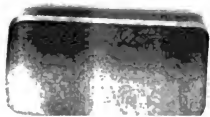


Der Kampf um die Rechtswisse...

Hermann
Kantorowicz

HARVARD LAW LIBRARY





HARVARD LAW LIBRARY

Received

Der Kampf um die Rechtswissenschaft

Von

Gnaeus Flavius

Santorowicz, Hermann

1. und 2. Tausend.



Heidelberg 1906

Carl Winter's Universitätsbuchhandlung

Verlags-Anstalt No. 41.

*K
230
.K 36
K 35 x
1906*

Alle Rechte, besonders das Recht der Übersetzung in fremde Sprachen,
werden vorbehalten.

Inhalts-Verzeichnis.

	Seite.
Vorwort	5
A. Einleitung: Das alte Ideal und die neue Bewegung	7
B. Die neue Auffassung	
I. vom Recht:	
1. Auferstehung des Naturrechts als „Freien Rechts“	10
2. Arten des Freien Rechts	12
3. Bedeutung desselben neben dem staatlichen Recht	13
4. Bedeutung desselben für das staatliche Recht	14
Lücken im Recht 14.	
5. Der individuelle Faktor im Recht	16
6. Grenzen des Rechts	17
II. von der Rechtswissenschaft:	
1. Die Rechtswissenschaft ist voluntaristisch	19
Konstruktionen 22.	
2. Sie ist antidogmatisch	23
Analogie 23, Extension 23, Fiktion 24, Ratio legis 25, Geist des Gesetzes 27, System 27, Deduktion 28.	
3. Sie ist historisch gesinnt	30
4. Sie ist psychologisch-sozialwissenschaftlich	33
5. Sie ist antitheologisch	34
III. von der Rechtsprechung:	
1. Verhältnis der Bewegung zu deren Postulaten	38
2. Postulat der Staatlichkeit	39
3. Postulat der Motiviertheit	42
4. Postulat der Voraussehbarkeit	43
5. Postulat der Objektivität	43
6. Postulat der Wissenschaftlichkeit	43
7. Postulat der Affektlosigkeit	43
8. Postulat der Volkstümlichkeit	44
9. Postulat der Fachlichkeit	45
10. Postulat der Unparteilichkeit	46
11. Postulat der Gerechtigkeit	46
C. Schluß: Die Bewegung historisch betrachtet	48
Anhang: Literatur der freirechtlichen Bewegung	50



Vorwort.

In die Rechtswissenschaft ist eine neue Bewegung gekommen. Sie mahnt zur Selbsterkenntnis alle Juristen, welche wähnen, ihr Tun befinde sich mit ihren Idealen im besten Einklang. Sie durchschaut und zerstört diesen Wahn; und unternimmt es nun, im Lichte neuer, minder bescheidener Ideale unser aller stetes Tun, die Rechtsschöpfung, vor uns selbst zu rechtfertigen. Doch so vernehmlich unsere Bewegung sich auch gleichzeitig auf verschiedensten Gebieten ankündigt — noch fehlt es ihr an Geschlossenheit und an dem Bewußtsein ihrer Macht. Deshalb sei hier der Versuch gewagt, all' ihre besten Kräfte zur Einheit zusammenzufassen, ein Versuch, der bewußt hinweggeht über alles, was die einzelnen Schriftsteller voneinander scheidet, einer Einheit, die nicht erwartet, als das System auch nur eines von ihnen oder als das Programm ihrer aller anerkannt zu werden, und daher unter eigener Verantwortung auftritt.

Begriffliche Klarheit bis ins letzte darf nicht gefordert werden; noch keine junge Bewegung hat genau gewußt, was sie gewollt, genau gewollt, was sie erreicht hat. Auch wolle man nicht von einer Schrift, die das weiteste Feld in der kürzesten Zeit durcheilen muß, verlangen, daß alles bedächtig begründet und allseitig entwickelt sei; wir müssen uns begnügen, auf das von der Feder der Gesinnungsgenossen schon Geleistete und noch zu Erwartende zu verweisen, und sind nur da etwas ausführlicher geworden, wo wir Eigenes

und Neues zu bieten hatten, z. B. in der Auffassung des Naturrechts, in der Hervorhebung des voluntaristischen Momentes, in den logischen und theologischen Erörterungen. Endlich sei anderen überlassen, im einzelnen die Verdienste aufzuzeigen, die dieser und jener im Reich der hier vorgebrachten Gedanken als Urheber zu beanspruchen hat.

Möge diese Schrift neue Streiter werben für den Befreiungskampf der Rechtswissenschaft, für den Sturm auf die letzte Bastion der Scholastik.

Deutschland, im Februar 1906.



Einleitung.

Die herrschende Idealvorstellung vom Juristen ist die: Ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmaschine, freilich einer von der feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht, ist er imstande, mit Hülfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen.

Entstanden ist dieses Ideal, das den Römern der guten Epoche fremd gewesen, in den Zeiten ihres tiefen politischen Niederganges, unter der Gewaltherrschaft gottähnlicher Imperatoren. Mittelalter und Renaissance haben es in der Theorie übernommen, aber in der Praxis und teilweise auch in der Gesetzgebung unbedenklich verleugnet, Richtern und Gelehrten die Fort- und Umbildung des Rechtes überlassen. Erst der zentralistische Beamtenstaat des modernen Absolutismus hat dem byzantinischen Ideal wieder Wirksamkeit verliehen und ihm in Montesquieus Lehre von der Trennung richterlicher und gesetzgeberischer Gewalt die erwünschte Grundlage verschafft. Wie gänzlich man aber fehlgegangen war, als man diese Lehre und ihre Anwendung in Englands Rechtsleben hineingesät hatte, beweist die freie Stellung,

die dort dem Richter seit jeher eingeräumt wurde, und der Horror, den die Völker des angelsächsischen Kulturkreises noch heute vor jenem Ideal empfinden. Das kontinentale Europa dagegen hat es nicht nur sich zu eigen gemacht, sondern geradezu in den Mittelpunkt seiner politischen Überzeugungen gerückt und mit den stärksten Sicherungen halb religiöser Weihe umgeben. An Widersachern hat es freilich nie gefehlt, zumal in Frankreich; doch auch in Deutschland sind einige zu nennen: unter den Nachzüglern des Naturrechts besonders Kirchmann, und, aus völlig anderen Motiven, die katholischen Rechtsphilosophen; sodann Jhering in seiner letzten Periode, der aber, wie ein Meteor vorüberziehend, wohl tiefen Eindruck, doch auf diesem Gebiete keine nachhaltige Wirkung erzielt hat. Auch später sind Prediger in der Wüste aufgetreten, besonders Kohler, Bülow (Gesetz und Richteramt, 1885) und G. Rümelin (Werturteile und Willensentscheidungen, 1891). Doch erst in den letzten Jahren hat sich die Lage gründlich geändert. Seit Stammler die Barke der Rechtsphilosophie wieder flott gemacht und Ehrlich ihr Steuer auf das neue Ziel gerichtet hat, erheben sich von allen Seiten, aus Theorie und Praxis, in Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, im öffentlichen und Privat-Recht, in Deutschland und Frankreich Stimmen, die, täglich an Zahl und Entschiedenheit zunehmend, der Jurisprudenz die Umkehr predigen. Diese neue Bewegung, die wir neu deshalb nennen dürfen, weil sie nicht mehr in Form einzelner Stimmen, sondern zum ersten Male als Bewegung auftritt und das Merkmal jeder echten Bewegung aufweist, nämlich die Duplizität fast aller ihrer „in der Luft liegenden“ Gedanken, hat nicht weniger zum Ziel, als das ganze bisherige Ideal abzutragen und ein in allen Punkten entgegengesetztes aufzurichten. So scheint sie denn radikal und als solche durch Verständnislosigkeit historischen Werten gegenüber, wie jeder Radikalismus, zum Scheitern ver-

verurteilt. Aber es scheint nur so, denn übereinstimmend finden wir die Überzeugung, daß der Kampf nicht konstitutive, sondern deklarative Bedeutung hat, daß nur anerkannt werden soll, was unbewußt — wenn auch eben deshalb unvollkommen — stets und überall geübt worden ist, daß es nur gilt: auszusprechen was ist.

Wir haben im Anhang die Schriften zusammengestellt, in denen die Freunde unserer Bewegung sich ex professo geäußert haben — unter Ausschluß der älteren, mit ihr in keinem nachweisbaren Zusammenhang stehenden, weiter derjenigen, die unbedeutend oder gar geeignet sind, sie zu kompromittieren, ferner der von den Voraussetzungen der katholischen Rechtsphilosophie ausgehenden, endlich jener zweifellos zahlreichen Schriften, die uns infolge des bedauerlichen Mangels rechtsphilosophischer Bibliographien und Zeitschriften nicht bekannt geworden sind.

Aber weit wichtiger noch als die Zustimmungen der Gelehrten erscheint die Tatsache, daß unter Richtern und Anwälten tausende der neuen Auffassung zugeneigt sind, eine Tatsache, die nur deshalb nicht greifbar hervortritt, weil jene Praktiker es leider nicht der Mühe für wert halten, sich für die ihnen seit jeher selbstverständlichen Lehren zu erhitzen.

Betrachten wir nunmehr in drei Stufen diese neue Auffassung von Recht, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung — unter Ausschluß der neuen Gedanken über Wesen und Technik der Gesetzgebung, zu deren Theorie beklagenswerterweise, trotz der Verdienste Zitelmanns und Kohlers, kaum Fundamente gelegt worden sind.

Die neue Auffassung.

Die neue Auffassung vom Recht stellt sich dar als eine Auferstehung des Naturrechtes in veränderter Gestalt. Der Positivismus des 19. Jahrhunderts, der sich gerade an der Überwindung des Naturrechts entwickelt hatte, hat die Überzeugung zum Dogma erhoben, daß es kein anderes Recht gebe, als das vom Staate anerkannte. Aber bei aller Verfolgung des Naturrechts bis in seine letzten Schlupfwinkel hinein hatte man sich von dem Gedanken leiten lassen, die Naturrechtslehre sei zu verwerfen, weil sie von einem überall und ewig geltenden, nicht staatlich bedingten Rechte, also einem Unding, träumte. Bei der Vernichtung dieser Vorstellung aber merkte man nicht, daß damit nur eine völlig nichtssagende Beschreibung geliefert sei, daß man am Naturrecht nur charakterisiere, was es nicht war, weil es dies, nach Voraussetzung, gar nicht sein konnte: nämlich das vergeblich erträumte, unveränderliche Recht. Was nun aber jene in tausend Werken niedergelegte Gedankenwelt wirklich war, diese Frage wurde nicht gestellt. Und doch bedarf es nur dieser Zurechtrückung, um zu erkennen, wie simpel die Antwort ist: nämlich, daß das Naturrecht ein Recht war, welches unabhängig von staatlicher Macht zu gelten beanspruchte. Indem wir jedes solches Recht als Freies Recht bezeichnen, dürfen wir auch das Naturrecht sofort und zunächst als eine besondere Art freien Rechtes charakterisieren. Seine Charakterisierung dagegen

als allgemein gültiges Recht ergreift nicht das Naturrecht selbst, sondern die Auffassung desselben durch die Naturrechtler, welche, in der Annahme der Möglichkeit eines solchen Rechtes nicht als Juristen, sondern, der Zeitanschauung folgend, als Philosophen irrten. Ihr Recht selbst aber war (wie Gierke und Landsberg gezeigt haben) historisch und individuell fest bedingt, wie nur irgendeines. Diese Tatsache, sowie die weitere, daß ihre philosophische Anschauung auf ihr juristisches Tun rückwirkend einen modifizierenden Einfluß haben mußte, ist es, die das Naturrecht von andern heutigen Formen freien Rechtes in hier nicht näher auszuführender Weise gründlich unterscheidet.

