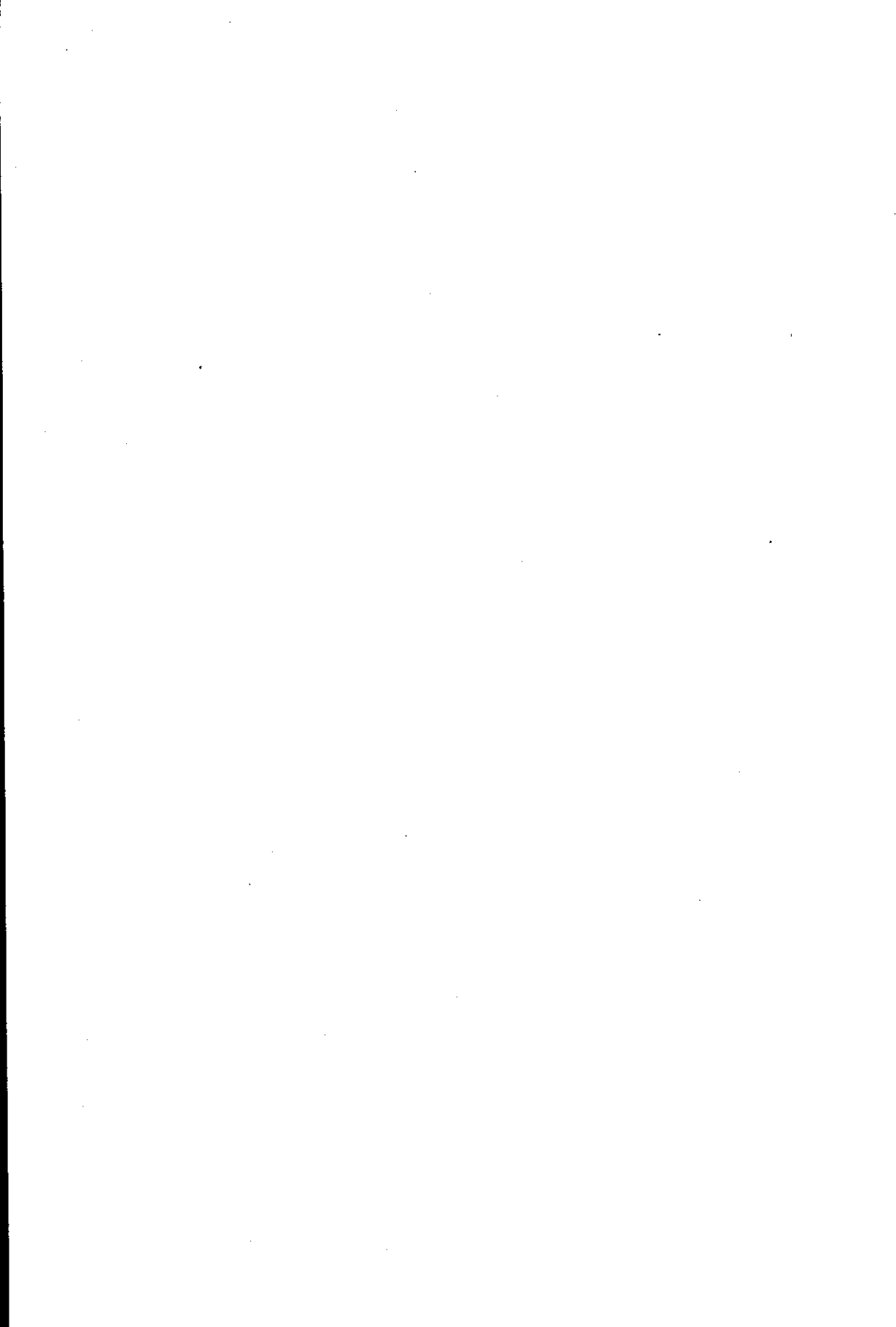


38.

**DIE GRUNDSÄTZLICHEN RICHTUNGEN DER
NEUEREN JURISPRUDENZ**

1923



INHALT

- | | |
|--|--------------------------------|
| I. Die deutschen Praktiker der Aufklärungszeit | VI. Verneinungen des Rechtes |
| II. Das Naturrecht | VII. Realismus im Rechte |
| III. Das Vernunftrecht | VIII. Juristischer Empirismus |
| IV. Die historische Rechtsschule | IX. Freirechtliche Bewegung |
| V. Soziologische Jurisprudenz | X. Die kritische Rechtstheorie |

1. Die deutschen Praktiker der Aufklärungszeit

Die Rezeption des römischen Rechts hat der Jurisprudenz neue Aufgaben gestellt.

Am Ende des 15. Jahrhunderts war auf dem ganzen Kontinent Europas die Aufnahme des römischen und kanonischen Rechts, zusammen mit dem longobardischen Lehnrecht, vollendet. Allerdings war das römische Recht im Osten von Konstantinopel her nordwärts gekommen, während es nach Deutschland von Süden und Westen her kam; aber das ist für unsere Frage ohne weiteres Interesse. Überall mußte man darauf bedacht sein, das fremde Recht erst einmal kennen zu lernen, so gut es ging.

Der deutsche König war als mächtigster Fürst im Mittelalter römischer Kaiser geworden. Man betrachtete ihn allgemein als den Nachfolger der alten römischen Kaiser. So war das römische Recht des Kaisers Recht und wurde nun auch als des Deutschen Reiches gemeines Recht anerkannt und angewandt. Aber in den kleinen Verhältnissen der Bürger und der Bauern blieb die Anhänglichkeit an das alte Recht der deutschen Vorzeit. Sie klammerten sich zäh an ihre Überlieferung, und es entstand ein Kampf, der nicht immer mit dem Siege des römischen Rechts endigte. Im ehelichen Güterrecht, in den Verhältnissen am Grund und Boden, an Wald und Weide, im Handwerk der Städte suchte man das einheimische Recht zu erhalten und zu pflegen. Und wo es gelang, da ging das lokale Recht dem gemeinen Recht des Deutschen Reiches vor.

An jene bekannten Tatsachen mußte hier erinnert werden, um die grundsätzliche Richtung der damaligen Jurisprudenz zu verstehen. Sie hatte die Aufgabe, in den dortigen Verhältnissen die Streitfrage nach dem Rechte einer vergangenen Zeit zu entscheiden. Sie suchte einen Ausgleich zwischen den Anschauungen ihrer Tage und dem Inhalte der alten Ordnungen. Das ist aber eine Aufgabe, die in gewissem Grade keiner Jurisprudenz erspart wird. Kein Recht ist so beschaffen, daß es von gestern oder heute erst da wäre. Danach erhebt sich die Frage nach einer allgemein

gültigen Methode, in der die genannte Aufgabe begründet, erledigt und gelöst werden kann. So spielt das, was wir an der praktischen Jurisprudenz der Aufklärungszeit zu betrachten haben in unsere Tage und alle Zukunft hinein.

Es ist die Absicht der folgenden Ausführungen überall auf dasjenige acht zu haben, was als grundsätzlich richtig bezeichnet werden darf. Es kommt also darauf an, die einheitliche Art und Weise hervorzuheben, in der die konkreten Fragen aufgenommen und beantwortet werden. Von der Grundstimmung, die ein Mensch hat, sind alle einzelnen Äußerungen seines Wollens und Tuns abhängig. So ist es auch für jedes Recht irgendeiner Zeit und irgendeines Volkes nötig, auf die Grundstimmung zu sehen, von der die Erwägung und die Behandlung jenes konkreten Rechts bedingt ist.

In der hier begonnenen Frage zeigte sich die damalige Grundstimmung in der spezifisch gerichtlichen Tätigkeit in zwei Richtungen: 1. Die gerichtliche Praxis schuf neue rechtliche Einrichtungen, in äußerer Anlehnung an einzelne Aussprüche gewisser Autoritäten. 2. Sie interpretierte die Bestimmungen des alten Rechts in einem Sinne, wie es für die Rechtsprechung ihrer Zeit passend war.

1. Eine sehr bekannte Einrichtung des heutigen Rechts wohl aller Kulturvölker ist die gerichtliche Todeserklärung eines Verschollenen. Das römische Recht kannte das nicht. In der Zeit nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland kam man dort zuweilen in Verlegenheit. Es war jemand abwesend, man kannte seinen Aufenthalt nicht und wußte nicht, ob er noch lebe; aber er hatte Vermögen hinterlassen. Was sollte damit geschehen? Da kam ein sächsisches Gericht auf den Gedanken, die Bibel zur Hilfe heranzuziehen. Es berief sich auf den Spruch des Alten Testaments: *Unser Leben währet siebenzig Jahre* (Psalm 90, 10). War nun ein Verschollener so alt, daß er siebenzig Jahre vollendet haben würde, so wurde er noch dreimal aufgefordert, sich zu melden. Verließ das fruchtlos, so wurde von dem Gericht ausgesprochen, daß er für tot zu erachten sei. Das fand allgemeinen Anklang. Bald wurde es überall in den deutschen Gerichten so gehalten, und die Gesetzgebungen der Neuzeit nahmen es als ausgebildete rechtliche Einrichtung auf, öfter in verschiedener Hinsicht etwas abgeändert und im einzelnen modifiziert.

Von besonderer Wichtigkeit ist im modernen Geschäftsleben die Frage nach dem Einfluß veränderter Umstände auf laufende Verträge geworden. Besonders ist das in den Ländern hervorgetreten, die unter den Nachwirkungen des Krieges und der daraus entstandenen Bewegungen zu leiden haben. Ein Vertrag, der in normalen Zeiten unter regelmäßigen Bedingungen abgeschlossen war, kann jetzt nur unter den größten Schwierigkeiten und mit stärkstem Verlust für den einen Teil erfüllt werden. Gibt es da ein Recht des Rücktritts? Es ist gerade diese Frage, die schon vor zweihundert Jahren in gleicher Weise auftrat. Man nannte es die Lehre von der *clausula rebus sic stantibus*. Manche Juristen waren sehr geneigt, nach diesem Stichwort ein Rücktrittsrecht bei starker Veränderung der begleitenden Umstände zuzugestehen. Sie stützten sich auf ein kurzes Wort eines römischen Juristen: *ita demum recte Titio solvi dicendum est, si in eodem statu maneat, quo fuit, quum stipulatio interponeretur* (man muß sagen, daß nur dann dem Titius mit Recht geleistet werde, wenn es in dem gleichen Zustande bleibt, in dem es war, als die Forderung begründet wurde) D. XLVI 3, 38 pr.; cf. XLV 1, 98. Dies wurde besonders von LEYSEN in seinem Werke: *Meditationes ad pandectas* vertreten. — Andere Juristen der damaligen Zeit machten mit größerem Nachdruck die Vertragstreue geltend. Es

ist klar, daß die Sache ihre zwei Seiten hat. Einerseits sind Verträge nur bedingte Mittel zu begrenzten Zwecken, andererseits ist es nötig, daß sich jeder auf das Wort des anderen verlassen kann. Im Geschäftsleben wird anderen Falles jede Berechnung unmöglich und ein legitimer Handel und Wandel gehindert; das ominöse Wort *freibleibend*, das sich in kranken Zeiten an jede Offerte heftet, ist der Tod jeder geordneten Geschäftsführung.

Im neunzehnten Jahrhundert traten ruhigere Zustände ein. Allmählich verblaßte die Erinnerung daran, daß man früher Verträge nur mit der Klausel hatte verstehen wollen: daß die begleitenden Umstände unverändert blieben. In den Lehrbüchern des Zivilrechts fand sich keine Bemerkung mehr darüber. In den neueren Gesetzbüchern ist entweder die allgemeine Frage in ihrer allgemeinen Bedeutung mit Stillschweigen übergangen, wie im Code civil français von 1804, oder es ist ein allgemeines Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände geradezu abgelehnt, wie im sächsischen Gesetzbuch von 1865 § 936. Die neuesten Gesetzbücher von Deutschland (1900) und der Schweiz (1912) stehen auf dem gleichen Standpunkt. Sie geben nur in einigen besonders vorgemerkten Fällen bei Änderungen der Sachlage ein Rücktrittsrecht, z. B. bei dem Dienstvertrag wegen eines wichtigen Grundes, oder bei dem Kreditvertrage bei Verschlechterungen der Vermögenslage des Kreditsuchenden.

2. Für die zweite Möglichkeit, die wir nannten, sei als Beispiel die Zession von Forderungen angeführt. Das römische Recht ging davon aus, daß eine Forderung von dem Gläubiger nicht abgetreten werden könnte. Der Gläubiger konnte die Geltendmachung der Forderung einem anderen überlassen, der dann ein festes Recht auf die Geltendmachung der ihm nicht zukommenden Forderung hatte. Das war ein verwickeltes Ergebnis. Die Praktiker in Deutschland sagten in der Zeit nach der Rezeption, daß jenes nur eine römische Spitzfindigkeit (*subtilitas Romana*) sei. Sie verstanden es dahin, daß der Zessionar nach ihrem Rechte nun auch wirklicher Gläubiger geworden sei, der frühere Gläubiger dagegen durch die Zession seine Forderung der Substanz nach abgegeben habe. Das war praktisch ein sehr annehmbares Resultat. Es ist jedoch interessant, festzustellen, daß im neunzehnten Jahrhundert bei besserer Einhaltung des Inhaltes vom römischen Recht die vorhin geschilderte verwickelte Ausgestaltung der Abtretung von Forderungen durchdrang. Sie behielt längere Jahrzehnte die Herrschaft in Lehre und Praxis, bis die neuere Pandektenlehre und dann die vorhin erwähnten Gesetzbücher von Deutschland und der Schweiz die einfache Lösung einer vollendeten Übertragung einer Forderung wieder einsetzten.

Eine gewisse Mischung der beiden unter 1. und 2. besprochenen Gesichtspunkte findet sich beispielsweise in der Lehre vom Stellvertreter. Auch hier ging das römische Recht davon aus, daß jeder nur für sich eine Obligation begründen könnte. Die direkte Stellvertretung war in der Regel ausgeschlossen, doch gab es eine solche beim Erwerb des Besitzes, bei der Antretung einer Erbschaft und in einigen Einzelfällen, über welche die Gelehrten mehrfach im Zweifel und Streit waren. Verwickelt war es bei der Geschäftsführung durch einen Sklaven. Der Sklave war notwendiges Organ des Erwerbes für seinen Herrn, aber verpflichtet konnte er seinen Herrn nicht. Andererseits wurde der Sklave selbst aus seinen Verträgen nur unvollkommen verpflichtet, da er ja vor Gericht nicht verklagt werden konnte. Hatte jedoch der Herr seinem Sklaven einen besonderen Auftrag zu dem fraglichen Geschäft gegeben, so haf-

tete er für die natürliche Verbindlichkeit des Sklaven wie ein Bürge, und zwar in klagbarer Weise. Das Gleiche galt, wenn der Herr seinem Sklaven ein Vermögen zur Nutzung durch den Sklaven überlassen hatte (*peculium*) oder wenn er ihn als Kapitän eines Schiffes oder als Verwalter seines Hauses oder Gutes eingesetzt hatte (*institor*). Aus dieser zweifellos verwickelten Regelung her formten die Praktiker der hier besprochenen Zeitspanne die Einrichtung der direkten Stellvertretung, wie sie heute als allgemeine Möglichkeit besteht.

Wir nannten oben als Vertreter dieser Richtung vor allem LEYSER, der als Professor der heute nicht mehr bestehenden Universitäten Helmstedt und Wittenberg wirkte und von 1683—1752 lebte. Vorgänger von ihm waren besonders SCHILTER (1632—1705) und СТРУК (1640—1701). Der erstere schilderte in einem ausführlichen Werke die Praxis, die das römische Recht in dem deutschen Gerichtshofe erfuhr, der zweite stellte dasselbe dar in einem Werke, das den Titel führte: *Usus modernus pandectarum* (Neuzeitlicher Gebrauch des römischen Rechts). Nach diesem Titel ist dann auch bekanntlich die ganze hier besprochene Richtung benannt worden.

Wie ist sie nun wissenschaftlich zu begreifen? Welcher einheitliche Gedanke findet sich in den geschilderten Vorgängen bestimmt wieder?

Es ist gewiß, daß es ein Fehlgriff war, wenn versucht wurde, das Abgehen von geschlossenen Verträgen wegen veränderter Umstände mit der *clausula rebus sic stantibus* zu begründen. Das würde versuchen, auf eine private Bestimmung der Verträge zurückzugehen. Nun kann eine solche in konkretem Fall gewiß vorhanden sein. Allein, wenn es der Fall ist, so hat man auch kein besonderes Problem mehr vor sich. Wenn jedoch ein streitig gewordener Vertrag gerade keine Bestimmung enthält über die etwaige Veränderung begleitender Umstände, so ist es auch nicht gestattet, eine solche Bestimmung jetzt hinterher hinein zu interpretieren. Es handelt sich in dieser Frage um eine Änderung der festgesetzten Folgen des Vertrages, aber nicht um die Auslegung einer undeutlich abgegebenen Erklärung.

Mit welchem Rechte greift nun die gerichtliche Praxis ein, wenn das Gesetz keine Anweisung dazu gibt? Und wo soll die Grenze laufen, von der ab ein Schuldner die Erfüllung verweigern darf, weil die Umstände sich geändert hätten?

Man hat um mit dem letzten zu beginnen auch in der heutigen Praxis oberster Gerichtshöfe davon gesprochen, daß die genannte Weigerung des Schuldners dann berechtigt sei, wenn andernfalls ein *ökonomischer Ruin* eintrete. Aber das ist unhaltbar. Es kann sein, daß ein Schuldner noch genügend Vermögen hat, um diesen streitigen Vertrag zu erfüllen und doch noch Mittel übrig zu behalten. Durch diesen Umstand des Reichtums anderer Mittel kann der Charakter des streitigen Vertrages nicht beeinflußt werden. Es ist derselbe Vertrag und die gleiche Lage, die in zwei Fällen dann auch gleich beurteilt werden müssen, ohne Rücksicht darauf, ob bei voller Erfüllung dem Schuldner noch etwas übrig bleibt oder nicht.

Andererseits genügt es nicht, wenn man die veränderte Sachlage nur allgemein beurteilt. Es ist gesagt worden, daß ein Rücktrittsrecht immer begründet sei, wenn durch die Veränderung der Umstände der wesentliche Charakter des Geschäftes vernichtet und in sein Gegenteil verkehrt werde; oder falls die Leistung eine in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung völlig andere geworden ist. Hier fehlt es in Wahrheit an jedem bestimmenden Merkmal. Der gelegentlich beliebte Zusatz, daß dieser nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden sei, verbessert es nicht, sondern läßt erst recht einen anleitenden Gedanken vermissen.

Nun suchte man aber nach einer allgemeinen Anleitung für konkrete Rechtsfragen, für die sich ein einzelner Paragraph nicht finden läßt. Sie kann nur in folgenden Erwägungen bestehen. Der Schuldner behauptet in unserer Frage, daß sein Festhalten an dem früher geschlossenen Verträge sachlich unrichtig sein würde. In der Tat ist nicht jeder Vertrag rechtlich verbindlich, auch wenn er in fester Absicht und geeigneter Form abgeschlossen und befestigt worden ist. Es gibt Grenzen der Vertragsfreiheit. Die allgemeine Grenze ist eben die, daß das fragliche Rechtsgeschäft nicht den guten Sitten widersprechen darf, theoretisch ausgedrückt: daß es nicht grundsätzlich unrichtig in seinem Inhalt sein darf. Dieser von allen Kulturvölkern anerkannte Satz des alten römischen Rechts ist nun in der hier behandelten Frage anzuwenden. Das geschieht mit der Erwägung, daß eine rechtliche Lage, in der ein Teil in einseitig subjektiver Weise von seinem Gegner sonderlich mißbraucht wird, auch hinterher durch Veränderung der Umstände eintreten kann. Wenn das dargetan werden kann, so ist dem dortigen Verträge ebenso die rechtliche Wirksamkeit für die weiterkommende Zeit abzusprechen, als wenn er von Anfang an jene Beschaffenheit besessen hätte.

Freilich setzt die Besinnung auf diese Möglichkeit zwecks befriedigender Erledigung voraus, daß der Gedanke der sogenannten *guten Sitten* kritisch geklärt ist. Es muß deutlich sein, worin in einheitlicher Bestimmung die Idee der grundsätzlichen Richtigkeit eines Rechts eigentlich besteht. Eine derartige kritische Betrachtung lag der Schule der Praktiker im *usus modernus pandectarum* fern. Sie kennzeichnet sich durch die Eigenschaft, die auch heute mancher juristische Praktiker hegt: daß man das eben genannte Problem auch ohne eindringende Überlegung bewältigen könnte. Damit sinkt diese Richtung neuerer Jurisprudenz zu dem Range eines bloßen Auftaktes in der weiteren Erörterung anderer, tiefer nachdenkender Richtungen hinab. Doch bietet ihr Vorgehen noch manche Anregung zu eigener wissenschaftlicher Betrachtung.

In dem Beispiel von der *clausula rebus sic stantibus* zeigte sich, daß starke Änderungen, ja Erschütterungen des Rechtslebens vorkommen können, ohne daß das betreffende Recht selbst sich ändert. Man kann ihrer auch auf dem Boden des seitherigen Rechtes Herr werden, wie gerade unser Beispiel lehrt. Man muß bloß dieses Recht dann selbst wissenschaftlich genau beherrschen. Jene Änderungen in der Materie eines sozialen Lebens sind aber gerade von dem Standpunkt gerichtlicher Praxis aus in reichem Maße zu beobachten. Wer die Rechtsprechung eines Landes in einer bestimmten Zeit verfolgt, wird bald gewahren, daß am Ende der von ihm betrachteten Periode vielfach ganz andere Fragen die Rechtspraxis bewegen, als es am Anfang dieses Zeitraumes der Fall war. Während die dortige Rechtsordnung selbst sich nicht ändert, so bilden sich unter ihr und in ihrer Ausführung gleichzeitliche Massenerscheinungen in den Beziehungen der Rechtsangehörigen, und diese Massenerscheinungen zeigen im Zuge der Zeit einen beständigen Wechsel und Wandel.

Es seien einige interessante Beispiele aus der neueren Rechtspraxis hier gestattet.

Jedes moderne Recht kennt den Unterschied des römischen Rechts von Vereinen und von Gesellschaften. Jene sind Personenvereinigungen, die nach außen hin als eine Einheit auftreten und von dem Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig sind. Die Gesellschaften lassen ihre Teilnehmer auch in Fragen der Gesellschaft gegen Dritte nur als Mehrheit auftreten und stellen jeweils eine persönliche Be-

ziehung unter den Socii dar. Allein mit dieser Zweiteilung verfuhr die Gesetzgebung in manchen Ländern in eigentümlicher Art und Weise. Das Bürgerliche Gesetzbuch erkennt Vereine im Sinne von juristischen Personen nur bei Wahrung bestimmter Anforderungen an. Sie müssen bei wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb die privilegiierende Verleihung des Korporationsrechts durch den Staat nachsuchen und erhalten, in anderen Fällen sich in das Vereinsregister des Gerichts eintragen lassen, um Rechtsfähigkeit zu besitzen. Liegt das nicht vor, so kann zwar im Sinne der Gründer und Mitglieder ein Verein vorliegen, wie vorhin gekennzeichnet wurde, und keine bloße Gesellschaft, aber es ist nicht eine juristische Person gegeben. Der Verein ist dann nicht rechtsfähig, er kann kein Vermögen haben, keine Klage vor Gericht erheben. Als man das Gesetzbuch abfaßte, glaubten die Redaktoren, daß solche Vereine ohne Rechtsfähigkeit keine große praktische Bedeutung haben werden. Das hat sich inzwischen anders herausgestellt. Die Kartelle, Ringe, Syndikate, Trusts sind wohl meistens Vereinigungen mit Vereinscharakter, aber ohne juristische Persönlichkeit des Gesamtverbandes. Die Tarifverträge werden regelmäßig von Organisationen geschlossen, die selbst keine Rechtsfähigkeit besitzen. Und so in vielen wichtigen Lagen des heutigen Geschäftslebens. — Der Nießbrauch an beweglichen Sachen, der in neuzeitlichen Gesetzbüchern meist recht ausführlich geregelt ist, findet beispielsweise in Deutschland in Einzelfällen kaum Anwendung, während er im Erbrecht, so viel man sieht steigende Wichtigkeit erlangt hat, und das Institut des Vorerben zurückzudrängen Miene macht. Das gemeinschaftliche Testament der Ehegatten hat sich vielfach als lästige Beschränkung des Überlebenden herausgestellt und verliert an Anwendung zugunsten der Trennung der letztwilligen Verfügungen. Von dem Kommissionsgeschäft behauptet ein guter Kenner und aufmerksamer Beobachter des Handelsrechts, daß es in seiner überkommenen Art an praktischer Bedeutung ständig verliere zugunsten anderer Geschäftsformen.

Nun aber handelte es sich bei der Tätigkeit der hier besprochenen Rechtspraxis vor allem um eine Änderung des überkommenen Rechts. Eine solche ist möglich auf dem Wege des Gewohnheitsrechts. Dazu wird erforderlich, daß die betreffende Rechtsordnung im ganzen eine solche Art der Rechtsbildung anerkennt. Immer aber wird dabei nötig sein, daß eine längere und gleichmäßige Übung eines Rechtssatzes vorliegt. Das war schließlich auch in den oben besprochenen Materien der Todeserklärung eines Verschollenen, der freien Möglichkeit einer Zession von Forderungen, der direkten Stellvertretung der Fall. Wie aber steht es mit dem zeitlich ersten Akt, da ein Gericht von sich aus einen Rechtssatz aufstellt und neu durchführt?

Man hat gemeint, daß solches ohne weiteres angehe, wenn einem überlieferten Rechte ein neuer Sinn untergelegt wird. Die Versuchung hierzu liegt, wie oben schon angedeutet, bei jedem Gesetzbuch nahe, das bereits längere Zeit in Geltung steht. In interessanter Weise hat dies einmal *BALLOT-BEAUPRE*, Präsident des französischen Kassationshofes ausgesprochen. Er erörterte bei der Hundertjahrfeier des Code civil français 1904 das Verhältnis des hundertjährigen Gesetzbuches zur Gegenwart. Dabei gab er der Meinung Ausdruck, daß es dem Willen des Urhebers jenes Gesetzbuches entspreche, daß der Richter es in dem Sinne aufzufassen hätte, wie es der Gesetzgeber tun würde, wenn er jetzt das Gesetz feststellen würde. — Das will doch näher bedacht sein.

Sicherlich löst sich ein Recht nach seinem Entstehen von den es setzenden

Menschen ab. Die letzteren sind für den sachlichen Sinn des fraglichen Rechts von geringem oder auch von gar keinem Interesse mehr. Es erscheint das von ihnen aufgestellte Recht wie eine selbständig existierende Größe. Allein es handelt sich bei ihm doch immer um ein Wollen. Soll dieses in der Wirklichkeit auftreten, so muß es von bestimmten Menschen getragen sein. Das Recht einer früheren Zeit muß also in der Gegenwart von einer rechtsetzenden Gewalt aufgenommen werden. Es ist in Wahrheit von dieser getragen. Liegt aber hierin ohne weiteres eine stillschweigende Abänderung vom überkommenen Rechte, so daß der Richter sich nun ausschließlich nach der mutmaßlichen Ansicht des jetzigen Gesetzgebers zu richten hätte? Das wird man nicht leicht sagen können. Für die Abänderung des geltenden Rechtes sind doch in den modernen Verfassungen notwendige Voraussetzungen aufgestellt. Ohne die Wahrung der damit geforderten Formen kann eine Änderung im Recht nicht wohl angenommen werden. Es würde sonst eine Änderung vorliegen, die von der neuen Rechtsphilosophie als eine originäre bezeichnet wird. Das aber ist in dem zitierten Satze des obengenannten Gerichtspräsidenten sicherlich nicht gemeint.

Aus alle dem folgt, daß eine kritische Betrachtung der grundsätzlichen Richtung, die in der Gerichtspraxis seit der Aufklärungszeit hervorgetreten ist, manche Anregung bietet, daß diese Anregung aber auch weiter verfolgt werden muß, wenn sie zu einem befriedigendem Abschluß führen soll. Es ist nötig, in der Ausführung unseres Themas einen weiteren Schritt im Sinne rechtsphilosophischer Erwägung zu tun.

