysik suchen nur Toren nach objektiven Maßstäben“, sagt z. B. *Wüstendörfer*, Die Rechtssprechung am Wendepunkt; Archiv f. civ. Praxis, 1913, 110, 366 f. — Viele fügen begründend bei: da Werturteile immer subjektiv seien! Als ob ein Urteil, das subjektiv ist, d. h. dessen Richtigkeit sich nicht nach einem vom Urteilenden unabhängigen Momente bestimmen läßt, Erkenntniswert hätte und überhaupt ein Urteil wäre. „Subjektives Urteil“ ist eine *contradictio in adjecto*.

Es wäre nur praktisch nützlich, es zu wissen; denn wer es nicht weiß, setzt sich unangenehmen oder wenigstens überraschenden Folgen aus ⁴⁾. Das Recht ist dann eine Tatsache, mit der man rechnen muß; aber nicht eine Einrichtung, deren Wert man beurteilen kann. Die Rechtswissenschaft, auch die Wissenschaft vom positiven Recht, hat dann aber rein pragmatischen Wert; sie enthält nichts Allgemeingültiges; sie ist deshalb auch keine Wissenschaft, sondern eine bloße Gebrauchsanweisung. Oder aber, wenn sie als Wissenschaft von Tatsachen Sinn hat, hat sie den Sinn einer Naturwissenschaft; aber nicht einmal einer selbständigen Naturwissenschaft: sie ist nur die Anwendung einer anderen Naturwissenschaft und wird sich als selbständige Wissenschaft nicht behaupten können ⁵⁾.

Ich halte diese Auffassung für falsch, da Gesetzgebung eine (im weiteren Sinn) ethische Aufgabe ist, also eine Aufgabe, die objektiver Beurteilung zugänglich ⁶⁾ ist. Diese Auffassung kann nur im Rahmen der Rechtsphilosophie vollständig begründet werden. Die vorliegende methodische Untersuchung mag aber zur Begründung insofern beitragen, als sie zeigt, daß auch die Wissenschaft vom positiven Recht ihre Aufgabe, den systematischen Aufbau des Ganzen und die Auslegung des Einzelnen, nur auf jener Grundlage durchführen kann, auf der Annahme, daß das Werk des Gesetzgebers ein sinnvolles Ganzes ist.

⁴⁾ Dem Verbrecher ist es nützlich, zu wissen, wann er zu Gefängnis, wann zu Zwangsarbeit verurteilt wird, dem Steuerpflichtigen, wie er die Steuern hinterziehen kann, ohne Gefahr zu laufen, erwischt oder gar bestraft zu werden. Aber Anspruch auf Achtung haben Vorschriften, denen jeder innere Wert per definitionem abgeht, nicht. — Das ist die Folge jener verbreiteten, aber selten zu Ende gedachten Ansicht von der Subjektivität des Werturteils und speziell des gesetzgebungspolitischen Urteils. Vgl. *Burckhardt*, „L'Etat et le droit“, S. 194 a; „Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft“ in der Neuen Schweizer Rundschau 1929, S. 484 ff.; „Das Recht als Tatsache und als Postulat“ in der Festgabe für *Max Huber*, 1934, 75.

⁵⁾ Auch die „Provinz“, die *Austin* der Jurisprudenz in seinen „Lectures; provinces of jurisprudence determined“, 1863, zuwies, wird dann eben nur eine kleine unselbständige Provinz der Psychologie oder sonst einer Tatsachenwissenschaft sein.

⁶⁾ Ja in ganz eminentem Sinne zugänglich ist, weil hier, wie im Sittlichen überhaupt, und im Aesthetischen das Gebiet des objektiven, synthetischen Urteils ist. *Kant*, Urteilskraft, Reclam 72. *B. Croce*, Logik, 1930, S. 162. *Th. Litt*, Wissenschaft, Bildung, Weltanschauung, 1928, 106. *Spranger*, Der Sinn der Voraussetzungslosigkeit der Geisteswissenschaften. Sitzungsber. der Berliner Akad. der Wiss., Phil.-Hist. Abt., 1929, S. 2 ff. *E. Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung, 1921, 408: „Es gäbe also ohne die Mitbetätigung der Urteilskraft gar keine Jurisprudenz.“ — Gl. A. die katholische Lehre; vgl. *Hermann Marx*, Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz, 1918, S. 64 ff. *H. O. Lehmann*, Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz, 1897; auch *Bierling* und viele andere, vor allen *Stammler*.

In diesem Sinne ist die Erkenntnis des Rechts also das Ziel, das wir mit unserer Methode erreichen wollen. Aber sowohl die Erkenntnis des zu gebenden Rechts, wie die des gegebenen. Das eine ist vom anderen nicht zu trennen.

2. Wissenschaft und Praxis.

Die Aufgabe der Wissenschaft kann auch nicht getrennt werden von der Praxis, d. h. von der Aufgabe derjenigen, die das Recht setzen und anwenden; also in praktischer Arbeit begriffen sind. Es gibt nicht eine Methode der Rechtswissenschaft einerseits, und eine Methode der Rechtssetzung und Rechtsanwendung andererseits ⁷⁾.

Die Rechtswissenschaft, wenigstens die systematische, im Gegensatz zur historischen, hat ja keine andere Aufgabe als die Praxis. Wie der Richter oder der Verwaltungsbeamte auf Grund des gegebenen Gesetzes entscheiden soll, das ist, was sie beschäftigt; oder was der Gesetzgeber in dem in Revision begriffenen Gesetz vorschreiben soll, das ist ihre Sorge ⁸⁾. Sie stellt keine anderen Ueberlegungen an, als die, die der Gesetzgeber und Gesetzesanwender anstellen müßten. Sie will ihnen bloß vorarbeiten. Sie tut es nur in strengerer Methode, d. h. nicht im zufälligen Rahmen einer gerade zu lösenden Frage, sondern im sachlichen Rahmen der grundsätzlichen Fragen, in den die besondere Frage hineingehört. Sie untersucht z. B. die Pflicht des Staates, die durch militärische Kantonemente verursachten Schäden zu vergüten, nicht für sich, sondern im Zusammenhang mit der Vergütung aller militärischen und aller Schäden überhaupt; sie stellt die Regelung des Aktienrechtes in den Rahmen des gesamten Gesellschafts-, ja des Privatrechts; die sichernden Maßnahmen des Strafgesetzes in den Rahmen des öffentlichen Rechts überhaupt. Wer z. B. untersucht, was ein subjektives Recht, was Handlungsfähigkeit ist, darf nicht einen privatrechtlichen Begriff unkritisch verallgemeinern; erst im Kreise der gesamten Rechtsfamilie, erst wenn die zivilistische Rechtsfigur den Verwandten der anderen Seite, des öffentlichen Rechts, gegenübergestellt wird (oder umgekehrt), erkennt man ihre charakteristischen Züge.

Das muß ja richtigerweise auch der Gesetzgeber tun, der diese Fragen ordnen will, oder das Gericht, das darüber in einem Falle nach geltendem Recht entscheiden soll, wenn sie sich nicht der Gefahr aussetzen wollen, zu widersprechenden Entscheidungen über die verschiedenen Fälle zu gelangen. Wie man solche Fragen der Lösung zuführe, ist die methodische Frage, die sich der Wissenschaft wie der Praxis stellt; oder besser: die sich der Wissenschaft stellt, weil sie sich der Praxis stellt.

⁷⁾ *Bonnecase*, Introduction à l'étude du droit, 1931, 6, 19.

⁸⁾ z. B. wie das zukünftige Strafgesetzbuch der Schweiz, wie das Aktienrecht, die Militärorganisation beschaffen sein sollen.

Die Wissenschaft lehrt der Praxis die Methode; die Rechtswissenschaft ist die Methode der Rechtspraxis⁹⁾.

Die Praxis, der die Wissenschaft die Wege weist, ist aber nicht nur die Anwendung des gesetzten Rechtes, wie sie dem Richter und dem Verwaltungsbeamten obliegt; es ist auch die Rechtssetzung selbst¹⁰⁾. Es wäre erbärmlich, wenn die Rechtswissenschaft nur vermöchte anzugeben, wie ein (unvollständiges, unklares, also mangelhaftes) Gesetz anzulegen und anzuwenden sei, nicht aber, wie ein Gesetz (mangelfrei) zu machen sei; denn die entscheidende Aufgabe der Praxis ist, das Recht zu setzen, nicht es anzuwenden; so wie es vom Gesetzgeber (oder vom rechtssetzenden Richter) geschaffen worden ist, so muß es angewendet werden. Wenn die Wissenschaft zu dieser entscheidenden Entschliebung nichts zu sagen hat, und erst bei der sekundären Frage, wie das schon gesetzte Recht anzuwenden sei, das Wort ergreifen kann, hat sie eine ganz sekundäre, subalterne Aufgabe, weil die entscheidenden Handlungen schon vorüber sind, wenn sie auf die Bühne tritt. Ja sie kann, wie später noch ausgeführt werden soll, auch diese beschränkte Aufgabe nicht lösen; denn entweder ist das gesetzte Recht mangelhaft, was eben die Rechtswissenschaft auf den Plan ruft; dann kann die Wissenschaft die Mängel des Gesetzes nicht verbessern, wenn sie nicht weiß, wie das Gesetz beschaffen sein sollte, wie es also hätte gemacht werden sollen; ja sie kann ohne das die Mängel nicht einmal erkennen; — oder aber das Gesetz ist vollkommen; dann hat die Wissenschaft auch nichts mehr zu tun und die rechtsanwendende Behörde bedarf ihrer nicht mehr. — Vollkommen aber, und das wollte hier gesagt werden, ist das gesetzte Recht nie ohne methodische, d. h. wissenschaftliche Arbeit des Gesetzgebers. Hier vor allem hat sich die Rechtswissenschaft zu bewähren.

Die Aufgabe der Wissenschaft ist, der Praxis, d. h. der Anwendung und vor allem der Setzung des Rechts, den sichern Weg zu weisen. Deshalb sprechen wir von der Methode des Rechts, nicht der Rechtswissenschaft¹¹⁾. Daß auch diese unsere Aufgabe, die Auffindung der Me-

⁹⁾ „Die Theorie ist Rath für die Praxis, und ist nur dann wirkliche Theorie, wenn sie vorbringt, was die Praxis gebrauchen kann . . .“, *Kierulff*, Theorie des gemeinen Zivilrechts, I, 1839, XXIV. *Windscheid*, Die Aufgabe der R.wiss., in Ges., Reden und Abhandl., 108.

¹⁰⁾ Ebenso u. a. *Baumgarten*, Der Weg des Menschen, 1933, 484. *Stammler* legt das Schwergewicht auf die Rechtssprechung: die Lehre vom richtigen Recht, 1902, 302; Theorie des Rechts, z. B. 327, 335, 374, 376. *Cammarata*, Contributi ad un critica gnoseologica della giurisprudenza, Roma. 1925, 136. *Oertmann*, Interesse und Begriff i. d. R.wiss. 1931, 35 ff. *Salmond*, On jurisprudence, 8. A. 1930, 1. Die Engländer finden manchmal das Richtige auch ohne lange Untersuchungen.

¹¹⁾ Aehnlich wie die Wissenschaft der Sittenlehre und der Aesthetik nur in der Darlegung der Methode bestehen kann, zu richtigen moralischen und ästhetischen Urteilen zu gelangen; abgesehen von der Begründung der Möglichkeit solcher Urteile, was ein Stück der Philosophie ist.

thode, selbst wieder methodisch betrieben werden müsse, soll nicht bestritten werden; aber die Hauptsache ist nicht, die Methode des Rechts auf dem korrekten Weg erkannt zu haben, sondern sie zu erkennen ¹²⁾).

3. Die Rechtsgeschichte.

Unpraktisch im hier gebrauchten Sinn ist allerdings ein Fach der Rechtswissenschaft, die **Rechtsgeschichte** ¹³⁾. Sie ist „unpraktisch“, weil sie vergangenes Recht zum Gegenstand hat; ein Recht also, das nicht mehr angewendet wird. Was sie auch darüber zutage fördern mag, es wird die heutige Praxis nicht mehr unmittelbar bestimmen; es kann sie nur mittelbar befruchten, wie die Lehren der Erfahrung die Praxis gelegentlich befruchten können. Daß aber die Rechtsgeschichte bloß Tatsachen zu registrieren hätte, wie die Naturgeschichte, soll damit nicht gesagt sein.

Die Rechtsgeschichte als Wissenschaft hat drei Aufgaben:

1. Sie hat festzustellen, welches Recht zur Zeit, die sie betrachtet, **gegolten** hat. Das ist die Feststellung von Tatsachen, und danach richtet sich auch die Methode dieser Aufgabe: der Dogmatiker, der das geltende und praktische Recht darstellt, hat dem Richter und Verwaltungsbeamten den Weg zu weisen, auf dem er in folgerichtiger Ausführung eine sinnvolle Ordnung verwirklichen kann; Widersprüche und Widersinnigkeiten in der bisherigen Praxis hat er aufzudecken und auszugleichen. Der Historiker dagegen hat das vergangene Recht wiederzugeben gerade so, wie es gegolten hat, d. h. wie es angewendet worden ist; mit allen Widersprüchen, Lücken und Vernunftwidrigkeiten, mit denen es behaftet war. Wenn ein öffentliches Amt als ein privates Recht des Beamten aufgefaßt und behandelt wurde, muß er es als solches darstellen; wenn der Beamte als persönlicher Diener des Fürsten behandelt wurde, und der Fürst als Inhaber eines wohl erworbenen Rechtes an Land und Leuten; oder, wenn die Gerichte über gewisse Widersprüche nicht hinaus kamen, weil sie die notwendige Unterscheidung zwischen dinglichen und obligatorischen Ansprüchen, zwischen Schadenersatz und Strafe, zwischen Verursachung und Verschuldung nicht machten, hat der Geschichtsforscher das so aufgefaßte Recht wiederzugeben, so widerspruchsvoll und unrichtig diese Auffassung gewesen sein mag. Wohl muß er die Auffassung der Vergangenheit verstehend nachdenken; aber er muß das früher Gedachte nachdenken, nicht das zu Denkende erdenken. Er ist für die Richtigkeit, für die Anwendbarkeit dieser Rechts-

¹²⁾ Solange der Gegenstand nicht erkannt ist, läßt sich ja auch die Methode dazu nicht erkennen. Vgl. unten S. 76 ff.

¹³⁾ *Stammler*, Theorie, 751 ff.

gedanken nicht verantwortlich. Hier unterscheidet sich die Aufgabe des Historikers, der ein vergangenes Recht, auch in seiner ganzen Anlage, wiederzugeben hat, von der des Dogmatikers, der geltendes Recht bearbeitet; jener gibt das vergangene Recht wieder, so wie es angewendet wurde; dieser das geltende, so wie es angewendet werden soll, und damit es angewendet werden könne.

2. Die zweite Aufgabe des Rechtshistorikers ist, zu erklären, wie die aufgefundenen, als Tatsachen zunächst festgestellten Institute **als Recht**, als verbindliches Recht, angesehen werden konnten. Vieles von dem, was früher als Recht gegolten hat, erscheint uns heute zunächst unverständlich; wir vermögen nicht einzusehen, wie solche Normen als der Ausdruck der Gerechtigkeit, als die Stimme der sozialen Vernunft gelten konnten. Der Rechtshistoriker hat sich eben diese Frage zu stellen: wie konnte z. B. der Formalismus der Vertragsschließung oder des Prozeßganges, dem doch viele Gutgläubige zum Opfer fielen, als etwas Verbindliches, Vernunftnotwendiges so lange behalten werden? Oder wie konnte der Gesetzgeber so grausame, absonderliche Strafen bestehen lassen, wie sie noch nach der Reformation bestanden haben? Er wird den Sinn solcher Einrichtungen für das damalige Geschlecht vielleicht einsehen, wenn er erfährt, wie die mündliche Formel, die im Gedächtnis haften bleibt, statt der noch unbekanntenen Schrift, die Rechtssicherheit verbürgen mußte, oder den Sinn jener Strafen im Rahmen des religiösen Glaubens und vielleicht Aberglaubens jener Zeit. Der Geschichtsforscher hat sich in die einmaligen Zustände und Gedanken der Zeit zu versetzen und das Recht mit den Augen der Zeitgenossen zu betrachten; aber wenn er es verstehen will, als das was es sein wollte, als eine verbindliche Ordnung, muß er darin doch das Vernünftige erblicken, den versteckten Sinn ¹⁴⁾. Nur was seiner Vernunft zugänglich wird, tritt ihm als Recht entgegen und klärt sich auf; nur das kann er anderen als Geistiges und Sinnvolles erklären. Er erklärt es nicht, wie der Naturforscher einen tatsächlichen Zustand erklärt, aus einem Früheren, in genetisch-kausaler ¹⁵⁾ Ableitung, sondern indem er die gleichzeitigen Umstände in wertende Erwägung zieht; indem er erwägt, wie die Vorschrift unter den Umständen ihrer eigenen Zeit als Recht erscheinen konnte. Dieses Verstehen des Rechts als das, was es wesentlich ist, als die **verbindliche**

¹⁴⁾ Vgl. *Hegel*, Philosophie des Rechts, § 3 und § 258. — Das Geschichtliche ist etwas einmaliges, individuelles, gewiß! Aber nur unter dem Gesichtspunkt des Ewigen, Allgemeingültigen betrachtet, erhält es Sinn. *Karl Chr. Fr. Krause*, Abriß des Systems der Philosophie des Rechts, 1828, 108 ff.; *Schönfeld*, Vom Problem der Rechtsgeschichte, 1927, Schriften der Königsberger gelehrten Gesellschaft, 4, 344, 349; *Tillich*, Das System der Wissenschaften, 1923, 75.

¹⁵⁾ wie vielfach behauptet wird; z. B. von *Dankwarth*, Nationalökonomisch-juristische Studien, 1862, 133; *Gobineau*, Versuch über die Ungleichheit der Menschenrassen, IV, 303, will die Geschichte nur auf Tatsachen stützen.

Ordnung einer Gesellschaft¹⁶⁾ vernünftiger Wesen, ist wohl die wichtigste und schönste Aufgabe des Rechtshistorikers. Sie besteht, wie man sieht, nicht darin, daß er einen geschichtlichen Zustand in kausale Beziehung setzt zu einem früheren¹⁷⁾, sondern darin, daß er ein System von Normen in eine ethisch begründete Beziehung setzt zu dem gleichzeitigen Zustand der zu ordnenden Gesellschaft¹⁸⁾. Er sucht die vernünftigen Gedanken des einstmaligen Gesetzgebers nachzudenken, nicht die kausalen Gesetze der „Entwicklung“ zu ergründen; denn dadurch würde er das Recht zu einem blinden Produkt der Naturnotwendigkeit machen, während er es zu erkennen hat als ein Werk des schaffenden (vielleicht unbewußt schaffenden) Geistes. Das frühere Recht kann nicht retrospektiv etwas anderes sein, als das heutige oder das zukünftige; die Methode der historischen Erklärung des Rechts kann nur die des Rechts sein¹⁹⁾.