Haben wir so das Naturrecht von seiner eigenen Theorie gesondert, so erscheint unsere eingangs aufgestellte These gerechtfertigt. Denn ob wir nun blicken auf Stammers „Richtiges Recht“, auf Ehrlichs „Freie Rechtsfindung“, auf Mayers „Kulturnormen“, auf Wurzels „Projektion“, auf Stampes „Interessenwägung“, auf Rümelins „Werturteile“, immer werden Sätze herangezogen, die bestimmt sind, staatliches Recht zu bewerten, zu ergänzen, fortzubilden, oder umzustoßen. Sätze, die, eben dieser Funktionen wegen, nicht staatliches Recht sein können, aber Recht und also freies Recht sein müssen. Wir können freilich niemandem das harmlose Vergnügen rauben, nur staatliches Recht „Recht“ zu nennen! Freilich müßte man sich dann unter anderem dazu bequemen, allen Schriften über ein Gesetzbuch, das noch nicht in Kraft getreten, und allen Erörterungen de lege ferenda den Charakter juristischer Arbeiten abzusprechen, müßte das Naturrecht und überhaupt fast die ganze Rechtsgeschichte — aus der Rechtsgeschichte herauswerfen, am Problem des Gewohnheitsrechts scheu sich vorbeischieben und endlich für freies Recht einen neuen Namen erfinden und es einem neuen Begriffe unterordnen: denn von Moral

und Sitte unterscheidet es sich genau so gut (oder genau so schlecht) wie das staatliche.

Ist somit auch unser freies Recht in diesem einen Hauptpunkte dem Naturrecht wesensverwandt, so scheidet, um es nochmals zu betonen, schon die Auffassung vom Rechte unsere Bewegung auf immer von der des Naturrechts. Denn für uns, die wir den Denkern des 17. und 18. Jahrhunderts die juristisch wertvollen Erkenntnisse absehen können, ohne ihre metaphysischen Irrtümer übernehmen zu brauchen, für uns Söhne des 19. Jahrhunderts ist die Welt die ewig sich wandelnde und entwickelnde, ist unser freies Recht — so vergänglich, so zerbrechlich wie die Sterne selbst. Und auch in einer zweiten Hinsicht ist unsere Auffassung vom Recht der des Naturrechts entgegengesetzt. Die historische Schule hat uns gelehrt, alles Recht, also auch alles freie Recht, nur wenn es „positiv“ ist, als solches anzuerkennen; uns gelehrt, daß kein Recht „von Natur“ besteht, sondern nur, wenn und insoweit eine Macht, ein Wille, eine Anerkennung hinter ihm steht. Unser freies Recht also ist Naturrecht — des 20. Jahrhunderts; unsere Rechtsphilosophie hat mit der Pufendorfs und Wolffs wenig gemein.

Indem wir nunmehr den gleichen Einteilungsgrund, mit dem wir freies und staatliches Recht gesondert, auf freies Recht anwenden, erkennen wir als seine zwei Hauptformen individuelles Recht und Gemeinschaftsrecht, je nachdem ein Individuum einen Rechtssatz anerkennt auf Grund seiner eigenen Überzeugung oder auf Grund derjenigen einer Gemeinschaft — wobei es nicht ausgeschlossen ist, daß der gleiche Rechtssatz in beiden Formen und außerdem noch als staatliches Recht vorkommt. Das Verhältnis der Herrschaftsgebiete des individuellen und des Gemeinschafts-Rechtes ist ein großes, ungelöstes Problem; daher auch wir im folgenden meist nicht näher angeben wollen oder können, um welche der beiden Arten freien Rechtes es sich handelt.

Soviel aber dürfte feststehen, daß individuelles Recht für die Rechtswissenschaft, Gemeinschaftsrecht für die Rechtsprechung größere Bedeutung hat (wobei wir auf des letzteren nahe Beziehung zum Gewohnheitsrecht hier nur hinweisen können). Von einem anderen Prinzip aus geht die Einteilung auf geltendes und nicht geltendes Recht, Eigenschaften, die sowohl staatlichem als freiem Recht zukommen können, oder auch nicht. Anerkennen, und befolgen wollen oder können, sind zweierlei. Im folgenden werden wir unsere bisher namenlose Bewegung, nach Analogie von freireligiös, als die freirechtliche Bewegung bezeichnen.

Und dieses freie Recht, das so unverhofft aus der Verschollenheit in die Rechtstheorie zurückkehrt, erweist sich sofort als dem staatlichen Recht an Macht und Einfluß zum mindesten ebenbürtig. Es hat zunächst vor diesem den großen Vorzug voraus, daß man es kennt. Das staatliche Recht aber kennt man garnicht, oder, worauf besonders M. E. Mayer hingewiesen, nur dann, wenn es mit jenem übereinstimmt, was glücklicherweise häufig der Fall ist. Hier stoßen wir auf die erste jener Fiktionen, auf denen, „Platzhalten einer besseren Einsicht“ (Merkel), das Gebäude unserer Rechtsauffassung bisher ruht: auf die Fiktion, daß das ganze staatliche Recht jedermann bekannt sei. Diese Fiktion widerspricht den Tatsachen auf die krasseste Art. Die Wahrheit ist, daß niemand das ganze Recht in seinem unübersehbaren Umfang kennt, wenige einen Teil, die meisten nichts von ihm kennen. So wahr ist dies, daß, wenn ein Privatmann gründliche Kenntnis des staatlichen Rechtes erworben hat, er meist zur Klasse der dunklen Ehrenmänner gehören wird. Der Wucherer, der Kriminalstudent, der Revolverjournalist, der Gründungsschwindler kennen die sie interessierenden Bestimmungen genau; der Großkaufmann, der Künstler, der Offizier, der Staatsmann, der Ehemann haben nur vereinzelte Kenntnisse sogar der Paragraphen des Handels-, Autor-,

Staats-, Völker- und Familienrechts, ohne durch solche Ignoranz in ihrem Tun gestört zu werden. Der Reisende im fremden Lande macht sich mit Sprache, Geschichte, Kunst, Sitte des Volkes vertraut, seine Gesetzbücher auch nur aufzuschlagen, fällt keinem im Traume ein. Sie alle leben nach freiem Rechte, nach dem, was die Satzung ihres Kreises oder ihr individuelles Urteil als Recht — nicht als Willkür, nicht als Nutzen — erscheinen läßt.

So zieht das freie Recht seine mächtigen Kreise und lebt unabhängig vom staatlichen. Aber nicht so dieses von jenem! Das freie Recht ist der Boden, aus dem staatliches Recht hervorgeht: fast alle gesetzgeberischen Gedanken haben vorher als Sätze freien Rechtes existiert. Alle Kritik des staatlichen Rechtes, aus der seine Fortbildung erwächst, muß begriffsnotwendig den Maßstab freiem Recht entnehmen (wozu für den Kritiker auch fremdstaatliches Recht gehört).

Aus freiem Recht endlich muß das Gesetz in sich geschlossen werden, müssen seine Lücken ausgefüllt werden. Hier stoßen wir auf das Dogma von der Lückenlosigkeit des Gesetzes, das seinen monumentalen Ausdruck gefunden hat in dem berühmten Art. 4 de Code civil: „Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice“. Mit der Leugnung der Existenz freien Rechtes nämlich ist die Behauptung der Existenz von Lücken unvereinbar, man muß bei diesem Standpunkt einfach zu dem Ergebnis kommen, daß stets, wo das Gesetz keine Entscheidung bietet, Abweisung der Klage oder Freispruch zu erfolgen hat. Von Lücken und deren Ausfüllung dürfte da gar keine Rede sein (Zitelmann). Wer von ihnen spricht, meint, daß nach freiem Recht eine Entscheidung geboten ist, die nach staatlichem Recht nicht gegeben ist, ohne daß angenommen wird, daß der Gesetzgeber bewußter Weise in diesem Fall auf Freispruch

oder Abweisung erkannt wissen wollte. So bedeutet denn schon die verbreitete Theorie, welche Lücken im Gesetz zugeht, aber ihre Ausfüllung mit den Mitteln der Dogmatik verlangt und erwartet, eine Konzession an unsern Standpunkt. Aber diese Konzession darf uns nicht genügen. Denn nicht so liegt der Sachverhalt, daß Lücken im Gesetz sich hier und da wohl vorfinden, nein, getrost darf man behaupten, daß nicht weniger Lücken als Worte da sind. Kein einziger Begriff ist bis in seine Urmerkmale zerlegt, wenige nur sind definiert und diese wenigen wieder nur durch andere, selber undefinierte Begriffe. Nur ein unwahrscheinlicher Zufall kann es daher fügen, daß ein Rechtsfall so gelagert ist, daß sämtliche auf ihn anzuwendende Rechtsbegriffe mit ihren fest bestimmten Begriffskernen statt nur mit ihren schwimmenden Konturen auf ihn entfallen. Bei dieser Sachlage wäre der Ausweg, die Lücken durch die Mittel der Gesetzesinterpretation auszufüllen, auch dann ungangbar, wenn diese Mittel weniger untauglich wären, als sie sich tatsächlich bald erweisen werden. Nur freies Recht, mit der Spontaneität seiner Entscheidungen und der gefühlsmäßigen Deutlichkeit seiner Inhalte angesichts des einzelnen Rechtsfalles, kann diese Ausfüllung bringen und hat sie in der Tat stets gebracht. Daß der die Lücken ausfüllende Jurist eine solche das Gesetz unleugbar abändernde Tätigkeit für unzulässig hält, sich dieser ihrer Eigenschaft auch gar nicht bewußt wird, ändert an der Tatsache nichts. Und wenn der jüngste Lückentheoretiker, Zitelmann, diese abändernde Tätigkeit des Richters hochehrföhrlicherweise gutheißend, den Ausdruck „Abänderung“ glaubt „verbessern“ zu müssen, weil ihm „hierbei das Gewissen schlägt“, so ist seine Einschränkung mit jenem, dem juristischen Praktiker so geläufigem Auguren-Lächeln aufzunehmen: denn statt daß zur Lückenausfüllung ein „bereits vorhandener, wenn auch vielleicht unbekannter“ staatlicher Rechtssatz verwandt wird, wird die Lücke durch freies Recht

ausgefüllt und dieses dann nachträglich, zur freudigen Überraschung aller, als staatliches, „wenn auch vielleicht unbekanntes“ Recht erkannt.

Aber auch wir müssen uns hier verbessern, wollen wir nicht in den Fehler jener Freunde unserer Bewegung verfallen, die an Stelle des Dogmas von der Lückenlosigkeit des Gesetzes das Dogma von der Lückenlosigkeit des Rechtes, sei es auch des freien Rechtes, setzen wollen. Wir behaupten demgegenüber, daß viele Rechtsfälle überhaupt keine rechtliche Lösung zulassen. Wir lassen zunächst die schwierige, vielleicht sogar sinnlose Frage unerörtert, ob es nicht möglich sei, daß freies Recht Lösungen enthalte, ohne daß wir fähig wären, diese Lösungen zu erkennen. Weiter: angenommen selbst, daß freies Recht stets eine erkennbare Lösung bietet, so ist es doch nicht im entferntesten sicher, daß diese Lösung eine allgemein gültige sein wird. Umgekehrt folgt daraus, daß, wie niemand leugnet, die Menschen verschieden sind, auch dies, daß unsere Verschiedenheit, besonders soweit sie die Rangschätzung der Lebenswerte betrifft, sich in der verschiedenen Lösung wenigstens eines Teiles der Fälle ausdrücken muß. Wirklich beweist denn auch der Stand der meisten Kontroversen, daß sie im Lauf der Zeit wohl ihr Gesicht ändern, ihrer Lösung aber nicht näher kommen. Und wie sollte es anders sein, da doch der individuelle Faktor sich in jeder Hinsicht, selbst an den Beispielen, mit denen operiert wird, geltend macht. Erleben wir doch immer wieder, daß der Eine jene Theorie vorzieht, bei deren Anwendung sich die ihm genehme Lösung des Schulfalles ergibt, während der andere eben deshalb die hierzu führende Theorie verwirft, weil er die entgegengesetzte Entscheidung will. Man denke an das Problem des „untauglichen Versuches“. In einer Zeit, die überall den individuellen Faktor mächtig zur Geltung bringt, konnte nur eine der geistigen Bewegung stets nachhinkende Wissenschaft,

wie die Jurisprudenz, dieses Element vollkommen außer Acht lassen. Und doch wird die Meinung sich durchsetzen müssen, daß auch über Rechtsfragen so wenig ein übereinstimmendes Urteil aller verlangt und erwartet werden darf, als jemand genötigt werden kann und darf, eine Handlung als gut, ein Kunstwerk als schön anzuerkennen, wenn seine abweichende Individualität eine abweichende Reaktion seines Gefühls mit Notwendigkeit herbeiführt.