2. Das Naturrecht

Wenn der Mensch sich unsicher fühlt und seine Umgebung unbehaglich empfindet, dann flüchtet er aus dem Getriebe des gewohnten Daseins hinaus und zurück zur Natur. Von dem Leben in ihr und mit ihr erhofft er Genesung. Sie, die Mutter Natur, soll ihm den Halt geben, den er bei anderen Menschen vermißt hat und bei sich selbst allein nicht hat finden können. Er sucht das natürliche Leben. Willig fügt er sich dem, was, wie er glaubt, die Natur ihm vorschreibt. Immer schärfer bildet sich dann in seinen Gedanken der Gegensatz, den die positiven Sätze, die sein Dasein regeln, zu dem bilden, was der Natur gemäß sei.

Es ist darum nicht verwunderlich, wenn dieser zuletzt erwähnte Gegensatz auf dem Gebiete des Rechts schon früh hervortrat. In der Nikomachischen Ethik des ARISTOTELES wird das Suchen nach politischer Gerechtigkeit erörtert und (bes. Eth. V 10) dem positiv Gerechten das natürlich Gerechte gegenübergestellt. Besonders stark betonten die Stoiker in ihren rechtstheoretischen Erörterungen die grundlegende Untersuchung des nach der Natur und nach der Satzung Gerechten. Es hing dies mit ihrer gesamten Weisheitslehre zusammen, wie HILDENBRAND in seiner Rechtsphilosophie des Altertums S. 50 hübsch dargestellt hat. Für den Stoiker kam alles darauf an, der Natur gemäß zu leben. Die Natur war ihm der Ausdruck für das oberste Gesetz, dem alles im Dasein der Menschen unterstehe, also auch die Ordnung von Recht und Staat.

Der damit unternommene Vorstoß zum Zwecke der Klärung von den hier einschlagenden Fragen drang dann vor allem bei den Römern vor. Sie waren das Volk, das für die klare Ausbildung des positiven Rechts prädestiniert erscheint. In glänzender Eingebung handhabten sie die Kunst der Rechtsfindung im öffent-

lichen und im privaten Leben. Es gelang ihnen, die schier unüberwindliche Menge rechtlicher Fragen in klar zerteilende Begriffe zu bringen und damit alles Recht systematisch zu überschauen. Sie hatten in seltener Weise eine Intuition, eine schwierige Rechtsfrage auf einfache Elemente zurückzuführen und sie begrifflich gut zu realisieren. Und es eignete vor allem den klassischen Juristen unter ihnen, namentlich im zweiten Jahrhundert unserer Zeitrechnung, die Fähigkeit, bei der einzelnen Rechtsfrage den Blick fest auf den Grundgedanken alles Rechts gerichtet zu haben. Ihnen war in der Tat das Recht, was es nach dem Worte des jüngeren CELSUS sein sollte (D. I. 1, pr.): *Jus est ars boni et aequi* — die Kunst des Guten und Gerechten.

Aber eine kritische Klarstellung der von ihnen verfolgten Gedankengänge haben die römischen Juristen nicht geliefert. Sie waren keine philosophischen Köpfe. In der Formulierung des Grundgedankens waren sie ganz von den Griechen abhängig. Das zeigte sich auch bei der Frage nach der Idee des Rechts. Sie wiederholten einfach die Ausdrücke der griechischen Philosophen, besonders der Stoiker, in lateinischer Sprache. Dadurch wurde der von den Griechen versuchte Halt an der Natur — der, wie man bemerkt haben wird, von ihnen keineswegs zur vollen Klarheit gebracht worden war, — in der römischen Darstellung auch nicht deutlicher. In den Quellen des römischen Rechts wird nun *ius naturale* von dem *ius civile* geschieden, aber die Juristen, denen das entstammte, begnügten sich mit der Angabe, daß es eben rechtliche Einrichtungen gebe, die sich bei allen Völkern gleichmäßig finden, und darum auf einen Grundzug der Natur bei allen Menschen zurückzuführen seien.

Von Interesse und Einfluß wurde im Mittelalter die Staatslehre des großen Scholastikers THOMAS VON AQUINO, der 1274 starb. Auch er stellte das positive und das natürliche Recht einander gegenüber. Jenes sei eine Schöpfung der Menschen, bei den einzelnen Völkern verschieden gesetzt. Das natürliche Recht dagegen sei der Ausfluß des natürlichen Gesetzes, das heißt der Art, in der sich das ewige göttliche Gesetz im Menschen äußere. Während nämlich der Wille Gottes in seiner Vollkommenheit existiere, so bewirke die Bedingtheit des menschlichen Daseins, daß die göttlich gesetzte Vernunft des Menschen auch nur beschränkt vorkommen kann. Soweit es aber geschieht, glaubt THOMAS VON AQUINO eine Reihe grundlegender Sätze und Einrichtungen des Rechts als natürliches Recht ableiten zu können.

Man sieht aus diesen Erinnerungen, daß die bloße Vorstellung und Verweisung auf die Natur noch keinen festen Halt gibt. Der Gedanke, der damit verbunden ist, will um so mehr geklärt sein, als sich leicht herausstellt, daß das Wort *Natur* in allen westeuropäischen Sprachen die Bedeutung des philosophischen *Wesens* angenommen hat. Das Wesen eines Dinges aber ist, wie die Logiker sagen, die Einheit seiner bleibenden Bestimmungen. In unserem Thema, den grundsätzlichen Richtungen der Rechtsbetrachtungen, kann das zweimal in Anwendung kommen. Man kann fragen, nach der *Natur* des Menschen und nach der *Natur* des Rechts. Beides ist im Laufe der Zeiten geschehen. Erst mit dem Einsetzen einer dieser zwei Gedankengänge ist das Suchen nach einem *natürlichen* Rechte in volle Klarheit der Fragestellung gelangt.

Der erste, der das so gekennzeichnete Problem sicher auffaßte, war der berühmte Niederländer HUGO GROTIUS (1583—1645). Er stellte die eben genannte Aufgabe in ausgezeichneter Klarheit hin. Man müsse fragen, welches der Grundzug der menschlichen Natur sei. Daran sei ein fester Halt für alle rechtliche Betrachtung zu ge-

winnen. Ein positives Recht werde dann grundsätzlich berechtigt sein, wenn es mit dem Grundzug der stets gleichen Natur der Menschen zusammenstimme. So erhielt GROTIUS zuerst einen wirklich klaren Gedanken eines natürlichen Rechts. Man kann danach als Definition des Naturrechts einsetzen: Naturrecht ist ein Recht, das in seinem Inhalte der menschlichen Natur entspricht.

GROTIUS hatte solches Zutrauen zu seiner Methode, daß er mit ihr das ganze Problem der Gerechtigkeit zu lösen glaubte. Darum löste er die naturrechtliche Frage gänzlich aus der religiösen Betrachtung aus. Seine, des GROTIUS Deduktion des Naturrechts, sagt er, müsse auch gelten für den, der annehme, daß es keinen Gott gäbe. Als den Grundzug der menschlichen Natur glaubte GROTIUS gefunden zu haben den *appetitus societatis*, das wäre in seinem Sinne der Trieb nach einem ruhigen Zusammenleben mit seinesgleichen; nach einer Vereinigung, die der Mensch nach dem Grunde seiner Einsicht selbst ordne. Alles, was damit übereinstimme, sei natürlichen Rechts, z. B. das Halten von Verträgen; was jenem widerspreche, sei unrecht, z. B. Gewalttätigkeit gegen andere, die nun das natürliche Recht der Notwehr hätten.

Da diese Darlegung sich auf das stützte, was als allgemein menschliche Natur behauptet wurde, so könne der Beweis eines besonderen natürlichen Rechtssatzes dadurch gestützt werden, daß man zusehe, ob er sich bei allen erreichbaren Völkern durchgesetzt habe. Es ist außer Zweifel, daß auch hier GROTIUS das Institut des *ius gentium* vorgeschwebt hat, das die Römer als eigenes Rechtssystem für den internationalen Rechtsverkehr innerhalb ihres zusammengesetzten Reiches aufgerichtet hatten. Das darf um so mehr angenommen werden, als GROTIUS auf der Grundlage seiner methodischen Überlegung selbst ein ausgeführtes Rechtssystem dargestellt hat.

Er tat es für die Rechtsbezeichnungen unter den Völkern. Da alle Berechtigung rechtlicher Gebote nach GROTIUS sich darauf gründet, daß sie mit der allgemeinen Natur des Menschen übereinstimmen, so ist andererseits gefordert, daß solche natürlichen Rechtssätze überall gelten, wo Menschen zusammentreffen. Es hat keinen Sinn, den Gedanken des Rechts an den Grenzen des Staates halt machen zu lassen. Der Staat ist selbst nur eine besonders geartete rechtliche Verbindung. Er setzt logisch den Gedanken des Rechts voraus. Da er nur eine Anwendung des Gedankens vom Rechte ist, so hat der letztere auch über den Staat hinaus einzutreten. Er verbindet also auch die Staaten miteinander und stellt sich in besonderer Ausführung über sie. So wurde GROTIUS der Vater des modernen Völkerrechts. Lange hatte man seit Jahrhunderten nach ihm herumgetastet. Die Vorstellung eines solchen Rechts, das auch die Staaten verbindet, war selbstverständlich immer da. Das Altertum kannte Ansätze dazu im Gesandtenrecht, in Friedens- und Handelsverträgen; und es hatten wie MONTESQUIEU sagt, auch die Irokesen ein Völkerrecht. Jetzt war durch die wissenschaftliche Tat des genialen Holländers der systematische Gedanke klargestellt worden, auf dem sich erst das Völkerrecht der Neuzeit aufbauen konnte.

Es liegt außerhalb der Aufgabe dieser Zeilen, den positiven Ausgestaltungen nachzugehen, die nun der Entwurf des GROTIUS weiterhin erfahren hat. Auch ist es nicht unsere Absicht, die Entwicklung der naturrechtlichen Systeme, die nach jenem Autor auftraten, im einzelnen zu verfolgen. Wir haben nur eine Übersicht der Schicksale zu geben, die die Fragestellung und Methode des GROTIUS erfahren hat, und dann zu zeigen, welche Bedeutung sie in der heutigen Zeit mit Fug beanspruchen kann.

In der ersten Hinsicht ist ein starker Widerspruch hervorzuheben, der sich gegen die Charakterisierung der menschlichen Natur durch GROTIUS geltend gemacht hat. Man behielt zwar die von ihm aufgebrachte Frage als solche bei. Über ein Jahrhundert wandte man die größte Aufmerksamkeit dem Problem zu, was sich eigentlich als das allgemeine Menschliche aufstellen lasse. Dann flaute es aber etwas ab, um zu keiner Zeit, auch in der heutigen nicht, ganz zu erlöschen.

Der bekannte englische Philosoph THOMAS HOBBS (1588—1679) gab als Grundzug der menschlichen Natur Furcht vor dem Nebenmenschen an. Jeder müsse vor dem anderen Angst haben und Mißtrauen hegen, denn jeder könne nur zu leicht von dem anderen geschädigt werden. So kam der berühmte Satz heraus, daß der natürliche Zustand des Menschengeschlechts ein Krieg aller gegen alle sei. Das Recht habe die Aufgabe, das zu hindern. Es sei *natürlich*, wenn es diesem Berufe so gut wie möglich nachkomme.

Es ist eine eigentümliche Tatsache, daß kein Naturrechtslehrer, der sich die Frage des GROTIUS zu eigen machte, mit seiner besonderen Antwort darauf längere Zeit Beifall finden konnte. Das erfuhren auch die deutschen Naturrechtler, auf die nun die Führung in dieser Disziplin überging. PUFENDORF (1632—1694) nahm als allgemein menschlich das Gefühl der Schwäche (*imbecillitas*) an, THOMASIUS (1655—1728) stellte dagegen den Wunsch nach langem und glücklichem Leben auf. Und manches trat in weiteren Abweichungen bei Späteren hinzu: Eigennutz, Gemeinsinn, Verschwendungssucht, oder doch Unwirtschaftlichkeit und anderes mehr traten in der genannten Richtung auf. Oft wurde es mehr nebenher erwähnt, zuweilen aber auch in ein ausgeführtes psychologisches System gegossen, wie von FOURIER, der behauptet, daß der Mensch stets von drei, sich folgenden Trieben bewegt werde: dem *cabaliste*, dem Wunsche, ein gerade vorschwebendes Ziel mit allen Kräften zu erreichen, der *papillonne*, dem Sehnen nach Abwechslung und Zerstreung und der an dritter Stelle ablösenden *composite*, dem Streben nach Sammlung und Beschaulichkeit seiner selbst; worauf im Kreislauf es wieder mit dem zuerst genannten Wunsche anfangt.

Dieses stete Auseinanderfallen der Ansichten ist nicht zufällig, bloß auf menschliche Schwäche zurückzuführen. Denn der Gedanke des Grundgesetzes für menschliches Wollen liegt in einem absolut einheitlichen Richtpunkt für alle konkreten Fragen und Aufgaben. Sucht man das nun in einer Eigenschaft, die bereits allen Menschen in der sinnlich empfindbaren Wirklichkeit zu eigen wäre, so bleibt nichts als physiologische Feststellung übrig. Das natürliche Triebleben gibt nur den mannigfaltigen Stoff der menschlichen Begehungen ab. Er ist immer und notwendig wechselnd und verschieden. Ein einheitlicher Blickpunkt folgt aus ihm so lange nicht, als man dieses Triebleben in seinen wirklichen Äußerungen nur beschreibt. Statt dessen ist es nötig, die absolute Einheit des richtigen Verfahrens nur in der Idee zu sehen. Sie besteht in der Aufgabe, alle jemals denkbaren Bestrebungen in unbedingter Harmonie miteinander zu denken. Erst so wird es möglich, jedes besondere Streben in einer und derselben Weise zu beurteilen, wie irgendein anderes Streben. Die Begründung und Ausführung dieser Methode wird uns in dem Abschlusse dieser Abhandlung beschäftigen.

Das natürliche Recht bildet aber trotz der Zwiespältigkeit der es begründenden Ansichten und trotz seines wissenschaftlichen Grundmangels in der Rechtsentwick-

lung einen Faktor von großer Bedeutung. Er stärkte oft die Freiheit des Urteils gegenüber dem positiven Recht, dem es ja zum Vorbild dienen sollte. In dem österreichischen Gesetzbuche von 1811, das noch heute in Kraft steht, wird die Frage aufgeworfen, wie das Gericht zu verfahren habe, wenn sich eine Lücke im Gesetze zeige, und diese auch nicht durch Analogie ausgefüllt werden könne. Der § 7 jenes Gesetzbuches sagt: *Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.*

Im 19. Jahrhundert trat die Besinnung hierauf in der Jurisprudenz zugunsten der rechtsgeschichtlichen Forschung zurück, und in der Praxis der neueren Zeit finden sich nur wenige Bezugnahmen auf das Naturrecht, beispielsweise in dem Ausspruche des deutschen Reichsgerichts, daß der Autor durch Weglassungen, Hinzufügungen, Umstellungen für die betreffenden Exemplare gerade um den individuellen Charakter seiner Geistesarbeit gebracht werde, auf dessen Geltung und Wirkung sowohl in bezug auf das Ganze wie auf Einzelheiten er ein natürliches Recht hat.

Um solchen Wendungen eine Unterlage zu geben, ist öfter auf das natürliche Rechtsgefühl verwiesen worden. Meist findet sich die Berufung darauf in vulgärer Weise. Man stellt sein subjektives Empfinden gerne einer Satzung des positiven Rechts gegenüber. Doch kommt es auch zur Stütze des letzteren oder zu seiner Ergänzung vor. So geschah es in einem berühmten Prozeß, der das Photographieren der Leiche des Fürsten BISMARCK betraf. Zwei Photographen stiegen in Friedrichsruhe ein, nachdem sie die Wächter bestochen hatten, und machten eine Aufnahme der Leiche. Die Hinterbliebenen klagten auf Vernichtung der Platte. Das Reichsgericht (45, 173; vgl. 46, 79) gab der Klage statt und stützte sich namentlich darauf, daß das entgegengesetzte Ergebnis dem natürlichen Rechtsgefühl widersprechen würde.

Aber das ist nicht durchdacht. In der Tat bringt den jetzt aufgegebenen problematischen Begriff kein Mensch mit auf die Welt. Das Kind in der Wiege weiß noch nichts von gerechten und ungerechten Staatsgerichten und Gesetzen. Zum Erwerb dieser Vorstellungen ist eine Fülle von Eindrücken und ausbildenden Erlebnissen nötig. Daß sich die Ausbildung richtiger Zwecksetzung bei allen Menschen in gleichheitlicher Weise vollzieht, ist eine unbegründete Annahme. So ergibt sich für das kritische Urteil, daß das oft behauptete natürliche Rechtsgefühl nichts ist, als zufällig und unvollständig zusammengeraffte Rechtskenntnis und Rechtsbeurteilung. Den unterliegenden Begriff des grundsätzlich Richtigen setzt zudem jene Berufung sowieso voraus. Sie sagt ja im Grunde nur: In meinem Inneren waltet eine unerklärliche Kraft, woraus mir Urteile von grundsätzlich richtiger Art entstehen.

So großen Einfluß die ganze Lehre von dem natürlichen Empfinden und von der menschlichen Natur auf die Entwicklung von Recht und Staat und auf die Politik und das Völkerrecht ausgeübt hat, so wenig brauchbar ist diese grundsätzliche Richtung für die Lösung der Aufgaben, die der heutigen Jurisprudenz gesteckt sind.

3. Das Vernunftrecht

Ein Glaube, der sich häufig findet, ist der Glaube an die schöpferische Kraft der Vernunft. Man meint, daß man nur vernünftig nachzudenken brauche, um sein Leben und das Leben seiner Umgebung gut gestalten zu können. Im besonderen

habe die Vernunft die rechtlichen Einrichtungen zu erschaffen, nach denen die Menschen frei und glücklich leben können. Das gründet in einem vollendeten Irrtum.

Die Aufgabe der Vernunft besteht in der Klarstellung der Idee im genauen Sinne des Wortes. Die Idee bedeutet, wie oben (II.) einmal angedeutet, den Gedanken von der absoluten Totalität aller je denkbaren Erlebnisse. Sie werden in vollendeter Harmonie gedacht. In der sinnlich empfindbaren Wirklichkeit gibt es das nicht, es würde ein Widerspruch im Beisatz sein. So ist die Idee der Leitstern der konkreten Erfahrung; aber kommt nicht selbst in der empfindbaren Wirklichkeit vor.

Daraus ergibt sich: Die Idee der Gerechtigkeit ist nicht schöpferisch. Sie kann den Stoff des Begehrens von sich aus nicht hervorbringen. Ihr Beruf ist es, bei der Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten den rechten Weg zu finden. Die verschiedenen Möglichkeiten selbst werden uns geliefert. Sie treten immer unter geschichtlichen Bedingtheiten auf, und es gilt, wie gesagt, unter ihnen jeweils zu wählen; wie das genau zu begründen und auszuführen ist, soll uns wiederum am Schlusse beschäftigen.

Indem wir hier den uns entgegengesetzten Bemühungen, die im Laufe der neueren Zeit aufgetreten sind, noch einige Betrachtungen widmen, schalte ich zuvor eine sprachliche Bemerkung ein. Sie wird uns auch dienen, sachlich einiges von grundlegender Bedeutung klarzustellen.

Wir unterscheiden den Begriff von der Idee. Der Begriff ist die Vorstellung des einheitlichen Bestimmens einzelner getrennter Gegenstände. Jeder Begriff ist eine Teilvorstellung. Er besteht unter bleibenden Artmerkmalen, nach den die in ihm liegende Vorstellung einheitlich geordnet ist. So bezeichnet der Begriff des Rechts eine Beschaffenheit menschlichen Wollens. Er bedeutet die sich gleichbleibende Art eines Teiles von Bestrebungen. Er ist zu bestimmen gegenüber anderen Klassen des Wollens: dem moralischen, dem konventionalen, der gewalttätigen Willkür. Jeder Begriff ist in seinem besonderen Auftreten restlos erfüllt. Die in ihm gelegene Einheit des Überlegens ist im Einzelfalle vollkommen erlebt. So oft wir beispielsweise ein rechtliches Vorkommnis vor uns haben, so sehen wir den Begriff des Rechts erschöpfend gegeben.

Ganz anders die Idee im vorhin beschriebenen Sinne des Wortes. Mit ihr ist die Aufgabe gesetzt: eine einzelne Frage in Harmonie mit der Allheit jemals denkbaren Ereignisse zu halten. Und nun ist nicht nur die Idee selbst kein Gegenstand bedingter Erfahrung, sondern es kann auch die eben genannte Frage niemals restlos gelöst werden. Trotzdem ist ihr stets nachzugehen. Es bleibt das alte Bild, der die Idee mit dem Polarstern vergleicht, nach dem der Schiffer aufschaut, nicht um ihn zu erreichen und dort zu landen, aber doch um sein Schifflein nach ihm zu richten, durch Wind und Wetter zu rechter Fahrt.

Die Unterscheidung führt auf die griechische Philosophie zurück. Ebenso die Ausdrücke. Sie sind oft vernutzt und in vager Bedeutung verbraucht worden. Aber es ist eine merkwürdige Beobachtung, daß das griechische Wort *Kategorie* in alle Kultursprachen übersetzt worden ist. — Im Englischen mit *notion*, im Deutschen mit *Begriff* usw. während das Wort *Idee* in keine Sprache übersetzt, sondern bloß in der griechischen Fassung übernommen worden ist.

Das unmittelbare Gegenteil der hier angeführten Ansicht findet sich in dem vielgenannten Buche, das der englische Lordkanzler THOMAS MORUS 1516 in latei-

nischer Sprache herausgab: Von dem besten Zustande eines Staatswesens und der neu entdeckten Insel Utopia. Der Inhalt dieses Werkes ist so vielfach wiedergegeben worden, daß wir nur in Kürze daran erinnern, um im Interesse unseres Themas in systematischer Erwägung dazu kritisch Stellung zu nehmen.

Die Insel Utopia ist bekanntlich das Ergebnis der phantastischen Ausmalung eines Kommunistenstaates. Seine Einrichtungen beruhen auf den Sätzen der Verneinung jedes Privateigentums, der allgemeinen, gleichen Arbeitspflicht von sechs Stunden täglich, endlich des Fehlens jedes Zwischenhandels und des Zuteilens der Produkte durch staatliche Beamte. Das ganze Leben ist in schematischer Gleichheit zwangsweise bestimmt. Kinderreiche Familien haben von ihren Sprößlingen an kinderarme Familien abzugeben. Die Wohnungen werden alle zehn Jahre zwangsweise gewechselt. Zu derselben Stunde haben alle Einwohner zur Ruhe zu gehen, wieder aufzustehen, sich zu vergnügen, zu speisen. Es ist das Bett des Prokrustes in sozialer Hinsicht. Von Menschen mit Fleisch und Blut, mit Verschiedenheit der Anlagen und Fähigkeiten, der Wünsche und Neigungen ist so gut wie gar nicht die Rede.

Daß dieses merkwürdige Bild auf PLATON zurückgehe, ist ein sicherer Irrtum. PLATON hat in seinem großen Werke vom Staate keine Utopie entworfen, sondern formale Richtlinien der Gedanken geben wollen, denen jeder Gesetzgeber und jede Rechtsverfassung nachgehen sollte. Er geht von dem Satze aus, daß es darauf ankomme, daß die politischen Zustände, in denen die Menschen leben, gut seien. Die Eigenschaft des Guten ist aber etwas *qualitatives*. Es ist nach PLATON nicht günstig, den Staat aus einem *quantitativen* Zusammenzählen von subjektiven Interessen herzustellen. Bloß in diesem Sinne spricht er aus, daß die Regierenden von eigensüchtigen Wünschen und Begierden frei sein sollten. Darum sollten sie weder Familie noch Vermögen haben. Für die große Menge der Rechtsangehörigen geht dies aber nicht; für sie ist namentlich von einem Zwange zu quantitativer Gleichheit wie bei MORUS in keiner Weise die Rede. Wohl besitzen wir das Bruchstück des Dialogs, in dem PLATON eine sagenhafte Insel Atlantis schildert, draußen vor den Säulen des Herkules gelegen. Aber das dient ihm nur dazu, um in patriotischem Gefühl seine Vaterstadt Athen zu feiern und die trefflichen Eigenschaften seiner landsmannschaftlichen Vorfahren herauszuheben; von besonderen Rechtseinrichtungen, die Utopien zum Vorbilde hätten dienen können, wissen wir von dort her nichts.

So bleibt es am wahrscheinlichsten, daß MORUS sein Utopien seiner eigenen Phantasie verdankt. Er läßt es ja auch zu sehr im Gegensatz zu dem damaligen England, das er so genau kannte, vor unseren Augen erstehen. Und aus diesen historischen Betrachtungen her ist es erwachsen. Viele Nachfolger hat er gefunden. Keiner hat ihn erreicht, auch nicht BELLAMY, *Looking backward*, 1887.

An dieser Stelle kommt es auf das Ganze des kritischen Urteils über die Utopien überhaupt an. Sie sind Dichtwerke. Aber sie wollen doch in ernsthaftem Sinne in das Recht und seine Ausführung eingreifen. Da besteht nun ihre Eigenart darin, daß sie die Materie eines konkreten sozialen Lebens frei erfinden. Sie gehen zwar auch, wie schon betont, von geschichtlicher Erfahrung aus und wachsen aus dieser heraus. Das tun sie selbstverständlich, auch wenn sie sich in Gegensatz dazu stellen. Aber sie denken sich nun Menschen mit bestimmten Eigenschaften, die anders sind als die in der Erfahrung erlebten. Und sie fügen sie in technische Mög-

lichkeiten der Lebensführung ein, die ebenfalls der Phantasie des Urhebers entstammen. So haben die Utopien manchmal anregende Bedeutung, indem sie zum Nachdenken auffordern, aber selbst keinen wissenschaftlichen Wert, weil eben die Materie ihrer Ausführung nicht auf dem Boden der Wirklichkeit steht. Darum haben sie auch trotz allen Anreizes, der für viele Leser in ihnen lag und liegt, keinen Einfluß auf das Recht und seine Behandlung ausgeübt. Die Gesetzgebung wurde durch andere Gedankengänge beeinflusst, die Rechtsprechung aber ist ihnen geradezu entgegengesetzt, eher, wie gleich zu zeigen sein wird, geneigt, gerade von begrenzten Urteilen aus bedingten sozialen Zuständen her zu sehr abhängig zu haften.

Ein Versuch, die Lehre vom freien Walten in rechtlichen Dingen wissenschaftlich zu begründen, tritt im Zeitalter der Aufklärung hervor. Hier war es besonders CHRISTIAN WOLFF (1679—1754), der jene Lehre dogmatisch ausführte. Er veröffentlichte über die verschiedenen Fragen des Menschenlebens Bücher unter dem Titel *Vernünftige Gedanken*. Dabei stellte er in dem Gebiete des Rechts und der Moral den Satz auf, daß es gelte die Vollkommenheit seiner selbst und des Nächsten zu befördern. In welchem Sinne das behauptet und begründet werden könnte, nahm er nicht in kritische Erwägung. Aber es floß aus seiner Lehre in Staatsdingen die Richtung, die unter dem Namen des *aufgeklärten Despotismus* bekannt geworden ist.

Für die Praxis des Rechts hatte das Einschlagen dieser Richtung bedeutsame Folgen. Der Gesetzgeber dünkte sich als frei waltender Schöpfer des Rechts. Die selbständige Überlegung bei der Anwendung des Rechts erschien überflüssig oder sogar schädlich. Die angeblich absolute Freiheit bei dem Setzen des Rechts wandelte sich in eine untergeordnete Unfreiheit bei dem Richter und dem Anwalt. Bedeutungsvoll trat das hervor in den Folgen des berühmten Prozesses vom Müller Arnold unter Friedrich dem Großen. Ein Gutsbesitzer hatte den durch sein Besitztum fließenden Privatbach durch neu angelegte Fischteiche geleitet. Beim Niederlassen der Schleusen erhielt der unten gelegene Müller kein Wasser mehr für seine Mühle. Das Gericht entschied, daß der Eigentümer des Privatbaches keine Rücksicht auf den Nachbar zu nehmen habe. Friedrich der Große war hierüber außer sich und beging den in der Geschichte bekannten Akt starker Kabinettsjustiz: er strafte die Richter und ließ die Fischteiche zerstören.

Vor allem aber gab er nun den Plan zu einem neuen Gesetzbuch heraus. Er suchte das Übel nicht in einer theoretisch unzulänglichen Regelung des Eigentums und des Nachbarrechts, sondern darin, daß das Gesetz nicht bloß nach Vernunft und Landesbrauch abgefaßt sei. So entstand das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten, das 1794 in Kraft trat. Es führte den Typus des kasuistischen Gesetzbuches in die Rechtsgeschichte der neueren Zeit ein.