Nicht alles Recht, das einmal gegolten hat, wird er aber so erklären können; vieles wird ihm, auch wenn er sich getreu in die Zustände und Gedanken jener Zeit versetzt, unerklärlich bleiben, d. h. als ein Befehl erscheinen, dem der Sinn des Rechts abgeht; weil er auch für die damalige Gesellschaft nicht als gerecht und vernünftig eingesehen werden

¹⁶⁾ „als eine Geschichte der **Versuche**, das Richtige zu erhalten“, *Stammler*, Theorie, 807.

¹⁷⁾ sei es zu einem früheren Zustand des Rechts, sei es zu einem anderen Zustand, der neues Recht „erzeugt“.

¹⁸⁾ Die Kultur, nicht die Natur, ist der logische Ort der Geschichte. *Rickert*, Die Grenzen der naturwiss. Begriffsbildung, 4. A. 396; *Schönfeld*, Die logische Struktur der Rechtsordnung, 1927, 31 ff.

¹⁹⁾ Es kann nicht eine andere naturwissenschaftliche, kausale Betrachtung sein, wie *Pachmann*, Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft, 1882, 21, und *v. Laun*, Der Wandel der Ideen in Staat und Volk als Aeußerung des Weltgewissens; Preisschrift des Istitucion Patxot zu Barcelona, 1933, 331, meinen. Was kausal-genetisch erklärt wird, ist nicht verbindlich, sondern wirklich; und was verbindlich ist, kann nicht kausal-genetisch erklärt werden. — Die geschichtliche Erklärung kann auch nicht auf andere als naturwissenschaftliche Gesetze des Werdens ausgehen, die der Geschichte eigen wären. Denn das wäre ein ganz unklarer Begriff des Gesetzes. Und kein Ausweg ist es schließlich, wenn man sich vor der Schwierigkeit, das geschichtliche „Gesetz“ zu definieren, in das bloß „Typische“ flüchtet; wie etwa *Richard Schmidt*, Allgemeine Staatslehre, I, 1901, 19, 111, 281. *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. A. 1914, 30 ff. *Haesaert*, Contingences et régularités du droit positif, 1933, hebt beschreibend typische Regelmäßigkeiten neben ebenso zahlreichen Unregelmäßigkeiten hervor. — Das Geschichtliche ist auch nicht bloß das Individuelle, wie *Rickert*, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 2. A. 1910, und *Windelband*, Geschichte und Naturwissenschaft, 1894, zu einseitig betonen; *Natorp*, Praktische Philosophie, 1925, 169; sonst wäre die Geschichte bloße Beschreibung und würde sich ins Endlose des Vielfältigen verlieren. Den eigentlichen Gegensatz zur Naturwissenschaft bildet nicht die Geschichte, sondern die Geisteswissenschaft, insbesondere die Ethik.

kann²⁰⁾. Sei es, weil er ihm als das Produkt subjektiver Willkür und Leidenschaft der Machthaber entgegentritt, sei es, weil das, was einst sinnvoll war, unter veränderten Umständen seinen guten Sinn verloren hat und nur, dank der Trägheit des Geistes, als totes Sediment einer früheren Periode grundlos aufbewahrt worden ist²¹⁾. Solches Recht, sagt man, erklärt sich nur historisch; es hat seine innere Berechtigung verloren; es besteht nur noch, weil es früher bestanden hat. Das sind, in diesem Sinn, die historischen Bestandteile der Rechtsordnung. Sie erklären sich nach kausalen, psychologischen oder technologischen Gesetzen, aus früheren; aber als sinnvolles, verbindliches Recht erklären sie sich nicht²²⁾. Die erratischen Blöcke aus vergangener Zeit sind das, was dem Altertumsforscher als die stummen Zeugen anderer Geschlechter am traulichsten zum Herzen sprechen; aber sie gehören nicht mehr dem lebendigen Recht an²³⁾.

3. Die dritte Aufgabe des Historikers endlich ist, zu zeigen, wie alles einmal gewesene Recht **Geltung erlangt** hat. Die Geltung ist die *Tatsache*, daß ein Recht machtvoll durchgeführt wird; was die Unterstützung der Macht erhält, das allein gilt²⁴⁾ In welchen welchselvollen

²⁰⁾ Der Historiker darf nicht von der Voraussetzung ausgehen, alles geschichtliche Werden habe einen Sinn; es gelte nur, ihn aufzufinden; sondern er muß das geschichtlich Gewordene daraufhin prüfen, ob es einen Sinn habe und welchen. Alles Recht, wie alles Menschenwerk erhebt allerdings Anspruch darauf. „Die Rechtsgeschichte eines Volkes ist eine ‚Auseinandersetzung‘ mit der Gerechtigkeit und damit Rechtskritik“, sagt *Schönfeld*. Von der Rechtserkenntnis, 1931, 75. Aber den Sinn auch des Widersinnigen, d. h. hier Ungerechten, in der Geschichte aufzusuchen, ist dann nicht die Aufgabe der Geschichtswissenschaft, sondern die Aufgabe der Metaphysik, wie es ihre Aufgabe ist, den Sinn des Uebels überhaupt zu erfassen. Schönfeld's Schrift will ja auch „eine metaphysische Untersuchung“ sein. Nur muß man das eine vom anderen wohl unterscheiden: Der Geschichtsforscher muß feststellen, daß ein Recht, eine Rechts-einrichtung, eine Rechtshandlung (gerecht oder) ungerecht, widersinnig, war; der Metaphysiker mag dann zeigen, daß in der Weltordnung Recht und Unrecht, Gut und Böse, in einem höheren Sinn noch Sinn haben können. „Non è storica che non pigli partito“, *Gentile*, Teoria generale dello spirito come atto puro, 1924, 185. *Stammler*, Deutsches Rechtsleben. 1928, S. 93.

²¹⁾ *Gray*, Nature and sources of the law, 1931, 150. Jede Geschichte ist zugleich Kritik, sagt *Croce*, Logik als Wissenschaft vom reinen Begriff, 1930, 192; so übrigens auch manche andere; z. B. *Richard Schmidt*, a. a. O. 26. Ueber sinnlos gewordenes Recht vgl. z. B. *A. Haesaert*, a. a. O. 86.

²²⁾ Wie das Tatsächliche sich überhaupt nicht erklären, d. h. sinnvoll begreifen läßt; *Brunschwig*, La modalité du jugement, 1897, 91, 99, 131.

²³⁾ Der Hegelianer würde sagen: Weil nicht mehr vernünftig, wären sie schon nicht mehr wirkliches Recht. *Binder*, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1934, 141.

²⁴⁾ Wie in „Organisation“, S. 163 ff. näher begründet worden ist. Es gilt; das ist eine Tatsache; ob es verdiene zu gelten, ob es richtig sei, ist eine andere Frage.

Begebenheiten Macht gegen Macht gekämpft hat, offen mit den Waffen der Faust, oder verdeckt mit den seelischen Kräften; wie die Vorkämpfer der Gerechtigkeit mit den Verteidigern egoistischer Interessen gerungen, oder wie zwei Gegner in gleich ehrlicher, aber gleich befängener Ueberzeugung einander gegenüber gestanden haben; dieses dramatische Spiel darzustellen, ist hier die Aufgabe; es ist vor allem die Aufgabe der politischen Geschichte. Was hier die Geschichte dem späteren Geschlecht erklärt, ist die *Tatsache*, daß die eine Macht über die andere gesiegt hat; und erklärt haben wird sie diese Tatsache, wenn sie sie auf die kausalen Gesetze der Psychologie, der Biologie, der Technologie zurückgeführt hat. Der persönliche Haß zweier Familien, oder die Erbitterung eines lange unterdrückten Landes mag hier ebenso wohl die Erklärung liefern, wie die Schwächung eines Gegners durch den Hunger, der Schiffbruch einer Flotte oder die Erfindung einer neuen Waffe. Die Erklärung ist kausal; aber das zu Erklärende ist ja auch eine Tatsache.

In ihrer ersten Aufgabe ist die Geschichtswissenschaft beschreibend, und deshalb keine Wissenschaft; in der zweiten führt sie Geistiges auf eine Idee zurück und ist Geisteswissenschaft; in der dritten führt sie Tatsachen auf ihre Ursache zurück und ist angewandte Naturwissenschaft. Das Wesentliche ist das zweite, denn wenn das Recht der Vorzeit keinen Sinn gehabt hätte, hätte es auch keinen Sinn, es zu beschreiben und die Kämpfe, die darum geführt worden sind, zu erzählen. Tiere kämpfen auch, aber sie haben keine Geschichte.

Der Rechtshistoriker arbeitet also notwendig mit der Idee des Rechts. Wie diese Idee sich in früheren Zeiten verwirklicht hat, will er zeigen. Ohne selbst Sinn für die Gerechtigkeit zu haben, kann er die Geschichte des Rechts nicht schreiben. Mag er selbst das Recht der Vergangenheit beurteilen, oder das Urteil dem Leser überlassen: er muß daraufhin die Akten sammeln und die Klage substantzieren; sonst erzählt er Geschichten, er schreibt nicht Geschichte.

Er tut es nun aber nicht zu praktischen Zwecken. Daß das von ihm instruierte Urteil unter Umständen nicht auch seinen praktischen Wert für die späteren Generationen hätte, das soll keineswegs in Abrede gestellt werden. Aber der Zweck der Rechtsgeschichte ist das nicht; ihr Ziel und ihr Sinn ist, zu zeigen, wie andere Zeiten und andere Völker ihre rechtspolitische Aufgabe gelöst haben, auch wenn es eine ganz andere Aufgabe gewesen wäre, als die uns heute zugestellte. Das Recht der Inkas oder der Sumier verdient nicht weniger die Betrachtung der Wissenschaft, weil die rechtspolitischen Fragen, die sich damals stellten, sich heute nicht wiederholen. Die Rechtsgeschichte ist ein Stück Kultur-, d. h. Geistesgeschichte, die ihren Wert in sich trägt. Wie wir die Idee des Schönen nur in den Werken erfassen, die die Kunst geschaffen

hat und jedes neue Werk eine Bereicherung unseres Geistes ist, so werden wir uns auch der Idee des Guten und Gerechten nur inne in den konkreten Werken, in denen sie Gestalt gewonnen haben. Jede neue Gestalt ist eine Bereicherung unseres Geistes, auch wenn sie gegenwärtig nicht nachgeahmt werden kann. Die Geschichte hat Sinn, auch wenn sie nichts nützt.

Im folgenden soll von der Methode der Rechtsgeschichte nicht weiter die Rede sein; es mag mit der obigen Skizze sein Bewenden haben.

4. Heuristische Regeln.

a) Frage und Antwort.

Eine zuverlässige Antwort kann man nur auf eine klare Frage geben. Die erste Aufgabe des methodisch Vorgehenden ist daher, die Frage klarzustellen, d. h. abzuklären, nach was gefragt wird.

Es ist beispielsweise unklar, wenn gefragt wird: ist die Souveränität beschränkt oder unbeschränkt? Die einen antworten: beschränkt! denn kein Staat kann vernünftigerweise tun was er will. Sie nehmen also Souveränität im Sinne der Freiheit des Verhaltens (gegenüber andern Staaten)²⁵⁾. Die anderen antworten: unbeschränkt! denn über den Staaten gibt es keine höhere Organisation und keine kompetente Behörde. Sie nehmen also Souveränität im Sinne der *Kompetenz*, über die Grundsätze des Verhaltens zu entscheiden. Das sind zwei ganz verschiedene Fragen. Wie soll man sich da über die zu gebende Antwort verständigen, wenn man über die zu beantwortende Frage nicht klar ist?

Oder: man fragt nach der *causa* der Obligationen. Aber der eine denkt an den Beweggrund der Vertragsschließung und möchte wissen, ob der Konsens gültig sei auch bei Irrtum im Beweggrund (eine Frage des erforderlichen Vertragswillens!). Der andere denkt an die Frage, ob jemand sich verpflichten könne, ohne einen vernünftigen Grund dazu zu haben (namentlich ohne daß der Schuldner sich eine Gegenleistung ausbedingt oder sich bewußt ist, zu schenken), oder vielleicht auch ob ein Vertrag, der einem rechtswidrigen oder unsittlichen oder sinnlosen Zweck dient, gültig sei (eine Frage der Vertragsfreiheit!). Ein dritter denkt an die Einreden und fragt sich, ob die Parteien durch einen abstrakt gefaßten Vertrag der sonst zur Verfügung stehenden Einreden (z. B. *exceptio doli*) sich begeben können und was der Kläger zu behaupten oder zu beweisen hat? (eine Frage der prozessualen Geltendmachung!). Der Gesetzgeber muß positivrechtlich entscheiden oder der Richter auslegen, und die Wissenschaft soll ihnen helfen. Aber wenn sie nicht wissen, in was kausale und abstrakte Verträge sich unterscheiden, kann weder der eine noch der andere eine zuverlässige Entscheidung treffen²⁶⁾.

²⁵⁾ Vgl. *Scelle*, Précis du droit des gens, I, 1932, 13.

²⁶⁾ *Duguit*, Traité de droit constitutionnel, 3. A. 1926, 395 ff.; *Capitant*, De la cause des obligations, 2. A. 1924, 8.

Oder: Man fragt nach der Nationalität der juristischen Personen. Die einen lassen den Sitz, die andern die Nationalität der Teilhaber oder der Personen, unter deren Kontrolle die Gesellschaft steht, entscheiden. Aber um sich über die gestellte Frage schlüssig zu machen, muß man wissen, was denn die Nationalität einer juristischen Person ist; was sie nämlich für eine praktische Bedeutung hat. Will man wissen, welches Privatrecht auf sie anzuwenden ist? oder unter welchen öffentlichrechtlichen Gesetzen, z. B. Steuergesetzen, die gültig konstituierten juristischen Personen stehen? Oder welcher Staat ihre Interessen im völkerrechtlichen Konflikte, z. B. im Falle eines Krieges, vertreten kann? Eine juristische Person kann in jeder dieser Beziehungen einem Staate „angehören“, aber es sind verschiedene Fragen, die nicht gleich beantwortet zu werden brauchen und nicht in Einem beantwortet werden können.

Man fragt z. B. nach dem Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung. Aber welche praktische Frage soll entschieden werden? Ist es die Frage, welcher Erlaß dem andern vorgeht? Dann ist Gesetz, was von der gesetzgebenden Behörde ausgeht, weil die Anordnungen dieser Behörde denen der Regierung vorgehen. Oder fragt man, was von der gesetzgebenden Behörde, was von der Regierung angeordnet werden kann? Dann ist maßgebend der Inhalt des zu Beschließenden. Das sind zwei verschiedene Fragen.

Wenn man nicht weiß, nach was gefragt wird²⁷⁾, kann man nicht wissen, welche Antwort richtig ist; und wenn man weiß, was das Gefragte ist, braucht man, so scheint es, nicht mehr danach zu fragen. Es ist nicht so leicht, richtig zu fragen²⁸⁾. Aus dieser Schwierigkeit sind viele unklare Erörterungen entstanden. Was ist ein „Beamter“? Wer ist das „Staatsoberhaupt“? Was ist ein „Urteil“? Was ist „Verwaltung“? Was das „subjektive Recht“? Sind Rechtssätze „Urteile“ oder „Imperative“? Sind Zivilurteile „konstitutiv“ oder „deklarativ“? Soll man wählen zwischen „Interessenjurisprudenz“ und „Begriffsjuris-

²⁷⁾ Ueber das Verhältnis von Begriff und Rechtsnorm, s. unten S. 70 u. ff. — Der allgemeingültige Begriff bestimmt die Frage; die Rechtsnorm beantwortet sie. Der Begriff ist kein Rechtssatz, wie *Stammler*, Theorie, S. 314, meint, da er allein nichts aussagt; aber er findet Anwendung im Rechtssatz. Der Begriff des Atoms ist kein Naturgesetz, aber er findet Anwendung in Naturgesetzen, wenn die Frage, die er stellt, zu bejahen ist. Vgl. *E. Lask*, Die Lehre vom Urteil, 1912, 189. — Es gibt nun allerdings auch Begriffe, die sich auf die Antwort, den Rechtssatz, beziehen, aber sie sind nicht allgemeingültig; vgl. unten, S. 72. — Eine Definition kann man erst aufstellen, wenn man über die zu stellende Frage klar ist; wer z. B. nicht weiß, nach was er fragen will, kann das „Sittengesetz“ (auch als Frage) nicht definieren; wie *Dürkheim*, Sociologie et philosophie, 1924, 59 (in einem Aufsatz von 1906) meinte. Als Formulierung einer Frage steht der Begriff am Anfang; als zusammenfassender Ausdruck einer Antwort am Ende der Wissenschaft; wie *Kant*, die Definition das Werk des Philosophen abschließen läßt; Kr. d. r. V. Kehrbach, 560.

²⁸⁾ v. *Franck*, Erkenntnis und Sein, Logos, 17, 178 ff. „Eine Frage stellen heißt auf eine mögliche Antwort anspielen“, sagt *von Pauler*, Logik, 279.

prudenz“? Was ist eine „Gebühr“ und was ist eine „Steuer“? 29). Man verfällt hier leicht in leeren Wortstreit.

Eine Frage muß immer von etwas Bekanntem ausgehen; sonst weiß man nicht, auf was geantwortet werden soll. Die richtig gestellte Frage bezieht einen unbekanntem Fall auf einen bekannten Begriff, z. B. wenn man fragt, ob Monaco ein „souveräner“ Staat sei, setzt das voraus, daß man wisse, was Souveränität ist; wenn man fragt, ob der Völkerbund eine „Person des Völkerrechtes“ sei, muß der Begriff des völkerrechtlichen Subjektes bekannt sein. Man fragt ja, ob die Merkmale dieses Begriffes im Völkerbund zu finden seien.

Ist die Schweizerische Nationalbank nach geltendem Recht eine Anstalt des öffentlichen Rechts? Wenn man, um dies zu beantworten, die öffentlich-rechtlichen und die privatrechtlichen „Momente“ im BGes vom 7. April 1921 aufzählt, wird man zu keinem Ergebnis kommen; man muß das eine, maßgebende Kriterium der Unterscheidung überhaupt haben. Vielleicht hat das BGes selbst weder das Kriterium des öffentlich-rechtlichen noch das des privatrechtlichen Charakters konsequent befolgt; dann ist die Nationalbank, trotzdem das Kriterium grundsätzlich feststeht, nicht sicher zu definieren 30). Aber ohne jenes Kriterium könnte überhaupt nichts sicher beantwortet werden, weil ja die zu beantwortende Frage nicht formuliert werden könnte. Wenn man darüber streitet, ob die Kollektivgesellschaft nach OR eine juristische Person sei, und nicht im klaren ist, was eine juristische Person ist, kommt man nicht zum Ziel; und zwar so wenig, wenn die Frage sich de lege ferenda als wenn sie sich de lege lata stellt. Man streitet darüber, ob es im öffentlichen Recht einen „allgemeinen Teil“ gebe, welche „Gesetzestechnik“ im Straf- oder im Steuerrecht die richtige sei, wie das Arbeitsrecht „einzuteilen“ sei, ohne sich zu sorgen, was unter „allgemeinem Teil“, unter „Gesetzestechnik“, unter „Einteilung“ zu verstehen sei. Wie viel Scholastik wird noch getrieben!

