

## B. Die allgemeinen Lehren.

Die bisherigen Ausführungen über das positive Recht (A) sind von bestimmten allgemeinen Lehren ausgegangen; insbesondere von einer bestimmten Auffassung des Rechtes selbst. Es empfiehlt sich aber, diese Lehren noch im Zusammenhang darzustellen, um sie besser erkennen zu lassen.

### I. Das Recht.

#### § 22. Das Wesen des Rechts.

1. Wir haben oben (S. 143) die vielen Bestimmungen der geltenden Rechtsordnung in zwei Gruppen geteilt: in die Normen des Verhaltens oder des **materiellen** Rechts, und in die Normen des Verfahrens (der Organisation, der Verfassung i. w. S.) oder des **formellen** Rechts. Die ersten sagen aus, wie jeder Rechtsgenosse sich verhalten soll; die zweiten, wie, d. h. durch wen und in welchem Verfahren jene Verhaltensnorm aufgestellt, angewendet und vollzogen werden sollen. Die organisatorischen (formellen) Normen, wie die Organisation selbst, sind nötig, weil Normen des Verhaltens nötig sind und jemand diese Normen statuieren und anwenden muß; des materiellen Rechts wegen ist das formelle, ist der staatliche Organismus da. Die Eigenart des materiellen Rechts bestimmt auch die des formellen Rechts, wie der Zweck die Wahl des Mittels bestimmt. Wir können uns daher das Wesen des Rechts am materiellen Recht klar machen. Von ihm soll im folgenden die Rede sein.

2. Die vom Gesetzgeber statuierten, vom Richter angewendeten Rechtssätze haben den Sinn **verbindlicher** Regeln: jeder, den sie angehen, soll sich daran halten. Der Gesetzgeber fordert vom vernünftigen Menschen ein bestimmtes Verhalten und er fordert es im Namen der Gerechtigkeit, die er berufen ist zu erfüllen. Jedes Gesetz, jeder vom Staat anerkannte und angewendete Rechtssatz beansprucht, der Ausdruck der Gerechtigkeit, also eine gerechte Forderung zu sein; eine Forderung, die im Namen der Vernunft spricht und die es verdient, befolgt zu werden. Jedes Gesetz macht Anspruch darauf, das sachlich richtige zu sein. Nur so verstanden hat es einen vernünftigen Sinn.

Wer unvernünftigen Tieren befiehlt, will nur wirksam auf sie einwirken und sie seinen subjektiven Zwecken dienstbar machen. Das Gesetz aber, das sich an den vernünftigen Menschen wendet, wendet sich an seine Einsicht und fordert ihn auf, seinem begründeten Befehl nachzukommen. In seinem Befehl soll auch der einsehbare Grund für den Gehorsam liegen, nicht nur eine wirksame Ursache.

3. Wer nun aus eigener vernünftiger Einsicht gehorchen soll, kann nur gehorchen, wenn er die Gründe des Befehles einsieht und den Befehl billigt. Der Gehorsam des Vernünftigen ist frei. Diese Freiheit der Entscheidung und Entschließung gibt aber das Gesetz dem Bürger nicht. Es, d. h. der Staat, entscheidet, was im Namen der Gerechtigkeit zu fordern ist und gestattet dem Rechtsgenossen kein eigenes Urteil: so wie das Gesetz befiehlt, so muß es befolgt werden. Das Recht ist eine dem Gehorchenden von außen autoritativ gesetzte, eine **heteronome** Norm.

Der Staat, der diese Autorität ist, muß das tun, um eine **einheitliche** Ordnung der Gesellschaft zu erhalten. Die Einheitlichkeit ginge verloren, wenn jeder nur befolgen müßte, was er (gewissenhaft) billigen kann. Eine einheitliche gesellschaftliche Ordnung ist aber notwendig; nicht nur, um den Zusammenprall widersprechender Forderungen zu vermeiden, sondern auch weil die Einzelnen, selbst die Einsichtigsten und Gewissenhaftesten, im Gewirre des Gesellschaftslebens sich nicht zurecht fänden, ohne eine für alle verbindliche, von einer gemeinsamen Autorität begründete Ordnung. Er könnte auch für seinen Lebenskreis keine Entschlüsse fassen und keine Pläne entwerfen, wenn er sich nicht darauf verlassen könnte, daß gewisse Normen von allen eingehalten werden müssen; z. B. die Achtung des fremden Lebens und Eigentums, die Erfüllung bestimmter Abreden, usw. Deshalb kommt die Gesellschaft mit dem Appell an das Gewissen, an die autonome Entschliessung, nicht aus. Keiner wüßte wie entscheiden, wenn er alles selbst entscheiden müßte. Die freie Sittlichkeit auch der gewissenhaftesten Menschen muß sich am festen, harten Gerüste des Rechts emporranken, um ihre Blüten zu treiben.

4. Damit sich aber alle auf die einheitliche Ordnung verlassen können, genügt es nicht, daß diese Ordnung jedem, wie sie lautet, zur Pflicht gemacht werde; sie muß auch sicher befolgt, d. h. sie muß dem Unbotmäßigen gegenüber **erzungen** werden. Das Recht muß erzwingbar sein.

a) Diese Eigenschaft beherrscht die ganze Eigenart des Rechts. Aus ihr folgen die unleugbaren **Schwierigkeiten**, die dem Rechtsbegriff eigen sind, die logischen wie die ethischen: das Recht will zugleich eine verbindliche und eine erzwingbare Ordnung sein. Zwang anzuwenden, um Gutes zu schaffen, ist nicht nur ethisch bedenklich; es ist auch widerspruchsvoll, denjenigen zu zwingen, dessen vernünftige Einsicht man aufgerufen hat. Aber, vereinbar oder nicht, beides gehört zum Wesen des Rechts. Eine Vorschrift, die sich bloß an die Einsicht und Gewissenhaftigkeit des Einzelnen wendet, ist keine Rechtsvorschrift; und ein Zwang, der nur mechanisch wirken will, ohne sich vor der praktischen Vernunft zu rechtfertigen, ist kein R e c h t s z w a n g (Organisation, S. 124, 172; Methode, 39 ff.).

b) Daß die Erzwingbarkeit und der Zwang zum Wesen des Rechts gehöre, wird von vielen bestritten. Man beruft sich auf die Tatsache, daß das positive Recht Pflichten auferlege, die nicht erzwungen werden sollen und können, wie manche Pflichten des Familienrechts, die Pflichten der obersten Richter und der obersten Gewalthaber; man beruft sich ferner auf die Tatsache, daß auch die erzwingbaren Pflichten nicht ausnahmslos erzwungen werden können. Beides ist richtig, aber genügt nicht zum Beweise der Gegenthese: Daß der Zwangsapparat des Staates nicht vollkommen arbeitet, beweist nicht, daß das Recht auch ohne Zwang Recht wäre, sondern nur, daß das Recht nicht immer vollständig verwirklicht und deshalb eben seiner Aufgabe nicht vollkommen nachkommt. Wäre der Zwang dem Recht nicht wesentlich, wäre er also für das Recht unwesentlich, so könnte man sich auch eine Rechtsordnung ohne jeden Zwang denken. Ein solches „Recht“ wäre aber nichts anderes als eine moralische Ermahnung. Deshalb sind auch die nicht erzwingbaren (materiellen) Vorschriften, die man nicht mit Unrecht *leges imperfectae* nennt, die Ausnahme; und wenn sie gar nicht, auch nicht mittelbar, erzwungen werden können, sind sie auch keine R e c h t s v o r s c h r i f t e n. Viele haben aber mittelbar Zwang zur Folge: die Eltern werden vielleicht nicht gezwungen, ihre Kinder einen Beruf erlernen zu lassen; aber wenn sie es nicht tun, kann ihnen die elterliche Gewalt entzogen und können ihnen die Kinder genommen werden (ZGB 275, 276, 284, 285). Der Dienstpflichtige wird zur Leistung der vertraglich geschuldeten Arbeit nicht gezwungen; aber wenn er sie nicht leistet, wird er zur Bezahlung von Schadenersatz gezwungen (S. 6).

Wir sagen also:

1) eine Vorschrift, die nicht erzwungen werden soll, weder unmittelbar noch mittelbar, die also nicht als Zwangsvorschrift gemeint ist, ist ihrem „intendierten Sinn“ nach keine Rechtsvorschrift, sondern eine moralische Ermahnung;

2) eine Vorschrift, die als Rechtsvorschrift gemeint ist, muß auch als erzwingbar gemeint sein; wenn nicht unmittelbar erzwingbar durch Erzwingung der Erfüllung, so doch irgendwie mittelbar:

sei es dadurch, daß die Verletzung bestraft wird (§ 18),

sei es dadurch, daß die Nichterfüllung der primären Pflicht (die nicht in natura erzwingbar ist) eine sekundäre erzwingbare Pflicht nach sich zieht (S. 16);

3) eine Rechts-, d. h. Zwangsnorm in diesem Sinne gilt allerdings nicht (oder nicht mehr), wenn sie überhaupt nicht (oder nicht mehr) tatsächlich erzwungen wird; wenn derjenige, der dem Gesetze nicht gehorchen will, nicht dazu gezwungen oder wegen Gesetzesverletzung bestraft wird; wenn also der Staat vor dem Widerpenstigen kapituliert. Wenn aber nicht alle zur Erfüllung der gesetzlichen Pflicht oder zur Verbüßung der Strafe gezwungen werden können, weil sie sich dem staatlichen Zwange entziehen, dann kapitulieren sie vor dem Staat und seiner Autorität. Wenn das oft oder gar regelmäßig vorkommt, ist das Gesetz allerdings mangelhaft, da das Recht dazu bestimmt ist, verwirklicht zu werden. Aber es ist ein mangelhaftes Rechtsgesetz, nicht ein Sittengesetz.

5. Die Pflichten, die das Gesetz den Privaten auferlegt, müssen (im Gegensatz zu den Pflichten des Beamten) zum voraus für eine unbestimmte Zahl möglicher Fälle vorgeschrieben werden; z. B. die Pflicht, Versicherungsprämien für ihre Arbeiter zu bezahlen; oder nachbarliche Pflichten der Grundeigentümer. Diese Pflichten müssen deshalb abstrakt in generellen Begriffen umschrieben werden; die Prämienpflicht z. B. nach der Zahl der Arbeiter, nach dem Lohn, der Dauer und Art der Beschäftigung. All das wird durch abstrakte Begriffe bestimmt. M. a. W.: es wird eine **generelle Regel** erlassen (S. 152). Eine Regel, die noch der Konkretisierung (in der Anwendung) bedarf und erst in der konkreten Gestalt erzwingbar ist. Weil man zum voraus wissen muß, was nachher erzwungen wird (S. 163), muß man das Recht in abstrakte Regeln fassen. Man kann nicht abwarten, bis der konkrete Fall eintritt und ihn durch einen konkreten Befehl ordnen. Deshalb haben wir oben (S. 148) als erstes

Stadium der Rechtsverwirklichung die Rechtssetzung genannt. Das Recht des Verhaltens erscheint also normalerweise in der Form einer abstrakten Regel, nicht eines konkreten Befehls.

Das bedeutet dreierlei:

a) die Begriffe, deren sich das Recht bedient, z. B. „Arbeiter“ im Gegensatz zu Angestellter, bedürfen noch der Anwendung; eine Behörde muß feststellen, daß von den drei in einem Betriebe beschäftigten Personen zwei Arbeiter und einer Angestellter ist;

b) diese Feststellung soll keiner gesetzgeberischen Bewertung mehr bedürfen: wer verdient, versichert zu werden, soll der Gesetzgeber entscheiden, indem er die „Arbeiter“ durch Merkmale bezeichnet, die ohne jene Abwägung, gewissermaßen mechanisch angewendet werden können. Das ist nicht immer möglich und gelingt dem Gesetzgeber auch nicht immer, wo es möglich wäre; aber es ist die eigentliche Aufgabe des Gesetzgebers: er soll entscheiden, was gerecht ist, und deshalb muß er seine Entscheidung in technische (nicht-ethische) Begriffe fassen (Organisation, 243);

c) jede solche Formulierung ist aber auch eine **Formalisierung**: nicht weil der ethische Gedanke in technischen Begriffen formuliert wird (das ist gar nicht anders möglich), sondern weil jede begriffliche Formulierung auf eine beschränkte Zahl von Merkmalen abstellt, während die Fälle, auf welche die Regel angewendet wird, sich durch unzählbar viele Besonderheiten unterscheiden. Die vom Staate gegen Feuer versicherten Gebäude werden in vier Gefahrenklassen eingeteilt. Aber das Risiko ist in Wirklichkeit viel feiner abgestuft. Das Wirtschaftsgesetz schreibt vor, daß die Gaststube jeder Wirtschaft mindestens 3 m hoch sein soll und 100 m<sup>3</sup> Raum haben soll. Ein Steuergesetz bestimmt, daß jeder Hund Fr. 30.— Steuer bezahlen soll, ausgenommen Zug- und Wachthunde. Das Gesetz kann mehr oder weniger Unterscheidungen machen: z. B. für Berg- und Talwirtschaften, für alkoholfreie und alkoholhaltende, für ventilierte und nichtventilierte Lokale u. a. m. Aber es bleibt eine abstrakte Regel, die unmöglich allen individuellen Besonderheiten Rechnung tragen kann und deshalb auch in einem gewissen Schematismus befangen bleibt. Die ideale Gerechtigkeit würde verlangen, daß alle (erheblichen) individuellen Unterschiede berücksichtigt würden; aber dann dürfte man überhaupt keine Regel mehr aufstellen, sondern müßte ohne Regel von Fall zu Fall entscheiden. Das wäre gerecht, aber für den Beteiligten unsicher. Je mehr Umstände bei der Entscheidung berücksichtigt werden, desto

unübersichtlicher ist das Recht und desto schwieriger ist es, die Entscheidung vorauszusehen. Die Rechtssicherheit verlangt wenig und leicht feststellbare Kriterien; die Gerechtigkeit (in diesem Zusammenhang nennt man sie Billigkeit) verlangt Berücksichtigung aller erheblichen Unterschiede in vielen begrifflichen Unterscheidungen. Das erste, wie es ein rascher und großer Verkehr fordert, nennt man formales Recht; das zweite billiges Recht. Das Recht, auch das billigte, ist immer eine stark schematisierte Gerechtigkeit.