Aber selbst die Hoffnung auf eine solche, wenn auch nur subjektive Lösung aller Rechtsfragen ist prinzipiell aufzugeben. Auch hier stoßen wir auf eine unerfreuliche Eigentümlichkeit der Jurisprudenz, auf den „juristischen Größenwahn“. In keiner theoretischen, in keiner praktischen Wissenschaft besteht die Ansicht, daß sie je imstande sein könnte, geschweige denn schon jetzt imstande wäre, jedes erdenkliche Problem lösen zu können. Der Biologe, der Philologe, der Geschichtsforscher, der Kunsthistoriker, der Astronom, der Ästhetiker leugnen keinen Augenblick, daß sie von den an sie zu stellenden Fragen nur einen winzigen, im Vergleich zur Gesamtheit verschwindenden Teil beantworten können, und nicht nur was das Detail anlangt, sondern vielfach auch in betreff der wichtigsten Grundfragen und Theorien. Mit Entrüstung gar würden sie es ablehnen, im Examen schon jede erdenkliche biologische, historische, physikalische u. s. w. Frage beantworten zu können (z. B.: wie hoch die Temperatur des Sterns Alpha im Schwan sei? was geschehen wäre, wenn Ramses der Große Amerika entdeckt hätte? wie, wann und wo die, gefälligst aufzuzählenden, Gemälde des Apelles untergegangen seien? wie sich der optische Eindruck im Sehnerven fortpflanze, und wie er sich zur Wahrnehmung ausgestalte? ob die Instrumentation bei Beethoven den Schönheitsgesetzen in höherem Maße entspreche als die Gewandbehandlung bei Skopas? Warum der Kanarienvogel nicht grün sei?). Auch die stolze Mathematik bekennt, daß

sie häufig schon nach den ersten Schritten Halt machen muß, z. B. bei der Auflösung von Gleichungen höherer Grade. Und sogar die Logik sieht sich, seitdem sie in die mathematische Bahn gelenkt hat, an die Schwelle unlösbarer Problemketten gestellt. Nur ganz allein die Jurisprudenz traut sich infolge ihrer angeblich systematischen Vollkommenheit zu, jedes wirkliche und jedes denkbare Problem lösen zu können, und verlangt diese Fähigkeit sogar von dem letzten ihrer Jünger. Und doch nicht ganz allein! Der Quacksalber, der bei dem dunkelsten Fall die Diagnose und bei der verzweifeltsten Diagnose die Therapie noch findet, der Priester, der mit eiserner Stirn dem Beichtkind für jede seiner Verfehlungen die von Gott gewollte Buße berechnet, sie sind die fatale Kumpane, in der der dogmatische Jurist seines Wegs zieht. Statt daß man sich zunächst bei jeder Frage erst die Vorfrage stellt: ist unser Fall denn überhaupt lösbar? stürzt man sich blind und siegessicher in die Diskussion. Die Heroen der Naturwissenschaft haben nicht vermocht, das Problem der drei Körper zu lösen, — Probleme von hundert Seelen löst täglich jeder Assessor. Und doch braucht es bei der unübersehbaren Kompliziertheit der sozialen Zusammenhänge, bei der Gegensätzlichkeit der wirtschaftlichen Interessen und der Lückenhaftigkeit des Gesetzestextes gar nicht erst ausgeführt zu werden, daß auf jene Vorfrage in tausend Fällen ein entschiedenes Nein geboten ist. Und unser Skeptizismus ist auch Problemen freien Rechtes gegenüber wohl am Platze, denn die Normen, in denen es sich niedersetzt, bilden so wenig ein System wie die des staatlichen Rechtes: Ergebnisse der verschiedensten Kulturepochen und Lebenskreise, organisch geworden, nicht nach festem Plane erdacht, sind sie vielfach ungeprüft und ungeordnet im Bewußtsein und Unterbewußtsein zum Gebrauch niedergelegt. Tritt ein verwickelter Fall mir entgegen, und versuche ich, ihn unter eine Norm zu bringen, so müssen — und je reif-

licher die Überlegung sein wird, in desto verwirrenderem Maße wird dies der Fall sein — so müssen die verschiedenen Seiten des Falles bald die eine, bald die andere Norm in den Vordergrund schieben, so daß von den bei der Entscheidung betroffenen Werten bald der zu verletzende, bald der zu betonende Wert größer erscheint. Das Ergebnis wird bei dem Ehrlichen, trotz aller schuldigen Anstrengung, ein Verstummen des Rechtsgefühls sein; Normen anderer Art oder die Willkür geben die Entscheidung — denn entschieden muß ja werden —, und nun läßt freilich die wohlthätige Suggestion die getroffene Entscheidung als richtig, eine ihr entsprechende Rechtsnorm als die von Anbeginn maßgebende Macht erscheinen. Von einer rechtlichen Lösung des Falles kann da garnicht gesprochen werden, ganz besonders nicht dann, wenn, wie so häufig, das Problem im Quantitativen steckt, wenn entweder die von der Norm verwendeten Begriffe nicht quantitativ determinierbar sind (culpa lata, grober Undank, wichtiger Grund u. s. w.) oder die Anwendbarkeit ihrer Begriffe scheitern muß an der Unmeßbarkeit psychischer Größen und dem Mangel gemeinsamer Maßstäbe für die „Interessenwägung“.

Wir sind mit diesen Betrachtungen schon über die problematische Grenze geraten, die Recht und Rechtswissenschaft scheidet, den Gegenstand von seiner Wissenschaft, die ihn doch zugleich zum Inhalt hat. Worin besteht die neue Auffassung von der Rechtswissenschaft?

Zunächst folgt aus dem Gesagten, daß das Verhältnis der Rechtswissenschaft zum Gesetz sich völlig verschieben muß. Ist das Gesetz in seiner Blöße enthüllt, so kann die Rechtswissenschaft nicht mehr sich begnügen mit der Rolle eines bloßen Sprachrohrs, einer in Selbstverleugnung sich erschöpfenden Handlangerin des Gesetzgebers: die Bedürfnisse des Rechtslebens verlangen eben, weil das Gesetz sie nicht befriedigen kann, danach, daß andere Mächte, zunächst

die Rechtswissenschaft, frei und schöpferisch ihr zur Seite treten. Mit der Wissenschaft als Rechtsquelle, diesem Begriff, mit dem die ältere historische Schule vielfach gespielt hat, muß endlich Ernst gemacht werden. Die Wissenschaft hat die Definitionen sämtlicher Begriffe zu liefern — nicht durch „Konstruktion“, sondern durch Ausstattung mit jenen Merkmalen, welche freie Rechtssätze an die Hand geben. Sie hat die Lücken auszufüllen — nicht durch Verneinung der Ansprüche in allen Fällen, in denen das Gesetz sie nicht gewährt, sondern durch Bejahung in der Richtung, die freies Recht ihr weist. Sie hat die abgestorbenen Elemente des Gesetzes hinwegzuräumen und die blühenden zur Reife zu bringen. Mit alledem hört sie freilich völlig auf, nur „Erkennen des Erkannten“ zu sein. Die Aufgabe, die ihr jetzt gesteckt ist, ist größer, weniger bescheiden geworden. Sie wird „freie Rechtsfindung“, wo sie Gemeinschaftsrecht entdeckt und zur Anwendung bringt; sie erhebt sich zu freier Rechtsschöpfung, wo sie individuelles Recht hervorbringt und ihm Geltung verschafft. Ist sie selbst Quelle des Rechts, so muß sie dieselbe Natur haben wie alle übrigen Quellen, und wie das Recht selbst muß sie Wille sein. Mit dieser Erkenntnis schließt sich die Rechtswissenschaft dem Zuge der Geisteswissenschaften im 19. Jahrhundert an und tritt in ihre voluntaristische Phase. Freilich gilt es so wenig wie in Psychologie, Geschichte und anderen Zweigen, den Willen an die Stelle des Verstandes zu setzen, nein — nur des Willens bisher übersehene Rolle als die in Wahrheit maßgebende zu erkennen. Gerade aber die Rechtswissenschaft ist das Gebiet, auf welchem die voluntaristische Auffassung ihre höchsten Triumphe feiern kann. Der Primat des Willens ist nirgends unbestreitbarer als hier, wie einfache empirisch-psychologische Beobachtung auch den lehren muß, der, wie wir selbst, Schopenhauers Willensmetaphysik weit abweist. Der Wille, zu einer vorher gewissen Entscheidung

zu gelangen, ist es, welcher die Auswahl der jene Entscheidungen begründenden Gesetzesstellen in Wahrheit leitet. Bartolus, der berühmteste aller Juristen, ist das klassische Beispiel, von dem die Geschichte berichtet, er habe erst die Entscheidungen gemacht und sich dann von seinem Freunde Tigrinius die zu ihnen passenden Corpus-Juris-Stellen aufweisen lassen, „weil er wenig Gedächtnis besessen habe“. Freilich wird überall das Verhältnis von Wille und Verstand dadurch verschleiert, daß nachträglich der Verstand den wahren Sachverhalt gar zu gern auf den Kopf gestellt wissen will, und auf juristischem Gebiet noch ganz besonders dadurch, daß der Rechtswille — glücklicherweise sehr häufig — dasjenige Resultat verlangt, zu dem der auslegende Verstand auch ohne jene Leitung gelangen würde. Aber wer von beiden auf die Dauer die wahre Triebkraft bleibt, tritt klar zutage, sobald sich der Theoretiker oder Praktiker verpflichtet fühlt, auf Grund seines Gesetzestextes ein Ergebnis zu deduzieren, das in einer wichtigen Frage einer mächtigen freien Rechtsüberzeugung ins Gesicht schlägt („unerwünschtes Ergebnis“). Besonders zu nennen sind hier jene allbekannten Reichsgerichtsentscheidungen, die, von Zeit zu Zeit auftretend, einen Sturm erregen. Dann jedesmal das gleiche Schauspiel: Der Wille setzt hundert Federn in Bewegung, die in logisch zwingender Weise aus diesen und jenen Gesetzesstellen und — wenn es sein muß — auch mit Benutzung altehrwürdiger Auslegungsregeln das umgekehrte, „erwünschte“ Ergebnis erzielen. Das Reichsgericht aber schließt sich entweder nach mehr oder minder langer Sprödigkeit der anderen Theorie an; oder beharrt es doch auf seinem Standpunkt, so geschieht dies meist nur deshalb, weil entweder das freie Recht der sieben Reichsgerichtsräte den gleichen Satz enthält wie ihr Gesetzestext, oder weil sie die erfahrungsgemäß wohlbegründete Hoffnung haben, daß gerade infolge ihrer Unbeugsamkeit unsere arbeitsfrohe, wenn auch be-

dächtige Gesetzgebung in dem gewünschten Sinne ändernd eingreift. Würde, wie einst im heiligen römischen Reich, diese Maschine zu arbeiten aufhören, so würde die gesamte Praxis, das Reichsgericht an der Spitze, in allen Fällen über kurz oder lang im Sinne neuen freien Rechtes einschwenken. Das denkwürdigste Beispiel für diesen durch alle Rechtsgeschichte bestätigten Verlauf ist die Abschaffung der Peinlichen Gerichtsordnung durch die gemeinrechtliche Praxis der Aufklärungszeit. Damit fällt auch Licht auf das bekannte Problem der juristischen Konstruktion. Sie ist nämlich nichts als der Nachweis, daß nur die Anwendung bestimmter Rechtsbegriffe die gewollten Rechtsfolgen gewährt, so daß die Konstruktion die Konsequenz ihrer eignen Konsequenzen ist. Umgekehrt besteht das beliebte ad absurdum-Führen einer gegnerischen Konstruktion darin, daß man dem Widersacher vorhält, diese oder jene Konsequenz könne „unmöglich“ vom Gesetzgeber beabsichtigt sein, wobei die ganze Grundlage jener Annahme in der weiteren naiven und natürlich garnicht bewußten Annahme besteht, der Gesetzgeber wolle just so, wie der Redende. Übrigens ist es nicht einmal nötig, die nicht gewünschten Konsequenzen offen als solche zu verdammen. Man begnügt sich meist damit, sie einfach zu entwickeln und es nun dem Leser zu überlassen, diese selbst und die zu ihnen führende Konstruktion abzulehnen und sich demgemäß für die entgegengesetzte zu entscheiden. Hat man sich aber erst auf eine solche festgelegt, so kommt man weiter dazu, auch ganz unvorhergesehene und unerwünschte Konsequenzen zu ziehen. *Fiat justitia, pereat mundus* — der Jurist bindet sich selbst an den Pfahl und ruft dann stolz: Hier stehe ich, ich kann nicht anders. Hätte man jene Konsequenzen gleich erwogen, so hätte man wieder eine andere Konstruktion ad hoc erdacht, — immer ist es der Wille, der den Verstand am Gängelbände führt.

