

Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?

[1.]

[Positivität und Vergänglichkeit staatlicher Gesetzgebung]

Von den Wissenschaften gibt es vielleicht keine, der man diesen Charakter mit dem Schein absprechen könnte, wie der Jurisprudenz, und die durch die Art, wie sie nicht selten betrieben wird, ein solches Urtheil eben³¹ rechtfertigt?³² Lassen wir einmal zunächst die Rechtsphilosophie und die Rechts-

31 Das Wort »eben« steht als Korrektur über dem gestrichen Ausdruck »in dem Maße« und verändert den Satz von einem Vergleich mit den anderen Wissenschaften in ein Urtheil über unwissenschaftlich betriebene Jurisprudenz.

32 Jhering spielt schon hier (vgl. noch unten Anm. 35) deutlich an auf die bis heute viel genannte Schrift des Berliner Staatsanwalts Julius von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, (1.-6. Auflage, Berlin 1848), die ihm schon ihres Erfolges wegen nicht unbekannt gewesen sein kann. Sein Doktorvater Rudorff hatte im Jahr ihres Erscheinens gegen sie eine anonyme, geistreiche und immer noch lesenswerte Replik veröffentlicht: *Kritik der Schrift des Staatsanwalts v. Kirchmann: Über die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Von einem Lehrer dieser Wissenschaft*, (Berlin 1848). In ihr zeigt Rudorff, daß Kirchmann, indem er das rechtsunkundige Volk zum Maßstab nimmt und den »Volksgeist« dem Einfluß der Rechtswissenschaft entzieht, einem Naturalismus verfällt, der alle rechtlichen Garantien beseitigt. Bedeutsam auch die Stellungnahme des im weiteren Sinn der Historischen Rechtsschule zugehörenden Staatsrechtlers F. J. von Stahl, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Berlin 1848), jetzt zugänglich in der von Hermann Klenner besorgten Neuausgabe der Kirchmannschrift (Haufe-Verlag 1990), S. 49-77. Näheres zu Kirchmann, einem eigenwilligen, kompromißlosen (1848 1. Staatsanwalt bei dem Berliner Kriminalgericht, wurde er 1850 nach Ratibor versetzt, 1856 bis 1863 beurlaubt und schließlich

geschichte außer Betracht und wenden uns demjenigen Theil der Jurisprudenz zu, der³³ das eigentliche Gebiet des Wissens und Könnens der bei weitem größten Mehrzahl der Juristen bezeichnet: der positiven Jurisprudenz oder der Dogmatik: der Lehre des in einem Lande geltenden positiven Rechts³⁴. Hat sie auf jenen Namen Anspruch? Welche Wissenschaft, kann man sagen, die abhängig ist von der Laune des Gesetzgebers, wo heute gilt, was morgen verworfen ist, hier falsch, was dort wahr? Welche Wissenschaft, die an die Gränzpfähle gebunden, welche uns im Stich läßt, wenn wir über die Gränze gegangen sind oder wenn ein neues Gesetzbuch eingeführt wird. Was ist aus der Wissenschaft des deutschen Bundesrechts geworden? Mit dem deutschen Bunde ist sie zu Grabe getragen; was ist das Wissen des französischen Juristen, wenn er nach Deutschland, was des deutschen Juristen, wenn er nach Frankreich verpflanzt wird?

ohne Pension amtsentsetzt) und überaus produktiven Manne, den die Grenzen- und Maßlosigkeit seiner Rechtskritik zu einem Vorläufer der Freirechtsbewegung machte, findet sich in der Schrift Lasson / Meineke, J. H. von Kirchmann als Philosoph (Halle 1885). Meineke war 1847 als Primaner Zeuge (S. 153): »als der verstorbene G. Justizrath Rudorff, Professor an der hiesigen Universität und einer der treuesten Anhänger v. Savignys« sich privat »in großer Erregtheit« über den soeben gehörten Vortrag Kirchmanns äußerte.

33 Das Manuskript hat versehentlich: »die«.

34 Die gelungene Verbindung von Dogmatik und positivem Recht ist gleichbedeutend mit rechtswissenschaftlichem Recht. Sie erzeugt die gute Form des positiven Rechts. Hier liegt der aus der Historischen Rechtsschule stammende Angelpunkt des Jheringschen Rechtsdenkens, sowohl in theoretischer wie in praktischer Hinsicht. Vgl. für das letztere den programmatisch gemeinten Namen der von Jhering seit 1857 gemeinsam mit dem Germanisten Gerber herausgegebenen »Dogmatischen Jahrbücher des heutigen römischen und deutschen Privatrechts«, die seit dem 20. Band 1893 »Jherings Jahrbücher« heißen. Dogmatik in Jherings Sinn ist die normative Grundlage der professionellen Überzeugungen von Recht.

Welch unsicherer Besitz, den ein Federstrich³⁵ oder den ein politisches Ereigniß uns entziehen kann. Als Napoleon am linken Rheinufer den code Napoleon einführte³⁶, war es um das ganze bisherige Wissen geschehen, und ebenso als das deutsche Reich³⁷, als der Rheinbund³⁸, als der deutsche Bund³⁹ zusammenbrach, um die Wissenschaft der entsprechenden Staatsformen, und einen der ruhmhaftesten Lehrer des Reichsstaatsrechts soll dieser Zusammensturz des ganzen Gebäudes seiner Wissenschaft so erschüttert haben, daß er gemüthskrank ward⁴⁰. Welch' kümmerliche Wissenschaft, die sich ängstlich innerhalb der Gränzpfähle halten muß, die

35 Hier darf man sich erneut an Julius von Kirchmanns (oben Anm. 32) rasch zum geflügelten Wort gewordenen Dictum erinnern fühlen. Es lautet allerdings nicht »ein Federstrich«, sondern »drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur«. Der Kontext des Kirchmann-Wortes ist weit enger. Es geht um »Bibliotheken«, deren Bücher sich geistig allein von den Fehlern der positiven Gesetze genährt haben. Vgl. die Ausgabe der Schrift von Gottfried Neefse aus dem Jahre 1938, S. 37; diese Edition ist übrigens mit einem Vorwort ausgestattet, das die Schrift mit gutem Grund für das Freirechtlerthum des Nationalsozialismus in Anspruch nimmt.

36 Der Code Civil galt in den 1795 von Frankreich annektierten, 1801 vom Deutschen Reich förmlich abgetretenen linksrheinischen Gebieten sofort mit Inkrafttreten, also seit 1804. Seit 1808 wurde er auch in einigen der Rheinbundstaaten eingeführt. Vgl. Leiser, Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, s. v. Code Civil (1971), Sp. 621 f.

37 Dies geschah am 6. August des Jahres 1806 mit der Niederlegung der Kaiserkrone durch Kaiser Franz II.

38 Im Oktober 1813.

39 In den Monaten Juli und August 1866.

40 Das ist eine Bemerkung, die allem Anschein auf den berühmten Göttinger Lehrer des Reichsrechts Pütter gemünzt ist. Sie ist zwar unzutreffend, was Jhering mit seinem »soll« auch durchblicken läßt. In der Person von Pütter lagen aber alle Voraussetzungen dafür vor, daß sich an seiner Universität, an der er nicht weniger als 50 Jahre gewirkt hatte, eine entsprechende Fama bilden konnte, von der dann Jhering als Göttinger Student des Jahres 1837 gehört haben

keinen Werth mehr hat, wenn man die Gränze hinter sich hat: eine österreichische, preußische, bairische Rechtswissenschaft!

Es ist wahr, meine Herren, dieser Vorwurf bezeichnet eine Schattenseite der Jurisprudenz; es ist wahr, daß ein Stück Wissen des Juristen verloren geht, wenn er in ein anderes Land kommt oder ein neues Gesetzbuch erscheint. Dieses Moment des Positiven lastet schwer auf der Jurisprudenz⁴¹.

[2.]

[Der positivistische Jurist –
ein gedankenloses Rädchen in der Rechtsmaschinerie]

Aber schlimmer noch als diese äußere Abhängigkeit ist eine andere Gefahr, die der Jurisprudenz nicht von außen, sondern von innen droht: die Gefahr der inneren, der geistigen Abhängigkeit, die Gefahr, sich und sein Denken und Fühlen an das dürre, todte Gesetz dahin zu geben, ein willenloses und gefühlloses Stück der Rechtsmaschinerie zu werden⁴²,

mag. Pütter, der letzte der großen Reichspublizisten, wurde tatsächlich just im Jahre 1806, als das Alte Reich endete, aufgrund Beschlusses des Universitätsgerichts wegen Geistesschwäche unter Kuratel gestellt. Die Übereinstimmung des Datums war zwar zufällig, da sich die geistige Verwirrung schon vorher gezeigt und im Jahre 1805 dazu geführt hatte, dem im Jahre 1725 Geborenen die Emeritierung nahezu legen (vgl. Wilhelm Ebel, *Der Göttinger Professor J. St. Pütter aus Iserlohn* [1975], S. 56); gleichwohl lud sie natürlich dazu ein, jene Beziehung zu behaupten.

41 Hier finden sich im Manuskript die Stichworte: »Röm. R. Dauerhaftigkeit«. Sie gehören zum gestrichenen Satz: »Wie wenig aber doch jener Vorwurf auf allgemeine Wahrheit Anspruch hat, das zeigt uns das Beispiel des römischen Rechts«. Auf die Vorbildlichkeit des römischen Rechts kommt Jhering in dem Vortrag erst später zu sprechen.

42 Jhering war der geistige Anreger des polemischen Bildes vom Subsumtionsautomaten. Sein drastisches Beispiel war die mecha-

kurz die Flucht aus dem eigenen Denken. Sollte man es für möglich halten: keine Fachwissenschaft fordert so sehr das eigene Denken und die Kritik heraus als die Jurisprudenz, und doch gibt es keine, deren Jünger so leicht in Gefahr kommen, sich desselben zu erschlagen. »Lex ita scripta est« damit ist für sie die Tatsache des Rechts gesetzt, was kümmert es sie viel das Woher und das Warum?

nische Ente des erfindungsreichen Mechanikers Jacques de Vaucanson (1709-1782), der sich z. B. auch um die Verbesserung der Webmaschinen verdient gemacht hat. Vgl. Jhering, Zweck I, 2. Aufl. (1884), S. 394: »Vorn wird der Fall in die Urtheilsmaschine hineingeschoben, hinten kommt er als Urtheil wieder heraus.« Der damit verbundene Vorwurf an die Richter, seelenlose Werkzeuge einer Justizmaschinerie zu sein, hat recht bald eine starke Wirkung ausgeübt und der den Richterkönig propagierenden Freirechtsbewegung viel Zuspruch verschafft. Vgl. Max Webers in den Jahren 1911-13 niedergeschriebene »Rechtssoziologie« in der Studienausgabe von Winckelmann (1960), S. 281: »Die Situation des an die bloße Interpretation von Paragraphen und Kontrakten gebundenen Rechtsautomaten, in welchen man oben den Tatbestand nebst den Kosten einwirft, auf daß er unten das Urteil nebst den Gründen ausspeie, erscheint den modernen Rechtspraktikern subaltern und wird gerade mit Universalisierung des kodifizierten formalen Gesetzesrechts immer peinlicher empfunden. Sie [sc. die internen Standesideologien der Rechtspraktiker] beanspruchen »schöpferische« Rechtstätigkeit für den Richter, zum mindesten da, wo die Gesetze versagen. Die »freirechtliche« Doktrin unternimmt den Nachweis, daß dies Versagen das prinzipielle Schicksal aller Gesetze gegenüber der Irrationalität der Tatsachen, daß also in zahlreichen Fällen die Anwendung der bloßen Interpretation nur Schein sei und die Entscheidung nach konkreten Wertabwägungen, nicht nach formalen Normen, erfolge und erfolgen müsse.« Siehe auch Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (1986), S. 221.