6. Wenn das Gesagte richtig ist, so sind zwei andere Meinungen unrichtig:

a) die Meinung, das Recht, wie es in einem Staate gilt, sei eine bloße Tatsache; die Tatsache nämlich, daß die und die Handlungen erzwungen oder die und die Zuwiderhandlungen bestraft werden; daß also mit diesem Zwang oder dieser Drohung das befohlene Verhalten erzwungen werde. Die Rechtsordnung ist nicht bloß ein psychologisches oder mechanisches Getriebe, dessen tatsächliche Wirkungen es festzustellen und kausal zu erklären gilt; die Rechtsordnung erklären heißt nicht nur begreiflich machen, wie dieses Getriebe mit seinen Rädern und Hebeln nach Kausalgesetzen läuft und wirkt, sondern begreiflich machen, welche vernünftigen Gründe diesen Apparat und die von ihm befolgten Rechtssätze vor der Idee einer gerechten Ordnung rechtfertigen;

b) unrichtig ist aber auch die entgegengesetzte Meinung, das Recht gelte schon kraft seiner sachlichen Richtigkeit (wie der Satz gilt, daß zwei mal zwei vier sind), unabhängig davon, ob es vom Staat anerkannt und erzwungen werde. Gewiß gibt es ein Postulat, das sich an den Staat selbst richtet und dem er nachkommen soll: der Staat soll die Idee des Rechtes, d. h. die Forderung einer gerechten Ordnung verwirklichen, und an dieser Forderung mißt sich der Wert seines Werkes; nicht alles was er befiehlt, ist eo ipso begründet. Es kann auch nicht einfach als Tatsache hingegenommen werden, ungefragt, ob es richtig oder unrichtig sei, wie eine positivistische Richtung meint. Es gibt richtiges und unrichtiges, gerechtes und ungerechtes (positives) Recht, und der Staat, der ungerechtes Recht setzt, verletzt eine höhere Pflicht. Rechtsverbindlich, positives Recht, wird aber auch die begründete Forderung nur durch den Befehl des Staates; dadurch, daß der Staat seinen Zwang dafür einsetzt. Der Staat soll jene Forderung, das richtige, gerechte Recht verwirklichen und er muß sich darüber verantworten; aber er muß sie verwirklichen, dadurch nämlich, daß er das, was die

Gerechtigkeit verlangt, zum positiven Recht erhebt. Solange er es nicht getan, ist es nicht positives Recht, d. h. das Recht, das der Bürger zu befolgen und der Richter anzuwenden hat, und von dem wir hier sprechen.

## § 23. Die Entstehung des Rechts.

(Die Rechtsquellen.)

Um sich Rechenschaft darüber zu geben, wie Recht entsteht, muß man vorerst wissen, was Recht ist. Deshalb haben wir zuerst das Wesen des Rechts erörtert. Das Recht, sagten wir, ist eine verbindliche Ordnung, die Ausführung eines ethischen Postulates, und tritt selbst als ein ethisches Postulat auf. Es ist nicht eine bloße Tatsache.

1. Wenn wir also nach der Entstehung des Rechtes fragen, fragen wir so wenig wie bei der Entstehung der Rechtsverhältnisse (§ 2) nach einem bloß tatsächlichen Vorgang, wie wenn wir nach der Entstehung der Kristalle oder Pilze fragen. Allerdings ist die **Geltung** (S. 190, 200) eines bestimmten positiven Rechts, und vom positiven Recht sprechen wir, eine Tatsache, die zunächst einfach festzustellen ist; die in der Zeit abläuft und sich auf einen bestimmten Raum erstreckt. Das Schweizerische ZGB hat vor dem 1. Januar 1912 nicht gegolten und es gilt im schweizerischen Gebiet; es ist von der Bundesversammlung am 10. Dezember 1907 beschlossen und von 1912 an angewendet worden. Das sind Tatsachen. Wenn man aber nach der Entstehung des Rechtes frägt, verlangt man nicht zu wissen, welche naturgesetzlichen Ursachen diesen tatsächlichen Vorgang bestimmt haben; das mag für den Psychologen interessant sein. Man will auch nicht wissen, aus welchen (ethischen) Gründen die gesetzgebende Behörde ein Gesetz dieses Inhalts erlassen hat, das mag den Rechtshistoriker interessieren. Man will wissen, weshalb diese Vorschriften für den Einzelnen rechtsverbindlich geworden sind.

Für den Einzelnen ist das Gesetz nun verbindlich geworden, weil die zuständige Behörde es erlassen hat, weil nach dem Grundgesetz der Verfassung, diese Behörde zuständig ist, Gesetze zu erlassen (S. 147); was allerdings die Verbindlichkeit, die Geltung der Verfassung selbst voraussetzt. Dieser verfassungsmäßige Geltungsgrund, die Gesetzgebungskompetenz, ist die eine der **Rechtsquellen**, der Gründe, aus welchen neues Recht fließt. Wenn die Kompetenz-

ordnung der Verfassung verbindlich ist, so muß auch verbindlich sein, was die kompetente Behörde verfassungsmäßig anordnet. Von dieser Rechtsquelle, der Rechtssetzung, war bereits oben (§ 14) die Rede.

Nebenbei sei bemerkt, daß man als „Rechtsquelle“ nicht nur den Grund der Verbindlichkeit eines Rechtssatzes, sondern auch die dokumentarischen Zeugen der geltenden Rechtssätze und ihres Inhaltes bezeichnet. In diesem zweiten Sinn sind Rechtsquellen des heutigen Rechts vorab die Gesetzessammlung, die amtliche Sammlung der Urteile, also authentische Urkunden; Quellen eines alten Rechtes sind vielleicht, mangels amtlicher Urkunden, private Aufzeichnungen über die Gerichtspraxis, private Urkunden, Inschriften, Chroniken oder Sagen.

2. Der Laie ist geneigt anzunehmen, alles positive Recht entstehe auf dem Wege der Gesetzgebung und müsse so entstehen. Der Rechtskundige weiß aber aus der Rechtsgeschichte, daß die Gesetzgebung eine späte Errungenschaft der Gesellschaft ist. Wohl in jeder Rechtsgemeinschaft ist verbindliches Recht angewendet worden lange bevor es einen Gesetzgeber und eine Gesetzgebung gegeben hat. Ja, in vielen modernen Staaten, namentlich in den anglosächsischen, sind wichtige Teile des geltenden Rechts nicht in Gesetzen formuliert; und auch für die Staaten des Gesetzesrechts wäre es falsch zu glauben, ihr Recht sei vollständig in den geschriebenen Gesetzen niedergelegt und wer den Wortlaut ihrer Gesetze kenne, der kenne auch ihr Recht.

a) Auf welche andere Weise kann denn Recht entstehen? Wie sonst können Normen des Verhaltens für die Einzelnen verbindlich werden? Sehen wir zu, wie das heute unter unsern Augen, z. B. in den Kulturstaaten des anglosächsischen Rechtes, geschieht. Was gilt in England auf den Gebieten des Familienrechts, des Erb- und Sachenrechts, des Vertrags- und Schadenersatzrechts und vielen anderen? Was von den zuständigen Gerichten angewendet wird. Es steht in keinem Gesetze und ist nirgends in authentischer Fassung formuliert; aber es ergibt sich aus den Gerichtsurteilen und ihren Gründen. Weil die Gerichte entschieden haben, daß der Automobilfahrer unter den und den Voraussetzungen für die Folgen eines Unfalles hafte, gilt dieser Haftungsgrundsatz. Er wird nämlich angewendet und in dieser Anwendung erzwungen; und das heißt man gelten (S. 200).

Aus demselben Grund gilt auch bei uns vieles. Nicht nur in Fragen, über die kein Gesetz besteht, sondern auch in anderen, die



vom Gesetz geordnet, aber unvollständig geordnet worden sind. Und welches Gesetz ist vollständig? Wenn z. B. das Bundesgericht erklärt, daß der Aktionär mit seiner Einlage den Gläubigern der Gesellschaft haftet, selbst wenn er infolge Irrtums oder Täuschung die Aktie gezeichnet hatte, gilt eben dieser Grundsatz, weil er vom Gericht angewendet und das Urteil vollzogen wird. Ebenso wenn die Steuerbehörde ohne nähere Anleitung des Steuergesetzes entscheidet, daß bestimmte Abschreibungen zulässig sind und andere nicht.

Man nennt das im Gegensatz zum Gesetzesrecht **Gewohnheitsrecht**. Es beruht nicht auf einem einmaligen verbindlichen Ausdruck der gesetzgebenden Behörde, sondern auf der Anerkennung durch die Gerichte (denen wir hier immer die Verwaltungsbehörden gleichstellen) im einzelnen zu entscheidenden Falle. Die Behörden müssen ja nach Grundsätzen entscheiden, auch wenn der Gesetzgeber ihnen keine genannt hat; sonst könnten sie ihre Urteile nicht begründen. Und die Grundsätze, nach denen sie entscheiden, sind es, die tatsächlich gelten. Auch die gesetzlichen gelten nur, wenn und solange die Gerichte sich daran halten und sie anwenden; was die Gerichte allerdings tun sollen. Die gewohnheitsrechtlichen gelten ebenso, weil sie von den Gerichten und anderen Behörden angewendet werden; aber die Gerichte sind nicht von vornherein und kraft fremder Autorität daran gebunden, sondern gewissermaßen aus eigener EntschlieÙung. Darin besteht der Unterschied von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht.

b) Man nennt das Gesetzesrecht auch oft das **geschriebene**, das Gewohnheitsrecht das ungeschriebene Recht. Das trifft meistens zu. Aber es ist nicht wesentlich. Ein geschriebenes privates Rechtsbuch, wie der Sachsenspiegel, konnte durch die Gerichtspraxis Geltung erlangen und war deshalb Gewohnheitsrecht, obschon er geschrieben war. Umgekehrt konnte eine Stadt durch ihren Stadtherrn mit dem ungeschriebenen Recht einer anderen bewidmet werden und dieses Recht wurde verbindlich kraft eines gesetzgeberischen Befehls, trotzdem es nicht geschrieben war. Uebrigens ist die Schrift nicht das Wesentliche am „geschriebenen“ Recht, sondern die feste sprachliche Formel, in der der Rechtsgedanke, mündlich oder schriftlich, festgehalten wird. Altes Recht wurde vielfach mündlich in feierlichen Formeln, Reimen, Sprüchen, Sprichwörtern überliefert; und das war Gewohnheitsrecht, wenn es verbindlich war, weil es angewendet wurde; Gesetzesrecht war es, wenn es angewendet wurde, weil es (durch den König etwa) verbindlich erklärt worden war.

c) Festzuhalten aber ist, was keineswegs allgemein anerkannt wird, daß auch das Gewohnheitsrecht nur kraft **staatlicher Anerkennung** entsteht, d. h. verbindlich wird, nicht nur vermöge privater Ausübung und unabhängig vom Staat. Es wird behauptet, das Recht wachse gewissermaßen von selbst, organisch, ohne Zutun des Staates, aus der Volksüberzeugung, aus dem Rechtsbewußtsein der Beteiligten, so wie diese Ueberzeugung allgemein und stets betätigt werde; das so entstandene Recht werde dann von den Gerichten angewendet; die Geschichte liefere unzählige Beispiele dafür. — Nehmen wir ein solches Beispiel, um uns die Frage klar zu machen: die Versicherungsgesellschaften haben angefangen, mit dem Versicherungsnehmer einen Vertrag zugunsten eines Dritten zu schließen, z. B. zugunsten der überlebenden Ehefrau; das ist massenhaft geschehen und beim Ableben des Ehemannes wurde der selbständige Anspruch der Frau von den Gerichten anerkannt. Oder: Genossenschaften mit ähnlichen Zwecken haben sich zu Verbänden, also gewissermaßen zu Genossenschaften höherer Ordnung zusammengeschlossen und diese Verbände wurden, obschon im Gesetze nicht vorgesehen, auch von den Gerichten anerkannt. Geschaffen, sagt man nun, wurden diese neuen Einrichtungen von den Privaten und das von ihnen Geschaffene wurde nachträglich von den Gerichten als bestehend anerkannt. Allein das ist eine optische Täuschung: e r d a c h t wurden diese Gebilde allerdings von den findigen Interessenten; ob das Erdachte aber rechtsgültig und verbindlich sei, das konnten die Beteiligten nicht selbst entscheiden; das hing ab von der Entscheidung der Gerichte, die das erste Mal darüber zu befinden hatten. Hätte der Richter der ersten Witwe, die auf Auszahlung der Versicherungssumme klagte, erklärt: Du hast aus dem Versicherungsvertrag kein eigenes Recht erworben; die Versicherungssumme fällt in die Erbmasse und davon bekommst du deinen Teil als Erbin, so hätten jene Abmachungen nicht gegolten; und auch der Verband von Einzelgenossenschaften wäre keine juristische Person gewesen, wenn das Gericht diese Verbindung nicht als neue juristische Person anerkannt hätte. S e i n e Entscheidung ist die entscheidende. Nur die staatliche Behörde kann Recht im eigentlichen Sinn des Wortes (nämlich mit Rechtsverbindlichkeit) a n w e n d e n. Richtig ist nur, daß die staatliche Behörde das Recht, dem sie durch ihre Anerkennung Geltung verleiht, nicht selbst erdacht hat; und richtig ebenfalls, daß sie oft tatsächlich beinahe gezwungen ist, nachträglich anzuerkennen, was die Privaten massenhaft und im Vertrauen auf die Gültigkeit abgemacht und be-

tätigt haben (Organisation, S. 230); oder auch das Gesetz nicht mehr anzuwenden, das vom Volke massenhaft und in der Ueberzeugung, daß es nicht verbindlich sei, übertreten wird.

Weil Privatpersonen kein Gewohnheitsrecht begründen können, können es auch Gelehrte nicht tun, und wären ihre Lehren noch so begründet. Die **Wissenschaft** ist keine Rechtsquelle.