Freilich ist jedes Gesetz im allgemeinen Sinne von kasuistischer Beschaffenheit, denn es kann sich gar nicht anders ausdrücken, als in Gestalt von Rechtssätzen. Der Rechtssatz aber ist ein hypothetisches Urteil. Er knüpft an gewisse Voraussetzungen bestimmte Folgen. Sonach geschieht jede rechtliche Äußerung in kasuistischer Art und Weise.

Allein man gebraucht den Ausdruck der kasuistischen Darlegung noch in einem anderen, engeren Sinn. Er wird da verwertet, wo die fragliche rechtliche Äußerung sich in einer engen Weise an vereinzelte Besonderheiten erlebter oder

auch nur vorgestellter Erfahrung anschließt. Das Gegenstück dazu ist die abstrakte Weise des rechtlichen Ausdrucks, bei der der Inhalt rechtlichen Wollens verhältnismäßig allgemeiner ausgeführt wird. Das ist eine sehr relative Unterscheidung. Aber sie macht sich doch in dem Grundton einer Gesetzgebung geltend. Im Preussischen Landrecht überwog, wie bemerkt, die kasuistische Art. Der Antrag auf einen Vertragsschluß sollte mit *der nächsten reitenden oder fahrenden Post* beantwortet werden; doch sollte der Antragende schuldig sein, noch *den nächstfolgenden Posttag* abzuwarten. Besondere Sätze galten, wenn der Antrag durch einen eigenen Boten geschehen war, oder wenn er von einer Korporation oder Gemeinde ausging, und so fort (ALR. I 5, 96ff.). Die abstrakte Art anderer Gesetzbücher begnügt sich mit dem Eingang der Antwort *unter gewöhnlichen Umständen* (BGB. 147). So ist die überwiegende Art kasuistischer Festsetzung immer in Gefahr, zu veralten. Ein guter Gesetzgeber wird beide Mittel des Ausdrucks zu verschiedener Gelegenheit anwenden und seine Kunst gerade in dem richtigen Auswählen im gegebenen Fall sehen. Im Zweifel aber verdient die relativ abstrakte Weise den Vorzug. Denn die Meinung, die der alte Fritz hegte: daß man die Juristen und ihr selbständiges Denken überflüssig machen könne, ist in sich verkehrt.

Die größte Bedeutung hat jedoch die Lehre von dem freien, vernünftig schaffenden Gesetzgeber für die Gesamtauffassung von Recht und Gerechtigkeit gehabt. Hier handelt es sich nicht mehr bloß um die Technik des rechtlichen Ausdrucks, sondern um die sachlichen Grundfragen jeder rechtlichen Überlegung. Dies führt auf JEAN JACQUES ROUSSEAU zurück.

Es gibt wenige Bücher, die einen so großen Einfluß auf die Geschichte der Völker ausgeübt haben, wie die Schrift ROUSSEAU: *Du contrat social, principes du droit public* (1762). Ihm ist der Grundgedanke zu eigen, daß man die rechtliche Ordnung im Sinne eines *Gesellschaftsvertrages* unter gleichberechtigten Kompagnons auffassen müsse. Der Zweck dieser Sozietät aber sei das Glück aller denkbaren Menschen. ROUSSEAU nennt das mit oft mißverstandenen Ausdrücke *la volonté générale*. Es ist also für den Gedanken ROUSSEAU nicht etwa eine Ansicht von dem ersten Ursprung des Rechts überhaupt bestimmend gewesen; vielmehr kommt es ihm auf den systematischen Gedanken des Rechts überhaupt an. Und man darf den *allgemeinen Willen* im Sinne ROUSSEAU nicht quantitativ fassen, etwa als Einstimmigkeit oder gar Mehrheit der Rechtsangehörigen, sondern qualitativ, nämlich als ein besonders geartetes Wollen, das im beschriebenen Sinne jedem einzelnen Individuum eignet und bei diesem der *volonté particulière* entgegengesetzt ist, dem Wollen das auf das Glück einzelner Menschen oder Völker gerichtet ist.

An diese Stelle gehören die Folgerungen, die für den Begriff und die Idee des Rechts aus der von ROUSSEAU gegebenen Grundlage zu ziehen sind. In beiderlei Hinsicht gelangt jener Rechtsphilosoph nicht zu befriedigenden Ergebnissen.

ROUSSEAU bemüht sich, den Gedanken des Rechts von der Willkür zu trennen. Das Problem der Trennung des Rechts von der Moral und weiterhin von der konventionalen Regel liegt ihm ferner. Danach aber sucht er das *Recht* darin, daß eine soziale Regel der *volonté générale* im eben beschriebenen Sinne gemäß sei. Das führt irre. Denn der Begriff Recht bedeutet einen Teil des menschlichen Wollens, der sich nach bedingenden Artmerkmalen erschöpfend abgrenzen läßt. Er steht der Willkür in der Weise gegenüber, daß das Recht während seines Bestandes unver-

letzbar gelten will, nicht getrübt oder verletzt nach subjektiver Laune eines Gewalthabers. Es will als Ordnung bleibend sein und nicht nach persönlichem Belieben von Fall zu Fall einsetzen. Dadurch ermöglicht sich der Begriff gerade des rechtlichen Wollens gegenüber dem willkürlichen Gewaltbefehl. Ob jenes begrifflich abgegrenzte Recht auch seiner idealen Bestimmung folgt, ist immer offene Frage. Es gibt auch unrichtiges Recht. Die entgegengesetzte Behauptung ROUSSEAUS ist ohne allen Grund. Sie führt auf eine Verwechslung von Begriff und Idee. Trotzdem läßt sich dieser Irrtum bis in die neueste Zeit bei manchen Schriftstellern gewahren.

Was nun aber den Gedanken einer Idee der Gerechtigkeit anbelangt, so hat ROUSSEAU die Aufgabe, solche Idee deutlich zu machen, nicht ausreichend gelöst. Das kam daher, daß er im Stile seiner Zeit seine Erörterungen von dem Eudämonismus nicht frei machen konnte. Das Streben nach Glück galt dem Zeitalter der Aufklärung als das höchste Gesetz des menschlichen Wollens. Erst KANT vernichtete diese unhaltbare Auffassung endgültig. Er wies unwiderleglich nach, daß es ein unlösbarer Widerspruch ist, zu behaupten, daß das subjektive Lustempfinden für den Inhalt des menschlichen Strebens das Gesetz für ein objektiv begründetes Wollen sei. Wohl mag jeder dem Sehnen nach dem Glücke nachgehen und sein Wohlergehen befördern: aber das ist die Materie seines Strebens und nicht sein Gesetz. Es gilt glücklich zu werden unter dem kategorischen Satze der Pflichterfüllung. ROUSSEAU aber begünstigte den Eudämonismus durch seine oben genannte Formel von dem allgemeinen Willen. In Wahrheit kommt es nur auf die Beschaffenheit der Allgemeingültigkeit eines Willensinhaltes an, um ihn objektiv richtig sein zu lassen, das Glück hat aus der Beschreibung des Grundgesetzes für richtiges Wollen wegzubleiben. Daß es danach im sozialen Leben auf die Idee einer reinen Gemeinschaft ankommt, das hat ROUSSEAU nicht gefunden.

Aus dem Ganzen seiner Auffassung folgte endlich der weitere Fehlgriff, daß auch er glaubte, ein Idealrecht aufstellen zu können. Seine Prinzipien des öffentlichen Rechts enthalten stofflich bedingte Sätze über Gesetzgebung, über Abstimmungen und andere konkrete Fragen. Jedes *Idealrecht*, das mit konkreten Sätzen und doch mit absolutem Geltungsanspruch über alle Völker und Zeit gestellt wird, bringt einen Widerspruch im Beisatz mit sich. Denn der konkrete Inhalt geht auf die Regelung bestimmter Bedürfnisse der dort verbundenen Menschen. Alle diese Fragen sind aber technisch bedingt und wechseln stetig. Von absoluter Bedeutung kann nur eine formale Methode des Richtens sein, wie sie oben in dem Gedanken der Idee des Richtigen vorgestellt worden ist.

Die dargestellten Gedankengänge eines angeblich frei erschaffenden Gesetzgebers mit der Möglichkeit idealer Rechtseinrichtungen konkreten Inhalts füllen auch heute weithin die Gemüter. Und die Vorstellung, daß das oberste Gesetz für richtiges Wollen in dem Streben nach Lust und äußerer Annehmlichkeit bestehe, herrscht in größtem Umfange. Hier bleibt viel zu tun übrig. Es ist eine Aufgabe, die durch alle Nationen hindurchgeht. Denn wenn es überhaupt einen Fortschritt der Menschheit geben soll, so kann es nur sein ein Fortschritt der Gedanken.

Die gerichtliche Praxis hat sich vielfach von jenen nicht haltbaren Annahmen ferngehalten. Aber sie ist dafür oft in das entgegengesetzte Fahrwasser getrieben

worden. Es ist im Zusammenhang mit der allgemeinen Geistesentwicklung des 19. Jahrhunderts geschehen, die wir unten bei Gelegenheit des juristischen Empirismus noch darlegen werden (VIII).

Dies aber wurde vorbereitet durch theoretische Richtungen, die sich im Gegensatze zum *contrat social* im 19. Jahrhundert bildeten. Ihre Betrachtung wollen wir zunächst in besonderer Erwägung vornehmen.

4. Die historische Rechtsschule

Die in der Überschrift genannte Richtung hat lange Zeit in der Jurisprudenz geherrscht, namentlich in Deutschland, aber auch außerhalb dieses. Es handelt sich dabei um eine eigenartige Theorie, die im Beginne des 19. Jahrhunderts im Zusammenhange mit der sogenannten Romantik aufkam.

Das Kennzeichen der Romantik ist der Geisterglaube. Neben dem Menschen stehen andere Wesen beseelter Art; wengleich auch in der letzteren von der Art der Menschenseele verschieden. Dies übertrug man auf das *Volk*. Auch das Volk erschien nun als ein selbständiges Wesen mit einem *eigenen Geist*. Es sollte ein beseeltes Naturding sein. Von den einzelnen Angehörigen sei es unabhängig. Durch die verschiedenen Generationen gehe vielmehr der Volksgeist als eine Einheit hindurch. Er sei ein zwar irdisches, bedingtes Wesen, aber unabänderlich und fest. Er wirke in den einzelnen Gliedern des Volkes gemeinsame Überzeugungen. Diese erstrecken sich auf alle Gebiete des geistigen Lebens, und sobald sie, die gemeinsame Überzeugung, sich auf das *Recht* beziehe, so sei sie eben selbst das *Recht*.

Im Grundgedanken läßt sich die Meinung von selbständigen Völkerindividuen bis auf HERDER zurückverfolgen. In seinen *Stimmen der Völker in Liedern* klingt jene Auffassung durch. Es ist *das Volk*, dessen Seele in den Gesängen und Gedichten sich äußert, es sind nicht mehr einzelne Menschen als Urheber, die nur bei dem sogenannten Volkslied nicht bekannt geworden oder geblieben sind. Neuere Untersuchungen zur Geschichte der Philosophie haben dann namentlich die Aufnahme jener Gedanken bei SCHELLING verfolgt. In die Jurisprudenz wurden sie durch SAVIGNY eingeführt. Das geschah aus einem besonderen Anlasse her.

Es war im Jahre 1814. Deutschland war von der Fremdherrschaft Napoleons durch die Schlacht bei Leipzig befreit worden. Was aus ihm staatlich werden sollte, war unsicher; eine bloße Wiederherstellung der Staatsform vor 1806 zeigte sich nicht angängig. Da erschien die Schrift eines deutschen Patrioten, des Heidelberger Professors THIBAUT, eines guten Kenners des Zivilrechts wie auch der Philosophie KANTS. Er befürwortete den Erlaß eines einheitlichen und neuzeitlichen Zivilgesetzbuches für Deutschland, als Mittel für die Einheit und den gesicherten Bestand des Vaterlandes. Das überkommene Zivilrecht — führte er aus — leide an formellen und materiellen Mängeln. Der Text des römischen Gesetzbuches, das als des Reiches gemeines Recht angenommen worden war, war in fremder Sprache geschrieben, auch nicht in einer authentischen Originalausgabe erhalten. Es entstammte einer vergangenen Zeit, mit anderen staatlichen und wirtschaftlichen Unterlagen. Sein Inhalt sei oft unsicher und bestritten, auch lückenhaft und durch neueres Recht von partikularer oder allgemeiner Art durchlöchert.

Es wäre schwer gewesen, gegen solche feste Tatsachen, die beredt genug für sich sprachen, im einzelnen etwas einzuwenden. SAVIGNY, der sich gegen THIBAUT wandte, beschritt einen anderen Weg. Er wies auf die nach seiner Ansicht allein berechnete Auffassung von Verhältnis des Rechts zur Gesetzgebung hin. Er tat es von dem Standpunkt der vorhin geschilderten Romantik aus. Nicht der Gesetzgeber mache das Recht, das tue der Volksgeist. Der Gesetzgeber habe nur aufzuzeichnen, was die Seele des Volkes diktiere. Dazu sei nötig, daß man über die wahre Meinung eines Volksgeistes durch eindringliche Studien genügend unterrichtet sei. Solches fehle aber in der Zeit, da jene Erörterung stattfand. So nannte SAVIGNY seine Schrift: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*.

Die Zeit ist über die damalige Kontroverse hinweggeschritten. SAVIGNY behielt zu seiner Zeit recht, da die politischen Verhältnisse nichts anderes erlaubten, aber THIBAUTS Vorschlag erlebte am Ende des vorigen Jahrhunderts in dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch seine Verwirklichung. Allein die Gedanken, die in jenen Tagen aufgestanden waren und miteinander rangen, sind nicht untergegangen. Bis in die neueste Zeit spielen sie hinein. Bedeutende Juristen und Rechtshistoriker, wie SOHM, DAHN, GIERKE haben bis zu ihrem Ende sich als Anhänger der von SAVIGNY aufgestellten Rechtsphilosophie bekannt; und heute mag ein aufmerksamer Beobachter durch manche Nationen und Völker ein Wiedererwachen romantischer Neigungen gewahren. Dazu kommt endlich, daß für die Gesetzgebung wie für die Lehre des Rechts eine Klarheit über die hier eingeführte grundlegende Richtung in der Jurisprudenz von nicht geringer praktischer Bedeutung geworden ist und immer sich so erweisen muß. Sonach wollen wir zunächst die Folgerungen in das Auge fassen, die sich aus der skizzierten Theorie ergaben, um dann zu der letzteren kritisch Stellung zu nehmen.

Die Folgerungen, die wir eben andeuteten, gehen nach drei Seiten hin vor:

1. Es wurde von den Anhängern der hier in das Auge gefaßten Richtung für die Bildung des Rechts dem Gewohnheitsrecht der Vorzug vor der Gesetzgebung gegeben. Die regelmäßige Erwägung dieser doppelten Art von Rechtsbildung geht so vor, daß man überlegt, welche der beiden Arten in gegebener geschichtlicher Lage die zweckmäßigere sei. Dann hebt der eine wohl hervor, daß das Gewohnheitsrecht etwas Unsicheres an sich trage. Es läßt sich nicht anders feststellen, als daß man Zeugen dafür aufruft, daß an bestimmtem Orte ein Rechtssatz eine längere Zeit hindurch gleichmäßig in tatsächlicher Übung gestanden habe. Aber der eine Zeuge bekundet wohl solches, ein anderer widerspricht, ein dritter ist unsicher. Allein, wirft ein Verfechter des Gewohnheitsrechts ein, soweit es sich feststellen läßt, soweit schmiegt es sich schneller und unmittelbarer den Bedürfnissen des Verkehrs und den Wünschen des Geschäftslebens an. Die Gesetzgebung folge dem oft langsam und hinke mehr hinterher. Das wird, sagt ein Gegner, dadurch ausgeglichen, daß der Text des Gesetzes fester bestimmt ist, und dadurch die Rechtssicherheit gefördert wird. Es ist immer noch leichter, ein zunächst vielleicht nicht zweifelloses Gesetz seinem Sinne nach auszulegen, als den weniger faßbaren Inhalt einer gewohnheitsrechtlichen Übung. Dafür, meint wieder der andere, ist das Gesetz strack und trägt den Umständen des einzelnen Falles weniger Rechnung.

Allein, alle solche Erörterungen gehen an dem Anhänger einer romantischen Auffassung von dem Recht spurlos vorüber. Für ihn ist das Recht ja nur die Äuße-

rung des Volksgeistes. Es kann sich also nur fragen, bei welchem Mittel der rechtlichen Äußerung kommt die Meinung und das Gebot des Volksgeistes am sichersten zutage. So ist die Anerkennung des Gewohnheitsrechts, in dem er den Volksgeist am besten zu erkennen glaubt, für einen Vertreter der jetzt besprochenen Richtung nicht eine Frage der sogenannten *Zweckmäßigkeit*, besser gesagt: nicht die Erörterung einer Einzelfrage, — sondern es ist ihm die Anerkennung seiner Grundauffassung von Recht und Volksleben überhaupt. Die neuere Entwicklung des Rechts ist dem Gewohnheitsrecht nicht günstig. Es darf zwar als überwunden gelten, daß jedes einzelne Gewohnheitsrecht nur durch eine Sanktion der Gesetzgebung seine Sanktion erhalten habe. Es liegt vielmehr so, daß die Einrichtung des Gewohnheitsrechts als Ganzes in einer Rechtsordnung von dem Spruche der letzteren abhängig ist, ebenso wie die Art der Rechtsschöpfung durch ein Gesetz. Allein es ist richtig, daß in dem Rechtsleben der Neuzeit die Gründe gegen das Gewohnheitsrecht und für die überlegend formende Gesetzgebung, wie sie oben dialogisch angedeutet wurden, erheblich zugenommen haben. Danach bestimmte beispielsweise der erste Entwurf des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1888 in § 2: *Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist*. Es ist nach dem Gesagten nicht verwunderlich, wenn ein entschlossener Anhänger der historischen Rechtsschule damals den Ausspruch tat, daß man lieber auf das ganze Gesetzgebungswerk verzichten solle, als diesen Satz anzunehmen. In der zweiten Lesung des Entwurfes wurde der genannte Paragraph zunächst zurückgestellt, um am Schlusse der Beratung erledigt zu werden; man ist aber dann überhaupt nicht mehr auf ihn zurückgekommen.

Vor allem aber zeigte sich seit SAVIGNY eine Abneigung gegen zusammenfassende Gesetzbücher überhaupt. Es ist ja eigentümlich, wie wenig schöpferische Kodifikationen es im Laufe der Jahrhunderte gegeben hat. Die Übernahme eines einmal ausgearbeiteten Gesetzbuches in andere Länder und Staaten folgt jener Tatsache. Hier aber steht nicht die Schwierigkeit in Frage, die ein produktiv arbeitender Gesetzgeber hat, sondern die grundsätzliche Ablehnung dieser Möglichkeit überhaupt. Wie oben hervorgehoben wurde, ist es nach romantischer Auffassung überhaupt nicht der Gesetzgeber, sondern der Volksgeist, der das Recht in seiner jeweiligen Eigenart erschafft.

2. Für die Lehre des Rechts ergab sich als zweite unserer Folgerungen, daß das hauptsächliche Augenmerk des Rechtsgelehrten darauf gerichtet sein müsse, den geschichtlichen Verlauf in der Entwicklung eines Rechts zu verfolgen. Denn nur hierdurch könne die wesentliche Meinung des Volksgeistes über besondere Rechtsfragen und Rechtseinrichtungen zuverlässig festgestellt werden. Er selbst, der Volksgeist, sei zwar als besonderer Gegenstand nicht, wie ein anderes Ding, wissenschaftlich erforschbar. Aber es komme doch auf seine Erkenntnis in letzter Linie an, und ein anderes Mittel, als seine jeweiligen Äußerungen im Laufe der Geschichte habe man nicht.

Danach — also eigentlich nach einer bloßen Folgerung aus ihrer Grundauffassung — nannte sich diese ganze grundsätzliche Richtung in der neueren Jurisprudenz *die historische Rechtsschule*.

Es ist wohl zu bemerken, daß die eigentliche philosophische Grundlage der Romantik im gesamten Geistesleben der hier besprochenen Zeit seine einflußreiche

Rolle gespielt hat. Das geschah besonders in allen Zweigen der Kulturgeschichte, namentlich in der Sprachwissenschaft. Nur ist die romantische Grundauffassung in allen anderen Disziplinen früher geschwunden, auch in der Behandlung fremder Sprachen: am längsten, und bis in die neueste Zeit, hat jene sich in der Jurisprudenz gehalten.

Ein hübsches Beispiel bietet eine Schilderung in dem schönen und lehrreichen Roman *Soll und Haben* von GUSTAV FREYTAG (1855). Der Held der Geschichte berichtet von seinem Aufenthalt in Amerika. Er erzählt, wie er mit Indianern zusammengetroffen, deren Laute er nachahmte; es wäre ein Trupp Schwarzfüße gewesen. Nein, sagte der bescheidene Gelehrte, der ihm zugehört hatte, es waren Sioux; bei den Schwarzfüßen laute das Ja anders. Auf das maßlose Erstaunen des anderen aber fuhr er beredt fort: *Er sagte, daß die Kenntnis der Sprachen für die Wissenschaft die beste Hilfe sei, um das Höchste zu verstehen, was der Mensch überhaupt begreifen könne, die Seele der Völker.*

3. Die dritte Folgerung aus ihrer theoretischen Grundlage zog die historische Rechtsschule dahin, daß eine sachliche Kritik von geschichtlich gegebenem Rechtsinhalt genau genommen gar nicht möglich sei. Denn das Recht sei ja nicht ein Wollen von Menschen, sondern eine gemeinsame Überzeugung. Diese aber werde durch den Volksgeist erweckt. Er trage die Verantwortung dafür. Danach kam SAVIGNY zu dem Satze, daß das Verwerfen des geschichtlich Gegebenen der Strenge nach gar nicht möglich sei. Man könne sich denken, daß vielleicht der Gesetzgeber das Diktat des Volksgeistes falsch verstanden und unrichtig aufgezeichnet habe; aber eine selbständige Bedeutung der Idee des Rechts könne nicht zugegeben werden. Wenn andere meinen, daß in dem Ziele der Gerechtigkeit dem menschlichen Wollen, als rechtliches Wollen, eine eigene Aufgabe gesetzt sei, so mußte die Lehre der historischen Rechtsschule das verwerfen.

Die damit wiedergegebene Lehre ist vielfach von verschiedenen Seiten her angegriffen worden. Besonders geschah es von JÄRING, dessen Doktrin weiter unten Darstellung finden soll (VII). In der Tat ist die so lange herrschende Theorie der historischen Rechtsschule unhaltbar. Eine Verständigung hierüber ist dadurch öfter erschwert worden, daß der nach ihr maßgebende Faktor des *Volksgeistes* von den Urhebern der genannten Richtung keineswegs eindeutig angegeben und bestimmt worden ist. Es kommen namentlich folgende Möglichkeiten in Betracht:

1. Die *Volksseele* wird als ein eigenes, selbständig existierendes Wesen aufgefaßt. Das entsprach zweifellos der schulgerechten Annahme der Romantik vor hundert Jahren. Sie ließ die Bezugnahme auf den einzelnen Menschen zurücktreten. Seine Überzeugungen erschienen als bloße Wirkungen jenes psychischen Gesamtphänomens. Das letztere entzog sich zwar, wie oben bemerkt, der unmittelbaren wissenschaftlichen Bestimmung, aber es sollte seine Realität in der Welt der Erfahrung dadurch beweisen, daß es die gemeinsamen Überzeugungen erwirkte, die vorhin genannt wurden. So sei das Volk ein Naturding und sein *Geist* eine abgegrenzte Größe.

Eine solche Angabe bleibt jedoch nicht nur mystisch und innerlich ungeklärt, sondern führt auch einen unlöslichen Widerspruch mit sich. Sie widerspricht dem Kausalitätsgesetz. Wenn der *Volksgeist* gewisse Überzeugungen in der Welt der Erfahrung bewirken soll, so muß er, als begrenzte Ursache, selbst wieder die

Wirkung anderer Ursachen sein. Der Versuch, ihn als eine Tatsache der Erfahrung einzusetzen und doch als eine Ursache zu nehmen, die nicht selbst wieder von mehreren bedingten Ursachen bewirkt worden wäre, steht im unversöhnlichen Gegensatz zu den notwendigen Bedingungen möglicher Wissenschaft überhaupt.

2. Eine andere Färbung der besprochenen Grundauffassung ist die folgende: der *Volksgeist* sei die einheitliche Eigenschaft eines menschlichen Verbandes. Ein Verband aber könne als leiblich-geistige Realität angenommen werden. Jenes einheitliche Bewußtsein eines Verbandes stehe gleichmäßig neben dem des Menschen. Auch für den letzteren zöge sich die Annahme einer solchen Einheit in das Rätsel des Lebens zurück.

So hat namentlich GIERKE die Grundlehre der historischen Rechtsschule zu retten gesucht. Dem ist jedoch nicht beizustimmen.

Die Einheit des Bewußtseins besagt die Möglichkeit, den Inhalt bedingter Erlebnisse einheitlich zu ordnen. Diese Möglichkeit ist die unerläßliche Bedingung für alles Bedenken und Erwägen überhaupt. Man kann sie nicht selbst wieder zu einem besonderen Gegenstand der Erkenntnis machen, weil das ja wieder die Möglichkeit des einheitlichen Ordners der Gedanken voraussetzen würde. Es muß also einmal ein logischer Anfang der wissenschaftlichen Erörterung bestehen.

Damit ist die *individuale Lebenseinheit* unmittelbar erwiesen und dem Bereiche des *Rätselhaften* vollständig entrückt. Wir übertragen nun die Vorstellung von dem als notwendig festgestellten eigenen Bewußtsein auf andere Wesen. Ohne die gedankliche Überführung hat das Urteil von einem anderen, in gleicher Weise besetzten Wesen keinen Sinn. Die Übertragung ist aber nur dann wissenschaftlich begründet, wenn ohne sie jener andere Gegenstand gar nicht gedacht werden kann. Das trifft auf den anderen Menschen zu. Dagegen vermögen wir den Begriff eines Verbandes von Menschen nach seinen einheitlich bleibenden Merkmalen erschöpfend wiederzugeben, ohne ihm ein eigenes Bewußtsein als Eigenschaft mitzugeben. Denn es besagt das Vereinigen im Sinne gemeinsamer Zweckverfolgung, also das Einsetzen von Bestrebungen des einen als Mittel für den anderen und wechselweise umgekehrt.

In diesem Begriffe der menschlichen Verbände, dem jeder besondere Verband restlos entspricht, findet sich auch nichts von dem Gedanken einer *leiblichen Einheit*. Die Verbindung als solche müßte sonst als ein Körper im Raume bestehen. Das ist selbstredend nicht der Fall. Es ist also das räumliche Bestehen der menschlichen Verbände nicht deshalb zu verwerfen, weil sie sinnlich nicht wahrgenommen wurde; man muß es ablehnen, weil sich das bedingende Merkmal einer Ausdehnung nach drei Dimensionen nicht unter den bleibenden Bestimmungen findet, die den Begriff jener Verbände festlegen.

3. Wenn also die *Volksseele* weder als ein selbständiges übergroßes Urding existiert, noch auch den menschlichen Verbänden als solchen, als eigenartigen Lebewesen neben den Menschen zukommt, so bleiben für die damit eingeschlagenen Vorstellungsreihen nur übereinstimmende Eigenschaften der Menschen selbst übrig. Der *Volksgeist* wäre dann ein Ausdruck für den Grund gemeinsamer Überzeugungen der Mitglieder eines Volkes, sowohl der gleichzeitig lebenden, als auch der sich folgenden Geschlechter des gleichen Volkes. Und da es nun bloß als Besitz

der einzelnen Volksgenossen angesehen werden soll, so müßte es bei diesen sich durch Vererbung weitergeben.

Nun kommt der Mensch als Naturwesen zur Welt. Das neugeborene Kind bringt Anlagen mit, die ausgebildet sein wollen. Solche Anlagen geben ihm Eltern und Voreltern sicherlich mit. Allein, soweit sich darüber eine wissenschaftliche Erkenntnis erlangen läßt, handelt es sich um Erforschung der Natur, um physiologische Fragen und biologische Untersuchung. Die Elternpaare aber bleiben nicht in den Kreisen eingeschlossen, die sich in Stämmen und Völkern darstellen. Es mengt sich und kreuzt sich durcheinander. Davon, daß vererbte Anlagen in voller Gleichmäßigkeit innerhalb eines *Volkes*, als eines eigenen Naturdinges weitergegeben würden, ist keine Rede. Und in keinem Falle gelangt man hierdurch zu einem ursprünglichen geistigen Wesen, das man in der *Volksseele* gesucht hatte.