[Der Positivismus in der
Geschichte der Rechtswissenschaft]

Dieser Positivismus ist der Todfeind der Jurisprudenz; denn er würdigt sie zum Handwerk herab und ihn hat sie daher zu bekämpfen auf Tod und Leben⁴³. Denn sowie sie nicht beständig auf der Huth ist, wuchert sofort das Unkraut, das er aussät und unter dem jede Wissenschaft erstickt. So war es in Rom; als die wissenschaftliche Kraft innerhalb der Jurisprudenz im vierten Jahrhundert nachließ, wucherte sofort der Positivismus üppig empor. Da kam das Zählen der Autoren, das Häufen der Citate auf, das Valentinian III sogar in eine eigene Regel brachte⁴⁴, die des Excerptirens und Compilirens

- 43 In einem ersten gestrichenen Entwurf lautete die zweite Satzhälfte: »und in ihm hat die Wissenschaft des Rechts zu allen Zeiten ihren Todfeind [davor: Hauptfeind] zu erblicken, mit dem sie einen Kampf zu bestehen hat auf Tod und Leben.« – Wir wissen heute aus Erfahrungen, die Jhering noch nicht machen mußte, daß die Auffassung, welche die Rechtsanwendung zu einer Art maschinenmäßiger Normumsetzung herabdrücken will, auch die Alpträume des Totalitarismus ermöglichte, die Exzesse des modernen Staates, die eben nicht nur mit Fanatisierten, die ohne Recht oder mit einem freirechtlichen Pseudo-Recht ihr »Ideal« durchsetzten, sondern zu einem großen und vermutlich dem größeren Teil mit farblosen, auf Normanwendung dressierten Juristen möglich geworden sind. Daher hat Jhering mit dem »Todfeind« nicht zu hoch gegriffen.
- 44 Jhering meint das Zitiergesetz von Theodosius II und Valentinian III aus dem Jahre 426 (CTh. 1, 4, 3). Danach waren rechtsgültig nur noch die Schriften der fünf Juristen Papinian, Paulus, Gaius, Ulpian und Modestin, von denen der an dritter Stelle genannte keiner der führenden hauptstädtischen Juristen, sondern ein ausgesprochener Schuljurist und Lehrer war. Die in diesen Schriften zitierten Juristen durften nur unter der Voraussetzung herangezogen werden, daß die Zitate in der Originalschrift nachverglichen worden waren. In Kontroversen galt das Mehrheitsprinzip. Bei Stimmengleichheit entschied Papinians Autorität. Erst ganz am Ende, wenn sich aufgrund einer solchen Stimmenausswertung kein Übergewicht ergab, durfte der Richter selbst entscheiden.

früherer Schriften: die Schriftstellerei mit der Papierschere. Ebenso ist es in der modernen Zeit gewesen, in der Zeit der Postglossatoren⁴⁵, sodann wieder im siebzehnten Jahrhundert und im gegenwärtigen auf dem Gebiet des preussischen und österreich[i]schen Rechts. Nirgends wuchert das Unkraut mit der beispielhaften Raschheit als auf dem Gebiete der Jurisprudenz, und nirgends reihen sich daher die Gegensätze hoher Wissenschaftlichkeit und tiefen Verfalls so nahe aneinander als bei ihr. In der Mitte und am Ende des dritten

45 Im 14. u. 15. Jh. Hauptvertreter Bartolus (1314-1347), Baldus (1327-1400), ferner etwa Jason de Mayno (1435-1519). Jhering folgt in seiner Einschätzung der negativen Beurteilung Savignys. Vgl. dessen Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter VI, 2. Aufl. (1834), S. 1-25, und das zusammenfassende Urteil im »Beruf« S. 139 f.: »Es liegt in der Natur, daß in jedem Zeitalter der Zustand der Rechtswissenschaft durch den Wert desjenigen bestimmt wird, was dieses Zeitalter als nächstes Object des Studiums in der That (wenn gleich nicht immer den Worten nach) betrachtet und behandelt; stets wird die Rechtswissenschaft etwas und vielleicht viel tiefer stehen, als dieses Object. So z. B. hatten die ersten Glossatoren den Vortheil, daß sie aus den Quellen selbst zu schöpfen genöthigt waren, diese waren also ihr Object; Bartolus dagegen hatte schon die Schriften der Glossatoren zum Object, die sich nunmehr zwischen die gegenwärtigen Juristen und die Quellen gestellt hatten, und dies ist ein Hauptgrund, warum die Schule des Bartolus so viel schlechter ist, als die der Glossatoren«. Heute nennt man die Postglossatoren lieber Kommentatoren oder Konsiliatoren. Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. (1967), S. 80 ff. Dahinter steht eine Neubewertung, die in der Entschiedenheit, mit der Traktate, welche ohne einen eigenen gründlich erarbeiteten geistigen Standpunkt die Praxis begleiteten, über Arbeiten gestellt wurden, welche das Recht durch klare Theoriebildungen zu einer geistigen Macht erheben und berechenbar machen, eine deutliche Nähe zu den Idealen der Freirechtsbewegung verrät. Die von Jhering und Savigny betonte, geistige Unselbständigkeit verratende Tendenz der Postglossatoren zu Formalismus und Buchstabengläubigkeit wird nicht geleugnet (vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 82 mit Nachweisen), aber für unwesentlich erklärt.

Jahrhunderts⁴⁶ stand die Jurisprudenz in Rom in der höchsten Blüthe, hundert Jahr später hat das Unkraut sie vollständig erstickt. Am Ende des vorigen Jahrhunderts riß sich die preußische Jurisprudenz von der gemeinrechtlichen los, am Anfang des gegenwärtigen die österreichische. – Welch kümmerliches Leben fristeten beide die ersten Decennien hindurch, wie war es möglich, fragt man staunend, daß zu einer Zeit, wo ein Savigny lehrte, zu einer Zeit, wo die Wissenschaft des gemeinen Rechts in Blüthe und frischester Kraft stand, von diesem Geiste, der jene beseelte, hier auch nicht ein Hauch zu spüren war, dort die frische Jugendkraft, hier der ausgebildete Marasmus senilis⁴⁷? Gottlob für das preußische sowohl wie [für] das österreichische Recht hat sich Besagtes jetzt geändert⁴⁸.

Die Wiederkehr dieser gleichen Zustände zu den verschiedensten Zeiten der Jurisprudenz und unter den verschiedensten Verhältnissen muß uns lehren, daß es sich hier nicht um Unfälle handelt, die von außen her kommen, sondern die in dem Wesen der Jurisprudenz selber ihren Grund haben. Sie muß uns die Ursache des Übels, den Sitz dieser periodischen Lähmungen erkennen lassen. Und dieses Grundübel⁴⁹ der Jurisprudenz, gegen das sie beständig auf der Huth sein muß, wenn sie ihm nicht sofort erliegen will, heißt der Positivismus⁵⁰, es ist die Flucht aus dem eigenen Denken, die Selbst-

46 Richtiger wäre zu sagen: »im zweiten Jahrhundert und in der ersten Hälfte des dritten Jahrhunderts«.

47 Medizinischer Fachausdruck: »Allgemeiner geistiger und körperlicher Kräfteverfall, Altersschwäche«.

48 Es folgt im Manuskript der beredete Zusatz: »– Unger –«. Vgl. dazu oben Anm. 1. Der ganze Ausruf »Gottlob usw. ...« ist ein nachträglicher Zusatz des Autors.

49 Eine eigenhändige Randbemerkung im Manuskript fügt an: »Grund desselben: Mißtrauen in die eigene Kraft – Lenkung (?) durch den positiven Stoff. – Grund ungenügende wissenschaftliche Bildung«.

50 Man übertrage sich die Hervorhebung in die gesprochene Rede.

dahingabe an das Gesetz als eines willenlosen Werkzeuges⁵¹. Ihn zu bekämpfen, darum stehe ich hier, das ist und soll meine Aufgabe sein, solange ich hier wirke.

[4.]

[Dogmatik als wissenschaftliche Durchdringung
und Veredlung des positiven Rechts]

Welchen Raum gewährt denn das positive Recht dem wissenschaftlichen Sinn und Bedürfnis sich zu betätigen? Darauf muß, darauf werde ich Ihnen Antwort ertheilen. Aber ich ertheile sie nicht sofort, ich bereite sie vor, indem ich Ihnen zeige, wie und wo die Wissenschaft zu verschiedenen Zeiten das Moment der Wissenschaftlichkeit gesucht hat. Meiner Überzeugung nach hat sie es zu suchen und findet es vollauf auf dem Boden des positiven Rechts selber, in der Dogmatik⁵², aber hier ist es allerdings schwerer zu behaupten als in den beiden anderen Gebieten der Jurisprudenz: in der Rechtsphilosophie und der Rechtsgeschichte, eben weil hier jener Todfeind der Jurisprudenz: der Positivismus lauert, während jene beiden Gebiete demselben unerreichbar sind.

Wenn ich nun mit einem Blicke mir die ganze Geschichte der Jurisprudenz im Alterthum und in der modernen Welt überschau – und im Alterthum kann nur in Rom von einer Jurisprudenz die Rede sein – so tritt mir in Bezug auf die obige Frage folgender Gegensatz entgegen:

Die Römer haben sie gesucht und gefunden in der Dogmatik, im praktischen Recht – ihre Wissenschaft stand mitten

51 Gewarnt wird wieder vor dem verantwortungslosen Subsumtionsautomaten. Vgl. oben Anm. 42.

52 Das von Rechtsdogmatik durchdrungene und legitimierte positive Recht ist das wissenschaftliche Recht, wie es sein soll. Vgl. oben Anm. 34.

im Leben⁵³ – [in] der modernen Jurisprudenz ist es sehr [anders] geworden⁵⁴.

Daß und in welchem Maße die römische Jurisprudenz es verstanden, im Leben die Wissenschaft zu finden, davon werde ich unten, wenn ich auf das römische Recht komme⁵⁵,

53 Der Dreiklang »Dogmatik, praktisches Recht, Leben« (im Manuskript ersetzt »in der Dogmatik« das zuerst geschriebene, später wieder aufgenommene »Leben«) ist kennzeichnend für Jherings Auffassung des römischen Rechts. In der stichwortartigen Gliederung der Rede, die im Nachlaß bewahrt ist, heißt es (Jhering Kasten 17/4 3a Erstes Blatt) zum Stichwort Alterthum: »Römer Leben – Ulpian – Konfession der Universalität«. Es wird deutlich, daß Jhering hier vor Augen hatte, was er in Anknüpfung an den von Ulpian erhobenen Anspruch, daß die Jurisprudenz eine »vera philosophia« sei, die »Nationalphilosophie der Römer« nennt. Vgl. unten S. 142 f. Auf das Gleiche deuten die Stichworte auf dem dritten Blatt jener ersten Skizze zur Frage, wo die Wissenschaft im römischen Recht stecke: »freier Geist – Positivismus – Natur«. Die von Ulpian repräsentierte spätklassische Wissenschaft beruhte in der Tat auf einer Verbindung von anthropologischer Naturbetrachtung, »positivem« Rechtsformalismus und einer (im Rahmen dieser Vorgaben tätigen) »Freiheit« der Rechtsfortbildung. Vgl. zur Einordnung dieser Gesichtspunkte in die damals bereits im »Geist« publizierte Ansicht Jherings die folgende Abhandlung »Jherings Evolutionstheorie des Rechts«, S. 130 ff.

54 Gemeint ist, was im folgenden näher ausgeführt wird, daß sich das Recht in der Neuzeit seit Bologna immer wieder vom Leben abgekehrt habe. Dies zeigt auch der ursprünglich folgende, dann zugunsten der späteren Abschnitte gestrichene Satz: »die Jurisprudenz der modernen Welt findet sie zum Theil in Regionen, die dem Leben abgekehrt sind: in der Philosophie und der Geschichte.« Man beachte die – der Romantik verpflichtete – Ambivalenz des Wirklichkeits- und Lebensbegriffes. Jhering sieht bei den Römern ein vom Geist des Rechts erfülltes Leben, in dem die Rechtswissenschaft mit Recht gesucht wird. Zu anderen Zeiten kennt er aber auch die trost- und geistlose Praxis, die gerade, weil sie nur dem Leben und der Wirklichkeit dient, geistlos wird und einem öden Positivismus anheimfällt. Vgl. auch noch Anm. 61.

55 Ein solcher Abschnitt fehlt oder ist in der Rede ersetzt durch das Idealbild, das Jhering von dem Juristen seiner Zeit verwirklicht

besser Gelegenheit haben zu reden. Ich wende mich hier sofort der neueren Jurisprudenz zu, die im zwölften Jahrhundert mit der Glossatorenschule beginnt. Wenn ich den Totalindruck ihres ganzen Ringens und Strebens in ein einziges Wort zusammenfassen darf, so ist

sehen möchte und das er im »Geist des römischen Rechts« vom römischen Juristen gezeichnet hatte. Das Geheimnis, mit dem er dabei vergeblich rang, war, wieso die Römer durch das »Leben« selbst so erfolgreich vom schlechten Positivismus freigehalten und zu einer »geistvollen« Behandlung des Rechts geführt wurden. Die Antwort, mit der er sich in seinen Veröffentlichungen zufriedengab, blieb die romantische der Historischen Rechtsschule Savignys: In Rom war der Geist des Rechts in der Geschichtlichkeit selbst gegenwärtig. Daher konnten auch nach Jhering die römischen Juristen die Wahrheiten des Rechts ohne Reflexion und Kritik im Leben selbst finden. Vgl. Geist III 1, § 59, 4. Aufl. (1888), S. 316 (der Text ist erweitert und stilistisch bearbeitet, entspricht sachlich dem der 1. Aufl. 1865, S. 298): »In der Weise der römischen Juristen lag es einmal nicht, auf dem Wege historischer oder rechtsphilosophischer Untersuchung bis zu den letzten Quellen des Rechts zurückzusteigen oder auch nur einmal den Apparat, mit dem sie arbeiteten, ihre allgemeine Anschauungen und ihre Methode zum Gegenstand der Untersuchung zu machen. ... Wissen und Urteil war bei ihnen in dem Maße eins und in dem Maße lebendiges Stück von ihnen selbst, daß sie gar nicht auf die Idee kamen, sich, wie es ja bei der Kritik nötig ist, mit ihrem Denken künstlich aus der Sache zurückzuziehen, sie zu isolieren und zu objektivieren und sich als unbefangener Beobachter gegenüberzustellen.« Die unter diesem Gesichtspunkt begonnene Analyse nennt Jhering (S. 325 = 306) paradox genug eine »Materialkritik der römischen Rechtstheorie«. Überall, wo das römische Recht ersichtlich dann doch theoretischer Konsequenz folgt und damit Jherings berühmten Satz verletzt (S. 321 = S. 303): »Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen ...«, behauptet Jhering mit einem überaus erfolgreich gewordenen, aber durchaus unbegründeten Kunstgriff, es handele sich um bloße Schulbegriffe, die für das Leben keine Verbindlichkeit beanspruchen könnten. Näher dazu in der folgenden Abhandlung »Jherings Evolutionstheorie des Rechts«, S. 150 ff.

es der Kampf mit dem Positivismus, das Suchen. Der bewegende Gedanke, der sie trieb, das Verlangen, der Durst nach Wissenschaft auf dem Gebiete des Rechts, der Kampf mit dem Positivismus, das Bestreben, ein von dem Einfluß äußerlicher Satzung, des Wechsel[s] des Orts und der Zeit befreites Gebiet zu erringen. Aber anstatt den Feind aufzusuchen, wo er sitzt und ihn zu tödten, auf dem Gebiete des geltenden Rechts, entrinnt sie ihm, sucht sich ein Gebiet aus, das ihm unzugänglich ist und überläßt ihm das Leben.

