IV A 6 205

JURISPRUDENZ
UND
RECHTSPHILOSOPHIE.

KRITISCHE ABHANDLUNGEN

VON

DR. KARL BERGBOHM,
DOCENTEN DES ÖFF. RECHTS AN DER UNIVERSITÄT DORPAT,
ASSOCIÉ DES INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.

ERSTER BAND:

EINLEITUNG. ERSTE ABHANDLUNG: DAS NATURRECHT DER GEGENWART.



119412

LEIPZIG,
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.
1892.

Aus Universitäts-Bibliothek
zu Dorpat
überreicht von
Leipzig Verfasser
im August 1892.

JURISPRUDENZ

UND

RECHTSPHILOSOPHIE.

ERSTER BAND.

JURISPRUDENZ

UND

RECHTSPHILOSOPHIE.

KRITISCHE ABHANDLUNGEN

VON

Dr. KARL BERGBOHM,

DOCENTEN DES ÖFF. RECHTS AN DER UNIVERSITÄT DORPAT,
ASSOCIÉ DES INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.

ERSTER BAND:

EINLEITUNG. — ERSTE ABHANDLUNG: DAS NATURRECHT DER GEGENWART.

Bibliotheca universitatis Dorpatensis.

Dorr. 69412

LEIPZIG,

VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.

1892.

Alle Rechte vorbehalten.

4-IV A
Tartu Riikliku Ülikooli
Raamatukogu
432

MEINEM SCHWIEGERVATER

SIGISMUND LIEVEN

RECHTSANWALT IN DORPAT

IN HERZLICHER VEREHRUNG UND TREUER FREUNDSCHAFT
GEWIDMET.

Vorwort.

Während meiner langjährigen berufsmäfsigen Beschäftigung mit dem öffentlichen Recht Westeuropas fühlte ich mich oftmals angetrieben, auch meinerseits in die eine oder andere der Verhandlungen einzugreifen, die namentlich unter den deutschen Publizisten im Laufe der letzten zwei Decennien mit so grofser Gründlichkeit geführt worden sind und bereits viele reiche, manche überraschende Resultate gebracht haben. Jedesmal indessen, wenn ich dieses oder jenes der interessantesten unter den im Vordergrunde stehenden Problemen schon sicher gefafst und gelöst zu haben glaubte, zeigte es sich mir bei der letzten Prüfung, dafs immer noch irgendeine sehr wesentliche Voraussetzung da war, deren Unsicherheit die Überzeugungskraft meiner Argumentationen auch in meinen eigenen Augen gefährdete. Die eine Frage zog aber wieder andere Fragen nach sich, und so war in allen Fällen das Ergebnis dieses, dafs die mafsgebenden Voraussetzungen der Entscheidungen schliefslich nicht mehr im Sonderbereich des Staats- oder Völker- oder Kirchenrechts u. s. w. zu suchen sind, sondern als Gemeingut der ganzen Rechtswissenschaft Bestandteile der Rechtsphilosophie und allgemeinen Rechtstheorie bilden. Diese Erkenntnis hat mich die Veröffentlichung speciellerer Versuche auf den genannten Gebieten einstweilen noch aufzuschieben genötigt, dafür aber die Anregung zu diesen „kritischen Abhandlungen“ über philosophische Vorfragen und allgemeine Grundbegriffe der gesamten Jurisprudenz gegeben.

Der ganzen Reihe der Abhandlungen habe ich eine „Einleitung“ gewidmet, worin meine Auffassung von den im Bereich der allgemeinen juristischen Begriffe herrschenden Zuständen ausführlich dargelegt ist. Sie enthält zugleich die Motivierung meines Unternehmens. Ferner habe ich im Anschluſs an diese „Einleitung“ auch über Absicht, Plan und Gesamttitel meiner Untersuchungen Erklärungen abgegeben (S. 102—106), die ich hier nicht wiederholen will. Nur in einer Beziehung glaube ich sie vervollständigen zu müssen.

Aus äuſsern Gründen habe ich in mehrere selbständige Monographien zerlegt Etwas, das doch gleichzeitig und im Zusammenhange durchdacht und entworfen worden ist. Infolge dieser Teilung des Stoffes muſste an vielen Punkten, oft ohne jede Vertröstung auf zukünftige Ergänzung und Erledigung, der Gang der Untersuchung gar plötzlich abgebrochen werden. Der fragelustige Leser wird auch ohne Hinweis die Stellen entdecken, wo ich mit der Kühle des Anatomen, der ja auch nicht alle Gefäſse, die er durchschneiden muſste, sorgfältig unterbindet, verfahren bin. Ich suche dafür keine andere Entschuldigung, als daſs in einem einzigen Buche nicht alles und alles mit der gleichen Umständlichkeit festgestellt werden kann. Übrigens nehme ich in den folgenden Bänden einige der in den früheren abgebrochenen Fragereihen wieder auf. Bis dahin mögen die durchschnittenen Arterien weiterbluten.

Soviel zu den sämtlichen Abhandlungen. Ein nicht viel längeres Geleitwort habe ich der in diesem Bande enthaltenen ersten mitzugeben.

Warum ich sie geschrieben, das wissenschaftlich längst abgethane Naturrecht einer Kritik gewürdigt habe? So wird man auf den Titel hin fragen und vielleicht vermuten, ich hätte die Absicht, das helle Tageslicht durch Laternenschein zu verstärken. Denn herrschen nicht, wenigstens unter den deutschen Juristen, die Prinzipien der Historischen Schule? Ja und Nein. Versteht man darunter die Savigny-Puchtasche Rechtsphilosophie, so kann glücklicherweise von einem Herrschen derselben nicht die Rede sein. Wenn sie aber gefallen ist, wer definiert uns, was unter der von ihr übriggebliebenen und gegenwärtig angeblich allgemein anerkannten Rechtstheorie, die noch immer den Namen der geschichtlichen führt, eigentlich zu verstehen ist?

Aber abgesehen davon, daſs ihr Wesen durchaus nicht feststeht, die historische Rechtstheorie herrscht nicht nur nicht, sondern sie vermag auch in unsern Tagen sich sogar kaum der Gegner zu erwehren. Also herrschen unhistorische, naturrechtliche Richtungen vor? Ja und Nein. Im Schultalar tritt das Naturrecht allerdings nur noch ausnahmsweise auf, dafür um so häufiger in allerlei Verkleidungen. Die Zeiten des Naturrechts sind nicht vorüber, sie sind immer, auch jetzt. Es kommt nur darauf an, was man unter Naturrecht versteht. Weil man sich der Täuschung hingiebt, als sei mit dem anrüchigen Namen auch die Sache um allen Einfluſs unter den Fachgenossen gekommen, eben deshalb schreibe ich über und gegen das Naturrecht in dem Bewuſstsein, hiermit eine Arbeit zu leisten, die früher oder später doch einmal geleistet werden muſste. Trotzdem wird sie von den bekannten „Fertigen“ für unnütz gehalten werden. Dawider kann ich nichts thun. Was dem Einen eine Winkelriedsthat, ist dem Andern eine Don-Quixoterie. Und vielleicht bringt in wissenschaftlichen Streitfragen der Ausgang des Kampfes es immer mit sich, daſs selbst der lange Zeit schier unbesiegbar scheinende Geharnischte nach seiner Niederlage für eine bloſse Wind—mühle angesehen wird. Aber war er es darum auch vorher?

Noch einer zweiten Frage, gestellt von dem Standpunkt, daſs ein dickes Buch ein groſses Übel zu sein pflegt, bin ich gewärtig. Ob der Gegenstand sich nicht auf viel weniger Seiten hätte abmachen lassen? Ich glaube nicht. Eine Handvoll Erisäpfel unter die Leute werfen, das ist schnell geschehen. Sie einzeln wieder einsammeln und vernichten, dazu gehört einige Ausdauer. Den erwähnten „Fertigen“ freilich sind schon ein paar Bogen Beweis zuviel oder ein paar Dutzend Bogen Gegenbeweis noch zuwenig, jenachdem. Bei der vorliegenden Arbeit aber muſste die Rücksicht auf die Geduld der Leser hinter der Verpflichtung zur Gründlichkeit zurückstehen. Ich hatte entweder das ganze Naturrechtsnest auf einmal auszunehmen — oder ich durfte es garnicht anrühren. Der Formenreichtum des

modernsten Naturrechts jedoch, die Schwierigkeit allen Abarten desselben gegenüber erst die geeigneten Stützpunkte der Kritik zu beschaffen, endlich die schwankende rechtsphilosophische Terminologie, dies alles bedingte eine gewisse Breite in Darstellung und Argumentation, wiewohl ich noch an vielen Stellen das Weiterdenken dem verständnisvollen Leser überlassen konnte.

Einem solchen wird es ja einleuchten, dafs man so vielverschlungene und unwegsame Pfade, wie ich sie in dieser Abhandlung wandeln mufste, nicht im leichten Tanzschritt abgehen kann. Etwas schneller, hoffe ich, werden wir in den folgenden vorwärtskommen. Aber Bücher zum Verschlingen werden auch die nicht sein. Nur in der Beziehung werden sie sich von ihrer Vorläuferin unterscheiden, dafs in ihnen die unmittelbaren positiven Ergebnisse, die sich in der vorliegenden grofsenteils noch verborgen halten, greifbarer hervortreten werden.

Lange genug habe ich die geplanten Monographien ausreifen lassen, ehedenn ich mich zur Veröffentlichung der ersten entschlofs. Ob sie auch reif geworden, werden die Sachverständigen, und welchen Nutzen sie unsrer Wissenschaft bringen, wird die Zeit entscheiden.

Da ich mich in der Sache überall sicher fühlte, habe ich meine Ansichten auch alle bestimmt geäufsert. Gegen kunstvolle Mifsverständnisse kann ich mich natürlich nicht schützen. Böse Vorahnungen plagen mich nicht. Allerdings wird sehr vielen, von mir hochgeschätzten Juristen das Leitmotiv dieser Arbeit anfangs schon deswegen nicht angenehm klingen, weil es so oft wiederholt wird. Ich lebe jedoch der festen Zuversicht, dafs sie dasselbe trotzdem mit der Zeit zu dem ihrigen machen werden. Und hieran, dafs das, was jetzt mir als unumstössliche Wahrheit gilt, einst allgemein als solche anerkannt sei, ist mir schliefslich allein gelegen.

Dorpat im Juni 1892.

Inhalt.

EINLEITUNG.

Seite

I. Die Rechtsphilosophie und allgemeine Rechtslehre in der Litteratur der Gegenwart . . . . 3—37

1. Unfruchtbarkeit der Philosophen im Bereich der Rechtsphilosophie S. 3, Aufgabe der Juristen S. 7.
2. Die Ausläufer der alten kontinentalen Schulen S. 8; die englische „Analytische Schule“ S. 12.
3. Die Mängel der „Allgemeinen Lehren“ in der Systemlitteratur der einzelnen Rechtsteile S. 17 und der Theorie der Historischen Schule S. 22.
4. Neueste Bestrebungen der deutschen Juristen S. 25; Haupthindernisse der Entfaltung der Rechtsphilosophie S. 30.

II. Die Mängel der Terminologie der allgemeinen Rechtslehren . . . . . 37—63

1. Vieldeutigkeit der Ausdrücke für die Grundbegriffe im allgemeinen S. 37, z. B. Rechtsquelle, Gesetz u. s. w. S. 40.
2. Mehrdeutigkeit des Terminus Recht im besondern S. 43; objektives und subjektives Recht S. 47, geltendes und positives Recht S. 49.
3. Möglichkeit der Verbesserung der technischen Sprache S. 52, vornehmlich durch Ausstofsung unnützer Vorstellungen S. 55.

Seite

III. Die Mängel der juristischen Haupt- und Grundbegriffe . . . . . 63—90

1. Der verderbliche Einfluſs des Naturrechts und die Ohnmacht der Historischen Schule hinsichtlich der Grundbegriffe S. 63; Bedeutung der letzteren für die Praxis S. 69.
2. Die Unsicherheit des Begriffes Recht im besondern S. 71; Standpunkt behufs Feststellung seiner Merkmale S. 79 und Inventarisierung derselben S. 81.
3. Die Vernachlässigung der induktiven Methode bei der Begriffsbildung S. 83; Richtigkeit und Fruchtbarkeit der Begriffe S. 88.

IV. Der Mangel einer systematischen Verbindung der juristischen Grundbegriffe . . . . . 90—102

1. Mangel jedes Sammelpunktes der Grundbegriffe seit Auflösung der rechtsphilosophischen Systeme S. 90, trotz des inneren Zusammenhanges dieser Begriffe S. 93.
2. Folgen dieses Mangels für die theoretische und die praktische Jurisprudenz S. 96; Aussichten auf Abhilfe S. 100.

Absicht und Plan dieser Abhandlungen . . . . . 102—106

ERSTE ABHANDLUNG.

DAS NATURRECHT DER GEGENWART.

Einleitung.

§ 1. Der Dualismus in der Rechtslehre . . . . . 109—122

a. Vorläufige Feststellung der Zwiespältigkeit des Rechtsbegriffes S. 109.

b. Notwendigkeit, die dualistische Theorie aus der gesamten Jurisprudenz zu beseitigen S. 118.

§ 2. Der Begriff des Naturrechts . . . . . 122—147

a. Ausscheidung der in dieser Abhandlung nicht in Betracht kommenden Bedeutungen S. 124.

b. Positive Bestimmung des Naturrechts als Inbegriff aller nichtpositiven Rechte und Rechtselemente S. 130.

Seite

Erster Abschnitt.

Entwicklung und Wirkungen des Naturrechts in der Vergangenheit.

§ 3. Vorbemerkungen . . . . . 148—151

I. Die Idee des Naturrechts in der Geschichte.

§ 4. Das Naturrecht bis zum Zeitalter der Revolution 151—169

a. Das Naturrecht bis zum XVII. Jahrhundert S. 151.

Anhänger u. Gegner bei den Griechen S. 151; Cicero u. die röm. Juristen S. 154; das Mittelalter u. die Rechtsbücher S. 156; das Reformationszeitalter S. 159.

b. Das Naturrecht im XVII. u. XVIII. Jahrhundert S. 160.

Das Naturrecht als Abstraktion des positiven Rechts S. 160; unentschiedene u. wirkungslose Opposition S. 163.

§ 5. Das Naturrecht von der Revolution bis zur Mitte des XIX. Jahrhunderts . . . . . 169—195

a. Das Naturrecht der Aufklärungsepoche S. 169.

Die Vernunft als Rechtsquelle S. 170; praktisch-politischer Kern der Vernunftrechtsdoktrin S. 172.

b. Das Naturrecht in der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts S. 173.

Das Naturrecht als allgemeine Form der Rechtsphilosophie S. 174; die neueren Systeme S. 176; die Gesetzbücher S. 181.

c. Die Gegner und Verteidiger des Naturrechts S. 184.

Gegner während der Revolutionszeit S. 184; die Vorläufer und Begründer der Historischen Schule S. 187; neuere Verteidiger u. Gegner des Naturrechts S. 193.

II. Entwicklungsgründe und Wirkungen der neueren Naturrechtsdoktrin.

§ 6. Die Entwicklungsgründe des Natur- oder Vernunftrechts . . . . . 195—212

a. Theoretische oder philosophische Gründe S. 196.

Streben nach absoluten Gesetzen u. Freiheit von Autoritäten S. 197; Unsicherheit in Sprache u. Begriffen S. 200.

b. Praktische und politische Gründe S. 204.

Die Rechtszustände S. 205; die Unterdrückung der freien Meinungsäufserung S. 207; die Rechtsphilosophie als Agitationsmittel S. 209.

§ 7. Die Wirkungen des Natur- oder Vernunftrechts 212—231

a. Wirkungen der Doktrin in der Rechtsordnung S. 213.

Wohlthätige Wirkungen S. 214; destruktive Wirkungen S. 220.

b. Wirkungen der Doktrin in der Rechtswissenschaft S. 224.

Verdienstliche Wirkungen S. 225; verderbliche Wirkungen S. 227.

Seite

Zweiter Abschnitt.

Formen und Verbreitung des Naturrechts in der Gegenwart.

§ 8. Vorbemerkungen . . . . . 232—241

I. Das Naturrecht der Deutschen.

§ 9. Deutsches Naturrecht aus benannten Quellen . 242—276

a. Recht aus der Natur bezw. Vernunft des Menschen S. 243.

Natürliches Recht S. 243 oder vernünftiges Recht S. 247; natürliches und vernünftiges Recht S. 249.

b. Naturrecht auf ethischer und religiöser Grundlage S. 251.

Ethisierendes Naturrecht S. 251; Naturrecht der Katholiken S. 258, der Protestanten S. 267, im Talmud S. 276.

§ 10. Deutsches Naturrecht aus unbestimmten Quellen . . . . . 276—308

a. Der Relativität des positiven entkleidetes Recht S. 277.

Philosophisches, reines Recht S. 277; Recht u. Gerechtes an sich S. 279; absolutes, notwendiges Recht S. 283; universelles, ewiges, wahres, höheres Recht S. 285; seinsollendes, ideales, werdendes Recht S. 289.

b. Naturrecht mit vielen und ganz ohne Namen S. 291.

Namenreiches Naturrecht S. 291; anonymes Naturrecht: aus der Rechtsidee S. 295, dem Rechtsgefühl, der Idee der Gerechtigkeit S. 301, als Folge eines laxen Rechtsbegriffes S. 303 u. einer falschen Methode S. 307.

II. Das Naturrecht der übrigen Nationen.

§ 11. Das Naturrecht in West- und Südeuropa . . . 309—330

a. Das Naturrecht bei den Franzosen, Belgiern und Schweizern S. 310.

Natürliches, vernünftiges, ideales Recht u. sonstige Naturrechte S. 312; Naturrecht religiös-kirchlicher Richtung u. im Völkerrecht S. 319.

b. Das Naturrecht bei den Italienern S. 321.

Naturrecht alter u. neuer Form S. 322; ethisierendes, namenreiches u. anonymes Naturrecht S. 323; Naturrecht religiös-kirchlicher Richtung u. im Völkerrecht S. 325.

c. Das Naturrecht bei den Spaniern u. Portugiesen S. 328.

Naturrecht alter u neuer Form bei den Spaniern S. 328, in Südamerika u. bei den Portugiesen S. 330.

§ 12. Das Naturrecht in Nord- und Osteuropa . . . 331—340

a. Das Naturrecht im Nordwesten und Norden S. 331.

Das Naturrecht bei den Engländern, Schotten u. Nordamerikanern S. 331, insbes. im Völkerrecht S. 335; das Naturrecht bei den Niederländern S. 337 u. Skandinaviern S. 338.

b. Das Naturrecht im Osten Europas S. 338.

Das Naturrecht bei den Finländern S. 338, den Russen S. 339, den Ungarn S. 340.

Allgemeine Ergänzungen zu diesem Abschnitt 340—354

Naturrecht im Civilrecht S. 344, Strafrecht S. 346, Staatsrecht S. 347, Völkerrecht S. 352 u. s. w.

Seite

Dritter Abschnitt.

Kritik des Naturrechts und Revision der historischen Rechtstheorie.

§ 13. Vorbemerkungen . . . . . 355—367

I. Kritik des Naturrechts.

§ 14. Das Naturrecht und die positive Rechtsordnung . . . . . 367—407

a. Das Naturrecht als Ergänzung des positiven Rechts S. 371.

Absolute Vollständigkeit jedes positiven Rechtssystems S. 372; der rechtsleere Raum S. 375 u. die innere Lückenlosigkeit des positiven Rechts S. 381; Untauglichkeit des Naturrechts zur Lösung von Antinomien und Gewissenskonflikten S. 390.

b. Das positive Recht als Ergänzung des Naturrechts S. 393.

Absolute innere Vollständigkeit jedes Naturrechtssystems S. 394 u. Unmöglichkeit der Annahme eines rechtsleeren Raumes vom Standpunkte des Naturrechts, daher keine Verwendung für das positive Recht S. 395.

c. Das Naturrecht als kritischer Mafsstab und Grund des positiven Rechts S. 397.

Unklarheit der Annahme, als bilde ein höheres Recht den Mafsstab eines positiven Rechts S. 397 oder seinen Grund S. 399.

Ergebnis: Unmöglichkeit des Rechtsdualismus S. 403.

§ 15. Das Naturrecht und der Rechtsbegriff . . . . 408—479

a. Angebliche Eigenschaften des Naturrechts, die der Relativität alles Rechts widerstreiten S. 409.

Sinn der Behauptung, dafs es ewiges, universelles, absolutes Recht oder Recht an sich gebe S. 412; Undenkbarkeit eines Rechts mit diesen Eigenschaften S. 417.

b. Angebliche Eigenschaften des Naturrechts, die mit keinem Rechtsbegriff vereinbar sind S. 426.

Das notwendige Recht S. 426; das werdende Recht S. 432; das ideale Recht S. 434; das theoretische Recht S. 437.

c. Angebliche Quellen des Naturrechts S. 441.

Die Quellenkategorien S. 442; Natur u. Vernunft, Ethos u. religiöses Gesetz S. 445; Rechtsgefühl, Rechtssinn, Rechtsidee als Rechtsquellen im allgemeinen S. 453, im besondern das Rechtsgefühl S. 465 u. die Rechtsidee S. 472.

Ergebnis der Kritik: Praktische Untauglichkeit und logische Undenkbarkeit jedes nichtpositiven Rechts S. 478.

Seite

II. Revision der historischen Rechtstheorie.

§ 16. Die naturrechtlichen Elemente der Savigny-Puchtaschen Rechtslehre . . . . . 480—531

a. Das Rechtsbewufstsein Prinzip eines monistischen Naturrechts S. 485.

Die Rechtstheorie der Historiker S. 487; der Volksgeist u. das Volksbewufstsein S. 490; das Rechtsbewufstsein als Naturrechtsquelle S. 492.

b. Die Savigny-Puchtasche Lehre von der Rechtsbildung und den Rechtsquellen S. 502.

Die Widersprüche in dieser Lehre S. 502; Gewohnheiten u. Gesetze blofse Erscheinungsformen des Rechts aus dem Rechtsbewufstsein S. 507; die Wissenschaft als Rechtsquelle S. 521; Wesen u. Gründe der Widersprüche S. 525.

§ 17. Die ungeschichtliche und die geschichtliche Rechtstheorie . . . . . 531—552

a. Die ungeschichtlichen und die uneigentlich geschichtlichen Theorien S. 532.

Ungeschichtliche Theorien sind alle Naturrechtstheorien S. 532; Unklarheit der Bedeutung des Geschichtlichen S. 534; die blofse historische Methode noch keine historische Theorie S. 536.

b. Das Prinzip der echten geschichtlichen Rechtstheorie S. 538.

Verborgene Grundgedanken der Historischen Schule S. 539; Unterscheidung von Rechtsinhalt u. Rechtsform S. 543; die geschichtliche Theorie der formellen Rechtsquellen S. 546 u. das geschichtliche Prinzip der Rechtsbildung S. 549.

Alphabetisches Sach- und Namenregister . . . . . 553—566

EINLEITUNG.

I.

1. Im Laufe des letzten halben Jahrhunderts ist die einst so rege Mitarbeit der Philosophie an den Problemen des Rechts immer schwächer geworden. Gegenwärtig scheint sie endlich ganz und gar eingestellt zu sein. Freilich nicht, wenn man blofs die Menge der von Philosophen herrührenden Schriften über derartige Fragen zählt, denn diese ist heutzutage wahrscheinlich ebenso grofs wie jemals; wohl aber, wenn man deren Gehalt an fördernden, anregenden, in irgendeinem Sinne neuen Gedanken in Betracht zieht.

Allerdings sind die Philosophen, nachdem die grofsen Systeme vom Ende des vorigen und Anfang unseres Jahrhunderts in Trümmer gegangen, lange Zeit mit der kritischen Sichtung aller etwa noch brauchbaren einzelnen Werkstücke und demnächst mit der Neubegründung der erkenntnistheoretischen, methodologischen und psychologischen Hauptlehren vollauf beschäftigt gewesen. Daneben aber haben sie sich allmählich auch andern Objekten zugewendet und namentlich der Ethik die sorgfältigste Pflege gewidmet. Eine Fülle gedankenreicher Systeme beweist die Fruchtbarkeit der modernen Philosophie auf dem Gebiete der Moral und ein ununterbrochener Zufluſs kritischer Einzeluntersuchungen läfst es zu keiner Stagnation in diesem Zweige der sog. praktischen Philosophie kommen. Für den andern Zweig, die Philosophie des Rechts und des

Staates, jedoch scheinen die Philosophen keine Kraft übrig zu haben. Mehr der Not gehorchend als dem eigenen Triebe blickt einstweilen wohl manchmal ein Philosoph, öfter speciell ein Ethiker oder auch ein Methodolog zu uns Juristen und unserem Arbeitsfeld herüber, weil er dies nun einmal nicht vermeiden kann, z. B. wegen des Bedürfnisses, sein System der Moralphilosophie oder Erkenntnistheorie auch nach dieser Seite abzurunden, und recht Wenige zeigen dabei, dafs sie mehr als die äufsere Oberfläche wahrgenommen und ein tieferes Verständnis für die Eigenart des Rechts gewonnen haben.* Aber eine gründliche Untersuchung einer specielleren Frage aus den allgemeinen Rechtslehren durch einen Philosophen von Fach, eine auch den Juristen erfreuende Monographie aus dem Lager der Philosophen — von ganzen rechtsphilosophischen Systemen, die unsern Dank verdienten, garnicht zu reden — ist ein unerhörtes Ereignis.**

Ob wir nicht den Philosophen für diese ihre Enthaltsamkeit am Ende noch erkenntlich sein sollen?

Viele Juristen, darunter nicht wenige, deren Interesse für die Wissenschaft aufser aller Frage ist, zeigen sich allerdings sehr geneigt, auf jene freundnachbarliche Mitarbeiterschaft gänzlich und für immer zu verzichten. Sie erinnern sich vielleicht des Unheils, das Naturrechtsdoktrin und abstrakte Rechts- und Staatsphilosophie in Jurisprudenz und

* Zu diesen sind aus neuester Zeit etwa zu rechnen J. Baumann, Handbuch der Moral nebst Abrifs der Rechtsphilosophie, Leipzig 1879. Wundt, Logik II: Methodenlehre, Stuttgart 1883; Ethik, Stuttgart 1886; System der Philosophie, Leipzig 1889. Höffding, Ethik (deutsche Ausg. von Bendixen), Leipzig 1888. Paulsen, System der Ethik, Berlin 1889. Ueber Schuppe vgl. die folgende Note.

** Um so freudiger erkenne ich an, dafs manches für den Juristen unmittelbar Brauchbare enthalten ist in den Schriften des Philosophen Schuppe: Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie, Breslau 1881, S. 276 ff.; Der Begriff des Rechts, 1883 (in der Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht X S. 349 ff.); Die specifische Differenz im Begriff des Rechts, 1884 (daselbst XI S. 160 ff); Die Methoden der Rechtsphilosophie, 1884 (in der Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. V, S. 209 ff.); Der Begriff des subjektiven Rechts, Breslau 1887; Das Gewohnheitsrecht, Breslau 1890.

Staatswissenschaft — zumal in Rechts- und Staatsleben! — ehemals angerichtet haben. Seitdem hat ja Philosophie überhaupt keinen guten Klang mehr in den Ohren der Juristen. und gewifs ist, dafs man unter Rechts- und Staatsphilosophie lange Zeit so mancherlei verstanden hat und leider noch heute versteht, wogegen ihr Mifstrauen, ihr Widerwillen vollkommen begründet ist.

Die kühle Haltung der Juristen gegen die Philosophie ist begreiflich. Wie aber soll man sich angesichts der anderweitig offenbarten Leistungsfähigkeit der letzteren ihre Unfruchtbarkeit im Bereich der Rechts- und Staatslehre, angesichts ihrer frischen, kühnen Angriffe auf die ethischen Fragen ihre muthlose Zurückhaltung gegenüber den juristischen erklären? Woher bei einer Wissenschaft, der doch grundsätzlich *nihil humani alienum,* solche auffallende Vernachlässigung gerade des Rechts und des Staates, dieser ehemaligen Lieblingsobjekte aller philosophischen Denker?

Der Grund liegt darin, scheint mir, dafs die entfesselte philosophische Spekulation eben vornehmlich auf dem Gebiete des Rechts und des Staates die schwersten Niederlagen erlitten hat. Und zwar wurde da nicht irgendeine philosophische Richtung durch eine andere besiegt und verdrängt, sondern die ihrer aller und ihrer anmafslichen Herrschaft überdrüssige eigentliche Hausherrin selber, die nach langer Unterdrückung kräftig aufstrebende positive Rechts- und Staatswissenschaft war es, die sie samt und sonders depossedierte und nunmehr von philosophischer Rechts- und Staatslehre überhaupt nichts mehr wissen wollte. Seitdem dauert bei einem Teil der Philosophen die Erkenntnis an, dafs es nicht ratsam, jedenfalls ganz nutzlos ist, sich an ein Philosophieren über Recht und Staat zu machen, solange man keine bessere Ausrüstung und reichlichere Mittel dazu erworben, als ihrerzeit die Vertreter jener aufgelösten Schulen besafsen. Es sind das diejenigen, die den Grund der selbstverschuldeten Niederlagen der Königin der Wissenschaften eingesehen und sich zu Herzen genommen haben. Ein anderer Teil der Philosophen dagegen, unbekannt, wenn nicht

mit den Katastrophen der früheren Systeme der Rechts- und Staatsphilosophie, so doch mit den wahren Gründen derselben, verschliefst sich dieser Einsicht. Daher kostet es sie wenig Ueberwindung, ihre Gedanken über Recht und Staat öffentlich vorzutragen, und sie liefern Schriften in grofser Zahl, welche fast ebensoviele Rückfälle in die Manier jener Rechtsphilosophie des leichten Herzens bedeuten. Ihnen streckt indessen kein rechter Jurist die Hand zum Bunde entgegen. Die zurückhaltenden Philosophen aber begreifen, dafs Rechts- und Staatsphilosophie nicht blofs der Tummelplatz sein kann für allerlei Ansichten und Einfälle, wie sie sich doch bei jedem Manne von Geist einstellen, der einige alte und neue Schriftsteller und vielleicht noch eine gröfsere Zeitung etliche Jahre hindurch regelmäfsig gelesen hat. Begreiflich, dafs sie eben wegen dieser ihrer Einsicht sich ihrerseits nicht früher an der litterarischen Förderung der Lehre vom Recht und vom Staat beteiligen mögen, als bis sie ein genügendes positives Wissen von diesen Dingen erworben haben. Dazu aber bedürfte es, obwohl sie sich ja mit juristischem Rohmaterial durchaus nicht zu befassen brauchten, einer gar langwierigen und emsigen Beschäftigung mit den einzelnen Wissenschaften vom wirklichen Recht und wirklichen Staat. Auf den schnellen Flügeln der Spekulation läfst sich das Ziel nicht sicher erreichen, die Länge des beschwerlichen Fufsweges aber schreckt auch den Rüstigsten ab.

Möchte die Philosophie das verlorene Terrain — und verloren ist ihr das Gebiet des Rechts und des Staates so gut wie ganz — aufs neue anpflanzen, ohne abermals entschiedene Abweisung befürchten zu müssen, so könnte dies nur geschehen, falls sie sich endlich auch rücksichtlich der Rechts- und Staatslehre in dieselben Bedingungen schickte, die sie heutzutage ja allen übrigen Specialwissenschaften gegenüber ohne weiteres einhält. Sie darf einerseits nirgends in Widerspruch zu den Errungenschaften der methodisch korrekt entwickelten einzelnen Teile dieser Wissenschaften treten, andrerseits mufs sie eine Methode befolgen, durch welche sie sich, sie möge so hoch streben wie sie wolle, vor dem Überspringen

der aller Wissenschaft überhaupt gesetzten Grenzen bewahrt. Es ist also Voraussetzung, dafs sie sich auf eindringendes einigermafsen umfassendes Studium aller juristischen Hauptdisciplinen stützt und nicht wie einst sich darin gefällt, allerhand juristisch klingende Philosopheme aus dem Unbekannten ins Undenkbare zu produzieren. Für eine wissensarme, wenngleich noch so geistreiche Art Rechtsphilosophie zu treiben hat die Jurisprudenz unter keinen Umständen mehr Anerkennung übrig.

In jenen Sphären wissenschaftlicher Arbeit, wo Rechtswissenschaft und Philosophie zusammentreffen, wäre uns die Mitarbeit der Philosophen entschieden heilsam und erwünscht. Es scheint jedoch, als wolle oder könne die Weltweisheit sich noch nicht entschliefsen, unter den genannten Bedingungen die abgerissenen Fäden der einstmals so intimen Verbindung mit der Jurisprudenz wieder anzuknüpfen. Wir aber können uns auf die Dauer gewifs nicht mit der blofsen Feststellung, Auslegung und Ordnung des gegebenen Rechtsstoffes als solchen begnügen, jeder philosophischen Rechtslehre entraten. So wenig die Menschheit jemals aufhören kann, nach Erkenntnis der tiefsten für sie noch erreichbaren Gründe aller Dinge und ihres Zusammenhanges zu streben, so wenig kann sich die Jurisprudenz auf der Höhe echter Wissenschaftlichkeit fühlen, wenn sie nicht die philosophische Durchdringung der Ergebnisse aller juristischen Einzelforschung und die Harmonisierung derselben mit den Errungenschaften aller übrigen Wissenschaften wenigstens ernstlich anstrebt. Wir müssen eine Philosophie des Rechts haben, und wenn die Philosophen uns nicht helfen wollen oder können, nun so bleibt uns Juristen eben nichts übrig, als so gut es geht auf eigene Hand über das Recht zu philosophieren.

Damit ist bereits ein vielversprechender Anfang gemacht worden. Er ist zu finden in einem gewissen, seit ein paar Dezennien rasch anwachsenden Teile der Rechtslitteratur: den Schriften philosophierender Juristen der neuesten Zeit. In diesen offenbart sich dem Beobachter mit grofser Deut-

lichkeit, wie einerseits die Jurisprudenz keineswegs jeder philosophischen Rechtslehre zu entsagen gesonnen ist, andrerseits aber gerade ihre tüchtigsten wissenschaftlichen Repräsentanten nicht im Zweifel sind über die Notwendigkeit, bei der ungenügenden Unterstützung seitens der Philosophen sich in dieser Beziehung durchaus selber helfen zu müssen. Welcher Art Schriften ich hiermit gemeint haben will, wird sich aus einer Durchmusterung und kurzen Charakterisierung der im weitesten Sinne als rechtsphilosophisch zu bezeichnenden Litteratur ergeben.

2. Die ganze civilisierte Welt steuert zur rechtsphilosophischen Litteratur bei. Am eifrigsten ist man hierin natürlich in Westeuropa; aber auch die skandinavischen und slavischen Länder liefern ihren verhältnismässigen Anteil. Nehmen wir dieses gesamte Schrifttum, das rechtsphilosophisch ist oder sein möchte, so schlechthin ohne die Spreu vom Weizen zu sondern, dann mufs es uns überaus reichhaltig erscheinen. Wenn wir aber erstens alle diejenigen Beiträge ausscheiden, welche, in alten Geleisen einherziehend, wissenschaftlich bereits überwundenen Standpunkten und Methoden huldigen, und zweitens von dem Rest noch sämtliche Erzeugnisse fallen lassen, deren Novitäten der Rechtswissenschaft unannehmbar sind, so verbleibt uns nur ein recht kleiner litterarischer Schatz. Wie schwer mufs es doch sein, das angelernte Falsche zu verlernen, und um wieviel schwerer noch, wenn man es endlich von sich gethan, die schmerzliche Lücke innerhalb der schöngereihten Dogmen lieber klaffen zu lassen, statt sie mit der ersten besten neuen „Idee“ zu besetzen!

Da haben wir vor allem eine umfangreiche Litteratur*, die mit allen der Rechtsphilosophie eigenen Äufserlichkeiten

* Dieselbe in ihrer ganzen Ausdehnung hier anzuführen, sehe ich keinen Grund, und eine Auswahl würde kein richtiges Bild des thatsächlichen Bestandes geben. Der allergröfste Teil der neueren rechtsphilosophischen Schriften mufs ohnehin weiter unten (in der I. Abhandlung, I. Abschnitt) vorgeführt werden, während der Rest an den geeigneten Stellen dieser „Einleitung“ (vgl. z. B. unten S. 28 ff.) und der später folgenden Untersuchungen berücksichtigt werden wird.

geziert auftritt und sich verschiedene Namen beilegt, aus denen hervorgeht, dafs sie rechtsphilosophisch zu sein beansprucht. Im einzelnen lassen sich unter diesen echten und unechten Sprösslingen bekannter alter Stämme noch ziemlich deutlich etwa vier verschiedene Zweige unterscheiden, die unermüdlich immer neue Triebe erzeugen, obwohl es mit ihrer wissenschaftlichen Lebenskraft schlimm genug bestellt ist. Zuerst eine kirchlich-scholastische Richtung, die sich mit Vorliebe an die Rechts- und Staatslehre des heil. Thomas von Aquino anlehnt. Ihre litterarischen Produkte erscheinen besonders zahlreich in den Ländern romanischer Zungen, nicht selten mit der Angabe, dafs sie von der katholischen Kirche ausdrücklich gebilligt seien. Gelegentlich suchen sie auch eine Stütze an den entsprechenden Ideen protestantischer Rechtsphilosophen. Eine andere Kategorie wird gebildet von den Anhängern der spekulativen Philosophie, insbesondere Hegels, der, wie es scheint, unter den Gelehrten Italiens immer wieder begeisterte Jünger gewinnt. Ferner hält sich die Schule K. Chr. Fr. Krauses, deren Stern in Deutschland gar rasch gesunken, im südlichen Europa, zumal in Spanien und in Italien, noch leidlich aufrecht. Endlich fliefst nach wie vor breit und flach das Naturrecht daher, ein nimmer versiegender, durch zahlreiche Nebenflüsse von mannigfachem Charakter gespeister Strom, in den schliefslich auch ein ansehnlicher Theil der zuvor genannten kirchlichen, spekulativen und organischen Rechtslehre einmündet. Ihn trocken zu legen, ist der Kritik bisher nicht gelungen, um so weniger als sie regelmäfsig, nachdem sie den einen oder anderen Zufluſs verstopft, selbst gleich wieder eine frische Quelle eröffnet hat, die sich alsbald in vollem Laufe demselben Hauptgewässer zuwandte, um ihm das oberhalb Entzogene unterhalb reichlich zu ersetzen.

Kaum bedarf es noch eines ausdrücklichen Hinweises darauf, dafs keine dieser vier Richtungen mehr ganz rein zur Erscheinung kommt. Denn die prinzipiellen Anhänger jeder einzelnen verschmähen es nicht, auch von den übrigen passende Elemente zu entlehnen, sodafs sie strenggenommen

eigentlich samt und sonders Eklektiker genannt werden müfsten. Zu ihnen gesellt sich die undisciplinierte Schar Derjenigen, die sich bei eintretenden Gelegenheiten gedrungen fühlen, über das Recht allerlei Bedeutsames zu sagen, was noch nie zuvor gesagt worden ist, etwas ganz Originelles oder Tiefsinniges. Das dazu erforderliche naive Selbstvertrauen verdanken sie meist dem Umstande, dafs sie jedes zeitraubende Studium des Rechts unterlassen haben, um gleich mit der Produktion von Ideen über das Recht beginnen zu können. Warum sollten denn auch im Bereich der Rechtsphilosophie die doch überall sonst vertretenen Genies fehlen, die alles wissen, ohne es gelernt zu haben? * Man höre doch

* Diesen scheint kein Geringerer als Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1820), Zusatz zu § 215 (Werke VIII, Berlin 1833, S. 279) das Wort zu reden. Er sagt: „Der Juristenstand, der die besondere Kenntnis der Gesetze hat, hält dies oft für sein Monopol, und wer nicht vom Metier ist, soll nicht mitsprechen. . . Aber sowenig jemand Schuhmacher zu sein braucht um zu wissen, ob ihm die Schuhe passen, ebensowenig braucht er überhaupt zum Handwerk zu gehören, um über Gegenstände, die von allgemeinem Interesse sind, Kenntnis zu haben. Das Recht betrifft die Freiheit, das Würdigste und Heiligste im Menschen, was er selbst, insofern es für ihn verbindlich sein soll, kennen mufs." Vgl. dazu die Bemerkung v. Jherings, Geist des römischen Rechts, § 37 Note 472c (4. Aufl. II, 2, 1883, S. 314). Man lege sich nun die in dem citierten Zusatz kunstvoll ineinander geschlungenen Gedanken Hegels zurecht. Der erste Satz bringt die Behauptung. In der ersten Hälfte des zweiten Satzes folgt eine Art Beweis mittels einer Analogie, welche eine an sich richtige Beobachtung enthält, aber die hier aufgestellte Behauptung nicht deckt; in der zweiten Hälfte erscheint eine Wiederholung des Beweisthemas in einer veränderten Form, auf welche jene Analogie wiederum nicht pafst, aber doch durch das Wort „ebensowenig" bezogen wird. Was der Schlufssatz mit dem zweideutigen „kennen mufs" an dieser Stelle soll, wäre nicht abzusehen, wenn nicht der dem „Zusatz" vorausgehende § 215 von der Notwendigkeit, dafs die Gesetze allgemein bekannt gemacht werden, handelte. Aber dann ist wieder nicht zu begreifen, wie die beiden ersten Sätze des „Zusatzes" wohl hierher passen mögen. Welchen Sinn man auch in denselben hineinlegen möge, Hegel könnte jedesmal sagen, das habe er nicht behaupten wollen. Und doch ist der Gesamteindruck des „Zusatzes" der: um über das Recht (denn nicht blofs die „Gesetze" prätendieren die Juristen besser als Andere zu kennen) raisonnieren zu können, bedarf es durchaus nicht technischer juristischer Kenntnisse, und dies hat Hegel durch ein dem

nur mit den Ohren des Juristen dem disharmonischen Chor dieser neueren und neuesten Auseinandersetzungen über allerlei halbjuristische Fragen aus der Ethik, all den Vorträgen und Zeitschriftenartikeln über Rechtsphilosophie und rechtsphilosophische Themata zu und versuche, nachdem das tönende Erz und die klingende Schelle ausgesummt, den Totaleindruck festzuhalten. Wieviel Jurisprudenz, solide, ihrer selbst sichere Jurisprudenz vermag man da wohl beim besten Willen aus dem vielstimmigen juristisierenden Wortgeklingel herauszuhören? Mir kommt die Anregung eines bekannten Romanisten * nicht aus dem Sinn: Ob es nicht an der Zeit wäre, eine eigenartige *Bibliotheca inutilium* zusammenzustellen?

Gewifs, aus den theoretischen Arbeiten der Juristen blickt bisher gar wenig Philosophie hervor. Aber wieviel Jurisprudenz, oder sagen wir auch nur Rechtskunde liegt denn eigentlich den rechtsphilosophischen Elaboraten der Philosophen zu Grunde? Manchen gar keine, den allermeisten sehr wenig. Genau betrachtet, verfertigen sie ja ihre Gespinste aus lauter vorgefafsten Ideen, welche die ernste Wissenschaft vom wirklichen Recht längst einzeln gerichtet hat, und die von ihnen vorgetragenen traditionellen Glaubenssätze werden einzig deswegen noch so lange geduldet, weil sie ein schier unerträg-

gemeinen Leben entnommenes Bild schlagend erwiesen! Dafs bei diesem Bilde zwei Personen sich etwa so gegenüberstehen, wie Gesetzgeber und Gesetzesunterthan, nicht wie Jurist und Laie, während ein Dritter, dessen Rolle man mit der des Juristen vergleichen könnte, gänzlich fehlt, das hat der Philosoph wahrscheinlich selbst übersehen. Aber durch die schiefe Analogie und den Wechsel in der Bedeutung der nacheinander gebrauchten Ausdrücke „Kenntnis", „wissen", „Kenntnis haben" „kennen" — *quaternio termini*, glaube ich, nennen die Logiker dergleichen — hat er doch ein kleines Mustersophisma zustande gebracht. Da lobe ich mir die ungeschminkte Anmafsung eines v. Eschenmayer, Normal-Recht, I Stuttgart 1819, Einl., der offen erklärt, in der Rechtsphilosophie gebühre den Philosophen das erste Wort und für sie sei die Kenntnis des positiven Rechts mehr schädlich als nützlich — eine Übertreibung bekannter Ansichten Kants (vgl. diese „Einleitung" unter III, S. 78).

* Thibaut, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts, (1798) 2. Aufl. Jena 1817, II S. 276.

liches Vacuum in dem wissenschaftlichen Abbild der Welt ausfüllen — Lückenbüfser, welche die Phantasie zu dem unvollendeten System der Wissenschaft liefert. Deshalb weichen sie eben auch der blofsen kritischen Verneinung erfahrungsgemäfs noch lange nicht. Dieser gegenüber wechseln sie höchstens Namen und Maske, und sie werden, solange sie sich in der angedeuteten Funktion zu halten wissen, überhaupt nicht eher verschwinden, als bis ihnen eine methodisch korrekte Philosophie des positiven Rechts auch den letzten Schlupfwinkel verlegt hat.

Ebenso konservativ wie dieser Teil der festländischen Litteratur verhält sich die gesamte englische Rechtstheorie. Indessen hat sie mit der ersteren so gut wie nichts zu schaffen. Auf dem Kontinent sind wohl Hobbes und Locke bekannte Namen aus älterer, Bentham und John St. Mill aus neuerer Zeit; aber von der „Analytischen Schule“ der englischen Juristen, ihrer einzigen, weifs man diesseits des Kanals bedauerlicher Weise so gut wie nichts. Dafür haben sich die Engländer auch ihrerseits durch keine unserer Schulen und Richtungen in hervorragender Weise beeinflussen lassen. Im Gegenteil, die Rechtsphilosophie von Grotius bis Hegel und die Lehre der Historischen Schule, von späteren allenfalls noch die Schriften Trendelenburgs und v. Jherings sind ihnen zwar geläufig, aber angenommen haben sie davon kaum etwas; die neuesten Leistungen der Deutschen sind ihnen überhaupt gänzlich fremd. Man ignoriert sich eben gegenseitig. So steht die Rechtstheorie der Engländer als ein merkwürdiges insulares Gebilde da, dem manche Einseitigkeiten als Folge der isolierten Entwicklung anhaften. Sieht man aber von diesen und einer gewissen, mit dem geringen Verständnis für aufserenglische Rechtsbildungsformen und Rechtseinrichtungen zusammenhängenden Dürftigkeit des verarbeiteten Materials ab, so findet man zwischen der englischen und der modernen deutschen Rechtslehre eine überraschende Ähnlichkeit hinsichtlich der Methode und der ganzen realistischen Behandlungsweise.

Das materielle Prinzip der englischen Schule wurzelt im allgemeinen in der Nützlichkeitsmoral oder dem sogenannten Utilitarismus. Als Vater desselben gilt Locke, als theoretischer Begründer Bentham; in unserem Jahrhundert ist er durch John St. Mill und andere verfeinert und modifiziert worden. Ihre formelle Rechtslehre dagegen ist aus der wunderbaren Fusion zweier feindlicher Theorien entstanden, deren eine auf den Philosophen des Absolutismus, Hobbes, die andere, der konstitutionelle Liberalismus, wiederum auf Locke zurückweist. Die unbeschränkte Machtvollkommenheit des Fürsten wird also prinzipiell auf König und Parlament übertragen, thatsächlich koncentriert sie sich im letzteren. Auf diesen Grundlagen nun ward die allgemeine Rechtstheorie zuerst durch Sir John Austin* ausgestaltet, der auf diese Weise der Begründer der erwähnten „*Analytical School of Jurisprudence*“ und Vorläufer einer beträchtlichen Litteratur geworden ist, die sich durch grofse Bestimmtheit bei der Entwicklung und musterhafte Präzision bei der Formulierung der Dogmen auszeichnet. Auch John St. Mill, der persönliche Schüler und Verehrer Austins, gehört, soweit er Jurist ist, zu dessen Anhängern. Da sich aber unter Austins Nachfolgern keiner von den Schranken, welche dieser, im übrigen aufserordentlich scharfsinnige und bewunderungswürdig klare Jurist seinem Lehrgebäude gezogen, zu befreien

* Das Hauptwerk Sir Johns († 1859) ist: The province of jurisprudence determined, London 1832, in sechs Lectures, nebst einem Anhang: An outline of a course of lectures on general jurisprudence or the philosophy of positive law, der nachmals eine detaillierte Ausarbeitung erfahren hat und in letzter Gestalt zusammen mit den Lectures der Province etc. in 2 vls. publiziert worden ist unter dem Titel: Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law, by the late John Austin, 4. ed. revis. and ed. by Rob. Campbell, London 1873. — Mit Recht beklagen es englische Schriftsteller, wie Sir Henry Sumner Maine, Village communities, (1871) Lect. III (4. ed. London 1881 p. 66) und Lectures on the early history of institutions, (1874) Lect. XII (3. ed. London 1880 p. 343) und Th. E. Holland, The elements of jurisprudence, (1880) pref. (4. ed. Oxford 1888), dafs das übrige Europa fast gar keine Notiz von diesem hervorragenden Werke nimmt.

gewufst hat, so darf man ihre Werke eigentlich nicht den ausgebildeten Systemen der Rechtsphilosophie beizählen.* Wohl mögen sie für England das Niveau des vorhandenen Bedürfnisses erreichen und dort die fehlende Rechtsphilosophie leidlich ersetzen; nach kontinentalen Vorstellungen jedoch dürften sie eher dem entsprechen, was man sich neuerdings unter einer „Allgemeinen Rechtslehre" denkt, wie sie denn auch seitens ihrer Verfasser als „*General Jurisprudence*" oder schlechtweg „*Jurisprudence*", auch als „*Science of law*", selten als „*Philosophy of law*" bezeichnet werden. Sie handeln vom Recht im objektiven und im subjektiven Sinne, der Entstehung und den Arten, der Interpretation und Kodifikation des Rechts und von noch einigen anderen Gegenständen. Aber sie brechen überall die Fragestellung zu früh ab und lassen die letzten Probleme so gleichmütig auf sich beruhen, als wenn diese Fragen garnicht aufgeworfen zu werden verdienten oder bereits aufserhalb der Peripherie aller Wissenschaft lägen. Die philosophische Inquisition der Rechtsidee auf ihre

* Aus der „Analytischen Schule" sind in neuerer Zeit u. a. folgende Werke hervorgegangen: W. Markby, Elements of law, considered with reference to principles of general jurisprudence, (1871) 4. ed. Oxford 1889; Sh. Amos, The science of law, (1871) 3. ed. London 1877; Th. E. Holland (vgl. die vorige Note); E. C. Clark, Practical jurisprudence. A comment on Austin, Cambridge 1883; J. M. Lightwood, The nature of positive law, London 1883; W. E. Hearn, The theory of legal duties and rights. An introduction to analytical jurisprudence, Melbourne and London 1883. Ihnen schliessen sich an die Studien von Fr. Pollock, Essays in jurisprudence and ethics, London 1882. — Broom, The philosophy of law, (1876) 2. ed. London 1878 enthält weder etwas Rechtsphilosophisches, noch auf die allgemeinen Rechtslehren Bezügliches, sondern nur eine Erklärung von allerhand englischen juristischen Ausdrücken. — Durchaus kritisch stellt sich gegenüber den Austinschen Doktrinen der bekannte nordamerikanische Jurist Fr. Wharton, Commentaries on law, embracing chapters on the nature, the source and the history of law etc., Philadelphia 1884 (vgl. auch unten S. 16 Note **). — Einen höchst beachtenswerten Versuch, die Rechtslehre der Engländer nach der Rechtsphilosophie der Deutschen zu vertiefen und zu erweitern, macht der in England gebildete Ungar A. Pulszky, The theory of law and civil society, London 1888, welches Werk zuerst in ungarischer Sprache erschienen ist.

Herkunft, des Staatsgesetzes auf seinen Geltungsgrund, der Strafe, des Eigentums, des Erbrechts u. s. w. auf ihre Legitimation durch Grund und Zweck, und was man sonst noch alles mit mehr oder weniger Berechtigung von einer Rechtsphilosophie verlangt, wird man bei ihnen vergeblich suchen. Die Engländer lassen sich gleichsam an dem Fundament, d. h. den einzelnen Disciplinen der positiven Jurisprudenz, und dem Erdgeschofs mit den allgemeinen Rechtsbegriffen genügen, getrauen sich aber nicht, die materielle Rechtsphilosophie als ein weiteres Stockwerk draufzusetzen. Freilich immer noch besser, als phantasiereiche Luftbauten in die ungemessene Höhe ziehen!

Am spekulativen Denken hat der Engländer von jeher wenig, an Träumerei — anders als sein schottischer Verwandter — absolut keinen Geschmack gezeigt. Daher denn selbst das Naturrecht, das auf seiner Weltreise auch bei den Schotten einige Keime ausgeworfen hat, unter den englischen Schriftstellern, von etlichen Moralphilosophen und Autoren des Völkerrechts abgesehen, keine Proselyten gefunden hat.* Soviel man auch an der Rechtslehre der Engländer zu tadeln finden möge, juristisch ist sie durch und durch.

Uebrigens würde ihnen die bisher gemiedene Bekanntschaft mit den jüngsten Bestrebungen der Deutschen im Gebiet der juristischen Grundlehren** insofern nützlich werden, als sie daraus Veranlassung nehmen dürften, ihre Theo-

* Es ist bezeichnend für die Kraftlosigkeit des Naturrechts, dafs seine schottischen Freunde mit der geharnischten Doktrin Austins nicht einmal anbinden mögen, sondern in Ermangelung von Waffen wider den Positivismus der „Analytischen Schule" entweder den Todfeind einfach ignorieren, wie z. B. J. Reddie, Inquiries elementary and historical in the science of law, London 1840, und J. Lorimer, The institutes of law, a treatise of the principles of jurisprudence, as determined by nature, (Edinburgh 1872) 2. ed. London 1880, oder mit höflichen Grüfsen an ihm vorübergehen, wie z. B. W. Galbraith Miller, Lectures on the philosophy of law, designed mainly as an introduction to the study of international law, London 1884. — Einige nähere Angaben über englische Naturrechtslehrer folgen unten in der I. Abhandlung, I. Absch. sub II.

** Vgl. diese „Einleitung" weiter unten sub I, 4 (S. 25 ff.).

rie einer gründlichen Revision zu unterwerfen und vielfach umzuformen, namentlich aber auch bedeutend zu erweitern, ohne ihre behutsame Methode aufzugeben.* Denn in ihrem dermaligen engen Zuschnitt kann dieselbe höchstens auf die Zustände im heutigen England passen; für andere Zeiten und andere Nationen ist sie in vielen wichtigen Stücken schlechterdings ungiltig, wie dies den Engländern bereits ihr eigener genialer Landsmann Sir Henry Maine in manchem Kapitel seiner bekannten Werke überzeugend demonstriert hat.**

* Gar spät kommt das Unternehmen Hasties, Outlines of the science of jurisprudence. An intruduction to the systematic study of law, translated and edited from the juristic encyclopaedias of Puchta, Friedländer, Falck and Ahrens, Edinburgh 1887 (mit einer über die entsprechende Litteratur Englands orientierenden Einleitung versehene Übersetzung von Bruchstücken aus den bekannten Schriften der genannten Autoren), seinen Landsleuten die Bekanntschaft mit der deutschen Auffassung der juristischen Grundlehren zu vermitteln. Die von ihm ausgewählten Schriftsteller können eben gegenwärtig keineswegs mehr als Repräsentanten der deutschen Rechtstheorie anerkannt werden. Über Pulszky vgl. S. 14 Note*.

** Maine, Ancient law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas, (1861) Chap. I and V (13. ed. London 1890 p. 7 and foll., p. 117 and foll.) opponiert z. B. wider die beiden Lehren vom Gesetz als dem „*Command*“ eines politisch Obern gegen einen politisch Unterthänigen und von der „*Sanction*“ des Rechts oder Gesetzes mittels angedrohter Übel. Auch die beiden andern Hauptwerke Maines (vgl. oben S. 13 Note *) enthalten verschiedene Ausführungen, die als Kritik mancher gar zu engen Definition Austins aufzufassen sind. — Mehr oder weniger motivierte Bedenken gegen die Theorie der „Analytischen Schule“ im ganzen und im einzelnen enthalten u. a. Fr. Harrison, The English school of jurisprudence (in The Fortnightly Review, 1878 October 1 p. 475 and foll., November 1 p. 682 and foll. und 1879 January 1 p. 114 and foll.); Wharton, Commentaries on law etc. (vgl. oben S. 14 Note *), §§ 1—64; Hastie, Outlines etc. (vgl. die vorige Note *) p. VII—XXXVII. Einen entschiedenen Angriff gegen die Bentham-Austinsche Doktrin macht Herb. Spencer, The man *versus* the state, London and Edinburgh 1888 (Aufsätze aus The Contemporary Review, April—July 1888) p. 78 and foll.: „The great political superstition“, wo es gleich anfangs heifst: „Der grofse politische Aberglaube vergangener Zeiten bezog sich auf das göttliche Recht der Könige; der grofse politische Aberglaube der Gegenwart ist das göttliche Recht der Parlamente. Das Salböl scheint unversehens von dem Haupt des Einen auf die Köpfe der Vielen getröpfelt zu sein und ihnen sowohl wie ihren Dekreten Heiligkeit vorliehen zu haben.“ — Auch einige der unmittelbaren Angehörigen der Schule (vgl. oben S. 14 Note*) verschliefsen sich durchaus nicht der Einsicht, dafs die Lehre ihres Meisters manche recht schwache Seite besitzt, z. B. Holland, Pollock und Hearn.

Umgekehrt können wir auf dem Kontinent von der „*Analytical School of Jurisprudence*“ noch manches lernen, insbesondere den Verzicht der echten Wissenschaftlichkeit auf die, der Ergänzung unserer rechtsphilosophischen Systeme seitens der Phantasie angebotene Hilfe, deren Benutzung noch so häufig verkehrter Weise als Idealismus bezeichnet wird.

3. Inwiefern auf dem europäischen Festlande seitens der Juristen selbst beachtenswerte Anstrengungen in rechtsphilosophischer Hinsicht gemacht werden, dafür wird man die Beweise schwerlich in systematischen Darstellungen der Rechtsphilosophie entdecken. Denn diese gehören samt und sonders zu den Ausläufern der (S. 9) erwähnten Schulen und werden, soviele ihrer auch erscheinen mögen, von den mafsgebenden juristischen Kreisen beharrlich abgelehnt. Wohl aber wird man Anzeichen dafür, dafs ein neuer rechtsphilosophischer Geist sich zu regen beginnt, durch die ganze sonstige Rechtslitteratur verstreut finden.

Wir besitzen nämlich bereits eine recht stattliche und sich neuerdings erfreulicher Weise rasch vergröfsernde Reihe von Untersuchungen über diesen oder jenen juristischen Grundbegriff, die eine oder andere Lehre, welche nicht einem Rechtsteil ausschliefslich, sondern der Rechtswissenschaft im allgemeinen angehören oder doch mehreren ihrer Abteilungen gemeinsam sind. Man bezeichnet sie daher auch kurzweg als „allgemeine Rechtslehren“. Sie werden mitunter unerwarteter Weise aus Anlafs der Erörterung scheinbar speciellster Detailfragen der juristischen Einzeldisciplinen, öfter noch als direktes Thema in besonderen Abhandlungen, zumeist aber in den generellen Lehren behandelt, wie man sie einleitungsweise den zahlreichen systematischen Darstellungen einzelner Rechtsteile oder encyklopädischen Übersichten des ganzen Rechtsgebietes vorauszuschicken pflegt.*

* Vgl. auch Wallaschek, Studien zur Rechtsphilosophie, Leipzig 1889, S. 109 ff., der die „Allgemeinen Teile“ der systematischen Darstellungen

Es finden sich unter diesen Untersuchungen, welche regelmäfsig garnicht prätendieren rechtsphilosophisch zu sein, nicht wenige, die es trotzdem sind, weil sie ihre Probleme eben tief genug fassen, rein wissenschaftlich explizieren und in echt philosophischem Geiste untereinander verknüpfen.

In diesen so mannigfaltigen Beiträgen, deren Urheber selbst es kaum zu bemerken scheinen, dafs sie Rechtsphilosophie treiben, und die so ganz ohne Absicht in rechtsphilosophische Regionen aufsteigen, daher sie auch fast garnicht durch die noch umgehenden Schatten der verblichenen Philosophie-Systeme beeinflufst erscheinen — in diesen Beiträgen glaube ich zahlreiche Ansätze zur Neubegründung eines Lehrgebäudes zu entdecken, das in sich die allgemeinsten Begriffe und Prinzipien aller Teile der Rechtswissenschaft zu vereinigen und die Brücke aus der juristischen Fachwissenschaft zur Philosophie als der umfassenden Centralwissenschaft zu bilden berufen sein dürfte. Zum mindesten helfen sie allesamt vor- und mitarbeiten an der Aufgabe, den Juristen jenes kostbare Terrain, das die Philosophen anzubauen unterlassen, als erb und eigen zu gewinnen, damit die Jurisprudenz sich endlich aus eigner Kraft eine systematisch ausgestaltete Philosophie ihres Objektes errichte, die sie ja garnicht missen kann, ohne mit der Zeit in trostlose Anarchie zu verfallen.

Der philosophierenden Litteratur der Juristen sind also, obwohl sie der Hauptsache nach nur den einen oder andern selbständigen Theil des Rechts zu schildern beabsichtigen, die besten unter den so zahlreichen Systemen der einzelnen Rechte zuzuzählen, sofern ihre Verfasser einem alten, für die rechtsphilosophische Tradition höchst bedeutungsvollen Brauch gemäfs dem System der einzelnen Lehren manche mehr oder minder ausführlich behandelte Theorie

moderner Rechtsordnungen die ganze, aber auch die einzige Rechtsphilosophie, die es überhaupt gibt, nennt, während man davon in den „Rechtsphilosophie“ betitelten Büchern nichts finde. Dem letztern Satze stimme ich bei, dem erstern nur mit dem Zusatz, dafs auch in recht zahlreichen Einzeluntersuchungen der jüngsten Zeit, wie z. B. seiner eigenen, einige wirkliche Rechtsphilosophie zu finden ist.

über den Begriff des Rechts, die Rechtsquellen und ihre Auslegung, die räumliche und zeitliche Geltung der Gesetze u. dgl. m. vorausschicken. Sie werden bekanntlich mit noch andern, z. B. geschichtlichen, litterarhistorischen und sonstigen Abteilungen zu einer „Einleitung“ zusammengefafst oder treten auch erst in einem etwaigen „Allgemeinen Teil“ auf. Am festesten sitzt diese Gewohnheit bei den Civilisten, demnächst bei den Kriminalisten, in deren Systemen diese oder jene Theorie — man denke nur an die unerschöpflichen Doktrinen über Grund und Zweck der Strafe — nicht selten zu einer förmlichen Monographie auswächst. Die Publizisten dagegen haben diese Sitte für Staatsrecht, Kirchenrecht und Völkerrecht nicht so allgemein rezipiert.

Man kann das nur bedauern. Natürlich müssen und werden die Schriftsteller, welche eine Disciplin des öffentlichen Rechts in einem geschlossenen System vorführen, sich auch eine Ansicht in betreff der juristischen Grundbegriffe gebildet haben, und bei jedem, der sie *ex professo* abzuhandeln unterläfst, gleich eine Unsicherheit in dieser Beziehung zu vermuten, wäre doch etwas voreilig. Indessen ist es offenbar etwas anderes, ob man dergleichen Ansichten unausgesprochen blofs für sich hegt oder ob man sich hinsichtlich derselben, da man sie der Oeffentlichkeit vorlegen soll, zur möglichsten Klarheit durchzuarbeiten genötigt sieht. Selbst der allergeringste Defekt in dieser Beziehung kann gewichtige Folgen für den Inhalt und Umfang des dogmatischen Details haben. Gar manches System des Staatsrechts würde wohl nicht so flagrante Widersprüche in seinen einzelnen Sätzen aufweisen, wenn der Darsteller sich im voraus zu bestimmten allgemeinen Rechtstheorien bekannt hätte, denn dadurch hätte er sich gezwungen, jedes einzelne Stück seines Systems auch in Abhängigkeit von diesem Bekenntnis zu halten; und manches System des Völkerrechts wäre wahrscheinlich bedeutend schmächtiger ausgefallen, wenn der Autor zuvor seinen Begriff vom Recht, dessen Bildungsformen u. s. w. definiert und bei der Umgrenzung des Stoffes sich unter der stetigen Kontrole dieser Definitionen gefühlt hätte.

Zuviel darf man davon freilich nicht erwarten. Liefsen sich doch genug systematische Darstellungen gleichviel welches Rechtsteiles nennen, worin die fundamentalen Lehren vorausgeschickt werden und trotzdem die Einzelheiten in vollster Unbekümmertheit um dieselben sich so bewegen, als hätte der Verfasser sich durch jene Erklärungen eigentlich zu nichts verbindlich gemacht. Auch finden sich alle Tage juristische Schriftsteller, die ganz differente Begriffe von Recht, Quelle oder dgl. nicht blofs unausgesprochen im Sinne führen, jenachdem was sie gerade vorhaben, eine privatrechtliche, strafrechtliche oder völkerrechtliche Frage, sondern auch ruhig in den verschiedensten Formulierungen von sich geben, jenachdem wie die nächsten Anlässe dazu geartet sind. Gestern kritisierte man das Völkerrecht in Grund und Boden, weil es nach einer soeben vorgetragenen Definition des Rechtsbegriffes irgendeines Essentiales desselben ermangelt; heute trägt man seinerseits im Strafrecht oder Staatsrecht ganz kaltblütig Sätze vor, die nur durch einen äufserst nachgiebigen Rechtsbegriff möglich werden; morgen wieder wird man ebenso gleichmütig einen weder zu strengen noch zu laxen Rechtsbegriff gelten lassen, um das hergebrachte System des Kirchenrechts nicht beschneiden zu müssen und doch seine Rechtsnatur durchgängig aufrechterhalten zu können. Bald behandelt man jedermann als Rechtsquelle, da man das Gewohnheitsrecht als selbständige Rechtsart retten möchte; bald soll die einzige Rechtsquelle der Staat sein, z. B. weil es gilt, sich der Übergriffe andrer Mächte zu erwehren; dann wieder läfst man die gesamte Menschheit ein schönes Weltbürgerrecht produzieren. Das schillert in allen Schattierungen und schwankt nach allen Richtungen unter den nämlichen positiven Rechtsverhältnissen, innerhalb der gleichen Schule, im selben Kopfe, als wenn „das Recht“ überhaupt nicht eins, sondern nur eine Mehrheit von gleichgiltig neben einander hergehenden Rechten wäre.*

* Mufs uns, wenn wir die Rechtstheorie der Philosophen mit derjenigen der Juristen vergleichen, nicht Francis Bacons Ausspruch (De augmentis scientiarum, Lib. VIII Cap. 3. Opera ed. Amstel. 1685 I p. 561): *„Atque philosophi proponunt multa dictu pulchra, sed ab usu remota; jurisconsulti autem, suae quisque patriae legum ... placitis obnoxii et addicti, judicio sincero non utuntur, sed tanquam e vinculis sermocinantur“* einfallen?

Man wird trotzdem gern anerkennen, dafs die in Rede stehenden Uebersichten über die allgemeine Theorie des Rechts, mit denen man die Lehr- und Handbücher der einzelnen Disciplinen einzuleiten pflegt, einen wichtigen Bestandteil der wissenschaftlichen Rechtslitteratur bilden, man wird sie geradezu für unentbehrlich halten. Ist dies doch ein ganz geeigneter Ort, wo die allgemeinen Lehren eines einzelnen Rechtsteiles mit den korrespondierenden Sätzen jedes anderen verglichen werden können, wo sich die Verknüpfung der obersten Rechtsdoktrinen mit den Prinzipien der nächstverwandten Wissenschaften leicht ermöglichen läfst, m. e. W. wo sich einerseits die Juristen verschiedener Specialitäten untereinander, andrerseits die positive und die philosophische Jurisprudenz die Hände reichen. Nur dafs sich zur Zeit in diesem Gebiet gewisse Umstände nachteilig geltend machen, die sonst so viel zur Hebung der Rechtswissenschaft beigetragen haben, während sie hier ein paar in die Augen springende Mängel erzeugen. Das ist einmal die immer weiter vorschreitende Arbeitsteilung innerhalb der juristischen Welt, sodann die blinde Verehrung vieler Fachjuristen für die Rechtstheorie der Historischen Rechtsschule.

Auf der immer weiter greifenden Differenzierung des Rechtsstoffes und der ihr stetig folgenden Arbeitsteilung unter den Juristen nämlich beruht die Erscheinung, dafs der systematische Bearbeiter eines Sonderteils auch für seine allgemeineren Dogmen, die er vorauszusenden sich veranlafst sieht, das Beweismaterial doch regelmäfsig nur diesem einen Rechtsteil entnimmt, während er, sofern die Tragweite seiner Sätze irgend über den Umkreis der betreffenden Disciplin hinausreicht, mindestens einen starken Succurs aus anderen Rechtsgebieten herbeiziehen sollte. Einmal siegt also der Drang, etwas Allgemeingiltiges aufzustellen; dann aber

macht sich wieder die Furcht geltend, man könnte in demjenigen Material, welches man weniger sicher beherrscht, fehlgreifen, und so entstehen denn Behauptungen, abstrakte Lehrsätze, die viel weiter zielen, als die angeführten Gründe und Beweise ihrer Natur nach überhaupt zu reichen vermögen. Sie werden aufgestellt in der Hoffnung, dafs der Arbeiter im Nachbarfelde ihnen seinerseits mit Stützen zu Hilfe kommen könne und werde, und wenn man sich darin verrechnet, so schweben sie eben in der Luft. Vielleicht wirft sie jener Nachbar selber nächstens um. Die meisten Definitionen der juristischen Grundbegriffe, wie sie jetzt gang und gäbe sind, z. B. die vom „subjektiven Recht", „Rechtsschutz", „Rechtszwang" und dgl. m., leiden an diesem konstitutionellen Fehler. Man kann eben durchaus nicht solche allgemeine Begriffsbestimmungen oder Theoreme für das ganze Recht oder grofse Partien desselben statuieren, ohne sich über die engen Schranken der einzelnen Abteilung zu erheben.

Die andere der erwähnten Fehlerquellen ist in der kritiklosen Unterwerfung unter die Rechtslehre der Historischen Schule seitens vieler Fachjuristen zu suchen. Unsere Systematiker, zumal die des Civilrechts, befinden sich hinsichtlich ihrer allgemeineren Theorien im grofsen und ganzen noch viel zu sehr im Banne derjenigen rechtsphilosophischen Ansichten, welche einstmals durch die ersten Führer jener Schule vertreten wurden. Im Grunde handeln sie ja selbst gegen das historische Prinzip, wenn sie ihre Rechtstheorie nach keiner Dimension, weder in die Breite noch in die Tiefe, weiter entwickeln, als die Savigny und Puchta für nötig hielten, und so bleibt dieselbe einerseits lückenhaft, andrerseits oberflächlich im Vergleich zu dem, was sich hierin ganz unbeschadet der exaktesten Methode erreichen liefse. Die Theorie jener genialen Juristen von der Entstehung des Rechts bildete wohl damals eine scharfe Waffe gegenüber dem Naturrecht, enthält jedoch keineswegs die allendliche und erschöpfende Wahrheit über alle und jede Rechtsbildung, wie denn namentlich einige ihrer wichtigsten Aufstellungen, z. B. die Lehren vom „Gewohnheitsrecht" und

„Juristenrecht", längst nach verschiedenen Seiten unhaltbar geworden sind.

Vor allem ziehen unsere Systematiker — und das ist ein Symptom wissensfeindlicher Genügsamkeit — nach wie vor den Kreis der allgemeinen Theorien über das Recht viel zu eng und lassen alles aufser den wenigen Hauptlehren, welche schon durch die Koryphäen der historischen Juristenschule traktiert worden sind, draufsen, als wenn es notwendigerweise juristisch unrein wäre. Dadurch aber haben die im allerengsten Sinne historischen Juristen entschieden zur Degradation der Rechtswissenschaft beigetragen und den andern Wissenschaften Anlafs gegeben, die heutige positive Jurisprudenz überhaupt nicht mehr für eine echte Wissenschaft, sondern für eine blofse Gesetzeskunde, nach Analogie von Pflanzenkunde im Vergleich zur Botanik u. dgl., anzusehen. Je enger die strengen Juristen ihrerseits das Weichbild der noch durch sie selbst zu bewältigenden Rechtstheorie, Rechtsphilosophie, Allgemeinen Rechtslehre oder wie man es sonst nennen möge, umgrenzten, mit um so mehr Aussicht konnten von jeher die pseudorechtsphilosophischen Gebilde verschiedener Art den vakanten Ehrenplatz in der Rechtswissenschaft für sich in Anspruch nehmen.

Die Pietät der Systematiker gegen die grofsen Neubegründer unserer Wissenschaft nimmt aber nachgerade den Charakter der Zaghaftigkeit an, wenn sie die wenigen rechtsphilosophischen Ansichten derselben auch materiell nicht anzutasten wagen oder doch jeden ihrer endlich nicht mehr zu ignorierenden Fehler möglichst verkleinern. Als wenn die Grundidee und Methode der Historiker, kraft welcher thatsächlich in wenigen Jahrzehnten eine neue reiche Rechtswissenschaft emporblühte, nicht allein schon zu ihrem unvergänglichen Ruhme hinreichten! Man korrigiert da wohl manch ein unvorsichtiges Wort, erweitert auch hier und da einen zu eng gefafsten Satz, ja man deutet auch ganz offen auf eine unhaltbare These hin. Aber alles das sieht so aus, wie wenn es mehr zufällig geschehe, als infolge planmäfsiger Untersuchung der Fundamente dieser Lehren im ganzen und im

einzelnen. Um es kurz zu sagen: mittels jener der Tradition gemäfs angelegten „Einleitungen“ resp. „Allgemeinen Lehren“ der umfassenderen Darstellungen specieller Rechtsgebiete schleppen sich ebenso traditionell vielerlei Theoreme von Werk zu Werk, von Geschlecht zu Geschlecht, ohne dafs man ihre Gesundheit der notwendigen kritischen Quarantäne unterwürfe. Man nimmt sie auf Treu und Glauben an und reicht sie weiter, und das geht so lange fort, bis von irgendwoher ein kräftiger Stofs gegen diesen Urväter-Hausrat geführt wird, der das eine oder andere Stück endlich in Scherben wirft. Wie unbehelligt z. B. wucherte der Begriff „Gesetz“ in der naivsten Conception aus einem System ins nächste hinüber, bis endlich ein scharfsinniger Staatsrechtslehrer ihn kräftig anfafste und seiner erheuchelten Schlichtheit entkleidete: nun steht er mitten in dem Gewoge einer lebhaften, immer tiefer greifenden Kontroverse, aus der jedenfalls ein bedeutender Gewinn hinsichtlich seiner und noch anderer Grundbegriffe resultieren wird. Wer möchte prophezeien, was das schon erwähnte alte Inventarstück „Gewohnheitsrecht“ schliefslich noch alles über sich bekennen wird, wenn man es fortgesetzt so energisch foltert, wie neuerdings bereits geschehen? Und wie lange wird sich überhaupt unsere ganze poröse Lehre von den „Rechtsquellen“ so hin- und herschütteln lassen, ohne zu zerfallen?

Wir sind allerdings Erben jener Väter der historischen Richtung und zumeist auch ihre Anhänger in der Grundidee. Allein wir stehen zugleich auf ihren Schultern und können daher weiter, erfreuen uns schärferer Beobachtungsmittel und wollen daher auch tiefer sehen als sie. Sollen wir also eine Rechtsphilosophie haben von einem Umfange, wie das heutige Wissen ihn ermöglicht, und aus lauter Elementen so klar, wie die peinlichste Analyse der Begriffe sie nur irgend zustande bringen kann, dann müssen wir vor allem die Umzäunung, welche die ersten Historiker aus Gründen, die für uns nicht mehr mafsgebend sind, um ihre philosophische Rechtslehre gezogen haben, wegräumen und überdies allerhand Überreste dunkler Herkunft, die uns da noch im Wege

stehen, unerbittlich ausrotten. Gewifs, auch den Jünger der Wissenschaft ziert Pietät gegen die Ahnen — die Wissenschaft als solche ist das pietätloseste Ding von der Welt. Durch die Historische Schule, aber über die Historische Schule hinaus! Diese Variation eines bekannten Wortes v. Jherings möchte ich die Rechtsphilosophie sich zur Devise wählen sehen. Sie allein, von den Juristen selbst bei allen Fundamentallehren ihrer Wissenschaft durchgeführt, kann die letztere vor einer abermaligen Invasion der in alle Breschen eindringenden Naturrechtlerei bewahren.

4. Und nun zuletzt zu denjenigen litterarischen Erscheinungen, in welchen wir die eigentlichen Vorboten einer verjüngten Rechtsphilosophie der Juristen, nicht der Philosophen, erblicken dürfen.

Sie lassen sich nicht zu einer Gruppe zusammenfassen und mit einem passenden Namen bezeichnen, da sie kein äusserliches Erkennungszeichen gemein haben, aufser der Tendenz der kritischen und analytischen Untersuchung fundamentaler Rechtslehren vom Standpunkt des positiven Rechts. Teils als besondere selbständige Monographien, teils als blofse Einschiebsel anderweitiger Schriften durch die ganze Rechtslitteratur verstreut auftretend, kennzeichnen sie überall den Prozefs der Zersetzung überkommener Vorstellungen, aufserdem aber auch das Bestreben der Theorie, aus der Gährung geläuterte und geklärte Elemente zur Rekonstruktion der schwankenden Rechtslehre zu gewinnen.

So nehmen von den ausgezeichnetsten der im Dienste unserer Wissenschaft thätigen Fachmänner die einen immer mehr die Gewohnheit an, bei jeder zu untersuchenden Einzelheit auch ihr Verhältniss zum Ganzen zu ermitteln und darzulegen — sie philosophieren also, nicht gleich in vollständigen Systemen, aber doch im beschränkten Kreise. Andere bemühen sich, durch sichere Schlüsse und vorsichtige Verallgemeinerungen aus dem unübersehbaren Detail des Rechtsstoffes gewisse allgemeine Begriffe und Lehrsätze für das ganze Rechtsgebiet zu gewinnen — sie generalisieren mithin und

erheben sich zu Abstraktionen, welche entschieden nicht mehr den einzelnen Zweigen der positiven Rechtswissenschaft angehören. Am bemerkenswertesten jedoch sind die direkt der Untersuchung juristischer Grundbegriffe gewidmeten Arbeiten, bei denen man sich doch, man möge es nun zugeben oder nicht, regelmäfsig in rechtsphilosophische Sphären begibt. Und endlich greift der Gedanke einer zu schaffenden „Allgemeinen Rechtslehre", worunter man sich einen noch undeutlich begrenzten Komplex von allgemeinen Rechtslehren resp. die litterarische Darstellungsform der irgendwie gegliederten Gesamtheit solcher Lehren vorstellt, immer weiter um sich. Ist diese „Allgemeine Rechtslehre" nicht am Ende nur eine neue Flagge an Stelle der diskreditierten alten „Philosophische Rechtslehre"? Bedeutet sie nicht blofs ein Pseudonym für die Rechtsphilosophie, an deren Namen sich das Mifstrauen gerade der juristischen Kreise zu heften pflegt, oder wenigstens für einen integrierenden Bestandteil derselben?

Mögen auch noch so Viele gegenwärtig schon den blofsen Namen der Rechtsphilosophie perhorreszieren — immer noch eine Nachwirkung der auf die gewaltsamen Spekulationen der Philosophen, welche den Himmel stürmen wollten, folgenden Depression — soviel scheint doch unzweifelhaft: der Drang nach Vertiefung und Verallgemeinerung gewisser Hauptbegriffe und -Lehren der Rechtswissenschaft läfst sich auf die Dauer nicht mit einzelnen Brocken abspeisen, sondern mufs über kurz oder lang zur systematischen Rechtsphilosophie auf neuen Grundlagen führen. Und ist eine methodisch begründete, juristische Rechtsphilosophie nur erst der Sache nach wieder vorhanden, dann wird dieser ihr rechter Name auch wieder zu Ehren kommen, allerdings aber etwas vollkommen anderes bedeuten als ehemals. Irgendwelche Nachsicht in Beziehung auf die Ansprüche strengster Wissenschaftlichkeit, irgendwelches Zugeständnis rücksichtlich der angeblichen Berechtigung von Idealen im Bereich irgendeines Zweiges ihrer Wissenschaft darf und wird die Jurisprudenz niemals mehr gewähren. Sie wird daher eine Rechtsphilosophie

der Zukunft als ein existenzberechtigtes und lebensfähiges Glied einzig und allein in dem Sinne, in welchem „Vollblutjuristen" dieselbe sich überhaupt vorzustellen vermögen, ihrem Organismus angliedern lassen, nämlich als eine Philosophie des positiven Rechts.