4. Ganz anders verhält es sich mit den nationalen Eigentümlichkeiten, die man in bestimmten Gruppierungen, bei Stämmen und Völkern findet. Es sind relativ übereinstimmende Eigenschaften der Menschen jener Kreise. Ihr Bestand steht außer Zweifel. Aber sie wechseln im Laufe der Zeiten. Sie wandeln sich unter verschiedenen Einflüssen: bei anderer Lebensführung infolge geänderter technischer Möglichkeiten, infolge gesteigerten oder geminderten Verkehrs mit anderen Ländern, durch Mischungen und Kreuzungen und mannigfache geschichtliche Erlebnisse sonst. Es bilden sich innerhalb einer Nation Verschiedenheiten nach Ständen und Klassen, und es schneiden sich oftmals gemeinsame nationale Eigenschaften mit übereinstimmenden internationalen Auffassungen jener Stände und Klassen.

Alles dieses bildet ein nicht verächtliches Material, das ein jeder Gesetzgeber wohl berücksichtigen soll. Aber es handelt sich bei diesem wechselnden und stets wandelbaren Stoff gerade nicht um einen allgemeingültigen Blickpunkt des Bestimmens und Richtens, wie ihm eine kritisch begründete Philosophie des Rechts darzulegen hat.

Fassen wir das alles zusammen, so erhalten wir auch die rechte Auffassung von dem Verhältnisse des einzelnen Menschen zur Gemeinschaft.

Jeder Einzelne wird in eine sozial bedingte und geschichtlich selbst wechselnde Art des gesellschaftlichen Lebens hineingestellt. Ihr entnimmt er in starken Eindrücken die Weise seines Daseins. Sprache, Sitte, Recht treten ihm aus der Verbundenheit mit anderen in bestimmenden Einwirkungen entgegen, — sie selbst, als Äußerungen historischen Gesellschaftslebens, historisch bedingt und stetem Wechsel, nimmer rastender Veränderung unterworfen. Und diesem Gemeinschaftsleben gibt wieder ein jeder seinen Teil einwirkend und ändernd zurück, — ein jeder in seiner Lage, recht verschieden wohl in Stärke und Art, aber doch ein jeder.

Es wäre gewiß verkehrt, wenn jemand sich das Gemeinschaftsleben der Menschen nur als eine Summierung von isoliert gedachten Individuen vorstellen wollte. Aber es ist auch nicht veranlaßt, die soziale Art des Menschendaseins selbst zu einem natürlich bestehenden Gegenstand zu machen und den summierten Einzelnen als eigenes Lebewesen gegenüber zu stellen, das in jenen nun notwendig gewordene Überzeugungen hervorrufe.

Der berechtigte Kern der historischen Rechtsschule lag in der Betonung der Tatsache, daß alle Entwicklung des Rechts von geschichtlichen Bedingtheiten

abhängig ist, und daß der rechte Sinn eines positiven Rechts nur unter Zuhilfenahme seiner Herkunft klargestellt werden mag. Aber dazu bedurfte es nicht des mystischen Zuges, der aus den Gründen der Romantik her lange Zeit auf der Wissenschaft und Praxis des Rechts weithin drückend gelegen hat.

5. Soziologische Jurisprudenz

In seinen Aufsätzen über *Contemporary Sociology* (1904) hat WARD nicht weniger als zwölf Bedeutungen des Ausdrucks *Sociology* zusammengestellt und besprochen. Er hätte vielleicht noch mehr Bedeutungen dieses schillernden Wortes angeben können, von dem so der Beweis erbracht ist, daß es zur einheitlichen Bezeichnung einer abgegrenzten Disziplin des menschlichen Wissens überhaupt nicht taugt. Allein es hat sich doch unter jenen verschiedenen Bedeutungen eine Richtung besonders bemerklich gemacht. Sie kennzeichnet sich durch möglichst nahen Anschluß an naturwissenschaftliche Methoden in der Betrachtung der Körperwelt und durch weitgehende *Analogien*, aus denen her die heutige Jurisprudenz bis in ihre einzelnen und kleinsten Aufgaben hinein eine Wegeleitung erhalten sollte.

In dieser Hinsicht ist vor allem die Lehre der materialistischen Geschichtsauffassung zu erwähnen. Sie ist nachgerade sehr bekannt geworden. Ihr hauptsächlichlicher Einfluß liegt auf politischem Gebiete, da sie bekanntlich die theoretische Grundlage des modernen Sozialismus geworden ist. Aber auch in unserem Zusammenhange, da es sich um grundlegende Richtungen in der modernen Jurisprudenz handelt, lohnt eine kurze Betrachtung jener Theorie.

Sie schließt sich an die philosophische Lehre des Materialismus überhaupt an. Diese aber gipfelt darin, daß das Letzte und Höchste auf dieser Welt *Materie* und ihre Bewegung sei. Sie seien auch für das menschliche Bewußtsein bedingend. Den nie zu bessernden Fehler, der hierin liegt, haben wir nicht weiter zu verfolgen; es genügt, mit FRIEDRICH ALBERT LANGE, dem berühmten Verfasser der Geschichte des Materialismus, daran zu erinnern, daß ja auch die Vorstellung von der *Materie* und ihrer Bewegung eben eine Vorstellung ist. Entfernt man sie aus ihrer Rolle als bloßen Gegenstand menschlicher Erkenntnis, so bleibt von ihnen überhaupt nichts mehr übrig. Nicht die *Materie* gibt die Möglichkeit des menschlichen Erkennens ab, sondern es ist umgekehrt aller Begriff von der *Materie* und ihrer Bewegung durch die Möglichkeit des einheitlichen Ordens des Bewußtseins bedingt.

Die materialistische Geschichtsauffassung versuchte es, die erwähnte Meinung des Materialismus auf das soziale Leben zu übertragen. Sie entstand in den vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts durch MARX, in einer Zeit, die durch das einseitige Überwiegen einer naturwissenschaftlichen Lebensauffassung gekennzeichnet war. LANGE hat sie in seinem eben angeführten Werke noch nicht gekannt. Als *Materie* des sozialen Lebens nahm die hier fragliche Richtung die soziale Wirtschaft. Von der Art der Produktion und der Verteilung der Produkte solle die Gliederung und Organisation einer Gesellschaft abhängen. Das Recht sei nur ein Überbau über der selbständig dastehenden Sozialwirtschaft. Bei einer wesentlichen Änderung der letzteren müsse in *dialektischer* Notwendigkeit das Recht sich auch ändern.

Eine weitere Ausführung über die Gedanken des Rechts findet sich in den unzähligemal wiederholten Angaben der materialistischen Geschichtsauffassung nicht. Wie sich der Begriff des Rechts im Verhältnis und Unterschied zu anderen Begriffen, wie Moral, Sitte, Willkür, stelle, wird dort nicht erörtert. Und über die Frage nach der Idee der Gerechtigkeit wissen jene nur zu sagen, daß die Ansichten über das, was *gerecht* sei, sich verschieden ausnehmen und wieder von dem naturgesetzlichen Gange der ökonomischen Phänomene abhängig seien. Es ist zweifellos, daß hierin eine gewisse Geringschätzung der Gedanken von Recht und Gerechtigkeit gelegen ist. Sie rücken in die zweite Stelle und scheinen einer gründlichen Betrachtung kaum noch wert. Aber die ganze Auffassung dieses sozialen Materialismus ist in Wahrheit minderwertig. Sie ist überhaupt unfertig und nicht ausgedacht und kann in dem Thema, das uns hier beschäftigt, durchaus nicht an einflußreicher Stelle bleiben. Das läßt sich unschwer in knappem Bedenken dartun.

In der ganzen Erörterung der materialistischen Geschichtsauffassung, in der die soziale Wirtschaft mit Produktion und Vertrieb die Grundlage der Lehre bildet, findet sich nicht ein einziges Mal in bemerkenswerter Weise die Frage aufgeworfen: was denn *die soziale Wirtschaft* eigentlich sei. Hätten die Vertreter jener Lehre es getan, so würden sie unvermeidlich gefunden haben, daß es sich um ein Zusammenwirken handelt. Ein solches ist aber nur möglich unter der Bedingung von Beredungen, von Verständigung und ordnender Regelung. Wenn es keine rechtliche Möglichkeit gibt, einen Arbeitsvertrag einzugehen, so hat es auch keinen Sinn, über Höhe oder Tiefe von Löhnen, über Arbeitsbedingungen, Tarifierungen, Streiks zu reden; falls nicht eine rechtliche Ordnung mit Privateigentum und Geld vorliegt, so ist es ausgeschlossen, teure oder billige Preise zu beobachten. Die soziale Produktion vollzieht sich auf dem Boden rechtlicher Abmachungen, der Vertrieb der Produkte nicht minder. So ist die soziale Wirtschaft die — sehr interessant zu beobachtende — Ausführung einer bestimmten Rechtsordnung.

Alle unsere Gedanken über besondere Erlebnisse sind zusammengesetzt. So auch der Gedanke des Zusammenwirkens. Die Elemente, in die sich ein bestimmter Gedanke zwecks Klärung unseres geistigen Besitzes zerlegen läßt, sind von verschiedener Bedeutung im Verhältnisse zueinander. Die einen bedingen die anderen, das heißt: diese letzteren können gar nicht ohne jene ersteren gedacht werden, wohl aber umgekehrt. Bei einem besonderen Körper kann der Gedanke des dreidimensionalen Raumes nicht weggedacht werden, ohne zugleich die Vorstellung dieses besonderen Körpers zu verlieren; wohl aber kann man einmal alle die konkreten Elemente dieses Körpers außer Betracht lassen und doch den Begriff des Raumes als solchen noch behalten.

Fragt man nach dieser Methode nach den elementaren Bestandteilen, die in dem Gedanken *des Zusammenwirkens* verbunden sind, so ist es klar, daß die regelnde Möglichkeit, die das Recht gibt, die logische Bedingung bedeutet für die konkrete Ausführung, in der sich uns eine soziale Wirtschaft darstellt. Das Recht ist mithin nicht der *Überbau* über einer sozialen Wirtschaft, die als ein rätselhaftes Ding nach Naturgesetzen existierte, — man weiß nicht, was für ein Ding es also sein sollte; das Recht ist vielmehr nach altem Sprachgebrauche die Form des sozialen Lebens, nämlich die logische Bedingung für alle Er-

örterung der Wirtschaft, als der sozialen Materie. So bleibt es dabei, daß die kritische Erörterung und Klarstellung des Begriffes vom Rechte als eigene wissenschaftliche Aufgabe dringend geboten ist.

Nicht anders steht es in zweiter Hinsicht mit der Frage nach der Idee der Gerechtigkeit. Die materialistische Geschichtsauffassung begnügt sich damit, daß sie darauf hinweist, wie die Anwendung der Idee der Gerechtigkeit bei einzelnen Menschen, Klassen, Völkern und Zeitaltern verschieden ist. Wer wollte diese dürftige Erkenntnis leugnen? Sie entbindet jedoch nicht von der Aufgabe, sich über den Einheitsgedanken klar zu werden, der allen solchen Verschiedenheiten zugrunde liegt. Man könnte diese Verschiedenheiten ohne ihn ja gar nicht miteinander vergleichen, sie gar nicht als Verschiedenheiten feststellen. Wenn einer sagt, daß jemand etwas als *gerecht* empfindet und äußert, so ist doch für das kritische Bewußtsein die Frage unausweichlich: als was empfindet und äußert er es? Es ist also nicht ausgedacht, wenn man bloß die begrenzten Meinungen über das was in einer besonderen Lage als *gerecht* angenommen wurde, beobachtet und verfolgt, ohne sich der bedingenden Grundgedanken zu versichern, von denen er dabei — unwillkürlich und unbewußt — ausging. Wie oben die Notwendigkeit einer genauen Erwägung des Begriffes des Rechts, so ergibt sich hier die konsequent geforderte Aufgabe, den bedingenden Gedanken kritisch klarzustellen, den man in der Idee der Gerechtigkeit unvermeidlich einsetzt, um unter seinem einheitlichen Walten in Wahrheit erst Ordnung in das Getümmel historischer Erlebnisse zu bringen.

Keine bloße Bezugnahme auf naturwissenschaftliche Analogien kann dem Genüge tun. Ein beliebtes Bild, das hier gebraucht worden ist, liegt in dem Vorbringen des *Organischen* gegenüber dem *Mechanischen*. Es gibt eine *organische* Staatstheorie, welche die Organisation und Gliederung des Staates nach der Art des menschlichen Körpers vornimmt und die staatlichen Ämter im Sinne der Organe jenes Körpers kennzeichnen möchte. TOENNIES vergleicht die mittelalterliche geschlossene Stadt, die ihren Bedarf aus sich und ihrer nächsten Umgebung deckte, mit einem Organismus, nennt dagegen die moderne Großstadt einen Mechanismus. Neuestens hat STEINER und seine anthroposophische Bewegung für eine *Dreigliederung des sozialen Organismus* sich ausgesprochen. Wie der Mensch an seinem Körper das Kopf-, Brust-, Verdauungssystem habe, so sei am sozialen Organismus das geistige, politische und rechtliche, wirtschaftliche Gebiet zu unterscheiden; jedes mit einer gewissen Selbständigkeit und eigenen Gesetzen. Wie dabei das rechtliche und das wirtschaftliche Gebiet ohne die geistige Unterlage verwaltet werden soll, bleibt dunkel; daß es selbständige wirtschaftliche Gesetze gebe, die von einer unterliegenden rechtlichen Ordnung unabhängig wären, läßt sich, wie oben dargelegt, nicht halten.

Überall aber, wo jemand rechtliche Erwägungen mit dem Gedanken des organischen Lebens ausführen möchte, muß man ihn fragen, ob er denn von dem Begriffe des Organismus eine deutliche Vorstellung habe. In den Schriften der vorhin genannten Schriftsteller findet sich regelmäßig überhaupt kein Versuch, den genannten Begriff zu bestimmen. Es ist aber Organismus ein zusammengesetzter Körper, dessen einzelne Teile sich wechselseitig hervorbringen. Man hat es seit alter Zeit beobachtet und auch definierend festgestellt, besonders deutlich formuliert von KANT in der Kritik der Urteilskraft. Bei dem Mechanismus fehlt das, z. B. bei einer Uhr, einer Maschine u. dgl. Hier ernähren sich die einzelnen Teile

nicht und stehen nicht in naturgesetzlicher Wechselwirkung. Es erhellt hieraus, daß der Begriff des Organischen mit seinem Gegensatze, dem Mechanischen, als wissenschaftliche Betrachtung ausschließlich in das Gebiet der Naturwissenschaft gehört. Für das Reich der Zwecke, in das grundlegend die Erörterung des Rechts und der sozialen Frage einzusetzen ist, kann jenes höchstens ein Bild abgeben. So unternahm es schon MENENIUS AGRIPPA mit seinem berühmten Gleichnis vom Magen und den Gliedern, das er den Plebejern bei ihrem Auszuge auf den heiligen Berg angegeben haben soll. Aber alle solche Bilder sind nicht ohne Bedenken, sobald es in Wahrheit auf eine methodisch begründete Wissenschaft ankommt. Die Wissenschaft von dem Inhalte des menschlichen Wollens — zu der, wiederholen wir, die Jurisprudenz in ihrem Suchen nach dem Begriffe und der Idee des Rechts wesentlich gehört — will in selbständiger Weise angefaßt und ausgeführt sein.

In neueren Erörterungen über die juristische Methodenlehre tritt eine sogenannte soziologische Jurisprudenz nicht so grundsätzlich, sondern mehr praktisch fordernd auf. Sie setzt, sozusagen, in der Mitte der Erwägung ein. Es ist nicht ihr Bestreben, eine juristische Grundlehre wiederzugeben, sondern eine Anleitung zu bieten für eine methodisch gefestete Praxis, einfach aus mittleren Betrachtungen von Recht und Wirtschaft und wirklichem Verkehrsleben her. Man kann dabei zwei verschiedene Schattierungen unterscheiden.

Einmal findet sich die Forderung, daß die Jurisprudenz das Recht in seiner *wirtschaftlichen* Bedeutung erfassen solle. Das gelte für die verschiedenen Rechtsbegriffe in dem Inhalte eines besonderen Rechts. Ihr Sinn sei durch die Betrachtung ihrer nationalökonomischen Eigenart klarzustellen. Nicht minder sei das Urteil über die sachliche Berechtigung gewisser Rechtseinrichtungen vom wirtschaftlichen Standpunkte aus zu fällen.

Dem liegt wieder eine schiefe oder geradezu falsche Vorstellung von dem Verhältnis von Wirtschaft und Recht zugrunde. Wohl enthält jeder Rechtssatz die Möglichkeit zu einer sozialwirtschaftlichen Tätigkeit, denn die letzte ist ja gar nichts anderes, als die Ausführung einer unterliegenden Rechtsordnung. Allein den Sinn dessen, was nun den Inhalt eines konkreten Rechts ausmacht, aus der wirklich geschehenden Ausführung dieses Rechts zu entnehmen, geht nicht an. Man kann durch die Beobachtung dieser Ausführung auf die Absichten, die ein Gesetzgeber verfolgt, die er erreicht oder verfehlt haben mag, vielleicht klarer hinweisen können, aber der Sinn und Zweck dieser Absichten bleibt als eigene Aufgabe schon vor der Betrachtung dieser Ausführung, und unabhängig von ihr bestehen.

Dazu ist nun der Mangel zu beachten, der darin liegt, daß manche zum Maßstab der Güte von Rechtseinrichtungen oder Rechtsforderungen nur *wirtschaftliche* Erwägungen nehmen wollen. Dann kommen wohl die sogenannten Bedürfnisse des Lebens, des Handels und Verkehrs auf den Plan. Aber die letzteren können doch immer nur von begrenzter Bedeutung sein. Sie bezeichnen persönliche Wünsche und Interessen. Ob diese berechtigt sind, bleibt zunächst offene Frage. Nimmt man als Richtmaß nun bloß weitere persönliche Ziele und Begehungen, so ist nur eine technisch beschränkte Lösung erreicht. Eine solche kann dann immer wieder eine neue Zweifelsfrage nach ihrer Berechtigung erfahren. Einen endgültigen Halt erlangt man also nicht anders, als durch das Richten nach einem absolut feststehenden

Blickpunkt. Das Einsetzen wirtschaftlicher Erfahrungen läßt jenes Zielen nach einem einheitlichen Grundgedanken der sozialen Ordnung überhaupt noch unbeantwortet. Inseheim ist zwar ein solcher Grundgedanke und das Richten nach ihm auch vorhanden. Hier aber gilt es nun, auszudenken und gerade über die Eigenart der bedingenden Idee des Rechts und über die Möglichkeit ihrer Bewährung in besonderen Aufgaben bewußt nachzudenken.

Gegenüber dieser Schattierung von sogenannter soziologischer Jurisprudenz läßt sich zum anderen noch die Forderung bemerken, daß in rechtlichen Dingen das *lebende* Recht erforscht und dargestellt werden soll. Damit ist gemeint, daß beobachtet werden soll, wie es in der Wirklichkeit des Rechtslebens zugehe. Welche Institute werden dort vorzugsweise angewandt, und in welcher Weise geschieht das im einzelnen? Von welchen Sätzen und Vorschriften eines geltenden Rechts muß man umgekehrt sagen, daß sie von geringer oder auch gar keiner praktischen Bedeutung sind? Daß solche Fragen mit Fug gestellt werden können, steht außer allem Zweifel. Es ist von erheblichem Interesse, über sie Auskunft zu erhalten. Die gesetzgeberische Arbeit kann daraus den größten Nutzen ziehen. Und für die Würdigung dessen, was die rechtliche Praxis einer gewissen Periode geleistet hat, ist es von durchschlagender Bedeutung, die einheitliche Menge der Fragen zu sehen, die sich allmählich aufgeworfen haben und gegenüber früheren Fragen eine Änderung der Aufgaben besagen, die jener Praxis im Laufe der Zeit gestellt waren (vgl. oben I.).

Allein alles dieses bleibt im Rahmen von praktischen Einzelfragen. Es ist übertrieben, wenn man hierüber hinaus daraus eine prinzipielle Erörterung machen wollte. Vielmehr steht es so, daß die formale Methode rechtswissenschaftlicher Arbeit dabei vorausgesetzt ist. Es handelt sich somit nach der jetzt besprochenen Meinung überall nur darum, die konkreten Ergebnisse einer juristischen Arbeit im einzelnen zu berichtigen. Als eine Richtung von grundsätzlicher Bedeutung in der heutigen Jurisprudenz kann jene Meinung gar nicht angesehen werden.

6. Verneinungen des Rechts

Vor Gericht steht ein Zeuge und macht seine Aussage. Er soll vereidigt werden, wird vor dem Meineid verwarnt und ersucht, die Hand aufzuheben, um die Eidesformel nachzusprechen. Ich schwöre nicht, erklärt er. In der Bibel sei das Schwören überhaupt verboten. Er wird bedeutet, daß die Ableistung des Eides eine rechtliche Pflicht sei. Er bleibt dabei, das nicht anzuerkennen. Man unterwirft ihn einer Strafe. Er erduldet sie, bleibt aber bei seiner Weigerung. Die Gerichte sind hierdurch manchmal fast in Verlegenheit gekommen und haben öfter die Aussage des Zeugen auch ohne Eid gelten lassen müssen.

Es wird dann wohl versucht, mit dem Beteiligten sich zu verständigen. Das bedingt eine Klärung unseres Themas, der grundsätzlich berechtigten Auffassung für die Rechtsbetrachtung in ihrer Bedeutung für die eben aufgeworfene Frage. Es liegt nahe, dabei auf das Alte Testament hinzuweisen, in welchem zum Preise von Recht und Gerechtigkeit vieles Schöne gesagt ist. Vielleicht gibt es wenige Aussprüche, in denen so stark und prächtig das Recht verherrlicht ist, wie es die Sprüche des Propheten Jesaias tun. Sein Wehe ruft er aus über die, die das Recht

brechen, die sich in willkürlicher Weise bereichern, also sicherlich auch über die, welche in subjektiv willkürlicher Art dem Rechte sich unterwerfen, falls es ihnen paßt, und es ablehnen, wenn sie nicht mögen. *Und der Gerechtigkeit Frucht wird Friede sein, und der Gerechtigkeit Nutz wird Stille und ewige Sicherheit sein.*

Auf den Verweigerer des Eides macht es keinen Eindruck. Selbst das Wort des Paulus von Tarsus im Römerbrief, daß man der Obrigkeit gehorsam sein soll, die Gewalt über einen hat, erledigt es für jenen nicht. Er kommt zurück auf den Satz, daß man Gott mehr gehorchen müsse, als den Menschen. Also will er eine an sich bestehende Berechtigung des Rechts als solche in absoluter Weise durchaus nicht anerkennen.

Das steht nicht allein. Es war nicht erst in den Zeiten des Krieges selbst, daß Angehörige einer Religionsgesellschaft sich weigerten, den Dienst mit der Waffe zu tun. Man mag mit ihnen über den Sinn streiten, den ihre autoritativ angeführten Stellen der heiligen Schrift haben, — hier aber kommt es darauf an, ob das rechtliche Gebot, bloß deshalb, weil es ein *rechtlisches* ist, einen prinzipiellen Vorzug vor anderen Anforderungen habe.

Als vor bald zehn Jahren die Bewegung für das Wahlrecht der Frauen in England einen Höhepunkt erreicht hatte, hielten sich die Suffragetten für berechtigt, Attentate auf Minister auszuüben, Gegenstände der Museen zu zerstören und andere Taten mehr zu begehen. Die Gesetze, erklärten sie, seien nur von Männern gemacht; sie, die Frauen, seien daran nicht gebunden. Merkwürdigerweise beantragten sie jedoch eines Tages, daß sie eine Abordnung an den König schicken dürften; sie erklärten, sie hätten ein verfassungsmäßiges Recht darauf, von dem Träger der Krone empfangen zu werden und ihm ihre Unbill zu klagen.

Die hier erwähnten Vorkommnisse führen jedoch bloß zu einer Anzweiflung des Rechts im einzelnen. Sie erwachsen aus konkreten Erlebnissen und betrafen einen Widerspruch gegen rechtliche Fragen besonderen Charakters. Seit etwa achtzig Jahren ist nun aber eine Richtung aufgekommen, welche ganz allgemein die Berechtigung des Rechts leugnet. Sie heißt die Theorie des Anarchismus. Ihre Betrachtung ist in bedeutsamer Weise lehrreich und mag eine gute Anregung geben zum Besinnen über die Grundlagen des Rechts überhaupt. Dabei werden wir an dieser Stelle nur die theoretische Begründung jener Richtung in das Auge fassen, ohne uns mit einer Geschichte des praktischen Vorgehens anarchistischer Politiker zu befassen.

Es führt aber die danach interessierende Theorie auf zwei Autoren zurück, die das Verneinen des Rechts jeweils in verschiedener Weise unternahmen: PROUDHON und STIRNER.

P. J. PROUDHON (1809—1865) kennzeichnet sich dadurch, daß er für das Zusammenleben der Menschen eine natürliche Ordnung annimmt. Der menschliche Verkehr würde sich nach seiner Meinung an und für sich abwickeln, wie das Leben eines Bienenschwarms oder eines Ameisenvolkes. Es liegt diesem Zusammenleben eine feste Gesetzmäßigkeit zugrunde. Würde man die Menschen frei gewähren lassen, so würde alles sich in einer ungestörten Harmonie vollziehen. Darum sei der Staat mit seinen Machtmitteln und Gesetzen, mit Polizei und Militär ein Hemmnis der natürlichen Freiheit und damit guter sozialer Zustände.

Man fragt, wie dann der verwickelte Handel und Wandel nach dieser Auffassung absoluter Freiheit sich ausführen lasse. PROUDHON antwortete darauf mit

dem Entwurfe einer *Tauschbank*. Es sollten sich die Produzenten in einem großen Verein frei zusammenschließen. Jeder habe dann seine Produkte bei der Zentralstelle abzuliefern und solle dafür ein Arbeitszertifikat erhalten, das einen Wert nach der Abschätzung des abgelieferten Produktes darstelle. Damit könne er dann in dem Magazin der eingelieferten Waren andere Gegenstände des Gebrauchs und Verbrauches zugestellt erhalten. Hierdurch hoffte PROUDHON Geld und Zins abgeschafft zu sehen und eine vollendete Freiheit der Individuen gewährt zu haben. In der Tat trat 1848 in Paris eine solche *Tauschbank* mit etwa 12000 Teilnehmern in das Leben. Sie bestand jedoch nicht lange, da PROUDHON in einen politischen Prozeß verwickelt und zu längerer Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Als er das Gefängnis verließ, war er ein gebrochener Mann. Spätere kleinere Unternehmungen nach Art jener *Tauschbank* sind ohne Bedeutung geblieben.

An dieser Stelle interessiert die oben angegebene theoretische Grundauffassung. Sie ist ganz unhaltbar, denn sie verkennt den Gedanken und die Notwendigkeit des sozialen Lebens. Wenn wir den einzelnen Menschen als eine getrennte Einheit für sich nehmen, so bilden den Gegenstand der Betrachtung nur seine wünschenden Gedanken: es ist sein Innenleben, von dem nur die Rede ist. Dadurch erhalten wir also überhaupt noch keine soziale Frage. Sie kommt erst hervor, wenn man das Zusammenleben mit anderen in den Bereich der Betrachtung zieht. Geschieht dieses, so ist ein Bestimmen des einen durch den anderen, und umgekehrt, unvermeidlich. Es besteht alsdann die Vorstellung des verbindenden Wollens. Indem die Zwecke des einen als Mittel für den anderen genommen werden und die Ziele des anderen wiederum Mittel des ersten sein sollen, so erhalten wir eine eigene Art des Wollens, die von der Summe vereinzelter Wünsche getrennter Individuen verschieden ist. Und das ist notwendig.