Mit der voluntaristischen Strömung geht natürlich auch bei uns die antirationalistische Gesinnung Hand in Hand. Ist erkannt, daß die Rolle des Verstandes nicht die allein maßgebende ist, so schärft sich auch der Blick für die Sünden, die in seinem Namen, im Namen der Logik, begangen worden sind. Allerdings wäre die neue Bewegung von vornherein der Lächerlichkeit überliefert, wenn sie etwa, wie Heißsporne der historischen Schule öfters taten, die Logik überhaupt als wertlos abtun würde. Die Logik hat unweigerlich Recht. Aber was hat jene Juristenlogik, wie sie die traditionelle Hermeneutik bietet, die jüngst Sternberg so glücklich an den Pranger gestellt hat, mit der Scientia Scientiarum überhaupt noch gemein! Welche Gestalten werden für Söhne der Frau Logica ausgegeben! Da ist z. B. die berühmte, von unserer Methodologie ernsthaft als dogmatische Methode ausführlich traktierte juristische Analogie, jenes Verfahren, das auf logischem Wege die Anwendung von Rechtssätzen auf ihnen nicht unterstellte, sondern den unterstellten ähnliche Fälle lehrt. Als ob es so leicht überhaupt irgendeinen Fall gäbe, der nicht mit beliebigen andern irgendetwas gemein hätte, also ihnen, wenn auch in noch so geringem Maße, ähnlich wäre! Man könnte daher fast jeden Rechtssatz auf fast jeden Fall anwenden und käme so vom Hunderdsten ins Tausendste, ohne daß jemals die Grenze des Erlaubten durch die Logik gezogen werden könnte, die ja allem Quantitativen und Materialen ganz gleichgültig gegenübersteht. Und da nun auch die extensive Interpretation kein anderes Motiv und Vehikel besitzt als die Ähnlichkeit der Fälle, unterliegt sie der gleichen Kritik wie die Analogie, deren Rolle man sie oft genug spielen läßt, wenn das Auftreten der Analogie untersagt ist (§ 2 StrGB.)! Und sie spielt sie gut. Man geht bis an die äußerste Grenze des Wortlautes und noch ein bischen weiter. Die Raritätenkabinette unserer Gerichtsarchive wissen

davon zu erzählen, was man alles unter der Marke „gefährliches Werkzeug“ konfiszieren kann! Umgekehrt denkt niemand daran, unter dem „Hersteller“, der nach § 950 BGB. das Eigentum an der neuen Sache durch Spezifikation erwirbt, auch den Fabrikarbeiter oder Handwerksgehilfen zu verstehen, denn sonst wäre eine sozialistische Wirtschaftsordnung da. Was uns in dem einen Fall extensiv oder analogisch, in dem anderen Falle wörtlich oder gar restriktiv interpretieren heißt, ist eben nicht das Gesetz und die Logik, sondern das freie Recht und der Wille, — bald der Wille, erwünschte Ergebnisse zu erzielen, bald derjenige, unerwünschten auszuweichen. Wir nehmen also nicht eine Konstruktion mit all ihren Konsequenzen an, weil sie die zwangloseste, logischste, natürlichste, beste ist, sondern umgekehrt erscheint uns eine Konstruktion als solche, wenn ihre Konsequenzen derart sind, daß wir sie wollen können.

Auf dieselbe Weise wie die heutige Analogie läßt sich auch die juristische Fiktion abtun, die nichts ist als eine Abart der Analogie. Erträglich ist sie nur, wo sie von einem Volk mit konservativem Sinn, wie die Römer es waren, zur historischen Fortentwicklung eines Instituts verwandt wird, unerträglich dagegen, wo sie zur systematischen Erstreckung eines speziellen Rechtssatzes auf ihm nicht unterstellte Fälle benutzt wird, nur weil man zu denkfaul ist, den gemeinsamen allgemeineren Satz auszudenken, oder weil man den Widerspruch fürchtet, den sein Aussprechen bei denen hervorrufen würde, die das Einschmuggeln seiner Konsequenzen im Gewande der Fiktion nicht bemerken würden. Vollends wissenschaftlich wertlos ist die Fiktion in anderen Funktionen, wo sie nichts ist als die vornehme Verschleierung einer Lüge im Dienst falscher Methoden oder praktischer Interessen. Auf keinen Fall aber können die juristischen Fiktionen verglichen werden jenen durchaus

legitimen, wenn auch manchmal gefährlichen, isolierenden Abstraktionen anderer Wissenschaften (luftleerer Raum, Alleinherrschaft des wirtschaftlichen Sinns), die auch wohl manchmal Fiktionen genannt werden. Denn jene methodischen „Fiktionen“ sind nichts als Hilfsmittel einer Forschung, die ihre Ergebnisse eben insoweit als nur bedingt zutreffend erachtet, die materiellen Fiktionen der Jurisprudenz aber sind Hemmnisse der Erkenntnis, weil sie von der Theorie als dauernde Bestandteile gedacht werden, auf die man womöglich noch besonders stolz ist.

Den gleichen logischen Wert wie Analogie und Fiktion hat auch das beliebte Operieren mit der *ratio legis*, ein Verfahren, das ebenfalls für eine positiv dogmatische, nur mit den allgemeinen Mitteln der Logik arbeitende Methode ausgegeben wird. Es besteht darin, von den gegebenen Rechtsätzen allgemeinere zu abstrahieren, welche deren Grund bilden und deshalb ebenfalls positives Recht sein sollen, und aus diesen interpolierten Sätzen wieder absteigend nicht nur die schon vorhandenen, sondern auch alle erdenklichen anderen Sätze zu deduzieren (Thöl, Unger). Diese Interpolationsmethode jedoch, welche, nebenbei gesagt, bei der Schaffung „allgemeiner Teile“ stets verwendet wird, hat einen unheilbaren Defekt. Denn bekanntlich besteht wohl zwischen Prämisse und Konklusion, nicht aber zwischen Konklusion und Prämisse eine feste Beziehung. Zu $a=b$ sind nicht nur $a=c$, $c=b$ die Prämissen, sondern auch $a=\text{non } c$, $\text{non } c=b$; und ferner $a=d$, $d=b$; $a=e$, $e=b$ usw., und überhaupt jedes beliebige Paar von Sätzen (wahren wie falschen), sofern sie nur die aus den Elementen der Logik bekannten, formalen Eigenschaften besitzen. Logischerweise kann daher jeder beliebige Satz als Prämisse des Rechtssatzes, als „*lex legum*“ der Scholastik, als „*ratio legis*“ der Späteren fungieren, und demgemäß so jeder beliebige Rechtssatz als Konklusion gewonnen werden. Auch hier

muß also eine Macht eintreten, welche unter den beliebigen Prämissen diejenigen ausliest, die nur gewünschte Konklusionen liefern. Eine Macht, die nach dem Gesagten nicht das Denken, sondern der Wille sein muß. Das Mißverständnis erklärt sich psychologisch daraus, daß die zu der verlangten Leistung ganz ungeeigneten Prämissen garnicht erst über die Schwelle des juristischen Bewußtseins treten. Sodann werden nicht etwa in d e r Weise das System und die allgemeinen Teile aufgestellt, wie es sich aus „den“ Prämissen des Gesetzes ergeben würde, sondern umgekehrt werden diejenigen Sätze für Prämissen erklärt, welche das System in der geforderten Weise ausbauen lassen.

Und so wenig wie die betrachteten taugen alle andern Interpretationskünste dazu, in streng logischer Weise die wenigen Gesetzesfragmente zum lückenlosen, auf alle Fälle des Lebens passenden Rechtssystem zusammenzufügen. Dennoch hat sich die Jurisprudenz stets mit Selbstvertrauen an ihre unmögliche Aufgabe gewagt, hat immer wieder versucht, mit ihren wenigen Schlüsseln alle Schlösser zu öffnen, und so nicht umhin gekonnt, bald zum Dietrich zu greifen, bald die Schlösser zu zerbrechen: bald Konstruktionen zu errichten, die so gewaltsam waren, daß ihre Unvereinbarkeit mit dem Gesetzestexte auch dem blödesten Auge offenbar wurde, bald umgekehrt, ans Gesetz sich klammernd, Ergebnisse zu erzielen, die im schreienden Widerspruch standen zu den „Bedürfnissen des Lebens“ (d. h. meist nichts anderes als dem freien Recht von Kaufleuten, Frauen, Arbeitern). Die Voraussetzung aber bei jenen untauglichen Versuchen der Dogmatik war die idealistische Annahme, es gelte nur, in das große Mosaik der Rechtsbegriffe hie und da ein paar fehlende Steinchen einzusetzen. In Wahrheit liegt die Aufgabe gerade umgekehrt. Denn die Elemente, von denen aus die unbestimmten Elemente ermittelt werden sollen, sind ja zum großen Teil selbst wieder der Bestim-

mung bedürftig durch andere, von denen das Gleiche gilt, oder, noch schlimmer, durch eben die zunächst gesuchten, so daß wir uns entweder in ewig fehlerhaften Zirkeln drehen müssen oder ins Uferlose fortgetrieben werden. Die wenigen festbestimmten Elemente aber reichen entfernt nicht aus, um mit ihrer Hülfe, nach dem Gesetz des Widerspruchs, aus der Unzahl der möglichen Kombinationen die einzig zulässigen herauszufinden. So wenig wie — trotz Cuvier — aus einem Knochen das ganze Tier konstruiert werden kann. Wirklich verzichtet denn auch die dogmatische Jurisprudenz klugerweise auf ein wirkliches Anstellen auch nur eines kleinen Teiles der hierzu nötigen Operationen und verweist statt dessen kurzer Hand auf den berühmten „Geist des Gesetzes“. Aber wie wir gesehen haben, wäre es wohl leicht, sehr viele solcher Geister zu ermitteln, aber ganz ausgeschlossen, einen einzigen solchen festzustellen. Und was da für ihn ausgegeben wird, ist denn auch treffend als „der Herren eigener Geist“ ausgesprochen worden, ist nichts als der Geist, den man nach höchst persönlichem Geschmack im Gesetze gerne walten sehen möchte.

