

Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein

Rede

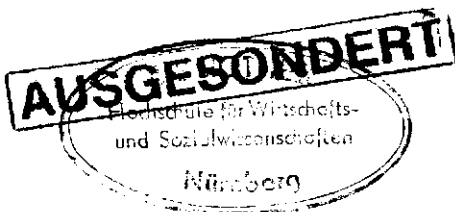
gehalten bei der akademischen Preisverteilung
am 6. November 1925

von

Prof. Dr. Max Rümelin
Kanzler der Universität Tübingen



Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1925



Alle Rechte vorbehalten

Druck von H. Kaupp jr in Tübingen

„Wohl dem, der seiner Väter gern gedenkt!“ So könnte ich mich rechtfertigen, wenn ich wiederum, schon zum drittenmal¹⁾, einen Gegenstand in einer akademischen Rede behandle, über den auch mein Vater an dieser Stelle gesprochen hat. Er hat ja, obwohl selbst nicht Jurist, sich mit einer Reihe von Fragen beschäftigt, die für die Rechtswissenschaft von grundlegender Bedeutung sind, und da lag es nahe, daß das Interesse der Söhne, die sich zu dieser Wissenschaft bekannt haben, gerade solchen Fragen sich zuwandte.

Als mein Vater vor 54 Jahren seine Rede über das Rechtsgefühl hielt, war die unmittelbare Anteilnahme der Juristen an rechtsphilosophischen Fragen selten. Lebte man ja doch unter der Herrschaft der historischen Rechtsschule, die der Rechtsphilosophie entraten zu können glaubte. Erst Iherings Zweck im Recht hat das Eis gebrochen und die Sachjuristen zur eigenen Beteiligung an den Versuchen rechtsphilosophischer Grundlegung zurückgeführt. In der Gegenwart stehen, namentlich seit Rudolf Stammlers epochemachenden Werken, Rechtsphilosophie und allgemeine Rechtslehre im Mittelpunkt des Interesses. Die Erfahrungen, die man in neuester Zeit mit der staatlichen Gesetzgebung gemacht hat, haben zu einem so starken Rückschlag gegenüber dem lange Zeit herrschenden Staatspositivismus geführt, daß jetzt umgekehrt die Gefahr einer Unterschätzung des gesetzten Rechts, und in Verbindung damit des geschichtlich Gewordenen überhaupt, besteht.

¹⁾ Zu vgl. meine Reden über den Zufall 1898 und über die Gerechtigkeit 1920.

Ueber die Frage des Rechtsgefühls oder Rechtsbewußtseins sich zu besinnen, war freilich damals schon genügender Anlaß vorhanden. Sieß ja doch die historische Schule das Recht aus dem Volksgeist, d. h. aus dem Rechtsbewußtsein des Volks, hervorgehen, und spielte doch in der Lehre vom Gewohnheitsrecht die Rechtsüberzeugung eine wesentliche Rolle. Allein mit der Untersuchung, was der Volksgeist eigentlich sei, wie ein solches gemeinsames Rechtsbewußtsein zustand kommen könne, beschäftigte man sich nicht weiter¹⁾ und so konnte in der That der Eindruck entstehen, als ob es sich nur um eine mythische Annahme²⁾, eine Art deus ex machina, handelte. Von einer Rechtsfindung auf Grund des Rechtsgefühls des Richters wollte freilich jene Zeit und wollte die historische Schule nichts wissen. Wenn es etwas Derartiges auch in früheren Zeiten gegeben haben sollte, nahm man doch an, daß in der Gegenwart kein Raum mehr dafür sei. Die Lehre von der Lückenlosigkeit des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts, die ihrerseits innerhalb des Privatrechts auf die Auffassung des Corpus iuris als eines allumfassenden, jede Zweifelsfrage lösenden Gesetzesbuchs sich gründete, stand dem entgegen.

Heute ist das alles von Grund aus anders geworden. Die rechtsphilosophische Neigung der Juristen hat sich auch auf das Problem des Rechtsgefühls erstreckt und hat eine ganze Reihe von Aufsätzen und Abhandlungen über den Gegenstand hervorgetrieben³⁾. In der ganzen juristischen Literatur, und ebenso in

¹⁾ Savigny selbst spricht von einem im Volk lebenden gleichen Gefühl der innern Notwendigkeit, das eben vorhanden ist, in der Annahme eines göttlichen Ursprungs des Rechts zum Ausdruck kommt, aber nicht näher begründet oder erklärt werden kann. S. System des heutigen römischen Rechts Bd. 1, S. 14, 15.

²⁾ S. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft S. 391, 392. Rechtsphilosophie S. 38.

³⁾ Vor allen Dingen ist zu erwähnen die gründliche Untersuchung von E. Riezler: Das Rechtsgefühl, rechtspsychologische Betrachtung

der Judikatur des Reichsgerichts, begegnet man an allen Ecken und Enden einer Bezugnahme auf Rechtsgefühl, Rechtsbewußtsein, Rechtsüberzeugung und gleichbedeutende Begriffe¹⁾. Es

tungen 1921 (J. Schweizers Verlag), ferner von unmittelbar auf das Rechtsgefühl bezüglichen juristischen Abhandlungen: Friedrich Kübl, Das Rechtsgefühl (Berlin, Puttkammer u. Mühlbrecht 1913); Giorgio del Vecchio, del sentimento giuridico (Roma 1908); Pontes de Miranda, Rechtsgefühl und Begriff des Rechts im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 16 S. 751 ff. (in bezug auf die Endziele unklar). Von einem Arzt Sigmund Kornfeld stammt ein umfangreicher Zeitschriften-Aufsatz über das Rechtsgefühl in Zeitschr. f. Rechtsphilosophie Bd. 1 S. 135 ff. Bd. 2 S. 28 ff. Von Schriften, die den Gegenstand berühren und im Folgenden häufiger zitiert werden, mögen genannt sein: Franz Klein, Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung (Berlin Fr. Vahlen 1912), Ph. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (Tübingen, J. C. B. Mohr 1912 auch im Arch. f. civ. Pr. Bd. 112 S. 242 ff.), H. U. Kantorowicz, Die Lehre vom richtigen Recht (Berlin, Rothschild 1908), Erich Jung, Rechtsregel und Rechtsgewissen, Arch. f. civ. Praxis Bd. 118 S. 1 ff., Eugen Huber, Recht und Rechtsverwirklichung (Basel, Helbing und Lichtenhahn 1921). Unentbehrlich für die Lehre ist das philosophische Werk von H. Maier, Psychologie des emotionalen Denkens, das S. 728 ff. eine Reihe der einschlagenden Fragen unmittelbar behandelt, aber auch außerdem in vielen seiner Ausführungen grundlegende Bedeutung hat. — Im übrigen sind zu vergleichen die Literaturnachweise bei Riezler a. a. O. S. 1 II. 1 und bei Stammler, Rechtsphilosophie § 146 II. 4. Von später erschienenener Literatur wären nachzutragen: M. Rümelin, Gesetz, Rechtsprechung und Volksbeteiligung auf dem Gebiet des Privatrechts 1924, in Arch. f. d. civ. Praxis. N. F. Bd. 2 S. 294 ff.; J. Binder, Philosophie des Rechts (Berlin, G. Stilke 1925) S. 775 II. 13, 778, 782; H. G. Wurzel, Die Sozialdynamik des Rechts (Die Lehre von den Eigenkräften des Rechtslebens als Verbindungsglied der auseinanderstrebenden Rechtstheorien (Wien 1924).

¹⁾ RG. GG. 45, S. 373 (natürliches Rechtsgefühl); 78 S. 340, 241 (allgemeines Rechtsempfinden); 99 S. 34 (das im Volke wurzelnde

gibt wohl wenige juristische Schriftsteller, die nicht gelegentlich einmal, mindestens in einem unbewachten Augenblick, den einen oder andern Ausdruck gebrauchen, ganz abgesehen vom Billigkeitsbegriff, der ja ebenfalls wieder auf Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein zurückführt. In neuester Zeit hat die Gesetzgebung der russischen Sowjetrepublik den Richter auf sein revolutionäres Gewissen und sein revolutionäres Rechtsbewußtsein verwiesen¹⁾. — Dabei ist ein lebhafter Streit über die Bedeutung des Rechtsgefühls für das Rechtsleben und die Rechtswissenschaft entstanden, und im Mittelpunkt dieses Streits steht die Frage, ob und in welchem Sinn das Rechtsgefühl oder das Rechtsbewußtsein eine Quelle für die Rechtsfindung im konkreten Fall sein könne.

Mein Vater hat also, wie so oft in politischen Dingen, so auch hier eine Art seherischer Voraussicht an den Tag gelegt, wenn er dem Gegenstand eine die juristischen Bedürfnisse berücksichtigende Untersuchung widmete. Freilich trägt, wie nicht anders möglich, die Rede den Stempel der Zeit, in der sie entstanden. Die Vorherrschaft der historischen Schule mußte sich geltend machen. So wird vor allem die von ihr zwar vorausgesetzte, trotzdem aber keiner eingehenden Behandlung gewürdigte Funktion des Rechtsgefühls bei der Entstehung der Rechtseinrichtungen untersucht, das Rechtsgefühl als Motiv des Rechtsgefühls; 108 S. 200 (Rechtsempfinden); Gruch. Beiträge Bd. 55 Beilageheft S. 966 (die vom natürlichen Rechtsgefühl und der Billigkeit beherrschten Grundsätze). Außerdem ist noch häufig von einem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden die Rede. (CC. 46, 79; 48, 124; 53, 177; 55, 373; 75, 123; 80, 221; 81, 263; 83, 114; 109, 83).

¹⁾ Dekret über das Gerichtswesen vom 24. Nov. 1917 und Dekret vom 21. Febr. 1918 (zitiert nach Riezler S. 129). Die alten Gesetze sollen nur zur Anwendung kommen, soweit sie dem revolutionären (oder sozialistischen) Rechtsbewußtsein nicht widersprechen, und die Erwägungen der Gerechtigkeit sollen unbeschränkt durch das formale Gesetz zur Anwendung kommen (so wenigstens gegenüber einer Verjährungseinrede oder ähnlichen Einreden).

gehorsams und als kritischer Maßstab für das gegebene positive Recht nur gestreift und die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtsbewußtseins mit kurzer, wohl kaum zureichender, Begründung abgelehnt. Niemand werde, so heißt es, irgendeinen konkreten Satz aus dem Rechtsgefühl ableiten können. Bei der rechtlichen Ordnung gehe zwar das Rechtsgefühl auf dem ganzen Weg leitend und begleitend mit, der Schaden könne niemals ganz abreißen, aber die Verschlingungen des Lebens seien so unübersehbar, daß dem Rechtsgefühl bald der Atem ausgehe¹⁾.

Meinerseits möchte ich nun alle diese Funktionen des Rechtsgefühls in den Kreis der Betrachtung ziehen, dabei aber auch stehenbleiben. Daß die ganze Untersuchung rechtswissenschaftlich orientiert bleiben muß, versteht sich von selbst. Ein Aufrollen der gesamten Rechtsgefühlsprobleme, insbesondere eine Vertiefung in die Psychologie der Gefühle, würde nicht bloß die Grenzen eines Vortrages, sondern auch die Kräfte des Juristen weit überschreiten²⁾. Notwendig ist es aber auch, sich auf die der allgemeinen Rechtslehre zugehörigen Fragen zu beschränken, die für sich allein schon ein überreichliches Maß von schwer zu bewältigendem Stoff darbieten³⁾.

Die erste Aufgabe wird sein, den Sinn zu bestimmen, der den Ausdrücken Rechtsgefühl⁴⁾, Rechtsbewußtsein, Rechtsüber-

¹⁾ Reden und Aufsätze Bd. 1 S. 81, Kanzlerreden S. 63.

²⁾ S. dazu die einleitenden Bemerkungen bei Kübl und Riezler a. a. O. Beide, namentlich Kübl stecken übrigens die Grenzen der Untersuchung ziemlich weit. Am weitesten in das Gebiet der Psychologie, speziell der psychophysischen Fragen sucht S. Kornfeld a. a. O. einzudringen.

³⁾ Abstand muß namentlich auch genommen werden von einer dogmengeschichtlichen Darstellung. Solche finden sich bei Kübl und Kornfeld. Kornfeld geht übrigens dabei über das Rechtsgefühl weit hinaus, er gibt in Wirklichkeit eine Dogmengeschichte der Rechtsidee oder des materiellen Gerechtigkeitsbegriffs.

⁴⁾ Die Verwendung des Wortes Rechtsgefühl im Deutschen soll nach Riezler a. a. O. S. 3, verhältnismäßig jungen Datums sein, ebenso

zeugung und ähnlichen Wendungen ¹⁾ im Sprachgebrauch des Lebens und der Rechtswissenschaft beigelegt wird.

Wenn man die verschiedenen Zusammenhänge betrachtet, in denen der Ausdruck Rechtsgefühl verwendet wird ²⁾, so bestätigt sich wieder einmal die Erfahrung, die man so häufig bei derartigen, teils im laienhaften Denken teils im wissenschaftlichen Sprachgebrauch verwendeten, Worten machen muß ³⁾, daß je nach dem Zusammenhang das Wort eine verschiedene Bedeutung gewinnt. Möglich und wahrscheinlich, daß ein bestimmter Vorstellungskern vorhanden ist, um den sich die verschiedenen Bedeutungen gruppieren, bei der Einzelanwendung tritt jedoch bald das eine bald das andere Gedankenelement beherrschend in den Vordergrund.

Man hat schon die Existenz eines Rechtsgefühls in Zweifel gezogen ⁴⁾. Da entsteht sofort die Frage, in welchem Sinn das gemeint sein kann. Das Vorhandensein bestimmter allgemein beobachteter seelischer Vorgänge oder Erlebnisse, die gemeinhin als Rechtsgefühle oder Äußerungen eines Rechtsgefühls bezeichnet werden, kann man ja nicht wohl leugnen. Es wird sich also nur darum handeln, ob die Auffassung, daß hinter diesen Vorgängen eine bestimmte seelische Anlage stehe, gerechtfertigt und ob der Ausdruck Rechtsgefühl für diese angemessen gewählt ist ⁵⁾.

die des Wortes Rechtsbewußtsein. Gegenüber der *αισθησις δικαιοσ και αξιοσ* des Aristoteles erscheint dies auffallend. Ob die Wörterbücher hier sicheren Beweis erbringen, ist nicht unzweifelhaft.

¹⁾ In Betracht kommen noch Rechtsempfinden, Rechtsgewissen: Rechtsinn, Rechtsinstinkt und Rechtstrieb.

²⁾ Den Ausdruck Rechtsempfinden oder Rechtsempfindungen darf man ohne Bedenken dem Ausdruck Rechtsgefühl gleichsetzen, ohne auf den Streit über das Verhältnis von Gefühl und Empfindung eingehen zu müssen.

³⁾ S. meine Reden über Gerechtigkeit, Billigkeit und Rechtssicherheit.

⁴⁾ So Binder, Rechtsphilosophie S. 782 N. 55.

⁵⁾ Unhaltbar ist natürlich die naive begriffsrealistische Auffassung,

Ausgehen ist von den psychologischen Beobachtungen, die den Anlaß zu der Bildung der Begriffe gegeben haben.

Da richtet sich dann der Blick in erster Linie auf die Erlebnisse von Lust- und Unlustgefühlen, die sich an Vorgänge des Rechtslebens knüpfen. Im Vordergrund stehen dabei die Unlustgefühle, die viel stärker und nachhaltiger sind als die entsprechenden Lustgefühle, und die am energischsten hervortreten, wenn es sich um die Verletzung eigener Rechte handelt. Ich werde von einem andern bewußt in meinen Rechten gekränkt, meines Eigentums beraubt, mein Kind wird mißhandelt, oder aber ich erleide Unrecht durch die staatlichen Organe selbst, ich verliere einen Prozeß durch, wie ich annehme, bewußte Rechtsbeugung oder grobfahrlässige Rechtsunkenntnis des Richters, oder ich werde unter nichtigen Vorwänden von der Ausübung meines Wahlrechts ausgeschlossen. In allen diesen Fällen spielt ja freilich das Bewußtsein der Interessenverletzung, eine Äußerung des Selbsterhaltungs- und Selbstbehauptungstriebs, eine wesentliche Rolle. Trotzdem ist aber das bloße Benachteiligungsgefühl von dem verletzten Rechtsgefühl deutlich zu unterscheiden, wie sich sofort zeigt, wenn man Fälle der Schädigung durch ein Naturereignis oder durch ein weder vorsätzliches noch fahrlässiges menschliches Verhalten zur Vergleichung heranzieht¹⁾. Die Vorstellung des gekränkten Rechts verstärkt

Da einmal das Wort gebraucht werde, müsse es einen einheitlichen, sicher bestimmbaren Begriff geben, den es nur aufzufinden gelte.

¹⁾ Gewiß ist zunächst zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen ein Verlangen nach Reaktion entsteht und den entgegengesetzten Fällen. Wo beim erwachsenen und vernünftigen Menschen sofort das Bewußtsein der Sinnlosigkeit einer solchen vorhanden ist (das kleine Kind schlägt bekanntlich auch nach dem Stein, an dem es sich gestoßen hat), ist ein bloßes Schadensgefühl vorhanden. Innerhalb des Reaktionsbegehrens (des sthenischen Gefühls, wie man es zu nennen pflegt,) ist jedoch der Einfluß der begleitenden Rechtsvorstellungen auf die Intensität und Abtönung der Gefühle unverkennbar. Es

das Unlustgefühl. Es sind auch durchaus nicht bloß moralische Vorstellungen¹⁾, die den eigentümlichen Gefühlston ergeben. Die Vorstellung des Rechtsbruchs greift bestimmend ein und äußert sich in dem Begehren nach einer Gegenwirkung, sei es durch Selbsthilfe, sei es auf dem Weg der Anrufung des staatlichen Schutzes, gegebenenfalls der höheren Instanz. Keiner treten diese Unrechtsgefühle zutage, wenn es sich um die Verletzung dritter, zu dem Beurteiler in keinem näheren Verhältnis stehender, Personen handelt. Man liest in der Zeitung von der Mißhandlung eines Kindes, von den Schandurteilen französischer oder belgischer Kriegsgerichte, von irgendwelchen nur unter dem Schein des Rechts ergangenen, in Wahrheit ausschließlich von dem Interesse eines Machthabers diktierten, Entscheidungen und Maßregeln, oder auch nur von einem aus Fahrlässigkeit begangenen Justizirrtum. Das

wird unterschieden zwischen vorsätzlicher, fahrlässiger und objektiver Rechtsverletzung, und es tritt das bloße Vergeltungs- und Rachegefühl in Gegensatz zum Gefühl der erlittenen Rechtskränkung. Daß in den Fällen des bloß objektiven Unrechts, z. B. beim zahlungsunfähig gewordenen Schuldner, das Rechtsgefühl überhaupt nicht mehr reagiere, wie Fr. Klein (a. a. O. S. 38) annimmt, wird nicht zuzugeben sein. Zu der Vorstellung der Rechtsverletzung tritt auch hier das Bedürfnis nach einer rechtlichen Reaktion, selbst dann noch, wenn man dem Schuldner keinen persönlichen Vorwurf macht.

¹⁾ Fr. Klein a. a. O. S. 42 behauptet, daß da, wo das Unlustgefühl nicht auf die Verletzung des positiven Rechts, sondern nur auf den Verstoß gegen angenommenes richtiges Recht sich gründe, moralische Vorstellungen entscheidend seien, die in den Normalfällen des Zusammentreffens von positivem und richtigem Recht entsprechend mitwirkten. Nun ist ja richtig, daß die Vorstellungen über richtiges Recht auf moralischen Vorstellungen (d. h. auf Vorstellungen über richtiges Handeln unabhängig vom Rechtszwang) mit beruhen, und daß die moralische Verurteilung der Gesinnung des Gegners gefühlverstärkend wirkt. Aber es bleibt doch immer kennzeichnend für das Gefühl gekränkten Rechts das Bedürfnis nach Rechtszwang (die Zwangstendenz).

eigene Interesse fehlt freilich in solchen Fällen niemals ganz. Je näher man sich den Betroffenen, z. B. als Volksgenossen, verbunden fühlt, desto lebhafter werden die Unlustgefühle sein und meist wird der Gedanke sich nicht ganz fern halten lassen, solches könnte auch dir begegnen. Allein auch wo alles Derartige fehlt, genügt schon das stets mögliche und rasch vollzogene Sichhineinversetzen in die Lage der Betroffenen um die Gefühlsreaktion hervorzurufen. Auch hier unterscheidet sich das Unrechtsgefühl von dem bloßen Mitleidsgefühl und das unterscheidende Merkmal liegt auch hier in der Vorstellung der Rechtsverletzung und dem damit zusammenhängenden Reaktionsbegehren¹⁾.

Die größere Stärke der Unlustgefühle hat die falsche Behauptung veranlaßt, es gebe überhaupt nur Unrechtsgefühle²⁾. Das Vorhandensein von durch Rechtsvorgänge erzeugten Lustgefühlen läßt sich gewiß nicht in Abrede ziehen. Dabei ist keineswegs nur an das befriedigte Rachegefühl zu denken, das sich, sobald es sich um die Rache für erlittenes Unrecht handelt, unter die Rechtsgefühle einreihen läßt, mindestens eine nahe Verwandtschaft mit ihnen aufweist³⁾. Jede gerechte Vergeltung, jeder Sieg des Rechts

¹⁾ Das Reaktionsbegehren ist auch da vorhanden, wo man nur die Faust im Sack machen kann. Von den Fällen empörten Rechtsgefühls sind die Fälle zu unterscheiden, in denen nur ein Recht und Gerechtigkeit hohn sprechendes Reden vorliegt, wie wir es in letzter Zeit des öftern zu hören bekommen haben. Hier handelt es sich in Wahrheit um eine moralische Entrüstung. Freilich darf man dabei nicht vergessen, daß englischer *cant* und französische *Tartarineigenschaften* die Dinge wirklich so zu sehen vermögen, wie man sie zu sehen wünscht.

²⁾ J. Binder a. a. O. S. 782 N. 35. Die weitere Behauptung, daß überhaupt das Unrecht das logische *prius* gegenüber dem Recht sei (Schopenhauer u. a.) gehört nicht in diesen Zusammenhang. Dagegen Riezler a. a. O. S. 54.

³⁾ Die Rache unterscheidet sich von der Vergeltung durch das Fehlen des Gemeinschaftsgedankens, die rein egoistische Einstellung und, damit zusammenhängend, die Maßlosigkeit der Reaktion. Un-

oder dessen, was man für Recht hält, löst ausgesprochene und eigentümlich gekennzeichnete Lustgefühle aus, die allerdings wohl weniger nachhaltig sind als die Unlustgefühle und, wo es sich um Vergeltung handelt, leicht durch Mitleidsgefühle kompensiert oder abgeschwächt werden.

Wir sind bisher von dem einfachsten Fall ausgegangen, daß eine einheitliche geschlossene Rechtsvorstellung vorhanden ist, die zwischen dem positiven und dem richtigen, einem Rechtsideal entsprechenden, Recht nicht unterscheidet. In der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle stimmt ja auch tatsächlich beides überein. Aber nicht immer trifft das zu. Es entwickeln sich mit dem Fortschritt der Kultur überall vom Satzungsrecht unabhängige und ihm gegenüber kritisch sich verhaltende Gerechtigkeitsvorstellungen. Dementsprechend entstehen auch Unlustgefühle, wo unzweifelhaft dem formalen gesetzten Recht gemäß gehandelt worden ist. Man sagt sich, das sollte aber doch nicht so sein, das ist nicht gerecht, die Gesetze sind schlecht oder mangelhaft. In den Fällen solchen Zwiespalts zwischen den Vorstellungen des gesetzten und des richtigen Rechts beobachtet man alsdann eigenartige Mischgefühle. Auf der einen Seite ruft die Durchführung der einmal gegebenen Ordnung Lustgefühle hervor, auf der andern Seite ist man von dem Ergebnis unbefriedigt. Entsprechend liegt es, wo das positive Recht zugunsten des als richtig Vorgestellten gebrochen wird. Dabei erweisen sich die mit der Gerechtigkeitsvorstellung in Zusammenhang stehenden Gefühlsvorgänge regelmäßig als die weitaus stärkeren.