Ich werde Ihnen jetzt die Hauptphasen in der Entwicklung unserer Wissenschaft vorführen, prüfen Sie, ob meine Behauptung sich bewahrheitet⁵⁶.

[5.]

[Die Wiederaufnahme des römischen Rechts durch die Glossatoren in Bologna – Flucht aus dem Leben hin zu den reinen Quellen der Wissenschaft]

Die erste Stufe in der Entwicklung unserer Jurisprudenz bildet, wie gesagt, die Glossatorenzeit⁵⁷. Es ist hier kein Anlaß auf die unschätzbaren Verdienste der Glossatoren einzugehen, ich beschränke mich darauf, ihre ganze Thätigkeit mit dem obigen Gesichtspunkt zu messen. Was [war] aber dieselbe anderes als eine Flucht aus dem Leben, eine Flucht aus dem Recht der Gegenwart in ein todttes Recht? Allerdings sollte dasselbe auch zur Anwendung gelangen und es gelangte zur Anwendung, aber gleichwohl bleibt der Satz unumstößlich: Die moderne Jurisprudenz beginnt mit der Flucht vor dem Leben, der wissenschaftliche Durst ist es, der sie zu den Quellen des römischen Rechts treibt. Wie mußte es einer wissensbedürftigen Natur der damaligen Zeit zu Sinne sein,

56 Der petit gesetzte Text ist im Manuskript gestrichen. Jhering hatte wohl erkannt, daß er in diesen Sätzen statt Analysen nur Bilder gibt.

57 Sie dauerte vom Ende des 11. bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts, von Irnerius (ca. 1060-1125) bis Accursius (ca. 1183-1263). Vgl. Hermann Lange, Römisches Recht im Mittelalter Band I, Die Glossatoren (1997). Dazu meine Besprechung in der Juristenzeitung (1997), Sp. 1001-1002.

wenn sie sich aus der S[t]eppe der rohen, wissenschaftlich ungebildeten Rechte der damaligen Zeit an diese unerschöpfliche, erfrischende Quelle der Wissenschaft versetzt fand. Und wer könnte sie nicht begreifen, jene Begeisterung, mit der Tausende aus allen Theilen Europas nach Bologna zogen, wer nicht begreifen jene Verehrung des römischen Rechts, die in demselben in derselben Weise wie das Evangelium die geoffenbarte Religion enthält, so in dem römischen Recht die ratio scripta, die geoffenbarte Vernunft in Dingen des Rechts erblickte? Es war der Taumel⁵⁸ des Dürstenden und fast Verschmachtenden in der Wüste, dem ein kräftiger Wein gereicht wird, den er mit vollen Zügen hinunterstürzt, der Fanatismus einer ersten, jungen Wissenschaft.

Mit dieser Stimmung kamen zurück, die sich an dem frischen Labetrunk in Bologna erquickt hatten, sie fühlten sich im Besitz einer gewaltigen Kunst, der sie den Beruf hatten auch im Leben den Sieg zu erkämpfen. Das römische Recht brach sich mehr und mehr Bahn⁵⁹, die Wissenschaft triumphierte.

[6.]

[Die Postglossatoren
oder Kommentatoren des 13. und 14. Jh. –
Gewinn an Leben, Verlust an Wissenschaft]

Aber wenn die Wissenschaft eine Macht sein wollte, die das Leben beherrschte, so mußte sie sich den Bedingungen des

58 Die nicht ganz sichere Lesung – die ersten fünf Buchstaben können auch als »Traum« gelesen werden – wird durch die Nachlaßskizze zum Vortrag (JK 17/4) bestätigt. Wer kurz vor dem Verdursten stehend ein Glas Wein herunterstürzt und dadurch zum Fanatiker wird, ist in der Tat eher in einem »Taumel« als in einem »Traum«.

59 Ein die Aussage verschärfender Satz am Rande bemerkt: »Mehr und mehr nahm das R. R. vom Leben Besitz«.

Lebens fügen, sie mußte das Recht in eine den Anforderungen desselben mehr entsprechende Gestalt bringen. Das war die Aufgabe der Postglossatorenzeit⁶⁰. Es war eine Annäherung an das Leben, und vom Standpunkt des letzteren aus ein Fortschritt. Aber nicht leicht war der Fortschritt erkauf, ein gutes Stück Wissenschaft war mit der Entfernung von den Quellen aufgegeben, Citate, Autoritäten, selbstgemachte und mißverständene Regeln traten an die Stelle des reinen römischen Rechts. Es war die Zeit, wo in der Geschichte der modernen Jurisprudenz die Praxis zum ersten Mal über die eigentliche Wissenschaft triumphirte – das römische Recht im Dienste des Lebens⁶¹, eingespannt als Karrengaul. Das Schlinggewächs des Positivismus wucherte, üppiger und immer üppiger.

Der Geist der römischen Jurisprudenz, der kaum wieder lebendig geworden war, der Geist der freien Forschung und

60 Vgl. oben Anm. 57.

61 Die Ambivalenz des Lebensbegriffes wird hier sehr deutlich. Praktikern wie den Postglossatoren hilft es nicht, wenn sie sich dem Leben zuwenden. Sie finden in ihm nicht den Geist des Rechts. Sie könnten es nach Jhering offenbar, wenn sie vorher das römische Recht studiert hätten und mit seiner Hilfe die Wirklichkeit veredeln könnten. Hier taucht wieder (vgl. bereits oben Anm. 54 und 55) die für Jhering ein Geheimnis berührende Frage auf, wie es denn möglich gewesen sein soll, daß der Geist des römischen Rechts, der seit Bologna in Büchern studiert wurde, die aus Fragmenten der Rechtsliteratur des antiken Roms zusammengestellt waren, einst von den antiken Praktikern im Leben gefunden werden konnte. Jhering hat wie kein zweiter die philosophischen Gehalte des römischen Rechts erkannt. Aber er war infolge der Prämisse, die er von der Historischen Rechtsschule übernommen hatte, außerstande zu erfassen, daß diese Gehalte, mit denen die römischen Juristen die Lebensverhältnisse geordnet haben, ihrerseits auf historisch nachweisbare geistige Rezeptionsvorgänge zurückgingen, welche die geistige Beseelung der römischen Rechtswirklichkeit als eine komplexe denkerische Leistung erkennen lassen, die nicht aus der Praxis stammt, wohl aber sich in der Praxis bewährt hat.

des eigenen Denkens verfiel wiederum in tiefen, tiefen Schlaf; die Zeiten des Citirgesetzes von Valentinian kehrten zum zweiten Mal in demselben Recht wieder.

[7.]

[Humanismus und Elegante Jurisprudenz –
einsame Wissenschaft
hoch über den Niederungen der Praxis]

Da erging mit dem Wiedererwachen der Wissenschaften im fünfzehnten Jahrhundert auch an die Jurisprudenz der Wekkerruf. Sie erhob sich und zersprengte die Bande, mit denen sie gefesselt war, und ihr Gebiet, kurz vorher noch das Bild tiefen geistigen Schlafs der äußersten Geschmacklosigkeit und Geistlosigkeit, es verwandelte sich bald in einen Schauplatz des regsten wissenschaftlichen Lebens. Welche Männer eilten herbei, welche Riesen und Titanen, die wir heutzutage noch mit staunender Ehrfurcht betrachten. Welche Geisteskraft, welche Gelehrsamkeit, welche Belesenheit in den Quellen und den der Jurisprudenz benachbarten Wissensgebieten des Alterthums, welcher Scharfsinn, welche Ausdauer! Nie hat auf dem Gebiet der Jurisprudenz sich eine so bedeutende Zahl der glänzendsten Namen zusammengefunden; es ist in meinen Augen das heroische Zeitalter der Jurisprudenz gewesen.

Aber die Titanenarbeit erforderte Titanenkräfte, für das gewöhnliche Maß menschlicher Kraft war der Weg, den ein Mann wie Cujacius⁶² zur Höhe wies, zu steil und beschwerlich, und er selber machte bittere Erfahrungen über den Eifer

62 Mit Jacques Cujaz (1521-1590) erreicht die unter dem Einfluß der Renaissance-Philologie Italiens ins Leben gerufene humanistische Schule von Bourges ihren Höhepunkt. Vgl. Koschaker, Europa und das römische Recht, 3. Aufl. 1958, S. 109.

seiner Zuhörer. Jene Riesen⁶³ versammelten auf der steilen Höhe nur ein kleines Häuflein um sich, die Masse blieb in den Niederungen; nicht sie hatte sich von der Wissenschaft zurückgezogen, sondern die Wissenschaft von ihr. Und wie sah es aus in den Niederungen? Es ist das uns wohlbekannte Bild aus der Postglossatorenzeit, das sich hier in etwas veränderter Gestalt wiederholt⁶⁴: die Jurisprudenz im ausschließlichen Dienst des Lebens, verständig, pedantisch, nüchtern, ohne Schwung, ohne Ideen, ohne Gedanken. Die Wucht des positiven Stoffes ohne das geistig belebende Element der rastlos suchenden Wissenschaft. Glücklicherweise das Sichere oder Brauchbare mühsam zusammengestellt und mit Autoritäten belegt zu haben, entschlägt sich die damalige Doctrin gern jener Unruhe und Rastlosigkeit des Suchens, die zu allen Zeiten stets die wahre Wissenschaft kennzeichnen wird, jenes Geistes, der nie zufrieden etwas gefunden zu haben, stets wieder etwas sucht. Das römische Recht war ihr eine Sammlung von Gesetzen, die sie hinnimmt wie alles andere als etwas Positives; die wissenschaftliche Begeisterung der ersten Periode der Rechtswissenschaft hatte einer gründlichen Nüchternheit, Dürre, Trockenheit Platz gemacht. In einer solchen Wissenschaft konnte ein wissenschaftlich bedürftiger Mensch seine Befriedigung nicht finden; das Richtigste, was er ihr gegenüber thun konnte, war ihr bei Zeiten den Rücken zu kehren.

63 Gemeint sind neben dem namentlich genannten Cujaz die weiteren großen Eleganten Juristen des *Mos gallicus* wie Alciat (1492-1550), Faber (1557-1624) und Donellus (1527-1591). Vgl. G. Astuti, *Mos italicus e mos gallicus* (1937); G. Kisch, *Humanismus und Jurisprudenz* (1955). Vgl. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. (1967), S. 166 ff. Zur Fortsetzung dieser Richtung in den Niederlanden Canoy-Olthoff / Néve, *Holländische Eleganz* (1990).

64 In der Tat wirkt der Bologneser *mos italicus* neben dem humanistischen *mos gallicus* durchaus fort, in Deutschland mit einer besonders standhaften Hochburg in Leipzig. Vgl. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. (1967), S. 93, 207 f., 210.

[Naturrecht – abstrakte Wahrheiten ohne Berührung
mit den Nöten und Erfahrungen des Lebens]

Das war der Boden, auf dem jetzt eine neue Disziplin sich erhob, der anderthalb Jahrhunderte hindurch der geistige Principat in der Jurisprudenz zufallen sollte. Diese neue Disziplin war das Naturrecht. Selten hat wohl ein wissenschaftliches Werk eine so tiefeingreifende und nachhaltige Einwirkung ausgeübt als das 1654 erschienene und dann unzählige Male abgedruckte Werk des genialen Holländers Hugo Grotius de jure pacis⁶⁵. Anderthalb Jahrhunderte lang hat er die wissenschaftliche Auffassung der Zeit bestimmt. Und man begreift es. Es war die Entdeckung der Oase in der Wüste. Zum zweiten Male bot die Wissenschaft dem⁶⁶ wissenschaftlichen Verlangen eine Befriedigung, aber dies Mal war die Quelle, an der sie den Durst zu stillen verhiess, ungleich leichter zugänglich: Dem positiven Recht, dem Werk des Zufalls und der Willkühr, dem vergänglichen und ewigen⁶⁷ Recht stellte Hugo Grotius das Recht gegenüber, das mit uns geboren, ein Recht, das nicht in äußerer Gewalt, sondern in der Macht der

65 »De iure belli et pacis libri tres in quibus jus Naturae & Gentium, item iuris publici praecipua explicantur« (zuerst 1625). Grotius analysierte und interpretierte die Grundlehren der Rechtswissenschaft mit Hilfe einer (Prinzipien der spanischen Moralthologie verarbeitenden) individualistischen Naturrechtslehre. Vgl. Malte Dießelhorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen (1959); Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit 2. Aufl. (1967), S. 287 ff.; Christoph Link, Hugo Grotius als Staatsdenker (1983).