So entstehen denn jene großen, in Lehrbüchern niedergelegten Systeme individuellen Rechtes, die in dem Maße vollständig und widerspruchslos sein können, als es die Individualitäten ihrer Urheber sind, und in dem Maße einander widersprechen müssen, als die Individualitäten ihrer Urheber sich widersprechen. Sie sind schulbildend und die Praxis beeinflussend in dem Maße, als die Individualität ihrer Urheber mit der anderer Juristen übereinstimmt, und sie enthalten so viele Stücke staatlichen Rechtes, als mit ihrer individuellen Rechtsanschauung vereinbar ist, und mehr nur dann, wenn die Hoffnung besteht, daß die Gesetzgebung über kurz oder lang in ihrem Sinne geändert werden kann. Nur wo das Gesetz noch jung ist, ist der Wille, es möglichst rein darzustellen, stark und erfolgreich, der dogmatische Wert des

Lehrbuchs dann freilich aber auch am geringsten, wie zahlreiche Lehrbücher des neuen bürgerlichen Rechts beweisen. In dem Maße aber, als Theorie und Praxis neue Zweifelfälle ans Licht fördert, die ja aus dem Gesetze allein so gut wie niemals entschieden werden können, entfernen sich die Lehrbücher vom Gesetz. In Dernburgs System würde Justinian sich schwerlich hineindenken können, und „schlank und leicht wie aus dem Nichts gesprungen“ stehen in ihren allgemeinen Lehren die Strafrechtssysteme der großen Antipoden Liszt und Binding vor unserm Blick. Allen diesen Lehrbüchern und Systemen aber ist gemeinsam, daß sie die Persönlichkeiten ihrer Schöpfer in all ihrem sittlichen, politischen, rechtlichen Fühlen mit Schärfe zum Ausdruck bringen, was nebst dem meisten vorhergesagten ganz unmöglich wäre, wenn sie wirklich staatliches Recht darstellten, wie ihre Titel angeben. Um diesen Preis allein konnten sie ihre imponierende systematische Geschlossenheit erreichen. Die Jagd aber nach einem allgemein gültigen System von Sätzen, gleichviel ob staatlichen oder freien Rechtes, ist zumal in einem Zeitalter des steigenden Individualismus nichts als die Utopie einer dilettantischen Logik.

Aber selbst eine auf Positivität und Allgemeingültigkeit resigniert verzichtende deduzierende Systematik kann vor dem Urteil der Logik nicht bestehen. Während es nämlich zuerst scheint, als ob gerade die Deduktionen der Rechtswissenschaft, kraft der ihren Sätzen begrifflich zukommenden Allgemeinheit, gegen den bekannten unter Mills Namen gehenden Einwand der *petitio principii* im Syllogismus gefeit seien, verhält es sich in Wahrheit gerade umgekehrt. Denn während die Theorie der Naturwissenschaften, unter Ablehnung des mit dem Mut der Verzweiflung vorgeschlagenen Auswegs, im Syllogismus den Schluß vom Besonderen aufs Besondere zu erkennen, sich mit dem hypothetischen Charakter aller Erkenntnis beschieden hat, hierzu aber als notwendiges, un-

entbehrliches Korrelat die Verifikation der Hypothese durch Experiment oder unmittelbare Feststellung gefügt hat, verbietet ja die normative Natur der Rechtssätze alles, was einer solchen Verifikation durch Erfahrung ähnlich sähe. Es wird daher die Naturwissenschaft stets, wenigstens seitdem die Naturphilosophie ausgespielt hat, aus der Falschheit einer korrekt deduzierten Tatsache auf die Falschheit der Theorie schließen und diese entsprechend ändern. Der deduzierende Jurist dagegen, der Belehrung durch die Empirie entbehrend, muß notwendig in das lächerliche Verhalten jener Ästhetiker gedrängt werden, die angesichts des leibhaftigen Kunstwerks lieber ihren Eindruck umlügen, als daß sie die ihm widersprechende Theorie ändern.

Hängt so die juristische Deduktion auf der einen Seite in der Luft, so ist der andere Brückenpfeiler auf Sand gebaut. In der Naturwissenschaft nämlich ist freilich das Streben berechtigt, ihre Sätze als Folgesätze aus immer höheren zu deduzieren, ihre Begriffe als Teilinhalte aus immer umfangreicheren zu entwickeln. In der Jurisprudenz dagegen werden die Sätze um so wertloser und unbrauchbarer, je abstrakter sie sind — wenigstens von einem bald erreichten Grade ab. Denn um so unwahrscheinlicher und schließlich ausgeschlossen wird es, daß der Urheber des Rechtssatzes sich alle ihm untergeordneten Fälle vorgestellt hat und, falls vorgestellt, im Sinne jenes Satzes entschieden hätte. So wird denn hinter jenen allgemeinen Sätzen in einer — mit ihrer Allgemeinheit steigenden Zahl von Fällen — schlechterdings nichts mehr stecken, kein Gesetzgeber, keine Macht, kein Wille, nicht einmal jener mystische „Wille des Gesetzes“, und überhaupt keinerlei Realität, als der hohle Schall von Worten und die Schwärze bedruckten Papiers. Abstoßend daher das Individuum, welches einem voreilig geschmiedeten sittlich-rechtlichen Imperativ zu Liebe den Einzelfall neu und selbständig zu prüfen unterläßt, und be-

klagenswert der Richter, der „im Namen des Königs“ als Recht verkündigen zu müssen glaubt, was nichts als jene papierene Autorität befiehlt.

Indem unsere Bewegung diese papierene Jurisprudenz verwirft, bekundet sie, daß sie selbst auf dem Boden geschichtlicher Auffassung steht, die der Dogmatismus unwissentlich verleugnet. Denn im Gegensatz zur früheren Rechtsphilosophie, welche glaubte, daß es ein Recht gäbe, welches „von Natur“ gelte, lautet, wie schon erwähnt, der erste Hauptsatz der historischen Schule, daß alles Recht positiv sei, nur dann Recht sei, wenn und insoweit irgend eine Realität (Macht, Wille, Anerkennung) hinter dem Rechtssatz steht. Also kann durch „Begriffsjurisprudenz“ niemals positives Recht gewonnen werden. Schon dieser eine Punkt zeigt, welcher Irrtum es ist, mit so vielen Nichtjuristen zu glauben, die Jurisprudenz sei die klassische Pflegstätte historischer Gesinnung. Keineswegs hat die historische Rechtsschule, und zwar am wenigsten ihr romanistischer Zweig, sich ihrer Aufgabe gewachsen gezeigt, und ihre Leistungen können auch entfernt nicht verglichen werden mit denen etwa der Kunstwissenschaft, der Philosophie und Nationalökonomie. Die rechtsphilosophische Auffassung freilich von der geschichtlichen Natur des Rechts steht für alle Zeiten fest. Aber nur diese Theorie der juristischen Theorie ist historisch veredelt worden, nicht sie selber. Schon ein äußeres Anzeichen ist die draußen wenig bekannte Tatsache, daß trotz der Menge von grundgelehrten Monographien, deren Gediegenheit in keiner andern Wissenschaft übertroffen wird, nur ganz wenige Teilgebiete eine ausführliche rechtsgeschichtliche Gesamtdarstellung besitzen, von Darstellungen der Rechtsgeschichte überhaupt ganz zu schweigen. Wie wenig man ferner einen zweiten Hauptsatz der historischen Schule ernstgenommen hat, daß nämlich ein Rechtssatz voll nur von dem verstanden werden kann, der

seine ganze Entwicklung kennt, beweist sattsam die fast gänzliche Vernachlässigung der gesamten Dogmengeschichte zwischen Justinian und Savigny. Mancher Jurist allerdings, der Savignys 7 Bände der „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter“ ehrfurchtsvoll unaufgeschlagen gelassen hat, glaubt fest, daß hier jene rechtsgeschichtliche Aufgabe ein für allemal erledigt sei, obwohl nichts dergleichen in ihnen steht. Und wieviel Minuten ihres Lebens haben gar Savignys Nachfolger, die berühmten Romanisten, auf das Studium der Glossatoren und der Rezeptionsjuristen verwandt? Ihre Werke würden völlig denen eines Kunsthistorikers gleichen, der von der Hagia Sophia, mit einigen verlegenen Phrasen über die Kunst des Mittelalters, der Renaissance und des Barock, sofort zu Canova überspränge, wenn ein solcher Kunsthistoriker überhaupt denkbar wäre. Und erst die Theoretiker unseres Reichsrechts, um von den Schriftstellern aus der Praxis und für die Praxis gar nicht erst zu reden! Die historischen Einleitungen, die sie des Dekorums halber ihren Schriften vorausschicken — um dann im Text kein einziges Mal auf sie zurückzugreifen — und die vermutlich erst angefertigt werden, nachdem alles übrige fertig gedacht ist, beweisen dem Kundigen, daß ihre Verfasser sich fast nie in originaler Weise mit geschichtlichem Stoff befaßt haben. Wenige nur haben, erfreulicherweise, den Mut, den ganzen historischen Apparat wegzulassen. Erfreulicherweise, denn noch niemand hat nachweisen können, daß ein erheblicher dogmatischer Fehler auf einer historischen Unkenntnis beruht. Das Recht, das wir leben und als ein lebendes in uns fühlen, brauchen wir nicht noch einmal in der historischen Retorte uns vorzaubern zu lassen, so wenig, wie wir Sanskrit zu kennen brauchen, um deutsch zu reden. Hier gilt es einmal mit der berühmten Vergleichung von Recht und Sprache durch die historische Schule Ernst zu machen! Wohl wird gewissenhafte Detail-

forschung (keineswegs etwa die eiligen Gesamtübersichten, durch welche gerade der junge Student ermüdet, verwirrt und verbittert wird) hier und da einen Strich zu dem Bild des heutigen Rechtes fügen können. Aber zu weit wichtigerem Zwecke hätte der geschichtliche Standpunkt von der Dogmatik verwertet werden müssen, nämlich dazu, ihr eigenes Grab zu schaufeln! „Das Recht hat sich organisch entwickelt als ein Naturprodukt“ — gut, dann ist es auch irrational, wie jedes Naturprodukt. So haben wir denn auch auf allen Gebieten vor der siegreich andringenden historischen Auffassung den Rationalismus zusammenbrechen sehen. Nur gerade die historische Rechtsschule hat ihn nicht nur nicht unterworfen, sondern ihn vielmehr zum Herren erhoben und ihm mit einem Eifer gedient wie niemand zuvor. Die Begriffsjurisprudenz ist eine Schöpfung der historischen Rechtsschule. So hat sie wohl die Metaphysik des Naturrechts überwunden, vor seinen Methoden aber bald bedingungslos kapituliert. Unsere Bewegung tritt hier die verlassene Erbschaft aus den besseren Anfängen der historischen Schule an.

Aber nur lebendes Recht kann der geschichtlichen Behandlung entraten; niemals mehr kann uns die Erkenntnis verloren gehen, daß die Vergangenheit nicht, wie es die Rationalisten taten, mit dem Maße der Gegenwart gemeistert werden darf, daß vielmehr jedes abgestorbene, unserem Fühlen nicht mehr unmittelbar zugängliche Rechtssystem nur aus den noch früheren Phasen seiner Entwicklung heraus psychologisch und logisch zugänglich gemacht werden kann. Denn alle unbewußt gewordenen oder kompliziert gelagerten Elemente können nur durch Vergleich mit Phasen, in denen sie bewußten und klaren Ausdruck fanden, begriffen oder überhaupt erst entdeckt werden. Aber auch in dieser Richtung hat die historische Schule meistens gesündigt. Sie, die wir ihre dogmatischen Aufgaben so wenig in histo-

rischem Geiste gestalten sahen, sie hat großes geleistet in dem unseligen Unterfangen, ihre historischen Aufgaben dogmatisch zu verunstalten. Denn, mag man über Dogmatik an und für sich auch denken, wie man will, das wenigstens wird auch ihr Verehrer zugeben müssen, daß es, wie soeben Jelinek hervorhebt, schlechterdings keinen Sinn hat, ein nicht mehr geltendes Recht mit den Mitteln der juristischen Kunst zu bearbeiten; und das Gesagte gilt auch, wie Radbruch gezeigt hat, von der Rechtsvergleichung. Aller jener unsägliche Aufwand an Geisteskraft verfolgt doch nur das Ziel, dem Richter die Notwendigkeit zu ersparen, eine Gesetzesstelle als dunkel, einen Fall als unentscheidbar nach geltendem Rechte bezeichnen zu müssen. Aber sobald ein Gesetz den Richter nichts mehr angeht, fällt jene Notwendigkeit gewiß fort, und nichts in der Welt hindert mehr, dieses Gesetz gegebenenfalls als lückenhaft, unverständlich, unsinnig zu bezeichnen und darzustellen. Nichts hindert mehr, und alles verlangt sogar, das zu tun, was der Wahrheit — dem einzigen Leitstern geschichtlichen Forschens — entspricht. Denn die Geschichte dient keinen praktischen Zwecken und schon gewiß nicht Zwecken, — die garnicht mehr irgend jemandes Zwecke sind. Für völlig wertlos daher, für so wertlos, wie die Werke der Alchymisten und Astrologen, müssen wir jene unübersehbare Literatur erklären, welche die antiquiertesten Institute des Zwölftafelrechtes, des Sachsen spiegels, der Karolina nach dem Vorbild jener Art von Dogmatik bearbeitet, welche dem geltenden Rechte zuteil wird. Sie muß natürlich spurlos verschwinden, sobald eine Bewegung sich durchsetzt, die schon jenes Vorbild verwirft.