Wenn aber noch gar kein Recht gesetzt ist, sind dann nicht alle Begriffe noch unbestimmt? Von welchen Begriffen hätte der Gesetzgeber auszugehen, der die ganze Rechtsordnung neu zu schaffen hätte; wenn es noch kein positives Recht gibt, oder wenn das geltende Recht in keinem Stück maßgebend sein soll für das zu schaffende neue, gibt es da schon feste Rechtsbegriffe? Und wenn es keine gibt, wie kann man da bestimmte Fragen stellen? Mit anderen Worten: sind die Begriffe, denen die Fragen entsprechen müssen, nicht selbst die Geschöpfe des positiven Rechts oder gibt es Begriffe, die feststehen vor jedem positiven Recht? Im ersten Fall kann man vielleicht denjenigen, der eine bestehende Ordnung teilweise erneuern will, anweisen, die im schon bestehenden Teile verwendeten Begriffe im neuen Teile zu verwenden

29) Schweiz. B. Gericht, 35, I, 744.

30) Nicht jedes positivrechtliche Gebilde ist per se folgerichtig; vgl. S. 172 f., 126.

oder doch zu berücksichtigen (z. B. die des bestehenden Zivilrechts im erst zu schaffenden Obligationenrecht oder im Zivilprozeß); man könnte aber demjenigen, der die Rechtsordnung im ganzen erneuern wollte, keine methodische Anleitung geben; nämlich ihm angeben, welche Fragen zu stellen sind und in welcher Reihenfolge.

Es stehen nun aber vor dem positiven (konkreten) Recht schon die allgemeingültigen Begriffe des Rechts fest. Und eben sie umschreiben die zu stellenden Fragen ³¹⁾. Wie sie festzustellen seien, ist allerdings auch eine Frage.

Eine Frage, die zweierlei bedeuten kann:

1. wie solche Begriffe (wenn man sie hat) begründet, wie sie als richtig erkannt werden können; und
2. wie man es anstellen muß, um zu ihnen zu gelangen.

Was die **erste Frage** betrifft, so sind die allgemeingültigen Rechtsbegriffe, die Begriffe also, die vor dem positiven Recht feststehen, nicht alle gleicher Ordnung: die einen sind, hier wie überall, **Ausgangsbegriffe**, d. h. Begriffe ³²⁾, die nicht auf andere, einfachere zurückgeführt werden können, insbesondere das ethische Postulat des Guten und das logische Postulat der Widerspruchslosigkeit; die anderen sind durch jene bestimmt und daraus unmittelbar oder mittelbar abzuleiten, wie die Begriffe des Rechts, der Organisation, der Strafe, des Rechtsgeschäftes u. a. m. Man kann also die letzteren aus den ersten ableiten und durch sie beweisen, z. B. das Postulat einer für alle geltenden Ordnung erzwingbarer Normen aus dem Postulat des Guten angewendet auf eine Vielheit unvollkommener Vernunftwesen, und das Postulat einer behördlichen Organisation aus dieser letzteren Forderung. Und keine dieser Forderungen sind bloße Eingebungen einer willkürlichen Phantasie, weder die Ausgangspostulate, noch die sekundären. Das ist hier nicht weiter darzulegen. Es findet aber seine Bestätigung einerseits darin, daß die daraus abgeleiteten Begriffe unter sich übereinstimmen, daß sie ein widerspruchsloses Gefüge von Begriffen bilden ³³⁾, und andererseits

³¹⁾ unten § 3, S. 57 ff.; vgl. *Stammler*, Theorie, S. 318 ff.

³²⁾ „Begriff“ soll hier nicht im eigentlichen Sinn genommen sein, im Sinn eines definierbaren, d. h. zerlegbaren und ableitbaren abstrakten Konzepts, sondern im weiteren Sinne eines abstrakten Konzepts, wie es auch die Kategorien des Denkens selbst und die Ideen, also die formalen und materiellen Voraussetzungen des Denkens sind. „Das absolut Einfache läßt aber keine Definition zu“, *Rickert*, Allgemeine Grundlegung der Philosophie, 1921, S. 60. *N. Hartmann*, Ethik, 1926, S. 340; Grundzüge der Metaphysik der Erkenntnis, 1925, S. 268. *Hermann*, Ethik, 3. A 1901, 29, 33. — Vgl. „L'Etat et le droit“, S. 209 a und unten S. 66.

³³⁾ Womit nicht gesagt sein soll, das Recht sei ein ganz widerspruchsloser Begriff, sondern nur, die allgemeingültigen Rechtsbegriffe bewähren darin ihre Richtigkeit, daß sie ein relativ harmonisches Gefüge ermöglichen, so harmonisch als es im Rahmen einer widerspruchsvollen Voraussetzung möglich ist, und

darin, daß dieses Gefüge in klarer Einsicht den Sinn des Rechtes im Rahmen der ethischen Ordnung erkennen läßt ³⁴⁾.

Daß unser Begriff des Rechts und unser System allgemeingültiger Begriffe richtig ist, kann nicht anders „bewiesen“ (es ist kein eigentlicher Beweis) werden als dadurch, daß er im Rahmen der gesamten Ethik einer sinnvollen Frage (welche Normen sind unter Zwang zu stellen?) Ausdruck gibt.

Oder mit andern Worten: der Begriff eines Systems von Zwangsnormen, welcher der Begriff des Rechtes ist ³⁵⁾, ist richtig, weil die ethische Ordnung (im weiteren Sinne) ohne Zwangsnormen nicht auskommt, gerade solche Normen also notwendig dazugehören und sich daher dem Ethiker die unausweichliche Frage stellt, welches in concreto diese Normen sein sollen. Das Recht ist ein notwendiges Glied eines sinnvollen größeren Ganzen.

Auf die **zweite Frage** dagegen, die nach dem Weg, zu diesen Begriffen zu gelangen, solange sie nicht erkannt sind, ist zu antworten: wenn die Ausgangsbegriffe und damit die Ausgangsfragen bestimmt sind, ist auch der Weg zu allen sekundären Begriffen und Fragen bestimmt (vgl. unten § 3); das Sekundäre kann aus dem Primären abgeleitet werden. Für die Auffindung des Primären aber, der Ausgangsbegriffe und -fragen, läßt sich ein solcher Weg nicht aufzeigen, weil die Methode vom Wesen des Gegenstandes abhängt, der ja eben zu erforschen ist. Zu diesen Begriffen gelangt man, wie zu allen primären Einsichten, nur empirisch: durch fortgesetzte Versuche und Annäherungen, Arbeitshypothesen. Spielt ja sogar in der mathematischen Forschung das intuitive Ahnen neuer Zusammenhänge eine bedeutende Rolle ³⁶⁾, obschon die einmal gefundenen Lehrsätze lückenlos und genügend aus ihren eigenen Ausgangssätzen abgeleitet werden können (vgl. S. 81).

b) Reinheit der Frage.

Wenn man eine grundsätzliche Rechtsfrage abklären will, muß man den Grundsatz in voller **Reinheit** zur Frage stellen; und wenn man eine besondere Frage abklären will, muß man sie auf einen grundsätzlichen Gegensatz bringen.

Das letztere braucht nicht weiter angeführt zu werden: es ist klar, daß eine besondere Frage des positiven Rechts nicht grundsätzlich er-

harmonischer als andere (unrichtige) Begriffe, die auf Allgemeingültigkeit Anspruch machen wollten. Vgl. „Organisation“, 185 ff.; „L'Etat et le droit“, 141 a ff. Unten S. 56.

³⁴⁾ Vgl. *Ernst Cassirer*, Substanzbegriff und Funktionsbegriff, 1923, S. 194.

³⁵⁾ Vgl. „L'Etat et le droit“ 139a.

³⁶⁾ *H. Driesch*, Wirklichkeitslehre, ein metaphysischer Versuch, 1930, 27: über das „Nachdenken“.

örtert werden kann, wenn man sie nicht auf einen grundsätzlichen Ausdruck bringt. Das Beispiel der Nationalbank (S. 25) diene zur Erläuterung. Das Erste dagegen bedarf noch der Erläuterung.

Eine grundsätzliche Frage ist es z. B., ob der Zwang dem Rechte wesentlich ist. Um sie zu beantworten, muß man sie so stellen: könnte ein Staat jedem Zwang entsagen ohne etwas (begrifflich) Wesentliches einzubüßen? Oder praktisch aufgefaßt: könnte die Gesellschaft auf jeden Zwang verzichten? Aehnlich die Frage nach der Natur der Strafe: man vergegenwärtige sich einmal eine Rechtsordnung ohne jede Strafe und man wird erkennen, welche Funktion und welche Bedeutung der Strafe zukommt³⁷⁾. — Wenn man die theoretische Bedeutung des Rechtsgeschäftes zum Rechtssystem sich deutlich machen will, muß man sich vergegenwärtigen, was an der Rechtsordnung geändert würde, wenn es gar keine Rechtsgeschäfte gäbe (es gäbe, behaupte ich, z. B. keine Gewerbepolizei und kein Geld, da beides die privatrechtliche Tätigkeit voraussetzt); und ebenso, wenn man nach der praktischen Berechtigung des Rechtsgeschäftes fragt: man kann sie nur sicher beurteilen, wenn man in Gedanken eine Gesellschaft ohne jede Privatautonomie und eine mit unbeschränkter Privatautonomie vergleicht. — Ueber die Frage, ob das Präjudiz des Gerichtes folgerichtigerweise objektives Recht schafft oder richtigerweise schaffen sollte³⁸⁾, wird man sich Klarheit verschaffen, wenn man sich jene These unbeschränkt durchgeführt denkt, so daß jedes Präjudiz, schon das erste, das Gericht für alle späteren Urteile bindet; man wird dann erkennen, daß die zwei Fragen zu unterscheiden sind, 1. ob das empfehlenswert und 2. ob das noch bloße Rechtsanwendung ist; die erste eine praktische, die zweite eine theoretische; und daß, wenn man die praktische bejaht, wie England es getan für das Urteil des house of lords, die „Rechtsprechung“ nicht mehr bloße Rechtsanwendung, sondern zugleich Rechtssetzung ist; daß aber umgekehrt, wenn man der Rechtsprechung diesen Charakter rein bewahren und jedes Urteil nur für den einen Fall verbindlich machen will, man der praktischen Forderung der Rechtssicherheit nicht Genüge tut; die Frage ist also nicht so einfach; weshalb man sich gerne begnügt, festzustellen, daß das Präjudiz formell nicht bindet, aber materiell (richtigerweise) doch nicht unberücksichtigt bleiben sollte.

Die Frage, ob polizeiwidrige Arbeitsverträge, z. B. Arbeitsverträge mit unzulässiger Arbeitszeit oder unter unzulässigen Bedingungen, gültig sind, kann nur sicher beantwortet werden, wenn man sich das Verhältnis des Polizeirechts zum privaten Rechtsgeschäft, ja zum Privatrecht überhaupt klar macht³⁹⁾.

Wenn man eine grundsätzliche Frage beantworten will, wird man auch gut tun, sie auf einen begrifflichen Gegensatz zu bringen; eben auf jenen begrifflich reinen Gegensatz. Vorhin hieß es, der Begriff solle in seiner ganzen Ausdehnung, jetzt: er solle in seiner spezifischen

³⁷⁾ „Organisation“, S. 283 ff.

³⁸⁾ Vgl. z. B. *Mezger*, Archiv f. civ. Praxis, 1931, 123 Beilageheft, S. 40.

³⁹⁾ „Organisation“, S. 33. Vgl. die Referate von *Schönenberger* und *Richard* im schweizer. Juristenverein; Z. f. schweiz. Recht 1933, S. 1 a ff.

Beschränkung genommen werden. Auch das sei nur in ein paar Beispielen erläutert:

Ist nach ZGB 505 die richtige Datierung eine Voraussetzung der formellen Gültigkeit des Testamentes? Die Frage kann nicht beantwortet werden, wenn nicht zuvor feststeht, was die Form eines Rechtsgeschäftes ist, im Gegensatz zum Inhalt. Wenn man als Form betrachtet die Art und Weise der Aeüßerung des rechtsgeschäftlichen Willens, im Gegensatz zu seinem Inhalt, ist die Schriftlichkeit wohl eine Form, aber nicht was geschrieben wird, also auch nicht das Datum. Das Datum gehört dann zum Inhalt. Nennt man aber Form, was die Gültigkeit der eigentlichen letztwilligen Verfügung bedingt, so ist das Datum ein Formerfordernis in diesem Sinn, und nur in diesem Zusammenhang kann man fragen, ob es nach Gesetz richtig sein muß; was *F. v. Kippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935, nicht genügend unterscheidet.

Oder die praktische (legislatorische) Frage: Ist für Automobilfahrer die Kausalhaftung einzuführen? Der Gesetzgeber wird sich fragen müssen: was bedeutet die Kausalhaftung überhaupt? Wenn es bloß ein rechtstechnisches Mittel sein soll, dem Geschädigten den Beweis zu erleichtern, wo den Haftbaren in der Regel ein Verschulden trifft, ist es eine Frage des Beweisrechts. Wenn es aber die Haftung für unverschuldeten Schaden sein soll, reiht sich die Frage an: soll der Automobilfahrer also haften für Zufall, d. h. ohne daß er verdiente, zu haften? Dann wird man sich auch fragen müssen, ob man ihn nicht von dieser unverdienten Last durch eine Versicherung entlasten soll, und ob man nicht jede Zufallshaftung durch die (staatliche) Versicherung ersetzen sollte, wie es in der Schweiz für die Haftpflicht der Gewerbetreibenden aus Betriebsunfällen geschehen ist.

Oder endlich die Frage: sollen die Beamten Kinderzulagen erhalten? Wenn man diese besondere Frage auf einen begrifflichen Gegensatz bringt, wird man fragen müssen: was soll die Besoldung überhaupt sein? ein Entgelt für die geleisteten Dienste? dann muß sie nach dem Wert dieser Dienste bemessen werden. Oder was zum Lebensbedarf des Beamten nötig ist, eine Art Alimente? dann werden die Familienlasten maßgebend sein müssen.

Mit diesen grundsätzlichen Unterscheidungen sind die besonderen Fragen noch nicht vollständig gelöst; aber ohne sie können sie nicht einmal klargestellt werden.

Und wenn die Frage klargestellt ist, ist sie oft schon gelöst, weil in der klargestellten Frage der bisher nur unklar gesuchte, entscheidende Gegensatz ausgesprochen wird.

Wenn man z. B. in der deutschen Doktrin Schuld und Haftung gegenüberstellt und fragt, worin der Unterschied beruht, ist diese Frage zunächst unklar und verschiedene Antworten mögen gleich richtig sein; man sollte eben nicht die unbekanntenen Begriffe in die Frage aufnehmen (wie oben S. 24 bemerkt). Führt man die Frage auf den bekannten begrifflichen Gegensatz: Rechtspflicht und Rechtzwang⁴⁰⁾ oder: Entstehung der

⁴⁰⁾ wie es z. B. *Hedemann*, Schuldrecht, 1920, S. 40 tut.

Rechtspflichten aus eigenem oder aus fremdem Verhalten zurück, oder auf den Gegensatz: Verpflichtung aus Verschulden oder aus Zufall; sagt man also deutlich, nach was man fragt, so hat man auch schon die Antwort: im ersten Sinn ist die vertragliche Pflicht, Arbeit zu leisten, eine Schuld; Haftung ist aber allein die Pflicht, für den Schaden aus der Nichterfüllung jener Schuld, mit seinem Vermögen einzustehen, weil das allein erzwungen werden kann; im zweiten Sinn ist die Pflicht des Hauptschuldners eine Schuld, die des Bürgen eine Haftung; oder die Schadenersatzpflicht des Angestellten eine Schuld, die des Geschäftsherrn eine Haftung; im dritten Sinn ist die Pflicht des nachlässigen Eigentümers, den Schaden aus nachlässigem Unterhalt eines Werkes zu ersetzen, eine Schuld, die Pflicht aber, auch andern Schaden aus dem Werk zu ersetzen, eine Haftung⁴¹⁾ Das praktisch Bedeutsame der zweiten und dritten Unterscheidung liegt allerdings in der Erzwingbarkeit der Pflicht des Haftpflichtigen: Haftung nennt man nur eine Pflicht, die exequiert werden kann und nicht eine bloße Schuld im ersten Sinn; mit andern Worten, wer für einen andern haftet oder für Zufall haftet, ist zu einer Leistung verpflichtet, die in natura erzwungen werden kann. So daß der entscheidende Gesichtspunkt aller drei Unterscheidungen in der Tat der Gegensatz von erzwingbarer und nicht erzwingbarer (oder besser: unmittelbar und nur mittelbar erzwingbarer Pflicht ist. (Vgl. unten S. 131), und die beiden anderen daraus abgeleitet sind; aber es sind doch andere Gegensätze als die ersten.

Man fragt mitunter, warum Verträge verbindlich seien und stellt damit eine Frage, die nur deshalb schwierig ist, weil sie unklar ist. Soll sie sich nämlich auf das geltende Recht beziehen, so kann sie nur lauten: welche Abreden sind nach geltendem Recht verbindlich und sind deshalb „Verträge“ im privatrechtlichen Sinn? Denn daß Verträge in diesem Sinn verbindlich sind, ist selbstverständlich. Soll sich die Frage aber auf das zu schaffende Recht beziehen, so kann sie nur lauten: welche Abreden soll der Gesetzgeber als verbindlich und damit als Verträge anerkennen; und diese Frage ist allerdings eine wichtige, aber nicht allgemeingültig zu beantwortende Frage der Gesetzgebungspolitik. Jeder Gesetzgeber muß sie sich stellen: aber beantworten kann er sie nur nach der jeweiligen individuellen Sachlage; die allgemeingültige „Theorie“ kann ihm nicht weiterhelfen⁴²⁾. Man braucht sich hier also nur klar zu machen, was vernünftigerweise gefragt werden kann, um die Antwort schon zu haben, ja, um die Nutzlosigkeit der Frage einzusehen.

Die Frage kann in ihrer grundsätzlichen Reinheit, d. h. in ihrer unvermischten und vollen grundsätzlichen Bedeutung nur gestellt werden, wenn sie als Gegensatz zu einer anderen, gleichfalls grundsätzlichen Frage erfaßt wird. Im Unterscheiden besteht das methodische Denken, ja das Denken überhaupt⁴³⁾. Welcher Grundsatz gemeint war, erfaßt

⁴¹⁾ Die Ersatzpflicht des Tierhalters ist Haftung im zweiten und dritten Sinn: er haftet für Zufall und gewissermaßen für fremdes, nämlich des Tieres Verhalten.

⁴²⁾ Als durch den Hinweis auf die stets leitende Idee der Gerechtigkeit.