66 In dem Manuskript folgt gestrichener Text, dessen ersten beiden Worte leserlich geblieben sind: »unter dem Druck seiner geisttötenden ...«.

67 Ein Lapsus calami, der wohl durch die Assoziation »vergänglich – unvergänglich« eingegeben worden ist. »Ewig« ist natürlich nicht das positive Recht, sondern, wenn überhaupt, wie Jhering auch gleich sagt, das Naturrecht.

Wahrheit seinen Grund habe und darum wie die Wahrheit selber eine universale und ewige Geltung besitze. Kann es uns Wunder nehmen, daß alles, was einen wissenschaftlichen Trieb in sich fühlte, frei aufathmete, daß man sein Werk als eine wissenschaftliche Erlösung aus der Sklaverei des positiven Gesetzes begrüßte⁶⁸.

Abermals zog sich die Wissenschaft aus dem positiven Recht zurück, es ist dieselbe Flucht vor dem Leben, das dem wissenschaftlichen Bedürfnis keine Nahrung gewährte⁶⁹, wie zur Glossatorenzeit, nur daß die Wissenschaft sich damals ins römische Recht, dies Mal ins Naturrecht flüchtete. Wenn man das Behagen nicht zu Hause findet, sucht man es außerhalb desselben. Aber während die Glossatoren den Boden des positiven Rechts unter Füßen behielten, gab das Naturrecht ihn völlig auf; der Riß zwischen der Wissenschaft und dem positiven Recht ward jetzt ein unheilbarer. Denn das positive Recht war fortan geächtet, die bloße Thatsache der Existenz des Naturrechts schon sprach ihm das Verdammungsurtheil, drückte ihm das Stigma des Nichtigen auf. Das Naturrecht die Wahrheit, das positive der Irrthum, das Naturrecht ewig sich gleich, überall geltend, das positive das

68 Aus dieser Begegnung von gemeinrechtlicher Praxis und Naturrechtsphilosophie entstand der *Usus modernus pandectarum*. Vgl. H. Schlosser, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, 8. Aufl. (1996); R. Voppel, *Der Einfluß des Naturrechts auf den *usus modernus** (1996).

69 Wieder (vgl. oben Anm. 54, 55 und 61) taucht die Frage auf, warum das Leben bisweilen diese geistige Nahrung verweigert und sie bisweilen gewährt. Die festgehaltene Mythologisierung des römischen Rechts, die es als Geschenk der Geschichte an das Leben erklärt, hindert Jhering hier an der Erkenntnis, daß die praktische Erfahrung mit den Fällen des Lebens nur dann rechtliche Einsichten vermitteln kann, wenn menschliches Denken zuvor in die Lebensverhältnisse die richtigen rechtlichen Strukturen und Wertprinzipien hineingetragen hat.

Wechselnde, Zufällige, Vergängliche, das Naturrecht die Wissenschaft, das positive das Handwerk.

Von unserem heutigen wissenschaftlichen Standpunkt aus kommt es uns nahezu unbegreiflich vor, wie der Glaube an das Naturrecht und die mit ihm gesetzte Auffassung des positiven Rechts anderthalb Jahrhunderte vorhalten konnte.

Das Naturrecht die Wahrheit, das positive Recht der Irrthum! Also das Auge des einsamen von der Welt zurückgezogenen Denkens ist im Stande über die Fragen des Rechts, das heißt die Verhältnisse des praktischen Lebens, die Wahrheit zu entdecken, aber die Millionen, die mitten in der Welt stehen, die das Leben kennen, die das wissen und fühlen, was Noth thut; die mit Gut und Blut und Leib und Leben bei der Wahrheit interessiert sind⁷⁰, und deren Fühlen und Denken, deren Interesse und Bedürfnisse doch schließlich dem Recht die Gestalt gegeben haben – ihrer aller Auge war für die Wahrheit verschlossen? Wer wird in Abrede stellen, daß zu allen Zeiten die großen Denker ihrer Zeit vorausgewesen sind, daß nicht die ersten Strahlen der aufgehenden Sonne früher in das Auge des einsamen Wanderers fallen, der ihr entgegengegangen ist auf dem hohen Gipfel des Berges, als in das Auge der Masse, die noch im Thale schläft? Jeder große Culturfortschritt ist ein Sonnenaufgang in der Geschichte, und dem letzteren auch darin vergleichbar, daß das Licht früher die Gipfel des Berges als die Thäler erhellt und nur allmählich von der Spitze zu den Niederungen her-

⁷⁰ Mit der Wendung »bei der Wahrheit interessiert sind« – statt hochdeutsch »an der Wahrheit« – verrät sich, wie mir Prof. Dieter Stellmacher, Göttingen, freundlicherweise bestätigt, ausnahmsweise einmal in Jherings Sprache der niederdeutsche Ostfrieser. Daß der aus Aurich stammende Jhering das Plattdeutsche fließend beherrschte, sagte er uns selber. Vgl. Ehrenbergbriefe, S. 217: »Spricht ostfriesisch platt, als ob er nie aus Ostfriesland fortgewesen wäre«.

abdringt⁷¹. Aber welche Verblendung gehört dazu, um zu glauben, daß die Wahrheit, deren Schauplatz das praktische Leben ist, nicht in dem Leben selber, sondern in dem Gehirn des Gelehrten zu suchen sei, daß nicht der Denker, wenn er sie finden will, das Leben, sondern das Leben den Denker aufzusuchen habe⁷².

[9.]

[Das menschliche Gewissen
und das praktische Bedürfnis
als die letzten Quellen des Rechts]

Was ist denn die letzte Quelle alles Rechts? Ist es das reine aprioristische Denken, die philosophische Speculation? Das hat man wohl gemeint und hat auf diesem Wege das Recht zu construiren versucht⁷³. Aber wenn man es nicht sonst ge-

71 Das prächtige Bild der Sonne als Quelle des Rechtsgefühls auch in Jherings vom Schwiegersonn Ehrenberg herausgebener »Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts« (1984), S. 27 und in der von mir besorgten Neapolitaner Ausgabe des Jhering-Vortrags »Über die Entstehung des Rechtsgefühls«, S. 11 (vgl. auch meine dortigen Erläuterungen S. 104 f.).

72 Es ist erneut in letzter Zuspitzung die große Jhering-Frage: Wie kommt die rechtliche Vernunft in die Wirklichkeit? Vgl. bereits oben Anm. 54, 55, 61 und 69.

73 Mit dem reinen apriorischen Denken ist Kant gemeint. Tatsächlich dürfte die Methode des abstrakten, der Erfahrung voraufgehenden (!) Konstruierens in der Jurisprudenz vor allem durch Kant legitimiert worden sein. Vgl. dazu, was Kant, *Metaphysik der Sitten*. Rechtslehre, zur Konstruktion des schuldrechtlichen Vertrags ausführt (Einleitung § E, Werke, ed. Weischedel, VII, S. 340): »Wenn also gesagt wird: ein Gläubiger hat ein Recht, von dem Schuldner die Bezahlung seiner Schuld zu fordern, so bedeutet das nicht, er kann ihm zu Gemüte führen, daß ihn seine Vernunft selbst zu dieser Leistung verbinde, sondern ein Zwang, der jederman nötigt, dieses zu tun, kann gar wohl mit jedermans Freiheit, also auch der seinigens, nach einem allgemeinen äußeren Gesetz zusammen bestehen:

kannt hätte, man hätte bei den ersten Versuchen Schiffbruch erlitten. Und woher hätte man in der Geschichte das Recht genommen, wenn man auf die Philosophen hätte warten müssen. Nein! Die Quellen des Rechts, sie sind nicht so abgelegen, sie fließen nicht so spärlich, woher sollte auch sonst das Recht seine Macht über das menschliche Gemüth gewonnen haben, deren es bedarf, und die der *Staat*⁷⁴ nicht ersetzen kann? Die erste und ursprüngliche Quelle des Rechts liegt in jedes Menschen Brust, die zweite, die erst dazu gekommen ist, ist das Bedürfnis, die Noth des Lebens und der praktische Verstand, der für die notwendigen Zwecke die rechten Mittel

Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei. Das Gesetz eines mit jedermanns Freiheit notwendig zusammenstimmenden wechselseitigen Zwanges, unter dem Prinzip der allgemeinen Freiheit, ist gleichsam die Konstruktion jenes Begriffes, d. i. Darstellung desselben in einer reinen Anschauung *a priori*, nach der Analogie der Möglichkeit freier Bewegung der Körper unter dem Gesetz der Gleichheit der Wirkung und Gegenwirkung«. Zu solcher Konstruktion ist der Mensch nach Kant von der apriorischen Vernunft ausgestattet. »Die Vernunft« habe, so wenig später »dafür gesorgt, den Verstand auch mit Anschauung *a priori*, zum Behuf der Konstruktion des Rechtsbegriffs, so viel als möglich zu versorgen.« Die Kantische Konstruktionsidee, welche es hier unternimmt, die individuelle Freiheit mit der allgemeinen Freiheit dadurch zu versöhnen, daß alle Menschen unter die gleichen erzwingbaren Bewegungsgesetze gestellt werden, ist von der ganz empirisch »konstruierten« Struktur der Institutionen des römischen Rechts, welche z. B. die vertraglichen Obligationen als Beziehungen zwischen Personen ordnen (und daher auch, anders als Kant [vgl. seine Bemerkungen im »Anhang« I, S. 341 f.], jederzeit in der Lage sind, nähere empirische Bestimmungen der Billigkeit aufzunehmen), Welten entfernt. Vgl. die insofern römisch gedachte »lebendige Construction des Rechtsverhältnisses« bei Savigny, System I, S. 8. Sie hat einen entschieden empirischen Blickwinkel und bestimmt die rechtliche Ordnung der Wirklichkeit trotz ihrer geistigen Struktur als etwas historisch Entstandenes und durch Empirie Bedingtes.

⁷⁴ Das Manuskript liest »Stab«, was aber wohl Schreibfehler für »Staat« ist, da »Stab« als Symbol des staatlichen Gerichts und Rechtszwanges weder üblich ist noch als spontanes Bild einleuchtet.

gesucht hat. Und alles, was sie gethan haben: das Herz und der Verstand im Laufe der Jahrtausende, die ethische Lebensanschauung des Volkes, die sich in den Rechtsinstituten verkörpert⁷⁵, Erfahrung, die in ihnen abgelagert erscheint, alles das sollte Irrthum sein oder wenigstens mit dem Stigma des Positiven als willkürlich, werthlos abgefertigt werden?

[10.]

[Die Geschichte und das geschichtlich bedingte
Leben als Schauplatz des Rechts]

Nein! Meine Herren, die Wahrheit liegt nicht außer der Welt, sie liegt in der Welt, und das ist der große Fortschritt, den unser gegenwärtiges Jahrhundert in der Jurisprudenz gemacht hat, daß es sie auch im Recht da aufgesucht hat, wo sie zu finden ist, nicht in den Regionen eines von der Wirklichkeit abstrahirenden Naturrechts. Der Realismus, der unsere ganze Zeit beherrscht, hat sich auch in der Jurisprudenz daran bewährt, daß sie auf den rauhen Boden der Geschichte

75 In dieser Auffassung der Institute als Niederschlag von Erfahrung setzt Jhering die Lehre Savignys fort, gibt ihr aber mit der Betonung der Erfahrung eine stärker empirisch-rationale, weniger spirituelle Erklärung. Nach Savigny sind die Institute die technische Form, in der das Recht in der Wirklichkeit des Volksgeistes vorhanden ist. Vgl. System I, § 5, S. 9 ff. Danach sind »alle Rechtsinstitute zu einem System verbunden« und liefern die »Rechtsregel« daher nicht nur dem »beschränkten einzelnen Rechtsverhältniß«, sondern auch dem »System des positiven Rechts einer Nation«. Da ferner (vgl. System I § 5, S. 14) »überall, wo ein Rechtsverhältniß zur Frage und zum Bewußtseyn kommt, eine Regel für dasselbe längst vorhanden, also jetzt erst zu erfinden weder nötig noch möglich ist«, und für Savigny »positives Recht« das ist, was »in jedem gegebenen Zustand, in welchem es gesucht werden kann, als ein gegebenes schon wirkliches Daseyn hat«, ist es tatsächlich für Savigny »der in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist, der das positive Recht erzeugt.«

zurückgekehrt ist, und auch unsere heutige Rechtsphilosophie hat sich dem nicht entzogen, und ich glaube nicht zu viel zu sagen, wenn ich die Überzeugung ausspreche, daß ihre Zukunft und der Einfluß, der ihr gebührt, sich wesentlich nach dem Geschick und der Energie bestimmen wird, womit sie sich mehr und mehr [in] die reale Welt vertiefen wird.

[11.]