Die kennzeichnenden Merkmale dessen, was wir Rechtsgefühlserlebnisse nennen, bestehen, wie die Beispiele zeigen, in Vorstellungen, die sich mit dem Gefühl verbinden. Wenigstens sind es zunächst diese Vorstellungselemente, die wir zu beobachten richtig ist es, die Rache lediglich aus dem Selbsterhaltungstrieb erklären zu wollen (so K u h l e n b e c k in Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie Bd. 8, S. 16—25). Mit diesem setzt sie sich häufig genug in schreienden Gegensatz.

vermögen, wobei offen bleiben kann, inwieweit sie und die Gefühle ihre Bestimmung aus den Triebanlagen erhalten. Nun herrscht bekanntlich in der Psychologie Streit darüber, ob eine Einteilung der Gefühle nach den begleitenden Vorstellungselementen durchführbar und angemessen sei¹⁾. Dieser Streit berührt uns nicht. Denn es handelt sich für uns nicht um die Ergründung des menschlichen Seelenlebens, um die Zerlegung der Seelenvorgänge in ihre letzten Elemente, und nicht um die Einteilungen, die diesem Zweck angemessen sind, sondern um die Kennzeichnung der Vorstellungen, die das allgemeine Denken beherrschen²⁾. Ihnen aber ist das Einteilen nach Vorstellungselementen nicht bloß geläufig, sondern unentbehrlich³⁾.

Von den einzelnen vorübergehenden Gefühls- oder Gemütsbewegungen⁴⁾ kann man dauernde Gefühlszustände unterscheiden, auch das wieder in mannigfacher Weise. Es gibt Dauergefühle, durch Gewohnheit eingewurzelte Gefühlsgefinnungen⁵⁾, wie

¹⁾ S. H. M a i e r a. a. O. S. 410 ff.

²⁾ Man darf daher selbstverständlich auch nicht glauben, mit der Kennzeichnung des Erlebnisses als eines Rechtsgefühls irgend etwas wie eine psychologische Analyse vorgenommen zu haben.

³⁾ Bei einer ganzen Reihe von allgemein gebrauchten Gefühlsbezeichnungen, wie Angst und Furcht, Leid und Trauer, Scham und Reue, dürfte das zunächst in die Augen springende Bestimmungs- und Abgrenzungsmerkmal ebenfalls in Vorstellungselementen zu suchen sein. Anders liegt es wohl bei der Gegenüberstellung von Zorn und Aerger, Hoffnung und Zuversicht. Hier spielen, auch dem Laien erkennbar, andere Momente mit herein.

⁴⁾ Beide Ausdrücke werden freilich in verschiedenem Sinne gebraucht, (s. M a i e r a. a. O. S. 410). Er selbst würde am liebsten den Ausdruck Gemütsbewegung ganz vermeiden.

⁵⁾ Der Ausdruck stammt von H ö f f d i n g (Psychologie 5. Aufl. S. 399 ff). Man könnte auch von Gefühls- oder Gemütsstimmung reden, nur pflegt man dabei an einen weniger intensiven, schwankenderen, labileren Zustand zu denken.

Liebe, Haß, Rachsucht, Zuversicht, Mut, Schermut, Kummer¹⁾. Es gibt vor allem verschiedene Arten und Grade der Empfänglichkeit für bestimmte Gefühlsregungen, sog. Gefühlsdispositionen²⁾. Dabei kann man ganz allgemein, je nach der größeren Empfänglichkeit für Lust- oder Unlustgefühle, Optimisten und Pessimisten³⁾ unterscheiden oder die Erregbarkeit durch bestimmte Arten von solchen Lust- und Unlustgefühlen hervorheben. So wenn man von Angstlichkeit und Furchtsamkeit oder von Hoffnungsfreudigkeit, Frohsinn, heiterer Gemütsart spricht. Endlich kann aber auch die besondere Empfänglichkeit für Gefühle, die mit einem bestimmten Vorstellungskreis in Beziehung stehen, gekennzeichnet werden dadurch, daß man sagt, es habe jemand ein stark ausgeprägtes oder empfindliches Rechtsgefühl, Sittlichkeitsgefühl⁴⁾, Gemeingefühl, Ehrgefühl, Heimatgefühl⁵⁾. Diese Empfänglichkeit, die sich auf Unlust- und Lustgefühle erstreckt, denkt man sich ohne weiteres als eine konstante Anlage, die sich in den einzelnen Gefühlsvorgängen äußert. Dabei bleibt man jedoch nicht stehen. Es ist offenbar, daß eine solche Einstellung auf die mit bestimmten Denkobjekten zusammenhängenden Gefühle in inneren Willens- und Begehrensrichtungen ihren Grund haben muß⁶⁾. Der Zusammenhang der Gefühls- und Willens-

¹⁾ Einzelne dieser Ausdrücke werden auch von vorübergehenden Gefühlserregungen gebraucht, vor allem Haß und Zuversicht.

²⁾ Darüber, daß der Begriff Gefühlsdisposition nur ein psychologischer Hilfsbegriff ist, s. H. Maier a. a. O. S. 106.

³⁾ Weil man den Gegensatz von Optimismus und Pessimismus gewöhnlich auf die gesamte Weltanschauung bezieht, will G. R u m e l i n in seiner Rede über die Temperamente (Kanzlerreden S 292) lieber von Eukolie und Dnskolie sprechen. Ein passender deutscher Ausdruck steht nicht zu Gebot.

⁴⁾ In Verbindung mit beiden steht das Pflichtgefühl.

⁵⁾ Beim „Sprachgefühl“ liegen wieder andere Vorstellungen zugrunde, wie wir sie beim Rechtsgefühl noch kennenlernen werden. Man denkt dabei nicht an die emotionale Seite.

⁶⁾ Die heutzutage in der Psychologie wohl herrschend gewordene

sphäre wird ja auch durch die Beobachtung dargetan, daß die vorgestellten Lust- und Unlustgefühle als Reize für ein entsprechendes ablehnendes oder anstrebendes Handeln wirken. So gelangt man zu der in naturwissenschaftlichen Bildern sich bewegenden Darstellungsweise, daß man sich eine Kraft denkt, die durch bestimmte Reize ausgelöst wird. Beim Rechtsgefühl ist diese Vorstellung eine ganz alltägliche, auch dem Laien in Fleisch und Blut übergegangene. Die Redewendungen, das Rechtsgefühl empört sich, bäumt sich auf, verlangt etwas, wird beruhigt, befriedigt usw. beweisen dies zur Genüge. Da man nun weiter findet, daß diese Disposition, wenn auch in verschiedenem Ausmaß, bei allen Menschen vorhanden ist, konstruiert man sich einen Rechtsinn oder Rechtstrieb, den man als den eigentlichen Urquell des Rechtsgefühls betrachtet und auf den man auch das Hervorbringen und Weiterbilden des Rechts, sowie die Geneigtheit, sich einer bestehenden Ordnung zu unterwerfen, zurückführt. Diese weiteren Vorstellungen gehören nun freilich nicht mehr dem allgemeinen populären Denken an, sie wollen wissenschaftliche Konstruktionen sein, die eine Erklärung oder doch wenigstens eine Zusammenfassung der beobachteten Erscheinungen enthalten.

Von einer anderen Beobachtungsreihe nimmt man den Ausgangspunkt, wenn man in dem Rechtsgefühl oder Rechtsinn eine dem Menschen innewohnende Fähigkeit erblickt, zwischen Recht und Unrecht zu unterscheiden, nicht bloß in dem Sinn, daß er genötigt sei, diese Begriffe ebenso wie die des Guten und Schlechten, Schönen und Häßlichen zu bilden, sondern daß er auch durch eine Art „instinktiven“ oder „intuitiven“ Urteilens zu bestimmen vermöge, was im einzelnen Fall Recht und Unrecht ist. Man beobachtet bei Laien, die oft gar keine oder höchst unklare Vorstellungen vom geltenden Recht haben, und sog. voluntive Gefühlstheorie führt überhaupt alle Gefühle in letzter Linie auf den Willen (im Sinne des Begehrens) zurück. S. h. M a i e r a. a. O. S. 401 ff.

ebenso bei Kindern ein rechtliches Urteilen, das auch der Nachprüfung des Juristen sich hält. Ja, es kommt bei Laienurteilen sogar vor, daß sie sich bei genauer Untersuchung als zutreffender erweisen, als die Entscheidung, die ein Berufsrichter zunächst gefällt hat. Der Laie selbst vertraut auf sein Rechtsgefühl und vermischt sich ohne weiteres, dessen Aussagen auch zur Kritik der Gesetze zu verwenden. Von hervorragenden Juristen wird uns berichtet, — zum Teil haben sie es selbst von sich ausgesagt, — wie großen Wert sie auf ihr Rechtsgefühl oder Rechtsbewußtsein legen. Es wird empfohlen, stets, womöglich zuerst, sein Rechtsgefühl zu befragen und daran die Ergebnisse, zu denen man gelangt, zu kontrollieren. Häufig ergebe sich, daß, wenn man durch logische Schlussfolgerung zu einer bestimmten Entscheidung gelangt ist, die jenem Gefühl widerspricht, eben in jener Schlussfolgerung ein Fehler stecke¹⁾. Es soll auch tüchtige Praktiker geben, die, wenn sie auf solchem intuitivem Weg die Entscheidung, die ihnen klar vor Augen steht, gefunden haben, sich um die Gründe nicht mehr kümmern, so daß sie deren Ausarbeitung andern überlassen²⁾. Dieses intuitive Erkennen, das Urteilen nach dem Rechtsgefühl, soll vor allen Dingen da Platz greifen, sogar unentbehrlich sein, wo Gesetz und Gewohnheitsrecht keinen Anhalt mehr bieten. In diesen Fällen spricht man von einem natürlichen Rechtsgefühl, oder auch Gerechtigkeitsgefühl³⁾.

¹⁾ S. auch meine Rede über die Billigkeit im Recht. S. 78, 79.

²⁾ S. zu vorstehendem vor allem K. Schneider: Die ursprünglichste Grundlage des richterlichen Urteils, das Rechtsgefühl. Zeitschr. f. Civilproc. S. 300, 306, 307, ferner E. Fuchs, Jur. Kulturkampf S. 37 ff. Vierhaus über die Methode der Rechtsprechung 1911 S. 72. Düringer, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 5 S. 583. Als Kronzeugen pflegen stets Bartolus u. Unger angeführt zu werden.

³⁾ Auch die Worte Rechtsinn und Rechtsinstinkt werden hier gebraucht.

Ueber die in allen diesen Fällen zugrund liegenden Vorgänge pflegt man sich meist keine genaueren Vorstellungen zu machen. Bezüglich des Laienurteils beruhigt man sich bei dem: „Der gute Mensch in seinem dunklen Drange ist sich des rechten Weges wohl bewußt.“ Gelegentlich wird, wenn man von dem juristischen Takt guter Praktiker spricht, auf die Parallele mit den Eingebungen des Genies hingewiesen. Gemeinsam ist die Vorstellung, daß die Urteilsfähigkeit dem einzelnen Menschen in verschiedenem Ausmaß zukomme, und daß sie, wie andere geistige Fähigkeiten, geübt und entwickelt, andererseits aber auch unterdrückt, verkümmert und mißleitet werden könne. Dem einen schreibt man ein feines, oder ein sicheres, dem andern ein schwankendes oder unentwickeltes abgestumpftes Rechtsgefühl zu.

Das alles scheint ja zunächst auf intellektuelle Fähigkeiten hinzuweisen. Wenn man trotzdem den Ausdruck Gefühl gebraucht, so knüpft man damit an einen landläufigen Sprachgebrauch an¹⁾, der von Gefühlen auch da redet, wo es sich in Wirklichkeit um ein nicht weiter begründbares Sürrichtighalten handelt²⁾. Der Grad der inneren Sicherheit über das gefällte Urteil ist dabei nicht maßgebend³⁾. Jenes Sürrichtighalten kann sich abstufen von der völligen Gewißheit bis zur bloßen Vorstellung, daß das eine plausibler sei als das andere⁴⁾. Die

1) Auf die sehr verschiedenartigen Begriffsbestimmungen des Gefühls in der Psychologie braucht hier nicht eingegangen zu werden.

2) Zunächst spricht man von Gefühlen beim einzelnen Erlebnis. In ganz demselben Denkprozeß, den wir zuvor bei den Gefühlen im emotionalen oder affektiven Sinn kennengelernt haben, wird auch hier eine seelische Anlage, aus der die Erlebnisse entspringen, konstruiert und der Name Gefühl auch auf sie übertragen.

3) Es ist deshalb mißverständlich, wenn man das Gefühl als eine Vorstellung von unmittelbarer Gewißheit bezeichnet.

4) Gerade Ausdrücke wie, „ich habe es nur so im Gefühl“, deuten auf eine innere Unsicherheit hin.

Uebertragung des Wortes Gefühl auf diese Vorgänge rührt einmal daher, daß die mit allen Vorstellungsprozessen verbundenen Lust- und Unlustgefühle sich stärker bemerkbar machen, wenn eine weitere rein gedankenmäßige Verarbeitung nicht mehr Platz greifen kann¹⁾. Sie ist ferner darin begründet, daß die Begehrensrichtungen, auf denen die Werturteile beruhen, nur an den Gefühlen erkannt werden können.

Dieses natürliche Rechtsgefühl, auf dessen genauere Analyse hier noch nicht einzutreten ist, wird nun seinerseits wieder in Verbindung gebracht mit dem zuerst geschilderten Rechtstrieb. Man nimmt im Bewußtsein des unlöslichen Zusammenhangs zwischen Trieben, Gefühlen und Vorstellungen und im Streben nach Einheitlichkeit des Erkennens ein einziges Seelenvermögen an, das nach den verschiedenen Richtungen ausstrahlt. Und zwar rückt man, der Lehre vom Primat des Willens folgend, die Begehrensrichtung, den Trieb, in den Mittelpunkt, von dem man in weiterer Verfolgung des naturwissenschaftlichen Bildes ausagt, daß er den Intellekt veranlasse, die Rechtsvorstellungen zu entwickeln²⁾.

¹⁾ In der Praxis der Rechtsfindung begegnet man dem Verfahren, zunächst sich verschiedene mögliche Entscheidungen vorzustellen und zu erproben, ob sich dabei nicht eine Warnung durch zunächst nicht weiter begründete Unlustgefühle einstellt. (Der Versuch ist wohl von dem andern zu unterscheiden, den Müller-Erzbach in Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 73 S. 429—457 gegen Ende schildert, daß man die Probeentscheidungen in ihre logischen Konsequenzen verfolgt).

²⁾ Diese Vorstellung liegt dem „Rechtstrieb“ A. Sturms (Die psychologischen Grundlagen des Rechts, Hannover 1910, siehe auch dessen frühere Werke über Recht und Rechtsquellen 1883 und Revision der gemeinrechtlichen Lehre von Gewohnheitsrecht 1900) und dem „Ordnungstrieb“ G. Rümels (von dem noch zu handeln) zugrunde, ebenso bei Arnold, Kultur und Rechtslehre 1865 S. 90 ff. Sie schwebt aber wohl auch den Anhängern der historischen Schule und überhaupt allen Schriftstellern vor, die den Rechtsgefühlsbegriff ohne genauere Unterscheidung der in ihm enthaltenen Elemente gebrauchen.

Dem Rechtsgefühl vielfach gleichgesetzt, bisweilen auch in Gegensatz zu ihm gestellt, erscheint der Begriff *Rechtsebewußtsein*¹⁾, das seinerseits wieder von der *Rechtsüberzeugung* unterschieden wird²⁾. Die *Rechtsüberzeugung*³⁾ setzt stets eine vorausgegangene reflektierende Tätigkeit voraus, auf Grund deren man zu der Ueberzeugung gelangte. Die bloße Wahrnehmung eines Gebotakts, z. B. das Lesen eines Gesetzbuchsparagraphen, schafft noch keine Rechtsüberzeugung, wohl aber kann in bezug auf eine strittige Auslegung, einen Analogieschluß, eine solche entstehen. Vor allem wird in der Rechtswissenschaft der Ausdruck technisch gebraucht, wo auf Grund der andauernden Uebung eines Rechtsinhalts die Vorstellung von der Geltung eines Rechtsfalles, die sog. *opinio necessitatis*, sich bildet, also in der Lehre vom Gewohnheitsrecht. Man denkt in erster Linie, wenn man von Ueberzeugung redet, an einen Erkennt-

Man wird geradezu sagen können, daß sie dem populären Rechtsgefühlsbegriff entsprechen.

¹⁾ Der von *Bergbohm*, *Jurispr. u. Rechtsphil.* S. 463 und von *Jung* (im *civ. Arch.* Bd. 118 S. 1 ff.) aufgebrachte und auch von mir gelegentlich (Rede über die Billigkeit im Recht S. 47) verwendete Begriff „*Rechtsgewissen*“, nähert sich dem des *Rechtsebewußtseins* in dem sofort zu besprechenden engeren Sinn = natürliches *Rechtsebewußtsein*, oder *Gerechtigkeitsbewußtsein*. Er will jedenfalls die Betonung der bloßen Gefühlsmomente vermeiden und den Einsatz der ganzen sittlichen Persönlichkeit hervorheben. Es ist aber wohl besser, diesen doch nicht so recht passenden Ausdruck zu vermeiden. (*S. Riezler a. a. O.* S. 33, 54.)

²⁾ Bisweilen werden allerdings auch beide Ausdrücke in der gleichen Bedeutung gebraucht. So z. B. von *Eugen Huber a. a. O.* S. 253 ff.

³⁾ Eine besondere Terminologie will *H. Maier a. a. O.* S. 732 schaffen. Er bezeichnet als *Rechtsüberzeugungen* „die kognitiven Gebotvorstellungen der Rechtsunterworfenen als der Adressaten der Gebotakte, die durch die Gebotakte des rechtssehenden Subjekts erzeugt sind“. Die Einschränkung des Begriffs auf das positive Recht scheint mir ohne Anhalt zu sein.

nisvorgang in bezug auf äußerlich gegebene Tatsachen, wie es die Gebotsakte der Staatsgewalt sind. Sobald man aber von der Vorstellung ausgeht, daß es ein objektiv feststehendes, als solches erkennbares, Naturrecht gebe, kann man auch in bezug auf die Naturrechtsätze von einer Rechtsüberzeugung sprechen¹⁾. Vorzugsweise wird die Rechtsüberzeugung auf die einzelnen Rechtsätze, nicht auf die Rechtsordnung als Ganzes, bezogen.

Auch dem Begriff des Rechtsbewußtseins²⁾ ist, der Wortbedeutung entsprechend, die Betonung des Vorstellungselements eigentümlich. Damit hängt es zusammen, daß es vor allem bei der Rechtsfindung des Richters eine Rolle spielt, daß man sagt, der Richter habe nach seinem Rechtsbewußtsein zu urteilen. Außerdem wird auf das Rechtsbewußtsein Bezug genommen bei der Kritik bestehender oder vorgeschlagener Rechtseinrichtungen. Freilich wurde ja, wie wir sahen, auch die Rechtsentstehung von der historischen Schule auf das Rechtsbewußtsein des Volkes zurückgeführt, und auch sonst wird von der treibenden Kraft des

1) Wenn *S i t e I m a n n* Arch. f. civ. Pr. Bd. 66 S. 381 sagt, daß Ueberzeugung nicht bloß die aus Reflexion stammende Vorstellung sei, sondern auch die, welche sich unmittelbar auf den Inhalt eines Gefühls beziehe, so vermag ich dem nicht zuzustimmen. Bei der unreflektierten Gefühlsgewißheit spricht man, wenn man es mit dem Ausdruck genau nimmt, nicht von Ueberzeugung. Nur dann, wenn Zweifel zu überwinden waren, oder der Inhalt der Gefühlsausgabe erst ermittelt werden mußte, also bei Einsetzung einer reflektierenden Tätigkeit, wird nach korrektem Sprachgebrauch der Ausdruck Ueberzeugung anwendbar. Bei den verbalen Wendungen, „jemanden überzeugen“, oder „sich überzeugen“ ist das ja ganz klar.

2) Ueber die Bedeutung des Worts Rechtsbewußtsein äußern sich: *K ü b l e* a. a. O. S. 15, der, von der nahen Verwandtschaft der beiden Worte Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein ausgehend, in dem ersteren mehr die Bezeichnung eines individuellen Zustands in dem letzteren hauptsächlich den Ausdruck für die Summe von Gefühlen einer Allgemeinheit, gewissermaßen ein generelles Gefühl (sic.), sehen will. *R i e z l e r* a. a. O. S. 23 gibt zu, daß im einen Fall mehr die ko-

Rechtswußtseins gesprochen¹⁾. Dann wird eben mit dem Vorstellungsinhalt das Bestreben sich durchzusetzen in Verbindung gebracht, der Ausdruck in ähnlichem Sinn wie Rechtsgefühl in seiner umfassendsten Bedeutung gebraucht²⁾.

gnitiven, im andern mehr die emotionalen Elemente betont erscheinen, bestreitet aber, daß sich ein klares Unterscheidungsmerkmal auffinden lasse, da qualitativ verschiedenartige psychische Elemente nicht quantitativ gegeneinander abgemessen werden können. H e i n r i c h M a i e r a. a. O. S. 729, 730 will das Rechtswußtsein auf die Vorstellungen über geltendes positives Recht einschränken, wozu sprachlich jedenfalls kein Anlaß gegeben ist. W u n d t, Völkerpsychologie Bd. 9 S. 13 ff. unterscheidet ein niederes, auf das subjektive Recht bezügliches, und ein höheres, die Rechtsordnung umfassendes, Rechtswußtsein und sucht die Entwicklung von einem zum andern zu schildern. Bei E u g e n H u b e r, der in Recht und Rechtsverwirklichung das Rechtswußtsein in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen rückt und es in Gegensatz zu dem unklaren, verschwommenen, von Fall zu Fall tastenden Rechtsgefühl stellt (s. auch A. S c h l e f e r in dem Aufsatz Rechtsgefühl und Rechtspflege. Jur. Blätter 1908), fehlt es an einer ausdrücklichen Definition. Die verschiedenen Äußerungen über das Rechtswußtsein, aus denen man versuchen müßte, eine solche zu entnehmen, dürften nicht ganz im Einklang miteinander stehen. Auf S. 205 heißt es, daß das Rechtswußtsein vom Rechtsgefühl durch die Formgebung (die Formulierung von Rechtsätzen) sich unterscheidet. Später (S. 245 ff. sowie S. 253) wird gesagt, daß das Rechtswußtsein (nicht Rechtsgefühl) das Recht nicht fertig bilde, daß ein abklärender Vorgang, ein Erwachen des Bewußtseins (das ist doch in dem Wort Rechtswußtsein schon enthalten), stattfinden müsse, daß im Rechtswußtsein im Grund nur die Fähigkeit liege, sich der rechtlichen Ordnung zu unterwerfen (zu vergleichen sind über das Rechtswußtsein folgende Stellen: S. 25, 27, 146 ff., 205, 245 ff., 253, 378, 381, 384 ff., 387, 388, 390, 404, 414, 442). Jedenfalls tritt aber bei H u b e r die Betonung eines reflektierenden, kognitiven Moments im Rechtswußtsein deutlich hervor.

¹⁾ So v. P e t r a z z i, Die Motive des Handelns und das Wesen der Moral und des Rechtes S. 29 ff., S. 46.

²⁾ Nennt man (was übrigens, so viel mir bekannt, noch nicht ge-

Unter Rechtsbewußtsein versteht man gewöhnlich die Gesamtheit der in einem Bewußtsein vorhandenen, auf Grund von Unterweisung oder von eigenen Erlebnissen im Gedächtnis aufgespeicherten Rechtsvorstellungen, oder wie Eugen Huber sagt, die Summe aller Erfahrungen als Einheit¹⁾. Daneben steht auch hier, ähnlich wie beim Rechtsgefühl, die Vorstellung von einem Vermögen, die einzelnen Erlebnisse und unmittelbaren Bewußtseinsvorgänge zu reproduzieren und miteinander in Beziehung zu setzen²⁾. Dieses Bewußtsein ist natürlich keine konstante Größe³⁾. Es ist bei den einzelnen Menschen verschieden und wandelt sich in ihnen im Lauf der Zeit. Es kann auch je nach Zeitperioden und Völkern verschiedene Gestalt annehmen. Das Rechtsbewußtsein des Primitiven ist ein anderes als das des Kulturmenschen, das mittelalterliche ein anderes als das moderne⁴⁾.