Es bleibt also dabei, daß nur der Staat einer Maxime Rechtsverbindlichkeit verleihen kann; sei es ausdrücklich durch die Stimme des Gesetzgebers, sei es stillschweigend durch die Praxis der rechtsanwendenden Behörden.

3. Viel Kopfzerbrechen hat den Gelehrten das **Verhältnis der beiden Rechtsquellen zueinander** bereitet: wenn Recht verbindlich werden kann sowohl durch den Ausspruch des Gesetzgebers wie durch die Gerichts- und Verwaltungspraxis, welches Verfahren geht dem anderen vor? Kann das Gewohnheitsrecht dem Gesetzesrecht derogieren, d. h. sich an seine Stelle setzen? Kann das Gesetz wiederum bestehendes Gewohnheitsrecht aufheben oder gar derogierendes Gewohnheitsrecht verbieten, wie es z. B. das Oesterreichische Allgemeine Gesetzbuch von 1811 (§§ 9 und 10) getan hat? Oder vermag das Gesetz, wie die Geschichte es darzutun scheint, nichts gegen den nagenden Zahn abweichender Gewohnheit?

Wenn, wie oben angenommen, das Gewohnheitsrecht auf der Praxis der rechtsanwendenden Organe (Gerichte und Verwaltungsbehörden) beruht, wird sich die Antwort ergeben aus dem Verhältnis der Rechtsanwendung zur Rechtssetzung. Auch davon war schon die Rede (S. 159). Wir sagten, daß der Richter zwar nach Gesetz und Recht sprechen solle; daß aber sein Spruch formell dem Gesetze vorgehe, d. h., wenn einmal endgültig ergangen, verbindlich sei ohne Rücksicht darauf, ob er dem Gesetz entspreche oder nicht; und (S. 163), daß demgemäß schließlich das Recht gelte, welches von der zuständigen Behörde, in Rechtsprechung und Verwaltung, angewendet und vollzogen werde. Darauf beruht es, daß jede Gesetzesnorm durch widersprechendes Gewohnheitsrecht überwunden werden, d. h. außer Geltung gesetzt werden kann, indem sie nicht angewendet wird; daß das aber allerdings nicht vorkommen sollte, wenn, wie wir als Regel annehmen, der Richter an das Gesetz gebunden ist und sich daran hält. Es ist eine Anomalie, wenn die Praxis der Behörden, welche an das Gesetz gebunden sind, das Gesetz (tatsächlich) abändert; aber die Geschichte lehrt, daß es immer wieder vorkommt, und zwar um so mehr, als das Gesetz altert und ver-

altet. Unbewußt oder halb bewußt macht der Richter aus dem unbrauchbar gewordenen Gesetz etwas anderes als es ursprünglich war. Unbewußt infolge irrtümlicher Auslegung; halb bewußt durch gutgemeinte und tendenziöse Auslegung. Vergleicht man dann nach einigen Jahrzehnten die Praxis mit dem Gesetze, so stellt man fest, daß sie vom Gesetze abgewichen ist. Es sollte nicht geschehen, da ja der Richter an das Gesetz, auch an das mangelhafte, gebunden ist; aber es kann geschehen, weil das Urteil dem Gesetze vorgeht und ein nicht mehr angewendetes Gesetz tatsächlich auch nicht mehr gilt. Es ist auch begreiflich und entschuldbar, daß es geschehe, wenn man bedenkt, daß viele Gesetze, und gerade die großen Gesetzbücher, oft lange hinter der Zeit zurückbleiben, weil der Gesetzgeber sich nicht entschließen kann, sie zu erneuern; und ferner bedenkt, daß es dem Richter schwer fällt, als Recht zu erklären, was die Vernunft nicht mehr billigen kann.

4. In Ländern des Gesetzesrechtes ist man geneigt, diese Form der Rechtsbegründung, die **Rechtssetzung, über die des Gewohnheitsrechtes**, der Begründung durch die Praxis selbst, zu stellen.

a) Vom **logischen Standpunkt** aus ist der Gesetzgebung die Ueberlegenheit nicht abzusprechen: Wenn der Richter nach Rechtsgrundsätzen urteilen soll und nicht selbst solche Grundsätze verbindlich erklären darf, weil er nur einzelne Fälle entscheiden soll (c. c. 5), muß sie ihm ein anderer, der Gesetzgeber, an die Hand geben. Es ist ein Widerspruch, wenn das Recht, auf das sich das Urteil gründet, erst durch dieses Urteil selbst gesetzt wird. Dieser Widerspruch macht sich nicht geltend, solange der Richter sich an die Grundsätze der bisherigen Praxis hält, wohl aber, wenn er, um einer neuen Sachlage gerecht zu werden, seine Praxis ändern will. Der Gesetzgeber kann sein Gesetz jederzeit ändern; aber kann es der Richter tun? Er kann es, da jedes seiner Urteile verbindlich ist; wenn er's tut, ist es getan. Aber er kann es nicht ohne Widerspruch tun: denn wenn der Grundsatz, den er einführen will, bisher noch nicht galt, kann er ihn auch nicht auf den schon gegebenen Fall anwenden; und wenn er schon galt, ist er nicht neu. Dieser logische Widerspruch macht sich tatsächlich wenig bemerkbar, weil der Richter nicht sprungweise und offen von den bisher angewendeten Grundsätzen abweichen wird, sondern nur unmerklich und verdeckt. Aber er besteht doch.

b) Vom **praktischen Standpunkt** muß man der gewohnheitsmäßigen Begründung und Fortbildung des Rechts, namentlich des Pri-

vatrechts, wenn nicht die Ueberlegenheit, so doch manche unverkennbare Vorzüge zuerkennen.

Es war eine doktrinäre Selbstüberhebung des Rationalismus (S. 145) zu glauben, es sei so leicht, das, was man als gerecht und vernünftig erkannt (und oft nur erfühlt) hat, in eine adäquate begriffliche Fassung zu bringen. Das ist vielmehr sehr schwer. Es ist nicht nur die technische Schwierigkeit des Ausdrucks, sondern auch eine sachliche Schwierigkeit. Der Gesetzgeber überblickt nicht alle möglichen Fälle und erfaßt deshalb auch nicht die genaue Tragweite seiner Vorschrift; erst die Praxis zeigt ihm die unerschöpfliche Fülle des Lebens; sie zeigt ihm, an wie viel er nicht gedacht hat und wie anders manches herauskommt, als er gemeint. Dann muß der Richter die unzulängliche Formel des Gesetzes zurechtstutzen, bis sie brauchbar ist. Der Gesetzgeber kann das Recht nie so genau, klar und vollständig formulieren, daß es nur noch in zwingend logischer Schlußfolgerung auf den konkreten Fall brauchte angewendet zu werden, wie man sich das in der Blütezeit der **Kodifikation** vorstellte. Der Richter (und noch mehr der Verwaltungsbeamte) muß vieles zum Buchstaben des Gesetzes hinzutun, bis man, nach längerer Anwendungspraxis, weiß, was in jedem Falle rechtens ist. Auch wenn der Richter das kodifizierte Recht anwendet, schlägt er fortwährend in den Kommentaren und Spruchsammlungen nach, um sich Rechenschaft über das geltende Recht zu geben; nicht viel anders als in Ländern des Gewohnheitsrechtes, wo die Spruchsammlungen sozusagen alles bedeuten.

Ein Vorzug des Gewohnheitsrechtes ist es auch, daß sich das Recht, das nicht an einen Gesetzestext gebunden ist, leichter und unauffälliger weiterbilden läßt als die Gesetzgebung. Die Umbildung des Gesetzesrechtes sollte ja auf dem Wege der Gesetzgebung geschehen; aber die Aenderung des Gesetzes läßt oft lange auf sich warten und, wenn sie beschlossen wird, geht sie um einen ganzen Sprung vorwärts, was die Rechtssicherheit, die besonders dem Privatrecht nottut, beeinträchtigt. Aber eben deshalb ist mitunter, wenn zu neuen Grundsätzen fortgeschritten werden soll, der klare Schnitt des Gesetzes notwendig; und ebenso, wenn die Praxis unübersichtlich und verworren geworden ist oder wenn auf einen bestimmten Zeitpunkt viele lokale Rechte durch ein einheitliches ersetzt werden sollen. Wenn das Gesetz gut durchdacht und abgefaßt ist, veranschaulicht es eben viel deutlicher als die unzähligen Präzedenzfälle, die das Gewohnheitsrecht ausmachen, die Grundlinien des Rechtsgebäudes.

## II. Die Wissenschaft vom Recht.

### § 24. Die Wissenschaft vom positiven Recht.

I. Es gibt **theoretische und praktische Wahrheiten**. Die theoretischen sagen aus, was ist; die praktischen, was sein soll. Zu den praktischen gehören vor allem die ethischen Wahrheiten, die lehren, wie der Mensch sich verhalten soll ( $\pi\rho\acute{\alpha}\tau\tau\epsilon\upsilon\nu = \text{tun}$ ).

1. Die **theoretische** Wissenschaft betrachtet ( $\delta\epsilon\omega\rho\epsilon\iota\nu$ ) also Tatsachen. Ihre Tätigkeit besteht aber nicht nur im Feststellen von Tatsachen. Das wäre bloße Beschreibung, Aufzählung, Berichterstattung. Solche Vorarbeit braucht die Wissenschaft allerdings; aber nützliche Vorarbeit ist es nur, wenn es als planmäßiges Mittel zu den eigentlich wissenschaftlichen Untersuchungen betrieben wird: zur Erforschung der Ursachen. Eine wissenschaftliche Aufgabe ist es z. B., den Einfluß der Umwelt auf die (erbliche) Gestalt der Pflanzen und Tiere zu ermitteln. Dazu muß man viele Tatsachen kennen. Wer aber alle Pflanzen und Tiere und ihre Lebensweise beschreiben würde, könnte wohl manch Neues und Unterhaltendes erzählen; wissenschaftlicher Arbeit (oder Vorarbeit) kann er sich erst rühmen, wenn er das beschreibt, was die Gesetze der Vererbung erkennen läßt. Wissenschaft i. e. S. ist erst die methodische Untersuchung der Ursachen der Tatsachen; die Erkenntnis des kausalen Verlaufes der tatsächlichen Vorgänge; der **G e s e t z e** dieses tatsächlichen Geschehens. Der Erkennung der Ursachen wegen sind die Tatsachen interessant; um die kausalen Gesetze zu erfahren, stellt sie der Forscher fest.

Auch die theoretischen Wissenschaften bleiben also nicht bei den Tatsachen stehen. Aber an die Tatsachen sind sie gebunden: ein Gesetz, das mit den Tatsachen nicht übereinstimmt, ist falsch. Z. B. das angebliche Gesetz der Einfachheit der Atome oder der Unvererblichkeit erworbener Eigenschaften. Eine theoretische Wissenschaft in diesem Sinn fragt also nach Tatsachen, und nach den kausalen Gesetzen ihre Entstehung. Nicht nach ihrem Sinn und ihrer Berechtigung.

2. Ganz anders die **praktischen Wissenschaften** der Ethik. Auch der Ethiker muß viele Tatsachen kennen, um das zu Bewirkende richtig zu erkennen. Aber was er erkennen will, ist nicht, was ist,

sondern was sein soll. Wie sich der Mensch verhalten soll, das will er erkennen; nach welchen Maximen er sich zu richten, welche Forderungen er zu erfüllen hat. Es interessiert ihn nicht das, was nach Naturgesetzen notwendig geschieht, sondern was nach Vernunftgesetzen bewirkt zu werden verdient (vorausgesetzt, daß es bewirkt werden kann). Und nicht, daß es bewirkt worden ist oder ob es bewirkt werden wird, beschäftigt ihn, sondern ob es bewirkt werden sollte oder in Zukunft bewirkt werden soll. Die Gründe, nicht die Ursachen des Verhaltens vernünftiger Wesen, erforscht die ethische Wissenschaft; die Gesetze, nach denen sie sich richten sollen. Um diese Gesetze zu erkennen, sind die Tatsachen, d. h. hier das tatsächliche Verhalten der Menschen, keineswegs entscheidend. Die praktischen Gesetze werden nicht induktiv abstrahiert aus dem tatsächlichen Verhalten der Menschen, wie viele Soziologen uns glauben machen wollen, und sie erwarren sich nicht an diesem Verhalten. Wenn eine erworbene Eigenschaft des Tieres sich vererbt oder ein Atom zerfällt, ist das angebliche Gesetz der Unvererblichkeit erworbener Eigenschaften oder das der Einfachheit der Atome widerlegt; aber wenn ein Mensch einen anderen täuscht, ist das praktische Gesetz, daß man andere nicht täuschen soll, keineswegs widerlegt, und wenn auch alle Menschen sich aufs täuschen verlegen sollten. Die praktische Wissenschaft zieht also ihre Wahrheiten nicht aus den Tatsachen, aus der Erfahrung (a posteriori) durch Induktion; sie gründet sich weder auf die Erfahrung, noch wird sie durch die Erfahrung widerlegt. Sie leitet ihre Wahrheiten aus einer von der Erfahrung unabhängigen Quelle ab (a priori). Nach ihren Wahrheiten vielmehr beurteilt sie, bewertet sie kritisch gewisse Tatsachen: das Verhalten der vernünftigen Wesen.