⁴³⁾ Vgl. *Rickert*, Allgemeine Grundlegung der Philosophie, 1921, 57—58: das heterothetische Prinzip des Denkens; eine Anwendung: S. 134.

man erst, wenn man ihn, den gemeinten oder gesuchten, einem andern gegenüberstellt, der nicht gemeint ist und nicht gesucht werden soll.

Wir haben das ja schon in den vorigen Seiten immer geübt: die Eigenart des Rechtes und seiner Methode versteht man nur, wenn man das Recht und seine Methode den andern Gegenständen der Wissenschaft und ihrer Methode gegenüberstellt. Das muß schon tun, wer richtig fragen will.

Man fragt, was das Rechtssubjekt sei, was unter diesem Begriff zu verstehen sei. Auf was die Frage geht, kann man sich nur klar machen (und mit dem Sinn der Frage wird bereits die Antwort abgeklärt), wenn man sich vergegenwärtigt, von was diese Eigenschaft den Gegensatz bildet: was soll das Rechtssubjekt nicht sein? Ein Wesen, das am Recht überhaupt nicht teilnimmt oder ein Wesen, das bloß keine privaten Rechte ausüben und innehaben kann? Oder das sogar Gegenstand eines privaten Rechtes ist, eine Sache des Sachenrechts? Die Frage kann nicht abgeklärt werden, wenn man nicht weiß, worauf sie geht, und das macht man sich nur klar, wenn man sich des Gegensatzes bewußt ist, auf dem die gesuchte Unterscheidung beruht. Denn das Rechtssubjekt soll doch begrifflich umschrieben und dadurch abgegrenzt werden, und das kann man nur, wenn man weiß, wovon es abgegrenzt werden soll (unten S. 156).

ERSTER TEIL

DIE METHODE DES RECHTS IM ALLGEMEINEN

§ 2. Die rechtswissenschaftliche Methode im Gegensatz zu den Methoden anderer Wissenschaften.

Aus dem Gesagten erhellt bereits die Bedeutung der Methode für die Rechtswissenschaft. Gibt es aber eine solche Methode, nämlich eine gleichbleibende, stets gleich richtige Methode? Fragwürdig¹⁾ ist das, weil ja das Recht nicht gleich bleibt, wie etwa die Sätze der Mathematik. Das positive Recht ist von Zeit zu Zeit und von Ort zu Ort verschieden; und die Aufgabe des Gesetzgebers, das Recht, das er richtigerweise setzen muß, auch. Kann die Art und Weise des Vorgehens gleich bleiben?

Darauf ist zu antworten, daß die Frage nach der Methode nur Sinn hat, wenn eine allgemeine, gleichbleibende Methode gemeint ist; wenn es eine Methode gibt für alles positive Recht²⁾. Wenn nämlich jedes Gesetz wieder auf anderem Wege gefunden und, nachdem es erlassen, in anderem Verfahren ausgelegt werden müßte, je nach seinem Inhalt, gäbe es keine Methode; auch keine juristische im erwähnten Sinn. Es hätte keinen Sinn, nach der Methode zu fragen, wenn sie abhängig wäre vom veränderlichen Inhalt des zu erlassenden Gesetzes. Denn um den Inhalt im Ganzen oder im Einzelnen zu bestimmen, müssen wir die Methode haben; sie dient uns dazu, den richtigen Inhalt zu finden.

¹⁾ Fragwürdig im doppelten Sinn: zweifelhaft und des Fragens wert. Sehr mit Recht sagt *Spranger*, Der Sinn der Voraussetzungslosigkeit der Geisteswissenschaften; Sitzungsber. der Berliner Akad. d. Wiss. Phil.-Hist. Abt., 1929, S. 12: „Wenn die Juristen de lege ferenda diskutieren, so haben sie nach meinem Eindruck heute dafür keine völlig gesicherte methodische Basis.“ Und wenn sie nicht wissen, nach welcher Methode das Gesetz zu machen ist, wissen sie auch nicht, wie das gemachte Gesetz zu verstehen ist; sie wissen nicht, was ihr Gegenstand, das Recht, ist.

²⁾ *Pachmann*, Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswiss., 1883, S. 70 ff.

Müssen wir aber erst den Inhalt haben, um die Methode zu bestimmen, so können wir uns diese Mühe ersparen: wir brauchen dann keine Methode mehr; wir brauchen nicht mehr nach dem Wege zu fragen, weil wir am Ziel sind.

Die Methode muß also unabhängig sein vom jeweiligen Inhalt des Rechts, wenn es überhaupt eine gibt ³⁾.

Läßt sie sich aber finden?

Sie muß, sagten wir, unabhängig sein vom besonderen Inhalt des jeweiligen (erlassenen oder zu erlassenden) Rechts. Aber sie kann nicht unabhängig sein vom Rechte selbst. Denn jede Methode bestimmt sich durch ihr Ziel, und jede wissenschaftliche Methode durch den Gegenstand dieser Wissenschaft ⁴⁾. Die Methode der Rechtswissenschaft muß dem Gegenstand, dem Ziel dieser Wissenschaft entsprechen; die mathematische Methode dem Gegenstand der Mathematik; die Methode der praktischen (ethischen) Wissenschaften ihrem Objekt und die der Rechtswissenschaft im besonderen muß der Eigenart, dem Wesen des Rechtes gemäß sein ⁵⁾.

1. Das Wesen des Rechtes besteht nun in dem, was allem Recht notwendig gemeinsam ist, was jedes besondere Recht aufweisen muß, um Recht zu sein. Also nach dem Begriffe des Rechtes selbst.

Da ist aber vor allem festzuhalten, daß das Recht nicht eine Tatsache des natürlichen Geschehens ist, die es gilt auf ihre Entstehung unter dem Gesichtspunkt der Kausalität zu erklären, sondern ein **Postulat der Vernunft**, das verwirklicht werden soll durch den vernünftigen Menschen ⁶⁾. Das Recht will verbindlich sein; als eine verbindliche Vor-

³⁾ „Ohne einen philosophischen Begriff der Kunst, Religion, des Rechts bereits zu haben, können wir empirische Kunstwissenschaft, Religionswissenschaft, Rechtswissenschaft gar nicht treiben,“ *Rothacker*, Handbuch der Philosophie, II, c, S. 79. Die Methode wird daher, wie das System, nicht durch den tatsächlichen, zufälligen Inhalt des Rechts bestimmt; und die Richtigkeit des Systems ergibt sich nicht daraus, daß es alle Begriffe und Rechtssätze jeder gegebenen Rechtsordnung „als Teile eines in sich geschlossenen Ganzen“ in sich aufnimmt, wie z. B. *Stoll*, Archiv f. civ. Praxis, 133. Beilageheft, 110, mit vielen anderen meint. Dies ist naturwissenschaftlich gedacht.

⁴⁾ Sofern man unter Methode nicht bloß die Wahl zweckmäßiger Mittel zur Anwendung eines Denkverfahrens versteht. Messung und Färbung sind technische Mittel zur Beobachtung biologischer Vorgänge; aber daß beobachtet werden muß und daß aus den Beobachtungen die allgemeinen Gesetze des Geschehens zu gewinnen sind und wie, ist eine Frage der Methode. Die Einheitlichkeit der Wissenschaft kommt von der einen Art des Gegenstandes (vgl. unten S. 76).

⁵⁾ Entgegen der Meinung *Loenings*: „Eine spezifische juristische Methode gibt es überhaupt nicht . . .“, *Schmollers Jahrbuch* 11, 1887, S. 543.

⁶⁾ „Kurz, die Rechtslehre ist eine Analyse des Rechtsbegriffs a priori, als eines Soll . . .“, *Fichte*, System der Rechtslehre, 1812, 3, Kap. X, 499. *Sigwart*, Logik, 3. A. II, 754. *Alfred Fouillée*, L'idée moderne du droit, 1878, 222, 242,

schrift wendet es sich an den vernünftigen Menschen. Die Verbindlichkeit kann man aber nur aus Gründen einsehen, nicht aus Ursachen erklären ⁷⁾. Die Rechtswissenschaft ist also eine praktische Wissenschaft im philosophischen Sinne des Wortes ⁸⁾, wie die ethischen Wissenschaften überhaupt; im Gegensatz nicht etwa zu einer unpraktischen, unnützen, sondern zu der theoretischen Wissenschaft ⁹⁾. Sie ist eine Wissenschaft von Postulaten, nicht von Tatsachen ¹⁰⁾. Sie erforscht was sein soll, nicht was ist. Dessen muß sie eingedenk bleiben.

Dem entspricht eine wesentlich andere Methode. Wenn die Naturwissenschaft ihre Gesetze aufsucht, verfährt sie (z. T.) nach der **induktiven Methode**: sie stellt zunächst die Tatsache (durch Beobachtung) fest und abstrahiert daraus, indem sie vergleicht, das den beobachtenden Tatsachen Gemeinsame; z. B. daß gewissen Stoffen, den Metallen, gewisse Eigenschaften gemeinsam sind; oder gewissen körperlichen Zuständen, z. B. den Gasen, andere Eigenschaften; Eigenschaften, die sich in bestimmten Vorgängen bewähren und diese Vorgänge, wie Gesetze, beherrschen. Z. B. die Eigenschaft der Metalle, sich mit Säuren zu verbinden; die der Gase, sich nach allen Seiten gleichmäßig auszudehnen, usw. Voraussetzungslos ist allerdings auch diese Wissenschaft nicht. Sie

vgl. 340. La science sociale contemporaine, 1880, 56. *Lask*, Die Philosophie am Beginn des 19. Jahrh., 1907, S. 304. *Ihering*, Geist des röm. Rechts, 2. A. II, 1869, S. 306, „Das Recht ist dazu da, daß es sich verwirkliche“. *Kroner*, Die Selbstverwirklichung des Geistes, 1928, S. 141: „Das politische Werk ist niemals vollendet.“ *Binder*, Die Lehre vom Rechtsbegriff, in „Logos“, 18, 16: „Das Recht gehört in ein anderes Reich: weder in das der Physik, noch in das der Psychologie, sondern in das des Geistes oder der Freiheit, in das Reich der Sinngebilde, der wertbedingten, nach Ideen gestalteten Wirklichkeit.“ Ebenso: Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1934, 56. Vgl. *H. Heller*, Staatslehre, 1934, als Wirklichkeitswiss. vom sinnvollen Staat. *Laun*, Der Wandel der Ideen, 1923, 346. — Daß diese Autoren unter sich in manchem abweichen, interessiert uns hier nicht.

⁷⁾ „Der Einzelne kann seinem Leben allenfalls einen hedonischen Zweck abzugewinnen suchen, den keine Weltanschauung zu beeinträchtigen vermag, aber das soziale Ganze, das weder Lust noch Unlust fühlt, erschiene völlig sinnlos, falls es nichts anderes als ein kausal notwendiges reales Objekt darstellte.“ *Rickert*, Grundlegung der Philosophie, 1921, S. 148.

⁸⁾ So z. B. *Sidgwick*, The method of ethics. 7. ed. 1907, S. 1 f. Die Unterscheidung ist so alt wie die Philosophie. Vgl. *Aristoteles*, Metaphysik, Buch II, Kap. 1; besonders *Kant*, Kr. d. r. V. Kehrbach, S. 434 ff. Kritik der Urteilskraft, Reclam (Raymund Schmidt), S. 23.

⁹⁾ und zur angewandten theoretischen Wissenschaft, zur Technologie. Vgl. *Kant*, Kritik der Urteilskraft, Einleitung. — Ueber die praktischen Lehren im technologischen Sinn (Zweckmäßigkeit), s. unten Ziffer 2!

¹⁰⁾ weder von äußeren, noch von Tatsachen des Bewußtseins; wenn sie, was sich im Bewußtsein abspielt, als bloße Tatsache behandelt, ist sie auf falschem Wege. Vgl. *W. Burckhardt*, Das Recht als Tatsache und als Postulat, in der Festgabe für *Max Huber*, 1934, 75 ff. Viele behaupten allerdings das Gegenteil; z. B. *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 3: „Reiner Wissenschaft ist nur die Frage zugänglich, was ist, nicht was sein soll.“

setzt u. a. voraus, daß es eine gleichbleibende, kausale¹¹⁾ Folge (unter gleichen Bedingungen) gibt, und daß sich die gefundenen einzelnen Gesetze zu einer Ordnung zusammenfügen müssen¹²⁾. Wie dem auch sei; auf welchem Wege man immer zu den Gesetzen und zum System gelange, jedes gefundene Gesetz muß sich bewähren an den Tatsachen, an den data der Erfahrung. Stimmt das Gesetz mit den Tatsachen nicht überein, so ist es unrichtig und muß geändert werden. Neue tatsächliche Feststellungen haben ganze wissenschaftliche Systeme über den Haufen geworfen; man denke an Copernicus, an das Mikroskop, die Spektralanalyse, die Tatsachen der Vererbung, die Messung der Lichtgeschwindigkeit, den Atomzerfall u. a. m.¹³⁾. Ist aber das Gesetz, die einheitliche Formel kausaler Ableitung gefunden, so ist alles gefunden, was die Naturwissenschaft finden kann. Nach dem Grund, dem Sinn, nach dem Warum dieses tatsächlichen Geschehens darf sie nicht fragen¹⁴⁾.

Die Rechtswissenschaft tritt umgekehrt mit dem sinnvollen Postulat der Gerechtigkeit an die gegebenen Vorschriften des geltenden Rechts (oder an die zu gebenden der *lex ferenda*) heran und sucht in ihnen einen rechtlichen, d. h. unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit sinnvollen Gedanken. Die Idee des Gerechten, mit der sich das gegebene Einzelne erst als sinnvoll erklärt, kann nicht aus Erfahrung durch Abstraktion gewonnen werden; weder der Begriff des Rechts überhaupt, noch die Begriffe der einzelnen Rechtssätze¹⁵⁾.

Was die Naturwissenschaft von der Rechtswissenschaft unterscheidet,

¹¹⁾ Die Allgemeingültigkeit des Kausalprinzipes ist allerdings heute auch für die Naturwissenschaft bestritten. *E. Cassirer*, Substanzbegriff und Funktionsbegriff, 2. unver. A. 1923, S. 348 ff. *Baumgarten*, Der Weg des Menschen, 1933, S. 222; vgl. unten S. 85. Aber auch wenn man von der Kausalität absieht, bleibt die Wissenschaft der Natur doch eine Wissenschaft von Tatsachen, nicht von Postulaten. *Tillich*, System der Wissenschaften, 1923, 30.

¹²⁾ Was mit dem Aufbau des Systems der Naturwissenschaften zusammenhängt. Vgl. *Sigwart*, Logik, II, 720, 765; *Windelband*, Kritische oder genetische Methode, in Präludien, 1884, S. 253 ff.; *von Pauler*, Logik, 1929, 38, 50, 226 ff.; *H. Driesch*, Wirklichkeitslehre, 1930.

¹³⁾ *Baumgarten*, Der Weg des Menschen, 1933, 166.

¹⁴⁾ Sie setzt einen Teilvorgang zu den anderen in Beziehung; warum das ganze Getriebe läuft, geht über ihre Zuständigkeit.

¹⁵⁾ Das Recht überhaupt ist wohl ein abstrakter Begriff; aber er wird nicht durch Abziehen einiger Merkmale von gegebenen Tatsachen (der Erfahrung) gewonnen. Der Erkenntniswert einer Idee ist auch ein anderer als der eines durch Abstraktion gewonnenen Begriffes. *Krause*, Abriß des Systems der Philosophie des Rechts, 1828, 71. — *Cathrein*, Recht, Naturrecht und positives Recht, 1909, 35; *P. de Francisci*, Ai giuristi italiani, discorso, 1932, 12 ff.; *Felice Battaglia*, Diritto e filosofia della pratica, 1932, 21 ff. *Baumgarten*, Der Weg des Menschen, 4, will vom üblichen Rechtsbegriff ausgehen und diesen approximativen Begriff durch „Methodische Besinnung“ verdeutlichen; wie das aber geschehen soll, bleibt unklar.

ist nicht bloß der Gegensatz von Natur und Recht, sondern der allgemeinere Gegensatz von Tatsache und Postulat ¹⁶⁾. Weil die Naturwissenschaft eine Wissenschaft von Tatsachen ist, arbeitet sie nach anderer Methode als die Rechtswissenschaft; weil diese eine Wissenschaft von Postulaten ist, ist ihre Methode (im wesentlichen) nicht die der Naturwissenschaft. Aber ebensowenig ist ihre Methode die irgend einer anderen Tatsachenwissenschaft, sei es einer der Wissenschaften von sinnfälligen oder von nicht-sinnfälligen Tatsachen ¹⁷⁾. Sie alle wollen gegebene Tatsachen unter dem Gesichtspunkt kausalen Geschehens ¹⁸⁾ er-

¹⁶⁾ Ueber den Gegensatz von Norm- und Tatsachenwissenschaften vgl. *Windelband*, Präludien, 247 ff.; *Brunschwig*, La modalité du jugement, 1887, 79 ff., 91 ff. *Sidgwick*, Method of ethics, 7. ed. 1907, 1 ff., 27 ff.; *Th. Litt*, Wissenschaft, Bildung, Weltanschauung, 1928, 36. — Recht und Staat als geschichtliche Wirklichkeit und als Idee unterscheidet sehr klar *Krause*, a. a. O. 1 f. — Auf diesen Gegensatz, scheint mir, geht die Kontroverse zurück zwischen Hedonisten und Moralisten: wer die psychologischen Tatsachen betrachtet, kann behaupten daß alle Willensentschliefungen durch die Erwartung größeren Glückes (oder kleineren Unglückes) bestimmt werden, und zu diesen Gefühlen, die das Verhalten tatsächlich bestimmen, mag er auch die „moralischen“ nehmen. Aber er betrachtet dann die Entschliebung als einen tatsächlichen, kausal zu erklärenden Vorgang und in dieser Betrachtung hat die Moralität, als Postulat, das Werturteil, keinen Platz. Wer aber die Entschliebung unter diesen Gesichtspunkt praktischer Richtigkeit stellt, betrachtet sie von vorneherein als die Betätigung eines Urteils, nach einer sinnvollen Idee, und will dann nicht retrospektiv und kausal erklären, was tatsächlich geschieht, sondern prospektiv und vernünftig begründen, was geschehen soll. Das sind zwei verschiedene Betrachtungen des Ganzen. Die Frage ist, ob sie, beide, möglich sind; ist nur die erste möglich, so stellt sich die zweite Frage nicht; ist auch (oder nur) die zweite möglich, so wird ihre Frage durch die erste Betrachtung nicht beantwortet, weil es eine ganz andere Frage ist; was z. B. *Sidgwick*, a. a. O. 45 ff. nicht beachtet. — Der Streit über die Freiheit des Willens leidet an derselben Unklarheit. Wer nach der Freiheit des Willens fragt, setzt diese ganze Betrachtung schon als möglich voraus; aber er betrachtet dann das Verhalten nicht unter dem Gesichtspunkt der Kausalität, sondern unter dem einer praktischen Idee, und was sich aus der kausalen Betrachtung ergibt, kann die praktische Betrachtung in keine Weise beeinträchtigen noch ihre Ergebnisse widerlegen. *Kant*, Grundlegung der Metaphysik der Sitten, Fritsch, S. 97; *Kr. d. Urteilkraft*, Einleitung (Reclam) S. 52 f.