Mit dieser endgültigen, späten Einreihung der Jurisprudenz in das gemeinsame Glaubensbekenntnis aller Kulturwissenschaften fällt auch die trennende Mauer, die man zwischen ihr und den übrigen hat aufrichten wollen. Es ist von den Vertretern des „Methodendualismus“

zu viel Gewicht darauf gelegt worden, daß die Sozialwissenschaften darstellen, was ist, die Rechtswissenschaften, was sein soll. Denn es darf nicht übersehen werden, daß auch alles Sollende ein Seiendes ist. Sollen ist Wollen, wenn auch eine eigentümlich gefärbte Art des Wollens, und zwar eigenes Wollen, wenn anerkanntes Sollen vorliegt, nur fremdes Wollen, wenn nicht anerkanntes vorliegt. Die Konflikte zwischen Wollen und Sollen sind Konflikte zwiespältigen Wollens. Ein Sollen, das nicht als Wollen einer Persönlichkeit gedacht wird, einer individuellen oder einer Gesamtpersönlichkeit, der eigenen oder einer fremden, eine „objektive“ Norm ist eine unvollziehbare, leere Vorstellung. Also hat auch die Jurisprudenz einen positiven Stoff des Seins zu bearbeiten, und zwar einen psychologischen, wie viele andere Wissenschaften auch. Über den Kreis des Wollens kann sie nie hinaus, nur in ihm den Maßstab für die Beurteilung des Seienden finden, nur in ihm die Angabe des Zieles. Sein kann immer nur an Sein gewertet werden. Das „*dos moi pou sto*“ der objektivistischen Rechtsphilosophie bleibt ewig unerhört. Ein prinzipieller wissenschaftstheoretischer Unterschied läßt sich also von diesem Punkte aus für die Jurisprudenz nicht begründen; ein Zusammenwirken der Jurisprudenz mit Psychologie einerseits, Sozialwissenschaft andererseits wird daher als zwischen verwandten Wissenschaften von den meisten Vertretern der freirechtlichen Bewegung mit gutem Grund erstrebt.

Damit ist zugleich gesagt, daß sie aufzugeben hat den Anschluß an ihre bisherige Geistesverwandte, die Theologie. Die materielle Befreiung der Jurisprudenz von der Theologie ist freilich so gut wie vollzogen, nachdem das 17. Jahrhundert aus der Rechtsphilosophie das *ius naturale divinum*, das 18. Jahrhundert aus dem Kirchenrecht die Bibel als Rechtsquelle, das 19. Jahrhundert aus dem Strafrecht das Dogma von der Vergeltung vertrieben hat. Aber erst dem

20. Jahrhundert wird die schwerste Aufgabe zufallen, den Geist der Theologie aus der verjüngten Rechtswissenschaft zu verjagen.

Der Parallelismus, der zwischen dogmatischer Jurisprudenz und orthodoxer Theologie — allein von dieser sei hier die Rede — heute besteht, springt in die Augen. Dort Gott, hier „der Gesetzgeber“, beides für die Erfahrung unzugängliche Wesen. Ihre Intentionen sind der profanen Masse verborgen oder nur undeutlich bekannt; eine privilegierte Kaste von Theologen — Juristen vermittelt ihre Offenbarungen. Beide geben vor, den Willen jener Wesen darzustellen, während in Wahrheit für deren Willen ausgegeben wird, wovon man wünscht, daß es als Religion — Recht anerkannt werde. Notwendigerweise: denn zur Konstruktion dieses Willens sind nur Fragmente gegeben, heilige Schriften — Gesetze. Dennoch besteht die Aufgabe, aus ihnen alle Fragen klar und deutlich zu beantworten. Der Jurist muß jede Handlung als Recht oder Unrecht, der Theologe jede als Gott wohlgefällig oder verhaßt nachweisen können. Ein künstliches, unehrliches System von Cyklen und Epicyklen muß daher aufgeführt werden. Wie der Jurist es macht, haben wir gesehen, wie der Theologe, lehrt ein Blick auf die Erklärungen der zehn Gebote im Katechismus. Und wie der Jurist jede seiner Entscheidungen als im Gesetze begründet darstellt, so glaubt die Kirche jede ihrer Einrichtungen, selbst die geringfügigsten der Liturgie, auf eine Stelle der heiligen Schrift zurückführen zu müssen. Die Interpretationskünste, die wir den Juristen zu diesem Zwecke haben aufbieten sehen, reichen zwar bei weitem nicht heran an die Verdrehungen, die sich die Theologie erlaubt hat, und die von jeher die Empörung aller Wahrheitsfreunde und auch die der Theologen — von der andern Konfession erregt haben. Weiter: wie Gesetz und Schrift lückenhaft sind, so sind sie auch widerspruchsvoll in sich selbst und voll Widerspruch mit der Wirk-

lichkeit, auf die sie sich beziehen. Und dennoch sollen beide als widerspruchslose Systeme dargestellt werden, in denen sich nichts verrät von tausendjährigen Entwicklungen, von tausend Kreuzungen verschiedener Kultursysteme, die in ihnen niedergelegt sind. Moses und Thomas von Aquino, Augustus und Bismarck werden in eins verschmolzen. Der Jurist findet in zeitlich und sachlich weitest entfernten Gesetzen einen „Geist des Gesetzes“; der Theologe sucht im Schweiße seines Angesichts altes und neues Testament nach „Konkordanzen“ ab, die nur die Heiterkeit des Historikers erregen können. Hierzu bedarf es geeigneter Instrumente. Der Jurist bedient sich der „*regulae juris*“, der Theologe der in sich selbst widerspruchsvollen Begriffe, wie Drei-Einigkeit, Gott - Mensch, Jungfrau-Mutter, von denen bald die eine, bald die andere Seite nach Belieben verwandt werden kann. So führt der Theologe mit größter Geläufigkeit das Glück der Guten auf die Gnade Gottes, das Unglück der Guten auf eine Prüfung Gottes, das Unglück der Schlechten auf die Gerechtigkeit Gottes, das Glück der Schlechten auf den unerforschlichen Ratschluß Gottes zurück. Ebenso führt der Jurist eine ihm erwünschte rigorose Anwendung des Gesetzes auf seine Heiligkeit, eine laxe auf Billigkeit zurück; sagt, wenn er unterschiedslos anwenden will, *lege non distinguente nec nobis est distinguere*, und im umgekehrten Fall: *qui bene distinguit, bene docet*, oder: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*. Wie es sein „Wille zum Recht“ verlangt, wird bald die restriktive, bald die extensive Interpretation angewendet, ohne daß — hier wiederholen wir Wurzels fundamentalen Angriff — auch nur der Versuch gemacht wird, die Kriterien anzugeben, unter denen dieses oder jenes der zahlreichen Interpretationsverfahren geboten ist. Überhaupt ist das Verhältnis des Willens zu Verstand und Gefühl in beiden Wissenschaften das gleiche. Der interpretierende Verstand gelangt unzählige Male zu einem Er-

gebnis, das dem religiösen oder rechtlichen Gefühl zunächst schroff widerspricht. Der Wille aber fordert die Übereinstimmung beider. So wird denn entweder der Verstand dem Gefühl angepaßt — besonders in der Jurisprudenz — oder das Gefühl dem Verstande, — was häufiger in der Theologie vorkommt. Der Theologe beweist mit größter Virtuosität, aber auch wahrer Überzeugung die Glaubenssätze derjenigen Religionsgemeinschaft, der er, in der größten Zahl der Fälle, nur durch den nackten Zufall der Geburt angehört, womit wir jenes alte und nie veraltende Argument aussprechen, das alle Apologetik der Geringschätzung überliefert. (Selten kann man eine jener Rechtfertigungsschriften lesen, ohne von der Überzeugung durchdrungen zu werden, daß der gleiche Autor statt der Dreieinigkeit auch die Viereinigkeit bewiesen haben würde, falls ein altes Konzil diese zum Dogma erhoben hätte.) Stemmt dem sich aber, ausnahmsweise, ein besonders individuell und machtvoll ausgebildetes Gefühl unbeugsam entgegen, so muß der Verstand weichen; der „Reformator“ beweist mit wütender Logik die neue Anschauung aus dem alten Texte. Das ist, wie wir sahen, in der Jurisprudenz der Regelfall, aber auch hier fehlt keineswegs das Gegenbild: Der Jurist, wenn er seine hauptsächlichsten Institute rechtfertigt, findet gerade die Regelung gerechtfertigt, welche die jeweilige Rechtsordnung vorschreibt, und wird morgen die entgegengesetzte rechtfertigen, wenn ein fremdes Gesetzbuch ihm oktroyiert wird. In allen diesen Fällen ist der wahre Acteur eben der Wille; leerer Schein die logische Deduktion. Sie steht im Dienste nicht der Wahrheit, sondern des Interesses.

Wir brauchen diese Parallele nicht weiter auszuführen. Das Gesagte genügt, um das Wesen der orthodoxen Theologie im Wesen der juristischen Dogmatik wiederzufinden, womit diese gerichtet ist. Aber nachdem die Jurisprudenz von ihrer Lehrmeisterin Theologie so viel Schlechtes gelernt hat,

hat sie jetzt Gelegenheit, wiederum von dieser auf den rechten Weg geleitet zu werden. Denn nachdem die Schleiermachersche Reform, ähnlich wie die ihr geistesverwandte Savignysche, nicht vermocht hat, ihre Wissenschaft aus den Banden des Rationalismus dauernd zu befreien, erleben wir jetzt, wie jeder weiß, einen neuen Umschwung. Wir meinen jene Richtung der Theologie, deren letzte Kundgebung Pfeifers „Entstehung des Christentums“ ist. Sie erkennt im Inhalte der christlichen Dogmen „Mythen“, Fabeleien ohne historischen Wert, und braucht deshalb nicht jene theologische Technik, die zur Verteidigung dieser falschen Voraussetzungen erfunden werden mußte. Sie unternimmt es, ihren Gegenstand „nach denselben Grundsätzen und Methoden“ zu erforschen, wie andere Wissenschaften; sie schreitet rücksichtslos vorüber an den altehrwürdigsten „Fiktionen“ der Theologie; sie wendet sich mit Abscheu von den „zweifelhaften Interpretationskünsten“, mit denen man bisher die klaffenden Widersprüche hinwegzutragen versucht hat, die sie vielmehr unumwunden zugibt.