Man argumentiert z. B.: die Erfahrung lehrt, daß die staatlichen Gesetze entstehen aus einem Kampf der Interessen, gewissermaßen nach dem Parallelogramm der gesellschaftlichen Kräfte, wie die Richtung eines bewegten Körpers bestimmt wird durch die auf ihn einwirkenden mechanischen Kräfte; also gelte es, diese Kräfte zu erkennen, um zu erkennen, nach welchen kausalen Gesetzen das Recht entsteht. Aber an dieser Betrachtung des Rechts ist alles schief: 1. kann man die Verbindlichkeit eines Rechtsgesetzes nicht erklären aus Ursachen, aus denen es entstanden wäre, sondern nur aus Gründen, aus denen es verdient zu bestehen; 2. wäre ein Rechtsgesetz als die naturnotwendige Wirkung gegebener Tatsachen (gesellschaftlicher „Kräfte“) keine verbindliche Norm, sondern selbst eine gegebene Tatsache, über dessen Gründe und Berechtigung zu streiten ganz

unwissenschaftlich wäre. Die kausal-genetische Erklärung von Tatsachen erklärt nur Tatsachen, und was man so erklärt, ist nur das Tatsächliche. Wenn das die Erklärung des Rechts wäre, wäre das Recht eine nackte Tatsache und von der Verbindlichkeit wäre nicht mehr die Rede, die doch das Wesen des Rechts ausmacht, man verkennt also schon mit der Frage nach den Ursachen den eigentlichen Gegenstand der Untersuchung: das Recht als eine verbindliche, sinnvolle Norm. Wer das Recht kausal erklärt, erklärt nicht das Recht in seinem geistigen Wesen, sondern den psychologischen Vorgang, in welchem die Menschen ihre gesetzgeberischen Beschlüsse fassen, und mit dieser Erklärung wird das Unrecht wie das Recht erklärt, weil der Sinn des Rechts hier außer Betracht bleibt. Uns interessiert aber gerade der Sinn des Rechts, und erklärt ist für uns nur, was sich als sinnvoll ausweist, nicht das Sinnlose. Das ist von der „Wissenschaft“ tausendmal verkannt worden; aber es ist doch wahr.

Es sind also zwei verschiedene Betrachtungsweisen: die theoretisch-kausale und die praktisch-rationale; beide sind möglich, ja unerlässlich; aber sie dürfen nicht vermengt werden. — Und beide müssen selbstverständlich logisch (folgerichtig) vorgehen; die Logik gilt für alles Denken; das beschäftigt uns hier nicht.

**II. Die Rechtswissenschaft ist vornehmlich eine praktische Wissenschaft.** Ihr Gegenstand sind nur die Normen des Verhaltens; die vom Recht an die vernünftigen Menschen gestellten Forderungen. Diesem Gegenstand muß auch die Aufgabe der Wissenschaft und ihre Methode entsprechen.

1. Wir reden hier immer vom **positiven** Recht; dem Recht wie es in jedem Staate gilt, und nur von den materiellen Normen dieses Rechts. Alle Vorschriften einer solchen Rechtsordnung sind nun in der Tat verbindliche Anweisungen des Verhaltens, also praktische Forderungen. Aber daß sie gelten und so gelten, wie sie lauten, ist eine Tatsache: das tatsächlich geltende Recht ist zunächst der Gegenstand der Rechtswissenschaft. Also, sagt man, hat sich die Wissenschaft vom positiven Recht doch mit Tatsachen abzugeben, nicht mit Postulaten; nicht ob das Gesetz berechtigt sei, kümmert sie, sondern was es vorschreibe; die Aufgabe und das Ziel der Rechtswissenschaft ist festzustellen, was rechtens ist, nicht was rechtens sein sollte; und was rechtens ist, hat der Gesetzgeber schon entschieden. So sagt man.



Allein das ist nur zum Teil richtig. Was vom Gesetzgeber entschieden worden ist, ist allerdings maßgebend auch für die Wissenschaft vom positiven Recht. Aber erstens ist nicht alles entschieden, und zweitens brauchte man keine Wissenschaft mehr, wenn alles entschieden wäre.

Was diese letzte Behauptung betrifft, so vergegenwärtige man sich einmal die Aufgabe der Wissenschaft in der Annahme, das Gesetz hätte wirklich alles entschieden; alles nämlich, was zur Anwendung des Gesetzes notwendig ist. Eine das Gesetz ergänzende Praxis gäbe es dann auch nicht. Man wüßte dann schon aus dem Gesetz alles, was von praktischer Bedeutung ist und etwas anderes (nämlich Unpraktisches) hat auch die Wissenschaft nicht zu ermitteln. Die Gründe, die den Gesetzgeber geleitet haben, zu untersuchen, mag kulturhistorisch interessant sein, ist aber nicht von aktuellem Interesse. So könnte der Rechtswissenschaft nur noch obliegen, das im Gesetz fertig gegebene Material zu leichterem Gebrauch zu gruppieren, und mit einem Register zu versehen; aber das wäre doch eine recht subalterne technische Hilfsarbeit, keine wissenschaftliche Aufgabe. Wenn dem so wäre und der Wissenschaft nichts anderes zu tun bliebe, wäre das kein Unglück; es bewiese nur, daß die Wissenschaft schon gearbeitet hätte; denn ein solches Gesetz wäre sicher die Frucht früherer wissenschaftlicher Arbeit. Die Wissenschaft kann sich nichts besseres wünschen, als an solchen Gesetzen mitzuarbeiten, die, wenn einmal erlassen, ihr gestatten, die Hände in den Schoß zu legen. Tatsächlich verhält es sich aber nicht so.

Die Erfahrung lehrt, das war die erste Behauptung, daß kein Gesetz vollständig und vollkommen ist. In jeder Gesetzgebung finden sich (leider!) Bestimmungen, die unklar sind; oft widersprechen sie sich oder sie lassen Lücken. Der Praktiker weiß nicht, welche Bestimmung er anwenden soll oder was die anzuwendende bedeutet. Ueber diese Schwierigkeiten soll ihm die Wissenschaft hinweghelfen. Damit geben sich ja auch die wissenschaftlichen Bearbeitungen des positiven Rechts ab, die Kommentare und die Lehrbücher: mit der Beantwortung der praktischen Fragen, die das Gesetz nicht oder nicht eindeutig beantwortet hat.

2. Für die Wissenschaft vom positiven Recht ist also gerade das interessant, was das Gesetz (oder die Praxis) nicht beantwortet hat: die Lücken, Widersprüche, Unklarheiten, kurzum die **Mängel des geltenden Rechts**. Da muß sie sich bewähren.

Und wie soll die Wissenschaft diese offen gebliebenen Fragen beantworten? Wenn zwei Bestimmungen sich widersprechen, welche soll sie verbindlich erklären? Wenn zwei Auslegungen möglich sind, welche soll sie bevorzugen? Wenn das Gesetz schweigt, welche Antwort soll sie geben? Offenbar diejenige, die ein seiner Aufgabe bewußter Gesetzgeber geben würde. Das unvollkommene, unvollendet gebliebene Werk des Gesetzgebers muß so, in dem Geiste und nach den Maximen vollendet werden, wie es ein vernünftiger Gesetzgeber vollendet hätte: so daß das Ganze 1. logisch korrekt, d. h. widerspruchslös und lückenlos, und 2. ethisch möglichst richtig, d. h. gerecht und vernünftig ist. Die Wissenschaft, die der Praxis den Weg weisen soll, muß den vom Gesetzgeber beschrittenen Weg zu Ende gehen.

a) Das bedeutet zunächst, daß sie auf dem **a n g e f a n g e n e n** Weg weiterschreiten soll; d. h. in ihren Lösungen an die vom Gesetze schon festgelegten Lösungen, an sein System gebunden ist; in dieser Bindung an das Bestehende unterscheidet sich ihre bescheidenere Aufgabe von der größeren des frei schaffenden Gesetzgebers. Aber ihre Aufgabe beschränkt sich dennoch nicht auf ein logisches Thema, darauf nämlich, aus den vom Gesetzgeber gesetzten Prämissen, die darin schon enthaltenen Schlüsse zu ziehen, wie der Geometer aus einer Basis und zwei Winkeln die fehlenden Seiten des Dreiecks zieht. Die juristische Lösung ist nicht so genau vorbestimmt; sie ist nicht gewissermaßen mathematisch zu errechnen. Die Arbeit des Juristen ist nicht eine bloß logische, verstandesmäßige, sondern auch eine ethische. M. a. W.: mit dem im Gesetz Gegebenen sind in der Regel verschiedene Ergänzungen logisch vereinbar. Unter ihnen die richtige zu finden, ist eine Sache ethischer Abwägung, gleicher Art, wie sie der Gesetzgeber anzustellen hat. Also eine gesetzgebungspolitische Aufgabe im Kleinen. Was z. B. als „Werk“ i. S. 58 OR (S. 58) zu verstehen sei, ist nicht logisch aus den bekannten Daten des Gesetzes abzuleiten, sonst wäre es schon darin enthalten.

Die Aufgabe der Wissenschaft ist also vorerst, das geltende Recht auf seine logische Geschlossenheit zu prüfen: ob es an Widersprüchen, Lücken oder Unklarheiten leide. Ist es nämlich klar, vollständig und widerspruchsfrei, so bleibt der Wissenschaft nichts weiter zu tun. Schon diese einleitende Feststellung ist, wenn auch ein rein logisches, so doch ein **k r i t i s c h e s** Urteil.

b) Stellt nun aber die Wissenschaft Mängel fest, so muß sie sie **ausbessern**. Sie muß anstatt des unklaren klares Recht ermitteln,

die Widersprüche zugunsten des einen oder anderen Ausspruches des Gesetzes lösen, die offen gelassene Lücke ausfüllen. Das ist, wie vorhin bemerkt, eine ethische, gesetzgebungspolitische, also auch wieder eine kritische Aufgabe.

**Widersprechende** Vorschriften sind solche, die ein widersprechendes Verhalten, d. h. zwei nicht zugleich mögliche Arten, sich zu verhalten, vorschreiben; z. B. eine Bilanz aufzustellen, die sowohl für den Fall des Weiterbetriebes wie der Liquidation richtig sein soll. — **Lücken** im logischen Sinn (echte Lücken) sind die offen gelassenen Fragen, ohne deren Beantwortung das Gesetz nicht angewendet werden kann; z. B. ob dem Eigentümer oder dem Nutznießer einer Aktie das Stimmrecht an der Generalversammlung zukomme (B.Ger. 50, II, 547); oder wer die Kosten der Beseitigung einer Radiostörung zu tragen habe. Ein ethischer Fehler des Gesetzes ist es aber (eine unechte Lücke), wenn man zwar weiß, was rechtens ist, aber richtigerweise etwas anderes rechtens sein sollte; wenn z. B. der Staat nicht haftet für den von seinen Beamten verursachten Schaden oder die Benutzung eines fremden Automobils nicht strafbar ist. Das sind Lücken, die der Gesetzgeber beheben sollte, die aber der Richter nicht zu beheben braucht, um das Gesetz, wie es ist, anzuwenden. — **Unklare** Vorschriften endlich sind Vorschriften, deren Worte nach den Gesetzen der Sprache nicht einen eindeutigen Sinn ergeben; z. B. ob unter „Handel und Gewerbe“ in Art. 31 BV auch die Landwirtschaft; ob unter den „direkten Steuern“ auch die Erbschaftssteuer zu verstehen sei.

Alle drei Aufgaben sind derselben Art. Der Richter, dem das Gesetz eine unklare, eine widerspruchsvolle oder gar keine Anleitung gibt, steht immer vor derselben Aufgabe. Im Falle des Widerspruches zwischen zwei (an sich klaren) Vorschriften wird er zwischen diesen beiden zu wählen haben; im Falle der Lücke zwischen den der Natur der Sache nach möglichen Lösungen; im Falle der Unklarheit des Ausdruckes zwischen den sprachlich möglichen Bedeutungen. Es können ihm mehr oder weniger Wege offen stehen; aber die Wahl wird er immer nach derselben *Maxime* treffen müssen: er muß die Regel finden, die er **als Gesetzgeber** aufstellen würde (ZGB, 1).

c) Nicht anders verhält es sich mit der sog. **Analogie**. Man wendet ein Gesetz analog (= sinngemäß), *per analogiam* an, wenn es einen Fall normiert, einen anderen aber, der ihm ähnlich ist, nicht, und man die besondere Regel des Gesetzes auf den ihr zugrunde liegenden allgemeinen Grundsatz zurückführt und daraus die an-

dere besondere Regel ableitet. Wenn z. B. ein Gesetz die Anfechtung der Verträge wegen Irrtums vorsieht, aber nicht die von letztwilligen Verfügungen, kann man sich fragen, ob die Anfechtbarkeit analog auch für diese Rechtsgeschäfte gelten solle. Der Sinn der Worte, nehmen wir an, ist durchaus klar: über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen sagt das Gesetz nichts. Deshalb ist das Gesetz nicht eigentlich auszulegen. Es besteht vielmehr eine Lücke. Die Analogie ist ein Verfahren zur Ausfüllung von Lücken, und zwar echter wie unechter. In unserem Falle fragt es sich, ob die für den Fall des Vertrages gegebene Regel auch für den anderen zu gelten habe. Auch das ist nicht sowohl eine Frage der Logik als der praktisch-vernünftigen Abwägung: was hat vernünftigerweise zu gelten, wenn der Testator sich geirrt hat. Besteht ein sachlicher Grund, hier eine andere Lösung zu wählen, als für den Vertrag? Kann man m. a. W. annehmen, daß, was für die Verträge richtig ist, für alle Rechtsgeschäfte richtig ist? Ob diese Prämisse zutrifft, ist die Schwierigkeit; trifft sie zu, so ist die logische Ableitung, daß die Testamente, die auch Rechtsgeschäfte sind, also auch anfechtbar sind, ein Kinderspiel.

Man kann alle diese Fragen als Auslegung im weitern Sinne bezeichnen. Im engeren Sinn bezeichnet man als Auslegung die Bestimmung des Sinnes unklarer Worte. Davon soll noch die Rede sein.

3. Die **Auslegung unklarer Gesetze** ist nämlich eine Hauptaufgabe der Wissenschaft vom positiven Recht. Wie ist hier vorzugehen?

a) Auslegung ist die Ermittlung des Sinnes **gegebener Worte**. Nur einen bestimmten (geschriebenen) Wortlaut kann man auslegen. Was kraft (ungeschriebenen) Gewohnheitsrechtes gilt, ist nicht eine Frage der Auslegung. Und wenn man des Wortlautes eines Gesetzes nicht sicher ist, muß man vorerst den Wortlaut feststellen, um beurteilen zu können, ob er überhaupt der Auslegung bedarf. Auch diese Ermittlung des Wortlautes ist noch keine Auslegung; z. B. die Ermittlung des authentischen Textes der Digesten Justinians. Eben-  
sowenig die sprachliche Bestimmung des Sinnes der gegebenen Worte; die sog. grammatische Auslegung. Wer nicht weiß, was „voll- und halblütige Geschwister“ sind, kann allerdings Art. 100 ZGB nicht verstehen; aber um ihn zu verstehen, muß er ihn nicht auslegen, sondern deutsch lernen. Wenn aber die Regeln der Sprache nicht einen unzweideutigen Sinn ergeben, muß die (juristische) Auslegung entscheiden.

b) Welcher **Sinn** ist dann der richtige?