¹⁷⁾ Von data oder facta, wie *von Gottl-Ottilienfeld*, Wirtschaft und Wissenschaft, 1931, I, 97, unterscheidet; der wesentliche Unterschied ruht aber nicht in der Sinnfälligkeit oder Nichtsinnfälligkeit, wie G. später selbst ausführt, ohn indessen mit seiner „Lebenslehre“ über eine „verstehende“ Betrachtung hinaus zu kommen.

¹⁸⁾ oder einer naturgesetzlichen Zuordnungsrelation, einer Datenkonstellation wie *J. Kraft*, Die Unmöglichkeit der Geisteswissenschaft, 1934, S. 110, das sozial Gesetz definiert; immer ist es eine Erfahrungswissenschaft; *ibid.* S. 15. — Wenn die Geopolitik zeigt, wie die geographische Beschaffenheit des Gebietes auf die Verwirklichung der Idee des Staates einwirkt, mag sie nach kausale Gesetzen forschen; denn die Verwirklichung dieser wie jeder anderen Idee ist durch die Wirklichkeit kausal bestimmt; aber sie setzt die zu verwirklichend

klären; die einen (Tatsachen) bezogen auf die anderen. Die Geisteswissenschaften, und insbesondere die Rechtswissenschaft, aber wollen Postulate begründend erklären, die gelten unabhängig von aller tatsächlichen Wirklichkeit¹⁹⁾.

Die Rechtswissenschaft kann daher ihre Ergebnisse nicht induktiv aus den Tatsachen der Erfahrung ableiten, so oft und so nachdrücklich das auch behauptet worden ist²⁰⁾.

Kant hatte in der *Kr. d. r. Vernunft* (Kehrbach, 277) gesagt: „Denn

Idee des Staates stets voraus und erklärt mit ihren Erfahrungsgesetzen niemals, wie aus solchen Ursachen ein Staat, d. h. eine verbindliche Einrichtung, entsteht; vgl. *H. Heller*, Staatslehre, 1934, 143; so wenig wie die Physiker mit der Beschaffenheit des Materials das Kunstwerk erklären können.

¹⁹⁾ „Daraus, was ist, kann nie festgestellt werden, was sein sollte“, von *Pauler*, Logik, 1929, 174.

²⁰⁾ z. B. von *Thiers*, De la propriété, 1848, éd. pop. 18—20; *Pfersche*, Methodik der Privatrechtswissenschaft, Graz, 1881, 6, 14, 21; von *Kirchmann*, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral, 1873, 2, 174; *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft, 203 ff., der S. 224 zum Schlusse kommt, daß eine Tatsache „Ursache“ des Verpflichtetseins ist. *Kranenburg*, Positief Recht en Rechtsbewustzijn, Groningen, 1928, 56; *Manigk*, Irrtum und Auslegung, 1918, S. 7, 225. *Courcelle-Seneuil*, in der Vorrede zur 4. A. vom *Summer-Maine*, Ancient la law (französ.), S. XII, Early history of institutions, S. 385. *Sander*, Das Recht als Sollen und das Recht als Sein, Archiv f. R. und Wirtschaftsphilosophie 17, 34; das Verhältnis von Staat und Recht, Archiv f. öff. Recht, n. F. 10, 177, meint, es gebe überhaupt nur Existentialurteile. — Aehnlich *Baumgarten*, Der Weg des Menschen, S. 169; und ebenso viele Soziologen; z. B. *Dürkheim*, Les règles de la méthode sociologique, 1895, 172; er sagt allerdings von seiner Methode: „elle est indépendante de toute philosophie;“ nur zu sehr! — Neuerdings *Beling*, Archiv f. d. civ. Praxis, n. F. 13 (1931), 8; *Lundstedt*, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswiss., 1932; vgl. *Jaehner*, Der Mythos vom Recht, 1933; *Cruet*, La vie du droit et l'impuissance des lois, 1908, S. 8. — Gegen diese Auffassung z. B. *Kuhlenbeck*, Die natürlichen Grundlagen des Rechts und der Politik (o. D.), 8 ff.; *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, 894; Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1934, 121; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. A. 1932, 29; *Roß*, Theorie der Rechtsquellen, 1929; *Litt*, Erkenntnis und Leben, 1923, 161 ff., Wissenschaft, Bildung, Weltanschauung, 1928, 45 ff.; *F. v. Hippel*, Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Begriffsbildung, Berlin 1930, 38; *Gray*, Nature and sources of the law, 1931, 273; *Laur*, La démocratie, 1933, 82 ff.; u. a. Vor allem *Stammeler*, seit seiner „Methode der geschichtlichen Rechtstheorie“, 1888. — Die Frage, wie die Idee (der Geist) sich zur Wirklichkeit verhalte, die insbesondere Hegel beschäftigte, braucht hier nicht erörtert zu werden; zunächst mußte hier das eine vom anderen unterschieden werden. — Ueber diese ganze Richtung des 19. Jahrhunderts: *Joel*, Die Ueberwindung des 19. Jahrhunderts im Denken der Gegenwart, Kant-Studien Bd. 32, 475 ff. „Ja man hat recht daran getan, heute die großen Wertdifferenzen endlich wieder heraufzuholen aus dem Weltsumpf des Monismus, in den sie versunken waren, und jenem Urwald von Gleichgültigkeiten zu entreißen, zu dem uns der Positivismus die Welt machte. Es war wahrlich an der Zeit und notwendig, heute wieder das Recht des Dualismus zu begründen und wieder das Geistige und Ideale, die Normen und Werte hoch über das Sein des Menschen und Lebens zu spannen“ (515). „Aus dem grauen Meer dahinziehender Wellen von Tatsachen muß uns der Mut des Urteils wieder aufsteigen, . . .“ (516).

in Betracht der Natur gibt uns Erfahrung die Regeln an die Hand und ist der Quell der Wahrheit; in Ansehung der sittlichen Gesetze aber ist Erfahrung (leider!) die Mutter des Scheins, und es ist höchst verwerflich, die Gesetze über das, was ich tun soll, von demjenigen herzunehmen oder dadurch einschränken zu wollen, was getan wird“²¹⁾. *Reinhold* wandte das in seinen „Briefen über die kantische Philosophie“, II, 4. Brief, auf das Recht an: „Um diese Richtigkeit (des Begriffes vom positiven Recht), die daher durch keine bloße Zergliederung des Begriffes, den man wirklich hat, sondern nur durch die Wissenschaft möglich ist, die den Begriff, den man haben soll, verarbeitet, — um diese Richtigkeit hat man sich bisher gar nicht bekümmert . . ., wie hätte man sich sonst auch nur im Traume einfallen lassen können, daß die philosophischen Begriffe von Recht und Unrecht . . ., daß der Zustand von Philosophie — auf das positive Recht und die Wissenschaft desselben keinen entscheidenden Einfluß habe, und daß man überhaupt ein selbstdenkender Rechtsgelehrter sein könne, ohne Philosoph im engsten Sinne des Wortes zu sein“²²⁾.

Diesen Standpunkt hat die Rechtswissenschaft noch heute nicht überwunden; sie glaubt heute noch, man könne aus dem Recht, das ist, den Begriff des Rechts abstrahieren. Das ist einer der gemeinsten Irrtümer der konstruierenden wie der philosophierenden Rechtswissenschaft²³⁾.

Beispielsweise: *Kirchmann*, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral, 1873, 178, hatte behauptet, der Gegenstand der Rechtswissenschaft, das Recht, bilde sich aus unzusammenhängenden, zerstückelten, oft dunkeln Geboten; *A. Merkel*, Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zum „positiven“ Recht, *Grünhuts Z.*, Bd. 1, 1874, 418 ff., bestritt dies, da sonst dem Recht der

²¹⁾ Und in der Kr. d. Urteilskraft, Einleitung (Reclam, S. 52): „Das Gebiet des Naturbegriffs unter der einen, und das des Freiheitsbegriffs unter der anderen Gesetzgebung sind gegen allen wechselseitigen Einfluß, den sie für sich (ein jedes nach seinen Grundsätzen) auf einander haben könnte, durch die große Kluft, welche das Uebersinnliche von den Erscheinungen trennt, gänzlich abgesondert; der Freiheitsbegriff bestimmt nichts in Ansehung der theoretischen Erkenntnis der Natur; der Naturbegriff ebensowohl nichts in Ansehung der Gesetze der praktischen Freiheit.“

²²⁾ Vgl. auch S. 83 ff. Auch *Reinhold Schmidt*, Theorie und Methodik des bürgerl. Rechts, 1848, 24, ein. Schüler von Fries, tritt der logisch-abstrakten Richtung der damaligen Rechtswissenschaft entgegen.

²³⁾ *von Liszt*, Bedingte Verurteilung und bed. Begnadigung, *VDA*, 3, 1 ff.: „Die Rechtsvergleichung hat nur unter der Voraussetzung wiss. Wert, daß aus dem Seienden das Seinsollende erkannt werden kann . . . Den normativen Maßstab für die Gesetzgebung gibt uns die Entwicklungsrichtung des Rechts.“ Hiegegen *Max Grünhut*, Beiträge zur Strafrechtswiss., herausgegeben von *Hegler*, 1930, I, 3. Ferner u. a. *Bovensiepen*, in *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung*, 41, 160; und schon 1869: *Kütz*, Sein und Sollen, S. 74: „Daraus, daß dieses ist, folgt wohl, daß jenes war, oder jenes sein wird, aber nie und nimmer, daß ein anderes sein soll!“ Vgl. auch *Simmel*, Einleitung in die Geisteswiss., 3. A. 1892, I, 12, 72, der allerdings das Sollen psychologisch zu erklären scheint.

wiss. Charakter abginge. Die Tatsache des Rechts mag wohl K. oft recht geben, aber die historische Tatsache ist hier nicht entscheidend, sondern das Postulat; die dem Gesetzgeber gestellte Aufgabe ist sicher, ein zusammenhängendes, lückenloses Ganzes zu machen. — Oder: *G. Jellinek* hatte in seiner Allg. Staatslehre, 3. A. 554, behauptet, jeder Staat bedürfe eines höchsten Organs; hätte er zwei, so bestünde ein dauernder Kampf zwischen ihnen. *Anderssen*, im Archiv f. R. und Sozialphilosophie, 27, 185, hält ihm entgegen, eine solche Zweiheit sei wohl denkbar und sogar (!) vorgekommen. Das letztere mag wohl der Tatsache entsprechen, aber damit ist nicht gesagt, daß es dem Postulat (eines folgerichtigen Rechts) entspreche. Alle die vier Autoren haben es sich aber nicht klar gemacht, ob die Verfassung, bezw. das Recht als Tatsache oder als Postulat anzusehen seien.

Auch der Staat ist zunächst ein Postulat; und, sofern realisiert, ein realisiertes Postulat. Daran muß man festhalten, um die Staatslehre auf den richtigen Boden zu stellen. Wenn z. B. festgestellt wird, daß es mehrere Rechtsgemeinschaften gibt, die staatliche und andere, vielleicht sogar staatsfeindliche²⁴⁾, oder daß Recht erfahrungsgemäß durch den Staat und auch unabhängig vom Staat entsteht, so ist das tatsächlich richtig. Aber die juristisch bedeutsame Frage ist, ob solches dem staatlichen Postulat entspricht; mit andern Worten: ob derjenige, der dieses Postulat folgerichtig und rein durchführen will, neben dem Staat andere, von ihm unabhängige (oder gar ihm feindliche) Organisationen und ob er neben dem staatlichen Recht andere Rechtsquellen zulassen kann. Man kann die Tatfrage bejahen und die rationelle Frage verneinen.

Nur ist hier wohl zu unterscheiden, je nach der Aufgabe der Rechtswissenschaft. Die Wissenschaft vom positiven, d. h. hier vom geltenden Recht, hat es auch mit Tatsachen zu tun. Was nur als Postulat begründet ist, ist noch nicht geltendes Recht und die Rechtswissenschaft befaßt sich vor allem mit dem geltenden Recht. Wenn sie nun erforscht, welche Rechtssätze in einem Staate gelten, forscht sie nach einer Tatsache; denn Geltung ist die Tatsache, daß eine Rechtsnorm (durch die staatlichen Organe) angewendet und durchgesetzt wird²⁵⁾. Gewöhnlich werden die im Gesetz aufgestellten Normen auch in dieser Weise verwirklicht. Dann hat die Wissenschaft nur festzustellen, was als Gesetz beschlossen worden ist, um festzustellen, was gilt²⁶⁾. Aber wenn eine gesetzliche Regel tatsächlich nicht mehr angewendet würde, z. B. das Verbot, in die Firma der AG Namen lebender

²⁴⁾ *Romano*, L'ordinamento giuridico, 1918, 7 ff.

²⁵⁾ vgl. „Organisation“, 166 ff.; ähnlich: *Gray*, Nature and sources of the law, New York, 1931, 83 ff.

²⁶⁾ Dieser autoritative Ausspruch des Gesetzgebers ist dem Juristen gegeben. *Fichte*, Rechtslehre von 1812, Philos. Bibl. Bd. 163, S. 6 (der Rechtslehre!).

Personen aufzunehmen, hätte die Wissenschaft festzustellen, daß diese Regel nicht mehr gilt und auch das wäre eine tatsächliche Feststellung. Bedeutsamer ist die Aufgabe der Wissenschaft, wenn das geltende Recht von vornherein nicht in Gesetzen niedergelegt ist, sondern auf der Praxis der rechtsanwendenden Behörde, der der Gerichte oder Verwaltungsbehörden, beruht, wie das common law in England. Dann hat sie aus den gefällten Urteilen oder Entscheidungen die allgemeinen Regeln zu abstrahieren, die darin angewendet worden sind; das war z. B. die Aufgabe der Romanistik: aus den Einzelentscheidungen der Digesten hatte sie die Regeln abzuziehen, die darin anerkannt waren. Und noch heute ist diese Aufgabe auch für das kodifizierte Recht bedeutsam, weil das Gesetz nie alles unzweideutig sagt; wie alle die abstrakten Regeln des Gesetzes in der Praxis der zuständigen Behörden ausgelegt werden, d. h. in welcher Auslegung sie eigentlich gelten, darüber gibt erst die Gerichts- und Verwaltungspraxis Auskunft, und sie zu ermitteln, d. h. die vollständigen, klaren Regeln aus den getroffenen, konkreten Entscheidungen abzuleiten²⁷⁾, ist wiederum, cum grano salis, die Ableitung eines Allgemeinen aus gegebenen, besonderen Tatsachen. Ein großer Teil der wissenschaftlichen Arbeit, insbesondere der Kommentierung der Gesetze, besteht darin. Die Wissenschaft des Rechts geht in diesem Falle vor wie jede Wissenschaft von Tatsachen: induktiv²⁸⁾. Nur kann sie nicht, wie es die Naturwissenschaft tun muß, von der Voraussetzung ausgehen, alle ihre gegebenen Tatsachen, insbesondere alle Präjudizien der Praxis, seien unter sich widerspruchlos und müßten in einem System Platz haben; die Praxis selbst kann widerspruchsvoll, schwankend, unklar sein (vgl. unten § 12). Aber abgesehen davon, ist ihre Arbeit zunächst dieselbe wie die des Tatsachenforschers überhaupt, und ihre Methode ist auch dieselbe: die Induktion²⁹⁾.

Aber auch in dieser Arbeit darf der Jurist nicht aus den Augen ver-

²⁷⁾ Aus den Entscheidungen von Behörden läßt sich das im Staat geltende Recht erkennen; vgl. „Organisation“, S. 230; *Gray*, a. a. O., 84. Aus dem Verhalten der Rechtsuntergebenen läßt sich nichts Entscheidendes ableiten. Deshalb ist es unrichtig, im Völkerrecht aus der Praxis der Staaten, aus ihrem tatsächlichen Verhalten, die Regeln ableiten zu wollen, nach denen sie sich verhalten sollen; denn die Staaten sind die Privaten, die Rechtsuntergebenen des Völkerrechts. Man untersucht z. B., wann die Staaten ihre Verantwortlichkeit für deliktisches Verhalten von Einzelnen anerkannt haben, und schließt daraus, wann sie verantwortlich seien; *Borchard*, *Diplomatic protection of citizens abroad*, 1915; und so fortwährend in der völkerrechtlichen Doktrin.

²⁸⁾ Darauf beschränkt sich vornehmlich die Arbeit des Darstellers des angelsächsischen Rechts. *Gray*, a. a. O., 272.

²⁹⁾ *Larnaude*, *Les méthodes juridiques*, 1911, p. 21. Eine andere Frage ist, ob man aus den induktiv gefundenen „Grundsätzen“ wieder per deductionem neue Grundsätze ableiten kann, die im Material, aus dem die Grundsätze induziert werden, nicht enthalten waren. Diese angebliche Deduktion ist das Verfahren der Analogie, die nie rein deduktiv ist. Vgl. § 13.

lieren, daß die Regeln, die er festzustellen oder zu ergänzen sucht, Rechtsregeln sind; sie müssen dem Begriff des Rechts entsprechen, d. h. dem Begriff eines Postulates der Vernunft. Was schlechterdings nicht mehr als Recht angesprochen werden kann, weil es unvernünftig, sinnlos, unerträglich, unbillig ist, kann auch nicht der wahre Wille des Gesetzgebers, die richtige Praxis sein. Was die Wissenschaft aus dem Buchstaben des Gesetzes oder aus den Entscheidungen der Behörde erschließt, muß doch immer irgendwie die erkennbaren Züge des Rechts tragen³⁰⁾.

Sodann muß die Wissenschaft, auch die Tatsachenwissenschaft, die ihr gegebenen Tatsachen nach einem davon abhängigen Plane untersuchen und auf ein System bringen, das ihr als Wegleitung dient: kurz, sie muß methodisch vorgehen. Und das ist, hier wie bei aller Induktion, ein Ordnungsprinzip, ein Postulat, das nicht den rohen, ungeordneten Tatsachen entnommen werden kann. Sonst könnte die „Wissenschaft“ bloß registrieren und nicht systematisieren³¹⁾.

Ob es neben der Rechtsfigur des Vertrages auch die der „Vereinbarung“, des „Gesamtaktes“ gebe, kann man nicht dadurch entscheiden, daß man auf „Erscheinungen“ des positiven Rechts aufmerksam macht, wo Rechtswirkungen durch ein Zusammenwirken Mehrerer, das kein Vertrag ist, „entstehen“; man muß auch noch den Sinn solcher Akte, ihre Stellung im System, kurz ihre Berechtigung darlegen³²⁾. Fliegende Fische „gibt es“, wenn sie in der seienden Wirklichkeit vorkommen; aber einen Zwitter von Gesetz und Vertrag, z. B. allgemeinverbindliche Verträge, „gibt es“ nicht, wenn es widerspruchsvoll ist.