[Die Evolution
kultureller Wahrheiten in der Geschichte]

Die Umkehr zur Geschichte also ist das Lösungswort des Jahrhunderts, und es wird stets das große Verdienst der sogenannten historischen Schule⁷⁶ bleiben, daß sie dieselbe Wahrheit, die Hegel wie kein anderer für die Rechtsphilosophie betont hat⁷⁷, für die Cultur⁷⁸ des positiven Rechts ausgesprochen und zur Geltung zu bringen versucht hat. Aber mit der

76 In den Ruhm ihrer Gründung teilen sich Gustav Hugo (1764-1844) und Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Zu dem Verhältnis des Göttinger Skeptikers zu dem großen Romantiker jetzt meine Erläuterungen in der Abhandlung »Gustav Hugo« zu der von mir besorgten Neupublikation der von Gustav Hugo übersetzten Darstellung von Edward Gibbon, Historische Übersicht des Römischen Rechts (1996), S. 159 ff.

77 Jhering übernimmt von Hegel den Entwicklungsgedanken, aber weder dessen Reduktion der formalen Geltung des positiven Rechts allein auf das staatliche Gesetz noch dessen Herleitung der Entstehung des Rechts »aus dem Begriff«. Vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821, ed. Hoffmeister 1951), Einleitung § 3 einerseits S. 21 (Hervorhebung durch Kursivierung im Original): »Das Recht ist *positiv* überhaupt a) durch die *Form*, in einem Staate Gültigkeit zu haben, und diese gesetzliche Autorität ist das Prinzip für die Kenntnis desselben, die positive Rechtswissenschaft. Dem *Inhalte* nach erhält dies Recht ein positives Element b) durch den besonderen *Nationalcharakter* eines Volkes, die Stufe seiner geschichtlichen Entwicklung usw.« und andererseits »Das *in der Zeit erscheinende* Hervortreten und Entwickeln von Rechtsbestimmungen zu

Rückkehr auf den historischen Grund und Boden allein ist es nicht gethan; es kommt darauf [an], was und wie man

betrachten – diese *rein geschichtliche* Bemühung, so wie die Erkenntnis ihrer verständigen Konsequenz, die aus der Vergleichung derselben mit bereits vorhandenen Rechtsverhältnissen hervorgeht, hat in ihrer eigenen Sphäre ihr Verdienst und ihre Würdigung und steht außer dem Verhältnis mit der philosophischen Betrachtung, insofern nämlich die Entwicklung aus historischen Gründen sich nicht selbst verwechselt mit der Entwicklung aus dem Begriffe, und die geschichtliche Erklärung und Rechtfertigung nicht zur Bedeutung einer *an und für sich gültigen* Rechtfertigung ausgedehnt wird. ...; eine Rechtsbestimmung kann aus den *Umständen* und *vorhandenen* Rechts-Institutionen als vollkommen *gegründet* und *konsequent* zeigen lassen und doch an und für sich unrechtlich und unvernünftig sein, wie eine Menge der Bestimmungen des römischen Privatrechts. ... Ein solches Aufzeigen und (pragmatisches) Erkennen aus den näheren oder entfernteren geschichtlichen Ursachen heißt man häufig: *Erklären* oder noch lieber *Begreifen*, in der Meinung, als ob durch dieses Aufzeigen des Geschichtlichen alles oder vielmehr das Wesentliche, worauf es allein ankomme, geschehe, um das Gesetz oder Rechts-Institution zu *begreifen*, während vielmehr das wahrhaft Wesentliche, der Begriff der Sache, dabei gar nicht zur Sprache kommt«. Die »geschichtliche Rechtfertigung« verwechsle »das äußere Entstehen mit dem Entstehen aus dem Begriffe«. – Jhering stimmt, wie der Text des Vortrags zeigt, Hegel nur in der nüchternen, unbestreitbar zutreffenden und auch nicht neuen Aussage zu, daß Institutionen und Regelungen ihre Zweckmäßigkeit, insoweit sie aus nicht mehr vorhandenen Umständen stammen, verlieren, so die Klöster, insoweit sie einst der Urbarmachung wüster Gebiete und der Erhaltung der Gelehrsamkeit durch Unterricht und Abschreiben gedient hatten, so die Aufwandgesetze der römischen Republik. Für Jhering bleibt damit die praktische Erfahrung entscheidend, die mit verwirklichten menschlichen Ordnungen gemacht worden ist, so daß die Rechtswelt letztlich durch geschichtliche Empirie und nicht durch begriffliche Spekulation erzeugt wird, und nicht in sich kohärente philosophische Denkmodelle, sondern in der Wirklichkeit verankerte Ordnungen das Medium wissenschaftlicher Jurisprudenz sind.

78 Das Wort ist mit Bedacht gewählt. Es steht über dem ausgestrichenen Wort »Wissenschaft«. Kultur paßt in der That besser als Wissenschaft zur Vorstellung einer sich in den Lebensverhältnissen geistig objektivierenden Evolution.

sucht⁷⁹. Werden Sie es genügend finden, wenn ich Ihnen alle Umwandlungen, die irgendein Rechtsinstitut im Laufe der Zeit erfahren hat, aufzählte? Haben Sie dieselben damit verstanden? Oder ist es ein trostreiches Resultat zu wissen, daß das Recht wie alles in der Welt dem Wechsel ausgesetzt ist? Ich möchte umgekehrt sagen: ein recht trostloses; was ist Wahrheit, wenn sie immer wechselt? Nein! Die bloße Kenntniß der Veränderungen des Rechts in der Geschichte hat nichts Erhebendes, eher etwas Niederdrückendes;

Die wahre Aufgabe der Geschichtsschreibung ist, im Wechsel die Wahrheit zu finden; ich meine nicht in dem Sinn, daß sie der Geschichte so zu sagen das Exerctium zu corrigiren hätte, in schulmeisterlicher Weise zu Gericht zu sitzen hätte und, indem sie irgend einen selbstgemachten Maßstab mitbringt, danach zu bestimmen, wo hier einmal und dort einmal etwas zur Verwirklichung gelangt, was ihr entspricht und was sie Wahrheit zu nennen beliebt. Sondern ich meine, sie soll sich von der Anschauung leiten lassen, daß wie in der Natur die Wahrheit neben einander, so in der Geschichte hinter einander liegt⁸⁰. Ist der erste Akt eines Dramas minder

79 Die Abgrenzung zu Hegel ist hier erneut angedeutet. Die auf die Geschichtlichkeit blickende und nach Entwicklung Ausschau haltende Perspektive wird übernommen, nicht dagegen das, »was und wie man gesucht hat«. Der objektive Geist, das spekulative Zentrum der Geschichtsphilosophie Hegels, ist Jhering ebenso fremd geblieben wie die spekulative Methode, welche die Selbstbewegung dieses Geistes ergreifen zu können glaubt.

80 Dieser Satz ist für Jherings damalige Vorstellungen überaus aufschlußreich. Er beweist, daß Jherings evolutionärer Denkansatz, der er für das Recht entwickelt hat, Darwin in der Tat nichts verdankt. Denn an dieser Stelle ist Darwin ersichtlich noch nicht zur Kenntnis genommen. Darwin hat mit gewaltigem Erfolg die Sichtweise durchgesetzt, daß es in der Natur ein (von Mutationen und Überleben der Bestangepaßten beherrschtes) Hintereinander gibt und daher, vereinfacht gesagt, der Fisch vor dem Vogel, der Vogel vor

berechtigt, minder werthvoll, weil ihm ein zweiter folgt⁸¹?
Ist die erste Stufe der geschichtlichen Entwicklung minder
nothwendig und minder wahr, weil ihr eine zweite folgt⁸²?

[12.]

[Die Notwendigkeit
entwicklungsgeschichtlich älterer Stufen]

Diese verschiedenen Epochen sind uns die einzelnen Glieder
des Schlusses, welche die Geschichte nöthig hat, um den
Schluß zu machen, und sie sind nicht abgethan, wenn der

dem Säugetier, der Affe vor dem Mensch, der Neanderthaler vor dem Cromagnon liegt. Die von Jhering geäußerte Vorstellung, daß in der Natur die Wahrheit nebeneinander liegt, ist dagegen die alte kreationistische, die in der Fassung, die ihr Cuvier gegeben hatte, zu seiner Zeit die herrschende war. Als Jhering später Darwin kennen lernte, stellte er in der Vorrede zum »Zweck im Recht« fest (Zweck I, p. IX): »Ich meinerseits maße mir kein Urteil über die Richtigkeit der Darwinschen Theorie an, obschon gerade die Resultate, zu denen ich meinerseits in bezug auf die historische Entwicklung des Rechts gelangt bin, sie auf meinem Gebiete in vollstem Maße bestätigen.« Es zeigt sich noch einmal, wie unrichtig es war, Jhering wegen seiner evolutionären Denkweise zum Darwinisten zu machen. Vgl. zu diesem Thema Behrends, »Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts«, in: Günter Patzig (Hrsg.), Der Evolutionsgedanke in den Wissenschaften, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen (1991), S. 290-310 sowie in: Behrends (Hrsg.), Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken (1993), S. 7-36. sowie bereits in der Abhandlung zur Neapolitaner Ausgabe der Jhering-Schrift »Über die Entstehung des Rechtsgefühls« S. 144 ff.

81 Das ist für die Geschichte als Ganzes ein allzu hoch greifendes Beispiel, da ihre Kapitel sich dann zu einem Text zusammenfügen und auf einen Autor deuten müßten.

82 Die Qualifikation »wahr« meint hier natürlich »entwicklungsgeschichtlich notwendig«, nicht die Banalität, daß es in seiner Zeit vorhanden war und Aussagen, die eben dies behaupten, »wahr« sind.

Schluß gemacht ist, sondern sie leben und wirken fort in ihm⁸³. Diesen Zusammenhang derselben zu erkennen, das ist die wahre Aufgabe der Geschichtserforschung. Nicht also aufzuweisen, daß eins sich bloß an das andere reiht, wie die Perlen an der Perlenschnur, äußerlich aneinander gefügt an der Schnur der Geschichte, sondern aufzuweisen, wie eins das andere bedingt, und wie das scheinbar Unvollkommene zu seiner Zeit nicht bloß berechtigt, sondern das Vollkommene, die Wahrheit war.

Vom Standpunkte unseres heutigen Rechts mögen wir den Stab brechen über die Zeiten der Selbsthilfe, des Faustrechts, der Gottesgerichte⁸⁴, und doch auch sie hatten für ihre Zeit ihre relative Wahrheit, sie waren für jene Zeiten nicht sowohl notwendige Übel, sie waren das Rechte, das Beste, so wie es die Knospe und Blüte ist für den Frühling; der Frucht muß die Knospe und Blüte vorangehen⁸⁵.

83 Jhering meint die Logik der implizierenden Schlüsse: »Wenn das, dann das.« Wo Kontinuitäten und Kausalitäten tatsächlich nachweisbar sind, ist der Schluß auch inhaltlich gültig. Aber gewiß auch nur dort.

84 Die Beispiele gewinnen eine gewisse innere Kohärenz, wenn man sich klarmacht, daß in Jherings, insofern von Puchta abhängigem Denken auf der Selbsthilfe ein göttlicher Segen ruht, weil sich in ihr die göttliche Einsetzung des Menschen in die Herrschaft über die Welt ausdrückt. Näher dazu in der folgenden Abhandlung »Jherings Evolutionstheorie des Rechts«, S. 112 ff. Mit Hilfe dieses Gedankens kann Jhering sich Selbsthilfe, Faustrecht und Gottesurteil nicht nur als Ausdruck des ältesten Rechtsdenkens deuten, sondern auch als Vorstufe heutiger gerichtlich gewährleisteter Rechte.

85 Für die These, daß auf einander folgende und vom jeweils vorausgehenden Zustand bedingte Zustände in doppeltem Sinne »wahr« sind, nämlich (relativ) für ihre Zeit und (genetisch) für die Folge, die ohne sie so nicht vorhanden wären, sind die genannten Beispiele aus heutiger Sicht (vgl. aber die vorangehende Anmerkung) nicht sehr glücklich. Selbsthilfe und Faustrecht enthalten nur den Gedanken der Selbstbehauptung und keinen Keim, der auf die Anerkennung

Wir entsetzen uns jetzt, wenn wir erfahren, mit welcher Unbarmherzigkeit und Grausamkeit auf gewissen Stufen der Rechtsentwicklung das nackte Wort gehandhabt wurde. Und doch! Für jene Zeiten war dieses Übel eine Wohlthat im Vergleich zu dem Zustand, dem sie ohne dasselbe verfallen sein würden. Das römische Recht verdankt diesem Formalismus einen wesentlichen Theil seiner Größe⁸⁶.

Die Herrschaft der Religion im Recht – wer ertrüge sie noch in unserem heutigen Recht, und doch was wäre aus dem Recht wohl geworden, wenn nicht die Religion ihre schirmende Hand über das Recht gehalten hätte?

Werden wir den segensreichen culturhistorischen Einfluß, den die Kirche des Mittelalters auf allen Gebieten des Rechts ausgeübt hat, minder als einen berechtigten anerkennen, weil der heutige Staat und die heutige Cultur jene Stufe zurück-

einer allgemeinen Friedensregel gerichtet ist. Im Gottesurteil wird zwar bereits der Rechtsfriede gesucht, aber auf eine irrationale Weise, die entwicklungsgeschichtlich, jedenfalls was das Beweisrecht angeht, eine Sackgasse darstellt. Erst wenn ein Rechtsgedanke als Information im heutigen Recht (oder in der Tradition, die das positive Recht begleitet und es zu bewerten gestattet) in der Weise enthalten ist, daß er durch Zurückführung auf seinen Ursprung an Plastizität und Kraft gewinnt, erscheint die genetische Methode sinnvoll. Für Beispiele, in denen eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtungsweise ergiebiger ist, vgl. die anschließende Abhandlung »Jherings Evolutionstheorie des Rechts« S. 195 ff.