Zu den Elementen des Rechtsbewußtseins gehört vor allem das, was man das Gemeinschaftsbewußtsein nennen kann, die Vorstellung von der Zusammengehörigkeit mit den anderen, von

(siehe ist) das Rechtsbewußtsein unter den Motiven des Rechtsgehorsams, so kann damit gemeint sein, daß die Vorstellungen über das was gerecht sei, einen Beweggrund abgeben für die Befolgung des positiven Rechts, soweit es mit diesen Vorstellungen übereinstimmt. Oder man faßt das Rechtsbewußtsein mit Eugen Huber (s. den unten folgenden Text) im Sinn eines Gemeinschaftsbewußtseins, das dem einzelnen eine Unterordnung unter den Gemeinschaftswillen als notwendig erscheinen läßt.

¹⁾ A. a. O. S. 25 II. 1. Regelsberger Pand. § 11, will das Bewußtsein vom geltenden Recht im Einzelnen auch Rechtsgefühl nennen.

²⁾ H. Maier a. a. O. S. 730 nennt dies Rechtsbewußtsein im dispositionellen Sinn.

³⁾ S. darüber W. Wundt, Völkerpsychologie Bd. 9 S. 17.

⁴⁾ Zu vergleichen über das mittelalterliche Rechtsbewußtsein die sehr interessante Studie von Fr. Kern in Hist. Zeitschrift Bd. 120 S. 1 ff.

der Notwendigkeit des Zusammenlebens mit ihnen und von dem Vorhandensein der auf ein solches Zusammenleben gerichteten eigenen Anlagen¹⁾. Mit dieser Grundvorstellung im Zusammenhang steht die andere von dem Gegenüberstehen und Ineinandergreifen von Rechten und Pflichten, die Vorstellung, daß der Einzelne gebunden ist um der andern willen²⁾.

Dazu treten bald in größerem bald in geringerem Umfang und in mannigfacher Mischung Vorstellungen über bestimmte Regeln dieses Zusammenlebens mit verschiedenartigem Inhalt, Vorstellungen, die sich auch auf das äußerlich gesetzte Recht beziehen und solche, die ein richtiges Recht zum Gegenstand haben. Die letzteren kann man wieder in Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitsvorstellungen einteilen, je nachdem sie die im Gemeinschaftsleben zu verfolgenden Ziele oder die zur Erreichung bestimmter vorausgesetzter Ziele erforderlichen Mittel ins Auge fassen³⁾.

In der Psychologie wird bekanntlich der Ausdruck Bewußtsein in verschiedenen Bedeutungen verwendet. Man kann bei jedem seelischen Erlebnis von einem Bewußtseinsvorgang sprechen⁴⁾, oder den Begriff nur auf wahrgenommene, d. h. zum

¹⁾ Dieses Gemeinschaftsbewußtsein, auch vernünftiges Bewußtsein genannt, betont vor allen Eugen Huber a. a. O.

²⁾ v. Petrazzani a. a. O. spricht von dem imperativisch-attributiven Charakter des Rechts.

³⁾ S. dazu meine Ausführungen in Arch. f. civ. Pr. N. F. Bd. 2 S. 304 ff.

⁴⁾ So vor allem H. Maier a. a. O. Er nennt dies das unmittelbare oder immanente Bewußtsein, das er dem mittelbaren (reflektierten oder reflektierenden) Bewußtsein gegenüberstellt, bei dem das unmittelbare zum Gegenstand einer Vorstellung gemacht, wahrgenommen wird. Ja er will sogar die unbemerkt im Bewußtseinsganzen enthaltenen Empfindungen, auf die noch nicht das Licht der Aufmerksamkeit gefallen ist, zum Bewußtsein zählen. (S. S. 20, 69 ff. 86 ff. 195 ff.). Dann entfällt natürlich vollständig der sonst überwiegend festgehaltene Begriff des Unbewußten oder im Unterbewußtsein Befindlichen. (S. S. 79.)

Gegenstand einer Vorstellung gemachte, Erlebnisse beziehen, und man kann auch bei den Wahrnehmungen noch einmal nach der Deutlichkeit unterscheiden je nachdem sie mehr oder weniger „ins Licht des Bewußtseins gerückt“, durch das Denken erfaßt sind. Der Ausdruck „Sich etwas zum Bewußtsein bringen“ weist auf ein solches gedankenmäßiges Erfassen hin. Auch der Begriff Selbstbewußtsein wird in diesem Sinn verwendet¹⁾. Daraus ergeben sich auch verschiedene Bedeutungen des Begriffs Rechtsbewußtsein. Schränkt man ihn ein auf die irgend einmal deutlich wahrgenommenen und gedankenmäßig erfaßten Vorstellungen, so kommt man zu einer Gegenüberstellung von Rechtsbewußtsein und Rechtsgefühl, dann kann man, wie Eugen Huber es tut, das Rechtsgefühl als zuverlässige Quelle der Rechtsfindung ablehnen, das Rechtsbewußtsein dagegen anerkennen. Dehnt man ihn aus auf alle durch das Rechtsleben erzeugten Vorstellungen, und nimmt man sogar noch das hinzu, was man gemeinhin das Unbewußte oder im Unterbewußtsein sich Abspielende nennt²⁾, so kann man die beiden Ausdrücke in gleicher Bedeutung gebrauchen.

¹⁾ Auch der Begriff des Selbstbewußtseins ist in der Psychologie ein schwankender. Gewöhnlich bezieht man ihn auf den Ichgedanken, wobei H. M a i e r S. 200 ff. wiederum ein unmittelbares und mittelbares Selbstbewußtsein unterscheidet. Der Begriff wird aber auch auf die deutliche gedankenmäßig erfaßte Ichvorstellung eingeschränkt und wie mir scheint, dann weiter auf alle deutlichen Vorstellungen der Ichfunktionen bezogen. In diesem Sinn dürfte das Wort gemeint sein, wenn Eugen H u b e r a. a. O. S. 25 N. 1 sagt, daß er das Rechtsbewußtsein im Sinne des Selbstbewußtseins verstehe, oder W. W u n d t, Völkerpsychologie Bd. 9 S. 13 bemerkt, die Juristen fassen das Wort Bewußtsein stets im Sinne des Selbstbewußtseins auf. (Wundt selbst rechnet zum Rechtsbewußtsein auch die Wirkksamkeit instinktiver Regungen und stellt ihm die stufenweise fortschreitende Rechtsbesinnung gegenüber).

²⁾ Man denke z. B. an den von E. v. H a r t m a n n, Philosophie des Unbewußten Bd. I Abschn. B Kap. VII S. 277 anschaulich geschild-

Das Sprachgefühl scheint mir mehr auf die eingeschränkte Bedeutung hinzuweisen. Denn überall, wo ausdrücklich auf das Unmittelbare, nicht weiter Begründbare, Bezug genommen werden soll, wird der Ausdruck Rechtsgefühl, wo an die verstandesmäßig erfahrbaren Vorstellungen mitgedacht wird oder sie sogar in den Vordergrund treten, der Ausdruck Rechtsbewußtsein bevorzugt. Vor allem pflegt man stets vom Rechtsbewußtsein, nicht vom Rechtsgefühl, des Volks zu reden¹⁾. Jedenfalls kommt in dem Begriff des Rechtsbewußtseins noch ein Moment deutlich zum Ausdruck, das im Rechtsgefühl nicht anklingt, das ist der Hinweis auf die Gesamterfahrung in rechtlichen Dingen und die darauf gegründete Gesamtanschauung vom Recht.

derthen Vorgang: Man liest ein Werk, das zunächst durch neue und geniale Ideen überrascht. Man läßt sich nicht sofort überzeugen, hat Gegengründe und glaubt, daß es solche gebe. Unter Umständen vergisht man das Neue. In andern Fällen aber werden die Ideen in den Gedächtnisakten reponiert. Nach Tagen, Wochen oder Monaten sind auf einmal die früheren Vorstellungen umgewandelt. Er meint, daß dieser Prozeß, den wohl jeder schon an sich beobachtet hat (S c h o p e n h a u e r spricht von unbewußter Ruminaton), bei den praktischen Lebensfragen allemal die eigentliche Entscheidung gebe und daß die also entstandenen Meinungen am schwersten auszurotten seien. — Daß man in das Rechtsgefühl derartige Vorgänge mit einbezieht, ist wohl zweifellos. Man kann sie aber auch zum Rechtsbewußtsein im weiteren Sinne zählen.

¹⁾ Insofern ist die oben S. 18 N. 2 erwähnte Bemerkung K ü b l s richtig. S. auch meine Ausführungen im civ. Archiv N. F. Bd. 2 S. 304, 305, 310. Man denkt beim Rechtsbewußtsein des Volks stets mit an die rein rationalen Erwägungen, die sich bei der Beobachtung der Lebensverhältnisse, beim Suchen nach dem tauglichen Mittel für einen bestimmten Zweck, ergeben, und man denkt sich bei den gemeinsamen Vorstellungen, die das Volksbewußtsein ausmachen, die rein subjektiven Elemente schon ausgeschaltet. Unterstühend tritt wohl auch noch hinzu der Anstoß, den man daran nimmt, der Gesamtheit ein Gefühl zuzuschreiben, was ja schon die mystische Annahme einer Volksseele voraussetzen würde.

Von größter Bedeutung ist noch ein in anderer Richtung eingengter Rechtsbewußtseinsbegriff. Wenn man vom Richter verlangt, er solle nach seinem Rechtsbewußtsein urteilen¹⁾ und dieses Ansinnen besonders da an ihn stellt, wo er am Gesetz keinen Anhalt hat, so kann man nicht wohl an die Gesamtvorstellungen über das Recht denken. Man verweist ihn vielmehr auf das, was nach seiner Meinung gerecht und vernünftig ist, auf sein Gerechtigkeitsbewußtsein oder „natürliches Rechtsbewußtsein“, wie man im Anschluß an das „natürliche Rechtsgefühl“ sagen kann. Einen wesentlichen Bestandteil, ja den Grundstock, dieses natürlichen Rechtsbewußtseins bildet das, was ich im Anschluß an Eugen Huber²⁾ das Gemeinschaftsbewußtsein nannte. Trotzdem darf man das eine in dem andern nicht einfach aufgehen lassen. Denn das natürliche Rechtsbewußtsein enthält auch Vorstellungen ganz anderer Art, vor allen Dingen Vorstellungen über das Verhältnis von Mittel und Zweck³⁾. Vom sog. Rechtsgefühl unterscheidet sich auch dieses natürliche Rechtsbewußtsein durch die Betonung des rationellen, logischen Elements. Denn gerade wenn man das Wort in dieser engsten

¹⁾ Anders wenn nur die Aussage gemacht wird, daß er dies tatsächlich tue.

²⁾ S. o. S. 19 II. 2 a. E. und S. 20, 21 II. 1.

³⁾ Zu einer Alleinherrschaft des Gemeinschaftsgedankens gelangt vor allem B i n d e r in seiner Rechtsphilosophie, der zwar nicht von Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein spricht, aber die Rechtsidee darauf abstellt. Gewiß kann man diesen Gedanken so fassen, daß die Idee der individuellen Freiheit nicht verkümmert. Aber eine gewisse Gefahr in dieser Richtung ist bei allen diesen transpersonalistischen Theorien vorhanden und für die psychologische Betrachtung wird doch stets von einem Nebeneinanderstehen der individualistischen und kollektivistischen Anlagen auszugehen sein. (S. darüber H. M a i e r a. a. O. S. 766 ff., der freilich nicht vom Recht, sondern von der Ethik spricht. Das ethische Ideal muß aber auch die Rechtsidee beeinflussen.)

Bedeutung faßt, pflegt man vorzugsweise an deutlich zum Bewußtsein gebrachte Vorstellungen zu denken¹⁾.

Bei Untersuchung der Funktionen der Begriffe Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein müssen vor allem zwei Fragestellungen geschieden werden, eine psychologisch-kausale und eine erkenntniskritische, die zugleich in eine juristisch-technische ausmündet²⁾. Die erste allgemeine Frage geht dahin: Können gewisse Erscheinungen des Rechtslebens, wie Entstehung und Fortbildung der Rechtseinrichtungen, der Rechtsgehorsam und die Vorstellungskomplexe, die man unter die Bezeichnung des Rechtsbewußtseins oder natürlichen Rechtsgefühls zu bringen pflegt, auf bestimmte bei allen Menschen zu beobachtende psychische Elemente zurückgeführt, oder aus ihnen kausal erklärt werden, und welches sind diese Elemente? Die zweite kritische Fragestellung, die sich nur auf das Rechtsgefühl im kognitiven Sinn und das Rechtsbewußtsein beziehen kann, und die eine genaue psychologische Analyse der also zusammengefaßten Erscheinungen voraussetzt, lautet: Gewährt und in welchem Sinn gewährt die Berufung auf diese psychologischen Tatbestände eine Garantie für die Richtigkeit der Urteile, oder praktisch gewendet, darf man den Richter auf die Aussagen seines Rechtsgefühls oder Rechtsbewußtseins verweisen?

Ehe wir an die getrennte Beantwortung der einzelnen Fragen herantreten, muß zunächst Stellung genommen werden zu einer Auffassung, die sie alle zusammen in einen Topf wirft und aus einem Gesichtspunkt zu beantworten sucht, zu der Aufstellung eines dem Menschen angeborenen Rechtsinstinkts oder Rechtstriebes, aus dem sich alle die einzelnen Erscheinungen erklären sollen³⁾. Dieser populäre Rechtsgefühlsbegriff ist unhaltbar⁴⁾.

¹⁾ Daß trotzdem gerade dieses natürliche Rechtsbewußtsein mit dem natürlichen Rechtsgefühl vielfach gleichgesetzt wird, ist wohl erklärlich.

²⁾ S. Stammler, Rechtsphilosophie § 73.

³⁾ S. o. S. 16 bei Note 2.

⁴⁾ Gegen den Rechtstrieb oder Rechtsinstinkt ausdrücklich H. Maier a. a. O. S. 731. S. r. Klein, Die psychischen Quellen des Rechts-

Die Annahme eines besonderen, gerade in Beziehung auf das Recht wirkamen seelischen Vermögens, enthält nichts weiter als eine völlig willkürliche und unfruchtbare Konstruktion. Zunächst einmal bedeutet das Einsehen einer solchen Kraft, aus deren Wirksamkeit sich alles Einzelne ableiten läßt, nichts anders als einen Verzicht auf genauere Ergründung der Vorgänge, einen Verzicht auf die Wissenschaft. Mag man immerhin in letzter Linie, nachdem man die Erscheinungen soweit als möglich analysiert hat, zu solchen Hilfsbegriffen, wie Kraft, Stoff, Trieb, Atom und dergleichen greifen, und mag das populäre Denken sich allenfalls rasch beruhigen, wenn man ihm eine solche Unbekannte an den Kopf wirft, und meinen, wenn es die Worte hört, es müsse sich dabei was denken lassen, unwissenschaftlich ist es in jedem Fall, von vornherein die weitere Untersuchung durch eine solche Gedankenoperation abzuschneiden. Dazu kommt aber weiter: Durch die Einführung eines solchen besonderen Seelenvermögens würden die dem Rechtsleben angehörigen seelischen Vorgänge aus dem Zusammenhang gerissen. Statt daß man von der Einheitlichkeit des gesamten Seelenlebens ausgeht und die psychischen Erscheinungen des Rechtslebens zu den übrigen Erlebnissen in Beziehung setzt, stellt man sie auf einen Isolierschemel.

Um den Rechtstrieb bei der weiteren Untersuchung auszuschießen, bedarf es daher keines weiteren Eingehens auf die Grundlagen, auf denen die Konstruktion errichtet wurde¹⁾. Nicht durchschlagend gegen jede Annahme eines Rechtstriebes spricht der Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung, wie er schon von Jhering ins Feld geführt wurde²⁾. Denn man kann sich ja

gehorsams S. 17 ff. Riezler a. a. O. S. 33 und die dort Angeführten. Gegner sind aber auch alle, die das Rechtsgefühl zu analysieren suchen.

¹⁾ So auch nicht auf die biologische Ansicht A. Sturms, bei dem trotz aller Bemühungen im Grunde unklar bleibt, was er eigentlich unter Rechtstrieb und Rechtsgefühl versteht.

²⁾ S. namentlich auch Klein a. a. O. S. 20.

die betreffende psychische Kraft als einen entwicklungsfähigen Keim vorstellen. Nur die ganz naive Anschauung von einem mit ganz bestimmtem gleichbleibendem Vorstellungsinhalt erfüllten Rechtstrieb wird dadurch widerlegt.

Die Verschiedenheit der Fragestellungen weist uns den Weg zu einer getrennten Behandlung des Rechtsgefühls im kognitiven und im emotionalen oder affektiven Sinn¹⁾. Und zwar untersuchen wir auf der einen Seite die im Rechtsleben zum Vorschein kommenden Begehrungsrichtungen und Willensbestimmtheiten. Sie sind es, die allein als treibende Kräfte in Betracht kommen können. Die Gefühle sind nur die Anzeichen des gehemmten oder befriedigten Triebes²⁾. Auf der andern Seite behandeln wir die dem sog. Rechtsgefühl zugeschriebenen Rechtsvorstellungen, bei denen die Triebe und Gefühle als Grundlage der Werturteile eine Rolle spielen³⁾. Man darf gegen eine solche Scheidung und Einteilung nicht geltend machen⁴⁾, daß Vorstellungen, Gefühle und Begehrenseinrichtungen doch in einem unlöslichen Zusammenhang stehen. Das schließt eine getrennte Betrachtung von verschiedenen Seiten her nicht aus. Kein Gegengrund ist ferner, daß der Ausgangspunkt nicht von dem überall zur Anwendung gebrachten Ausdruck Gefühl genommen wird. Die Selbständigkeit und Ursprünglichkeit der Gefühle⁵⁾ wird dadurch, daß ihnen bei den hier interessierenden Fragen nur

¹⁾ Diese Gegenüberstellung findet sich bisher schon bei K u h l e n b e c k, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 1 S. 16 ff. bei S. Kornfeld Zeitschr. f. Rechtsphilosophie Bd. 1 S. 136, 137, und bei S. r. K ü b l a. a. O. S. 12 ff. (diese alle freilich ohne die Unterscheidung weiter zu verwerten), vor allem aber bei P h. H e c k, Gejetgesauslegung und Interessenjurisprudenz S. 242 ff., und bei M. R ü m e l i n, Arch. f. civ. Pr. II. S. Bd. 2 S. 306. 307.

²⁾ S. H. M a i e r a. a. O. S. 391 ff.

³⁾ S. H. M a i e r a. a. O. S. 640 ff.

⁴⁾ S. R i e z l e r a. a. O. S. 6.

⁵⁾ S. H. M a i e r a. a. O. S. 407.

eine Bedeutung zweiten Rangs zukommt, in keiner Weise in Abrede gezogen. Die bisherige Erfahrung dürfte beweisen, daß das Haften an dem mehrdeutigen Wort Gefühl der ganzen Lehre nicht zum Vorteil gereicht ist, und zwar auch da, wo verschiedene Bedeutungen des Worts unterschieden wurden¹⁾.

¹⁾ Bei den Schriftstellern, die wie Kornfeld und Kübl, von den vollzogenen Unterscheidungen nachher keinen Gebrauch machen, trifft das ohne weiteres zu. Allein auch das so verdienstvolle Riezler'sche Werk, das im Einzelnen neben einigem Ansehnlichem sehr viele überzeugende Ausführungen und feinsinnige Bemerkungen enthält, scheint mir unter der Anordnung gelitten zu haben, die ihrerseits wieder durch das Gebanntsein des Blicks auf den doch nicht genügend geklärten Begriff Rechtsgefühl bedingt ist. Die Unterscheidung der 3 Bedeutungen (auf S. 7 ff.); 1. Gefühl für das, was Recht ist (sensus juridicus, juristischer Takt), 2. Gefühl für das, was Recht sein soll (Neigung zu einem Rechtsideal), 3. Gefühl dafür, daß nur das dem Recht Entsprechende geschehen soll (Achtung vor der bestehenden Rechtsordnung, Gerechtigkeitsliebe (? !)), ist wohl nicht geeignet, Klarheit zu schaffen. Man wird an den Spruch erinnert, wer das erste Knopfloch verfehlt, kommt mit dem Zuknöpfen nicht zu Rande (Goethe, Sprüche in Prosa. Maximen und Reflexionen Abt. VII, 36). Der *sensus juridicus*, so wie ihn K. beschreibt, ist eine intellektuelle Fähigkeit. Die das Ablaufen des Denkprozesses begleitenden Funktionsgefühle haben mit dem, was Rechtsgefühl genannt wird, nichts zu tun. Daß Neigung zum Rechtsideal und Achtung vor dem Gesetz auf Willensrichtungen beruhen, wird nicht erkannt oder doch jedenfalls nicht zum Ausdruck gebracht. Zwischen dem Vorstellungskomplex, der das Rechtsideal ausmacht und den Gefühlserregungen, die entstehen, wenn das Ideal sich durchsetzt oder Widerstand findet, wird nicht genügend geschieden. So muß beispielsweise die Frage, ob das Rechtsgefühl angeboren sei oder nicht, verschieden beantwortet werden, je nachdem man die Triebrichtungen und die Erregbarkeit durch Reaktionsgefühle oder den Vorstellungskomplex des Rechtsideals im Auge hat. Die Frage nach dem Inhalt des Rechtsgefühls wird allgemein gestellt, obwohl sie, wie R. selbst erkennt, nur in Bezug auf die Rechtsidealvorstellungen einen Sinn hat. — Die Unterscheidungen

Voranzustellen ist das Willenselement, die Unterjuchung der im Rechtsleben sich betätigenden seelischen Kräfte.

Richtet man den Blick hier zunächst auf die Frage der Rechtsentstehung, so ist einleuchtend, ohne daß dies durch geschichtliche Einzelforschung belegt zu werden brauchte und belegt werden könnte¹⁾, daß an der Erzeugung der Rechtseinrichtungen die gesamte geistige Veranlagung des Menschen beteiligt sein muß. Der Eigennuß des Individuums, seine kollektivistischen Anlagen, — wenn man so will, sein Geselligkeitstrieb — und das in den Menschen gelegte Vervollkommnungstreiben, das man als sittlichen Trieb bezeichnen kann²⁾, wirken zusammen, und zwar historisch betrachtet in der mannigfachen Weise. Die verschiedenen Versuche, das Recht ausschließlich auf den wohlverstandenen Egoismus, sei es der Rechtsgenossen, sei es, wie Thering wollte, eines Machthabers, zu gründen, können als erledigt gelten. Für eine besondere auf Rechtserzeugung gerichtete Triebkraft bleibt darnach kein Raum. Dennoch ist es ein noch heute zu beherzigendes Verdienst der Rede meines Vaters über das Rechtsgesühl, daß er auf einen sog. Ordnungstrieb als einen wesentlichen richteten sich überhaupt vorwiegend auf das Rechtsideal und seinen Vorstellungsinhalt. *Sensus juridicus* und Achtung vor dem Gesetz triffen daneben nur eine verhältnismäßig kümmerliche Existenz.

¹⁾ Eine historische Beweisführung ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die erste Entstehung der Rechtseinrichtungen sich der Beobachtung entzieht. Wir finden alle Völker schon mit irgendwelchem Recht ausgestattet vor.

²⁾ S. darüber H. Maier a. a. O. S. 768 ff. Er faßt dieses Streben nach Vollkommenheit als eine Seite des Selbsterhaltungstrieb, des Ich- oder Persönlichkeitswillens, und beruhigt sich bei dieser Feststellung, über die hinaus eine psychologische Analyse nicht gelingen könne, während eine evolutionistische Betrachtung immer noch möglich bleibe (S. 771). Eine solche könnte wohl auch in bezug auf den unbestimmten Vollkommenheitsbegriff noch einsetzen. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung braucht auf diese weiteren Fragen nicht eingegangen zu werden.

lichen und bei der Entstehung des Rechts entscheidend hervortretenden Bestandteil der menschlichen Gesamtveranlagung hingewiesen hat. Er ordnet sich jenem Vervollkommnungstreiben ein und unter¹⁾, und hebt eine bestimmte Richtung dieses Strebens, die deutlich beobachtet werden kann (es mag vielleicht sein, in etwas zu einseitiger Weise), hervor.

Der Ordnungstrieb ist gedacht als eine Willensrichtung, die darauf abzielt, zwischen den verschiedenen Reizen, die die andern Triebe, die egoistischen sowohl wie die altruistischen oder kollektivistischen, ausüben, einen Ausgleich, eine Harmonie herzustellen. In diesem Sinn wirkt er zunächst innerlich als Gewissen, auf das äußere Handeln bezogen bringt er die Vorstellung einer Verknüpfung korrespondierender Rechte und Pflichten, die Rechtsidee, hervor und veranlaßt den Menschen zur Bereitschaft Zwangsorganisationen zu schaffen und sich solchen zu unterwerfen. In dieser Funktion nennt man ihn Rechtsgefühl. Das Rechtsgefühl ist der eine Zweig des sittlichen, d. h. auf die Triebreize zum Handeln bezogenen²⁾ Ordnungstrieb, mit dem andern Zweig, dem Gewissen, eines Stammes³⁾.