Endlich hat die Wissenschaft oft, wie oben angemerkt und später noch auszuführen sein wird (§ 12), unter den sich widersprechenden

³⁰⁾ Wie der Philosoph *Kroner*, *Idee und Wirklichkeit des Staates*, Kieler Univ.-Schriften, Heft 10, 1930, betont hat. *Donati*, *Il principio del diritto*, 1933, p. 136 ff. *Pachmann*, *Ueber die gegenwärtige Bewegung in der R.-Wiss.*, 1882, S. 46; womit allerdings nicht übereinstimmt, daß die Jurisprudenz ihre allgemeinen Begriffe durch Induktion gewinnen solle; S. 71, 77.

³¹⁾ *Knubben*, *Die Subjekte des Völkerrechts*, 1928, S. V, sagt: Wenn sich nachweisen lasse, daß Menschen nach Völkerrecht Rechte zustehen, müsse man wohl oder übel diese Menschen als Subjekte des Völkerrechts anerkennen. Allein, ob Einzelne Rechte und Pflichten des Völkerrechts haben können, entscheidet sich nicht nach der T a t s a c h e, daß man ihnen da oder dort solche zuerkennt, daß man sie tatsächlich als Subjekte des Völkerrechts behandelt hat, sondern danach, ob ein solches Verhalten begründet, d. h. hier ob es folgerichtig ist, daß die Staaten und die Einzelnen als Subjekte der Völkerrechtsordnung anerkannt werden. Es ist also nicht entscheidend, wie *Hold-Ferneck*, *Lehrbuch des Völkerrechts*, I, 1930, 248, mit Recht hervorhebt, ob die Staatsverträge wirklich Einzelnen Rechte zusprechen wollen, sondern ob sie es können.

³²⁾ Ebenso wenn man neben den Rechtsgeschäften noch Akte der „Rechtsgestaltung“ annimmt, ohne ihr logisches Verhältnis zu den Rechtsgeschäften klarzulegen.

Entscheidungen der Praxis zu wählen, da nicht Widersprechendes zugleich Recht sein kann. Die bloße Induktion genügt hier nicht mehr; ein kritisch wertendes Urteil muß entscheiden.

Vor allem versagt die Induktion aus Tatsachen vollständig, wo das Recht erst zu schaffen ist: in der Aufgabe des Gesetzgebers, d. h. in der wichtigsten Aufgabe des Staates. Hier werden die grundsätzlichen Entscheidungen gefällt; hier sollten sie jedenfalls gefällt werden. Und diese Aufgabe kann die Induktion nicht bewältigen, weil die Frage nicht darauf geht, was erfahrungsgemäß ist, sondern was vernünftigerweise sein soll. Das kann nicht induktiv durch die „pöbelhafte Berufung auf die Erfahrung“, wie *Kant* sagte, ermittelt werden (vgl. unten § 11). Weshalb die herrschende Lehre die Aufgabe auch nicht mehr zur Wissenschaft zählt (vgl. oben S. 14).

An einem Beispiel sei das Gesagte erläutert: Man streitet über den Grundsatz der sog. *K a u s a l h a f t u n g* im Zivilrecht; über den einheitlichen Gedanken, auf dem sie beruhe: aktives Interesse, Gefährdungsprinzip, sozialer Ausgleich, oder was immer. Ist das eine bloß induktive Arbeit? Sie ist es jedenfalls nicht, wenn die Frage des Gesetzgebers beantwortet werden soll, wer in dem zu erlassenden Gesetz für Schaden haftbar zu machen sei; denn für ihn sind die Dekrete des geltenden Rechts nicht maßgebend. Aber auch wenn das geltende Recht, die lückenhaften oder unklaren Bestimmungen des Gesetzes zu ergänzen und auszulegen sind, kann der Bearbeiter nicht in logischer Gebundenheit aus den im Gesetz (klar) entschiedenen Fällen den allgemeinen Grundsatz durch blinde Abstraktion ableiten, wie der Astronom aus den beobachteten Strecken des Laufes der Gestirne den nicht beobachteten induziert, errechnet; es fragt sich vielmehr, auf welchen *ethisch-vernünftigen* allgemeinen Gedanken die besonderen Entscheidungen des geltenden Rechts zurückgeführt werden können (vgl. unten § 13). Ja, wenn das Gesetz vollständig klar ist, aber sich nur in besonderen Entscheidungen ergeht, wird der Dogmatiker, der das Gemeinsame dieser besonderen Vorschriften, die er weder ändern kann noch auszulegen braucht, aufsucht, doch nicht nur vom Interesse geleitet, für diese besonderen Anordnungen durch Abstraktion einen begrifflich einfachen Ausdruck zu finden, sondern vom Bedürfnis, die Folgerichtigkeit der positiv-rechtlichen Lösung und damit auch ihre Gerechtigkeit zu überprüfen, um festzustellen, ob das Gesetz das Richtige getroffen hat oder, im Gegenteil, mangelhaft ist und deshalb abgeändert werden sollte. Ob die im Gesetz vorgesehenen Fälle schuldloser Haftung auf einem einheitlichen und einleuchtenden ethischen Gedanken beruhen und ob sie gegenüber den Fällen, wo keine Haftung gegeben ist, folgerichtig abgegrenzt, ist nicht nur eine Frage der Folgerichtigkeit, sondern auch eine Frage der Gerechtigkeit, die er nur mit Hilfe seiner *praktischen Urteilskraft* beantworten kann, und deren Sinn im Verlangen liegt, das geltende Recht als gerecht zu erweisen oder dem Gesetzgeber den Weg zur Reform zu weisen. Das ist die den Dogmatiker beunruhigende Frage, und indem er sie beantwortet, „erklärt“ er das geltende Recht.

Als eine Wissenschaft vom Seinsollenden unterscheidet sich die Jurisprudenz von der Biologie, der Psychologie, der Soziologie.

Die **Biologie** erforscht die Tatsachen des Lebens unter dem Gesichtspunkt kausalen Geschehens. Mag auch dieser Begriff des Lebens, um den sich hier alles dreht, noch so problematisch sein, der tatsächliche Verlauf des Lebens ist es, der die Biologie beschäftigt, und die Gesetze dieses zeitlichen Verlaufes sucht sie zu erkennen. Auch am Menschen. Also nicht das sinnvolle Verhalten der Person, sondern den tatsächlichen Ablauf der sinnfreien Veränderungen im Menschentier und die kausalen Gesetze dieses Ablaufes. Das sind zwei grundverschiedene Betrachtungen; die eine ist nicht etwa die Fortsetzung der anderen ³³). Diese beiden Gegenstände der Forschung als das Ergebnis einer Entwicklung darzustellen und nach einer Methode erforschen zu wollen, führt zur größten Verwirrung ³⁴). Das eine ist Natur, das andere Geist.

Die **Psychologie** (nach der einen Richtung) ³⁵) will erklären, wie sich die Bewußtseinsvorgänge abspielen, in welchem ursächlichen Verhältnis sie zueinander stehen. Im Gegensatz zur Logik, welche darstellt, wie Urteile gebildet werden sollen; oder zur Erkenntnistheorie, welche erklärt, welchen Vorstellungen Erkenntniswert zukommt; oder zur Moral, welche prüft, wie gedacht und gehandelt werden soll ³⁶).

Die **Soziologie** befaßt sich mit dem gesellschaftlichen Leben. Ist sie eine Tatsachen- oder eine Normenwissenschaft? Die Soziologen sind selbst in dieser Grundfrage über den Gegenstand und damit über die Methode ihrer Wissenschaft nicht im klaren. Die Soziologie, das meinen sie fast alle, soll eine Wissenschaft von Tatsachen sein. Eine Wissenschaft von Tatsachen ist sie nun allerdings, aber von Tatsachen, die sich auf die menschliche Gesellschaft, d. h. auf eine sinnvolle Gemeinschaft vernünftiger Wesen beziehen, und dadurch selbst ihren Sinn erhalten. Obschon ihr *Stammler* ³⁷) deutlich den Weg gewiesen hat, schwankt sie unentschlossen zwischen den beiden wesensverschiedenen Aufgaben: der Aufgabe, Tatsachen kausal zu erklären, und der Aufgabe, Postulate ethisch zu begründen. Will sie nur das erste tun, so bleibt sie Naturwissenschaft (ob eine besondere, einheitliche, ist aller-

³³) Vgl. von *Gottl-Ottilienfeld*, *Wirtschaft und Wissenschaft*, I, 1931, 681 ff.; wie die Geburt der Vernunft aus der Unvernunft ein „falscher Zauber“ ist.

³⁴) Biologisch ist z. B. das „System der Rechtsphilosophie“ von *Knapp*, Erlangen, 1857.

³⁵) Die andere will in den Bewußtseinsvorgängen nicht nur ein bloßes Geschehen, sondern ein Denken sehen, das unter der Kategorie der Bedeutung steht; vgl. z. B. *Hönigswald*, *Die Grundlagen der Denkpsychologie*, 1925, S. 366.

³⁶) Dann darf man aber nicht, mit *Gény*, *Méthode d'interprétation* 2. A. 1919, II, 254, sagen: „Il est certain que le droit, comme toutes les disciplines morales, emprunte ses principes fondamentaux à la psychologie.“

³⁷) in „*Wirtschaft und Recht*“, 1896. *Commons*, *Legal foundation of capitalism*, 1931, ist ein Bilderbuch dazu.

dings fraglich); mögen nun die Tatsachen, die „Erscheinungen“, deren zeitlichen Ablauf sie beschreibt und erklärt, Beziehungen unter Menschen oder Beziehungen im Menschen sein; es sind immer (biologische oder psychologische) Kausalgesetze, die sie sucht, und sie ergeben als solche nichts über die ethischen (rechtlichen) Normen, die die Menschen untereinander befolgen sollen³⁸⁾, und die eigentlich erst die „Gesellschaft“ ausmachen. Will sie aber diese Normen begründen, oder zu ihrer Begründung beitragen³⁹⁾, so ist ihr Ziel von vornherein diese Begründung, und nicht die kausale Erklärung von Tatsachen. Sie mag sich auch dann noch darauf beschränken, Tatsachen darzustellen, ohne selbst ein Werturteil zu fällen; aber die Tatsachen, die sie darstellt, sind die Folgen menschlicher Einrichtungen, also einer verbindlichen Ordnung; z. B. der Ehe, der Ehescheidung, der Gütertrennung, eines bestimmten Erbrechts, der Koalitions- oder Vertragsfreiheit, des allgemeinen Stimmrechts, des Zollschatzes u. a. m.; daß sie diese Tatsachen darstellt, hat Sinn und wird zum einheitlichen Gegenstand nur dadurch, daß es Material ist zur kritischen Beurteilung der Normen, welche die dermalige Gesellschaft ausmachen; wie es die Statistik der sozialen Tatsachen mehr oder weniger folgerichtig tut.

v. *Gottl-Ottilienfeld*, *Wirtschaft und Wissenschaft*, I, 133. Die Statistik der Beteiligung der Wähler an politischen Wahlen hat nicht den Sinn, die psychologischen Anlagen des Menschen kennen zu lernen, sondern den Wert der Wahlrichtung; allerdings u. a. in Anbetracht jener Anlagen. Tatsächliche Feststellungen haben nur insofern gesellschaftswissenschaftlichen Wert, als sie Material beibringen zur Beurteilung des Wertes der geltenden Normen. Festzustellen, wie viel geschulte und wie viel ungeschulte Personen stimmen, ist gesellschaftswissenschaftlich interessant, weil man danach (und anhand eines Wertmaßstabes) den Wert der Schule und des Stimmrechtes beurteilen kann; aber zu wissen, wie viele Stimmberechtigte gleich zu Beginn und wie viele erst kurz vor Schluß der Wahlverhandlung zur Urne gehen, ist nur psychologisch, nicht gesellschaftswissenschaftlich interessant; es sei denn, man wolle danach die Frage beurteilen, zu welcher Zeit die Verhandlung angesetzt werden sollte.

Die Soziologie nimmt aber nicht klar Stellung zwischen diesen beiden Möglichkeiten; sie will zwar, nach den meisten ihrer Vertreter, eine Wissenschaft von Tatsachen sein; sie verzichtet aber nicht darauf, aus ihren Feststellungen praktische Schlüsse zu ziehen⁴⁰⁾. Die letztere ist

³⁸⁾ „Es ist kennzeichnend, daß man aus einer bestimmten Feststellung der Statistik . . . ganz konträre Schlüsse ziehen kann,“ sagt *Salomon*, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 2. A. 1925, 43. Oder besser: eben deshalb gar keine! Denn ein Schluß, dessen Gegenteil ebenso schlüssig ist, ist ein trauriger Schluß!

³⁹⁾ Vgl. z. B. *Baumgarten*, *Weg des Menschen*, 483.

⁴⁰⁾ Die „Entwicklung“, deren Gesetze sie festzustellen vermeinen, ist stets ein Fortschritt zum Besseren oder ein Rückschritt zum Schlechteren; auch *Dürkheim*, *Les règles de la méthode sociologique*, 7. A. 1919, 59, unterscheidet „nor-

unklar, aus zwei Gründen: 1. weil sich die Soziologie oft nicht Rechenschaft gibt, daß sie damit ein ethisches Werturteil fällt, also etwas ganz anderes tut, als Tatsachen feststellen und kausal erklären; 2. weil sie, diese metabasis eis to allo genos übersehend, aus Tatsachen auf Postulate „kurzschließt“, während Tatsachen als solche ethisch gar nichts ergeben: schließen kann man aus ihnen nur, wenn man ihnen einen ethischen Maßstab anlegt: die eine Prämisse des Schlusses ist dieser Maßstab (Postulat), die andere die festgestellte Tatsache; der Schluß die praktische Folgerung.

Wenn z. B. festgestellt wird, daß mit der Erleichterung der Ehescheidung die Fruchtbarkeit der Ehen abnimmt, so folgt daraus allein nicht, daß die Ehescheidung erschwert werden sollte. Dieser Schluß könnte nur gezogen werden, wenn außerdem feststünde, daß die Ehen möglichst fruchtbar (oder doch fruchtbarer) sein sollen. Dieses Postulat kann man aber niemals statistisch begründen; man kann bestenfalls anhand statistischer Erhebungen veranschaulichen, welches die tatsächlichen Folgen der ehelichen Unfruchtbarkeit sind; nicht aber beweisen, daß sie schlecht sind. — Deshalb ist es auch unklar, wie die Erforschung der gesellschaftlichen Tatsachen zur Erkenntnis der Normen des Verhaltens führen soll; wie das Recht aus dem Leben erkannt, die Rechtswissenschaft durch die Soziologie gefördert werden soll, nach der These der „soziologischen Rechtswissenschaft“. Vgl. z. B. E. Fuchs, Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909; Lambert, La fonction du droit civil comparé, I. 1903; Gény, Méthode d'inter-

male“ und andere Tatsachen. Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3. A. I, 1927, 78, spricht von Gesetzen der Biologie, deren der Einzelne sich bewußt ist! was aber seine „soziale Verpflichtung“ ist, bleibt höchst unklar. Bald ist ihm die Rechtsnorm „le produit contingent des faits“ (72; vgl. 499); bald schwärmt er von Gerechtigkeit (50). Ueber diese methodische Unklarheit der Soziologie vgl. Ad. Menzel, Naturrecht und Soziologie, Wien, 1912; v. Gottl-Ottilienfeld, a. a. O., 1005; ferner: Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, 46 ff. — Und wenn die Sozialwissenschaft nicht werten, sondern nur Wertbegriffe „analysieren“ will, wie Max Weber, Ges. Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1904, 543, meint, so kann das doch nur den Sinn haben, den Wert im Begriffe zu erkennen; man sezziert doch einen Körper nicht planlos, sondern um die Organe und ihre Funktionen zu erkennen. Wie soll die Wissenschaft einen Gegenstand analysieren, für den sie, per definitionem, gar keinen Sinn haben darf: den Wert? — Das ist gegen alle („objektiv“ sein wollende) „verstehende“ Wissenschaft von „wirklichen“ Sinngebilden zu sagen; vgl. Jerusalem, Der Staat, 1935, 49. — Und ferner: Hat die Wissenschaft Sinn, soll sie Sinn haben für praktische Werte, insbesondere für den praktischen Wert der sozialen, d. i. der rechtlichen Einrichtungen, so bewertet sie sie notwendig, positiv oder negativ. Sie positiv bewerten heißt aber nichts anderes als zu ihrer Verwirklichung, zur Schaffung oder Erhaltung, auffordern; also zum praktischen Verhalten Stellung nehmen. Aesthetische Werte kann man in untätiger Beschaulichkeit verstehend genießen; ethische aber kann man nicht erkennen, ohne zu fordern, daß sie verwirklicht werden. Die „verstehende“ Sozialwissenschaft, die durchaus kein praktisches Urteil fällen will, z. B. die Sombart's, Die drei Nationalökonomien, 1930, ist eine Halbheit.

prétation, 2. A. 1919, II, N. 168; Ehrlich, Soziologie und Jurisprudenz, Oestr. Richterzeitung, 1906. —

Dieser Lehre gegenüber ist zu betonen: Tatsachen (richtig ausgewählt) sind nur Material zu der zu treffenden Entscheidung; und die zu treffende Entscheidung ist die dem Gesetzgeber aufgegebenen praktische Frage. Dazu sollen (und können) die Gesellschaftswissenschaften beitragen. Aber um brauchbares Material beibringen zu können, müssen sie nicht nur die Tatsachen, sondern auch den Sinn der gesetzgeberischen Aufgabe kennen.

Die Tatsachen, die die Soziologie feststellt, z. B. die Macht der Gewohnheit, des Ehrgeizes, oder die Folgen der Ehescheidung, des allgemeinen Stimmrechtes, mögen beachtenswert sein für denjenigen, der praktische Urteile zu fällen hat (den Gesetzgeber); sie allein begründen noch kein praktisches Postulat⁴¹⁾. Auch nicht die viel angerufenen „Lebensverhältnisse“, die man oft als „Substrat“ der Rechtsverhältnisse hinstellt⁴²⁾.

Man verkennt den ethischen Charakter des Rechts (und der Gesellschaft), wenn man es mit Heller, Archiv für Sozialwiss. 55, 1926, 313, als „sozialpsychologisch wirksames gesellschaftliches Seinsgebilde“ bezeichnet. Oder wenn man glaubt, es auf der „soziologischen Ebene“ verstehen zu müssen, während doch das Soziale nur auf dem Boden des Rechts zu verstehen ist, oder, genauer gesagt: jede soziale Betrachtung den Begriff des Rechts schon voraussetzt.

Horváth, Rechtssoziologie, 1924, 52 ff., der das leugnet, meint, das Recht könne nur im Zusammenhange von Tatsachen und Norm, synoptisch, erkannt werden, als ein sinnvolles Sein. Aber die Norm interessiert die Rechtswissenschaft, und nur unter diesem Gesichtspunkt interessiert sie die Tatsache: als eine Verwirklichung der Idee. Die „synoptische“ Methode H's. schwankt zwischen begrifflicher Analyse, kausaler Erklärung und ethischer Wertung, deren Unterschied er übrigens wohl kennt; vgl. SS. 82, 92, 95, 110. — Ähnliche Gedanken bei Perticone, Ethische Freiheit und juridische Ordnung, Berlin, 1934.