Wir verstehen aber unter Notwendigkeit die Eigenschaft eines Gedankens, der zufolge er nicht entbehrt werden kann, wenn Einheit und Ordnung in unserem Geistesleben sein soll. Das ist bei dem Gedanken des sozialen Daseins der Menschen der Fall. Wohl hat man in der Geschichte der Rechtsphilosophie manchmal von dem *Naturzustand* gesprochen, in dem man sich den einzelnen Menschen allein für sich, ohne alle Verbindung mit anderen Menschen, dachte. Man glaubte, auf diese Weise methodischen Überlegens dem Wesen der menschlichen Gesellschaft näher zu kommen. Allein die Vorstellung eines *Naturzustandes* ist im besprochenen Sinne nur eine vorläufige. Wenn man ausdenkt, muß man die Zwecke der verschiedenen Menschen notgedrungen in Verbindung setzen. Das ist nicht anders möglich, als daß ein wechselseitiges Bestimmen und Bestimmtwerden stattfindet; was dasselbe ist, wie ein Unterstellen des einzelnen Wollens unter ein sie verbindendes Wollen.

Der Versuch, dem gegenüber auf die Geschichte des Robinson hinzuweisen, kann nicht glücken, denn dieser kam aus einer Gesellschaft und kehrte nach unwilliger Vereinsamung in sie zurück. Ja, es fing für ihn ein soziales Leben schon an, als er den jungen Indianer, seinen Freitag, von den Menschenfressern rettete und nun mit ihm zusammen den Kampf um das Dasein aufnahm und führte.

PROUDHON hat denn auch durch die Einrichtung seiner *Tauschbank* in Wahrheit von der Möglichkeit gerade des sozialen Lebens Gebrauch gemacht. Genau genommen, sogar von dem Einsetzen der rechtlichen Gebundenheit. Denn die Verträge, die angeblich *frei* geschlossen wurde, begründeten doch wohl Pflichten.

Es baute sich die ganze erwähnte Einrichtung auf der Möglichkeit von privatem Eigentum und von Gebundenheit durch vertragsmäßiges Versprechen auf. Von einer natürlichen Freiheit, die ebenso absolut bestände, wie bei Bienen, Ameisen, Pferden, Rindern, ist nun keine Rede mehr. Es handelt sich um verbundene Zwecke von Menschen, mit Verpflichtungen zur Wahrung geregelter Beziehungen. Der Kampf, den PROUDHON und die ihm folgenden Sozialpolitiker gegen das Geld führten, erscheint ihrem gesamten Vorgehen gegenüber als eine konkrete Frage. Eine grundsätzliche Richtung in der Auffassung und Behandlung des Rechts als solchen liegt darin überhaupt nicht vor.

Viel konsequenter, als dieser eben besprochene Schriftsteller ist MAX STIRNER (1806—1856): *Der Einzige und sein Eigentum*. Der Name ist ein Pseudonym; der Verfasser hieß KASPAR SCHMIDT. Das genannte Buch ist der stärkste Angriff auf alle Autorität, nicht nur eines Menschen gegenüber anderen Menschen, sondern auf jeden autoritativ ordnenden Gedanken. Es sollte danach weder Recht, noch Moral, noch Religion geben. Das Maß aller Dinge sei nur der einzelne Mensch, wie er gerade in seiner empirischen Zufälligkeit da ist. Irgendeine Pflicht, ein Gesetz, in objektiver Weise sein Erkennen und sein Wollen einzurichten, wird geleugnet. Freilich sieht der Verfasser dieser merkwürdigen, radikalen Skepsis nicht, wie sehr er sich in einem unlöslichen Widerspruch bewegt. Er behauptet, daß das bloß subjektiv Gültige das objektiv Richtige sei. Wie die alten Sophisten, so muß auch STIRNER mit seiner Lehre hieran unweigerlich scheitern. Wenn es gar kein objektiv Richtiges gibt, so kann auch seine Lehre keine objektive Richtigkeit besitzen; und dann ist nicht einzusehen, weshalb er sie überhaupt vorträgt und andere damit behelligt; — falls es dagegen eine objektive Richtigkeit, als Eigenschaft eines bestimmten Gedankens gibt, dann muß sich auch in kritischer Besinnung feststellen lassen, unter welchen bleibenden Bedingungen ein Wahrnehmen oder Wollen jene Eigenschaft der Objektivität haben kann.

Für unser Thema zieht nun STIRNER die Konsequenz, daß das Recht mit seinem Zwangsanspruch überhaupt keine Berechtigung habe. Es will gebieten, ohne Rücksicht auf die Zustimmung des ihm Unterstellten. So engt das Recht einfach schon durch sein Auftreten die absolute Freiheit des Individuums ein. Da das letztere in seiner bedingten Beschaffenheit nach STIRNER, wie vorhin bemerkt, das Maß aller Dinge sei, so könne ein grundsätzliches Recht der rechtlichen Gewalt nicht anerkannt werden. STIRNER formuliert es dahin, daß er und der Staat Feinde seien; daß alle Versuche, in der sozialen Frage Fortschritte zu machen, nicht möglich seien, solange man das Recht mit seinem Zwange aufrecht erhalte.

Was soll jedoch werden? fragt er selbst. Soll das gesellschaftliche Leben ein Ende nehmen, und alle Umgänglichkeit, alle Verbrüderung, alles, was durch das Liebes- oder Sozietätsprinzip geschaffen wird, verschwinden? Das mochte STIRNER ablehnen. Er will aus seiner Polemik her nicht in die Gedanken einmünden, denen die theoretische Grundlage PROUDHONS folgte. Er meint vielmehr, daß es ein soziales Leben immer geben solle und immer geben werde, nur eine rechtliche Regelung von ihm lehnt er ab. Das faßt er in die bekannt gewordene Formel, daß ihm als soziale Ordnung vorschwebt ein *Verein von Egoisten*.

Hier ist eine begriffliche Klarstellung nötig, um den wirklichen Gedanken jener Skepsis näher einzusehen. Es ist richtig, daß die soziale Art des Menschenlebens unter verschiedenen Klassen von Regeln steht. Jeder erlebt sie, es ist nur

nötig, in Kürze sich darauf zu besinnen. Wir alle stehen von Kindesbeinen an unter den Vorschriften von Anstand und Sitte, von Brauch und Höflichkeit und allen den Geboten des täglichen Lebens, die oft drückend sich bemerklich machen, ohne jedoch juristischen Charakter zu besitzen. Die neuere Rechtstheorie faßt sie unter dem Namen der Konventionalregeln zusammen. Ihre Eigenart besteht darin, daß sie nur eine Einladung an die unter ihnen Verbundenen enthalten. Ihr Anspruch, zu gelten, gründet sich jeweils auf die Zustimmung des Unterstellten. Dem gegenüber hat das Recht, wie STIRNER zutreffend empfand, die Beschaffenheit, daß es selbstherrlich über dem von ihm betroffenen Willen der Menschen steht. Jeder wird unter einer Rechtsordnung geboren und in sie eingefügt, ohne um seine Zustimmung dazu gefragt zu werden; das Recht erlaubt es ihm vielleicht, auszuscheiden, aber im Sinne des Rechts selbst entrinnt er seiner Herrschaft nicht eher, bis dasselbe Recht ihn davon entläßt.

Danach kann man die hier eingeführte grundsätzliche Frage auch dahin fassen: hat entweder die Konventionalregel oder das Recht einen prinzipiellen Vorzug vor dem anderen? Es könnte scheinen, als ob die erstere das für sich behaupten dürfte, weil sie die Freiheit des einzelnen Menschen nicht einengt, während das Recht solches zweifellos tut. Es läßt nur eine relative Freiheit des Individuums übrig, die es als Mittel seiner Absichten in einer im Laufe der Geschichte wechselnden Stärke einsetzt. Denn es legt ja Pflichten auf. Und schon der rechtliche Satz, daß man — eben von Rechts wegen und nicht bloß als *Egoist* — die Rechte des Nebenmenschen respektieren müsse, läßt die barocke Forderung einer absoluten Freiheit selbstverständlich nicht bestehen.

In Wahrheit aber kommt doch dem Rechte als solchem der oben gefragte prinzipielle Vorzug zu. Ein solcher prinzipieller Vorzug muß dahin behauptet werden können, daß die Anwendung der formalen Art des rechtlichen Verbindens objektiv mehr begründet sei, als die Art des konventionalen Verbindens, ohne alle Rücksicht darauf, welches der stofflich bedingte Inhalt einer sozialen Regel sei.

Nun kommt von den verschiedenen Arten des sozialen Wollens nur dem Rechte die Eigenschaft zu, daß es seinem Wesen nach in allgemein bleibender Weise verbindet. Die konventionale Regel — oder gar ein willkürliches Gebot — gründen in persönlichem Ermessen und in bloß subjektiver Laune. Darum liegt das grundsätzliche Recht des Rechts darin, daß es den Bestand des sozialen Lebens als solchen festmacht. Erst auf diesem Boden ist es dann möglich, an die sachliche Besserung des Inhaltes von geschichtlich gegebenen sozialen Leben zu gehen. So ist das Recht in seiner begrifflichen Eigenart eine unentbehrliche Bedingung zu möglicher Gesetzmäßigkeit des gesellschaftlichen Daseins der Menschen.

Die praktische Bedeutung einer sicher durchgeführten Theorie besteht nicht darin, daß sie sofort einzelne Forderungen aufstellt, die nun alsbald zu verwirklichen wären. Die Theorie schafft vielmehr eine Grundstimmung, von der dann freilich — oft vielleicht unbewußt — die Entscheidung konkreter Fragen abhängig ist. Theorie regiert die Welt. Sobald eine Theorie im besten Sinne des Wortes vorliegt, also eine einheitlich bedingende Methode, vorkommende Einzelheiten zu ordnen, so ist sie, die bestimmende Methode, das praktisch Wichtigste, und nicht, wie mancher fälschlich angenommen hat, die von dieser Methode bestimmte Einzelheit. Wer der Ansicht sein sollte, daß *eigentlich* der Anarchismus, mit seiner Behauptung,

des prinzipiellen Vorzuges ausschließlicher Konventionalregeln das Richtige wäre, wird auch in allen rein rechtlichen Fragen einen anderen Standpunkt annehmen, und eine andere konkrete Entscheidung treffen, als derjenige, der von dem Recht des Rechts als solchem durchdrungen ist. In diesem Sinne mögen die im Eingange dieser Nummer angeführten Vorkommnisse aus der Erfahrung des Gerichtes und der Verwaltung weiter bedacht werden. Auch die Entscheidung solcher an sich recht begrenzter Fragen hängt schließlich von der grundsätzlichen Richtung ab, in der jemand seine Gedanken über das Recht leitet und ordnet.

Andererseits liegt es außerhalb der Aufgabe dieser Ausführungen, die Schicksale zu verfolgen, die die Lehre des Anarchismus im politischen Leben erfahren hat. Es wird nicht unbekannt sein, daß sich dabei zwei Richtungen gezeigt haben, wobei die Ansichten von PROUDHON und STIRNER aufgenommen wurden, in dem Versuche, sie teilweise zu verschmelzen. Da gibt es einmal den kommunistischen Anarchismus. Ihm schweben freie Gemeinschaften mit brüderlichem Zusammenleben vor, ohne Privatbesitz. Aus seinen Reihen geht die *Propaganda der Tat* hervor. Es steht gegenüber der individualistische Anarchismus. Er denkt an bloße konventionale Gemeinschaften mit Privatbesitz. Sein Ziel erwartet er von dem geistigen Fortschritt der Menschheit. Allein beide Weisen der Verneinung des Rechts sind in der Neuzeit sehr zurückgetreten. In Amerika besonders, als nach mancherlei anarchistischen Verbrechen im Jahre 1887 in Chicago sieben Führer hingerichtet wurden. Bei der Betrachtung der grundsätzlichen Richtungen in der neueren Jurisprudenz kann die Rücksichtnahme hierauf fehlen.

Dagegen ist von Interesse eine sich hieran anschließende Frage, die SOHM vor etwa dreißig Jahren wieder aufgeworfen hat. Es ist der Zweifel, wie das Verhältnis von Recht und Kirche prinzipiell zu erfassen ist, und ob man mit Grund ein Kirchenrecht behaupten darf. Der ausgezeichnete Kenner der Geschichte sowohl der Kirche wie des Rechts, den wir nannten, nimmt deutlich Stellung. SOHM sagt, daß das Kirchenrecht mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch stehe. Das geistliche Wesen der Kirche schließe das Recht als ihre Ordnung aus, da dieses weltlich sei. Im Widerspruch zu dem Wesen der Kirche sei es zu einem Kirchenrecht gekommen.

Die Darstellung SOHMS war als Ausführung eines umfassenden Handbuchs des Kirchenrechts gedacht, das in der groß angelegten Sammlung juristischer Handbücher, herausgegeben von BINDING, erscheinen sollte. Allein wie manche andere dieser Werke ist auch das Buch von SOHM unvollendet geblieben. Im Jahre 1892 erschien der erste Band. Gemäß dem Plane, der aus obigen Leitsätzen hervorgeht, schilderte dieser erste Band das Wesen der Kirche in ihrer geschichtlichen Entwicklung. Der zweite Band sollte dann das der Kirche widersprechende Wesen des Rechts darlegen. Dieser zweite Band ist nie erschienen. Ein Manuskript, das nach dem Tode SOHMS 1918 aus seinem Nachlasse herausgegeben wurde, wiederholte nur mit einigen weiteren Ausführungen die Grundgedanken jenes eben genannten ersten Bandes des Handbuchs. Dagegen kam SOHM 1914 in einer kleinen Schrift *Weltliches und geistliches Recht* (in einer Festschrift für BINDING) auf die hier wichtige Frage insofern zurück, als er für den Begriff des Rechts die von dem Verfasser dieser Aufsätze gegebene Lehre auch annahm und insbesondere der von unserer Seite vertretenen Auffassung vom Unterschiede des Rechts und der Konventionalregel beipflichtete. Trotzdem blieb er bei seinen vorhin angeführten Leitsätzen stehen. Sie sind aber bei kritischer Nachprüfung nicht haltbar.

Das religiöse Leben drängt zum Verein mit Gleichgesinnten, mag immer ein jeder für sich zunächst in die Gemeinschaft mit Gott sich begeben. In der gemeinsamen Andacht und Verehrung eines göttlichen Wesens erhebt sich erst ein jeder selbst. Und die Überlieferung der ererbten Lehre, ihre Übertragung in Sinn und Denkweise jeder neu werdenden Zeit ist ohne ein äußeres Verbinden des religiösen Fühlens und Sehns und ohne die darauf aufgebauten Anstalten nicht möglich.

Dieses Abzielen auf religiöse Gemeinschaft darf nicht wieder als eine Summe von subjektiv beliebigen Entschlüssen genommen werden, die jeweils vereinzelt nebeneinander stehen würden. Die Kirche soll sich zu dem Zwecke der wechselseitigen Förderung und Vervollkommnung in objektiv richtiger Weise ausbauen. Es ist dazu nötig, die kirchliche Verbindung als eine in sich bleibende zu setzen, — das heißt: die Einrichtung der Kirche im Sinne eines rechtlichen Wollens zu treffen.

7. Realismus im Rechte

Die theoretische Richtung, die sich *Realismus* nennt, sucht den realen Inhalt und die reale Bewegung in der Entwicklung des Rechts und des Sittlichen zu erkennen. Sie führt literarisch besonders auf zwei Vertreter zurück: auf KIRCHMANN und auf JHERING.

Der erstgenannte Schriftsteller hatte sich 1848 durch einen Vortrag bekannt gemacht, dem er den Titel gab: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Er hatte besonders drei Einwürfe gegen die mögliche Wissenschaft vom Rechte erhoben: Der Stoff des Rechts sei immer veränderlich, während der der Natur stets derselbe bleibe; das Recht lebe nicht bloß im Wissen und Erkennen, sondern auch im Fühlen; das Recht beruhe auf menschlicher Satzung und sei in seinem Inhalte davon abhängig. Aber da KIRCHMANN versäumt hatte, anzugeben, was er unter *Wissenschaft* verstehe, so schwebte die damalige Polemik ganz in der Luft. Er entschuldigte sich mit der Kürze der Zeit, die ihm für seinen Vortrag zu Gebote gestanden hätte. Aber er hat nachher noch lange Jahre gelebt und dem genannten Mangel der von ihm aufgestellten These nicht abgeholfen. Er gab in sehr verdienstlicher Weise die *Philosophische Bibliothek* heraus, die, noch heute in erneuter und verbesserter Gestalt fortgeführt wird; und er veröffentlichte in dieser Sammlung 1869 eine bemerkenswerte Schrift unter dem Titel *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral*.

Das Verfahren, das KIRCHMANN in dieser Grundlegung rechtlicher und sittlicher Theorie einschlägt, ist das der Induktion. Er nimmt geschichtliche Tatsachen und sucht durch Abstraktion aus ihnen Gesetze zu gewinnen. Bei diesem Unternehmen gelangt KIRCHMANN zu einer Ablehnung der Meinung, daß das Sittliche von einem ewigen Prinzip oder von göttlichem Walten abzuleiten sei. Vielmehr seien die Fürsten und die Völker Autoritäten, die durch das Sittliche nicht beschränkt seien. Auf ihre Gebote sei das Sittliche zurückzuführen. Darum müsse es immer veränderlich und überall verschieden sein. Die Veränderung werde durch drei Umstände bedingt: durch die Vermehrung des Wissens, durch die Vermehrung der Macht über die Natur und durch eine Veränderung der Empfänglichkeit für die Ursachen der Lust. Das beziehe sich gleichmäßig auf Recht und Moral. Und es

folge aus dem notwendigen Wechsel im Inhalte des Sittlichen, daß das Sittliche keiner Zeit und keines Volkes ein Vorrecht vor den anderen haben könne, und daß von einem Unterschiede des Wahren und Falschen, des Höheren und Niederen dabei nicht die Rede sein könne. Jede Messung des Sittlichen verschiedener Zeiten und Völker sei unmöglich; es fehle der Maßstab. Damit falle auch der Begriff des Fortschritts der Völker in Recht und Moral.

In diesen Ausführungen KIRCHMANN'S sind beständig zwei Fragen miteinander vermengt und unklar behandelt. Es wird von ihm nicht geschieden, was der Gedanke des *Sittlichen* im Recht und in der Moral bedeutet, und, dem gegenüber, wie dieser Gedanke im Laufe der Geschichte angewandt wird. Der Ausdruck des *Sittlichen* ist in den jetzigen Erörterungen zweifellos im Sinne von *Richtigkeit*, und zwar von prinzipieller *Richtigkeit* genommen. In dieser Meinung bespricht KIRCHMANN die *Grundbegriffe* des Rechts und der Moral. Aber will er auch behaupten, daß dieser Gedanke, in seiner logisch bedingenden Bedeutung, dem Wechsel und der Veränderung unterworfen sei?

Es ist möglich, daß das seine Meinung ist, obgleich er es nirgends sagt; denn er spricht hier und da mit einer gewissen Abfälligkeit von dem *rein Formalen* einer Betrachtung. Aber dann ist er in einem schlimmen Irrtum befangen, der für alle Klarheit des Denkens verhängnisvoll sein muß. Er weiß dann nicht, daß *das Formale* dasselbe ist, wie die bestimmende Methode. Wenn aber einer Ordnung in seinem Geistesleben haben will, so muß er eine feste Methode des Ordnen's haben. Fehlt diese, so ist Unordnung das unvermeidliche Los. Die Verschiedenheit in der Anwendung einer Methode, das ist: die Verschiedenheit in dem Inhalt eines Begehrens, ist dann für die Eigenschaft der Einheitlichkeit der Methode gleichgültig.

Aber vielleicht sind es diese ordnenden Methoden, die selbst wieder wechselnd und verschieden sind? Allein auch dann müssen sie einem weiteren allgemeinen Begriff einheitlich unterstellt sein. KIRCHMANN nennt die auseinandergehenden *sittlichen* Auffassungen doch alle *sittlich*. Er faßt sie unter *einem* Begriff, gerade da er die verschiedene Anwendung dieses Begriffes betonen zu müssen glaubt. Wenn aber das der Fall ist, daß sie alle dem Begriffe des *Sittlichen*, also des grundsätzlichen richtigen Wollens angehören, so muß es doch auch möglich sein, diesen Begriff, in dem sie in logisch bedingter Weise zusammengefaßt sind, sich klar zu machen, ihn in seinen bleibenden Merkmalen festzustellen.

Wenn KIRCHMANN die Verschiedenheit der Ansichten über richtiges Wollen so sehr hervorhebt, so hätte er gerade so gut aus der Verschiedenheit der Ansichten über gesetzmäßige Auffassung äußerer Wahrnehmungen schließen können, daß es keine Wissenschaft von der Natur geben könne. Hier rächt es sich, daß KIRCHMANN den Begriff der Wissenschaft selbst nicht deutlich hinstellt. Hätte er diese *rein formale* Betrachtung energisch eingesetzt, so würde er gefunden haben, daß Wissenschaft das Ordnen unseres Bewußtseins nach absolut einheitlicher Methode ist. Daraus folgt einmal, daß es nötig ist, sich durch kritische Selbstbesinnung über die Möglichkeit dieser absolut einheitlichen Methode klar zu werden; und zum andern, daß eine solche Methode überall im Geistesleben unerläßlich ist, bei Willensinhalten so gut, wie bei Wahrnehmungen. So verbleibt diese Aufgabe in dem Zusammenhange dieser Erörterungen gerade für den Inhalt des menschlichen Sehns und Strebens, widrigenfalls nichts anderes, als ein gleichgültiger Wirrwarr von Begehrenen bestehen würde.

Es ist nicht richtig, daß man für die inhaltlich auseinandergelassenen Ansichten über *sittliches*, also, wie bemerkt, über prinzipiell berechtigtes Wollen keinen Maßstab haben könne. Ein solcher besteht in der absolut gleichmäßigen Möglichkeit, jeden Willensinhalt nach dem Gedanken eines persönlich reinen Wollens zu richten. Das tut in Wahrheit jedermann bei jedem Urteil über die Richtigkeit eines besonderen Strebens. Dieses einheitliche Verfahren des Richtens gibt den Maßstab für alle denkbaren Bestrebungen in übereinstimmender Weise ab. Nach ihm kann allerdings über den größeren oder geringeren Wert einer besonderen sittlichen Lehre, wie eines konkreten rechtlichen Wollens ein begründetes Urteil gefällt werden.

KIRCHMANN versperrte sich den Weg zu dieser kritisch begründeten Einsicht einer absoluten idealen Aufgabe dadurch, daß er nichts als *induktives* Verfahren kennt. Damit geht es freilich nicht.

Die Induktion reicht noch nicht einmal aus, um den Begriff des Rechts zu bestimmen. Manchem hat es wohl vorgeschwebt, daß man doch eine möglichst große Zahl *rechtlicher* Erfahrungen sammeln und dann zusehen möge, was ihnen gemeinsam sei. Allein diese Absicht wurzelt in einem elementaren Fehler. Sie übersieht, daß jedesmal, da man eine *rechtliche* Erfahrung neben eine andere gleicher Art anreicht, man den Begriff *Recht* schon voraussetzt und bereits anwendet. Woher wollte man sonst wissen, daß man *rechtliche* Erfahrung zum Gegenstand der Untersuchung gemacht hatte?

Gar nicht ist die induktive Art der Betrachtung fähig, irgend etwas über die Idee des Rechts auszumachen. Alle Induktion besteht darin, daß sie konkrete Erscheinungen unter übergeordnete Gattungen einordnet. In der Jurisprudenz setzt diese Weise der Forschung also einen bestimmten Stoff von geschichtlichem Rechte voraus. Sie unternimmt es, diesen konkreten Rechtsstoff in seinem Aufbau zu durchleuchten. Darum geht sie in der ihr jeweils zugewiesenen Aufgabe in der Einzelforschung auf. Fehlt eine begrenzte Materie konkret gegebener Art, so vermag die Methode der Induktion überhaupt nicht einzugreifen. Und die reinen Formen des juristischen Begreifens und Beurteilens können auf induktivem Wege überhaupt nicht gefunden werden.

So war es die Vernachlässigung der grundsätzlichen Erwägung, die hier den Grund zu weiteren Irrtümern, bis in das Kleinste hinein abgab. Es bewahrheitete sich der Satz GOETHES, daß der einzelne Irrtum ohne Nachteil wohl ertragen werden mag, das Irren aber immer schade.

Der bedeutendste Vertreter der spezifisch realistischen Richtung im Rechte ist JHERING. Er ist überhaupt eine der interessantesten Erscheinungen in der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts. In seiner Jugend — er lebte von 1818—1892 — war er ein Anhänger der historischen Schule und ein Schüler PUCHTAS. Dann machte er sich davon frei und wurde zu einem Gegner. Er trat als solcher besonders in seiner Schrift: *Der Kampf um das Recht* auf. Es war ein Vortrag, den er 1872 gehalten und dann veröffentlicht hatte. Die Schrift ist ganz in der geistreichen und anregenden Art JHERINGS geschrieben. Es war ihm zur Überzeugung geworden, daß die Mythe von dem *Volksgeist*, der in stillem Prozesse gemeinsame Überzeugungen hervorrufe (s. oben IV), nicht haltbar sei. Es bildeten sich, sagt er, die Rechtsätze und Rechtseinrichtungen nicht wie die Regel, daß in der lateinischen Sprache a den Ablativus regiert. Das Recht entstehe im Kampfe, und im Kampfe solle jeder sein Recht finden. Einmal auf diesen Pfad gelangt, schritt er weiter zu dem Satze

vor, daß es die sittliche Pflicht eines jeden sei, unter allen Umständen für sein Recht zu kämpfen. Es sei eine absolute Pflicht gegen sich selbst, wie gegen das Gemeinwesen. Werde das vernachlässigt, so könne *die Idee der Persönlichkeit* des einzelnen Menschen nicht weiterbestehen, und die Rechtsordnung müsse untergehen. — Es ist ihm oft entgegnet worden, daß das übertrieben sei. Man hat auf die Möglichkeit des Irrtums bei jedem Streite rechtlicher Art hingewiesen. Wir müssen aber in der Ablehnung der Formel JHERINGS noch einen Schritt weitergehen. Es bleibt bei ihm undeutlich, ob er schlechterdings alles positive Recht einbezogen haben will. Nach seinen lebhaften Äußerungen hierüber ist das anzunehmen. Allein dann ist zu bedenken, das nicht alles *Recht*, bloß weil es dem Begriffe *Recht* entspricht, in seinem Inhalt auch gut und richtig zu sein braucht. Die konkreten Satzungen eines Rechts vermögen jedoch durchaus nicht das höchste Gesetz für menschliches Wollen abzugeben. Sie sind *positiv*, das heißt: sie sind von bedingter Beschaffenheit und haben nur eine begrenzte Bedeutung. Es könnte sich also höchstens darum handeln, ob der Kampf um ein solches Recht, das gerade grundsätzlich richtig erscheint, vielleicht eine absolute sittliche Pflicht sei. Dazu aber ist zu bedenken, daß jeder Prozeß und jeder irgendwelche Streit um ein Recht immer nur eine Einzelheit ist. Eine konkrete Frage kann aber als solche niemals dem Gedanken des absoluten Pflichtgebotes abgehen. Es ist vielmehr umgekehrt eine sichere Lebensregel, die in Anwendung des wahrhaft obersten Gesichtspunktes der Willensreinheit so lautet: Stelle niemals eine Einzelheit in den Mittelpunkt deines Daseins! So kann der Kampf um ein besonderes Recht nur dann gerechtfertigt sein, wenn das dabei verteidigte Recht die Eigenschaft prinzipieller Richtigkeit besitzt; und auch alsdann ist es nicht gut, sich in seiner ganzen Persönlichkeit an diese einzelne Frage in ihrer Begrenztheit so hinzugeben, daß alles andere dem zu opfern wäre.

Das Hauptwerk JHERINGS wird immer bleiben: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Hier entfaltet sich die Kunst des geistreichen Darstellers in glänzender Weise. Es gelingt ihm, große Perioden und geschichtliche Charakterzüge des rechtsbegabten Römervolkes in interessanter Weise zu beschreiben. Über Einzelheiten mögen dann die Gelehrten streiten, die anregende und interessante Bedeutung des genannten Werkes wird nicht zu leugnen sein. Aber es ist andererseits in der Methode auch rein deskriptiv. Es enthält eine Wiedergabe von geschichtlichem Stoffe. Niemand wird das gering schätzen, JHERING aber war damit nicht zufrieden.