Gewiß enthält ja die Einsetzung eines solchen Hilfsbegriffs, wie Trieb, keine Erklärung⁴⁾. Aber doch sind in dem Ordnungstrieb eine Reihe wichtiger Beobachtungen, die wir im Rechtsleben machen, zusammengefaßt und unter einen einheitlichen Ge-

¹⁾ So finden sich denn auch bei Maier deutliche Anklänge an den Ordnungstrieb auf S. 769 Abs. 2. Er gibt dem Gedanken die Fassung, daß der einheitliche Ichwille sich den wechselnden Reizen gegenüber geltend mache und behaupte.

²⁾ Er kann auch auf das Erkennen und die Phantasietätigkeit bezogen werden.

³⁾ Die Zähmung der Selbstsucht, in der K. Schneider (Zeitschr. f. Civilproceß Bd. 41 S. 297 ff.) die wesentliche Wirkung des Rechtsgefühls erblickt, wäre demnach auf den sittlichen Ordnungstrieb, also sowohl auf Gewissen wie auf Rechtsgefühl zurückzuführen.

⁴⁾ S. auch oben S. 26.

sichtspunkt gebracht. Bestimmte Gefühlsreaktionen können auf ihn zurückgeführt, das Bedürfnis nach Aufstellung fester Regeln, und nach Rechtskontinuität, das Prinzip, daß Gleiches gleich zu behandeln ist, aus ihm abgeleitet werden. Zugleich werden, da der Ordnungstrieb auf dem ganzen Gebiet des Seelenlebens in Funktion gedacht wird, auch zu den Ideen des Guten, Wahren und Schönen führen soll, die Zusammenhänge nicht zerrissen wie bei der Annahme eines Rechtstrieb, sondern im Gegenteil betont, so vor allem der nahe Zusammenhang zwischen Sitte, Sittlichkeit und Recht. Es ist durchaus nicht das naive Verfahren, das wir bei der Aufstellung eines Rechtstrieb beobachtet haben, daß man hinter den beobachteten Erscheinungen eine spezifische Kraft annimmt, die dieselbe hervorgebracht habe, daß man also, weil das Recht eine Ordnung ist, einen entsprechenden Ordnungstrieb konstruiert, sondern es ist eine Betrachtung, die einen Einblick in vorhandene Zusammenhänge gewährt¹⁾.

1) Eine ausdrückliche Aufnahme der Ausführungen über den Ordnungstrieb findet sich im Schrifttum nicht. Ist die Rede ja doch, wie es scheint, gar nicht mehr allen Bearbeitern des Gegenstands mehr bekannt, fast möchte man glauben auch manchen von denen nicht, die sie zitieren. Allein ähnliche Gedankengänge zeigen sich (außer bei H. Maier) hier und dort. So z. B. bei Windscheid Pand. § 15 N. 2, so ferner bei Endemann. (Vom jur. Willen zur Gerechtigkeit, Heidelberger Rektoratsrede vom 22. Nov. 1917), wenn er einen den Menschen von Natur eingprägten Trieb nach Einordnung und Anpassung hervorhebt, sodann aber überall da, wo das Rechtsgefühl oder der Rechtsinn speziell als konservative Kraft, als Achtung vor dem Gesetz aufgefaßt wird (wie z. B. in der früher liegenden Rede von Pözl über den Rechtsinn (Münchener Rektoratsrede vom 5. Dez. 1868) oder wo wenigstens diese Seite des Rechtsgefühls neben andern hervorgehoben wird wie bei Riezler. Eine polemische Auseinandersetzung findet sich bei Kuhlenbeck „zur Psychologie des Rechtsgefühls“ (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 1 S. 16–25), der die Rede einen tastenden Versuch von präliminärer Bedeutung nennt. Er meint, es sei ein aprio-

Als Bestandteil der menschlichen Gesamtveranlagung gedacht ist der Ordnungstrieb etwas von Anfang an Vorhandenes, Angeborenes. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß er sich entfaltet, im Kinde noch rudimentär ist, und im Lauf der Geschichte immer vollkommeneres Gebilde hervortreibt, was natürlich nur in Verbindung mit dem ebenfalls sich entfaltenden und durch Erfahrung sich bereichernden, stets aber unter dem Einfluß des Ordnungstriebes stehenden, Denken geschehen kann¹⁾.

Das Vorhandensein eines Triebs — das entspricht seinem Begriff — wird angezeigt durch Lust und Unlustgefühle, die bei seiner Befriedigung und Hemmung sich einstellen. Daß wir solche Gefühle in uns beobachten können, wird nicht zu bestreiten

ristischer Sehgriff, ein höchst kompliziertes, durch mannigfache Assoziationen bedingtes Entwicklungsprodukt, die feinste und höchste intellektuelle Blüte des Gemeinschaftslebens, aus einem allgemein angeborenen Trieb ableiten zu wollen und sucht selbst die Entwicklung des Rechtsgefühls aus dem ursprünglichen Rachegefühl (!) zu schildern, das in der egoistischen Selbstbehauptung wurzle. (Diese Entwicklung erfolge vor allem dadurch, daß der einzelne das Gefühl, das er für seine eigenen heiligen Rechte hat, auf andere übertrage.) Hier liegt zweifellos ein Mißverständnis vor. Es wird ja nicht behauptet, daß die Grundsätze, die durch die Einwirkung des Ordnungstriebes entwickelt werden, wie z. B. die grundsätzliche Gleichheit vor dem Gesetz dem Menschen angeboren seien (der Satz S. 57 der Kanzlerreden von der Gleichwertigkeit aller Individuen ist freilich mißverständlich). K u h l e n b e c k selbst geht viel zu sehr, wohl durch T h e r i n g beeinflusst, von einem individualistisch-egoistischen Standpunkt aus und verkennet die kollektivistischen Anlagen und höheren Triebe. Woher kommt denn die Gleichsetzung der andern mit dem eigenen Ich?

¹⁾ S. die vorige Note. Auf die historische Entwicklung hingewiesen zu haben, ist immerhin ein Verdienst K u h l e n b e c k s. Lediglich aus dem eigenen Bewußtsein auf dasjenige primitiver oder mittelalterlicher Menschen zu schließen, ginge nicht an. Der Hypothese vom Ordnungstrieb liegt aber mehr als bloß eine solche Selbstbeobachtung zugrunde.

sein. Man hat sie schon mit dem Namen Harmoniegeföhle¹⁾ belegt. Sie treten am klarsten zutage, wo die egoistischen Interessen der Selbsterhaltung oder Selbstbetätigung wenig oder gar nicht beröhrt werden. Wer empfindet nicht ein Unbehagen, wenn irgendeine Ordnung, sei es auch nur des Herkommens in an sich gleichgültigen Dingen, gestört wird. Auch auf dem Gebiet der Aesthetik, vor allem der Musik, dürfte das Ordnungsprinzip besonders anschaulich werden. Die Einfügung in eine Ordnung erregt als solche Wohlgefallen, das durch eine vorausgehende Dissonanz noch gesteigert werden kann.

Man hat eingewendet²⁾, diese Geföhle zeichnen sich da, wo wir sie am deutlichsten beobachten können, nicht durch besondere Stärke aus — in der Rede selbst heißt es, daß Rechtsgeföhle und Gewissen „zarte Gebilde seien, die stets einen schweren Stand gegen brennende Begierden haben“, — wie könne da der ihnen zugrund liegende Trieb so starke Wirkungen hervorbringen? Demgegenüber wurde von meinem Vater schon im voraus auf die Massenwirkung des in jedem Einzelnen vorhandenen Triebes hingewiesen, und in der Tat zeigt ja auch die Beobachtung zahlreicher Vorgänge, daß durch das Massenbewußtsein die Energie psychischer Kräfte bedeutend gestärkt werden kann. Es findet nicht nur eine Addition, sondern infolge der Wechselwirkung eine Multiplikation statt. Selbst auf dem Gebiet des Geschmacks macht sich dies geltend. Wer etwas nicht schön findet, was den meisten gefällt, wird nur allzuleicht für einen Narren, wo nicht gar für einen Schuft,

¹⁾ S. Kuhlensbeck a. a. O. Riezler a. a. O. S. 16—19.

²⁾ S. Kübl a. a. O. S. 88, 89, der dem, was er die einfachste Form des Rechtsgeföhls, ein Rechtsgeföhle 1. Ordnung, nennt (den Ordnungstrieb kennt er nicht), eine schwache Wirkung zuschreibt und dann an einer Reihe von Beispielen schildert, wie die spezifischen Erregungen dieses Rechtsgeföhls sich mit andern, namentlich auf den Selbsterhaltungs- und Selbstbetätigungstrieb zurückzuföhrenden Geföhlerregungen sich verbinden.

gehalten. Allein man braucht sich auf diese Entgegnung gar nicht zurückzuziehen. Denn einmal kann, wenn man bei dem Bilde stehen bleibt, die Kraft auf verschiedenen Gebieten verschiedene Wirkungen entfalten, also wo Begehungen zu ordnen sind, sich energischer bewähren und vor allem kann sie durch Verbindung mit andern Kräften bedeutend an Stärke gewinnen¹⁾. Es wird ja gar nicht behauptet, daß der Ordnungstrieb die allein wirksame Kraft, sondern nur, daß er ein wesentlicher Faktor sei, der immer zum Wort komme, und daß, wenn man vom Rechtsgefühl als einer rechts- und staatsbildenden Kraft rede, man gerade an diese Funktion des Ordnungstriebes denke²⁾.

Daß man sich den Ordnungstrieb auch bei den fortwährenden Aenderungen einer gegebenen Rechtsordnung in Wirksamkeit denken muß, leuchtet ohne weiteres ein. Sobald die vorhandene Ordnung als unvollkommen empfunden wird, Lücken oder Widersprüche aufweist, vor allem wenn Verstöße gegen das aus dem Trieb selbst fließende Gleichheitsprinzip aufgedeckt werden, muß das Bestreben entstehen, dem abzuhelpen und eine vollkommener Ordnung zu schaffen. Die Anstöße zu den Aenderungen werden freilich gewöhnlich von der Interessenseite her erfolgen. Die aus dem Ordnungstrieb abgeleiteten Vorstellungen werden dabei vielfach zur Unterstützung und unter Umständen Beschönigung eines Parteitreibens verwendet werden. Sie haben daneben aber als Bestandteile der Gerechtigkeitsvorstellung stets eine ausgleichende Funktion, sie bilden ein regulatives Prinzip, wie Eugen Huber³⁾ es ausdrückte.

¹⁾ S. darüber Kübl a. a. O. und unten S. 36, 37.

²⁾ Beim Rechtsgefühl als Quelle der Rechtsfindung und Maßstab der Kritik liegt es anders. Hier tritt das Vorstellungselement in den Vordergrund, innerhalb dessen der Ordnungstrieb freilich ebenfalls von Einfluß ist, wie sofort zu erörtern, aber doch in ganz anderer Weise sich geltend macht.

³⁾ E. Huber a. a. O. S. 98 ff. Vorkommen kann es auch, z. B. bei einer so wie so vorgenommenen Gesetzesrevision, daß die auf den

Ein weiteres Gebiet, auf dem dieses im Rechtsgefühl enthaltene, ihm charakteristische, Willensmoment, der Ordnungstrieb, wirksam gedacht werden kann, ist die Motivierung des Rechtsgehorsams. Der Ordnungstrieb wirkt auf den Einzelnen in der Richtung, daß dieser dazu neigt, einer vorhandenen Ordnung, wenn sie einmal da ist, durch eine soziale Macht durchgeführt wird, sich freiwillig, auch ohne Zwang, zu unterwerfen. Die Achtung vor dem geltenden Recht, die Riezler (als eine besondere Art des Rechtsgefühls auffaßt, kann auf den Ordnungstrieb zurückgeführt werden. Freilich muß man sich auch hier wieder davor hüten, in diesem Trieb das allein ausschlaggebende Motiv erblicken zu wollen. Wie in einer sehr verdienstvollen Studie des ehemaligen österreichischen Justizministers Franz Klein¹⁾ ausgeführt wurde, sind auch hier die Beweggründe, die zusammenwirken, mannigfach. Das ganze geistige Wesen des Menschen, alle Qualitäten der Persönlichkeit, kommen dabei zum Zug. Bei dem einen stehen diese, beim andern jene Motive im Vordergrund. Der in Aussicht gestellte Zwang, die Sanktion, spielt, so unentbehrlich er ist, im modernen Zeitalter der Freizügigkeit nicht mehr die überragende Rolle, die man gewöhnlich ihm zuschreibt und es wäre übel um das Recht bestellt, wenn auf ihn in erster Linie abgehoben werden müßte. Der freiwillige Rechtsgehorsam der überwiegenden Mehrzahl hat die größere Bedeutung. Um ihn herbeizuführen, vereinigen sich altruistische, insbesondere ethische, Motive mit den unmittelbarer wirkenden der Selbstsucht, zu denen auch die Vorschriften der Klugheitsmoral und die Bequemlichkeitsmotive der Gewohnheit und Nachahmung gehören. Solche selbstsüchtige Beweggründe, namentlich die der feineren Art, werden auch noch wirksam, wo Beschränkungen auferlegt, Opfer gefordert werden. Der Rechtsgehorsam Ordnungstrieb zurückzuführenden Vorstellungen das unmittelbar treibende Motiv bilden.

¹⁾ Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung (Berlin, Fr. Vahlen 1912).

wird, wie Klein zusammenfassend sagt, „aus allen Stromgebieten des Zeitgeists und allen Bereichen der Kultur genährt“. Alle diese Motive können freilich nur insoweit sich geltend machen, als der Rechtsunterworfenen die Normen des Rechts, denen er gehorchen soll, kennt, und es entsteht daher die zweite, hier nicht weiter zu behandelnde Frage, wie es mit dieser Rechtskenntnis steht und wie, wo sie fehlt, Sitte und Volksmoral sie ersetzen können.

Rechtsgefühl und Ordnungstrieb werden von Klein nicht aufgeführt¹⁾. Unter die Motive höherer, nicht egoistischer Art, die er nicht näher untersucht, da es ihm vor allem darauf ankommt zu zeigen, daß sie nicht ausreichen, läßt sich der Ordnungstrieb sehr wohl einreihen. In gewissem Sinn macht er sich schon in dem Bedürfnis, der Gewohnheit zu folgen, geltend, das keineswegs ausschließlich auf das Bequemlichkeitsinteresse zurückzuführen ist²⁾.

Daraus, daß der Ordnungstrieb nur ein Element beim Aufbau der positiven Rechtsordnung und nur eines der Motive des Rechtsgehorsams bildet, ergibt sich, daß die Gefühle, die bei Störung dieser Ordnung hervorgerufen werden, regelmäßig keine bloßen Reaktionen des Ordnungstriebes, daß sie vielmehr zu

¹⁾ Auf das Rechtsgefühl kommt er nur in anderem Zusammenhang zu sprechen. Der Ordnungstrieb in der beschriebenen Fassung ist ihm offenbar nicht bekannt. Die Ableitung des Rechtsgehorsams aus einem Rechtstrieb oder Rechtsinstinkt lehnt er mit Recht ab.

²⁾ Als eine besonders interessante, mit dem Rechtsgehorsam zusammenhängende, Funktion des Ordnungstriebes könnte man auch noch anführen seine Einwirkung auf die Anerkennung illegitim entstandener Rechtsordnungen. S. darüber Belling, Revolution und Recht (Sozialphilosophische Vorträge und Abhandlungen, Verlag v. B. Silber in Augsburg 1923). Freilich wirken auch hier die verschiedensten Motive zusammen. Bei dem an sich Widerstrebenden spielen auch rationale Ueberlegungen vom Standpunkt des Selbsterhaltungstriebes aus eine bedeutende Rolle.

sammengesetzter Natur sind. Dabei kann von den allerdings die Regel bildenden Fällen, daß positives Recht und Rechtsideal übereinstimmen, noch ganz abgesehen werden. Auch wo der Inhalt des verletzten Rechtsatzes kein selbständig wertbetonter ist, der Rechtsatz lediglich als Bestandteil der gesamten Ordnung in Betracht kommt, sind meist noch weitere Interessen mitverletzt, andere Triebe, vor allem der Selbsterhaltungstrieb, in Mitleidenschaft gezogen. Dies trifft namentlich auch dann zu, wenn ein Rechts sicherheitsinteresse eingreift. Dadurch wird das Unlustgefühl bedeutend verstärkt, ohne daß es der Selbstbeobachtung immer gelingt, die Verbindung zu lösen und sich der verschiedenen Bestandteile bewußt zu werden. Immerhin gibt es Fälle, in denen die weiteren Interessen auscheiden oder ganz geringfügig sind. Hier ist es alsdann das bloße Bewußtsein der gestörten Ordnung, das das Unbehagen verursacht¹⁾.

Damit sind die Funktionen des Ordnungstriebes noch nicht erschöpft. Er macht sich auch im Inhalt der Rechtsnormen geltend durch den Drang zur grundsätzlichen, generellen Regelung. Nicht bloß bei der Gesetzgebung strebt man nach der Aufstellung möglichst allgemeiner Normen, sondern bei jeder Entscheidung sucht man nach Gründen und diese Gründe können nur in prinzipiellen Erwägungen liegen. Aus dem Ordnungstrieb erklärt sich das Gefühl des Unbefriedigtseins, das jeden befällt, — vielleicht mit Ausnahme einiger extremen Freirechtler, und auch bei ihnen möchte ich bezweifeln, ob sie es nicht im innersten Busen verbergen²⁾ — der ein rechtliches Urteil nicht begründen, sondern nur auf sein „Gefühl“ sich berufen kann. Die Regelbildung ist ihrerseits

¹⁾ Bei den meisten Menschen — Ordnungsjanatiker ausgenommen — wird freilich in diesem Falle das Unlustgefühl ein verhältnismäßig schwaches sein.

²⁾ Dies wird auch dadurch nicht widerlegt, daß einzelne Schriftsteller bei ihren Publikationen, in denen die verschiedensten Beispiele fehlerhafter Einzelentscheidungen gehäuft werden, den Ordnungstrieb wenig zu empfinden scheinen.

bedingt durch Wertungen und Zwecksetzungen. Die Werte und Zwecke selbst sucht man wiederum, soweit möglich, in ein Rangverhältnis zu bringen, sie einander über- und unterzuordnen. Ein abgestuftes, also nach Möglichkeit geordnetes, System von Wertungen wird z. B. vorausgesetzt, sobald im Recht der Vergeltungsgedanke zur Anwendung kommen soll¹⁾. — Jeder Regelbildung liegt sodann zugrunde das Prinzip, daß Gleiches gleich zu behandeln ist²⁾. Man wird dies für ein Gebot der Logik erklären³⁾. Allein die Uebertragung der logischen Kategorie der Gleichheit auf das Handeln läßt sich auch dann auf den Ordnungstrieb zurückführen, wenn man davon Abstand nimmt, diese selbst aus einem Trieb abzuleiten.

Mit den letzten Gedankengängen mußte schon das Gebiet der Rechtsvorstellungen betreten werden, die den Inhalt des Rechtsgefühls im kognitiven Sinn ausmachen. Indem wir uns diesem zuwenden, fragen wir nicht nach der tatsächlichen Wirksamkeit der Vorstellungen, die man auf das Rechtsgefühl zurückzuführen pflegt. Darüber, daß man auf Schritt und Tritt, auch bei scheinbar rein logischen Schlußfolgerungen der Juristen, der bewußten oder unbewußten Einwirkung des dem Einzelnen vorschwebenden Gerechtigkeitsideals begegnet, ist ja kein Zweifel⁴⁾. Sondern wir fragen: Gibt es ein natürliches Rechtsgefühl oder Rechtsbewußtsein, auf dessen sicheres Funktionieren man

¹⁾ Ich fasse das Wort in seiner weitesten Bedeutung, so wie in meiner Rede über die Gerechtigkeit S. 25 ff. dargelegt, nicht nur im strafrechtlichen Sinn. — Bekannt ist freilich, daß gerade bei der strafrechtlichen Vergeltung das Ordnen der Werte die größten Schwierigkeiten macht.

²⁾ Dabei entsteht freilich sofort die Frage, was denn wirklich gleich sei, die auf das Problem der Wertung zurückführt und an dieser Stelle nicht zu behandeln ist. Zu vgl. darüber meine Rede über die Gerechtigkeit S. 18, 19.

³⁾ S. meine Rede a. a. O.

⁴⁾ S. darüber Riezler a. a. O. S. 123 ff.

den Richter verweisen könnte, wie vor allen Dingen auf dem Gebiet des Privatrechts versucht wird? Welche Bewandnis hat es mit dem intuitiven Schauen, auf das man so vielfach Bezug nimmt? Welche Funktionen kommen diesem bei der Entwicklung der Vorstellungen zu, die das Rechtsbewußtsein ausmachen?

Zuerst gilt es, sich über den in so vielen Farben schillernden Begriff der „unmittelbaren Wahrnehmung“ oder „Intuition“ zu verständigen. Dabei kann es nicht Aufgabe sein, die Bedeutung des Worts in den verschiedenen philosophischen Systemen der neueren Zeit¹⁾ zu ergründen. Maßgebend ist die Verwendung des Begriffs innerhalb der Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Da genügt es, zwei Hauptbedeutungen zu unterscheiden. Einmal stellt man die Intuition in Gegensatz zu jedem zergliedernden und begriffsbildenden (diskursiven) Denken, versteht also das gesamte wortlose Denken und auch das sog. abgekürzte Denken darunter. Dieser weite und reichlich unbestimmte Begriff faßt viel zu Verschiedenartiges zusammen, um für die Zwecke der Rechtswissenschaft verwertbar zu sein. Er hat, wo er in unserer Frage verwendet wurde, keine Klarheit gebracht, vielfach zur Annahme einer Art mystischen Vorgangs geführt²⁾.

¹⁾ Es käme die Zeit von Schopenhauer und Schelling bis Husserl und Bergson in Betracht.

²⁾ Auf dem Boden eines der Bergson'schen Philosophie entnommenen Intuitionsbegriffs steht Geny: *Science et technique en droit privé positif*, I. Bd. (2. Aufl. 1922). S. 80, 84, 86, 132, 133, 143 ff., 183. Er beschreibt die Intuition als *une sorte de sympathie intellectuelle, destinée à procurer l'expérience intégrale* (S. 84, 183), bezeichnet dann allerdings selbst diese Bestimmung als *une notion métaphorique et un peu vague*. Dann sagt er von der neuen Philosophie (Bergson usw.): *elle prône le nom d'intuition un mode de connaissance plus subtil que l'intellect pur, qui s'installant au coeur même de la réalité, la pénétrerait pour ainsi dire du dedans, et se laissant emporter avec elle, la suivrait dans son incessant mouvement. Die Intuition trefte ein: avant la décomposition schématique, pour en diriger la conduite, et à la suite de cette opération, afin d'en concentrer les résul-*

Dagegen ist der engere Begriff unentbehrlich, unter dem man das Wahrnehmen innerer Seelenzustände und Seelenvorgänge, vor allem der eigenen Willenstendenzen, begreift¹⁾. Diese Wahrnehmung durch Selbstbesinnung oder Selbstbeobachtung ist von den andern Wahrnehmungen deutlich unterschieden²⁾. Sie vollzieht sich bei den Begehrensrichtungen an den diese anzeigenden Gefühlen³⁾. Dieser Begriff der Intuition soll der weiteren Untersuchung zugrund gelegt werden.

Geht man von ihm aus, so müssen gewisse Fälle ausgeschieden werden, die man häufig als Beweis für eine gefühlsmäßige Erkenntnis angeführt hat. Ich erinnere an das Beispiel des guten Juristen oder auch des in Rechtsdingen erfahrenen Laien, dem bei Vorlegung eines schwierigen Rechtsfalls sofort die richtige, nachher auch beweisbare, Entscheidung klar vor Augen steht, ohne daß er sich die Gesetzesparagrafen und sonstigen Daten, aus denen sie sich ergibt, im einzelnen zum Bewußtsein gebracht hat. Vielfach handelt es sich hier um rein intellektuelle Vorgänge, um einen Niederschlag von Erfahrungen im Gedächtnis, und um

tats sous un point de vue unitaire (S. 86). Und endlich: Au fond l'intuition nous apparaît comme une sorte de vue de l'esprit sur les choses prises dans leur complexité mouvante, et, pour ainsi dire, dans leur vie, sans effort de l'analyse, mais, bien plutôt, avec un effet tout inverse, tendant à maintenir sous un seul regard l'intégralité fuyante du réel. Die Intuition wird also auf außerhalb des Beobachters liegende Realitäten bezogen und es wird richtig hervorgehoben, daß man mit der begrifflichen Zergliederung den Dingen niemals ganz beikommen, namentlich sie nicht in der Bewegung erfassen kann (was vor allem beim Seelenleben zutrifft). Was für ein Vorgang aber bei der Intuition selbst vorliegt, bleibt doch dunkel, das ganze une notion un peu vague.