Wenn ich an einem Teile der hier ins Auge gefafsten analysierenden und konstruierenden Untersuchungen eine allgemeine Ausstellung machen darf, so ist es die, dafs ihre Verfasser die erforderliche Vertrautheit mit der geschichtlichen Entwicklung der Philosophie und der Rechtsphilosophie vermissen lassen. Es sind das natürlich nur Ausnahmen. Aber es erscheint doch Mancher vor dem Publikum, der sich der Verpflichtung, erst in die immense Denkarbeit früherer Zeiten tiefere Einsicht zu nehmen, bevor er selbst sich auf einem so schwierigen Gebiet versucht, schlechthin überhoben glaubt. Als wenn die Geschichte der Rechtsphilosophie wirklich nichts böte, denn ein Register von lauter Wahngebilden, aus dem füglich auch nur Irrtum und Verwirrung zu holen wäre! Da passiert es ihm denn gar leicht, dafs er eine alte, vielleicht sogar eine längst abgethane alte Meinung mit freudiger Erregtheit als funkelneue „Idee" vorträgt. Indessen darf man doch die rechtsphilosophischen Ideen so wenig geschichtlich isolieren, wie das Recht von heute oder gestern selber, und es liegt eine schwere Selbsttäuschung darin zu glauben, dafs man heute eine ganz originale Philosophie des Rechts beginnen könne, die mit der von gestern nichts zu schaffen hätte. Vielleicht ist auch ein persönlicher Grund für die Unreife einzelner dieser Publikationen in dem Umstande zu suchen, dafs ihre Urheber sich mit dem Selbstvertrauen der Jugend glaubten an Aufgaben wagen zu dürfen, an Probleme und Lösungen, deren Tragweite und namentlich deren Beweismaterialien für und wider niemand ohne langwierige Studien zu überblicken vermag. Es ist freilich so naheliegend wie lobenswert, dafs ein jeder sich beim Eintritt in den Dienst der Wissenschaft alsbald auch über die letzten Fragen derselben eine eigene Meinung zu bilden sucht; ob aber ein Gleiches hinsichtlich der eiligen Veröffentlichung von dergleichen Meinungen

gelte, darüber ist die Mitwelt oft anderer Ansicht als der zuversichtliche Autor.

Dagegen ist in dem gediegenen Teil dieser Arbeiten, an denen sich gerade unsere tüchtigsten Theoretiker mit Vorliebe beteiligen, anerkannter Weise vielerlei enthalten, das sich durch Neuheit der Fragestellung und Scharfsinnigkeit der Lösungsversuche auszeichnet.* Was ihnen allen eigen, das ist eine

* Da ich auf diese neueste deutsche Litteratur der allgemeinen Rechtslehren (über die englische vgl. oben S. 12 ff.) noch wiederholt Bezug nehmen mufs, so will ich hier wenigstens die hauptsächlichsten der zu ihr gehörigen Schriften anführen. Trotzdem sie vielfach und oft lebhaft untereinander differieren, glaube ich doch eine gewisse Zusammengehörigkeit folgender Werke und Aufsätze, sämtlich von Juristen verfafst, annehmen zu dürfen: Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäfsige Handlung und die Arten des Delikts, Leipzig I 1872 (2. Aufl. 1890), II 1877; Das Problem der Strafe, 1877 (in der Zeitschr. f. d. Privat- und öff. Recht, IV S. 417 ff.); Handbuch des Strafrechts, I Leipzig 1885 (bes. die Einleitung u. das I. Buch). R. v. Jhering, Der Kampf ums Recht, (1872) 9. Aufl. Wien 1889; Der Zweck im Recht, (1877—83) 2. Aufl. Leipzig I 1884, II 1886. Schwanert, Gesetz und Gewohnheit, (Rede) Rostock 1873. A. Merkel, Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positiven" Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben, 1874 (in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, I S. 1 ff., 402 ff.); Über den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht und Gesellschaft, 1876—77 (daselbst III S. 625 ff., IV S. 1 ff.); Recht und Macht, 1881 (im Jahrb. f. Gesetzgeb., Verwaltung u. s. w., N. F. V S. 439 ff.); Juristische Encyklopädie, Berlin u. Leipzig 1885 (bes. §§ 2—363); Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft, 1890 (in v. Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswiss., 5. Aufl. S. 5 ff.). Bierling, Das Wesen des positiven Rechts, 1876 (in d. Zeitschr. f. Kirchenrecht, XIII S. 256 ff.); Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Gotha I 1877, II 1883; Strafrechtsverhältnis und Strafprozefsverhältnis, 1890 (in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. X S. 251 ff.). Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, (1876—1882) 2. Aufl. Freiburg i. Br. I 1888 (bes. Cap. V u. VI); Zur Lehre vom Budgetrecht, 1886 (im Archiv f. öff. Recht, I S. 172 ff.). R. v. Stintzing, Macht und Recht, (Rede) Bonn 1876. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig 1877. Sohm, Der Begriff des Forderungsrechts, 1877 (in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, IV S. 457 ff.). P. Müller, Die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts, Leipzig 1877. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878; Der Rechtsbegriff, 1880 (in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, VII S. 231 ff.); Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, 1890 (im Archiv f. öff. Recht, V S. 149 ff.). Jellinek, Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien 1878; Gesetz und Verordnung, Freiburg i. B. 1887. O. Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, 1879 (im Archiv f. d. civilist. Praxis, LXII [N. F. XII] S. 1 ff.); Dispositives Civilprozefsrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, 1881 (daselbst LXIV [N. F. XIV] S. 1 ff.); Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885. Wach, Defensionspflicht und Klagerecht, 1879 (in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, VI S. 515 ff., 593 ff.). Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879; Gewohnheitsrecht und Irrtum, 1883 (im Archiv f. d. civilist. Praxis, LXVI [N. F. XVI] S. 323 ff.). Dahn, Vernunft im Recht. Grundlagen der Rechtsphilosophie, Berlin 1879; Bausteine IV, 1: Rechtsphilosophische Studien, Berlin 1883. Windscheid, Wille und Willenserklärung, 1880 (im Archiv f. d. civilist. Praxis LXIII [N. F. XIII] S. 72 ff.). F. v. Martitz, Über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes, 1880 (in d. Zeitschrift f. d. ges. Staatswiss. XXXVI S. 207 ff.). G. Meyer, Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats, 1881 (in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, VIII S. 1 ff.); Der Anteil der Reichsorgane an der Reichsgesetzgebung, Jena 1889 (in d. Festgabe für R. v. Gneist v. d. jur. Fac. in Jena). Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, 1881 (im Archiv f. d. civilist. Praxis, LXIX [N. F. XIX] S. 275 ff.). R. Leonhard, Ein Beitrag zu der allgemeinen Civilrechtslehre und zu der Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts, 1883 (in d. Zeitschrift f. d. Privat- u. öff. Recht, X S. 1 ff.). R. Loening, Ueber geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, 1883 (in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss., III S. 219 ff.). Rosin, Souveränetät, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, 1883, (in d. Annalen d. Deutschen Reiches, 1883 S. 265 ff.). Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, 1883 (im Jahrb. f. Gesetzgeb., Verwalt. u. s. w., N. F. VII S. 1097 ff.). A. Schultze, Privatrecht und Prozefs in ihrer Wechselbeziehung. Grundlinien einer geschichtlichen Auffassung des heutigen Civilprozefsrechts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere zur Lehre vom sog.

gewisse lebensvolle Frische in der ganzen Art der Anlage und Weise der Durchführung, gepaart mit einer so starken Zuversicht in die Fruchtbarkeit ihrer Arbeit um der Richtigkeit der Ziele willen, wie sie nur die absolute Sicherheit in der Wahl des Standpunktes geben kann. Hiervon aber, dafs der Standpunkt gewählt werde inmitten des Rechtslebens der Wirklichkeit, welches die Wissenschaft als solche weder zu rühmen noch zu beklagen hat, sondern zu begreifen suchen mufs, ist schliefslich der objektive Wert all unsres Ringens nach Erkenntnis abhängig.

Eins aber mangelt diesen Denkern noch in vielen wichtigen Beziehungen: Einigkeit, und wo sie vorzuliegen scheint, da ist es eben meistens blofser Schein. Am wenigsten bedenklich ist dies noch, falls man in der Sache leidlich harmoniert und nur um die Worte hadert; schlimmer schon,

Gewohnheitsrecht, Freiburg i. B. I 1883. Stoerk, Zur Methodik des öffentlichen Rechts, 1885 (in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, XII S. 80 ff.); Studien zur sociologischen Rechtslehre, 1886 (im Archiv f. öff. Recht, I S. 541 ff.). Zorn, Gesetz und Verordnung nach deutschem Reichsstaatsrecht, 1885 (in d. Annalen d. Deutschen Reiches, 1885 S. 301 ff.); Gesetz, Verordnung, Budget und Staatsvertrag, 1889 (daselbst 1889 S. 344 ff.). Kohler, Über die Interpretation von Gesetzen, 1886 (in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, XIII S. 1 ff.); Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, 1887 (in d. Jahrbüchern f. d. Dogmatik u. s. w., XXV [N. F. XIII] S. 262 ff.). E. Seligmann, Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, (Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag I) Berlin u. Leipzig 1886. Gareis, Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, Giessen 1887 (bes. §§ 1—14). Prazak, Das Budgetrecht und die Lehre von den formellen Gesetzen, 1887 (im Archiv f. öff. Recht, II S. 441 ff.). Gluth, Genehmigung und subjektives Recht, 1888 (daselbst III S. 569 ff.). Stammler, Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, Halle 1888 (in d. Festgabe zu Windscheids Jubil. von Stammler u. Kipp). Brie, Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, 1889 (im Archiv f. öff. Recht, IV S. 1 ff.). G. Rümelin d. J., Das Gewohnheitsrecht, 1889 (in d. Jahrbüchern f. d. Dogmatik u. s. w., XXVII [N. F. XV] S. 153 ff.). A. Franken, Vom Juristenrecht, Jena 1889 (in d. Festgabe d. jur. Fac. in Jena z. Jubil. R. v. Gneists). F. v. Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, Berlin u. Leipzig 1889 (in d. Beiträgen zur Erl. u. Beurt. d. Entw. eines bürgerl. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich, herausg. v. Bekker u. Fischer, Heft 5). Ehrenzweig, Über den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit, Wien 1889. Dyroff, Rechtssatz und Gesetz, zunächst nach baierischem Staatsrecht, 1889 (in den Annalen d. Deutschen Reiches, 1889 S. 817 ff). — Als verwandte Beiträge von Nichtjuristen wüfste ich, aufser den bereits erwähnten von Schuppe (vgl. oben S. 4 Note **) und Wallaschek (vgl. oben S. 7 Note*), nur zu nennen G. Rümelin, Reden und Aufsätze, Tübingen 1875 S. 1 ff.: Über den Begriff eines socialen Gesetzes (zuerst in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. XXIV 1868 S. 129 ff.) u. S. 62 ff.: Über das Rechtsgefühl; Reden und Aufsätze, N. F. Freiburg u. Tübingen 1881 S. 317 ff.: Eine Definition des Rechts, und G. Schmoller, Über einige Grundfragen des Rechts und der Volkswirtschaft. Sendschreiben an H. v. Treitschke, 2. Aufl. Jena 1875 (aus Jahrb. f. Nationalök. u. Statist., Bd. XXIII 1874 u. XXIV 1875).

wenn man zugleich um die Dinge und die Ausdrücke dafür streitet; am gefährlichsten, sofern die Uebereinstimmung der Worte über die sachlichen Differenzen hinwegtäuscht. Im Grunde ist man in dieser kleinen Gemeinde gerade über die wichtigsten Fragen am wenigsten einig. Innerhalb welches Bannkreises können denn die Probleme aller und jeder ernsten Rechtswissenschaft, also auch die rein theoretischen und rechtsphilosophischen, im allgemeinen belegen sein und welche Schranken sind dem zuverlässigen Wissen vom Recht überhaupt gezogen? Welche Methode — empirische oder aprioristische, induktive oder deduktive, historische oder vergleichende u. s. w. — ist die dem Objekt der Rechtslehre adäquate? Vor allem aber: wie mufs der Rechtsbegriff selbst gefafst werden, dieser Kompafs, ohne den man doch auf dem uferlosen Meere der Rechtsgeschichte und „Vergleichenden Rechtswissenschaft", von der jetzt so viel die Rede ist, der Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie wohl abenteuerliche Fahrten, aber gewifs keine planmäfsigen Entdeckungsreisen unternehmen kann? Ueber alle diese Dinge gibt es unter den Theoretikern der Gegenwart eine kaum übersehbare Menge von Meinungen, an denen neben der grofsen Zahl und dem vielfältigen Widerstreit leider auch nicht wenig Unklarheit zu bemerken ist. Dazu gesellt sich eine solche Unbeholfenheit der wissenschaftlichen Terminologie, welche nicht schnell genug der bedürfnisgemäfs fortschreitenden Änderung, feineren Schattierung und Zuspitzung der Begriffe zu folgen vermag, ja eine förmliche, durch die gelegentlichen etymologischen Exkursionen der Juristen nie verminderte, dagegen durch vielfache Nachlässigkeiten der Gesetzbücher fortgesetzt gesteigerte Verwilderung der Ausdrucksweise, dafs dem Leser unwillkürlich wehmüthige Klagen entschlüpfen würden — wenn er nicht eben ein Jurist wäre und als solcher gewöhnlich ein sarkastisches Epigramm jeder Elegie vorzöge.

Indessen ist diese Zerfahrenheit der Gedanken sowohl als auch die sprachliche Verwirrung für die Rechtstheorie unserer Zeit bis zu einem gewissen Grade nur ganz natürlich. Liegen doch die Überreste zerbröckelter Systeme noch so innig an-

und durcheinander gelagert mit den Materialien künftiger, woran die Gegenwart eben erst zu schaffen begonnen; vermischen sich doch so vielfältig die angelernten Begriffe und Ideen einer absterbenden alten mit den ihnen immerhin verwandten Elementen einer kommenden neuen Rechtsphilosophie, dafs gewifs niemand, der auf dieser Grenzscheide steht, mit absoluter Sicherheit die eine Art von der andern zu trennen vermag. Und was die Sprache betrifft, so ist auch die reichste immer noch von der zähesten Sparsamkeit, die nichts Neues hergibt, solange man sich, sei es noch so kümmerlich, mit dem Alten durchzuhelfen vermag. Schliefslich haften ja nicht blofs speciell dem hochstrebenden Teil der juristischen Litteratur, sondern dem wissenschaftlichen Schrifttum der Gegenwart insgemein die gleichen Hauptmängel an. Es spiegelt sich darin einfach der Zustand der heutigen Wissenschaft und ihrer Literatur überhaupt wieder: die Unruhe und Hast des theoretischen Zweifelns, Fragens, Suchens, das nichts mehr naiv hinnimmt, sondern in dem Selbstverständlichsten gerade die quälendsten Probleme entdeckt, während an allen Ecken und Enden die geeigneten Ausdrücke fehlen, um die Fragen und Antworten unmifsverständlich zu formulieren. Und da wollen die Puristen uns auch noch die Fremdwörter nehmen!

Jedenfalls wächst seit der Wiederaufrichtung der tiefgesunkenen Rechtswissenschaft durch die Historische Schule der Lorbeer bei uns nicht mehr so niedrig, wie zu den Zeiten, da Naturrecht und sonstige Richtungen einer frei spekulierenden Philosophie ausschliefslich das Wort führten. Mit kühnen Hypothesen, geistreichen Reflexionen, politischen und sociologischen Axiomen allein ist es nicht mehr gethan. Auch die Rechtsphilosophie ist, wie alle Jurisprudenz, eine dreifach gebundene Wissenschaft. Sie ist gebunden durch die gegebenen Objekte: die Institutionen des positiven Rechts; gebunden durch die einzige wissenschaftliche Methode: einerseits stufenweise Abstraktion und Generalisation aus festen Thatsachen empor zu den unmittelbaren Prämissen der Deduktion, andrerseits Verifizierung hypothetischer Sätze rückwärts durch die ganze Stufenfolge der Abstraktionen hinab bis auf rechtliche Thatsachen; gebunden endlich durch das Mafs des Fortschrittes der anderen Geisteswissenschaften, namentlich der Psychologie, in welche viele rechtsphilosophische Probleme zuletzt auslaufen. Niemand vermag irgendetwas Gescheites, also auch nichts Philosophisches, über das positive Recht, das einzige, das Objekt eines Wissens sein kann, vorzubringen, der nicht eine entsprechend weite Zone positiver Rechtswissenschaft bis in eine genügende Tiefe beherrscht. Auch wird keiner schwindelfrei den sich stetig verengenden Pfad der philosophischen Abstraktion vorwärtsschreiten, der sich nicht durch zuverlässige Methode mit dem Boden der Wirklichkeit in Verbindung erhält. Niemals endlich wird man ein juristisches Theorem, ein rechtsphilosophisches Dogma aufrechterhalten können, wenn nicht die darin steckenden Induktionen aus den Phänomenen des Rechtslebens auch Schlufs für Schlufs bei der Kontrole durch feststehende Sätze der andern Wissenschaften bestätigt werden.

Alle Rechtsphilosophie ohne gewissenhafteste Unterordnung unter diese drei Sätze mufs dem Juristen ein mehr oder weniger dilettantisches Spiel scheinen, und er wird, da die erste der genannten Voraussetzungen — die genügende Rechtskenntnis — nicht so leicht erfüllbar ist, vorläufig eher von den Philosophie treibenden Juristen als von den schwachen Juristen im Lager der Philosophen die Rechtsphilosophie der Zukunft erwarten.

So wären wir denn wieder bei dem Glaubenssatz angelangt, von dem wir (S. 7) ausgegangen: es bleibt uns Juristen nichts übrig, als auf eigene Hand über das Recht zu philosophieren. An Fachgenossen, die sich bei der Wiederherstellung der Rechtsphilosophie zu beteiligen gesonnen sein dürften, wird es voraussichtlich nicht fehlen. Allerdings ist ihre Zahl gegenwärtig noch nicht sehr grofs, kein formuliertes Credo einigt sie, und ihre Hoffnungen begegnen in den weitesten juristischen Kreisen noch der kühlsten Indifferenz, wenn nicht gar dem spöttischen Bedauern allzu skeptischer

Geister wegen dieses ihres unausrottbaren „metaphysischen Bedürfnisses“, das natürlich wieder einmal in die Irre führen werde. Daneben jedoch hegen, wie man aus manchen Symptomen entnehmen kann, viele Juristen strengster Observanz die Ueberzeugung, es müfse dem gleichgiltigen Nebeneinanderhergehen der verschiedenen zusammengehörigen Teile der Jurisprudenz, dieser souveränen Kleinstaaterei innerhalb der einen Rechtswissenschaft, insofern ein Ende gemacht werden, als man irgendeine Form der Verbindung, wenigstens eine Sammelstelle konstruiert, in welche die regierenden Begriffe und Prinzipien aus allen Provinzen der Jurisprudenz zusammenströmen.

Ueber Umfang und Inhalt, Form und Namen dieses allgemeinsten Teiles der Rechtswissenschaft, letztere in ihrer Totalität genommen, gehen die Vorstellungen vielfach auseinander. Aber dafs der Gedanke gedacht wird, dafs eine gewisse Sehnsucht, ihn die Gestalt eines eigenen, mitten unter den partikulären „Fächern“ und zugleich gewissermafsen über ihnen wie eine Reichsgewalt über den Bundesstaaten sich erhebenden juristischen Lehrgebäudes annehmen zu sehen, existiert, daran ist nicht zu zweifeln. Er ist nicht allein wiederholt verlautbart worden, sondern man hat auch schon direkt die Frage aufgeworfen, wie man sich wohl vom Standpunkt der positiven, jeder müssigen Spekulation abgeneigten Wissenschaft des Rechts eine solche Centralisation vorstellen dürfe.* Das Bedürfnis geht schon aus den soeben besprochenen, fachmännischen Kreisen entstammenden Beiträgen der allerneuesten Zeit zur Revision und Definition der juristischen

---

* Vgl. vorläufig A. Merkel, Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft u. s. w., 1874 (in der Zeitschrift f. d. Privat- u. öff. Recht, I S. 1 ff., 402 ff.), die abweichende Meinung von R. Schütze, Die Stellung der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft u. s. w., 1879 (daselbst VI S. 1 ff.) und jetzt wieder A. Merkels Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft, 1890 (in v. Holtzendorffs Encyklopädie u. s. w. 5. Aufl. S. 5 ff.). Eine ausführliche Erörterung dieser Frage, deren Bedeutsamkeit auf der Hand liegt (vgl. diese „Einleitung“ weiter unten sub. IV, bes. S. 95 ff.), wird in der II. Abhandlung folgen.

Grundbegriffe hervor. Dieselben überschreiten jedenfalls, ohne sich doch vom geltenden Recht abzulösen, den Stoffkreis des einzelnen Rechtsteils, durchbrechen mit mehr oder weniger Entschiedenheit die engen Grenzen der Rechtstheorie der Historischen Schule, suchen Fühlung mit den Ergebnissen der exakten Forschung anderer Wissenschaften und geben ihre eigenen Definitionen und Dogmen nicht für Dinge aus, die eine einsame und unabhängige Existenz für sich führen, sondern wollen sie überall verstanden wissen als organische Bestandteile neben und unter anderen Begriffen oder Lehrsätzen, die eine nähere oder entferntere Beziehung zum Recht haben — nun, und was könnte dieser ideelle Gesamtkörper wohl Anderes sein, als ein System der Philosophie des positiven Rechts?

Als die Rechtsphilosophie im Verein mit der Metaphysik einen gar zu hohen Flug nahm, da schmolzen ihr die wächsernen Flügel und sie that einen tiefen Fall. Wenn sie sich jetzt wieder erheben will, so ist es nicht, um nochmals zu fliegen, sondern um bedächtig schrittweise eine Höhe hinanzuklimmen, von der aus sie Umschau über das Recht, das schlechte irdische Recht der Menschen halten kann, und sie wird sich die Sonne dazu scheinen lassen, ohne sie erreichen zu wollen. —

Die wissenschaftliche Arbeit ist eine kollektive und progressive. Es geht von dem einmal Erarbeiteten wenig verloren, dürfte garnichts verloren gehen. Jedoch besteht ein gewisser Verlust, eine Art *lucrum cessans*, auch schon in der Einbufse an Arbeitskraft, welche der Wissenschaft dadurch entzogen wird, dafs manche Probleme, die vielleicht ein für alle mal abgethan werden könnten, wegen der besonderen Zustände einer Epoche in jedem Kopfe von neuem ansetzen müssen.

Dergleichen nicht unvermeidliche Hindernisse der kollektiven und progressiven Arbeit auf dem Gebiete der allgemeinen Rechtstheorie im weitesten Sinne, d. h. die Rechtsphilosophie miteingeschlossen, liegen zur Zeit, scheint es, vornehmlich in folgenden Umständen.

Einmal nämlich wird die Bedeutung der Terminologie vielfach unterschätzt, und das rächt sich natürlich bei so schwierigen Gedankenreihen der abstraktesten Art auf Schritt und Tritt. Man möchte sich innerhalb eines Kreises im grofsen und ganzen gleichgesinnter und ihre Übereinstimmung auch fühlender Denker verständigen — und man versteht sich, wegen der argen Korruption der technischen Terminologie, nicht einmal richtig.

Ferner streitet man ohne Ende um die Grundbegriffe der Jurisprudenz und verfällt doch nur selten darauf, die Vorfragen: aus welchen Einzelerscheinungen und in welcher Richtung diese Begriffe denn zu abstrahieren seien, gründlichst klarzustellen. Was hilft es aber, Behauptungen gegen Behauptungen zu setzen, dieselben nach allen Seiten zu drehen und zu wenden und alle ihre Variationen auf das schönste zu beleuchten, wenn man nicht ihre Triftigkeit beweist, was doch nur aus den Prämissen geschehen kann. Alte Begriffe werden verworfen ohne dafs ihr Todesurteil immer recht motiviert würde, neue ins Leben gesetzt ohne dafs man es für notwendig erachtete, ihnen die beiden Eigenschaften mitzugeben, in welchen allein sie ihre Existenzberechtigung finden könnten: Schärfe und Fruchtbarkeit. Die Methode der Begriffsbildung — ja davon wird wohl mancherlei geredet, aber was steht hinsichtlich dieses Nolimetangere eigentlich fest?*

Endlich fehlt es selbst unter denjenigen Theoretikern, welche mit bewufster Absicht über die Grenzen eines oder einiger Specialfächer hinausstreben und sich in diesen Bemühungen einig wissen, wegen der Arbeitsteilung und des daraus folgenden Partikularismus an einem genügenden Zusammenhang auch hinsichtlich dieses Teiles ihrer Arbeit; fehlt es namentlich, wie (S. 34) erwähnt, an einer ihnen allen gemeinsamen Anschauung von der Gestalt, zu welcher sich

* Vgl. auch v. Jhering, Geist d. röm. R., § 37 (4. Aufl. II, 2 Leipzig 1883, S. 310).

ihre Elaborate über die allgemeinen Rechtslehren denn endlich zusammenzuschliessen hätten.

Von der Präzision und Übereinstimmung der sprachlichen Ausdrücke hängt das gedeihliche wissenschaftliche Zusammenarbeiten in hohem Mafse ab; von der Schärfe und Klarheit der Begriffe die Genauigkeit und Deutlichkeit der einzelnen wissenschaftlichen Erkenntnisse; von der vollkommenen Harmonie der letzteren unter einander endlich die Gewifsheit aller Wissenschaft überhaupt, daher dieselbe auch in widerspruchslosen systematischen Gesamtdarstellungen der mit einander verwandten Erkenntnisse ihren höchsten Ausdruck findet. Aber wird die Wichtigkeit dieser drei Angelegenheiten — der Terminologie, der Begriffsbildung, der Systematisierung der juristischen Grundlehren — gegenwärtig nach Gebühr gewürdigt? Es lohnt sich wohl der Mühe, hier einmal näher darauf einzugehen.

II.

1. Über die Abhängigkeit alles Denkens von der Sprache möge man heute noch streiten — die Bedeutung einer festen Terminologie für die entwickelten Wissenschaften sollte ganz aufser Frage stehen.* Die Philosophen haben dieselbe seit den Zeiten Baco von Verulams und Humes betont und die Juristen sind wohl kaum jemals darüber in Zweifel gewesen, dafs vor allen andern sie die gröfste Sorgfalt auf die sprachliche Ausprägung der Gedanken zu ver-

* Es kommen indessen auch wunderliche Gelehrte vor, welche den Segen der technischen Ausdrücke nicht zu schätzen wissen. So ist z. B. F. A. v. Hartsen, Die Methode der wissenschaftlichen Darstellung, Halle 1868, S. 16 ff., der Ansicht, dafs man sich vor Kunstausdrücken zu hüten habe. Also gerade die besten Verständigungsmittel (vgl. S. 54 Note *) sollen unbenutzt bleiben. Es bedarf doch kaum eines besondern Hinweises darauf, dafs auch die technische Sprache des Juristen aus dem Leben in unsere Wissenschaft kommt und umgekehrt wieder aus ihr in das Leben geht, also die Ausbildung einer Geheimsprache nicht zu befürchten ist.

wenden haben.* Hängen dieselben doch so vielfältig mit den Gesetzen zusammen, und jedes Gesetz verfällt nun einmal der Auslegungskunst der Juristen, gleichviel ob der Gesetzgeber sich der juristischen Kunstsprache oder volkstümlicher Redeweise bedient. Wie dürften auch die Juristen nachlässig mit den Ausdrücken für ihre Begriffe umgehen, da sie doch gleichsam „mit Begriffen rechnen“ und unerbittliche Syllogismen ziehen wollen, an deren Ende vielleicht Tod und Ehrlosigkeit stehen.**

Und doch wird in dieser Hinsicht soviel gefehlt, aus Gleichgiltigkeit gegen die Korrektheit der Sprache auf der einen, aus Ungeduld auf der andern Seite. Wie manche Polemik über einen Begriff wird zu früh abgebrochen mit der unwilligen Äufserung, man wolle sich auf einen blofsen Wortstreit nicht einlassen. Allerdings geht manche beliebte Kon-

* v. Savigny, Der 10. Mai 1788. Festgabe zu G. Hugos Jubiläum, 1838 (zuerst in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch., IX S. 421 ff.; wiederabgedr. in den Vermischten Schriften, IV Berlin 1850 S. 195 ff.) z. B. sagt (S. 198) von Hugo: „Weit entfernt, das wirkliche Leben abgestorbenen Rechtsbegriffen unterwerfen zu wollen, suchte er es davon zu befreien. Er erkannte früh, dafs die wichtigsten Irrtümer durch kein Mittel mehr verbreitet und befestigt worden waren, als durch unechten Sprachgebrauch. Diesen suchte er überall auf, verfolgte ihn rastlos und fuhr damit unermüdet fort durch alle Zeiten seiner wissenschaftlichen Thätigkeit.“ — Einige beherzigenswerte Worte gegen das Verlangen, dafs die Jurisprudenz sich möglichst der Ausdrücke des täglichen Lebens bedienen soll, bei v. Jhering, Geist u. s. w. § 38 Note 482 (4. Aufl. II, 2 S. 332). Treffende Bemerkungen darüber, um wieviel wichtiger die Korrektheit der Sprache für diejenigen Wissenschaften, welche es mit abstrakten Objekten zu thun haben, als für die Naturwissenschaften ist, bei H. Brocher de la Fléchère, Les révolutions du droit, I Paris etc. 1878 p. 149 et suiv. Man kann aber nicht sagen, dafs diese Einsicht auf die eigene Terminologie dieses Rechtsphilosophen (z. B. in Liv. VI p. 199 et suiv. bei den Auseinandersetzungen über *„formation“* und *„indices du droit“*) günstig eingewirkt habe.

** Vgl. die Ausführungen bei Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, (1860) §§ 76—79, 2. Aufl. Leipzig 1868, S. 173 ff., bes. S. 178. Gierke im Jahrb. f. Gesetzgeb., Verwalt. u. s. w. N. F. XII (1888) S. 857: „Wenn auf irgendeinem Gebiet, so erweist sich auf dem Rechtsgebiet der sprachliche Ausdruck nicht blofs als das Kleid, sondern als die wahre Leiblichkeit des Gedankens.“

troverse fast gänzlich in Wortstreit aus, aber doch keine ganz. Eine gewisse Feindschaft der Vorstellungen bleibt beinahe immer übrig, nachdem die blofs in den Ausdrücken liegenden Differenzen aufgedeckt sind. Wenn Letzteres nicht geschieht, kann auch die auf den Begriff bezügliche Uneinigkeit nicht nach Art und Umfang reinlich herausgestellt werden. Insofern ist jeder Begriffsstreit zugleich und unvermeidlich ein Wortstreit.

Mit den wichtigsten und am meisten gebrauchten technischen Ausdrücken aber ist es zur Zeit in der Juristenzunft so bestellt, dafs man, zum mindesten für den ganzen Bereich der allgemeinen Rechtslehren, von einer festen Kunstsprache lieber garnicht reden sollte. Hier ist alles so unsicher, so zwei- und vieldeutig wie in der Alltagssprache, und aus der Konfusion der Worte entsteht die Anarchie der Gedanken Allerdings ist die Schuld der gegenwärtigen Generation an dieser Verderbnis gering. Haben wir doch von der unwissenschaftlichen wortspielenden Rechtsphilosophie vergangener Tage eine so schlotterige Terminologie ererbt, dafs in dieser Hinsicht selbst die besten Vorsätze des Einzelnen gegenüber der traurigen allgemeinen Verwilderung nicht viel helfen mögen.

Zu beklagen ist namentlich, dafs sich an unsere meist gebrauchten Ausdrücke, die als technische unter Fachgenossen eigentlich nur eine einzige Bedeutung haben dürften, noch einige andere Bedeutungen hängen — wahre Bleigewichte, die den Streit der Meinungen in den Sumpf der Mifsverständnisse hinabziehen.* Da hilft auf die Dauer erfahrungsgemäfs keine vorausgeschickte Erklärung über den Sinn, den man gerade mit dem betreffenden Worte verbinde, und keine

* Der umgekehrte Fall, nämlich das Vorhandensein mehrerer synonymer Ausdrücke für den gleichen Begriff, ist weniger bedauerlich, wenigstens sofern jeder dieser Ausdrücke nur eindeutig ist. Übrigens kann man vielleicht bezweifeln, ob es ganz streng genommen überhaupt innerhalb einer und derselben Sprache eigentliche Synonyma d. h. von verschiedenen Wurzeln stammende Wörter gibt, deren Begriffe sich so vollkommen decken, dafs ausnahmslos in jedem Zusammenhange das eine Wort für das andere stehen könnte.

noch so sorgfältige Verklausulierung, mittels welcher dem Mifsverständnis vorgebeugt werden soll: wer ein solches Wort gebraucht, der redet für die verschiedenen Hörer in verschiedenen Zungen.

Man braucht nicht allzulange nach Beispielen für diese verhängnisvolle Vieldeutigkeit zu suchen. Bei dem Wort „Rechtsquelle“ darf man mindestens an vier verschiedene Dinge denken. Diese sind: die rechtbildende Autorität, z. B. der Staat; die Formen der Bildung oder Entstehung des Rechts, z. B. römische Senatskonsulte, deutsche Reichsgesetze; die Zeugnisse für Art und Inhalt der thatsächlich geschehenen Rechtsetzung, z. B. authentische Texte von Gesetzen, Aussagen kundiger Personen; endlich das Fundament eines subjektiven Rechts, z. B. der Erbberechtigung kraft eines Testamentes, des Anspruches aus einem Vertrage. Viele sprechen auch von der Autonomie gewisser Kreise im Staate, der Natur der Sache, der Analogie als Rechtsquellen; Rechtsphilosophen nennen so die entfernteren Ursachen oder inneren Bestimmungsgründe des Inhaltes bestimmter Rechtssätze, z. B. göttliche Anordnung, menschliche Vernunft, Rechtsidee, Rechtsbewufstsein, bis herab auf das Bedürfnis des Verkehrs u. s. w. Diese terminologische Verwirrung genügt, um das Kapitel von den Rechtsquellen zu einem der qualvollsten der ganzen Rechtstheorie zu machen. Würdig reiht sich daran die Lehre von den einzelnen Erscheinungsformen des Rechts. Das „Gesetz“ hat, nachdem es aus dem Gebiet des Rechts und der Sitte in andere Wissenschaften übergegangen, jetzt so viele Bedeutungen*, dafs man das Wort ohne specialisierenden Zusatz zu gebrauchen sich kaum mehr getraut. Auch innerhalb der Jurisprudenz ist es bald sovie wert wie *lex*, wofür sich ja allein im Corpus juris ungefähr ein Dutzend Bedeutungen nachweisen lassen. Es kann alles Mögliche heifsen, jenachdem was man sich als Gegensatz oder Unterschied dazu denkt. Sagt man herkömmlicherweise,

* Vgl. statt Aller Jellinek, Gesetz und Verordnung, Freiburg i. B. 1887 S. 226 ff.

alles Recht beruhe entweder auf Gesetz oder auf Gewohnheit, so begreift der erstere Terminus unter sich jede Form ausdrücklicher Rechtsetzung, also nicht blofs das Gesetz des Staates — welches wiederum, wenn es blofs „formell“ ein Gesetz ist, keine Quelle von Rechtsregeln, also kein Rechtsgesetz, vielmehr ein Regierungsakt der nämlichen Organe, welche auch die Gesetze machen, ist, mithin auch nicht unter die Rechtsquellen in der ersten, sondern in der vierten der soeben aufgezählten Bedeutungen von „Rechtsquelle“ zu subsumieren ist — sondern auch das Statut* des Selbstverwaltungskörpers, den internationalen Vertrag gewissen Inhaltes u. s. w., namentlich aber die „Verordnung“. Wiederum ein Name für die verschiedenartigsten Dinge! Einmal ist die Verordnung eine Unterart der Gattung Gesetz, sofern darunter eben jede Form der *expressis verbis* geschehenden Rechtsetzung verstanden wird; sie wird aber auch dem Gesetz in einem engern Sinne neben- resp. untergeordnet oder entgegengesetzt. Dies hindert jedoch nicht, dafs das Staatsoberhaupt heute einen übereinstimmenden Beschlufs der gesetzgebenden Faktoren als Gesetz „verordnet“, morgen eine Verordnung mit „Gesetzes“-kraft (sogenannte Notverordnung) promulgiert. Aufserdem bedeutet Verordnung auch noch eine administrative Einzelverfügung und Gott weifs was alles**. Wie gut sind doch die Engländer dran! Die haben weder einen Ausdruck für Verordnung im weiteren, noch für Gesetz im mittelweiten Sinne, sondern für jede Unterart der unbenannt blei-

* Was wiederum Statut alles heifsen kann, dafür nur eine Stelle bei Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I in der Einl. sub II: Quellen (4. Aufl. Leipzig 1876, S. 13 Note 15): „Das Wort Statut bedeutet im weitern Sinne jede geltende Rechtsnorm und ist insofern gleichbedeutend mit Gesetz. In der Regel aber wird es in einem engern Sinn gebraucht, um das partikuläre Recht eines Gebietes im Gegensatz zum gemeinen Recht zu bezeichnen. So nennt man die deutschen Partikularrechte statutarische Rechte im Gegensatz zum gemeinen Recht u. s. w.“

** Vgl. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 21 ff., 56 ff., 84 ff., 108, 122 ff., 366 ff.

benden Gattung einen besonderen Namen, und es scheinen sich bei ihnen an die Termini *bill*, *statute*, *order* u. dgl. weiter keine Kontroversen zu knüpfen. Sie würden wohl auch schwerlich in einem Gesetzbuch erklären: „Gesetz im Sinne dieses Gesetzbuches ist jede Rechtsnorm“ *, sondern statt dessen einfach an jeder Stelle, wo Rechtssatz gemeint ist, auch Rechtssatz sagen. Was heifst aber „Rechtssatz“? Vielleicht hat das Wort sehr viele Bedeutungen; möglich auch, dafs es sich nicht recht definieren läfst. Dann ist es Vielen um so willkommener, weil sie nun den Gesetzen des Staates anderswoher genommene Rechtssätze irgendwelcher Bedeutung entgegensetzen können. Man versuche doch nur, um sich die geeignete Vorstellung zu erzeugen, einen kompleten Rechtssatz über einen ganz einfachen Thatbestand, etwa einen strafrechtlichen, zu formulieren, z. B. den Rechtssatz, demzufolge ein jugendlicher Gehilfe bei einem angeblich verjährten Diebstahlsversuch, den ein Anderer gegen seinen Vater im Auslande begangen, im Inlande zu einer bestimmten Strafe verurteilt werden soll resp. freigesprochen werden darf. Ob man ihn zustande bringt? Oder heifst Rechtssatz nur soviel wie *regula juris*? Indessen gehört das nicht hierher. Es sollte ja nur auf die Mehrdeutigkeit dieses und anderer alltäglicher Ausdrücke hingewiesen werden. Wenn ich zu den bereits genannten noch „Rechtswidrigkeit“, „Unrecht“, „Verbrechen“, „Schuld“, „Rechtsfolge“ hinzufüge, so bedarf es keiner weitern Exemplifikationen. Nur bei dem Terminus „Recht“ will ich noch etwas verweilen.

* Vgl. die Einführungsgesetze zur Konkurs-O. für das Deutsche Reich § 2, zur Strafprozefs-O. § 7, zur Civilprozefs-O. § 12, und dazu Civilprozefs-O. §§ 510—512. Die Kommentare zum § 512 nehmen gemäfs den Motiven an, dafs auch auf anderm Wege als durch Gesetz entstandene Rechtsnormen in diese Bestimmungen einbegriffen seien. Einige kritische Bemerkungen zum Gebrauch von „Recht“ und „Gesetz“ im Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich bei Ludw. Goldschmidt, Kritische Erörterungen zum Entwurf u. s. w., I Leipzig 1889 S. 33 ff. — Die gerade Umkehrung des im Text cit. Satzes enthält der Codex Maximilianeus Bavaricus v. J. 1756 § 3: „Das Recht hat zwar unterschiedliche Bedeutungen, hier aber bedeutet es ein Gesätz u. s. w.“

2. Die Rechtswissenschaft kennt in ihrem Bereich keinen höheren Begriff als das Recht selbst und bedient sich keines Ausdruckes so häufig wie des Wortes Recht. Indessen gehört dasselbe nicht blofs dem Sprachschatz der Juristen als technischer Terminus, sondern gleichzeitig auch der Alltagssprache an und zwar in mehreren, von dem gemeinen Sprachgebrauch zweifellos gestatteten Bedeutungen, die miteinander wie mit den juristischen einigermafsen verwandt sind. Hieran ist nichts zu ändern. Die Sprache dient eben nicht blofs wissenschaftlichen Zwecken und innerhalb der Wissenschaften nicht blofs einer Wissenschaft. Wir müssen es uns also gefallen lassen, dafs manche Künste und Wissenschaften reichlichen Gebrauch von unserem vielsagenden Hauptterminus machen. Weder können die Dichter, noch werden die Historiker, Geschichtsphilosophen u. s. w. voraussichtlich je uns zulieb darauf verzichten, sich des Ausdruckes Recht aufser im juristischen auch in einem „höheren“, jedenfalls nichtjuristischen Sinne zu bedienen, z. B. wenn sie einen tragischen Konflikt vorführen oder die Gerechtigkeit in den Schicksalen der Völker aufzeigen wollen u. dgl. m. Ob es sich um den Ungehorsam der Antigone gegen den Befehl ihres Königs oder die Empörung des Tell und der Eidgenossen wider die Tyrannei der legitimen Gewalt handelt, ob man die Nemesis in der Weltgeschichte enthüllen möchte — nimmer vermöchte man der Anrufung des „Rechts“, des „heiligen“ Rechts zu entraten, wenn man sich das volle Verständnis oder die gesteigerte Teilnahme Aller für die geschilderten Vorgänge sichern will. *

* In diesen Fällen wird ein „Recht“ dem andern „Recht“ gegenübergestellt; das mag so hingehen, zumal es dabei garnicht einmal auf die klare Unterscheidung des juristischen Rechts von dem ideellen oder „höheren“ Recht ankommt. Sehr bedenklich ist es dagegen, wenn jemand sich des Wortes Recht für Vorstellungen bedient, die in praktischen rechtspolitischen Regionen liegen und gerade darin ihre Pointe haben, dafs sie dem juristischen Recht zum besten eines gedachten bessern Rechts opponieren. Solches geschieht jetzt alle Tage in Schriften mit socialreformatorischer Tendenz. „Recht aller Menschen auf den Gebrauch von Grund und Boden“, „Recht auf Existenz“, „Recht auf Arbeit“, „Recht auf den

Die nichtjuristischen Bedeutungen des Wortes Recht sind eben unersetzlich, die Mehrdeutigkeit desselben im allgemeinen unausrottbar. Weder kann die Sprache des täglichen Lebens oder anderer Wissenschaften sich herbeilassen, zum Vorteil der Rechtswissenschaft diesem Ausdruck jedweden Sinn bis auf den juristischen zu entziehen, noch werden schliefslich die Juristen selbst es vermeiden können, mitunter auch eine populäre Vorstellung damit zu verbinden, wie ja auch der Naturforscher sich mit dem Wort Natur, der Psychologe mit Seele u. s. w. gelegentlich Freiheiten erlauben mag. Was aber gewifs gefordert werden darf, ist, dafs alsdann diese weitere Bedeutung klar hervortrete, während im übrigen unter Männern vom Fach bezw. in juristisch sein wollenden Deduktionen der Terminus Recht stets auch den technischen Rechtsbegriff, den Mittelpunkt der gesamten Jurisprudenz als strenger Wissenschaft und nichts Anderes bezeichne.

Wenn Laien über juristische Dinge reden, so ist kaum zu erwarten, dafs sie sich der Gewalt der durch die Terminologie aneinander geknüpften Begriffe, die sie sich überdies oft wunderlich genug zurechtlegen*, vollständig entziehen wer-

vollen Arbeitsertrag" sind heute so gewöhnliche Dinge, wie alle die „Urrechte" und „angeborenen Rechte" es zu Zeiten Kants und des Vernunftrechts nur je gewesen. Und genau so wie an den Ausgeburten des Rationalismus tritt in diesen Geschöpfen des Socialismus die ganze formelle Unlogik des sinnverwirrenden Verfahrens, welches das Recht als Nicht-Recht und das Nicht-Recht als Recht bezeichnet, grell hervor. Vgl. z. B. nur Henry George, Progress and poverty, (deutsch von Stöpel, Berlin 1885) bes. Book VII Chap. I, und A. Menger, Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung, Stuttgart 1886 S. 6: Die drei ökonomischen „Grundrechte". Vorsichtig ablehnend gegen diese Art „Rechte" u. a. Platter, Das Recht auf Existenz, (Rede) Jena 1880, und T. H. Huxley, Natural rights and political rights (in The Nineteenth Century, 1890 February, p. 173 and foll.) Durch seinen Titel spannt uns das Buch von G. Cros-Mayrevieille, Le droit des pauvres sur les spectacles etc., Paris et Nancy 1889; es handelt aber nur von unentgeltlichen öffentlichen Schaustellungen und Einrichtungen der Wohlthätigkeit, ohne dafs dabei wieder ein neues „Recht" zum Vorschein käme.

* Ein langjähriger Gerichtsarzt L. Krahmer, Die Lehre vom geselligen Menschen und seinen landesgesetzlichen Zuständen, als Handbuch der gerichtlichen Medizin u. s. w., Halle 1886 S. 12 expektoriert sich z. B.

den. Die meisten vermögen es garnicht. Es gehört eben schon eine nicht unbedeutende, nur durch Uebung zu erlangende Fertigkeit dazu, die verschiedenen Vorstellungsreihen, welche der Ausdruck Recht erweckt, sauber auseinander zu halten und die specifisch juristischen von den andern zu sondern. Viele wollen, Manche können es gar nicht ernsthaft, z. B. die Naturrechtsautoren von ehemals und heute.* Diese machen sich im Gegenteil die Homonymie des Wortes Recht weidlich zu nutze und erzielen einen grofsen Teil ihrer Sätze durch Fehlschlüsse, die vor allem durch den mehrfachen Sinn des Wortes Recht veranlafst werden. Das liefse sich an jedem beliebigen dieser Schriftsteller — übrigens an den Fachjuristen unter ihnen ganz ebenso wie an den andern — ohne viel Mühe demonstrieren.

Infolge der Sparsamkeit der Sprache und der jahrhundertelang geübten Nachlässigkeit der Juristen und Rechts-

folgendermafsen: „Unter Recht versteht man sprachgebräuchlich (?) bald ein Prinzip d. h. die Bestätigung der Allweisheit als Ordnung im Menschheinbegriff, bald eine Idee d. h. den auf Beobachtung gestützten Gedanken von einem Gemeinsamen, welches der Menschlichkeit den Rechtscharakter verleiht, bald ein Verlangen nach einer für den Menschenbestand zweckmäfsigen Ordnung. Der Inhalt des Rechts ist deshalb bald ein eingebildeter oder offenbarter, bald ein erfahrungsmäfsiger oder logischer." Alles dies heifst Recht eben nicht.

* Aus dem Herzen spricht diesen u. a. Schützenberger, Études de droit public, I: De la nature du droit, Paris et Strasbourg 1837, p. 2, indem er behauptet, der Grund der Vieldeutigkeit des Wortes Recht sei nicht sowohl in der Armut einer Sprache zu suchen, sondern liege vielmehr, da sich dies in vielen Sprachen wiederhole (vgl. unten S. 46 ff.), in den nahen Beziehungen, in welchen die durch das gleiche Wort bezeichneten Ideen zu einander stehen. Vielleicht. Für wahrscheinlicher halte ich, da man nach meiner Ansicht (vgl. unten sub III, 2) alle diese Nebenideen ohne jeden Verlust an wertvollen Vorstellungen vollkommen aufgeben kann, dafs hier keine vielsagende Tiefe des schöpferischen Sprachgeistes zu preisen ist: es liegt einfach ein gesundes Sträuben desselben, für unnütze Vorstellungen neue Ausdrücke zu schaffen, vor. Daher den Inhabern solcher „Ideen" nichts übriggeblieben, als diese ephemeren Produkte ihrer Subjektivität mit unter das sprachliche Gewand der objektiv begründeten Vorstellung vom Recht schlüpfen zu lassen — unvorteilhaft war das für sie gerade nicht!

philosophen besitzt nun der Terminus Recht mehrere Bedeutungen, die allesamt etwas Juristisches besagen wollen. Recht heifst nicht allein die Rechtsregel und die Berechtigung, sondern auch das rechtsetzende Subjekt oder die rechtbildende Kraft,* auch die Rechtsordnung, die Rechtswissenschaft und Rechtslitteratur, schliefslich jede Einrichtung überhaupt, ohne die man sich die Menschen nicht vorzustellen vermag,** also etwa soviel wie das römische *jus naturae quod*

* Vgl. z. B. Lotmar, Über Causa im römischen Recht, München 1875, S. 2 ff. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, S. 205. Lasson, System der Rechtsphilosophie, Berlin u. Leipzig 1882. S. 23 ff.

** Dieselbe Vieldeutigkeit weisen die entsprechenden Ausdrücke anderer Sprachen auf. Die französischen Schriftsteller konstatieren für *droit* mindestens drei (Schützenberger, Études etc., I p. 2; Roussel, Encyclopédie du droit, (1843) 2. éd. Bruxelles 1871, p. 3 et suiv.; de Folleville, Notion du droit et de l'obligation Paris et Douai 1873, p. 43 et suiv.), auch vier (T. Rothe, Traité de droit naturel théorique et appliqué, I Paris 1885 p. 42 et suiv.) und noch mehr (Eschbach, Cours d'introduction générale à l'étude du droit etc., Paris et Strasbourg 1843 p. 13 et suiv.; Pradier-Fodéré, Éléments du droit public et d'économie politique, Paris 1865 p. 15 et suiv. und Principes généraux de droit, de politique et de législation, Paris 1869, p. 13 et suiv.) Bedeutungen; einer (H. Brocher de la Fléchère, Les révolutions du droit, I p. 201) meint sogar, *droit* habe oftmals den Sinn von Gesellschaft, wodurch zum Ausdrucke gelange, dafs letztere eigentlich die Schranke sei, welche sich als Recht dem Individuum entgegenstelle. Das ist aber wohl reine Sprachwillkür. Über die mehrfachen Bedeutungen von *loi* vgl. u. a. Pradier-Fodéré, Principes etc., p. 58 et suiv.; Roussel, Encyclopédie etc., p. 40 et suiv.; Jellinek, Gesetz und Verordnung, Seite 73 ff.; Suliotis, Le droit naturel ou philosophie du droit, Paris 1888 p. 362 et suiv. — In einer fast noch schlimmern Lage, als die germanischen Völker mit ihrem vieldeutigen Recht, *rätt, ret* u. s. w., die romanischen mit *droit, diritto, derecho* und *direito,* annähernd auch die slavischen mit *prawo* u. s. w., befinden sich die Engländer. Ihre Sprache hat für Recht im objektiven Sinne (über *right* vgl. die folgende Note) kein Wort, das von *jus* oder *dirigere* abstammte. Sie sind auf das Wort *law* angewiesen, das daneben aber als einzige Bezeichnung für eine Menge von ganz differenten Vorstellungen aus allen möglichen Wissensgebieten herhalten mufs (vgl. z. B. Duke of Argyll, The reign of law, 5. ed. London 1868; W. Arthur, On the difference between physical and moral law, London 1883; Creasy, First platform of international law, London 1876 p. 8 and foll.). In den andern Wissenschaften bedeutet *law* ungefähr dasselbe wie „Gsetz" in dem fast undefinierbaren allgemeinsten Sinne. In der

natura omnia animalia docuit. Man mufs daher, um Mifsverständnisse zu vermeiden, mitunter gewisse nähere Bestimmungen hinzufügen. Sagt man Recht im „subjektiven" Sinne, wenn man eine rechtliche Befugnis oder Berechtigung meint, die ein Subjekt hat, zum Unterschied vom „objektiven" Recht, das ist, also der Rechtsnorm, so mag das gelegentlich ganz passend sein, obwohl eine Verwechslung wohl nur in sehr seltenen Fällen zu befürchten steht.* Das eine und das an-

Rechtswissenschaft dagegen heifst es viel mehr als Gesetz d. h. Gesetz des Staates, für welchen Gattungsbegriff kein entsprechender Name existiert, den nur die einzelnen Species des Gesetzes besitzen, z. B. *statute, act of parliament* — in der Rechtswissenschaft heifst *law* etwa wie *jus* überhaupt jeder Satz, aus welcher Rechtsquelle immer er fliessen und welchen Inhalt er haben möge. Vgl. zur Geschichte des Begriffes *law* Sweet in The Law Magazine and Review, N. S. III 1874 p. 556 and foll., p. 644 ff. und Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 3 ff. Die verschiedenen Bedeutungen des Wortes werden untersucht von Blackstone, Commentaries on the laws of England, Introduction § 2 (9. ed. by Burn, London 1783 p. 38 and foll.); Reddie, Inquiries etc., p. 3 and foll.; namentlich aber mit grofser Sorgfalt von Austin, Jurisprudence, Lect. I, II, V, VI, und allen Angehörigen der „Analytischen Schule" (vgl. oben S. 14 Note *).

* Es gab allerdings eine Zeit, wo der Unterschied zwischen Recht im objektiven Sinne und subjektivem Recht nicht im Bewufstsein Aller deutlich war oder, um mit Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, II: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffes, Berlin 1873 § 7 S. 126 ff. zu reden, die Idee des Rechts den unentwickelten Gegensatz des objektiven und subjektiven Rechts umspannte. Ein eigentümlicher Widerspruch gegen die grundsätzliche Unterscheidung noch bei K. Th. Pütter, Die Lehre vom Eigentum nach deutschen Rechten, Berlin 1831, S. 6, der in ihr mit eine Ursache dafür erblickt, dafs noch kein Gelehrter einen Begriff von Recht gegeben habe. Indessen nimmt man doch gewöhnlich an, dafs Unterscheidung der durch das nämliche Wort bezeichneten ungleichartigen Dinge die erste Voraussetzung jeder Begriffsbestimmung sei. Sollte der Begriff des subjektiven Rechts im römischen Recht in der That keinen Boden finden (H. Duncker, Die Besitzklage und der Besitz, Berlin u. Leipzig 1884 S. 262 ff.), so kann das doch an der heutigen Unentbehrlichkeit desselben nichts ändern. Leider haben die meisten Sprachen aufser der englischen keinen besondern Ausdruck für ihn ausgebildet. Auch in England wurde es ehemals mit der Bedeutung der beiden Termini *law* und *right* nicht so streng genommen. Noch bis auf Lord Hale und Blackstone wird, wo die Rechtsregel gemeint ist, *right* so gut wie *law* gesetzt. Seither aber hat

dere heifst Recht und beide sind juristisch relevante Dinge; aber um miteinander verwechselt werden zu können, dazu sind sie sich doch zu wenig ähnlich.* Spricht man aber von

sich der Sprachgebrauch dahin befestigt, dafs *right* niemals Recht im objektiven Sinne, sondern stets Berechtigung, subjektives Recht bedeutet. Vgl. Austin, Jurisprudence, 4. ed. I p. 88, p. 293 Note, p. 294 Note, p. 354; Reddie, Inquiries etc., p. 4; Holland, The elements etc. p. 12 and foll.; Lightwood, The nature of positive law, p. 69 and foll. Nur aus ganz besonderer Nachlässigkeit ist es zu erklären, wenn noch gegenwärtig jemand (z. B. Hall, International law, [Oxford 1880] 2. ed. London 1884, Chap. I) *right* für *law* schreibt. (Über die aus der Vieldeutigkeit des letztern Ausdruckes entspringenden Schwierigkeiten vgl. die vorige Note.) In den andern Sprachen hat man bekanntlich für Rechtsnorm wie für rechtliche Befugnis nur ein und dasselbe Wort: Recht, *droit*, *prawo* zur Verfügung, das also den gleichen Doppeldienst wie das römische *jus* leisten mufs. Welcher Sinn gerade gemeint ist, ergibt sich, wenigstens in Schriften, die wissenschaftlich in Betracht kommen, wohl aus dem Zusammenhang von selbst. Dieser erklärt z. B. ob im gegebenen Falle „Strafrecht" das Recht, nach dessen Regeln gestraft wird, oder das Recht zu strafen bedeuten soll, ein Unterschied, der in andern Sprachen durch verschiedene Wortzusammensetzungen, wie *droit pénal — droit de punir, ugolownoje prawo — prawo nakasanija*, charakterisiert wird. Im Notfalle kann man sich durch erläuternde Zusätze helfen und bedarf nicht des barocken Auskunftsmittels, das Landmann, Hauptfragen der Ethik. Eine Darstellung der Grundlehren der Moral und der Rechtsphilosophie, Leipzig 1874 S. 90 ff. gefunden: er schreibt immer „Recht *O*", wenn er objektives, und „Recht *S*", wenn er subjektives Recht meint. Um der Verwechslung vorzubeugen will H. Brocher de la Fléchère, Les révolutions du droit, I p. 210, für objektives Recht lieber „absolutes", für subjektives aber „relatives" Recht gebrauchen. Indessen ist seine Annahme, dafs er damit einem Sprachgebrauch der deutschen Wissenschaft folge, eine irrtümliche, und die Verwirrung würde jedenfalls auf diese Weise nur gesteigert werden.

* Der Unterschied verhindert natürlich nicht, dafs objektives und subjektives Recht in irgendwelcher Relation zu einander stehen, deren nähere Bestimmung durch die Definition des subjektiven Rechts bedingt ist — ein Problem, dessen Lösung hier nicht versucht werden kann. Wohl aber wird er verwischt, wenn man das objektive Recht definiert als „das subjektive Recht zusammengenommen mit den von ihm abhängigen sämtlichen Rechtspflichten" (Wundt, Ethik, Stuttgart 1886 S. 496, ausgeführt S. 498. Vgl. dagegen auch Wallaschek, Studien zur Rechtsphilosophie, Leipzig 1889 S. 100 ff.). Die beiden Begriffe sind so disparater Natur, dafs es ganz unmöglich ist, sie überhaupt unter einen andern Gattungsbegriff zu bringen, als den im Text gebrauchten, gewifs gänzlich leeren des „rechtsrelevanten

eben jenem Recht im objektiven Sinne und bezeichnet es dann näher als das „geltende" oder „positive" Recht, so ist die häufige Wiederholung dieses Zusatzes angesichts der oftmals sehr nahen Möglichkeit eines Mifsverständnisses nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar geboten. Die Prädizierung des Rechts als „geltendes" oder „positives" enthält ohne Zweifel einen Pleonasmus; einen müssigen aber doch nur für Solche, die dessen völlig sicher sind, dafs weder sie selbst jemals ein andersartiges Recht im Sinne haben, sobald sie fachmännisch reden, noch ihr Publikum ein anderes dabei denkt.*

Dinges". Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts, Breslau 1887, S. 1 bezeichnet allerdings als den nächsthöheren Gattungsbegriff „das Recht überhaupt". Es ist jedoch nicht abzusehen, wie diese von Juristen unvollziehbare Vorstellung „Recht überhaupt" soll in die Unterbegriffe des Rechts im subjektiven und objektiven Sinne zerlegt resp. so definiert werden können, dafs sie beide umschlösse. Würde man für *right* und *law* (vgl. die vorige Note), wo also der Gleichklang des Wortes fehlt, nach dem nächsthöheren Gattungsbegriff auch nur suchen? Mir scheint, es ist nichts zu erwidern gegen G. Rümelin d. Ä., Eine Definition des Rechts (Nr. 4. der Reden und Aufsätze, Freiburg u. Tübingen 1881, S. 322 ff.): „Es ist zu bedauern und Quelle vielfältiger Verwirrung und Unklarheit, dafs die deutsche Sprache in überbietender Nachahmung der lateinischen unlogisch genug war, um zwei so grundverschiedene Begriffe, wie das objektive und das subjektive Recht, um ein Sollen und ein Dürfen, einen Zwang und einen Spielraum der Wahl, eine Ordnung und eine Freiheit mit dem gleichen Wort zu bezeichnen. . . Es ist unmöglich, das objektive und subjektive Recht in einer Definition zu treffen, da beide unter ganz verschiedene Oberbegriffe fallen." Den Nachsatz in der Behauptung Berners, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 3: „Der Ausdruck Strafrecht enthält eine doppelte Bedeutung, welche erst in ihrer Einheit dem vollen Begriffe des Strafrechts entspricht", halte ich für unrichtig auch trotz der später folgenden Erläuterung.

* Ein schlagenderer Beweis für die Erbärmlichkeit der Zustände in der rechtsphilosophischen Terminologie, als die Thatsache, dafs selbst der Gebrauch der genannten oder ähnlicher Epitheta nicht gegen Mifsverständnisse und Verdrehungen schützt, wird sich kaum finden lassen. Wir sprechen z. B. von dem „geltenden" Recht, dem Recht, das „gilt" (oder „gegolten" hat), von seiner formellen „Giltigkeit", nach deren Gründen wir suchen. Wir meinen damit soviel wie Wirksamkeit, Verbindlichkeit, besonders geartete Verpflichtungskraft der als rechtliche bezeichneten Normen, kurz Dasjenige im Recht, was da macht, dafs man ihm zu gehorsamen verpflichtet ist. Das sind Anhäufungen von blofs erklärenden,

Solange indessen nicht die Identität der Rechtsvorstellung durchweg bei Allen und mit absoluter Sicherheit vorausgesetzt werden kann, ist der Gebrauch jener Adjektiva mindestens erlaubt; unvermeidlich aber wird er da, wo es sich gerade um ein im Gegensatz zum „positiven" gedachtes sonstiges Recht handelt, um die Rechtfertigkeit der Annahme eines solchen, seines juristisch klingenden Namens u. s. w. Es

nicht definierenden Worten, durch welche umschrieben werden soll das bisher undefinierte Etwas, um deswillen Recht eben rechtlich bindet. Diese „Giltigkeit" des Rechts im juristischen Sinne (ich bilde mir nicht ein, indem ich das Fremdwort „juristisch" gebrauche etwas Anderes zu thun, als wiederum zu wiederholen, was schon in dem deutschen Worte Recht liegt) hängt nicht von seinem innern Wert ab, sondern von einem formalen Prinzip. Ob man in diesem Begriff etwas rechtsphilosophisch Brauchbares oder nicht hat, bleibt hier ganz aus dem Spiel (vgl. jetzt Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum [im Arch. f. d. civilist. Praxis, LXVI 1883] S. 447 ff.; G. Rümelin d. J., Das Gewohnheitsrecht [in d. Jahrb. f. d. Dogmatik, XXVII 1889] S. 156 ff.; Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, Breslau 1890 S. 8 ff., S. 64 ff.; Merkel, Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft, 1890 [in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl.] § 7 S. 12). Wenn man nun glaubt, in dem „Gelten" etwas Eigenes für das streng juristische Recht gewonnen zu haben, so hat man die Rechnung ohne die Vernunftrechtler gemacht. Denn diese merken sehr wohl, dafs das „Gelten" dem Recht so immanent ist, dafs sie es auch für das Produkt ihrer Herzenswünsche erschleichen müssen, wenn sie nicht anders die Rechtsqualität desselben preisgeben wollen. Als typisch für zahlreiche Vorgänger und manchen Nachfolger führe ich an v. Rotteck, Art. Naturrecht im Staatslexikon, Bd. X (3. Aufl. Leipzig 1864) bes. S. 425 ff. Derselbe weifs mit „wahr sein" und „gelten" und „wahrhaft gelten" in einem endlosen sinnverwirrenden Gerede dermafsen geschickt zu operieren, dafs ein Leser, der nicht gegen den heillosen Trug der naturrechtlichen Demonstrationsmethode gefeit ist, am Ende wohl einsieht, wie das nicht geltende Naturrecht das „geltende", dagegen das wirklich in Geltung stehende positive Recht, wenn es jenem widerspricht, blos (S. 427) „eine faktisch aufgekommene Ordnung der Dinge ist". Will man aus neuester Zeit ein Beispiel dafür, wie das Konfusionsbedürfnis sich des Beiwortes „geltend", womit der exakte Jurist sein einziges Recht vor der Verwechslung mit allerlei Phantasierechten zu schützen sucht, bemächtigt, so verweise ich auf den Satz bei H. Zoepfl, Grundrifs zu Vorlesungen über Rechtsphilosophie (Naturrecht), Berlin 1878, S. 59: „Somit bildet sich alsbald in der Geschichte ein Gegensatz des geltenden d. h. wirklich historisch bestehenden und gehandhabten Rechtes, und eines giltigen d. h. auf Geltung Anspruch machenden, als auf sittlicher (?) Grundlage ruhenden,

hat bei den Leuten denselben Namen, also, schliefst man unbewufst und aller Vorsicht zum Trotz unter dem bekannten Einflufs der Sprache auf das Denken, ist es auch das nämliche Ding. Solange das noch geschieht, solange die Vorstellung von einem nichtpositiven Recht, das aber doch die Juristen irgendwie angehen soll, unter diesen vorkommt, werden auch die schleppenden Prädikate zur Kennzeichnung seines Gegenteils nichts weniger als überflüssig sein.*

gewünschten, aber vorläufig nur in der Idee bestehenden Rechtes." Auf die Frage L. v. Steins, Die Verwaltungslehre, 2. Aufl. I. 1 Stuttgart 1869, S. 25: „Was wir gesagt haben, gilt vom Begriff und Wesen des geltenden Rechts. Das wirkliche geltende Recht ist dagegen ein vielfach verschiedenes; nicht blofs im einzelnen, sondern auch in Charakter und Prinzip. Woher kommt diese Verschiedenheit?" möchte ich nur antworten, nachdem der Unterschied zwischen „geltendem" und „wirklich geltendem" Recht angegeben worden.

* Leider darf man auch die Ausdrücke „positiv" und „nichtpositiv" nicht ohne nähere Erklärung benutzen. Mit dem „Positivismus" und der „positiven Philosophie" Aug. Comtes (1. Cours de philosophie positive, 6 vls. Paris 1839, 2 éd. par Littré 1864; Auszug daraus von J. Rig: Die positive Philosophie von A. Comte, deutsch von J. H. v. Kirchmann, 2 Bde. Heidelberg 1883—84. 2. Système de politique positive ou traité de sociologie, 4 vls. Paris 1851—54; nouv. éd. 1880—83. Vgl. auch H. Gruber, Aug. Comte, der Begründer des Positivismus. Sein Leben und seine Lehre, Freiburg i. B. 1889) hat dieser Terminus natürlich nichts zu thun. Comte kennt überhaupt weder Rechts- noch Staatslehre, auch keine „positive", sondern löst diese Wissenschaften mit noch einigen andern in den einen grofsen Brei der „Soziologie" auf, als deren Urheber oder Miturheber er gilt. Durch die Auseinandersetzungen von Alex, Du droit et du positivisme, Paris 1876, wird die fruchtbringende Anwendbarkeit der Prinzipien der „positiven Philosophie" auf die Philosophie des „positiven" Rechts nur noch zweifelhafter. — Ich nenne mit einem bewufsten Pleonasmus „positiv" schlechthin alles Recht jeder Quelle und Form, das im Sinne der strengen Jurisprudenz Recht ist, und glaube dabei den Sprachgebrauch auf meiner Seite zu haben. Für mich bedeutet also „positiv" nichts als ein Notwort, durch dessen Hinzufügung ich die Einmischung der Vorstellung von irgendwelchem andersartigen Recht — Naturrecht, Vernunftrecht, Idealrecht und wie die Namen alle sein mögen — in die betreffende Darlegung verhüten will. Wodurch soll man denn schliefslich diese Negation markieren, zumal in Deduktionen, die sich nur unter grofser Anstrengung jener zudringlichen Vorstellungen erwehren, wenn nicht durch das „positiv"? Ich wünschte, es

3. So wollen sich die wichtigsten Ausdrücke unserer Wissenschaft also durchaus nicht mehr auf eine prägnante Eindeutigkeit einschränken lassen. Im Gegenteil, sie werden immer vieldeutiger. Die Begriffe verfeinern und spalten sich immer mehr, die Sprache aber gibt so leicht keine neuen

wäre nicht mehr nötig! Wie wichtig es für uns zur Zeit noch ist, sehen wir auch bei diesem Wort wieder (vgl. S. 49 Note *) daraus, dafs die Naturrechtsfreunde sich winden und drehen, um seine Bedeutung nach Möglichkeit zu entkräften. So sagt z. B. Ahrens, Recht und Rechtswissenschaft im allgemeinen (in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 2. Aufl. Leipzig 1873 S. 4), er könne nicht zugeben, „dafs das Positive, welches nur Form, Einkleidung und Niederschlag einer Idee und ideellen Strömung ist, allein den Charakter des Rechts ausmache". Freilich, wenn jemand das gesagt haben sollte, so hätte das so wenig Sinn, wie etwa die Behauptung, das Wesen der Religion bestehe „allein" in ihrem Bekenntnis. Position heifst weiter nichts als „ins Sein setzen des Gedachten" (Lotze, Metaphysik, Leipzig 1879 S. 37. Über den Begriff des „Sein" vgl. J. Bergmann, Sein und Erkennen, Berlin 1880, S. 22 ff., 64 ff.; Sigwart, Logik, I Tübingen 1873 S. 94 ff., und zur Kritik der Lehre Kants vom Sein J. Bergmann, Allgemeine Logik, I Berlin 1879 S. 144 ff.). Alles Recht, das ist oder war, ist oder war positiv; alles Recht, das man blofs denkt oder dachte, ist oder war nicht positiv, denn es hat nicht als Recht funktioniert (vgl. weiter unten S. 80 die Bemerkungen über den Rechtsbegriff). Positives Recht heifst dem gemeinen Sprachgebrauch zufolge nicht allein das vom Staate ausdrücklich gesetzte Recht im Gegensatz zu dem Recht aller andern Rechtsquellen und sonstiger Erscheinungsformen (A. Merkel in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl. S. 18 ff.), sondern es umschliefst auch die nichtstaatlichen und nicht in Worten formulierten Normen, sofern sie nur Rechtsnormen sind. Alles Recht ist positiv, alles Recht ist „gesetzt" und nur positives Recht ist Recht. Ungesatztes Recht giebt es also wohl, ungesetztes keins, wie ich gegen die Terminologie Bindings, Die Normen I, 1. Aufl. § 11 S. 66 ff., 2. Aufl. § 23 S. 153 ff., II § 34 S. 57 ff. und Handbuch des Strafrechts I §§ 40, 41 S. 197 ff. bemerke. — Ein Bedürfnis, wodurch der Gebrauch des Ausdruckes „positiv" in einem andern als dem hier entwickelten Sinne gerechtfertigt wäre, vermag ich nicht zu entdecken. Aber sollte die förmliche Sprachverwirrungswut der Rechtsphilosophen unseres Jahrhunderts ihn deshalb verschont haben? Ein paar Beispiele für das Gegenteil mögen, da mein Thema einmal die Terminologie ist, hier gestattet sein. Ganz willkürlich verfährt, wie mit vielen andern Ausdrücken, so auch mit diesem Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, (Werke VIII, Berlin 1833) §§ 2—3 u. §§ 211—214. An einigen Stellen (S. 24, S. 26, S. 275) spricht er von der „positiven Rechtswissenschaft" in demselben Sinne wie wir es heute

Wörter für die differenzierten Begriffe her.* Wir sind daher genötigt mit unserem Vorrat weiter zu wirtschaften und können nur notdürftig den veränderten Sinn eines alten Ausdruckes durch allerlei Zusätze andeuten. So sprechen wir z. B. von Gesetzen im weiteren und engeren, im formel-

noch thun. Aber an andern (S. 26 ff., S. 271; diese dunkle Stelle lautet: „Was an sich Recht ist, ist in seinem objektiven Dasein gesetzt, d. i. durch den Gedanken für das Bewufstsein bestimmt, und als das, was Recht ist und gilt, bekannt, das Gesetz; und das Recht ist durch diese Bestimmung positives Recht überhaupt") wechselt er die Bedeutung und versteht schliefslich (S. 278 ff.; ebenso in seiner Encyklopädie III: Philosophie des Geistes § 529 [Werke VII, 2 Berlin 1847 S. 397]) unter dem „Positiven" die willkürlich fixierten Quantitäten, z. B. Strafmafse, Fristen u. dgl. Goeschel, Zerstreute Blätter aus den Hand- und Hülfsakten eines Juristen, I Erfurt 1832 verwendet an einigen Stellen (S. 54 u. S. 66 ff.) das Wort „positiv", um den Gegensatz zu „natürlich" in Verbindung mit „Recht" wiederzugeben. Aber, als wenn die Eindeutigkeit in rechtsphilosophischen Aphorismen durchaus vermieden werden müfste, gebraucht er (S. 65) zwischen beiden cit. Stellen denselben Terminus einmal in dem Sinne von „gebietend" mit dem Gegensatz „verbietend", also in Beziehung auf die Befehlsform der Rechtssätze. Nur um der Historischen Schule etwas am Zeuge flicken zu können, konstruiert v. Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts, I § XIX (2. Aufl. Stuttgart 1847 S. 63 ff.) als Seitenstück zu seinem Unterschied zwischen „wahrhaft giltigem" und blofs geltendem Recht (vgl. die Note S. 50) auch einen solchen zwischen „positivem" und „historischem" Recht. Wer geltendes und positives und historisch entstandenes Recht für identisch hält, wird sich durch diese naturrechtliche Eloquenz nicht belehrt finden. Auch der vorsichtig die Worte abwägende Knapp, System der Rechtsphilosophie, Erlangen 1857 § 140, gerät in Unklarheit, sowie er den Ausdruck „positiv" gebraucht. Er macht einen zweifachen Unterschied und setzt entgegen einmal das „wirkliche" Recht dem blofs „gedachten", sodann das „positive" als das durch die „Staatsgewalt" anerkannte dem „unpositiven" als dem blofs durch eine „Mindergewalt" anerkannten Recht. Das positive wie das unpositive Recht könnten beide wirkliches oder gedachtes Recht sein; das positive sei jedoch gewöhnlich wirkliches und nur ausnahmsweise gedachtes u. s. w. — lauter Unterscheidungen, deren Wesen und Zweck schwer zu würdigen ist. Schäffle, Bau und Leben des socialen Körpers, I Tübingen 1875 versteht klar und willkürlich unter Positivität die Unzweideutigkeit und Widerspruchslosigkeit des Rechts.

* Warum es dahin kommen mufs, dafs man mit dem Gattungsnamen den individuellen Begriff verbindet, setzt Wundt, Logik I: Erkenntnislehre, Stuttgart 1880 S. 92 auseinander.

len und materiellen, im juristischen und irgendeinem sonstigen Sinn. Mit dergleichen Zusätzen verbindet jedoch der Eine diese, der Andere jene Bedeutung, und so verwirren sie manchmal mehr als sie präzisieren.

Je vieldeutiger sie werden, um so mehr büfsen diese Bezeichnungen ihren Wert als technische ein; schliefslich leisten sie in keiner Weise mehr den Dienst, den Kunstausdrücke doch leisten sollten: als kürzeste und sicherste Verständigungsmittel unter Fachgenossen, als wahre Stenogramme unter Eingeweihten den Gedankenaustausch zu vermitteln.* Der eine Jurist setzt beim andern nicht blofs gewisse, im Gedächtnis aufgespeicherte Vorstellungsgruppen, sondern auch eine starke Irritabilität derselben gegenüber geeigneten Weckrufen voraus. Solche sind eben vor allen die technischen Ausdrücke. Die Fertigkeit bei der Handhabung gewisser Vorstellungsmassen oder Bearbeitung beliebiger Vorstellungen in einer bestimmten Richtung wird durch Schule und Uebung erworben**; aber geleitet wird in jedem einzelnen Falle der Zug des Denkens*** in hervorragendstem Mafse durch die technischen Ausdrücke. Wenn nun gerade diejenigen Termini,

* Die Sprache des gewöhnlichen Lebens würde ganz ungeheuerliche Sätze gebrauchen müssen, um eine einfache juristische Vorstellung, ein schlichtes Dogma auszudrücken, und jede Auseinandersetzung über einen solchen Gegenstand würde unerträglich schleppend und unübersichtlich werden, wenn wir der technischen Ausdrücke entbehrten. Wie wollte man wohl den Satz: das Pfandrecht erlischt durch Konfusion, ausdrücken, wenn man nicht die Kunstausdrücke Pfandrecht und Konfusion hätte? Wollte man den Satz umschreiben, so müfste man doch die Wörter Gericht, Verkauf, Eigentum und andere benützen, die alle wieder ersetzt werden müfsten. Vgl. v. Jhering, Geist d. röm. Rechts § 38 (II, 2, 4. Aufl. S. 332); Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig 1876 S. 241 ff.

** Vgl. die interessanten Ausführungen E. v. Hartmanns, Das Unbewufste vom Standpunkt der Physiologie und Descendenztheorie, Absch. VII (jetzt im Ergänzungsband zur 1.—9. Aufl. der Philosophie des Unbewufsten, Leipzig 1889 S. 193 ff.) über den Erwerb gewisser Prädispositionen und die Abkürzung der Ideenassociation infolge häufiger Handhabung gleichartiger Vorstellungsmassen.

*** Volkmann v. Volkmar, Lehrbuch der Psychologie vom Standpunkt des Realismus, 2. Aufl. II Köthen 1875 S. 224 ff.

welche die allgemeinsten juristischen Begriffe bezeichnen und schlechthin bei jeder juristischen Erörterung gebraucht werden müssen, mit der peinlichsten Vieldeutigkeit behaftet sind, wie soll sich da innerhalb unserer, ohnehin durch nationale Verschiedenheiten des Objektes und fortschreitende Arbeitsteilung so arg zerklüfteten Wissenschaft auch nur die lockerste Einheit aufrechterhalten? Und doch besteht sie: in dem eisernen Inventar der Jurisprudenz an gewissen unverlierbaren Begriffen steckt die verbindende Kraft, die ihre Teile trotz aller Verwirrungen der Sprache und Verirrungen der Gedanken zusammenhält.

Es fragt sich nun, welche Mittel und Wege es gibt, diese sprachlichen Kalamitäten bis auf den unüberwindlichen Rest zu beseitigen.

Von seiten der Rechtsquellen, insbesondere der Gesetze, ist für die Verbesserung der Terminologie wenig zu erwarten. Die Gesetze kämpfen selbst unablässig um die zutreffenden Ausdrücke* und vermögen erfahrungsgemäfs niemals auch nur ihre Kommentatoren zur Nachfolge zu zwingen. Hinsichtlich der wissenschaftlichen Sprache bleibt eben das *Caesar non supra grammaticos!* nach wie vor in Geltung. Die Finanzwissenschaft wird z. B. eine „Gebühr" nennen, was ihrem Begriff von Gebühr entspricht, auch wenn noch so viele Gesetze es mit „Steuer" u. s. w. bezeichnen sollten, und ebenso die Rechtswissenschaft mit „Besitz", „Vorsatz" u. s. w. operieren, ohne sich durch die abweichende Terminologie der Gesetze absolut binden zu lassen. Allerdings ist die letztere nicht ganz einflufslos, aber der Einflufs der wissenschaftlichen Terminologie auf die gesetzliche war umgekehrt von jeher viel bedeutender. Von daher ist also kaum etwas zu erhoffen.

Auf sich selbst angewiesen, hat die Jurisprudenz an sich die gleiche Freiheit der Wortschöpfung, wie andere

* Vgl. z. B. oben S. 42. Über die möglichen Folgen eines unentschiedenen oder nachlässigen Sprachgebrauches in einem Gesetzbuche verschiedene lehrreiche Stellen bei Ludw. Goldschmidt, Kritische Erörterungen u. s. w., I Kap. I.

Wissenschaften, nur dafs die abstrakte Natur ihres Stoffes und die Bestimmung ihrer Termini für den öffentlichen Gebrauch sie mehr als manche andere an der ausgiebigen Benutzung dieser Freiheit hindern. Wir sind namentlich nicht in der Lage, kompakte Begriffe nach ihren sämtlichen Merkmalen mittels eines einzigen zusammengesetzten Wortes zu bezeichnen, wie etwa die Chemie es thut, die sich um den guten Geschmack dabei nicht viel zu kümmern braucht.* Uns würden auch die monströsesten Komposita nicht aus der Not helfen. Denn wir könnten immer nur die alten mehrdeutigen Wörter zu vieldeutigen neuen zusammensetzen und die Definition des Ganzen würde unfehlbar stets auf eine aus den alten Vorstellungen kombinierte, nie auf eine neue Vorstellung bezogen werden. Hierauf aber, dafs gewisse, sichtlich in Auflösung begriffene Vorstellungsreihen sich nicht immer wieder da einstellen, wo man neue ins Bewufstsein rufen möchte, kommt es bei der in Umbildung begriffenen Rechtsphilosophie und allen dahingehörigen Fragen der Gegenwart gerade an. Wieviel nützt uns daher die Möglichkeit, durch Zusammensetzungen den disponiblen Wortschatz zu vermehren? Nehmen wir ein Beispiel. Eine eminent rechtsphilosophische Frage, ja, kann man ohne Uebertreibung sagen, die Frage, welche sämtliche Kontroversen der Rechtsphilosophie in der reizvollsten Verwicklung umschliefst, ist die alte Zweifelfrage: Was ist Völkerrecht und gibt es ein solches positives Recht? Um die Frage einigermafsen klar zu stellen und nach allen Seiten abzugrenzen, mufs man die

* Sie darf sich daher Namen von beliebiger Länge, z. B. Orthonitrophenylpropiolsäure, zu bilden erlauben. Vikt. Meyer, Chemische Probleme der Gegenwart (in d. Deutschen Rundschau, XVI, 2 v. November 1889 S. 246): „Der Fernstehende erschrickt, wenn ihm ein glänzender Farbestoff mit dem Namen Hexamethyl-Methoxy-Triamidotriphenylcarbinol bezeichnet wird. Für den Eingeweihten liegt in diesem unerfreulichen Namen ein vollständiger Bericht über die Synthese und Konstitution des Farbestoffes.“ Es ist nicht zu bezweifeln, dafs die Jurisprudenz, wenn sie die gleiche Freiheit der endlosen Wortzusammensetzung besäfse, wegen der abstrakten Natur ihrer „Stoffe“ in noch gröfsere terminologische Schwierigkeiten als die gegenwärtigen geraten würde.

gesamte technische Terminologie der Rechtsphilosophie aufbieten; um aber das Wesen und die Geltung des Völkerrechts — nebenbei bemerkt ist „Völkerrecht“ selbst ein höchst unglücklich gebildetes Wort, das die Gedanken nach den verschiedensten Richtungen in die Irre leitet — darzulegen, d. h. die juristisch befriedigende Lösung unmifsverständlich mitzuteilen, dazu genügen uns selbst die denkbaren Permutationen aller verwendbaren Ausdrücke nicht. Man möge „Völker“ und „Gesellschaft“ oder „Gemeinschaft“ zu „Völkergemeinschaft“, ferner „Völker“, „Recht“ und „Quelle“ zu „Völkerrechtsquelle“ u. s. w. nach Gefallen komponieren — die Frage kommt dadurch auch nicht einen Schritt von der Stelle. An allen diesen abgegriffenen und abgeschliffenen Teil-Worten bleiben eben die alten undeutlichen Teil-Vorstellungen hängen, und das blofse Zusammensetzen der ersteren schafft noch keine Verfeinerung, überhaupt keine Korrektur der letzteren. Dagegen bedarf es nur der Einmischung des Wortes „international“ ohne Angabe dessen, in welchem Sinne dieser wiederum mehrdeutige Ausdruck gebraucht werde, dann der Verbindung desselben mit Rechtsetzung, Rechtsbewufstsein, Rechtsquelle und sonstigen Kompositen, um mittels ausschweifender Wortbildung das ganze Problem in die Regionen der höheren Verwirrung zu heben. Jedenfalls können wir nicht hoffen, auf dem Wege der Zusammensetzung von Wörtern der Misère der Vieldeutigkeit zu entrinnen.