Er kam bei der Schilderung bleibender Errungenschaften der römischen Jurisprudenz auf das Ganze der juristischen Methodenlehre. Er verglich die Tätigkeit der wissenschaftlichen Bearbeitung eines Rechts mit der chemischen Scheidekunst. Das blieb freilich wieder nur ein geistreicher Vergleich. Wollte man einen sachlichen Fortschritt erzielen, so war es nötig, sich auf die reinen Grundbegriffe zu besinnen, in denen wir rechtlich denken, wir mögen es wissen oder nicht. Die einheitlich bedingenden Kategorien kann man aber in ihrer Eigenart nicht auf dem Wege erhalten, daß man bloß konkrete geschichtliche Erlebnisse beschreibt, in denen jene ordnend verwandt sind. Das möchte JHERING gefühlsmäßig empfinden. Er brach seine Arbeit am *Geist* jählings ab und wandte sich von der Geschichte zur Philosophie des Rechts. Das schöne Werk blieb liegen; es ist nie vollendet worden.

Statt dessen erschien 1877 der erste Band eines neuen Werkes des unermülich fleißigen Arbeiters: *Der Zweck im Recht*. Es folgte noch ein zweiter Band, dann brach auch dieses Werk unvollendet ab. JHERING ist mit keiner seiner Bestrebungen zu Ende gekommen. Fast tragisch berührt es, wenn der greise Gelehrte, der so manche Anregung gegeben, am Schlusse seiner Laufbahn nicht froh über das von ihm Erreichte sich ausspricht. Das Buch *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1885) läßt tiefe Blicke in die ihn bewegenden Gedanken tun. Freilich kann der objektive, kritische Beurteiler nicht umhin, der nicht befriedigten Stimmung in gar manchem Verständnis entgegenzubringen. Es liegen bei JHERINGS Rechtsphilosophie starke Mängel vor.

Der Inhalt des Buches vom *Zwecke im Recht* geht davon aus, daß das Recht durch den Zweck geschaffen werde. JHERING meint aber mit *Zweck* die Interessen und die bedingten Ziele. Er schildert die Zwecke der egoistischen Selbstbehauptung und der Gesellschaft und versucht, eine *soziale Mechanik* zu entwickeln. Darunter versteht er die Hebel, die angewandt würden, um den Willen in Bewegung zu setzen. Das seien teils Lohn und Zwang, teils Pflichtgefühl und Liebe. Das Ganze aber geschehe durch das Recht als einer *Politik der Gewalt*.

In seiner prickelnden Art der Darstellung geht JHERING diesem letzten Gedanken mit besonderer Vorliebe nach. Die es zusammenfassende Stelle des Werkes ist so bezeichnend, daß sie auch hier angeführt werden mag. JHERING stellt sich das Idealbild eines sozialen Machthabers in der Weise vor: *Stets durch sein eigenes Interesse geleitet, der hartherzigste, unverbesserliche Egoist, aber Erfahrung an Erfahrung reichend, sammelt er sich einen Schatz von Lebensregeln, die alle darauf hinausgehen, ihn über den rechten Weg, den er einzuschlagen hat, um von seiner Macht den größten Nutzen zu ziehen, zu belehren.*

Der so gegebene Entwurf einer Rechtsphilosophie, wie ihn JHERING unternahm, ist, wie vorhin angedeutet, nicht geglückt. Er scheiterte schon an der ungenügenden Bestimmung des Gedankens vom *Zweck*. Diesen gibt JHERING als *psychologische Kausalität* an. Aber damit kommt er aus dem Bereiche der Naturwissenschaft nicht heraus. Das Kausalitätsgesetz bedeutet eine formale Methode, vorgekommene körperliche Veränderungen zu ordnen. Es wird dabei die Gegenwart in ihrer Bestimmtheit durch Vergangenes erwogen. Bei dem *Zwecke* richtet sich der Blick auf die Zukunft. Es gilt für ein dort gesetztes Ziel nun die rechten Mittel auszuwählen. Also wird dabei die Gegenwart durch die Zukunft bestimmt. Ein drittes neben dem Wahrnehmen und dem Wollen kann es nicht geben, denn die Gegenwart kann immer nur entweder durch die Vergangenheit oder durch die Zukunft bestimmt werden. Andererseits ist es freilich nötig, auf beides in der Ausführung des wissenschaftlichen Gedankens Rücksicht zu nehmen: neben dem Wahrnehmen auch auf das Wollen. Und das letztere will — wieder nach dem Grundplane möglicher Wissenschaft überhaupt — in eigener Weise ausgeführt werden. Es gilt, die unendlich vielen Inhalte menschlichen Wollens nach einer absolut einheitlichen Methode zu ordnen. Dafür taugt die Anwendung der Methode, die körperliche Veränderungen als notwendige Wirkungen vorausgegangener Ursachen nimmt, an sich noch gar nicht. Darum war es auch nichtssagend, wenn JHERING das Motto wählte, daß der *Zweck der Schöpfer* des Rechts sei. Das Recht wird nicht durch den *Zweck* hervorgebracht, sondern das Recht ist eine besonders geartete Setzung von Zwecken. Durch das Vermeiden des Gebrauchs der kritischen Methode verfehlte JHERING

die Möglichkeit, den Begriff des Rechts in seiner festen, allgemeingültigen Bedeutung zu erhalten.

Es gelangte jener Schriftsteller aber auch nicht zu einer Klarlegung der Idee des Rechts. Er setzte hier, wie vorhin berichtet, die *Politik der Gewalt* ein. Das ist so ziemlich der schärfste Gegensatz zu dem Gedanken der Gerechtigkeit, der sich nur finden läßt. JHERING suchte dort auch nach einer absolut gültigen Art und Weise, die für das Urteilen über alles jemals mögliche Recht maßgeblich sein müsse. Es geht aber nicht an, als solchen einheitlich bedingenden Maßstab einfach die Anweisung zu geben, daß der persönliche Nutzen eines besonders gearteten Subjekts den Ausschlag geben soll. In jenem Problem liegt vielmehr unvermeidlich das Streben nach einer Einheit. Es führt zu dem leitenden Gedanken einer vollendeten Harmonie unter allen denkbaren Willensinhalten. Damit wird die Aufgabe gesetzt, die einzelne Bestrebung in das vollkommene Ganze aller Bestrebungen widerspruchslos einzufügen. Nur dadurch kann sie die Berechtigung erlangen, sich selbst als prinzipiell begründet auszugeben. Das Ganze, das wir nannten, kann freilich selbst niemals erlebt werden; es ist nicht selbst wieder ein begrenzter Gegenstand innerhalb der empfindbaren Wirklichkeit. Es ist nur eine Idee, wie wir sie oben in anderem Zusammenhange auch schon beschrieben. In Wahrheit aber folgt dieser Idee jeder, der über irgendeine besondere rechtliche Frage ein Urteil abgibt. So ist es der Beruf der Rechtsphilosophie, den genannten idealen Gedanken möglichst klar zu beschreiben und damit seiner bewußten Bewährung in der empfindbaren Wirklichkeit des Menschendaseins den Weg zu bahnen. Von der bloß *realistischen* Betrachtungsweise muß man sich dabei entfernen.

8. Juristischer Empirismus

Der Empirismus ist eine Spielart des Skeptizismus. Beide lehnen ein Eingehen auf die Möglichkeit grundlegender Ordnung im Geistesleben ab. Aber sie unterscheiden sich bei der Durchführung dieser Ablehnung.

Der Skeptizismus stellt jene Möglichkeit überhaupt in Abrede. Seit seinem Auftreten nach dem griechischen Philosophen PYRRHO ist von diesem Leugnen namentlich auch die Frage des Rechts ergriffen worden. Besonders bekannt wurde diese Richtung, als KARNEADES um 155 vor Christus in Rom zwei Reden hielt, von denen die eine anscheinend das Lob der Gerechtigkeit ausführte, während die am folgenden Abend gehaltene zweite Rede die Möglichkeit jeder objektiven Bestimmung des gerechten Wollens in Abrede stellte. Die Vorstellungen von Wahr und Falsch, von Gut und Böse gingen ineinander über. Es gebe nur persönliches Meinen. Diese Ansicht hat sich fortgepflanzt und tritt immer wieder einmal in der Geschichte auf. Aber sie ist, wie früher bereits einmal von uns angedeutet wurde, ganz undis-kutabel. Sie gründet auf dem Widerspruche, daß sie die Unterscheidung von richtig und unrichtig als *unrichtig* hinstellt.

Der Empirismus faßt die Sache von anderer Seite an. Er hängt an der stofflichen Seite des menschlichen Erkennens und Wollens und will ausschließlich diese wissenschaftlich bearbeiten. Nun liegt aber die Eigenart der Wissenschaft gerade in der formalen Art und Weise, in der ein Stoff des Erlebens bestimmt und gerichtet wird. Also kann niemand Wissenschaft treiben, der nicht eine feste

formale Methode des Bearbeitens von Eindrücken und Strebungen befolgt. So kommen wir auf die in diesen Erörterungen mehrfach betonte Forderung zurück, sich über die Beschaffenheit dieser formalen Methode Klarheit zu verschaffen. Dazu aber ist nötig, daß man eine kritische Besinnung auf die Möglichkeit der einheitlichen Erfassung konkreter Vorkommnisse vornimmt.

Der Empirismus lehnt das letztere, wie gesagt, ab. Er tut das in verschiedener Weise.

Das eine Mal erklärt ein wissenschaftlicher Forscher, daß er persönlich keine Lust habe, sich um die Grundlagen und die letzten bedingenden Methoden seiner Wissenschaft zu bekümmern. Er arbeite, sagt er, in praktischem Sinne. Der Stoff sei zu ausgedehnt, seine Beherrschung erfordere schon die volle Kraft des Arbeiters. Um die *bloß* formalen Unterlagen der wissenschaftlichen Untersuchung sich deutlich zu machen, dazu fehle es an Zeit. Das war vor allem die Grundstimmung nach dem Zusammenbruche der Philosophie HEGELS gegen die Mitte des 19. Jahrhunderts. HEGEL hatte es unternommen, ein System der Inhalte des Erkennens und aller Einsicht aufzustellen. Er schrieb vor, was der Forscher wissen könne: für ihn war die Geschichte der Menschheit in vier Perioden abgeschlossen, von denen die seiner Zeit das Greisenalter war, so daß eigentlich gar nichts mehr geschichtlich folgen könnte. Die Einzelforschung ließ sich das nicht gefallen. Sie empfand es ganz mit Recht als eine Vergewaltigung des Stoffes, der ihrer Pflege anvertraut war, und mochte dunkel ahnen, wie unrecht HEGEL und seine Schule taten, als sie die grundlegende Unterscheidung von Form und Stoff verwischten, die KANT sicher gestellt und klar gelehrt hatte.

Da trat im Jahre 1862 ein Forscher von erstem Rang im Gebiete der Naturwissenschaft auf, der zu einer Besinnung auf die methodischen Grundlagen des Wissens aufrief. Es war HELMHOLTZ, der als Professor in Heidelberg damals seine berühmte Rede über das Verhältnis der Naturwissenschaft zu den anderen Wissenschaften hielt. In klar hingestellten Gedanken und mit mutvoller Entschiedenheit warf er dem platten Empirismus den Fehdehandschuh hin. Auf das Neue wies er unwiderleglich darauf hin, daß beim Fehlen der Einsicht über die bedingenden Begriffe und Grundsätze, die eine Wissenschaft überhaupt erst möglich machen, kein Gelehrter das Recht habe, zu behaupten, daß sein Vorgehen den Rang einer *wissenschaftlichen* Betätigung habe. Andererseits schob er die Schuld an dem überwuchernden Empirismus einer berechtigten Reaktion gegen das Vorgehen HEGELS zu, welcher letztere damit weniger der konkreten Einzelforschung, als vielmehr der Philosophie in ihrer allgemeinen Anerkennung geschadet hat. Denn nun wandte sich der Naturforscher auch von den berechtigten Ansprüchen der philosophischen Frage ab und übersah die Notwendigkeit, die unerläßlichen Voraussetzungen seines wissenschaftlichen Strebens in kritischer Philosophie vor sich selbst klarzustellen und zu begründen.

HELMHOLTZ erkannte das mit scharfem Blick. Unter stärkster Betonung der philosophischen Begründung seiner Naturwissenschaft forderte er ein Zurückgehen auf KANT. Hiervon erwartete er mit Recht eine Vertiefung des ganzen Geisteslebens und eine feste Grundlage aller wissenschaftlichen Arbeit. Es kann kaum ein Zufall genannt werden, daß zu derselben Zeit unabhängig von dem genannten Naturforscher, von anderer Richtung her der Ruf *Zurück zu KANT* erscholl. Es geschah von FRIEDRICH ALBERT LANGE, dem berühmten Verfasser

der *Geschichte des Materialismus* und von OTTO LIEBMAN in seinem Buche *KANT und die Epigonen* (1865).

Es ist merkwürdig, daß diese drei hervorragenden Männer die Notwendigkeit einer philosophischen Reform genau einsahen, selbst jedoch in das Verständnis des großen Königsberger Weltweisen, auf den sie hingewiesen hatten, noch nicht erschöpfend eindringen. Hierfür trat erst 1871 eine Wendung in dem theoretischen Forschen und Arbeiten ein. In jenem Jahre erschien COHEN, *KANTS Theorie der Erfahrung*. Nach der Meinung vieler, denen sich der Verfasser dieser Zeilen anschließt, ist damit das rechte Verständnis der kritischen Philosophie KANTS in vollem Umfange erschlossen und allgemein verbreitet worden. Es handelt sich um den Unterschied der transszendentalen Erwägung von der metaphysischen Erörterung und von der psychologischen Betrachtung. Es kommt darauf an, die allgemeinen Elemente eines Gedankens, die man bei einer logischen Zergliederung erhält, als die ordnenden Bedingungen der besonderen, stofflichen Bestandteile einzusehen; und dabei sich vor der Verwechslung dieser systematischen Frage mit der genetischen Frage zu hüten, bei der Untersuchung, was in einem Gedankeninhalt sachlich enthalten ist, nicht gleich zu fragen, wie es geworden sein möge.

Seit dieser Zeit ist in allen Ländern eine reiche und fruchtbare philosophische Arbeit erblüht. Die Jurisprudenz zog zunächst kaum einen Nutzen davon. Ihre herrschende Richtung blieb wohl überall *positiv*. Sie beschränkte sich auf den begrenzten Stoff geschichtlicher Rechtserfahrung. Sie arbeitete weiter, wie ein ironischer Kritiker einmal sagte, wie die Raupe, die bloß das Blatt benagt, das sie allein kennt, ohne sich um den Stamm und die Wurzeln des Baumes zu kümmern, der sie trägt. Und das geschah und geschieht vielfach in bloß persönlichem Planen. Der juristische Empirismus, der hierin steckt, tritt nicht eigentlich als ein eigenartiges theoretisches System auf. Man erklärt sich vielmehr zufrieden mit der Begrenztheit seiner Arbeit und lehnt es einfach ab, sich mit den notwendig leitenden Gesichtspunkten zu befassen. Höchstens versucht es einer etwa mit einer Art von zunftmäßiger Abteilung, indem er das Gebiet des technischen Jurisprudenz nicht verlassen zu wollen erklärt. Man übersieht es dann, daß eine rechte *actio finium rogundorum* hier auch nicht durchgefochten werden kann, ohne sich über die um die Grenze Streitenden zu stellen. Es setzt, ohne Bild zu reden, die genannte Erörterung den Begriff *des Rechts* voraus, und der läßt sich aus der Erörterung von Paragraphen und Institutionen und ihrer Geschichte nicht gewinnen; und es muß doch das rechtliche Wollen in das Ganze des menschlichen Wollens zurückgehen und in diesem Zusammenhange befindlich eingesehen werden, und das ist wiederum mit technischer Arbeit allein keineswegs zu erledigen.

Viel besser, als solche Versuche gelegentlicher Selbstbeschwichtigung ist das Unternehmen von ADOLF MERKEL (1836—1896). Dieser ausgezeichnete Kriminalist wollte an die Stelle der Rechtsphilosophie eine *allgemeine Rechtslehre* setzen. Es schwebte ihm vor, daß man von der Verallgemeinerung geschichtlich gegebenen Rechtsstoffes aus zu immer allgemeineren Begriffen und Sätzen gelangen möge. Das entsprach weit verbreiteten Anschauungen. Auch WINDSCHEID meinte in dem ersten Teile seines Lehrbuches des Pandektenrechts, daß es ein Hauptverdienst der neueren Jurisprudenz sei, in der Verallgemeinerung konkreten Rechtsstoffes *möglichst weit* zu gehen.

Bei diesen Versuchen, zu einer wahrhaft festen Grundlage wissenschaftlicher

Arbeit zu gelangen, ist übersehen, daß man notwendig zwischen reinen Formen des Begreifens und des Beurteilens und zwischen dem danach bearbeiteten Stoffe der Betrachtung unterscheiden muß. Jenes sind logisch bedingende Arten, unser geistiges Leben zu ordnen. Sie sind die notwendigen Voraussetzungen jeder wissenschaftlichen Tätigkeit. Es ist eine eigenartige Aufgabe, diese reinen Formen als solche klar zu sehen und sich in ihrem Auftreten deutlich zu machen. Tut man das, so hat man nicht mehr die Verallgemeinerung vom konkreten Stoffe vor sich. Eine solche Verallgemeinerung kann einen interessanten Einblick in den begrenzten Stoff des Rechts, das gerade in Frage steht, uns beschaffen, aber niemals ein Verständnis der reinen Methoden beschaffen, in denen wir unsere Gedanken ordnen.

Darum war es ein Fehler von MERKEL und den ihm folgenden juristischen Empiristen, wenn sie die Rechtsphilosophie durch die allgemeine Rechtslehre ersetzen wollten. Vielmehr ist es nötig, beides zu betreiben. Es kann sich auch hier nicht handeln um ein Entweder-Oder, sondern um ein Sowohl-Als auch.

Solches dürfte besonders deutlich werden, wenn man sich die Richtung der allgemeinen Rechtslehre vorhält, die nicht nur den Inhalt einer bestimmten Rechtsordnung bearbeitet und in ihm von besonderen Begriffen zu relativ allgemeineren aufsteigt, sondern wenn man verschiedene Rechtsordnungen miteinander vergleicht. Die Rechtsvergleichung ist eine Anwendung des Planes der allgemeinen Rechtslehre. Sie nimmt, wie ihr Name besagt, nur mehrere Rechtsordnungen und sucht nach rechtlichen Einrichtungen, die sich nicht bloß an einem einzigen Punkte der Geschichte gezeigt haben. Es zeigen sich dabei übereinstimmende Fragen, die nun von den verschiedenen Rechtsordnungen entweder übereinstimmend oder verschieden beantwortet werden. Diese Vergleichung des Stoffes verschiedener Rechte ist von großer Wichtigkeit. Sie lehrt in der Vergleichung den Inhalt des eigenen Rechtes besser kennen, als wenn man sich immer nur darauf allein zurückzieht. Und es ist die Rechtsvergleichung in selbstverständlicher Weise eine überaus fruchtbare Vorarbeit für die praktische Gesetzgebung. Allein die grundlegenden Methoden wissenschaftlicher Rechtsbetrachtung werden dadurch nicht gewonnen, sondern sind logischerweise wieder vorausgesetzt. Keine Vergleichung des Inhaltes verschiedener Rechtsordnungen kann den Begriff des Rechtes geben, keine die Idee der Gerechtigkeit in ihrer Eigenart und Bedeutung uns liefern.

Wir können diese Betrachtung nicht abschließen, ohne einer Richtung zu gedenken, die vielfach als *Relativismus* bezeichnet wird. Sie mag in ihrem Ursprung auf den sogenannten *Positivismus* zurückführen, wie er namentlich von COMTE (1798—1857) ausgeführt wurde und sich besonders in Italien manche Anhänger erworben hatte. In der neueren Zeit werden als *Relativisten* in Deutschland bezeichnet JELLINEK, MUELLER-ERZBACH, RADBRUCH, WEBER, BENDIX und andere. Sie unterscheiden sich in ihren besonderen Darlegungen lebhaft. Der allgemeine Zug bei allen eben angeführten Schriftstellern ist aber der, daß jeder Gedanke von absolutem Geltungswert geleugnet wird. Es soll bloß *durchgängige Relativitäten* geben, im besonderen nur *subjektive Werturteile* von bedingter Beschaffenheit. Das ist eine ebenso schwächliche, wie inkonsequente Ansicht.

Denn die hier fragliche Meinung wollte selbst ja von absoluter Bedeutung sein. Sie stellt eine *Theorie* im genauen Sinne des Wortes dar, das heißt: einen Gedanken, der nicht von konkreten Einzelerlebnissen in ihrer Besonderheit abhängig

ist, sondern für sie alle unbedingt gültig dasteht. Es gibt also auch nach dieser Aufstellung ein *absolutes Prinzip*; es geht nicht an, schlechterdings jedes Prinzip von absoluter Art zu leugnen, sondern dieses eine, daß alle Einzelheiten nur relativen Sinn haben, das besteht gerade in absoluter Geltung. Und der Gedanke eines *absoluten Prinzips* überhaupt ist dabei keineswegs unter den Tisch gefallen und spurlos verschwunden, vielmehr in seiner Gegensätzlichkeit zu den begrenzten, und darum freilich *relativen* Besonderheiten in Wahrheit festgehalten. Sobald aber einmal der Gegensatz von einem Prinzip mit absoluter Geltung und zwischen beschränkten Einzelheiten von bloß relativer Bedeutung zugegeben ist, kann man auch nicht bei der bloßen Negative stehen bleiben, die in dem Verneinen der *Relativitäten* als absoluter Größen gelegen ist. Dann ist vielmehr dem Unterschiede, der eben wieder formuliert wurde, in kritischem Bedenken nachzugehen. Damit stößt man erneut auf die Entdeckung des *SOKRATES*, der dem bloßen Wirrwarr von konkreten Sondererlebnissen den Gedanken ihrer einheitlichen Bearbeitung und Beherrschung gegenüberstellte. Es ist der Einheitsgedanke, der die Möglichkeit der Wissenschaft konstituiert. In ihm liegt in positiver Weise die bestimmende Zusammenfassung der *Relativitäten*, ohne welche einheitliche Zusammenfassung wir nichts als ein wildes Gewühl blinder Zufälligkeiten haben würden.

Es liegt aber kein Grund vor, weshalb wir uns nicht über die Eigenart des absoluten Einheitsgedankens in seinem Gegensatze zu den Besonderheiten klar werden könnten. Diese Aufgabe in Fragestellung und Methode erschöpfend eingeführt zu haben, ist und bleibt das unsterbliche Verdienst der kritischen Philosophie *KANTS*. Für die Fragen des Rechts und des sozialen Lebens hat es jener Denker nicht vollendet durchgeführt. Wir werden versuchen, am Schlusse unserer jetzigen Ausführungen (Nr. X) den Grundriß des Gedankenganges aufzuweisen, in dem sich das genannte Problem erledigen läßt.

Auf keinen Fall ist es angezeigt, bei sogenannten Werturteilen von bloß subjektiver Art stehen zu bleiben. Wollte jemand behaupten, daß es *a priori* unmöglich sei, zum Beispiel den Begriff und die Idee des Rechts allgemeingültig zu bestimmen, so würde das wieder daran scheitern, daß er, der prinzipielle Zweifler an jeder Allgemeingültigkeit, seinen Satz unmöglich beweisen könnte. Darum zeigt sich die Erscheinung, daß neuere Zweifler es zugeben, daß man in den Besonderheiten einzelner Fragen und Aufgaben allerdings angeben könne, ob ein konkretes Mittel objektiv begründet sei; aber sobald man über den besonderen Gegenstand jener begrenzten Erwägung hinausgehe, so gebe es bloß subjektives Meinen. Diese seltsame Behauptung mag sich psychologisch erklären lassen, weil der sie Aufstellende in der fadenscheinigen Manier des Empirismus aufgewachsen ist, und nichts als empirischen Stoff der Betrachtung kennt, — als grundlegende Methode wahrer Wissenschaft ist sie unverständlich. Die letztere kann nicht anders gedacht werden, als in der Herstellung einer vollkommenen Einheit unter allen je vorkommenden Eindrücken und Begehungen. Wenngleich wir dieses vollkommene Resultat nie erreichen werden, so ist doch der Richtpunkt darauf stets im Sinne einer nie ablassenden Aufgabe sicher im Auge zu behalten. Es ist die Idee, von der wir oben schon sagten, daß sie als Vorstellung einer unbedingten Harmonie unter allen möglichen Erlebnissen zu denken ist. Der Relativismus, der sie nicht kennen möchte, ist abgebrochen und nicht ausgedacht; daß eine klärende Einsicht über jene Idee und über ihre mögliche Bewährung in der bedingten Wirklich-

keit überhaupt nicht möglich sei; ist eine unbewiesene und unbeweisbare Behauptung. Das Gegenteil läßt sich durch die Tat dartun. Es zu vollführen, ist jener schwächlichen Behauptung der *Relativisten* gegenüber das Vorrecht des kritischen Idealismus.

9. Freirechtliche Bewegung

Der Reisende, der sich von Osten her Paris nähert, passiert nicht weit vor der Hauptstadt eine kleine Stadt mit Namen Château-Thierry. Der Ort ist in der Kriegsgeschichte früherer und heutiger Zeit mehrfach bekannt, auch als Geburtsort des Fabeldichters LAFONTAINE gelegentlich genannt worden, sonst weiß man im allgemeinen wohl wenig von ihm. In der Neuzeit ist aber sein Name bemerkenswert bei der Betrachtung französischer Jurisprudenz hervorgetreten. Es waltet dort ein Gerichtspräsident MAGNAUD seines Amtes, der seit mehreren Jahrzehnten eine eigentümliche Art der Rechtspflege realisiert. Wegen der dabei hervortretenden theoretischen Methode lohnt es, auf ihn kurz aufzumerken.

MAGNAUD wurde in der Öffentlichkeit zuerst in weiteren Kreisen bekannt, als einige *causes célèbres* im Strafrecht von ihm in Abweichung von den Traditionen seines Landes entschieden wurden. In Chateau-Thierry lebte eine Fabrikarbeiterin, die sich, ihre Mutter und ihr Kind von ihrer Hände Arbeit ernährte. Sie war einmal stellenlos und kam zu einem wohlhabenden Verwandten, einem Bäckermeister, um bei diesem eine bezahlte Beschäftigung zu erhalten. Er wies sie ab. Das Mädchen nahm im Hinausgehen ein Brot unter der Schürze mit. Sie war aber beobachtet worden, wurde verhaftet und vor Gericht gestellt. Man würde nach vielen Strafgesetzen juristisch den Fall des Notstandes in Erwägung gezogen haben. Gibt doch selbst die *Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.* von 1532 im Art. 166 *Stehlen in rechter Hungersnot* die Möglichkeit, den Täter mild zu behandeln. Das französische Strafgesetz kennt im Code pénal keine allgemeine Regelung des Notstandes. Nur dürftig half sich die Praxis in besonders schwierigen Fällen mit dem Hinweis auf eine Unzurechnungsfähigkeit des Täters, die durch den Druck der Not herbeigeführt sei. MAGNAUD gestattet sich, hier als Richter einen souveränen Standpunkt einzunehmen und persönlich frei zu urteilen. In Erwägung — sagt er in den Gründen der Aburteilung des eben erzählten Falles —, daß es sehr bedauerlich ist, daß in einer gut organisierten Gesellschaft ein Mitglied derselben, zumal eine Familienmutter, durch andere als eigene Schuld des Brotes entbehren muß; daß in solchem Falle der Richter den Buchstaben des Gesetzes in humanem Sinne verstehen muß; daß die Qual des Hungers im Verein mit der Angst um das Schicksal ihres Kindes die Angeklagte in einen geistigen Zustand versetzen muß, der sie unfähig machte, ein Verbrechen schuldhaft zu begehen, . . . wird die Angeklagte von Strafe und Kosten freigesprochen.

Der genannte Jurist ist Präsident des Gerichtshofes erster Instanz. Darüber steht die Cour d'appel in Amiens. Dieses Gericht geht von anderer Grundmeinung aus, als MAGNAUD. Es hält sich strenger an das Gesetz. So kassierte es auch jenen Freispruch und sprach eine Verurteilung aus. Aber MAGNAUD ließ sich nicht beirren. Er blieb bei seiner allgemeinen Auffassung und bestätigte sie im Strafrecht und im Zivilrecht. Einen armen Bettler, der sich durch sein Betteln nach dem strengen französischen Recht strafbar gemacht hatte, sprach er frei, wobei er der gewohnten

Argumentation, wie sie aus obigen Entscheidungsgründen sich ergibt, die etwas gewagte Unterscheidung von *betteln* und *bitten* einflocht; bei einem Landstreicher verfuhr er in entsprechender Weise. Im Zivilrecht billigte er der verführten und verlassenen Braut einen Entschädigungsanspruch zu, etwa im gleichen Sinne, wie das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch § 1300 einen kennt, während das dem Code civil français fremd ist, der gar keine gesetzliche Regelung des Verlöbnisses hat. Gegenüber den großen Eisenbahngesellschaften Frankreichs betonte er die Notwendigkeit einer Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Frachtvertrag. Im ehelichen Güterrecht verneinte er das zwingende Eintreten der Verwaltung des Mannes, wie das französische System der Mobiliar- und Errungenschaftsgemeinschaft es aufgestellt hat. Und so in gleichem Sinne weiter in vielen anderen Fällen.