¹⁾ So H. Maier a. a. O. S. 308.

²⁾ Dies unbeschadet der Erkenntnis, daß wir auch bei der Wahrnehmung äußerer Objekte genau genommen immer nur den eigenen Seelenzustand wahrnehmen.

³⁾ S. oben S. 16 bei K. 1

die Fähigkeit, sich rasch und sicher in den verwickelten Verhältnissen des Falls und in dem Gedächtnischaos zurechtzufinden. Diese Fähigkeit ist nichts dem Juristen Eigentümliches, sie findet sich auf allen Lebensgebieten, beim Kaufmann und Industriellen, beim Arzt und Techniker, beim Staatsmann und Heerführer¹⁾. Sie beruht auf dem leichten Vollzug von Vorstellungsverbindungen und der übersichtlichen Ordnung des aufgespeicherten Vorstellungsmaterials²⁾. Mit dem Trieb- und Gefühlsleben hängt sie nur insofern zusammen, als die Triebrichtungen das Interesse bedingen und bei allen Menschen die Denkkoperationen am leichtesten vollzogen werden, die von einem lebhaften Interesse getragen sind. So kann es kommen, daß jemand ein guter Jurist ist, während seine Intelligenz auf anderen Gebieten, z. B. beim mathematischen oder naturwissenschaftlichen Denken, mehr oder weniger zu versagen scheint³⁾ 4). Jene intellektuelle Befähigung muß sich

1) Bei den Personen, von denen ein rasches und tatkräftiges Handeln auf Grund unsicherer und unvollkommen gegebener Voraussetzungen erwartet wird — die meisten der Genannten können in diese Lage kommen — hängt die Eignung für ihren Beruf freilich nicht allein von der intellektuellen Befähigung, sondern auch von der Entscheidungsfähigkeit, vom Charakter, ab. Immerhin ist das rasche Erkennen der verschiedenen Möglichkeiten und Chancen notwendige Voraussetzung.

2) Die Summe der Erfahrungen und die darauf gegründete Gesamtanschauung dienen auch als Warner gegenüber von Beweisführungen, die auf der isolierten Beachtung von Einzelheiten, z. B. einzelner Gesetzesätze beruhen. Hier sagt nach populärer Anschauung dem Richter oft sein „Rechtsgefühl“, daß das Resultat nicht richtig sein kann.

3) S. G. Rümelin über die Arten und Stufen der Intelligenz. Kanzlerreden S. 390 ff. ins bes. S. 393, 407, 408. Dasselbst werden freilich auch die verschiedenen Arten des Denkens besprochen und angenommen, daß in dieser Richtung verschiedene Begabungen vorliegen können, unter ausdrücklichem Hinweis auf die Mathematik.

4) Bei der Tatbestandsermittlung durch den Richter spielt allerdings die Fähigkeit zum naturwissenschaftlichen Denken eine nicht zu unterschätzende Rolle.

namentlich auch bewähren bei den abgekürzten Denkvorgängen, von denen das Leben beherrscht wird¹⁾. Diese bestehen nicht in einem unmittelbaren Wahrnehmen innerer Vorgänge, sondern darin, daß die einzelnen Elemente, auf denen das Urteil beruht, nicht alle in die Helle des Bewußtseins gerückt werden, die Vorstellungsassoziationen sich (so namentlich im Fall der Gewöhnung an die Verbindung) vielfach unbemerkt vollziehen.

Niemand wird es einfallen, in solch abgekürztem Denken eine Gewähr für die Richtigkeit erblicken zu wollen, so daß man den Richter im Ernst auf diese Art von sog. Instinkt verweisen könnte. Es wäre dies ungefähr daselbe, wie wenn man einem geübten Klavierpieler beim Primavistapiel sagen wollte, nur darauf los, dann wirds schon richtig werden, die gewöhnten Notenbilder werden schon ganz von selbst die erforderlichen Singerbewegungen auslösen. Man kann nur tatsächlich feststellen, daß solch abgekürztes Denkverfahren überall gehandhabt wird und unentbehrlich ist, sowie daß die Brauchbarkeit für das praktische Leben wesentlich davon abhängt, wie diese Fähigkeit beim Einzelnen ausgebildet ist.

Wenn man die geschilderten Denkvorgänge bei der Frage des gefühlsmäßigen Urteilens und Erkennens mit herangezogen, das abgekürzte Denken mit dem intuitiven gleichgesetzt und verwechselt hat, so hat dies darin seinen Grund, daß trotz der Möglichkeit logischer Scheidung im Leben die Vorgänge mit anderen erst noch zu untersuchenden, oft ununterscheidbar, ineinanderfließen²⁾.

¹⁾ Von abgekürztem Denken gerade in unserem Fall spricht Fr. K ü b l a. a. O. S. 13 fr. Klein a. a. O. S. 48. H. Maier a. a. O. S. 168, 179 und 303 unterscheidet zwischen abgekürztem und intuitivem Denken, und weist darauf hin, daß ersteres vor allem beim Urteilen auf Grund von Erinnerungsbildern stattfindet.

²⁾ Bei dem instinktiv sicheren Urteil des erfahrenen Richters handelt es sich in vielen, vielleicht den meisten, Fällen nicht um ein rasches Ueberschauen des Gesetzesinhalts, der nur in seinen Einzelheiten nicht

Es wurde bisher von Fällen ausgegangen, in denen die Erkenntnis sich auf äußere objektive Tatsachen, wie den Inhalt des Gesetzes, bestimmte Uebungsakte eines Rechtsfalles, oder eine Verkehrssitte und dergleichen bezieht. Nun ist es aber dem Richter in den wenigsten Fällen vergönnt, bei einem solchen rein kognitiven Denken stehen zu bleiben. Das ganze Recht beruht auf Wertungen von Interessen. Schon bei der Auslegung der Gesetze machen sich Wertungen geltend, sobald man nach dem vernünftigen Sinn der Gesetzesätze fragt, und ganz klar treten dieselben hervor, wenn der Richter nach Gerechtigkeit und Billigkeit urteilen soll, oder gar wenn an dem Gesetz Kritik geübt wird. Es ist eine umstrittene Frage, inwieweit in allen diesen Fällen Eigenwertungen eingreifen, inwieweit es sich um die Erkenntnis der Wertungen des Gesetzgebers oder Volksbewußtseins handelt. Jedenfalls aber sind auch die Fremdwertungen keine so sicher feststellbare Größen wie Gesetzesworte oder Uebungsakte. Um sie zu erkennen, muß man regelmäßig erst eine Eigenwertung vornehmen. Der Eigenwertung wird man sich aber, da ihr eine Bestimmtheit des eigenen Willens zugrund liegt, durch Intuition, oder wie man auch sagt, durch das Gefühl bewußt¹⁾. Auf dieser Tatsache beruht die Lebenskraft, die die Rechtsgefühlstheorien trotz aller gegen sie vorgebrachten Gründe, bis auf den heutigen Tag bewahrt haben.

Eine stattliche Zahl von Philosophen und Juristen hat sich bekanntlich mit aller Entschiedenheit gegen jede Begründung einer Entscheidung auf das Rechtsgefühl erklärt. Die Möglichkeit einer intuitiven Erkenntnis des richtigen Rechts wird geleugnet und

zum Bewußtsein gebracht wird, sondern um eine Erkenntnis der Interessenlage und der maßgebenden Wertungen. (S. u. S. 53.)

¹⁾ Gefühl in diesem Zusammenhang bedeutet dasselbe wie Intuition. Die auf Leibniz zurückgehende, jetzt allgemein verlassene Bestimmung des Gefühls als einer dunkeln, unbestimmten Vorstellung kann hier nicht in Frage kommen. Es wird ja wohl niemand das Recht in letzter Linie auf dunkle Vorstellungen zurückführen wollen.

es werden die Gefahren der Willkür und des Subjektivismus drastisch geschildert, die aus einer solchen Gefühlsjurisprudenz hervorgehen. Bekannt ist der epigrammatische Ausspruch *Jhering*: Nicht das Rechtsgefühl hat das Recht erzeugt, sondern das Recht das Rechtsgefühl¹⁾. Einer der schärfsten Gegner ist sodann *Rudolf Stamm*ler, der meint, was man vulgär Rechtsgefühl nenne, sei tatsächlich gar nichts anderes, als eine beliebig zusammengeraffte Kenntnis von Recht und gesellschaftlichem Leben und eine subjektive und zufällige Weise des Urteilens²⁾. Nur eine pfadfindende oder warnende Funktion wird gelegentlich von einigen dieser Schriftsteller dem Rechtsgefühl zuerkannt³⁾.

¹⁾ Zweck im Recht, Vorrede zur 1. Auflage S. XIV. Der Ausspruch kann sich natürlich nur auf das Rechtsgefühl als einen Komplex von Vorstellungen nicht auf die menschlichen Anlagen und Triebkräfte beziehen. Uebrigens wird *Jhering* auch als ein Musterbeispiel gefühlsmäßig urteilender Juristen aufgeführt, obwohl er trotz der Bemerkung auf S. 46 des Kampfs ums Recht theoretisch zweifellos als Gegner der Gefühlsjurisprudenz anzusehen ist. (S. meine Rede über *Rudolf v. Jhering* S. 71.)

²⁾ Rechtsphilosophie § 146, S. 299, 300. S. auch schon *Wirtschaft und Recht*, 3. Aufl., S. 271. Richtiges Recht S. 146 ff. Ähnlich ablehnend *J. Binder*, Rechtsphilosophie S. 775 ff. und Rechtsbegriff und Rechtsidee S. 211 Nr. 26. Ebenso *H. Maier* a. a. O. S. 730: das Rechtsbewußtsein keine Quelle der Kenntnis. 731: das Rechtsgefühl nichts den Rechtsnormen gegenüber Ursprüngliches. *E. Huber* a. a. O. S. 378 sieht zwar in der gefühlsmäßigen Rechtsfindung eine unvollkommene Stufe, erkennt aber eine solche aus dem Rechtsbewußtsein oder vernünftigen Bewußtsein an. Ablehnend auch *Berolzheimer*. Die Gefahren der Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart. Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 4 S. 895 (ohne näheres Eingehen); *H. Prager* in Archiv für hist. Philosophie Bd. 20 S. 306, 307; *Müller-Erzbach* in Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 73 S. 429—457 (gegen *Jung*); *Pontes de Miranda* a. a. O.

³⁾ *S. Lorenz Brütt*, Die Kunst der Rechtsanwendung § 6. Ähn-

Ihnen gegenüber steht nun aber eine große Masse von sog. Gefühlsjuristen, die, freilich in verschiedener Weise und mit verschiedener Begründung, dem Rechtsgefühl wesentliche Funktionen bei der Rechtsfindung und Rechtskritik nicht bloß de facto, sondern de jure zuweisen wollen. Es müssen mehrere Gruppen von Rechtsgefühlstheorien unterschieden werden, wenn auch einzelne Schriftsteller sich nicht mit Sicherheit in die eine oder andere einreihen lassen¹⁾.

Vielsach liegt die Vorstellung zugrund, daß es ein Naturrecht gebe, das auf einem dem Menschen angeborenen Sinn für das Rechte beruhe und das durch ein ebenso ursprüngliches Vermögen erkannt oder geschaut werden könne. Im einzelnen ist auch innerhalb dieser Gruppe die Gedankenentwicklung verschieden. Die einen denken sich das Naturrecht als ein von Gott gesetztes, als ein jus divinum, das unmittelbar geoffenbart sein kann, wie im Dekalog oder in den Worten Christi oder eines seiner Apostel, im übrigen aber dem Menschen als unverlierbarer Besitz in die Seele gelegt ist. Dies ist die Anschauung des Mittelalters²⁾, die auch heute noch in der katholischen Rechtsphilosophie festgehalten wird und in dem Bewußtsein eines großen Teils unseres Volkes fortlebt³⁾. Oder aber es wird von dieser theologischen Begründung Abstand genommen, und nur eine allen Menschen gemeinsame Anlage zugrund gelegt, die das Recht,

sich wohl der Standpunkt von E. Fuchs, *Jur Kulturkampf* S. 37 ff. S. auch Dehnow, *Wesen und Wert des Rechtsgefühls*, *Arch. f. syst. Philosophie* Bd. 20 S. 90 ff.

¹⁾ Nicht ganz deutlich ist z. B. wie sich Wüstendorfer im *Arch.* Bd. 110 S. 223 ff., das „sozialwissenschaftlich geklärte Rechtsgefühl des Richters“ denkt. Möglich, daß ihm überhaupt nur eine auf Lebensverhältnisse und Interessen bezogene kognitive Tätigkeit vor-schwebt.

²⁾ S. Friß Kern a. a. O. (S. oben S. 20 II. 4.)

³⁾ Eine Hauptstütze bilden die Worte des Paulus in Römer II 14, 15, obwohl sie sich zunächst auf das Sittengesetz beziehen.

das sie selbst hervorbringt, auch zu erkennen vermöge¹⁾. Je nachdem man sich dieses Erkennen als kognitiven Denkprozeß oder als ein intuitives vorstellt, nennt man das Vermögen dazu Vernunft²⁾ oder Gefühl. Zwischen den verschiedenen Vorstellungskreisen gibt es alsdann noch mehr oder weniger klar ausgedachte Mischungen. Von Gefühlsjurisprudenz wird man bei diesem natur- oder vernunft-rechtlichen Ausgangspunkt nur da reden können, wo der Erkenntnisvorgang als eine dem zergliedernden Verstand unzugängliche, nicht weiter begründbare Gewißheitsvorstellung aufgefaßt wird. Das Naturrecht braucht also keineswegs zur Gefühlsjurisprudenz zu führen. Es finden sich daher auch unter seinen Anhängern entschiedene Gegner derselben, wenn auch der Kampf der Naturrechtler sich in erster Linie gegen die andere, sofort zu schildernde, Art von Gefühlsjurisprudenz richtet.

Auf ganz anderem Boden steht die Gruppe der Subjektivisten

¹⁾ Zu dieser Auffassung gelangen vor allem die schon oben besprochenen Theorien vom angeborenen Rechtstrieb oder Rechtsfinn. (S. d. oben S. 16 N. 2 Sitierten), ferner G. de l'Vecchio: del sentimento giuridico, Rom 1908. E. Huber, der einen Rechtstrieb nicht kennt, schreibt dem vernünftigen Bewußtsein eine solche Funktion zu. Ferner gehört hierher doch wohl auch K. Schneider: Die ursprüngliche Grundlage des richterlichen Urteils, das Rechtsgefühl, Zeitschr. für Zivilprozeß, Bd 41, S. 294—329, der zwar zunächst das Rechtsgefühl nur Pfadfinder und Leitstern nennt, was in gewissem Sinn (s. u.) richtig ist, dann aber doch eine wunderbare Gabe (entsprechend dem Daimonion des Sokrates, Schneider zitiert nur Goethe) annimmt, der dazu führe, ohne bewußte Begründung, gleichsam schauend, eine gerechte Grenze zwischen zwei sich widerstrebenden Interessen zu finden. Die Ausführungen Schneiders zeichnen sich nicht durch große Klarheit aus.

²⁾ Riezler im Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 17 S. 264 ff. will zwischen Naturrecht und Vernunftrecht danach unterscheiden, ob das Rechtsgefühl oder die Vernunft zum Ausgangspunkt genommen werde. Ich halte diese Unterscheidung nicht für zutreffend.

und Relativisten, die, zumeist der freirechtlichen Richtung zugehörig, eine nicht zu unterschätzende Macht darstellen¹⁾). Ihnen allen gemeinsam ist die Ablehnung eines objektiv feststehenden Natur- oder Vernunftrechts. Sie gehen davon aus, daß die Wertungen, auf denen in letzter Linie das Recht beruht, Gefühlsache seien und bei dem rein persönlichen und subjektiven Charakter aller Gefühle ein objektiver Maßstab überhaupt nicht gefunden werden könne. Deshalb bleibe — das ist die notwendige Konsequenz dieser Auffassung —, wo es an gesetztem Recht fehle, gar nichts anderes übrig, als den Richter oder Rechtsuchenden auf sein subjektives Werturteil, also auf sein Gefühl, zu verweisen. Vor allen Dingen suchen diese Gefühlsjuristen ihre Position durch den Nachweis zu stärken, daß die Begründung der Urteile auf an-

¹⁾ In erster Linie sind wohl zu nennen, H. U. Kantorowicz zur Lehre vom richtigen Recht (Berlin und Leipzig, W. Rothschild) S. 23 ff. und G. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie (Quelle v. Mayer, Leipzig 1914) S. 24 ff. Ferner S. v. Caun (Leipzig und Wien 1910) S. 6 ff. Felix Somló, Maßstäbe zur Bewertung des Rechts. Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 3 S. 308—522, mit einer später zu besprechenden Modifikation. Dazu die von Radbruch a. a. O. S. 24 Nr. 22 zitierten, von denen allerdings G. Jellinek zweifelhaft erscheint. Auch der Standpunkt von G. Rümelin (jun.) in seiner Rede über Werturteile und Willensentscheidungen liegt in dieser Richtung. Nicht sicher ist, ob man E. Jung, Rechtsregel und Rechtsgewissen, Arch. f. civ. Pr., Bd. 118 S. 1 ff., hierher zählen darf. Er hebt sehr energisch auf der einen Seite die rein subjektive Gültigkeit der betreffenden Urteilsakte hervor (auch das Wort Rechtsgewissen deutet schon darauf hin), stellt aber bei seiner für die ganze Untersuchung wesentlichen Begriffsbestimmung des Unrechts darauf ab, was in einer gegebenen Gemeinschaft als Unrecht gilt. („Was die Gewaltanwendung des (sc. verletzten) Genossen hervorrufen kann, ohne daß die andern das als eine Kündigung der Gemeinschaft auffassen“) (S. 72). In den früheren Arbeiten Jungs trat die subjektivistische Seite weniger hervor. (S. meine Billigkeit im Recht S. 18 II. 1.)

gebliche Vernunftermägungen, oder auch auf herrschende Anschauungen, meist bloßer Schein sei, tatsächlich doch nach dem subjektiven Gefühl entschieden werde, daß die Begriffe Billigkeit, Treu und Glauben und gute Sitten keine objektiven Maßstäbe bieten, und daß selbst bei der Auslegung der Gesetze, z. B. bei allen Analogiefragen, die subjektive Wertung in Wahrheit die entscheidende Instanz sei.

Damit hängt auch eine eigentümliche Terminologie zusammen, die Ernst Fuchs aufgebracht hat¹⁾. Er bezeichnet als Gefühlsjuristen gerade diejenigen, die nur scheinbar auf die Gesetzesparagraphen und die daraus abgezogenen Begriffe sich berufen, in Wahrheit das Urteil auf ihren Instinkt oder ihr Rechtsgefühl gründen, das sie meistens nicht als eine lediglich subjektive Wertung sondern als eine dem guten Juristen innewohnende Erkenntnisfähigkeit aufzufassen pflegen. In erster Linie hat er diese Juristen, zu denen vor allem Bähr und Kohler gerechnet werden, Kryptozoziologen getauft, aber diese identifiziert er alsdann mit den Gefühlsjuristen. Er hält (wohl mit Recht) diese Kryptozoziologie deshalb für besonders gefährlich, weil eben gerade infolge der zur Schau getragenen Theaterwissenschaft das Augenmerk von dem in Wahrheit zugrund liegenden unwissenschaftlichen Verfahren abgelenkt werde und so die irreführenden subjektiven Einflüsse persönlicher Erfahrungen, eigener Interessen, der Befangenheit in Berufsanschauungen, Klassen- und Standesvorurteilen, unbeachtet bleiben und damit der Willkür Tür und Thor geöffnet werde. — Man kann nun zwar alle diejenigen, die tatsächlich, sei es nach subjektiven Wertungen, sei es nach Vorstellungen, über die sie sich keine Rechenschaft geben, urteilen, Gefühlsjuristen oder geheime Gefühlsjuristen nennen. Im Sinn einer wissenschaftlichen Theorie sind es natürlich nur die, die bewußt sich zu irgendeiner Art von Rechtsgefühl bekennen. Das ist bei einem Teil der sog. Kryptozoziologen der Fall,

¹⁾ Jur. Kulturkampf S. 37 ff.

bei einem anderen Teil nicht. Willkürlich ist es aber unter allen Umständen, den Ausdruck nur auf die und auf alle die zur Anwendung zu bringen, die eine in Wahrheit nicht stichhaltige begriffsjuristische Begründung vorbringen, während sie in Wirklichkeit, möglicherweise unbemerkt, „nach dem Gefühl“ entscheiden.

Allen heimlichen Gefühlsjuristen gegenüber ist natürlich der Nachweis möglich, daß die Begründungen, die sie geben, haltlos sind. Und weiter kann man aufzudecken suchen, welche Erwägungen, unter Umständen Vorurteile, wirklich maßgebend waren. Eine weitere prinzipielle Auseinandersetzung ist ausgeschlossen, da sie ja keine Theorie des Rechtsgefühls aufstellen.

Zu einer letzten Gruppe, bei der übrigens die Bezeichnung Gefühlsjurisprudenz nicht mehr streng zutreffend ist, könnte man die Juristen zusammenfassen, die das Rechtsgefühl nur als Pfadfinder, Wegmacher, Leitstern, Warner u. dgl. gelten lassen wollen. Darunter kann man sehr Verschiedenes verstehen. Die Ausdrücke werden von solchen gebraucht, die an ein intuitives Erschauen des richtigen Rechts glauben, also der ersten Gruppe zuzurechnen sind¹⁾ und von solchen, die das Gefühl als erkenntnistheoretische Grundlage von Entscheidungen bestimmt ablehnen und insofern zu den Gegnern der Gefühlsjurisprudenz gehören²⁾. Diese beruhigen sich einfach bei dem Bilde und machen sich keine weiteren Vorstellungen über diese Funktion des Rechtsgefühls. Einen guten Sinn erhalten jedoch diese Wendungen, wenn sie in Zusammenhang mit der Interessenjurisprudenz treten und andeuten wollen, daß die Gefühle auf die verletzten Interessen hinweisen und so die erforderliche, methodologisch richtige, Interessenwertung veranlassen³⁾. Damit wird

¹⁾ So z. B. K. Schneider. S. o. S. 46 N. 1.

²⁾ So Brütt. S. o. S. 44 N. 3 und wohl auch J. Breuer: Der Rechtsbegriff auf Grundlage der Stammlerschen Sozialphilosophie S. 17—20.

³⁾ Ich möchte annehmen, daß dieser Gedankengang etwa dem von E. Sußa, a. O. entspricht. Bei Ph. Heß, Gesetzesauslegung und Rümelin, Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein.

jedoch in Wahrheit das Rechtsgefühl als Grundlage der Entscheidung abgelehnt¹⁾.

Wir wenden uns zunächst zu der naturrechtlichen Gefühlsjurisprudenz. Eine Frage des Glaubens nicht der wissenschaftlichen Erkenntnis ist, ob es eine ausdrückliche wörtliche Offenbarung göttlichen Rechts gibt, so daß bestimmte Bibelstellen wie Gesetze aufzufassen und auszulegen wären. Sie berührt das Rechtsgefühl nicht. Nur da besteht ein Zusammenhang mit der Lehre vom gottgewollten Recht, wo eine sogenannte innere Offenbarung angenommen wird in dem Sinne, daß Gott, gleichsam durch Inspiration, dem Menschen die als Gefühl bezeichnete unbedingte Gewißheit schaffe, wie er zu handeln habe. Dabei ist von den Inspirationen des gottbegnadeten Genies, den Gesichten der Propheten, den Stimmen der heiligen Johanna und all dergleichen abzusehen. Denn derartige Offenbarungen, die ihm ein bestimmtes Handeln in einem gegebenen Fall vorschrieben²⁾, hat der gewöhnliche Sterbliche, der im Rechtsleben zu handeln, zu richten und Normen aufzustellen hat, zweifellos nicht. Für ihn kommen vielmehr, wie gelehrt wird, nur gewisse oberste Wertungen, man mag sie Ideen nennen, als von Gott eingegebene in Frage, von denen kein Weg zu einer ebenso unmittelbaren Erkenntnis der einzelnen Rechtsgrundsätze führt. Die theologisch ausgerichtete Rechtsphilosophie hütet sich im allgemeinen, einzelne Rechtseinrichtungen und Rechtsätze mit einer solchen inneren Offenbarung in Zusammenhang zu bringen. Sie nimmt an, daß das Menschenwerk und somit allen Mängeln und Irrtümern eines solchen aus-

Interessenjurisprudenz S. 242 ff., mag er auch mit anklagen. Daneben aber wird eine nicht näher bestimmte intuitive Grundlage des Urteils angenommen, über die man nicht hinauskomme.