In manchen Fällen ergibt der logische Zusammenhang mit anderen Bestimmungen die Antwort: Wenn z. B. Art. 18 BV nach dem 1. Absatz „Jeder Schweizer ist wehrpflichtig“, fortfährt: „Wehrmänner, welche...“, so kann nicht zweifelhaft sein, daß auch der „Schweizer“ des 1. Absatzes im Art. 18 (im Gegensatz zu Art. 4 BV) ein Mann sein muß; oder wenn man weiß, daß das Pfandrecht ein akzessorisches Recht ist, weiß man auch, daß es trotz Eintragung im Grundbuch untergeht, wenn die Forderung erlischt. Die Folgerichtigkeit des Denkens zwingt zu solcher Auslegung.

Wenn aber kein solcher logischer Zwang die Entscheidung vorwegnimmt, soll die sachliche Berechtigung entscheiden. Im Zweifel hat, wie schon bemerkt, das zu gelten, was ein gerechter und vernünftiger Gesetzgeber befehlen würde.

Man stellt dieser Maxime oft die andere gegenüber: das Gesetz sei nach dem „Willen des Gesetzgebers“ auszulegen. Versteht man unter dem „Gesetzgeber“ den *i d e a l e n* Gesetzgeber, die Idee der Gesetzgebung, wie sie sein soll, so ist das nichts anderes als das Gesagte. Versteht man dagegen darunter den *h i s t o r i s c h e n* Gesetzgeber, d. h. die Personen, welche das Gesetz tatsächlich beschlossen haben, so würde das bedeuten, daß die Meinung entscheiden soll, welche diese Personen damals mit den gebrauchten Worten verbunden haben. Das nennt man die historische Auslegung. Darauf ist aber nicht abzustellen. Nicht nur, weil es oft schwer ist, zu ermitteln, was die beschließenden Personen, z. B. die Mehrheit des Parlamentes oder gar des Volkes, tatsächlich gedacht haben, und nicht immer das Gescheiteste dabei herauskäme, sondern auch weil dieses Zurückgreifen auf Verhandlungen oder gar auf unausgesprochen gebliebene Meinungen mit dem Institut der Gesetzgebung nicht harmoniert. Im geschriebenen Gesetz soll nämlich der Bürger das Recht finden, nicht in Berichten und Protokollen. Und wenn das Gesetz nicht deutlich spricht, ist stets anzunehmen, es habe das Vernünftige, Gerechte gewollt. Die historische Auslegung ist die des Historikers, der den Tatsachen nachgeht, nicht des Juristen, der im Gesetz das Recht sucht. Historisch auszulegen sind Rechtsgeschäfte, weil sie so gelten sollen, wie sie tatsächlich gewollt und gemeint worden sind (ZBJV 71, 425); aber nicht die Gesetze. Am allerwenigsten darf man, wie es häufig geschieht, die beiden Maximen zur Auswahl stellen und dem Richter empfehlen, es mit der „logischen“ Auslegung zu versuchen, wenn die historische nicht zum Ziele führe. Von den beiden verschiedenen Methoden kann nur eine die richtige sein.

Richtig ist aber an jener Meinung, daß die Vorarbeiten des Gesetzes häufig aufschlußreich sind zur Veranschaulichung des **gesetzgeberischen Problems**, das der Gesetzgeber lösen wollte. Aus den Beratungen über das Wasserrechtsgesetz ergibt sich z. B., daß damals (1916) die Sorge um haushälterische Ausnutzung der natürlichen Wasserkräfte im Vordergrund stand, nicht die Sorge um das planmäßige Zusammenarbeiten der Elektrizitätsunternehmungen; nach jenem Gesichtspunkt, nicht nach diesem, sind daher die Pläne gemäß Art. 5 zu prüfen. Das Gesetz ist die Antwort auf ein gesetzgebungspolitisches Problem und um die Antwort richtig zu verstehen, muß man wissen, wie die Frage lautete; was allerdings historisch zu ermitteln ist. Der dem Gesetz beim Erlaß einmal zukommende Sinn soll ihm auch gelassen bleiben. Wenn sich das Problem verschiebt, darf man das Gesetz nicht anders interpretieren, um diesem neuen Bedürfnis gerecht zu werden. Man muß es ändern. Dasselbe Gesetz kann nicht, je nach den Umständen, verschiedene Bedeutungen haben, obschon es oft sehr verlockend ist, die Dehnbarkeit der Worte dazu zu benutzen, einen neuen Gehalt zu bekommen, ohne die Gesetzgebungsmaschine in Bewegung zu setzen. Die Genehmigung der Starkstromanlagen nach Art. 15 des Elektrizitätsgesetzes vom 24. Juni 1902 hatte die Bedeutung, die Beobachtung der polizeilichen Vorschriften zu sichern; wenn sich nachträglich das Bedürfnis einstellt, für ein planmäßiges Leitungsnetz zu sorgen, darf man die Genehmigung nicht dazu benutzen, überflüssige, aber ungefährliche Leitungen zu verhindern.

Die Auffassungen hierüber sind aber geteilt, in der Lehre wie in der Praxis. Es mag auch sein, daß die Aufgabe des Richters und seine Stellung zum Gesetz überhaupt nicht in allen Staaten nach Verfassung und Herkommen dieselbe ist. Sie wird namentlich in anglosächsischen Ländern anders aufgefaßt als im kontinentalen Europa.

c) Die gesetzgebende Behörde behielt sich am Anfang der Kodifikationsära vielfach das Recht vor, ihr Werk selbst auszulegen; sei es, weil sie das Gesetz für so klar hielt, daß es keiner Auslegung bedürfe, sei es, weil sie der richterlichen Auslegung mißtraute, oder vielleicht auch in dem an sich richtigen Gefühl, daß die Arbeit des Auslegers im Grunde eine gesetzgeberische sei. In der ersten Annahme irrte sie sich gründlich. Die Anfragen an den Gesetzgeber um Auslegung (*référé législatif*) wurden denn auch so häufig, daß der Gesetzgeber diese Aufgabe den Gerichten überlassen mußte. Heute kann mitunter die gesetzgebende Behörde noch

durch besonderen Beschluß eine Gesetzesstelle (ohne sie im Wortlaut zu ändern) **authentisch** auslegen, z. B. im Kanton Bern der Große Rat; mit der Wirkung, daß seine Auslegung allgemeinverbindlich ist und sogar, als die von jeher richtige, rückwirkend auf alle noch nicht entschiedenen Sachen anzuwenden ist. Aber die Fälle authentischer Auslegung sind verhältnismäßig selten.

## § 25. Rechtspolitik und Rechtsgeschichte.

### I. Rechtspolitik.

Die Wissenschaft vom positiven Recht hat zur Aufgabe die methodische Darstellung des geltenden Rechts. Das Schwierigste und Bedeutsamste daran ist aber die Ausfüllung der Lücken, die Auflösung der Widersprüche und die Abklärung der Unklarheiten des Gesetzes; und das ist nichts anderes als die Vollendung der vom Gesetzgeber nicht ganz oder nicht gut geleisteten Gedankenarbeit. Sie zu leisten ist, wie wir im vorigen § gesehen haben, die Aufgabe der Rechtswissenschaft. Aber was ist denn die Aufgabe der Gesetzgebung selbst?

Wie die Aufgabe des Juristen auch eine gesetzgebungspolitische ist, so ist die Aufgabe des Gesetzgebers auch eine juristische. Sie kann ohne juristische Schulung nicht gelöst werden; sie ist aber auch eine ethische und eine technische. Wir müssen das etwas näher betrachten.

1. Wer sich über ein neues Gesetz schlüssig machen will, muß dreierlei erwägen:

a) ob das, was man anordnen will, unter den gegebenen Voraussetzungen durchführbar ist und welche Wirkungen es haben wird. Das ist eine **tatsächliche Frage**, die nach der Erfahrung, also in kausaler Betrachtung von den Vertretern der Technik, der Natur- oder Gesellschaftswissenschaften zu beantworten ist. Wenn z. B. die vorbeugende Impfung gegen Pocken vorgeschrieben oder den Bäckern die Nacharbeit verboten werden soll, muß man wissen, ob genug Impfstoff aufzutreiben und die Einhaltung der Vorschrift gesichert werden kann; sodann welche physiologische Wirkung die Impfung und welche geschäftlichen Folgen das Nachtarbeitsverbot für das Bäckergewerbe haben werden. Wenn ein Zoll erhöht werden soll, muß man sich vergegenwärtigen, welche volks-

wirtschaftlichen Wirkungen auf die Inlandspreise oder die Inlandsproduktion dies haben wird;

b) zu erwägen ist ferner, welche dieser Wirkungen man erzielen will; welche gut und gerecht sind. Das zu erwartende Ergebnis muß **bewertet** und mit anderen, vielleicht besseren verglichen werden. Ist es z. B. ein Gewinn, wenn die Gesamtproduktion gesteigert wird, aber die Großproduktion begünstigt wird auf Kosten der Kleinproduzenten? Darf die persönliche Freiheit durch den Impfwang beschränkt werden zugunsten der Gesundheit anderer?

Das ist eine **ethische Frage**, für die es keine Sachverständigen gibt. Aber es ist keineswegs eine Frage subjektiver Meinung, wie etwa der Geschmack des Gaumens, sondern ein objektives Urteil, das richtig oder unrichtig ist (Methode, 14, 93);

c) und endlich ist die „juristische Form“ zu finden, in welche der gesetzgeberische Gedanke gebracht werden soll. Das ist eine Frage **folgerichtigen Denkens**.

2. Das „Gesetz“, von dessen Wirkungen wir soeben gesprochen, hatte diese Form angenommen: den Eltern, so dachten wir es, wurde geboten, ihre Kinder etwa bis zum Eintritt in die Schule impfen zu lassen; den Bäckermeistern, ihre Gesellen nachts nicht arbeiten zu lassen. Die **juristische Form** besteht eben in den Rechtssätzen, deren Anwendung die beabsichtigten Wirkungen hervorbringen soll. Diese Rechtssätze zu finden ist aber nicht immer so leicht. Wenn z. B. gewünscht wird, daß die Verwaltungsräte der AG von den Aktionären für schlechte Geschäftsführung verantwortlich gemacht werden könnten, so muß man, um diesen Gedanken praktisch zu verwirklichen, bestimmen, von wem und gegen wen die Verantwortlichkeit geltend gemacht werden soll und für was; z. B. ob sie von jedem Aktionär oder nur von der Generalversammlung oder von beiden soll geltend gemacht werden können; ob nur gegen alle Verwaltungsräte zusammen oder gegen jeden besonders und gegen jeden fürs Ganze oder nur für seinen Teil; u. a. m. Solange man das aber nicht weiß, weiß man auch nicht, was eigentlich vorgeschlagen ist und von welchem Gesetz die Wirkungen ermittelt und eingeschätzt werden sollen. Wenn man z. B. die Verkehrsteilung zwischen Bahn und Auto zugunsten jener ändern will, muß man sich darüber aussprechen, welche neuen Rechtsnormen man aufstellen will: ob man die Bahn von der Transportpflicht entbinden oder ihr umgekehrt das Transportmonopol verleihen; ob man das Auto besteuern oder konzesse-



sionspflichtig erklären will. Wer keinen solchen gesetzgeberischen Vorschlag macht, hat nicht das Recht mitzureden.

Die beiden ersten Erwägungen können also erst angestellt werden, wenn die dritte durchgeführt ist. M. a. W.: die sogenannte juristische Form ist nicht nur die sprachliche Formulierung eines fertigen Gedankens, sondern das Ausdenken dieses Gedankens selbst. Sie gehört zum Inhalt des erörterten Vorschlages. Sie kann also nicht nach den anderen Erwägungen angestellt werden, sondern muß vor ihnen durchgeführt sein. Man muß es mit verschiedenen ausgedachten und formulierten Vorschlägen versuchen; die Wirkungen jedes ermitteln, jeden nach seinen Wirkungen einschätzen, und dann wählen. Und um nicht zu viel Zeit und Mühe an unbrauchbare Vorschläge zu verlieren, muß der Demiurg, der Bildner des Gesetzes intuitiv die brauchbaren vorweg formulieren und unter ihnen den besten wählen.

Man nennt diese begriffliche Fassung des Gedankens, ohne die er keinen festen Sinn hat, auch etwa **Gesetzestechnik**, im Gegensatz zur Kunst, einen fertigen Gedanken, in Worten wiederzugeben, die denen, die es angeht, verständlich sind, was man auch Gesetzestechnik nennt, und häufig mit der ersten vermengt. Das sind aber zwei ganz verschiedene Dinge.

Man sieht aus dem Gesagten, daß an der Ausarbeitung neuer Gesetze der Fachmann des zu ordnenden Gegenstandes und der Rechtskundige zusammenwirken müssen, und zwar von Anfang an; daß der Jurist nicht erst zuletzt aufgebeten werden darf, um den fertigen Gedanken des Fachmannes, des Nationalökonomen, des Technikers oder Hygienikers in die den Juristen geläufigen Worte zu kleiden, wie man es oft vermeint. Die juristische „Form“ ist nicht bloß eine Redaktionssache, die Wahl richtiger Worte, sondern die Wahl richtiger Begriffe; also eine Entschliebung in der Sache selbst. Der gesetzgeberische Gedanke ist nicht fertig, solange er nicht in Rechtsbegriffen gedacht ist.