Aber wenn wir uns entschlössen, unserm allzu kargen Vorrat an technischen Ausdrücken einfach auf die Weise aufzuhelfen, dafs wir neue Wörter für die neuen Begriffe einführen? Was die einzelnen Zweige der Rechtswissenschaft in der Not zu thun sich nicht scheuen, das wird doch auch der allgemeinen Rechtstheorie nicht grundsätzlich verboten sein. Es gehört dazu, scheint es, nichts mehr, als dafs die Ausdrücke im Geist der Sprache und mit Geschmack gebildet werden. Das Weitere findet sich. Ein „erlösendes Wort“, das den adäquaten Ausdruck eines frisch erarbeiteten Begriffes enthält, wird nicht nur allerseits gern aufgenommen werden, sondern auch gleich wieder seinerseits den Anstofs zur Ent-

wicklung neuer Gedankenreihen geben. Alle technischen Ausdrücke sind ja irgendeinmal kreiert worden. Viele sind allerdings sehr alten, aber ebensoviele und noch mehr neuen Ursprunges, insbesondere manche des öffentlichen Rechts, wie „Souveränetät", „Exterritorialität", „konstitutionell" u. s. w. kaum ein paar hundert oder nicht einmal einhundert Jahre alt — wie sollten wir uns heute ohne sie ausdrücken?

Allein für eine alte hochentwickelte Wissenschaft resp. solche Teile einer Wissenschaft gilt nicht die gleiche sprachliche Freiheit wie für ihre frühesten Entwicklungsstadien. Wer die Terminologie der Rechtsphilosophie und allgemeinen Rechtstheorie heute bereichern wollte, würde bald erkennen, dafs eben die hervorgehobenen Bedingungen die Einführung neuer und brauchbarer Termini thatsächlich verhindern. Das Bedürfnis ist zweifelhaft, die Wahrscheinlichkeit der Aufnahme in den Wortschatz der Fachgenossen gering, die Gefahr unerwünschter Begriffsverschiebungen wegen der leichten Lenkbarkeit des Denkens durch die Sprache grofs. Auf irgendeins der nicht weiter auflösbaren Elemente alles Sprechens, wie man sagt fünf- bis sechshundert, müfste schliefslich selbst der kühnste Erfinder neuer Wörter doch zurückgreifen und mit jedem aus einer solchen letzten Wurzel hergeleiteten Terminus würde er die ganze Sippe aller der von dem nämlichen Etymon abstammenden Wörter mitsamt ihren Begriffen — lauter gefährlichen Nachbarn — an die Peripherie seiner Wissenschaft heranziehen. Das ist vielleicht allzu ängstlich gedacht. Aber wie kommt es, dafs sich unsere Sprache so entschieden gegen Neologien sträubt? Liegt in dem Umstande, dafs sie uns hartnäckigst die neuen Wörter versagt, nicht vielleicht ein Hinweis darauf, dafs wir mit dem bisherigen Material noch ganz gut auskommen müfsten? Wir meinen neue Vorstellungen zu haben — unsere Sprache ist, was diese Neuheit betrifft, vielleicht kritischer als wir. Sind es, fragt sie uns, indem sie das geforderte neue Wort zurückhält, wirklich neue Vorstellungen, die ans Licht drängen? Besitzt Ihr in der That zu wenig Ausdrücke oder habt Ihr nicht am Ende zu viele Begriffe gebildet?

Besinnen wir uns darauf, was wir eigentlich wollen. Unsere hauptsächlichsten rechtsphilosophischen Ausdrücke, wie Recht, Gesetz u. a., haben vielerlei Bedeutungen. Das haben wir zu beklagen. Wo aber sind denn die neuen Vorstellungen, neuen Begriffe, für die wir die Sprache um neue Ausdrücke anzugehen befugt wären? Es sind kaum welche da; es sind immer die alten, nur verfeinert oder vergröbert, subtiler ausgearbeitet oder allmählich nivelliert, nach verschiedenen Seiten schärfer abgegrenzt oder durch achtlose Behandlung immer mehr verwischt, jenachdem. Von einer synthetischen Zusammenziehung getrennter Einzelvorstellungen zu neuen Gesamtvorstellungen aber, d. h. Bildung von Begriffen neuer Struktur aus den an den Rechtsthatsachen haftenden Merkmalen, ist hier doch nichts zu bemerken. Und für die alten Begriffe werden wohl auch die hergebrachten technischen Termini noch ausreichen! Wer neue dafür fabriziert, bereichert nicht die Sprache, sondern verwirrt durch sie die Begriffe und — mag bei v. Jhering* nachlesen, wie er dafür genannt zu werden verdient.

Was wir wünschen, ist ein eigener Ausdruck für jeden besonderen Begriff, der seine juristisch vollkommen ausgebildete Eigenart besitzt. Diesem Verlangen steht die Thatsache der Verwendung eines und desselben rechtsphilosophischen Terminus für mehrere Begriffe entgegen. Zwischen unseren Ansprüchen und den Thatsachen mufs ein Ausgleich gefunden werden. Da die andern Wege sich ungangbar zeigen, bleibt uns nur noch einer zu diesem Ziele übrig.

Durch Tradition haben wir die verdorbene Terminologie überkommen, auf dem Wege der Tradition vermögen wir sie auch wieder zu reinigen. Die neuerstehende rechtsphilosophische Litteratur (S. 25) ist damit beschäftigt, die letzten noch stehenden Verbindungsbrücken mit dem Naturrecht abzubrechen: sie darf die zuchtlose Terminologie, die Kupplerin, welche der Rechtsphilosophie heimlich naturrechtliche Ideen zuführt, nicht so unbeanstandet fortexistieren

* Geist d. röm. Rechts, Vorrede zu II, 2 (1. Aufl. S. X; 4. Aufl. S. XII).

lassen. Allerdings kann der Einzelne weder eine mifsbräuchliche Redeweise abstellen, noch einen neuen Sprachgebrauch einführen. Wohl aber können das alle Einzelnen, wenn sie einig sind, zumal die Schriftsteller, in deren Hand hauptsächlich die Macht, den Sprachgebrauch zu dirigieren, liegt.*

Ist es zuviel verlangt oder nicht vielmehr das mindeste, was man in dieser Beziehung fordern kann, dafs ein jeder

* Rein etymologische Erwägungen dürften hierbei schwerlich eine bedeutende Rolle spielen. Allerdings wird vielfach versucht, auf etymologischem Wege dem Wesen gewisser Grundbegriffe, wie namentlich Sitte, Recht, Gesetz, näher zu kommen und die Abgrenzung derselben gegen einander zu erleichtern. Ebenso häufig wird die Sprachverwandtschaft resp. -Verschiedenheit im Bereich der „Vergleichenden Rechtswissenschaft“ nach verschiedenen Seiten ausgenutzt. Dafs daraus für die Bestimmung des Inhaltes und Umfanges jener Begriffe etwas Nennenswertes resultiert sei, kann ich jedoch nicht finden. Auch erwarte ich für die Zukunft selbst aus den eindringendsten Untersuchungen dieser Art blofs eine gesteigerte Einsicht in den interessanten Kampf ohne Ende der schrankenlosen Kombinationsfähigkeit der abstrakten Gedankenelemente wider die träge Beharrlichkeit der tief im Sinnlichen wurzelnden Sprache. Der Grund ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen Begriff und Laut. Alle Namengebung hat etwas historisch Willkürliches und braucht nicht mit dem Wesen des Benannten zusammenzuhängen. Nur bei den schallnachahmenden (onomatopoetischen) Wörtern findet letzteres statt. Im übrigen hat kein Ding auch nur den geringsten Einflufs auf seine Bezeichnung, ist keine innere Beziehung des Wortes zu der Vorstellung, die es ausdrückt, erkennbar (vgl. Wundt, Logik I S. 44; Noiré, Logos. Ursprung und Wesen der Begriffe, Leipzig 1885 S. 102 ff. u. A.). Was nützte es uns also in begrifflicher Hinsicht, könnten wir auch auf das genaueste feststellen, auf welche Wurzeln *jus*, *lex*, Recht, *lov*, *lag* u. s. w. zurückgehen? Aufserdem steht fest, dafs alle Wurzeln d. h. materiellen Elemente der Sprache, lautliche Zeichen für Sinneseindrücke und nur für solche sind. Dafs alle Wörter, die immaterielle Begriffe ausdrücken, nur metaphorische Übertragungen von Wörtern sind, welche Dinge und Vorgänge der empfindbaren Welt bezeichnen, hat schon Locke klar und bestimmt als Behauptung hingestellt, die durch die Forschung der sprachvergleichenden Philologen vollauf bestätigt worden ist (vgl. Max Müller, Vorlesungen über die Wissenschaft der Sprache, deutsch bearb. von C. Boettger, II Serie Leipzig 1866 S. 319 ff.). Bei der immateriellen Natur der juristischen Begriffe werden also etymologische Untersuchungen nur den Nachweis für die ursprüngliche Herkunft unserer durchweg bildlichen Ausdrücke führen, niemals aber zur Beseitigung der Vieldeutigkeiten und so indirekt zur Aufklärung der Begriffe selbst dienen können.

für seine eigene Deduktion einen Ausdruck in seiner Einerleiheit d. h. ohne den Begriff zu wechseln, durch die ganze Folge der Verstandesthätigkeiten festhalte? Nun wohl, man schärfe also das Bewufstsein dieser Verpflichtung, das der Naturrechtsphilosophie gänzlich abging und auch heute noch recht Vielen fehlt, auf jede Weise, durch Selbstkritik und durch Kontrole Anderer. Die bewufste Gleichmäfsigkeit der Ausdrucksweise hat für den sich ihrer Befleifsigenden die Folge, dafs die abgebrauchten alten Wörter ihm wieder schärfer, kantiger erscheinen und dafs sich ihre populären oder sonstigen unbestimmten Bedeutungen schliefslich garnicht mehr in seine Gedanken hineindrängen, sodafs jene für ihn die Eindeutigkeit wahrhaft technischer Ausdrücke wiedergewinnen. Damit der Uebergang eines solchen gleichmäfsig restringierenden Sprachgebrauches von dem einen auf den nächsten und alle folgenden Schriftsteller sich nicht langsam „von selbst“, sondern in beschleunigtem Tempo vollziehe, ist nur zweierlei erforderlich. Einmal ein stets waches Bewufstsein von der hohen Wichtigkeit der Terminologie und ihrer Uebereinstimmung unter den Fachgenossen als allgemeine Voraussetzung. Sodann in betreff jedes einzelnen in Frage kommenden Wortes eine leidliche Harmonie darüber, welche juristisch nichtsnutzigen Vorstellungen, die sich unter dem mehrdeutigen Terminus verbergen, aus demselben für den Fall seiner Anwendung in Rechtsfragen zu vertreiben seien. Für den Rest ist er dann der juristisch prägnante, technische Ausdruck.

Nicht durch Vermehrung des Wortschatzes oder Meisterung der Sprache also, überhaupt nicht durch linguistische Mittel, sondern einzig und allein durch Ausstofsung von Vorstellungskomplexen, für die wir in der Jurisprudenz keine Verwendung haben, werden wir unsere dissolute Terminologie der Grundbegriffe verbessern können. Was steht z. B. ernstlich dem im Wege, dafs „Gesetz“ ohne Zusatz für uns überhaupt nur eine Bedeutung, einen technischen Sinn behalte: das Gesetz im „materiellen“ Sinne nach dem neuern Sprachgebrauch? Höchstens, wenn es denn sein mufs, dürfte

noch eine zweite Bedeutung zugelassen werden: das Gesetz im „formellen“ Sinne (s. S. 87). Die übrigen sind sämtlich aus dem Umkreis der Jurisprudenz zu verbannen, ausserdem durch andere Ausdrücke ersetzbar. Mit dem Terminus „Recht“ steht es ganz ebenso.* Recht im „objektiven“ und Recht im „subjektiven“ Sinne sind seine beiden einzigen in der juristischen Kunstsprache erforderlichen und zulässigen Bedeutungen. Aus welchem Grunde soll man denn einfach „Recht“ sagen dürfen, wenn man „Rechtswissenschaft“ oder „Rechtslitteratur“ oder „Rechtsordnung“ u. s. w. meint? ** Und in welcher Veranlassung könnte bei juristischen Deduk-

* Daher ich die verzweifelnde Resignation mancher Schriftsteller in dieser Hinsicht nicht teile. J. Oudot, Conscience et science du devoir. Introduction à une explication nouvelle du C.N., I Paris 1855 p. 174 äufsert schliefslich resigniert die Ansicht, man könne das fatale Wort *droit* ganz gut aufgeben, ohne es zu vermissen, und Isid. Müller, Die Lehre von den Rechten, vom Unrechte und seiner Behandlung in und aufser dem Staate, Wien 1861 S. 30 glaubt nicht minder durch Weglassung des ganzen Terminus Recht all den Verlegenheiten zu entgehen, welche ihm der Begriff Recht bereitet. Das ist nun allerdings ein schwächliches Auskunftsmittel, durch Dezimierung des Lexikons wissenschaftliche Beängstigungen zu heben, die von solchen Geistern garnicht aufgesucht werden sollten.

** Dies geschieht thatsächlich sehr häufig. Es mag auch hingehen, solange aus dem Zusammenhang jedesmal hervorgeht, dafs eigentlich nicht das Recht selbst gemeint ist, und aus dem Begriff des substituierten Wortes keine Schlufsfolgerung gezogen wird, welche für den Begriff des andern, an dessen Stelle jenes gebraucht wird, giltig sein soll, oder umgekehrt Man darf z. B. Völkerrecht sagen, wo eigentlich Wissenschaft oder Litteratur des Völkerrechts stehen sollte, wie man der Kürze wegen ja auch alle Tage Civilrecht oder Strafrecht spricht, während man die Doktrin oder Litteratur dieser Fächer, nicht eigentlich das Rechtssystem meint. Unstatthaft aber ist die von altersher beliebte, im letzten Grunde auf einer zur Gewohnheit gewordenen Substitution — man denke z. B. an das stehende Epitheton Grotius' „Vater des Völkerrechts“ — beruhende Argumentation aus dem Dasein einer sich Völkerrecht nennenden Litteratur auf die Existenz eines Völkerrecht zu nennenden Rechts und die Rechtsnatur dieses Rechts. — Weniger durchsichtig ist die Irrtümlichkeit mancher Deduktionen, welche aus der nicht immer statthaften Identifizierung von Rechts ordnung und Recht entspringt, wodurch z. B. die Frage nach dem Verhältnis des „Zwanges“ zum Recht resp. seiner Rolle als begriffliches Element im Recht zu einem wahren Kreuz der Rechtsphilosophie geworden ist.

tionen das Wort Recht jemals in einem andern als im juristischen Sinne erforderlich sein — aufser um zu verwirren? Wenn unter Juristen von Recht im objektiven Sinne die Rede ist, so ist dies nicht irgendein populärer Begriff, den jemand so zu nennen für gut befindet, sondern vielmehr ein technischer Begriff Recht, der die ganze Gedankenrichtung der Rechtskundigen bestimmt. Er bedeutet eigentümlich geartete Vorschriften, Regeln des Lebens, deren Zusammenfassung zu dem Recht einen ganz besonderen Grund in ihrem eigensten Wesen findet, sodafs im Bereich des fachmännischen Denkens dieser Gattungsname eine genau umschriebene, fast esoterische Bedeutung beansprucht. Allerdings setzt, wenn wir die soeben (S. 61) vorgetragenen Sätze hier speciell auf den Terminus Recht anwenden, hinsichtlich desselben die erwünschte Verbesserung der Sprache durch Restriktion des Begriffsvorrates wesentlich voraus, dafs jeder Gedanke an ein anderes Recht als das positive, historisch entstandene aus der Jurisprudenz jeder Art, Stufe und Benennung so gründlich ausgetrieben werde, dafs die leiseste Andeutung eines solchen unbedingt als Verrat einer laienhaften Vorstellungsweise angesehen wird. Hiermit treten wir indessen bereits in ein anderes Gebiet, das der Begriffsbildung, hinüber.*

III.

1. Durch die Unsicherheit der Ausdrücke ist die rechtsphilosophische Arbeit nicht wenig erschwert — an den geistigen Aequivalenten derselben aber, den Grundbegriffen des Rechts, ist sie eigentlich erst seit kurzem ernstlich in Angriff genommen.

Die vernunftrechtliche und verwandte Schulen haben aus ganz oberflächlich erfafsten Begriffen ihre verwegenen Systeme aufgebaut. Sie concipierten ihre Gedanken in der naivsten Weise, kontrolierten sie niemals an den That-

* Vgl. die Erörterung des Rechtsbegriffes unten sub III, 2 S. 71 ff.

sachen der Wirklichkeit und ahnten nicht einmal die äufserst verwickelte Natur der Dinge, die sie so knapp zu definieren wufsten. Recht heifst das und das, Gesetz bedeutet dies oder jenes, Rechtsquelle ist „die“ Vernunft d. h. meine Vernunft, nicht des Nachbars unvernünftige Vernunft. Man kann für Vernunft manches Andere setzen, ohne dafs hierdurch etwas geändert würde. Kurz genug waren die Definitionen allerdings, dafür aber auch irrig. Wie sollte es auch anders sein, da es niemandem einfiel, seine Begriffe von den realen Erscheinungen des Rechtslebens zu abstrahieren: den Begriff des Rechts von den einzelnen positiven Rechten, den Begriff des Gesetzes von den wirklich geltenden Rechtsgesetzen, den Begriff der Rechtsquelle von den thatsächlich verbindliches Recht produzierenden Erzeugern desselben u. s. w. Das wäre ja garnicht „philosophisch“ gewesen! Nicht aus den Erscheinungen des „blofs positiven“ Rechts — dieses wurde nicht als ein würdiges Objekt der Philosophie angesehen — wollte man die obersten Rechtsbegriffe erarbeiten, sondern umgekehrt: die Thatsachen sollten sich den Diktaten des Vernunftrechts gemäfs gestalten. Jene Termini bedeuteten also gar keine Begriffe, denen die juristischen Dinge der Wirklichkeit entsprachen, sie bedeuteten vielmehr *a priori* aufgestellte Kategorien, an denen uns heute, sofern wir nicht selber in natur- oder vernunftrechtlichen Doktrinen verstrickt sind, aufser dem Namen nichts juristisch erscheint. Wir wissen in der That damit nichts Rechtes zu beginnen, sobald wir nur die Idee eines Vernunftrechts aufgeben und der Rechtsphilosophie als einzigen möglichen Gegenstand das positive Recht unterlegen.

Die Historische Schule negierte die Existenz jedes Rechts aufser dem positiven, stellte die bekannten Thesen über die Entstehung des Rechts auf und begründete eine neue Methode der wissenschaftlichen Bearbeitung desselben. Man kann aber weder behaupten, dafs ihre Prinzipien gleichmäfsig in allen Rechtsgebieten herrschen — am unbestrittensten noch im Civilrecht, in den meisten anderen Rechtsteilen viel weniger, in einigen einfach garnicht — noch dafs ihre grundsätzliche

Anerkennung eine entsprechende Ausbildung der allgemeinen Rechtslehren zur Folge gehabt hätte. Warum Letzteres nicht der Fall ist, erklärt sich auch ziemlich leicht. Mit dem Glauben an das Vernunftrecht geriet auch das Zutrauen in die „angeborenen“ Rechtsbegriffe ins Schwanken und die rein vernunftrechtlichen Konstruktionen zergingen vor dem flagranten Widerspruch des rehabilitierten positiven Rechts. Aber die ungefüge Masse des letzteren, aus welchem nunmehr die Reformation nach exakter Methode vorzunehmen war, stellte der Umbildung der Begriffe von so hoher Stufe der Abstraktion, wie Recht, Rechtsquelle u. s. w., verständlicher Weise die gewaltigsten Hindernisse entgegen. Nun mufste doch z. B. eine Definition von Rechtsquelle auf jede Quelle des positiven Rechts passen und aufser den etwa aufgestellten Arten derselben durfte das wirkliche Recht keine aufweisen, sonst waren eben Definition und Einteilung falsch. Begriffe lassen nun einmal keine Ausnahme zu. Es kam also darauf hinaus dafs man, bei dem Zustande der Wissenschaft vom positiven Recht, höchstens eine provisorische Begriffsbestimmung aufstellen durfte, welche dann an den Erscheinungen der Wirklichkeit zu verifizieren resp. bei direktem Widerspruch der letzteren alsbald gänzlich aufzugeben war. Da aber dieser Widerspruch auf Schritt und Tritt zu erwarten war, so setzte sich ihm lieber garnicht aus, wer Definitionen solcher abstrakter Begriffe irgend vermeiden konnte. Falls sie dagegen nicht zu umgehen waren, beschränkte man sich nach Möglichkeit auf die wenigen, welche mit den Lehren der Historischen Schule im allerengsten Zusammenhange stehen. Und wo schliefslich die juristischen Grundbegriffe durchaus im weitesten Umfange vorgetragen werden sollten, da schlichen sich mit der alten aprioristischen Methode auch die Rubriken und Kategorien des Natur- oder Vernunftrechts, selbst wenn das letztere von vornherein mit Betonung verleugnet worden, ganz sachte wieder ein. Ein beliebiges halbes Dutzend Handbücher des Privatrechts und ebensoviele des Strafrechts aus den nächsten Dezennien, nachdem Savigny und Puchta in ihren dogmatischen Schriften die Prinzipien der Historischen

Schule bewährt hatten *, dürfte genügen, um die unterschiedlichen Manieren, sich mit der Rechtsphilosophie abzufinden, deutlich zu illustrieren. Die Verfasser der ersteren zogen es im allgemeinen vor, ihre Rechtstheorie möglichst in die von den Häuptern der Historischen Schule vorgezeichneten engen Contouren hineinzuzeichnen. Die Kriminalisten aber, sofern bei ihnen eine Einwirkung jener Schule überhaupt bemerkbar ist, liefsen sich dadurch nicht abhalten, ihre allgemeinen Lehren auf spekulativem Wege zu vervollständigen, wie sie ja bis auf den heutigen Tag noch die Begriffe mancher Verbrechen frei konstruieren. ** Was endlich Staatsrecht und Völkerrecht betrifft — nun, da bedarf es keines Wortes mehr. Hat doch z. B. Bluntschli behufs Versöhnung von Realität und Idealität eigens die „historisch-philosophische Methode“ *** ersonnen, in deren Befolgung er denn auch that-

* Das Jahr 1840 ist daher ungefähr der Zeitpunkt, von welchem man den Sieg der historischen über die andern Methoden zu datieren hat — sofern hier überhaupt von einem Siege gesprochen werden darf. Vorsichtiger wäre es zu sagen, es sei etwa dieses Jahr als derjenige Zeitpunkt anzusehen, von welchem an ein rapider Rückgang der naturrechtlichen und spekulativen Richtungen hätte eintreten müssen, wenn eben mit den entscheidenden Schlachten auch der allendliche Sieg für die geschichtliche Rechtsauffassung gewonnen worden wäre. Wennschon dies nun keineswegs der Fall gewesen, so ist doch jedenfalls in jene Zeit der Anfang der neuesten Entwicklungsepoche der Rechtswissenschaft d. h. dessen, was man gewöhnlich als „Jurisprudenz der Gegenwart“ (in welche man sich einen unbestimmten Teil der Vergangenheit miteingeschlossen denkt) oder „moderne Rechtswissenschaft“ bezeichnet, zu verlegen. Ich glaube daher auch das Naturrecht nach 1840 mit andern Augen betrachten zu müssen und schärfer verurteilen zu dürfen (vgl. die I. Abhandlung), als das weiter zurück liegende.

** Vgl. den mehr als zureichenden Nachweis bei R. Loening, Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts, 1883 (in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III S. 219 ff., bes. die Anmerkungen).

*** Diese seine Methode tritt zuerst in seinem Allgemeinen Staatsrecht, 1851 (4. Aufl. München 1863 Bd. 1 Cap. X S. 28 ff. ausführlich beschrieben; wiederabgedr. in der 5. Aufl. [Teil I der Lehre vom modernen Staat], Stuttgart 1875, Cap. II S. 5 ff.), dann in der Vorrede zur Krit. Überschau d. deutsch. Gesetzg. u. Rechtswiss. I München 1853 auf, kommt auch

sächlich in allen seinen weltbekannten staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Schriften ein unentwirrbares Gemenge von positivem Recht und Naturrecht zustande gebracht hat.

Jene gedrängten Erörterungen der obersten Rechtsbegriffe betrachtend, können wir gegenwärtig sagen: wir wissen, dieses alles gilt nicht so, wie es da vorgetragen wird. Aber was eigentlich gilt, das wissen wir auch heute noch nicht zu sagen. Eine „herrschende Ansicht“ über den jenen Begriffen zukommenden Inhalt gibt es nicht, und wo eine vorzuliegen scheint, da ist sie nichts als ein allgemeines Vorurteil. Beim ersten scharfen Angriff auf die hergebrachten Formeln für den Sinn der einzelnen Definitionsteile würde es fallen. Nur einige wenige Grundbegriffe hat die Kritik in den letzten Dezennien hin- und hergezerrt, und diese sind darüber defekt geworden. Also: eine Anzahl Dogmen über die Entstehung und die Bildungsformen des Rechts, dazu einige Begriffsinvaliden wie „Gewohnheitsrecht“, „subjektives Recht“, der Rest Erbstücke aus der naturrechtlichen Epoche — das ist in Summa unsere heutige allgemeine Rechtstheorie.

In diesem Zustande darf man indessen nichts sonderlich Beschämendes für die Jurisprudenz der Gegenwart erblicken. Er erklärt sich daraus, dafs unsere gesamte Rechtsphilosophie in der Umbildung begriffen ist und mithin die Signatur einer jeden Übergangszeit: unaufgelöste Widersprüche und unfertige Begriffe, an sich tragen mufs. Wie lange jedoch diese Zeit dauern soll, hängt zum grofsen Teil davon ab, wie schnell die Einsicht sich im Juristenstande verbreitet, dafs gerade die wichtigsten Fragen seiner Wissenschaft noch immer zur Beantwortung stehen, obwohl die Mittel zu ihrer Lösung nunmehr reichlich vorhanden sind. Vorläufig ist jedoch

in den Aufsätzen über den Rechtsbegriff (1858; abgedr. in d. Ges. kl. Schriften I Nördlingen 1879 S. 1 ff.) und über die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen (2. Aufl. Zürich 1862) vor, um in seinem Rechtsbuch des modernen Völkerrechts (1868; 3. Aufl. Nördlingen 1878) in eine Methode auszuarten, die man nur als rein naturrechtliche bezeichnen kann. Eine wirkliche Begründung oder Verteidigung dieser Methode hat Bluntschli nie gegeben.

ein gewisser Widerwillen, mindestens eine starke Apathie weitester Kreise gegen alles, was sich Rechtsphilosophie oder ähnlich nennt, nicht zu verkennen. Das wird sich indessen bald ändern, hat sich zum Teil bereits insofern geändert, als man eine Rechtsphilosophie nicht sowohl der Sache, als nur dem allerlei Reminiszenzen wachrufenden Namen nach ablehnt.

Es wird nicht geleugnet werden können, dafs der Gehalt der allermeisten unserer tagtäglich in allen möglichen Verbindungen angewendeten Hauptbegriffe einer gründlichen Revision behufs Reinigung von unmotivierten Elementen und Klärung der übrigbleibenden bedarf. Eine flüchtige Exemplifikation genügt, um jedem Juristen die ganze Unsicherheit dieses Teiles seines Denkmaterials vorzuführen.* Nehmen wir z. B. den Begriff „Rechtssatz". Er ist wegen seiner Biegsamkeit sehr bequem zu gebrauchen. Aber welche Merkmale enthält er, wenigstens ungefähr? Und wie verhält er sich zum Gesetz? Ja, wenn wir nur erst ganz sicher wüfsten, was wir uns unter „Gesetz" vorzustellen haben. Man beruhigt sich gar schnell dabei, dafs es eine in Worte gekleidete Vorschrift des Staates sei, und macht sich regelmäfsig nicht viel Sorge um die Rätselhaftigkeit seiner Natur und seines wirkungsvollen Daseins. Die Wenigsten ahnen, auf wie verwickelten Schlüssen es beruht, wenn sie aus irgendeinem Paragraphen eines Gesetzbuches, blofsen auf Papier gedruckten Zeichen, einen „Rechtssatz" ableiten, kraft dessen dies oder jenes geschehen oder nicht geschehen, widrigenfalls wieder etwas Anderes vorgenommen werden soll u. s. w., wobei die Menschen sich durch jene Zeichen so mannigfach hin- und herleiten lassen, dafs man sich wol darob verwundern müsste — wenn es nicht eben so ganz „selbstverständlich" wäre. Gesetz ist eben eine Rechtsquelle, sagt man, indem man *ignotum per ignotius* erklärt. Ein sehr wichtiger, aber auch sehr streitiger Begriff, diese „Rechtsquelle"! Ist es die Volksüberzeugung, das Rechtsbewufstsein, die Ver-

* Ich erinnere für das Folgende an das oben (S. 40 ff.) über die entsprechenden Termini Gesagte.

nunft, die Religion, die Gewohnheit, die Wissenschaft? Oder ist es nur das Gesetz — wessen Gesetz? Ausschliefslich des Staates? Gesetz und Rechtsquelle sind Begriffe, von deren zahlreichen Merkmalen wir nur eins anzurühren brauchen, um in ein wirres Kontroversennetz zu gerathen. Reihen wir „subjektives Recht", „Handlung", „Rechtswidrigkeit" oder „Rechtsverletzung", „Schuld", „Irrtum", „Zwang" an, so haben wir noch lange nicht das Register derjenigen Begriffe erschöpft, mit denen sämtliche Juristen fortwährend operieren müssen und die doch samt und sonders nicht blofs nach der einen oder andern Richtung, was natürlich immer der Fall sein wird, sondern in jedem einzelnen ihrer Elemente durch und durch streitig sind.

Diese Dinge werden vielfach für Sache der reinen Theorie, für Gegenstände blofser Schulfragen erklärt, an denen sich akademischer Scharfsinn, dem es auf die praktische Verwertbarkeit seiner Resultate nicht ankomme, üben möge. Man verschliefst sich der Unvereinbarkeit dieser Ansicht mit dem, was jeder, der in rechtswissenschaftlichen Fragen gleichviel welcher Art gearbeitet hat, aus eigener Erfahrung wissen müfste, nämlich „dafs wir nicht selten bei der Untersuchung des speciellsten Punktes auf die höchsten und allgemeinsten Begriffe zurückgeworfen werden und ohne ihre Feststellung kein sicheres Resultat zu erzielen ist".* Zumal unter den praktischen Juristen, namentlich in den Ländern mit kodifiziertem Recht, ist die Meinung nicht gerade selten, dafs für ihre Zwecke die feinere Analyse jener allgemeinen Begriffe so entbehrlich sei, wie sie es den grofsen römischen Juristen war, die eine „Allgemeine Rechtslehre" oder gar eine „Rechtsphilosophie" überhaupt nicht pflegten. Eine solche Meinung kann jedoch gewifs nur auf einem Irrtum über das Verhältnis von

* Windscheids Rede über Recht und Rechtswissenschaft, Leipzig 1884, S. 22. Ähnlich konstatiert Binding in der Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtswiss. XXI (N. F. II) 1879 S. 542, die Rechtswissenschaft habe „es erfahren müssen, dafs scheinbar sehr einfache praktische Fragen sich nicht lösen lassen wollten ohne vorherige Aufschliefsung ganz entlegener Gebiete".

Theorie und Praxis beruhen. Den Anlafs, seine Vorstellungen über einen Grundbegriff zu ordnen, entnimmt der Praktiker dem konkreten Fall und er verdeutlicht sich, entsprechend seinem Bedürfnis, gerade nur soviel davon, als er augenblicklich bedarf, nicht die Gesamtvorstellung, wie er überhaupt in jedem Specialfall nur mit Begriffsfragmenten, nicht mit ganzen juristischen Begriffen zu arbeiten genötigt ist. Immerhin läfst sich, da ein Begriff doch kein blofses Aggregat, sondern eine Einheit von Teilvorstellungen bildet, das einzelne Merkmal nicht in das Bewufstsein heben, ohne dafs die anderen, sei es auch mit abgeschwächter Deutlichkeit, mit hervortreten. Überdies würden in anderen praktischen Fällen wieder andere Fragmente eines und desselben Begriffes eine genauere Besichtigung erfordern und auf diese Weise doch schliefslich der ganze Begriff. Dem Praktiker genügt m. a. W. meist die blofse successive Bewältigung der einzelnen Bestandteile jedes der Analyse bedürftigen Begriffes, da er erschöpfende Bestimmungen der Rechtsbegriffe zu geben keinen Anlafs hat, während der Theoretiker, der seinen Begriff im übrigen auf genau dieselbe Weise behandelt, aufserdem auch noch der simultanen Ordnung der sämtlichen Merkmale und Gliederung derselben zu einer Definition bedarf. Das ist, sofern es sich eben um einzelne Begriffe und nichts Anderes handelt, der ganze Unterschied zwischen ihnen. Oder meint man wirklich, der Praktiker könne die allgemeinsten Begriffe der Jurisprudenz überhaupt missen? Gelegentlich wird er doch z. B. die Frage aufwerfen müssen: enthält diese bestimmte Verordnung eine giltige Rechtsvorschrift, ist sie eine meiner Rechtsquellen? Ob und unter welchen Umständen Verordnungen überhaupt Rechtsquellen sein können, darüber braucht er freilich kein nach allen Seiten gleich klares Wissen in sich zu haben. Aber absolut unerfindlich ist doch, wie er über die erwähnte konkrete Frage schlüssig werden könnte, ohne auch nur irgendein Element der Begriffe Verordnung, Rechtsvorschrift, Rechtsquelle um Bescheid anzugehen, oder wie er ohne dieselben über die Rangordnung einander widersprechender Quellen zur Klarheit zu gelangen vermöchte. Die meisten allgemeinsten Begriffe nötigen ihm schon seine Gesetzbücher direkt auf, andere die Pflicht besonnener Uebung der Praxis.*

2. Im Centrum aller unserer Begriffe und Lehren steht der Begriff Recht im objektiven Sinne selbst.** In diesem darf man das A und O der gesamten Jurisprudenz sehen, einerlei, ob sie nun mehr interpretiere und analysiere oder mehr konstruiere und systematisiere, ob sie schlichte Rechtskunde oder anspruchsvollere Rechtswissenschaft ist. Doppelt bedauerlich also die Gleichgiltigkeit hinsichtlich der Bestimmtheit seines Inhaltes. Oder ist dies gleichfalls nur ein Schulbegriff, sodafs die Analyse seiner Elemente und die Zusammenfassung derselben zu einer Definition für das praktische Rechtsleben belanglos wäre? Schwerlich. Denn zum Begriff des Rechts hinaufführen schlechthin alle Fragen, die man Rechtsfragen nennt und nennen darf, weil und soweit das Recht auf sie Antwort gibt. Ohne dieses Zurückgehen auf den Rechtsbegriff ist die ganz allgemeine Diagnose: diese Frage ist eine Rechtsfrage, die natürlich in den meisten praktischen Fällen einfach übersprungen werden kann, garnicht möglich. Allerdings ist die Befähigung des Praktikers zu seinem Beruf nicht davon abhängig, dafs er allezeit eine abgerundete Definition vom Recht im Gedächtnis führe und nach Belieben reproduzieren könne. Mit dem einen oder andern Fragment, auf das sich der Streit gerade zuspitzt, je nach dem durch die augenblickliche Gelegenheit gerade geschaffenen Bedürfnis mag er sich behelfen. Jedenfalls aber mufs er das rechte Bruchstück aus der Gesamtheit der Merkmale des Rechts zur rechten Zeit hervor-

---

* Es darf z. B. die alte Frage, ob für die „Schwere" eines Verbrechens die äufsere Rechtsverletzung, der sog. objektive Gesichtspunkt, oder der rechtswidrige Willen des Thäters, der sog. subjektive Gesichtspunkt, mafsgebend sei, durchaus nicht für rein theoretisch oder rechtsphilosophisch gehalten werden, weil davon in dem Gesetz nichts zu lesen. Wie bedeutsam gerade für die Praxis die Wahl des einen oder andern dieser Gesichtspunkte ist, zeigt z. B. Mittelstädt in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss., II 1882 S. 428, 442 ff. Vgl. übrigens auch S. 91 ff.

** Vgl. die Bemerkungen über den Terminus Recht S. 43 ff.

holen können. Er thut es wahrscheinlich oft ganz unbewufst, indem er sich vom juristischen Takt, der Frucht methodischer Bildung und eigener Erfahrung, leiten läfst; oft aber auch mit vollkommenem Bewufstsein, z. B. jedesmal, wenn der Widerstreit der Behauptungen ihn die Legitimation einer vorgeblichen Rechtsnorm zu prüfen nötigt. Nun, und wohin gerät er wohl, wenn er, angesichts eines bestrittenen „Gewohnheitsrechts", es sich überlegt, ob dazu *opinio necessitatis* gehöre oder nicht? Vielleicht steckt überhaupt etwas mehr von der so mifsachteten Rechtsphilosophie in der alltäglichsten Praxis, als die Praktiker selbst zugeben mögen.

Mag sich's die Praxis also immerhin wenig anfechten lassen, wenn die Rechtsphilosophie noch nicht bis zur völligen Beherrschung des Begriffes Recht nach allen seinen Requisiten gleichmäfsig durchgedrungen ist, der Rechtsbegriff bleibt nichtsdestoweniger der Kulminationspunkt aller juristischen Begriffe, Urteile und Systeme, der Kapital-Begriff der Jurisprudenz im allerweitesten Sinne. Jeder Theoretiker müfste ihn daher als Ganzes sicher regieren und nach jedem einzelnen Bestandteil klar übersehen: dem wissenschaftlich forschenden wie dem theoretisch darstellenden Juristen müfste die Gesamtheit der Elemente des Rechtsbegriffes simultan geläufig und jeder einzelne derselben beim leisesten Appell wohlgeklärt zur Hand sein. Dem Ersteren, weil ihn bei der eingehenden Prüfung irgendeines und sei es des unscheinbarsten Teilchens des Rechts fortwährend das ganze System seiner Wissensobjekte in dem durch den Rechtsbegriff bestimmten Umfange begleiten mufs; dem Letzteren, weil, was er auch vortragen möge, der Wert des Vorgetragenen von seiner Relevanz zum Recht und seiner Harmonie mit dem begrifflichen Inhalt desselben abhängt. Jeder Systematiker zumal, der die „Anziehungskraft des wissenschaftlichen Prinzips" * zu würdigen, also auch die Anziehungskraft des falschen Prinzips zu fürchten gelernt hat, wird ohne klare Erfassung des Begriffes des

* v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, § 2 (1865) 3. Aufl. Leipzig 1880 S. 5.

Rechts sein System einerseits nicht vor der Verunreinigung durch heterogene Bestandteile, andrerseits nicht vor der Verkürzung um homogene zu bewahren vermögen. Die Definition des Rechts mufs gleichsam eine hermetisch schliefsende Hülle des gesamten Rechtsstoffes bilden. Ist sie genau gearbeitet, so pafst alles Recht hinein, nichts davon bleibt draussen, und nichts pafst hinein, als was Rechtsnatur hat. Ist sie aber fehlerhaft, so kann sie zu weit oder zu eng sein. Im ersteren Falle läfst sie offenbar den Eintritt rechtsfremder Elemente zu, welche die Struktur des ganzen Rechtssystems verderben; im letzteren Falle dagegen schliefst sie Einiges aus, was thatsächlich doch Recht ist. Daraus ergibt sich z. B. welche Bedeutung der Frage zukommt, ob der „Zwang" ein begriffliches Merkmal des Rechts sei oder nicht. Läfst man ihn weg, so öffnet man den blofsen Sitten- und allen möglichen andern Regeln das Einfallsthor in das Rechtsgebiet; nimmt man ihn unter die essentialen Merkmale des Rechts auf, so darf man, scheint es, grofse Partien des Kirchenrechts, Staatsrechts und vielleicht das ganze Völkerrecht durchaus nicht mehr als Recht ansehen, eine schlimme Alternative, die darauf hinweist, dafs in dem „Zwang" eben ein noch ungelöstes Problem sitzt.

Kommt einerseits viel darauf an, dafs der Rechtsbegriff auf das schärfste definiert werde, so ist andrerseits auch die Schwierigkeit einer wissenschaftlich begründeten, überall hilfreich eingreifenden Formel wohl offenbar. Aus dem Begriff läfst sich nichts herausholen, was man nicht vorher hineingelegt. Was darf man aber hineinlegen? Das eben ist die Frage, die seit der Zeit, da Pythagoras dunkle Worte von einem Recht sprach, das Menschen und Thieren gemein sein sollte, nicht von der Tagesordnung der Rechtsphilosophie verschwunden ist. Nur eine Begriffsbestimmung kann die richtige, alle wirklichen Rechte aller Zeiten und Völker umschliefsende sein, denn der formelle Rechtsbegriff ist selber nur einer. Der Rechtsinhalt, die mafsgebenden Ideen und Prinzipien der Rechte haben eine Geschichte — der Rechtsbegriff keine. Die scheinbaren Wandlungen dieses Gattungsbegriffes, wie

sie sich insbesondere in den Definitionen der denkenden Repräsentanten der verschiedenen Epochen wiederspiegeln, sind nichts als feinere Ausarbeitungen seiner stabilen Elemente, die dem Wissen der Menschen durch Beobachten und Denken immer mehr aufgehellt werden. Wenn im Altertum die öffentliche Meinung nicht nur die Rechtspflege stark beeinflufste, sondern geradezu selbst die Quelle, aus der die Norm der Entscheidungen genommen wurde, war; wenn im Mittelalter nicht minder Rechtsetzung und Gerichtsurteil oft in einem Akt zusammentrafen; wenn auch heute noch manche Norm — man denke an die „*ex post facto legislation*“ in England — gemacht wird gerade um auf gewisse, vor ihrer Zeit vollendete Thatsachen zurückzuwirken — so sind das vielleicht nach irgendwessen Auffassung verkehrte, schlechte, gefährliche Zustände rücksichtlich der Rechtsbildung oder Rechtspflege. Aber der allgemeine Rechtsbegriff, weil er als solcher eben gar keine Verengung, etwa durch ein die Zeit oder den Ort oder den Autor seiner objektiven Giltigkeit näher präzisierendes Merkmal duldet, ohne sich in einen specielleren Rechtsbegriff zu verwandeln, wird durch diese Schwankungen nicht alteriert. Er ist vielmehr dehnbar genug, um durch das Auftreten und Verschwinden von Rechtsquellen, das wechselvolle Spiel des auf- und niedersteigenden materiellen Rechtsinhaltes nicht gesprengt zu werden, er mufs so dehnbar sein, sonst hat sich eben jeder geirrt, dessen Definition den neuen Inhalt nicht aufnehmen oder den abgestorbenen nicht ausscheiden will oder durch neue Faktoren der Rechtserzeugung entkräftet wird. Nur verwechsle man nicht die Bestimmung des Begriffes Recht mit der Beschreibung der gerade hier oder da wirkenden Agentien und Motive der Rechtsbildung, welche den materiellen Inhalt eines Rechts vornehmlich bestimmen! Rein formell genommen war und ist der Rechtsbegriff immer und überall derselbe.

Allein es scheint, als wenn sich dieser so verstandene Rechtsbegriff, gleich andern sehr allgemeinen Begriffen, trotz aller Mühe und allen Scharfsinnes der Gelehrten nicht bis zu der geforderten höchsten und in allen Teilen gleichmäs-

sigen Klarheit herausarbeiten, nicht bis zu einer solchen Schärfe analysieren lassen will, dafs er auch in eine durchsichtige Definition zu pressen wäre, die jedem Angriff standhalten könnte. Schon die sprachliche Wiedergabe des richtig und komplet vorgestellten Rechtsbegriffes (vgl. auch S. 81 ff.) dürfte, wenn man die äufserste Präzision fordert, eine schwierige Sache sein. Bei jeder in Vorschlag gebrachten Formulierung würde sich zeigen, wie weit hinsichtlich der Auffassung des Rechtsbegriffes selbst Diejenigen thatsächlich auseinandergehen, die doch, solange sie sich nicht näher erklären mufsten, der Hauptsache nach in voller Harmonie zu sein vermeinten. Den Schein der Einigkeit verdankt man eben zumeist nur der Elastizität der Ausdrücke, denen jeder einen andern Sinn unterlegt, und der Unbestimmtheit einzelner, nur selten zur Diskussion gestellter Verklausulierungen gewisser Definitionsteile, darum man nicht rechten mag, solange es darauf nicht ankommt. Es ist die Einigkeit der Diplomaten, die ein schönes Protokoll oder Vertragsinstrument zustande bringen, über dessen Wortlaut sich alle beteiligten Staaten einigen, während jeder einzelne sich etwas Anderes dabei denkt und dementsprechend handelt.

Wo es aber einmal auf eine scharfe Wiedergabe der Vorstellung vom Recht ankommt, da offenbart sich eine gar bedenkliche Buntscheckigkeit der Ansichten unter denjenigen Juristen, welche überhaupt nach einer befriedigenden Lösung jener Aufgabe gesucht haben, und eine wahrhaft peinliche Ratlosigkeit unter den weitaus zahlreicheren übrigen, wenn sie plötzlich um eine fachmännische Begriffsbestimmung angegangen werden und doch keine Formel für alle Fälle fertig haben. „Wenn ich nicht gefragt werde, dann weifs ich es“, antwortete der heil. Augustinus auf die Frage, was denn „Zeit“ sei — eine passende Ausrede auch für Juristen, die man mit der Frage, was „Recht“ sei, bedrängt.

Und nun denke man sich zahlreiche Forscher, die sich über die untrüglichen allgemeinen Kennzeichen des von ihnen Gesuchten nicht verabredet haben, hinausziehen auf das unbegrenzte Feld der „Komparativen Jurisprudenz“ oder

„Vergleichenden Rechtsgeschichte“! Was sie da unter dem Schutt der Jahrtausende an interessanten Trümmern des Rechts und der Rechtseinrichtungen oder in entlegenen Zonen an Eigentümlichkeiten auffinden, das soll doch nicht nur das Wissen um Sitte und Kultur überhaupt erweitern, sondern auf irgendeine Weise speciell die Juristen und die Rechtswissenschaft angehen. Sie häufen nicht, wie wohl behauptet wird, blofs Thatsachen auf Thatsachen, also amorphe Materialien für eine einstige Bearbeitung nach juristischen Kategorien, sondern sie registrieren das Meiste gleich unter verschiedene juristische Begriffe, die sie anderweitig herhaben, und also das Ganze unter den Rechtsbegriff. Wo aber liegt die Bürgschaft dafür, dafs die vorgeblichen Rechtsinstitutionen von überraschender Ähnlichkeit resp. Unähnlichkeit in der That hier wie dort, heute und vor soundsovielen Jahrhunderten einen rechtlichen Charakter besitzen? Wie vermeidet man die Gefahr, dafs das Recht des einen Volkes neben die Sitten — und Unsitten! — des andern gesetzt und nun daraus Falsches gefolgert wird? Und dann: was z. B. der Eine im indischen Recht entdeckte, das hätte der Andere in nordischen Rechtsdenkmälern gleichfalls finden, also vielleicht eine interessante Transmigration von Rechtsgedanken konstatieren können, wenn er nicht, da er eben mit andern Vorstellungen vom Recht an die Forschung ging, achtlos daran vorbeigeschritten wäre. Solange sie nicht ein und dasselbe Kriterium für die rechtliche Natur ihrer Funde d. h. der gleiche Rechtsbegriff unausgesetzt bei der Arbeit begleitet, solange werden sie eben auch nicht einander in die Hände arbeiten können. Wie man mehrere Rechte, von denen man nur eins oder auch gar keins ordentlich zu kennen nach der Natur der Quellen in der Lage ist, soll vergleichen können und was es mit dem „Vergleichen“ von Rechtsordnungen eigentlich auf sich habe, darnach will ich hier nicht fragen. Wenn sie nur wissenschaftlich fruchtbar ist, möge man die Gegend benennen, wie man will. Sollen wir uns jedoch speciell als Juristen dankbar gegen die eifrigen Pioniere erweisen, dann müssen wir die Sicherheit haben, dafs sie die Sammlungen der merkwürdigen Früchte aus den

verschiedenen exotischen Gegenden nicht zusammenstellten ohne die Art des Baumes, auf dem sie gewachsen, genau geprüft zu haben. In dem Urwalde primitiver Zustände wächst vielerlei wild durcheinander. Der Zustand der Rechtszeugnisse aus längstvergangenen Kulturperioden oder ferngelegenen Ländern allein schon läfst nicht nur der entdeckungseifrigen Phantasie, sondern auch dem überklügelten Scharfsinn gar viel Spielraum. Tritt da noch eine schwankende Vorstellung vom Wesen des Rechts hinzu, so dürfte es um den juristischen Wert der Resultate übel genug bestellt sein.* Es ist nicht erforderlich zum Beweise bis auf die Rechtsaltertümer Assyriens oder Aegyptens zurückzugehen; ein Blick auf die Differenzen zwischen den, trotz identischen Quellenmaterials doch so verschiedenen Darstellungen der römischen oder der germanischen Rechtszustände läfst den grofsen Einfluſs selbst geringer Verschiedenheiten des Rechtsbegriffes auf Seiten der Forscher offenbar werden.**

Selbst von einer blofs annähernden Gleichheit der Vorstellung vom Recht unter den Juristen kann aber leider durchaus nicht die Rede sein. Im Gegenteil, der Rechtsbegriff schwankt heute mehr als je, die Unsicherheit nimmt womöglich noch zu. Prüft man die Litteratur näher, so ist das ein Fühlen und Tasten, ein Aufstellen von provisorischen Definitio-

---

* Der unermüdlichste Arbeiter auf diesem Gebiet, H. A. Post, untersucht zwar (Bausteine für eine allgem. Rechtswiss. auf vergleichend-ethnologischer Basis, I Oldenburg 1880 § 10) auch einmal das Verhältnis von Sitte, Moral, Recht, verwirft aber nacheinander alle die für sie gewöhnlich aufgestellten Unterscheidungsmerkmale und findet selbst keine neuen. Nach welchem Kriterium möge er nun wohl aus dem massenhaften ethnologischen Material das für seine rechtsvergleichenden Schriften taugliche specifisch juristische ausgeschieden haben? Vgl. zu der Methode der Rechtsvergleichung auch Schuppe, Die Methoden der Rechtsphilosophie (in der Zeitschr. für vergl. Rechtswiss. V 1884 S. 242).

** Nach v. Jhering, Geist u. s. w., § 35 (4. Aufl. II, 1 Leipzig 1880 S. 279 ff.) wird z. B. vielerlei in das römische Staatsrecht verlegt, weil man es für Recht hält, während es doch den Römern selbst nur als Herkommen galt. Welche Schwierigkeiten das Staatsrecht resp. konstitutionelle System Englands in dieser Beziehung bietet, ist auch den kontinentalen Juristen so bekannt, dafs darüber kein Wort weiter zu verlieren ist.

nen ohne nachfolgende Motivierung, zumeist aber ein verlegenes Umgehen jeder Begriffsbestimmung in Fällen, wo sie keinesfalls zurückgehalten werden durfte — kurz ein Zustand, dafs die spöttelnden Bemerkungen Kants* wahrlich einen noch heute wunden Punkt der Jurisprudenz treffen.

Gewifs könnte dieser Schwäche abgeholfen werden, um so leichter, als Meinungen über die Natur des Rechts und das Wesen seiner einzelnen begrifflichen Requisite bereits in so erschöpfender Reichhaltigkeit vorhanden sind, dafs eine originale Definition, von einiger Haltbarkeit natürlich, schwerlich mehr auftreten kann. Es bedürfte also, scheint es, nur mehr einer kritischen Sichtung dieses überreichen Vorrates, um endlich zu einer unanfechtbaren Begriffsbestimmung zu gelangen. Aber das ist es gerade: wo findet die Kritik ihrerseits den objektiv giltigen Mafsstab, mit dem allein sie messen darf, wenn sie nicht wieder ein neues blofses Meinen und Wähnen an der Stelle des als irrig erwiesenen auftreten sehen will? Wo ist der Standpunkt, der uns eine klare Ueberschau

* „Es ist schön, aber oft sehr schwer, dazu (zu einer Definition) zu gelangen. Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriff vom Recht.“ (Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. Riga 1787 S. 759 [Werke herausg. v. Hartenstein, III Leipzig 1867 S. 488].) Übrigens spricht Kant den Juristen als solchen überhaupt die Fähigkeit, den Rechtsbegriff zu finden, ab: sie müfsten dazu erst ihre empirischen Prinzipien (d. h. das positive Recht) verlassen und in der blofsen Vernunft (so thaten die damaligen Philosophen) die Quelle des allgemeinen Kriteriums für Recht und Unrecht suchen. (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797 S. XXXI ff. [Werke herausg. v. Hartenstein, VII Leipzig 1868 S. 26 ff.].) Diese Ansicht ist bei dem Vernunftrechtsphilosophen eigentlich selbstverständlich. Sie wird daher auch von den Kantianern, selbst den besonneneren und kritischen (z. B. Reinhold, Briefe über die Kantische Philosophie, II Leipzig 1792 S. 129) in diesem Sinne weiterverbreitet und insgeheim noch von gar manchem Philosophen der Gegenwart geteilt. Was aber in Erstaunen setzen mufs und ein Streiflicht auf die Unsicherheit der Historischen Schule hinsichtlich der Empirie als Grundlage ihrer Methode wirft, ist, dafs einer ihrer ersten Köpfe sich diesem anmafslichen Satze der aprioristischen Philosophen unterwarf: es ist G. F. Puchta, Kursus der Institutionen, I § 32 (8. Aufl. v. P. Krüger, Leipzig 1875 S. 55), der sich dahin äufsert, dafs die Jurisprudenz den Begriff des Rechts nur von der Philosophie überkommen könne. Und der Grund eines solchen Monopols?

über die Einzeldinge gewährt, die zu dem Begriff des Rechts zusammengefafst werden sollen und dürfen, und wie weit können wir uns methodisch gegen die Gefahr, in einer verkehrten Richtung zu abstrahieren, sichern?

Dies ist wieder ein recht schwieriges Problem für sich, das u. a. auch die so dunkle Frage in betreff der juristischen Methode einschliefst. Es kann daher an dieser Stelle nicht seine Beseitigung kurzer Hand vollzogen, sondern nur die Weise derselben angedeutet werden.

Um den Begriff dessen zu finden, was da ist, mufs man von den Einzeldingen ausgehen, die da sind. Um also den Rechtsbegriff zu erfassen, darf man nur von dem Recht ausgehen, das wirklich ist. Auf empirielosem Wege wird man nimmer zum Begriff des Rechts gelangen. Habe ich nun eine provisorische Begriffsbestimmung aufgestellt, so mufs ich die Richtigkeit derselben an dem prüfen, was sich vor meinen Augen zweifellos als Recht geltend macht, und gegebenenfalls meine Hypothese dementsprechend modifizieren. Die so für mich, also blofs subjektiv, giltige Begriffsbestimmung wird zu einer objektiv giltigen — richtiger, wenn man es ganz präzis sagen soll: sie wird nach Möglichkeit entsubjektiviert, denn mehr läfst sich hinsichtlich der Begriffe von unkörperlichen Dingen überhaupt nicht erreichen — wenn gegenüber meinen bestätigenden keine widersprechenden Thatsachen von Denjenigen angeführt werden können, auf deren zustimmendes Urteil es mir ankommen mufs.*

* Ich weifs sehr wohl, dafs ich auf diese Weise durchaus nicht dem vitiösen Zirkel entschlüpfe, in den nun einmal alle Begriffsbildung gebannt ist. Wenn wir die Objekte feststellen, denen die ihrem Begriff einzuverleibenden Merkmale anhaften, so bringen wir bereits diesen selben Begriff zur Beurteilung ihrer Tauglichkeit an jene Objekte heran. Jede Conception eines Begriffes enthält schlechthin und notwendig ein Vorurteil, das sich bei jeder Verifizierung und Verfeinerung des Begriffsinhaltes mittels Prüfung anderweitiger Objekte wiederholen mufs, aber auch bestätigen kann. Keine erkenntnistheoretischen Finessen vermögen uns darüber hinwegzuhelfen (vgl. aus der reichen Litteratur der letzten Jahre Volkelt, Erfahrung und Denken. Kritische Grundlegung der Erkenntnistheorie, Hamburg u. Leipzig 1886) und die Zweifel, welche bis in die Tage der

Das Denken, Begreifen, Philosophieren mufs sich eben nach dem Sein richten. Handelt es sich hier doch nicht darum, umgekehrt ein neues Sein gemäfs einem vorausgehenden Gedachten entstehen zu lassen. Ideen hinsichtlich vorzunehmender Aenderungen des Rechts aber sind keineswegs selbst schon Recht, wenngleich unwiderstehliche Gründe dafür sprechen sollten, sie lieber heute als morgen dazu zu erheben. Sie funktionieren nicht wie folgenschweres Recht, sind daher keins: sie haben kein juristisches Sein. Denn an den blofsen Gedanken knüpft sich durchaus nicht die lange Kette von Einflüssen und Wirkungen, welche der bereits Rechtsnorm gewordene Gedanke rücksichtlich Aller äufsert, die ihm d. h. nunmehr ihr unterthan sind. Das Urteil, ein gewisses Vorkommnis stehe in Übereinstimmung oder in Widerspruch mit dem Recht, besagt etwas so Specifisches, dafs es durch kein einziges anderes Urteil wiedergegeben werden kann; das Urteil „Unrecht" zumal, von der mafsgebenden Stelle gefällt, hat im Bannkreise der socialen Ordnung eine Kraft, wie sie keiner sonstigen Art Mifsbilligung innewohnt.

Das sind triviale Wahrheiten. Sie brauchten auch nicht weiter in Erinnerung gebracht zu werden, wenn sie nicht genau so lange, als überhaupt nachweislich die Menschen über das Recht philosophieren, also an die zweitausend Jahre, so vielfach verleugnet worden wären und noch heute würden. Es mufs daher, bis eine andere Annahme unter Juristen und Rechtsphilosophen völlig undenkbar geworden, immer wieder betont werden, dafs es die Art der Leistung ist, was den Rechtsnormen eben diesen ihren Charakter gibt: nur was als Recht funktioniert, das ist Recht, sonst nichts; und alles das ist Recht, ohne Ausnahme.*

griechischen Skeptiker zurückreichen, zu beseitigen. Die Logiker definieren nach wie vor Urteil als die Beziehung von Begriffen auf einander; aber keiner bestreitet, dafs die Begriffe selbst schon Niederschläge von Urteilen sind. Den im Text gebrauchten Ausdruck „nach Möglichkeit entsubjektivieren" wird man hoffentlich richtig verstehen, besonders nach dem, was Volkelt S. 42, 59 ff. über „transsubjektiv" und „intersubjektiv" auseinandergesetzt hat.

* Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, I Altona 1839 S. 5:

Der Begriff des Rechts ist, um in der Sprache der Logiker zu reden, ein kompakter. Wenn wir ihn entfalten, so ergeben sich zweierlei Hauptbestandteile. Den einen bilden die Merkmale des höheren Begriffes, unter den er als Unterart subsumiert werden kann, also der dem Recht zunächst übergeordneten Gattung *(genus proximum)*. In dem Genus finden sich jedoch eine Reihe Vorstellungen vereinigt, die wiederum ihrerseits nicht so einfach sind. Vor allem gehört dazu die Vorstellung von etwas Normativem, als abstrakte Regel, die befolgt sein will, Funktionierendem: hierdurch ist die Unterscheidung des Rechts einerseits von allen sinnlich wahrnehmbaren Dingen, andrerseits von allen vereinzelten Vorgängen, Zuständen, Verhältnissen u. s. w., die eben keine Regeln oder Normen sind, ob sie zwar solchen irgendwie unterliegen, ausgedrückt. Sodann, diese Normvorstellung specialisierend, die nähere Bestimmung, dafs die gedachten Regeln sich beziehen auf die Organisation des Zusammenlebens der Menschen, ihre Zustände und Handlungen, ihren Verkehr mit und ihr Betragen gegen einander. Dies pflegt man in Ermangelung einer bessern allgemeinen Bezeichnung oft so auszudrücken, das Recht beziehe sich auf das „äufsere" Verhalten der Menschen zu einander und den Dingen. Durch dieses Merkmal unterscheidet sich die Rechtsregel von mancher anderen, z. B. der Sprachregel, dem Gesetz der Logik u. dgl. m., die unter Regel im allgemeinen mitsubsumiert werden können. Der sog. Gattungsbegriff ist also hier durchaus kein einfacher und jeder seiner Partialbegriffe wiederum von so komplizierter Bauart, dafs eine zutreffende und unmifsverständliche Beschreibung eingehende Kenntnis der einschlägigen Streit-

„Nur das Recht ist, welches lebendig wirkt... Es ist nur als die durch die That bewiesene Kraft" und v. Jhering, Geist u. s. w. §§ 4 u. 38 (4. Aufl. I S. 49 u. II, 1 S. 322). Im Widerspruch zu der ersteren Stelle spricht v. Jhering, Der Zweck im Recht, I (1877) 2. Aufl. Leipzig 1884 S. 321 ff. den Normen der Kirche, weil sie des äufseren Zwanges entbehren, die Natur von Rechtssätzen ab, obwohl er zugibt, dafs sie praktisch die Funktion von Rechtssätzen ausüben. Es kommt also wieder einmal auf die Frage, was es mit dem „Zwang" im Recht auf sich habe (vgl. S. 73), hinaus.

fragen und sorgfältigste Auswahl der Ausdrücke erfordert. Soviel von dem in der Definition aufzuführenden Gattungsmerkmal. Ihr zweiter Hauptbestandteil ist das artbildende Merkmal *(differentia specifica)*. Dieses gibt diejenige Eigenschaft wieder, die den besonderen Charakter der Species Recht ausmacht und dessen eigentümliches Gebiet von unmittelbar verwandten Erscheinungen, den sonstigen Species innerhalb der gleichen Normengattung, abgrenzt. Die Bedeutung der specifischen Differenz, über deren Klippen den Praktiker der juristische Takt meist so leicht hinweghebt, dafs er sie selten bemerkt, für die Theorie liegt auf der Hand. Wer jene nicht mit möglichster Deutlichkeit bewufst erfafst, der beläfst die Rechtsnormen in dem grofsen Wirrsal aller der unzähligen praktischen Lebensregeln mit und ohne Namen, die durch Klugheit, technische Künste, Moden, Sitten u. s. w. diktiert werden, und wenn er eine zum Gebrauch herausholen mufs, so mag er zusehen, dafs er auch gerade eine Rechtsnorm fasse. Hier handelt es sich also um die Angabe, mit welcher Kraft oder Autorität die Rechtsregeln als verpflichtende Normen des menschlichen Thuns und Treibens gelten, wie namentlich ihre Stellung und Reaktion gegenüber einem widersprechenden Faktum ist, wovon wieder all die Fragen nach Art und Kompetenz des Rechtsbildners, den Formen der Rechtsbildung und manchem Andern kaum zu trennen sind.

In dieser Aufzählung habe ich nur ganz flüchtig die Abteilungen angedeutet, welche bei der Inventarisierung der Merkmale des Rechtsbegriffes zu machen wären. Es sind damit ungefähr die konstanten Gröfsen eines jeden Rechtssatzes, bildlich gesprochen: diejenigen Atome, die in jedem Rechtsmolekül vorhanden sein müssen, angegeben. Aus ihrer Anzahl allein folgt, dafs von kurzen Definitionen des Rechts nichts zu halten ist, während eine erschöpfende ziemlich schwülstig ausfallen müsste.* Das ist bei dergleichen

* Die Auswahl von zwanzig und einigen Definitionen, welche A. Baumstark, Was ist das Recht?, Strafsburg 1874, bringt, zeigt die

Begriffen selbstverständlich. Aus der Thatsache ferner, dafs die Bedeutung mehrerer der zum Rechtsbegriff zusammengezogenen Bestandteile bisher durchaus noch nicht genügend geklärt und an einer hinreichenden Menge unzweifelhaften Rechtes geprüft worden ist — man denke namentlich an die specifische Differenz, die man bestenfalls in einem doch recht unbestimmten „Zwang“ (S. 73) oder einer zuwenig sagenden „Erzwingbarkeit“ sucht — folgt, dafs eine jede der bis heute aufgestellten Definitionen ein bloſses Provisorium und jede Gesamtvorstellung vom Recht einfach ein Vorurteil ist. Sollte dies gleichfalls selbstverständlich sein?

Was aber für den Wert unserer Rechtsphilosophie aus dieser Unfertigkeit des Rechtsbegriffes, der doch sozusagen ihre Seele ist, folgt, das kann sich jedermann selbst sagen.

3. Der Eindruck, den wir von dem Zustande der juristischen Grundbegriffe empfangen, ist nach alledem ein wenig erfreulicher. Nur etliche jener Begriffe sind in letzter Zeit eingehender Untersuchung nach einer Methode unterzogen worden, welche wenigstens zuverlässige Resultate für die Zukunft verspricht. Die übrigen setzen ihr Dasein in der fragwürdigen Gestalt fort, welche ihnen die *a priori* verfahrenden Schulen einst gegeben. Auch diese werden an das helle Tageslicht gezogen, in das Feuer des wissenschaftlichen Streites gestellt werden müssen. Als wissenschaftlich anerkannt werden kann aber nur eine solche Polemik, die ihre Gründe für und wider die Triftigkeit der Begriffe nicht wiederum aus prekären abstrakten Begriffen, ein Vorurteil durch das andere stützend, entnimmt, sondern überall in letzter Instanz ausschliefslich auf die thatsächlichen Erscheinungen des positiven Rechts zurückgreift, um an diesen die objektive Giltigkeit oder Ungiltigkeit einer Vorstellung, die mit in einen Begriff verarbeitet werden soll, zu prüfen. Bildet doch das wirkliche

hinsichtlich des Rechtsbegriffes unter den Juristen obwaltenden Differenzen. Eine erstaunlich lange Definition (in einem Satze von zwanzig Zeilen) aus älterer Zeit bei Reinhold, Philosophische Rechtslehre (Die Wissenschaften der prakt. Philosophie im Grundrisse I), Jena 1837 S. 39.

Recht eben die Welt von Thatsachen, die zu begreifen unsere Aufgabe ist.

Wenn wir uns zwingen, unsere abstraktesten juristischen Vorstellungen aus Thatsachen des Rechts abzuleiten und die also gewonnenen beständig an anderen Thatsachen des Rechts zu korrigieren, dann werden wir auch für unsere obersten Rechtsbegriffe die gleiche allgemeine Giltigkeit erzielen, wie sie durch die nämliche Methode für die niederen Begriffe innerhalb der einzelnen Rechtsteile erzielt worden ist. Indem wir hierdurch eine klare Einsicht davon erhalten, wie Begriffe gebildet werden dürfen und unter welchen Voraussetzungen sie uns überhaupt nützliche Dienste leisten, werden wir noch zweierlei lernen, was uns einzusehen notthut: den Wert des konkret Thatsächlichen für das richtige Verständnis der Begriffe viel höher und die Leistungsfähigkeit mancher Begriffe niedriger zu schätzen, als im grofsen und ganzen bisher geschehen. Anders ausgedrückt: wir müssen einerseits mehr die Anschauung der realen Vorgänge und Zustände würdigen, um die Begriffe richtig bilden zu können, andrerseits nicht blofs die Richtigkeit, sondern auch die Fruchtbarkeit der gebildeten Begriffe in Betracht ziehen. Ein paar Beispiele werden am besten erläutern, was ich damit meine.

Wir haben da z. B. einen hergebrachten Begriff „Gewohnheitsrecht", worüber so mancherlei Definitionen und sonstige Behauptungen im Umlauf sind. Nehmen wir nun an, es sei dies wirklich ein Begriff und nicht blofs eine Art Futteral, in welches man allerlei Recht von heterogenen Bildungsformen hineingesteckt hat; nehmen wir ferner an, dieser Begriff werde begründeter Weise in Zusammenhang gebracht mit einem gewohnheitsmäfsigen Entstehen, also mit Handlungen gewisser Natur, geübt seitens gewisser oder auch nicht mehr gewisser Menschen, woraus für andere Menschen eine Verpflichtung, in analogen Fällen ebenso zu handeln, abzuleiten wäre; nehmen wir endlich an, die Brücke von dem Thun der Einen zu der Verpflichtung der Andern liefse sich überhaupt auf irgendeine Weise schlagen. Sollte es sich nun,

angesichts der unerschöpflichen Kontroversen über diesen Begriff Gewohnheitsrecht, nicht empfehlen, endlich etwas mehr die Anschauung der bedeutsamen Einzelthatsachen zu üben und zu verwerten, statt bereits fertige, zum Teil sehr abstrakte Begriffe und Begriffselemente gegen einander einen rein dialektischen Kampf ausfechten zu lassen? Was geschah und was unterblieb eigentlich, konkret sinnlich genommen, als die eine und noch eine andere und vielleicht noch etliche der Handlungen geschahen, aus welchen sich die für einen fraglichen gewohnheitsrechtlichen Satz erforderliche Gewohnheit zusammensetzte? Das vor allem sollte man sich deutlichst für eine und noch eine und noch etliche andere derartige Normen vorstellen, statt immer wieder solche hergebrachte Stücke wie „die Übung", „die *opinio necessitatis*" als in sich fertige Begriffsteile zu verarbeiten. Wie stellt man sich die „Übung" eines „Satzes" mit der „Überzeugung, dafs u. s. w." eigentlich vor? Bisher scheint niemand Anstofs daran genommen zu haben, dafs Verbotsätze auf Gewohnheitsrecht zurückgeführt werden, z. B. für einen grofsen Teil des mittelalterlichen Strafrechts. Nun versuche man aber doch einmal sich *in concreto* die „Übung" der Nicht-Handlungen vorzustellen, die zu einer negativen „Gewohnheit" vorauszusetzen wären! Auch hat man bisher immer nur gewisse Requisite der gewohnheitsrechtlichen Normen untersucht. Woher möge man aber wohl die Sicherheit haben, dafs in diesen der ganze Begriff des Gewohnheitsrechts beschlossen sei? Doch nicht daraus, dafs man nur diese zur Diskussion gebracht hat? Wenn man etwas mehr aus der Anschauung heraus denken wollte, statt sich durch etliche abstracte Elemente willkürlicher Auswahl leiten zu lassen, so würde man vielleicht finden, dafs manches bei der Entstehung eines „Gewohnheitsrechtes" sehr Wesentliche bisher viel zu wenig berücksichtigt worden ist. Der Verlauf einer „Handlung" z. B., welche unter gewissen Voraussetzungen geeignet sein soll, mit die Unterlage zu der erforderlichen Gewohnheit zu geben, vollzieht sich regelmäfsig doch etwa so: der Eine thut etwas und der Andere resp. die Andern dulden es; oder der Eine

fordert etwas und der Andere gewährt es; oder der Eine verlangt, dafs der Andere etwas thue, der Letztere aber widersteht und der Erstere läfst sich das gefallen u. s. w. Auf wessen Seite mufs nun die „Überzeugung“ von der Rechtmäfsigkeit, Notwendigkeit, Angemessenheit oder dgl. seines Betragens (oder des Betragens seines Gegenübers?) vorliegen? Welche der in Betracht kommenden Subjekte sind es, deren „Handlungen“ gleichmäfsig sein müssen, die Fordernden, Behauptenden, die ein Recht zu haben vermeinen, oder die Andern, die der Zumutung folgeleisten resp. widerstehen? Haben wir hier nicht am Ende ein ähnliches Gespenst, wie der *animus* beim Besitz, den man jetzt energisch auszutreiben sich bemüht, eins ist? Wenn man sich nicht blofs die einzelne Handlung eines der Subjekte, sondern den ganzen Vorgang mitsamt dem dazu gehörigen Verhalten auch des andern Subjektes vorstellt, so wird man wahrscheinlich bemerken, dafs auch das Entgegenkommen, Dulden, Nichtwiderstehen oder wenigstens der ausbleibende Protest dieses Andern, der durch die konkrete That oder Anforderung in die ungünstigere Lage oder in die Rolle des mehr Gebundenen resp. Verpflichteten gedrängt wird, seine Bedeutung besitzt. Falls diese Partei jedesmal protestiert, gewifs falls sie mit ihrem Widerspruch reüssiert, kann es doch niemals zu einer Gewohnheit und einem Gewohnheitsrecht kommen. Mit diesen Bemerkungen will ich natürlich nicht irgendeine untrügliche Methode zur Lösung auch nur einer der Kontroversen über das Gewohnheitsrecht verkündet, sondern blofs einen einzelnen Ansatzpunkt dazu vermutungsweise angedeutet haben. Es handelt sich hier ja nur um ein Beispiel zur Erläuterung des Satzes, dafs das gewohnte „Rechnen mit Begriffen“, d. h. mit fertigen Rechtsbegriffen, den Juristen auch in rechtsphilosophischen Regionen nicht dazu verleiten darf, seine Verstandesthätigkeiten ohne Anschauung des Konkreten zu vollziehen. Steigt man nun weiter von den einzelnen gewohnheitsrechtlichen Sätzen die nächste Stufe der Abstraktion zu dem Gewohnheitsrecht hinan, so bilden nunmehr die ersteren die Einzeldinge, von denen der letztere Begriff abgezogen ist. Wie steht es aber

hier mit der Methode, nach welcher (S. 79) der Begriff Gewohnheitsrecht zuerst hypothetischer Weise zu formen, dann zu verifizieren wäre? Man müfste offenbar analog verfahren, wie bei dem Gesetzesbegriff. Aber während man dort aus einer genügenden Anzahl Erscheinungen, von denen jede einzelne zweifellos ein Gesetz — ein Phänomen verhältnismäfsig einfacher Komposition — ist, den allgemeinen Begriff des Gesetzes vorläufig bildet und immer wieder neue Gesetze heranzieht, um an der Gesamtvorstellung Gesetz zu korrigieren und zu ergänzen, damit sie nur ja alle wirklichen Gesetze umfasse, glaubt man hinsichtlich des Gewohnheitsrechts dieser Mühe enthoben zu sein. Man arbeitet eben nicht aus dem Vollen massenhafter gewohnheitsrechtlicher Sätze, die man nehmen sollte, wo sie irgend sicher zu finden sind — und der Dürftigkeit der Kontrole-Beobachtungen entspricht daher das permanente Provisorium des ganzen Begriffes Gewohnheitsrecht.

Das andere der (S. 84) in Aussicht genommenen Beispiele soll zeigen, dafs wir aufser der Richtigkeit und Treue auch noch die Leistungsfähigkeit der Begriffe innerhalb der allgemeinen Rechtslehren zu beachten haben. Ist ein Begriff noch so richtig gebildet, wenn er weiter nichts ist als das, wird er uns wenig nützen. Wir stellen uns z. B. unter „Gesetz“, wenn der Terminus ohne jeglichen Zusatz gebraucht wird, regelmäfsig wohl nur das vor, was man genauer mit „Gesetz im materiellen Sinne“ bezeichnet, also die rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes durch die kompetenten — eben die „gesetzgebenden“ — Organe des Staates. Es ist dies einer der wichtigsten Begriffe des Rechts, über den sehr viel ausgesagt werden kann und der uns behufs Beherrschung zahlloser Rechtsnormen nach einer gewissen Richtung die gröfsten Dienste leistet. Ganz anders das „Gesetz im blofs formellen Sinne“. Ueber diesen Begriff kann nur ausgesagt werden, er umfasse eine gewisse Art — wenn damit nicht schon zuviel gesagt ist — von Verwaltungsakten verschiedensten Inhaltes, die miteinander absolut nichts gemein haben, als dafs sie eben nur zustande kommen, wenn sie seitens der nämlichen Organe, denen der Erlafs materieller

Gesetze zusteht, und in derselben Form wie die letzteren beschlossen werden. Gewifs ist auch dieser Begriff nicht unrichtig gebildet, aber er ist für die Rechtslehre gänzlich unfruchtbar. Er bedeutet eigentlich nichts als eine Warnungstafel des Inhaltes, man möge sich durch das Wort „Gesetz“ in den Verfassungsurkunden nicht zu der Annahme verleiten lassen, es handle sich da immer um den andern Begriff gleichen Namens, das „Gesetz im materiellen Sinne“. Denn während jedes einzelne Exemplar dieser letzteren Gesetze seinerseits eine unbestimmte Anzahl von Fällen, die sich ereignen können und ihm als einer Regel irgendwie kompetieren werden, regiert, mithin zu dem juristischen Normenmaterial gehört, ist das „Gesetz im blofs formellen Sinne“ nur ein Vorgang, der nichts weiter bewirkt, als was er eben dieses eine Mal bewirkt hat, worauf er alsbald wie jede andere blofse Thatsache der Vergangenheit angehört. Ist durch ein formelles Gesetz eine Naturalisation vollzogen, eine Expropriation angeordnet, ein Krieg erklärt worden, so möge jeder einzelne dieser Beschlüsse noch so wichtig sein: für die Jurisprudenz hat er gerade soviel oder sowenig Bedeutung, wie jeder andere „Fall“ im Vergleich zum Rechtssatz, wie z. B. der einzelne Wechsel zum Wechselgesetz, der konkrete Zweikampf zum Gesetz über den Zweikampf u. s. w. In der Lehre von der Entstehung und den Entstehungsformen des Rechts hat das „Gesetz im blofs formellen Sinne“ nichts zu bedeuten (S. 41), während es im Staatsrecht resp. Verwaltungsrecht immerhin als Sammelnamen gebraucht werden möge.

Es steht mit den Begriffen so wie mit den Wahrheiten, deren man gleichfalls beliebige Mengen fabrizieren und bekanntmachen kann. Wer die soundsovielte Potenz aller Ziffern bis zu irgend einer Grenze ausgerechnet hat, der hat in der Tabelle derselben eine hübsche Anzahl Wahrheiten beisammen. Sie nützen aber nur Demjenigen, der ihrer bedarf und sie nicht selbst ausrechnen mag. „Die Wahrheit einer Meinung ist ein Teil ihrer Nützlichkeit“, sagt einmal Mill.*

* John St. Mill, On liberty, Chap. II (Werke, deutsche Ausg. von Gomperz, I Leipzig 1869 S. 22).

Man darf aber auch behaupten, die Wahrheit einer Meinung sei nur ein Teil ihrer Nützlichkeit. Der andere Teil derselben liegt anderswo, besteht in einer vielfach bedingten Brauchbarkeit. So ist auch mit der blofsen Richtigkeit eines Begriffes noch lange nicht erwiesen, dafs und wieviel eine Wissenschaft von ihm vorteilen könne: seine Verwendbarkeit und Fruchtbarkeit ist, trotz absoluter Richtigkeit, eine sehr relative und nicht einmal die gleiche für alle Zweige und Stufen einer und derselben Wissenschaft.

Sollten wir nun nicht vielleicht Grund haben, nach dieser Seite gerade manchem der abstraktesten unter den im Bereich der allgemeinen Rechtstheorie zur Verwendung kommenden Begriffe zu mifstrauen? Erinnern wir uns, durch wen so viele, die meisten derselben geschaffen worden. Das Naturrecht von Grotius bis Kant und Krause war seinem ganzem Wesen nach nicht dazu angelegt, Begriffe zu konstruieren, die am letzten Ende auf die Beherrschung des positiven Rechts zielen, denn es beschäftigte sich allzusehr mit einem Recht wie es sein sollte; Hegel wurde durch seine „dialektische Methode“ gleichfalls daran verhindert; von der ärmlichen Rechtsphilosophie Herbarts und der Späteren haben wir kaum etwas empfangen; die Begründer der Historischen Schule — nun, deren Stärke liegt so wenig in dieser Richtung, dafs man vielmehr seit langem bestrebt ist, ihre engen Formeln zu erweitern ohne die Fundamente der ganzen Theorie verlassen zu müssen. Woraufhin also sollen wir der Gediegenheit der obersten Rechtsbegriffe, welche diese verschiedenen rechtsphilosophischen Richtungen ausgearbeitet haben, vertrauen? Wenn dieselben schon hinsichtlich ihrer Richtigkeit d. h. ihrer Übereinstimmung mit dem positiven Recht, von dem sie überall bestätigt sein müssen, der Revision bedürfen, die ja auch bereits im schönsten Gange ist — bedarf nicht um so mehr der andere Teil ihrer Nützlichkeit, von dem soeben die Rede gewesen, nämlich ihre Brauchbarkeit für die Wissenschaft d. h. in unserem Falle die specifisch juristische Fruchtbarkeit ganz ebenso der gründlichsten kritischen Feststellung?