¹⁾ Auf den richtigen Kern, der in dieser Auffassung liegt, wird noch (am Ende der Abhandlung) zurückzukommen sein.

²⁾ Wobei unter Umständen die Eingebungen des Genies in Halluzinationen projiziert werden. (S. B. Shaw, St. Joan, Preface, Tauchnitz ed. S. 19 ff.)

gesetzt sei. Daraus folgt, daß die Vorstellungen, die der Einzelne sich in Beziehung auf konkrete Rechtsfälle bildet, nicht den Anspruch auf unmittelbare Gewißheit erheben können. Das einzige was möglich bleibt, ist der mit den gewöhnlichen Mitteln der Logik zu erbringende Nachweis, daß ein bestimmtes Ergebnis mit jenen höchsten gotteingegebenen Werten im Einklang oder Widerspruch stehe. Somit läßt sich eine Rechtsgefühlstheorie, die von der Annahme eines intuitiven Schauens der richtigen Entscheidung im Einzelfall ausgeht, auf diesen Ausgangspunkt nicht stützen und nur die Frage bleibt offen, ob nicht jene höchsten von Gott eingegebenen Wertungen, die innerlich geschaut werden, sich bei allen Urteilen in rechtlichen Dingen Geltung verschaffen müssen. Zu einem solchen Standpunkt kann man, wie wir sehen werden, auch noch auf anderem Weg gelangen.

Bei den nicht religiös gestützten naturrechtlichen Gefühlstheorien ist das Ergebnis ein ähnliches. Ihre Begründung läßt freilich oft viel zu wünschen übrig. Abgesehen davon, daß die ihnen meist zugrundeliegende Annahme eines besonderen Rechtsinnes eine unwissenschaftliche und in der Luft stehende Hypothese ist¹⁾, bestehen auch gegen die Verwertung des beobachteten Tatsachenmaterials die größten Bedenken.

Wenn man sich auf das instinktiv sichere Urteil des rechtsunkundigen Mannes aus dem Volke und auf das Rechtsgefühl der Kinder beruft, bei denen sich schon sehr früh Rechts- und Gerechtigkeitsvorstellungen entwickeln²⁾, so ist offensichtlich, daß beides für den Beweis eines sog. natürlichen Rechtsgefühls nicht verwertet werden kann, schon deshalb nicht, weil neben den Fällen zutreffender Beurteilung zahllose andere stehen, in denen das Rechtsempfinden gröblich geirrt hat, zum Teil auf ganz einseitigen und oberflächlichen Erwägungen beruht. Wo der ungebildete Laie, der Mann aus dem Volke, sich auf

¹⁾ S. o. S. 25 ff.

²⁾ S. Schneider a. a. O., B. 41 S. 304. Beispiele weiter bei Kübi a. a. O. S. 131 ff.

sein Rechtsgefühl beruft, da urteilt er auf Grund seines Erfahrungswissens weniger vom Recht als von den Lebensverhältnissen und auf Grund von Werturteilen, die aus seinen sittlichen Ueberzeugungen¹⁾ fließen. Diese Ueberzeugungen sind ihm, mindestens zum ganz überwiegenden Teil, durch Schule, Religionsunterricht, häusliche Erziehung und Umgebung überliefert²⁾. Persönliche Erlebnisse können modifizierend einwirken. Der Glaube an eine untrügliche Gewißheit wird sich vor allem da einstellen, wo an den überkommenen Vorstellungen keine Kritik geübt wird, wo sie in Fleisch und Blut übergegangen sind. Gerade die Naivität, die Kritiklosigkeit ist es, die das Urteil des Laien, mag er sich nun auf sein Rechtsgefühl oder seinen gesunden Menschenverstand berufen, so sicher macht. Wenn unter Umständen das Laienurteil dem des Berufsrichters überlegen erscheint, so rührt dies, soweit man von der möglicherweise vorhandenen, größeren intellektuellen Befähigung absieht, daher, daß er die Lebensverhältnisse und Interessenlagen, die zur Beurteilung stehen, besser überblickt, was vor allem dann der Fall sein wird, wenn er in dem Kampf der Interessen selbst mitten drin steht³⁾. Dies gibt ihm vor dem unpraktischen oder durch Begriffsjurisprudenz verbildeten Juristen einen Vorsprung⁴⁾.

¹⁾ Die Gefühlsbetonung der ethischen Ueberzeugungen führt dazu, daß man gerade da, wo diese für die Entscheidung maßgebend sind, von Rechtsgefühl spricht, während man, wenn die praktische Lebenserfahrung entscheidet, den „gesunden Menschenverstand“ heranzuziehen pflegt, objektiv auch von einem Entscheiden nach der Natur der Sache spricht. S. meine Münchener Vorträge civ. Arch. N. F. Bd. 2 S. 306. Bezüglich des Begriffs „sittlich“ verweise ich auf meine dortigen Ausführungen S. 308 und auf Fr. Klein, Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams S. 42 ff.

²⁾ Die Frage der Vererbung solcher Vorstellungen kann unerörtert bleiben.

³⁾ S. meine Vorträge über Gesetz usw. im civ. Arch. N. F. Bd. 2 S. 305.

⁴⁾ Gegenüber dem Begriffsjuristen hat er auch den Vorzug unbewußt angewandter richtiger Methode.

Läßt sich demnach weder das subjektive Gewißheitsgefühl des Laien noch die häufig beobachtete Richtigkeit der Laienentscheidungen als Beweismittel gebrauchen, so scheidet das Rechtsgefühl der Kinder erst recht aus. Die Entwicklung gewisser Rechtsvorstellungen über Mein und Dein, über Schuld und Strafe, über die Befugnisse der dem Kind gegenüber tretenden Autoritäten und deren Abgrenzung¹⁾ erklären sich ohne weiteres aus den Einflüssen der Erfahrung und Erziehung, die Gerechtigkeitsvorstellungen der Gleichheit und der richtigen Würdigung von Schuld und Verdienst aus dem allerdings auch beim Kind vorhandenen Ordnungstrieb und aus den ihm eingepprägten sittlichen Wertungen²⁾.

Wie steht es aber mit dem viel gepriesenen „Rechtsgefühl des guten Juristen“ in den Fällen, in denen es sich nicht um ein Erkennen äußerlich gegebener Tatsachen handelt? Unzweifelhaft kommt es nicht selten vor, daß von einem Richter bei einer Entscheidung, für die er keinen unmittelbaren Anhalt im Gesetz hat, oder von einem Staatsmann bei einem Gesetzgebungsakt eine Lösung gefunden wird, die sofort jedermann einleuchtet, ohne daß er erst durch Darlegung der Gründe, die vielleicht nicht einmal dem Urteilenden oder Verfügenden selbst bewußt waren, überzeugt werden müßte. Bei genauerem Zusehen wird man finden, daß der psychische Vorgang hierbei sich aus zwei verschiedenen Bestandteilen zusammensetzt, einmal aus einer, möglicherweise in abgekürztem Denkakt³⁾ gewonnenen, jedenfalls auf Erfahrung beruhenden Einsicht in die Lebensverhältnisse und Interessenlagen, und weiter aus einem Erfassen der allgemeinen Wertung der in Frage stehenden Interessen. Dem ersten Denkvorgang kommt eine ganz grundlegende Bedeutung

¹⁾ S. die von Schneider und Kübl angeführten Beispiele.

²⁾ S. auch Riezler a. a. O. S. 38, 39). Die Vergeltungsvorstellung tritt, wie die am meisten gebrauchten Beispiele zeigen, beim Kinde wohl noch stärker hervor als der Gleichheitsgedanke.

³⁾ S. o. S. 40 ff.

zu¹⁾. Denn ist einmal die Interessenlage richtig erkannt, so ist vielfach auch die „blikartige Erleuchtung“ bezüglich der Entscheidung vorhanden, weil über die Interessenwertung gar keine Zweifel bestehen²⁾. Bei dem 2. Akt liegt kein rein kognitives Denken mehr vor. Der Urteilende nimmt seine eigenen Wertungen, d. h. seine Willensbestimmtheiten, intuitiv wahr, und nun stimmt in unseren Fällen tatsächlich die eigene Wertung mit der allgemeinen überein. Dies wird um so sicherer der Fall sein, je genialer die Persönlichkeit des betreffenden Richters oder Staatsmanns ist. Gilt es ja doch geradezu als ein Kennzeichen des Genies, daß es die Bedürfnisse und grundlegenden Anschauungen seiner Zeit richtig zu erfassen vermag³⁾.

Die Übereinstimmung kann sich bei der Rechtsfindung auf die Interessenlagerung, so wie sie gerade vorliegt, beziehen. Dies ist eine überaus häufige Erscheinung. Die Erfahrung zeigt, daß

¹⁾ Das hebt mit Recht Müller-Erzbach (Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 73 S. 429—451) gegenüber den Ausführungen Jungs in seinem „Problem des natürlichen Rechts“ hervor. Freilich sind seine Beispiele nicht alle glücklich gewählt und wird nicht genügend zwischen kognitivem Erkennen und Werten unterschieden.

²⁾ Die Wertung kann unter Umständen in kognitivem Denkkakt erkannt werden. Sie kann sich aus dem Gesetz oder aus der Beobachtung der allgemeinen Anschauungen auch da ergeben, wo es sich um eine erst zu entwirrende Verschlingung mannigfacher anerkannter Interessen handelt. Dabei spielt die Rechtserfahrung eine höchst bedeutsame Rolle. In der Mehrzahl der Fälle allerdings wird der sofort zu schildernde Wertungsakt einzusetzen haben.

³⁾ Man könnte dagegen einwenden, daß das Genie sich auch im Betreten ganz neuer Bahnen, in einer „Umwertung aller Werte“ kundtun kann. Allein auch hier dürfte es sich im Grunde genommen um das Erkennen schon latent vorhandener Wertungen handeln. Von unserem Ausgangspunkt liegen übrigens diese Fälle weit ab. Denn solche Umwandlungen vollziehen sich nicht in einer den Zeitgenossen sofort einleuchtenden Weise. Sie entfesseln immer zunächst einen Kampf der Meinungen.

man sich unter Umständen leicht über eine konkrete Wertung einigt, während man in grundsätzlichen Anschauungen auseinandergeht. Man denke sich, daß die Interessen a, b u. c den Interessen x u. y gegenüberstehen. Da werden alle, die auch nur einem der 3 zuerst genannten Momente eine überragende Bedeutung zuerkennen, darin einverstanden sein, daß zugunsten der Interessengruppe a b c entschieden wird¹⁾. Darauf beruht die Durchführbarkeit des Billigkeitsrechts²⁾, und damit hängt auch der oft gelehrte und gewiß richtige Satz zusammen, daß das Rechtsgefühl sich am einzelnen Fall zu orientieren pflegt³⁾. —

¹⁾ Bei dem 1. Beurteiler würde z. B. x die beiden Interessen a und b überwiegen aber c ist ihm wiederum wichtiger als x. Ein zweiter Beurteiler schlägt x niedrig an, aber auf y legt er großen Nachdruck. Dieses aber wird durch a übertrumpft (usw. in den verschiedensten Kombinationen). Es kann natürlich auch sein, daß nur a b und c zusammen das Uebergewicht herstellen.

²⁾ Im Sinn des Hinweises auf angemessene Fallentscheidung. (S. meine Rede über die Billigkeit im Recht S. 46 ff.). Die Unentbehrlichkeit dieses Billigkeitsrechts ist in der Unmöglichkeit begründet, die verschiedenen Interessenkombinationen und -kollisionen im voraus zu übersehen.

³⁾ Die Anschaulichkeit der konkreten Interessenlage wirkt als Reiz auf die Triebeanlagen, aus denen die Wertungen entspringen, und veranlaßt so die Wertvorstellungen und Werturteile. Diese bleiben an dem konkreten Fall haften, wenn man für diesen zu einer Entscheidung gelangt, bei der man sich beruhigen kann. Daß dies so häufig zutrifft, hat gerade darin seinen Grund, daß hier vielfach eine Interessenkonkurrenz vorliegt, die unter allen Umständen durchschlägt. — Für mißverständlich halte ich die Wendung, die Riezler (a. a. O. S. 87) gebraucht, das Rechtsgefühl dränge erfahrungsgemäß nach möglichster Individualisierung. Zu den intuitiv wahrgenommenen Werten gehört auch die Rechtsicherheit, und das Rechtsicherheitsinteresse drängt auf Regelbildung. Nur soweit man dieses außer Ansatz läßt und lediglich die im Streit liegenden Sonderinteressen ins Auge faßt, wünscht man zunächst frei zu sein von abstrahierenden, die konkrete Interessenlagerung nicht berücksichtigenden, Regeln.

Es kann freilich auch sein, daß man in Beziehung auf allgemeine Wertungen einig ist, aus denen die konkrete erst abgeleitet werden muß.

Ob es hinsichtlich der Übereinstimmung mit andern ebenfalls ein unmittelbares intuitives Wahrnehmen gibt, könnte zweifelhaft erscheinen. Unbestreitbar ist wohl, daß die Vorstellung mit wahrgenommen wird, die Wertung sei nichts dem Urteilenden allein Zugehöriges, sondern etwas Gemeinsames. Dieses Bewußtsein ist in den Urteilen „schön, gut, recht“ ohne weiteres enthalten¹⁾. Es ist auch wohl möglich, daß in diesem Gemeinsamkeitsbewußtsein eine Art Gattungsinstinkt sich geltend macht. Man muß nur, wenn man dies zugibt, annehmen, daß mit der fortschreitenden Differenzierung der Individuen, wie sie die Kultur mit sich bringt, jener Instinkt mehr und mehr sich abschwächt. Jedenfalls ist beim Kulturmenschen in bezug auf dieses Übereinstimmungsbewußtsein entfernt nicht mehr die Sicherheit vorhanden wie bei der Wahrnehmung der eigenen Willensbestimmtheiten²⁾. Man weiß ja auch aus der Erfahrung, daß die Interessenwertungen bei den Einzelnen sehr verschieden ausfallen, weil heutzutage die Begehrensrichtungen individuell äußerst mannigfach abgestuft und gemischt sind. Man weiß vor allem, daß in so und so vielen grundjährlichen Wertungsfragen Parteimeinungen und Weltanschauungen einander gegenüberstehen. Außerdem zeigt uns die Beobachtung der eigenen Seelenvorgänge, daß auch in Beziehung auf die Eigenwertungen

¹⁾ S. H. Maier a. a. O. S. 771, 774 ff.

²⁾ So in bezug auf die Einzelwertungen. Auf anderem Boden steht das Übereinstimmungsbewußtsein bezüglich der gleichmäßigen Tendenz des Persönlichkeitswillens. (S. H. Maier a. a. O. S. 775, 776). — Zu vergleichen zu der im Text behandelten Frage ist auch Nießsche, Menschliches und Allzumenschliches, 1. Bd., 8. Hauptstück. Aphor. 459: Wir haben kein herkömmliches Rechtsgefühl mehr, deshalb müssen wir uns Willkürrechte gefallen lassen, die der Ausdruck der Notwendigkeit sind, daß es ein Recht geben müsse.

keineswegs immer ein Gefühl der Sicherheit vorhanden ist. Wo verschiedene Triebrichtungen und die daraus erzeugten Vorstellungen im Kampf miteinander liegen und es dem Ordnungstrieb noch nicht gelungen ist, ein festes Rangverhältnis herbeizuführen, da wird Unsicherheit und Schwanken wahrgenommen. In allen diesen Fällen kommt man mit der Intuition nicht weiter. Wo Zweifel über die Uebereinstimmung mit anderen entstehen, muß eine Nachprüfung auf dem Weg der gewöhnlichen Ermittlung äußerer Tatsachen stattfinden und wo die Nichtübereinstimmung festgestellt ist, oder wo Bedenken in der eigenen Brust obwalten, hat eine Zweckbetrachtung unter der Leitung des Ordnungstriebes einzusetzen¹⁾. Besteht ein Kampf der Meinungen über Zwecke und Wertungen, so wird man zunächst versuchen, höhere Zwecke ausfindig zu machen, über die die streitenden Teile einig sind, und durch Schluß vom Zweck auf das notwendige Mittel zu einer Lösung zu gelangen. Schließlich sucht man durch Befinnung auf die letzten Aufgaben des menschlichen Lebens das Ziel zu erreichen.

Die rationalen naturrechtlichen Gefühlstheorien gehen nun — und darin liegt ihr innerster unangreifbarer Kern — ebenso wie die Lehre vom göttlichen Recht von dem Glauben aus, daß die höchsten Zwecke des menschlichen Lebens irgendwie objektiv bestimmt sein müssen. Dieser Glaube entspringt einem tief gefühlten Bedürfnis der menschlichen Seele unabhängig vom Bekenntnis zu einer bestimmten Religion. Er führt zu der Auffassung, daß es ein objektiv bestimmtes sittliches Ideal²⁾ geben müsse, das zu erkennen und dem zuzustreben dem Menschen als Aufgabe gesetzt ist, und indem man sich die Ziele des

¹⁾ Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß es nur in diesen Fällen zu einer bewußt teleologischen Betrachtung komme. Glücklicherweise ist man sowohl bei der Gesetzgebung als bei der Rechtsprechung vielfach in der Lage, gleich von vornherein mit einer solchen zu beginnen.

²⁾ R. Stammeler spricht in seinen verschiedenen Werken von einem sozialen Ideal.

Rechts als von dem sittlichen Ideal abhängig denkt, kommt man zu demselben Ergebnis auch für die Rechtsidee und das Rechtsideal¹⁾. Im Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl wird man sich nun das Streben nach dem Ideal enthalten denken, und — auch das ist ein Glaube — darauf vertrauen, daß die Wertvorstellungen, die auf Grund dieses Strebens, sei es dauernd, sei es zu den verschiedenen Zeiten verschieden, aber jeweils übereinstimmend, entwickelt werden, in der Richtung des objektiv gesetzten Ideals liegen²⁾.

Freilich erhebt sich sofort die Frage: wie steht es denn mit diesen Idealen in der rauhen Wirklichkeit? Kann man zu einer Rechtsidee gelangen, aus der sich das richtige Recht in irgendeiner Einzelfrage ableiten ließe³⁾. Gibt es solche übereinstimmende Wertvorstellungen wenigstens in zeit- und ortbedingter Weise, gibt es ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt?

An dieser Stelle setzt die Gefühlsjurisprudenz der Relativisten ein mit ihrem »de gustibus non est disputandum«, d. h. „es ist keine wissenschaftlich begründete Entscheidung hinsichtlich der grundlegenden Wertungen möglich“⁴⁾. Dabei ist man sich, zwar nicht immer aber doch meist, wohl bewußt, daß man zu einem

¹⁾ Von Rechtsidee spricht man, solange man nur die Funktion das Rechts im Dienste des sittlichen Ideals zu bestimmen sucht, von Rechtsideal, wenn man an einen bestimmten Inhalt denkt.

²⁾ Darüber hinausliegende Vorstellungen, wie die Annahme, daß das Ideal unmittelbar geschaut werden könne, daß speziell ein Rechtsinn oder Rechtsinstinkt bestehe, der Recht und Unrecht zu unterscheiden vermöge, führen ins Mystische und sind wissenschaftlich nicht mehr diskutierbar.

³⁾ Sowohl Stammeler wie Binder (in seiner Rechtsphilosophie) lehnen dieses ausdrücklich ab. Nur sucht bekanntlich Stammeler sog. „Grundsätze des richtigen Rechts“ aufzustellen, die aus dem sozialen Ideal abgeleitet sein und aus denen Einzelentscheidungen, und zwar für alle Zeiten richtige, sich ergeben sollen.

⁴⁾ Die Aufgabe der Wissenschaft kann nach dieser Auffassung nur bestehen in dem Nachweis der erforderlichen Mittel für vorausgesetzte

unerfreulichen Ergebnis kommt, einen Verzicht ausspricht. (Am übelsten ist es, wenn man den zur Entscheidung gezwungenen Richter auf sein subjektives Werturteil verweisen muß. Bei der Gesetzgebungskritik mag ruhig jeder seiner Ueberzeugung Ausdruck verleihen, denn bei dem eventuellen Gesetzgebungsakt wird ja doch die Diagonale der vorhandenen Kräfte sich ergeben.) Aber man glaubt eben zu einem solchen Verzicht genötigt zu sein. In der Tat wird sich auch der relativistische Standpunkt, zunächst einmal rein praktisch gedacht nicht ganz vermeiden lassen. Wenn sich gar keine objektiven Anhaltspunkte mehr gewinnen, oder, was dasselbe bedeutet, dem Richter erkennbar dartun, lassen, ist nichts anderes mehr möglich als ein subjektives Werturteil und, wo dieses schwankt, eine Willensentscheidung¹⁾.

Die entscheidende Frage ist nur: wann ist man genötigt, zu dieser letzten Zuflucht zu greifen? Die meisten Relativisten sind geneigt, den Umkreis möglichst weit zu ziehen, das liegt gewissermaßen im Zug der Zeit. Es mag an den Ausdruck Goethes gegenüber Eckermann erinnert sein: „Alle im Rückschritt und in der Auflösung begriffenen Epochen sind subjektiv, dagegen aber haben alle fortschreitenden Epochen eine objektive Richtung.“ Man braucht deshalb noch lange nicht an den Untergang des Abendlands zu denken. Daß aber der Anfang des 20. Jahrhunderts, das wilhelminische Zeitalter, in dem der Relativismus so stark emporblühte, nicht gerade eine Zeit des kulturellen Fortschritts war, wird wohl allgemein zugegeben werden. Man wird aber auch den Goetheschen Alterspruch noch nach einer Richtung hin ergänzen müssen. Auch Zeiten der Gärung, des Ringens der Ideen, wie wir sie heute erleben, sind dem Subjektivismus günstig. Zur Objektivität ist Abklärung erforderlich. Ansätze zu einer

Zwecke und in der Aufzeigung von Wert- und Zweckzusammenhängen. (S. Radbruch, Rechtsphilosophie S. 26 ff.).

¹⁾ Dieser voluntaristische Zug tritt besonders stark hervor bei G. Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen.

solchen glaubt man ja bisweilen zu verspüren. Ob und wie sie sich weiter entwickeln werden, steht dahin.

Die Ausdehnung des Herrschaftsgebiets der subjektiven Wertungen wird zum Teil dadurch herbeigeführt, daß man den Wirkungskreis des Gesetzes soweit als möglich einzuschränken sucht, indem man sich streng an den Wortlaut hält, jedes Zurückgehen auf die Absichten und Gedanken des Gesetzgebers abschneidet und bei jeder Mehrdeutigkeit des Wortlauts ein Versagen der gesetzlichen Regelung annimmt. Das sind vor allem die Gedankengänge der freirechtlichen Relativisten. Sie fußen dabei auf einer Lehre, die, ursprünglich einem berechtigten Widerspruch gegen kritiklosen Materialienkultus entspringend, nachher weit über das Ziel hinauschoß¹⁾. In Wahrheit lassen sich die Interessenwertungen des Gesetzgebers häufig genug ermitteln und bilden dann eine sichere Grundlage der Entscheidung²⁾. Des weiteren will man jede Bezugnahme auf Volksbewußtsein, Rechtsüberzeugung der beteiligten Kreise, herrschende Anschauungen und dergleichen dadurch abschneiden, daß man auf die Zerplitterung der Meinungen bei höherer Kulturentwicklung und namentlich in Zeiten der inneren Zerrissenheit, wie wir sie schon lange in Deutschland

¹⁾ Es ist die Lehre von der objektiven Auslegung der Gesetze. S. darüber Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, insbesondere S. 40 ff., meine Vorträge über Gesetz, Rechtsprechung und Volksbeteiligung, civ. Arch. N. F. Bd. 2 S. 268 ff. Die Ausführungen W. Burkhardts (Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, Bern 1925), mir in letzter Stunde, nach Abschluß der Ausarbeitung, zugekommen, die sich wiederum zugunsten der objektiven Auslegung aussprechen, haben mich nicht zu überzeugen vermocht. Sie scheinen mir einerseits auf einer Ueberschätzung des Wortlauts und der Unzweideutigkeit seines Inhalts andererseits auf einer Ueberspannung des Rechtsstaatsgedankens, und des Vertrauensinteresses des „vernünftigen“ (!) Bürgers zu beruhen.