86 In der Tat! Der Formalismus, der die Geltung des »nackten Wortes« verfiicht, ist in Rom nicht nur in der früheren Zeit der Priesterjurisprudenz, sondern auch in der Epoche der hellenistischen Rechtswissenschaft nachdrücklich verfochten worden. Er festigte die Geltung der die Magistratsmacht begrenzenden Gesetze, sicherte die Gewaltenteilung und schützte die Rechte des Einzelnen vor unvorhersehbaren Interpretationen wohlmeinender Richter. Und man kann auch sagen, daß die freiere Auslegung gut daran tut, ihren Ausgangspunkt im Gedächtnis zu bewahren und nicht zu vergessen, daß es ein sehr achtbarer Rechtszustand war, als man an Worten noch nicht zu rütteln wagte.

gelegt hat, welche die Vormundschaft der Kirche nöthig und nicht bloß nöthig, sondern höchst segensreich machte?

Auch die Vormundschaft hat ihre Berechtigung, ihre Periode, wo sie nicht eben als nothwendiges Übel zu ertragen, sondern wo sie eine Wohlthat ist, und nur dann fordert sie bei Völkern und Individuen den Widerspruch heraus, wenn sie fortgesetzt werden soll, nachdem die Reife eingetreten ist. Man kann das Mittelalter als eine berechtigte Phase in der Entwicklung der Menschheit anerkennen, ohne es für die heutige Zeit zurückzuwünschen. Es war eine ebenso große Verirrung, das Mittelalter mit dem Maßstabe der Gegenwart zu messen wie sie sich die rationalistische Geschichtsschreibung der frühen Zeit zu Schulden kommen ließ, als der fruchtlose Versuch der Romantiker in Literatur und Politik die Gegenwart ins Mittelalter zurückzuschrauben⁸⁷.

Die Anschauung, die ich Ihnen hier vorgetragen habe, ist heutzutage das Gemeingut aller Gebildeten. Der Wissenschaft aber steht es nicht zu, sich einfach bei dieser Überzeugung zu beruhigen, sondern [ihr obliegt es] sie praktisch zu verwerthen, sie am Einzelnen zu bewahrheiten.

[13.]

[Die Verirrungen der Völker]

Nicht meine ich damit, als ob sie alles, was geschehen ist, von vornherein als gut und wahr hinnehmen soll, sondern sie wird anerkennen, daß wie im Leben der Individuen, so auch in dem der Völker, Verirrungen, Fehler, Versehen möglich sind, aber sie wird das Urtheil darüber nicht nach einer vor-

⁸⁷ Jhering sieht sich gleich weit entfernt von der rationalistischen Geschichtsschreibung, die das Vergangene verständnislos aburteilt, wie von der Haltung der Romantiker in Literatur und Politik, welche die Gegenwart ins Mittelalter zurückführen wollten.

gefaßten Meinung fällen, sondern der Geschichte selber entnehmen. Denn die Geschichte selber ist, wie Hegel gesagt hat, das Weltgericht; die Sünden der Väter strafen sich an den Kindern, und wer in der Geschichte suchen will, was gut und böse, der wird es erkennen können an dem Segen, der auch hier auf der guten, und dem Fluch, der auf der bösen That ruht⁸⁸.

[14.]

[Der vorbildliche Rechtshistoriker –
Jurist, Philosoph und Historiker in einem]

Der Weg, den die Geschichtsschreibung des Rechts einzuschlagen hat, um zum wahren Verständniß seiner Entwicklung zu gelangen, erfordert die vereinte Thätigkeit des Historikers, Rechtsphilosophen und Juristen⁸⁹. Wer ohne juristische Bildung an die Aufgabe geht, wird stets Gefahr laufen, den Einfluß der praktisch-juristischen Motive zu

88 Vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), §§ 340 ff. Jhering zitiert das berühmte Wort, ohne dessen spekulativen Hintergrund zu übernehmen, vielmehr einfach als kraftvollen Ausdruck seiner Überzeugung, daß in der Geschichte der Völker menschlich richtiges Handeln Früchte trägt, während Verbrechen menschliche Kultur zerstören. Das Hegelsche Geisterreich, in dem (vgl. § 340) »die Prinzipien der Volksgeister« »existierende Individuen« sind, aus deren in Schicksalen und Taten erscheinenden »Endlichkeit« sich der »allgemeine« Geist, der »Geist der Welt« hervorbringt, um dann kraft allerhöchsten Rechts in der Weltgeschichte das Weltgerichte auszuüben, mußte schon ihn (wie auch einen heutigen Leser) als reine Spekulation befremden.

89 Diese Forderung, die ganz dem Geist der Thun-Hohensteinschen Reform entspricht (vgl. das Vorwort dieser Ausgabe S. 12 f.), ist nach wie vor gültig. Vgl. das Herausgebervorwort zur Publikation Behrends / Dießelhorst / Dreier (Hrsg.), »Rechtsdogmatik und praktische Vernunft«, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker (1990).

übersehen. Wie wird derjenige das Recht irgendeiner gegebenen Periode richtig verstehen können, der das Recht selber nicht kennt? Wie soll derjenige die Wirksamkeit des praktischen Interesses und specifisch-juristischen Elements in der Vergangenheit richtig beurtheilen, dem diese Interessen und dieses Element selber nicht geläufig sind? Es ist dies so selbstverständlich, daß ich Anstand nehmen würde es zu erwähnen, wenn nicht ein ganz verbreitetes Vorurtheil diesen Irrthum in Schutz nähme. Es ist das Vorurtheil, das in den Kreisen praktischer Juristen gar nicht selten ist, als ob nämlich jemand ein ausgezeichnete Rechtshistoriker sein könne, der von der praktischen Jurisprudenz nichts verstehe⁹⁰.

Nicht minder aber werden auch der Historiker und der Jurist Gefahr laufen ihre Aufgabe zu verfehlen, wenn sie nicht den Rechtsphilosophen zur Hülfe mit heranziehen. Denn die treibenden Kräfte des Rechts liegen nicht ausschließlich auf der eigentlich praktischen Seite, sondern es gesellt sich ihr die ethische Seite hinzu.

Wenn man die Rechtsgeschichte in diesem Sinn erfaßt und betreibt, in diesem Sinn, in dem sie zugleich eine Vereinigung der historischen, praktisch-juristischen und rechtsphilosophischen Thätigkeit ist, wer möchte bezweifeln, daß sie ein Gegenstand von höchster wissenschaftlicher Anziehungskraft ist? Freilich diese Hypothese: »wenn man die Rechtsgeschichte in diesem Sinn betreibt« ist weit entfernt, allgemein zuzutreffen.

⁹⁰ Den gleichen Gedanken schon in Jherings Aufsatz »Unsere Aufgabe«, Gesammelte Abhandlungen I (1881, Nachdruck 1969; zuerst 1857) S. 19: »Ich bekenne mich einmal zu der sehr gewagten Ansicht, daß ein wirklicher *Jurist*, auch wenn / S. 20 / seine rechtshistorische Ausrüstung noch so mangelhaft sein sollte, im Ganzen und Großen das römische Recht ungleich besser verstehen wird, als ein Rechtshistoriker, dem das *juristische Organ* fehlt.«

Nun bin ich allerdings weit entfernt zu verkennen, daß nicht alle wissenschaftlichen Arbeiten unmittelbar auf dieses Ziel gerichtet zu sein brauchen, der eine setzt hier, der andere dort den Spaten an und jeder Spatenstich kommt dem Ganzen zugute: Die Arbeit des Kritikers, die unmittelbar für die oben bezeichnete Aufgabe nichts leistet, ist doch mittelbar für sie von äußerstem Werth und eine rechtshistorische Detailuntersuchung, die unsere Kenntniß um einen einzelnen bisher übersehenen Punkt erweitert, verdient unseren vollen Dank. Auch in der Wissenschaft gilt das Gesetz der Theilung der Arbeit. Nur dann, wenn der Theil sich als Ganzes geriren will, wenn der Arbeiter, der für eine gewisse Arbeit eingestellt ist, keinen anderen neben sich dulden will oder mit Geringschätzung auf die anderen herabblickt, gleich als hätte das allein Werth, was er betreibt, nur dann ist es Zeit, den Gegensatz, den er selber in der Wissenschaft heraufbeschwört, gegen ihn zu kehren und ihn zu erinnern, daß seine Arbeit nur Stückwerk ist. Gerade bei einer solchen exklusiven Beschränkung auf einen einzelnen Zweig der Wissenschaft bildet sich am ersten jener wissenschaftliche Hochmuth, jene Bornirtheit, welche sich die eigentliche Wissenschaft vindicirt; je abgelegener der Punkt ist, an dem sie stehen und arbeiten, je entfernter vom Leben, je leichter verfallen sie dem Wahn, als ob dies die eigentliche Werkstätte der Wissenschaft sei⁹¹. Als ob Leben und Wissenschaft Gegensätze seien! Und als ob nicht gerade in einer praktischen Wissenschaft wie der Jurisprudenz das Leben der eigentliche Tummelplatz der wissenschaftliche Kraft sein müßte.

91 Es wäre nicht schwer, für diese Form der Selbstlegitimation wissenschaftlicher Arbeiten aus der Gegenwart Beispiele zu nennen.

[Die wissenschaftliche Erfassung
des je gegenwärtigen Rechts
als Grundlage aller Jurisprudenz]

Ist das Recht der Gegenwart, das ja den *vorläufig* höchsten Punkt der bisherigen Rechtsentwicklung bezeichnet, kein würdiger Gegenstand der Wissenschaft, wie könnte es das Recht der Vergangenheit sein?

Gibt uns eine Zeit, die wir nur aus Büchern kennen und mühsam rekonstruieren müssen, Gelegenheit für dankbare wissenschaftliche Thätigkeit, um wie viel mehr die Gegenwart, welche wir vor Augen haben, und welche den Höhepunkt der ganzen bisherigen Entwicklung bezeichnet⁹²?

Die Geschichte in Ehren, aber wer den wissenschaftlichen Nachdruck in der Jurisprudenz auf die Geschichte legen will, der erklärt damit selber seine eigene Unfähigkeit als Jurist.

Die praktische Jurisprudenz soll in meinen Augen der Ausgangspunkt einer jeden Jurisprudenz sein: Wer diesen Ausgangspunkt verschmäht, der mag immerhin einzelne Zweige der Rechtsgeschichte mit Erfolg bebauen können, aber ihre höchste und letzte Aufgabe wird er zu lösen nicht im Stande sein, denn wie in allen Wissenschaften nur der

92 Der Gedanke an eine im Prinzip stetige, in der Gegenwart an ihrem bisher höchsten Punkt stehende Aufwärtsentwicklung des Rechts wird gleich zweimal in fast gleichen Worten ausgedrückt. Das zeigt, daß Jhering sich der Tatsache bewußt ist, hier nicht nur beschreibend, sondern auch in der Art eines Bekenntnisses und einer Verpflichtung normativ zu sprechen. Die aus der Situation der Rede verständliche Euphorie bedarf der Herabstimmung. Die Entwicklungsgeschichte hat zwar auf auf vielen Feldern geistige Möglichkeiten zur besseren Gestaltung rechtlicher Verhältnisse hervorgebracht, die früheren Zeiten fehlten und zu denen die Menschen auf lange Sicht immer wieder zurückkehren werden. Ob das aber in der jeweiligen Gegenwart tatsächlich geschieht, ist eine andere Frage.

Fachmann die Geschichte seiner Wissenschaft schreiben kann, weil nur er die Andeutungen der Quellen finden und wahrhaft verstehen kann, so auch in der Jurisprudenz nur der Jurist.

[17.]

[Theoretiker und Praktiker –
Notwendigkeit ihres Zusammenwirkens]

Wenn ich sage Jurist, so meine ich damit nicht bloß den praktischen Juristen, sondern auch den Theoretiker, aber den Theoretiker, der sich nicht dem Leben abkehrt und die Rechtsgeschichte als seine eigentliche Aufgabe betrachtet, sondern das wahre Verständniß des geltenden Rechts⁹³. Es ist ein bedauerlicher Gegensatz, der zwischen Theoretikern und Praktikern, aber es ist ein unvermeidlicher, die Entwicklung der Wissenschaft, das Gesetz der Theilung der Arbeit⁹⁴ hat ihn mit sich gebracht. Für jeden einzelnen Theoretiker schließt er eine große Gefahr in sich. Indem derselbe ihn der Gelegenheit beraubt, das Recht anzuwenden, verschließt es ihm eben damit eine höchst wichtige Quelle es kennen zu

93 Die letzten Minuten des Vortrags gelten dem Verhältnis zwischen dem Theoretiker des geltenden Rechts und den Praktikern. Das »magische Dreieck« von Geschichte, Philosophie und geltendem Recht, um das es bisher ging, scheint verschwunden. Die Eindrücke täuscht indes, da der Theoretiker des geltenden Rechts in Jherings Augen ohne den empirisch-historischen Blick, den die Geschichte vermittelt, und ohne ethische Prinzipien, der er sich ohne philosophische Reflexion nicht bewußt werden kann, seiner Aufgabe nicht gerecht werden kann.