3. Welche sachlichen Vorschläge jeweils zu machen seien; wann und wo die Reform einzusetzen habe; in welcher Gestalt sie durchzuführen; welche neuen Einrichtungen zu schaffen wären, das ist, wie schon angedeutet, eine Aufgabe **schöpferischer** Intuition, nicht verstandesmäßiger Deduktion und auch nicht bloß ethischer Beurteilung. Beurteilen kann man nur, was man kennt; hier aber gilt es, ein Unbekanntes zu erdenken (S. 151). Wem die rechtliche Gestalt, die Rechtsfigur aufsteigt, in der die Arbeitslosigkeit ohne Schä-

digung höherer Interessen behoben oder in der die Hilfskassen der Angestellten vor dem geschäftlichen Risiko des Unternehmens, dem sie angehören, konstituiert werden könnten, der kann auch den Weg zur Abhilfe weisen; wer kein neues Gebilde erschaut, vermag auch keine fruchtbaren Vorschläge zu machen, und wenn er hundertmal wiederholt: „man sollte diesen, man sollte jenen Zweck erreichen“. Trifft das zu für die Entwerfung eines Gesetzes, so trifft es noch viel mehr zu für die Umbildung ganzer Rechtsgebiete, z. B. des Wirtschaftsrechts, des Familienrechts, des Kulturrechts. Dafür gibt es keine Muster und Formeln; weder in der Theorie noch in der Geschichte. Wer die Zeichen der Zeit versteht und das ersehnte Recht schöpferisch zu gestalten weiß, der wird das Neue schaffen; nur er wird Neues schaffen. Wer nur das Bekannte kennt, und nur in erworbenen Begriffen denkt, wird nur das Alte flicken. Jene Gabe ist aber nur Wenigen gegeben.

## II. Rechtsgeschichte.

Der Geschichtsschreiber wendet sich zurück und betrachtet, wie frühere Geschlechter diese Aufgabe gelöst haben. Das ist das dem Rechtshistoriker aufgegebenen Thema.

Was bedeutet das?

1. Es bedeutet zunächst, daß der Rechtshistoriker die sich folgenden Rechtsordnungen und ihre Einrichtungen **feststellen** muß. Welches Recht z. B. in den römischen Provinzen gegolten hat, vor und nach der Völkerwanderung; welches zur Zeit der Karolinger und welches zur Zeit des Lehnswesens. Das sind, oft sehr schwierige, tatsächliche Feststellungen.

2. Sodann aber hat der Geschichtsforscher zu untersuchen, unter welchen psychologischen, technischen und geographischen Voraussetzungen diese Grundsätze galten; m. a. W.: welches rechtspolitische Problem zu lösen war und wie es durch jenes Recht gelöst wurde; auf welche rechtspolitische Frage es die Antwort war. Nicht etwa als ob sich stets ein Gesetzgeber bewußt diese Frage gestellt und sie planmäßig beantwortet hätte; das hat vielleicht gelegentlich Rom oder Karl der Große getan. Oft ist dagegen die rasche oder langsame Umwandlung des Rechts die unbewußte Antwort auf eine unbewußte Frage gewesen. Aber die Frage, die Aufgabe bestand doch, und wie sie lautete und tatsächlich beantwortet wor-

den ist, das ist vom Geschichtsschreiber darzustellen. Als die Germanen den Boden des römischen Reichs besiedelt hatten, mußte ihr Verhältnis zu den bisherigen Besitzern des Bodens und zur römischen Staatsgewalt geordnet werden; in irgend einer Weise, bewußt und planmäßig oder intuitiv und tastend. Aber wie das Problem gelöst wurde und ob es den Anforderungen eines vernünftigen Zusammenlebens unter den neuen Umständen genügte, das hat sich der Darsteller der Rechtsgeschichte zu fragen. — Oder: als nach der Entdeckung Amerikas und seiner Goldfelder der Wert des Geldes in Europa sank und die Preise stiegen, entstand eine neue volkswirtschaftliche Lage; wie ist das Recht ihr gerecht geworden?

Das Recht, das jeweilen gegolten hat, ist also im Zusammenhang mit der gleichzeitigen Sachlage (zu welcher vor allem die Beschaffenheit der Menschen, ihre Technik und die ideelle Ueberlieferung gehören) zu beurteilen, zu verstehen, zu bewerten. Es hat Geschlechter gegeben, welche die ihnen gestellte Aufgabe zu lösen vermochten, und andere, die versagten. Um das Recht einer Zeit zu begreifen, muß man erkennen, welche Aufgaben es unter den damaligen Umständen zu lösen hatte. Die Kenntnis der geltenden Normen allein genügt nicht, um sie als Normen des Rechts zu verstehen.

Das hat die neuere Geschichtsforschung auch begriffen.

3. Es ist eine kritische Beurteilung des tatsächlich festgestellten Rechts. Im Lichte der damaligen Zeit, auf dem Hintergrund der damaligen Begebenheiten muß es beurteilt werden, gewiß; aber es muß **beurteilt**, nicht bloß registriert werden. Verständlich ist es, wenn man versteht, wie unter solchen Umständen Normen, wie die damaligen als der Ausdruck der Gerechtigkeit gelten konnten. Nicht verständlich ist es, wenn es sich, auch im Lichte der Zeit, nicht mehr als eine rechtliche, d. h. irgendwie vernünftige, sinnvolle Ordnung verstehen läßt. Und nicht jede Rechtsordnung, die es gegeben hat, läßt sich so verstehen; es hat willkürliches, ungerechtes, rückständiges, doktrinäres Recht gegeben.

Was aus Gründen verstanden werden kann, das ist erklärt; was grundlos dasteht, ist als Werk der Vernunft nicht zu erklären. Es läßt sich vielleicht kausal erklären, als ein obwohl nicht mehr Existenzberechtigtes, so doch noch Existierendes. Es erklärt sich aus psychologischen Ursachen, wie die Gewohnheit, der Eigennutz, der Aberglaube. In jedem Recht, auch im heutigen, finden sich solche Ueberreste einer früheren Zeit, die stehen geblieben sind,

nicht weil sie noch begründet wären, sondern weil sie früher schon bestanden haben. Man denke an die ständischen Versammlungen des 17. und 18. Jahrhunderts, an die veralteten Formen des Rechtsganges oder der Beurkundung, an historische Privilegien und Gebietsabgrenzungen. Solches, sagt man, ist „historisch“ zu erklären; d. h. hier: es ist die kausale Nachwirkung vergangener Zeiten, aber sachlich nicht mehr begründet. Als Sediment einer vergangenen Zeit, als Zeuge einer früheren, früher berechtigten Einrichtung, ist es interessant.

4. Die Aufgabe der Rechtsgeschichte, wie der Geschichte überhaupt, ist also nicht sowohl darzustellen, wie in genetischer Abfolge nach kausalen Naturgesetzen eine gesellschaftliche Ordnung die nachfolgende erzeugt hat; wie es so kommen „mußte“, nach den „Gesetzen der Geschichte“. Sondern: je für einen Querschnitt der Zeit zu zeigen, welche Gründe die gleichzeitige Rechtsordnung in vernünftiger Betrachtung erklären, d. h. als eine verbindliche Ordnung verstehen lassen. Sonst wäre die Rechtsgeschichte ein Stück Naturgeschichte; und das Recht selbst müßte eine psychologische Tatsache sein, nicht, was es ist, eine Forderung der Vernunft (S. 203, 210).

Wenn das Gesagte richtig ist, ist die geschichtliche Betrachtung des Rechts nicht grundsätzlich verschieden von der rechtspolitischen; es ist nur eine rückblickende rechtspolitische Betrachtung des vergangenen Rechts im Lichte der Vergangenheit. Deshalb haben wir sie neben die Rechtspolitik gestellt.

## § 26. Die Rechtsphilosophie.

Wir haben uns in § 24 klar zu machen versucht, was die Aufgabe und die Methode der Rechtswissenschaft, d. h. der Wissenschaft vom positiven Recht sei. Wenn uns das gelungen ist und wir darüber im Klaren sind, was brauchen wir dann weiter nach Rechtsphilosophie zu fragen? Wissen wir dann nicht alles, was zur Anwendung des Rechts nötig ist? Wenn wir das alles sicher wissen und es begründen können, brauchen wir in der Tat die Rechtsphilosophie nicht mehr; aber wir haben sie sicher schon dazu gebraucht. Denn zu nichts anderem soll sie dienen als zur Begründung der Aufgabe und Methode der Wissenschaft vom praktischen Recht, oder einfacher: zur Methode der Rechtspraxis im weiteren Sinn, nämlich der Rechtssetzung, wie der Rechtsanwendung. Daß

dazu Rechtsphilosophie nötig ist, das allein soll noch erörtert werden; zunächst für die Anwendung des gesetzten Rechts und sodann für die Gesetzgebung. Was die Rechtsphilosophie zu lehren hat, ist im vorhergehenden vorausgesetzt und angedeutet; es systematisch darzulegen würde die Aufgabe einer „Einleitung“ überschreiten.

I. Laien und Praktiker glauben mitunter, zur **Anwendung des positiven Rechts**, wozu die Rechtswissenschaft vor allem anleitet, bedürfe es der Rechtsphilosophie nicht; wenn einer aber noch das Bedürfnis habe, sich in Spekulationen zu ergehen, so möge er in Mußestunden Rechtsphilosophie treiben; das könne zwar nichts schaden, aber es nütze auch nichts, da es ohne Wirkung sei auf die Praxis.

Das ist eine irrtümliche Ansicht. Richtig ist zwar, daß, was der Praxis nicht dient, auch keinen wissenschaftlichen Wert hat, da die Rechtswissenschaft eine praktische Wissenschaft ist (S. 212). Aber unrichtig ist, daß man das, was der Praxis, hier der Anwendung des positiven Rechts, dient, planmäßig erforschen und sicher begründen könne, ohne mehr zu kennen als dieses positive Recht selbst; ohne nämlich zu kennen, was Recht überhaupt ist.

Um z. B. methodisch das geltende Zivilrecht darzustellen, muß man wissen, nicht nur, was im Zivilgesetzbuch steht, sondern auch, was Zivilrecht überhaupt und Recht überhaupt ist. Um das Familienrecht des ZGB's richtig darzustellen, muß man sich z. B. Rechenschaft geben, daß es auch öffentliches Recht enthält und ethische Normen voraussetzt; um wissenschaftlich, d. h. methodisch darlegen zu können, welche Normen als positives Recht gelten, muß man wissen, was Recht überhaupt ist. Aus zwei Gründen:

#### 1. um den **Gegenstand** der Wissenschaft zu erkennen.

Die im Lande geltenden **Rechtsnormen** will doch die Rechtswissenschaft darstellen, nicht andere Normen. Sie muß also wissen, was Recht ist, um feststellen zu können, was den Merkmalen dieses Begriffes entspricht. Wer nicht weiß, was Kunst ist, kann keine Kunstgeschichte schreiben; wer im Unklaren ist über die Abgrenzung chemischer und physikalischer Vorgänge, wird auch die chemischen Gesetze nicht sicher erforschen können. Ebenso die Rechtswissenschaft: wer nicht Recht von Moral, Sitte oder Uebung unterscheiden kann, kann nicht zuverlässig wissen, was er als **Recht** darzustellen hat.

Ob solche Irrtümer häufig vorkommen, ist nebensächlich; auch

wenn der Bearbeiter des positiven Rechts ohne theoretische Aufklärung im großen und ganzen gefühlsmäßig das Richtige trifft und als Recht anspricht, was Recht ist, so bestätigt er doch eine Einsicht, die er nicht aus dem positiven Recht schöpft, sondern an das positive Recht heranbringt und darauf anwendet. Wenn er aber Wissenschaft treibt, d. h. methodisch denkt, wird er sich auch fragen, weshalb er das eine Recht anerkenne, das andere nicht. Und damit stellt er sich eine rechtsphilosophische Frage.

Die gefühlsmäßige Einsicht leitet übrigens keineswegs immer sicher: ob kaufmännische Uebung, Gesamtarbeitsverträge (OR 322), ob eine Verweisung auf Billigkeit (wie OR 47, 54), ob eine Auslegungsregel wie ZGB 1 oder eine Bestimmung wie ZGB 275 („Die Kinder sind den Eltern Gehorsam und Ehrerbietung schuldig“), oder Art. 2 BV über den Zweck des Bundes, und Art. 80 BV („Der Ständerat besteht aus 44 Abgeordneten der Kantone“) Rechtsvorschriften enthalten und in welchem Sinn; ob das Völkerrecht Recht sei, das ist keineswegs unbestritten und kann nur an Hand des überpositiven Rechtsbegriffes abgeklärt werden.

Daß die Rechtswissenschaft nicht mit dieser Abklärung angefangen hat, sondern lange vorher positives Recht bearbeitet hat, beweist nicht, daß die Frage nicht logisch der anderen (nach dem Inhalt des Rechts) vorausgehe und nicht beantwortet sein müsse, wenn die andere sicher beantwortet werden soll. Man hat lange Elektrizitätswissenschaft betrieben, bevor man sich über das Wesen der Elektrizität klar war. Wir sprechen nicht vom chronologischen Verhältnis der Untersuchungen, sondern vom logischen Verhältnis der untersuchten Fragen;

## 2. um die ihr eigene **Arbeitsmethode** zu erkennen.

Gegenstand der Rechtswissenschaft ist das positive Recht. Das ist der Stoff, den sie wissenschaftlich bearbeiten soll. Aber worin besteht diese „Bearbeitung“? Hat die Wissenschaft bloß Tatsachen festzustellen? Oder hat sie etwa die Gesetze, nach denen die Tatsachen ablaufen, zu ermitteln? Das oder ähnliches hat man lange gelehrt, weil man glaubte, die Wissenschaft könne sich nur mit Tatsachen abgeben. Wir haben indessen oben (S. 197) angenommen, das Recht sei ein Postulat und die Rechtswissenschaft sei eine Lehre von praktischen Forderungen. Wenn das ist, muß auch ihre Methode eine ganz andere sein, als die der Wissenschaften von Tatsachen, vorab der Naturwissenschaften. Ihr kommt es nicht darauf an, kausal, sie will vielmehr rational erklären; nicht aus welchen

(psychologischen oder soziologischen) Ursachen eine Einrichtung entstanden ist (und entstehen „mußte“), sondern aus welchen Gründen sie sinnvoll zu verstehen ist.

Beides muß folgerichtigerweise feststehen, bevor man in sicherer Methode Rechtswissenschaft betreiben kann: *w a s* sie bearbeiten soll und *w i e* sie es bearbeiten soll. Wer das nicht weiß, ist über seine Aufgabe nicht im Klaren.