²⁾ Zu vgl. Heck a. a. O. und neuestens H. S 10 II, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre in Jhs. Jahrb. Bd. 76 S. 134 ff.

haben, und auf die Schwierigkeit ja Unmöglichkeit zuverlässiger Feststellung einer solchen allgemeinen Uebereinstimmung der Wertungen hinweist. In diesem Kampf, der sich vor allem gegen die historische Schule und gegen die so häufig auf herrschende Anschauungen sich stützende Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾ richtet, erfreut man sich der Bundesgenossenschaft aus anderen Lagern, namentlich aus dem des neukantianischen Kritizismus. Der Hauptvertreter dieser Richtung, Rudolf Stammler, giebt die volle Schale seines Zorns aus über die Denksfaulheit derer, die auf die Frage, was richtig sei, ausweichen und mit dem Hinweis auf die Meinung anderer antworten, von denen ja auch noch nicht feststehe, daß sie das Richtige erkannt haben²⁾. Indem man dann schließlich — und zwar mit Erfolg — nachweist, daß so wenig wie aus den zur Gewinnung bestimmter, im voraus gewünschter Ergebnisse erfundenen und zurechtgemachten Konstruktionen der Begriffsjurisprudenz, so wenig auch aus dem sozialen Ideal Stammlers mit seiner Gemeinschaft freiwilliger Menschen sich Anhaltspunkte für die erforderlichen Wertungen ergeben, hat man die Bahn für einen extremen Subjektivismus freigemacht.

Die Kritik hat vor allem bei dem weltanschaulichen Standpunkt einzusetzen. Aus der Erkenntnis, daß es bis jetzt nicht gelungen ist und auch wohl niemals gelingen wird, ein allgemein anerkanntes sittliches Ideal und ein dementsprechendes Rechtsideal so zu bestimmen, daß die einzelnen Wertungen daraus auf dem Weg logischer Schlußfolgerung abgeleitet werden können, folgt noch lange nicht, daß man beim reinen Subjektivismus landen müßte. Dem widerspricht der dem Menschen eingepflanzte, nicht auszutreibende Glaube³⁾ an einen vernünftigen Weltplan, der gestützt wird durch die Erwägung, daß, wenn dem Menschen einmal,

¹⁾ S. o. S. 3 H. 1.

²⁾ S. Rechtsphilosophie § 146. Theorie der Rechtswissenschaft S. 712 ff. Richtiges Recht S. 146 ff.

³⁾ Auf den Glauben weist auch in nachdrücklicher Weise hin Gény,

was niemand bestreitet, die Ideen des Guten, Schönen und Rechten in die Seele gelegt seien, auch objektiv etwas vorhanden sein müsse, was diesen Vorstellungen entspricht¹⁾). Wenn wir es nicht erreichen können, die Ideale so zweifelsfrei zu bestimmen und so konkret zu gestalten, daß sie als Grundlage für die Einzelwertungen zu dienen vermögen, so kann das seinen Grund darin haben, daß dem göttlichen Weltplan eben nicht ein starres System, sondern die stete Bewegung und Fortentwicklung der Ideen innerhalb der menschlichen Gemeinschaften wesentlich ist, nur weniges sich aus der ewig gleichbleibenden Natur des Menschen ableiten läßt. Dann kann es nur zeitbestimmte Ideale geben und auch diese lassen sich nicht aus dem erkennen, was die Menge glaubt. Dem Gesetz der Entwicklung, so wie wir es aus der Erfahrung zu erschließen vermögen und als Bestandteil des göttlichen Weltplans ahnen können, entspricht es, daß von den Ideen, die das einer Zeit vorgezeichnete Ideal ausmachen, einzelne zunächst nur in wenigen Köpfen, vielleicht nur in dem eines Geisteshelden leben. Der göttliche Ursprung zeigt sich in der Sündkraft der Gedanken, die allmählich das Volk, möglicherweise die Welt erobern. Die Ideale werden in erster Linie religiöse und sittliche sein. Da das Recht aber ein Mittel sein soll, die freie Entfaltung sittlichen Lebens zu gewährleisten, werden die sittlichen Ideale stets auch die Rechtsideale beeinflussen.

Man kann nun vom Standpunkt des Relativismus aus, der offenbar auch auf eine solche evolutionistische Auffassung sich zu stützen vermöchte²⁾), einwenden: das mag alles so sein, was fangen

Science et technique en droit privé positif. Bd. I (2. Aufl. 1922) S. 187, 188.

¹⁾ Die Schlüssigkeit dieser Erwägung soll dahingestellt bleiben.

²⁾ Eine evolutionistische Weltanschauung wird wohl auch positiv bei der Mehrzahl der Relativisten zugrunde liegen. Nur gelangt man eben, wenn man den Glauben an objektive Werte ausschneidet, zum reinen Subjektivismus und Skeptizismus.

wir aber im praktischen Leben damit an? Wie soll der Rechtsuchende wissen, was dem jeweiligen Rechtsideal entspricht, wie soll der Einzelne die echten und falschen Propheten mit Sicherheit unterscheiden? Gerade weil die Ideale in fortwährender Bewegung sind, verlangen wir ja die Freiheit für die Beurteilung.

Auf dem Gebiet des sittlichen Ideals ist dieser Einwand durchschlagend. Auf dem des Rechts läßt sich ihm begegnen mit dem Hinweis darauf, daß die gröbere Struktur des Rechts und seine durch das Rechtssicherheitsbedürfnis verursachte größere Beharrungstendenz uns nötigt, wo irgend möglich, auf dem zu fußen, was sich schon Geltung verschafft hat, also auf den herrschenden Anschauungen, in denen vielfach der Niederschlag generationenlanger Erfahrung enthalten ist. Auch das läßt sich noch als Bestandteil einer vernünftigen Weltordnung denken. Es ist also nicht Denkfaulheit oder Preisgebung des ethischen Ideals, was zu diesem Abstellen auf fremde Meinungen veranlaßt, sondern die Einsicht in Natur und Technik des Rechts⁴⁾. Darzulegen bleibt nur noch, daß es solche Volksüberzeugungen und herrschende Anschauungen in Wahrheit gibt und daß sie erkannt werden können. Und das darf aller Skepsis zum Trotz behauptet wer-

⁴⁾ Die Ausführungen Jungs zugunsten der Eigenwertung (Problem des natürlichen Rechts S. 216, 217, Rechtsregel und Rechtsgewissen in Arch. f. civ. Pr. Bd. 118 S. 12 ff.) beruhen auf ungenügender Scheidung von Wahrheitserkenntnis und Wertung. Damit, daß das entscheidende Denkurteil immer nur vom Forschenden ausgehen kann (*sapere aude!*) und daß der Richter den Inhalt seines Urteils für richtig halten muß, ist darüber nichts ausgesagt, ob er es nicht (nach dem Sinn der Rechtsordnung) für richtig halten soll, sich den Wertungen der Volksgenossen anzuschließen. Die erforderliche Einschränkung des Relativismus sucht Jung bekanntlich in seiner Lehre von der Richtigkeit des positiven Rechts. Denselben Gedankengängen entspricht die Berücksichtigung einer noch nicht zum Recht gewordenen Volksmeinung.

den¹⁾. Bei allen Meinungsverschiedenheiten im einzelnen steht — damit kommen wir praktisch zu demselben Ergebnis wie die katholische Rechtsphilosophie — die breite Masse des Volkes auf dem Boden der christlichen Sittlichkeitslehre, wie sie sich im Lauf der geschichtlichen Entwicklung unter dem Einfluß aller der großen Geistesbewegungen auf sittlichem Gebiet, der Reformation, der französischen Revolution und der deutschen idealistischen Philosophie, herausgestaltet hat. Trotz mancher zersetzender Einwirkungen von materialistischer und extrem-individualistischer²⁾ Seite her, und trotz der Parteizerküftung, ist uns doch ein gemeinsamer Grundstock sittlicher Anschauungen erhalten geblieben, ohne den wir als Volk gar nicht bestehen könnten, und zu dessen Nachweis kein Stimmzählen erforderlich ist. Auf dieser Grundlage bewegen sich auch die herrschenden Anschauungen beteiligter Kreise, auf die unsere Rechtsordnungen durch Bezugnahme auf gute Sitten, Treu und Glauben im Verkehr u. dgl. so vielfach verweisen. An ein solches gemeinsames Sittlichkeitsideal und seine Auswirkungen im Recht denkt man, wenn man vom Volksgeist oder vom Rechtsbewußtsein oder sittlichen Bewußtsein des Volkes spricht. Ebenso kann man aber auch daran denken, wenn man den Richter auf sein eigenes Rechtsgefühl oder Rechtsbewußtsein verweist. Man stellt sich eben dann das Rechtsbewußtsein des Einzelnen als im Einklang mit dem des Volkes befindlich vor. Es ist zutreffend hervorgehoben worden, daß schon in der Vorstellung des Sollens, die dem Rechtsbewußtsein wie dem sittlichen Bewußtsein eigentümlich ist, das Bewußtsein der Übereinstimmung mit andern, ein Gemeinschaftsbewußtsein, sich birgt³⁾.

Verfagen allerdings die gemeinsamen und herrschenden An-

¹⁾ S. auch meine Ausführungen in Arch. f. civ. Pr. N. F. Bd. 2 S. 302 ff.

²⁾ Wozu auch Nietzsche zu rechnen.

³⁾ S. F. Somló, Maßstäbe zur Bewertung des Rechts. Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 3 S. 508–522.

schauungen, so bleibt auch dem Sinn des Rechts, der Rechts-
idee, gemäß nichts anderes übrig, als auf eine Eigenwertung
abzustellen¹⁾. Auch dann aber handelt es sich nicht um ein
Werten von einem individualistischen Standpunkt aus — das
kann nicht nachdrücklich genug hervorgehoben werden — son-
dern um ein solches unter dem Gesichtswinkel des Gemein-
wohls und der sittlichen Ideale des Beurteilers aus. Es ist also
auch eine Art von Relativismus, zu dem man auf diese Weise ge-
langt, aber ein Relativismus, der sich einer Weltanschauung
einfügt, die auf den Glauben an objektive höchste Werte nicht
verzichtet, und der insofern mit den naturrechtlichen Rechts-
gefühlslehren im Grunde genommen übereinstimmt. Im prak-
tischen Endergebnis wird auch der Unterschied von der Lehre
der reinen Relativisten nicht allzu groß sein, sobald man dort
die Auswüchse, die in der Einstellung gegen die herrschenden
Anschauungen begründet sind, abschneidet. Bestehen bleibt nur
ein Gegensatz in der Weltanschauung, über den als eine Glau-
benssache sich wissenschaftlich nicht streiten läßt²⁾.

Es fragt sich nun noch, ob sich nicht außer dem allgemeinen
Hinweis auf die ethische Grundlage noch weitere Feststellungen
machen, nicht bestimmte richtungweisende Gedanken auffin-
den lassen, die einen wesentlichen Bestandteil unseres Rechts-
bewußtseins (jedenfalls des gegenwärtigen) oder, wie andere

¹⁾ Ueber die Notwendigkeit und die Schranken dieser Eigenwertung
zu vgl. meine Ausführungen in Arch. für civ. Pr. II. S. Bd. 2 S. 287,
288.

²⁾ In bezug auf die praktischen Ergebnisse halte ich auch den rein sub-
jektivistischen Relativismus für weniger gefährlich, als eine Theorie, die
ohne weitere kritische Besinnung auf das Rechtsgefühl des guten
Richters verweist, der das objektiv Richtige schon finden werde. Da-
mit ist in Wahrheit dem Urteilen „auf Grund zufällig zusammen-
geraffter Erfahrungen“ und nicht genügend verarbeiteter Eindrücke
die Tür geöffnet und dagegen wenden sich die Gegner der Gefühls-
jurisprudenz mit vollem Recht.

sich ausdrücken, unseres Rechtsgefühls, bilden. Dies ist in der Tat der Fall. Es können gewisse Grundgedanken, Prinzipien oder Postulate — ich würde lieber sagen — Tendenzen bestimmt bezeichnet werden, die auf Triebrichtungen beruhen und infolge dessen bei Hemmungen und Widerständen Unlustgefühle auslösen.

Dabei wird man es sich freilich nicht so bequem machen dürfen, daß man, wie dies schon geschehen ist¹⁾, abstellt auf die „Gewährleistung von Interessen, die ihrer allgemeinen Tendenz nach größtmöglichen Nutzen bieten oder wenigstens mehr nützen als schaden, gegenüber anderen Interessen, die diese Tendenz nicht oder in geringerem Maße besitzen“. Diese Formulierung ist nichts-sagend. Denn was heißt nützen und was schaden? Es sind dabei doch wohl nicht die rein materiellen Interessen gemeint. Und wem soll genützt oder geschadet werden, der Allgemeinheit, der Mehrheit? Das alles wäre doch noch näher zu bestimmen.

Es ist sodann ein solches allgemeines Prinzip gefunden worden in der Heiligkeit der Verträge²⁾, richtiger ausgedrückt wohl,

¹⁾ Sauer, Gesetz und Rechtsgefühl (zugleich ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit im Strafrecht) Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 33 S. 785 ff.

²⁾ K. G. Wurzel, Die Sozialdynamik des Rechts (die Lehre von den Eigenkräften des Rechtslebens als Verbindungsglied der auseinanderstrebenden Rechtstheorien). Kap. XII. Wurzel stellt in seiner äußerst gehaltvollen und anregenden Schrift als treibende Kräfte des Rechtslebens nebeneinander 1. das aktive Unrechtsgefühl, 2. die Proklamiertheit, 3. den Vertrag. Die Hauptrolle spielt das auf dem Gedanken der Gleichheit beruhende Unrechtsgefühl, die beiden andern Kräfte kommen unterstützend und modifizierend in Betracht. Unter Proklamiertheit versteht er das Allgemeinbewußtsein einer Tatsache oder Regel, das durch Publikation einer autoritativen Satzung, ebenso aber auch allmählich durch Verständigung über eine gemeinsame Gesinnung (Gewohnheitsrecht) entstehen kann. Die Proklamiertheit wirkt als selbständige soziale Kraftquelle auch da, wo die Betroffenen nicht oder nicht mehr mit dem Inhalt der Regel einverstanden sind. Der Grund dieser Erschei-

in dem Postulat, daß Versprechungen gehalten werden ¹⁾. Denn nicht bloß die Verträge stehen in Frage, sondern auch die sog. einseitigen Versprechen, die unter Umständen abgegeben sind,

— — — — —
nung liegt darin, daß die Dissidenten sich nicht verständigen können. So fein die Beobachtungen Wurze ls im einzelnen sind und so wertvoll die Einblicke, die sie eröffnen, so vermag ich doch die etwas äußerliche Einteilung, die nicht auf die eigentlich grundlegenden Gedanken zurückgeht, nicht als förderlich anzuerkennen. Ueber den Vertrag ist im unmittelbar folgenden Text zu handeln. Das Unrechtsgefühl, das vom bloßen Schadensgefühl unterschieden wird (s. oben S. 7 II. 1), beruht keineswegs nur auf der Verletzung der Gleichheit, auch wenn man den Gleichheitsbegriff in dem weiten, den Vergeltungsgedanken (s. meine Rede über die Gerechtigkeit S. 25 ff.) mit einschließenden Sinn, faßt, wie Wurze l dies tut. Mißachtet sind dabei die Unrechtsgefühle, die sich aus der getäuschten Erwartung (dem Rechtsicherheitsgedanken, s. Text) ergeben. Verkannt wird auch, daß in der Kraft der Proklamiertheit derselbe Grundgedanke des Rechtsicherheitsbedürfnisses „begründete Erwartungen dürfen nicht getäuscht werden“, wirksam ist. Dieser Gedanke liegt allen den Kategorien Wurze ls zugrund. Er macht sich (übrigens ebenso wie das Gleichheitsprinzip) auch geltend auf dem von Wurze l (meines Erachtens zu Unrecht) vollständig vom eigentlichen sog. Distributivrecht losgelösten, auf Interessensolidarität und Zweckmäßigkeitssichtspunkten beruhenden Organisationsrecht. Richtig ist ja, daß die speziell auf dem Gleichheitsgedanken und auf dem Rechtsicherheitsbedürfnis beruhenden Unrechtsgefühle auf diesem Gebiet sich weniger geltend machen, weil sie häufiger durch die Rücksicht auf die Gegenwartsbedürfnisse der Gemeinschaft durchkreuzt werden. Aber vorhanden sind die Tendenzen dort auch. Der ganze Versuch, die beiden Gebiete zu trennen und den Gerechtigkeitbegriff auf das sog. Distributivrecht einzuschränken, beruht m. E. auf der zu einseitig individualistischen Einstellung des Verf.s.

¹⁾ Von den Gründen, die die Rechtsordnung veranlassen können, einem formlosen Vertrag trotzdem die Anerkennung zu versagen, braucht hier nicht gehandelt zu werden. Daß eine Tendenz auf Einhaltung der Verträge besteht, zeigt sich ja schon darin, daß man heut-

unter denen ihre Erfüllung bestimmt erwartet werden darf, wie z. B. öffentliche Erklärungen einer Allgemeinheit gegenüber¹⁾ oder Zusicherungen des Staats an die Gesamtheit oder bestimmte Klassen und Gruppen seiner Angehörigen²⁾. Man wird jedoch einen derartigen Satz noch nicht als ein oberstes Prinzip oder eine Grundtendenz anerkennen dürfen. Denn dazu ist er viel zu speziell gefaßt. Er läßt sich seinerseits wieder auf allgemeinere Prinzipien zurückführen. Es treffen nämlich zwei Gesichtspunkte zusammen. Einmal ein ethischer, auf dem sittlichen (im Gewissen sich kundgebenden) Ordnungstrieb beruhender: Du sollst dein Wort halten, und ein zweiter in erster Linie auf den Selbsterhaltungstrieb³⁾ der Gegenüberstehenden zurückführender: Man muß sich auf das gegebene Wort verlassen, sein eigenes Handeln darnach einrichten können. In dem zweiten Gesichtspunkt ist ebenfalls wieder ein allgemeinerer Gedanke enthalten, der Gedanke des Vertrauensschutzes oder des Rechtssicherheitsbedürfnisses. Dieser Gedanke zeigt sich auch in dem Verlangen nach dem Schutze wohlerworbener Rechte oder enger gefaßt, der Lehre von der Heiligkeit des Eigentums. Auf ihn gründet sich, wie Jung nachgewiesen hat⁴⁾, das Verlangen nach zutage die Formalgeschäfte besonders rationell zu rechtfertigen sucht. Die rechtsgeschichtliche Tatsache, daß der Rechtszwang zur Einhaltung von Vertragspflichten meistens zunächst ausschließlich an den Formalakt geknüpft wurde, im übrigen nur sittliche Pflichten entstanden, hängt mit der allmählichen Entwicklung der Rechtsorganisation zusammen. (S. auch Rie zler a. a. O. S. 58, 59.)

¹⁾ Die sog. Auslobung.

²⁾ Vom Versprechen behauptet A. Reinach, Die apriorische Grundlage im bürgerlichen Recht (1913), daß es eine solche apriorische Grundlage sei. Gegen derartige Behauptungen und den ganzen Phänomenalismus im Recht s. Binder, Rechtsphilosophie S. 150 ff.

³⁾ Freilich kommt dabei auch der Ordnungstrieb auf seiten des Verletzten zum Zug.

⁴⁾ Im Problem des natürlichen Rechts und in Rechtsregel und Rechtsgewissen, civ. Arch. Bd. 118 S. 1 ff. Diese Ausführungen halte ich,

Durchführung des gesetzten Rechts auch da, wo dieses dem Rechtsideal nicht entspricht. Bei allen diesen Verletzungen begründeter Erwartungen stellen sich unter Umständen sehr lebhafteste Unlustgefühle, sog. Unrechtsgefühle, ein¹⁾.

Zu diesem Rechtsprinzip des Vertrauens auf eine bestehende Ordnung treten weiter die beiden Grundprinzipien der Gleichheit und der Vergeltung nach Verdienst, die bei der Vorstellung

wie ich schon früher hervorgehoben habe, mit Radbruch für ein großes Verdienst Jung's. S. meine Rede über die Rechtsicherheit (Tübingen J. C. B. Mohr 1924) S. 3, 9 ff. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie S. 170 ff.

¹⁾ W u r z e l a. a. O. S. 24 ff. betont mit Recht die elementare Kraft der möglicherweise zum Affekt sich steigernden Unrechtsgefühle und gelangt zu dem wohl nicht zu beanstandenden Satz: im d n a m i s c h e n S i n n e geht das Unrecht dem Recht voraus. Die Selbstbeobachtung zeigt uns, daß im Bewußtsein das Kränkungsgefühl der Entwicklung der Normvorstellungen vorangeht (a. a. O. S. 28). Es wird wohl auch richtig sein, wenn W u n d t (Völkerpsychologie Bd. 9 S. 17 ff.) lehrt, daß im Leben der Völker das Bewußtsein der subjektiven Rechte sich früher entwickelt als das Bewußtsein der objektiven Rechtsordnung. Allein logisch, vom Standpunkt des zur Klarheit gelangten Bewußtseins aus betrachtet, bleibt doch die Vorstellung der Rechtsnorm das Primäre. Subjektives Recht und Unrecht erscheinen als Konsequenzen des Rechtsbegriffs. Aus diesem Grund ist es unrichtig, wenn Grotius und Schopenhauer, auf denen auch Jung (Problem des natürlichen Rechts, Rechtsregel und Rechtsgewissen) fußt, das Recht als eine bloße Negation des Unrechts darstellen wollen. Sobald man über die Unrechtsvorstellung reflektiert, gelangt man notwendig zur Priorität des Rechtsbegriffs und findet das im Unrechtsbegriff enthaltene negative Element, gleichgültig, wie die sprachliche Bezeichnung für das Unrecht (ort, laesio, slavisch kрyвda. S. W u r z e l S. 25) lautet. Dieser Gedanke kommt auch in der, freilich in Folge der philosophischen Geheimsprache schwer verständlichen, Abhandlung von H. P r a g e r über die erkenntnistheoretischen und metaphysischen Grundlagen der Rechtsphilosophie (Archiv für system. Philosophie Bd. 20 S. 177—190, 300—310) zum Ausdruck.

der Gerechtigkeit im Vordergrund der Betrachtung stehen und vielfach geradezu als die Prinzipien der Gerechtigkeit bezeichnet worden sind¹⁾. Sowohl die Gleichheits- als die Vergeltungstendenzen lösen, wenn ihnen entgegengewirkt wird, ebenfalls Unrechtsgefühle aus, die hinter den aus der Täuschung begründeter Erwartungen fließenden an Stärke nicht zurückstehen. Ja man wird sogar sagen können, daß die Klage über erlittenes Unrecht noch viel lauter erschallt und mehr vom Brustton der Ueberzeugung getragen wird, wenn man eine Verletzung des Gleichheitsprinzips, oder eine unrichtige Würdigung von Schuld und Verdienst geltend machen zu können glaubt²⁾, als wenn man nur über getäuschte Erwartung sich beschwert.

Der Vergeltungsgedanke hebt sich von dem Gleichheitsgedanken einmal dadurch ab, daß bei durchgeführter Vergeltung sich deutliche Lustgefühle ergeben. Auf der andern Seite aber ist, da er auf Wertungen beruht und mit sittlichen und religiösen Vorstellungen in Zusammenhang steht, das Gefühl vielfach ein schwankendes und unsicheres. Ist ja doch bekanntlich das ganze Vergeltungsprinzip im Strafrecht ein Gegenstand des Streits, nicht bloß weil man behauptet, daß bei der Unsicherheit der Wertungen ein hinreichender Maßstab für gerechte Vergeltung sich

¹⁾ S. darüber meine Rede über die Gerechtigkeit, auf die ich hier verweisen darf. Ich glaube, die dortige Gegenüberstellung der beiden Prinzipien aufrecht erhalten zu sollen und halte es nicht für möglich, alle die betreffenden Vorstellungen allein auf den Gleichheitsgedanken zurückzuführen, wie W u r z e l dies versucht, mag man diesen Gedanken auch noch so sehr ausbauen und verfeinern. Unter den Gründen, die zur Ungleichbehandlung veranlassen, stehen eben in erster Linie gerade die Vergeltungsgedanken, mag immerhin daneben auch die von W u r z e l in ansprechender Weise psychologisch begründete Berücksichtigung des historisch Gewordenen (also unser Vertrauensprinzip) eine Rolle spielen.