⁴¹⁾ Sidgwick, Method of ethics, 1907, 81; vgl. Hermann Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, 20. Rickert, Grundlegung der Philosophie, 1921, 114.

⁴²⁾ Vgl. z. B. Thöl, Einleitung i. d. d. Privatrecht, 1851, 91; typisch: Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse; Kiel, 1866 9 ff.; ferner: L. von Stein, Gegenwart und Zukunft der R.- und Staatswiss. D's, 1876, 98 f., Pachtmann, a. a. O. 95. — Daß das Recht auf gewisse Tatsachen der Physiologie und Psychologie Rücksicht nehmen muß, z. B. auf die Zweierheit der Geschlechter, das Bedürfnis nach Nahrung und Vergnügen, soll damit natürlich nicht bestritten werden; aber entweder setzt die Natur unabänderliche Schranken, dann kann der Gesetzgeber daran nichts ändern; oder die Natur untersteht dem menschlichen Willen, dann entscheidet sie auch nicht, wie der Wille auf sie einwirken soll.

Die Rechtspflicht kann man weder psychologisch, noch soziologisch oder gar biologisch, nämlich aus psychologischen, soziologischen oder biologischen Tatsachen nach Kausalgesetzen begründen⁴³⁾; so wenig wie man durch rechtliche Gebote oder Verbote Tatsachen kausal bewirken oder verunmöglichen kann⁴⁴⁾.

Sollen z. B. Verträge verbindlich sein, weil zwei Willen sich tatsächlich vereinigt haben?, oder weil vertragliche Vereinbarungen schon im primitiven Rechtsleben vorkommen?, oder weil man sich tatsächlich auf die geschlossenen Verträge verläßt?, oder weil der Versprechende sich verpflichten will oder mit dem Versprechen tatsächlich die Vorstellung der Verbindlichkeit verbindet⁴⁵⁾. Soll die Verbindlichkeit des Eigentums aus dem tatsächlichen Besitz, die des Gewohnheitsrechts aus der Tatsache der Uebung, die Kompetenz des Beamten aus der Gewohnheit, ihm zu gehorchen, abgeleitet werden? Welch elementare Verknennung des Gegenstandes des Rechts! Man spricht von „Kräften“⁴⁶⁾, „Spannungen“, „Statik und Dynamik“ des Rechts⁴⁷⁾, von „Grundlage“, „Bestandteilen“, „Integration“, „Substanz“, „Spaltung“, von „Aufbau“ des Rechtsgeschäftes, als ob ein körperlicher Gegenstand in seiner physikalischen Entstehung zu untersuchen wäre⁴⁸⁾. „Entstehen“ neue Arten juristischer Personen von selbst, tatsächlich, so daß der Gesetzgeber sie nur

⁴³⁾ *Laun*, Der Wandel der Ideen, 346.

⁴⁴⁾ z. B. den Streit und Krieg, wie *B. W. Leist*, Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts, 1877, 49, meint.

⁴⁵⁾ Vgl. über die krampfhaften Versuche anderer, die Verbindlichkeit des Vertrages aus psychologischen, soziologischen oder anderen Ursachen abzuleiten die Abhandlungen von *A. Gysin*, Der rechtsgeschäftliche Prinzipienstreit, ZBJV, 1929, 193 ff., und „Tatbestandanalyse des Versprechens“, in Abh. der Fries'schen Schule, 1933, V, 4.

⁴⁶⁾ *L. v. Stein*, a. a. O. S. VII: „Der Inhalt des Rechts ist daher kein Recht; die Wiss. des Rechts ist keine Rechtswiss., sondern die Wiss. der Kräfte, welche dasselbe erzeugen;“ *Berolzheimer*, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1906, III, 88, sagt geradezu: „Das Wesen des Rechts ist Kraft;“ allerdings ideologische, ordnende Kraft; das begreife wer kann! *Henri de Page*, De l'interprétation des lois, I, 1925, 63: „La science est objective et amoral.“ Allgemein sagt *Willy Freytag*: „Jede Wissenschaft muß Wiss. von Tatsachen sein, ohne Tatsachen keine Wahrheit;“ Die Aufgabe der Ethik, 1916, 93.

⁴⁷⁾ Die Verwendung dieser „Begriffe“ in der Wirtschaftswiss. bekämpften *v. Gottl-Ottilienfeld*, a. a. O., 1005 ff.; *F. v. Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935, S. 72. *O. Spengler*, Untergang des Abendlandes, 1914, I, 386, konstatiert sie.

⁴⁸⁾ *Stammler*, Theorie der Rechtswiss., 324. — Auch die „Erscheinung“ deutet auf eine tatsächliche, s. z. s. wahrnehmbare Gegebenheit hin, was mißverständlich ist; „denn das Recht kann gar nicht erscheinen“, wie *Kant* sagte, Kr. d. r. V. (Kehrbach), 67. — Schließlich sei auch erinnert an die „juristischen Körper“ *Ihering's*, Geist d. r. Rechts, 2. A. II, 345 und seine „naturhistorische Methode“, die *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft, 209, empfiehlt; vgl. *Duguit*, Droit constitutionnell, 3. A. S. 73; und an den „rechtsleeren Raum“ *Bergbohm's*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 172.

nachträglich anerkennen muß, wie der Naturforscher eine neue Art Pflanzen oder Tiere, die gezüchtet oder die entdeckt worden sind, anerkennen muß?⁴⁹⁾

Worte, wie die eben erwähnten sind wohl meist bildlich gemeint; aber das Bild färbt oft auf die ganze Betrachtungsweise ab. *Oertmann*, Geschäftsgrundlage, 1922, 3, 132, 172, unterscheidet z. B. zwischen „Bestandteilen“ und „Grundlagen“ des Vertrages, als ob eine von den Parteien unterstellte Tatsache, von der die Leistungspflicht abhängt, nicht zum Inhalt des Vertrages gehörte. Das Bild hat ihm da offenbar den wahren Sachverhalt verschleiert. Oder wenn argumentiert wird, die „Aufhebung eines bestehenden Vertrages“ wegen veränderter Umstände sei nicht leichtthin anzunehmen, mißbraucht man doch das Bild eines bestehenden körperlichen Werkes, um darzutun, daß der Vertrag rechtlich noch bestehe, d. h. verbindlich sei, was etwas ganz anderes ist. Das wäre ebenso falsch, als wenn man annähme, der Gläubiger einer Solidarschuld könne nicht im Konkurs jedes Schuldners die ganze Forderung anmelden⁵⁰⁾, namentlich dann nicht, wenn er schon z. T. befriedigt worden sei, da die Forderung nicht mehr ganz „existiere“. „Rechte sind nicht körperliche Dinge“, sagt mit Recht *Karl Wolff*, Verbotenes Verhalten, 1923, S. 172; ähnlich *Schloßmann*, Der Vertrag, 1876, 18: „Nicht Kausalität, sondern Motivation (Begründung!) vermittelt den Zusammenhang, wo wir bei rein geistigen Vorgängen von Entstehen, Erzeugen, Zerstören reden.“ Man kann nicht einen Satz verbindlich machen, d. h. kausal bewirken, daß er verbindlich wird, wie man ein Stück Eisen elektrisch ladet, so daß es andere magnetisch anzieht. Die Verbindlichkeit kann nicht bewirkt, sie kann nur begründet werden. Was man fortwährend verwechselt⁵¹⁾.

Das Recht hat praktische Fragen zu lösen; wer Recht setzt oder unvollständig gesetztes Recht auslegt, hat unter dem leitenden Gesichtspunkt der Gerechtigkeit und im Hinblick auf tatsächliche Gegebenheiten Regeln des Verhaltens zu finden, die je nach den gegebenen Umständen verschieden sein müssen, um der einen Idee der Gerechtigkeit gleicher-

⁴⁹⁾ Wie es vielfach, aber unklar dargestellt wird; *Bonaccase*, Introduction à l'étude du droit, 1931, 67. Die Darstellung ist ungenau: 1. weil der Gesetzgeber nie gezwungen ist, was tatsächlich von Privaten geübt wird, anzuerkennen, wie der Naturforscher eine neue Tatsache anerkennen muß; 2. weil eine juristische Person erst dadurch „entsteht“, daß der Gesetzgeber oder der Richter, also der Staat, dem Verband diese Eigenschaft zuerkennt. Solange durch diese erkennenden Behörden z. B. der Grundsatz nicht anerkannt ist, daß Einmann-gesellschaften noch Gesellschaften sind, „existieren“ solche Gesellschaften nicht, vgl. *Wieland*, Handelsrecht, Bd. 2, 1931, S. 389. Eine andere Frage ist, ob, wenn solche Grundsätze bereits massenhaft betätigt worden sind, der Gesetzgeber oder der Richter psychologisch gebunden oder sachlich bewogen sein kann, sie anzuerkennen. Dafür ist eine solche Tatsache nicht gleichgültig. Aber die Rechtsfrage ist damit nicht entschieden.

⁵⁰⁾ Wie es das schweizer. Recht gestattet; *Guhl*, Das schw. OR, 1933, 196. — *Capitant*, Cause des obligations, 2. A. 1924, 30, sagt z. B., causa sei der von den Parteien verfolgte Zweck; aber dann ist es doch nicht so selbstverständlich, daß die Obligation mit der Causa, wie mit ihrer Ursache, dahinfalle.

⁵¹⁾ Ein Blitzschlag „zerstört“ nicht Rechte, wohl aber Gegenstände, wie *Ciccala*, Corso di filosofia del diritto, 1932, 137, richtig bemerkt.

weise nachzukommen. Die Sätze des Rechts dürfen deshalb auch nur als praktische Anordnungen, nicht als theoretische Behauptungen aufgefaßt werden.

Art. 4 des code civil will nicht die Tatsache feststellen, daß das Gesetzbuch keine Lücken und keine Unklarheiten enthalte, sondern dem Richter gebieten, wie er sich verhalten soll, wenn er auf Lücken oder Unklarheiten stößt. — Wenn das Gesetz den organisierten Personenverbänden die juristische Persönlichkeit zuspricht, will es nicht behaupten, die Verbände seien Wesen dieser oder jener Art, sondern nur vorschreiben, wie sich Menschen in dieser Beziehung zu verhalten haben. Das Recht kann gar nichts anderes aussagen wollen; per definitionem. Wenn es mehr unternähme, ginge es ultra vires. — Wenn man mithin vom Ausleger sagt: non novam speciem, sed eam quae est, detegit, so kann das nur heißen: was die Auslegung des Gesetzes ergebe, müsse befolgt werden, wie eine Vorschrift des Gesetzes selbst; und nicht: alles was die Auslegung zutage fördert, habe in Wirklichkeit schon im Gesetze gestanden. — Wenn dem Gesetz die rückwirkende Kraft versagt wird, kann das nicht heißen, daß es Geschehenes nicht ungeschehen machen könne, sondern daß es in seinen praktischen Normen den schon eingetretenen (privatrechtlichen) Wirkungen Rechnung tragen müsse. Vgl. *Eisele*, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, im Archiv f. civ. Praxis, 69 (1886), 279.

Darin besteht der Unterschied zwischen der **Mathematik** und dem Recht: beide gehen von apriorischen Erkenntnissen aus. Aber die Mathematik von begrifflich formulierten Axiomen, und indem sie begrifflich umschriebene Aufgaben ⁵²⁾ sich stellt, gewinnt sie, ob analytisch oder synthetisch, soll hier nicht entschieden werden) nach dem Satze des Widerspruches weitere Erkenntnisse. Ihre Folgesätze sind daher ebenso allgemeingültig, wie die Ausgangssätze, und bilden ein von der Erfahrung unabhängiges System. Anders das Recht ⁵³⁾; die Erkenntnis des Rechts (nämlich dessen, was jeweiligen verdient, verbindlich zu sein) ergibt sich aus der Beurteilung einer in der Erfahrung gegebenen

⁵²⁾ *Windelband*, Kritische oder genetische Methode, in Präludien, 1884, 353, sagt: „aus scheinbar gewissen anschaulichen Combinationen“; *von Pauler*, Logik, 240, 267.

⁵³⁾ Wir meinen hier vor allem den Gesetzgeber; aber auch den Ausleger des Gesetzes, da er, wie § 13 darzustellen, nur die unvollendete Aufgabe des Gesetzgebers vollendet. Der Ausleger könnte sich auf die mathematisch-deduktive Methode beschränken, wenn das Gesetz alle Prämissen seiner Schlüsse enthielte (in welchem Fall es weder unvollständig noch unklar wäre); dies angenommen zu haben, war der Fehler der école de l'exégèse in Frankreich und anderwärts; vgl. *Bonniecasse*, L'école de l'exégèse en droit civil, 1924, S. 149; *Science du droit et romantisme*, 1928, 9 ff. Wenn jene Annahme richtig wäre, wäre auch der modus geometricus richtig, wie *de Page*, De l'interprétation des lois, I, 1925, 66, bemerkt. „La scienza del diritto è scienza del particolare non dell'universale“: *de Francisci*, Ai giuristi italiani, 1932, 18; aber eine bloß technische Frage ist die Systematik nicht.

1 *Burckhardt*, Methode.

Lage nach einer Idee⁵⁴⁾ und die Erkenntnis (des methodisch vorgehenden Gesetzgebers) ist nicht allgemeingültig, sondern nur gültig für die jeweilige Gegebenheit. Die Betrachtung je einer historischen Lage unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit ergibt immer individuelle Lösungen; die Lösung je für eine konkrete Lage. Mit jeder neuen Lage (und die Lage verändert sich fortwährend) stellt sich eine neue Frage⁵⁵⁾. Die Mathematik schreitet ununterbrochen vorwärts; was einmal erkannt ist, bleibt erworben; die Gesetzgebung fängt immer wieder von vorne an. Ob das, was bisher galt, noch zu gelten verdiene, muß immer neu unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit erwogen werden. Dem Mathematiker sind die Ergebnisse seiner Vorgänger unentbehrlich; dem Gesetzgeber können sie nur nützlich sein.

Der Gesetzgeber (und der das System des Gesetzes ausbauende Jurist) geht aber auch nicht planlos zu Werke; er hat seine Aufgabe nach einem bestimmten Plan, nach feststehender Methode zu lösen, wenn anders er zu einer geschlossenen, widerspruchsfreien Rechtsordnung gelangen will. Mag er tatsächlich auch oft Recht setzen, ohne sich dieser Forderung bewußt zu sein, so ist die Forderung doch begründet und einsehbar. Die Wissenschaft kann ihm eine Methode angeben; sie braucht ihn nicht auf sein intuitives Erfassen anzuweisen. Die zu beantwortenden Fragen nämlich können in festen Begriffen formuliert und gegliedert werden, und zwar ergibt sich dieses System der Fragen aus dem Begriffe des Rechtes selbst, nämlich aus den logischen Bestandteilen des Rechtsbegriffes⁵⁶⁾, im Gegensatz zum ideellen Bestandteil, zur Idee der Gerechtigkeit. Der logische Aufbau der Rechtsordnung muß dem „Begriff“ des Rechtes in diesem engeren Sinn entsprechen; der Inhalt im übrigen der „Idee“ des Rechtes. Das positive Recht muß beiden Forderungen entsprechen; der logischen und der praktischen. Wäre es nur logisch korrekt, praktisch aber unrichtig (ungerecht), so hätte es keinen Sinn; es könnte nicht als verbindlich ausgegeben wer-

⁵⁴⁾ *Stammler*, Rechtsphilosophie, 3. A. §§ 82—83. — Die Idee ist kein (definierbarer und beweisbarer) Begriff. Nicht durch Induktion aus Erfahrung, noch durch Deduktion aus Axiomen findet man die Idee, sondern durch Zurückgehen vom eingesehenen Individuellen (Richtigen) auf den Grund (die Gerechtigkeit); und durch Betrachtung des Individuellen unter diesem grundsätzlichen Gesichtspunkt erkennt man das individuell Richtige, nicht durch logische Ableitung. Vgl. unten § 11. *Sigwart*, Logik, 4. A. II, 310. *von Paule*r, Logik, 1929, 5, 33.

⁵⁵⁾ *Stammler*, Rechtsphilosophie, § 172; vgl. auch *Sidgwick*, method of ethics, 7. ed. 1907, 19.

⁵⁶⁾ Diese Ableitung ist eine höllisch schwere Aufgabe; man kann darin nicht vorsichtig genug sein; denn jede Unrichtigkeit im Ausgangsbegriff rächt sich in den Folgerungen hundertfach. Der Rechtsbegriff *Stammler*s scheint mir noch nicht vollkommen tragfähig.

den⁵⁷⁾; wäre es praktisch richtig, aber logisch fehlerhaft, so wäre es, obschon in den einzelnen Teilen sinnvoll, doch im Ganzen unausführbar.

Das ist die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen **Begriff** und **Idee des Rechtes**. Zum Begriffe des Rechts als einer verbindlichen und damit sinnvollen Ordnung gehört sicher beides; aber es sind verschiedene Elemente mit verschiedener Funktion.

Wenn *Stammler*, Rechtsphilosophie §§ 82, 91, 94, und ähnlich *Bierling*, Prinzipienlehre, V, S. 27, scharf zwischen Rechtsbegriff und Rechtsidee unterscheiden, hat das also seinen guten Grund; der „Begriff des Rechtes“ bestimmt den logischen, die „Idee des Rechtes“ die praktischen Anforderungen, die an jedes positive Recht zu stellen sind. In diesem Sinn kann man auch von einem inhaltlich unrichtigen (ungerechten) Recht sprechen, wenn das Recht nämlich der ersten Anforderung genügt, der zweiten aber nicht (*Stammler*, Richtiges Recht, 52, 151) und umgekehrt: was dem Begriff nicht entspricht, ist sicher kein (fehlerfreies) Recht, möchte es im übrigen inhaltlich noch so gut sein; nur im Rahmen der ersten Anforderung stellt sich die zweite Frage; darum ist die erste formell im Verhältnis zur zweiten, als der materiellen (vgl. S. 120). Man darf aber nicht vergessen, daß das Recht immer mit dem Anspruch auftritt, verbindlich zu sein, und um Recht zu sein, sich, wie *Stammler* sagt, als ein Versuch zum Richtigen muß verstehen lassen. Läßt sich dieses Bestreben nicht mehr erkennen, lebt in einem positiven „Recht“ kein Funke der Idee, so kann es auch nicht als eine irgendwie verbindliche Ordnung erkannt werden; es ist bloß noch ein tatsächlicher Befehl⁵⁸⁾. Ob man nun zum „Begriff“ des Rechtes nur die logischen Merkmale oder auch diese ethischen Merkmale zählen will, ist eine terminologische Frage, sofern man über das Verhältnis dieser Merkmale zu einander klar ist. *Stammler* hat es sachlich abgeklärt; über seine Terminologie kann man streiten⁵⁹⁾.