Keiner Darlegung bedarf die Wesensidentität dieser freireligiösen mit unserer freirechtlichen Bewegung. Und doch, ein Unterschied besteht zwischen beiden: während dort der Geist der Reformation sich schön vollendet, bleibt für die Jurisprudenz, die ihre Reformation verschlafen hat, noch das meiste zu leisten übrig. Wohl spricht deutlich aus den Idealen unserer Bewegung der Geist der deutschen Reformation, die den Buchstaben überwand, das Individuum befreite, dem Gefühl sein Recht zu geben begann und auf die innere Stimme des Gewissens lauschen lehrte; aber vergebens harrte bisher die Jurisprudenz des Mannes, der die Kraft in sich fühlte, ihr Luther zu werden.

Dies die Rechtswissenschaft, welche wir erstreben. Aber scheint es nicht, daß gegen dieses Streben sich furchtbar emporbäumen alle Postulate der Rechtsprechung,

jene Ideale, in denen wir gewohnt sind, die heiligsten Er-rungenschaften unseres politischen und kulturellen Daseins zu erblicken? Wenn die Rechtswissenschaft freies Recht an-erkennt, kann die Rechtsprechung sich nicht mehr aus-schließlich auf staatliches Recht gründen! Wenn jene schöp-ferisch ist, kann diese nicht länger bloß Dienerin des Ge-setzes sein! Wenn die Wissenschaft dauernd mit Lücken zu rechnen hat, kann die Praxis nicht jeden Rechtsfall rechtlich entscheiden! Wenn die Theorie gefühlsmäßigen Werten Raum geben darf, können nicht mehr unbedingt begründete Urteile verlangt werden! Wenn der individuelle Faktor von der Theorie anerkannt wird, verliert die Praxis den Charakter der Voraussehbarkeit, der Gleichmäßigkeit! Wenn die Theorie selber antidogmatisch wird, kann die Rechtsprechung nicht länger wissenschaftlich sein! Wenn der Wille in dieser herrscht, kann jene nicht länger affektlos bleiben! Kurz, die Ideale der Gesetzlichkeit, der Passivität, der Begründet-heit, der Wissenschaftlichkeit, der Rechtssicherheit, der Ob-jektivität scheinen mit der neuen Bewegung unvereinbar. Aber glücklicherweise läßt sich zeigen, daß jene Postulate teils schon bisher nicht verwirklicht worden sind, teils nicht ver-dienen, verwirklicht zu werden.

„Begründung aller Urteile auf Gesetz!“ Aber schon heute unterwerfen wir uns in immer steigendem Maße freudig Schiedsgerichten, in denen ausdrücklich staatliches Recht ausgeschlossen sein soll. Und die staatlichen Gerichte selbst beziehen sich immer mehr auf Treu und Glauben, auf gute Sitten, auf die Anschauung des Verkehrs, auf billiges Er-messen und andere Gesetzessurrogate. Freilich: „dem ausdrücklichen, staatlichen Befehle folgend“, sagt der be-liebte Einwand, — der demnach staatlichen Willen noch in seiner Selbstverneinung zu erkennen vermag. Oder würde man vielleicht auch dann noch sagen, daß der Richter nur nach Gesetz urteile, wenn unser Gesetz nur den einen Para-

graphen hätte: der Richter entscheide nach billigem Ermessen?!

„Der Richter soll der Diener des Gesetzes sein“! Und doch feiern wir die Praxis der Rezeption, die dem überlegenem Recht zum Sieg über altheilige Satzung verholfen hat, und die Praxis der französischen Gerichte, die in hundertjähriger Arbeit den Code civil bei frischem Leben erhält, und erwarten ebenso von den deutschen Gerichten der Zukunft, daß sie es verstehen werden, das Bürgerliche Gesetzbuch stets neuen Bedürfnissen anzupassen.

„Jeder erdenkliche Fall soll, und zwar aus dem Gesetze allein, entschieden werden“, denkt der Code civil in jenem berühmten Artikel 4. Aber auf der andern Seite haben wir ein Gesetzgebungswerk, den Vorentwurf zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch von 1900, den Kenner das bedeutendste Erzeugnis moderner Jurisprudenz genannt haben, und welches in Art. 1 bestimmt, daß, wenn alle anderen Quellen versagen, der Richter nach der Regel entscheiden soll, die er selbst als Gesetzgeber aufstellen würde. In jenen beiden Paragraphen liegt alles angedeutet, was wir fliehen, alles, was wir erstreben müssen. Wie weit die „Emanzipation des Richters vom Gesetz“ zu treiben ist, ist allerdings eine weder genau noch allgemein zu lösende Frage, wie quantitative Fragen in qualitativen Wissenschaften stets. So sehen wir denn auch die Meinungen hierüber unter den einzelnen Vertretern der Richtung weit auseinander gehen, je nachdem sie, ihren verschiedenen Naturen entsprechend, den Wert der Individualität und des Besonderen im Verhältnis zum Wert des Staats und des Allgemeinen mehr oder weniger hoch einschätzen. Uns, die wir auf dem Standpunkt stehen, daß auch fremdes Fühlen Achtung verdient, fällt es nicht ein, eine bestimmte Lösung (d. h. die unserm Fühlen entsprechenden) als die richtige zu preisen und als für alle anderen verpflichtend auszugeben: wir teilen die unsere nur mit in der

Hoffnung, daß auch andere in ihr die eigne Lösung finden werden. Wir gehen also davon aus, daß die Rechtspflege in der Hauptsache Staatstätigkeit ist und bleiben muß. Wir fordern deshalb, daß der Richter, durch seinen Eid verpflichtet, den Fall so entscheidet, wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist. Von diesem darf und soll er absehen erstens, sobald das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint; zweitens, wenn es, seiner freien und gewissenhaften Überzeugung nach, nicht wahrscheinlich ist, daß die zur Zeit der Entscheidung bestehende Staatsgewalt die Entscheidung so getroffen haben würde, wie es das Gesetz verlangt. In beiden Fällen soll er die Entscheidung treffen, die, seiner Überzeugung nach, die gegenwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde. Vermag er sich eine solche Überzeugung nicht herzustellen, so soll er nach freiem Recht entscheiden. Endlich, in verzweifelt verwickelten oder nur quantitativ fraglichen Fällen, wie Schadenersatz für immateriellen Schaden, soll — und muß er — nach Willkür entscheiden. Stets aber soll den Parteien im Zivilprozeß freistehen, durch gemeinsamen Antrag den Richter von der Pflicht der Beobachtung irgendwelcher staatlichen Rechtsnorm zu entbinden.

Man wende nicht ein, daß jene richterliche Überzeugung unkontrollierbar ist und unsere Vorschläge somit dem richterlichen Belieben freie Hand lassen. Denn wenn wir uns nicht mehr auf den Eid des Richters, der eben ernste Überzeugung fordert, verlassen können, hört alles auf. Auch heute stellen wir es ja der freien, unkontrollierbaren Überzeugung des Richters anheim, was er, interpretierend, für geltendes Recht und was er, untersuchend, für Wahrheit erklärt. Gegen Exzesse des Subjektivität schützt genügend die ausgleichende Vielheit der Köpfe im Richterkollegium und der Instanzenzug.

Wir glauben, daß wir dem Richter damit nicht mehr geben, als was er bisher sich schon selbst — notwendigerweise — genommen hat, und sehr viel weniger, als was wir Deutschen in früheren Zeiten und die Engländer noch heute — um vom römischen Prätor zu schweigen — verstatet haben. Denn wir sahen ja, daß alle juristische Technik vom Willen beherrscht wird und jedes auf ihr beruhende Urteil demnach Gesetzgebung, „lex specialis“ ist.

Wozu also der ganze Lärm? Weil es besser ist, zu der richtigen Praxis auch die richtige, sie begründende Theorie zu besitzen, statt einer ihr ganz widersprechenden und verkehrten; und weil es besser ist, dem richtigen Ziel sich auf der graden Straße zu nähern, als auf krummen, schwierigen, gefährlichen und unehrlichen Schleichwegen; endlich, weil nur das stolze Bewußtsein um das eigne, verantwortliche Tun uns große Richterpersönlichkeiten verschaffen kann, wie sie die Engländer in ihren Judges besitzen, die an Volkstümlichkeit keinem im Inselreich nachstehen.

„Jedes Urteil muß motiviert werden!“ Wir verkennen keineswegs den großen Wert dieses Postulats. Aber wir haben lange Epochen der Rechtsprechung gehabt, die es nicht kannten, dieses Postulat, das immer ein Zeichen von mangelndem Vertrauen auf der einen, von mangelnder Autorität auf der andern Seite ist. Der Gläubige verlangt nicht vom jüngsten Gericht motivierte Entscheidungen! Und wir vertrauen unsere höchsten Güter gerade jener Klasse von Gerichten an, die ihr Verdikt nicht zu begründen brauchen, den Schwurgerichten. Und wie steht es denn mit unsern heutigen Begründungen? Bei *ius clarum in thesi* verlangt sie keiner, bei zweifelhaftem Recht sind sie objektiv — wie wir gesehen haben — nicht begründet, sondern nur erschlichen, und subjektiv, psychologisch, sind sie es allenfalls für die obsiegende Partei, die aber auch ohne jede Begründung zufrieden wäre, die unterliegende aber hört aus allem nur das — nein. Und was

die überstimmten Richter, die bei der Organisation des Instanzenzugs übrigens die Majorität bilden können, von der Begründetheit des Urteils denken, braucht nicht gesagt zu werden.

„Das Urteil muß voraussehbar sein!“ Ein schönes Ideal gewiß, — aber in Ewigkeit unerfüllbar. Wenn das Urteil voraussehbar wäre, gäbe es ja keine Prozesse und also keine Urteile, denn wer würde einen Prozeß anstrengen, in dem er, wie sich voraussehen läßt, — unterliegt? Oder will man behaupten, daß die Anwälte der unterliegenden Parteien Ignoranten oder Betrüger waren? (Es wäre eine Justizstatistik von unvergleichlichem Werte, wenn einige der hervorragendsten Anwälte berechnen würden, in wieviel Prozent der Fälle das Urteil ihren Erwartungen völlig widersprach.)

„Das Urteil soll objektiv, darf nicht persönlich sein!“ Aber der Mensch kann nicht umhin, allem, was er tut, den Stempel seiner Persönlichkeit aufzudrücken — und von welch maßgebendem Einfluß auch heute die Persönlichkeit des Richters auf den Ausfall des Spruches ist, weiß jeder, der im Haus der Themis kein ganz naiver Fremdling ist, und jeder, der beobachtet, wie der Wechsel in den Entscheidungen eines Gerichtes gleichen Schritt hält mit dem Wechsel der Persönlichkeit seines Leiters.

„Das Urteil soll eine streng wissenschaftliche Leistung sein!“ Aber wie reimt sich damit zusammen der nicht zu leugnende Gegensatz zwischen Theoretikern und Praktikern, die Tatsache, daß wir nichts höher schätzen als den juristischen Takt, daß wir die Kunst der Rechtsprechung preisen, und daß wir sie zum großen und wichtigen Teil Laien anvertrauen?

„Die Rechtsprechung soll affektlos sein!“ Das soll und wird sie auch in Zukunft bleiben, denn der Wille wird blind nur dann, wenn er auf Hindernisse stößt,

was bei der Allmacht und Unparteilichkeit des heutigen Richters nicht der Fall ist. Und wo Affekte bleiben und vielleicht sich steigern werden, sind sie, abgesehen davon, daß sie bei jeder Gestaltung dieser Dinge unvermeidlich sind, nicht zu fürchten, denn die Menschennatur ist glücklicherweise so beschaffen — wie auch der größte Pessimist wird zugeben müssen —, daß der an einem Streite gänzlich unbeteiligte Dritte sich nie bewußt für die schlechte Sache entscheidet.