Die Erstere aber wird sich, scheint es, leichter ausführen lassen, als die Letztere. Denn während die Revision unserer Grundbegriffe nach der Seite ihrer formellen Richtigkeit die thätigste Unterstützung in der allgemeinen Erkenntnistheorie und Methodenlehre findet, ist die Jurisprudenz bei der Prüfung der juristischen Ergiebigkeit jener Begriffe ganz auf eigene Kraft angewiesen. Sie wird sich daran mit wenig Erfolg abmühen, falls sie nicht zuvor die juristische Methode, die bisher mehr Sache der Ahnung und des Taktes gewesen, in das volle, klare Bewufstsein aller Arbeitsgenossen erhebt und zu diesem Ende als ein eigenes Problem von der gröfsten technischen Bedeutung zu behandeln beginnt.

IV.

1. Die wichtige Rolle, welche die allgemeinen Rechtsbegriffe als weithinragende Spitzen des juristischen Lehrgebäudes spielen, bringt es mit sich, dafs sie immer wieder in unser Gesichtsfeld treten und durch die zahlreichen Streitfragen in ihrem Gefolge jeden Juristen beunruhigen. Sie sind die Souveräne, die in allen Specialfächern gebieten. Aber niemand möchte, eben wegen jenes Gefolges, mehr davon, als er anstandshalber mufs, bei sich aufnehmen; und so geraten sie nachgerade in die Lage heimatloser Landstreicher. Wo es angeht, werden sie abgewiesen: sie gehören der Rechtswissenschaft im allgemeinen an, aber nicht alle einzelnen Disciplinen derselben gewähren ihnen Unterkunft. So werden z. B. Gesetz und Verordnung fast nur im Staatsrecht, Gewohnheitsrecht, Juristenrecht und sog. autonome Rechtsbildung nur im Privatrecht, der Vertrag als Rechtsquelle ausschliefslich im Völkerrecht genauer untersucht; mit der Handlung, zumal der unrechtmäfsigen, befafst sich eingehend nur das Strafrecht, während das Rechtsgeschäft und das subjektive Recht seitens des Privatrechts bevorzugt werden, u. s. w. Die Gründe dafür sind nur in einzelnen Beziehungen sachlicher

Natur, in anderen erscheinen sie durch den blofsen litterarischen Brauch ersetzt. So kann es vorkommen, dafs die Verpflichtung, ihn *ex professo* abzuhandeln, in betreff des einen oder andern dieser Begriffe seitens jedes Specialteiles beharrlich abgelehnt wird. Das Civilrecht schiebt ihn dem Strafrecht zu, dieses überweist ihn vielleicht dem Staatsrecht, das ihn entschieden abwehrt, und alle zusammen mit Vorliebe der — Rechtsphilosophie, d. h. einer Herberge von schlechtem Rufe, so recht geeignet für den Nirgendzuhause von einem Begriff.

Die Rechtsphilosophie in dem Sinne einer eigenen Sammelstelle der obersten Begriffe und letzten Antworten auf die Probleme des Rechts, ehemals ein besonders vornehmes Fach der wissenschaftlichen Litteratur, ist uns mit der Zeit abhanden gekommen. Sie ist nicht mehr repräsentiert durch systematische Werke, auf die sich ein Jurist irgendwie berufen und stützen dürfte. Der Gedankenkörper der einstmaligen Rechtsphilosophie hat sich als solcher aufgelöst; es sind blofs einzelne Gliedmafsen übrig, ein Torso, an dem das Fehlende nur in schwerer Arbeit ersetzt werden kann. Hierzu reichen die Kräfte eines Einzelnen, wenn er etwas schaffen soll, was zugleich die Juristen als Jurisprudenz und die Philosophen als Philosophie anerkennen müfsten, nicht aus. Schon weil sie dieser Anforderung nicht genügten und bei dem Mangel an Vorarbeiten nicht genügen konnten, mufsten die letzten spärlichen Systeme der Rechtsphilosophie — ich denke hier vornehmlich an die bekannten Werke von Trendelenburg und Lasson — trotz mancher Verdienste im einzelnen doch im allgemeinen abgelehnt werden. Dergleichen befriedigt eben niemand mehr. Das ist der eine Grund. Der andere, dafs die Welt keiner systematischen Rechtsphilosophie bedürfe, oder gar dafs eine solche überhaupt nicht möglich sei, ist gewifs nicht stichhaltig.

Allerdings werden Behauptungen dieser Art nicht selten ausgesprochen, leider besonders häufig von Juristen. Sie beruhen teils auf der falschen Annahme, als müsse Rechtsphilosophie durchaus Naturrecht oder sonstige müfsige Spekula-

tionen in sich begreifen, teils auf einer Selbsttäuschung hinsichtlich des eigenen Bedürfnisses. Mit Demjenigen, der durchaus keine Erklärung dessen, was unter Rechtsphilosophie eigentlich zu verstehen sei, anhören will, ist natürlich auch nicht über den Wert derselben zu streiten. Und wer seine Rechtsweisheit auf keinen Fall über das Niveau des werktäglichen Konsums steigern mag, für den freilich liegt auch die Philosophie des positiven Rechts aufserhalb seines Bedürfnisses, aber auch nur des regelmäfsigen. Denn selbst diejenigen Juristen, die nichts als Maschinen zur Umwandlung von Gesetzen in Gerichtsurteile zu sein beanspruchen, sehen sich hier und da eine Frage aufgenötigt, die sie wohl oder übel, wenn auch unbewufst und sozusagen nur *ad hoc* über das Recht zu philosophieren zwingt (vgl. S. 70). „Die juristischen Theorien und Deduktionen selbst sind voll von rechtsphilosophischen Voraussetzungen, was freilich mancher Jurist nicht weifs“ — so etwas müssen sie sich von einem Philosophen sagen lassen! *

Da hilft nun einmal kein Sträuben: wer sich über die Natur der Dinge, mit denen er umgeht, eine selbständige Erkenntnis zu verschaffen sucht, der treibt eben Wissenschaft; und da hilft auch keine Opposition gegen ein mifsliebiges Wort: wer auf eine gewisse Art Wissenschaft treibt, der philosophiert, ob er nun will oder nicht. Auch der Jurist vermag sich dem nicht zu entziehen. Wenn er nur denkt, über das Wesen irgendeines der höheren Begriffe, mit denen er doch unausgesetzt zu operieren hat, d e n k t — schon die Art dieses Begriffes selbst zieht seine Gedanken hinauf in rechtsphilosophische Regionen. ** Dort aber gibt es nichts für sich allein

* Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts, Vorw. S. 1.

** Wenn diese Behauptung überhaupt bewiesen werden kann oder, von meinem Standpunkt, noch eines Beweises bedarf, so ist er nach meiner Meinung in den besseren der zahlreichen Schriften zu finden, welche dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich vom Jahre 1888 gewidmet worden sind. Mir wenigstens ist aus denselben, wenngleich auf der einen Seite die ganze grenzenlose Zerfahrenheit unter den Juristen hervorblickt, doch auch auf der andern Seite das hohe Bedürfnis

Daseiendes, nichts Isoliertes: die obersten Begriffe, die höchsten Prinzipien, die letzten noch im Wissen fafsbaren Erklärungsgründe des Rechts als Ganzen bilden nicht minder ein zusammenhängendes System wie die Begriffe, Grundsätze und tieferen Gründe der Dogmen der einzelnen Rechtsteile und sind wie die letzteren nur in ihrem Zusammenhange ganz zu begreifen.

Um hier den Beweis nur ganz äufserlich und mit Beschränkung auf die Grundbegriffe zu führen, so ist schon aus dem Entwicklungsgange der ihnen neuerdings gewidmeten Litteratur ohne weiteres klar, dafs sie sich geradezu zusammendrängen, weil sie innerlich zusammengehören. Es mufs jedem auffallen, wie da eine Frage eine Menge andere unmittelbar nach sich gezogen hat; wie die Revision der einen Lehre die Umgestaltung mehrerer anderer, die also wohl in nächster Nachbarschaft liegen, zur direkten Folge gehabt; wie sich alle diese Begriffe und Theorien gegenseitig bedingen, ergänzen, stützen, sodafs die kleinste Erschütterung an irgendeinem Punkte sogleich Ringwellen erzeugt, die sich noch weit bis ins Innere der einzelnen Rechtssysteme verfolgen lassen. Da schlingt sich eben alles so vielfach und innig durcheinander, da hängt alles so fest durch zähe Bande der Logik verknüpft aneinander, dafs niemand einen Begriff für sich, eine einzelne Lehre zur Analyse herausgreifen und die übrigen unbeachtet lassen kann, wie etwa ein Anatom den Kadaver, dem er eine Extremität behufs Untersuchung ihres Knochengerüstes exartikuliert hat. Innerhalb des Gefäfssystems eines lebendigen Organismus jedoch läfst sich keine Partie isolieren, jede mufs physiologisch mit Rücksicht auf die Funktionen des Ganzen betrachtet werden. Und dafs eben diese Wahrheit auch von den juristischen Grundbegriffen gilt, lehrt uns

und kräftige Ringen des deutschen Geistes nach einer tiefern; philosophischen Erfassung des Privatrechtssystems offenbar geworden. Übrigens kann ich wohl auf das meisterhafte Werk von Pfaff und Hofmann, Kommentar zum österreichischen allg. bürgerlichen Gesetzbuche, Wien seit 1877, und namentlich auf die Exkurse derselben Verfasser als ein Beispiel dafür verweisen, wie wenig praktische Tendenz eines juristischen Werkes und realistisch-philosophische Behandlungsweise einander ausschliessen.

die erwähnte Litteratur derselben. Den ersten Anstofs gab Bindings bekannte — wenn man von einer so vielfach in der merkwürdigsten Weise mifsverstandenen Lehre sagen darf, dafs sie bekannt sei — Theorie von den „Normen". Dieselbe ist von manchen Gegnern hart befehdet, von einigen derselben nichtsdestoweniger fruktifiziert worden, während zahlreiche dem Autor kongeniale Fachgenossen immer wieder neue Anregungen aus den reichen Einzelheiten seiner feinen Untersuchungen zu empfangen gern eingestehen und ihrerseits vielfach an dieselben anknüpfen. Jedenfalls ist seitdem ein Grundbegriff unserer Wissenschaft nach dem andern zur Diskussion gebracht und namentlich der Rechtsbegriff selbst durch mehrfache Erörterung der „imperativischen Natur" alles Rechts, insbesondere in den Schriften von Thon und Bierling, aus dem behaglichen Helldunkel, worin er bisher lebte, wenigstens etwas näher in den Lichtkreis gezogen worden. Soweit „Gesetzesrecht" in Frage kommt, wird sich gegen die Imperative schwerlich viel einwenden lassen. Zur Feststellung der imperativischen Natur alles Rechts jedoch dürfte noch gehören, dafs diese Eigenschaft auch in dem, was gemeinhin „Gewohnheitsrecht" genannt wird, zur Evidenz nachgewiesen werde — und wie wollte man dabei die Berührung der Theorie der „Rechtsquellen" im allgemeinen vermeiden? Wenn aber die Gewohnheitsrecht betitelte Form des Rechts erst, nachdem Zitelmann, Rümelin und Schuppe den Anfang gemacht, nach allen Seiten gründlichst untersucht worden, wird die Anwendung jener Lehre von den Imperativen auf das Gewohnheitsrecht auch die ganze Theorie von der imperativischen Natur des Rechts in eine andere Bahn lenken oder doch einigermafsen modifizieren, so zwar, dafs sie dann für Gesetzesrecht und Nicht-Gesetzesrecht die gleiche Giltigkeit besitzt. Mit der die imperativische Natur des Rechts betreffenden Frage hängen gleich ein paar andere innig zusammen. Z. B. die durch Laband inaugurierte scharfe Unterscheidung von „Gesetzesinhalt" und „Gesetzesbefehl" im Gesetz d. h. von Rechtsgedanken und Imperativ in jedem

Rechtssatz, worüber eine lange Reihe Erörterungen für und wider entstanden ist; sodann die wiederaufgenommene alte Frage betreffend die Einteilung der Rechtssätze und insbesondere die Natur der „erlaubenden" oder „gewährenden Rechtssätze", die der behaupteten imperativischen Natur alles Rechts zu widersprechen scheinen. Mit diesem Streit über die Erlaubnissätze aber berührt sich die ruhelose Kontroverse über das „subjektive Recht", die ihrerseits wieder auf die Normen des objektiven Rechts und so die kreislaufende Untersuchung der allgemeinen Rechtsbegriffe zu dem Ausgangspunkt zurückführt.

Man sieht, diese Begriffe und Lehren — das Gemeingut aller Rechtsgebiete, die Grundlehren des Rechts — üben eine starke natürliche Anziehung auf einander aus. Sie suchen sich, weil sie nun einmal zusammengehören, sie müssen und werden sich gewifs mit der Zeit zu einem abgerundeten System konsolidieren und so auch äufserlich, in der Litteratur, die trotz aller Zersplitterung unzerstörbare innere Einheit des Rechts und seiner Wissenschaft verkörpern. Aber es fragt sich eben noch sehr, in welcher systematischen Verbindung man sie sich zu denken habe und welche litteraturfähige Form derselben zu geben wäre. Vorläufig merkt man fast allen hierhergehörigen Einzeluntersuchungen an, dafs, wie bereits (S. 34) bemerkt, ihre Verfasser wohl die Kohärenz jener Theorien fühlen, sich aber, vielleicht mit ein paar Ausnahmen*, noch kein klares Bild von der Art und Weise ihrer Vereinigung zu einem geordneten Ganzen, einem logisch gefügten System machen.

* Zu diesen zähle ich — da die englische „Analytische Schule" (vgl. oben S. 12 ff.) wenig Gewicht gerade auf den systematischen Zusammenhang legt — vorläufig aufser dem deutschen Schriftsteller A. Merkel, der seiner früheren Auseinandersetzung über die Gestalt, welche nach seiner Ansicht die Rechtsphilosophie der Zukunft anzunehmen hätte, nunmehr selbst die Skizze einer solchen hat folgen lassen (vgl. oben S. 28 und S. 34 die Citate aus der Zeitschr. f. d. Priv.- u. öff. R. I und v. Holtzendorffs Encyklopädie 5. Aufl.) nur noch einen russischen: N. Korkunow, Vorlesungen über die allgemeine Theorie des Rechts, St. Petersburg 1886, 2. Aufl. 1890 (319 SS. gr. 8° in russ. Sprache).

2. Es fehlt uns eben die Sammelstelle für die umherirrenden allgemeinen Rechtsbegriffe und Rechtslehren, ein allgemeiner oder allgemeinster Teil der ganzen Rechtswissenschaft, man denke sich nun seinen Umfang weiter oder enger und nenne ihn mit einem alten oder neuen Namen. Ein solcher wäre uns um so nötiger, als die unaufhaltsam fortschreitende Arbeitsteilung unter den Juristen und Differenzierung der „Fächer" nicht nur die naheliegenden Folgen rücksichtlich der fachmännischen allgemeinen Bildung hat, sondern mit der Zeit auch das Bewufstsein von der Einheit des Rechts und der Rechtswissenschaft ertödtet. Begegnet man doch nicht selten der Ansicht, dafs Rechtswissenschaft ein blofser Kollektivname für eine Anzahl völlig unabhängiger Wissenschaften sei. Und was so souverän neben einander besteht, das kann ja wohl auch in einen Konflikt geraten, für dessen Austrag es keine kompetente Instanz gibt. Ist das theoretisch, ist es praktisch gleichgültig? Das Gegenteil in theoretischer Hinsicht liegt so nahe, dafs es kaum noch einer Exemplifikation bedarf. Alle die Streitfragen über die „Einteilung des Rechts" z. B., namentlich die ungelöste über die Grundeinteilung alles Rechts in „öffentliches Recht" und „Privatrecht", haben ein ganz anderes Aussehen, jenachdem wie man sich das Verhältnis des Rechts als Ganzen zu diesen beiden Teilen denkt. Wer das Recht restlos einteilt, wie man ein Grundstück parzelliert, der trennt auch die also hergestellten Teile von einander und wird die Schranken zwischen ihnen möglichst fest anlegen, damit nur ja keine Grenzverwirrung stattfinde. Das Ganze ist alsdann blofs eine Summe von Stücken, die einander widersprechen dürfen. Wer sich dagegen von der gesamten Rechtsmasse nur eine einzelne Partie jetzt zu dem einen Zweck, dann eine andere Partie zu einem andern Zweck wieder anders abteilt, dem erscheint der jedesmalige ausgeschiedene Stoff als ein organischer Teil eines Ganzen, das keinen Widerstreit unter seinen Teilen duldet. Hieran knüpft sich leicht das Beispiel für die praktische Bedeutung der Idee der Einheit des Rechts. Es betrifft die bekannte Ansicht, dafs ein internationaler Vertrag, zu welchem die Volksvertretung die verfassungs-

mäfsig erforderliche Zustimmung versagt, zugleich völkerrechtlich giltig und staatsrechtlich unwirksam sein könne. Dieser Gedanke ist doch gewifs juristisch unleidlich. Es kann wohl ein Jurist meinen, der betreffende Vertrag sei rechtlich wirksam, ein anderer, er sei es nicht, nicht aber ein und derselbe Jurist behaupten, der Vertrag sei beides zugleich. „Völkerrechtlich" — „staatsrechtlich" ist eine nur zu gewissen Zwecken statthafte Unterscheidung. Die Verteilung des Rechts eines Staates, wozu auch sein Völkerrecht gehört, in verschiedene „Fächer" darf nicht auch da noch festgehalten werden, wo durch die Sache die Befragung des in sich immer einigen ganzen Rechts des Staates gefordert wird. Jedenfalls enthält die erwähnte Ansicht keine Rechtsentscheidung über einen Streitfall, worüber auch noch andere Rechtsentscheidungen möglich wären, sondern einfach eine Festlegung der Streitfrage unter Verzicht auf eine juristische Lösung. Ganz analog kann man auch von einer bestimmten Ehe sagen, sie sei vom Standpunkt der römischen Kirche ungiltig, vom Standpunkt des Staates giltig. Dadurch wird jedoch nur die Rivalität zweier rechtbildenden Mächte bei der Normierung eines und desselben Verhältnisses konstatiert. Wenn jemand aber, etwa als Richter, in einem praktischen Falle dieser Art eine Entscheidung abzugeben gezwungen ist, so mufs er „das Eherecht" schlechthin, welches anzuwenden er sich verpflichtet hält, befragen. Obwohl man kirchliches und staatliches Recht zu unterscheiden Grund hat, so darf doch aus der Unterscheidung und Einteilung der Rechtsnormen keine unaufhebbare Feindseligkeit, sodafs man definitiv zwei Entscheidungen für einen juristischen Thatbestand hätte, gemacht werden.*

Für jeden der hergebrachten einzelnen Hauptteile der Rechtswissenschaft stehen die dahingehörigen Lehren in systematischer Anordnung, der Frucht unsäglicher Geistesarbeit,

* Über den widersinnigen Antagonismus, den das Aufrichten solcher Schranken zwischen den einzelnen Rechtsteilen, insbesondere zwischen Staats- resp. Verwaltungsrecht einerseits und Privatrecht andrerseits, für das praktische Staatsleben zur Folge hat, vgl. u. a. K. J. Schmitt, Die Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege im konstitutionell-monarchischen Staate, Stuttgart 1875 S. 7 ff.

da. Wenngleich es fortgesetzt geändert und verbessert werden mag, so ist doch das Gerüst des Systems einer jeden Disciplin unter den speciellen Fachgenossen anerkannt und jedem einzelnen gegenwärtig. In der Litteratur offenbart sich überall die Einsicht, dafs nur systematisch geordnete Erkenntnis Wissenschaft ist. Eine Menge Einzelerkenntnisse ohne Einordnung in ein System — ein Haufen Gliedmafsen ohne Rückgrat! In den monographischen Untersuchungen der einzelnen Institute wird daher die Stellung derselben im System sorgsam bestimmt: damit eine Rechtsfigur vollständig begriffen werde, mufs sie allseitig in den Verhältnissen der Subordination und Koordination begriffen werden.* Die Gesamtdarstellungen, welche die Einheit und Harmonie des ganzen Lehrgebäudes hervortreten lassen, bilden eben deswegen die höchste litterarische Form der Wissenschaft, und das Ansehen der Systematiker beruht in erster Linie darauf, dafs sie durch die gleichzeitige Darstellung aller nach einem Mittelpunkte gravitierenden Einzelerkenntnisse genötigt waren, aus denselben alle Widersprüche zu entfernen und jeder den rechten Platz anzuweisen. Erst auf diesem erlangt die einzelne juristische Lehre Festigkeit und volle Klarheit.

Darnach läfst sich leicht ermessen, welche Folgen es für den Zustand der allgemeinen Begriffe und Grundlehren des Rechts haben mufs, dafs für sie ein System in keinem Sinne, weder in der Litteratur, noch auch in der blofsen Vorstellung der mit ihnen arbeitenden Juristen existiert. Manche wichtige Lehre, z. B. die Lehre von den Rechtsnormen**,

* Vgl. über die Bedeutung der Klassifikation und Systematik für jede Wissenschaft die eindringlichen Worte v. Jherings, Geist d. röm. Rechts, § 38 (4. Aufl. II, 2 S. 330 ff.).

** Bekker spricht sich in der Deutschen Litteraturzeitung 1889 Nr. 51 Sp. 1865, nachdem er die Bemerkung gemacht, dafs das „räumliche Gebiet der Normen“ eigentlich etwas Anderes heifse als die Worte besagen, also aus: „Die ganze Lehre von den Rechtsnormen hat Anspruch auf eine Behandlung, die sie bisher in der Litteratur und auch auf dem Katheder noch nicht gefunden hat. Die universelle Natur ihrer Fragen widerstrebt dem, sie, wie jetzt üblich, zum Anhängsel einer andern Disciplin, sei es der Pandekten oder des Staatsrechts, zu machen; und ein vollständiges, wirk-

wird nur zerstückelt behandelt, das eine Bruchstück hier, das andere dort, während sie als Ganzes nirgend die ihrer Bedeutung entsprechende Beachtung findet. Die widersprechendsten Auffassungen über manche Grundverhältnisse laufen noch immer unausgesöhnt neben einander her, weil sie nirgend einander fest gegenübergestellt und ausgeglichen werden. Z. B.: die Reception des römischen Rechts ist eine Thatsache — und doch soll alles Recht ein Produkt des besonderen Volksgeistes sein*; oder: es steht dem nichts im Wege, dafs Ausländer, die im Auslande delinquiert haben, auf Grund eines inländischen Gesetzes im Inlande gestraft werden — aber die Kraft des Gesetzes eines Staates reicht nicht über sein Territorium resp. seine Unterthanenschaft hinaus; oder: es gibt kein Recht aufser dem positiven, kein Strafrecht in unserem Staate aufser dem durch Staatsgesetz festgestellten — und doch soll es einen davon unabhängigen Unterschied zwischen „an sich“ strafbarem und „an sich“ blofs civilem Unrecht geben, u. s. w.

Allerdings ist die litterarische Kritik immerfort bemüht, derartige Widersprüche der Theorie als Folgen schiefer rechtsphilosophischer Dogmen nachzuweisen, letztere zurechtzustellen u. s. w. Weil sie aber meist so nebenher, bei Gelegenheit des Erscheinens dieses oder jenes Werkes geübt wird, ist ihre Arbeit zum grofsen Teil eine vergebliche. Dergleichen verschwindet bald spurlos in der permanenten litterarischen Hochflut unserer Zeit. Bildet jedoch ein wichtiger allgemeiner Begriff, eine rechtsphilosophische Frage den Gegenstand einer eigenen Abhandlung, die in den Annalen der Litteratur besonders verzeichnet wird, so fehlt auch dann noch viel dazu,

lich alles was da hineingehört umfassendes „„Normenrecht““ ist auch noch nicht erschienen.“ Bekker hat daher auch in seinem System des Pandektenrechts, Weimar I 1886, II 1890 keine Theorie des Rechts im objektiven Sinne geliefert. Die Lehre von den Rechtsnormen aber vagabundiert weiter.

* Vgl. hierzu die bekannte Aufzeigung dieses Dilemmas bei den Häuptern der Historischen Schule durch v. Jhering, Geist d. röm. Rechts, § 1 (4. Aufl. I S. 3 ff.), aber auch Singer in der Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, XVI (1889) S. 311 ff. Note [48].

dafs ihre Resultate sich dauernd im Gedächtnis auch nur der zunächst interessierten Kreise erhalten. Wohl wird der Fortschritt der Wissenschaft im einzelnen durch die Detailforschungen geleistet, durch die speciellsten Untersuchungen der Geister, die da sammeln „still und unerschlafft am kleinsten Punkte die gröfste Kraft". Aber die Verbreitung und Erhaltung des errungenen Wissens im ganzen ist davon abhängig, ob und wie es zusammengefafst und in einer System-Litteratur niedergelegt wird. Das verstreute Wissen einer Zeit geht auch mit der Zeit unter, wenn nicht die Extrakte daraus der Nachwelt zugeleitet werden: je weiter und tiefer die wissenschaffende Einzelforschung umsichgreift, desto wichtiger wird die wissenerhaltende Aufgabe der systematischen Darstellungen in jedem Wissensgebiet und in jedem Hauptteile eines Wissensgebietes.

Die unvermeidlichen Folgen der Diaspora unter den Juristen in rechtsphilosophischer Beziehung liegen klar vor jedermanns Augen. Bei dem Mangel aller Verbindungsglieder ist auch der letzte Rest dessen, was man eine gemeinsame Konfession hinsichtlich der Fundamente unserer Wissenschaft nennen könnte, verschwunden und die Sektirerei bis zu dem Punkte gediehen, wo fast jeder Einzelne eine Sekte für sich bildet — wenn er nicht Indifferenz oder absolute Negation für bequemer hält. Darf Abhilfe hiergegen überhaupt erwartet werden, so nur von ebendaher, von wo die Zersetzung gekommen ist: der Litteratur und der akademischen Lehre.

In der Litteratur macht sich eine Bewegung bemerkbar, die darauf hinweist, dafs das Bedürfnis nach sicheren Stützpunkten für die ohne allgemeine Lehren und juristische Grundbegriffe in der Luft schwebende Dogmatik der einzelnen Rechtsteile sich doch nicht auf die Dauer unterdrücken läfst. Diese Bewegung erschöpft sich vorläufig noch fast ganz in einer destruktiven Kritik der traditionellen Postulate, welche man bisher für solche Stützpunkte ansah. Sie wird im weiteren Verlauf zum Ersatz der definitiv hinweggeräumten Überreste der zerfallenen Rechtstheorien früherer Zeiten durch

umgebildete Begriffe und Dogmen fortschreiten. Sie wird endlich auch die Zusammenfassung der juristischen Fundamentalartikel zu Gesamtdarstellungen herbeiführen, welche in Zukunft unsere rechtsphilosophischen Systeme sein oder wenigstens dieselben vertreten werden. Denn schliefslich hat ja jede dieser einzelnen Bemühungen nur die Bedeutung, mit den vielen anderen zusammen uns von dem Recht ein volles Bild zu entwerfen, das uns den wahren Sinn dieser Erscheinung nach allen Seiten ausdeutet. Das Ziel ist klar vorgezeichnet durch das unabweisliche Bedürfnis; den Stoff liefert das sorgfältig bearbeitete reiche, lebendige Recht der Wirklichkeit; eine exakte Methode wird vor dem Rückfall in die Unwissenschaftlichkeit der weltverbessernden Ideologen und Vernunftrechtsphilosophen, die ihre Systeme mehr erträumten, denn erarbeiteten, bewahren.

Was von der wissenschaftlichen Rechtslitteratur, das ist auch von der akademischen Rechtslehre zu erhoffen. Obgleich das Specialistentum unter den Rechtslehrern unvermeidlich ist, so dürfte doch schwerlich einer aufgefunden werden, der nur Specialist zu sein und über dem Romanisten, Kriminalisten u. s. w. den Juristen gänzlich aufgegeben zu haben sich rühmte. Darin liegt das Zugeständnis, dafs es aufser dem einzelnen „Fach" auch noch etwas gibt, was allen Juristen gemeinsam ist. Dies kommt auch in besonderen Vorlesungen zum Ausdruck. Wieviel alter, wieviel neuer Wein aus alten Schläuchen, die man Vorlesungen über „Rechtsphilosophie", „Encyklopädie des Rechts", „Einleitung in das Rechtsstudium" nennt, zur Zeit geschenkt wird, entzieht sich natürlich jeder Beurteilung. Aber es ist doch anzunehmen, dafs der Bewegung in der Litteratur der allgemeinen Rechtslehren, die ja fast ausschliefslich akademischen Kreisen entstammt, eine mindestens ebenso starke Bewegung in den Vorlesungen korrespondiert. Und dafs die letzteren in dem Zusammenfassen des Verstreuten, dem Concentrieren der wesentlich zusammengehörigen Lehren regelmäfsig der Litteratur voraussein, also Systeme bieten müssen, obwohl das Schrifttum noch keine aufweist, ist schon in ihrer Natur begründet. Das Be-

dürfnis nach einer systematischen Rechtstheorie oder Rechtsphilosophie wird an den Hochschulen am stärksten empfunden: dort wird sie auch zuerst auf neuen Grundlagen aufgeführt und gelehrt werden, um dann mit der Zeit ihren Weg in die weitere Öffentlichkeit zu nehmen.

Im Vorstehenden habe ich die tiefe Not unserer Wissenschaft um die juristischen Grundbegriffe und was damit zusammenhängt so geschildert, wie ich sie in der zeitgenössischen Litteratur sich wiederspiegeln zu sehen glaube. Für die Richtigkeit meiner Beobachtungen und Schlüsse konnte hier natürlich nicht gleich der Beweis nach allen Seiten erbracht werden. In einzelnen Beziehungen aber werden ihn die nachfolgenden Abhandlungen führen, denen ich diese ausführliche „Einleitung“ vorausgeschickt habe. Nur was ich mit diesen „kritischen Abhandlungen“ selbst beabsichtige und wie ich sie auszuführen gedenke, will ich noch an dieser Stelle kurz auseinandersetzen.

Dem System der juristischen Wissenschaften haftet ein schwerer Mangel an, wenn der Kreis derselben nicht durch eine philosophische Rechtslehre, die allen einzelnen Teilen, aber keinem besonders angehört, zusammengehalten wird. In dieser Ueberzeugung und den daraus folgenden Wünschen fühle ich mich mit vielen hervorragenden Theoretikern der Gegenwart vollkommen einig. Ferner glaube ich allseitiger Zustimmung sicher zu sein, wenn ich die Möglichkeit bestreite, dafs jemals in Zukunft ein blofses Agglomerat von allerlerlei mehr oder weniger tiefsinnigen Redensarten über juristische Dinge als Rechtsphilosophie anerkannt werden könnte. Auch die geistreichsten Betrachtungen über Recht sind noch lange keine Philosophie des Rechts. Diese soll durchaus wissenschaftlich sein, also ein Wissen vermitteln, und durchaus juristisch sein, also ein Wissen um das Recht und nichts Anderes bieten. Wir wollen durch sie keineswegs erfahren, wie jemand das Recht wohl gestalten würde, falls

er dazu berufen wäre. Wenn wir uns überhaupt für das Recht wie es sein sollte interessieren, so gehört doch die Diskussion von Zielen der Rechtsbildung nur sehr bedingt in die Rechtsphilosophie. Was ist denn von solchen Idealen heute zu wissen, wenn auch hundert Gründe dafür sprechen, dafs sie morgen zu Recht werden sollten? Im besten Falle doch nur, dafs morgen etwas sein kann, was noch nicht ist, jedenfalls nicht als ein Seiendes gewufst werden kann. Wir wollen durch die Rechtsphilosophie vielmehr erfahren, was das bereits bestehende Recht seinem innersten Wesen und letzten Grunde nach ist. Sie soll uns den Schlüssel zu all den Rätseln, welche die rechtlichen Phänomene enthalten, zu liefern versuchen. Weder hat sie zu lehren, wie man seine Handlungen einzurichten hat, worüber die Rechtsnormen selbst Auskunft geben; noch hat sie direkt über die von einer Rechtsordnung, wenn sie wohlgefallen soll, zu erfüllenden Ansprüche aufzuklären, denn das ist Sache der Kritik und Politik. Sie lehrt uns im Grunde überhaupt nichts Praktisches, sie ist etwas Theoretisches: sie ist das rein um des Wissens willen mittels abstrakter Begriffe und aus diesen zusammengesetzter Urteile zustande kommende Begreifen des Wie und Warum des Rechts dieser Menschenwelt im allgemeinen, durchgeführt bis an den Punkt, wo ehrliche Wissenschaft endlich *Ignoramus!* sprechen mufs.

Soll aber mit solcher Rechtsphilosophie Ernst gemacht werden, so müssen vor allem die Grundbegriffe des Rechts und der Rechtswissenschaft so klar herausgestellt werden, dafs ihre Verknüpfung auch klare Theoreme ergibt. Der schnellbefriedigten Oberflächlichkeit wird das keinen sonderlichen Kraftaufwand zu fordern scheinen. Erfreuen wir uns doch der Vorarbeit vieler Jahrhunderte, auf die wir uns stützen können. Das ist freilich wahr, und ich will keineswegs behaupten, dafs wir ausnahmslos in allen Stücken von Grund aus neu zu schaffen hätten. Aber es bleibt zu bedenken, dafs die Rechtstheorie der Vergangenheit ganz und gar naturrechtlich war, die der Gegenwart es zum grofsen Teil noch ist. Was wir durch sie gelernt haben, werden wir also wohl in recht vielen Beziehungen umlernen müssen.

Erst das Falschwissen austreiben, um dann das Rechtwissen an die Stelle zu setzen — nun, wo es sich um Vorurteile handelt, welche gewöhnlich ihre Wurzeln bis in tiefsitzende Überzeugungen zu senken pflegen, ist die erstere Aufgabe oft der schwierigere, nur durch langen Kampf zum Erfolg führende Teil der Arbeit für die Wahrheit.

Streit ist eine Lebensbedingung der Wissenschaft. Auch diese meine Abhandlungen sind dem wissenschaftlichen Streit gewidmet. Sie beabsichtigen unter den mannigfachen unrichtigen Vorstellungen, welche wir von der Rechtsphilosophie vergangener Zeiten ererbt haben, hier und da aufzuräumen. Allein sie werden sich nicht auf Kritik und Polemik beschränken — bei solcher Bescheidenheit ginge die Wissenschaft gar bald betteln — sondern diese stets als Hilfsmittel zur positiven Förderung der Erkenntnis benutzen. Ihren Gegenstand bilden in erster Linie der Rechtsbegriff selbst und demnächst einige andere unsrer Grundbegriffe, deren Vorstellungsgehalt und juristischer Wert untersucht werden sollen unter stetem Hinblick auf ihre Bedeutung und Stellung in einer systematischen Philosophie des positiven Rechts sowie mit Rücksicht auf die anzustrebende Reinigung der Terminologie. Dafs es Stückwerk bleiben mufs, was ich in diesen Monographieen bringe, sehe ich selbst am besten. Doch lohnt es sich vielleicht vorläufig stückweise den Ariadnafaden herzustellen, an dem die Rechtsphilosophie sich allmählich aus dem Irrgarten heraustasten kann, statt auf das Genie zu warten, das sie mit gewaltiger Kraft auf einmal aus dem Labyrinth wieder in das Getriebe der Menschenwelt versetzt.

Der mir für die beabsichtigten Veröffentlichungen vorschwebende Plan ist folgender. Das Werk der Befreiung der Rechtswissenschaft aus den Banden des Natur- oder Vernunftrechts und sonstiger *a priori* verfahrender Richtungen der Rechtsphilosophie ist noch lange nicht vollbracht. Mit den Formen, der heutigen Verbreitung und der Kritik derselben beschäftigt sich die erste Abhandlung. Sie bezweckt in der Gestalt einer Abrechnung mit dem Subjektivismus in der Rechtsphilosophie eine Reinigung des Objektes

aller und jeder Rechtswissenschaft von Dingen, mit denen sich Juristen und Rechtsphilosophen als solche nicht zu befassen haben. Nachdem auf diese Weise das Gebiet, wo die Rechtswissenschaft suchen soll und finden kann, umgrenzt und gesäubert worden, soll die zweite Abhandlung den Beruf, die Methode und die Stufen der Rechtswissenschaft, insbesondere auch die Aufgabe der Philosophie des Rechts feststellen. Damit wären denn die beiden allgemeinen Vorfragen — die negative: was ist nicht Gegenstand der Rechtswissenschaft, obgleich es dafür ausgegeben wird? und die positive: wie hat die Rechtswissenschaft mit dem richtig verstandenen Gegenstande ihrer Arbeit zu verfahren? — erledigt und ich kann nunmehr zu der Erörterung einzelner streitiger Begriffe und Lehren übergehen. Für die dritte Abhandlung drängt sich mir dann zunächst als Vorwurf ein Problem auf, das so recht im Herzen der gesamten Rechtswissenschaft sitzt: das Problem des Zwangsmomentes im Recht, dessen Lösung für eine unabsehbare Reihe anderer Lehren präjudizierlich ist. Über Inhalt und Reihenfolge weiterer Untersuchungen, die vielleicht mit der Zeit gleichfalls erscheinen werden, möchte ich noch keine Erklärung abgeben. Auch ihre Themata werden jedenfalls zu den heimatlosen Lehren gehören, die zwischen den einzelnen Teilen der positiven Jurisprudenz und der Rechtsphilosophie einherschwanken. Hierdurch möge sich, beiläufig gesagt, auch der vielleicht auffällige Gesamttitel „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“ soweit rechtfertigen, als dergleichen Überschriften überhaupt einer Rechtfertigung bedürftig und fähig sind.

Bei dem Leser setzen meine Abhandlungen voraus eine gewisse Übersicht über die Entwicklung der Rechtsphilosophie nach ihren Hauptrichtungen, Kenntnis des heutigen Standes der wichtigsten theoretischen Kontroversen und namentlich Bekanntschaft mit der Litteratur derselben aus den letzten Dezennien, deren Inhalt nicht bei jedem Anlafs resümiert werden kann. Trotzdem sie also nicht wenig stillschweigend voraussetzen, werden sie doch alle ziemlich breit ausfallen.

Wer nicht zu kurz springen will, mufs eben einen langen Anlauf nehmen. Mit dem blofsen Aneinanderreihen von Aphorismen ist, wie die Erfahrung lehrt, angesichts der Skepsis der Fachgenossen gegenüber allem, was sich Rechtsphilosophie nennt, nichts zu erreichen als eine Vermehrung der ohnehin so zahlreichen Meinungen, die kaum mehr Anhänger als Urheber zählen. Auch gibt es keine Rücksicht, die mich veranlassen könnte kurz zu sein, wo es sich um so alte, seit Jahrhunderten unaufhörlich hin- und hergewendete Probleme handelt. Für recht verkehrt halte ich es, wenn manche Autoren den Stil des Kunstwerkes auf die wissenschaftliche Monographie übertragen und sich vom Leser teilweise erraten lassen. Subtile Untersuchung eines schwierigen Begriffes, deutliche Formulierung jeder gewonnenen Einsicht, konsequente Ausnutzung derselben nach allen Richtungen — dieser Inhalt nötigt zum Verzicht auf die Reize einer kurzen Vortragsweise.

Dafs der Erfolg meiner Untersuchungen die auf sie verwendeten langen Studien in kürzester Zeit lohnen werde, darf ich nicht hoffen. Aber ich tröste mich, wenn er auf sich warten läfst, damit, dafs die Kritik eingewurzelter Irrlehren ebensowenig über Nacht wirken kann wie eine Mineralbadkur gegen chronische Leiden: die Wirkung kommt bei beiden oft recht spät nach.

ERSTE ABHANDLUNG.

DAS NATURRECHT DER GEGENWART.

Einleitung.

§ 1. Der Dualismus in der Rechtslehre.

Das Recht ist wesentlich eins, der Rechtsbegriff ein einheitlicher: indem man zweierlei Recht annimmt, korrumpiert man ihn und begeht eine wissenschaftliche Todsünde. Dieser Satz soll durch die nachfolgende Abhandlung befestigt werden.

a. Thatsächlich ist nämlich der Rechtsbegriff zwiespältig seit der Zeit, bis in welche die Geschichte unsrer Wissenschaft zurückreicht, also seit mehr als zweitausend Jahren. Er ist dies zwar nicht in dem, was man die „Wirklichkeit" zu nennen pflegt, sondern in den Köpfen der Menschen — aber wo anders hat denn ein abstrakter Begriff überhaupt sein Dasein, als in den Vorstellungen von Menschen? — und auch nicht in dem Sinne, als gebe es zwei Rechte von gleicher Realität. Wohl aber in dem Sinne, als gehe dem positiven Recht[1] beständig ein ihm übergeordnetes oder antagonistisches, mit ihm rivalisierendes anderes Recht parallel, in welchem das erstere bald die Quelle und das Fundament seiner eigenen Herrschaft, bald seinen Vorläufer oder Stellvertreter oder Korrektor, bald auch nur sein Vorbild oder Ideal u. s. w. zu respektieren habe. Man nennt dieses nichtpositive Recht mit

[1] Über diesen Ausdruck „positives Recht" vgl. oben S. 51 Note *.

den verschiedensten Namen, gewöhnlich mit dem ältesten „natürliches Recht“ oder „Naturrecht“.[2]

Allerdings haben Theorie und Methode der Historischen Schule eine gewaltige Umwälzung in der Jurisprudenz hervorgebracht. Daraus ist jedoch noch keineswegs die vollständige Verdrängung der früher beliebten Theorien und Methoden zu folgern. Die Präponderanz des Naturrechts wurde gebrochen, vernichtet ist es nicht worden. Dazu haben es bisher weder Spott und Hohn, noch partielle sachliche Kritik bringen können. Als von mehreren Seiten gleichzeitig ein heftiger Andrang erfolgte, schien es dem Untergang geweiht; bald wurde es todtgesagt. Der Traum des Naturrechts sei ausgeträumt, hiefs es[3]; der verhängnisvolle Zwiespalt in der Rechtswissenschaft sei endlich überwunden[4] und niemand suche mehr, seitdem der Rationalismus auf dem Gebiete des Rechts endlich abgethan, nach einem Musterrecht.[5] Höchstens mochte man zugeben, dafs noch ein Schatten der Gröfse jener einstmals alleinherrschenden Idee übrig sei.[6] Freilich,

[2] Vgl. hierüber den nächsten § 2 S. 122 ff.

[3] Windscheid, Über Recht und Rechtswissenschaft, (Rede) Greifswald 1854 S. 9. Dreifsig Jahre später äufserte sich derselbe anders. Vgl. unten S. 112 Note [10].

[4] Bluntschli, Der Rechtsbegriff, 1858 (Kleine Schriften, I Nördlingen 1879 S. 5): „Der Streit der Schulen liegt hinter uns. Die heutige Rechtswissenschaft ist darüber zum innern Frieden gekommen. Sie kennt sowohl die Berechtigung der philosophischen Begründung als die Notwendigkeit der historischen Forschung an.“ Der Streit ist jedoch noch lange nicht zu Ende und wäre auf die Weise Bluntschlis, der selbst zeitlebens ein Naturrechtslehrer gewesen (vgl. oben S. 66 und weiter unten § 10 Note [40]), gewifs nicht zu beendigen.

[5] W. Arnold, Recht und Wirtschaft nach geschichtlicher Ansicht, Berlin 1863 S. 10; Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865 S. 46. Escher, Handbuch der praktischen Politik, I Leipzig 1863 S. 13. Auch Harum, Von der Entstehung des Rechts, (Vortr.), Innsbruck 1863 S. 4 hält den Irrtum des Naturrechts für bereits wissenschaftlich überwunden und R. Frank, Die Wolfsche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältnis zur kriminal-politischen Aufklärung im XVIII. Jahrh., Göttingen 1887 S. 1 spricht von dem „der Geschichte angehörigen Naturrecht“.

[6] Gierke im Jahrb. f. Gesetzgeb. u. s. w. N. F. VIII (1883) S. 1111; Naturrecht und deutsches Recht, (Rede) Frankfurt a. M. 1883 S. 13: „Der Kampf gegen das Naturrecht gehört in der Hauptsache der Vergangenheit an. Was von ihm die Schwertschläge der Historischen Schule überlebt hat, ist nur noch der Schatten seiner einstigen stolzen Macht.“ Widersprechende Stellen derselben Rede sind weiter unten S. 112 Note [10] angeführt. Gegen Gierkes Worte stehen die Stammlers, Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, (Festgabe zu Windscheid's Doktorjubiläum von Stammler und Kipp, Nr. I) Halle 1888 S. 35: „Nicht Schwertschläge sind es, welche die Historische Schule dem Naturrecht versetzt hat, sondern Nadelstiche und Scheltworte.“

die zahlreichen Ausläufer der angeblich überwundenen Doktrin liefsen sich kaum ignorieren. Indessen hielt man sie, da das Naturrecht in allgemeinen Mifskredit gekommen[7], für gänzlich bedeutungslos und konnte annehmen, die naturrechtliche Herrlichkeit sei, wenigstens für Deutschland, zu Grabe getragen.[8] Ja es ist sogar behauptet worden, dafs es heute in Deutschland, vielleicht in Europa keinen Juristen mehr gebe, der nicht nach historischer Methode arbeite oder von unhistorischer Forschung für seine Wissenschaft irgendetwas erwarte.[9]

Allein diese Leichenreden sind zu früh gehalten worden. Das Naturrecht hat nicht einmal die Namen, unter denen es einst in Blüte gestanden, aufgegeben, geschweige denn aufgehört, sei es pseudonym, sei es anonym sein verwirrendes Wesen zu treiben. Die Idee eines Rechts aufserhalb des positiven — und das ist doch wohl der allein in Betracht kommende Kern der ganzen Lehre — ist vielmehr trotz der Historischen Rechtsschule ununterbrochen gehegt worden. Bald ist sie schwächer, bald wieder stärker hervorgetreten, in dem einen Lande mehr, in dem andern weniger; aber erloschen ist sie bis auf den heutigen Tag nicht. Das wird von den gelehrtesten Kennern der Litteratur unter An-

[7] Schlofsmann, Der Vertrag, Leipzig 1876 S. 172.

[8] A. Merkel im Archiv f. öff. Recht, I (1886) S. 604; in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl. Leipzig 1890 S. 20 (vgl. dagegen unten S. 112 Note [10]). Hamaker, Het recht en de maatschappij, s'Gravenhage 1888 S. 12. J. Eckstein, Die Ehre in Philosophie und Recht, Leipzig 1889 S. 5, u. A.

[9] So z. B. Franken, Romanisten und Germanisten, Jena 1882 S. 3 und mancher Andere.

erkennung der darin liegenden Gefahr für die Rechtswissenschaft gemeinhin konstatiert[10] und soll noch im einzelnen nachgewiesen werden. Immerfort vor den Verfolgern ihre Farbe wechselnd, hat sie sogar in manches gewiegten Juristen Gesamtauffassung von Recht und Rechtswissenschaft einen leidlichen Pakt mit den Prinzipien der Historischen Schule einzugehen gewufst. Und nun diese letzteren von Tag zu Tag mehr Anfechtung erfahren, beginnt das Naturrecht, weit davon entfernt allendlich überwunden zu sein, sich wieder lebhafter zu regen, um sich unter neuen Verkleidungen seine alten Positionen zu erobern.[11]

[10] A. Merkel in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, I (1874) S. 411: „Noch immer spielt die Vorstellung eine Rolle, dafs es die Rechtsphilosophie, wenn auch nicht mit dem Naturrecht der Älteren, doch mit einem andern Recht zu thun habe, als die positive Rechtswissenschaft. Den Gegenstand jener soll das „rationelle Recht“ oder . . . das „ideale Recht“ bilden“ (vgl. auch oben S. 111 Note [8]). Windscheid, Recht und Rechtswissenschaft, (Rede) Leipzig 1884 gibt im Gegensatz zu seiner früheren Annahme (vgl. oben S. 110 Note [3]) zu, dafs die Vorstellung von einem Vernunftrecht, obwohl von der Wissenschaft als irrig erkannt, doch nicht vollständig beseitigt sei und dafs Manche, die sich der besseren Einsicht nicht verschliefsen, ja sie mit Energie vertreten, selbst leicht in die alten naturrechtlichen Gedankengänge zurückfallen. Gierke, Naturrecht und deutsches Recht (vgl. S. 110 Note [6]) S. 12: „Naturrechtliche Anschauungen sind auch in der Gegenwart verbreiteter und mächtiger als es scheint. In der Wissenschaft vermögen die Systeme der Rechtsphilosophie zu ihrem Schaden sich noch immer nicht von den Resten des aprioristisch konstruierten Vernunftrechts zu befreien. Im Leben spuken vage und unklare Vorstellungen von ähnlichem Gehalt in zahlreichen Köpfen und bilden namentlich ein Machtelement aller radikalen und revolutionären Parteien . . . während umgekehrt oft genug die Hyperpositivisten unsrer Tage verstohlen aus dem Born des Naturrechts schöpfen, um die unerträgliche Öde ihrer Systeme zu befruchten.“ Singer in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, XVI (1889) S. 316: „Dafs diese Versuche ihren naturrechtlichen Standpunkt durch eine andere Verkleidung verhüllen, läfst sie nur um so gefährlicher erscheinen. Solange die Gegner dieser Strömung, welche glücklicherweise noch nicht die herrschende ist, sich nicht mit aller Energie von der Nachwirkung des naturrechtlichen Gedankenkreises emanzipieren und alle Konsequenzen der historischen Ansicht des Rechtslebens zu ziehen wissen, wird diesem in moderner Verhüllung auftretenden Naturrechte der Kampf nur erleichtert.“

[11] So glaubt Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879 S. 16 mit der Behauptung nicht fehlzugreifen, „dafs in manchen neueren

Ja wenn es nur einmal in seiner ganzen Unmöglichkeit aufgezeigt, nur von irgendwem in allen bisherigen und noch denkbaren Formen widerlegt und so um sein Scheinleben gebracht worden wäre! Dann könnte man, vom Standpunkt der Rechtswissenschaft, diese Verirrung als abgethan ansehen und das Nachrichteramt getrost der kritischen Geschichte der Rechtsphilosophie überlassen. Aber das ist eben nicht der Fall.[12] Bezweifelt ist das Naturrecht oder Vernunftrecht im allgemeinen wohl vielfach, wirklich widerlegt ist es nur in seiner allergröbsten Form worden. Man hat der Hydra einen ihrer Köpfe abgeschlagen — an seiner Stelle sind zehn nachgewachsen. Im übrigen haben sich die Gegner, voran die Koryphäen der Historischen Juristenschule, auf die überwältigende Wirkung der ihrerseits verlautbarten positiven Wahrheiten verlassen und daher die Verwerflichkeit der damit in Widerspruch stehenden naturrechtlichen Irrlehren nicht von allen Seiten beleuchtet. Wenn Einer dies ernstlich zu thun versucht hat, so ist es Fr. J. Stahl gewesen. Aber welche Wirkung vermochte seine Kritik des Naturrechts, genauer: des rationalistischen Naturrechts wohl auszuüben, wenn sein eigenes rechtsphilosophisches System schliefslich doch wieder

Versuchen die Ergebnisse einer losgelöst vom Boden des positiven Rechts frei umherflatternden Spekulation, eines aus allen möglichen Ingredienzen gemischten Raisonnements, plötzlich als positives Recht vorgebracht werden.“ Wie R. Loening in der Zeitschr. f. die ges. Strafrechtswiss. III (1883) S. 259 konstatiert, sucht man in der Strafrechtswissenschaft noch vielfach für jede einzelne Lehre einen besonderen Ausgangspunkt nicht im positiven Recht, sondern in einem persönlichen, subjektiven Rechtsgefühl. Binding, Handbuch des Strafrechts, I Leipzig 1885 § 2 Note [1] S. 6 beklagt, „dafs viele unerfreuliche Zeichen eine volle Renaissance des Naturrechts, also eine Abwendung der Wissenschaft vom positiven Recht andeuten“, und spricht Normen I, 2. Aufl. S. 101 von dem „durch die Historische Schule nur angeblich überwundenen Naturrecht“, u. so v. A.

[12] Vgl. den ausführlichen Nachweis bei Stammler, Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, Absch. IV S. 28 ff. und dazu auch oben S. 111 Note [6]. Allerdings bezieht Stammler seine Anführungen auf einen Begriff von Naturrecht, der anders aussieht als der meinige (vgl. § 2 Note [15]). Dieselben passen jedoch trotzdem so vollständig hierher, dafs sie mich jeder weiteren Erörterung überheben (vgl. auch § 5 c).

auf ähnlichen subjektiven Grundlagen ruhte? So hat er die eine Art Naturrecht kritisiert, um selbst gleich in eine andere zu verfallen.[13]

Die Folge dieser Unterlassung ist gewesen, dafs sich die verschiedenen feineren Larven einer und derselben Idee von einem irgendwie gearteten Recht, das sich vom positiven Recht unterscheide, unerkannt fortgepflanzt, trotz gelegentlicher Abfertigung immer wieder erneuert, ja noch vermehrt haben. Mittels der akademischen Lehre und der rechtsphilosophischen Litteratur sind einer Generation nach der andern geschichtswidrige Vorstellungen vom Recht und zugleich Methoden von entsprechender Subjektivität beigebracht worden, sodafs man gegenwärtig die Frage aufwerfen darf, wie viele derjenigen Juristen, die sich über das blofse Interpretieren ihrer Gesetzbücher erheben, wirklich ganz frei von aller und jeder naturrechtlichen Vorstellungsweise und Methode seien.

Ganz reine Naturrechtsphilosophen, die noch mit der gleichen Überhebung wie etwa Kant und seine Nachtreter auf die Juristen des „blofs" positiven Rechts blicken, gibt es allerdings nur noch wenige, unter den Juristen von Fach natürlich gar keine mehr. Auch kommt es heutzutage kaum mehr vor, dafs man dem positiven Recht die Eigenschaft eines würdigen Objektes wirklicher Wissenschaft kurzweg abspricht. Soviel wenigstens hat die Historische Schule doch bewirkt. Aber der Hang zu einer idealisierenden Rechtsphilosophie ist trotzdem nicht verschwunden. Und was ist daraus entstanden?

Man findet sich nach beiden Seiten, mit dem positiven Recht sowohl wie mit dem Naturrecht, ab, glaubt aber sowohl der historischen als auch der philosophischen Methode gerecht zu werden. Das scheint nur bei einer seltsamen Verwirrung aller Vorstellungen über Objekt und Methode unsrer Wissenschaft möglich zu sein, wird aber recht allgemein praktiziert. Entweder nämlich zieht man, um sich aus dem ewigen Widerstreit zu retten, einfach einen scharfen

[13] Vgl. unten § 9 Note [47] ff.

Grenzstrich zwischen dem, was man Rechtsphilosophie nennt, und dem, was man als positive Rechtswissenschaft bezeichnet, und übt nun eine Art doppelter Buchführung: in der Rechtsphilosophie behandelt man „das" Recht nach den freien rationalistischen und spekulativen Methoden, in der positiven Rechtswissenschaft dagegen die einzelnen positiven Rechtssysteme nach Grundsätzen, welche mit denen der Historischen Schule noch leidlich übereinstimmen. Das ist bequem, natürlich total verkehrt vom wissenschaftlichen, ungefährlich vom praktischen Standpunkt. Bleibt auf diese Weise doch wenigstens die Darstellung des geltenden Rechts unverdorben durch den Sauerteig unpositiver Elemente. Oder aber — und da nimmt der Dualismus einen auch praktisch gefährlichen Charakter an — man befolgt überhaupt nirgend mehr ausschliefslich die eine oder die andere der Methoden, sondern wechselt durchweg nach Belieben zwischen beiden. Soweit jemandem das positive Recht gefällt, schliefst er seine Auseinandersetzungen an dasselbe an und schlägt jeden Gegner mit dem Hinweise auf die „Quelle" zurück; wo es ihm dagegen mifsfällt, da mufs irgend etwas Anderes, ein „Prinzip", eine „Rechtsidee", eine „Konstruktion" oder dergl. aushelfen, wobei der kopfschüttelnde Widersacher, der es auch in diesem Falle mit der schlichten Auslegung der Quelle gehalten sehen möchte, etwas wie „Buchstabenjurist", „Gesetzesanbeter", wenn nicht noch Härteres zu hören bekommt. Begriffe und Rechtssätze, juristische Theorien und Philosopheme werden also bald aus den Rechtsquellen gewonnen, bald in das positive Recht hineingetragen, bald wieder aus Bestandteilen zusammengesetzt, die teils dem betreffenden Recht wirklich angehören, teils demselben fremd sind oder gar direkt widersprechen. Schliefslich nehmen solche zwitterhafte Kompositionen von Geltendem und Erdachtem, solche Mosaiken aus realem und idealem Recht, zumal wenn die allzuharten Übergänge recht kunstvoll weggeglättet sind, sogar gern den Titel einer „höheren" Jurisprudenz für sich in Anspruch. Unter dem Gegenteil „niedere" Jurisprudenz mag sich dann der Leser denken, was er will.

In allen möglichen juristischen Dingen macht sich dieser Dualismus geltend, alle Welt operiert mit ihm, Laien und Juristen, unter den letzteren nicht blofs die Theoretiker, sondern auch die Praktiker. Heute lachen sie des „seligen Naturrechts", morgen leiten sie aus dem „Rechtsbewufstsein" eine Maxime ab, mittels welcher sie das geltende Recht „fortbilden" d. h. oft ein klein wenig vergewaltigen; neulich zuckten sie die Achseln über die unverbesserlichen Doktrinäre, die von ihrer „Rechtsidee" oder ihrem „idealen Recht" nicht lassen mögen, nächstens aber werden sie selbst ein „Prinzip" zur Anwendung bringen, das sie am andern Ufer der nämlichen Quelle geschöpft haben — und jeder, jeder ist felsenfest davon überzeugt, dafs er für seine Person an der richtigen Quelle sitze.

Alle Probleme des Rechts sind im Recht selbst zu suchen und aus ihm selbst zu lösen. Nichts ist einleuchtender, gewifs. Wo und wie aber ist dieses Recht zu finden? Du fragst nach seinem Wesen, seinem Ursprung, seinen Formen, und mindestens zwei Parteien geben Dir ebensoviele verschiedene Antworten. Die eine setzt Dir auseinander, dafs man unterscheiden müsse das „Recht an sich", wie es aus der „Vernunft" oder der „reinen Rechtsidee" stamme, von dem „rein positiven", mehr oder weniger willkürlichen. Vor dieser Lehre als einer unwissenschaftlichen und destruktiven gewarnt, wendest Du Dich zu der andern Partei, die nur positives Recht kennt und schätzt, und fragst sie nach den Quellen. Sie nennt „Gesetz" und „Gewohnheit". Nur ein paar Schritte aufwärts machst Du, um den Bedingungen der Genesis des „Gewohnheitsrechts" nachzuspüren, und — da erscheint schon das „Rechtsbewufstsein", das unschwer als die leibliche Schwester der „Rechtsidee" und „Rechtsvernunft" zu entlarven ist. Also kehr zurück und vertrau Dich derjenigen Fraktion der Positivistenpartei an, die alles Recht seinen Ursprung ausschliefslich im Staate und durch den Staat nehmen und das „Gesetz" allein als echte Form des Rechts gelten läfst. Das hat freilich viel für sich, „man sieht doch wo und wie." Du irrst! Frage Dich nur weiter

durch, über den Staat hinaus, und da findest Du sie wieder alle beisammen: die „Natur des Menschen", das „natürliche Recht" des Stärkeren, dieselbe zur „Friedensordnung" leitende „Vernunft", vor deren angemafster Rechtsbildungsgewalt man Dich am Ausgangspunkte so eindringlich gewarnt hat — alle begriffen im hellen Streit darum, wer von ihnen eigentlich den Hauptbeitrag zur Rechtsbildungskraft des Staates spende. Was fragst Du auch so viel!

So vermag man nicht nach dem Begriff des Rechts, dem Ursprung seiner Verbindlichkeit, der Triftigkeit und Bedeutung des ihm beigelegten Zwanges u. s. w. zu forschen, kurz überhaupt keine rechtswissenschaftliche Frage, die sich irgend über das materielle Dogma des sachlich und geographisch abgegrenzten einzelnen Rechtsteils erhebt, zu stellen, ohne dafs sich Einem überall diese zählebige Kontroverse in betreff eines „natürlichen" oder „vernünftigen" oder „idealen" Rechts u. s. w. als Vorfrage aufdrängt. Ja es ist so weit gekommen, dafs man schon gar nicht mehr das Wort Rechtsphilosophie aussprechen darf, ohne es mit schleppenden Erläuterungen zu versehen. Sonst zieht man sich von Seiten derjenigen Juristen, die etwas auf die Reinheit ihrer Wissenschaft halten, den Verdacht zu, als trage man blofse mit juristischen Floskeln durchflochtene Redensarten vor, die schliefslich doch wieder auf irgendein vermummtes Naturrecht hinauslaufen. Da das Letztere von alters her sich für Rechtsphilosophie ausgegeben hat, so ist es nicht zu verwundern, wenn alle Erörterungen, die sich rechtsphilosophische nennen, von Manchen kurzweg zum Naturrecht geworfen werden, obgleich sie doch nicht allesamt dahin gehören. Allerdings verdienen nicht wenige diese Behandlung. „Bei historischen Untersuchungen und specielleren dogmatischen Aufgaben gegenüber zeigen wir uns freilich in der Regel von positivistischem Geist erfüllt; sobald wir uns aber allgemeineren Fragen zuwenden, macht sich zumeist ein völlig andrer Geist geltend, und diesen beiden Seelen in uns entspricht der alte Dualismus einer sog. „„positiven"" d. i. hier: beschreibenden und äufserlich systematisierenden, und

einer „„philosophischen““ d. i. hier: idealistisch konstruktiven Rechtslehre. Dabei bleibt dasjenige, was jener vorerwähnten Tendenz gemäfs als die Hauptsache zu betrachten wäre, eine weder idealisierende, noch blofs beschreibende, sondern auf die Erforschung des Gesetzmäfsigen in dem betreffenden Lebensgebiete gerichtete Arbeit, heimatlos von beiden Disciplinen ausgeschlossen. Von der Schwelle der positiven Rechtswissenschaft als „„Philosophie““ zurückgewiesen, erfährt sie als „„blofse Empirie““ das Gleiche an der Schwelle der Philosophie.“ [14]

b. Dieser Zustand ist einfach unerträglich. Das Haupthindernis der Lösung derjenigen Aufgaben der Rechtswissenschaft, bei deren Bewältigung sie sich zur Rechtsphilosophie erhebt, mufs endlich und allendlich hinweggeräumt werden: vor allem mufs man doch Sicherheit darüber haben, wo die Zweifelfragen aufzusuchen und welche Mittel zu ihrer Überwindung vorhanden sind, bevor man für das Wie der Lösung die Zustimmung der strengen Juristen, auf deren Beifall es hier jedenfalls in erster Linie ankommt, erhoffen kann. Es mufs m. e. W. das Unkraut Naturrecht, in welcher Form und Verhüllung es auch auftreten möge, offen oder verschämt, ausgerottet werden, schonungslos, mit Stumpf und Stiel. Mögen die Leute sich unter Recht denken, was sie wollen, und an ein Recht glauben, so hoch und himmlisch als sie es sich irgend vorstellen können. Aber von allem, was sich Jurisprudenz, Rechtslehre, Rechtsphilosophie nennt und auf Wissenschaftlichkeit Anspruch erhebt, ist jeder Gedanke daran, dafs etwas Recht sein könnte ohne positives Recht zu sein und das Recht betreffen könnte ohne im wirklichen Recht Bestätigung zu finden, auf das entschiedenste fernzuhalten. [15]

[14] A. Merkel in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. I (1881) S. 556. Ähnlich R. Loening das. III (1883) S. 372.

[15] Meines Erachtens hat überhaupt keine „wissenschaftliche Überzeugung“ den Anspruch „geschont“ zu werden, am wenigsten, wenn sie gefährliche Irrtümer einschliefst. Wenn Birkmeyer in der Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgeb. u. Rechtswiss. XXXI (N. F. XII) 1889 S. 557 ein

Dies ist das oberste Gesetz der juristischen Methodologie. Wie wird es gehalten?

Nur wer sich hinsichtlich seiner juristischen Erkenntnistheorie so sicher fühlt, dafs er behaupten darf, er werde nie die geringste naturrechtliche Anwandlung haben, nie dem Gedanken an ein rechtswissenschaftlich bedeutsames Recht, das nicht positives Recht ist oder war, Raum geben, der mag jede andere als eine litterarhistorische Behandlung des Naturrechts für unnütz erachten. Er bedarf nicht der Reinigung seiner Vorstellungen und möge sich die harmlose Gewifsheit in Dingen bewahren, die Andern viel Kopfzerbrechens bereiten. Vielleicht macht ihn aber, wenn er in den (S. 112) erwähnten Äufserungen unserer bücherkundigen Fachgenossen nichts als den Ausdruck blasser Gespensterfurcht erblicken möchte, doch die Aufzeigung der mannig-

derartiges Verlangen stellt, so trifft dasselbe in diesem Falle zusammen mit der Forderung, bei der Verbreitung naturrechtlicher Ansichten nicht durch Gegner derselben gestört zu werden (vgl. auch § 10 Note [30]). Über die Berechtigung dieser Forderung wird sich schwerlich eine Diskussion erheben lassen. Gegenüber der Kritik — die man hoffentlich nicht auf eine Stufe mit der Polizei stellen wird! — sind alle Gedanken vogelfrei, und der „Terrorismus sondergleichen“ seitens der Positivisten, über den Birkmeyer sich beklagt, bestand bei genauerer Betrachtung bisher nur in einem passiven Widerstande derselben gegenüber den Anmafsungen der phrasenreichen Naturrechtlerei. Man huldigt eben auch heute noch naturrechtlicher Denkweise in grofsem Mafsstabe und weiten Kreisen, liebäugelt wenigstens mit einem „höheren“ Recht oder mit einer erhabenen „Rechtsidee“, die mancherlei Folgerungen ergeben soll. Ja man thut sich nicht selten noch etwas darauf zugute und belegt mit bösgemeinten Namen — moderner Sophist, Materialist sind nicht die schlimmsten — einen jeden, der sich jenem schönen Wahn abgeneigt zeigt (vgl. z. B. den allerneuesten kräftigen Erguls wider die Leugner des Naturrechts von einem Rechtsanwalt B. Schilling, Aphorismen zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches u. s. w., Köln 1888 S. 20; mehr durch Quantität der Invectiven ragt aus früherer Zeit hervor v. Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts, I § XXI ff., 2. Aufl. Stuttgart 1847 S. 72 ff., und Art. Naturrecht im Staatslexikon Bd. X (3. Aufl. Leipzig 1864 S. 417 ff.). Dergleichen ist Männern der Wissenschaft, schriftstellernden wie lehrenden, als schwere Schuld zuzurechnen, der gegenüber Achtung oder Schonung einer „Überzeugung“, die nichts Sittliches, nichts Religiöses enthält, am unrechten Platze wäre.

faltigen Masken, in welchen der Gedanke von einem solchen Recht noch heute umgeht, stutzig; vielleicht wird sein Selbstvertrauen ein wenig erschüttert durch das Bekenntnis eines hervorragenden, nie des Hinneigens zum Naturrecht geziehenen Juristen der Gegenwart, der vor wenigen Jahren so freimütig schrieb: „Vor allem liegt uns Allen immer noch Einiges von der alten naturrechtlichen Doktrin, von dem Aberglauben ans absolute Recht in den Gliedern. Ihr grofser Gegner, angeblich Besieger, Savigny, steckt selber noch in ihrem Bann bis ans Herz hinan. Die Späteren sind teils mehr, teils weniger Naturrechtler als Savigny; gänzlich frei ist wohl noch keiner. Ich selber habe dawider geschrieben; wundert mich, dafs keiner der von mir Angegriffenen den Spies umgedreht und bei mir Verirrungen derselben Art nachgewiesen hat. Noch jetzt ertappe ich mich nicht ganz selten auf Gedankenreihen, denen jeglicher Boden fehlt, sobald man die Negation jener naturrechtlichen Anschauungen streng durchführt. Das ist die Macht der Tradition, der sich niemand gänzlich und plötzlich zu entwinden vermag.“[16] Schon dieses Selbstbekenntnis, mehr noch die darin eingeschlossene Hindeutung auf die Historische Schule sollte jeden aus seiner selbstgewissen Ruhe schrecken. Und wie, wenn man nachweisen könnte, dafs in der That Haupt und Glieder der Geschichtlichen Juristenschule, der Todfeindin des Naturrechts! selber hinsichtlich der Methode sich mitunter ebenso ungebunden wie jenes benommen und auch ihre Rechtstheorie zum Teil unter dem Banne der naturrechtlichen Tradition geschaffen haben?[17]

[16] E. I. Bekker in d. Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, VI (1885) Rom. Abt. S. 87. Eine recht bedenkliche Stelle finde ich allerdings in Bekkers Aktionen des röm. Privatrechts, II Berlin 1873 S. 265 ff. Vgl. zu desselben Pandekten auch R. Leonhard im Centralblatt f. Rechtswiss. (1890) S. 195 ff.

[17] Vgl. unten den III. Abschnitt. — Das deutsche Reichsgericht sagt in einem Urteil vom 10. Juli 1886 (Entscheidungen in Civilsachen, XVIII 1887 Nr. 4 S. 18; es handelt sich um eine Rechtsverletzung durch Änderung des Titelblattes einer Liedersammlung), der Autor habe auf Geltung und Wirkung des individuellen Charakters seiner Geistesarbeit in

Wie, wenn sich selbst noch im „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich“ vom Jahre 1888 ein, allerdings ganz kleiner Flecken fände, der sich kaum anders denn als eine flüchtige Spur jener Vorstellungsweise erklären läfst?[18] Was ist eigentlich Naturrecht?

Es gibt eben gar viele Schattierungen der einen aprioristischen Rechtskonstruktion, und sich in betreff eines Dinges, welches wie das Recht doch in hohem Mafse Empfin-

Bezug auf das Ganze wie auf Einzelheiten ein natürliches Recht. In diesen Worten findet Stammler, Über die Methode der Geschichtlichen Rechtstheorie, S. 44 einen Beleg für die Beobachtung, dafs der Richter in den Gründen seines Erkenntnisses nicht nur die Richtigkeit seines Spruches nach geltendem Recht zu erweisen, sondern auch eine Rechtfertigung des letzteren wenigstens durchschimmern zu lassen versucht sei, und meint, in dem angeführten Passus habe das Reichsgericht dieser Absicht einen „scharfen Ausdruck in einem der nur geschichtlichen Auffassung feindlichen Sinne gegeben.“ Wenngleich ich nun die Richtigkeit jener Beobachtung im allgemeinen zugeben will, so doch nicht für den vorliegenden Fall. Allerdings wird auch ein Kollegium von Berufsrichtern gelegentlich der Versuchung folgen, die materielle Güte seiner Entscheidung bezw. des mafsgebenden Rechts zu erweisen, aber, sofern geschriebenes Recht zur Anwendung kommt, doch nur dann, wenn der erforderliche Rechtssatz erst mittels einer schwierigen Deduktion abzuleiten ist, wobei freilich alles willkommen ist, was ihn irgendwie stützen mag. Überdies wird das Reichsgericht kaum glauben, durch die Erhebung des erwähnten Rechts zu einem „natürlichen“ irgendetwas, was sonst vielleicht nicht zugestanden werden würde, plausibel zu machen. Um vollends einer Tendenz gegen die „nur geschichtliche“ Rechtsansicht scharfen Ausdruck zu geben, ist „natürlich“ ein viel zu stumpfes Wort; in dem cit. Urteil des Reichsgerichts bedeutet es garnichts.

[18] Die Motive zum Entwurf lehnen jedes Naturrecht sowohl als Hilfsrecht (I S. 16) wie als Quelle einer unvollkommenen oder blofsen Natural-Obligation (II S. 4 u S. 106) ab, und es kommt auch nichts Verdächtiges in der langen Paragraphenreihe vor. Nur beim § 188 („Selbsthilfe mittels Handlungen, welche an sich unerlaubt sind, ist unerlaubt, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt“) mufs man doch fragen, wie „an sich unerlaubte Handlungen“ wohl aussehen mögen. Woher, wenn nicht aus einem objektiven „Recht an sich“, was dasselbe ist wie Naturrecht, soll die Aufklärung darüber, was „an sich unerlaubt“ sei, geholt werden? Da ein besonderer Kodex absoluter Verbote nicht existiert, mufs das Gesetzbuch schon selber definieren, was unerlaubt ist. Dazu ist es da.

dungen der Sympathie oder Antipathie erregt, von aller und jeder Subjektivität freizuhalten, das setzt, aufser dem guten Vorsatz und der strengen Zucht des Denkens, noch so viel Fähigkeit zur schmerzlichen Verleugnung der edelsten menschlichen Regungen voraus, wie sie nur äufserst selten erworben wird. Angeboren ist sie niemals: alle Menschen sind geborene Naturrechtsjuristen.

Immerhin wird es in den Augen der Einen ein ziemlich müfsiges Unternehmen bleiben, auf der Schädelstätte der alten und neuen Naturrechte umherzustöbern und die Todten nochmals hinzurichten. Viele Andere jedoch, die der Idee eines aufser dem positiven daseienden Rechts fest anhängen, werden aus dem entgegengesetzten Grunde, nämlich wegen des unvergänglichen Lebens dieses Rechts, jeden Angriff und Beweis wider dasselbe für schlechthin verlorene Mühe ansehen. Die eine Partei begreift also nicht, was denn da noch viel zu widerlegen sei, die andere nicht, wie man das Unwiderlegbare wegzudisputieren sich unterfangen könne.

Angesichts dieser eigentümlichen Lage und der Wichtigkeit des Gegenstandes für jegliche Art Jurisprudenz scheint mir eine nähere Darlegung und kritische Untersuchung desselben gerechtfertigt. Das Resultat wird uns namentlich auch Sicherheit über die allgemeinen Grenzen des Bereiches, innerhalb dessen die rechtsphilosophischen Aufgaben überhaupt belegen sein können, verschaffen.

§ 2. Der Begriff des Naturrechts.

Um die Fragen, ob es heute noch Anhänger des Naturrechts gebe, wie weit diese Vorstellung verbreitet sei und was es mit ihr für eine Bewandtnis in der Rechtswissenschaft habe, beantworten zu können, habe ich allem zuvor den mit diesem Ausdruck zu verbindenden Sinn klarzustellen. Zu dem Ende werde ich von den möglichen Bedeutungen[1] die

[1] Der Streit um das Wesen des Naturrechts hat schon im Mittelalter unter seinen Anhängern begonnen und niemals aufgehört (vgl. Gierke, Johannes Althusius. Ein Beitrag zur Geschichte des Naturrechts im XVII. Jahrhundert, Breslau 1880 S. 73 Note [44]), und was das Wort alles heifsen kann, sieht man aus der überraschenden Menge der bei K. Chr. Fr. Krause, System der Rechtsphilosophie, herausg. von Roeder, Leipzig 1874 S. 104 ff. aufgezählten Bedeutungen. Vgl. auch Duke of Argyll, The reign of law, 5. ed. London 1868 Chap. II. Nach Blu(h)me, Encyklopädie der in Deutschland geltenden Rechte, I 3. Aufl. Bonn 1863 S. 20 hat es mindestens fünf Bedeutungen. Auf den Sinn, den Stammler dem Wort beilegt, kann ich erst weiter unten (Note [15]) eingehen.

hier nicht weiter interessierenden beseitigen und die übrigbleibende wesentliche definieren.

Dafs auch in diesem Sinne noch der Namen eher ein Kollektivum, denn einen geschlossenen Begriff bezeichnet, gebe ich gern zu. Da sich jedoch für die hier gemeinten Vorstellungen, die ich allesamt als Varianten einer und derselben Grundvorstellung auffasse, schwerlich ein anderer Sammelnamen, der nicht noch mifsverständlicher wäre[2], auffinden läfst, so werde ich den üblichen Ausdruck „natürliches Recht“ oder „Naturrecht“ wählen dürfen. Ist er doch die älteste und zugleich farbloseste unter den vielen Bezeichnungen für nahverwandte Gedankendinge. Auf den Namen kommt es mir also ganz und garnicht an.[3] Vieles ist Natur-

[2] Gegen die Wahl der zuerst von Savigny in d. Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswiss. I (1815) S. 1 ff. (in den Vermischten Schriften, I Berlin 1850 S. 107 ff.) und dann von vielen Andern gebrauchten Bezeichnung „ungeschichtliche Ansicht des Rechts“ spricht vor allem ihre Schwerfälligkeit, deretwegen sie auch nicht durchgedrungen ist, sodann aber auch, dafs durch sie bei der Erörterung der „ungeschichtlichen“ Elemente in der Theorie der „geschichtlichen“ Juristenschule selbst leicht arge Mifsverständnisse veranlafst werden könnten, während der Name „Naturrecht“, nachdem er genügend erläutert worden, dergleichen Befürchtungen nicht aufkommen läfst.

[3] Wie gleichgiltig die Namen in dieser Hinsicht sind, lehrt schon die auffällige Thatsache, dafs man sich gegen Ende des XVIII. Jahrhunderts gewöhnen konnte, Vernunftrecht und Naturrecht als gänzlich gleichbedeutende Ausdrücke zu benutzen, mithin das Rationelle und also Reflektierte ebenso zu benennen, wie das doch gewissermafsen gegensätzliche Unreflektierte und Natürliche. Vgl. indessen S. 125 Note [5] a. E. Wenn manche Schriftsteller (vgl. § 10 Note [23] ff.) eine Menge verschiedene Ausdrücke häufen, zum Teil um das ominöse Wort Naturrecht zu vermeiden, und schliefslich doch

recht, ob es sich gleich auf das heftigste dawider sträuben möge, also benannt zu werden. Dagegen dürfte der umgekehrte Fall, dafs sich Etwas Naturrecht nennt und es doch nicht ist, sich gegenwärtig selten ereignen.[4]

a. Unter Naturrecht wird mancherlei verstanden, was hier nicht untersucht werden soll. Bevor ich den Sinn, den das Wort in den nachfolgenden Auseinandersetzungen hat, näher angebe, werde ich daher eine Ausscheidung der hier nicht weiter in Betracht kommenden Bedeutungen vornehmen.

Als „natürliches Recht" bezeichnet man häufig dasjenige Recht, welches nicht mit Reflexion, sondern auf naive Weise gebildet, daher regelmäfsig nicht auf gesetzgeberischem Wege erzeugt wird, sondern meist durch Herkommen als selbstverständliche Handlungsnorm in primitiven Lebensverhältnissen „gleichsam von selbst" entsteht. Den Gegensatz dazu würde das reflektierte, von rationalen Elementen durchsetzte Recht höherer Formen, gelegentlich auch ein gekünsteltes Recht bei civilisierten Völkern bilden.[5] Dieses natürliche oder

nichts Anderes damit sagen, als dieses alte Wort allein schon besagt, so beweisen auch sie damit die Gleichgiltigkeit der beliebig vertauschbaren Namen bei Einerleiheit der Sache.

[4] Früher, seit dem Beginn der Opposition gegen das Naturrecht, hiefs Naturrecht allerdings häufig auch soviel wie Naturlehre des Rechts oder Rechtsphilosophie, so bei Hugo, Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, Berlin 1797, 4. Aufl. 1819; Falck, Juristische Encyklopädie, (1820) 5. Aufl. v. Jhering, Leipzig 1851 S. 78 ff., u. A. Vgl. auch Warnkönig, Rechtsphilosophie, Freiburg i. Br. 1839 S. 5 ff. Aus neuester Zeit wäre noch zu nennen Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, (1860) 2. Aufl. Leipzig 1868, ein Werk, das weder Naturrecht, noch, da es jede Lehre von den Rechtsquellen und Rechtsbildungsformen sowie jede Definition eines juristischen Grundbegriffes vermeidet, Rechtsphilosophie ist und überhaupt nur einen Wert wegen einiger einzelner Gedanken, nicht als System besitzt (vgl. auch oben S. 91). — Über die Vermischung von Naturrecht und Rechtsphilosophie vgl. S. 125 ff.

[5] Von diesem Gegensatz — der beiläufig entschieden schief ist, denn warum sind die komplizierten Rechtszustände der entwickelten Nationen nicht für ebenso natürlich zu halten, wie die verhältnismäfsig einfachen der rohen Völkerschaften? „Natürlich" ist ein sehr unbestimmter Begriff! —

nicht unnatürliche, weil volkstümliche Recht ist jedoch durchweg positives Recht und hat folglich mit meinem Naturrecht nichts als den Namen gemein.