²⁾ Darauf beruht wohl auch die oben (zu II. 1) erwähnte Vorstellung der beiden Prinzipien bei Behandlung des Gerechtigkeitsbegriffs.

nicht finden lasse, sondern auch, weil man vielfach den ganzen Gedanken, daß das Strafrecht die Aufgabe habe, Vergeltung zu üben, ablehnt. Daß man dabei auf grundlegende Wertungen sittlicher Art und auf teleologische Erwägungen über die Aufgaben des Rechts geführt wird, liegt auf der Hand¹⁾.

Bei allen drei Grundgedanken muß man sich darüber klar sein, daß sie nur Tendenzen enthalten, die im einzelnen Fall nach derselben Richtung wirksam sein aber auch in Widerstreit miteinander geraten können. Es wird z. B. etne Steigerung des Unlustgefühls erzeugt, wenn eine Verletzung erworbener Rechte unter Zuwiderhandeln gegen das Gleichheitsprinzip erfolgt, und es findet eine teilweise Kompensation statt, wenn eine Maßregel zwar wohlerworbene Rechte beeinträchtigt, aber sich aus dem Gleichheits- oder Vergeltungsprinzip rechtfertigen läßt. Der Kampf zwischen den verschiedenen Tendenzen ist sogar eine überaus häufige Erscheinung. Wie oft stehen wohlerworbene Rechte, oder allgemeiner gesprochen, der Rechts sicherheitsgedanke, der Durchführung der Gleichheit oder einer angemessenen Vergeltung entgegen? Aber auch Vergeltungs- und Gleichheitsgedanken können zueinander in Widerspruch treten²⁾. Man braucht ja nur an den einfachen Fall zu denken, daß ein Strafrichter für das begangene Verbrechen eine bestimmte Strafe für angemessen hielt, sich aber scheut, diese auszusprechen, weil in einem andern ganz gleichliegenden Fall milder bestraft wurde. In diesen Konfliktsfällen pflegt vor allem die Frage gestellt zu werden, was der Gerechtigkeit entspreche und da springt sofort in die Augen, daß diese Frage nicht im Hinblick auf die sich ja widerstreitenden Gefühle entschieden werden kann. Sie können bei ihrer Unvergleichbarkeit und bei der verschiedenen Stärke, mit der sie

¹⁾ Nicht hervorgehoben zu werden braucht, daß der Begriff der Vergeltung, so wie er hier verwendet wird, nicht mit der strafrechtlichen Vergeltung, die nur einen Ausschnitt darstellt, gleichgesetzt werden darf. (S. meine Rede über die Gerechtigkeit.)

²⁾ Wie in meiner Rede über die Gerechtigkeit schon ausgeführt.

sich im einzelnen geltend machen, nicht in objektiver Weise gegeneinander abgewogen werden. Es ist daher, soweit man nicht an eine Entscheidung des positiven Rechts gebunden ist, notwendig, auf die weiteren Inhalte des zeitbedingten Rechtsbewußtseins, dessen dauernde Bestandteile die Grundtendenzen sind, zurückzugehen.

Im Rechtsbewußtsein des Einzelnen¹⁾ wie im Volksbewußtsein, das auf der Integration der Einzelbewußtsein beruht und wieder auf diese zurückwirkt, stehen an der Spitze die grundlegenden Wertungen, die das sittliche Ideal der Zeit ausmachen und von denen das Rechtsideal abhängig ist. Sie beziehen sich auf die gesamte Stellung des Einzelnen zu der Gemeinschaft, der er angehört, auf das Verhältnis zwischen Rechtswang und sittlicher Freiheit. Die Ausgestaltung dieser Vorstellungen bedingt die Beantwortung der Frage, inwieweit wohl-erworbene Rechte zu schützen sind und wie das Verhältnis zwischen Gleichheits- und Vergeltungsprinzip zu gestalten ist, z. B. inwieweit der Anspruch auf gleiche Behandlung, den der Einzelne stellt, eingeschränkt wird durch den Wert, den die verschiedenen Einzelnen für die Gemeinschaft haben. Bei den Vorstellungen über das, was das Gemeinwohl fordert, welches Maß von Anforderungen die Gemeinschaft an ihre Mitglieder stellen muß, springt die Zeitbedingtheit des Ideals deutlich in die Augen. Beachtenswert ist, daß diese Vorstellungen über die Bedürfnisse der Gemeinschaft und über das Maß, in dem sie sich gegenüber den Einzelinteressen durchsetzen dürfen, obwohl sie zum Rechtsbewußtsein der Zeit gehören, mit dem vorzugsweise individuellistisch gedachten und orientierten Rechtsgefühl gewöhnlich nicht in Verbindung gebracht werden²⁾. Die Unrechtsgefühle

¹⁾ Es ist dabei an das zu denken, was wir oben das natürliche Rechtsbewußtsein genannt haben, im Gegensatz zum positiven.

²⁾ Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß man einen objektiven Gerechtigkeitsbegriff bildet, der nach dem Gemeinwohl ausgerichtet ist, wie dies schon vielfach, auch in meiner Rede über die Gerechtigkeit,

werden durch die Vorstellung, daß dem Gemeinwohl geschadet sei, bei der Mehrzahl nicht ohne weiteres in demselben Grad erregt, wie durch die Verletzung individueller Interessen. Erst wenn das Bewußtsein des »tua res agitur« eingreift, pflegt eine lebhaftere Gefühlsreaktion sich einzustellen¹⁾.

Zu den Bestandteilen des natürlichen Rechtsbewußtseins gehören aber auch noch eine ganze Reihe weiterer Vorstellungen, die ebenfalls nicht auf das Rechtsgefühl zurückgeführt werden. Es sind das alle die auf Reflexion beruhenden Rechtssicherheitsvorstellungen über die Notwendigkeit eines positiven Rechts²⁾, die Vorstellungen des Richters und Beamten von seiner Organisationspflicht im Staate und seiner beschworenen Pflicht, dem Gesetz zu gehorchen, sowie die gesamten auf Erfahrungswissen beruhenden Zweckmäßigkeitsvorstellungen, an die man bei der Rechtsfindung des Richters nach seinem Rechtsbewußtsein in erster Linie mit denkt³⁾.

Das Ergebnis, zu dem unsere Untersuchung für die Praxis des Rechtslebens gelangte, ist, daß da, wo die positivrechtlichen Wertungen fehlen oder über sie gestritten wird, eine Bezugnahme auf das Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl des Urteilenden sich nicht vermeiden läßt. Es ist nicht bloß die Tatsache unbestreitbar, daß bei aller wertenden Tätigkeit, mag sie nun vom geschehen ist. Im populären Denken herrscht allerdings ein individualistischer Gerechtigkeitsbegriff vor. Daraus erklärt sich auch die Gegenüberstellung von Gerechtigkeit und Staatsraison. S. darüber und speziell über den in der Staatsraison enthaltenen Machtgedanken, der zwar Mittel zum Zweck des Gemeinwohls sein soll, aber sich auch diesem ethischen Gedanken gegenüber verselbständigen kann, S. r. M e i n e k e, Die Idee der Staatsraison in der neuen Geschichte. (München und Berlin 1924.)

¹⁾ Wo dieses Bewußtsein stark entwickelt ist und deshalb starke Reaktionen erfolgen, pflegt man von Gemeinschaftsgefühl oder speziell Staatsgefühl zu sprechen.

²⁾ S. R a d b r u c h a. a. O.

³⁾ S. meine Vortr. über Gesetz, Rechtsprechung usw. in civ. Arch. II. S. Bd. 2 S. 304, 305.

Richter oder vom Gesetzgebungskritiker oder von wem es auch sein wolle, ausgehen, stets die persönlichen Anschauungen mit zur Geltung kommen, und daß es kein Mittel gibt, dies zu verhindern. Es muß auch zugegeben werden, daß erkenntniskritisch keine andere Wahl bleibt, als in letzter Linie auf in gewissem Sinne subjektive Wertungen abzustellen. Nur muß einmal das „in letzter Linie“ aufs nachdrücklichste betont werden. Wo im Rechtsbewußtsein des Volks bestimmte Wertungen feststehen, oder doch eine herrschende Anschauung vorhanden ist, muß der Urteilende sich dem unterordnen. Und weiter muß man sich darüber klar sein, daß zum Rechtsbewußtsein immer die Vorstellung gehört, die vollzogene Wertung liege in der Richtung des Gemeinwohls und werde die Zustimmung anderer, wo nicht aller so doch vieler, finden, oder um es anders, mit den Worten *Eugen Hubers*, auszudrücken, daß das Rechtsbewußtsein stets zugleich Gemeinschaftsbewußtsein ist.

Auf das Rechtsbewußtsein, nicht auf das Rechtsgefühl, sollte man verweisen¹⁾, weil das sogenannte gefühlsmäßige Erkennen, die Intuition, bei den Wertungen zwar unentbehrlich aber nicht allein entscheidend ist, ein gedankenmäßiges Verarbeiten des durch Intuition Wahrgenommenen immer stattfindet und stattfinden muß. Dazu kommt, daß der in dem Begriff Rechtsbewußtsein stets enthaltene Hinweis auf Gesamterfahrung und Gesamtanschauung²⁾ den Richter davor bewahrt, einzelne Wertungen isoliert zu betrachten, den Zusammenhang des Ganzen zu verlieren. Die Bezugnahme auf das Gefühl legt die Gefahr der mangelnden Selbstkontrolle und die einseitige Betrachtung äußerst nahe, besonders dann, wenn anempfohlen wird, nur den Einzelfall in seiner konkreten Ausgestaltung auf sich wirken zu lassen und die Befinnung über die grundsätzlichen Wertungen, von denen man ausgeht, beiseite zu schieben.

Den Gefühlen im wahren Sinn des Worts, d. h. den Emp-

¹⁾ Ebenso *Eugen Huber* a. a. O.

²⁾ S. o. S. 23.

findungen von Lust und Unlust, konnte auf allen den behandelten Gebieten, mochte das sog. Rechtsgefühl als treibende Kraft für die Rechtsentstehung und den Rechtsgehorsam oder als Maßstab für das richtige Recht betrachtet werden, nur die eine Funktion zugeschrieben werden, daß sie Anzeichen für bestimmte Willensrichtungen sind.

Nun darf man freilich nicht verkennen, daß die Rechtsgefühle und die seelische Veranlagung, auf der sie beruhen, auch noch von anderen Seiten her und zu anderen Zwecken betrachtet werden können. Es mußte, wie schon am Eingang bemerkt, notgedrungen abgesehen werden von den Problemen, die das Rechtsgefühl vor allem dem Psychologen, Völkerpsychologen, Soziologen und Kulturhistorikern, aber auch dem Psychiater und Pädagogen darbietet, so groß auch das allgemeine Interesse daran ist¹⁾. Es war aber auch nicht einmal möglich, diese Probleme insoweit zu behandeln, als sie noch mit der Rechtswissenschaft in unmittelbarer Verbindung stehen. Zweifellos berühren ja die psychologischen und auch die psychiatrischen Untersuchungen in hervorragendem Maß das Strafrecht, das sich mit der gesamten Motivierung der Handlungen auseinanderzusetzen hat. Der Kriminalist wird sich z. B. mit der Frage nach der Empfänglichkeit des Einzelnen für die durch Rechtsvorgänge erzeugten Gefühlserregungen eingehend zu beschäftigen haben. Allein dieses interessante und wichtige Forschungsgebiet liegt zu weit

¹⁾ Einen Beweis für die hervorragende Anteilnahme der Allgemeinheit an der seelischen Einstellung der einzelnen Menschen zum Rechtsleben, die sich in Gefühlen und Handlungen kundgibt, erbringt die häufige Behandlung dieses Themas in der Dichtung von Shakespeare (Shylock, Angelo, im gewissen Sinn auch Hamlet und Lear) bis in die neuere und neueste Zeit. (Kleist, Otto Ludwig, Emil Franzos, Gottfried Keller, Ibsen, Tolstoi, Dostojewski). Eine (nicht vollständige) Uebersicht über die neuere Dichtung gibt Herrmann Mannheim in Zeitschrift für Rechtsphilosophie Bd. 3 S. 251–289. (S. auch Kübl a. a. O., X. Kap.).

ab von den im Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Erörterung stehenden Fragen der allgemeinen Rechtslehre und Rechtsphilosophie, um mitbehandelt, und ist es viel zu groß, um nur im Vorübergehen gestreift werden zu können.

Dagegen würde unsere Darstellung unfertig und unvollkommen sein, wenn wir eine Funktion des Gefühls bei der Rechtsprechung mit Stillschweigen übergehen wollten.

Zu einem guten Richter wird man nicht bloß durch Eigenschaften des Intellekts. Ebenso wesentlich sind Gemüt und Charakter. Zu der Rechtskenntnis und Rechtserkenntnis muß die Liebe zum Recht und die Liebe zum Menschen, muß die innere Anteilnahme an den Schicksalen der zu Richtenden treten. „Gerechtigkeit ist gebundene Liebe im Charakter der Gleichheit“ sagt Schleiermacher.

Nicht als ob der Richter sich den Regungen des Mitleids hinzugeben hätte. Das darf er so wenig als den entgegengesetzten Gefühlen des Zorns oder der Entrüstung folgen. Gerade diese Gefühlsregungen muß er überwinden lernen. Ein starkes und sicheres Rechtsgefühl schreibt man dem zu, der unbeirrt von solchen Motiven seinen Weg geht. Der Liebe zum einzelnen Menschen muß die Liebe zum Recht die Wage halten, das ja seinerseits auf einer durch Vernunft abwägungen geläuterten Liebe zum Menschen, nicht als Individuum sondern als Gattung gedacht, beruhen soll. Aber vergegenwärtigen muß er sich die Leiden und Freuden aller Beteiligten, sich hineinfühlen in ihre Lage, ihre Interessen und Motive. In diesem Sinn mag man sich den Appell an das Rechtsgefühl wohl gefallen lassen, in diesem Sinn kann von ihm auch gesagt werden, daß es Pfadfinder und Wegweiser sein solle. Es wird dadurch verhindert, daß der Blick an dem Wortlaut der Gesetzesparagraphen und an ihrer Begriffstechnik haften bleibt und es wird der Grund für eine richtige Betrachtung des Gesetzesinhalts selbst gelegt¹⁾.

¹⁾ S. dazu und zum Folgenden meine Rede über die Billigkeit im Recht S. 80 ff. und S. 78, 79.

Wenn der Zivilrichter einzudringen sucht in die Interessen der vor ihm stehenden Parteien, wird er auch veranlaßt, sich über den wahren Sinn, d. h. die Interessenwertungen, der Gesetze Klarheit zu verschaffen. Insofern ist das Rechtsgefühl ein Schrittmacher für die Interessenjurisprudenz und damit erklärt sich die Bedeutung, die die Anhänger dieser und der verwandten rechtssoziologischen Richtung ihm beilegen¹⁾. Der Gesetzgeber, so sollte man meinen, wird der Warnungssignale durch das Rechtsgefühl weniger bedürfen. Denn er ist durch seine Aufgabe von vornherein auf die Interessenwertung hingewiesen. Die allgemeine Kritik, vor allem die Parteikritik, pflegt die verschiedenen Interessen genügend hervorzuheben und die parlamentarische Gesetzgebung unserer Zeit sorgt dafür, daß die Interessenstand-

¹⁾ Die Bedeutung wird ja gerade von dieser Seite aus vor allem in der Wegweisung durch das Rechtsgefühl erblickt. Eine Begründung der Interessenjurisprudenz und eine Rechtfertigung gegen die mannigfachen Einwände und Vorwürfe, die gegen sie erhoben wurden, eine Klarstellung der Mißverständnisse, auf denen diese beruhen, kann natürlich hier nicht in meiner Absicht liegen. Nur gegenüber Rie zler a. a. O. S. 141, 145 mag bemerkt werden, daß ein Kernpunkt der Lehre, so wie H e ß (dem ich mich anschließe) sie vertritt, gerade darin liegt, daß auf die Interessenwertungen des G e s e z e s, worunter die Gesamtheit der positiv gesetzten Bestimmungen zu verstehen ist, verwiesen wird, und daß dadurch die „alten Methoden“, der Analogie, oder Entwicklung allgemeiner Rechtsgedanken aus Einzelbestimmungen usw. in eine andere Beleuchtung gerückt werden. Erst wenn aus dem Gesetz keine Wertungen zu entnehmen sind, kommt es zum Aufsuchen sonstwie erkennbarer allgemeiner Wertungen und (nach meiner Meinung in letzter Linie) zu Eigenwertungen in dem zuvor im Text beschriebenen Sinn, zum Appell an das Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl des Richters. Die aphoristischen Bemerkungen W ü s t e n d ö r f e r s in civ. Arch. B. 110 S. 223 ff. über das Rechtsgefühl dürfen nicht als programmatisch für die Interessenjurisprudenz behandelt werden. W ü s t e n d ö r f e r läßt sich ja auch auf eine nähere Untersuchung des Rechtsgefühls gar nicht ein.

punkte zum Wort kommen. Trotzdem hat zeitweise eine in die Irre führende Schulung der Juristen (die sog. Begriffsjurisprudenz) dahin gewirkt, daß auch er zu sehr von begrifflichen und technischen Vorstellungen beherrscht wurde und auch an dem deutschen BGB. sind diese Einflüsse nicht spurlos vorübergegangen. Bei einem solchen großen Gesetzgebungswerk ist es ja der Natur der Sache nach ausgeschlossen, daß die nicht juristisch geschulten Parlamentarier, bei denen die interessenwertende Betrachtung stets das Beherrschende sein wird, sich in die ihnen oft unverständlich bleibenden Einzelheiten einmischen.

Bei jeder solchen Betonung der Gefühlsseite wird man sich freilich bewußt bleiben müssen, daß sie auch ihre großen Gefahren mit sich bringt. Die übermächtige Einwirkung der Gefühls motive, auch der individuell bedingten, aus persönlicher Stimmung, Eigensucht oder Klassenvorurteil entspringenden, läßt sich in Leben und Gerichtspraxis nicht so leicht ausschließen wie auf dem Papier, wenn man einmal dem Gefühl die Tore öffnet, mag man auch dem Richter noch so sehr einschärfen, daß er ohne Haß oder Gunst urteilen solle. Haben ja doch die auf vernunftgemäßer Betrachtung beruhenden Wertgefühle stets einen schweren Stand gegenüber den unmittelbaren Impulsen, auch des Mitleids, die die Betrachtung des konkreten Falls auslöst. Es müssen daher bestimmte Eigenschaften des Charakters und Intellekts beim Richter vorausgesetzt werden, wenn man ihn ungestraft auf die Berücksichtigung des Gefühls moments verweisen will. Dazu gehört vor allem ein gewisses Maß von Zentralität, das die Selbstbehauptung gegenüber den andrängenden Triebreizen, die geistige Verarbeitung und Ueberwindung der Gefühls lockungen ermöglicht ¹⁾. Es ist weiter erforderlich eine gewisse Fähigkeit zur Abstraktion, die dem Urteilenden ermöglicht, den Blick auf das Allgemeine gerichtet zu halten ²⁾ und damit verbunden die auf

¹⁾ S. G. R ü m e l i n, Rede über die Temperamente (Kanzlerreden S. 295 ff.).

²⁾ S. R i e z l e r a. a. O. S. 108 ff.

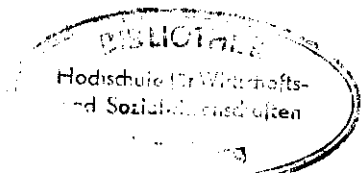
der Entwicklung der geselligen oder sozialen Triebe beruhende Fähigkeit den Wert des Gemeinschaftslebens nach Gebühr zu würdigen. Alle diese Eigenschaften beruhen zum Teil auf Naturanlage, sind aber (am wenigsten freilich die Fähigkeit zur Abstraktion) erzieherlichen Einflüssen durchaus zugänglich, da sie der Einwirkung des selbstbewußten Wollens unterliegen. Uebung macht auch hier den Meister und das bildet einen Hauptgrund für die Ueberlegenheit des Berufsrichters über den Gelegenheitsrichter.

Mit der Empfänglichkeit für die Unrechtsgefühle hängen unmittelbar zusammen die Willensimpulse, die von ihnen ausstrahlen und die Reaktion gegen das Unrecht hervorrufen. In der berühmten Schrift *Iherings über den Kampf ums Recht*¹⁾ ist mit der diesem Gelehrten eigenen Eindringlichkeit, freilich auch Einseitigkeit, betont worden, wie sehr der Rechtszustand eines Volkes von der Energie der Unrechtsabwehr nicht nur durch Richter und Beamte, sondern vor allem auch durch den Verletzten abhängig ist. *Ihering* stellt geradezu den Satz auf, das Gebot „Dulde kein Unrecht“ sei für das Gemeinschaftsleben wichtiger als das andere „Tue kein Unrecht“. In der Tat kann man, wenn man auch die Uebertreibungen *Iherings* in Abzug bringen muß, diese Funktion des Rechtsgefühls, die Erzeugung von Spannungsgefühlen, die zur Reaktion treiben, nicht leicht zu hoch veranschlagen. Nur muß man sich darüber klar sein, daß nicht das Gefühl und dessen Reizbarkeit, sondern die Stärke des Willens das in letzter Linie Entscheidende ist.

Es ist des öfteren von einer Erziehung des Rechtsgefühls gesprochen und als Mittel die Wärme des Gefühls zu steigern, abgesehen von der Fernhaltung aller das Nervensystem und die Gemütsstimmung schädigenden Einflüsse, die Pflege inniger Lebensgemeinschaften und die Gewöhnung an das Ueberwinden von Anstrengungen empfohlen worden²⁾. Man wird das aufnehmen

¹⁾ S. dazu meine Rede über R. v. *Ihering* S. 52 ff.

²⁾ S. *Kornfeld* in *Zeitschr. f. Rechtsphilosophie* Bd. 2 S. 96—100. Die ausschließliche Abstellung auf das Gefühl dürfte davon herrühren,



können, auch wenn man die Erziehungsaufgabe weiter faßt und sie nicht allein auf das Herbeiführen eines lebhaften und warmen Empfindungslebens bezieht¹⁾. Denn die Stählung der Willenskraft bleibt immer die erste Aufgabe bei der Charakterbildung und die Pflege der Lebensgemeinschaften im Familienverband wie in andern freiwillig gebildeten Vereinigungen stärkt die sozialen Triebe. Man wird nur, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es sich in Wahrheit und in letzter Linie um die Erziehung zur Tugend der Gerechtigkeit handelt, noch etwas weiter greifen müssen und die an das Erkenntnisvermögen sich wendende Unterweisung nicht außer Ansaß lassen dürfen. Eine Unterweisung über das Gemeinschaftsleben, über die Bedeutung von Recht und Staat, sollte bei allen Staatsbürgern schon auf der Schule einsetzen²⁾, nicht bloß weil alle gelegentlich einmal in die Lage kommen können als Laienrichter zu funktionieren, sondern weil die Rücksichtnahme auf das Gemeinwohl in allen Lebenslagen geübt werden muß. Die besondere Ausbildung des Berufsrichters aber darf sich nicht auf die Uebermittlung von Kenntnissen und Untersuchungsmethoden beschränken, deren Unentbehrlichkeit übrigens gewissen Geistesströmungen der Gegenwart gegenüber ausdrücklich betont werden soll, sie muß, soweit das in ihrer Macht steht, auch suchen, auf die Entwicklung des Gemeinfinns und der Charakterstärke hinzuwirken, und so in ihm die Gesinnung zu befestigen, die durch die Worte aus *Wilhelm Meisters Wanderjahren* gekennzeichnet sind:

„Und dein Streben, sei's in Liebe
Und dein Leben sei die Tat“.

daß er Anhänger einer der gefühlpsychologischen Richtungen ist, die in den Gefühlen das Grundelement des Seelenlebens erblickt und den Willen auf die Gefühle zurückführt. Die Gefühle ihrerseits werden psychopathologisch zu erklären versucht.

¹⁾ Darin liegt unzweifelhaft eine Einseitigkeit *Kornfelds*.

²⁾ Dem Gedanken ist in Deutschland erst in neuester Zeit, und wohl noch nicht hinlänglich, Rechnung getragen worden.