MAGNAUD hat mit seinen Vorgehen ebenso großen Beifall von der einen Seite, wie absprechende Beurteilung von der anderen erfahren. Manche sehen in ihm geradezu *le bon juge*, andere heben die subjektive Willkür seiner Rechtssprüche hervor. Er selbst hat einmal in einer deutschen Zeitschrift *Morgen* im Jahre 1908 über die allgemeine Meinung, der er folge, sich näher ausgesprochen. Der kritische Beurteiler dieser Auslassungen wird davon nicht befriedigt sein. Sein beständiges Betonen der *Milde* und der *Humanität* löst das Problem nach einer gefesteten Methode des hier eingreifenden Denkens gar nicht. In dem sozialen Leben kann man dem einen nur geben, was man dem andern nimmt oder doch nicht gibt; der Richter, der einseitig *mild* oder *human* ist, kann anderen und dem gesamten Zusammenleben bitter unrecht tun. Es fehlt aber auch der Beschränkung auf die gewählten Schlagworte jede klärende Belehrung über den wahren Grundgedanken, dem in den praktischen Versuchen, von denen vorhin Beispiele angeführt wurden, gefolgt wären. Ob die einzelnen Entscheidungen MAGNAUDS in ihrem sachlichen Gehalte in einer besser und tiefer durchdachten Beweisführung sich begründen lassen, muß an dieser Stelle als gleichgültig zurückgestellt werden. Die Frage nach der grundsätzlichen Richtung, der jener Gerichtspräsident gefolgt ist, ist von ihm selbst eben nicht genügend aufgehell worden.

Unabhängig von MAGNAUD, ja anscheinend ohne ihn zu kennen, hat sich in Deutschland vor etwa zwanzig Jahren eine Richtung gebildet, die unter dem Namen der freirechtlichen Bewegung weithin bekannt wurde. Sie war unzufrieden mit der juristischen Lage, die infolge der neuen Kodifikation des Privatrechts in Deutschland geschaffen war. Man meinte, daß der Richter mehr Freiheit haben solle, weniger an das Gesetz gebunden werden dürfe.

In starken Wendungen, wie sie gefühlsmäßigen Weltverbesserern zu eigen zu sein pflegen, wandten sie sich gegen einzelne Richtersprüche, verallgemeinerten etwa vorgekommene Fehler oder Engherzigkeiten und versuchten schließlich, eine durchgreifende Theorie der Gesetzgebung und Rechtspraxis aufzustellen, wobei das Stichwort, wie bemerkt, die *freie* Rechtsfindung abgab.

Überliest man noch einmal die eben gesagten Sätze, so wird jeder finden, daß die darin berichtete Meinung herzlich unklar sich ausnimmt. Das ist nicht die Schuld des Referenten. Die Behauptungen der *freirechtlichen* Bewegung sind sachlich nicht klar von ihren Vertretern aufgestellt worden. So konnte es kommen, daß in kritischer Überlegung von dritten Beurteilern angenommen wurde, daß die Freirechtler den Richter über das Gesetz stellen wollten. Die Diskussion drehte sich dann darum, ob das ein nützliches Ergebnis sein würde. Aber es ist zweifelhaft,

ob die genannte Richtung überhaupt als feste These diese eben angeführte Rangordnung von Gesetz und Gericht gemeint hatte. Ein eigentliches Recht zur Änderung oder zur Aufhebung von Gesetzen meinte sie doch wohl nicht. Im besonderen war es kaum die Ansicht des *freien* Rechts, daß etwa die Stellung und Tätigkeit des römischen Prätors neu belebt und wieder eingeführt werden sollte.

Der Prätor war das Organ der Zivilrechtspflege lange Jahrhunderte hindurch. Seine hauptsächlichste Tätigkeit fiel in eine Zeit bewegter Schicksale Roms nach außen und innen. Jahrhunderte lang stand der Tempel des Janus offen, damit man dort um Frieden beten solle. Erst AUGUSTUS war in der glücklichen Lage, ihn zu schließen. Im Innern aber tobte der Kampf um das Adelsrecht, das im Lateinischen *civitas* hieß. Zuerst der Kampf des Uradels, der Patrizier, mit dem Neuadel, den Plebejern; dann von diesen vereint ein Streiten mit den Bürgern zweiter und dritter Klasse, den *latini* und den *peregrini*, stellenweise sogar mit den Sklaven. Es war nicht angängig, in solchen unruhigen Zeiten überlegte Reformen der Gesetzgebung in die Bahnen zu leiten. Ein Parlament oder sonstigen Ausschuß hatte man nicht, es gab für die Frage der Neuschaffung und Änderung von Recht nur den Beschluß der Volksversammlungen, in den verschiedenen Arten ihrer Abstimmung, nach Curien oder Centurien oder Tribus. So überließ man lieber die Aufgabe zeitgemäßer Weiterbildung des Rechts dem Prätor bei der Ausübung der Zivilgerichtsbarkeit. Ihm gab man das Recht, überall da, wo das Gesetz veraltet oder mangelhaft erschien, während seines Amtsjahres maßgeblich abzuweichen. Das Gesetz selbst blieb bestehen. Der Prätor hatte, wie bekannt, nur eine Amtsgewalt und keine Gesetzgebungsgewalt. Nur tatsächlich geschah es, daß je länger je mehr die Prätores die angemessenen Edikte ihrer Amtsvorgänger auf ihr Amtsjahr jeweils übernahmen.

Im modernen Leben fragt man sich, wie die Römer mit dieser weitgehenden Freiheit des richterlichen Ermessens in der Prätur ausgekommen sind. Die Historiker stellen fest, daß ein Schutz vor Willkür vor allem in der Kleinheit der Verhältnisse gelegen hatte, die von selbst eine Kontrolle jedes Einzelnen bewirkte. Dazu kam die Öffentlichkeit der Rechtspflege, regelmäßig im Freien auf dem Forum, das mögliche *Veto* der Volkstribunen auch gegen Anordnungen des Prätors, die Bedrohung mit schwerer Strafe bei schlechter Führung des Amtes. Gegen Ende der Republik aber finden wir Gesetze erwähnt, die sich gegen Mißbräuche der prätorischen Jurisdiktionsmacht wendeten. Es wurde bestimmt, daß jeder Prätor die von ihm für seine Amtszeit erlassenen Edikte auch zuverlässig beobachten solle und nicht wechselnd und nach Belieben von ihnen abweichen dürfe.

Aus diesem ergibt sich, daß die Tätigkeit des römischen Prätors nicht das Vorbild für die Absichten der *freirechtlichen* Bewegung sein kann. Ihr schwebt ein *freies* Recht von Fall zu Fall vor. Würde der Richter durch seine früheren Entscheidungen präjudiziell gebunden sein, so wäre nur eine andere Weise seiner Bindung an geformte Paragraphen gegeben. Aber worin mag nun seine *Freiheit* bestehen? Von welcher Bindung sollte er frei sein; und in welcher methodischen Art und Weise hätte er danach seines Amtes zu walten?

Wir führten bereits an, daß die Vertreter der freirechtlichen Richtung auf diese nötigen Fragen nicht eine Antwort geben, die in wünschenswerter Klarheit die Möglichkeit eines *freien* Urteilens positiv angibt. Trotz der darin liegenden Verschiebung der Beweislast wollen wir darum es vornehmen, selbst jene Möglichkeit zu beschreiben. Dabei zeigt sich nun, daß man zweierlei unterscheiden muß:

eine praktische Forderung der Freirechtler, welche sich der jetzigen Ordnung der Dinge gegenüberstellt, und zweitens ihren Versuch, die rechte Methode richterlicher Tätigkeit mit dem Hinweise auf *freie* Rechtsfindung theoretisch zu lehren.

1. Jeder, der rechtliche Fragen beschaut und beurteilt, hat es beständig mit zweierlei Art der Betrachtung zu tun. Es sind zunächst Paragraphen, auf die sein Blick fällt. Es sind die Artikel unserer Verfassungen und Gesetzbücher, die dabei hervortreten, die Menge der Einzelgesetze und Verordnungen, auch verhärtete Satzungen von Gewohnheiten und Rechtsbräuchen. Sie alle fassen sich unter dem Namen des geformten Rechts zusammen. Ihnen steht eine andere Weise der Gesetzgebung gegenüber. Sie besteht in der Festsetzung, daß in kommenden Streitfällen über eine besondere rechtliche Frage dann erst zur Zeit des Streites die Parteien, die Berater, die Urteiler selbst suchen und finden mögen, welcher Rechtsatz nun die dort grundsätzlich richtige Entscheidung abgibt. Das geschieht von alters her mit vielen Ausdrücken, die immer den gleichen, eben angegebenen Gedanken besagen: Treu und Glauben, gute Sitten, wichtiger Grund, sittliche Pflicht, Vermeiden des Mißbrauchs, billiges Ermessen und andere mehr. Wir nennen diese Art der Rechtsbestimmung das auszuwählende Recht.

Bei dem geformten Recht, das wir vorhin zuerst nannten, ist wiederum doppelt zu unterscheiden. Manchmal setzen sich die geformten Satzungen mit zwingender Gewalt ein. Es findet sich in neueren Gesetzen (z. B. BGB. § 544) die Bestimmung, daß der Mieter einer ungesunden Wohnung sofort, ohne Frist der Kündigung, ausziehen darf, selbst wenn er die ungesunde Beschaffenheit der Räume vorher gekannt hat, sogar, falls er darauf verzichtet hatte, sich darauf zu berufen. Die Eisenbahnen dürfen nach vielen Gesetzen eine bestimmte Haftung durch Vertrag nicht ausschließen. Die vertragsmäßige Festsetzung, daß irgendein Schuldner für Arglist nicht einzustehen habe, ist nach römischem und modernem Rechte nichtig (*pactum ne dolus praestetur, nullum est*). In den weitaus meisten Fällen vom geformten Rechte ist dieses aber nachgiebig. Es kann durch private Dispositionen für die fragliche Situation eine andere Bestimmung getroffen werden, als das Gesetz sie vorsieht. Und das Gesetz gibt seine Entscheidung nur unter dem Vorbehalt, daß das daraus folgende Ergebnis im einzelnen Falle nicht gegen *Treu und Glauben usw.*, also nicht grundsätzlich unrichtig sein dürfe.

Danach zeigt sich, was der wahre Sinn dessen ist, was dem Verlangen nach einem *freien* Rechte innewohnt. Es ist die Forderung, daß es gar kein zwingend geformtes Recht mehr geben dürfe. Alles Recht soll ohne Ausnahme bloß nachgiebig sein. In allen Fällen solle ausschließlich nach *Treu und Glauben* — eben je nach Lage des dortigen Einzelfalles — eine rechtliche Bestimmung getroffen werden.

Das sieht sich auf den ersten Blick leidlich an, hält aber kritischen Bedenken nicht stand.

Manche Rechtsinstitute sind geradezu darauf aufgebaut, daß in formalistisch strenger Weise Voraussetzungen und Folgen beobachtet werden. So der Wechsel und der Scheck. Wollte man jene formalistischen Vorschriften beseitigen, die zum Teil auf dem Buchstaben aufgebaut sind, so würde man jene Institute in ihrer Eigenart abschaffen. Daß das ein Vorteil für das Rechtsleben sein müßte, kann nicht behauptet werden. Bei anderen Instituten gehört der Formalismus zur Rechtssicherheit. Das liegt vor in den Ländern mit Grundbuchsystem, bei dem an be-

stimmte Eintragungen die Vermutung eines Rechtszustandes geknüpft wird. Auch bei anderen öffentlichen Büchern, wie dem Handelsregister, dem Vereinsregister, dem Ehe- und dem Güterrechtsregister. Wieder in anderen Fällen braucht man zwingende Formvorschriften, um Fälschungen vorzubeugen, besonders bei letztwilligen Verfügungen. Wie überhaupt der zwingende Charakter gesetzlicher Formvorschriften zwar in manchem hemmend sein mag, aber andererseits viel zur äußeren Sicherheit in Rechtsfragen beizutragen imstande ist. Die vielfach notwendigen Bestimmungen über die Zeit im Recht können regelmäßig nicht durch eine Erwägung nach *Treu und Glauben* ersetzt werden. Ob jemand volljährig ist oder nicht, kann nicht unbedingt in jedem einzelnen Falle von einer vorgängigen Entscheidung nach *Treu und Glauben* abhängig gemacht werden. Man braucht eine zwingend durchgreifende allgemeine Festsetzung, von der es dann vielleicht in besonderen Fällen Abweichungen ausnahmsweise geben mag, wie bei der *venia aetatis* des römischen Rechts und den entsprechenden Möglichkeiten in modernen Gesetzbüchern. Das Institut der Verjährung ist ja an und für sich sachlich gewiß nicht außer Zweifel: *Hundert Jahre Unrecht ist keine Stunde Recht*. Aber der Wunsch nach formalistischer Sicherheit, die Meinung, daß jeder seine Geschäfte nicht zu lange hinauschieben soll, die allmähliche Unsicherheit eines Beweises über zu lange zurückliegende Dinge führen doch immer wieder dazu, formalistisch strenge Zeitgrenzen in verschiedener Hinsicht einzusetzen, bis zu Notfristen innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens.

Die Erfahrung lehrt sogar, daß sogenannte juristische Laien, das heißt: solche, die nur selten und in einzelnen Ausnahmefällen mit Rechtsfragen betraut werden, leicht geneigt sind, von recht formalistischen Erwägungen in zwingender Weise Gebrauch zu machen. Man beobachte in dieser Hinsicht, wie private Streitteile einen Vertrag über Miete, über Lieferungen und anderes auslegen. Auch war es begreiflich, wenn sich seit dem 18. Jahrhundert die Forderung im Rechtsstaate der dann folgenden Zeit durchsetzte, daß im Strafrecht eine Strafe nur ausgesprochen werden darf, wenn sie im Gesetze zur Zeit der Begehung der Tat vorgesehen war. Niemand soll Strafe an Körper oder Freiheit erdulden, der etwa gegen *Treu und Glauben* das Recht verletzt hatte, — nur der zwingend vorgesehene Satz des Gesetzes soll die Unterlage geben. Beim Schadensersatz ist es anders. In der mehrfach verhandelten Frage nach dem Diebstahl an Elektrizität hat man schließlich in der deutschen Gesetzgebung 1901 ein besonderes Strafgesetz erlassen, die Entwendung elektrischer Arbeit betreffend. Für die Forderung von Schadensersatz in Geld brauchte man dem Geschädigten nicht durch ein Sondergesetz zu Hilfe zu kommen; da genügte der Rechtssatz (BGB. § 326), daß eine vorsätzliche Schädigung *gegen die guten Sitten* zum Schadensersatz verpflichtet. Es ist sehr zu bezweifeln, daß es angebracht wäre, alle Strafgesetze nur als wohlmeinende vorläufige Angaben zu behandeln; so daß neben ihnen und gegen sie nach *freiem* Ausspruche die öffentliche Strafe überall ausgesprochen werden könnte.

Alle Rechte kultivierter Völker kennen den Grundsatz der Vertragsfreiheit. Ausdrücklich ausgesprochen wurde er selten. Es geschah in dem Zwölfartafelgesetz der Römer, in der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika Art. I Sect. X, im Schweizer Obligationenrecht von 1911, Art. 49 und in der damaligen Deutschen Reichsverfassung vom 11. August 1919 Art. 152. Die übrigen Rechtsordnungen setzen jenen Grundsatz voraus und nehmen nur durch die Angabe von Beschrän-

kungen darauf Bezug. Diese Beschränkungen gibt aber wohl der Gesetzgeber überall in doppelter Weise. Er verweist einmal darauf, daß Rechtsgeschäfte nicht *gegen die guten Sitten* sein dürfen, um gültig zu sein; aber er gibt vielfach auch in geformten Paragraphen an, welche Geschäfte bei Meidung der Nichtigkeit nicht abgeschlossen werden dürfen. So findet sich das Verbot des Zinseszinses; der Satz, daß der Pfandgläubiger bei Fälligkeit seiner Forderung das Pfand nicht als Eigentum behalten dürfe; es ist die Ungültigkeit des Verzichtes auf künftige Alimente seitens des unehelichen Kindes ausgesprochen; es kann niemand rechtmäßig der Möglichkeit entsagen, ein Testament zu errichten oder aufzuheben. Der Gesetzgeber macht in solchen Fällen, die sich im größten Maße vermehren ließen, von früherer Erfahrung Gebrauch. Er sucht den sonst leicht Bedrängten zu schützen, auch vor dessen eigenem Wort, und er bedient sich dazu des Mittels zwingend geformter Paragraphen.

Und das ist der Schluß, zu dem man in allen diesen Betrachtungen kommen muß: Der Gesetzgeber hat sich beider Möglichkeiten zu bedienen, — sowohl des Mittels zwingend geformter Satzungen, als auch der Verweisung auf Auswählen des grundsätzlich richtigen Rechtssatzes durch die Beteiligten selbst. Schon PLATON hat in seinem Dialog *Politikos* die beiden Möglichkeiten erwogen. Er hebt hervor, daß es selbstverständlich am besten sein würde, wenn als Staatsmann, wozu hier auch der Richter zählt, ein mit voller Einsicht waltender, königlicher Mann bestände. Denn das Gesetz könne niemals alle denkbaren Fälle in voller Anpassung im voraus umspannen und ordnen. Andererseits ist es unmöglich, für irgend jemanden, sein Leben lang immer neben jedem Einzelnen zu sitzen und ihm genau das Angemessene vorzuschreiben. Darum müsse es im Staate zugehen wie auf der Fechtschule und überhaupt beim Unterricht in den Leibesübungen; es kann nicht für jeden Einzelnen eine Vorschrift für seine Übung gegeben werden, sondern es habe der Durchschnitt des für viele Angemessenen angeordnet zu werden (Pol. 293—301 B). Und in dem Dialog von den Gesetzen führt er aus: Für Menschen sind Gesetze unentbehrlich und ihr Leben muß durch Gesetze geregelt werden. Es ist ein Traum, daß einmal ein Mensch durch göttliche Fügung in die Welt käme, der alles ohne Gesetze gut machen könne. Darum müssen wir uns für Ordnung und Gesetze entscheiden, *die zwar unmöglich alles und jedes sehen und berücksichtigen können, aber doch dasjenige, was sich mit einer gewissen Regelmäßigkeit ereignet* (Log. 874f.).

Wo nun die Grenze zwischen den beiden Möglichkeiten läuft, deren sich ein guter Gesetzgeber zu bedienen hat, das ist nicht ein für allemal anzugeben möglich. Er wird sein Endziel fest und sicher im Auge haben müssen: Recht und Gerechtigkeit zu schützen und zu pflegen. Dann wird er in der einen geschichtlich gegebenen Lage mehr die Rücksicht auf die demnächstige Auswahl des gerade richtigen Rechts walten lassen, in anderen Fällen mit festen Paragraphen und Artikeln zwingend vorgehen. Tut doch schließlich auch jeder Privatmann bei der Ordnung seiner Angelegenheiten das Gleiche. Es ist eine doktrinäre Beschränktheit sondergleichen, wenn die *Freirechtler* zwingend verbieten wollen, daß der Gesetzgeber im Interesse der Herbeiführung guter sozialer Zustände jemals von dem Mittel zwingend geformten Rechts Gebrauch mache. Es würde unsere Rechtszustände ärmer machen, ohne im Sinne der Idee des Guten einen Vorteil zu bringen.

2. Die freirechtliche Richtung enthält selbstverständlich einen theoretischen Kern. Ein solcher ist schließlich in jeder Äußerung einer Ansicht und Bestrebung

gegeben. Sie alle führen auf eine einheitliche Grundauffassung dessen zurück, der gerade spricht. Aber freilich ist diese letzte bestimmende Richtlinie nur zu oft nicht klar herausgearbeitet. Die hier besprochene Bewegung in der neueren Jurisprudenz erwartet allen guten Erfolg in der Rechtsprechung, wenn diese nur *frei* vorgehe und urteile.

Sie würde damit recht haben, soweit sie sich nur gegen den übertriebenen Respekt vor *herrschenden Anschauungen* wendete. Die letzteren werden heute nur zu sehr als angeblich entscheidende Instanz angerufen. In vielen Kommentaren zu neueren Gesetzen kann man als Erläuterung zu der Anweisung, nach *Treu und Glauben* oder nach *Billigkeit* zu urteilen, die Auskunft lesen: Was *Treu und Glauben* entspricht, das bestimmt sich nach den herrschenden Anschauungen über *Treu und Glauben*. Man scheint dann gar nicht zu merken, daß man sich damit nur im Kreise dreht. Sonst wäre es nicht möglich, daß ein höchstes Tribunal wiederholt ausgesprochen hat, daß die Frage nach dem, was *gerecht und billig* sei, sich nach dem Anstandsgefühl aller *gerecht und billig* Denkenden bestimme. Hier fehlt es an kritischem und methodischem Nachdenken.

In der Praxis hat sich gar oft das merkwürdige Schauspiel gezeigt, daß über dieselbe Frage zwei entgegengesetzte Entscheidungen von zwei Gerichten getroffen wurden, wobei sich aber jedes darauf berief, daß seine Meinung der *herrschenden* Auffassung entspräche. Manchmal war das sogar bei recht akzentuierten Fragen der Fall. So stand mehrmals der Verkauf eines übel berüchtigten Hauses zur Erörterung, wobei der Kaufpreis gerade mit Rücksicht auf die schlimme Bestimmung des Hauses besonders berechnet wurde: das eine Gericht fand hierin nichts Verwerfliches, mit Rücksicht auf die hierüber geltenden *herrschenden* Anschauungen, ein anderes Gericht verneinte die Rechtsgültigkeit des fraglichen Kontraktes und begründete dieses Ergebnis ebenfalls damit, daß es den *herrschenden* Anschauungen entspräche. Abstimmungen dürften hier kaum möglich sein. Es ist im Grunde *der Herren eigener Geist*, wie GOETHE es im Faust nennt, der dann sich in angeblich *herrschenden* Anschauungen spiegelt.

Manchmal wird es gelingen, eine überwiegende Auffassung über die Abwicklung bestimmter Rechtsfragen im Verkehr mit leidlicher Sicherheit festzustellen. Es ist auch zuzugeben, daß zuweilen das Gesetz selbst darauf verweist, solche gebräuchlichen Ansichten zu berücksichtigen. Das tun beispielsweise manche Gesetze in der Frage, ob eine Nebensache als *Pertinenz* einer Hauptsache zu erachten sei oder nicht. Man wird sich dann helfen, indem man Sachverständige befragt, etwa das Gutachten von Handelskammern und anderen geeigneten Körperschaften einholt. Das ist dann nicht anders, als wenn in sonstiger Lage jemand auf den Entscheid einer anderen Person in zwingender Weise hingewiesen wird. Die Römer kannten seit Augustus das *ius respondendi*, wonach das Gericht an das Gutachten bevorrechteter Juristen gebunden war. In Deutschland galt lange das Institut der Aktenversendung. Die im Prozesse streitenden Parteien konnten verlangen, daß das Gericht die geführten Verhandlungen einer juristischen Fakultät unterbreite; an deren Urteil war dann das Gericht gebunden. So ist es ja auch möglich, daß ein heutiges Gesetz dem Richter sagt: Über diese und jene Frage darfst du nicht selbst urteilen, sondern hast dich danach zu richten, was im Verkehr regelmäßig hierfür beobachtet wird.

Aber indem der Richter nach diesem Gesetze sich richtet, wird der Verzicht

des eigenen Urteils verlangt. Bloß deshalb, weil eine Anschauung *herrschend* ist, braucht sie noch lange nicht gut zu sein. Was haben wir an herrschenden Ansichten im Laufe der Geschichte nicht alles erlebt, im Aberglauben und im Fanatismus. Und wenn der alte Sprachgebrauch, seit dem Korintherbrief des Paulus von Tarsus, von *guten Sitten* handelt, denen ein Rechtsgeschäft oder ein schädigendes Verhalten nicht widersprechen dürfe, so liegt der Nachdruck hierbei nicht auf dem zweiten Wort, sondern gerade darauf, ob es gute Sitten sind. Und hierüber kann in begründeter Weise nur methodische Einsicht und ihr folgende Überlegung entscheiden. Verbunden freilich mit dem, was PLATON die Tugend der Tapferkeit nannte, das ist der Entschluß, dem als richtig Erkannten auch zu folgen. Sehr schön sagt hierzu KANT, da er die Frage aufwirft, was eigentlich *Aufklärung* sei: *Sapere Aude? Habe den Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen, das ist der Wahlspruch der Aufklärung?*

Aber weiter. Wenn die freirechtliche Bewegung in der neueren Jurisprudenz gegen die zu weit getriebene Unterwürfigkeit gegenüber *herrschenden* Auffassungen Front machte und in dieser ihrer Polemik sachlich nicht unrecht hatte, so war es ganz ungenügend, wenn sie nun glaubte, das positiv mit der Forderung einer *freien* Art des Urteilens erledigt zu haben. Eine subjektive Willkür soll doch nicht eintreten; wenn einer nichts anderes zu sagen weiß als *tel est mon plaisir*, so ist das recht elend. Der vom Richter zu fällende Entscheid soll objektiv richtig sein. Die Kadijustiz des Morgenlandes — *stat pro ratione voluntas* — dürfte nicht zu verpflanzen sein. Man hat aber keine Garantie dafür, daß ein objektiv richtiges Urteil zutage tritt, als durch Befolgung klar eingesehener Methode. Auf ein unbestimmtes *Gefühl* kann man sich nicht verlassen, wie wir oben (Nr. II am Ende) ausgeführt haben. So kommt alles darauf an, über die Möglichkeit des Beweises der objektiven Richtigkeit eines rechtlichen Wollens klare Einsicht zu erlangen.

10. Die kritische Rechtslehre

Der Gang unserer Erörterungen hat zu dem Ergebnis geführt, daß eine feste Begründung für jede Lehre nötig ist, die als grundlegendes Prinzip des Rechts auftreten will. Eine solche feste Begründung kann aber nur gegeben werden, wenn wir die Betrachtung des Rechts in das Gesamtgefüge der Wissenschaft überhaupt harmonisch einfügen. So gehen wir von dem Grundgedanken aus, den seinerzeit SOKRATES entwarf, als er die Möglichkeit der Wissenschaft entdeckte. Er teilte, wie man weiß, das gesamte menschliche Geistesleben in zwei Arten ein. Es ist entweder wirr und konfus beschaffen und besteht aus nichts als einzelnen Eindrücken und Strebungen von Fall zu Fall, — oder es wird nach einem einheitlichen Plan geordnet. Im letzten Falle haben wir die Aufgabe, jedes besondere Vorkommnis nach einer absolut festgehaltenen Methode zu ordnen. In dem Gedanken des einheitlichen Ordners von irgend welchem Inhalt des Bewußtseins liegt die Eigenart des wissenschaftlichen Erwägens. So besaßen die Griechen den Begriff von *Wissenschaft*, ohne sie selbst stark ausgebaut zu haben. In der Mathematik legten sie allerdings die unzerstörbaren Fundamente, und der Satz des PLATON über der Eingangspforte zu seiner Akademie ist weltberühmt, aber die mathematische Naturwissenschaft sollte erst in viel späteren Tagen der neueren Zeit

erblühen. Das Hauptinteresse der Alten galt der *Ethik* im weitesten Sinne, das ist: der Lehre von dem menschlichen Wollen; etwas enger: der Lehre von dem richtigen Wollen, gegenüber dem Verwerflichen und Schlechten; ganz eng: der Lehre von dem guten Innenleben, gegenüber dem äußeren Verhalten. Es ist das Gebiet, von dem besonders der vielgenannte und oft mißverständene Satz des *SOKRATES* gelten sollte, daß man beweisen könne, ob der Inhalt einer Bestrebung richtig sei oder nicht.