Eine peinliche Unklarheit wird, zur Verzweiflung der Theoretiker und gröfsten Schädigung der Rechtsphilosophie, dadurch erzeugt, dafs man seit hundert Jahren oft schon

macht bekanntlich die ethnologische oder sog. vergleichende Jurisprudenz vielfachen Gebrauch. Auch in den Werken Maines (vgl. oben S. 16 Note **) spielt das *natural law* in diesem Sinne eine gewisse Rolle. Von einem natürlichen Recht in einem unbestimmten Sinne spricht neuerdings noch an zahlreichen Stellen seines gedankenreichen Buches F. Tönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft, Leipzig 1888, z. B. S. 23, 237—247, 254, 278, ebenso von einem undefinierten Naturrecht S. 60, 71, 235 ff., bes. aber im III. Buch „Proömien des Naturrechts" S. 197 ff. Allerdings ist ihm zuzugestehen, dafs er, wenn er diese Wörter nicht benutzen dürfte, sich in der gröfsten Verlegenheit um passende Ausdrücke für seine Gedanken befände, z. B. S. 235 ff. Mit wünschenswerter Deutlichkeit tritt der erwähnte Gegensatz hervor bei Austin, Jurisprudence, Lect. XXXII (4. ed. II p. 585); die Konsequenzen aber, die sich daraus von selbst ergeben, weisen auf die gänzliche Verwerflichkeit jener Unterscheidung hin. Über das rationale Element im Recht vortrefflich Derselbe in Outline p. 66 u. Lect. IV u. VI (4. ed. I p. 159 u. p. 293 Note). — Eine bedenkliche Verwirrung richtet die unklare Gegenüberstellung des natürlichen und des reflektierten oder künstlichen Rechts in den Kontroversen über das Gewohnheitsrecht an. Es wird eben nicht selten übersehen, 1) dafs das Gewohnheitsrecht primitiver Zustände, wenn es ein Recht sein soll, genau denselben Anforderungen entsprechen mufs, wie das Gewohnheitsrecht höherer Kulturstufen (vgl. auch oben S. 72 ff., 84), und 2) dafs das „natürliche" Recht einfacher Gesellschaftsverhältnisse so wenig ausschliefslich Gewohnheitsrecht ist, wie das weniger (?) „natürliche" Recht entwickelter Gemeinschaften ausschliefslich Gesetzesrecht. Aber freilich, dieser und ähnliche unzutreffende Gegensätze sind seit den Zeiten der Socialitätsphilosophen, die von einem vorstaatlichen „Naturstande" ausgingen, in der verschiedensten Weise ausgedeutet worden. Für die wesentlich rechtspolitische, nicht rechtswissenschaftliche Tendenz des späteren Naturrechts (vgl. unten § 5 sub a) ist es bezeichnend, dafs dasselbe kein Gewohnheitsrecht und überhaupt kein unreflektiertes oder „natürliches" positives Recht in dem obigen Sinne kennt, vielmehr alles Recht entstehen läfst aus der Absicht der bewufster Weise auf Rechtsetzung ausgehenden Menschen. Daher die umfassende Bedeutung des Vertrages sowie des Gesetzesrechts bei ihnen und die Vertauschung des Titels Naturrecht mit dem treffenderen Vernunftrecht. Naturrecht, das kein natürliches Recht kennt — es wäre zu merkwürdig!

im Titel der Bücher Naturrecht und Rechtsphilosophie als Synonyma behandelt und allen Einwendungen zum Trotz immerfort von Naturrecht oder Rechtsphilosophie spricht. Dieses so unlogische „Oder“ verhindert mit die Befreiung der Philosophie des positiven Rechts aus der unheilvollen Umklammerung durch das Naturrecht. Allerdings enthalten die Werke selbst der revolutionärsten Naturrechtler beides, Naturrecht und Rechtsphilosophie, durcheinander. Wer jemals versucht hätte, ein wirklich ganz „reines“ Naturrecht, d. h. ein Rechtssystem aus lauter solchen Normen aufzustellen, von denen keine einzige in Vergangenheit oder Gegenwart irgendwo auch positives Recht gewesen, der wäre durch eine derartige Reinheit der Imagination zu einem so ungeheuerlichen System geführt worden, dafs niemand demselben die geringste Beachtung geschenkt hätte. Gerade die innige und undurchdringliche Amalgamierung von erfundenem Recht und Philosophie des wirklichen Rechts ist es, was den Naturrechtssystemen ihren gleifsenden Schein gibt und Verehrer gewinnt. Es ist ein gar bequemes Auskunftsmittel für ihre Verfasser, in die Enge getrieben, möglichst stark ihre „Rechtsphilosophie“ — und einiges davon ist ja in den meisten dieser Schriften, selbst in denen, die sich „reines“ Vernunftrecht nennen — zu betonen und unter dem Deckmantel derselben das bedrohte „Naturrecht“ zu retten. Die Gegner aber, selbst durch die, mittels einer über alle Mafsen verwaschenen Terminologie (vgl. S. 37 ff.) begünstigte Verquickung von Naturrecht und philosophischer Rechtslehre in Verwirrung gesetzt, geben schliefslich alle Hoffnung, die Philosophie des Rechts von dem durch Philosophen konstruierten Recht, die echte Rechtsphilosophie von der verfälschten zu scheiden, auf. Sie acceptieren also jenes „Oder“ als vollgiltig und werfen nun Naturrecht und Rechtsphilosophie zu den Phantasiegebilden, mit denen sich ein Mann der ernsten Wissenschaft nicht zu befassen habe.[6] Dabei

[6] Die Verwechslung der Rechtsphilosophie mit dem Naturrecht, an welchen letzteren Namen sich die Erinnerung an gewisse radikale Theorien der Vergangenheit oder die Befürchtung der Propagation neuer knüpfen mochte, ist es wohl auch gewesen, was die Streichung der Rechtsphilosophie aus den Vorlesungen an den Universitäten Österreichs (vgl. Unger, System d. österreichischen allg. Privatrechts, Bd. I, 4. Aufl. Leipzig 1876 S. 643 ff. und Ahrens, Naturrecht oder Rechtsphilosophie, 6. Aufl. I Wien 1870, Vorrede S. IX) und Rufslands (vgl. Die Reform der russ. Universitäten nach dem Gesetz v. 23. Aug. 1884, Leipzig 1886 S. 226 ff., 235 ff., 240 ff.) bewirkt hat.

geschieht der Rechtsphilosophie gewifs schweres Unrecht. Denn sie ist eben nur eine besondere Betrachtungsweise des nämlichen positiven Rechts, von dem die einzelnen Zweige der Rechtswissenschaft handeln, und sollte nie der mit einem andersartigen Recht operierenden Naturrechtsdoktrin gleichgesetzt werden.

Allerdings steckt auch in den neueren und neuesten juristischen Schriften theoretisierenden und philosophierenden Inhaltes, wenngleich sie die verdächtigsten Ausdrücke der naturrechtlichen Schulen sorgsam vermeiden mögen, noch Vieles, was sich ohne eine gewisse latente Abhängigkeit von jenen oder ähnliche spekulierende Methoden nicht erklären läfst. Ihre Verfasser haben es also zum Teil sich selbst zuzuschreiben, wenn man auch den Rest, samt den etwaigen rechtsphilosophischen Elementen, mit Mifstrauen betrachtet. Dagegen war und ist wiederum in der sich offen als naturrechtliche ankündigenden Litteratur so Manches enthalten, was durchaus nicht mit der Naturrechtsidee als solcher hinfällt, weil es eben wirkliche Philosophie des Rechts ist. Man vergesse doch nicht, dafs ein grofser Teil der in den Werken, welche Naturrecht im Titel führen, enthaltenen Deduktionen auf nichts Anderes als eine Erklärung des wirklichen Rechts hinausläuft und, wenn diese auch noch so wenig befriedigend sein sollte, doch ganz unabhängig von der Giltigkeit oder Ungiltigkeit des aufserdem vorgetragenen Naturrechts dasteht. Es ist eben nicht alles Naturrecht, sondern viel Naturlehre des Rechts dabei.[7] Sofern die Naturrechts-

[7] Im allgemeinen werden heutzutage, scheint mir, die Leistungen der alten Rechtsphilosophen bedeutend unterschätzt. Wahrscheinlich weil man sie, von der unerträglichen Methode — man denke z. B. nur an

schriftsteller des XVII. Jahrhunderts sich abmühen, aus einem einzelnen Triebe des Menschen, es sei nun Geselligkeit, Furcht, Friedensbedürfnis u. dgl. m., das Recht zu erklären, treiben sie Rechtsphilosophie. Wenn Kant aus der Idee der Freiheit und der Coexistenz der Individuen die Notwendigkeit der Rechtsordnung ableitet, so ist dies für sich allein noch nicht Vernunftrecht. Wenn endlich Hegel Recht und Staat als Selbstverwirklichung der sittlichen Idee zu fassen sucht, so möge er damit wohl beides nicht genügend erklärt haben, aber von aprioristischer Rechtskonstruktion ist hieran noch nichts zu finden. Sonst wäre eben alles Philosophieren über das Recht auch gleich eitel Naturrechtlerei. Bekanntlich gelangte jedoch jene ältere Naturrechtsschule (vom Reformationszeitalter bis auf Chr. Wolf) im grofsen und ganzen zu einer Rechtfertigung des gelten-

das neunbändige Naturrecht nach sog. mathematischer Methode Chr. Wolfs! — und dem unaufhörlichen Vernunftgetröpfel angewidert, wenig liest. Es lebt aber doch viel Gedankenarbeit in nicht wenigen dieser Werke, viel ernstes Ringen um hohe Dinge. Das zeigt kaum ein neueres historisches Werk so gut wie Gierkes Johannes Althusius (vgl. oben S. 122 Note [1]). Wir haben allerdings viele hohle Begriffe und scholastische Kategorien, überhaupt viel unbrauchbares Zeug von den naturrechtlichen Schulen geerbt. Anerkennen müssen wir jedoch an ihnen den heifsen Drang nach Erkenntnis und namentlich nicht vergessen, dafs sie zuerst zahllose Probleme aufgedeckt, wenn auch nicht gelöst haben. Und wie viele derselben hat denn unsere Zeit schon gelöst? Mich dünkt, die Geschichte der Rechtsphilosophie befafste sich bisher immer noch zuviel mit der Geschichte der Irrtümer, die freilich mit dazu gehören; aber man könnte daraus mehr eine Geschichte aller der Ideen, an denen etwas Wahres ist, machen. Allerdings müfste man alsdann aufhören, die hervorragenden Autoren zu isolieren und ihnen excerptenfrohe Charakteristiken zu widmen. Statt dessen wären vielmehr die wahrhaft rechtsphilosophischen Gedanken derselben erst aus der entstellenden Verbindung mit naturrechtlichen Elementen zu lösen und dann so aneinanderzureihen, dafs die historische Entwicklung der Ansichten vom Recht und der Einsicht in sein Wesen klar hervortritt. Eine Geschichte der Rechtsphilosophie, in dieser Weise geschrieben, wenn die leidige Naturrechtlerei mit allen Nachwehen erst als überwunden angesehen und übergangen werden kann, würde wahrscheinlich einen ganz andern Eindruck von dem Entwicklungsgang der philosophischen Erkenntnis des Rechts hinterlassen, als die bisherige Litteratur.

den, insbesondere des römischen Rechts, dessen Kategorien sie auch über das Privatrecht hinaus fruchtbar zu machen suchten. Kant und in der Folge die sich ihm anschliefsende konstitutionell-liberale Schule fanden ihre staatsrechtlichen Postulate (Rechtsstaat, Repräsentation u. s. w.) gleichfalls nicht frei aus der „Vernunft“ ohne jede Anregung durch geltende Rechtssysteme, sondern nahmen sie aus England oder Frankreich oder anderswoher. Es war dies also Naturrecht nicht für die Länder, wo jene Grundsätze bereits galten, wohl aber für jedes andere. Und was Hegel betrifft, so läuft seine Lehre vom wahrhaft sittlichen Staat schliefslich auf eine Idealisierung des protestantischen Staates Preufsen hinaus: er hat sich eben in die wirkliche Welt und zwar die allernächste, die ihn umgab, versetzt, diese angeschaut und hinterher erst seine dialektischen Formeln darnach eingerichtet. Allesamt befanden sie sich, wie auch nicht anders möglich, in den Banden der Geschichte und geschichtlich entstandenen Rechts- und Staatsordnungen, mithin in der Relativität aller Dinge, während sie sich zum Absoluten zu erheben vermeinten. Dem Anscheine nach verfahren sie allerdings durchaus deduktiv, entwickeln sie das, was sie für Recht halten, aus einem „Prinzip“. Thatsächlich jedoch sind sie umgekehrt zu dem Prinzip erst aus positiven Rechtssätzen und -Instituten, freilich nach willkürlicher Auswahl, gelangt. Dafs von ihren Betrachtungen rein garnichts für die Philosophie des positiven Rechts abgefallen sein sollte, ist unter diesen Umständen doch nicht wohl denkbar. Damit alle ihre Prinzipien und Postulate, der gesamte Inhalt ihrer Systeme zu Naturrecht, Vernunftrecht u. dgl. werde, müssen sie selbst ihn erst noch unter einen bestimmten Gesichtswinkel rücken: erst wenn und soweit jene Denker das, was sie als Konsequenz ihrer Ideen fordern, als Recht für hier oder dort oder überall bezeichnen, trotzdem es juristisch nicht Recht ist, und des widersprechenden Rechtes Rechtsqualität bemängeln, trotzdem es juristisch Recht ist — erst dann und nur soweit fallen sie aus der Rechtswissenschaft in die freie Rechtskonstruktion, aus der Rechtsphilosophie in das Naturrecht.

Genau so steht es noch heute. Rechtsphilosophie und Naturrecht werden nicht bloſs miteinander verwechselt, sondern auch in dem einzelnen litterarischen Produkt durcheinander gemischt. An der einen Stelle sucht der Autor etwa die Natur des Rechts u. s. w. klarzulegen: das ist Rechtsphilosophie und soll es auch, wenigstens hinsichtlich derjenigen Partien des positiven Rechts, die seine Billigung haben, nach der Absicht des Verfassers sein. An andern Stellen dagegen negiert er direkt oder indirekt die volle Rechtsnatur des übrigen, ihm miſsfallenden Rechts, wobei er den Anspruch erhebt, daſs das richtige Recht aus der von ihm selbst mehr oder weniger deutlich bezeichneten Quelle zu entnehmen sei: das ist, wie vorsichtig er auch den fatalen Ausdruck umgehen möge, Naturrecht.[8]

Die Litteratur weist nur zu viele Beispiele dafür auf, in wie kunstfertiger Weise diese Vermischung oft betrieben wird. Für mich aber folgt aus der leidigen Gepflogenheit, Rechtsphilosophie und Naturrecht mit einander zu verquicken, die Nötigung, nicht nach den beliebten Schlagwörtern oder gar bloſsen Büchertiteln, sondern nach dem Bücherinhalt zu unterscheiden d. h. aus dem ganzen Gedankeninhalte jedes einzelnen Werkes die etwaigen naturrechtlichen Ingredienzen auszuscheiden.[9]

Das Reagens zu diesen Experimenten besteht in dem Begriff des Naturrechts.

b. Um nunmehr den Begriff des Naturrechts in positiver Weise zu bestimmen, so verstehe ich darunter, im Anschluſs an die eigenen Erklärungen alter und neuer Naturrechtsphilosophen[10], jede Vorstellung von einem Recht,

[8] Vgl. auch weiter unten § 8.

[9] Mit dem Rest, er sei beschaffen wie er wolle, habe ich mich in dieser Abhandlung durchaus nicht zu befassen. Vgl. auch S. 137, Note [12].

[10] Ahrens, Naturrecht § 1, 6. Aufl. I S. 1 z. B. definiert sein Naturrecht als „ein von willkürlichen Satzungen unabhängiges, in einer höheren sittlichen Lebensordnung gegründetes Recht, welches als Maſsstab zur Beurteilung der bestehenden Verhältnisse und Einrichtungen und als Richtschnur für ihre weitere Ausbildung zu dienen bestimmt ist.“ Er bezeichnet es auch als „höheres Recht“, als „Rechtsideal“ (S. 5) u. s. w. Noch entschiedener ist Desselben Betonung der Rechtsnatur des Naturrechts in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 2. Aufl. Leipzig 1873 S. 3, wo er es nennt „ein von menschlichen Satzungen unabhängiges und in denselben nur unvollkommen erscheinendes Recht, welches seinen Grund in einer höheren sittlichen Welt- und Lebensordnung hat und als Richtschnur zur Beurteilung des bestehenden Rechts zu dienen bestimmt ist.“ Über Ahrens' Stellung zur Positivität des Rechts vgl. oben S. 52 Note. — Daſs diese Beziehungen zwischen dem Naturrecht und dem positiven Recht unklar sind und es wegen der Unlogik des ganzen Naturrechtsbegriffes stets sein müssen, wird nachzuweisen sein (III. Absch.). Es ist jedoch möglich, daſs manche Anhänger des Naturrechts mit der von mir zu gebenden Beschreibung seines begrifflichen Gehaltes nicht einverstanden sind. Auf diese bezieht sich natürlich auch nicht meine Kritik. Nur halte ich sie für verpflichtet, ihre Vorstellung davon dann so präcis im einzelnsten zu beschreiben, daſs man sie zu fassen im stande ist. Übrigens kommt es mir weniger auf die seitens der Naturrechtslehrer *ex professo* gegebene Definition, als vielmehr darauf an, welche Anwendung sie von dieser ihrer Idee gegenüber dem positiven Recht machen. Man könnte mir z. B. einwenden, das durch „Natur“ näher bestimmte Wort „Recht“ gebrauche Ahrens bewuſst in Ermangelung eines anderen Ausdruckes in einem uneigentlichen Sinne, nach seiner Definition sei es nur ein kritischer Maſsstab und Fortbildungsgedanke für das positive Recht. Hierauf würde ich erwiedern: wenn Ahrens' Definition wirklich noch Zweifel übrig lassen sollte — nach der Anwendung, die er von seinem Begriff Naturrecht in seinen Schriften macht, hält er selbst es für ein ganz ordentliches, noch dazu „höheres“ Recht (vgl. unten § 9 Note 25).

das von menschlicher Satzung unabhängig ist. Man denkt sich darunter herkömmlicher Weise Rechtssätze oder wenigstens allgemeine Rechtsgrundsätze, die ohne Zusammenhang mit den nächsten Quellen des positiven Rechts dasind, aber doch in Rechtsfragen, namentlich wenn das positive Recht nicht ausreicht oder Miſsachtung verdient, und in Rechtsbildungsfragen, etwa als verbindliche Direktiven für den Gesetzgeber, zur maſsgeblichen Belehrung heranzuziehen sind. Jedenfalls soll das Naturrecht etwas Normatives sein, dem aufser dem positiven und, im Falle des Widerspruches seitens des letzteren, trotz des positiven Rechts eine verpflichtende Bedeutung für Rechtsleben und Rechtsentwicklung gebühre. Wenn es nicht mindestens das sein will, was will es sonst sein?

Ein Naturrecht statuiert also ein jeder, der die Existenz von Rechtsnormen (Rechtsprinzipien, -Dogmen, -Sätzen u. s. w.) behauptet oder stillschweigend voraussetzt, die nicht notwendig dem positiven Recht angehören, vielmehr auch ohne jede Basis in den Quellen dieses Rechts bezw. den letzteren entgegen irgendeine juristisch definierbare Geltung haben sollen.

Die positivrechtlichen Normen haben eben diese ihre Eigenschaft durch einen geschichtlichen Vorgang erhalten, ohne den sie überhaupt nicht hätten geltendes Recht werden können. Sie sind entweder aus einem autoritativen Willen entsprungen oder durch Thaten, jedenfalls durch einen objektiv nachweisbaren Werdegang zu dem geworden, was sie sind. Wer ihrer habhaft werden will, kann dies nicht anders als durch Schlufsfolgerung aus notorischen oder eigens erhärteten sinnenfälligen Thatsachen, welche den Inhalt des Rechtssatzes und den nächsten Grund seiner Verbindlichkeit zu offenbaren geeignet sind. Das Recht ist allerdings nichts sinnlich Wahrnehmbares, es ist ein Gedankending, aber doch immer ein aus den äufsern Thatsachen eines Rechtsbildungsprozesses heraus zu denkendes. Der Naturrechtssatz dagegen ist kein Produkt eines historischen Vorganges; er entstammt keinem Willen, der sich objektiviert hat, keinen Thaten, die rechtbildend in die Erscheinung getreten sind; er ist keine Konklusion aus Thatsachen der Rechtsproduktion: das Naturrecht ist von selbst da, sobald man es zu denken sich nur vorsetzt. Ob man es aus der Vernunft, aus der ethischen Anlage des Menschen, aus der göttlichen Offenbarung u. s. w. schöpft, ist dagegen für das Wesen des Naturrechts völlig unwesentlich.

Statt dieser Reihe Antithesen über Naturrecht und positives Recht hätte schon die blofse scharfe Konstrastierung der Quellentheorie hüben und drüben hingereicht, um den Charakter des Naturrechts mit einem male und doch allseitig zu beleuchten, wäre nicht die Lehre von den Rechtsquellen, einstmals einfach und unbrauchbar, gegenwärtig unsäglich verworren und unbrauchbarer denn je. Mittels ihrer allein,

wenn sie selbst nur einigermafsen klar wäre, müfste sich das Eigenartige des Naturrechts: der prinzipielle Subjektivismus, zur Evidenz bringen lassen. Ja, sie würde nicht blofs das irrlichtelierende Wesen, sondern zugleich auch die wissenschaftliche Unmöglichkeit des Naturrechts aufdecken. Eine exakte Theorie der Rechtsbildung, eine jedes subjektive Gelüste niederzwingende Methodik der Behandlung der Rechtszeugnisse — und mit den naturrechtlichen Abmüssigungen wäre es unter den Juristen ein für allemal zu Ende! Ja, es wäre — — Zur Zeit aber liegt die Sache leider so, dafs man seitens der Quellenlehre nicht nur keinen Dienst in Sachen exakte Jurisprudenz *contra* Naturrecht erwarten darf, sondern vielmehr umgekehrt erst auf Umwegen die juristische Unnatur des „natürlichen Rechts“ und aller seiner Abarten weitläufig demonstrieren mufs, um, wie für manches Andere, auch für eine befriedigende Theorie der Rechtsquellen und -Zeugnisse vor allen Dingen den unkrautüberwucherten Boden zu säubern.

Vorläufig gibt es genug ernst zu nehmende Leute, Juristen, die sich in der Annahme eines Naturrechts durch nichts beirren lassen. Was sie sich darunter denken, ist am besten daraus zu entnehmen, wie sie sein „Verhältnis“ zum positiven sich vor- und Andern darstellen. Darin waltet nun eine grofse Mannigfaltigkeit ob. Bald ist es blofs das vorbildliche Recht, das im positiven ganz oder partieweise schlecht getroffen ist; bald etwas mehr, nämlich eine Instanz, von welcher die Legitimation des positiven Rechts als verbindliche Norm d. h. seine Rechtsqualität abhängt. Ferner wird es auch als ein dem positiven Recht schlechthin feindliches, mit ihm praktisch rivalisierendes Recht aufgefafst, das wegen der Böswilligkeit oder Beschränktheit der Gesetzgeber resp. Richter nicht zu der ihm gebührenden Herrschaft gelangen kann, solange diese von dem mifsgestalteten positiven Recht usurpiert ist: das Naturrecht ist also das wahre, echte und rechte Recht — das positive von alledem das Gegenteil. Endlich soll es auch kurzweg das „höhere“ Recht über dem positiven, welches letztere

blofses Menschenwerk ist, jedenfalls selbst ein Recht sein. Die meisten Naturrechtsfreunde geben sich mit einem einfachen „Verhältnis“ nicht zufrieden, sondern kombinieren mehrere dieser und wohl noch andere Verhältnisse; manche hinwieder quälen sich mit der Verfeinerung des angenommenen Verhältnisses beider Rechte zu einander dermafsen ab, dafs die Art der Relation überhaupt nicht mehr recht zu ersehen ist; und noch andere schliefslich konstatieren einfach, dafs es, man möge sagen was man wolle, ein Naturrecht gebe, welches ein kompletes Recht sei, und lassen sich auf die notwendig sofort erfolgende Frage, wie denn diese beiden Rechte miteinander auskommen, garnicht ein. Das ist jedenfalls das Klügste. Denn sämtliche Antworten müssen gänzlich mifsraten, weil die Problemstellung wegen der Disqualifikation des einen Gliedes des „Verhältnisses“, eben des Naturrechts, an sich gründlichst verfehlt ist. Zwischen einem Fleischundblut-Menschen namens Soundso in X. und dem Marmor-Menschen im Vatikan oder den Uffizien, der einen Halbgott, Sieger von Olympia oder sonstigen prächtigen Helden darstellt, gibt es nun einmal keinerlei Verhältnis. Warum mufs man auch durchaus eine schöne Statue zu einem „höheren“ Menschen machen wollen!

Wer Sätze des positiven Rechts zu gunsten eines gedachten anderen Rechts wegdisputiert; wer die angeblichen Lücken eines positiven Rechtssystems mit Bestandteilen eines irgendwoher abgeleiteten nichtpositiven ausfüllt; wer überhaupt Normen denkt, die Rechtssätze sein sollen und doch nicht dem gerade in Frage stehenden, wenngleich einem anderen Recht angehören[11] — der ist naturrechtsgläubig. Ob

[11] Nach v. Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 2. Aufl. Leipzig 1885 S. 324 ff. ist Folgendes wirklich einstmals geschehen. Ein romanistisches Mitglied einer deutschen Spruchfakultät wies die Autorität des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, dessen dem römischen Recht widerstreitende Bestimmungen in dem Falle zur Anwendung zu bringen waren, einfach mit der Behauptung zurück, dafs das Handelsgesetzbuch gegen die Rechtsvernunft und das römische Recht nichts vermöge. Der Mann war ein Naturrechtler besonderer, aber ehemals, wie es

er solche Postulate systemweise zum Besten gibt, ob er sich nur gelegentlich zu ihnen bekennt, einerlei, wenn er nur da, wo Angelegenheiten des Rechts praktisch oder theoretisch in Frage stehen, mit ihnen wie mit Rechtssätzen irgendwie operiert, so gehört er in die Kategorie der Naturrechtsjuristen.

Für mich hat Naturrecht keinen anderen als den in Vorstehendem entwickelten Sinn. Diese Vorstellungen, deren weite Verbreitung nachzuweisen sein wird, sind die juristisch gefährlichen; diese eben möchte ich aus dem Bereich aller und jeder Jurisprudenz, einschliefslich der Rechtsphilosophie, um das noch besonders zu betonen, vertrieben sehen.

Was Einer sonst noch unter Naturrecht, Vernunftrecht u. s. w. alles verstehen sollte, indem er mit diesen und anderen gleichwertigen Ausdrücken Gegenstände seines eigenen Glaubens bezeichnet oder das Verfahren und den Aberglauben Anderer charakterisiert, kommt hier weiter nicht in Betracht.

Für ein specifisch naturrechtliches Verfahren ist es vor allem nicht zu halten, wenn jemand die zur Rechtsbildung treibenden Kräfte in der „Natur des Menschen“, er möge sich diese denken wie er will, sucht. Wer die Bedürfnisse, Empfindungen, Bestrebungen u. s. w. der menschlichen Gattung gleich als „Quellen“ des Rechts bezeichnet, der verwendet allerdings mifsbräuchlich einen bereits anderweitig vergebenen Terminus; er veranlafst Irrtum und Verwirrung und ist deswegen zu tadeln. Aber suchen darf man doch in der Natur des Menschen, wenn man dieser Abstraktion einen rechtsphilosophischen Wert beilegen zu können meint, nach den entfernteren Gründen und Faktoren der Rechtsbildung. Naturrechtlich und daher unstatthaft wird das Unternehmen resp. die Methode erst dann, wenn man, mit Überspringung jedes konkreten Rechtsbildungsprozesses, direkt aus den etwaigen entdeckten Elementen der Menschennatur verbind-

scheint, weitverbreiteter Art, hätte jedoch wahrscheinlich gegen diese Bezeichnung protestiert.

liche Prinzipien oder konkrete Dogmen des Rechts deduziert. Nicht so sehr wovon er ausgeht, als wohin er gelangt, ist dafür ausschlaggebend, ob jemand Naturrecht in meinem Sinne treibt. Glaubt man z. B., um sich die Entstehung des Rechts zu erklären, einen vorstaatlichen „Naturstand“ oder „Naturzustand“, einerlei welchen Charakters, annehmen zu müssen, so mag das noch so nutzlos sein, naturrechtlich — wenn wir von dem Wortklange absehen — ist daran nichts. Wie man die Lehre vom „Naturstande“ verwerfen und doch ein Naturrechtsphilosoph sein kann, so kann man umgekehrt ein solches Vorstadium aller Rechts- und Gesellschaftsordnung als geschichtliches Faktum oder auch als bloßen Denkbehelf statuieren, ohne deswegen naturrechtlicher Denkweise verfallen zu müssen.

Ebensowenig braucht dies der Fall zu sein, wo man einen allgemeinen Grund dafür, daß das Recht verbindlich d. h. eben Recht ist, aufzustellen unternimmt. Vorausgesetzt natürlich, daß die Ableitung, wenn sie mittels vorgefaßter Begriffe geschieht, nicht auf das Resultat hinausführt, daß durch Anwendung der Erklärungsweise geltendem Recht diese seine Eigenschaft abgesprochen wird oder aber Sätze ohne Rechtsnatur als Recht eingeführt werden. Unter dieser Bedingung darf man die Verbindlichkeit des Rechts auf alle mögliche Gründe zurückzuführen suchen, unter anderem auch auf den stillschweigenden „Vertrag“, den „allgemeinen Willen“, den „Volksgeist“, auf die „Macht des Stärkeren“, die „Anerkennung“, die „Mitwirkung Aller“. Wer hierdurch an gewisse Konstruktionsversuche solcher Rechtsphilosophen erinnert wird, die auf ihre Bücher den Titel Naturrecht schrieben, mag alles, was gegen jene vorgebracht worden, in diesem Falle gleichfalls zutreffend finden und seinerseits verwerten, um die Unzulänglichkeit und Irrtümlichkeit auch dieser Erklärungsversuche zu beweisen. Aber naturrechtlich sind dieselben deswegen allein noch nicht zu nennen.

Überhaupt darf man doch nicht in jeder Fragestellung und Demonstration nach Art der alten Naturrechtsphilosophen auch gleich ein Recidiv in die eigentliche naturrechtliche

Erbsünde vermuten. Eine Konstruktion, die nicht klar im klaren Gesetz wurzelt, ist gleichfalls noch nicht dafür anzusehen. Sie darf den ärgsten Fehlgriff bedeuten und reichlich den Spott verdienen, mit dem man derartige „natürliche“ Konstruktionen gegeiselt hat. Nur wenn die dabei angewendete Methode die Unterschlagung eines positivrechtlichen Satzes oder die Unterschiebung subjektiver Meinungen an die Stelle eines solchen zur Folge hat, liegt mehr als fahrlässiges Fehldenken oder doktrinelle Verranntheit, liegt naturrechtliche Korruption vor. Ein Gleiches gilt, so oft auch in dieser Beziehung bewußt und unbewußt gefrevelt werden möge, hinsichtlich der Bildung von Begriffen und Aufstellung von Definitionen.[12] Mittels der Begriffe strebt

---

[12] Allerdings bedeutet es, seitdem die Naturrechtsschulen und einige ältere gröbere Formen des Naturrechts in Verruf geraten sind, bei vielen Schriftstellern (ich nenne beispielsweise aus allerjüngster Zeit Jellinek, Gesetz und Verordnung, Freiburg i. B. 1887 S. 215 ff. Note [2]; Haenel, Studien zum deutschen Reichsstaatsrecht, II, 2 Berlin 1889, S. 207 ff.; Gumplowicz in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht XVII [1890] S. 186; Binding, Die Normen u. s. w. I, 2. Aufl. S. 60 Note 16, S. 101; Lammasch in d. Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. XXXII (N. F. XIII) 1890 S. 544 ff. u. s. w.) jedesmal ein schlechthin abfälliges Urteil, wenn sie von einem Begriff behaupten, er sei naturrechtlicher Herkunft, oder von einer Doktrin, sie sei ein Überrest des Naturrechts, klänge wenigstens wie Naturrecht u. s. w. Es scheint also wirklich, als lebten wir „in dem seltsamen Zustande, daß es in vielen Kreisen geradezu als *contra bonos mores* für einen Juristen gilt, noch irgendeine, wenn auch nur platonische Verbindung mit dem stark kompromittierten Naturrecht zu unterhalten“ (Zitelmann, Über die Möglichkeit eines Weltrechts, [sep. aus d. Allg. österr. Gerichtsz.] Wien 1888 S. 4). Indessen sind doch nicht alle Begriffe, Konstruktionen und Lehren sämtlicher Juristen und Philosophen, die man als Naturrechtslehrer i. e. S. zu bezeichnen und in mehrere Schulen zu verteilen pflegt, allein schon dadurch, daß sie von jenen aufgebracht worden, als irrtümlich und unwissenschaftlich erwiesen (vgl. auch oben S. 121 ff.). Mit einem tadelnden Beigeschmack dürfte also das Prädikat „naturrechtlich“ nicht gebraucht werden, wenn es nur soviel wie „aus jenen (Naturrechts-)Schulen stammend“ besagt, wohl aber, wenn es, wie ich es hier definiere, sich bezieht auf eine eigenartige unwissenschaftliche Denkweise in juristischen Dingen, die freilich bei den Angehörigen der genannten Schulen in hervorragendem Maße aus-

die Wissenschaft die Unermefslichkeit der juristischen Thatsachen zu bewältigen. Sie wird sich dabei die gröfsten Freiheiten nehmen dürfen und gewifs auch manchen gänzlich unfruchtbaren Begriff formen — nur direkt gegen dasjenige positive Recht, für welches der betreffende Begriff Giltigkeit zu haben beansprucht, darf sie keinen bilden wollen. Eine Definition hinwieder stellt den umgekehrten Denkprozefs wie die Begriffsbildung dar: letztere zieht alle einzelnen Merkmale zum Begriff zusammen, die Definition dagegen legt den Begriff in seine sämtlichen Merkmale auseinander. Daher wird eine Definition, sie sei noch so mangelhaft, nur in dem Falle mit Grund eine naturrechtliche genannt werden dürfen, wenn sie bei der Einschmuggelung rechtsfremder Dinge in das positive Recht mithilft. Hierzu mufs sie allerdings vielfach herhalten.

Wie mit Konstruktion und Begriffsbildung, so steht es auch hinsichtlich des Generalisierens, der analogen Ausdehnung und überhaupt aller Auslegung und Umformung der Aussagen, welche die Zeugnisse über das Recht machen. Gewifs werden bei diesen Operationen in zahllosen Fällen Seitensprünge in ein Naturrecht ausgeführt und bei der unwiderstehlichen Neigung der Meisten, das geltende Recht nach dem eigenen Besserwissen zu veredeln, immer wieder ausgeführt werden. Aber der Vorwurf der Naturrechtlerei wird da auch nicht selten ganz grundlos erhoben. In lehrhaften Auseinandersetzungen ist das Generalisieren nicht zu vermeiden und der Gebrauch abgekürzter Redeformen ist auch aufserdem statthaft. Wenn man z. B. die Prinzipien des heutigen Strafprozesses, das Wesen des Budgetgesetzes nach modernem Recht u. s. w. erörtert, braucht man, wo kein Irrtum in dieser Hinsicht bei dem Leser zu befürchten

gebildet erscheint. Makulierend ist es also für Begriffe, Konstruktionen u. s. w. nicht, wenn sie irgendwelche Berührungspunkte mit den entsprechenden Lehren der Autoren aus der Glanzperiode des Naturrechts zeigen, sondern nur, wenn die Berührungen specifisch naturrechtliche Elemente betreffen. Das Brauchbare darf eben jede Wissenschaft nehmen, wo sie es findet, auch von Scholastikern und zünftigen Naturrechtslehrern.

ist, nicht gleich bei jedem Satze die vorausgesetzten geographischen Beschränkungen anzuführen; die Behauptung, dafs Darlehen so und so bezahlt werden müssen, ist deswegen noch kein Naturrecht, weil kein Paragraph eines Gesetzes über Schuldverhältnisse dazu citiert worden u. s. w.

Eine nicht seltene Erscheinung ist es ferner, dafs zwei Juristen sich gegenseitig naturrechtliche Neigungen vorwerfen, weil sie aus den nämlichen Quellen ganz verschiedene Gesamteindrücke vom Recht entnehmen. Jeder glaubt dann leicht vom Andern, er müsse willkürlich aus eigener Erfindung etwas hinzugesetzt haben, während sich doch selbst die gegensätzlichsten Auslegungen oft aus dem Umfang und der verwickelten Natur des Objektes erklären liefsen.[18] Bei schwierigen Analogieschlüssen zumal kann man die angewendete Methode nicht selten vorschnell verdächtigt sehen. Allerdings werden da axiomartige Prämissen, Lehnsätze aus anderen Wissenschaften, praktische Lebensregeln und eigene Einsichten mannigfacher Art eingeführt werden müssen. Aufserdem ist ein gewisses juristisches Gemeingefühl, wenn man will: der juristische Takt, hier lebhaft mitbeteiligt. Fehlt es in dieser Hinsicht, so ist die Gefahr, über die äufsersten Grenzen des positiven Rechts hinüber in naturrechtliche Sphären zu geraten, sehr grofs. Ob man ihr aber erlegen ist, dafür ist nicht das Endergebnis des Syllogismus, welches trotz allem sogar gebilligt werden mag, sondern die verkehrte Methode mafsgebend. „Die wissenschaftliche Verirrung liegt nicht in den unrichtigen Resultaten, sondern in der unrichtigen Methode.“[14] Eine solche liegt aber jedenfalls dann vor und kennzeichnet das Verfahren als naturrechtliches, wenn die zur Auslegung herangezogenen Hilfssätze so behandelt werden, als seien sie selbst Rechtsprinzipien resp. Rechtssätze, während ihr Inhalt nur aus sittlichen oder politischen Überzeugungen, Ansichten über Motive und Zwecke menschlicher Einrichtungen, Erfahrung in betreff

[18] Vgl. auch R. Leonhard in der Zeitschr. f. deutschen Civilprozefs, XI (1887) S. 132.

[14] H. Brunner in der Jenaer Litteraturzeitung, 1876 Nr. 32 S. 501.

der Wirkungsweise dieser oder jener Maſsregel u. s. w. besteht. Trägt man sein subjektives Wähnen so vor als sei es Bestandteil des objektiv verbindlichen Rechts, behandelt man „Vernunft“, „Menschenwürde“, „Gemeinwohl“, „Bedürfnis des Verkehrs“ und Gott weiſs was alles als unmittelbare „Quellen“ giltiger Rechtssätze — dann irrt man nicht mehr einfach, was menschlich und verzeihlich ist, sondern begeht eine Verirrung nach naturrechtlicher Methode, wofür es unter wissenschaftlichen Juristen keine Nachsicht geben sollte.

Endlich wäre zu bemerken, daſs der naturrechtlichen Ketzerei selbstverständlich nicht so ohne weiteres ein jeder schuldig ist, der, mit dem positiven Recht irgendeines Rechtskreises unzufrieden, dasselbe kritisiert. Und wer unberufen seine Ansichten über die nach Inhalt oder Umfang zu erstrebenden Änderungen des Rechts vorträgt, möge sich dadurch nach Herzenslust kompromittieren, ist aber deswegen noch kein Vertreter eines Naturrechts. Wohl aber sind dies beide, der Kritiker wie der Reformator, wenn sie den Maſsstab der Kritik für das eigentlich geltende Recht unterschieben resp. das zu erhoffende für ein bereits wirksames und anzuwendendes Recht ausgeben, ja wenn sie auch nur im allergeringsten prätendieren, das, was nach ihrer Meinung besseres Recht wäre, weil es mit irgendeiner für sie maſsgebenden „Idee“ oder dergl. übereinstimmt, legitimiere sich hierdurch bereits zur Konkurrenz mit dem noch giltigen, aber von ihnen verworfenen Recht.

Dem Wesen nach naturrechtlich ist, um das Ergebnis dieser ausführlichen Beschreibung zusammenzufassen, jede Vorstellung von einem Recht, das nicht mit dem positiven Satz für Satz, Institut für Institut — meinetwegen „Idee“ für „Idee“ — identisch sein, trotzdem aber den Anspruch haben soll, etwas für das Rechtsleben in näherer oder entfernterer Weise Maſsgebendes und zwar gerade nach Art des Rechts Maſsgebendes zu bedeuten. Naturrecht treibt mithin, wer eine solche Idee von einem Recht, das kein Produkt eines aus äuſseren Thatsachen erkennbaren, also geschichtlichen Bildungsprozesses innerhalb des Rechtskreises, für den es gelten soll, sondern seines eigenen Bewuſstseins, Nachsinnens oder Wunsches ist, hegt und seine Ansichten über Umfang und Inhalt der im Leben für die Individuen, die Obrigkeit, den Staat selbst rechtsverbindlichen Normen dadurch beeinflussen läſst. Ob er diese seine Rechtsvorstellung mit einem Namen benennt oder aber als unbenannte Gröſse in juristisch seinsollende Deduktionen hineinspielen läſst, ob er ihre Rechtsqualität offen als solche behauptet oder nur subintelligieren läſst, macht dabei keinen Unterschied. Es kommt auf die Sache an, und der Sache nach besteht naturrechtliche Methode überall, wo die behufs Beurteilung einer Rechtsfrage erforderliche Norm aus subjektiven Überzeugungen statt aus objektiven Erkenntnismitteln des gewordenen Rechts oder aber aus den Quellen eines fremden Rechtsgebietes statt aus den einheimischen geschöpft wird.

Dies das Wesen des Naturrechts, wenn man will: der gleichartige Kern der Naturrechte jeder Art und Form. Nur so, wie hier geschehen, darf der Begriff des Naturrechts gefaſst werden, wenn in ihm sämtliche bisher aufgetretenen und noch künftig erscheinenden Äuſserungen der einen Naturrechtsidee sollen untergebracht werden können. In diesem, zugleich einen Tadel der wissenschaftlichen Denkweise implizierenden Sinne allein bildet Naturrecht die eine Seite der dualistischen Rechtslehre (S. 109 ff.) und also den Gegenstand dieser Untersuchung. [15]

[15] Zum Schluſs kann und muſs ich mich endlich mit der Ansicht Stammlers über das Naturrecht auseinandersetzen. Seine bereits (S. 111 Note[6] u. S. 113 Note[12]) erwähnte Festschrift „Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie“, Halle 1888, greift jedem Juristen ans Herz; ich darf hier voraussetzen, daſs jeder sie gelesen hat. Es thut Einem wohl, unter den zahlreichen bloſs gutgemeinten Betrachtungen „Über“ dieses und jenes, welche unsere rechtsphilosophischen Beklemmungen fortwährend steigern, ohne die Stelle aufzuzeigen, von der aus ihnen mit der Zeit abgeholfen werden könnte, einmal auch einer Arbeit zu begegnen, die ein paar

schwankende Angstfragen der Rechtsphilosophie vorurteilslos wenigstens zum Stehen zu bringen sucht, um an ihnen die Insuffizienz der Theorie der älteren Historiker von einer neuen Seite zu erweisen. Wundert mich, dafs bisher kein unbedingter Anhänger derselben den Handschuh für die Väter seiner Schule aufgenommen hat. Freilich vermag ein so durchlöcherter Harnisch wie ihre Lehre von der Rechtsbildung keinen Schutz gegen die spitze Stahlklinge des scharfsichtigen Dialektikers zu gewähren; aber vielleicht liefse sich mit dem mächtigen Flamberg Rechtsbegriff und Begriff der Wissenschaft etwas wider ihn ausrichten? Sind denn gar keine Partisanen des reinen Historismus mehr vorhanden, die sich durch St.'s Schrift provoziert fühlten? Mich hat sie weidlich schwitzen machen. Je bedeutsamer und interessanter sie ist, um so mehr thut es mir leid, dafs ich mich nicht gleich an dieser Stelle über ihren gesamten Inhalt verbreiten darf. Nun sehe ich aber in St. mehr als einen einzelnen denkenden Rechtsgelehrten, der mit ernstem Bemühen nach Erkenntnis ringt: ich sehe in ihm den Sprecher einer zahlreichen Gemeinde von Juristen, die sich weder durch die Dogmen der Historiker, noch durch Naturrechtsphilosophie beruhigen lassen und daher der quälenden Zweifel um die wichtigsten Fragen unserer Wissenschaft nicht ledig zu werden vermögen — ganz so wie ich selbst. Von diesem Publikum wünsche ich meine Ansicht verstanden und gebilligt zu sehen, nicht von den Fertigen, für die es keine Probleme mehr gibt. Ich werde mich daher mit den hierhergehörigen Ausführungen St.'s eingehender beschäftigen.

Nach St. ist die naturrechtliche Fragestellung (S. 34, 36, 41, wörtlich S. 38) die: „Ob es einen allgemeingiltigen Bestimmungsgrund für die Recht Setzenden gebe, welcher als Idee, obzwar kein ihr in der Erfahrung entsprechender Gegenstand aufgewiesen werden könne, als Richtschnur und Ziel erweisbare Geltung hätte?“ und Naturrecht als Doktrin bedeutet (S. 29): „eine wissenschaftliche Untersuchung darüber, was als *a priori* feststehender Zielpunkt und Mafsstab für alles Recht sich angeben und formulieren lasse.“ Dieselbe verlange jedoch (S. 37) nicht notwendiger Weise „dafs gewisse Rechtssätze oder ein bestimmtes Rechtssystem jetzt und überall eingeführt werden sollten, sondern nur, dafs ein festes Ziel für die Rechtssetzung in das Auge gefafst werde. Soweit sich dieses formulieren und beweisen läfst, mufs es freilich von objektiver Giltigkeit sein; und dafs sehr viele Menschen es nicht eingesehen haben und wissen, ist für die Wahrheit desselben ebenso gleichgiltig, wie für das System des Kopernikus die Frage nach seinem thatsächlichen Bekanntsein.“ Unter dem Namen „Naturrecht“ werden aber sehr zahlreiche von einander abweichende Theoreme zusammengefafst; allen gemeinsam ist (S. 29) nur das Eine „dafs sie nach einem allgemeingiltigen und notwendigen Prinzip für alles Recht durch das Mittel der Vernunfterkenntnis suchen. Dies ist zugleich dasjenige, was sie von allen auf dem Boden der geschichtlichen Rechtstheorie stehenden Erörterungen trennt.“ Über

die Sache selbst, nämlich das durch Vernunft gefundene allgemeingiltige und notwendige Prinzip, will St. noch nichts ausmachen (S. 29), wie er überhaupt der Ansicht ist, die von ihm der Frage gegebene Fassung lasse „die Möglichkeit, unabhängig von der Erkenntnis geschichtlichen Rechts inhaltlich etwas über das Recht auszumachen, ganz dahingestellt“ (S. 14).

Diese letztere wohlbedachte Beschränkung kann, scheint mir, St. nicht viel nützen. Wer seine beiden Sätze über das Wesen der Naturrechtsdoktrin acceptiert, der hat vor allem diese „naturrechtliche Fragestellung“ nicht, wie die Historische Schule, als aufserhalb der strengen Rechtswissenschaft liegend und daher für sie gleichgiltig abgelehnt, sondern zugelassen; der hat ferner bereits auf dieselbe eine bejahende Antwort gegeben, denn sonst könnte er nicht einer ernsthaften Doktrin zumuten, darnach „was als *a priori* feststehender Zielpunkt u. s. w. sich angeben und formulieren lasse“, zu suchen; der hat endlich in diesem selben „was“, solange er es noch sucht, eine noch unerschlossene, jedoch mögliche Erkenntnis, falls er es gefunden aber eine erschlossene Erkenntnis — welchen Inhaltes?

Wenn die Fragestellung eine naturrechtliche und die Richtung der Forschung eine naturrechtliche ist, so kann das Ziel resp. Ergebnis der nach bejahter Frage ausgeführten Forschung nur *s. v. v.* materielles Naturrecht sein, d. h. das, was ich meinerseits durch diese ganze Abhandlung schlechthin Naturrecht (nicht Fragestellung, Doktrin, Methode, rechtsphilosophische Schule, Litteratur u. s. w., sondern ein Komplex von angeblichen Rechtsprinzipien, Rechtsnormen oder dergl.) nenne und in diesem § 2 zur genüge beschrieben habe. Hierauf, gerade auf diesen Abschlufs des aus einer gewissen Fragestellung, einer gewissen Forschungsweise und einer gewissen Art des Ergebnisses sich zusammensetzenden naturrechtlichen Denkprozesses kommt alles an. Ich sehe aber nicht, wie man dem logischen Zwange, genau diesen Abschlufs zu vollziehen (oder seine Vollziehung Anderen freizugeben), entrinnen könnte. Es nicht thun, heifst aufserdem einfach auf das einzige Mittel, die Historische Schule des Irrtums in ihrer Hauptthese zu überführen, verzichten. Man kann der historischen Rechtstheorie eine feine Fragestellung nach der anderen, eine verheifsungsvolle Methode nach der anderen gegenüberstellen und es wird sie keine erschüttern. Erst wenn man ihr eine Norm oder einen Satz, der ein Rechtssatz und doch nicht geschichtlich entstandenes d. h. positives Recht ist, wirklich vorzuführen im stande sein wird, erst dann ist ihr Lebensnerv getroffen. Möge man immerhin die wunderbarsten Flüssigkeiten mischen und sieden und sie endlich zu einem festen Körper verdicken — solange nicht ein lebendiger Homunculus wirklich der Retorte entsteigt, braucht sich niemand in der bisher giltigen Annahme über Menschenerzeugung beunruhigt zu fühlen.

Die Historische Juristenschule hat allen ihren sonstigen Lehren vorangestellt die Hauptlehre: nur das ist Recht, was in einem geschichtlichen Werden wirkliches Recht geworden ist, und dieses fundamentale Dogma

entgegengesetzt jedweder Doktrin, die den Maſsstab für ihre Vorstellungen von Recht und Unrecht anderswoher als von jenem positiven Recht resp. den Maſsstab für den Rechtsbestand des positiven Rechts aus einem „höheren“ Recht entnimmt d. h. Naturrecht in meinem Sinne ist. In dieser kurzen Formel der Kontraposition ist überall das Wort Recht scharf zu betonen und es ergibt sich die Alternative: entweder man spricht den zu erschlieſsenden oder bereits erschlossenen Erkenntnissen einer solchen Doktrin die Eigenschaft (nicht bloſs den Namen!) von Rechtsprinzipien Rechtsnormen u. s. w. zu — oder man begibt sich des Widerspruches gegen den Kernsatz der geschichtlichen Rechtstheorie.

Aus diesem Dilemma gibt es keinen offenen Ausweg. Nun kämpfen aber in uns unablässig zwei Mächte miteinander. Die eine ist der Wunsch, es möge in dem verbindlichen Recht auch stets das ideal Gerechte, Gute und Vernünftige verwirklicht sein, wobei wir jedoch nicht übersehen, daſs dies leider gar subjektive Urteile sind. Die andere ist die Einsicht, daſs die wirkliche Rechtsordnung doch gelten und sich nach Kräften bewähren muſs auch gegen denjenigen, der die Trefflichkeit derselben im einzelnen oder ganzen nicht zugesteht. Güte des Rechts und specifisch rechtliche Verbindlichkeit des Rechts (vgl. oben S. 59 ff. Note *) sind eben nicht ein und dasselbe — eine Diskrepanz, in welcher schliefslich die Wurzel der ganzen Naturrechtlerei zu suchen ist! Neigen wir uns der idealistischen Doktrin des Naturrechts zu, so können wir freilich alle unsere edlen Empfindungen, Vernunfterkenntnisse, praktischen Einsichten u. s. w. unter juristischen Titulaturen zur Geltung bringen. Aber wenn dieselben, kaum gedacht und formuliert, sogleich zu dem würden, was zu sein ein jeder Naturrechtssatz schon dem Namen nach prätendiert, nämlich Recht — was wäre die Folge rücksichtlich des positiven Rechts? Vergessen wir nicht über unseren Ideen die Thatsache, daſs etliche Millionen ebenso aufgeklärte Menschen am Ende doch auch ganz respektable „natürliche“ Rechtsvorstellungen total differenten Inhaltes haben könnten! Billigen wir dagegen die realistische Doktrin, so befinden wir uns in der peinlichen Lage, auch das niederträchtigste Gesetzesrecht, sofern es nur formell korrekt erzeugt ist, als verbindlich anerkennen zu müssen. Einen Ausweg gibt es da, wie gesagt, nicht, d. h. nicht für den ganzen Menschen mit all seinem Denken, Fühlen und Begehren. Wie wäre es aber, wenn sich das Individuum spaltete? Die eine Hälfte desselben mit dem Menschenfreund, Weltverbesserer, Politiker und namentlich dem Gesetzgeber in ihm könnte ja allen Idealen nachstreben; die andere würde ihn als rechtsunterthänigen Bürger, als Beamten, als Juristen, falls er ein solcher zu sein übernommen, umfassen und der mit diesen Eigenschaften verknüpften Pflicht, die eigene Vernunfterkenntnis von der Aussage des Rechts fein säuberlich zu trennen, gerecht werden können.

Und nun frage ich: was thut denn jede ausschliefslich auf dem Boden des positiven Rechts stehende Theorie, die der Savigny und

Puchta mitinbegriffen, Anderes, als daſs sie diese Scheidung aus dem Subjekt in die Objektivität überträgt? Gleichwie sie das Recht abklärt aus dem Chaos der unzähligen Normen, Regeln, Maximen der verschiedensten Art, die im Leben gelten oder gelten möchten, ohne doch das einzelne Subjekt absolut zu binden, so sondert sie die Wissenschaft des Rechts aus der Gesamtheit der alles mögliche Normative betreffenden systematisierten und nichtsystematisierten Erkenntnisse aus. So kurzsichtig waren aber die Begründer der Historischen Schule nicht, daſs sie behauptet oder auch nur gedacht hätten, alles positive sei auch gutes, gerechtes, vernünftiges Recht, alles Recht, das seit tausend Jahren oder einem Tage gilt, sei in dem Sinne „heilig“, daſs es auch für alle Ewigkeit Recht bleiben müsse. Für den Positivisten bedeutet Heiligkeit des Rechts genau das nämliche, was für jeden sonst: es ist, weil es heute Recht ist, heute zu respektieren — morgen mag man es abschaffen, wenn man Grund, Befugnis und Kraft dazu besitzt. Wir sehen sehr wohl, daſs man das Recht verbessern kann und muſs, und haben garnichts dagegen einzuwenden, daſs man einen Teil der Politik, sofern hierunter Maximen der Kunst, die gesellschaftliche Ordnung und Wohlfahrt zu erhalten und zu steigern, verstanden werden, auch Rechtspolitik nenne. Aber Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie nennen wir sie nicht und ihre Motive, Ideen, Zwecke nicht Recht. Das verwerfliche Recht bezeichnen wir als Mifsrecht, während der richtige Naturrechtsphilosoph daran zu erkennen ist, daſs er es, eben weil seine „Vernunfterkenntnis“ das „wahre“ Recht ist, als Nicht-Recht qualifiziert; ja mancher, der seine subjektivste Überzeugung ohne weiteres heiligspricht, mifsachtet die Sprache so gründlich, daſs er in einem solchen Falle einfach Unrecht sagt.

Kehren wir jetzt zu dem zurück, was Stammler die „naturrechtliche Fragestellung“ nennt. Wir sollen dieselbe nicht ignorieren, nicht glauben, daſs sie aus der Welt verschwinde, wenn die Juristen über sie schweigen (S. 41 ff.). Ich habe den besten Willen sie zu verstehen, um zu ihr meinerseits Stellung nehmen zu können; ich verlange nur, daſs die Frage auch bestimmt formuliert werde und innerhalb einer sie betreffenden zusammenhängenden Deduktion durchweg den gleichen Sinn bewahre. Hier sind die Worte auf die Goldwage zu legen! Die specifisch naturrechtliche Frage lautet: Ob das, was Recht ist, auch Recht sei? Sie steckt bei St. in den Sätzen: „Die äufserste Frage, die dem Rechtsgelehrten nahen kann, ist die nach dem Rechte seines Rechtes. Vor welchem Richterstuhle kann dies ausgemacht werden? Wie soll das Prozefsverfahren sein, um es festzustellen?“ (S. 14; die Worte „Recht seines Rechtes“ wiederholen sich S. 61.) Dementsprechend gebraucht er auch die Wendung „Berechtigung der rechtlichen Satzungen“ (S. 15, 20). Jede zu Ende geführte Naturrechtsdoktrin (vgl. diese Note oben S. 143) gibt auf diese Frage eine Antwort, in welcher sie ein Rechtsprinzip, resp. eine Reihe von Antworten, in welchen sie ebensoviele Rechtssätze aufgestellt zu haben be-

hauptet, mit denen das positive Recht harmonieren mufs, widrigenfalls seine Rechtmäfsigkeit in Zweifel zu ziehen sei. Scheut sie sich aber, diese doch einigermafsen anstöfsige Konsequenz anzugeben, so bleibt ihr nichts übrig, als sich mittels ausgeklügelter Redensarten bis zu irgendeinem undefinierbaren Verhältnis gegenseitiger Achtung zwischen positivem und natürlichem Recht hindurchzuwinden. Aber hier sind die Worte auf die Goldwage zu legen! Entweder heifst in der Frage nach dem „Recht des Rechts“ dieses Wort beide mal das, was es besagt. Dann hat sich jene Doktrin darüber zu rechtfertigen, dafs sie an die Spitze ihrer Fragenreihe ein Wortspiel stellt. Was dabei herauskommt, möge man in einem beliebigen Naturrechtssystem nachlesen: es sind die Absurditäten, die notwendig resultieren, wenn man einen in der Frage bereits total bejahten Begriff („was Recht ist“) in der Antwort („es ist also doch nicht alles Recht“) partiell verneint. Und das nennt sich Rechtsphilosophie! Vielleicht beliebt man auch eine mit physikalischen Ausdrücken durchwebte Erörterung des Problems: Ob das, was Wärme ist, auch Wärme sei? Naturphilosophie zu nennen. Oder in den Worten: Ob das, was Recht ist, auch Recht sei? heifst das zweite Recht etwas Anderes als das erste. Alsdann bleibt der heillose Mifsbrauch des Wortes zu rügen, die Frage aber hört auf, die specifisch naturrechtliche zu sein und es empfiehlt sich sehr sie umzuformen. Dies thut denn auch St. für den Hauptteil seiner Untersuchung. Von den soeben (S. 145) angeführten, vielleicht nur ein Schwanken in der Terminologie beweisenden Stellen abgesehen, vermeidet St. es nämlich nach Möglichkeit, die aufserhalb des erfahrungsmäfsigen Rechts liegenden Erkenntnisse, welche die *a priori* verfahrende Methode zu erringen anstrebt, direkt als „Recht“ zu bezeichnen, wie es jede resolute Naturrechtsdoktrin thut, weil sie es thun mufs.

Auf Grund der vorliegenden Schrift allein darf ich St. gewifs nicht den Naturrechtslehrern beizählen. Er redet nicht wie jene von natürlichen oder vernunftgemäfsen Rechtsnormen, aufserhalb aller Erfahrung liegenden Rechtsprinzipien, ewigen Rechtsideen u. dgl., auch nicht von axiomatischen „höheren“ Rechtssätzen, welche das ethische Fundament oder den Mafsstab jedes niederen d. h. positiven Rechtssatzes bilden sollen u. s. w. Vielmehr strengt er sich sichtlich an, jeden Anklang an die Terminologie der Naturrechtslehrer zu vermeiden, und spricht von dem „prinzipiellen Mafsstab, auf den es für die Abschätzung empirischen Rechts ankommt“ (S. 18), von „Zielpunkt und Richtmafs für vorhandenes Recht“ (S. 22, 26, 57; das Wort Richtmafs ist vielleicht nicht unbedenklich), auch von der „Frage, ob sich nicht in objektiv giltiger Vernunfterkenntnis feste Grundsätze als Ziel für den Gesetzgeber nachweisen liefsen, welche für die Frage, ob das bestehende Recht auch Rechtens sein sollte, einen notwendigen Mafsstab abgäben“ (S. 36, 37; vgl. auch diese Note oben S. 142) u. s. w. Demgemäfs hat auch die verkürzte Fragestellung nicht zu lauten: Ob das, was Recht ist, auch Recht sei?, sondern wie die Modifikation bei

St. (S. 14, 26, 36): Ob das, was Recht ist, auch Recht (oder Rechtens) sein sollte? Wenngleich auch in dieser letzteren Formulierung das Wort Recht zweimal figuriert, so unterscheidet sie sich von der ersteren doch ganz bedeutend insofern, als bei ihr die zur etwaigen materiellen Beantwortung verwendeten „objektiv giltigen Vernunfterkenntnisse“, „festen Grundsätze“, „notwendigen Mafsstäbe“, so hart diese Begriffe auch an das Juristische stofsen mögen, immer noch aufserhalb des verbindlichen Rechts liegen bleiben, während sie bei der ersteren Formulierung die Peripherie des Rechts nach innen überschreiten und sich mit der Eigenschaft der Rechtsverbindlichkeit umkleiden und umkleiden müssen — sonst wären sie eben keine Antworten gerade auf diese Frage.

Eine Fragestellung ist immer in ganz bestimmter Weise präjudizierlich für die Art der Antwort. Nun will die richtige Naturrechtsdoktrin auf ihre Frage jedenfalls wesentlich mehr, als blofs Erkenntnisse eruieren, die als Mafsstäbe zur Beurteilung des positiven Rechts oder Wegweiser für die Gesetzgebung dienen könnten: sie prätendiert offen oder versteckt, dafs ihren Postulaten selbst Rechtsnatur innewohne. Sie kann daher eine Fragestellung, durch welche ihr die Aussicht auf Erfüllung dieser Prätension von vornherein abgeschnitten wird, durchaus nicht gebrauchen. Nun sehen wir aber bei St., nachdem er die Frageformel: Ob das bestehende Recht vernunftgemäfs sei und Recht bleiben sollte? angenommen (andeutungsweise S. 26, dann S. 42 ff., ganz deutlich S. 45), die „naturrechtliche Frage“ sich in die Zweifelfrage: Inwieweit ist es Sache der Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Erkenntnisse zur Beurteilung und Fortbildung des positiven Rechts aufzusuchen? verwandeln, mithin in das Nachbargebiet der Kritik und Rechtspolitik übertreten. Nicht so sehr ihrer Methode, als vielmehr der diesen problematischen Aufgaben gegenüber seitens der Historischen Schule grundsätzlich befolgten Enthaltsamkeit und ihren Folgen für die Stellung der Jurisprudenz, ist denn auch die Untersuchung St.'s der Hauptsache nach gewidmet.

An dieser Stelle (vgl. übrigens unten § 8 Note [1]) auch meinerseits (vgl. vorläufig die summarischen Rechtfertigungen der Historischen Schule gegen Stammler durch Baron in d. Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. u. s. w. XXXII [N. F. XIII] 1890 S. 536 ff. und Hoelder in d. Zeitschr. d. Savigny-Stiftung XI 1890 Rom. Abt. S. 52 ff.) darauf einzugehen, habe ich weder Grund, noch Möglichkeit; beides wird sich erst in der nächsten Abhandlung finden. Warum ich aber bei meiner Auffassung vom Wesen des Naturrechts bleibe, dürfte jetzt hinreichend klargestellt sein.

Erster Abschnitt.

Entwicklung und Wirkungen des Naturrechts in der Vergangenheit.

§ 3. Vorbemerkungen.

Die folgenden Seiten wollen keine Entwicklungsgeschichte der Naturrechtsdoktrin nach ihren Hauptepochen und bemerkenswerten Vertretern geben, sondern nur ganz allgemein die Naturrechtsidee in der Geschichte vorführen, um auf die Darstellung ihrer Verbreitung in der Gegenwart vorzubereiten. Ich beabsichtige also keinesfalls die bereits in grofser Zahl vorhandenen Arbeiten über diesen Gegenstand um eine weitere, von dem nämlichen Standpunkt[1] geschriebene zu vermehren. Vielmehr setze ich die innere Geschichte der naturrechtlichen Vorstellungen und des Einflusses derselben auf die civilisierten Völker im einzelnen als bekannt voraus, wie es Andere bei ähnlichen Gelegenheiten vor mir gethan.[2] Daher enthalte ich mich der Anführung der ja noch nicht in Vergessenheit geratenen Naturrechtsphilo-

[1] Vgl. auch S. 128 Note [7] a. E.

[2] Z. B. Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, der auf den wenigen Seiten 17—24 ein kleines Meisterstück zusammenfassender Geschichtsdarstellung, wie er sie eben brauchte, geliefert hat.

sophen sowie jeder weitläufigen Schilderung ihrer besonderen Lehren und verweise auf die bisherige Litteratur derselben.[3]

[3] Aus den der Geschichte des Naturrechts, zumeist im Zusammenhange mit der gesamten Rechtsphilosophie, aber durchgängig ohne sichere Erfassung des Naturrechtsbegriffes (vgl. oben § 2, bes. S. 140 ff.) gewidmeten Schriften führe ich, indem ich von den älteren absehe (aus dem vorigen Jahrhundert sind noch jetzt nützlich: Glafey, Vollständige Gesch. des Rechts der Vernunft, [1739] 3. Aufl. Leipzig 1746; Schmaufs, Neues Systema des Rechts der Natur, Göttingen 1754 [reich an Auszügen aus den Autoren von den Griechen bis in die Mitte des XVIII. Jahrh.]; M. Huebner, Essai sur l'histoire du droit naturel, 2 vls. [angeblich London] 1757) folgende mehr oder weniger ausführliche und brauchbare Darstellungen aus unserem Jahrhundert an, darunter manche überreich an Einzelheiten sind.

1. Das Naturrecht im allgemeinen verfolgen durch den ganzen Lauf der Geschichte bezw. einzelne Perioden

a) die deutschen Schriftsteller: Henrici, Über den Begriff und die letzten Gründe des Rechts, 2 Bde. 1809, 1810, 2. (Titel-)Aufl. Hannover 1822; Fr. v. Raumer, Über die gesch. Entwicklung der Begriffe von Recht, Staat und Politik, (1826) 3. Aufl. Leipzig 1861; Fr. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts I: Die Genesis der gegenwärt. Rechtsphilosophie (später: Gesch. der Rechtsphilosophie), zuerst 1830, 3. Aufl. Heidelberg 1854, 4. (posthume) Aufl. 1870; Warnkönig, Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts, Freiburg i. B. 1839; Rofsbach, Die Perioden der Rechtsphilosophie, Regensburg 1842; v. Kaltenborn-Stachau, Zur Gesch. des Natur- und Völkerrechts sowie der Politik I: Die Vorläufer des H. Grotius auf dem Gebiete des jus naturae et gentium u. s. w., Leipzig 1848 (die II. Abt. enthält Abdrücke einiger Autoren); Hinrichs, Gesch. der Rechts- und Staatsprinzipien seit der Reformation bis auf die Gegenwart, 3 Bde. Leipzig 1848—1852 (meist Auszüge aus den Schriften von Melanchthon bis auf Chr. Wolf); I. H. Fichte, System der Ethik I: Die philosophischen Lehren von Recht, Staat u. Sitte in Deutschl., Frankr. u. Engl. von der Mitte des XVIII. Jahrh. bis zur Gegenwart, Leipzig 1850; Vorländer, Gesch. der philosophischen Moral-, Rechts- u. Staatslehre der Engländer u. Franzosen, Marburg 1855 (mit vielen Auszügen); K. Hildenbrand, Gesch. u. System der Rechts- u. Staatsphilosophie I: Das klass. Altertum, Leipzig 1860; Thilo, Die theologisierende Rechts- und Staatslehre, Leipzig 1861 S. 179 ff. (von Grotius bis Hegel); Geyer, Gesch. u. System der Rechtsphilosophie in Grundzügen, Innsbruck 1863, und: Philosophische Einleitung in die Rechtswiss. (in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 4. Aufl. Leipzig 1882); Dahn, Art. Rechtsphilosophie im Staatswörterbuch, VIII Leipzig 1864 (abgedr. in den Rechtsphilosophischen Studien [Bausteine IV, 1],

Dagegen halte ich es für geboten, die Gegner des Naturrechts, welche ihrerzeit irgendwelchen Zweifeln in

Berlin 1883 S. 76 ff.); Ahrens, Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates I: Gesch. und allgem. Lehren, 6. Aufl. Wien 1870, und: Recht und Rechtswiss. im allgem. (in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 1. bis 3. Aufl.); Lasson, System der Rechtsphilosophie, Berlin u. Leipzig 1882 S. 28—108;

b) von aufserdeutschen Arbeiten sind zu erwähnen: G. de Wal, Over het bestaan, den aard en de behandeling van het natuurregt, (Prijsverhdl.) Amsterdam 1833; Hingst, Proeve eener geschiedenis der Historische School, Amsterdam 1859 (auch als Diss. m. latein. Titel); Carmignani, Storia dell'origine e dei progressi della filosofia del diritto, 3 vol. Lucca 1851; G. Carle, La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale, Roma etc. 1880, p. 103 segg.; Cavagnari, Corso moderno di filosofia del diritto, I Padova 1883 p. 190 segg.; Jarosch, Gesch. der Naturrechtsidee, I: Das Naturrecht der Griechen u. Römer, St. Petersburg 1881, II: Das Naturrecht im Mittelalter, Charkow 1885 (in russ. Sprache).

2. Das Naturrecht in den einzelnen Rechtsteilen ist nur von Wenigen dargestellt worden. Bedeutsam sind darunter

a) für das Strafrecht: L. Laistner, Das Recht in der Strafe, München 1872; R. Loening, Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts (in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III [1883] S. 219 ff., bes. die Anmerkungen S. 262 ff., enthaltend eine höchst gelehrte und lehrreiche Schilderung des Naturrechts in der Strafrechtswissenschaft von der Mitte des vorigen Jahrhunderts bis an die Schwelle der Gegenwart);

b) für das Staatsrecht: Schmitthenner, Zwölf Bücher vom Staate, I Giessen 1839; R. v. Mohl, Grundzüge einer Gesch. des philosophischen Staatsrechts (in seiner Gesch. u. Litteratur der Staatswiss., I Erlangen 1855 S. 219 ff.); Bluntschli, Gesch. des allgem. Staatsrechts und der Politik, (1864) 3. Aufl. München 1881; Gierke, Johannes Althusius (vgl. oben S. 122 Note [1]); dazu von aufserdeutschen Autoren: Tschitscherin, Gesch. der politischen Theorien, 4 Bde. Moskau 1869—1877 (in russ. Sprache) und P. Janet, Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale, 2 vls. 3. éd. Paris 1887;

c) für das Völkerrecht: v. Ompteda, Litt. des ges. sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts, 2 Tle. Regensburg 1785 (die sog. Ergänzung und Fortsetzung dazu von v. Kamptz, Neue Litt. des Völkerrechts, Berlin 1817, enthält eine blofse Bibliographie); R. v. Mohl, Die neuere Litt. des Völkerrechts (in seiner Gesch. u. Litt. der Staatswiss., I S. 337 ff.); Rivier, Litterarhist. Übersicht der Systeme u. Theorien des Völkerrechts seit Grotius (in v. Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts, I Berlin 1885 S. 395 ff.)

betreff eines nichtpositiven Rechts Ausdruck gegeben haben, umständlicher zu registrieren, einmal weil ihrer in der rechtsphilosophischen Litteraturgeschichte nur beiläufig gedacht zu werden pflegt, sodann weil ich selbst mich an das vorläufige Ende ihrer Reihe stelle. Nach dem Durchbruch der Rechtstheorie der Historischen Schule freilich nehmen die Zweifler d. h. alle Diejenigen, welche ausschliefslich positives Recht anerkennen, dermafsen zu, dafs eine Aufzählung derselben weder möglich ist, noch einen rechten Zweck hätte.

Zu einer vollen Würdigung der Naturrechtsidee gehört auch eine Untersuchung der Gründe, die ihr zur zeitweiligen absoluten Herrschaft verhalfen, und der Wirkungen, welche die dann herrschende Naturrechtsdoktrin geübt hat. Ohne den Einblick in die unwissenschaftlichen Motive und die verderblichen Folgen jener Lehre würden der Kritik die besten geschichtlichen Stützen mangeln; aus den guten Wirkungen aber, welche überdies schon die Gerechtigkeit zu berücksichtigen gebietet, erhellt der wesentlich rechtspolitische, nicht rechtsphilosophische Charakter der ganzen Richtung.

Hieraus ergibt sich die Anordnung der in diesem Abschnitt zu behandelnden Gegenstände.

I. Die Idee des Naturrechts in der Geschichte.

§ 4. Das Naturrecht bis zum Zeitalter der Revolution.

a. Noch im vorigen Jahrhundert wurde vielfach angenommen, die Vorstellung von einem natürlichen Recht zum Unterschied von den willkürlichen menschlichen Gesetzen lasse sich nicht weiter als bis auf Sokrates zurückverfolgen. Manche Neuere dagegen wollten ihre Spuren noch ein wenig früher, nämlich in den Zeiten Heraklits des Dunklen, demzufolge „alle Gesetze sich von dem einen göttlichen nähren", auffinden.

Allein die Frage, ob das Recht eine Art Naturerzeugnis oder aber, als auf Absicht der Menschen und

Satzung der Machthaber beruhend, ein Kunstprodukt (φύσει oder νόμῳ) sei, ist, ähnlich der andern, ob die Wörter der Sprache durch Natur oder durch Konvention geschaffen seien[1] — als wenn Natur und Willen Gegensätze wären! — jedenfalls ein bei weitem älteres Problem der griechischen Philosophen. Dies geht aus den Nachrichten über die Zweifler hervor. Schon von Solon wird angedeutet, dafs er sich verneinend zu der Annahme eines unveränderlichen Rechts gestellt habe[2], und der jonische Philosoph Archelaos, unter dessen Zuhörern sich auch Sokrates befunden haben soll, hatte Grund gegenüber gegenteiligen Ansichten zu betonen, dafs er den Unterschied von Gerechtem und Schändlichem keineswegs in der Natur, sondern ausschliefslich in den menschlichen Gesetzen und Sitten begründet sehe.[3] Hierin folgt ihm ein Teil der Sophisten aus der sokratischen und der perikleischen Periode, allen voran Protagoras. Dieser behauptete, gut sei allein das den Menschen Nützliche und gerecht nur das, was die Gesetze eines Landes dafür erklären und solange sie es dafür erklären.[4]

---

[1] Es ist dies deswegen bemerkenswert, weil bekanntlich die Häupter der Historischen Schule zur Erläuterung ihrer Auffassung von der Entstehung und Entwicklung des Rechts gern auf analoge Vorgänge im Leben der Sprache hinwiesen.

[2] Bei Plutarch, Septem sapientium convivium, VII ist von einem Gerücht die Rede, demzufolge der Spartaner Chilon auf die Gastfreundschaft des Atheners Solon verzichtet haben sollte, weil Letzterer behauptet hätte, die Gesetze seien veränderlich. Das Gerücht wird für unwahr erklärt insoweit es sich um das Benehmen des Spartaners handelt; dafs der Athener die ihm zugeschriebene Ansicht gehegt habe, wird weder bestätigt, noch in Abrede gestellt.

[3] Diogenes Laërtius, Vitae etc. clarorum virorum, II, 16.

[4] Plato, Protagoras, 333; Theaetet, 167 u. 172. Nach Sextus Empiricus, Adversus mathematicos, IX, 54 soll der Sophist Kritias behauptet haben, die Menschen hätten anfangs ohne Gesetz und Recht gelebt wie die Tiere und die Gesetze seien erst später von klugen Männern gegeben worden, um Gewaltthaten zu verhindern. — Diese Sophisten leugneten also zwar jeden absoluten Mafsstab für die Gerechtigkeit der Gesetzgebung, setzten aber doch das positive Recht als eine Norm zur Unterscheidung des Gerechten vom Ungerechten dem freien Belieben des Einzelnen gegenüber. Ein anderer Teil der Sophisten jedoch vertrat den Grundsatz der absoluten Autonomie des Individuums. So spricht sich Hippias (Plato, Protagoras, 337) dahin aus, das Gesetz sei der Tyrann der Menschen, der vielerlei wider die Natur erzwinge, und Kallikles, (Plato, Gorgias, 482) meint, die Natur und das Gesetz ständen sich gröfstenteils entgegen, von welchem Satz Aristoteles, De sophisticis elenchis, XII, 8 bemerkt, er gehöre zu den abgebrauchtesten Gemeinplätzen der Sophisten. Schlechthin für Gesetzlosigkeit erklärt sich Polos (Plato, Gorgias, 409 ff.). Man kann also sagen, diese Gruppe der Sophisten, die anarchisch gesinnten, nehme einen einzigen naturrechtlichen Satz des Inhaltes, dafs kein positives Recht sein solle, an. Vgl. auch Hildenbrand, Geschichte und System u. s. w., I S. 73 ff.

Wenngleich nun Sokrates, nach ihm Plato, dann Aristoteles, bei dem die Idee des von Natur Gerechten eine wichtige Rolle spielt, immer wieder ein Naturrecht statuierten und zum Ausgangspunkt aller ethischen und rechtsphilosophischen Lehren erhoben, so ist doch der Zweifel an der Statthaftigkeit einer solchen Annahme auch ihnen gegenüber nicht verstummt. Die hedonistische Schule der Kyrenaiker von Aristipp bis auf Theodoros und Hegesias verwarf den Gedanken eines natürlichen Rechts und behauptete wie die Sophisten, das Gerechte sei dies nur durch Menschensatzung oder durch Gewohnheit.[5] Gleicher Ansicht waren die Skeptiker, welche aufserdem auf die grofse Verschiedenheit der Gesetze und Sitten unter den Völkern und den daraus zu ziehenden Schlufs, dafs es keine absolute, sondern nur eine relative Gerechtigkeit gebe, hinwiesen.[6] Dafs überhaupt alles relativ, also auch kein absolutes Recht oder Naturrecht da sei, vielmehr alles Recht dem Prinzip der Nützlichkeit gemäfs durch Konvention geschaffen werde, lehrten auch Epikur und seine Schüler.[7]

---

[5] Diogenes Laërtius, Vitae etc. clarorum virorum, II, 93 u. 99.

[6] Sextus Empiricus, Pyrrhoniae hypotyposes, Lib. III, Cap. XXIV (XXIII), 198 et seqq.; Diogenes Laërtius, Vitae etc., IX, 61.

[7] Seneca, Epistolae morales ad Lucilium, XCVII; Epictet bei Arrianos, Diatribae Epicteti, Lib. III Cap. VII; Diogenes Laërtius, Vitae etc., X, 150 u. 151; Porphyrios, De abstinentia ab esu animalium, Lib. I.

Und als nun wieder die Stoiker — bei denen übrigens νόμος das über allem positiven Gesetz stehende, weil den Urgrund aller Dinge bildende Weltgesetz bedeutet, sodafs nicht mehr die traditionelle Formel φύσει oder νόμῳ, sondern φύσει oder θέσει den Gegensatz ausdrückt — das Gerechte nicht auf Satzung, sondern auf die Natur gründeten, blieb auch ihnen gegenüber der Widerspruch nicht aus. Unter den Widersachern der Stoa ist hervorzuheben der berühmte Redekünstler Karneades, der angesichts der Veränderlichkeit der Sitten und Gesetze jedes Naturrecht entschieden leugnete.[8]

Unter den Römern übernahm Cicero von den Griechen neben anderen Teilen ihrer Lebensweisheit auch die Lehre vom natürlichen Recht. Er fand für dieselbe so elegante und mannigfache Einkleidungen, dafs man seine Sätze als klassische Formulierungen des naturrechtlichen Bekenntnisses ansehen kann.[9] Sie werden daher auch heute noch

[8] Cicero, De republica, III, 6; Quintilianus, Institutio oratoria, XII, 1; Lactantius, Divinae institutiones, V, 14—17. Vgl. dazu Tennemann, Geschichte der Philosophie, IV Leipzig 1803 S. 354 ff.

[9] Die beredteste Stelle steht De republica, III, 22: *„Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat . . . Huic legi nec obrogari fas est neque derogari ex hac aliquid licet neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpres ejus alius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnis gentis et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus; ille legis hujus inventor, disceptator, lator, cui qui non parebit, ipse se fugiet ac naturam hominis aspernatus hoc ipso luet maximas poenas, etiam si cetera supplicia quae putantur effugerit.“* Dazu De legibus, II, 4: *„. . . non tum denique incipit lex esse, cum scripta est, sed tam, cum orta est; orta autem est simul cum mente divina“* und endlich das. I, 5: *„Non ergo a praetoris edicto . . . neque a XII tabulis . . . sed penitus ex intima philosophia (!) hauriendam juris disciplinam . . .“* Vgl. auch Schmafs, Neues Systema u. s. w., S. 41 ff.; Henrici, Über den Begriff u. s. w., I S. 139 ff.; Hildenbrand, Geschichte und System u. s. w., I S. 566 ff. — Die Einwürfe, welche man zu seiner Zeit gegen das Naturrecht zu erheben pflegte, führt Cicero De republica, III, 11 et seqq. auf. Sie beziehen sich hauptsächlich darauf,

mit Vorliebe von den Freunden des Naturrechts, welche die Zweifel der Feinde gern mit Citaten niederschlagen, angeführt. Den Juristen des Corpus juris civilis dagegen die Anerkennung eines verbindlichen Naturrechts zuzuschreiben, blofs wegen des Gebrauches der Ausdrücke *jus naturae* und *jus naturale*, ist gänzlich ungerechtfertigt. Als *natura* bezeichneten die Römer die Verhältnisse, die bei allem Wechsel und aller Vielgestaltigkeit des menschlichen Gemeinlebens sich stets gleich zu bleiben schienen, und *jus* hiefs bei ihnen unter anderm auch das Weltgesetz der Stoiker, deren Philosophie unter den römischen Gelehrten recht verbreitet war. Die Juristen Roms verbanden mit dem Gesetz, dem alle Lebewesen nachleben *(quod natura omnia animalia docuit*, z. B. *maris atque feminae conjunctio, liberorum procreatio)*, gewifs nicht die Vorstellung von einem Recht und gaben auch kein Verhältnis desselben zum Recht im juristischen Sinne an.[10] Einen Konflikt zwischen beiden für mög-

dafs die Rechtsnormen nicht allein unter den verschiedenen Völkern und Staaten verschieden seien, sondern auch bei einem und demselben Volke wechseln; dafs man manches für gerecht erachte, wenn es im grofsen Stil Eroberung) geschehe, dagegen für strafbar, wenn im kleinen (Raub); dafs die Menschen von Natur eine Abneigung gegen die Übung der Gerechtigkeit hätten, u. dgl. m. Was Cicero den Verteidiger des Naturrechts gegen diese Einwürfe sagen läfst, ist unbekannt, da dessen Rede fehlt. Positive Gründe für die Existenz eines natürlichen Rechts finden sich De legibus I, 7 et seqq. — Dafs wir in Cicero nicht einen Juristen, sondern einen Orator, der als solcher ein natürlicher Feind der Juristen war, zu sehen haben, beweist Jhering, Geist d. röm. Rechts, §§ 44 Note 610 u. 633 (4. Aufl. II, 2 S. 442 u. 466) und § 58 (4. Aufl. III, 1 S. 290); und aus Jhering, § 42 (4. Aufl. II, 2 S. 412) scheint mir zur genüge hervorzugehen, dafs Cicero beständig der Fiktion eines „natürlichen“ Rechts bedurfte — wie viele Advokaten. Solche Phrasen, wie Pro Milone II, 4: *„Est igitur haec, judices, non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus . . .“* vernimmt man von Zeit zu Zeit in jedem Gerichtssaal.