II. Wenn das vom Gesetzgeber statuierte Recht fehlerlos wäre, fände die Wissenschaft schon getane Arbeit, wie oben (S. 213) bemerkt. Sich nachträglich über die logischen und ethischen Gründe des Aufbaues und Gehaltes solcher Vorschriften Rechenschaft zu geben, wäre sicher eine interessante, aber für die Anwendung dieser Vorschriften nicht mehr erforderliche Betrachtung; also keine praktische Betrachtung mehr.

1. Von praktischer Bedeutung ist aber diese Frage nach dem systematischen Aufbau und dem ethischen Gehalt der Rechtsordnung dann, wenn das positive Recht nicht vollendet und fehlerlos ist wie immer; dann bedarf es des Ausbaues und der Ausbesserung, um **angewendet** zu werden. Der unvollendete Bau muß planmäßig und stilgerecht vollendet werden; die Wissenschaft muß ihn, durch Auslegung und Ergänzung, folgerichtig und richtig zu Ende führen. Der wissenschaftliche Bearbeiter des (stets unvollkommenen) positiven Rechts muß sich also bereits über die an das Recht zu stellenden logischen und ethischen Anforderungen Rechenschaft geben.

2. Noch viel mehr aber der **Gesetzgeber**, der von Grund aus neues Recht schafft, oder der, wie wir annehmen wollen, die ganze Rechtsordnung neu zu schaffen hätte.

a) Er vor allem muß wissen, was das Recht ist; er muß sich Rechenschaft darüber geben, daß es eine ethische (verbindliche) Ordnung ist, aber eine Zwangsordnung. Daraus wird sich ihm ergeben, daß er eine ethische Aufgabe zu lösen hat, aber in gewissen logischen Formen, nach einem vorbestimmten System. Um eine **folgerichtige**, lücken- und widerspruchsfreie Ordnung zu erhalten, muß er seine Vorschriften nach einem festen Plan aufbauen, der ihm vorgezeichnet ist. Um eine **gerechte** Ordnung zu erhalten, muß er unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit methodisch suchen und abwägen, was jeweils das Gerechte ist. Das eine ist die richtige Systematik des Rechts; sie dient der Folgerichtigkeit der Anord-

nungen. Das andere ist die vernünftige Abwägung des Rechts; sie dient der Gerechtigkeit des Angeordneten. Das erste besteht darin, daß der Gesetzgeber sich, in richtiger Reihenfolge, die zu beantwortenden Fragen alle stellt; das zweite darin, daß er die gestellten Fragen richtig beantwortet. Und beide Richtlinien müssen feststehen, bevor das Recht gesetzt ist; damit richtiges, logisch und ethisch richtiges Recht gesetzt werde. Sie bestimmen die Aufgabe des Gesetzgebers selbst.

Wenn z. B. der Gesetzgeber den Gesamtarbeitsvertrag (OR 322 bis 323) einführen will, muß er sich fragen, wie es in das System seines Rechtes paßt: ob der Gesamtarbeitsvertrag eine Norm des Verhaltens begründen soll (so daß abweichende Dienstverträge zu Schadenersatz verpflichten) oder eine Beschränkung der Vertragsfreiheit (so daß abweichende Dienstverträge nichtig sind). Sonst ist man über die Tragweite solcher Gesamtarbeitsverträge nicht im Klaren. Er muß sich aber, nach Abklärung dieser Frage, auch fragen, ob die Parteien solcher Gesamtarbeitsverträge für zukünftige Dienstverhältnisse vernünftige, billige Vorschriften aufstellen werden; sonst ist die Einrichtung, zwar folgerichtig gedacht, aber von unheilvoller Wirkung.

b) Ueber die **logische Richtigkeit**, die Systematik des Rechts kann die Rechtsphilosophie dem Gesetzgeber zum voraus allgemeingültige Anweisungen geben. Das positive Recht muß dem Begriff des Rechtes überhaupt entsprechen. Jede Rechtsordnung muß einen materiellen und einen formellen Teil haben, gemäß der grundlegenden Unterscheidung zwischen Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht; im formellen muß bestimmt werden, wer das Recht setzt, anwendet und vollstreckt; für jede Behörde muß bestimmt werden, aus wem sie bestehen soll, welche Kompetenz ihr zukomme und wie sie verfahren soll. Das sind systematische Anweisungen, d. h. allgemeingültige Forderungen an den Aufbau der Rechtsordnung.

c) Ueber die **ethische Richtigkeit** gibt es kein solches System von Fragen. Die Rechtsphilosophie kann dem Gesetzgeber nur klar machen, was er übrigens immer schon fühlt, daß es seine Aufgabe ist, das Gerechte zu verwirklichen. Viel mehr läßt sich darüber allgemeingültig nicht sagen. Aber diese schlichte Einsicht ist auch schon wertvoll. Sie bewahrt vor falschen Theorien.

Eine naturrechtliche Schule hat lange geglaubt, das Gerechte zum voraus und allgemeingültig für alle Zeiten und Völker ausdenken zu können in einer unbedingt gerechten, fertigen Ordnung,



die für alle unabänderliches Vorbild wäre. Das lehrte z. B. Wilhelm Snell vor hundert Jahren in Bern. „Ewig, unveränderlich, wie die Naturgesetze, sind auch die Gesetze der Vernunft, die Gesetze der Moral und des Rechts.“ Eine andere Richtung des Naturrechts, die katholischer Ueberlieferung entspricht, meint, es wenigstens auf einige Grundsätze bringen zu können, die selbst feststünden, aber je nach Umständen in dieser oder jener Ausführung positivrechtlich zu verwirklichen wären. Z. B. die Achtung von Leben und Ehre, die Einehe, das Privateigentum, die Verbindlichkeit der Verträge. — Allein was jeweilen gerecht ist, kann nur im Hinblick auf die tatsächlichen, historisch gegebenen und erst noch festzustellenden Umstände entschieden werden. Der Gesetzgeber, der von Grund aus neu aufbaut, muß alles, was er vorschreibt, unbefangen daraufhin prüfen, ob es unter den gegebenen Umständen gerecht ist. Ob es z. B. nicht notwendig ist, einen Teil des Grund und Bodens als Gemeinland von privater Aneignung auszunehmen, damit es allen als Weidland diene oder dem Gemeinwesen erlaube, der Land Spekulation entgegenzutreten. Diese Aufgabe kann man dem Gesetzgeber weder durch ein fertiges noch durch ein halbfertiges Vorbild erleichtern, wie man dem Fabrikanten ein Muster des herzustellenden Fabrikates gibt.

d) Man muß sich also hüten zu glauben, der Rechtsphilosoph könne dem Gesetzgeber, der sich fragt, was gerecht sei, ein allgemeingültiges Schema oder ein fertiges Vorbild an die Hand geben. Das gibt es nicht. Rechtsphilosophisch kann kein einziger Rechtsatz begründet werden.

Man muß sich aber auch vor dem noch größeren Irrtum hüten, die Frage, was gerecht ist, lasse sich überhaupt nicht objektiv, sondern nur subjektiv beantworten, sowenig etwa wie die Frage, was jedem angenehm oder bekömmlich sei. Wenn das zuträfe, wäre die dem Gesetzgeber gestellte Frage eine Frage bloßen Befindens und die Antwort, die er gibt, könnte weder als richtig, noch als unrichtig bezeichnet werden. Aber dann hätte es auch keinen Sinn, danach zu fragen; denn eine Frage, auf die es keine objektive, d. h. unabhängig vom Urteilenden richtige oder unrichtige Antwort gibt, kann man als sachliche nicht stellen. Man kann sich darüber streiten, ob das Wasser eine Temperatur von 16 oder 17 Grad habe, weil sich das an einem von den urteilenden Subjekten unabhängigen Kriterium entscheiden läßt; aber nicht, ob es kühl, lau oder warm sei, weil darüber das subjektive Empfinden jedes Einzelnen entscheidet. Im ersten Fall urteile ich: „Das Wasser ist 17 Grad warm,

weil ich annehme, es sei so und mein Urteil stimme damit überein. Im zweiten Fall ist die Empfindung so, und der Empfindung gebe ich Ausdruck; aber über das Wasser ist nichts ausgesagt. Ueber Fragen, die sich nicht beantworten lassen, streiten vernünftige Leute nicht. Wäre die Frage nach der Gerechtigkeit eines Gesetzes dieser Art, wäre sie eine Angelegenheit subjektiven Empfindens, nicht objektiver Beurteilung, so hätte es keinen Sinn, darüber zu streiten, welches Gesetz gerecht sei; es hätte aber auch keinen Sinn, danach zu fragen; das Postulat der Gerechtigkeit hätte seinen Sinn verloren, und mit ihm die Gesetzgebung selbst. Denn als Ausdruck der Gerechtigkeit beansprucht das Gesetz vom vernünftigen Menschen Gehorsam (S. 197). Der Gesetzgeber kann doch nicht sagen: *mir b e h a g t* das, folglich *s o l l s t* Du es befolgen.

Es gibt also kein *R e c h t*, das unbedingt richtig wäre; aber ein regulatives Prinzip, einen allgemeingültigen Richtpunkt, an dem zu erkennen ist, ob ein Recht für die gegebene Lage richtig ist. Der Kompaß zeigt dem Schiffer den Norden; der Norden ist kein Reiseziel; der Schiffer fährt von Hamburg nach New York oder von Genua nach Sidney; keinen dieser Wege zeigt ihm der Kompaß; aber an der Stellung der Nadel erkennt er jeweilen, ob er auf dem richtigen Wege ist.

Wir müssen vielmehr deutlich unterscheiden:

1 die allgemeingültige, unbedingte Forderung an den Staat, das jeweilen gerechte, richtige Recht zu setzen; das ist die Idee des Gerechten, die **Rechtsidee**. Es ist noch keine Norm, kein Rechtssatz, sondern nur ein Richtpunkt, an dem sich der Gesetzgeber orientieren muß, um gutes Recht zu machen, und an dem wir die Richtigkeit jedes Rechtes beurteilen;

2 das unter diesem Gesichtspunkt für ein gegebenes Volk in gegebener Zeit **richtige Recht**. Das ist nicht ein und dasselbe für alle Völker und alle Zeiten. Die e i n e Idee des Gerechten fordert vielmehr für verschiedene Völker und Zeiten v e r s c h i e d e n e s Recht, wie die e i n e Idee des Schönen für die Ausschmückung verschiedener Gebäude v e r s c h i e d e n e Bildwerke verlangt. Es gibt nicht e i n richtiges Recht;

3 das **positive Recht**, das richtig oder nicht richtig sein kann; d. h. dem entsprechen oder nicht entsprechen kann, was die Rechtsidee (die Gerechtigkeit) für die gegebenen Umstände fordern würde.

III. Dieser Ansicht hat man die Frage entgegeng gehalten: was ist denn die **Gerechtigkeit**? was ist gerecht? Und andere haben ver-

sucht, dieses dem Gesetzgeber geltende Postulat begrifflich zu bestimmen; die Gerechtigkeit durch bestimmte Merkmale zu definieren, wie etwa der Geometer den Kreis definiert und der Physiker die Kraft. Wenn das möglich wäre, könnte man an Hand der gefundenen Merkmale deduzierend entscheiden, ob etwas gerecht ist oder nicht; durch verstandesmäßige Vergleichung der Begriffe. Allein der Grundbegriff des Gerechten läßt sich nicht definieren, weil er sich nicht zerlegen läßt, so wenig wie andere einfache Begriffe; z. B. der des Raumes oder der Größe für Geometer und Physiker; oder der des Guten für Ethiker und des Schönen für Aesthetiker. Wenn die Definition die Zerlegung des zu definierenden Begriffes in seine konstituierenden Merkmale und die Bestimmung eines Unbekannten durch Bekanntes ist, so kann wohl das Zusammengesetzte auf das Einfache zurückgeführt werden. Aber einmal muß das Zerlegen aufhören. Wenn alles wieder definiert werden müßte, um erkannt zu werden; wenn nichts als bekannt angenommen werden dürfte, ohne daß es aus schon Bekanntem abgeleitet würde, wäre das methodische Denken zu einem regressus in infinitum, der alles Fragen vergällte. Es muß auch einfache Begriffe (oder Ideen) geben, mit denen das Zerlegen und Definieren beginnen kann. Solche einfachen Grundbegriffe gibt es; sie sind es sogar, die allen anderen ihren Sinn geben. Das Schöne den Begriffen der Aesthetik, das Gute den Begriffen der Ethik, das Gerechte den Begriffen des Rechts, und allgemein das Wahre den Begriffen der Wissenschaft. Man sieht: die Rechtsphilosophie führt auf die allgemeine Philosophie zurück. Alles Erkennbare hängt zusammen. Aber dadurch lasse sich niemand abschrecken.

## § 27. Der Beruf des Juristen.

1. Der Rechtsunterricht soll die Schüler nicht nur über das Recht belehren; er soll sie auch auf ihren zukünftigen Beruf vorbereiten. Dem geschulten Juristen stehen nun verschiedene Berufe offen und jeder stellt seine besonderen Anforderungen. Die Berufe sind verschieden; aber sie haben ihr Gemeinsames. In jedem Beruf dient der Jurist dem Recht; er soll mitwirken, jeder in seiner Weise, an der Verwirklichung der Gerechtigkeit durch das Recht, in seinem Volke vorerst und vielleicht in der Völkergemeinschaft. Bleibt er sich dieser idealen Berufung bewußt, so weiß er auch, daß er nicht bloß ein Handwerk, ein Gewerbe betreibt, sondern einen Beruf; daß er nicht bloß seinen Lebensunterhalt erwirbt,

sondern auch eine ideelle Aufgabe erfüllt. Das macht die Würde des liberalen Berufes aus.

Dies beides zu verbinden: im Beruf das nötige und verdiente Auskommen zu finden und die innere Befriedigung aus der Erfüllung einer höheren Pflicht, ist allerdings nicht leicht; für gewisse Berufe ist es besonders schwer.

2. Die meisten juristischen Berufe dienen der praktischen Verwirklichung des Rechts, d. h. der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung; einige der theoretischen Erforschung des Rechts.