Dabei zeigen sich im Altertum manche leicht erkennbaren Mängel in der Ausführung des dortigen Geisteslebens. Das hochbegabte Volk der Griechen, das so vieles für die Menschheit neu erschuf, besaß kaum eine nennenswerte technische Jurisprudenz. Sie gingen bei dem Setzen der Zwecke und bei der Erwägung der Gesetzmäßigkeit des menschlichen Willens alsbald in das Reich der Ideen über. Ihr praktisches Interesse aber galt der Politik und dem öffentlichen Leben im Staate. Dadurch wurde versäumt, die notwendig unterliegenden Gedanken über den Begriff des Rechts und über die positiven Besonderheiten von gegebenem Rechtsinhalt in methodischer Weise auszuarbeiten, also eine Wissenschaft gerade von dem Rechte in seiner begrifflichen Struktur und seiner geschichtlichen Erscheinung zu schaffen. Noch bedenklicher ist es, daß die griechische Philosophie bei allem Enthusiasmus für die Idee der Gerechtigkeit doch nicht dazu gelangte, das Wesen dieses bestimmenden Gedankens genau und befriedigend anzugeben. Namentlich gilt das von dem ersten Buch des *Staates* von *PLATON*. Der große Denker legt ausgezeichnet dar, worin das Wesen der Gerechtigkeit jedenfalls nicht bestehen könne. Er zeigt, daß man nicht zu guten sozialen Zuständen gelangen werde, wenn man den Staat bloß auf einer Summe von Sonderinteressen aufbaue (s. oben Nr. III). Aber dann vermißt man eine Lösung der Frage, welches nun die entscheidende Gedankenrichtung sei, in der wir den Sinn jener Idee zu finden haben.

Das gleiche Ergebnis zeigt sich bei der Betrachtung der römischen Juristen. Ihre Tätigkeit weicht von der griechischen Art darin ab, daß sie die Wissenschaft des positiven Rechts begründeten. In klaren Begriffen beherrschten sie den unendlich weiten Stoff des Rechts. Es gelang ihnen, diesen Stoff nach wenigen Richtlinien überall genau zu systematisieren, ihn erschöpfend einheitlich zu zergliedern. Und in bewunderswerter Intuition handhabten sie das Streben nach grundsätzlicher Richtigkeit ihrer rechtlichen Sprüche und Gutachten. Aber eine deutliche Lehre von dem Begriff und der Idee des Rechts sucht man in dem, was wir von ihnen wissen, vergebens.

Die seitherigen Ausführungen haben gezeigt, daß wir auch in der späteren Zeit zu keinem anderen Resultat gelangen. Alle Bemühungen im Mittelalter und der Neuzeit, die auf gesicherte Einsicht in die Grundbegriffe und die Grundsätze des rechtlichen Denkens gerichtet waren, haben mit entscheidenden Mängeln zu kämpfen. Das wurde erst anders möglich, als durch die kritische Philosophie des *IMMANUEL KANT* der wahrhaft theoretischen Erwägung ein gesichertes Fundament bereitet wurde. *KANT* bestand darauf, daß man vor allem allgemeinen Meditieren sich die Frage vorlegen müsse: ob in der gerade eingeschlagenen Richtung des Nachdenkens auch wirklich ein feststehendes Ergebnis erwartet werden dürfe. Er forderte die deutliche Einsicht in die notwendigen Bedingungen allgemeingültiger Sätze. Es ist diese Einsicht der feststehenden Methoden einheitlichen Ordens, die in ihrer Eigenart das Wesen gesicherter philosophischer Erwägung

ausmacht. Aber KANT hat sein geniales Werk, das er für die Naturerkenntnis und für das gute Wollen aufbaute, in Sachen des Rechts und der Gerechtigkeit nicht konsequent durchgeführt. Er wandelte bei der Erörterung dieses Themas in den Bahnen des alten Naturrechts und Vernunftrechts. Statt die methodischen Gedanken der kritischen Philosophie fruchtbringend einzusetzen und das System reiner Formen rechtlichen Begreifens und Beurteilens zu geben, vertieft er sich alsbald in den Versuch, inhaltlich ausgeführte Sätze von absoluter Geltung aufzustellen, Lehren über Geld und Urheberrecht zu geben, von den Testamenten zu sagen, daß sie nach dem Naturrecht *a priori* gültig seien, und so in bedingten Einzelheiten weiter. Seine Nachfolger haben das dann zunächst auch nicht wesentlich geändert.

Hiernach wollen wir versuchen, im Sinne der Aufgabe, wie sie die führenden Geister, die wir nannten, gestellt haben, die Grundgedanken für ein System feststehender Rechtsphilosophie darzulegen. Es kennzeichnet sich aber die kritische Rechtstheorie, auf deren Ausarbeitung die ganze Entwicklung hindrängt, durch folgende eigenartige Weisen methodischer Betrachtung:

1. Durch die Unterscheidung von Form und Stoff; 2. durch die Unterscheidung von Begriff und Idee.

1. Wenn man ein Gewirr von vielen Dingen ordnen will, so muß man einen festen Plan dafür aufstellen. Keine Bibliothek, kein Aktenschrank kann in Ordnung gebracht werden, wenn nicht ein methodisches System zugrunde gelegt wird. Mit dem Inhalte des menschlichen Geisteslebens ist es nicht anders bestellt. Es soll, wie wir oben ausführten, nicht ein wildes Durcheinander bleiben, sondern in grundlegend einheitlicher Weise geordnet werden. Würde man nun den einen Tag die eine Methode des Ordners befolgen, zu einer anderen Zeit eine andere Weise einsetzen, so käme man niemals zu Ordnung und Einheit. Wir nennen nach altem Sprachgebrauch die logisch ordnenden Methoden die Form der Gedanken, — den danach bestimmten geistigen Besitz die Materie eben dieser Gedanken.

Die Unterscheidung von Form und Materie in dem genannten Sinn ist die erste Voraussetzung, um Klarheit in durchdringendem Maße zu erhalten. Sie ist ja auch immer beachtet worden, allein dabei öfter starken Mißverständnissen ausgesetzt gewesen.

Man darf die Gegenüberstellung von Form und Stoff nicht zu der Vorstellung einer empfindbaren Trennung werden lassen. Die beiden sind wesentliche Bestandteile aller Gedanken, die wirkliche Vorkommnisse betreffen. Sie sind immer vereint, keines ist zuerst etwa allein da und wartet auf das andere. Im besonderen darf die Form nicht im Sinne eines Gefäßes aufgefaßt werden, in das nun hinterher irgendein Stoff hineingeschüttet würde. Da sie vielmehr, wie gesagt, beide immer verbunden und immer gleichzeitig nur vorkommen, so handelt es sich bei ihrem Auffinden um die kritische Analyse einer schon vorhandenen Synthesis. Wie die letztere geschieht, gehört noch nicht in die Frage der systematischen Zerlegung als solche. Hierbei ist die Richtung der systematischen und der genetischen Erwägung genau auseinanderzuhalten. Für die grundlegende Frage der jetzigen Erörterung ist davon auszugehen, daß wir in unserem Erleben überall zusammengesetzte Eindrücke und Strebungen haben, und daß man in diesen zusammengesetzten Erlebnissen die einheitlich bedingenden Methoden des Ordners einerseits und die danach bestimmten Besonderheiten andererseits unterscheiden kann.

Es erhellt aus dem Gesagten, daß es nicht gut ist, wenn jemand der Form etwa den *Inhalt* gegenüber stellen wollte. Der Inhalt eines Gedankens ist die Eigenart, durch die er sich von anderen unterscheidet. Dieser Inhalt gerade ist es, bei dem man dann seine Form und seinen Stoff zu unterscheiden vermag. Er handelt sich hierbei, wie man sieht, nicht um eine Sache des Sprachgebrauchs, sondern darum, daß wir bei der kritischen Zerlegung unserer Gedankeninhalte drei verschiedene Begriffe sachlich unterscheiden müssen: den jeweiligen zusammengesetzten Gegenstand des Gedankens als solchen und innerhalb seiner die Form und den Stoff.

Auch geht aus dem Gesagten hervor, daß bei der Herausarbeitung des formalen Bestandteiles, also der logisch bedingenden Methode des Ordnen, nicht so etwas, wie eine *angeborene Vorstellung* in Frage steht: Unsere Erörterung betrifft, wie wir schon sagten, nicht die Erwägung, woher der Inhalt eines Gedankens zu uns gekommen sein mag, sondern was er ist, also wie man ihn in einheitlichem Bedenken klar erfassen kann. Übrigens gibt es keinen einzigen Inhalt einer Vorstellung, von dem begründetermaßen gesagt werden dürfte, daß er *angeboren* sei. Jeder Gedankeninhalt will im Laufe unseres Lebens erst erworben sein. Nur die Anlage dazu, daß ein solcher Erwerb stattfindet, kann als angeboren gelten.

Von der Form, als der ordnenden Methode, kann eine selbständige Erörterung gegeben werden, — von der Materie, als dem methodisch bestimmten Bestandteil des Gedankens aber nicht; denn bei ihm ist die Rücksicht auf die bedingende Art und Weise, unter der der ganze Gedanke uns überhaupt erst etwas bedeutet, niemals wegzulassen möglich, ohne den ganzen Gedanken auszutilgen. Wenn wir von der rechtlichen Einrichtung der Verpfändung sprechen, oder von einem Arbeitsvertrag, von dem Vermächtnis im Testament oder von dem ehelichen Güterrecht, von dem Verbrechen der Brandstiftung oder von Besonderheiten eines gerichtlichen Verfahrens, — immer ist der Begriff des Rechts dabei logisch vorausgesetzt. Wir können diesen Begriff gar nicht in Gedanken weglassen, ohne auch die anderen Teile der betreffenden Vorstellung aus den Augen zu verlieren. Wohl aber ist es möglich, den Begriff des Rechts als solchen klarzustellen, ohne von Pfand und Dienstmiete, Vermächtnis und Aussteuer, Brandstiftung und Prozeßeinrichtung zu handeln. Die Probe, die das kritische Verfahren also fordert, wird so vorgenommen, daß wir fragen: welche Elemente eines Gedankens sind für andere Bestandteile desselben Gedankens logisch bedingend, derartig, daß sie nicht weggelassen werden können, wenn man nicht die ganze Vorstellung, von der gerade die Rede ist, einbüßen mag; — und umgekehrt: welche elementaren Bestandteile jenes Gedankens können ausgetilgt werden, und es bleibt doch immer noch ein anderes Element in selbständiger Erwägung übrig?

Geht man in dieser Weise der kritischen Untersuchung vor, so zeigt sich, daß der Gedanke der Form sich im Laufe der Erörterung desselben Gegenstandes mehrmals wiederholen kann. Der allgemeine Begriff des Kaufvertrages ist die logische Bedingung für jedes einzelne Kaufgeschäft, so daß man in diesem letzterem Form und Stoff deutlich unterscheiden kann. Aber der Begriff des Kaufvertrages steht unter der allgemeinen Vorstellung des Vertrages, und dieser ist, wie alle besonderen *rechtlichen* Vorstellungen schließlich von dem Gedanken des Rechts überhaupt abhängig. So lassen sich die formalen, das sind die logisch bedingenden Bestandteile eines Gedankens, in bedingte Formen und in reine Formen zerlegen. Jene

sind solche, die noch von anderen, höheren Formen bedingt sind. Sie liegen vor, sobald in ihrer Vorstellung ein sinnlich empfindbarer Gegenstand wesentlich enthalten ist. Die reinen Formen dagegen sind nichts, als gedankliche Methoden des Ordens. Zu ihnen zählen die Gedanken von Recht und Gerechtigkeit.

Aus dieser grundlegenden Einsicht her löst sich das oft verhandelte Problem, ob es Erkenntnisse von absoluter Bedeutung gebe. Die Antwort lautet: Eine absolute Geltung besitzt das System der reinen Formen, nach denen das geistige Leben überhaupt erst methodisch geordnet werden kann. Dagegen ist alles danach geordnete Bewußtsein nur in der Lage, objektiv richtig soweit geordnet zu sein, als es gerade geschehen kann. Es enthält ja bedingte Materie des Erkennens, wechselnd und veränderlich. Immer wieder werden neue Eindrücke und neue Bestrebungen auftauchen, die in ihrer stofflich bedingten Weise seither noch nicht so bekannt waren und nun eine Abänderung der seitherigen Kenntnis fordern; und es ist auch möglich, daß bei sich gleichbleibendem Stoffe die Erkenntnis desselben durch neue Überlegung berichtigt und gebessert wird. Es gibt nach beiderlei Richtung hin dasjenige, was mit Grund ein Fortschritt der Wissenschaft genannt werden kann. Für die Betrachtung des Rechts aber erhärtet sich danach das, was wir oben (Nr. III) über die Möglichkeit eines Vernunftrechts ausgeführt haben. Das alte Bemühen, ein *Idealrecht* mit beschränktem Inhalt zu erhalten, ist ganz vergeblich. Es ist widerspruchsvoll, ein Recht aufzustellen, das zwar einen Inhalt mit bedingter Materie hätte, aber doch für alle Zeiten und Völker gelten sollte. Die absolute Gültigkeit der Gedanken kann auch in rechtlichen Fragen nur den reinen Formen zukommen, in denen wir das rechtliche Erleben nach gleichmäßigem festem Plan ordnen.

2. Die reinen Formen der Rechtsbetrachtung zerfallen in den Begriff des Rechts und in die Idee des Rechts.

Über den Unterschied von Begriff und Idee wurde oben (Nr. III) näher gehandelt. Der Begriff ist — um es kurz zu wiederholen — die einheitliche Bestimmung einzelner Gegenstände, — die Idee bedeutet dagegen die Vorstellung der Einheit aller je denkbaren Gegenstände. Bei dem Begriffe sind die bleibenden Artmerkmale zu erkennen, durch die die einheitliche Vorstellung des fraglichen Gegenstandes bestimmt ist, — bei der Idee liegt die Aufgabe vor, das Ganze aller möglichen Eindrücke und Bestrebungen zum Gegenstande des Nachsinnens zu machen. Dem Begriffe entspricht der darin bestimmte Gegenstand ohne allen Rest, der Begriff wird bei seinem Einsetzen jedesmal voll verwirklicht, — die Idee kann selbstverständlich nicht wieder als ein begrenzter Gegenstand sinnlich empfunden werden, und sie ist in der bedingten Erfahrung niemals zu verwirklichen, sondern nur als fester Blickpunkt im Sinne eines unerreichbaren und doch sicher leitenden Sternes zu nehmen.

Für die Betrachtung des Rechts ist nun die genannte notwendige Unterscheidung fruchtbar zu machen.

Dabei ist scharf darauf acht zu haben, daß nach beiden Seiten der Erwägung — nach der kategorialen, wie nach der idealen Richtung hin — wir immer nur reine Formen des Ordens zum Gegenstande unserer Untersuchung nehmen dürfen, wenn anders die letztere von Erfolg begleitet sein soll. Es muß also bei der Beschreibung des Begriffes und der Idee des Rechts alles beiseite bleiben, was bloß von stofflich bedingter Beschaffenheit ist.

Das Einhalten dieser Wegeleitung wird dadurch nicht erleichtert, daß das Wort *Recht* — sobald man nach dem festen Begriff fragt, der damit verbunden ist — überall zweimal in verschiedener Lage gebraucht wird. Einmal liegt allenthalben zweifellos ein abstrakter Gedanke zugrunde; es handelt sich alsdann um eine Analyse der formalen Gedanken, unter denen die Fülle konkreter Erlebnisse nur geordnet wird. Das andere Mal steht die Anwendung jenes abstrakten Begriffes auf besondere Bestrebungen in Frage. Das letztere ergibt dann das positive Recht. Der Zusatz der *positiven* Eigenschaft drückt dann aus, daß begrenzte Willensinhalte *rechtlich* geordnet sind. Folglich liegt ihm selbstredend der abstrakte Begriff des Rechts — als die sich gleichbleibende Art eines Teiles menschlicher Bestrebungen — bedingend zugrunde. Darum ist die Aufgabe einer Klarstellung des Wesens dieser bedingenden Art und Weise des Ordnen auf die Erwägung des abstrakten Begriffes vom *rechtlichen* Wollen bewußt zu konzentrieren.

Das hat in vielen Erörterungen über den Begriff des Rechts gefehlt. Sie versuchen es mit einer Beschreibung dessen, was ihnen gerade als *Recht* in der geschichtlichen Erfahrung entgegenzutreten scheint. Und sie quälen sich mit dem unmöglichen Beginnen ab, den abstrakten Begriff vom Rechte zusammen mit seiner geschichtlichen Anwendung in einer und derselben Formel grundlegend wiederzugeben. Im Besonderen möchte man gerne das Gelten eines Rechts in die Bestimmung des Begriffes vom Rechte hineinnehmen. Mit der Geltung eines Wollens bezeichnet man aber die Möglichkeit der Durchsetzung des fraglichen Wollens in der empfindbaren Wirklichkeit. Diese Geltung kann bei jeder Art des abstrakt einzuteilenden Wollens vorkommen: bei der moralischen Lehre so gut wie bei konventionalem Brauch, bei der rechtlichen Satzung und bei der willkürlichen Gewalttat. Wenn wir jedoch die bleibenden Artmerkmale eines Begriffes aufführen wollen, durch die er sich von anderen Begriffen derselben Gattung unterscheidet, so dürfen wir nicht die Möglichkeiten als wesentlich bestimmend hinnehmen, die ihnen allen gemeinsam sind. Das ist in unserem Zusammenhang ein um so größerer Fehler, als die Frage nach den Artmerkmalen des Rechtsbegriffes eine Erwägung erkenntniskritischer Natur ist, während die Geltung eines Wollens seine psychologische Erörterung bedeutet. Denn bei ihr kommt es nicht mehr auf die objektive Eigenart eines Gedankeninhaltes an, sondern auf seine Verknüpfung mit bestimmten Menschen, auf die im Sinne jenes objektiv vorausgesetzten Gedankens nun subjektiv eingewirkt werden soll.

Es kann nicht die Aufgabe dieser Zeilen sein, die bleibenden Bestimmungen des abstrakten Begriffes vom Rechte in allen Einzelheiten anzuführen; wir vermögen nur, den methodischen Gang der Erwägung zu skizzieren.

Alle Veränderungen menschlicher Erlebnisse sind entweder Wahrnehmungen oder Wollen. Es wird die Gegenwart entweder — als verursachte Wirkung — durch die Vergangenheit bestimmt oder — als Wahl der Mittel für ein Ziel — durch die Zukunft. Ein drittes gibt es nicht. Das Recht aber zählt zu dem Reiche des Wollens, sein Begriff fällt aus der bloßen Wahrnehmung der äußeren Körperwelt heraus. Und nun kommt es darauf an, die Verhältnisse, in denen die Gedanken von Zwecken und Mitteln stehen, in der Möglichkeit allgemeingültiger Weise sich klar zu machen. Das geht zunächst so, daß als Einheit für die unabgeschlossene Reihe der Zwecke und der Mittel der einzelne Mensch erscheint oder aber so, daß die Zwecke

verschiedener Menschen als Mittel füreinander wechselseitig gesetzt werden. Von dem jeweiligen Inhalte des Begehrens ist in seiner Besonderheit dabei nicht die Rede. Das erste, das wir nannten, betrifft das Innenleben, sein Ordnen fällt der sittlichen Aufgabe im genauen Sinne des Wortes *sittlich zu*; das andere richtet sich auf das Zusammenleben mehrerer Menschen, es ist das Aufwerfen der sozialen Frage. Daß das Recht zu dem an zweiter Stelle genannten sozialen Wollen sich rechnet, ist außer Zweifel. Sein abstrakter Begriff aber ergibt sich aus folgender Überlegung. Durch das Verbinden der Zwecke mehrerer Menschen wird eine äußere Regelung in Gedanken über ihnen eingesetzt. Sie sind dieser aber entweder unterstellt in einer objektiv bleibenden Weise oder aber nach subjektivem Belieben, von Fall zu Fall. Das subjektive Belieben kann entweder in den einzelnen Verbundenen liegen oder von einem Dritten gehegt werden, der ihnen gebietet; das eine ist eine nur konventionale Regel, ohne alle wahren Pflichten, das andere die Willkür eines Machthabers, gleichviel wer das ist und wie viele dabei beteiligt sind. Erst die objektiv bleibende Art und Weise des sozialen Verbindens liefert den Begriff des Rechts. Es stellt sich somit als notwendiges Glied in dem System reiner Ordnungsprinzipien des Bewußtseins dar. Es hört damit aber auch das Vorstellen reiner Formen in dem hier angeschlagenen Gedankengang auf. Sobald wir einen Schritt weiter tun, kommen wir aus den abstrakten Erwägungen möglicher Verhältnisse unter den formalen Richtlinien von Zwecken und Mitteln heraus und geraten in den Bereich sinnlich empfindbarer Gegenstände des Begehrens. Das Recht aber stellt sich — seinem abstrakten Begriffe nach — als Klasse des menschlichen Wollens dar, im Unterschied von Moral, Konvention, Willkür; es bedeutet das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen.

Anders ist es mit der Idee der Gerechtigkeit bewandt. Gegenüber jener Klasseneinteilung des Wollens nach jeweils fest umschriebenen Artmerkmalen steht hier, wie oben in Erinnerung gerufen, die Rückführung aller Möglichkeiten des Begehrens in das eine einige Reich des Wollens zur Aufgabe. Wir gehen aus von der Vorstellung einer vollendeten Harmonie in dem unendlichen Ganzen aller denkbaren Willensinhalte. Der Inhalt eines besonderen Strebens ist dann grundsätzlich richtig, wenn er, soviel man nur sieht, in jene Allheit der Ziele sich widerspruchslos einfügt. Das ist nur möglich, wenn für das einzelne Wollen nicht bloß ein subjektives Begehren das höchste Gesetz abgibt. Freilich gibt es in der geschichtlichen Wirklichkeit des Menschenlebens nichts als bedingte Ziele. Alle Bestrebungen sind in ihrem tatsächlichen Auftreten begrenzt; und von dem Stoffe eines subjektiven Sehnsens und Drängens kommen wir nicht los. Hier aber steht nicht der Stoff begehrter Gegenstände in Frage, sondern das Suchen nach dem Einheitsgedanken, in dem sie sich alle zusammenfassen lassen, nach dem höchsten Gesetze für die einzelnen Begehren. Und da ist der Unterschied doch nicht zu verkennen: daß entweder der letzte Gedanke, nach dem sich einer richtet, sein persönliches Verlangen nach diesem besonders begehrten Gegenstand ist, — oder aber, ob er sein Wollen im Sinne der Allgemeingültigkeit führt, geleitet von der Idee vollendeter Harmonie mit allen anderen Willensinhalten.

Im gewöhnlichen Leben ringt sich diese Art des Nachdenkens ja unwillkürlich durch. Jedermann lobt einen anderen, der *uneigennützig* handelt, der *selbstlos* vorgeht oder gar sich für das Heil anderer aufopfert. Aber solche Beispiele sind für die kritische Art des Nachdenkens nicht immer nützlich. Nur zu leicht bleibt man

doch wieder an stofflich bedingten Erwägungen kleben. Wir wollen jetzt aber den absolut einheitlichen Gesichtspunkt finden und uns klar machen, nach dem wir alle denkbaren Begehungen zu richten imstande sind. Und wir tun das — nach dem ganzen Grundgedanken der kritischen Philosophie — nicht in der Meinung, ein neues Moralprinzip oder dergleichen aufzustellen, oder gar mit der Absicht, Postulate für ein Tun und Wollen zu erheben, — wir sind nur bestrebt, die Art des grundsätzlichen Urteilens klarzustellen, die jeder nachdenkende Mensch bereits besitzt, die er unzählige Mal schon ausgeübt hat, aber meist nur, ohne es selbst zu wissen. Die Aufgabe des philosophischen Lehrers und Forschers ist es nicht, neue Dogmen zu produzieren, sein Beruf liegt in dem, was man das *ouvrir les yeux* nennen mag.

Wenn ein Vormund für ein Waisenkind bestellt wird, so wird er sich fragen müssen: in welche Schule er den Mündel schicken solle, welchen Beruf er für ihn zu wählen habe, wie im einzelnen die Erziehung zu leiten sei. Es ist nicht möglich, das für alle Waisenkinder gleichmäßig anzugeben. Aber gibt es deshalb nichts anderes als bloße *Relativitäten*? Besteht nicht die allgemeine Aufgabe, durch die sich der Beruf schlechterdings eines jeden *Vormundes* kennzeichnet? Er soll dem schutzlosen Kinde, das der elterlichen Fürsorge entbehrt, ein treuer Führer sein, mit bester Hingabe an das Wohl seines Zöglings, in stärkster Mühewaltung für dessen Angelegenheiten. So aber steht es mit jedem Berufe. Überall waltet ein formaler Gedanke, der den Richtpunkt für das Urteil abgibt, ob der dortige Beruf richtig erfüllt ist. Man hat eine deutliche Vorstellung von einem unparteiischen Richter, von dem ehrbaren Kaufmann, von dem tapferen Soldaten und so fort in allen Lagen. Nun steht in Frage: Welcher Gedanke gilt für alles menschliche Wollen überhaupt als allgemeines Richtmaß? Es ist der Gedanke der Willensreinheit. Wir stellen uns als Maßstab ein Wollen vor, das von den Besonderheiten dieses wollenden Menschen frei ist. Wir tun das nicht in der Meinung, daß die Bestrebungen der Menschen in zwei Klassen zerfielen: in bedingtes Wollen und in reines Wollen. In der Welt der Erfahrung gibt es — wir sagten es schon — nur bedingtes Wollen. Aber die Methode des einheitlichen Ordnen — das ist das, was der schulmäßige Sprachgebrauch reine Form nennt, — verlangt den richtenden Gedanken von reinem Wollen, als durchgreifenden Maßstab, den allein jener absolut einheitliche Blickpunkt abzugeben vermag.

Wir sind am Ende dieser notgedrungen einzusetzenden Einführung. Es gilt jetzt, die so gewonnene Grundlage für die Bestimmung der Idee der Gerechtigkeit auszunutzen. Das geschieht durch die Besinnung darauf, daß der Gedanke der Willensreinheit, als des höchsten und allumfassenden Gesetzes des Strebens, auf alle Klassen des menschlichen Wollens, die nach begrifflichen Artmerkmalen voneinander geschieden sind, genau anzuwenden ist. Nun besteht das rechtliche Wollen in einem Verbinden von Zwecken als Mittel füreinander. Wenn also das in einer reinen Art beurteilt und geleitet werden soll, so darf als letzter Gesichtspunkt, nach dem die verbundenen Willensinhalte zu richten sind, nicht ein bloß subjektiv gültiges Streben des einen Teils den letzten Entscheid abgeben. Auch hier wiederholt es sich, daß diese Erwägung nur ein Herausholen und Klarstellen dessen ist, was jeder, der von *Gerechtigkeit* spricht, verstecktermaßen bereits hat und übt. Es schwebt ihm vor, daß nicht der eine von dem anderen einseitig mißbraucht werden darf, daß gegenseitig Rücksicht aufeinander genommen werden soll. Wir

gelangen so zu dem formal richtenden Gedanken einer reinen Gemeinschaft. Es ist nur eine Idee. Keine Erfahrung hat sie je gesehen, noch wird sie solche erleben. Es bleibt das Bild, auf das wir früher schon Bezug nahmen: von dem Sterne, zu dem man aufschaut, um sich praktisch in gegebener, immer bedingter Lage bestens zu richten. So ist *Gerechtigkeit*: das Richten eines besonderen rechtlichen Wollens im Sinne reiner Gemeinschaft.

Dies sind die Fundamente der kritischen Rechtstheorie. Nach ihrer Fragestellung und Methode vermag nun ein jeder nachdenkliche Mensch den weiteren Bau auszuführen. Er wird sich nachher im Sinne der gegebenen Richtlinien über den Begriff des Rechts aufklären und dessen Auftreten in der Geschichte der Menschheit beobachten. Er mag aber auch nachsinnen über die Bedeutung der Idee des reinen Wollens in allen ihren Einflüssen und im besonderen in Dingen des Rechts und des sozialen Lebens überhaupt. Das tue ein jeder *nach seiner Fassung*. Der Lehrer der Rechtsphilosophie vermag nur Möglichkeiten zu bieten für die eigene Aufklärung, die jeglicher Mensch sich selbst schuldet. Dem nachzugehen wird nicht immer leicht sein und nicht überall ohne Mühe sich vollziehen. Aber dann tröste des Dichters Wort: *Der Weg und das Wandern zum Ziele ist Wonne!*

RECHTSPHILOSOPHISCHE
ABHANDLUNGEN UND
VORTRÄGE

VON

RUDOLF STAMMLER

ZWEITER BAND

1914 — 1924

PAN VERLAG ROLF HEISE / CHARLOTTENBURG

1

9

2

5