[10] Das ist eine so feststehende Thatsache, dafs die Ausbeutung der bekannten Aussprüche der klassischen Juristen zu gunsten des Naturrechts, z. B. noch bei Ahrens, Naturrecht, 6. Aufl. I S. 48 und Roeder,

lich zu halten oder gar das „natürliche“ über das positive Recht zu setzen, fiel ihnen garnicht ein: bei ihnen war der Dualismus in dem Gegensatz zweier gleich positiver Rechte, des *jus civile* und des *jus gentium*, beschlossen. Da niemand die Rechtsnatur des *jus naturale* behauptete, hatte auch niemand Veranlassung, dem ausdrücklich zu widersprechen. Allerdings wurde später auch der Ausdruck *jus naturale* verwirrender Weise statt *jus gentium* gebraucht.

Das verhängnisvolle Wort aber war nun einmal da und wich nicht mehr aus dem Sprachschatz der Gelehrten. Einerseits konnte dem denkenden Beobachter des gesellschaftlichen Lebens weder die Verschiedenartigkeit der Rechtsnormen bei den verschiedenen Völkern, noch die offenbare Willkürlichkeit vieler derselben, zumal der nicht auf dem Wege unmittelbarer naiver Rechtsbildung durch Gewohnheit und Herkommen entstandenen, sondern durch gesetzgebende Machthaber auferlegten, entgehen. Andrerseits drängte sich ihm auch wieder eine starke Ähnlichkeit mancher Rechtssysteme bei aller Mannigfaltigkeit der Einzelheiten sowie die unbestreitbare Notwendigkeit des Rechts im allgemeinen auf. Hieraus war die jenem Wort entsprechende Vorstellung, deren Inhalt sich im einzelnen endlos variieren liefs, zu entnehmen. Die Doktrin des Mittelalters begann, unter dem Einfluſs der kirchlichen Lehren stehend, in ihrer Weise das gesamte Recht in zwei Teile zu zerreifsen: die wandelbaren menschlichen Satzungen und die ewig gleichen Prinzipien des geoffenbarten göttlichen und des natürlichen Rechts. Ob und wie sich von dem letzteren noch das *jus gentium* unterscheide, darüber kam es zu keiner Einigung; dafs das *jus naturale* aber ein wirkliches Recht sei, wurde nun nicht bezweifelt. Selbstverständlich war es vornehmer als das positive Recht, das in ihm seine Quelle und Schranke fand. Das menschliche Recht hatte demnach die Aufgabe, die Grundsätze des natürlichen für die praktische Anwendbarkeit

Grundzüge des Naturrechts, 2. Aufl. I S. 4, nur durch eine totale Verdrehung ihrer Meinung möglich ist.

zuzubereiten, wohl auch nach Zeit, Ort und Umständen seiner Strenge zu entkleiden, nicht aber die Kraft, ein naturrechtliches Prinzip zu beseitigen. Durch zahlreiche scholastische Kategorisierungen und uns kaum noch verständliche Unterscheidungen, deren einige sich mittels der Naturrechtskompendien noch bis in unser Jahrhundert fortgeschleppt haben, als da waren reines und angewendetes, absolutes und relatives, primäres und sekundäres Naturrecht u. s. w., wufste man die in dieser Doktrin liegende Gefahr für das Ansehen des positiven Rechts und die Verbindlichkeit seiner Einrichtungen so weit abzuschwächen, dafs kein prinzipielles Bedenken wider die Naturrechtslehre laut ward. Das kanonische Recht verleibte sich dieselbe von Hause aus ein[11],

[11] Gratian, Dist. I: *„Jus naturale est, quod in lege (sc. Mosaica) et evangelio continetur . . .“* und dazu c. I: *„. . . cum omne quod fas est, nomine divinae vel naturalis legis accipiatur . . .“* Er citiert aber auch aus des heil. Isidor Etymologiae V, 4, ohne diese Definition zu reprobieren, in Dist. I, c. VII: *„Jus naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut viri et feminae conjunctio, liberorum successio et educatio . . .“* Allerdings hat, wie schon die Correctores zu der Stelle notieren, Isidor sich hier offenbar an die bekannten Worte in der l. 1 Dig. I, 1 und pr. Inst. I, 2 angeschlossen und wäre insoweit die Lehre des kanonischen Rechts, von der Bezugnahme auf das geoffenbarte Gesetz abgesehen, nur mit der Ulpians identisch. Aber sie beschränkt sich nicht hierauf, wie z. B. v. Hertling, Zur Beantwortung der Göttinger Jubiläumsrede, (Offener Brief an Prof. A. Ritschl) Münster und Paderborn 1887 S. 13 anzunehmen scheint. Denn Gratian bringt auch noch die Sätze: *„Naturale jus inter omnia (jura) primatum obtinet et tempore et dignitate“* (Dist. V) und: *„Constitutiones ergo vel ecclesiasticae vel saeculares, si naturali juri contrariae probantur, penitus sunt excludendae“* (Dist. IX, c. XI), sowie ein paar andere Aussprüche (vgl. die nächste Note [12]), welche durchaus kein Fundament im römischen Recht haben, aber, wenn Dekalog und Evangelien nun einmal als Rechtsquellen gelten sollen, selbstverständlich sind. — Es ist gewifs zuzugeben, dafs aus diesen kurzen Sätzen die Vorstellungen, welche Gratian mit *jus naturale* verband, wenigstens soweit zu eruieren sind, dafs man ihm, der das Naturrecht mit dem geoffenbarten Recht identifiziert und beide als eine Rechtsart dem positiven gegenüberstellt, einen neuzeitlichen Begriff des Naturrechts nicht unterlegen darf (vgl. dazu E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, Berlin 1861 S. 196 ff. und Singer in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, XVI 1889 S. 318 ff.

weltliche Rechtsbücher befreundeten sich infolge dessen bald mit ihr.[12]

Von einer ernstlichen Disharmonie zwischen den beiden Herren im selben Hause ist jahrhundertelang um so weniger etwas zu spüren, als durch die Reception des römischen

Note [57]). Aber andere Stellen Gratians, wie die in Dist. V § 1: *„Coepit enim ab exordis rationalis creaturae“* (vgl. auch Dist. VI) deuten doch wieder auf ein von dem göttlichen verschiedenes natürliches Recht hin! Dafs sie unklar seien, darf man rücksichtlich aller mittelalterlichen Autoren behaupten (vgl. S. 122 Note [1] und die Proben bei Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht III: Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters u. s. w., Berlin 1881 S. 610 ff.). Wenn sie jedoch die Zweiteilung des Rechts verlassen und zu einer Dreiteilung übergehen, müssen sie auch dem Naturrecht eine selbständige Stellung zwischen dem göttlichen und menschlichen Gesetz anweisen. Allerdings haben die katholischen Moralisten und Rechtsphilosophen (vgl. z. B. Singer S. 315) zu Zeiten gegen das rationalistische Naturrecht opponiert, nicht aber gegen das Naturrecht schlechthin (vgl. auch unten § 9 Note [31] ff.).

[12] Wenn z. B. im Sachsenspiegel III, 42 § 3 die Rede davon ist, dafs „nach der Wahrheit“ Keiner des Andern eigen sein solle, während doch positive Rechte eine rechtmäfsige Unfreiheit kannten, so zeigt sich darin (vgl. auch E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, S. 198 ff.) offenbar der Einfluſs der kanonischen Lehre (Gratian Dist. VIII, c. 5: *„Et certe quaelibet consuetudo, quantumvis vetusta, quantumvis vulgata, veritati omnino est postponenda, et usus, qui veritati est contrarius, abolendus“* und c. 8: *„Nam consuetudo sine veritate vetustas erroris est . . .“*). Gleich die erste litterarische Erscheinung, welche an den Sachsenspiegel anknüpft, die Glosse, liefert dann in den Ausführungen zum Text des Prologs ohne jede Veranlassung eine Deduktion des Naturrechts, die mit allen Hauptsätzen des Dekrets (vgl. die vorige Note [11]) korrespondiert. Darnach „hat das Recht seinen Anfang entweder von der Natur oder von der Gewohnheit“; „das natürliche Recht heifst auch Gottes Recht, darum dafs Gott dieses Recht allen Kreaturen gegeben hat.“ Für die Bezeichnung desselben als „natürliches“ werden vier Gründe angeführt. Das Verhältnis des natürlichen zum positiven Recht charakterisiert der Verfasser einmal dahin, „dafs durch dies (das natürliche) Recht gefunden worden alle andern Recht“, sodann durch die jeden Zweifel über seine Meinung ausschliefsenden Sätze: „Auch mag sich niemand mit einer Gewohnheit, die wider das natürliche oder geschriebene Recht (Dekalog?) ist, entschuldigen. Denn allen Satzungen und Gewohnheiten soll und mufs das natürliche Recht vorgezogen werden“ und „Ein gesatzt Recht mag wohl das andere aufheben, aber kein natürlich Recht mag es abthun“.

Rechts ein grofser Teil des bisherigen buntscheckigen Rechts beseitigt wird und in dessen Stelle die einförmige *ratio scripta*, als welche das römische Recht zu betrachten man sich bald gewöhnte, nun selbst einrückt. Ein Kleriker, ein Jurist, der das römische Recht in einem Lande anwenden möchte, wo dasselbe nicht recipiert ist, nimmt keinen Anstand, es dennoch unter dem Namen Naturrecht einzuschwärzen. Auf analoge Weise sucht man darin einen Stützpunkt in staatsrechtlichen Streitigkeiten u. s. w.[13]

Das leidliche Einvernehmen blieb auf dem Gebiete des Privatrechts, wo es der Praxis nicht schwer fiel, das römische Recht fortwährend nach ihren Auffassungen vom natürlichen zu korrigieren, in der neuen Zeit noch lange bestehen. Auch im öffentlichen Recht tritt sogar während der Bewegungen des Reformationszeitalters ein materieller Widerstreit selten hervor. Selbst die Einführung der menschlichen Vernunft in den Begriffsvorrat der erwachenden Rechtsphilosophie verursachte vorläufig keinen erheblichen Konflikt, solange man, wie die Reformatoren, darunter die durch den Christenglauben geläuterte Denkfähigkeit oder, wie die Vorläufer des Grotius, das Denken selbst d. h. das Bearbeiten eines gegebenen Vorstellungsinhaltes durch Trennen, Verbinden und Beziehen verstand.[14]

[13] Um z. B. dem Papst seine Ansprüche auf die französische Krone plausibel zu machen, legte Eduard III. von England demselben eine Deduktion über den Satz, dafs ein Weib Gut und Thron eines männlichen Vorfahren erben könne, vor, wobei er sich auf Naturrecht berief — es war aber thatsächlich römisches Recht, was hier als natürliches Rechtsprinzip angerufen ward.

[14] Gewöhnlich werden als die hauptsächlichsten Vorläufer des Grotius im Gebiete der Naturrechtsphilosophie nebeneinandergestellt J. Oldendorp, Juris naturalis, gentium et civilis isagoge, Coloniae 1539, N. Hemming, De lege naturae apodictica methodus, Witebergae 1562, und B. Winkler, Principiorum juris libri V, Lipsiae 1615. Indessen gehören sie nicht alle drei zusammen, insofern als die beiden Ersteren unter *jus naturale* eine Rechtsphilosophie, wozu sie die ersten unbeholfenen Schritte thun, verstehen, Winkler dagegen ein richtiges Vernunftrecht *(jus rationale)* in dem Sinne, dafs der materielle Inhalt des Rechts nicht mittels der Vernunft

b. Die nun unter dem Namen Naturrecht heranwachsende neue Rechtslehre beginnt sich zu befreien sowohl von der Herrschaft des Dogmas, welches die Erkenntnis zu binden prätendiert und sich zwischen das Denken und sein Objekt schiebt, als auch von den Fesseln der scholastischen Methode, die den Scharfsinn auf die Ausklügelung leerer Distinktionen und stumpfer Gegensätze beschränkt. Vielleicht war, können wir heute zugeben, die Emanzipation der Rechts- und Staatsphilosophie zuerst vom kirchlichen Dogma, dann, im weitern Verlauf des Differenzierungsprozesses, auch von der christlichen Moralphilosophie nicht anders möglich, als auf dem Wege der Überspannung der Idee von einem autoritätsfreien Recht. Weil man nur so die gleiche Unabhängigkeit wie die Naturwissenschaft erringen zu können glaubte, geriet man auf die Anwendung der naturwissenschaftlichen Vorstellungen auf das Rechts- und Staatsleben: das Rechtsgesetz sollte ein vollkommenes Analogon des Naturgesetzes d. h. ein allezeit und überall giltiges, ungeschriebenes, von allem menschlichen Belieben unabhängiges, direkt aus der Natur dés Menschen und rein vernunftmäfsig zu erkennendes Recht sein.

Indessen verfielen auch die Socialitätsphilosophen des XVII. Jahrhunderts noch nicht auf die Erfindung eines solchen natürlichen Rechts, das als förmliche Bestreitung des positiven auftreten sollte. Auch bei ihnen heifst Vernunft nichts als das Denken selbst. Um es in Bewegung zu setzen bedürfen sie aber eines eigentümlichen Vehikels, welches

---

aus andern Quellen, sondern aus der Vernunft selbst gefunden werden müsse: *ratio est fons juris humani* (vgl. die Auszüge aus dem selten gewordenen Buche bei Schmaufs, Neues Systema u. s. w. S. 181 ff. und namentlich v. Kaltenborn, Die Vorläufer u. s. w. II S. 61, 62, 70 und dazu I S. 243, 245). Durch die Bestimmtheit, mit der er diese Lehre formuliert, ist Winkler den späteren Klassikern des sog. älteren Naturrechts (Grotius, Pufendorf, Thomasius) vorausgeeilt. Übrigens findet sich schon bei Fr. Connanus, Commentarii juris civilis, (posthum) Paris 1553 Lib. I Cap. I et V (ed. Basil. 1562 p. 6 et 20) die Bezeichnung der Vernunft als Urquelle des Rechts, sodafs das Gesetz nur auszusprechen hätte, was „*re ipsa verum sit et honestum*".

ihnen der sog. Naturstand bietet. Die Lehre von demselben und seiner Umwandlung in den durch positives Recht beherrschten Staat behandeln sie auf die abstrakteste, formellste Weise. Die geschichtlich entstandenen Gröfsen des wirklichen Lebens lösen sie in allgemeine Verstandesabstraktionen auf und setzen Etwas, das sie Natur nennen, an die Stelle des durchaus im historischen Entwicklungsprozefs Gewordenen, wie es tausendfach mit der Vergangenheit verbunden und auf Veränderung in der Zukunft hingewiesen ist. Nicht der wirkliche Mensch der Geschichte liefert ihnen den Erklärungsgrund für die wechselvollen Thatsachen des Lebens und Wirkens in Sitte, Recht und Staat, sondern das abstrakte Schema einer ungeschichtlich aufgefafsten Menschennatur. Schliefslich genügt ihnen ein einzelner Teilinhalt an Stelle der ganzen Menschennatur: aus dem Naturstande führt schon der bloíse Geselligkeitstrieb, das Streben nach Selbsterhaltung, nach Glückseligkeit u. dgl. hinaus und in die organisierte Gesellschaft hinein. Dieser Trieb wird, unter vorgeblicher Ignorierung der realen Verhältnisse, als „Prinzip" gesetzt, von welchem dann alle Rechts- und Staatsordnung abzuleiten ist. Da die Einbildungskraft jener Philosophen aber noch nicht durch das Streben nach Umgestaltung der staatlichen und socialen Verhältnisse erregt ist, so enden die Folgerungen aus dem „Prinzip", wenigstens der Hauptsache nach, in dem geltenden Recht und bestehenden Staat. Man kann dieses ihr Verfahren allerdings nicht als ein wissenschaftliches bezeichnen. Gingen sie doch keineswegs von dem gegebenen Staat und der thatsächlichen Rechtsordnung aus, um Wesen und Entstehungsgründe derselben zu finden. Sie wollten vielmehr von einem durch Eingebung gewonnenen Standpunkt her mittels *a priori* konstruierter Begriffe Recht und Staat erfassen. Aber ihre auf Umwegen erschlossenen Resultate bildeten keine imaginäre Rechtsordnung, sondern bestätigten nur das alte Axiom, dafs das geltende Recht die mangelhafte und der Korrektur bedürftige konkrete Erscheinung oder Entfaltung der naturrechtlichen Grundsätze sei, d. h. die letzteren waren faktisch bloíse unrichtige und nach-

lässige Abstraktionen aus dem positiven Recht, das die spekulierenden Geister jener Zeit in Wirklichkeit umgab.

Allmählich formte und vermehrte man die erforderlich scheinenden Kategorien und zwängte nach und nach alle Rechtsdisciplinen, auch Kirchen-, Staats- und Völkerrecht, in dieselben hinein. Schliefslich, als in der ersten Hälfte des XVIII. Jahrhunderts die Anfertigung der Naturrechtskompendien in gröfserem Mafsstabe beginnt, setzt sich so ein System des *jus naturae et gentium* aus einer Anzahl feststehender Rubriken zusammen, unter denen eine Handvoll Kunstausdrücke, kaleidoskopisch durcheinandergerüttelt, als naturrechtliche Begriffe vorgeführt werden. Von einer grundsätzlichen Negation des positiven zu gunsten eines eingebildeten anderen Rechts ist bei ihnen wie auch noch in dem weitverbreiteten System Chr. Wolfs kaum etwas zu bemerken; ja noch in der zweiten Hälfte des XVIII. Jahrhunderts diskutieren die letzten Anhänger dieses Philosophen und Andere angeblich mittels der Vernunft entdeckte Rechtsprinzipien, die thatsächlich dem Kreise römischer resp. einheimischer Rechtsgedanken entstammen. In das Staats- und Völkerrecht, wofür diese Behauptung vielfach nicht zuzutreffen scheint, zog man schwankende Sätze aus dem benachbarten Gebiet der Moral, gegen welches das Naturrecht sich aller Bemühungen ungeachtet niemals scharf abzugrenzen gewufst hat, herüber, jedoch ausschliefslich in humanisierender, durchaus nicht, von ganz vereinzelten Ausnahmen abgesehen, in revolutionärer Tendenz.

Dafs es nicht sehr sinnreich war, ein zum allergröfsten Teil blofse Abstraktionen aus dem geltenden Recht enthaltendes Gedankensystem als Naturrecht zu bezeichnen, wurde erst verhältnismäfsig spät bemerkt.[15] Doch blieben die

[15] Bei dem katholischen Moralisten Desing, Juris naturae larva detracta etc., Monach. 1753 Cap. IV p. 15 sqq. (vgl. die Citate bei Singer in der Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, XVI S. 315) findet sich der Nachweis, dafs das angebliche Naturrecht gar kein Diktat der Vernunft, sondern ein Abklatsch des positiven der Zeit und Nation der Autoren, kein

Zweifel an der Haltbarkeit der Idee des Naturrechts überhaupt, gleichviel ob es nun mit dem positiven ganz übereinstimmte oder stellenweise ein wenig kollidierte, während dieser Periode nicht aus.

Die Opposition wider die Naturrechtsdoktrin entbehrte aber durchweg der Entschiedenheit und hat daher keinen sichtbaren Einfluſs ausgeübt. Wohl wies der skeptische Montaigne darauf hin, wie lächerlich die Annahme für ewig und unveränderlich zu haltender sog. natürlicher Gesetze angesichts dessen sei, dafs doch sonst überhaupt nichts Allgemeingiltiges entdeckt werden könne, während man für die so auffällige Verschiedenheit der Überzeugungen der Menschen hinsichtlich des Gerechten allerdings einen Grund

versprochenermafsen *ex sola ratione* geschöpftes Naturrecht, sondern hauptsächlich *jus civile „ornatum aliquot spoliis ethicae ac theologiae moralis“* sei. Eine ähnliche Rüge spricht später Fredersdorff, System des Rechts der Natur, Braunschweig 1790 S. VIII aus. Man habe, meint er, anstatt die bürgerlichen Gesetze daraufhin zu prüfen, ob sie mit dem Naturrecht übereinstimmen, und dann aus dem letzteren das Material zu den ersteren zu entnehmen, einfach die bürgerlichen Gesetze hergenommen und nach ihnen ein Naturrecht geformt. Daraus sei denn ein Naturrecht entstanden, welches nicht blofs die Lehre von den einzelnen Arten der Kontrakte, sondern sogar ein natürliches Feudalrecht, Wechselrecht und andere Lächerlichkeiten enthalten habe. Treffend noch später Hugo in seinem Civilist. Magazin II (3. Ausg. Berlin 1812) S. 39: „Bekanntlich ist es ein charakteristisches Stück der Wolfischen Schule, dafs sie, um das Naturrecht hübsch brauchbar zu machen, bei weitem nicht blofs die Metaphysik des Rechts, die letzten Gründe aller Rechte und Pflichten darin vorträgt, sondern von allen bei uns vorkommenden Rechtsgeschäften Definitionen, die aus dem positiven Recht genommen sind und worin schon die Keime zu allen positiven Bestimmungen liegen, zum Naturrecht zählt und alsdann aus diesen Definitionen das wieder herausnimmt, was hineingepackt worden ist. Auf diese Art gibt es denn schlechterdings garnichts Positives, was nicht in dem Naturrecht seine Stelle findet, und ein Wolfianer und Nettelbladtianer müfste nicht im mindesten in Verlegenheit sein, nicht nur die neue französische Konstitution, sondern auch die Staatsverfassung des heil. Römischen Reiches, auf deren Entstehung doch gewifs das Raisonnement *a priori* wenig Einfluſs gehabt hat, sobald es verlangt wurde, im Naturrecht aus lauter Definitionen zu demonstrieren. Man mufs wirklich ein solches Naturrecht gelesen haben, um sich vorstellen zu können, was darin alles vorkommt.“ Vgl. auch weiter unten S. 173 Note [2].

und zwar in der Verschiedenheit der Erziehung und Gewöhnung finden könne.[16] Wohl betonte auch der gläubige Pascal die erfahrungsmäfsige Veränderlichkeit des Rechts nach Ort und Zeit, die da zeige, dafs Gerechtigkeit etwas sei, was festgesetzt worden, weil es den Menschen so gefiel.[17] Aber ihre Stimmen drangen nicht in weitere Kreise. Dagegen fiel die Unsicherheit in betreff der Existenz oder Nicht-Existenz eines Naturrechts auf Seiten solcher Denker wie Hobbes, Spinoza und Locke, gerade weil sie zu den scharfsinnigsten aller Zeiten gerechnet wurden, mehr zu gunsten der Bejahung des Naturrechts ins Gewicht; den entschiedenen Leugnern desselben wird man sie nicht beizählen dürfen.[18] Eine anderweitige Gegnerschaft beginnt allerdings

[16] Montaigne, Essais, 1580—1588, Liv. II Chap. XII (éd. Villemain, Paris 1825 t. IV p. 320, 322).

[17] Pascal, Pensées sur la religion, (posthum) Paris 1670 Art. XXIV: De la justice (éd. Mme Périer, Paris s. a., p. 279 et suiv.).

[18] Hobbes, De cive, Paris 1642 Capp. I §§ 7—10, 14; III §§ 27, 29; V § 2 und VI § 16. In dieser letzteren Stelle erklärt er eigentlich das Naturrecht für gänzlich unnütz. Diebstahl, Todtschlag, Ehebruch, alle Schädigung seien nach dem Naturrecht verboten; was aber als Diebstahl u. s. w. gegen einen Bürger zu gelten habe, das bestimme nicht das natürliche, sondern das bürgerliche Recht. Denn nicht jede Wegnahme, so führt er weiter aus, ist Diebstahl u. s. w. Dem Naturrecht verbleibt somit, scheint es, von einem Recht nichts als der Name, da es nicht einmal die Begriffe zu fixieren hat. Dafs Hobbes aber durchaus Naturrechtler ist, geht aus der Aufzählung von zwanzig natürlichen Rechtsgeboten, die doch im Staate Geltung haben sollen (Capp. II u. III), hervor, sowie aus seinen Einteilungen (Cap. XIX § 4). Ähnliche Auseinandersetzungen sind auch in den beiden (zuerst London 1650 erschienenen) Aufsätzen: Human nature etc. u. De corpore politico etc. (vgl. auch Hobbes, The elements of law, natural and politic, ed. by F. Tönnies, London 1889, p. 70 and foll., 187 and foll.) sowie im Leviathan, London 1651, Chapp. XIV, XV u. XXVI enthalten. — Mit mehr Grund wird Spinoza für einen Leugner des Naturrechts gehalten. Er läfst im Tractatus theologico-politicus, Hamburg 1670 Cap. XVI das natürliche Recht im Staate aufhören, denn da sei nur das als Recht anzuerkennen, was die höchste Gewalt dafür erklärt; daher er sich auch hütet, in den Capp. XVII u. XX, wo er die Schranken der Staatsgewalt erörtert, die Ansprüche der Unterthanen gegen die Regierung als Rechte zu bezeichnen. Ungefähr das Nämliche wie hier (im Cap. XVI)

schon im XVII. Jahrhundert sich bemerkbar zu machen. Indessen richtet sich dieselbe keineswegs prinzipiell gegen jede Vorstellung von einem nichtpositiven Recht überhaupt, sondern nur gegen eine oder mehrere Abarten der Naturrechtsidee. Wider die vernünftelnden Socialitätsphilosophen insbesondere traten nach und nach eine Menge Schriftsteller auf, denen zumeist die Emanzipation der Rechtslehre von der Offenbarung und der christlichen Moralphilosophie mifsfiel, so der Gegner Grotius' Selden, die beiden Gegner Pufendorfs Rachel und Alberti, ferner v. Seckendorf und die beiden Cocceji nebst Kestner und andern Anhängern, endlich die zahlreichen Widersacher Chr. Wolfs, wie z. B. Desing, Buddeus, Crusius u. v. A.[19] Andere, da-

steht im Tractatus politicus, (posthum) 1677 Cap. II § 3 sqq., während er im Cap. III § 3 wieder sagt, das Naturrecht erlösche, wenn man die Sache recht erwäge, im Staate nicht. Indessen meint er vielleicht nur die Naturtriebe, da er sogleich den Satz anschliefst: „*Homo namque tam in statu naturali, quam civili, ex legibus suae naturae agit suaeque utilitati consulit.*“ Nimmt man dazu noch die Grundlehre Spinozas (Ethices, Pars IV, Prop. XXXVII Sch. II), dafs es im Naturstande überhaupt nichts Gerechtes und nichts Ungerechtes gebe, weil dort ja jedermann seinem natürlichen Recht d. h. dem Recht des Stärkeren folge — so hat man die Belege für seine Unentschiedenheit beisammen. Sie ist eine Folge der grundsätzlichen Identifikation von Recht und Macht. — Locke hätte, wenn er konsequent gewesen wäre, allerdings kein natürliches Recht zugeben dürfen, nachdem er im Essay concerning human understanding, London 1690 Book I Chap. 3 behauptet hatte, dafs die Moralgesetze nicht angeboren seien und man keine sittlichen Prinzipien, die für alle Gesellschaften Geltung hätten, entdecken könne (§ 4 and foll.), vielmehr beobachte, wie die praktischen Grundsätze sich vielfach widersprächen (§ 10) und von manchen Völkern gänzlich verworfen würden (§ 11). Er gehört aber doch mit unter die Naturrechtsphilosophen, weil er sein Staatsrecht ganz und gar auf aprioristischen Prinzipien aufbaut, z. B. Essay concerning the true original etc. of civil government (Two treatises on government, London 1690 No. II), Chap. VII and foll.

[19] Selden, De jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum, London 1640, Lib. I Capp. VII u. VIII (2. ed. Argent. 1665 p. 85 sqq., 94 sqq.). — Rachel, De jure naturali et gentium diss. duae, Kiloni 1676, I § 20 p. 16 sqq. V. Alberti, Compendium juris naturae, orthodoxae theologiae conformatum etc., Lips. 1678, Praef. — V. L. v. Seckendorf,

runter namentlich Hombergk und Schmaufs, polemisierten wohl vielfach gegen die bis zu ihrer Zeit zutage getretenen Richtungen der Naturrechtsdoktrin und deren auffälligste Auswüchse.[20] Aber weder die Einen, noch die Andern finden sich selbst aus dem naturrechtlichen Zauberkreise heraus, und ihre kritischen Kämpfe spielen sich daher durchweg innerhalb der immer blofs verschieden gedeuteten, nicht ihrer Wesenhaftigkeit nach beanstandeten Naturrechtsidee ab. Von einem Montesquieu, der bekanntlich die Ab-

Christen-Staat, Leipzig 1684 u. Teutsche Reden, Leipzig 1686 (vgl. Hinrichs, Geschichte u. s. w. II S. 203 ff., 226 ff.). Heinr. v. Cocceji, De principio juris naturalis unico, vero et adaequato, (Diss. seines Sohnes Samuel C.) Frankf. a. O. 1699 (abgedr. in den Exercitationes curios.e, II Lemgo 1722 Nr. 18 p. 353 sqq.) § 10 ff., 28 ff.; Positiones pauculae etc., 2. ed. 1719 § III sqq.; vgl. auch desselben Prodromus justitiae gentium, Frankf. a. O. 1719 (abgedr. in den Exercit. cur. II Nr. 66). Sam. v. Cocceji, Tractatus juris gentium: De principio juris naturalis unico etc., Frankf. a. O. 1702 Pars I Quaest. 2 sqq. (vgl. Trendelenburg, Friedrich d. Gr. u. sein Grofskanzler Sam. v. Cocceji, 1863 [zuerst in d. Abhandl. der Berliner Akad. d. Wiss. 1863, dann in den Kl. Schr. I Leipzig 1871 S. 159 ff., bes. S. 167 ff.]). H. E. Kestner, Jus naturae et gentium, Frankf. u. Leipzig 1705, Cap. I. — Desing, Juris naturae larva detracta etc. (vgl. Schmaufs, Neues Systema u. s. w. S. 357 ff. und oben S. 162 Note [15]). Über Buddeus und Crusius vgl. die Auszüge bei Buhle, Geschichte der neueren Philosophie, (Gesch. d. Künste u. Wiss. VI. Abt.) Göttingen 1803 Bd. IV S. 679 ff. u. Bd. V S. 32 ff.

[20] (J. Fr. Hombergk zu Vach) Dubia juris naturae, Halle (angeblich Douai) 1719 (Auszüge bei Schmauss, Neues Systema u. s. w. im II. Buch S. 371 ff.). In seinem spätern Werk De jurisprudentia rationali, Marburg 1722, S. 149 ff. redet er selbst wieder dem Naturrecht das Wort, (vgl. de Wal, Over het bestaan etc. van het natuurregt, S. 108 ff.). — Schmaufs, Neues Systema des Rechts der Natur, Göttingen 1754, I. Buch: Historie des Rechts der Natur. Nach dem Vorwort hat Schmaufs keine Spur eines Rechts in des Menschen Natur finden können und dafür gehalten, dafs es gar kein *jus naturae* gebe; im III. Buch S. 449 ff. aber führt er doch die Umrisse eines eigenen Lehrgebäudes des Naturrechts vor. — An diesen, unter ihren Zeitgenossen als Ketzer verschrieenen sog. Gegnern des Naturrechts sieht man deutlich, was es damals mit solcher Gegnerschaft auf sich hatte. Es war eben immer nur eine höchst relative Opposition auf Grund der Überzeugung: Dein Naturrecht ist kein Naturrecht, mein Naturrecht ist ein Naturrecht. Vgl. auch S. 179 ff.

hängigkeit aller Einrichtungen von Klima, Bodenbeschaffenheit, Lage des Landes, von Lebensweise, Beschäftigung, Religion, Sitte des Volkes lehrt, sollte man eigentlich erwarten, dafs er auch die notwendige Relativität alles Rechts behaupten würde. Indessen ist auch er dem Glauben seines Zeitalters an ein absolutes Recht unterlegen.[21]

Entschieden skeptisch verhalten sich zur Theorie von Naturrecht einerseits nur einige kritische Philosophen, so namentlich Hume und unter den vorrevolutionären Franzosen Helvetius[22], andrerseits ein Jurist von streng po-

[21] Montesquieu, De l'esprit des lois, Genève 1748, Liv. I Chap. III zu vergleichen mit Chap. I. Hier findet sich das bekannte Dictum: „Zu behaupten, es gebe kein Recht oder Unrecht aufser dem, was die positiven Gesetze anordnen oder verbieten, heifst behaupten, es seien, ehe man einen Kreis gezogen, die Radien nicht alle gleich gewesen.“ In einem nicht gezogenen Kreise aber gibt es überhaupt keine Radien, also auch nicht gleiche.

[22] Hume, Treatise upon human nature, London 1738—1740, Book III Part II Sect. II: Die Gerechtigkeit hat ihren Ursprung im Vorteil und die Impressionen, welche die Empfindung der Gerechtigkeit erwecken, sind der menschlichen Seele nicht von Natur eigentümlich, sondern erst durch Konvention und künstliche Einrichtungen der Menschen entstanden. Dazu Enquiry concerning the principles of morals, Edinburgh 1751 Sect. III (On justice): Die Gesetze der Gerechtigkeit hängen völlig von dem besonderen Zustande ab, in welchem sich die betreffenden Menschen befinden, und haben Ursprung wie Dauer blofs dem Nutzen zu danken, der dem Gemeinwesen aus einer genauen und regelmäfsigen Beobachtung derselben erwächst. — Helvetius, De l'homme, (posthum) London 1772 Sect. IV Chap. VIII—X (Oeuvres, London 1781 t. III p. 290 et suiv.): Es gibt keinerlei Unrecht vor einer Konvention, einem Gesetz und einem gemeinen Interesse. — Voltaire und den Baron Holbach darf man dagegen nicht zu den Leugnern eines natürlichen Rechts zählen. Sie haben jedenfalls keine entschiedene Ansicht in dieser Beziehung. Voltaire sagt zwar einmal (Remarques pour servir de suppl. à l'essai sur les moeurs, Nr. XVII [Oeuvres éd. Paris 1818 t. XII p. 632]), alle Gesetze seien aus dem Ermessen entsprungen, daher durchaus veränderlich u. s. w.; ein andermal aber (Commentaire sur le livre des délits et des peines [Oeuvres t. XVIII p. 182]) konstatiert er die Existenz natürlicher Gesetze, welche, was man auch sagen möge, die Natur selbst zur Aufrechterhaltung der natürlichen Gerechtigkeit in unsre Herzen geschrieben habe, sodafs z. B. Diebstahl, Landesverrat und andre Verbrechen überall und immer Verbrechen seien,

sitivistischer Richtung, nämlich J. J. Moser.[23] Sie beschränken sich jedoch sämtlich darauf, ihre von der landläufigen abweichende Meinung als einfache Gegenbehauptungen oder Zweifelsfragen in aphoristischer Weise zu verlautbaren. Flatt endlich unternimmt wohl, die wissenschaftliche Berechtigung der Sache zu kritisieren, bleibt aber dem innersten Kern der ganzen Frage fern und begnügt sich damit, die einzelnen vordringlichen Lehren des Vernunftrechts, insbesondere die von den natürlichen Zwangsrechten und -Pflichten, zu zerpflücken.[24]

Wie dürfte man auch einen tieferen Einblick in die geschichtliche Natur alles Rechts von Seiten eines Zeitalters verlangen, das sich bereits anschickte, sein absolutes Recht praktisch ins Leben zu setzen — ohne sich dessen bewufst zu werden, dafs das erhabene natürliche Recht auf diese Weise doch in verächtliches positives Recht verwandelt und an den Anfang einer neuen geschichtlichen Entwicklung gestellt werde. „Der Geist der Zeit," bemerkt treffend ein neuerer Naturrechtslehrer, „wollte nicht an das Historische gemahnt sein, mit dem er zu brechen vorhatte, nicht an die Gesetze und Bedingungen, die dem

während die Staatsgesetze aus dem Bedürfnis entstehen und demgemäfs einen wechselnden Inhalt besitzen. Ähnlich widerspricht sich Holbach, Système de la nature, 1770 Chap. IX (éd. London 1771 t. I p. 152): Gesetz ist nichts Anderes als die Summe der einzelnen Willensmeinungen in der Gesellschaft, sofern diese übereingekommen ist, das Betragen ihrer Mitglieder zu bestimmen oder deren Handlungen zweckgemäfs zu leiten, dagegen Système social, 1773 Part. II Chap. I (éd. London 1773 II p. 10): Das positive Recht vermag nicht das natürliche aufzuheben.

[23] J. J. Moser, Versuch des neuesten europ. Völkerrechts in Friedens- u. Kriegszeiten, I Frankf. a. M. 1777 in der vorausgeschickten Abhandlung § 3 S. 23 ff. Vgl. auch die Äufserungen Mosers über das *jus naturae* und das „abstrakte Denken und Raisonnieren . . ., welche *ingenia* zur Behandlung des *juris publici* nicht eben die brauchbarsten sind" bei Frensdorff, Die ersten Jahrzehnte des staatsrechtlichen Studiums in Göttingen, (Festschr.) Göttingen 1887 S. 16, 18.

[24] J. F. Flatt, Vermischte Versuche, Leipzig 1785 Nr. I: Ideen zur Revision des Naturrechts oder Prolegomena eines künftigen Zwangsrechts, S. 1 ff.

Wollen und Handeln Schranken setzten; er verlangte nicht Berücksichtigungen, sondern rücksichtslose, einfache, durchschlagende Prinzipien," er verlangte „eine einfache durchschlagende Theorie, welche in absoluten Sätzen, mit dem Glauben der Unfehlbarkeit den kräftigsten Impuls für das Wollen und Handeln gab." [25]

§ 5. Das Naturrecht von der Revolution bis zur Mitte des XIX. Jahrhunderts.

a. Ein von dem bisherigen gänzlich verschiedenes, dem thatsächlichen Rechtszustande feindliches Aussehen nahm die Naturrechtsdoktrin seit der zweiten Hälfte des XVIII. Jahrhunderts an, als sie sich zur Wortführerin der unterdrückten Klassen aufwarf und unter dem Einflufs der Schriften Rousseaus allmählich radikale Tendenzen zu verfolgen begann.

Von Natur sind alle Menschen gleich — also mufs auch das Recht für alle das gleiche sein, heifst das neue Axiom, und das hochmütige *siècle des lumières* vermifst sich, das absolute Recht für alle Völker und Zeiten zu entwerfen. Zu diesem Rechtssystem mufsten die allgemeinen Grundbegriffe konstruiert werden. Früher begnügte man sich mit einem natürlichen Triebe — Geselligkeit, Selbsterhaltung u. s. w. — als allgemeinster Voraussetzung, an welche die theoretischen Auseinandersetzungen angeknüpft werden konnten; jetzt stellte man abstrakte Begriffe, wie Freiheit, Gleichheit, Volkssouveränetät, als Prinzipien auf, aus denen praktisch höchst bedeutsame Folgerungen: die von zeitlichen, örtlichen und überhaupt allen Bedingungen gänzlich unabhängigen Urrechte, gezogen wurden. Bisher hatte man die Freiheit des Individuums nur in den „Naturstand" aufserhalb der positiven Rechts- und Staats-

[25] Ahrens, Naturrecht, 6. Aufl. I S. 121, 124.

ordnung verlegt, seit Kant aber wurde sie zum „Prinzip“ und Ziel der letzteren erhoben. Es konnte demgemäfs nur noch das durch Vertrag oder durch eine von Allen konstituierte Staatsgewalt geschaffene Recht anerkannt werden. Für die Leistungsunfähigkeit der neueren Naturrechtsdoktrin ist es charakteristisch, dafs sie, weil sie alle Rechtsbildung ausschliefslich dem vernünftigen Wollen zielbewufst handelnder Menschen zuschreibt, das Gewohnheitsrecht entweder vollkommen ignorieren oder, unter Verleugnung der Selbständigkeit desselben, seine Verbindlichkeit auf Zulassung kraft Gesetzes zurückführen mufs.

Die ältere Naturrechtslehre kam von den Naturtrieben aus doch auf Umwegen zu dem geltenden Recht; diese neuere ging weder von der thatsächlich bestehenden Rechtsordnung, um sie wissenschaftlich zu erfassen, aus, noch lief sie auf dieselbe hinaus. Sie wollte garnicht die wirkliche Rechts- und Staatsordnung begreifen, sie wollte sie vernichten. Das positive Recht war der Garant des Absolutismus, der Privilegien, der Freiheitsbeschränkungen und zahlloser socialer und politischer Mifsstände, die abzuschaffen waren, damit Freiheit und Gleichheit verwirklicht werden könnten. Darum mufste es fort. Verbrennt Eure Gesetze und macht deren neue! riet Voltaire. Woher die neuen nehmen? Aus der Vernunft!

In der menschlichen Vernunft ruhen die Rechtsprinzipien. Sie brauchen nur erschlossen, die für das praktische Leben erforderlichen Einzelheiten daraus logisch abgeleitet zu werden — und die normale, durch ihre Vernünftigkeit giltige Rechtsordnung ist fertig. Die Gesetzgebung des Staates hat nur für die Verwirklichung dieses Rechts Sorge zu tragen. Hier wirft aber der Zweifel ein paar Querfragen hinein. Warum sind denn, so darf man fragen, noch staatliche Rechtsgesetze nötig, da sie doch den aus der Vernunft geborenen Rechtsnormen nichts, was sie nicht ohnehin besitzen, hinzuzufügen vermögen? Auf diese Frage fallen die Antworten allesamt höchst mangelhaft aus. Sie können auch garnicht anders. Denn der Widerspruch zwischen der Annahme, dafs alles Recht nur aus der freien Selbstbeschränkung der Nation abgeleitet werden könne, und der gleichzeitigen Statuierung eines von Natur oder Vernunft wegen d. h. unabhängig von allen Entschliefsungen des Volkes oder seiner Mandatare geltenden Rechts, ist schlechthin unauflöslich. Die andere Querfrage lautet: sofern das positive Recht mit den Rechtspostulaten der Vernunft unvereinbar ist, gilt es oder gilt es nicht? Hierauf antworten die entschiedenen Revolutionäre mit einem logisch korrekten Nein. Die zaghafteren Politiker dagegen bleiben in dem Dilemma, entweder die Rechtsnatur ihrer Prinzipien fallen lassen oder dem positiven Recht die Verbindlichkeit offen absprechen zu müssen, kläglich stecken. Sie mögen das Eine so wenig wie das Andere, und so versuchen sie denn, ihr Publikum täuschend, mit gleifsenden Redensarten um die Spitze der Frage herumzukommen. Vor dem Richterstuhl der Geschichte aber wird wohl der Mangel an Wahrheit, nicht der an Wahrhaftigkeit vergeben.

Nachdem die Vernunft, bisher das Mittel zur Erkenntnis des aus der „Natur des Menschen“ fliefsenden und geflossenen Rechts, selbst zur unmittelbaren Quelle des Rechts erhoben worden, wird nunmehr auch das Naturrecht richtiger Vernunftrecht genannt. Die gemeinsame Überzeugung aller Rechtsphilosophen, die einem solchen absoluten Recht nachstreben, ist schliefslich folgende. Die Wissenschaft hat sich von dem positiven Recht zu befreien und mehr als bloíse geordnete Erkenntnis des Thatsächlichen für das sociale Leben zu leisten: sie hat das normale Recht zu schaffen, denn sie ist die Vernunft, welcher es obliegt, die dem Menschen angeborene Rechtsidee zu entfalten. Und auf diesen Glauben ergiefst sich nun eine gewaltige Flut vernunftrechtlicher Schriften über die nur zu empfänglich gestimmte Welt.[1] Wozu alle die bunten Katego-

[1] Die Bemerkung Jean Pauls (Vorrede zum „Siebenkäs“) über die „Naturrechte, deren jede Messe und jeder Krieg neue liefert“ kann dahin präzisiert werden, dafs manche Büchermesse (z. B. 1795 und 1797) bloís in

risierungen der subjektiven Rechte eigentlich dienen sollten, was die Einteilung des Vernunftrechts in reines und angewendetes, des angewendeten in absolutes und hypothetisches, des letzteren wieder in allgemeines und besonderes hypothetisches u. s. w. bedeutete und inwiefern in diesen und ähnlichen Dingen ein Fortschritt der theoretischen Erkenntnis liege — darnach fragte kaum jemand. Aber den praktischen Kern: das Evangelium von der Freiheit des Individuums und seinen unveräufserlichen Rechten, wufste jedermann selbst aus den aberwitzigsten scholastischen Einschachtelungen leicht herauszufinden. Es sind spärliche Gedanken, welche die rationalistische Litteratur in armseliger Eintönigkeit endlos variiert. Aber die Popularität und rapide Verbreitung derselben durch Buch und Lehre erklärt es, wie das Vernunftrecht alsbald so mächtig, zugleich zerstörend und befruchtend, wirken konnte. Bekannt ist, wie mit der Zeit alle Rechts- und Staatsordnungen ins Schwanken gerieten um abstrakter Ideale willen, welche die Vernunft d. h. unter ihrer Hülle die Phantasie für ebenso abstrakt gedachte Menschen konstruierte; wie der in der Theorie betriebene Kultus der Vernunft folgerichtig in praktischen Subjektivismus umgeschlagen ist; wie schliefslich während der französischen Revolution die Menschen bereit waren, unter Berufung auf die Vernunft, „die leichtbewegliche", heute anzubeten, was sie gestern verbrannt, und morgen wieder zu verbrennen, was sie noch heute angebetet hatten, jenachdem ob irgendein Affekt plötzlich als Vernunft zu gelten begann oder aufhörte. Bekannt ist aber gleichfalls, dafs die vernunftrechtliche Be-

Deutschland bis zu acht und mehr neue Naturrechtssysteme brachte. Register über die schier unglaubliche Menge derselben für die Jahre 1780—1830 bei Warnkönig, Rechtsphilosophie u. s. w. S. 137 ff., Schletter, Handb. d. jurist. Litteratur, (Bibliographie) Grimma u. Leipzig 1843 S. 319, zu ergänzen durch Meister, Lehrb. d. Natur-Rechtes, Frankf. a. O. 1809 S. 122 ff. Die bekanntesten daraus sind, von Kant und Fichte abgesehen, die Schriften von Hoepfner, Hufeland, Schmalz, Abicht, Schaumann, Hoffbauer, Heydenreich, Klein, Meister, Krug, v. Gros, Bauer, v. Droste-Hülshoff — ein geringer Bruchteil der Gesamtzahl. Die vernunftrechtelnden Broschüren u. s. w. sind schlechthin unzählbar.

wegung nicht blofs destruktiv, sondern auch fruchtbringend gewirkt hat, indem sie einesteils die Kräfte und freie Meinungsäufserung des Individuums von einer Menge sinnloser Fesseln befreien, andernteils zahllose Mifsstände des öffentlichen Lebens beseitigen und neue Formen der Staatsgesellschaft einführen half.[2]

b. Nachdem die Idee eines aufser dem positiven daseienden Rechts sich so festgewurzelt hatte, blieb dem XIX. Jahrhundert kaum etwas daran nach der formellen Seite zu thun übrig; wohl aber in Beziehung auf den materiellen Gehalt. Die Form eines unabhängig vom staatlichen existierenden und diesem, als dem angeblich rein willkürlichen irgendwie überlegenen Rechtssystems hatte sich im

[2] Vgl. darüber unten § 7. — Die damalige Naturrechtsepidemie hat aufser den zahlreichen ernsten, an weltgeschichtlichen Umwälzungen zu ihrem Teil mitarbeitenden Schriftwerken auch eine, und zwar eine recht umfangreiche Litteratur gezeitigt, die uns heute mehr zum Lächeln als zum Kritisieren reizt. Sie ist hier selbstverständlich nicht zu berücksichtigen. Reichliche Proben davon finden sich in dem witzigen Buche (Seidenstickers, des Göttinger Kollegen Hugos) Juristische Fragmente, 2 Bde. Göttingen 1802, bes. im II. Bande. Indessen weisen die mancherlei skurrilen Nutzanwendungen, welche Leute ohne Geschmack, aber darum nicht auch ohne Logik von den angeblichen Rechtsprinzipien der Koryphäen des Naturrechts machten, mitunter in drastischer Weise auf den faulen Kern der ganzen Doktrin: den schrankenlosen Subjektivismus, hin. Wenn da Einer deduziert, dafs der Gebrauch des Haarpuders eine Verletzung der unveräufserlichen Rechte der Menschheit sei, oder dafs das Naturrecht nicht jedermann freistelle sich Reitpferde zu halten („bei den jetzigen bedrängten Zeiten", setzt er hinzu d. h. er fällt aus dem ewigen Naturrecht plötzlich in ein geschichtlich bedingtes, was seinen gröfsten Zeitgenossen ganz ebenso passiert), oder dafs die Postanstalt ein naturrechtliches Institut sei u. s. w. (Jur. Fragmente, II S. 12, 19) — so sind das allerdings sonderbare juristische Abmüfsigungen. Aber sie regen doch die Fragen an: Wie kommt es wohl, dafs das Naturrecht in sich absolut keine Anleitung zur Bestimmung der Stelle enthält, an welcher mit der, bei positiven Rechtssätzen aufserdem nie zu Lächerlichkeiten führenden Detaillierung der „natürlichen" Rechtsgrundsätze Halt zu machen wäre? und: Welche Handlungen resp. Einrichtungen der Menschen gelten vor dem Vernunftrecht als juristische Adiaphora? Es ist nicht einzusehen, warum denn die Rechtserzeugung aus der Vernunft bei irgendwelchen äufseren Handlungen und Einrichtungen versagen soll.

Zeitalter der Aufklärung und der Revolution trefflich bewährt. Verdankten doch die liberalen und revolutionären Schriftsteller einen guten Teil ihres immensen Erfolges dem Umstande, dafs sie ihre Forderungen unter dem an sich packenden Namen des Rechts auftreten liefsen. Die effektvolle Form war aber offenbar gänzlich unabhängig von dem Inhalt, den sie bisher umkleidet hatte. Warum sollte sie nicht auch benutzt werden, um andersartigen Ideen eine ähnliche energische Wirkung zu sichern? Die älteren Naturrechtslehrer hatten ja gleichfalls unter dem nämlichen Gewande die verschiedensten Prinzipien, Hobbes z. B. den fürstlichen Absolutismus verteidigt. Warum also sollte das neue Naturrecht oder Vernunftrecht durchaus nur Rousseau-Kantische Gedanken der Freiheit und der Souveränetät des Volkes sanktionieren können, warum nicht auch konservative, royalistische und beliebige andere, extreme oder vermittelnde?

In der That zeigte sich bald, dafs das Vernunftrecht durchaus keinen eigenen notwendigen Inhalt besafs, sondern bereitwilligst jedes ihm zugeführte Gedankenmaterial deckte. Als erst jedermann, einerlei welcher Lebensauffassung und politischen Richtung, welches philosophischen und religiösen Glaubens, an seiner Vernunft rechterzeugende Kraft glaubte, nahmen auch die zahmsten und lahmsten Theorien die Form des Vernunftrechts an, in dessen Namen bisher die Weltverbesserungspraxis der Girondisten und Jakobiner durch Guillotine und Eroberungskriege in Scene gesetzt worden war. Die Absolutisten nach dem Muster des Vicomte de Bonald, die Gesinnungsgenossen des Reaktionärs C. L. v. Haller[3], die Konstitutionellen nach der Doktrin Royer-Collards oder des deutschen Staatslexikons

[3] Es ist nicht gerechtfertigt, wenn man Haller, weil er die Staatsprinzipien des Vernunftrechts i. e. S. heftig befehdet, zu den Gegnern des Naturrechts zählt. Er behauptet allerdings (Restauration der Staatswissenschaft, [1816—1820] 2. Aufl. I Winterthur 1828), der Naturstand sei eine ungereimte Annahme (S. 18 ff.), operiert aber selbst von vornherein mit einem natürlichen Staatsrecht (S. 11 ff.) und schliefslich auch mit einem Naturstande, der nach seiner Ansicht nie aufgehört hat (S. 337). Folgerichtig erklärt er auch, „natürliche“ und „bürgerliche“ Gesellschaft seien ein und dasselbe, hält aber nicht den Ausdruck „natürliche Gesellschaft“, sondern im Gegenteil den Ausdruck „bürgerliche Gesellschaft“ für gänzlich überflüssig (S. 460 ff.). Wenn man nun dasjenige natürliche Staatsrecht, das er systematisch entwickelt, nicht auf eine Linie mit sonstigen naturrechtlichen Konstruktionen soll stellen dürfen, so müfste es inhaltlich durch das positive gebildet sein, welches Haller nur „natürliches“ zu nennen beliebt — was aber durchaus nicht der Fall ist. Er ist vielmehr durch und durch Naturrechtler, nur dafs er die Muster seines Naturrechts in den positiven Institutionen vergangener Zeiten suchte (vgl. auch noch Geyer, Geschichte u. s. w., S. 88; Thilo, Die theologisierende Rechts- und Staatslehre, S. 266). Der wahrhaft geschichtliche Standpunkt ist ihm jedenfalls fremd (vgl. Singer in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, XVI S. 311 Note[45]): er ist ein reaktionärer Naturrechtsdoktrinär, kein Proselyt der Historischen Schule.

— sie gehen sämtlich *a priori* zu Werke, sie glauben alle an die absolute Unabhängigkeit des omnipotenten Gesetzgebers von allen geschichtlich entstandenen Bedingungen und an die Möglichkeit, Recht und Staat nach wechselnder Einsicht heute so und morgen anders einzurichten. Nur Eins fordert jeder: dafs man seine Gedanken als den einzig wahren Ausdruck der Vernunft acceptiere — was ja leicht erklärlich ist; aber er fordert es indem er verlangt, dafs durch die Gesetzgebung zu Recht erhoben werden Prinzipien, die er gleichzeitig für bereits giltiges Recht ausgibt — was ein unerklärlicher Widerspruch in sich, aber durchaus charakteristisch für die Duplicität seines Rechtsbegriffes ist.

Jedwede Vorstellung von einem Recht, man möge es nennen wie man wolle, aufser dem positiven ist jedes objektiv feststellbaren, bestimmten Inhaltes bar. Er wird notwendig und ausschliefslich durch philosophische Ansichten und sittliche Überzeugungen, praktische und namentlich politische Wünsche gebildet, die bestenfalls künftig in den Bestand des Rechts eingehen könnten. Hierfür bietet die neueste Geschichte der Rechtsphilosophie zu ihrem Teil einen doppelten überzeugenden Nachweis.

Einmal nämlich zeigt uns der Kampf, den die verschiedenen aprioristisch verfahrenden Richtungen unseres Jahr-

hunderts einander kritisierend ausführen, dafs noch kein einziges materielles Postulat — kein Prinzip, kein Satz, kein Grundbegriff — von irgendeiner derselben aufgestellt worden, ohne dafs ihm die anderen befugter Weise jede objektive Begründung abgesprochen hätten. Sie zeihen sich gegenseitig der verschiedensten intellektuellen und sittlichen Defekte und zertrümmern eine der andern Luftschlofs, das natürlich in den Augen des betreffenden Erbauers unzerstörbar bleibt; sie bekämpfen einander auf das bitterste und jede wirft mit ihrem, dem echten Idealrechte alle anderen, selbstverständlich illegitimen Idealrechte nieder. Aber keine macht sich viel daraus, denn der Streit der verschiedenen Prinzipien, insoweit er sich in rechtsphilosophischen, doktrinellen Formen bewegt, hat überhaupt nur die Bedeutung eines Scheingefechtes: der ernsthafte Kampf derselben Ideen ohne Masken d. h. der reellen Interessen und Ansprüche wird auf ganz andern Gebieten, insbesondere dem der Politik, ausgefochten.

Sodann ist die auffällige Thatsache zu beherzigen und daraus der Schlufs auf die Leerheit des Naturrechtsbegriffes zu ziehen, dafs derselbe bei allen, unter sich doch so verschiedenartigen rechtsphilosophischen Hauptrichtungen der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts eine Haupt- oder Nebenrolle spielt. Es sind namentlich folgende Systeme, welche während dieses Zeitraumes der sich allmählich entfaltenden und ausbreitenden historischen Rechtstheorie parallel laufen. Vor allem die der zahlreichen Nachfolger Kants. Diese glauben durch ihren Meister in den Besitz des einzig echten Ringes gekommen zu sein und führen demgemäfs die entschiedene Sprache des überzeugtesten Vernunftrechtswahnes.[4] Ferner die Lehre Krauses, die bei Lebzeiten desselben allerdings wenig beachtet wurde. Sie besteht, wie die späteren Systeme seiner bekannten Schüler

[4] Die Zahl derselben ist sehr grofs; die meisten der S. 172 Note [1] genannten Autoren z. B. gehören hierher. Über die in die zweite Hälfte unsres Jahrhunderts hinüberragenden Kantianer vgl. weiter unten § 9 Note [18–20].

Ahrens und Roeder zeigen, in einem ethisierenden Naturrecht und ist, wenn man die Gedanken aus dem wunderlichen Kleide einer eigens zum Zweck der Verhüllung derselben verfertigten Sprache herausschält, im Grunde nicht über Cicero und Leibniz hinausgekommen. In einer Hinsicht übertrifft sie jedoch alle sonstigen spekulativen Theorien: sie sucht und entdeckt die Rechtsprinzipien für alle Vernunftwesen nicht blofs der Erde, sondern des Universums.[5] Ein heimlicher Glaube an das Naturrecht beherrschte

[5] Der Beweisstellen dafür, dafs Krause einer eigenartigen naturrechtlichen Doktrin huldigte, sind so viele, dafs sie nicht alle angeführt werden können, vgl. etwa Grundlage des Naturrechts, I (1803) 2. Aufl. von Mollat, Leipzig 1890 S. 23 ff., 48 u. II (herausg. von Mollat, Leipzig 1890), wo z. B. ein natürliches Kirchenrecht entwickelt wird (S. 68 ff.); ferner Abrifs des Systemes der Philosophie des Rechts oder des Naturrechts, Göttingen 1828, S. 11, 45; namentlich aber System der Rechtsphilosophie, (Vorlesungen herausg. von Roeder) Leipzig 1874 z. B. S. 4: „Das Naturrecht . . . hat zu erkennen, was an sich recht ist infolge der vernünftigen Natur des Menschen, der Völker, der Menschheit, abgesehen von aller Geschichte, von aller individuellen Persönlichkeit, von allen geschichtlichen Gesetzgebungen und Staaten; mithin sucht das Naturrecht zu erkennen, was ewig recht ist, nicht nur hier und da, zu dieser oder jener Zeit, für dieses oder jenes Volk, sondern was da Recht ist an sich, also auch als Recht giltig überall im Weltall, für alle Vernunftwesen, für alle Geister, für alle Menschen und für alle Gesellschaften derselben.“ Man sollte glauben, dieses „giltige“ recht resp. Recht sei auch das wirkliche Recht; aber das Giltige gilt doch nicht (vgl. auch oben S. 49 Note), ist nicht das Wirkliche: als wirkliches Recht wird weiterhin (S. 294) das positive bezeichnet, freilich aufgefafst als „eben das ewige notwendige Recht selbst in individueller Bestimmtheit“. — Das Krausesche Naturrecht zeichnet sich übrigens, wie das obige Citat andeutet, dadurch vor andern aus, dafs es ein alles Mafs überschreitendes „Giltigkeits“-Gebiet beansprucht, sich nicht auf unsere Erde beschränken mag. Pythagoras, der von einem Menschen und Thieren gemeinsamen Recht geredet haben soll (Cicero, De republica III, 19; Jamblichus, De vita Pythagorica, Cap. XXX §§ 168, 169) dachte sich das Recht doch wenigstens sozusagen geocentrisch; den späteren Rechtsphilosophen genügte regelmäfsig der Mensch, ihre Lehre war also anthropocentrisch; nur Hoffbauer, Naturrecht, (1793) § 67 ff. (3. Aufl. Halle 1804 S. 53 ff.) erschien die Gattung Mensch wieder nicht abstrakt genug und er ersann daher ein „reines“ Naturrecht, das für alle Vernunftwesen gelten sollte, während die Menschen dazu noch ein „angewandtes“ aus seiner Hand erhielten. Ähnlich

vielleicht auch Herbart, trotzdem er nur positives Recht zu kennen vorgibt[6], und bei Fr. J. Stahl, dem scharfen

vermeinte nun Krause, der vielleicht Anklänge daran bei Leibniz wahrgenommen hatte, für die Vernunftwesen aller Sonnenwelten ein Naturrecht finden zu können (zuerst im Urbild der Menschheit, Dresden 1811 S. 93, 290, dann in den Vorlesungen über die Grundwahrheiten der Wissenschaft, Göttingen 1829 S. 543, namentlich aber in den Schriften: Grundlage des Naturrechts, 2. Aufl. S. 51 ff., Abrifs u. s. w. S. 13 und System der Rechtsphilosophie S. 229 ff., wo er demgemäfs ein „Weltbürgerrecht" von dem blofsen „Erdbürgerrecht" unterscheidet). Über dieselbe Idee von solch einem Gespensterrecht bei Roeder u. A. vgl. unten § 10 Note [13].

[6] Von Herbart wird nicht selten behauptet, er habe in seiner „praktischen Philosophie" durchaus die Positivität alles Rechts betont und das Naturrecht in Abrede gestellt. Ich kann jedoch nicht finden, dafs er hierin so ganz sicher gewesen. Allerdings spricht er in der Allgemeinen praktischen Philosophie, 1808 (Werke herausg. v. Hartenstein, VIII Leipzig 1851 S. 52) nur vom „sogenannten" Naturrecht und sagt im Lehrb. zur Einleitung in die Philosophie, 1813 (Werke I Leipzig 1850 S. 139), das Recht sei „seiner Materie nach allemal positiv d. h. aus willkürlicher Festsetzung mehrerer einstimmender Willen entsprungen", wozu er noch in der 2. Ausg. die Anmerkung macht: „Das ganze neuere Naturrecht, welches nicht blofs die Form, sondern auch die Materie des Rechts (die einzelnen Rechtsverhältnisse) bestimmen will, ist eine der Verirrungen des menschlichen Geistes." Dies fällt jedoch nicht so stark ins Gewicht wie die Thatsache, dafs er schon in der 3. Ausg. diese Anmerkung wieder fortgelassen (vgl. Werke I S. 140 Note) und in der späteren Schrift Analytische Beleuchtung des Naturrechts, 1836, folgende Sätze ausgesprochen hat: „Versteht man unter Naturrecht die Lehre von Rechten, die vorhanden sind ohne positives Gesetz; desgleichen unter Moral die Lehre von Pflichten, wie sie in ihrem ganzen Umfange der Tugendhafte beobachtet: so hat die allgemeine praktische Philosophie Naturrecht und Moral zu begründen und zusammenzufassen" (Vorrede, Werke VIII Leipzig 1851 S. 215) und: „Das Naturrecht, wenn es irgend auf Unabhängigkeit vom positiven Recht Anspruch macht, kann nur durch Gründe wirken" (§ 27, Werke VIII S. 240). Er scheint also doch im späteren Lebensalter sich naturrechtlichen Ideen zugeneigt zu haben, wenngleich er keine materiellen Prinzipien dieser Art vorgetragen hat. — Die Herbartianer sprechen sich teils garnicht über die naturrechtliche Frage aus, wie Landmann, Hauptfragen der Ethik, Leipzig 1874; teils verneinen sie ausdrücklich jedes Recht aufser dem positiven, wie Hartenstein, Die Grundbegriffe der ethischen Wissenschaften, Leipzig 1844 S. 199, Allihn, Die Grundlehren der allgemeinen Ethik, Leipzig 1861 S. 182, Ziller, Allgem. philosophische Ethik, Langensalza 1880 S. 210, Steinthal, Allgem. Ethik,

Kritiker aller vernünftelnden Rechtsphilosophie, nahm es eine eigentümlich christlich-konfessionelle Einkleidung an.[7] Ja sogar Hegel hat, seinem Grundgedanken, dafs das „wirkliche" Recht auch das im Sinne des Panlogismus „vernünftige" Recht sei, widersprechend, noch irgendein absolut vernünftiges Recht, dem die Gebrechen des positiven nicht anhaften, im Sinne geführt.[8]

So vertragen sich alle diese und die sich von ihnen abzweigenden Doktrinen ganz vortrefflich mit der uralten, unendlicher Modifikationen fähigen Vorstellung von einem nichtpositiven Recht, wofür sie die verschiedensten Namen zu erdenken nicht müde werden. Jede vermeint für ihren Teil die verdächtige Herkunft ihrer Lehre durch blofse Umtaufe verdeckt zu haben, jede bestreitet den feindlichen andern die gleiche Kraft des gleichen Experimentes — ein untilgbarer Tropfen naturrechtlichen Öles haftet ihnen allen an. Hegelianer, Herbartianer, Krauseaner u. s. w. werfen wohlgemut

Berlin 1885 S. 145; teils bejahen sie in verschiedener Weise die Existenz eines Rechts aufser dem positiven, ohne jedoch materielle Naturrechtssätze aufzustellen, vgl. z. B. unten im § 9 Brentano Note [7], Geyer und Thilo Note [26].

[7] Vgl. weiter unten S. 192 und § 9 Note [47] ff.

[8] Aus der Abhandlung: Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, 1802 (im Krit. Journ. f. Philosophie, Bd. II Stück 2 u. 3 [Werke I Berlin 1832 S. 323—423]) ist die Stellung Hegels zu unsrer Frage nicht zu eruieren. Dagegen ersieht man aus seinen Grundlinien der Philosophie des Rechts (Werke VIII Berlin 1833), dafs er zwar das Naturrecht in dem Sinne, wie es vor und während seiner Zeit kultiviert wurde, verwarf, aber sich doch nicht, obgleich dies seine prinzipielle Stellung zu allen Erscheinungen des sittlichen Lebens im weitesten Umfange forderte, jedes Gedankens an ein Recht, das nicht voll und ganz das wirkliche, positive Recht (im gewöhnlichen, nicht im Hegelschen Sinne: vgl. oben S. 51 Note) wäre, zu entschlagen vermochte. In der Vorrede (Werke VIII S. 18) sagt er wohl von der Staatsphilosophie, sie habe nicht einen Staat wie er sein soll zu konstruieren; es fehlt jedoch die parallele Behauptung, dafs die Rechtsphilosophie sich dem Recht gegenüber ähnlich zu verhalten habe. Allerdings bezeichnet er (§ 2 S. 25) als unphilosophisch die Methode „die eigene Brust und die Begeisterung zur Quelle des Rechts zu machen"; aber es läfst sich bezweifeln, ob seine Methode, durch reine Begriffsoperationen eine Erkennt-

nach allen Seiten mit Steinen um sich, obwohl sie samt und sonders im selben geräumigen Glashause Naturrecht sitzen.

---

nis des Seienden zu gewinnen, thatsächlich so grundverschieden von dem Verfahren der regelrechten Naturrechtsdoktrin war. Hegels Rechtslehre begreift auch die Sittenlehre in sich, umfafst also die gesamte sog. praktische Philosophie (vgl. insbes. Grundlinien § 33 S. 70 u. die §§ 142 ff. S. 210 ff.). In ihr sucht er, um die von der Historischen Schule aufgegebene Einheit des Rechts dieser Erde wieder aufzufinden, nach einer neuen Form der Einigung: er findet sie in der einen ewigen Idee, die in den verschiedenen nationalen Rechten zur Erscheinung kommt. Falls nun Hegel diese ewige Idee sozusagen materiell fassen und ihr einen Inhalt beilegen sollte, den er als „Recht" trotz und aufser dem positiven anerkennt — dann wäre man auch befugt, ihn der Naturrechtlerei zu zeihen. Und dergleichen blickt in der That aus einigen Stellen hervor, die uns verraten, dafs jene ewige Idee in Hegels Gedanken mit einem eigenen Rechtsinhalt, einem Recht „an sich" oder „philosophischen" Recht erfüllt war. So spricht er in der Vorrede (S. 8 Note), wo er des im Rechtsgebiet möglichen Widerstreites zwischen den seienden und seinsollenden Gesetzen erwähnt, auch von dem „an und für sich seienden Recht, welches unverändert bleibt". Dieses Recht „an sich" kehrt auch noch im § 211 (S. 271): „Was an sich Recht ist, ist in seinem objektiven Dasein gesetzt" und öfter wieder. Ferner lesen wir im § 3 (S. 27), dafs „eine Rechtsbestimmung sich aus den Umständen und vorhandenen Rechts-Institutionen als vollkommen gegründet und konsequent zeigen lassen und doch an und für sich unrechtlich und unvernünftig sein" könne, wie angeblich eine Menge Bestimmungen des römischen Privatrechts zeigen. Auch darf nicht unbemerkt bleiben, dafs Hegel noch die ganze durch und durch naturrechtliche Lehre von der Unveräufserlichkeit und Unverjährbarkeit der ursprünglichen Menschenrechte beibehalten hat (§ 66 S. 105 ff.). Endlich finden sich bedenkliche Stellen, die sich nur aus der Annahme eines aprioristischen materiellen Rechtsbegriffes erklären lassen, in seiner Encyklopädie der philos. Wissenschaften, Teil III § 529 u. § 550 (Werke VII, 2 Berlin 1845 S. 397 u. S. 426), wo schliefslich der protestantische Staat als der wahrhaft sittliche Staat, Deutschland als die Verwirklichung der wahren Monarchie hingestellt wird, da dort durch die protestantische Religion die subjektive Freiheit mit dem Staatsrecht versöhnt werde (§ 552 gegen Ende [Werke VII, 2 S. 439]; ähnlich auch am Schlusse der Philosophie der Geschichte [Werke IX Berlin 1837 S. 545]). — Wie hinsichtlich Herbarts (vgl. S. 178 Note [6]), so ist auch hinsichtlich Hegels bei der Entscheidung der Frage, ob er in meinem Sinne (vgl. § 2 S. 130 ff.) Naturrechtslehrer sei oder nicht, das Verhalten der bedeutenderen unter seinen Schülern und Anhängern von grofsem Gewicht. Bei Gans (Scholien zum Gajus, Berlin 1821; Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, 4 Bde. Ber-

Den gröfsten Triumph feierte die Naturrechtslehre, als einige Gesetzbücher vom Anfang unsres Jahrhunderts [9]

---

lin resp. Stuttgart 1824—1835; Vermischte Schriften, 2 Bde. Berlin 1834), L v. Hasner, Philosophie des Rechts u. seiner Geschichte, Prag 1851 und Roefsler (System der Staatslehre, I Leipzig 1857; Das Deutsche Reich und die kirchliche Frage, Leipzig 1876), die in den cit. Schriften wohl Anlafs gehabt hätten, ein Bekenntnis nach der Seite des absoluten Rechts abzulegen, finde ich dergleichen nicht, bei Friedländer (Jurist. Encyklopädie, Heidelberg 1847 S. 139 ff.) und Ed. v. Hartmann (Phänomenologie des sittlichen Bewufstseins, Berlin 1879 S. 503 ff.) sogar strikten Widerspruch gegen die Annahme eines Naturrechts, auch keine Neigung, die gleiche Sache unter einer andern Form einzuführen. Das sind aber auch die einzigen. Alle übrigen Hegelianer im engern und weitern Sinne haben die Lehre vom „an sich" seienden oder „philosophischen" u. s. w. Recht angenommen. Vgl. u. A. weiter unten im § 9: Lassalle Note [6], K. H. Pütter und Michelet Note [21] und im § 10: die Kriminalisten Köstlin, Berner, Hälschner u. s. w. Note [2] ff., Lasson Note [8], L. v. Stein Note [24].

[9] Ein altes Mifsverständnis betrifft das Verhältnis gewisser Gesetze und Gesetzbücher aus dem vorigen Jahrhundert zum Naturrecht und ist an dieser Stelle aufzuklären. Unter den Stützen für die Haltbarkeit ihrer Grundidee — Existenz eines Rechtes vor und aufser allem positiven Recht — führen die Naturrechtslehrer nicht selten als Thatsache an, dafs nicht blofs die bekannte Declaration des droits de l'homme et du citoyen vom 4. Aug. 1789, sondern auch das jedenfalls nicht von Revolutionären verfafste preufsische Landrecht vom J. 1796 auf naturrechtlichen Quellen beruhe und ein Naturrecht anerkenne. Dieser Berufung liegt indessen eine Unklarheit oder Verwechslung zu Grunde. Die Declaration des droits de l'homme der Nationalversammlung (übrigens kein Original, sondern den Deklarationen verschiedener Staaten Nordamerikas aus dem J. 1776 entlehnt, vgl. z. B. Janet, Hist. de la science politique, 3. ed. I p. XIX) formulierte die „natürlichen" Rechte des Individuums, wie sie damals verstanden wurden; durch die Aufnahme in verschiedene nachfolgende Verfassungsurkunden (vgl. § 7 Note [8]) verwandelten sich die Sätze der Deklaration in positive Rechtsprinzipien, über deren praktische Anwendbarkeit hier nicht zu reden ist. Es handelt sich also um Gesetze, welche ihren Inhalt aus den Forderungen der politischen und rechtsphilosophischen Litteratur ihrer Zeit gezogen hatten. Das thun alle Gesetze. Völlig gleichgiltig ist dabei, dafs sich diese Litteratur selbst naturrechtlich nannte und viel mit dem Ausdruck Naturrecht operierte. Jedenfalls liefsen die betr. Gesetze, nachdem sie so die vermeintlichen natürlichen Rechtsprinzipien fixiert d. h. in positive verwandelt hatten, kein anderweitiges Naturrecht, welches nicht positives geworden und doch verbindliches „Recht" geblieben wäre, in irgendeiner Form, weder für Staats-, noch für Privatrecht, zu. Ein

dem Richter für den Fall, dafs ihn alle sonstigen Entscheidungsmittel verlassen, auf die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ zu greifen gestatteten. Der französische und der belgische Code civil gehören nicht dazu, obgleich dies hier und da von

---

Gesetz aber, das kein Naturrecht neben dem geltenden Gesetz, mithin immer nur positives Recht anerkennt, kann nicht als Beispiel für die formelle Anerkennung eines Rechts, das giltig wäre ohne positives Recht zu sein, also eines formellen Naturrechts, angezogen werden. — Deutlicher tritt die Art des in Rede stehenden Mifsverständnisses hervor, wenn es sich auf ein Gesetzbuch wie das preufsische Landrecht bezieht, das gewifs durch die naturrechtliche Litteratur des XVIII. Jahrhunderts, die man doch nicht mit der Naturrechtsidee identifizieren darf, beeinflufst ist, aber keine Sanktion der abstrakten Annahme einer auf radikale Umwälzungen ausgehenden Zeitströmung enthält. Wenn in diesem Gesetzbuche eine Anerkennung des Naturrechts in demselben Sinne, wie etwa das badische und das österreichische sie allerdings zeigen (vgl. S. 183 Note [11]), enthalten sein sollte, so müfste sie sich doch in den §§ 46–49 der Einleitung finden. Daselbst ist jedoch des Naturrechts nicht gedacht, nicht einmal als einer subsidiären Quelle allerletzter Ordnung, die praktisch kaum jemals in Funktion treten kann. Dieses Gesetzbuch kennt nur solches Recht, das einen objektiv erkennbaren Werdeprozefs durchgemacht hat. Das Publikationspatent vom 5. Febr. 1794 verbietet (XVIII) zum Überflufs ausdrücklich jede Auslegung auf Grund eines „philosophischen Raisonnements“. Nicht weniger unrichtig ist es daneben, wenn man von Seiten der Naturrechtsgläubigen das preussische Landrecht inhaltlich als einen Niederschlag der materiellen Dogmen der Naturrechtsdoktrinen jener Periode darstellt. Im grofsen und ganzen ist das Landrecht eine Transformation des geschriebenen Rechts und der Gerichtspraxis, also eine Kodifikation im eigentlichen Sinne dieses Wortes (vgl. z. B. unmifsverständlich W. Bornemann, Die Rechtsentwicklung in Deutschland u. s. w., Berlin 1856 S. 51: Es war den preufsischen Kodifikatoren das Naturrecht kein erdachtes, sondern aus dem vorhandenen Rechte das vernünftige und natürliche; dazu Stölzel, Svarez, Berlin 1885 S. 231, 278, 375 ff.). Woher die Anregungen zu den Verbesserungen kamen, ob, wie nicht unwahrscheinlich (vgl. Degenkolb, Art. Preufsisches Landrecht im Staatslexikon, 3. Aufl. XII S. 128 ff.), zum Teil aus Schriften nach Art der Wolfschen und Nettelbladtschen, die sich Naturrecht betitelten, ist allerdings nicht in allen Beziehungen gleichgiltig, aber doch für die vorliegende Frage. Denn irgendwoher mufs doch ein jedes Gesetz, das einen neuen Rechtsgedanken einführt, diesen Gedanken nehmen, der eben noch nicht positives Recht ist. Sollte dadurch anerkannt sein, dafs er vor der Positivierung schon als formloses Naturrecht, immerhin als Recht existiert habe? Dann würde ja schliefslich dem nichts im Wege stehen, dafs man

naturrechtlicher Seite mit Befriedigung behauptet worden[10], wohl aber das badische Landrecht vom Jahre 1809 und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1811. Die Praxis scheint jedoch von der schwankenden Stütze des Naturrechts niemals ausdrücklich Gebrauch gemacht zu haben, da die anderen Hilfsmittel, nämlich Interpretation aus dem Geist des Gesetzbuches und mittels Analogie, welchen durch dieselben Gesetze der Vorrang eingeräumt worden war, eben nie versagten.[11]

---

sich jede Änderung des Rechts so denke, als wenn bisheriges Naturrecht sich in nunmehriges positives Recht verwandle, und alle Gesetzgebungsmotive so, als wenn sie Erwägungen der Frage: Was ist heute Naturrecht? seien! Wenn da nicht der heilloseste Mifsbrauch des Wortes Recht zugegeben, sondern verlangt wird, was damit gesagt ist solle buchstäblich genommen und gedacht werden, so ist das eine Zumutung, der kein richtiges Juristengehirn Folge leisten kann. Die Naturrechtler aber müssen den Gedanken denken; sie sind gezwungen, sich das gänzlich Unvorstellbare als einen vollkommen richtigen Gedanken vorzustellen, denn es liegt hier nichts vor als ein Anwendungsfall ihrer von Hause aus unvollziehbaren Vorstellung von einem Recht, das nicht in jedem Prinzip, Satz und Begriff das fertige positive selber ist.

[10] Vgl. z. B. Haus, Elementa doctrinae juris philosophicae etc., Gandavi 1824 p. 45; Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen u. s. w., Kassel und Göttingen 1872 S. 13. Man beruft sich dabei auf den bekannten § 4 beider Gesetzbücher, worin jedoch, ohne irgendeinen Hinweis auf ein natürliches Recht, dem Richter bei Strafe verboten wird, unter dem Vorwande des Schweigens, der Unklarheit oder Unzulänglichkeit des Gesetzes Justiz zu verweigern (vgl. auch Bierling, Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe, I S. 100 ff.). Auch die im Code Nap. vorkommenden Ausdrücke „Billigkeit“ (§ 1854), „natürliche Billigkeit“ (§ 565), „Billigkeit und Natur der Obligation“ (§ 1135) sind ein Naturrecht als subsidiäres Recht herbeizuziehen nicht geschaffen. — Die Anerkennung sog. Naturalobligationen, d. h. nicht klage-, sondern nur einredeweise geltend zu machender Ansprüche, steht mit der Anerkennung eines objektiven Naturrechts offenbar aufser jedem Zusammenhang, den erst A. D. Weber, Systemat. Entwicklung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten u. s. w., (1784) 3. Aufl. Leipzig 1825 hergestellt hat, worauf er dann einige Zeit von den Pandektisten festgehalten wurde; jetzt ist er gänzlich aufgegeben.