94 Der Gedanke, daß eine entwickelte Rechtskultur von dem Prinzip der Arbeitsteiligkeit gekennzeichnet ist, ist eine frühe Erkenntnis der Historischen Rechtsschule. Vgl. Gustav Hugo, Lehrbuch eines civilistischen Cursus I Encyclopädie, 5. Aufl. (1817), S. 31, § 32 und Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), S. 12.

lernen. Denn wahrhaft kennen lernen kann man eine praktische Wissenschaft nur, indem man sie anwendet. Gerade in unserem Jahrhundert unter dem Einfluß der historischen Richtung und bei der mehr und mehr verminderten Thätigkeit unserer deutschen Spruchfakultäten⁹⁵ ist der Riß zwischen Theorie und Praxis ungleich größer geworden als er früher war, und die Folge davon ist, daß auch der Einfluß der Theorie auf die Praxis sich verringert hat. Wie manche Ansichten sind von nahmhafte Theoretikern aufgestellt, die der Praktiker einfach nicht anwenden kann, weil bei ihm die Möglichkeit der Anwendung von vornherein außer Acht gelassen war, vor allem die Beweisfrage. Es mag dem Theoretiker als ein schönes Ding erscheinen, sich in den Begriff zu vertiefen und immer feinere Unterschiede zu entdecken. Wären diese Begriffe ihrer selbst wegen da – gewiß es wäre eine Bereicherung der Wissenschaft und in der That scheinen manche von der Voraussetzung auszugehen, die Begriffe seien nicht des Lebens, sondern das Leben der Begriffe wegen da – aber die Begriffe sind des Lebens wegen da⁹⁶ und

95 Jhering selbst hatte noch entscheidende Impulse von dieser Thätigkeit empfangen. Vgl. die Zusammenstellung einiger typischer Rechtsgutachten in Beiträge und Zeugnisse S. 82 f. und unten Anm. 104.

96 Berühmte Worte aus dem zur Zeit des Vortrages bereits erschienenen letzten Band des »Geistes des römischen Rechts«, III, 1 (1865), § 59, S. 302 f., 4. Aufl. (1888), S. 321 f.: »Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert hat zu geschehen, möge es logisch nothwendig sein oder unmöglich sein.« Vgl. damit das nicht weniger bekannt gewordene Echo bei Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (1881, 1991) S. 1 »The life of the law has not been logic: it has been experience«. Über Holmes als Leser Jherings Mark DeWolfe Howe, *Justice Oliver Holmes, The Proving Years II* (1963), p. 152: »Though he read the four volumes of Jhering's *Spirit of the Roman Law* (again

sie müssen den Bedingungen gerecht werden, die das Leben stellt, damit sie Anwendung finden können. Unterscheidungen, so scharf zugespitzt, daß sie sich im einzelnen Fall nicht constatiren lassen, sind für das Leben ein Fluch; es gibt bei allen praktischen Dingen einen Grad der Genauigkeit, wo sie, weil sie zu viel Zeit und Aufwand und Mühe erfordern würde, anfängt von Übel zu sein⁹⁷.

in a French translation) in 1879, there is, I think, non indication that he ever recognized that Jhering has uttered protests no less vigorous than his own against the beatitude of logic and sanctity of will in German legal thought. « Dazu ist zu bemerken, daß Abhängigkeiten nicht nur bestehen, wenn sie zugegeben werden; vielmehr gibt es Einflüsse, die zu bedeutend sind, um noch in schicklicher Weise in Fußnoten dokumentiert werden zu können. Die Vermutung spricht eindeutig dafür, daß Holmes, als er den berühmt gewordenen Satz niederschrieb, unter dem Einfluß dessen stand, was er gerade mit gleichen Inhalt, gleicher Pointiertheit und gleicher Kraft bei Jhering gelesen hatte, und in dieser, von einer ganzen inneren Biographie getragenen Weise nirgendwo anders lesen konnte. H. L. A. Hart, Jhering's »Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence«, in: Wieacker / Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe (1970), S. 68-78, meint zwar gleichwohl, daß Holmes ganz unabhängig zu seiner mit Jheringschem Schwung vorgetragenen Ansicht gekommen sei und denkt, ohne nähere Erläuterungen an den Einfluß des Pragmatismus von C. H. Peirce. Aber wie hätte Holmes vergessen können, was er gerade gelesen hatte? You can't unlearn! Im übrigen hat Hart auch nicht recht, wenn er meint, daß Jherings Protest sich im Gegensatz zu dem von Holmes sich nicht an den Richter, sondern nur den Theoretiker wandte. Jhering hat vielmehr wie schon Savigny seine Rechtslehre gerade auch für die Praxis entwickelt und dies nach seiner Wende noch in besonderem Maße. Schließlich entsprang sein ganzer kritischer Impetus einem praktischen Fall.

97 Vgl. dazu exemplarisch und ganz im Geist Jherings Fritz Loos, Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, in: Immenga (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtswissenschaft (1980), S. 261-279.

Obschon selber Theoretiker, kann ich doch mit dem Vorwurf nicht zurück halten, daß unsere heutige Theorie vielfach einen ungesunden Zug an sich trägt. Was sollen weitläufige Untersuchungen über die feinsten juristischen Fragen des corp. juris⁹⁸, bei denen der Verf. gerade da abbricht, wo die Sache anfängt für den Praktiker interessant zu werden, wo das dogmatische Endresultat für das heutige Leben so gut wie fehlt?

Die Untheilbarkeit der Obligationen⁹⁹, die Correalobligationen¹⁰⁰, die Novation¹⁰¹, Delegation¹⁰² und andere Materien sind neuerdings den eingehendsten Untersuchungen unterworfen, aber wie schwer wird es darin dem Praktiker gemacht, der im einzelnen Fall sich Rath's erholen will, das zu finden, was er Noth hat. Und sodann wie manche werthvolle

98 Das Corpus Iuris Civilis, bestehend aus Institutionen, Digesten, Codex und Novellen.

99 Ubbelohde, Die Lehre von den untheilbaren Obligationen (1862); vgl. heute § 432 BGB.

100 Ribbentrop, Zur Lehre von den Correal-Obligationen (1831), v. Helmolt, Die Correal-Obligationen (1857); Samhaber, Zur Lehre von den Correalobligationen (1861); vgl. heute § 428 und § 432 BGB.

101 Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation (1860); Römer, Die bedingte Novation nach dem römischen und dem heutigen gemeinen Recht (1863); Salkowski, Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht (1866). Die heute Schuldenerneuerung oder Schuldersetzung genannte Novation ist zwar im BGB nicht mehr ausdrücklich geregelt, aber in der Rechtswissenschaft anerkannt.

102 v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht (1864). Nach heutiger Terminologie ist die Delegation entweder Schuldübernahme oder Abtretung (Zession), je nachdem ob es sich um eine Passiv- oder Aktivdelegation handelt. Vgl. einerseits die §§ 414, 415, andererseits § 398 BGB.

Ergebnisse unserer früheren Rechtsprechung sind in unserer Zeit von der Theorie bestritten und über Bord geworfen, weil sie nicht in den Quellen begründet sind, gleich als ob unser modernes Rechtsleben lediglich aus dem Kanon des *corpus juris* bewiesen werden müßte.

Es ist nicht meine Absicht, mich damit zu heben, indem ich andre herabsetze, ich weiß vielmehr sehr wohl, daß dieselben Ursachen, die sie¹⁰³ bei andern hervor gerufen haben, auch in meiner Person bestehen, und ich habe Mühe mich ihrer nachtheiligen Einwirkungen zu erwehren. Aber es ist schon etwas gewonnen, wenn man sich der Gefahren, die Einem drohen, bewußt wird, und für diese Gefahren glaube ich meinestheils ein offenes Auge zu haben. Weit entfernt im bequemen Hochmuth, das Urtheil der Praktiker über theoretische Leistungen als nicht maßgebendes anzuerkennen, ordne ich mich in bezug auf alle meine dogmatischen Arbeiten bereitwillig dem Urtheil der Praktiker unter, und Ansichten, die bei ihnen keinen Beifall finden, gelten mir von vornherein als verdächtig.

[19.]

[Nutzen der Theorie für die Praxis]

Wozu hat dann aber überhaupt der Praktiker den Theoretiker nöthig –, wenn schließlich sein Urtheil das maßgebende sein soll? Sollen wir etwa den Theoretiker auf den Lehrstuhl verweisen, damit er den jungen Leuten die Anfangsgründe des Rechts beibringe? Ist der Theoretiker bloß Lehrer der Jugend, oder kann er auch dem Leben trotz seiner dem Le-

103 Gemeint sind mit »sie« vermutlich die »weitläufigen Untersuchungen«, von denen vorher die Rede war, oder – weniger wahrscheinlich – die »Gefahren«, von denen später gesprochen wird. Der Sinn ist klar, auch wenn die grammatikalische Beziehung undeutlich bleibt.

ben mehr abgekehrten Stellung wesentliche Dienste leisten? Ich trage keinen Anstand, diese Frage mit einem entschiedenen Ja zu beantworten. Der Gegensatz des Theoretikers und des Praktikers läßt sich dahin angeben: die Thätigkeit des letzteren ist dem einzelnen Fall zugekehrt, die des Theoretikers dem Allgemeinen, dem Begriff. Die Verschiedenheit ihrer beiderseitigen Thätigkeit bildet in ihnen beiden eine verschiedene Fertigkeit aus, im Praktiker die Fertigkeit der Diagnose, d. h. der Leichtigkeit und Sicherheit der Erkenntniß der juristischen Natur des einzelnen Falls, im Theoretiker die Fähigkeit der Abstraction.

[20.]

[Führungsrolle des Richters
in der Rechtsfortbildung]

Fragen wir nun, wie ihre beiderseitige Thätigkeit für die Fortbildung des Rechts fruchtbringend werden kann, so mag es vielleicht als ein Paradoxon klingen, wenn ich dem Praktiker für den Fortschritt im Recht die erste Stelle, ja die eigentlich maßgebende Stellung vindicire und dem Theoretiker bloß die Aufgabe zuweise, das was jener gewonnen und erobert in die richtige Form zu bringen. Ich stütze diese meine Ansicht auf Selbstbeobachtung. Meine besten Anregungen zu dogmatischen Untersuchungen habe ich stets praktischen Fällen verdankt¹⁰⁴. Der praktische Fall zeigte mir

104 Das berühmteste Beispiel ist der Fall der Preisgefahr beim Doppelverkauf, der Jherings Krise auslöste. Vgl. Beiträge und Zeugnisse S. 67 f. Savigny schätzte übrigens nicht anders als Jhering die Spruchthätigkeit der Rechtsfakultäten sehr hoch ein und hat in Berlin, wo die Rechtsfakultät auf Savignys Betreiben das Spruchkollegium behalten hat, bis zu seinem Ausscheiden 1826 nicht weniger als 138 Relationen gefertigt. Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III, 2 (1910) S. 198.

den Rechtssatz in einem ganz anderen Licht, von einer ganz anderen Seite, als ich ihn bisher zu betrachten gewohnt gewesen war. Gewohnt, ihn bisher, wenn ich so sagen darf, im ruhenden Zustande zu erblicken, und mich lediglich auf die Prüfung seiner quellenmäßigen Legitimation zu beschränken, zeigte der praktische Fall ihn mir in seiner Bewegung, in seiner Einwirkung auf das Leben. Und wie ganz anders war oft das Urtheil, das ich über ihn von diesem Standpunkt aus gewann. Der Richter wird oft nicht umhin können, einen Rechtssatz anzuwenden, ein Resultat herbeizuführen, das er beklagt und so in den Ausruf des römischen Juristen einzustimmen: *lex perquam dura, sed ita scripta est*¹⁰⁵. Aber wenn nicht jedes Gefühl in ihm ertödtet ist, wird er in dem Widerspruch, den sein Rechtsgefühl¹⁰⁶ gegen einen solchen Satz erhebt, nun den Anlaß zu erneuerter Prüfung des Rechtssatzes erblicken und gleich mir nicht selten die Erfahrung machen, daß dieser Nothstand, in den der Rechtssatz ihn versetzte, nur in einer schlechten, ungenauen, einseitigen Fassung desselben seinen Grund hat.

105 »Das Gesetz ist überaus hart, aber so steht es geschrieben.« Gebildet nach Ulpian 4 de adulteriis D 40, 9, 12, 1. Dort ging es um ein gesetzliches Freilassungsverbot, an dem dem Gesetzeswortlaut folgend auch in den Fällen festgehalten wurde, wo sein Zweck nicht griff, nämlich der Sklave, dessen besondere Zeugeneigenschaften durch das Verbot erhalten werden sollten (nur als Sklave konnte man ihn notfalls der Folter unterziehen), nachweislich nichts Erhebliches wissen konnte. Verbreiteter ist die knappere Form: *Dura lex, sed lex*. Vgl. Detlef Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 5. Aufl. (1991), S. 60.