Freilich kann gegen einen Teil des hier Ausgeführten gesagt werden, daß Ideale ganz und gar nicht dadurch widerlegt werden, daß man die Wirklichkeit als ihnen widersprechend nachweist. Aber die betreffenden Argumente brauchen auch nichts weiter zu sein, als Argumente ad hominem, gerichtet gegen diejenigen Gegner, die unsere Bewegung im Namen jener Ideale bekämpfen, von denen doch auch der heutige Zustand, den sie erhalten wollen, so hoffnungslos weit entfernt ist. Lenken wir nun den Blick von jenen teils nicht zu erstrebenden, teils nicht zu erreichenden, teils garnicht gefährdeten Idealen fort zu anderen, höheren ihnen widersprechenden Idealen, welche bisher schon verwirklicht wurden und noch besser sich verwirklichen werden, wenn die freirechtliche Bewegung dereinst sich durchgesetzt haben wird.

Da ist zunächst das Ideal der Volkstümlichkeit, ein Ideal, das in langen Epochen römischer und deutscher Vergangenheit verwirklicht war, in England noch verwirklicht ist, von dem wir aber heute unendlich weit entfernt sind. Die Gründe dieses Zustandes sind häufig klar gestellt worden, sie liegen ausschließlich in dem Charakter der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung, den wir bekämpfen. Auch die Schäden des unleidlichen Zustandes sind bekannt genug, sie müssen mit diesem selbst verschwinden, sobald wir eine Rechtsprechung erhalten, die im Volke lebendes, freies Recht zum

Ausdruck bringt und weit von sich weist die alten, dem Laien unverständlichen und verhaßten Geheimmethoden.

Aber zu diesem Ziele braucht nicht fortgeschritten zu werden auf jenem beschämenden Wege, der in einem Zeitalter stets steigender Fachlichkeit die Rechtsprechung in die Hände der Laien, d. h. der Dilettanten, legt. Die Stunde der Schwurgerichte freilich hat geschlagen, sie sinken dahin — wie andere Illusionen des tollen Jahres auch (obwohl man vielleicht den alten Namen auf neue Einrichtungen übertragen wird). Doch auch die Schöffen, die Handels- und anderen gemischten Gerichte würden mit allen ihren Bedenklichkeiten überflüssig werden, sobald die selbstverständliche Forderung verwirklicht wird, daß der Richter — wie jeder andere Arbeiter — alles was er tut, als Fachmann tut. Wir brauchen Richter, die sowohl mit den im Volke herrschenden Rechtsanschauungen, als mit den Tatsachen des Lebens und den Ergebnissen benachbarter Wissenschaften vertraut sind. Die mit gründlichster nationalökonomischer und kaufmännischer Bildung ausgerüstet keinem Bankprozeß mehr hilflos gegenüberstehen. Die allen Schlichen des modernen gewerbmäßigen Verbrechers so gewappnet entgegentreten, wie sie mit der Eigenart künstlerischer Berufsverhältnisse vertraut sind. Selbstverständlich muß dann auch im Richterberufe dieselbe Spezialisierung platzgreifen, wie in allen andern, wobei es eine noch offene Frage ist, ob diese schon auf der Universität oder erst nach beendigem Studium zu beginnen hat. Auch hier stoßen wir auf manche uns günstigen Zeichen der Zeit: die Zusammenlegung juristischer und staatswissenschaftlicher Fakultäten, die steigende Betonung des nationalökonomischen Unterrichts für Juristen, die Entstehung juristisch-psychologischer Übungen und Vereine, die Untersuchungen über Psychologie der Aussage (ein Problem von unermeßlicher Tragweite), die stark wachsende philosophische Schulung, die soziologischen und realistischen Forschungen

der Kriminalisten. Spezialisten des Tatbestandes, nicht Tausendkünstler des Rechtssatzes — muß die Lösung sein. Anstatt daß wie heute Theorie und Praxis die beiden Männer aus der Parabel darstellen, von denen der eine den Bock melkt und der andere das Sieb darunter hält, wollen wir in Zukunft eine Literatur haben, die — neben dem Betrieb der Gesetzeskunde — die Lebenszustände, die konkreten Rechtsverhältnisse und neben dem, was sein soll, auch das, was ist, darstellt (Ehrlich). Und Richter wollen wir, die, auf sie und die eigne Erfahrung gestützt, in voller Kenntnis der sozialen Funktionen jedes Rechtssatzes und der sozialen Wirkungen ihrer Entscheidung, zu urteilen wissen. Alles verstehen, heißt alles gerecht bewerten.

Nur dann wird auch das Ideal der Unparteilichkeit verwirklicht werden, jener heiligen richterlichen Eigenschaft, an welche heute so weite Kreise des Volkes nicht mehr glauben — nicht mehr glauben können. Denn die Parteilichkeit, welche — es darf nicht geleugnet werden — aus so vielen besonders strafrechtlichen Urteilen spricht, stammt nicht aus bösem Willen, sondern aus nackter Unkenntnis der sozialen Tatsachen und Anschauungen und aus jener Befangenheit in naiven Klassenvorurteilen, welche eben in jener Unkenntnis ihre Wurzel und Entschuldigung finden. Unparteilichkeit setzt freilich noch mehr voraus — nämlich Unabhängigkeit, — von welcher auch in vollem Maße nicht die Rede sein kann, solange das bürgerliche Fortkommen des richtenden Individuums von dem politischen Machthaber abhängt. Auch hier wird die Lockerung der Beziehungen von staatlichem Willen und Richterspruch in noch nicht zu übersehender Weise, vielleicht durch Volkswahl der Richter etwa nach schweizerischem Vorbild, Wandel schaffen.

So strebt denn die Bewegung mit allen ihren Kräften einem Ziele zu, das alle die genannten in sich schließt, —

dem höchsten Ziele alles rechtlichen Geschehens — Gerechtigkeit. Nur wo gesprengt der enge Kanon weniger Paragraphen, die Fülle freien Rechtes die Möglichkeit gewährt, jedem Fall die angemessene Regelung zu geben, nur wo Freiheit ist, — ist Gerechtigkeit. Nur wo statt unfruchtbaren Tiftels ein schöpferischer Wille neue Gedanken zeugt, nur wo Persönlichkeit ist, — ist Gerechtigkeit. Nur wo ein aus dem Buch ins Leben fortgewandter Blick des Handelns fernste Folgen und Bedingungen ermißt, nur wo Weisheit ist, — ist Gerechtigkeit.

Schluß.

Dies unsere Bewegung, dies unsere Ideale, die wir dem heutigen Zustand mit Zuversicht und Entschiedenheit entgegenstellen.

Und doch sind wir die letzten, die in vielhundertjähriger Übung nichts als Mißbrauch erkennen wollen. Vielmehr läßt ein Blick auf die beiden größten Staatsvölker, auf Römer und Briten, die relative Berechtigung der jenen unbekanntem juristischen Dogmatik und ihrer Begleiterscheinungen erkennen. Denn sie ist das, wenn auch plumpe, Mittel, bei den Überlegungen der Rechtsprechung der unbesonnenen Neuerungslust einen Hemmschuh anzulegen. Nur wo die politische Kultur des Richterstandes hoch genug war, um bei jenen Überlegungen das konservative Moment nie zu kurz kommen zu lassen, bedurfte es jenes Werkzeuges nicht. Auch unser Richterstand aber ist jetzt wohl reif genug, um des alten Gängelbandes zu entraten, reifer bei weitem jedenfalls als die Mehrzahl der als Gesetzgeber funktionierenden Parteiagenten!

Von der Kultur des Richters hängt im letzten Grunde aller Fortschritt der Rechtsentwicklung ab. Und hieran wollen wir, diese Streitschrift beschließend, einen historischen Vergleich anknüpfen. Wir glauben nicht mehr, wie einst die rationalistische Geschichtsauffassung, daß die frühere Herrschaft der formellen Beweistheorie schlechthin Verirrung war. Wir wissen vielmehr, daß man so lange die Beantwortung der Schuldfrage an äußerliche Voraussetzungen, wie Ge-

ständnis und Zwei-Zeugenbeweis, knüpfen mußte, als die Kultur des Richters ihm nicht gestattete, den logischen, psychologischen, soziologischen Tatbestand selbständig zu erfassen. Als dann aber jener intellektuelle Rausch über die Menschheit kam, der mit der Geburt der mathematischen, exakten Naturwissenschaften im 17. Jahrhundert anfang und im 18. durch die Aufklärung seine weltgeschichtliche Gestalt empfing, schlug auch für die Rechtsprechung die Stunde, da sie eine freiforschende, voraussetzungslose, wissenschaftliche Tätigkeit entfalten konnte. Nicht mehr mit Stricken und Zangen und Feuerbränden brauchte der Richter den Angeklagten zu Leibe zu gehen, um das Geständnis eines Tatbestandes ihnen zu erpressen, den sein mündiggesprochener Verstand selbständig feststellen konnte. So wird die Zeit auch kommen, in der der Jurist nicht mehr dem Gesetze mit Fiktionen und Interpretationen und Konstruktionen zu Leibe zu gehen braucht, um ihm eine Regelung zu erpressen, die sein zu individuellem Leben erwachter Wille selbständig wird finden dürfen.

Denn nachdem das 19. Jahrhundert vorüber ist, dieses Zeitalter der Halbheit und des Kompromisses, gehen wir einem 20. entgegen, das, wenn nicht alle Zeichen trügen, in Kunst und Wissenschaft und Religion ein Jahrhundert des Gefühls und des Willens sein wird. Aus den Trümmern der Folter erhob sich, zum Entsetzen aller Mutlosen, triumphierend die Freie Beweiswürdigung, der Stolz der Gegenwart; aus den Trümmern der Dogmatik wird, zum Entsetzen aller Unklaren, der Stolz der Zukunft steigen, die

Freie Rechtsschöpfung.



Anhang.

- Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. 1903 (und in früheren Schriften).
 — Soziologie und Jurisprudenz, Zukunft 14 (1906) 231.
- Gény, Méthode d'interprétation, 1899.
- Heck, Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue, Deutsche Juristenzeitung 10 (1905) 1140.
- Jung, Die logische Geschlossenheit des Rechts, 1900.
- Lambert, La fonction du droit civil comparé, 1903.
- Mayer, M. E., Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903.
- Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, 1905.
- Radbruch, Über die Methode der Rechtsvergleichung, Monatschrift für Kriminalpsychologie 2 (1905) 422.
- Rumpf, Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung (Anhang), Jherings Jahrbücher 49 (1905) 394.
- Schlossmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Gesetzesauslegung, 1903 (und in früheren Schriften).
- Schmidt, Bruno, Das Gewohnheitsrecht, 1899.
- Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902.
- Stampe, Rechtsfindung durch Konstruktion, Deutsche Juristen-Zeitung 10 (1905) 417.
 — Rechtsfindung durch Interessenwägung, ebenda, 713.
 — Gesetz und Richtermacht, ebenda, 1018.
- Sternberg, Allgemeine Rechtslehre, I., 1904.
- Wurzel, Das juristische Denken, 1904.
- Zitelmann, Lücken im Recht, 1903.

Hierzu kommen noch zahlreiche gelegentliche Äußerungen, besonders bei Jellinek (zuletzt Allgemeine Staatslehre 2. Aufl. (1905) 50, 51, 347—351) und Kohler (zuletzt Lehrbuch des B. G. B. I (1904) 82—85, 111—113, 126—133), ferner bei A. Menger, Huber, Dohna, Dernburg, E. J. Bekker, Oertmann, Kuhlenbeck und vielen anderen Juristen; ferner Philosophen wie Wundt, Brentano u. a.

Es wird gebeten, folgende Druckfehler zu verbessern:

Seite 7, Zeile 1 von unten statt: hineingesäet lies: hineingesehen.

„ 14, „ 13 „ „ „ de lies: des.

„ 27, „ 17 „ „ „ ausgesprochen lies: angesprochen.

„ 33, „ 6 „ oben „ Jelinek lies: Jellinek.

**This book is a preservation facsimile.
It is made in compliance with copyright law
and produced on acid-free archival
60# book weight paper
which meets the requirements of
ANSI/NISO Z39.48-1992 (permanence of paper)**

**Preservation facsimile printing and binding
by
Acme Bookbinding
Charlestown, Massachusetts**



2006

HARVARD LAW LIBRARY