[11] Landrecht für das Grofsherz. Baden, Satz 4a (vgl. dazu Barazetti, Einführung in das französ. Civilrecht und das bad. Landrecht u. s. w., Frankf. a. M. 1889 S. 76 ff., demzufolge hier unter dem „natürlichen“ Recht

c. Was die Gegner des Vernunftrechts wider dasselbe äufserten, hatte während der Revolutionszeit kaum irgendwelchen Einfluſs auf die allgemeine Denkweise der Völker Westeuropas. Die litterarischen Widersacher der französischen Revolution brachten aufser bloſsen Gegenbehauptungen kaum hier und da ein schwächliches Argument gegen die radikale Rechts- und Staatslehre, die solche Auswüchse sanktionierte, vor[12], und der Apostel des

kein anderes als das gemeine oder römische zu verstehen ist) und österreichisches allg. bürgerl. Gesetzb. § 7, dem übrigens schon das westgalizische Gesetzbuch v. J. 1797 § 19 mit der gleichen Bestimmung vorausgegangen ist (vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar zum österreich. allgem. bürgerl. Gesetzb., I, 1 Wien 1877 S. 173). Darüber, daſs sich niemals ein Fall ereignen könne, in welchem die Praxis auf jene subsidiäre Quelle rekurrieren müſste, sind die Interpreten dieser Bestimmung einig, nicht so über ihren Sinn (vgl. Unger, Über die wissenschaftliche Behandlung des österreich. allg. Privatrechts, Wien 1853 S. 28 ff. und System des österreich. allg. Privatrechts, § 11 [4. Aufl. Leipzig 1876 S. 67 ff.]; Pfaff und Hofmann, Kommentar u. s. w., I, 1 S. 194 ff.) Vesque v. Püttlingen, Handb. des in Österreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts, 2. Aufl. Wien 1878 S. 17 ff.; Krainz, System des österreich. allg. Privatrechts, herausg. v. Pfaff, I Wien 1885 S. 14 ff.). Jedoch ist Stammler, Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, S. 33 nicht mehr und nicht weniger zuzugeben, als daſs die Verfasser des Gesetzbuches in dem Glauben an ein Naturrecht befangen waren. Wie man aber, während man „das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie“ für eine sogen. subsidiäre Rechtsquelle erklärt, diese selbe Eigenschaft der „Wissenschaft“ absprechen darf (Pfaff und Hofmann, Kommentar u. s. w. S. 190), das vermag ich nicht einzusehen — oder sollte man unter Wissenschaft vielleicht Litteratur und zwar ganz speciell bloſs diejenige Litteratur, die Gesetzesparagraphen kommentiert, verstehen dürfen? Wenn wir doch endlich wüſsten, was eigentlich Quelle ist! (vgl. oben S. 40, 68). — Über die Stellung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich vom J. 1888 zum Naturrecht vgl. oben S. 121.

[12] Bei A. W. Rehberg, Untersuchungen über die französ. Revolution, I Hannover 1793 z. B. finden sich nur die Bemerkungen, daſs die Gesetze der Vernunft durchaus nicht hinlänglich seien, um daraus Gesetze der bürgerlichen Gesellschaft herzuleiten (S. 12), und daſs die Entwürfe idealer Staatsverfassungen gar keinen Zweck hätten (S. 54). — Was den berühmtesten Gegner der groſsen Revolution, Edmund Burke, und den gewandtesten Vertreter der Reaktion gegen ihre Folgen für die aufserfranzö-

Utilitarismus Bentham glaubte sie mit ironischen Seligpreisungen der Naturrechtserfinder und spöttischen Bemerkungen über die phantastischen Bildungen des für heilig ausgegebenen Naturrechts abthun zu können.[13] Was sollte man

sischen Staaten, Fr. v. Gentz, betrifft, so gebührt diesen beiden wohl kaum ein Platz unter den entschiedenen Feinden des Naturrechts. In der Jugend waren beide der Naturrechtsdoktrin ergeben. Burke legte etwa 1765 (Tracts relative to the laws against popery in Ireland, Chap. III Part I (Works IX London 1812 p. 351) das rein naturrechtliche Bekenntnis ab: *„All human laws are, properly speaking, only declaratory; they may alter the mode and application, but have no power over the substance of original justice.“* Gentz aber vertheidigte sogar ausdrücklich das Naturrecht („Über den Ursprung und die obersten Prinzipien des Rechts“ in der Berlinischen Monatsschrift v. April 1791); er sprach, schon damals ein Anhänger Kants, von den „unveräufserlichen Rechten“ und dem „wahren ursprünglichen Naturrecht“ wie von etwas Selbstverständlichem („Über die Deklaration der Rechte“, abgedr. in den Ausgew. Schr. herausg. von W. Weick, II Stuttg. u. Leipz. 1837 S. 63, 90). Ja er hat noch im Jahre 1809 Worte niedergeschrieben, die da zeigen, daſs er die frühere Denkweise durchaus nicht losgeworden („Betrachtungen über Kants Rechtslehre“, abgedr. in Aus dem Nachlasse Fr. v. Gentz', I Wien 1867 S. 289 ff.). Wenn Burke den unermüdlichen Fabrikanten von Konstitutionen, Abbé Sieyés, verspottete (Letter to a noble Lord etc. [Works VIII, London 1803 p. 58; diese Stelle übersetzt auch v. Raumer, Über die geschichtl. Entwicklung u. s. w. 3. Aufl. S. 116 ff.]) und namentlich in dem von Gentz verdeutschten bekannten Werke über die Revolution (Reflections on the revolution in France, 1790 [Works V p. 25 and foll.], deutsche Bearb. von Fr. Gentz, 1793 [neue Aufl. 1794; abgedr. in Gentz' Ausgew. Schr. I Stuttg. u. Leipz. 1836]) gegen die Versuche, eine bestimmte Art des Naturrechts zu verwirklichen, auftrat, so war das recht wohl ohne prinzipielle Negation des Naturrechts jeder Art möglich.

[13] Bentham, Introduction to the principles of morals and legislation, 1789 Chap. XIII § 10 (französ. im I. Bande der Ausg. von Dumont: Traités de législation civile et pénale, 3 vls. Paris 1802, 2. éd. 1820 t. I p. 125 et suiv.; deutsch anonym: Jerem. Benthams Prinzipien der Gesetzgebung, Köln 1833 S. 113 ff. und im I. Bande der Ausg. v. Beneke: Grundlinien der Civil- und Criminalgesetzgebung, 2 Bde. Berlin 1830 I S. 128 ff.) bezeichnet das natürliche Recht als eine entschieden zurückzuweisende Fiktion, anderwärts (vgl. Jarosch, Jerem. Benthams Stellung zur Naturrechtslehre, Charkow 1886 [in russ. Sprache] S. 40 ff.) als ein anarchistisches Sophisma. Die sarkastischen Stellen über die Naturrechtler finden sich in der Introduction etc. Chap. III (éd. Dumont I p. 12 et suiv., 20; anonyme Übers. S. 10 ff., 18 ff.; deutsche Ausg. von Beneke I S. 108 ff., 123 ff.) und

denn an die Stelle der Vernunft setzen? Waren doch die bedeutendsten Juristen, selbst ein Feuerbach, ein Thibaut, zu tief befangen in der Verehrung der menschlichen Vernunft, um sich eine andere als die rationalistische Philosophie des Rechts denken zu können.[14] Nur ganz allmählich

zusammengestellt auch bei John St. Mill, Über Bentham (Werke herausg. von Gomperz, X Leipzig 1874 S. 136 ff.). Übrigens glaubte Bentham seinerseits an die Möglichkeit, sein Nützlichkeitsprinzip überall vermittelst der Staatsgesetzgebung realisieren zu können. Er war infolge dessen sein ganzes Leben hindurch mit Rechtsreformen und Kodifikationen beschäftigt, auch bereit, dergleichen für Länder auszuarbeiten, deren thatsächliche Zustände ihm fremd waren. Daher wird er wohl dem Glauben an die Allmacht der Vernunft recht nahe und also dem Glauben an das Vernunftrecht nicht so fern, wie er selbst meinte, gestanden haben. Dafs ihm tiefere Kenntnis der Rechtsgeschichte abging, ist sehr wahrscheinlich; gewifs fehlte ihm der geschichtliche Sinn gänzlich. Trotz alledem darf man doch seine Theorien nicht zu den naturrechtlichen zählen, wie hier und da (z. B. von Brunner in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl. S. 346 ff. unter Zustimmung Sir Frederick Pollocks, An introduction to the history of the science of politics, London 1890 p. 111) geschieht.

[14] An Feuerbach haben wir ein frappantes Beispiel dafür, welche Wirkungen der Druck einer unwiderstehlichen Zeitidee auf die hellsten Köpfe auszuüben vermag (vgl. auch § 7 Note[3]). Unter beständigen Protesten gegen die Vermischung des Naturrechts mit dem positiven Recht oder, wie er sich ausdrückt, die Einmischung der Philosophie in die Rechtswissenschaft — aber was sollte eine Philosophie des Rechts, die zudem doch selbst unabänderlich eine Art der Rechtswissenschaft sein und bleiben mufs, dann überhaupt noch für einen Sinn haben? — verficht Feuerbach die lauterste Vernunftrechtsdoktrin in zahlreichen Schriften: Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Giltigkeit der natürlichen Rechte, Leipzig u. Gera 1795; Kritik des natürlichen Rechts, Altona 1796; Lehrbuch des gem. peinlichen Rechts, zuerst 1801, 9. Aufl. 1825, 14. Aufl. von Mittermaier, Giefsen 1847; Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft, (Rede) Landshut 1804; Vorrede zu der Schrift von Borst, Über die Beweislast im Civilprozefs, Leipzig 1816, 2. Aufl. 1824. Da finden sich u. a. die Sätze, dafs das Recht nicht nach dem bestimmt werden könne, was thatsächlich geschieht, sondern nach dem, was geschehen darf, und dieses Dürfen müsse aus Prinzipien, die vor aller Erfahrung vorhanden und von ihr ganz unabhängig sind, hergeleitet werden (Über die einzig möglichen Beweisgründe u. s. w. S. 10); dafs die natürlichen Rechte ihr Dasein allein aus der vernünftigen Natur des Menschen haben, dessen Vernunftvermögen dann mit einer eigenen juridischen Funktion ausgestattet

befreien sich einige besonnene Vertreter der verschiedenen Zweige der Geisteswissenschaften von dem Joch des vernunftrechtlichen Dogmatismus. Sie deuten, mehr von Ahnung als von klarer Erkenntnis geleitet, auf den einzig richtigen Weg, gehen ihn aber noch nicht selbst. Es sind dies bekannte Männer: der Geschichtschreiber Schlosser, der Philosoph Schelling, der Ethiker Schleiermacher[15]

wird (Kritik u. s. w. S. 39 ff.; S. XII, 244, 260, 305; der II. Teil S. 19 ff. dieser Schrift ist eitel Naturrechtlerei); dafs die Leugnung eines nichtpositiven Rechts soviel wie Verzicht auf eine Rechtsphilosophie bedeute, und noch manche andre, damals landläufige Ansichten (Über Philosophie u. s. w. S. 11, 25, 82, 96 ff.). Verarbeitet sind dieselben im Lehrbuch § 2 ff. (Bemerkungen dazu von Mittermaier in der 14. Aufl. S. 2 ff.) und § 22, wo von „Rechtswidrigkeiten an sich", „Rechten der Unterthanen an sich" die Rede ist, u. s. w. Zum Überfluſs erklärt sich Feuerbach noch direkt gegen die Historische Schule (Vorrede zur cit. Schrift von Borst). Vgl. auch bei R. Loening in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III (1883) S. 283, 284 und insbes. S. 292—295, 301—303, 308—310, 327 den Nachweis dafür, wie Feuerbach sich über das positive Recht hinwegsetzte. Mancherlei Selbstwidersprüche desselben erklären sich allerdings, was auch R. Loening (S. 320) plausibel macht, daraus, dafs er sich oftmals als Verfasser eines Gesetzbuches denkt: dieses schöpft er aus seinem Naturrecht, während er es doch, nachdem es ins Leben getreten, vor der Willkür der Richter, die es wiederum ihrem Naturrecht hintansetzen könnten, schützen möchte. — Der Romanist Thibaut handelte in seiner Jurist. Encyklopädie und Methodologie, Altona 1797 § 13 ff. nach dem hergebrachten Schema vom Naturrecht als einer „Hauptwissenschaft" und liefs auch im System des Pandektenrechts, I Jena 1803 § 7 ff., 5. Aufl. 1818 § 8 ff. einige Spuren davon erblicken; in der 8. Aufl. 1834 fehlen die verfänglichsten Stellen.

[15] J. G. Schlosser bezeichnet schon im J. 1777 die Elaborate seiner Zeitgenossen als „sogenanntes" Recht der Natur (Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deutschen bürgerlichen Rechtes u. s. w. Vgl. Singer in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht XVI 1889 S. 295); später geht er zu der entschiedenen Behauptung, es gebe kein allgemeines Recht der Natur, und einer ironischen Behandlung der Naturrechtskompendien über (Briefe über die Gesetzgebung u. s. w., Frankf. 1789 S. 97, 243 ff.); endlich deutet er auf die Verwechslung des Naturrechts mit der Rechtsphilosophie und die daraus resultierenden Täuschungen hin, indem er von dem *„jus naturae*, das man für philosophische Jurisprudenz verkauft" spricht (Civilistisches Magazin, I 1791 S. 86, 95, 3. Ausg. 1810 S. 34, 43). — In den Schriften des andern Historikers, der mit zu den Vorläufern der Geschichtlichen Schule

und einzelne nüchtern denkende Juristen, so namentlich neben manchen längst völlig vergessenen auch der unver-

gezählt wird, B. G. Niebuhrs, finde ich keinerlei seinen naturrechtsfeindlichen Standpunkt irgendwie kennzeichnende Auslassungen. — Dafs die Philosophie Schellings einen gewissen Einfluſs auf die Anschauungen der Begründer der Historischen Rechtsschule und einiger Affiliierten derselben, z. B. Stahls (vgl. dessen Philosophie des Rechts, I Vorrede [4. Aufl. S. XVII ff. Note]) ausgeübt habe, ist von jeher behauptet und zugestanden worden (vgl. u. A. v. Kaltenborn, Die Vorläufer des H. Grotius u. s. w., I S. 63 ff.; Kahle, Die spekulative Staatslehre oder Philosophie des Rechts, Berlin 1846 S. 110 ff.). Nur das Maſs dieses Einflusses steht nicht fest (vgl. die Auseinandersetzungen von E. Loening in d. Festrede v. 12. Dec. 1879, Dorpat 1880 S. 6 ff. Note, der nur eine geringe und mittelbare, und Singer in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, XVI S. 304 ff., der gar keine Abhängigkeit Savignys von Schelling zugibt; über die Einwirkung Schellings auf Puchta vgl. die Biographie des Letzteren in den Kl. civ. Schr. Leipzig 1851 S. VI, VIII). Unbestreitbar dagegen ist, dafs Schelling zu den entschiedensten Gegnern der ungeschichtlichen Philosophie der Naturrechtsdoktrinäre gehört. Dies tritt in dem anon. Aufsatze Neue Deduktion des Naturrechts, 1796—1797 (im Philos. Journal, herausg. von Niethammer, IV S. 278 ff. u. V S. 277 ff.), der eine Reihe bloſser Spekulationen über den Begriff des subjektiven Rechts bietet, noch nicht hervor; wohl aber in den bekannten Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums, Tübingen 1803 S. 232 ff. Hier bezeichnet er nicht nur jene Art des Philosophierens kurzweg als „ein Schnappen nach Begriffen gleichviel welcher Art", sondern durchschaut auch die politische Tendenz des „sogenannten" Naturrechts, welches „eine Reihe formaler Sätze gefunden, mit deren Hilfe man nachher in der positiven Jurisprudenz aufzuräumen hoffte". — Wenn unter den um die Wende des Jahrhunderts thätigen Philosophen gelegentlich auch J. Fries als ein Gegner des Naturrechts genannt wird, so beruht das entweder auf einem Irrtum oder aber auf einer zu engen Bestimmung des Begriffes Naturrecht. Zwar drückt Fries sich in der von ihm selbst veröffentlichten Philosophischen Rechtslehre, Jena 1803, einigermafsen vorsichtig aus; doch blickt aus dieser Schrift überall ein verbessertes Kantsches Naturrecht hervor. In der Politik oder philosophischen Staatslehre, herausg. v. Apelt, Jena 1848 tritt es (S. 214 ff., 229, 272, 324) vollends auf das deutlichste zutage. — Schleiermacher, Grundlinien einer Kritik der bisherigen Sittenlehre, 1803 Buch 3 Abt. 2 Absch. 2 (Werke Abt. III Bd. I Berlin 1846 S. 331) meint, dafs Derjenige nicht weit von der Wahrheit entfernt gewesen sei, der das Naturrecht für nicht mehr gelten lasse als für „ein groteskes Spiel des wissenschaftlichen Strebens"; eine rechte Ethik müfste diese „Unform" zerstören, u. dgl. m.

gessene Hugo[16], ferner die dieser Richtung nahestehenden Romantiker, endlich unter den sogen. Reaktionären vom Anfange dieses Jahrhunderts auch, wenigstens eine Zeit lang, Adam Müller.[17]

[16] Wenngleich bezweifelt werden mag, ob Gustav Hugo viel durch eigene Produktion zur Hebung der Jurisprudenz beigetragen hat, so sind doch seine grofsen Verdienste als „kritischer Vorläufer" der Historischen Schule aufser aller Frage. In seinen Rezensionen (Gött. Gel. Anz. seit 1788, gesammelt in den Beiträgen zur civilistischen Bücherkenntnis, 3 Bde. Berlin 1828, 1829, 1844) hat er den Juristen seiner Zeit alle ihre Verkehrtheiten und Abgeschmacktheiten, ihre Mifsverständnisse und groben methodologischen Sünden nachgewiesen, namentlich aber unermüdlich gegen die Naturrechtlerei polemisiert. In seinem Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, 1797, 4. Aufl. Berlin 1819 (über diesen Titel vgl. oben S. 124 Note [4]) zeigt er nicht nur (§ 6 ff. 4. Aufl. S. 34 ff.) die gänzliche Nutzlosigkeit des Naturrechts und der sich darnach nennenden Doktrin, sondern geht auch Rechtsinstitut für Rechtsinstitut durch, von jedem beweisend, dafs es so wenig „vernunftnotwendig" sei wie sein Gegenteil. Vgl. die pietätvolle und erschöpfende Darstellung seines Lebens und Wirkens von Singer, Zur Erinnerung an Gustav Hugo, 1889 (in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, XVI SS. 273—319). Die von mir wiederholt (S. 175 Note [3], S. 187 ff. Note [15]) citierten Anmerkungen Singers (S. 289—319) zu dieser Biographie entrollen ein vorzügliches Bild des gesamten Lebens und Strebens in der deutschen Rechtsphilosophie von der Zeit der höchsten Machtentfaltung des Naturrechts bis zum Aufkommen der positivistischen Lehre der Historiker. — Zur Zahl der juristischen Gegner des Naturrechts, welche längst vergessen sind, gehören ein etwas schüchterner Feind, Fr. Schoeman, Handbuch des Civilrechts, I Gieſsen u. Wetzlar 1806, Abhdl. Nr. III S. 106 ff., und der ihm sehr unähnliche Verfasser der Juristischen Fragmente, I u. II Göttingen 1802, J. A. L. Seidensticker (vgl. oben S. 173 Note [2]). Die witzigen Sarkasmen und die Ironie, womit Seidensticker wider das Naturrecht zu Felde zog, scheinen aber auf seine unmittelbaren Zeitgenossen wenig Eindruck gemacht zu haben.

[17] Die Romantiker hafsten den „plattgewalzten Rasen", den das Naturrecht unter seine alle Mannigfaltigkeit vernichtende Scheere genommen; aus den geschichtsphilosophischen Ideen und Ahnungen der romantischen Schule ist geradeswegs die historische Staatslehre Niebuhrs und Savignys hervorgegangen: H. v. Treitschke, Deutsche Geschichte im XIX. Jahrhundert, I Leipzig 1879 S. 209. Vgl. auch O. Mejer, Die Romantiker und das Recht, Rostock 1869 und die Anführungen E. Loenings, Festrede am 12. Dec. 1879, Dorpat 1880 S. 7 Note. — Ad. Müller bekämpfte die Annahme, dafs der Staat eine „Erfindung" sei, sowie „die Chimäre des

Die Historische Juristenschule liefs die ganze ausgebildete Lehre vom Naturrecht fallen, ohne sich auf eine Kritik derselben einzulassen. Je mehr ihre Führer sich zur Klarheit über die Elemente ihrer eigenen Theorie durchringen, je präziser sie mit der Zeit ihre Hauptdogmen über die Natur und Entstehung des Rechts formulieren, um so weniger Rücksicht nehmen sie auf die entgegenstehende Doktrin: sie verneinen jene stillschweigend, indem sie der „ungeschichtlichen" die „geschichtliche" Rechtsansicht entgegensetzen. Savigny selbst war keine streitbare Natur. Er entwickelte zuerst gegenüber der anmafslichen Annahme seiner Zeitgenossen, als liefse sich aus der Vernunft ein rein gewillkürtes Rechtssystem schaffen, die Idee der geschichtlichen Rechtsbildung; dann stellte er das Programm der neuen Schule auf; endlich vertheidigte er es gegen Mifsverständnisse und Unterschiebungen — aber das Naturrecht würdigte er keiner eingehenden Polemik.[18] Auch in den Schriften seiner

Naturrechts" (Elemente der Staatskunst, I Berlin 1809 S. 37 ff., 52 ff.). Später gab er zu, dafs er das Naturrecht nur verwerfe, weil es die „geoffenbarten, positiven, göttlichen Gesetze" verdrängen wolle (Von der Notwendigkeit einer theolog. Grundlage der ges. Staatswissenschaften, Leipzig 1819 S. 31), und näherte sich, indem er das Recht der Stärke für das Recht der Natur erklärte und alles Staatsrecht in Privatrecht auflöste (S. 13 ff.), immer mehr dem Standpunkte C. L. v. Hallers (vgl. oben S. 174 Note [3]).

[18] Von v. Savignys Schriften kommen hier in Betracht: Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, (1814) 3. Aufl. Heidelberg 1840; Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, in dieser Zeitschr. I (1815) S. 1 ff. (abgedr. in d. Verm. Schr. I Berlin 1850 S. 107 ff.); System des heutigen röm. Rechts, I Berlin 1840, Vorrede u. § 15 S. 50 ff. Weder in diesen Schriften, noch in seinen Vorlesungen hat v. Savigny das Naturrecht anders als durch schlichte Negation bekämpft, worüber auch seine Biographen, die zum Teil seine Schüler gewesen, einig sind. Vgl. die Reden und Vorträge über v. Savigny von Arndts (Wien 1861), Stintzing (Berlin 1862 u. Bonn 1879), Rudorff (Weimar 1862), v. Bethmann-Hollweg (Weimar 1867), Brinz (München 1879), Bruns (Berlin 1879), v. Czyhlarz (Prag 1879), Enneccerus (Marburg 1879), Fitting (Halle 1879), Hoelder (Berlin 1881) u. A. Nicht durch ihre theoretische Feindseligkeit gegen das Vernunftrecht, sondern infolge ihrer praktischen Stellungnahme gegen die zu befürchtende Kodifikation der vernunftrechtlichen Prinzipien konsolidierte sich die historische Richtung zu einer förmlichen Schule (vgl. unten S. 203 Note [7]).

Gesinnungsgenossen, der Eichhorn, Göschen, Jakob Grimm, sowie später Puchtas, sucht man dergleichen vergeblich.[19]

Erst nachdem auf Grund ihrer Theorie eine kräftige Gegenströmung in Schrift und Wort gegen die naturrechtliche Behandlungsweise des Rechts entstanden war, erschien Stahls berühmte Darstellung und Kritik der Rechtsphilosophie.[20] Dieser zählt sich selbst zu den Anhängern der Historischen Schule, deren lückenhafte Theorie er einerseits ergänzen, andrerseits auch in manchen Beziehungen modifizieren möchte.[21] Seine Rechtslehre ist allerdings in vielen und wichtigen Partien eine Ausführung der geschichtlichen. Trotzdem haben Diejenigen nicht Unrecht, welche ihn abseits der echten Historiker stellen.[22] Denn eben die von Stahl angebrachten Ergänzungen und Modifikationen bedeuten ebensoviele Rückfälle in eine „ungeschichtliche" Ansicht vom Recht. Das wäre nicht möglich gewesen, wenn seine Kritik weit genug ausgegriffen und die Idee eines vom positiven verschiedenen Rechts in der gröfsten Allgemeinheit, ohne Beschränkung auf einzelne Erscheinungsformen bekämpft hätte. Aber leider fafst sie überall zu kurz. Stahl will vornehmlich „dem Rationalismus einen ewigen Denkstein

[19] Vgl. auch oben S. 113, bes. Note [12].

[20] Fr. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht I: Die Genesis der gegenwärtigen Rechtsphilosophie (später einfach: Die Philosophie des Rechts I: Geschichte der Rechtsphilosophie), Heidelberg 1830; II, 1 u. II, 2: Christliche Rechts- und Staatslehre (später: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung), Heidelberg 1833 u. 1837. Neue Ausgaben erschienen: 2. Aufl. 1845—1847, 3. (letzte vom Verf. selbst herausgegebene) Aufl. 1854—1856; 4. Aufl. 1870. Zwischen der ersten und den spätern Auflagen bestehen recht starke Differenzen.

[21] Stahl, Die Philosophie des Rechts, I Vorrede S. VII u. XV, 4. Aufl. S. XVI u. XXVIII. Die Charakterisierung der Historischen Juristenschule findet sich in den spätern Auflagen I, Buch VI (4. Auflage S. 570 ff.).

[22] So z. B. Ahrens, Naturrecht, I, 6. Aufl. S. 160; Singer in der Zeitschrift f. d. Privat- u. öff. Recht, XVI (1889) S. 309 ff.

setzen“ [23] und identifiziert ausdrücklich Naturrecht mit der rationalistischen Rechtsphilosophie unter Einschlufs Hegels.[24] Seine Angriffe richten sich also nur gegen einige besondere Formen des Naturrechts, hauptsächlich gegen alle solche Doktrinen, die sich prinzipiell von Religion und kirchlichem Dogma lossagen.[25] Dagegen hält Stahl vom ersten bis zum letzten Satze seines Systems seinem eigenen, kirchlich und konfessionell gefärbten Naturrecht den Eintritt in das Rechtsgebiet offen. Er kann als ein Muster der zahlreichen Rechtsphilosophen, welche das Naturrecht zu verwerfen vorgeben und doch ihrerseits ein unbenanntes Naturrecht kultivieren, angesehen werden.[26]

Eine Gegnerschaft, die durch bloſse Kontrapositionen wirken wollte, und eine Kritik, die auf halbem Wege sich besann, um dann selbst wieder in naturrechtliche Pfade einzubiegen, konnten schwerlich die nur allzumenschliche Neigung, aus dem subjektiven Rechtsgefühl und der sittlichen Überzeugung Rechtsprinzipien zu schöpfen, für immer besiegen. Mit der Alleinherrschaft der aprioristischen Rechtsphilosophie war es freilich zu Ende, nicht so mit aller und jeder Naturrechtlerei in der Wissenschaft. Denn es verschwanden wohl

[23] Stahl, Die Philosophie des Rechts, I Vorrede S. XV, 4. Aufl. S. XXVIII.

[24] Stahl, Die Philosophie des Rechts, I S. 68, 4. Aufl. S. 111. Eine zutreffendere knappe Beschreibung des Naturrechts erscheint in den spätern Auflagen ganz beiläufig im II. Buch II. Kap. § 13 (4. Aufl. II, 1 S. 224), wo es charakterisiert wird als „Gerechtigkeitsgrundsätze aufser und neben dem positiven Recht“.

[25] Stahl, Die Philosophie des Rechts, I S. 108 ff., 288 ff.; 4. Aufl. I S. 90 ff., 254 ff., 414 ff. u. II, 1 S. 223 ff., 231 ff.

[26] Der nähere Nachweis wird im § 9 Note [47] ff. erbracht werden. — Die Angriffe, welche Stahl als Professor der Berliner Universität in seinen Vorlesungen gegen den Rationalismus in der Rechtslehre richtete, veranlafsten C. M. Wolff (Kritischer Bericht über des Prof. St. zwölf erste Vorles. an der Univers. Berlin über das Naturrecht, Berlin 1841) zu einem schwächlichen Abwehrversuch, wogegen A. Th. Woeniger (Die Rechtsphilosophie Stahls und die Historische Juristenschule. Kritische Würdigung der Angriffe Wolffs, Berlin 1841) eine ebenso matte Vertheidigung lieferte. Die Unklarheit ist auf beiden Seiten grofs.

allmählich aus der Litteratur die nach naturrechtlicher Methode aufgebauten Systeme und die Idee zog sich in bescheidenere Grenzen zurück; innerhalb dieser aber ist sie ununterbrochen offen oder heimlich, bewufst oder unbewufst gepflegt worden — trotz Stahl und der Historischen Schule. Indessen, was seitdem zu ihrer Vertheidigung geschrieben worden, so namentlich von v. Droste-Hülshoff, v. Rotteck, de Wal, Schilling und Ahrens, besteht ausschliefslich in Wiederholungen altbekannter Behauptungen und angeblicher Beweisgründe für die Wesenhaftigkeit eines aufser und über dem positiven Recht vorhandenen Rechts.[27]

Aber auch von Seiten der Gegner ist nachher kein eingehender energischer Versuch, die so mannigfachen Schleichwege des Naturrechts aufzudecken und es definitiv zu vernichten, mehr unternommen worden. Kierulff hat in einigen eindringlichen Sätzen von klassischer Präzision das Naturrecht zurückgewiesen — sie sind längst vergessen,

[27] C. A. v. Droste-Hülshoffs (Lehrb. des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie, [1823] 2. Aufl. Bonn 1831) Beweis für das Naturrecht (§ 9) ist charakteristisch dafür, wie wenig die Freunde des Naturrechts sich eigentlich über die springenden Punkte des Streites klar sind, und seine Widerlegung der Gegner (§ 12a ff.) greift diese garnicht auf ihrem Felde an. — C. v. Rottecks profuse Diatriben (Lehrb. des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, I [1829] 2. Aufl. Stuttgart 1847 Einl.; Art. Naturrecht im Staatslexikon, X [1840] 3. Aufl. Leipzig 1864 S. 417 ff.) bestehen aus lauter Verherrlichungen des Vernunftrechts, die alle von der Annahme ausgehen, als seien seine Voraussetzungen unwiderleglich bewiesen; die Vertheidiger gegenteiliger Annahmen werden reichlich mit Verdächtigungen und Beleidigungen, die sich für Widerlegungen ausgeben, bedacht (vgl. auch oben S. 50 Note u. S. 119 Note). — G. de Wal vermeint (Over het bestaan, den aard en de behandeling van het natuurregt, Amsterdam 1833, S. 127 ff.) die Existenzberechtigung der Naturrechtsidee durch schöne Citate aus allen Schriftstellern, welche bereits vor ihm der gleichen Meinung gewesen, zu begründen. — Fr. A. Schilling vertheidigt (Lehrb. des Naturrechts oder der philosoph. Rechtswissenschaft, Leipzig I 1859 II 1863 in begeisterter Weise (I Vorrede und § 13 ff.) das Naturrecht wider Stahl, wobei Letzterem allerdings manches Zutreffende hinsichtlich seiner eigenen Naturrechtlerei vorgehalten wird, während für das Dasein und den Wert des Naturrechts selbst nur die alten Scheingründe vorgeführt werden. — Über Ahrens vgl. unten § 9 Note [25].

Rulf die Dogmen namentlich der rationalistischen Naturrechtsphilosophen lichtvoll zusammengestellt und etwas ausführlicher vom Standpunkt der modernen Rechtstheorie kritisiert — aber seine Kritik ist leider nicht in weitere Kreise gedrungen.[28] Knapp endlich hat die Vernunftrechtlerei mit schneidendem Sarkasmus, v. Jhering das haltlose Konstruieren und Erspekulieren im Recht mit geistreichem Spott bekämpft.[29] Was sonst dawider verlautbart worden, beschränkt sich auf sporadische Negationen in Form von Behauptungen, welche sich bei der Gegenüberstellung der geschichtlichen und der rationalistischen Theorie fast von selbst ergeben.[30]

So steht oder ruht vielmehr die Sache heute. Jede der Parteien hat ihre Behauptungen aufgestellt und glaubt ihren Gegner durch die Evidenz derselben geschlagen (vgl. S. 122). Damit sie nicht in Vergessenheit geraten, werden sie von Zeit zu Zeit seitens neuer Parteigänger aufgefrischt. Wesentlich Neues aber wird, trotz gelegentlicher Abundanz der Worte, von keiner Seite mehr vorgebracht. Jeder Erfinder einer neuen Form der uralten Naturrechtsidee unterbricht zwar die Waffenruhe, aber die Positivisten lassen sich auf einen frischen fröhlichen Streit seit langem nicht mehr ein. Sie wähnen sich im Voll-

[28] Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, I Altona 1839 S. 3 ff. Note u. S. 27 Note. — F. Rulf, Die Rechtsphilosophie im Gesamtgebiete der Rechts- und Staatswissenschaften, Prag 1877 (Vortr. abgedr. in d. Mitteil. d. deutsch. Juristenvereins in Prag, X [1878] S. 1 ff.) S. 4–12.

[29] Knapp, System der Rechtsphilosophie, §§ 141, 142 (S. 203 ff.). — v. Jhering, Scherz u. Ernst u. s. w., 2. Aufl. S. 273 ff., 297 ff., bes. S. 310 ff.

[30] Bei dem neuesten Darsteller der geschichtlichen Entwicklung der Naturrechtsdoktrin, Jarosch (vgl. dessen S. 150 Note [8] u. S. 185 Note [13] cit. Schriften), fehlt den wenigen gelegentlichen Bemerkungen wider die einzelnen Schriftsteller und Lehren durchweg die juristische Spitze. Dies erklärt sich daraus, dafs Jarosch nicht zu einer sichern Grundvorstellung vom Wesen des Naturrechts hindurchgedrungen ist und sich stets mehr durch diesen Ausdruck als durch die Sache leiten läfst. Wie er selbst zu der Streitfrage steht, ob er ein nichtpositives Recht bejaht oder verneint, das ist kaum zu erkennen: in der einen Schrift (Geschichte u. s. w. bes. I S. 27 ff.) geriert er sich mehr wie ein Anhänger, in der andern (Jerem. Bentham u. s. w.) gleich diesem (vgl. oben S. 185 Note [13]) mehr wie ein Gegner des Naturrechts.

besitz der Herrschaft und verweisen auf die Besitztitel, die sie von den Begründern der Historischen Schule überkommen haben. Nun schwindet aber einerseits ihnen selbst mehr und mehr das Vertrauen in die absolute Giltigkeit jener „geschichtlichen" Ansicht vom Recht, während unter dem Banner der, sagen wir „ungeschichtlichen" sich mit der Zeit allerlei Fähnlein sammeln, die, wie uneinig sie auch unter einander sein mögen, doch in der Feindschaft gegen die *beati possidentes* übereinstimmen. Letztere bauen vergeblich auf ihre durchlöcherten Pergamente. Für sie ist es Pflicht, durch eigene Arbeit an dem ererbten Gut es aufs neue zu erwerben, namentlich aber auch die durch die Vorfahren erkämpfte Herrschaft in der Wissenschaft rechtzeitig in neuen Kämpfen zu befestigen, ehe die Widersacher übermächtig geworden.

In welcher Stärke die Anhängerschaft des Naturrechts sich während der seit dem Durchbruch der historischen Rechtstheorie vergangenen fünf Dezennien erhalten hat und noch heute existiert, werde ich später (im II. Absch.) zu veranschaulichen versuchen. Zunächst will ich, behufs besseren Verständnisses der ganzen Frage (vgl. S. 151), an der Naturrechtsdoktrin derjenigen Periode, während welcher sie in höchster Blüte stand, die Gründe ihres Emporsteigens und ihre Wirkungen in Leben und Wissenschaft demonstrieren.

II. Entwicklungsgründe und Wirkungen der neueren Naturrechtsdoktrin.[1]

§ 6. Die Entwicklungsgründe des Natur- oder Vernunftrechts.

Wenn wir, rückwärts schauend auf die Epoche, da die Naturrechtslehre den Zenith ihrer Herrschaft erreichte, die tieferen Gründe dieser Bewegung verstehen wollen, so haben

[1] Auch in den beiden folgenden Paragraphen (vgl. S. 148) beabsichtige ich keinesfalls, die ganze Fülle der hierher gehörigen historischen That-

wir zweierlei im Auge zu behalten. Einmal, dafs das Umsichgreifen jener Denkweise nur einen Teil einer grofsartigen Umwälzung: der auf sämtlichen geistigen und socialen Gebieten vorsichgehenden Befreiung von den letzten Fesseln mittelalterlicher Anschauungen, bedeutet.[2] Sodann, dafs auch innerhalb dieses beschränkten Gebietes noch die verschiedenartigsten Faktoren und Bestimmungsgründe, theoretische wie praktische, materielle wie formelle, zusammentreffen mufsten, damit die Voraussetzungen entstehen konnten, ohne welche sich die bis dahin (vgl. S. 158 ff.) so harmlose Theorie vom natürlichen Recht nicht hätte zu jener dominierenden Doktrin ausbilden können, als welche sie auch praktisch die einschneidendsten Wirkungen geübt hat.

a. Unter den theoretischen oder philosophischen Gründen, denen das Naturrecht seine rasch wachsende Bedeutung und Ausbreitung verdankte, sind zu unterscheiden einerseits die in den zeitweiligen wissenschaftlichen Strömungen der sog. Aufklärungszeit liegenden und daher blofs vorübergehenden, andrerseits die mit den konstanten Neigungen der Menschen und der eigentümlichen Natur des Rechts selbst zusammenhängenden, daher dauernden Momente.

Die mit der Zeit zur Herrschaft gelangte mechanische Naturerklärung suchte alle Erscheinungen im Bereich der

sachen mit Einschlufs der rechtsphilosophischen Litteratur zu verarbeiten. Ich setze dieselben vielmehr als bekannt voraus und will nur von einem bestimmten Gesichtspunkt das kurze Facit aus ihnen ziehen, das den späteren Abschnitten meiner Abhandlung zur geschichtlichen Unterlage dienen soll. Nur das Eine glaube ich noch bemerken zu müssen, dafs hier durchweg von der damals herrschenden, also rationalistischen Richtung des Naturrechts die Rede sein wird, nicht von den, übrigens erst später auftretenden, weniger radikalen rechts- und staatsphilosophischen Schulen, die gleichfalls die allgemeine Form des Naturrechts adoptierten (vgl. auch oben S. 176 ff.).

[2] Vgl. auch R. Loening in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III S. 248 ff.; W. Dilthey, Einleitung in die Geisteswissenschaften, I Leipzig 1883 S. 281 ff.

Mechanik, Physik, Astronomie aus den Wirkungen äufserer Ursachen, die nach beständigen und allüberall identischen Gesetzen wirken, zu begreifen. Bei der Übertragung dieser Erklärungsart auf die anderen Wissenschaften begann sich das Bestreben zu entwickeln, überall, die geistige und sittliche Welt nicht ausgenommen, allgemeingiltige Gesetze zu entdecken (vgl. S. 160). So entstanden die nicht nur für die Wissenschaften verhängnisvoll gewordenen Irrtümer der natürlichen Religion, natürlichen Pädagogik, abstrakten politischen Ökonomie, so erhielt auch die alte natürliche Staats- und Rechtslehre neue Anregungen, um bei dem allgemeinen Niederreifsen aller bestehenden Ordnungen und Einrichtungen die Führung übernehmen zu können.[3]

Doch blieb ein tiefgreifender Unterschied zwischen den Natur- und Geisteswissenschaften bestehen. Im Gebiete des rein Körperlichen, wo die „Natur" dem Forscher als ein ab-

[3] Vgl. Fr. Harms, Begriff, Formen u. Grundlegung der Rechtsphilosophie, herausg. v. Wiese, Leipzig 1889 S. 55 ff.; Dilthey, Einleitung in die Geisteswissenschaften, I S. 142. Auch Savigny wies schon in dem einleitenden Aufsatz zu seiner Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. I (Verm. Schr. I S. 109) ausdrücklich darauf hin, dafs der Gegensatz der „geschichtlichen" und der „ungeschichtlichen" Auffassungsweise eine in allen menschlichen Dingen hervortretende, nicht blofs der Jurisprudenz seines Zeitalters eigentümliche sei. Was die Volkswirtschaftslehre betrifft, so erinnere ich nur daran, dafs, nachdem die Physiokraten und die sog. klassische Nationalökonomie die atomistische Lehre von der natürlichen Freiheit für dieses Gebiet zur Herrschaft gebracht, es lange nach dem Vorgange der Rechtswissenschaft erst den Br. Hildebrand, Roscher, Knies u. A. vorbehalten geblieben, dem geschichtlichen Standpunkt zum Siege zu verhelfen. Allerdings wird das Hauptinteresse der Nationalökonomie gegenwärtig durch die Arbeit an den socialpolitischen Aufgaben immer weiter von den wissenschaftlichen abgelenkt. Am schwersten fällt es immer noch der Ethik, in die geschichtliche Bahn einzulenken. Vgl. aber z. B. die neuerdings von H. Münsterberg, Der Ursprung der Sittlichkeit, Freiburg i. B. 1889 vertretenen Gesichtspunkte, die mir direkt auf eine geschichtliche Methode hinzuweisen scheinen. Vielleicht ist jedoch eine gründliche Auseinandersetzung einerseits zwischen Individualethik und Socialethik, andrerseits zwischen Ethik und positiver Sittenlehre die unerläfsliche Voraussetzung, damit auch die Moralphilosophie eine exaktere historische Richtung einschlagen könne.

geschlossenes Ganzes gegenübersteht, an dem wohl zu deuten, jedoch wenig zu ändern ist, gewifs nicht die Gesetze — im Gebiete des Körperlichen konnte es sich immer nur darum handeln, eben die Gesetze als die ewig giltigen Formeln für die Verknüpfungen von Ursachen und Wirkungen innerhalb des im übrigen doch erfahrungsmäfsig Feststehenden zu ermitteln. In den andern Gebieten dagegen, wo die Gesetze sich nicht selbst verwirklichen, sondern die Dinge erst durch den Willen und die That der Menschen und ihrer Verbände teils gemäfs, teils zum Trotz den Gesetzen ins Dasein gesetzt werden, sollte das „blofs Erfahrungsmäfsige" durchaus keiner Berücksichtigung wert sein. Auch hier galt es zwar „Gesetze" ausfindig zu machen, aber nicht durch die Entwicklung der Dinge ausnahmslos bestätigte „eherne" Gesetze des Seins und Geschehens, sondern die Willensäufserungen der immerhin freien Menschen in vorgezogene Bahnen nötigende „absolute" Gesetze des Sollens.

Dieses mächtig drängende Bestreben, auch für das geistige und sittliche Leben etwas Absolutes zu erringen, ist, rein menschlich genommen, gewifs verständlich; nur dafs es, wissenschaftlich betrachtet, dazu verurteilt ist, durch jeden Ausführungsversuch seine Ohnmacht selbst zu beweisen. Es wird da nichts Absolutes errungen, kann nichts errungen werden — es bleibt bei einem blofsen Haschen nach dem Ewigen und Universellen. Jedem solchen kühnen Griff, sehen wir heute, mufs jedesmal eine Enttäuschung folgen. Die spekulierenden Rechtsphilosophen des vorigen Jahrhunderts aber liefsen sich nicht enttäuschen. Sie glaubten das Ziel so deutlich zu sehen, wie sie die Sterne sahen; dafs es auch so unerreichbar wie die Sterne sei, wollten sie nicht einsehen. Denn sie vertrauten dem eigenen Genius als dem über alle Schranken und Hindernisse der Erkenntnis hinwegtragenden unfehlbaren Mittel. Nicht zuletzt ein Denker von dem Range Kants. Der Zerstörer des flachen Dogmatismus, der Erneurer der kritischen Erkenntnistheorie — ein Naturrechtsdoktrinär und dazu Stifter der zünftigsten Naturrechtsschule, die es je gegeben hat!

Und wenn ihnen vielleicht einmal Zweifel an der Wissenschaftlichkeit ihrer verwegenen Methode zu philosophieren aufstiegen, so wirkten doch starke Antriebe andrer Art dahin, dafs sie auf dem einmal eingeschlagenen Wege beharrten. Denn es sollten Rechts- und Staatslehre nicht blofs einen ewigen, sie sollten auch einen rein menschlichen Gehalt bekommen. Seit den Humanisten der Renaissancezeit war der Gedanke nicht aufgegeben, die „menschliche Natur" in der Philosophie zu rehabilitieren. Konfession und Kirche aber hatten die irdische Gegenwart der jenseitigen Zukunft, das Menschliche dem Göttlichen untergeordnet und hielten noch immer die Denkfreiheit durch das Dogma gefangen, während die politische Autorität überhaupt keinerlei „Freiheit" aufkommen liefs. Die auf ihre Vorurteilslosigkeit so stolze Aufklärungszeit liefs die Grundlagen keiner Autorität, keiner konventionellen Abhängigkeit, keiner geschichtlich ausgebildeten Unfreiheit irgendwelcher Form unbezweifelt. Dafür verfiel sie ihrerseits ganz und gar einer einzigen Autorität — der der trügerischen „Vernunft". Der ganze bestehende Bau der sittlichen Welt, die ungeheure Mannigfaltigkeit der besonderen Verhältnisse sollten vernichtet werden, damit ferner nichts bestehe, als was die Vernunft rein aus sich selbst gefunden und hervorgebracht. Wenn aber die Diktate der Vernunft ewig giltig waren, mufsten sie nicht auch universell giltig sein? Wie naheliegend also die Annahme, dafs es für die „Wissenschaft", wie man sie damals verstand, nichts Trostloseres gebe, als für dieses oder jenes einzelne Land oder Ländchen zu arbeiten; dafs es ihrer unwürdig sei, Aufgaben des „blofs positiven" Rechts für einige Tausend oder höchstens Millionen Menschen zu lösen, während sich ihr die Aussicht eröffnete, durch die Auffindung vernunftrechtlicher Wahrheiten der ganzen Menschheit unvergängliche Dienste zu leisten.[4] Endlich: waren diese Verdienste nicht gar bequem zu erwerben, wenn man mit der dazu er-

[4] Vgl. Stahl, Die Philosophie des Rechts, I Einl. (4. Aufl. S. 2); v. Jhering, Geist des röm. Rechts, § 1 (4. Aufl. I S. 9 ff.).

forderlichen geringen Anstrengung der Einbildungskraft das Mühsal der Forscherarbeit in der positiven Rechtswissenschaft verglich?

Für das Recht, das stets in zeitlicher und räumlicher Beschränkung wirksame, wurde so der Wissenschaft als Gegenstand ein blofs gedachtes Recht ewiger und universeller Natur substituiert. Indem man nun für das letztere „Giltigkeit“ in Anspruch nahm und nehmen mufste, weil der Rechtsbegriff selbst dies schlechthin fordert, sah man sich auseinanderzusetzen genötigt, wie sich die Giltigkeit des Naturrechts zu der Giltigkeit des positiven Rechts verhalte. Es boten sich zwei Auskunftsmittel dar. Das eine bestand darin, dafs man den mit den naturrechtlichen Postulaten unvereinbaren Teilen des positiven Rechts kurzweg die Giltigkeit absprach, während der Rest dieselbe von Naturrechts Gnaden behielt. Kurz und logisch, aber doch gar zu plump enthüllend, was nicht jeder seinem Naturrecht an die Stirn schreiben mochte: prinzipiellen Subjektivismus in der Theorie und subversive Konseqenzen in der Praxis. Der Schein, als ob beide Rechte gelten könnten, mufste gewahrt werden, wenngleich selbstverständlich das positive dabei zu kurz kam. Man erreichte ihn durch die Wahl des andern Auskunftsmittels d. h. stellte eine ganze Reihe von Sätzen auf, in welchen Wort und Begriff des „Geltens“ und der „Giltigkeit“ solange hin- und hergewendet wurden, bis das Paralogische in der Annahme zweier giltiger Rechtssysteme leidlich verdeckt war.

Ohne die Beihilfe aber, welche die Schmiegsamkeit der Sprache und die begriffliche Eigenart des Rechts selbst zu solchen, manchmal gar fein durchgeführten Sophistenkünsten leisteten, hätte die Naturrechtsdoktrin schwerlich so bestrickend selbst auf die kühlsten Köpfe wirken können, wie sie es einst that — und noch heute thut. Sein und Sollen, Wahrheit und Anerkennung, bezogen auf das Recht und die Wissenschaft vom Recht, sind die konstanten Elemente der Wortspiele, mittels welcher sie von jeher die Logik des skeptischen Fragers zu überwinden suchte. Hält man ihr vor: Dein Recht hat ja gar kein Sein, es ist

nichts Reales, es ist ein blofs gedachtes Recht, so antwortet sie: Ganz so wie das positive Recht, das ja auch nur ein Gedankending ist, auch nur Dasein hat, wenn und sofern es zur rechten Zeit von den rechten Personen gedacht wird — oder hat Einer es schon mit seinen Sinnen wahrgenommen? Aber, wendet man ein, das Naturrecht bekennt doch offen, dafs es ein blofses Sollen beschreibe, keine Normen, nach denen die Menschen sich thatsächlich richten; und man erhält die Antwort: Ganz so wie das positive Recht, das gleichfalls nichts als ein Sollen ausdrückt, wonach die Menschen sich faktisch richten können — oder auch nicht, wie die sämtlichen Unrechtsfälle beweisen. Versucht man jedoch den Naturrechtsphilosophen anders beizukommen und fragt: Wie mag es wohl geschehen, dafs Eure Wissenschaft so viele verschiedene Ansichten über den Inhalt des einen Naturrechts zuläfst und wie mögt Ihr, offenbar unlogischer Weise, verlangen, was schon ewig an sich Recht sei, solle noch erst durch die Gesetzgebung anerkannt werden? so haben sie Antworten in Fülle bereit. Der Deutungen jeder ewigen Wahrheit, sagen sie, sind viele möglich, die Wahrheit bleibt darum eine: ihre Giltigkeit ist so unabhängig von der Anerkennung, wie die Sätze des Kopernikus galten, ob sie gleich, als sie zum ersten mal aufgestellt wurden, schier niemand anerkennen wollte; die Gesetzgebung aber soll das von der Wissenschaft bereits gefundene Recht nur für die praktische Anwendung zubereiten, u. s. w. u. s. w.

Um Worte war die Naturrechtsdoktrin nie verlegen und stets konnte sie auf einen jedem Menschen innewohnenden Bundesgenossen rechnen: das nur schwer zu unterdrückende Gefühl, dafs dies oder jenes so sein oder nicht sein sollte, wodurch wir immer wieder von der Strenge im Untersuchen dessen, was ist, abgelenkt werden. Wendet sich dieses Gefühl ins Praktische, so wird es zum Umformungstrieb. In diesem aber haben wir im allgemeinen einen Hauptfeind unserer wissenschaftlichen Methode und im besonderen eins der stärksten unter den beständig wirksamen Motiven der Naturrechtlerei zu sehen.

In der That ist das strikte Gebot an den Jünger der Wissenschaft, sein einiges Ich zu spalten und die andrängenden Einflüsse aus der Sphäre seines Wünschens und Wollens von dem Bereich seines Erkennens abzuwehren, so leicht ausgesprochen, so schwer zu halten. Viele erlernen die Kunst nie.[5] Der natürliche Thätigkeitsdrang stört die reinen Zirkel der Wissenschaft, wirft Gedanken des Schaffens, des Bessermachens hinein. Wer möchte sich auch mit dem Erkennen allein begnügen? Am wenigsten der Doktrinär, der auf die unmittelbare Wirkung der Ideen vertraut und in seinem Optimismus nirgends Hindernisse dawider gewahrt, dafs die Menschheit die Normen ihrer Lebensführung so leicht ändere wie die Theorie ihre „Prinzipien". Der juristische Rationalismus zweifelte nicht, dafs es sich hier nur um Fragen der Einsicht handle. Er faſste auch die Gesetzgebung wesentlich nur als ein Mittel auf, um bereits an sich giltige Wahrheiten zu promulgieren und durch Detaillierung derselben der mangelhaften Denkkraft der Nichtphilosophen zu Hilfe zu kommen. Warum auch nicht? Glaubten doch die Gesetzgeber selbst, ihren Anordnungen einen beliebigen Inhalt geben zu können.[6] Aufserdem beruhte offenbar so vieles positive Recht auf unvernünftiger Willkür der Gesetzgebung — aus welchem Grunde also sollte man nicht auch das vernünftige Recht in Gesetze fassen können, um einen ihm entsprechenden vollkommenen Rechtszustand einzuführen?[7]

[5] Vgl. auch oben S. 144.

[6] Von den berühmten wohlgemeinten Verordnungen aus dem vorigen Jahrhundert über Kartoffelbau, rationelle Hühnerzucht u. s. w. zu schweigen, sei hier nur an gewisse Belehrungen des preufsischen Landrechts, z. B. T. II Tit. XX § 901 ff. erinnert.

[7] An dieser Möglichkeit zweifelte damals kaum jemand, selbst der nicht, der dem Naturrecht den Rechtscharakter streitig machte, wie z. B. Bentham (vgl. oben S. 185 Note [13]), oder keine entschiedene Meinung darüber hatte, wie z. B. Voltaire (vgl. oben S. 167 Note [22]). Ein ziemlich berüchtigter Ausspruch des Letzteren ist so charakteristisch, dafs ich ihn hier wörtlich anführen möchte. *„Londres"*, sagt er (im Dictionnaire philos. *s. v.* Lois, Oeuvres éd. Paris 1818, XXV p. 648), *„n'est devenue digne d'être habitée que depuis qu'elle fut reduite en cendre. Les rues, depuis cette époque, furent élargies et alignées; Londres fut une ville pour avoir été brûlée. Voulez-vous avoir de bonnes lois? Brûlez les vôtres et faites-en de nouvelles."* Auffällig ist hier nicht blofs der naive Glaube an das, was das Gesetz kann, sondern auch die Ansicht in betreff dessen, was das Gesetz ist. Gesetze, erinnert dagegen Ch. Comte, Traité de législation, I Paris 1826 p. 315, „kann man nicht verbrennen, nur die Gesetzbücher; einem Volke, das noch keine geschriebenen Rechte hat, würde man garnicht begreiflich machen können, was Voltaire eigentlich meint." Und warum, möchte ich fragen, soll denn ein Volk alle seine Gesetze heute auslöschen, da es doch, selbst bei der radikalsten Umgestaltung seiner Einrichtungen, die allermeisten morgen einfach wiederherstellen würde? Die Phrase Voltaires ist allerdings nicht ernsthafter Analyse wert. Aber es scheint mir, als wenn auch gründlichere Schriftsteller noch heutzutage einerseits die reformierende Kraft der Gesetze, andrerseits das Quantum Recht überschätzen, das durch neue Gesetzbücher, von ganz seltenen Ausnahmefällen abgesehen, über den Haufen geworfen wird. — Bemerkenswert ist, dafs nicht schon die blofse gemeinsame Gegnerschaft der historischen Juristen gegen das Naturrecht, sondern erst der Streit zwischen Thibaut (vgl. über dessen naturrechtliche Neigungen oben S. 187 Note [14]) und Savigny, betreffend die Kodifikationsfrage, der Theorie der Historischen Schule zur Konsistenz verhalf. Aus Savignys Schrift „Vom Beruf unsrer Zeit u. s. w." blickt nirgends absolute Abneigung gegen umfassende Civilgesetze hervor, wie noch immer gelegentlich behauptet wird, wohl aber die Befürchtung, es könnten statt der geschichtlich entwickelten Rechtsgrundsätze abstrakte Prinzipien des Vernunftrechts kodifiziert werden. Gegen das Vernunftrecht als Theorie hatte er kein Wort verloren (vgl. oben S. 190) — die Möglichkeit, dafs das von seinen Zeitgenossen befürwortete Civilgesetzbuch den entsprechenden Teil ihrer vernunftrechtlichen Dogmen zur That machen könnte, forderte ihn zur Abwehr auf.

Auf Weltbeglückung und Verbesserung der menschlichen Zustände lief die ganze praktische Philosophie der Rationalisten am letzten Ende hinaus. Hätten sie auf dem Wege des „vernünftigen Denkens" das Klima, die ganze Natur verbessern können, sie hätten es unternommen. Je unbeweglicher ihnen diese gegenüberstand, mit um so gröfserem Eifer warfen sie sich auf das Gebiet, wo sich die Möglichkeit einer Leitung der zukünftigen Dinge durch ihre Ideen zeigte. Aber auch hier widersetzten sich ihnen reale Mächte: die geschichtlich entstandene Rechts- und Staatsordnung und die geschichtlich bedingte Natur des socialen Menschen. Indessen waren beide nicht unüberwindlich. Die letztere konnte man

ignorieren, schliefslich ganz in Vergessenheit bringen dadurch, dafs man niemals mehr mit den Menschen der Wirklichkeit, sondern beständig mit dem Menschen, einem aus aller Entwicklung herausgehobenen Vernunftwesen, rechnete. Was hätten auch nüchterne Bedenken gegen die enthusiasmierende Freiheitslehre ausgerichtet? Die unerträglich gewordene Rechtsordnung dagegen, die sorgte freilich selbst dafür, dafs man sie nicht ignorieren und vergessen konnte. Man vermochte sie nicht einfach wegzudenken, aber man konnte ihr Ansehen untergraben. Dazu diente die unaufhörlich wiederholte Aufforderung zur Kontrastierung des positiven Willkürrechts mit dem idealen Recht, das seine Sanktion in der höchsten Instanz: der Vernunft, hatte. Der zeitlose Begriffsmensch und das abstrakte Vernunftrecht gehörten eben zu einander, der erstere als Ausgangspunkt, das letztere als Schlufsresultat des durchweg unwissenschaftlichen Denkprozesses.

Also brach die Philosophie des XVIII. Jahrhunderts die Fesseln der Denkfreiheit — die Rechtstheorie folgte mit der alle bestehenden Ordnungen auflösenden Lehre von dem Vernunftrecht — der praktische Umformungstrieb machte sich dies zunutze, um auch die Fesseln der Handlungsfreiheit zu brechen.

b. So schwach die wissenschaftlichen Fundamente, so mafsgebend erscheinen bei der Kausalerklärung aus den Zeitverhältnissen die praktischen und politischen Gründe der Ausbildung und Ausbreitung der Natur- und Vernunftrechtsdoktrin. In der That wäre der Zweck des gewaltigen Schwalles von Büchern, die immer aufs neue die nämlichen Grundgedanken einiger führender Geister mit geringen Änderungen vortrugen, nicht abzusehen, wenn es nicht eben die Verbreitung von Ideen zur Umgestaltung der politischen und socialen Lebensformen und -Regeln gegolten hätte. Um die Empfänglichkeit des grofsen Publikums für die in dem Naturrecht enthaltene indirekte Kritik der thatsächlichen Zustände brauchte sich niemand zu sorgen. Aber damit sie jedermann so geläufig wurden, wie die populären Melodien

der ihren kurzen Cyklus endlos repetierenden Strafsenmusik, mufsten dieselben Auseinandersetzungen derselben agitatorischen Tendenz eben tagtäglich vorgetragen werden.

Wie die konkreten Rechtszustände damals beschaffen gewesen, kann hier nicht im einzelnen geschildert werden. Es unterliegt keinem Zweifel, dafs sie nicht nur viel zu wünschen übrig liefsen, sondern zumeist schlechthin entsetzlich waren. Wo die Staatsgesetzgebung sich mit der Zeit der privat- und strafrechtlichen Angelegenheiten angenommen hatte, waren die Gesetze doch so lückenhaft und brutal, oft beides, dafs die Richter zu der gleichen Willkür verleitet, ja oft geradezu genötigt blieben, die sie in den Ländern ohne kodifiziertes Recht von jeher geübt hatten.[8] Mit ihrer Willkür wetteiferte die der Kabinetsjustiz. Im Bereich der Verwaltung wurde allerdings fleifsig reglementiert, aber fast nur sofern ein fiskalisches oder polizeiliches Interesse dazu anreizte und dann im Sinne des „aufgeklärten Despotismus“ und des „Polizeistaates“. Das eigentliche Staatsrecht jedoch zeigte die unerträglichste Inkongruenz der öffentlichen Rechte mit dem Gewicht und den gerechtfertigten Ansprüchen der Bevölkerungsklassen. Man safs in einem Wust von morschem Gebälk und Trümmerwerk, das alles erst gesprengt werden mufste, ehe ein frisches Leben erblühen konnte. Die junge Generation aber fühlte in sich die Kraft, einen ganz andern Staat herzurichten. Sie wollte endlich ihren durch die überlieferte Ordnung verweigerten Anteil an der Staatsleitung und politischen Macht — sie nannte dieses Begehren ein Recht darauf. Subtile Unterscheidungen zwischen dem Recht, das man verlangte, und dem, das galt, lagen nicht in dem Sinne des umsichgreifenden Hasses gegen alles geschichtlich Ge-

[8] Es darf nicht vergessen werden, dafs die eigentümliche Natur des gemeinen Rechts für die Richter, welche damit zu arbeiten hatten, an sich eine starke, vielleicht ganz unüberwindliche Versuchung zu naturrechtlichen Konstruktionen im Privatrecht und sog. philosophischen Annahmen im Strafrecht enthielt. Über das Eindringen des Naturrechts in das gemeine Strafrecht insbesondere vgl. wiederum die sorgfältige Darstellung von R. Loening in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III S. 262 ff.

wordene, aus dem Vernunft und Gerechtigkeit gänzlich gewichen schienen. Die besten, erleuchtetsten Geister der leidenden Nationen lehnten sich wider die Übel der Gegenwart auf indem sie die Zukunft priesen, die sie ihrem Volke ersehnten. Je schlimmer die realen Rechts- und Staatszustände, um so exaltierter die Äufserungen der Sehnsucht nach besseren in dem Gewande eines idealen Rechts.

Es ist kein Zufall, dafs die englische Nation keinen Teil nahm an der allgemeinen naturrechtlichen Bewegung. Sie war mit ihren Einrichtungen zufrieden, begehrte wenigstens nicht nach einer fundamentalen und namentlich nicht nach einer schleunigen Änderung. Sie besafs aber längst noch etwas, was den kontinentalen Völkern durchaus fehlte: die unverkümmerten Mittel und Wege, um offen und öffentlich jeden Mangel als solchen bezeichnen, jede Handlung der Machthaber kritisieren, jeden Anspruch auf Reform vertreten zu können. In England hatte man eben längst eingesehen, dafs Stummheit der Regierten Blindheit der Regierenden bedeutet, und „die freie Verfassung erlaubt nicht nur, sondern dringt ununterbrochen eine unbeschränkte Besprechung aller Arten von öffentlichen Angelegenheiten auf.“ [9]

Auf dem Festlande mit seinen unfreien Staatsverfassungen dagegen gab es eine Reihe gewichtiger äufserer Gründe dafür, die formulierten Forderungen in betreff einer radikalen Rechtsreform auch unter dem Titel und Namen von vernünftigen Rechtsprinzipien auftreten zu lassen.

Hier war das Kritisieren von Regierungshandlungen und Einrichtungen, für die die Staatsgewalt Sorge zu tragen hatte,

[9] R. v. Mohl, Gesch. u. Litteratur der Staatswissenschaften, I S. 24. Vgl. auch die folgende Note [10]. — In England ist bereits unter Wilhelm von Oranien die Präventivcensur abgeschafft worden, indem das Parlament die alljährlich erforderlichen Vollmachten des Censors 1694 nicht mehr erneuerte. Die Repressivmafsregeln freilich, welche die Prefsfreiheit noch immer wesentlich beengten, wurden erst viel später unter Georg III. durch eine Parlamentsbill von 1792 auf das gehörige Mafs eingeschränkt, welche in Prefsprozessen nicht blofs die That-, sondern auch die Schuldfrage dem Verdikt der Geschworenen unterstellte.

ganz allgemein verboten.[10] Die Regierungen selbst fafsten ihr Verhältnis zu den Unterthanen als ein der Vormundschaft analoges auf. Sie hatten nicht allein für die unmündige Staatsbevölkerung zu handeln, ihre und sonst niemandes Sache war es auch über die öffentlichen Angelegenheiten zu sinnen, sich eine Ansicht über die Güte der in Frage kommenden Zustände zu bilden, etwaige Änderungen zu erwägen. Zumal diejenigen Bevölkerungsklassen, in denen die Unzufriedenheit immer stärker gährte und nach Ausdruck rang, waren vollkommen mundtodt. Der Despotismus verschanzte sich hinter die selbstgegebenen Gesetze. Es war ihm nicht anders beizukommen, als indem man die Autorität der Gesetze selbst herabsetzte.

Die Mittel dazu waren sehr beschränkt. Das harte Strafgesetz, die allgewaltige Polizei und namentlich die Censur erstickten nicht blofs persönliche Angriffe und vorlauten Tadel, sondern überhaupt jede direkte Kritik und mit der gröfsten Strenge gerade die sachlich treffendste über die schreiendsten Mifsstände, deren Verursachung oder Duldung eben den Mächtigsten im Staate zur Last fiel. Das ist unvermeidlich und selbstverständlich, auch wo der Censur ein edlerer Beruf zugedacht sein sollte. Ja, wenn sich Aufseher der Presse denken liefsen, die nicht demütige Errater der Wünsche ihrer Gewalthaber wären, nicht notwendig unter jedem Druck von oben sich zu plumpen Schlagbäumen wider Wahrheit, Gerechtigkeit und Bildung erniedrigen müfsten, da

[10] Vgl. v. Holtzendorff, Wesen u. Wert der öffentl. Meinung, München 1879 S. 31 ff. — In England (vgl. auch die vorige Note [9]) hatte es noch Thomas Morus, seit 1529 Kanzler Heinrichs VIII., für ein todeswürdiges Verbrechen erklärt, Regierungshandlungen öffentlich zu kritisieren. Er selbst hat sich jedoch nicht gescheut, im I. Buche seiner zuerst 1516 erschienenen „Utopia“ eine recht unverblümte abfällige Beurteilung der damaligen Staatszustände zu publizieren. Die Auffassung, welche noch bis in die jüngste Zeit im Westen des europäischen Festlandes — vom Osten soll hier nicht geredet werden — wenigstens hier und da hinsichtlich des „Raisonnierens“ der Unterthanen existierte, wird wohl am drastischsten charakterisiert durch den einen der bekannten drei lapidaren Imperative in betreff der Grundpflichten eines Preufsen.

sie doch kluge Wächter menschheitlicher, nationaler und individualer Heiligtümer sein sollten!

Diese Feinde mufsten überlistet werden, auf die eine oder die andere Weise. Entweder man mufste Mittel und Wege finden, sie zu umgehen — und man fand dieselben oft[11]; oder man mufste sie täuschen — und sie liefsen sich täuschen. Man gewöhnte sich bald, da es nun einmal anders nicht ging, die eminent praktischen Absichten in ein wissenschaftliches Gewand zu kleiden, die Kritik des Geltenden durch metaphysische Dunkelheiten unkenntlich zu machen, die politischen Forderungen unter scholastisch spitzfindigen Kontroversen zu verschleiern, bis man sich ganz in die dazu geeignete Redeweise hineingefunden und endlich so hineingelebt hatte, dafs man ihre ursprünglich euphemistische Bestimmung schliefslich aus dem Bewufstsein verlor.

Allerdings hatten ja auch die vorerwähnten mehr wissenschaftlichen Antriebe (S. 196 ff.) ihren Einfluſs auf Inhalt und Form der naturrechtlichen Litteratur. Aber wie weit sich der einzelne Schriftsteller von inneren wissenschaftlichen Gründen bestimmen liefs, wie weit er äufseren Klugheitsrücksichten nachgab, wie weit er schliefslich gedankenlos der

[11] Auch aufserhalb der privilegierten Klassen stehende Autoren wufsten über alle durch Cesetze und Censur der Verbreitung oder Aufführung ihrer Werke bereiteten Hindernisse zu triumphieren, man denke nur an Voltaire, Diderot, Beaumarchais. „Montesquieu," erzählt K Hillebrand (Zeiten, Völker und Menschen V: Aus dem Jahrhundert der Revolution, Berlin 1881 S. 23), „überwand sie spielend. Überwunden wurden sie immer: wie hätten wir sonst jene einzige Litteratur des XVIII. Jahrh., der wir unsere Freiheit verdanken? Wohl mufsten alle Werke Montesquieus, auch die, welche Kirche und Staat angriffen, verborgen und im Auslande veröffentlicht werden; auch wurde ihre Einfuhr in Frankreich verboten. Aber die Anonymität war so durchsichtig, dafs der Verfasser auf seine nicht unterzeichneten Schriften hin in die Akademie gewählt wurde. Ein Pfäfflein hatte die Güte, nach Amsterdam zu reisen und den Druck der „„Lettres persanes"" zu besorgen; ein befreundeter Jesuit sah dem Präsidenten (i. e. Montesquieu) die Druckbogen durch; und die Grenze war so lässig überwacht, dafs in einem Jahre nicht weniger als acht Auflagen von dem Buche in Frankreich abgesetzt wurden. Nicht ganz so leicht ging's mit dem doch so viel gemäfsigteren „„Geist der Gesetze"" u. s. w."

Terminologie seiner Vorbilder folgte, wenn er scheinbar eine Rechtstheorie explizierte, während er die nach seiner Ansicht mafsgebenden Grundgedanken einer materiellen Rechtsreform meinte — wer wollte das heute feststellen? Wurde es nicht zu allen Zeiten so gemacht, wird es gegenwärtig etwa anders gemacht?[12]

Genug, dafs damals die also indirekt Bedrohten wohl den kleinsten Ausfall, sobald er unmittelbar auf einheimische Objekte zielte, verstanden und unterdrückten, dagegen die Tragweite der gegen alle Welt und niemand direkt gerichteten Angriffe grofsen Stils nicht recht würdigten und daher die scheinbaren Elucubrationen unpraktischer Grübler halb mitleidig ignorierten; genug, dafs erfahrungsgemäfs die alte und seit Jahrhunderten unbehelligt gebliebene Form den neuen Inhalt leidlich vor oberflächlich prüfenden Blicken verbarg. Der sensitive Leser jedoch zog mühelos die Nutzanwendung von dem, was universell sein sollte, auf das, was partikulär nicht statthatte, und verlor über der Hoffnung auf Realisierung der so einleuchtenden Prinzipien des Naturrechts auch den letzten Respekt vor den formell giltigen Rechts- und Verfassungsnormen, die er immer gründlicher verachten lernte.

Die Systeme des Vernunftrechts enthielten stets mehr Rechtskritik und Rechtspolitik, als wirkliche Rechtsphilosophie. Unter seinem Deckmantel wurde eine gewaltige kritische Arbeit geleistet; unter seinem Namen wurden die Ideen jener Zeit über die Grundlagen einer umfassenden Neuordnung dem allgemeinen Verständnis nahegebracht.[13] Es war ein wirksames Mittel im Kampfe um die Gestaltung

[12] Vgl. auch die Bemerkungen Bornhaks, Preufsisches Staatsrecht, I Freiburg 1888 S. 105 ff. und im Archiv f. öff. Recht, III 1888 S. 188.

[13] Bluntschli, Der Rechtsbegriff, 1858 (Ges. kl. Schriften, I Nördlingen 1879 S. 3 ff.): „Die spekulativen Systeme waren voll von Widersprüchen teils unter sich, teils mit dem geltenden Rechte der verschiedenen Staaten. Ihre Begründung war zum Teil unsicher, ihr Inhalt meist dürftig und leer. Aber in der Hand einer alles in Frage setzenden und alles umgestaltenden Zeit wurden sie zu grofsen Arsenalen von Geisteswaffen, mit denen die Parteien sich rüsteten und ihre Schlachten schlugen. Die Zeit

des Rechts, noch nicht selbst ein Recht. Aber man mufste es ein Recht nennen. Gesetzt, es wäre der Opposition gegen die bestehenden Einrichtungen freie Rede vergönnt gewesen, hätte sie einfach demonstrieren sollen, wie unerträglich die Zustände geworden und wie wünschenswert diese oder jene Reformen seien? Nein, gerade darin war zum Teil der Einfluſs der Vernunftrechtslehrer begründet, daſs sie nichts als eigenen Wunsch darstellten, alles als objektive Notwendigkeit, deren kategorischen Befehlen gegenüber jedes entgegenstehende Staatsgesetz als Frevel erschien. Auf der einen Seite mufste die Achtung vor dem positiven Recht, es sei wie es sei, gelockert, auf der andern Seite die Idee der aufser und über ihm existierenden ewigen Normen nach Möglichkeit übertrieben werden. Indem man diese zu natürlichen Rechtsprinzipien erhob, entrückte man sie der Kritik, der sie im Gewande einfacher Reformideen verfallen wären: ist etwas ewiges Recht der Natur, so ist es so erhaben über alle Kritik, wie die Sonne und die Sterne. Warum auch verzichten auf den Einfluſs, den schon die bloſse Apostrophierung des „heiligen“ Rechts von jeher ausübt, warum entsagen der Zauberkraft so hoher Worte, wie „ewige Menschenrechte“, „Urrecht der Freiheit“ u. s. w.?

Allerdings gab es gegen dieses Verfahren einige unter einander zusammenhängende Gründe. Nur daſs sie von der Übertragung des Rechtsbegriffes und -Namens auf fremdartige Dinge abzuhalten damals nicht stark genug waren. Da war z. B. ein moralischer, in der Wissenschaft doppelt schwer wiegender Grund: die Pflicht zur Wahrhaftigkeit. Man kann indessen wohl annehmen, daſs die Verletzung derselben den durch die Begeisterung für die Sache des idealen Rechts so hoch erregten Autoren vielfach nicht zum klaren Bewuſstsein

wollte aus dem Mittelalter und seinen verfallenden Institutionen heraus, sie wollte eine moderne Gestaltung des Rechtes und des Staates. Einer solchen Zeit mufsten die naturrechtlichen Abstraktionen zusagen. Die Negation, die in ihnen lag, diente vortrefflich, um mit dem Schutte der Vergangenheit aufzuräumen, und die energische Berufung auf die Freiheit des schaffenden Willens gab den erwünschten Impuls zu jeder ersehnten Neuerung.“

gekommen ist. Ein andrer Grund besteht darin, daſs sie sich, infolge der Wahl der Rechtsform für ihre subjektiven Ideen und Pläne und weil hierin eine Unwahrheit enthalten war, notwendig in auffällige Widersprüche zwischen ihren theoretischen Behauptungen und ihren praktischen Wünschen verwickeln mufsten. Sie hätten daher wohl schon aus rein logischen Rücksichten an der Zulässigkeit ihrer aprioristischen Rechtskonstruktion irre werden müssen, wenn ihr Denken nicht eben mehr durch den Trieb zum Bessermachen als durch den Drang nach Erkenntnis Anstoſs und Richtung erhalten hätte. Die ausdrückliche theoretische Behauptung war: unsre Postulate sind von Natur oder Vernunft wegen Recht, der heimliche praktische Wunsch aber: möchten sie doch zu Recht werden. Diesen letzteren durfte man so nicht aussprechen. Es blieb also nur die Zuflucht zu den halb juristisch klingenden Thesen von der „Giltigkeit“ des Naturrechts, seiner „subsidiären Anwendbarkeit“ und zu den andern schillernden Redensarten, wie sie jedes Naturrechtssystem behufs Verdeckung jenes Widerspruches verwendet. Der eine Widerspruch zog andere nach sich. Das positive Recht sollte ja in dieser seiner Eigenschaft allein noch nicht die volle Legitimation als Recht besitzen — das natürliche aber wollte man selbst positives werden, also zu solchem fragwürdigen Recht erniedrigt sehen. Gab jedoch ein Naturrechtslehrer gnädiglich mit klaren Worten zu, daſs das seinen Aufstellungen nicht entsprechende positive Recht vorläufig auch Recht sei, so trat — ein dritter Grund für ungeblendete Augen — die merkwürdige Konsequenz ein, daſs jener nunmehr zweierlei Recht von dreierlei Kraft statuieren mufste: das „bloſs positive“ Recht, welchem die Legitimation durch das natürliche fehlte; das „bloſs natürliche“, dem noch kein positives korrespondierte; endlich dasjenige Recht, welches „natürlich und positiv“ zugleich war.[14]

[14] Von dem unmöglichen „Verhältnis“ zwischen dem wirklichen und dem ideellen Recht (vgl. auch S. 133 ff.) wird im III. Abschnitt ausführlich gehandelt werden. Vgl. hierzu weiter unten § 13 Note [1] a. E.

Die praktisch-politische Tendenz der angeblichen Naturrechtstheorie führte notwendig dazu, zwischen den verschiedenen Bestandteilen des positiven Rechts nach subjektivem Mifsfallen und Gefallen zu sortieren, dieses Sortieren zum Selbstwiderspruch, der Selbstwiderspruch zu Absurditäten. Hätte man von solchen Resultaten rückwärts die Reihe der Denkoperationen prüfen wollen, so hätte man finden müssen, dafs der Fehler schon im Ausgangspunkt steckte. Die Naturrechtsdoktrin gab vor, die juristisch unlösbare Frage nach dem Recht des Rechts doch auf juristische Weise lösen zu können. Sie mufste zu diesem Zweck den in sich einheitlichen Rechtsbegriff gewaltsam zerreifsen und behaupten, dafs es ein theoretisches und ein praktisches Recht gebe. Indem sie dem theoretischen Recht weiter ihre praktischen Wünsche unterlegte, gebrauchte sie den Rechtsbegriff als strategisches Mittel zur Bekämpfung des Rechts selbst. Infolge dessen geriet sie aus einer Unwahrheit in die andere.

Sie hat bewirkt, was durch solche Hilfsmittel bewirkt werden konnte: einerseits zwar eine totale Änderung der Anschauungen über die in der Rechts- und Staatsordnung zum Ausdruck zu bringenden Prinzipien, andrerseits aber auch den völligen Verfall der Jurisprudenz als Wissenschaft.

§ 7. Die Wirkungen des Natur- oder Vernunftrechts.

Es sind nicht immer reine Hände, die das Werk der Geschichte verrichten, selten gerade Wege, die zum Ziel auf steiler Höhe führen. Die radikale Naturrechtsdoktrin des XVIII. Jahrhunderts litt an innerer Unwahrheit und wies ihren Anhängern krumme Pfade, da die geraden versperrt waren. Nicht die Evidenz ihrer Lehrsätze, die sich das Kleid wissenschaftlicher Grundwahrheiten nur erborgt hatten, sondern die gewaltige agitatorische Kraft der unter ihren Theoremen verborgenen praktischen Verheifsungen war es,

wodurch sie so grofse Ausbreitung, so immensen Einfluſs gewann. Darnach sind denn auch ihre Früchte ausgefallen.

Nicht alles, was sie forderte, ist erfüllt worden. Ihre Vertreter wufsten eben vielfach nicht, wohin sie eigentlich gingen, und deshalb gingen sie zu weit, als dafs ihnen das Leben hätte überall folgen können.[1] Es ist auch nicht alles, was sie thatsächlich verursacht hat, schon während der Zeit ihrer höchsten Macht und unter dem Hochdruck der ersten revolutionären Bewegung ins Leben gesetzt worden, sondern erst später. Endlich läfst es sich nicht so leicht entscheiden, bei welchen Erfolgen sie als Haupt-, bei welchen als Nebenfaktor gewirkt hat. Immerhin stehen gewisse Wirkungen der Naturrechtsdoktrin zweifellos fest. Eine gerechte Beurteilung der letzteren aber fordert, dafs man nicht summarisch über sie abspreche, sondern sowohl in betreff ihrer Wirkungen auf die praktische Gestaltung des Rechts- und Staatslebens, als auch in betreff ihrer Folgen für die juristischen Wissenschaften die verdienstlichen von den verwerflichen unterscheide.

a. Die reformatorischen Wirkungen der Naturrechtsdoktrin im Bereich der Rechts- und Staatsordnung liegen so klar zutage, dafs sie nicht übersehen werden können. Vergleichen wir den thatsächlichen Zustand vor der französischen Revolution mit dem um die Zeit, da die politische und judiciäre Neuordnung der Hauptsache nach durchgeführt war, herrschenden, so finden wir, dafs alle Reformen während der Periode vom Auf- bis zum Niedergang der rationalistischen Rechtslehre in der von dieser letzteren vorgezeichneten Richtung liegen.

Dafs die Naturrechtslehrer nicht immer wufsten und einig darin waren, was sie im einzelnen positiv wollten, ist

[1] Auf sie pafst das Wort Lotzes, Mikrokosmos, 4. Aufl. I, Leipzig 1884 S. V: „Und gewifs ist das, was man so gern als höhere Ansicht der Dinge dem gemeinen Erkennen gegenüberstellt, am häufigsten doch nur eine sehnsüchtige Ahnung, wohl kundig der Schranken, denen sie entfliehen, aber nur wenig des Zieles, das sie erreichen möchte.“

kaum zu bestreiten. Dafür waren sie nach der negativen Seite um so klarer und einiger. Sie wufsten so genau, was sie durchaus beseitigt zu sehen wünschten, dafs sie diese verwerflichen Zustände für alles Unerfreuliche, sogar für den gelegentlich sich zeigenden Unglauben an das Naturrecht, verantwortlich zu machen beflissen waren.[2] In der Negation liegt ihre Stärke, das Schwergewicht ihrer Wirksamkeit.

Vor der skeptischen, durch populäre Schriften bis in die unteren Schichten des Volkes getragenen Philosophie des XVIII. Jahrhunderts zerrissen die Schleier der Autorität und das Dämmerlicht der „Aufklärung“ beleuchtete eine jammervolle Scene: überall Barbarei und Elend, Knechtschaft und Erniedrigung, Ungerechtigkeit und Willkür. Wer sich heute ein Bild von der damaligen allgemeinen Unfreiheit herzustellen vermag, der wird begreifen, warum das

[2] So führt z. B. Feuerbach, Über die einzig möglichen Beweisgründe u. s. w., S. 27 ff. (vgl. auch oben S. 186 Note [14]) aus: „Der, welcher kein Gefühl des Rechts besäfse, könnte nur zum Beweis dienen, dafs seine Vernunft, die, wenn sie gehörig erweckt, excoliert und vom blofsen Vermögen zur Kraft übergegangen ist, immer ihre Rechte durch Gefühle ankündigt und ankündigen mufs, zu sehr schlummere, als dafs sie ihr Dasein durch das unmittelbare Bewufstsein ihrer Rechte, durch undeutliche, aber klare (*sic!*) oder dunkle Vorstellungen derselben offenbaren könne, oder dafs er durch äufsere zufällige Umstände das Vermögen, diese Gefühle zu vernehmen und zu verstehen, verloren habe. Möchte es daher immer sein, dafs ganze Nationen, ja sogar dafs ein jeder, der nicht das Glück hätte, Gelehrter und Philosoph zu sein, kein Bewufstsein seiner Würde und seiner Menschenrechte besäfse: so würde dies nur beweisen, wie sehr die Kultur der Vernunft durch die Kultur der Sinnlichkeit gelitten; wie sehr der bleierne Scepter des Despotismus Vernunft und Menschenwürde zu Boden geschlagen u. s. w.“ — Ähnliche Vorkehrungen gegen den denkbaren Einwurf wider das Vernunftrecht, dafs es Menschen gebe, welche keine von ihrer Vernunft produzierten fertigen Rechtsprinzipien wahrzunehmen vermögen, finden sich bei den meisten Naturrechtsautoren. Bald heifst es, jeder nicht gar zu verdorbene Mensch trage eine, das Recht unfehlbar verkündende Stimme in seiner Brust, bald, das natürliche Recht lebe in dem Bewufstsein eines jeden rechtliebenden Menschen u. s. w. Wer also zweifeln möchte, der sieht sich schon im voraus mit einem sittlich gravierenden Prädikat bedroht — worauf man auch noch heutzutage gefafst sein mufs.