106 Das »Rechtsgefühl« ist das Leitthema Jherings nach seinem Umschwung. Es ist die Instanz des Werturteils. Vgl. den zweiten Wiener Vortrag »Über die Entstehung des Rechtsgefühls«. In der Sache ist es eine Aktualisierung der *naturalis aequitas*, des »natürlichen« Gerechtigkeitsgefühls des Menschen, der nach den klassischen römischen Quellen die zivilisierte Rechtsordnung ermöglicht und trägt und zugleich von ihr gefestigt und ausgeprägt wird.

[Die der Gerechtigkeit verpflichtete,
dem Gesetz gegenüber kritische Richterpersönlichkeit
anstelle des gefühllosen Subsumtionsautomaten]

Das ist in meinen Augen nicht der Richter, wie er sein soll, der unbekümmert um das Resultat, das er hervorbringt, und dem Gesetzgeber allein die Verantwortung zuschiebend, den Artikel des Gesetzbuchs mechanisch zur Anwendung bringt; ein gefühlloses, todttes Rad an der Justizmaschinerie¹⁰⁷. Das ist in meinen Augen nicht das Ideal der Gerechtigkeit, daß der Richter das Rechtsgefühl in sich ertödtete und sich in mißverständlicher Loyalität aller Urtheile über das Gesetz enthalte. Es gab eine Zeit, wo man die Ertödtung des eigenen Denkens und Fühlens im Richter, die völlige Subjectlosigkeit, die völlige Dahingabe der eignen Subjectivität an das Gesetz als den Triumph der Idee der Gerechtigkeit ansah. Diese Zeit, meine Herren, liegt hinter uns, wir haben erfahren, in allen Verhältnissen des Lebens, daß die todtte Regel den Menschen nicht ersetzen kann, daß die Welt nicht durch abstracte Regeln, sondern durch Persönlichkeiten regiert wird. Und die Persönlichkeit, die wir überall wünschen und deren kräftige Entfaltung an allen Ecken und Enden das Ziel aller Staatskunst bilden sollte¹⁰⁸,

¹⁰⁷ Vgl. oben Anm. 43.

¹⁰⁸ So heute das Grundgesetz ausdrücklich Art. 2 Abs. 1: »Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.« Die Einleitung zu seinem Vortrag, nicht zuletzt auch die Vorentwürfe zu ihr, zeigen, daß Jhering die allgemeine verfassungspolitische Dimension dieser Worte im Sinne hatte und bei seinen Hörern voraussetzte. Er hatte nicht vergessen, daß auch er am Beginn seiner Laufbahn an der »freien Entfaltung« gehindert worden war, als ihn die Hannoversche Regierung nicht zum Staatsexamen zuließ und ihm damit »das Recht, dasselbe zu bestehen«, nahm. Vgl. den zweiten Vorentwurf zur Vorrede oben S. 37 mit Anm. 21.

da sie allein das Gedeihen des Gemeinwesens, die Blüte der Staaten in sich schließt, diese Persönlichkeit sollten wir allein dort verbannen, wo es eine der höchsten Aufgaben der Menschheit gilt: auf dem Richterstuhl? Die Stimme des Rechtsgefühls, die in jedem Menschen sich erhebt, der Richter allein sollte sie unterdrücken und er, der wie kein anderer durch seinen Beruf in der Lage ist, das Rechtsgefühl in sich auszubilden und zur Klarheit zu erheben, er vor allem sollte uns ein Gegenstand des Mißtrauens sein, wenn er dieser Stimme Gehör gibt? Nein! Der Richter soll nicht allein denken, er darf und soll auch fühlen, d. h. er soll das Gesetz, bevor er es anwendet, der Kritik seines Rechtsgefühls¹⁰⁹ unterwerfen, und wenn diese Kritik ungünstig ausfällt, darin die Veranlassung erblicken, das Gesetz einer erneuerten Prüfung zu unterwerfen, und diese Prüfung wird ihn nicht selten dieselbe Erfahrung machen lassen, deren ich vorher in meiner Person gedacht habe, nämlich daß die Unbilligkeit oder Anstößigkeit eines Rechtssatzes nicht in ihm selber, sondern in einer falschen Auffassung desselben seinen Grund hat. So entquillt also dem einzelnen Fall und der Kritik des Rechtssatzes, zu der er dem Richter die Veranlassung gibt, eine Quelle der Vervollkommnung des Rechts selber. Aber eine unendlich ergiebigere Quelle dafür erschließt eine andere Lage, in die sich der Richter nur zu oft versetzt sieht, nämlich die, wenn das Gesetzbuch ihn im Stich läßt. Selten wird der Theoretiker in der Lage sein, diese Lücken zuerst wahrzunehmen; wären sie vom abstracten Standpunkte aus so leicht zu entdecken, so würde der Gesetzgeber selber sie ausgefüllt haben. Regelmäßig wird der einzelne Fall es sein, an dem, wie alle Gebrechen

109 Rechtsgefühl ist für Jhering die Grundlage des praktischen Werturteils in den Fragen des Rechts. In voller Ausbildung besitzt es nur derjenige, der sich mit dem Recht theoretisch und praktisch vertraut gemacht hat. Vgl. oben Anm. 106.

des Gesetzes, so auch dieses zuerst sichtbar wird. Was soll der Richter hier thun? Wer in ihm nur das Glied einer Maschine erblickt, das erst durch die Thätigkeit des Gesetzgebers in Bewegung gesetzt werden muß¹¹⁰, wird ihn zur Unthätigkeit verdammen müssen. Und doch kann er nicht unthätig bleiben, er muß entscheiden¹¹¹. Woher die Entscheidung nehmen? Eben daher, woher der Gesetzgeber sie nehmen würde: aus der Idee der Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit oder, wo ein Anhaltspunkt im vorhandenen Recht sich finden läßt, aus der Consequenz. Diesen productiven Beruf des Richteramts zeigt uns die Geschichte aller Völker und aller Zeiten, und wir haben nicht nöthig, in die Zeiten der römischen Jurisprudenz zurückzusteigen, von deren rechtsschöpferischer Thätigkeit jedes Blatt der justinianischen Pandekten Zeugniß ablegt¹¹², die Gegenwart läßt es uns an Belegen dafür nicht fehlen. Aber wenn dem so ist, wer will dieser Thatsache gegenüber jene entwürdigende Auffassung des Richteramts aufrecht erhalten, die in dem Richter nur ein Stück der Rechtsmaschinerie erblickt? Welch' vergebenes Bemühen, den Richter zu ketten und zu fesseln, da jeder Tag ihm seine Freiheit wieder gibt und damit seinen wahren Beruf ans Tageslicht bringt, den Beruf nämlich, das Recht nicht bloß anzuwenden, sondern, wie unsere Vorfahren es richtig bezeichnet haben, es zu finden. So gestaltet sich also die Anwendung des Rechts zugleich

110 Hier ist wieder die »Subsumtionsmaschine« im Visier. Vgl. oben Anm. 43.

111 Verbot des »deni de justice«, der Rechtsverweigerung. Art. 4 Code civil: »Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.«

112 Woher aber stammt diese Befähigung der römischen Jurisprudenz, deren Produktivität mit der großer Richter verglichen wird? Diese Frage bleibt bei Jhering unbeantwortet.

zu einer Vervollkommnung und Erweiterung desselben, der Richter, der Praktiker ist der Pionier des Rechtsfortschritts.

[22.]

[Die Aufgabe des Theoretikers]

Und was bleibt nun dem Theoretiker? Das, was jener im einzelnen Fall gefunden und gewonnen, einzutragen in das Kasabuch¹¹³, worüber sie die Aufsicht führt. Aber nicht bloß eintragen soll sie die neue Errungenschaft, sondern sie soll sie verwerthen, d. h. sie soll das, was der Richterspruch ihr in concreter Gestalt entgegen getragen hat, zur Allgemeinheit des Begriffes erheben.

Sorgsam die einzelnen Tropfen sammelnd, soll sie dieselben zu einem Strahle vereinigen, und wenn sie den Strahl hat und wenn der Strahl zum Strome wird, ihm das richtige Bett aufsuchen¹¹⁴. Nicht also das bloße Sammeln weise

113 So in Ersetzung der zuerst niedergeschriebenen, dann gestrichenen Worte: »große Buch der Erfahrungen«. Das neue Bild ist nicht nur unpathetischer, sondern betont zugleich in seiner nüchternen Art, daß es rechtliche Regelungen gibt, die zu einem dauerhaften Guthaben der Menschheit werden.

114 Die Bildersprache ist ungewöhnlich, aber nicht ohne Vorbild. Die Vorstellung, daß ein Gedanke, ein Prinzip, von seiner Quelle abgeleitet wird und von dort in die konkreten Verhältnisse einfließt, ist antik. Vgl. die Vorstellung des *manare latissime* juristischer Prinzipien in der vorklassischen Jurisprudenz (Cicero, de officiis III 17, 70) und der *aperti quasi fontes aequitatis* in der klassischen Jurisprudenz (Cicero, Partiones oratoriae 37, 131). Ein Vermittler ist Montesquieu De l'esprit des lois I, 2: »on en« (d. h. aus dem Prinzip, das in dem »Geist des Gesetzes« enthalten ist) »verra couler les lois comme de leur source«. Der Theoretiker soll die Rechtsprechung »verwerthen«, indem er, so ist Jherings hochgestimmte Bildersprache zu verstehen, die belebenden Tautropfen der Judikatur sammelt und mit ihnen das von Austrocknung bedrohte Feld der Dogmatik bewässert und zur Produktivität bringt.

ich ihr als Aufgabe zu, sondern auch sie hat einen wahrhaft schöpferischen Beruf, nur daß der Boden, wie beim Richter der einzelne Fall, so bei ihr das Abstracte ist. Dieselbe Gewandheit und Sicherheit, welche der Richter am einzelnen Fall, soll sie am Begriff bethätigen, kurz sie soll sein: die Praxis zur Form des Bewußtseins¹¹⁵ erhoben. Es ist nicht meine Meinung, als ob sie darin ein Monopol haben sollte, und als [ob] nicht auch der Praktiker, dem Muße und Talent zur Seite stehen, mit dem Theoretiker auf dem theoretischen Gebiet rivalisiren solle und könne – die Literatur aller Zeiten und auch der jüngsten Gegenwart weist eine Reihe von mustergültigen, von Praktikern verfaßten Schriften auf. Aber was ich meine, ist das: Die Aufgabe der Theorie kann, wenn überall¹¹⁶, nur auf der von mir angegebenen Seite gesucht werden und der Umstand, daß der Theoretiker das Recht vorzugsweise in seiner abstracten Gestalt zum Gegenstand seiner Forschung macht und zur Darstellung bringt, gibt ihm ceteris paribus dasselbe Übergewicht über den Praktiker, das jede dauernd in derselben Richtung sich bewegende Thätigkeit über denjenigen gewährt, dessen Thätigkeit andere Bahnen einschlägt.

In dieser Weise können und sollen beide: Theorie und Praxis einträchtiglich neben einander wirken, die Praxis handelnd und fortschreitend, die Theorie ihr nachfolgend und das, was jene gewonnen, in die richtige Form bringend.

115 Die Rechtswissenschaft hat also die Aufgabe, der Praxis eine höhere Form des Bewußtseins ihrer Tätigkeit zu geben. Darin liegt keine Zurücknahme der Führungsrolle des Richters in der Rechtsfortbildung. Wohl aber betont diese Ansicht die Bindung des Richters an ein auf diese Weise wissenschaftlich abgeklärtes Recht.

116 Altertümlich für »überhaupt«.

[Die Summe: Wann ist Jurisprudenz Wissenschaft?]

Und wenn ich jetzt die Summe ziehe von dem, was ich gesagt habe, so nenne ich die Rechtswissenschaft das wissenschaftliche Bewußtsein in Dingen des Rechts, das Bewußtsein, das nach Seiten der Rechtsphilosophie hin die letzten Gründe zu erforschen hat, denen das Recht auf Erden seinen Ursprung und seine Geltung verdankt, nach Seiten der Rechtsgeschichte ihm folgt auf allen seinen Wegen, die es genommen hat, um von Stufe zu Stufe zur höheren Vollkommenheit sich zu erheben, nach Seiten der Dogmatik die zum praktischen Gebrauch geordnete wissenschaftliche Darstellung aller Erfahrungen und Thatsachen, welche den augenblicklichen Höhen- und Endpunkt unserer Erkenntniß und Erfassung des Rechts in sich schließen¹¹⁷.

117 Die Jurisprudenz kann also eine Wissenschaft sein, wenn sie die »Cultur des positiven Rechts« dreifach reflektiert, juristisch als gegebene rechtliche Ordnung, historisch als geschichtliches Produkt und philosophisch als Ausdruck einer zum Menschen gehörenden Lebensform, dies letztere nach den Grundsätzen der Ethik im nüchternen antiken Sinn und nach allen drei Richtungen als etwas, was sich bei aller Betonung der Ordnung gegenüber der Gerechtigkeitsaufgabe in der Praxis bewähren muß. So verstanden, als »wissenschaftliches Bewußtsein in Dingen des Rechts«, ist die Jurisprudenz nach Jhering wissenschaftsfähig.

Rudolf von Jhering

*Ist die Jurisprudenz
eine Wissenschaft?*

Jherings Wiener Antrittsvorlesung
vom 16. Oktober 1868

Aus dem Nachlaß herausgegeben
und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie
einer wissenschaftsgeschichtlichen Einordnung versehen
von Okko Behrends



WALLSTEIN VERLAG