* * *

Die Rechtswissenschaft ist also eine praktische, nicht eine theoretische Wissenschaft; sie lehrt, was sein soll, nicht was ist; sie fragt nicht, wie

⁵⁷⁾ Das Recht ist ein Versuch zum Richtigen und muß als solcher erkennbar sein; *Stammler*, Richtiges Recht, 31; Theorie, 649. *Baumgarten*, Der Weg des Menschen, 1933, 439, 473, scheint zu schwanken.

⁵⁸⁾ Vgl. „L'Etat et le Droit“, 214 a; „Organisation“, 687; *W. Schönfeld*, Die logische Struktur der Rechtsordnung, 1927, 42; *Bassenge*, Ethik der Strafe, in Z.f.-Rechtstheorie, 8, 134; *H. Heller*, Staatslehre, 1934, 226; *Dickinson*, Administrative Justice and the supremacy of law, 1927, 112. — Aber daß in dieser Abgrenzung zwischen einem Recht, das der Idee vollkommen, und einem Recht, das ihm nur unvollkommen oder schließlich gar nicht mehr entspricht, also vom Recht nur noch die logische Form hat, eine Schwierigkeit liegt, ist unbestreitbar; sie hat *Battaglia*, Diritto e filosofia pratica, 1932, 36, besonders deutlich gesehen.

⁵⁹⁾ *Binder*, Zur Lehre vom Rechtsbegriff, *Logos*, S. 17, 21. *Donati*, Il principio del diritto, 1930, p. 19 ff., 25, unterscheidet zwischen dem wirklichen und dem idealen Zweck des Rechts. Vgl. auch S. 58, Note 3.

eine Tatsache entstanden ist, sondern wie ein Postulat zu begründen ist; sie argumentiert mit Gründen, nicht mit Ursachen; gleich wie ihr Gegenstand, das Recht, die Verwirklichung eines praktischen Postulates sein will und von daher seinen Sinn erhält. Die Wissenschaft vom Recht, sage ich, und meine damit sowohl die methodische Lehre vom gesetzten (positiven) Recht, wie die methodische Lehre vom zu setzenden (postulierten) Recht; diese beiden Gegenstände müssen zwar notwendig unterschieden werden; aber die Unterscheidung hebt die vorhin ausgesprochene These nicht auf, wie später noch zu begründen.

2. Man hat sich die Rechtsordnung auch als eine **zweckmäßige** Einrichtung vorgestellt; als eine Einrichtung zur Erreichung eines gegebenen Zweckes. Der Gesetzgeber hätte dann die (psychologisch und technisch) geeigneten Mittel zu erdenken, um die Einzelnen zu bewegen, zusammen an diesem Zweck zu arbeiten. Der Endzweck mag z. B. sein: die möglichst reichliche Erzeugung des Lebensbedarfes, oder die Verlängerung des menschlichen Lebens, oder die Vermehrung der Macht, die Erhaltung der Ruhe, oder die Förderung von Kunst und Wissenschaft⁶⁰⁾. Ist dieser Zweck einmal als der zu erreichende hingestellt, so müssen auch bestimmte Anordnungen zur Erreichung erlassen werden und sie stehen dann allerdings zueinander und zum Endzweck in einem festen logischen Verhältnis⁶¹⁾.

Ein solches System von Vorschriften ließe sich, wenn lückenhaft, sinnvoll ergänzen oder, wenn unklar, erläutern. Eine Methode der Gesetzgebung und Gesetzesauslegung wäre denkbar, etwa wie man ein geeignetes System von Mitteln zur ergiebigen Ausnutzung der Arbeitskräfte einer Fabrik oder des Wagenparkes einer Eisenbahn ausdenken und, wenn es unklar aufgezeichnet wäre, seiner Bestimmung nach ergänzen könnte. Aber abgesehen davon, daß es dann für die Wahl des Zweckes, der alles andere bestimmt, keine Methode gäbe, stünden doch auch die einzelnen Anordnungen eines solchen Zweckmäßigkeitssystems untereinander in einem ganz anderen logischen Verhältnis als

⁶⁰⁾ Kornfeld, Allgemeine Rechtslehre, S. 73; vgl. ähnliche Auffassung bei Mac Iver, *The modern State*, 1926, S. 154; Laski, *A grammar of politics*, 1925, 276; Lundstedt, *Superstition of rationality in action for peace*, 1925, 23, 79 ff. Das Recht dient der Energieersparung und der Befreiung von Kräften. de Page, *De l'interprétation des lois*, 1925, 141. Vgl. H. O. Lehmann in *Stobbe's Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3. A. II, 12, 16: der Zweck des Rechtes ist, wie der der Gemeinschaft, die Förderung des Güterbesitzes ihrer Mitglieder; gut ist, was den Menschen fördert. Oder noch Anosson, in *Z. für Rechtslehre*, 8, 60: das Recht hat einen Sinn nur als Instrument der sozialen Technik. Vgl. auch W. Mittermaier, *Wie gliedert man Rechtswissenschaft?* 1921, 21; er anerkennt übrigens selbst, daß die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft der Werte ist; aber das reimt sich schlecht zusammen.

⁶¹⁾ Vgl. etwa Willy Freitag, *Untersuchungen zu einer Wissenschaft vom Sittlichen*, I, Die Aufgaben der Ethik, 1916, 14 ff., 28 ff.

die Rechtssätze einer Rechtsordnung: sie stünden in einem streng teleologischen Verhältnis zu ihrem Zweck und hätten keinen anderen Sinn, als den von Mitteln zu diesem Zweck. Wenn sich ein Mittel nach technologischer Erkenntnis⁶²⁾ nicht mehr als geeignet erweist, seinem Zweck zu dienen, muß es aufgegeben oder ersetzt werden. Das Mittel hat für sich genommen gar keine Existenzberechtigung. Der Zweck läßt sich auch ohne Mittel denken und mit anderen Mitteln verwirklichen; das Mittel läßt sich aber als solches ohne Zweck nicht denken. Es festzulegen, verbindlich zu machen auch auf den Fall hin, daß es seinem Zweck nicht mehr dienen sollte, wäre widerspruchsvoll. Ein Mittel, wenn überhaupt, kann nur bedingt verbindlich sein: sofern und soweit es dem maßgebenden Zwecke dient. Bedingt verbindlich ist nämlich ein Mittel, sofern es einem verbindlichen Zweck, der Erfüllung einer Pflicht, dient⁶³⁾ In der Rechtsordnung tragen nun die Verfassungsnormen unverkennbare Züge der Zweckmäßigkeit; die Verfassung regelt ja Gestalt und Arbeit des Apparates, der das Recht, d. h. hier das Recht des Verhaltens, verwirklichen soll; der also Mittel zu diesem Zweck ist. An ihn richtet sich allerdings das Gebot der Zweckmäßigkeit (unten, S. 133). Das Recht des Verhaltens aber, dessen Verwirklichung der Staat dient, steht nicht selber unter diesem Gebot. Die vielen Vorschriften, die die materielle Rechtsordnung ausmachen, sind nicht bloß Mittel zu einem von ihnen verschiedenen Zweck; sie sind selbst Bestandteile der Rechtsordnung, die als Ganzes keinem weiteren Zweck dient. Sie stehen deshalb nicht in einem so streng logischen Zusammenhang untereinander wie die Glieder eines Zweckmechanismus (vgl. unten, S. 166). Die Methode für die Wahl der Mittel zu einem gegebenen Zweck ist jedenfalls eine andere, als die der Wahl der mitbestimmenden Teile eines Ganzen, das seinen Zweck in sich trägt. Das Recht muß im Ganzen und in allen seinen Teilen gerecht sein. Die Teile eines Zweckmechanismus müssen nur geeignet sein, ihrem Zweck zu dienen; aber das müssen sie sicher. Erhebt man die heute so beliebte teleologische Betrachtung zum Grundsatz⁶⁴⁾, so gleitet man zum Rationalismus des 18. Jahrhunderts hinab, und damit zu einem haltlosen Relativismus⁶⁵⁾.

⁶²⁾ Vgl. über die angewandte Naturwissenschaft: *Kant*, Kritik der Urteilskraft: Einleitung.

⁶³⁾ An sich ist die Zweckmäßigkeit noch gar keine Verbindlichkeit, kein Sollen, sondern eine kausale Beziehung zu einer gedachten Wirkung; *Laun*, Der Wandel der Ideen, 363.

⁶⁴⁾ Sie hat ihre beschränkte Berechtigung. Wenn das Gesetz mit der schriftlichen Form den Bürgen schützen will, muß auch der Vorvertrag schriftlich sein. Im Rahmen der vom Gesetz anerkannten Zwecke gilt für die Wahl der Mittel die Maxime der Zweckmäßigkeit. Die Hauptsache ist aber die Entscheidung über die anerkanntswerten Zwecke und die kann nicht wieder nach Zweckmäßigkeit getroffen werden.

⁶⁵⁾ „Vielmehr heben diejenigen, welche die unendliche Reihe setzen, die Natur des Guten auf,“ *Aristoteles*, *Metaphysik*, Buch II, cap. 2.

Teleologie setzt folgerichtig ethische Betrachtung voraus, aber ist noch nicht ethische Betrachtung. Wer teleologisch argumentiert, begründet ein Verhalten oder eine Einrichtung als Mittel zu einem gegebenen Zweck ⁶⁶). Er setzt den Zweck als gegeben, d. h. als aufgegeben voraus, postuliert ihn aber nicht. Indem er sich mit der Frage abgibt, welche Mittel dazu taugen, setzt er allerdings voraus, daß der Zweck selbst nicht ganz sinnlos ist. Man frägt nicht, wie man am besten die Blätter an den Bäumen zählt, wohl aber wie man die Bäume eines Waldes zählt, weil das erste keinem vernünftigen Zwecke dient, wohl aber das zweite, nämlich die Ermittlung des Ertrages. Mittel haben nur bedingten Wert, nämlich wenn der Zweck Wert hat. Die Zweckmäßigkeitbetrachtung, die Ermittlung tauglicher Mittel zu einem gegebenen Zweck, ist also nie abschließend ⁶⁷): sie ruft vielmehr einer abschließenden Bewertung der Zwecke; denn ob man die tauglichen Mittel auch anwenden soll, kann man nur entscheiden, wenn man weiß, ob der Zweck verwirklicht werden soll ⁶⁸). Wer vom Zweck des Rechts ⁶⁹) oder vom Zweck einzelner Einrichtungen des Rechts spricht, das Recht oder die rechtliche Einrichtung also als Mittel zu einem andern Zweck hinstellt und dadurch rechtfertigen will, macht sich immer zur weiteren Aufgabe, den angegebenen Zweck selbst zu begründen. Wenn das Recht der Sicherheit der Gesellschaft dienen soll, muß man auch diese Sicherheit als den Zweck der Gesellschaft nachweisen und die Gesellschaft selbst als den Zweck (nicht als einen willkürlichen, wie der einer privaten *societas*), sondern als den vernunftnotwendigen, den berechtigten Zweck; das heißt, man muß ihn wieder am Maßstab der Rechtsidee messen ⁷⁰). Es sei denn, man betrachte die Zweckmäßigkeit

⁶⁶) *Signart*, Logik, 3. A. I, 367. Erforschen, welche Mittel geeignet sind zu einem vorgestellten Zweck, ist sicher eine notwendige Aufgabe der Sozialpolitik; aber wenn sich die Sozialwissenschaft darauf beschränkt, wie *Max Weber*, Ges.-Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1922, S. 146, vgl. 542, es will, löst sie nicht die ganze Aufgabe der Sozialpolitik (die übrigens nichts anderes als Gesetzgebungspolitik sein kann), weil sie über die Wahl der Zwecke nichts auszusagen weiß; und sie stellt sich eine Aufgabe, die nach den Gesetzen anderer Wissenschaften, wie Biologie, Psychologie, Technik, nicht nach eigenen „soziologischen“ Gesetzen gelöst werden kann, wenn die Sozialwissenschaft sich nicht auf rein empirische Feststellungen beschränken will.

⁶⁷) *Sidgwick*, a. a. O. 35 f.

⁶⁸) Weshalb diese Betrachtung auch für die Wirtschaftswissenschaft unzulänglich ist. *Tillich*, Das System der Wissenschaften, 1923, 66 f., 72.

⁶⁹) z. B. *Ihering*, Der Zweck im Recht, I, 2. A. 1884, 331, 437. Dagegen u. a. *Stammler*, Rechtsphilosophie, 3. A. S. 201; vgl. 22. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. A. 1932, S. 29 ff.

⁷⁰) Wenn „die Rechtsordnung nach einem zwar banalen, aber dafür auch ewig wahren Wort um des wirtschaftlichen Gedeihens wegen da ist“, wie *P. Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, 1921, S. 14 sagt, muß nicht nur die „Wirtschaft“ ohne Recht denkbar sein, was nicht möglich ist, sondern es wäre auch die Frage nicht zulässig, welche Wirtschaft „berechtigt“ ist, d. h. verwirklicht

keit als die einzig mögliche Rechtfertigung; in welchem Fall man jeden Zweck nur als Mittel zu einem entfernteren begründen kann und auf einen regressus ad infinitum verwiesen würde⁷¹⁾.

Die teleologische Rechtfertigung einer rechtlichen Einrichtung, wie des Rechtes selbst, ist immer unzulänglich und unfertig. Das Eherecht als Mittel der Bevölkerungspolitik, die Eigentumsordnung als Mittel der wirtschaftlichen Produktion, das Recht selbst als Mittel der Sicherheit oder der Arbeitsteilung: welch klägliche Begründung! Der Rationalismus des 18. Jahrhunderts war in dieser kurzsichtigen Zweck- und Mittelmäßigkeit befangen; aber noch heute glauben viele, alles getan zu haben, wenn sie eine Norm „teleologisch“ begründet, wenn sie bewiesen haben, daß sie zweckmäßig ist. Sie übersehen, daß immer noch entschieden werden muß, welche Zwecke zu verwirklichen sind; und darüber, vor allem, muß das Recht entscheiden. Darüber, welche Zwecke berechtigt sind, kann aber nicht teleologisch, nach Zweckmäßigkeit, d. h. nach der Eignung von Mitteln zu einem gegebenen Zweck, entschieden werden, sondern nur nach der Rechtsidee. Wenn die Rechtsordnung darüber entschieden hat, hat sie allerdings gewisse Zwecke als die berechtigten, schutzwürdigen, notwendigen anerkannt, und man mag dann sagen, die geschaffenen Rechtseinrichtungen dienen diesem oder jenem Zweck. Wer den vom Gesetzgeber gewürdigten Zweck erkannt hat, hat auch den Sinn, den Willen des Gesetzes erkannt. Die Frage geht also immer dahin, welche Ziele das Gesetz verfolge; aber, wenn das Gesetz keine klare Antwort gibt oder erst zu machen ist, und das ist der praktische Fall, kommt man mit Erwägungen der Zweckmäßigkeit keinen Schritt weiter, weil es sich nicht fragt, welche Mittel zu einem gegebenen Zweck taugen, sondern welche Zwecke erstrebenswert seien und deshalb als die von der lex lata geschützten Zwecke, oder als die von der lex ferenda zu schützenden zu betrachten seien.

Die Zweckmäßigkeit einer rechtlichen Anordnung kann man also nicht ermitteln, ohne den „berechtigten“ Zweck selbst zu kennen. Ist der rechtmäßige Zweck aber auch bekannt, so folgt daraus nicht, daß alle Mittel zu diesem Zweck rechtmäßig seien. Es ist ethisch nicht

zu werden verdient, und welche gedeihlich ist. Ebenso ist es zum mindesten ungenau, wenn *W. Mittermaier*, *Wie gliedert man Jurisprudenz?*, 1921, S. 21, sagt: „Recht ist Güterschutz,“ als ob das Recht nur ein Mittel wäre, gegebene Güter, d. h. Interessen, deren Schutzwürdigkeit schon ausgemacht ist, in seiner besonderen Weise zu schützen, während es doch selbst darüber entscheidet, welche Interessen als „Güter“, d. h. als des Schutzes würdig zu betrachten sind.

⁷¹⁾ So gelangt man zu keinem kategorischen Zweck, sondern all diese zweckmäßige Beziehung beruht auf einer immer weiter hinauszusetzenden Bedingung. *Kant*, *Kritik der Urteilskraft*, § 67: „Ein Ding aber, was notwendig, seiner objektiven Beschaffenheit wegen, als Endzweck einer verständigen Ursache existieren soll, muß von der Art sein, daß es in der Ordnung der Zwecke von keiner anderweitigen Bedingung als bloß seiner Idee abhängig ist...“ ferner § 84.

gleichgültig, mit welchen Mitteln man einen Zweck verfolgt. Die Polizei soll den Tatbestand des Verbrechens ermitteln, das ist ein vom Recht anerkannter oder anzuerkennender Zweck; aber daß die Polizei die Beteiligten eines Autounfalles der Blutprobe und allen anderen „zweckdienlichen“ Prozeduren unterwerfen dürfe, ist damit noch nicht gesagt. Gesagt ist damit nur, daß zweckwidrige Mittel nicht zulässig sein können.

3. Daß das Recht einer anderen Methode bedarf als die **Moral**, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Beide gehen auf Normen des Verhaltens; aber wie das Recht ausgezeichnet wird durch seinen Zwangscharakter und infolgedessen durch den logischen Charakter seiner Regeln, so müssen auch der Gesetzgeber und der Richter, die das Recht setzen und auslegen wollen, diesem Charakter Rechnung tragen; ihr Werk muß diesen Anforderungen entsprechen. Man darf nicht als Rechtsnorm hinstellen, was dieser Eigenart nicht teilhaftig (und deshalb auch der Zwangssanktion nicht zugänglich) ist⁷²⁾.

Aber diese Fehler sind seltener.

* * *

Wenn nun der gleichbleibende Gegenstand der Rechtswissenschaft maßgebend ist für die Methode dieser Wissenschaft, müssen wir darüber den Rechtsbegriff befragen; was sind die Elemente dieses Begriffes? Sie, als das notwendig Gleichbleibende des Gegenstandes werden die gleichbleibende Methode, wie auf die Einheit, dieser Wissenschaft bestimmen.

Das ist nun auszuführen.

§ 3. Die Einheit der rechtswissenschaftlichen Methode.

I. Das Gemeinsame.

Im vorangehenden Paragraphen ist ausgeführt worden, daß die Wissenschaft vom Recht eine praktische Wissenschaft ist, nicht eine theoretische; daß sie nicht theoretische, sondern praktische Wahrheiten erkennen will; und zwar ethische, nicht technologische; und nicht moralische, sondern spezifisch rechtliche. Die Eigenart des Rechts im Gegensatz zum Gebot der Sittlichkeit besteht nun aber darin, daß es eine erzwingbare Ordnung ist¹⁾.

⁷²⁾ Vgl. „Organisation“, S. 124, 172, 235. „L'Etat et le Droit“, 154 a.

¹⁾ Was hier nicht weiter begründet werden soll, aber in „Organisation“, 124, 165, 171, 181 ff., 216, 255, 280, und „L'Etat et le droit“, 149 a, 217 a, näher begründet worden ist; worauf hier verwiesen sei. Es soll auch keineswegs behauptet werden, der Gedanke einer zugleich verbindlichen und erzwingbaren Ordnung