Den **praktischen Berufen** gehören die Juristen an, die an der Entwerfung der Gesetze und Verordnungen, also an der Weiterbildung der Rechtsordnung arbeiten: die Mitglieder der vorberatenden Behörden, der beschließenden Parlamente; namentlich aber diejenigen, die beruflich das geltende Recht anwenden, als Richter, Verwaltungsbeamte, Rechtsanwälte und Notare. Die ersten, die Bildner der Rechtsordnung selbst, haben sich darauf zu besinnen, was verdient, Rechtsgrundsatz zu werden; die zweiten darauf, was in jedem Fall nach den geltenden Grundsätzen rechtens ist.

Die **theoretischen Berufe** sind die des Forschers und des Lehrers. Der Forscher sucht zu erkennen, was noch nicht erkannt ist; der Lehrer soll das schon Bekannte den Jüngern beibringen, die es noch nicht kennen.

3. Auch der **Forscher** muß aber in gewissem Sinn lehren; insofern er das von ihm Erkannte den anderen mitteilen und verständlich machen muß, wie es auch sein innerstes Bedürfnis ist, die erkannte Wahrheit weiter zu geben, und seine größte Enttäuschung, nicht verstanden zu werden oder schweigen zu müssen.

Der **Lehrer** soll allerdings in erster Linie dem Neuling das schon bekannte Wissensgut erschließen; er muß also Pädagoge sein. Er wird aber (auf unserm Gebiet sicher) dazu gedrängt, selber zu forschen, weil die Ergebnisse der bisherigen Forschung weder fertig noch unbestritten sind. Er muß also die Spreu vom Weizen sondern und das kann er nicht tun, ohne sich selbst in die Reihe der Forscher zu stellen. Zudem ist nur der Forscher ein lebendiger Lehrer. Wer nicht die noch ungelösten Probleme seiner Wissenschaft aufzeigen kann, kann nicht ihre drängenden Aufgaben darlegen, d. h. eben das, was im Zuhörer die persönliche Teilnahme erweckt und ihn zu eigenem Nachdenken zwingt. Im akademischen Lehrer müssen sich Pädagoge und Forscher verbinden, und, wer

Neues zu lehren hat, wird glücklich sein, sich an die unvoreingenommene Jugend wenden zu können.

Oberstes Gesetz des Forschers und Lehrers ist die Wahrheit; ihr muß er bereit sein, alles andere nachzusetzen: Interesse, Ansehen und Beliebtheit.

4. Von den praktischen Berufen seien zunächst die amtlichen, und zwar die des Richters und des Verwaltungsbeamten erwähnt. Beide haben das geltende Recht, das staatliche Gesetz, anzuwenden und dienen damit dem öffentlichen Interesse.

a) Am wenigsten problematisch liegt die Aufgabe des **Verwaltungsbeamten** vor uns: er hat die zwingende Norm des öffentlichen Rechts von Amtes wegen anzuwenden und keinem anderen Interesse zu dienen, als dem in dieser Norm verkörperten.

Der Polizeibeamte hat die Bau- oder Gewerbeordnungen anzuwenden; der Steuerbeamte hat die Steuer nach Gesetz zu veranlagern; der Schulvorsteher oder der Armeeinstruktor die ihm gegebenen Regeln seiner Anstalt. Obschon die technische Aufgabe des Verwaltungsbeamten sehr verschieden ist und jedes Fach seine besondere Vorbereitung verlangt, ist doch die juristische Aufgabe grundsätzlich überall dieselbe: von vornherein und von Amtes wegen das anzuordnen, was das Gesetz vorschreibt, und nur das.

Als Spezialist des Verwaltungsrechts ist der Beamte der Gefahr ausgesetzt, vor lauter Fachwissen die allgemeinen Grundsätze des Rechts zu übersehen und das öffentliche Interesse seines Faches über alle anderen zu stellen. Das ist der typische Fehler des guten Beamten: der Schulmann beansprucht das g a n z e Kind für seine Schule, ohne Rücksicht auf die Rechte der Familie; der Steuerbeamte denkt nur daran, wie er die Staatskasse füllen kann, und beide empfinden die gesetzlichen Normen als lästige Hindernisse ihres löblichen Strebens. Mangels Einsicht in die Zusammenhänge der Rechtsordnung und aus Uebereifer für seine Sache gerät er oft in Streit mit den auf ihre Rechte pochenden Privaten oder mit anderen Verwaltungszweigen. Das ist ein verzeihlicher Fehler. Unverzeihlich wäre die absichtliche Uebergehung des öffentlichen Interesses zugunsten persönlicher, eigener oder fremder; in der unauffälligen und unfaßbaren Form unsachlicher Entscheidung aus Gefälligkeit oder Abneigung, oder in der krassen Form der Untreue, der Käuflichkeit oder des Amtsmißbrauches.

Wer sich der Verwaltungslaufbahn widmet, mag sich freuen, daß er unbeschwert dem allgemeinen Interesse dienen kann; aber er

möge bedenken, daß er ihm in einem begrenzten Fach und als unselbständiges Glied einer strengen Hierarchie dienen wird.

b) Darin unterscheidet er sich vom **Richter**.

Der Richter urteilt nicht nach Anweisung eines Vorgesetzten, sondern nach eigener Ueberzeugung; und seine Tätigkeit ist in der Regel nicht auf ein technisches Fach beschränkt.

Am nächsten steht dem Verwaltungsbeamten der **Strafrichter**. Auch er hat öffentliches Recht im öffentlichen Interesse anzuwenden; aber in der Form eines dem Zivilprozeß mehr oder weniger nachgebildeten Verfahrens. Der Formalismus des Verfahrens nötigt ihn mitunter zu verurteilen, wo er freisprechen möchte, und öfter freizusprechen, wo er verurteilen möchte.

Den ausgesprochenen Gegensatz zum Verwaltungsbeamten bildet der **Zivilrichter**. Nicht nur soll er in voller Unabhängigkeit urteilen; er hat (in reinen Zivilsachen) auch kein öffentliches Interesse zu verfolgen; das einzige öffentliche Interesse, das er zu wahren hat, besteht darin, das Gesetz anzuwenden, wie es ist; strenge Legalität zu beobachten. Ob der Kläger oder der Beklagte gewinne, berührt nur das Privatinteresse dieser beiden; aber daß nach Recht und allein nach Recht entschieden werde, das verlangt das öffentliche Interesse. Dem Richter fällt die vornehme Aufgabe zu, zwischen zwei streitenden Privaten unparteiisch, unberührt von den sich bekämpfenden Interessen und Personen, lediglich nach Recht zu entscheiden. Er mag mitunter (das ist seine Berufskrankheit) in Formalismus verfallen, indem er nach einem formalen Kriterium entscheiden zu müssen glaubt, obschon das Gesetz ihm gestatten würde, die gegenüberstehenden Interessen materiell abzuwägen. Allein Formalismus, Weltfremdheit sind verzeihliche Fehler. Unverzeihlich wäre für den Richter die Parteilichkeit: das Richten nach Ansehen der Person, die Rechtsbeugung, die Bestechung.

Auch das scheint eine zwar schwierige, aber eindeutige, ideale Aufgabe zu sein. Wer sie übernimmt, bedenke aber, daß nach Gesetz zu urteilen, mitunter eine peinliche Pflicht ist; abgesehen vom Zwange, der in jeder Ordnung des Verfahrens liegt, ist das materielle Gesetz oft unvollkommen, ungerecht; und die öffentliche Meinung, die das Gesetz nicht kennt (und vor dem Richter nicht immer die nötige Achtung hat), erwartet von ihm ein gerechtes, vernünftiges Urteil. Der gute Richter schätzt sich glücklich, wenn ihm das Gesetz selbst, wie in anglosächsischen Ländern, eine gewisse Freiheit gewährt. Aber seine Freiheit ist immer beschränkt; schließlich muß er doch das Gesetz anwenden, wie es ist, auch das

harte, unbillige Gesetz, und dann das Odium der Ungerechtigkeit auf sich nehmen.

Besonders schwer ist das für den Zivilrichter, wenn er nach dem von den Parteien selbst gemachten Gesetz, nach dem sie bindenden Vertrag, entscheiden soll, wie in den meisten Zivilprozessen. Wenn der Vertrag formell gültig ist, muß der Richter ihn anwenden, wie er ist. Aber er ist oft unbillig; dem Mächtigen günstig, dem Schwachen ungünstig; und der Richter muß gegen die Billigkeit dem Mächtigen recht, dem Schwachen unrecht geben, weil der Vertrag so lautet oder ehrlicher Weise so auszulegen ist. Er muß auf sich nehmen, ohne widersprechen zu können, als ungerecht, parteiisch vielleicht beeinflußt verdächtigt zu werden. Der Zwiespalt liegt im Wesen des Privatrechtes selbst.

5. Am empfindlichsten macht sich dieser Zwiespalt im Beruf des **Rechtsanwaltes** geltend; ich meine in Zivilsachen.

Der Rechtsanwalt ist der Berater und Vertrauensmann einer Partei; aber er soll sich doch nicht hemmungslos in den Dienst des Privatinteresses stellen, sondern immer auch Diener des Rechtes sein. Wie ist das zu vereinen?

Wenn der Fürsprecher schlechthin nach Auftrag mit allen prozessualisch zulässigen Mitteln das Interesse seines Klienten zu verfechten hätte, könnte er jede Sache übernehmen, ob gerecht oder ungerecht; und die übernommene Sache hätte er in jeder formell zulässigen Weise auftragsgemäß durchzukämpfen: mit wahren oder falschen Behauptungen, nach seiner Rechtsüberzeugung oder gegen sie. Alle tatsächlichen Vorbringen und rechtlichen Gründe wären gut, sofern sie nur zum Siege verhelfen.

Allein das ist nicht der wahre Beruf des Rechtsanwaltes. Er ist nicht das willenlose Werkzeug, sondern der selbständige Berater seines Klienten. Er soll nichts tun, was er als gebildeter Jurist nicht verantworten kann. Zunächst soll er nicht jede Sache übernehmen, sondern nur die, „wo nach seiner Ansicht das Recht auf Seite der ihn beratenden Partei ist“, wie das bernische Gesetz über die Advokaten vom 10. Dezember 1840 sagt; was allerdings nicht immer zum voraus erkennbar ist. Er soll auch nicht zum Prozeß drängen, sondern womöglich den Prozeß vermeiden und zu einem vernünftigen Vergleich raten. Um seine privaten Rechte zu kämpfen, ist mitunter für die Partei ein Gebot der Würde, aber durchaus nicht immer. — Ferner soll er den einmal übernommenen Streit, der mitunter ein erbitterter Kampf ist, ehrlich durchführen. Aller-

dings ist er Vertreter einer Partei; für sie muß er kämpfen, nicht für den Gegner; das Interesse des Gegners zu wahren kann er dem Vertreter der Gegenpartei überlassen. Aber er wird doch nicht jedes Versehen des Gegners ausnützen. Und noch weniger wird er die Interessen seines Klienten mit allen Mitteln verteidigen. Es gibt Regeln des Anstandes, die einzuhalten die Würde des Berufes gebietet, und die auch von den meisten Anwälten eingehalten werden. Der Prozeß soll nicht bloß zum Turnier zweier Virtuosen der Prozeßtechnik werden.

Aber, so hört man immer wieder junge Juristen fragen, muß der Anwalt nicht lügen? Auf eine so einfache Formel darf man die Frage der Wahrheitspflicht des Anwaltes nicht bringen. Wenn sie so lautete, wäre sie unbedingt zu verneinen. Aber die Frage ist nicht so einfach. Das sei noch mit einem Worte angedeutet:

Die Auseinandersetzungen zwischen den Parteien eines Zivilprozesses sind nicht dazu bestimmt, eine tatsächliche Begebenheit historisch getreu darzustellen, sondern die Berechtigung eines Anspruches abzuklären. Was dazu dient, ist berechtigt, wenn es auch der historischen Wahrheit nicht entspricht, und niemand wird dadurch getäuscht. Wenn A von B die Zurückzahlung eines Darlehens verlangt, das der Vater des B soll empfangen haben, und B weiß nicht mehr, wieviel es betrug oder wann es seinem Vater ausbezahlt worden ist, so mag er den Abschluß des Vertrages in seiner Antwort einmal bestreiten, um den Kläger zu nötigen, seine Beweise vorzulegen und um darauf seine Einreden oder Gegenbeweise vorbringen zu können. Schreitet aber der Richter, um diese Tatfrage abzuklären, mangels anderer Beweise zur Befragung der Parteien, so soll er (bezw. sein Klient) wahrheitsgemäß aussagen, was er weiß; z. B. daß sein Vater einmal ein Darlehen empfangen hat. Das allerdings darf er nicht bestreiten, auch wenn es dazu führt, daß er ein Darlehen zurückzahlen muß, das schon einmal zurückbezahlt worden ist, weil er die Quittung dafür nicht hat; und zwar, scheint mir, auch wenn der Gegner die Zurückzahlung wider besseres Wissen leugnet. Er müßte sich sonst der falschen Aussage schuldig machen. Das Ergebnis ist ungerecht; aber man soll den Sieg über einen verlogenen Gegner nicht durch eine Lüge erkaufen.

Der Zivilprozeß ist ein Kampf um subjektive Rechte. Der Anwalt ist rechtlich der Beauftragte einer Partei. Sie, die ihm ihr Vertrauen geschenkt hat, soll er nicht verraten. Der schwerste Verstoß gegen seine Berufspflicht, den er begehen kann, ist der Ver-



trauensbruch; z. B. die Konnivenz mit der Gegenpartei. Aber eine Pflicht der Berufsehre ist es außerdem, nur mit ehrlichen Waffen zu kämpfen. An der Erhaltung dieser hohen Auffassung vom Beruf hat der ganze Stand ein moralisches Interesse. Um solche Auffassung lebendig zu erhalten, genügen gesetzliche Vorschriften nicht. Es gehört dazu neben einer sorgfältigen Vorbereitung eine strenge ehrengerichtliche Aufsicht und vor allem, bei den Berufsgenossen selbst, die Tradition geistiger Bildung und persönlicher Würde.

# **Einführung in die Rechtswissenschaft**

Von

**Dr. Walther Burckhardt**

Professor der Rechte in Bern

Dr. jur. h. c. der Universitäten Genf  
und Neuenburg



Polygraphischer Verlag A.-G. Zürich

Alle Rechte vorbehalten

Zürich 1939

Buchdruckerei Effingerhof A.G., Brugg