Naturrecht die Freiheit als ein nicht weiter diskutierbares Prinzip in den Mittelpunkt der Rechtsphilosophie setzte, der wird verstehen, wie sehr es sich durch diese erlösende Idee dem Geiste der seufzenden Menschheit empfahl. Alle einzelnen praktischen Forderungen, die sich hinter der Menge der sonstigen naturrechtlichen Prinzipien verbergen, nehmen sich wie blofse Anwendungsfälle des auseinandergefalteten Centralprinzips aus. Das Naturrecht heischte und bewirkte Befreiung aus hunderterlei Ketten, in welche die Menschen leiblich und geistig geschlagen waren. Es rüttelte an der Leibeigenschaft und Hörigkeit und drang auf Entlastung von Grund und Boden; es entfesselte die durch den Zwang eines verknöcherten Zunftwesens und unsinnige Handelsbeschränkungen gebundenen Erwerbskräfte; es forderte für jedermann Freizügigkeit im Staate und die Befugnis, den Staat ganz zu verlassen. In religiöser Beziehung erlöste es die Gewissen wenigstens von dem schwersten Druck solcher Mächte, die anders als durch Überzeugung wirken, und in wissenschaftlicher Beziehung die Wahrheitssucher von der Furcht, büfsen zu müssen „die unsühnbare Schuld verfrühter Wissenschaft“, denn es erzielte die Freiheit des religiösen Bekenntnisses wie die Freiheit der wissenschaftlichen Lehre in Wort und Schrift.

Das Naturrecht hat aber noch mehr für die Menschheit und die Menschlichkeit geleistet. Es hat den Schutz des Privatrechts bei jedem Glauben und jeder Nationalität erreicht, das mifsachtete Individuum niederer Lebensstellung, das jederzeit durch Machtbefehle seiner Freiheit beraubt werden konnte, vor grober Vergewaltigung sichergestellt, in der energischsten Weise die gründlichste Reform der Strafrechtspflege befördert. Letztere war überall verwahrlost, in manchen Gegenden empörend willkürlich, die Ausführung der Strafen über alle Beschreibung roh, unwürdig und unzweckmäfsig. Die Naturrechtsdoktrin aber half nicht nur die Mafslosigkeit der Strafen, sondern auch die Folter beseitigen und den Strafprozefs in die geordneten Bahnen eines gesetzmäfsigen Verfahrens lenken. Diese Verdienste

müssen den Aposteln des Naturrechts auf den Kathedern, in der Presse und den Gesetzgebungskommissionen ungeschmälert bleiben. „Aller Spott über den Doktrinarismus der Menschenrechte kann diesen nicht nehmen, was sie für die Völker der Gegenwart geleistet haben: aber freilich keine Begeisterung des modernen Radikalismus kann nach einem Jahrhundert der Erfahrung die tiefwurzelnde Überzeugung erschüttern, dafs jene Menschenrechte und die daraus hervorgegangenen Verfassungen mit kühnem Wurf ein unabsehbares Problem gestellt haben, welches die Menschheit, wie sie in absehbaren Zeiten sein wird, nur in dürftigem Mafse zu lösen imstande ist.“ [3]

Das köstliche Elixir des von und in Ewigkeit giltigen Staatsrechts haben die Adepten des Naturrechts allerdings nicht gefunden. Aber es wäre doch gar zu sonderbar gewesen, wenn sich ihm so viele helle Köpfe ergeben hätten, ohne bei der rastlosen Verfolgung wissenschaftlich unlösbarer Probleme wenigstens durch nützliche Nebenerfolge entschädigt zu werden. In der That hat der naturrechtliche Gedanke solcher politischer Erfolge viele gehabt. „Uralte Bande hat er gesprengt, befreiende Reformen und grundstürzende Revolutionen hat er gezeugt, tausendjährige Rechtsgebilde wie Spreu vom Boden gefegt, nie zuvor erhörte Neubildungen ins Dasein gerufen.“ [4] Indessen hat er auch in dieser Hinsicht mehr destruktiv als schöpferisch gewirkt. Befreit hat er einen Teil Europas von dem gesellschaftlichen Kastenwesen, der Feudalordnung, dem patrimonialen Despotismus, der unerträglichen Bevormundung des allweisen Polizeistaates, der niemandem nach seiner eigenen Façon glücklich zu werden gestattete. Was er dagegen an positiven Einrichtungen bewirkt hat, läfst sich vielleicht kurz zusammenfassen

[3] G. Cohn, System der Nationalökonomie, I Stuttgart 1885 S. 53.

[4] Gierke, Naturrecht u. deutsches Recht, S. 14. Ob es wirklich so viele germanische Rechtsideen waren, die als angeblich naturrechtliche nach und nach ins Leben gesetzt wurden, wie Gierke S. 25 ff. ausführt, möge hier dahingestellt bleiben. Dafs sie nicht durchweg originale Erfindungen waren, habe ich schon S. 127 ff. angedeutet.

zu dem Begriff des Rechtsstaates in dem weiteren Sinne, in welchem derselbe auch die konstitutionellen Garantien für eine volkstümliche Gesetzgebung und gesetzmäfsige Verwaltung mitumfafst, wie denn auch hervorragende Theoretiker des Konstitutionalismus während der ersten Hälfte unsres Jahrhunderts die rechtsphilosophischen Fundamente ihrer Lehren vielfach der Naturrechtsschule entlehnen.[5]

So hat die subjektivste Form der Rechtsphilosophie zu ihrem Teil dazu beigetragen, die subjektivste aller Rechtsbildungsformen — die Oktroyierung der Gesetze durch das absolute Staatsoberhaupt — zu überwinden und einen neuen Gesetzgebungsmodus anzubahnen, der gröfsere Sicherheit gegen Irrtum und Willkür bietet und jedes Interesse wenigstens zu Worte kommen läfst. Zugleich aber eröffnete die neue Form einem unendlichen Stoff die Aussicht, mit der Zeit der gesetzlichen Regelung teilhaft zu werden. Zu der ununterbrochenen Anregung der Legislatur durch die Bedürfnisse des Lebens kam das von der Naturrechtsdoktrin ererbte Vertrauen der Legislatoren in ihre Fähigkeit, jedwedem vernünftigen Bedürfnis auf gesetzgeberischem Wege in technisch vollkommener Weise zu genügen. An die Stelle der bisherigen trägen Rechtsentwicklung trat nunmehr die rasche, nicht selten auch überstürzte Arbeit der Gesetzgebung, die vor keiner Aufgabe mehr zurückschrak. „Aus den mächtigen Impulsen der naturrechtlichen Philosophie ging die Vollkraft der gesetzgebenden Gewalt hervor, unter deren Herrschaft wir noch heute stehen.“ Wenn wir auch das Übermafs der Erwartungen, welche das vorige Jahrhundert an die jugendlich aufstrebende Gesetzgebung knüpfte, heute, nachdem wir die Grenzen und Schwächen der gesetzgebenden Gewalt allmählich besser kennen gelernt haben, nicht mehr teilen, so ist doch trotzdem „die schneidige Kraft, mit welcher

[5] Vgl. über diese auf ähnlichem doktrinären Wege, wie einstmals die Einbürgerung der absoluten Staatstheorie durch die Reception des römischen Rechts, vorsichgehende Reception des konstitutionellen Staatsrechts Laband, Die Bedeutung der Reception des röm. Rechts für das deutsche Staatsrecht, (Rede) Strafsburg 1880 S. 32 ff.

die Gesetzgebung noch heute die Welt des Rechtslebens beherrscht, ein Erbteil der Rechtsphilosophie des vorigen Jahrhunderts, eine Nachwirkung der mächtigen Welle, welche damals von der vulkanisch wirkenden naturrechtlichen Bewegung emporgeworfen wurde.“ [6]

Erst nachdem es seine politische Mission erfüllt hatte, verlor das schulmäfsige Natur- und Vernunftrecht die allgemeine Sympathie. Doch hat es sicher nicht umsonst gearbeitet. Während der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts wurde vieles in schnellem Tempo realisiert, was die Doktrinäre des XVIII. gefordert hatten, und noch in der Bewegung des Jahres 1848, als das rationalistisch-naturrechtliche Gedankengebäude als solches bereits auseinandergesprengt war, zeigten sich die letzten Nachwirkungen jener nun langsam dahinsiechenden Schule. Daraus, dafs es sich selbst durch die Erreichung seiner blofs temporären Ziele unnötig gemacht hat, läfst sich rückwärts der wesentlich praktisch-politische Ursprung des Vernunftrechts erschliefsen. Es lebte davon, dafs es bislang unerfüllte prinzipielle Anforderungen an die Staats- und Rechtsordnung immer und immer wieder als heilige „Rechte“ geltend zu machen fand: nach Mafsgabe dessen, wie durch die allmähliche Erfüllung seiner Forderungen die von ihm vertretene Opposition gegen mancherlei bestehende Zustände gegenstandslos ward, schrumpfte auch das Vernunftrecht immer mehr zusammen, um endlich nur noch als ein Namen unter vielen für beliebige Rechtsideale ohne bestimmten Inhalt fortzuexistieren.

Wenn aber die civilisierte Welt nunmehr der ganzen Naturrechtlerei nicht bedarf, so verdankt sie dies zum nicht geringen Teil den erfolgreichen Mühen eben der radikalen Schattierungen des Naturrechts. Wie stände es heute um sie ohne die beiden Haupterrungenschaften: die Einführung des Prinzips der Öffentlichkeit für alle Akte von direkt öffentlichem Interesse und die Freigebung der Debatte politischer Dinge durch eine freie Presse? Ohne die Freiheit der Feder zumal — „das einzige Palladium der Volksrechte“ nach der bekannten Bezeichnung Kants[7] — die das Naturrecht einem auf Gewalt gegründeten System abgerungen, wäre auch heute noch wie einst (vgl. S. 206 ff.) das Wissen um die wirklichen Zustände und das Streben nach Verbesserungen die Umwege einer angeblichen Rechtsphilosophie als blofsen Theorie zu wandeln gezwungen; durch die Freiheit der Feder dagegen wird jedwede publizistische Litteratur den geraden Weg einzuschlagen moralisch genötigt. Möge man also der ehemaligen Vernunftrechtsdoktrin als einer Macht, die politische Wirkungen angestrebt und in Fülle erreicht hat, auch die in politischen Dingen übliche Absolution um ihrer guten, von Ketten und Banden befreienden Erfolge willen gewähren! Nun aber die Motive jener Epoche und mit ihnen die Entschuldigungsgründe der Not und der epidemischen blinden Begeisterung verschwunden, nun die Dinge ohne Gefahr und doch mit Eindruck bei ihren wahren Namen genannt werden dürfen, entbehrt das Verfahren, wonach man Kritik, Interesse und Reformverlangen, auf eine rechtsartige Formel gebracht, zusammen als „Recht“ bezeichnet, unter Männern der Wissenschaft auch des letzten halbwegs entschuldigenden Grundes.

Wenn man ihm keine Auswahl unter den Verhältnissen von sonst und jetzt gestattete, sondern die Alternative: Entweder die Gesamtheit der im politischen und socialen Leben vor dem liberalisierenden Naturrecht herrschenden Zustände oder die Gesamtheit der heutigen! stellte, so würde sich auch der entschiedenste Reaktionär nicht gar lange besinnen — vorausgesetzt, dafs er eine einigermafsen richtige Vorstellung davon hat, wie denn eigentlich irgendeine, selbst eine privilegierte Stellung als Staatsbürger innerhalb jener zu reaktivierenden Rechts- und Staatsordnung beschaffen war.

[6] Sohm, Die deutsche Rechtswissenschaft (in d. Allg. konserv. Monatsschr. XLI 1884 September, S. 235).

[7] Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, sub II (Werke VI Leipzig 1868 S. 336).

Bare historische Unwissenheit freilich würde vielleicht jene Zustände auch im ganzen zurückwünschen. Aber nur die vollste Naivetät in geschichtsphilosophischer Hinsicht könnte meinen, es hätten sich die heilsamen Folgen der Naturrechtsdoktrin doch auch ohne die schlimmen erzielen lassen. Das ging eben nicht, schon wegen der Natur dieses zur Radikalkur verwendeten giftartigen Mittels selbst nicht. Die Wirkungen desselben konnten nicht auf die kranken Teile des socialen Körpers beschränkt, die Vergiftungserscheinungen nicht im voraus paralysiert werden, auch wenn die Ärzte sie hätten kommen sehen. Die Idee der „Freiheit" trägt ja keine Sicherheitsventile in sich, die sich bei Überspannung von selbst öffnen, und die abstrakten „Menschenrechte" führen nicht notwendig die konkret einschränkenden Menschenpflichten mit sich.[8]

Wie die wohlthätigen zum Verdienst, so sind nun die destruktiven Wirkungen des Naturrechts seinen Vertretern zur Schuld zuzurechnen. Auf die blutigen Blätter der französischen Revolutionsgeschichte ist hier allerdings nicht zu verweisen, denn die wahnwitzigen Ausschreitungen der Schreckensherrschaft lagen nicht mehr in der Konsequenz der Naturrechtsdoktrin. Aber auch hiervon abgesehen „erhielt diese Begriffsdichtung in der Revolution und ihrem Versuch

[8] Die erste französische Verfassung (3. September 1791) z. B. enthält die „Rechte des Menschen und des Bürgers" in einer Deklaration von 17, die zweite (24. Juni 1793) von 35 Punkten. Erst in der dritten (23. Sept. 1795) erweitert sich das Manifest zu einer „Erklärung der Rechte und Pflichten des Menschen und des Bürgers", worin nunmehr neben den Rechten in 22 auch die Pflichten in etwa 7 Punkten katalogisiert sind. Darunter ist allerdings auch die wichtige allgemeine Pflicht des Gehorsams gegen das Gesetz zu bemerken. Freilich waren es jetzt die Partisanen des Naturrechts, die in den gesetzgebenden Organen über den Inhalt der Gesetze entschieden, und gegen diese Gesetze mufste die Gehorsamspflicht statuiert werden! Hierauf verschwinden die „Menschenrechte" aus den Verfassungen Frankreichs, um erst in der Charte Louis Philippes vom 7. August 1830 in sehr gemäfsigter Form, entsprechend den Grund- oder Volksrechten der deutschen Grundgesetze, wieder aufzutreten und in der Verfassung vom 4. November 1848 durch eine Ermahnung zur Erfüllung der Pflichten ersetzt zu werden. Vgl. übrigens auch S. 181 Note [9].

eines Aufbaues der Gesellschaft auf die abstrakten Menschenatome eine furchtbare Realität".[9] Die wüste Zerstörung aller Einrichtungen bildete eine ziemlich buchstäbliche Ausführung des naturrechtlichen Programmes, dessen Negationen sich ja gar bequem durch blofse Abolitionsgesetze verwirklichen liefsen. „Alle Arten von Verfassungen in Frankreich", so lauteten die charakteristischen Worte eines Konventsgliedes[10], „befördern das Unglück des Volkes; um das Volk glücklich zu machen, mufs man es umschaffen, seine Ideen ändern, seine Gesetze ändern, seine Sitten ändern, die Worte ändern -- alles zerstören, ja alles zerstören, weil alles von neuem gebaut werden mufs!" Der wirklich erfolgende Neubau, nachdem nun alles zerstört war, aber entsprach zunächst keineswegs den Postulaten des Naturrechts.

Auch wo die Umgestaltung der Verhältnisse ohne Revolution und Bürgerkriege stattfand, zeigte sich die nivellierende und desorganisierende Macht der abstrakten Rechtstheorie. Unterschiedslos wurden mit den abgestorbenen auch die lebenskräftigen unter den überkommenen Einrichtungen beseitigt. Die zahlreichen Zwischenstufen zwischen dem Staat und den Individuen, wie sie in den mannigfachen Verbänden und Genossenschaften bestanden, wurden aufgelöst, die Korporationen und Kommunen entweder zertrümmert oder in blofse Staatsanstalten verwandelt. Die wenigen positiven Neuerungen dagegen konnten nicht Wurzel schlagen, weil sie wohl für die Volksschablone der Doktrin, nicht aber für die Eigenart der einzelnen Nationalitäten pafsten. So standen sich schliefslich der omnipotente, scharf centralisierte Staat und die atomisierte Gesellschaft gegenüber. Zwar fühlten sich die Individuen von den drückendsten Fesseln und Hemmnissen der persönlichen Kraftentfaltung und Entwicklung befreit; jedoch war, was der

[9] Dilthey, Einleitung in die Geisteswissenschaften, I S. 282.

[10] Des spätern Präsidenten der Nationalversammlung Raubaud de St. Etienne. Vgl. Burke, Betrachtungen über die französ. Revolution, deutsch von Gentz, II Berlin 1793 S. 10.

Einzelne nun genofs, eine Freiheit von Zwang und Schranken, die auch allen Mitbewerbern um die Güter des Lebens zugute kam — die Freiheit des *Laissez aller!*, wobei der Schwache zu Grunde geht.

Für die juristische Praxis hatte die Herrschaft der dem positiven Recht grundsätzlich opponierenden Naturrechtslehre die allertraurigsten Folgen. Ist es doch hinsichtlich der Rechtssicherheit gänzlich belanglos, welcher Inhalt den angeblich naturrechtlichen Normen beigelegt wird. Schon die rein formelle Idee eines unabhängig von dem positiven geltenden Rechts hat eine Degradation des positiven zur unausbleiblichen Konsequenz: wird der von aufsen her an das letztere herangebrachte kritische Mafsstab nun selbst für ein giltiges und als solches zu respektierendes Recht erklärt, so wird dadurch die Autorität des ihm konformen positiven Rechts nicht erhöht, die des ihm widersprechenden aber wohl untergraben. Wer einmal naturrechtsgläubig ist, kann eben nicht umhin, bei der Rechtsanwendung unter den Normen des praktischen Rechts zu sortieren, mindestens die letzteren so auszulegen, dafs sie mit dem materiellen Inhalt seines naturrechtlichen Bekenntnisses nicht kollidieren. Die Achtung vor dem zwar überaus mangelhaften, aber doch nicht giltig aufgehobenen Recht, wie es geschichtlich entstanden war, sank also immer mehr, so sehr schliefslich, dafs man sogar glaubte, zur „Ehrenrettung des positiven Rechts“ die Feder in Bewegung setzen zu müssen.[11] Endlich schwand dem

[11] Es ist der bekannte Philosoph K. L. Reinhold, der, nachdem er eine „Ehrenrettung des Naturrechts“ (im Neuen Teutschen Merkur 1791 I [April] S. 339 ff.) erscheinen lassen, auch eine „Ehrenrettung des positiven Rechts“ (das. 1791 II [September u. November] S. 3 ff., 278 ff.) veröffentlichte (beide Aufsätze sind wiederabgedruckt in des Verf. Briefen über die Kantische Philosophie, II Leipzig 1792, der erstere als II. u. III. Brief, der letztere als IV. und V. Brief). Ich kann der Ansicht Singers (in der Zeitschr. f. d. Privat- und öff. Recht, XVI 1889 S. 295) in betreff dieser „Ehrenrettung“ des positiven Rechts nur teilweise beistimmen. Allerdings bekämpfte Reinhold die „leidige Hypothese von einem Naturstand, der nie da war und nie da sein wird“. Aber da er, wie der kurz zuvor publizierte Aufsatz über das Naturrecht zeigt, selbst von naturrechtlichen Vorstellungen

Richterstande, nachdem seine Gewissenhaftigkeit durch den Zustand der Quellen des geltenden Rechts so lange schon auf die härtesten Proben gestellt worden, unter dem Einfluss des Naturrechts auch der letzte Funken des Bewufstseins, dafs er im einzelnen Fall durchaus nicht um eine Meinungsäufserung nach erhabenen Prinzipien der Vernunft, sondern um ein Urteil gemäfs dem guten schlechten Recht, wie es nun einmal galt, angegangen werde.

Von Hause aus durch die Einimpfung naturrechtlicher Ideen methodisch arg verbildet, waren die Juristen kaum mehr fähig, sich bei der Ausübung ihres Berufes der Einmischung subjektiver Rechtsvorstellungen zu enthalten. Die civilistische und kriminalistische Theorie arbeitete nicht mehr mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis, sondern bewegte sich mit Vorliebe in den höheren Sphären der philosophischen Spekulation. Sich mit den verworrenen Quellen des geltenden Rechts zu beschäftigen überliefs man den trocken kommentierenden gelehrten Handwerkern. Immer mehr wandte das Interesse des Juristenstandes sich von dem so mifsachteten, freilich auch längst korrumpierten Recht ab. Schien doch die Zeit zu nahen, wo man seiner überhaupt nicht mehr bedürfen würde, sondern nur auf die innere Stimme des aufgeklärten Gewissens sorgfältig zu achten brauchte, um ein vollkommener Jurist zu sein. „Dafs mit diesem muntern Vertrauen auf die Gaben der subjektiven Vernunft und der fröhlichen Überhebung über das geschichtlich Gewordene, mit der Neigung auch die Fähigkeit zum exakten Verständnis des positiven Rechts erlosch, kann uns nicht überraschen. Ohne in die Bedeutung der Rechtssätze tiefer einzudringen, ohne die Begriffe nach ihren historischen Voraussetzungen zu prüfen, stellte man in der Theorie nach

erfüllt war, so mufste seine Vertheidigung des positiven Rechts lahm und unentschieden ausfallen. Was er für dasselbe vorbringt, beschränkt sich schliefslich auf die Behauptung, es sei eine unentbehrliche Sache, wogegen als einen Zwang die Aufgeklärten sich sträuben, während der Pöbel es geduldig ertrage. Das positive Recht kommt bei dieser Art Vertheidigung schlecht genug weg; es wird, möchte ich sagen, zu Tode gerettet.

naturrechtlichen Gesichtspunkten eine Konkordanz von Bestimmungen zusammen, die man dem römischen, kanonischen und deutschen Rechte nach Ermessen entnahm, und nannte das Ganze *usus modernus*. Die Praxis folgte bereitwillig demselben Zuge und erhob ohne Bedenken das subjektive Ermessen unter dem wohlklingenden Namen der Billigkeit zu einer Entscheidungsnorm, die über alle Schwierigkeiten mühelos hinwegsehen lehrte."[12] Die Praxis des Strafrechts insbesondere, schon durch das gemeine Recht zur Willkür angeleitet (vgl. S. 205), wurde gänzlich nach Belieben gestaltet. Für den Richter des Zeitalters Voltaires und Beccarias war es ein Ruhm, wenn er unter dem Schein der Gesetzesanwendung die Anschauungen der Kriminalpolitiker und Popularphilosophen zur Geltung zu bringen wufste; gewöhnlich setzte er sich ganz unbedenklich über Buchstaben und Sinn der Gesetze hinweg. Die Strafen waren oder wurden völlig arbiträr, die Entscheidungen, wobei die Sprüche der juristischen Fakultäten eine sonderbare Rolle spielten, offenbarten eine unerhörte Willkür: überall massenhafte Rechtsbeugungen seitens der durch die Naturrechtslehre so um jedes Verständnis für das positive Recht wie um die volle Einsicht in ihre amtliche Pflicht gebrachten Richter.[13]

b. Schliefslich sind auch noch die verschiedenen Wirkungen der Naturrechtsdoktrin in betreff der Wissenschaft des Rechts zu konstatieren. Es handelt

[12] R. v. Stintzing, Wendungen und Wandlungen der deutschen Rechtswissenschaft, (Rede) Bonn 1879 S. 17.

[13] Vgl. z. B. Geyer, Anselm Feuerbach (in d. Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. u. s. w. XVIII 1876 S. 259); Glaser, Anselm Feuerbach (Allgem. österreich. Gerichtszeitung 1858, abgedruckt in d. Ges. klein. jur. Schriften, 2. Aufl. I Wien 1883 S. 24). — Welche Schuld an dieser entsetzlichen Entartung der Rechtspflege den heillosen Theorien der Strafrechtslehrer beizumessen ist, ersieht man am besten aus den Anführungen R. Loenings in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III (1883) aus den Schriften der Böhmer (S. 265 ff.), Gmelin, Hommel, Kleinschrod, (S. 274 ff.), Stübel, Tittmann, Henke, Weber, Grolman (S. 279 ff.) u. s. w. Über Feuerbach vgl. oben S. 186 Note [14] u. S. 214 Note [2].

sich hierbei darum, welche Förderung speciell der Erkenntnis und wissenschaftlichen Behandlung des Rechts ihr zugeschrieben bezw. für welche Verschlimmerungen in dieser Hinsicht sie verantwortlich gemacht werden könne, denn auch hier (vgl. S. 213) fordert die Gerechtigkeit, dafs der wohlthätige Einfluſs nicht über dem auffälligeren schädlichen aufser Anschlag bleibe.

Die verdienstlichen Wirkungen des zünftigen Naturrechts in dieser Beziehung sind äufserst gering. Das war nicht wohl anders möglich. Denn es zeigte ja nicht einmal mehr, wie die älteren Schulen, blofs „ein mattes Spiegelbild des Wirklichen"[14], sondern betrieb ausschliefslich die Ableitung von Rechtsprinzipien aus der Vernunft und die Reform der Rechtszustände nach solchen vorgefafsten Ansichten, während es das geltende Recht als objektiv feststehende Thatsache kaum einer andern als kritischen Betrachtung würdigte. Immerhin haben wir ihm einiges zu danken.

Zunächst und am meisten für den Bereich des Staatsrechts, dessen Stellung als gleichberechtigte neben den andern Rechtsdisciplinen erst durch jene Schule befestigt worden. Zwar hat die Naturrechtsphilosophie ihrerseits diesen Stoff noch mehr als das übrige Recht vom Standpunkte der Reform, also unwissenschaftlich, betrachtet, indessen doch durch die lebhafte Erörterung desselben indirekt viel dazu beigetragen, dafs er mit der Zeit als ein echt juristischer voll anerkannt wurde und endlich unter specifisch juristische Gesichtspunkte gebracht werden konnte. Sodann sind manche naturrechtliche Konstruktionen staatsrechtlicher Grundverhältnisse auch direkt auf gewisse positive Staatsrechte anwendbar, einfach aus dem Grunde, weil die Naturrechtslehrer der damals vorherrschenden Richtung die Anregung zu ihren, nur angeblich ganz frei aus ihrer Vernunft erflossenen Postulaten thatsächlich aus dem englisch-französischen konstitu-

[14] G. Lenz, Über die geschichtliche Entstehung des Rechts, Greifswald u. Leipzig 1854 S. 4. Vgl. auch oben S. 160 ff.

tionellen Staatsrecht empfingen.[15] Im allgemeinen hat die Naturrechtsschule insofern nicht ungünstig auf die Staatsrechtswissenschaft eingewirkt, als sie dieser kräftige und nachhaltig wirkende Anregungen gegeben, wenngleich dieselben anfangs die Arbeitslust in falsche Richtungen lenkten. Die wissenschaftliche Bewältigung des Völkerrechts aber wurde bekanntlich überhaupt zuerst durch die ältere Naturrechtsdoktrin in Angriff genommen. Leider geriet jedoch die Völkerrechtswissenschaft dadurch, dafs das Naturrecht sie so lange im Schlepptau behielt, immmer weiter vom Kurs der andern Rechtswissenschaften ab. Nun sie im Laufe unsres Jahrhunderts die Autorität jener Theorie dahinwelken und ihre stoffliche Nährquelle, eben das natürliche Recht, schwinden sah, begann sie sich ihrer juristisch so sehr prekären Lage allmählich bewufst zu werden. Sie wird auch nicht eher als vollkommen ebenbürtige Genossin von den andern positiven Rechtsdisciplinen anerkannt werden, als bis sie, von sonstigen Bedingungen abgesehen, die ihr teilweise noch anhaftende naturrechtliche Puppenhaut völlig abgestreift hat.

Was das Privatrecht betrifft, so wird man zugeben müssen, dafs dieser stabilste aller Rechtsteile wenigstens insofern durch die Naturrechtslehrer wissenschaftlich gefördert worden ist, als letztere zur angemessenen Systematisierung desselben beigetragen haben. Das Gleiche wird für das evangelische Kirchenrecht zuzugeben sein. Auch die wichtigsten allgemeinen Lehren des Strafrechts sind durch sie gehoben worden, nicht blofs die Theorien über Wesen, Grund und Zweck der Strafe, worin vielleicht ihre Hauptverdienste in rechtsphilosophischer Hinsicht zu suchen sind. Denn was sie sonst noch für die Rechtsphilosophie als Philosophie des positiven Rechts leisteten, das haben sie, weil sie eben garnicht vom positiven Recht ausgingen, gänzlich unbewufst und unabsichtlich gethan und beschränkt sich auf Anregungen, auf Problemstellungen. Durch ihre eigenen

[15] Vgl. S. 127 ff., 216 ff.; Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882 S. 5.

Antworten haben sie der Wahrheit gerade soviel gedient, als der Irrtum überhaupt der Wahrheit dienen kann. Nicht allein dafs sie gar schnell fertig waren mit den Definitionen der juristischen Grundbegriffe und dafs sie mit der Aufstellung axiomatischer Prinzipien als angeblicher letzter Gründe jede ihrer Deduktionen an der Stelle abbrachen, wo für die echte Philosophie des Rechts erst die rechte Arbeit beginnt, mufsten sie, einer unwissenschaftlichen Methode und faulem Dogmatismus verfallen, der ganzen philosophischen Rechtslehre einen gefälschten Inhalt geben. Sie abstrahierten ihre Begriffe nicht vom Recht, sondern drängten sie ihm auf; sie verglichen ihre hypothetischen Sätze nicht mit den realen Thatsachen, sondern wollten die letzteren nach den ersteren gestaltet sehen; sie suchten weniger die Gründe des Rechts, mehr die Grundsätze für ein zukünftiges Recht — sie strebten nicht ausschliefslich nach Erkenntnis der Dinge der Wirklichkeit rein um der Erkenntnis willen. In allen diesen Beziehungen stehen die Vernunftrechtsphilosophen noch hinter der älteren Naturrechtsschule (vgl. S. 160 ff.) zurück.

Demzufolge verschwindet in rein wissenschaftlicher Hinsicht der verdienstliche Einfluſs der rationalistischen Naturrechtsdoktrin vor ihren unheilvollen Wirkungen. Diese werden erst künftig einmal, wenn auch die allerletzten spekulativen Zuckungen von der Jurisprudenz überstanden worden sind, sich ganz übersehen und genau abschätzen lassen. Es sind nicht die gewöhnlichen Folgen einer trotz ihrer Irrtümlichkeit zu einigem Ansehen gelangten Theorie, es sind die aufserordentlichen Folgen eines auf flagrant unwahren Voraussetzungen beruhenden, aus lauter Phantasmen und Sophismen zusammengewebten, allem und jedem wissenschaftlichen Denken hohnsprechenden Gedankensystems, das seine fast unumschränkte Herrschaft auf seine wissenschaftliche Unwiderstehlichkeit zu gründen vorgab, während es dieselbe doch ausschliefslich der von ihm eröffneten Perspektive in einen künftigen idealen Rechtszustand verdankte. Die Rechtsphilosophie wurde eben zum Agitationsmittel im grofsartigen Mafsstabe erniedrigt. Die

unlösbaren Widersprüche, welche daraus entstanden, dafs sie beständig nach einem in Zukunft zu realisierenden Rechtsideal schielte und doch für die höchste Form der Wissenschaft von einem bereits bestehenden Recht gelten wollte, mufsten verdeckt werden. Aus diesem Bestreben erwuchs ein heilloser Unfug mit den der Rechtssprache behufs Bezeichnung erdichteter Begriffe entliehenen Wörtern und allgemach eine gefährliche Geschicklichkeit im Gebrauch halbwahrer Redensarten, deren wissenschaftliche Form über die Natur der Aufstellungen täuschte.

Seitdem diese Art Rechtsphilosophie emporgekommen — und noch lange nachher, als der Dichter des Faust die später bis zum Überdrufs wiederholten Worte von dem Rechte, das mit uns geboren und von dem doch leider nie die Frage sei, niederschrieb — war gerade im Gegenteil von keinem andern als jenem mit dem Menschen geborenen Rechte die Rede. *Quod ante pedes est nemo spectat, coeli scrutantur plagas,* hätte man mit dem römischen Rhetor sagen können, der selbst einstmals den Naturrechtsgedanken in klassische Form gekleidet hatte.[16] „In hohem Ansehen standen Ideen, welche die Philosophen über das Recht hatten; viel war die Rede von der Weisheit der Gesetzgebung, die da erst kommen sollte; verachtet dagegen das wirklich gewordene Recht als ein Ding, über das der Geist erst zu kommen, das ihn nicht in sich habe.“ [17] Wem hätte man auch zumuten wollen, Scharfsinn und Geist an dem elenden Notbehelf, dem „blofs positiven“ Recht zu verschwenden? Das Naturrecht sollte das Recht, die Naturrechtsdoktrin wollte die Rechtswissenschaft sein. So vollkommen gelang die Usurpation dem Bastard des Rationalismus und der Politik, dafs das positive Recht um sein Ansehen, um seine Würde als Objekt einer wirklichen Wissenschaft kam, während die Fachjurisprudenz die Rolle eines banausischen Metiers zugewiesen erhielt und sich

[16] Vgl. S. 154 Note [9] über die Beziehungen Ciceros zum Naturrecht.

[17] Brinz, Festrede zu F. C. v. Savignys hundertjähr. Geburtstage, München 1879 S. 7.

damit zufrieden gab. „Die eleganten Juristen lebten überhaupt nicht für die Gegenwart, und die sog. Praktiker, die den bei weitem gröfsten Teil der Geschäftsmänner ausmachten, hatten überall nichts mit der Wissenschaft zu schaffen.“ [18]

In der That geschah seitens der Juristen sogut wie nichts für die Bearbeitung und wissenschaftliche Beherrschung der Rechte verschiedenen Ursprungs. Die Jurisprudenz i. e. S. hatte keine Tiefe, denn diese wurde allerseits für die vernunftrechtlichen Elaborate aufgespart, und sie hatte keine Originalität, denn wer hierüber verfügte, kleidete seine Gedanken in das effektvollere und dabei soviel bequemere rechtsphilosophische Modekleid. Als Jurist im engeren Sinne begnügte man sich mit dem für die Praxis zunächst Erforderlichen; wo man aber geistig gestalten wollte, da vermochte man sich nicht im Bereich des Positiven zu halten, sondern suchte das, was man den reinen Gedanken nannte. Die juristische Speciallitteratur befafste sich mit lauter Subtilitäten, ohne Gründlichkeit und jedenfalls ohne allen historischen Sinn, weil ihr doch die rechte Liebe zu den gewordenen Dingen fehlte; daran schlofs sich denn sogleich die Naturrechtslehre an.[19] Kurz überall und in allen nur denkbaren Weisen drängte sich diese Theorie von dem geschichtslosen Recht aus der abstrakten Vernunft vor. Sie selbst war ja als rechtspolitische Doktrin radikaler Richtung ohne Frage höchst bedeutsam, wissenschaftlich aber gänzlich unvermögend.[20] Sie untergrub und zersetzte alles, sie verhinderte auch jede Entwicklung einer soliden Rechtswissenschaft. Es ist nicht allein bekannt, wie gering der wissenschaftliche Erfolg der naturrechtlichen Bestrebungen war, sondern auch

[18] Puchta, Encyklopädie als Einleitung zu Institutionen-Vorlesungen, Leipzig u. Berlin 1825 S. 64.

[19] Vgl. auch die Biographie Puchtas in der Einleitung zu seinen Kl. civilist. Schriften, herausg. von Rudorff, Leipzig 1851 S. XXXI ff.

[20] Vgl. die haarscharf treffenden Bemerkungen A. Merkels in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl. S. 71 ff. über die Gründe, warum das Ergebnis der im Naturrecht verkörperten geistigen Arbeit hinsichtlich der angestrebten allgemeingiltigen Wahrheiten gleich Null sein mufste.

„mit welcher vollendeten Verflachung die Jurisprudenz schliefslich aus dieser Periode hervorging“ [21], endlich, „in der allgemeinen Meinung heruntergekommen, fast in Knechtsgestalt einhertrat.“ [22]

So beweist die erschreckliche Dürre und Handwerksmäfsigkeit der juristischen Fachlitteratur vor der Geschichtlichen Juristenschule den entgeistigenden Einflufs der Naturrechtsdoktrin im allgemeinen. Was diese im einzelnen Verderbliches gewirkt, wie sie jede Lehre jedes einzelnen Rechtsteils unheilvoll gelenkt, Theorie und Praxis in einen feindlichen Gegensatz zu einander gebracht hat, dafür kann der detaillierte Beweis hier nicht geliefert werden. Er möge ersetzt erscheinen durch den Hinweis darauf, welche Folgen an sich die totale Irreleitung alles juristischen Denkens durch die Ablösung von den unerläfslichen Bedingungen der Wissenschaftlichkeit [23] und die absolut willkürliche Umgrenzung des rechtswissenschaftlichen Stoffes haben mufste. Wenn das geistreiche Spielen mit äufserst abstrakten Begriffen von so subjektiver Conception (vgl. S. 63 ff.), dafs man kraft derselben einerseits grofse Partien des zweifellos geltenden Rechts beliebig aus dem Rahmen des Rechts herausfallen lassen, andrerseits den Gang welthistorischer Ereignisse, z. B. der Revolutionen und Völkerkriege, in die starren Formeln des Rechts pressen konnte — wenn solche Begriffsspielereien als die höchste Stufe wissenschaftlicher Jurisprudenz angesehen und weit und breit zur Gewohnheit wurden, so konnten die Folgen nur ärgste Zuchtlosigkeit und Verfall der gesamten Rechtswissenschaft sein.

---

[21] v. Gerber, Rede aus dem J. 1865 in den Ges. jurist. Abhandlungen, Jena 1872 I S. 25.

[22] Worte v. Savignys in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. I 1815 S. 393 (Verm. Schriften V S. 138). Vgl. auch desselben Vom Beruf unserer Zeit u. s. w., 2. Aufl. S. 48 ff.; Der 10. Mai 1788 in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. IX 1838 S. 422 (Verm. Schriften IV S. 196); Vorrede zum System des heut. röm. Rechts I S. XXIX, und ähnliche Stellen.

[23] Vgl. vorläufig die Andeutungen oben S. 32 ff. In der II. Abhandlung werde ich Gelegenheit haben, auf einige methodologische Fragen näher einzugehen.

Ganz allmählich haben sich nach einander die Theorie des Privatrechts, des Strafrechts, des Staatsrechts auf den Stoff, die Grenzen der Aufgabe und so ziemlich auch auf die Methode der echten Rechtswissenschaft besonnen; auch die Völkerrechtslehre macht bereits starke Anstrengungen, sich aus den letzten naturrechtlichen Träumereien loszuringen. Nur die allgemeine Rechtstheorie und -Philosophie vermag sich der aprioristischen Behandlungsweise und idealisierenden Tendenzen aus den Zeiten der naturrechtlichen Allgewalt nicht zu entledigen. Die Begriffe, welche sie zu be- und verarbeiten hat, werden noch immer ohne sorgsame Beobachtung der realen Rechtserscheinungen gefafst; das allzuknappe, ohne einleuchtendes Prinzip ausgewählte Material zwängt man in erkünstelte Kategorien; die Wirklichkeit wird betont, wo sie in das Schema pafst, wo sie widersteht aber einfach nicht beachtet, u. s. w.[24]

Ehe sie nicht das naturrechtliche Gift bis auf das letzte Atom ausgestofsen hat, kann die philosophische Rechtslehre die Grundlagen einer wissenschaftlichen Entwicklung nimmer finden. In welchem Umfange aber sie, den Heilmitteln aller positivistischen und realistischen Theorien zum Trotz, noch immer daran kränkelt, wird sich bei der Prüfung der den letzten Jahrzehnten angehörigen Litteratur erweisen.

---

[24] Vgl. auch Bierling, Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe, I bes. S. 164 ff. und über die Ausnahmen aus allerjüngster Zeit oben S. 25 ff.

Zweiter Abschnitt.

Formen und Verbreitung des Naturrechts in der Gegenwart.

§ 8. Vorbemerkungen.

Vor der siegreich durchdringenden historischen Rechtstheorie ist, so wird behauptet (vgl. S. 110), der Glaube an das Naturrecht immer weiter zurückgewichen. Was sich davon noch zeigt, sollte man meinen, seien bloſse Ausläufer der überwundenen Doktrin, und die entsprechenden Erscheinungen der Litteratur glichen also erratischen Blöcken, die einsam und auffällig dastehen, nachdem die Hochflut zurückgetreten.

Diese Annahme hat entweder nur die rechtsphilosophischen Systeme einzelner Länder, nicht die Gesamtlitteratur aller Nationen im Auge oder geht von einem zu eng gefaſsten Naturrechtsbegriff aus, beruht jedenfalls auf einer irrtümlichen Schätzung. Ziehen wir von der Gesamtheit der Schriftsteller, welche sich seit dem angeblichen Siegeslaufe der Rechtstheorie der Savigny und Puchta mit rechtsphilosophischen Fragen befaſst haben, alle diejenigen ab, denen wesentlich naturrechtliche Anschauungen, einerlei welcher Gestalt und Menge, nachgewiesen werden können, so bleiben nur wenige, sehr wenige übrig. Und was die sonstige Fach-

litteratur, die Jurisprudenz der einzelnen Rechte betrifft — nun, die Specialisten können ja regelmäſsig leicht die Region der Rechtsphilosophie und damit die Klippen des professionellen Naturrechts vermeiden. Die Gedanken aber, welche sie für sich behalten, lassen sich nicht registrieren. Trotzdem gibt es auch hier noch viel mehr manifeste Naturrechtlerei zu verzeichnen als gemeinhin angenommen wird.

Der Glaube an ein Recht auſser dem positiven ist keineswegs gänzlich ausgestorben, sondern steht vielmehr in voller Blüte. Nicht allein daſs Philosophen, Ethiker, Nationalökonomen, Staatsgelehrte ihm anhängen — in den rechtsphilosophischen Werken herrscht er schlechthin vor, in dem übrigen Schrifttum der juristischen Wissenschaften ist er reichlich vertreten: die Litteratur fast der ganzen Kulturwelt ist von Naturrecht durchsetzt.

Ist das wahr, so wird aus dem bedrohlichen Umfange des Übels die ernste Verpflichtung für uns folgen, den Kampf gegen den seit langem unterschätzten Hauptfeind aller gesunden Rechtswissenschaft endlich aufzunehmen und mit nachhaltiger Energie durchzuführen.

Was aber den Beweis der Wahrheit betrifft, so bin ich mir recht wohl bewuſst, daſs ich sehr weit gehende Verpflichtungen in dieser Beziehung übernehme. Eine beschränkte Auswahl aus dem Material würde keine richtige Vorstellung davon geben, in welcher Ausdehnung das todtgesagte Naturrecht das juristische Denken der unmittelbaren Vergangenheit und unsrer Tage beeinfluſst. Das gesamte Material dagegen hier in seiner ganzen Fülle beizubringen, wäre zwar gerechtfertigt, ist aber, da es sich, wie gesagt, nicht um bloſse Rudimente, sondern um eine unerschöpfliche Menge handelt, unausführbar. Ich glaube daher das Richtige zu treffen, wenn ich auf alle diejenigen mir bekannt gewordenen Schriften Bezug nehme, die wissenschaftlich zu sein beanspruchen und wegen ihrer ernsten Haltung die Befürchtung zulassen, daſs ihre naturrechtlichen Begriffe und Lehren auch gläubige Zustimmung unter ebenso ernsten,

denkenden Lesern finden. Dem populären Bewufstsein braucht man ein Naturrecht nicht erst einzureden, man wird es ihm auch nicht ausreden. Seine Äufserungen sind schon wegen der Mehrdeutigkeit des Wortes Recht der wissenschaftlichen Kritik gegenüber unnahbar. Zu ihnen sind zu rechnen alle praktischen Berufungen auf irgendein „höheres" Recht von den Gracchen bis auf die Socialdemokraten, in Streitschriften, Tagesblättern, Parlamenten und wo sonst politische und sociale Parteigänger ein „Recht" apostrophieren mögen, wodurch sie ihrer Kritik der geltenden Ordnung und ihrem Begehren nach neuen Staatsgesetzen in wirkungsvoller Weise Ausdruck geben.[1] Derartige Kundgebungen und De-

[1] Ein unbestimmtes und unbestimmbares Naturrecht umspannt auch das Wort Recht schlechthin, sofern es sprachgebräuchlich überhaupt einen andern als den technischen Sinn hat (vgl. S. 43 ff.). Immer werden die Ausdrücke Recht resp. natürliches Recht in mancherlei Absicht und schier undefinierbarer Bedeutung sowohl auf der Rednerbühne als auch in der Publizistik benutzt werden — trotz der Warnungen, Klagen und Proteste der Juristen. Man darf aus solchem willkürlichen Gebrauch nichts zu gunsten der Haltbarkeit der Naturrechtstheorie, aber, scheint mir, auch nichts gegen die Richtigkeit, Zulänglichkeit und Wirkungskraft irgendeiner andern rechtsphilosophischen Lehre oder Methode, z. B. der der Historischen Rechtsschule, ableiten. Dies thut jedoch Stammler, Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, S. 41 ff., 59 ff., indem er den Historikern vorhält, dafs die von ihnen aus der Jurisprudenz verbannten naturrechtlichen Probleme keineswegs verschollen seien, vielmehr in der Politik, den Staatstheorien u. s. w. prächtig gediehen. Hierbei nun zeigen sich die an einer andern Stelle (vgl. oben § 2 Note [15] S. 142, 146) angedeuteten Folgen aus dem Wechsel der Formulierung der „naturrechtlichen Fragestellung." Zur Verständigung möchte ich meinerseits Folgendes bemerken. Wo es sich darum handelt, ob das geltende Recht vernünftig oder unvernünftig sei und weiterbestehen oder weichen solle, also in Diskussionen aller Art über Fragen der praktischen Rechtspolitik, werden erfahrungsgemäfs auch die Ausdrücke Recht ohne Zusatz und natürliches Recht vielfach in einem ganz unklaren Sinne verarbeitet, um diese oder jene Ziele mittels Einkleidung in wirkungsvolle Worte den Hörern resp. Lesern recht dringend ans Herz zu legen. Solche Ziele sind aber keine Wahrheiten, die sich beweisen lassen; sie sind Inhalt eines Wünschens und Verlangens, das ein jeder auf seine Weise zu motivieren und durchzusetzen sucht. Lassen wir uns doch nicht durch jene sprachlichen Masken über das Wesen der Sache täuschen! Es werden da

klamationen sind hier nicht aufzuzählen. Ebensowenig wird man verlangen, dafs ich der Rechtsprechung der ganzen Welt oder auch nur eines einzelnen Landes überall nachgehe und ihre Seitensprünge ins Naturrecht verzeichne. Es wird in dieser Hinsicht heutzutage gewifs weniger gesündigt als ehemals, wo der träge Flufs der Gesetzgebung die Richter ge-

ja gar keine „allgemeine Vernunfterkenntnisse" auf eine vernunftrechtliche Fragestellung gesucht, sondern infolge der Frage, ob eine geltende Rechtseinrichtung auch Recht sein sollte, resp. bleiben solle, Gründe geltend gemacht gegen das bisherige und für ein neues Recht oder umgekehrt. Nur wenn man meine Definition des Naturrechts (§ 2 bes. S. 130 ff.) annimmt, hat die „naturrechtliche Fragestellung" eine direkte Beziehung zu der eventuellen Aufstellung von materiellen Naturrechtssätzen seitens eines Volksvertreters u. s. w.: dann sind die letzteren eben die Antworten, welche der Betreffende auf die Fragen erteilen zu können glaubt. Auch ist es, wie ich noch gegen Stammler (S. 15, 61) betonen will, einerlei, mit welcher Rechtstheorie oder Rechtsphilosophie man den Forderungen politischer resp. socialer Parteien begegnet, ob mit der der Historischen Schule oder mit einer erweiterten. Die Parteien stellen eben Forderungen an Staat und Gesetzgebung, welche entweder befriedigt oder abgewiesen, nicht Fragen an die Wissenschaft, welche beantwortet werden können oder nicht. Will man aber von einem Juristen Vernunftgründe für und wider die eine oder die andere Rechtsinstitution hören — nun, der Anhänger der historischen Rechtstheorie ist doch nicht als solcher zum Schweigen verpflichtet? Hat er dergleichen, sagen wir: materielle Gründe nicht um einen Grund für alles Recht kann es sich handeln, sondern um die Gründe für jeden Satz oder doch jedes der Institute, aus welchen „das" Recht besteht) aufser den formellen, um deretwillen solche Normen eben verbindliches Recht sind, so kann er sie ebensogut vorbringen wie jeder Andere. Denn die historische Rechtstheorie ist eben eine rein formelle Rechtsphilosophie. Sie verpflichtet ihre Bekenner vor allem darauf, ausschliefslich das Recht, das war oder ist, wissenschaftlich als Recht zu behandeln; sie verpflichtet dieselben aber nicht, es für ein ohne Vernunftgründe existierendes Recht zu halten oder auszugeben und sich im übrigen keine Gedanken über seinen Wert zu machen. „Die prinzipielle Berechtigung des ethischen Urteils über das Geltende und Historische hat diese Schule nicht bestritten; der Kampf galt nur jenem absoluten, mit der Prätension ewiger Anwendbarkeit auftretenden Mafsstabe, den die Naturrechtsdoktrin wesentlich nur durch Verwässerung des Positiven gewonnen, aber dessenungeachtet als ewiges Postulat der Vernunft und Menschennatur hingestellt hatte": Singer in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht. XVI (1889) S. 288.

radezu nötigte, aus ihrer eigensten Einsicht heraus in dem „Juristenrecht“ einen Halbbruder des praktischen Naturrechts zu kreiren. Aber weder die umsichtigste Legislation, noch die beste technische Ausbildung, weder die Strafdrohungen gegen Rechtsbeugung, noch der Richtereid werden jemals den unvertilgbaren Trieb des Individuums und die zahlreichen Verleitungen des Lebens zur verbessernden „Fortbildung“ des Rechts dermafsen zu paralysieren vermögen, dafs bei der Rechtsprechung keinerlei Naturrechtlerei mehr getrieben wird. Ich mufs diese Sache auf sich beruhen lassen.

In Betracht kommen hier also nur gedruckte Werke von wissenschaftlicher Haltung, die entstanden resp. neu herausgegeben worden sind seit der Zeit, da die positivistische Rechtstheorie der Historischen Juristenschule durch Schrift und akademische Lehre so weit verbreitet war, dafs ihr angeblicher voller Triumph im Gesamtgebiet der juristischen Wissenschaften an dem Verschwinden der naturrechtlichen Doktrinen aller Art hätte erkennbar werden müssen. Es handelt sich mithin um das Schrifttum etwa der letzten fünf Jahrzehnte, vornehmlich um die neueren und neuesten Erscheinungen.[2]

Bei der Prüfung derselben wird der bereits (S. 130 ff.) definierte Begriff des Naturrechts mafsgebend sein. In dieser Begriffsbestimmung besitzen wir die Wünschelrute, welche uns auch die nicht offen zutage liegenden naturrechtlichen Bestandteile eines jeden litterarischen Erzeugnisses anzeigen und selbst die heimlich genährte Naturrechtlerei derjenigen Meister des Stils verraten wird, die ihren Gedankenschatz hinter geschickt gewählten Worten wohl zu verbergen wissen. Ich will aber niemanden ohne Beweis einer Sünde zeihen, die ich eine unter Juristen unverzeihliche genannt habe (S. 140). Daher lasse ich die des Naturrechts blofs

[2] Vgl. oben S. 66 Note *. Ich brauche wohl kaum zu bemerken, dafs ich das Alter des „Naturrechts der Gegenwart“ nicht genau nach Jahr und Tag bestimmen kann. — Von den Historikern selbst wird nicht in diesem, sondern erst im III. Abschnitt die Rede sein.

verdächtigen Autoren lieber bei Seite und führe nur solche auf, die sich entweder selbst direkt zu irgendeiner Art Naturrecht offen bekennen oder doch des Glaubens daran bündig überwiesen werden können.

Hinsichtlich der ersteren Kategorie ist an dieser Stelle nichts zu bemerken, als dafs schon die Titel, unter denen die betreffenden Schriftsteller ihre nichtpositiven Rechtsprinzipien einführen, ihre Denkweise verkünden; nicht minder ihre Behauptungen in betreff der Mächte, auf welche diese Prinzipien zurückgehen, der Art und Weise wie sie sich den Menschen offenbaren u. s. w., worüber sie untereinander vielfach uneinig sind.

Manche Schwierigkeiten bereiten dagegen die Autoren der zweiten Kategorie d. h. die Anhänger eines aufserhalb des positiven existierenden Rechts, bei denen diese Vorstellung keinen auf die Prätension, Recht zu sein, direkt hindeutenden Namen führt und überhaupt erst aus einigen Umhüllungen herausgeschält werden mufs. Unter ihnen gibt es zahlreiche, ich möchte fast sagen unbewufste Naturrechtsgläubige, die da meinen, indem sie die Ausdrücke und Dogmen des Vernunftrechtskatechismus vermeiden und sich keiner der alten Formen der aprioristischen Rechtskonstruktion anschliefsen, hätten sie sich auch schon von jeder naturrechtlichen Denkweise emanzipiert, während sie doch in Wahrheit wieder neue Abwandlungen des alten Gedankens bringen.

Die schlimmsten aber sind diejenigen bewufsten Naturrechtsphilosophen, die das Wichtigste an ihren Lehren: die Rechtsnatur der vorgetragenen Prinzipien und Sätze, nicht mit schlichten Worten aussprechen mögen, aber doch erraten zu lassen beflissen sind. Sie wünschen, der Leser möge gerade diese ihre Aufstellungen für das wahre Recht erachten, halten jedoch mit der Behauptung, dafs es ein Recht aufser dem positiven gebe, vorsichtiger Weise zurück. Sie improvisieren nicht schlechthin ein Recht, wie die offene Doktrin des Vernunftrechts that; sie können aber doch nicht umhin, den Ausgeburten ihres Rechtsgefühls eine der echten Aureole des Rechts sehr ähnliche anzuheften. Sie legen jedem den

Gedanken nahe, dafs das ihren Postulaten widersprechende positive Recht doch eigentlich unverbindlich sei; aber sie können jedem Ankläger erwiedern, dafs sie dergleichen nicht ausdrücklich behauptet hätten. Sie stellen keineswegs den Grundsatz auf, dafs jedes Individuum schliefslich in freier Subjektivität darüber zu entscheiden habe, was Recht sei, denn das wäre ja die Lehre der Revolution und des Anarchismus; sie machen aber doch andeutungsweise die Giltigkeit des positiven Rechts von seiner Übereinstimmung mit einem Mafsstabe abhängig, den sie selbst aus ihrer Vernunft, ihrer sittlichen Überzeugung u. s. w. geschöpft haben. M. e. W.: sie statuieren nicht offen und grundsätzlich den Subjektivismus für Alle, aber sie üben ihn mehr oder weniger verhüllt für ihre Person.

Die Gelegenheiten, bei denen auch die sonst sorgfältigst verdeckten naturrechtlichen Tendenzen durchzubrechen pflegen, bilden die Fälle, wo der thatsächliche Rechtszustand eine abfällige Kritik herausfordert und dringende Wünsche nach Abänderung entstehen läfst. Der Anreiz, am Recht zu modeln und zu bessern, ist für jeden Menschen grofs, die Unfähigkeit der meisten, die eigene Meinung für nichts mehr als eben Meinung zu halten und auszugeben, womöglich noch gröfser. Dem Naturrechtsphilosophen ist die scharfe Scheidung zwischen der *lex ferenda* und der *lex lata* unerträglich, es drängt ihn sie aufzuheben oder wenigstens zu verwischen. Wenn er nicht die erstere einfach an die Stelle der letztern setzen mag, so zieht er doch der *lex lata* ein wenig ab, legt der *lex ferenda* ein wenig zu und — hat sich auf „rechtsphilosophische“ Weise salviert. Da wird der Unwille über das geltende Recht womöglich in Ausdrücke gefafst, die der Rechtssprache entlehnt sind, um jenes durch die Bezeichnung als „Unrecht“, ja als „Verbrechen“ so erscheinen zu lassen, als sei es auch im juristischen Sinne mangelhaft. Oder man sucht es durch Anrufung sittlicher Mächte, die über dem Recht stehen — auch nach meiner Überzeugung gibt es solche, jedoch nur für den Inhalt, nicht für die *s. v. v.* konstitutionelle Seite des Rechts — seines Ansehens in formeller

Beziehung zu entkleiden, während die angerufenen Instanzen doch nur hinsichtlich der Güte, nicht der Giltigkeit des Rechts kompetent sind. Was man dem also verworfenen Satze nun als das richtige Recht gegenüberstellt, wird in neuester Zeit nicht immer mit dürren Worten als rechtsverbindliche Norm bezeichnet. Das hiefse ja auch durch klare Rede den Leser zu klarem Unterscheiden auffordern und den Effekt gefährden. Im Gegenteil, in solchen Fällen kommt es gerade auf die Kunst, undeutlich zu sprechen, möglichst zu verwischen und zu verwaschen und insbesondere den heiklen Terminus Recht geschickt zu gebrauchen, an. Nur keine unvorsichtige Klarheit! Dann behält man die Ausrede zur Verfügung, dafs man ja seinen Rechtsideen keine unmittelbare praktische Verbindlichkeit beigelegt habe, während man doch zugleich hoffen darf, dem für alles Gute, Edle und Humane begeisterten Leser das liebe Recht aus der eigenen Vernunft als etwas Verpflichtendes aufgeredet zu haben. Der skeptische Fragesteller jedoch erhält auf alle seine Fragen wohl Erwiederungen in Hülle und Fülle, aber keine klare Antwort. Bei solch einem doppelten Spiel geht es selbstverständlich nicht ohne Mifsbrauch der Sprache und Verfälschung der Begriffe ab; jedes Mittel der Überredung, von der rhetorischen Phrase bis zum feinsten Sophisma, wird dabei angewendet, manchmal in geradezu virtuoser Weise. Was thut sie nicht alles, diese „hin- und hertragende Pfiffigkeitswissenschaft“, um das in ihrem Sinne „beste Recht von der Schulbank auf die Richterbank vorzuschieben“![3]

Wieviel auf diese Weise unter dem Deckmantel der Rechtsphilosophie und -Theorie noch immer an verschämter Naturrechtlerei geleistet wird, ist kaum zu glauben, durchaus nicht mehr darzustellen. Ich setze mir auch nicht die Aufgabe, jede einzelne der modernen Formen des Naturrechts ausführlich zu beschreiben. Das wäre doch allzu weitläufig und geschmacklos, brächte aufserdem so wenig Gewinn der

[3] Knapp, System der Rechtsphilosophie, Erlangen 1857, § 160 S. 235, 236.

Wissenschaft wie die detaillierte Darstellung der Formen irgendeines andern Aberglaubens. Ich werde daher, obwohl es gewifs nicht ohne Reiz wäre, den labyrinthischen Gedankengängen des einen oder andern geistreichen Autors im einzelnen nachzugehen, doch alle Abschweifungen in das Detail unterlassen, mich also gleichsam immerfort auf der Hauptstrafse halten und die Nebenwege meiden. Jedem Leser bleibt es überlassen, wie er noch manchen meinerseits übersehenen Schriftsteller dem Register einfügen mag, so auch die Einzelheiten in den citierten Werken nachzulesen.[4]

Dafs unter den in derselben Rubrik oder bei dem nämlichen Schlagwort untergebrachten Autoren, von Ausnahmen abgesehen, irgendeine innere Verwandtschaft der Anschauungen bestehe, soll nicht im entferntesten behauptet werden, ebensowenig etwas über den sonstigen Wert und das Wertverhältnis ihrer Arbeiten. Auf einzelne erlauchte und viele weitbekannte Namen unter den citierten brauche ich nicht

[4] Wenn ich aus jedem Buche die charakteristischen Sätze citiere und, wo diese nicht selbst deutlich genug sprechen, daraus den Nachweis der Ketzerei wider das Grunddogma der Rechtswissenschaft: Nur positives Recht ist Recht und alles positive Recht ist Recht, führe, so scheint mir das für meine Zwecke zu genügen. Das Übrige gehört in Einzelrecensionen oder in eine Litteraturgeschichte. Angesichts des grofsen Umfanges der zu berücksichtigenden Litteratur mufs ich mich darauf beschränken, dem Leser die Handhaben zu bieten, damit er sich aus den excerpierten Stellen resp. durch Nachschlagen der blofs mit Titel und Seite angezogenen Werke über die naturrechtliche Denkweise des einzelnen Autors Gewifsheit verschaffe. Die einzelnen Aussprüche und Redewendungen führe ich oft nur als geeignete Indizien an; den vollen Beweis kann man in vielen Fällen nur aus dem ganzen Werke selbst gewinnen, wenn man es mit dem gehörigen Mifstrauen liest, in vielen andern freilich ist er überflüssig. Doch durfte ich schwerlich nach blofsem subjektiven Dafürhalten unterscheiden zwischen solchen Schriften, die allgemein bekannt und leicht zugänglich, und anderen, die es nicht sind, sodafs ich die ersteren blofs zu nennen, von den letzteren aber nähere Inhaltsangaben zu liefern hätte. Ich behandle daher die sämtlichen Schriften so, als wenn sie, soweit ihr Inhalt hierhergehört, jedem gleich unbekannt, aber allen gleich zugänglich sind, die aufserdeutschen allerdings durchgängig etwas kürzer.

besonders hinzuweisen; jeder gebildete Jurist wird sie selbst herausfinden.[5]

[5] Es wäre mir allerdings erwünscht gewesen, wenn ich behufs übersichtlicher Anordnung die zahlreichen Autoren in grössere Kategorien oder Gruppen, die durch irgendetwas Gemeinsames zusammengehalten werden, hätte verteilen können. Allein eine innere Zusammengehörigkeit läfst sich nur für äufserst wenige derselben behaupten, höchstens für solche, die sich im allgemeinen dem gleichen philosophischen System anzuschliefsen scheinen. Doch würde man sich täuschen, wollte man annehmen, sie seien darum auch in der Frage des Naturrechts unter einander und mit dem betreffenden Meister einig. Hier zeigt sich vielmehr, dafs sie im Grunde alle Eklektiker sind. Unter den Hegelianern z. B. begegnen uns solche, die es mit dem Naturrecht halten, andere, bei denen man zweifeln mag, noch andere, die entschiedene Gegner der Annahme irgendeines Rechts aufser dem positiven sind (vgl. S. 180 Note [8]); auch die Herbartianer sind geteilt: die einen folgen den Spuren des Naturrechts, die andern wollen hiervon nichts wissen (vgl. S. 178 Note [6]), u. s. w. Angesichts des Mangels an innerer Übereinstimmung bleibt mir nichts übrig, als die Schriftsteller nach blofsen Äufserlichkeiten zu katalogisieren, vor allem nach der Nationalität, dann nach gewissen charakteristischen Ausdrücken, die sie gebrauchen, einen Teil der deutschen auch nach den von ihnen genannten Quellen, aus denen sie ihre Rechtsprinzipien zu gewinnen vermeinen. Man könnte hiergegen einwenden, es liefsen sich allerdings u. a. ganz bequem zwei, gewissermafsen internationale Gruppen herstellen. Zu der einen würden diejenigen Männer gehören, die in der gleichartigen religiösen resp. kirchlichen Grundlage ihrer Rechtslehre doch wenigstens einen Anhalt zu einer gemeinsamen Überschrift liefern; ihnen schlössen sich leidlich die Kanonisten an. Zu einer zweiten würden die Autoren des Völkerrechts vereinigt werden können. Indessen ist die Anzahl der demgemäfs zusammengehörigen Juristen und Rechtsphilosophen nicht bedeutend genug im Verhältnis zur Gesamtzahl, als dafs ich um ihretwillen die für den grofsen Schwarm der übrigen allein mögliche Haupteinteilung nach Nationalitäten fallen lassen könnte. Aufserdem würde die durchgeführte Anordnung nach den sämtlichen üblichen Disciplinen der Rechts- und Staatswissenschaften den Übelstand mehrfacher Wiederholung vieler Namen mit sich bringen. Schliefslich ist es ja ganz gleichgiltig, bei welcher Gelegenheit, ob in privat- oder öffentlichrechtlichen Arbeiten, ob in einem vollständigen System der Rechtsphilosophie oder in beiläufigen Äufserungen, sich die naturrechtliche Denkweise eines Schriftstellers offenbart (vgl. auch unten § 13 Note [1]). — Reichliche Verweisungen in den Noten und namentlich das dem Bande beigegebene Register werden die Auffindung des einzelnen Schriftstellers erleichtern.

I. Das Naturrecht der Deutschen.

§ 9. Deutsches Naturrecht aus benannten Quellen.

Unter allen Litteraturen der Theorie und Philosophie des Rechts ist die umfassendste die deutsche: man wird also annehmen dürfen, dafs die Deutschen auch das stärkste Kontingent an naturrechtlichen Schriften stellen. Im deutschen Nationalcharakter liegt es, alle Dinge möglichst individuell zu fassen, den künstlerischen Subjektivismus auch in den Bereich der Geisteswissenschaften hineinspielen zu lassen: wahrscheinlich also, dafs die Naturrechtsidee bei den Deutschen sehr mannigfaltige Formen angenommen hat.

Beide Vermutungen finden bei der Durchmusterung der Litteratur volle Bestätigung. Die Quantität der deutschen Autoren, welche die Vorstellung von irgendeinem aufserhalb des positiven waltenden Recht nähren, setzt uns in Erstaunen. Die Mannigfaltigkeit ihrer Ausdrucksformen für diese Vorstellung aber, von den innern Verschiedenheiten der ihr bei dem Einzelnen zu Grunde liegenden Anschauungen ganz abzusehen, ist so grofs, dafs sie sich kaum einer Rubrizierung fügen.[1] Die beste Übersicht über die hierhergehörigen Schriftsteller ergibt sich noch, scheint mir, wenn ich sie in zwei Hauptgruppen zusammenfasse und in die erste alle diejenigen, welche mit einiger Bestimmtheit eine „Quelle“[2] bezeichnen, aus der nach ihrer Ansicht das nichtpositive Recht fliefst, in die zweite alle übrigen bringe.[3]

[1] Vgl. die Bemerkungen auf der vorigen S. 241 Note [5].

[2] An diese Bestimmtheit darf man nicht zu grofse Ansprüche stellen, solange „Quelle“ ein blofser Sammelnamen für die disparatesten Begriffe ist (vgl. S. 40, 68 ff.). Was es mit vielen solchen „Quellen“ auf sich hat, wird die Kritik der „Quellen“ des Naturrechts (§ 15) zeigen.

[3] Diese, die erste an Reichhaltigkeit weit übertreffende zweite Abteilung bildet den folgenden § 10.

Ein aus benannten Quellen abgeleitetes Naturrecht d. h. nichtpositives Recht nehmen alle diejenigen deutschen Schriftsteller an, welche aus der Natur resp. Vernunft des Menschen, aus dem Ethos oder aus dem göttlichen Willen Prinzipien und Normen hervorgehen lassen, denen eine Verbindlichkeit nach Art des Rechts innewohnen soll, ohne dafs sie den für das positive Recht wesentlichen geschichtlichen Entstehungsprozefs durchgemacht hätten.

a. Die alten Namen Naturrecht und Vernunftrecht werden von den deutschen Anhängern der Naturrechtsidee seit dem Durchbruch der geschichtlichen Rechtstheorie aus naheliegenden Gründen nicht mehr so gern gebraucht, wie vordem. Verschwunden sind sie jedoch so wenig wie der Glaube an Rechtsprinzipien entsprechender Provenienz. Vielmehr gibt es auch noch bis in unsere Tage genug Schriftsteller, die teils den ersteren, teils den letzteren Ausdruck vorziehen, teils beide promiscue benutzen.

Wenn ein neuerer Jurist sogar den wunderlichen Vorschlag machen konnte, jede Wissenschaft in eine „natürliche“ und eine „positive“ einzuteilen[4], so darf es uns nicht Wunder nehmen, dafs wenigstens die Einteilung des Rechts in ein positives und ein natürliches Recht — worunter in diesem Falle keineswegs ein primitives oder ungekünsteltes verstanden sein soll (vgl. S. 124) — Vielen auch nach der Historischen Schule noch ganz sachgemäfs erschienen ist. Unter ihnen finden wir neben Autoren niederen Ranges auch scharfsinnige, geistreiche, an eine präzise Ausprägung ihrer Gedanken gewohnte Geister von grofsem Rufe. Da ist der Philosoph des Pessimismus und ein andrer unsrer Tage, die von dem natürlichen Recht nicht lassen können[5];

[4] C. Ch. Collmann, Die judizielle Rechtswissenschaft im Grundrifs, nebst einer Kritik des Savignyschen Systems, Berlin 1851 Vorwort. Vgl. auch unten § 10 Note [9].

[5] Schopenhauer, Die beiden Grundprobleme der Ethik, Frankfurt a. M. 1841 Nr. 2: Über das Fundament der Moral, § 18 S. 222: „Die Begriffe Unrecht und Recht ... sind offenbar unabhängig von aller positiven Gesetzgebung und dieser vorhergehend: also gibt es ein rein ethisches

da gibt es einen als Socialist berühmt gewordenen Jünger Hegels[6] und einen den Spuren Herbarts folgenden modernen Denker[7], die sich auch nicht anders zu helfen wissen.

Recht oder Naturrecht und eine reine d. h. von aller positiven Satzung unabhängige Rechtslehre. Die Grundsätze derselben haben zwar insofern einen empirischen Ursprung, als sie auf Anlafs des Begriffes der Verletzung entstehen; an sich selbst aber beruhen sie auf dem reinen Verstande, welcher *a priori* das Prinzip an die Hand gibt . . .“ Weniger entschieden, aber immer noch auf naturrechtliche Hintergedanken weisend, sind einige Stellen in dem Hauptwerk Die Welt als Wille und Vorstellung, 3. Aufl. Leipzig 1859 I S. 396 ff., 403 ff., II S. 680. Einer seiner zahlreichen Ausfälle gegen die „Philosophieprofessoren“ richtet sich zwar wider deren überschwängliche und abstrakte Art über das Recht zu philosophieren oder, wie Sch. selbst sagt, wider die „Behandlung des Naturrechts“, nicht aber gegen das Naturrecht als solches: Parerga u. Paralipomena, II Berlin 1862 Kap. IX S. 256. — H. Scheffler, Die Grundlagen der Wissenschaft, Braunschweig 1889 handelt von natürlichem Recht und Grundrecht (S. 275, 278 ff.), auch von philosophischem und reinem Recht (S. 281) als von Regeln, welche „von keinen äufseren Umständen, keinen socialen Lebensverhältnissen abhängig sind, sondern unbedingte und allgemeine Giltigkeit haben.“ Warum er die „Denkfreiheit“, die ja weder garantiert, noch entzogen werden kann, zu einem besondern „natürlichen Recht“ erhebt (S. 275), ist nicht abzusehen.

[6] Lassalle, Das System der erworbenen Rechte, Leipzig 1861 I vermifst an gewissen Andern, dafs sie nicht von einer „höchsten Rechtsidee“ ausgegangen (S. 15), spricht auch von einem Naturrecht (S. 69 ff.), welches aber nach ihm kein anderes als das historische Recht selbst sein soll. Indessen sind doch beide bei L. so wenig ganz identisch, wie bei Hegel (vgl. S. 179 ff. Note [8]) das vernünftige und das positive Recht.

[7] F. Brentano, Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis, Leipzig 1889 versucht vergeblich durch eine feine Unterscheidung zwischen zwei Bedeutungen von „natürlich“ (S. 4) dem Vorwurf, als huldige er dem Naturrecht, zu entgehen. Seine Unterscheidung ist eben gar keine. Überdies setzt er noch (S. 6) auseinander, es gebe zwar keine natürlichen Sittengesetze und Rechtssätze in dem Sinne, dafs sie uns mit der Natur selbst gegeben, uns also angeboren wären, wohl aber in dem Sinne, dafs sie für die Menschen allüberall und allezeit, ja für alle Arten denkender und fühlender Wesen allgemeingiltige und unumstöfsliche Geltung haben! Das soll — wie aus dem nachfolgenden Beispiel vom pythagoräischen Lehrsatz hervorgeht — heifsen: wir kennen diese Sätze nicht *a priori*, aber sie gelten trotzdem in der angegebenen Allgemeinheit. Durch diese Unterscheidung resp. solche schiefe Analogien mit absoluten Wahrheiten der Mathematik wird, scheint mir, B. erst recht auf naturrechtliche Spekulationen hingelenkt.

Einige Juristen demonstrieren das Wesen ihres altmodischen Naturrechts so unbekümmert um die Historische Schule, als hätte diese irgendwo, nur nicht im Herzen Europas gewirkt[8]; manche weithin bekannte Rechtsphilosophen leiten ein regelrechtes Naturrecht ausdrücklich aus der Natur des Menschen ab[9], einige weniger bekannte Schriftsteller aber erklären sich nicht darüber, ob sie es aus jener Quelle herhaben oder bleiben überhaupt gänzlich unverständlich.[10] Es fehlt nicht an solchen Männern, die uns nur die peinliche

[8] W. Stephan, Über das Verhältnis des Naturrechts zur Ethik und zum positiven Recht, Göttingen 1845 behauptet, wer das Naturrecht leugne, geselle sich entweder zu den Sophisten oder zu Hobbes und Hegel oder zu Schleiermacher (S. 3 ff.); das Naturrecht verhalte sich zum positiven Recht wie der Grundsatz zur Satzung (S. 93, 95 ff.) u. s. w. Ein Rechtsphilosoph, der im J. 1845 noch nichts von der Historischen Schule weifs! — Nach Möhl, Über das Naturrecht, Mannheim 1841 S. 26 ff. stellt das Naturrecht die höchsten Ideen des Rechts, welche aller positiven Gesetzgebung zur Basis dienen, dar; die Philosophie des positiven Rechts verhalte sich zum Naturrecht wie der besondere Teil zum allgemeinen u. dgl. m. — In lauter Selbstwidersprüchen bei grofsem Eifer für das Naturrecht bewegt sich H. M. Och, Das Verhältnis des natürlichen Rechts zum positiven vom ethischen Standpunkte aus, Würzburg 1847; sein angeblich „ethischer Standpunkt“ besteht in einer Neigung zur kirchlichen Richtung.

[9] So Ahrens, Roeder und Warnkönig (vgl. S. 252 Note [25] und S. 256 Note [29]).

[10] F. Vorländer, dessen Auseinandersetzungen über „Das Gesetz der Gerechtigkeit als Grundlage für die Bestimmung der Rechte des Individuums“ (in d. Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. XII 1856 S. 3 ff.) sich nur durch die Einwirkung naturrechtlicher Vorstellungen erklären lassen, gibt sich diesen vollständig hin in dem Aufsatze „Über die Grenzen der natürlichen Rechte der Staatsgewalt und des Volkes“ (das. XVI 1860 S. 72 ff.). Bei Froebel, Theorie der Politik I Wien 1861 kommen zuerst (S. 79 ff.) einige verdächtige Gedanken, bald auch das Wort Naturrecht (S. 96) zum Vorschein; allerdings folgen später (S. 106 ff.) damit unvereinbare Ansichten über den Geltungsgrund alles Rechts. — Schwer verständlich ist F. (Schmidt-)Warneck, Das Prinzip der politischen Gleichberechtigung und die modernen Emanzipationsfragen, Hamburg u. Mitau 1861 (S. 25 ff.: Das Naturrecht) und Was fordert die Menschennatur vom Staat?, Braunschweig 1890 (S. 46 ff., 50 über „das höchste Menschenrecht“); ganz unverständlich Byk, Rechtsphilosophie, Leipzig 1882, der durchgehends mit dem Begriff Naturrecht arbeitet.

Wahl: entweder es gibt ein Naturrecht — oder alles ist Gewalt[11], lassen zu dürfen meinen, auch nicht an Civilisten und Kriminalisten[12], noch weniger an Publi-

[11] Ulrici, Die Quellen des Rechts und des Rechtsbegriffes (in Fichtes Zeitschr. f. Philosophie LIX 1871 S. 163 ff.) und ausführlicher in den Grundzügen der prakt. Philosophie I: Das Naturrecht, (Gott und der Mensch I, 1) Leipzig 1873 S. 212: Gibt es kein Naturrecht oder Recht an sich, das seine Giltigkeit in sich selbst trägt, so wäre alles, was diesen Namen trägt, nur ein Produkt des Zufalls oder der Willkür. Nachdem er einige ähnliche Gründe angeführt, nimmt er (S. 213) an, er habe den Irrtum, dafs das positive Recht allein Recht sei, endgiltig widerlegt. — Über Pfizers ähnliche Ansichten vgl. S. 251 Note [24].

[12] G. N. Schnabel, Das natürliche Privatrecht, Wien 1842 trägt durchweg das reinste Naturrecht vor. — H. v. Kirchmann vermag in seinem Vortrag über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848 alle die Fehler, welche offenbar nur der Gesetzgebung und einigen Richtern zur Last fallen, nicht anders der „Jurisprudenz“ zu imputieren, als indem er einen eigentümlichen Begriff des natürlichen Rechts (S. 7, 12, 19 ff., 24), das die schwierigsten Kontroversen bereits im voraus entschieden habe, einführt. Dieses natürliche Recht wird (S. 22) gegenübergestellt dem positiven, von welchem letzteren nur ein Teil „wahr“, nämlich der wahre Ausdruck des natürlichen Rechts, ein andrer dagegen „unwahr“ ist, läuft aber allmählich auf ein Produkt eines unklaren Rechtsgefühls hinaus und offenbart sich endlich (S. 34) als etwas, „was in der Brust eines jeden klar geschrieben steht.“ Darnach und nach dem Sträuben (S. 11), den Begriff der Wissenschaft zu bestimmen, bemifst sich die Triftigkeit der Angriffe v. K.s auf die „Jurisprudenz als Wissenschaft“. In seinen spätern Schriften hat v. K. den naturrechtlichen Standpunkt gegen einen „realistischen“ vertauscht und auch nicht mehr eine so wenig motivierte Kritik geübt. — Ad. Schmidt, Rede über Recht und Gesetz (abgedruckt in den Reden geh. in d. Aula der Univers. Leipzig 31. Oct. 1873, Leipzig 1873) unterscheidet (S. 27 ff.) zweierlei Recht: das Naturrecht und das positive Recht. Das erstere, eine praktisch-philosophische Disciplin, entwickle sich unmittelbar aus der Vernunft und sei, da es aus einer unwandelbaren Quelle hervorgehe, selbst unwandelbar, ewig, ohne Geschichte; das letztere dagegen habe zu seiner formalen Quelle den menschlichen Willen, sei daher wandelbar. Indessen bilde sich das positive Recht doch nirgends als ein bewufster Gegensatz zum Naturrecht, vielmehr entwickle es sich vor allem aus demjenigen, was die betreffende Generation für natürliches Recht hält, also aus der subjektiven Auffassung einer bestimmten Zeit von dem objektiven Naturrecht. Aus welchem Grunde eigentlich das Naturrecht Normen gewisser Art, z. B. prozefsrechtliche, nicht hergeben

zisten[13], die in irgendeiner Weise mit dem Begriff Naturrecht unter diesem Namen operieren. Schliefslich wird das Wort so nebenher von zahlreichen Autoren verwendet, die über eine reichliche Menge fungibler Bezeichnungen für die nämliche Vorstellung verfügen.[14]

So ist die althergebrachte und im Laufe der Zeit zu einer generellen gewordene (vgl. S. 123) Bezeichnung Naturrecht wohl manchen andern, minder verdächtigen Ausdrücken für dieselbe Sache gewichen, aber doch noch lange nicht verschwunden. Noch weniger beliebt, obwohl seit dem vorigen Jahrhundert regelmäfsig als mit jenem synonym behandelt, scheint der Terminus Vernunftrecht oder vernünftiges Recht zu sein. Vielleicht hält man ihn nicht für ausreichend, um für sich allein die betreffende Vorstellung wiederzugeben. Nur selten wird noch die Existenz eines Vernunftrechts behauptet[15] oder von dem, was von Vernunft

soll (S. 29), ist unerfindlich (vgl. auch oben S. 173 Note [2]). Zu den gleichen Ansichten bekennt sich Sch. nochmals in einer spätern Programmschrift: Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, Leipzig 1881, nur dafs er statt Naturrecht hier (S. 4 ff.) Vernunftrecht sagt und die totale Unfruchtbarkeit des letztern zugibt. Wenigstens lassen sich anders nicht verstehen die Worte, dafs wir auf dem Wege der vernünftigen Überlegung wohl zu „einem obersten Prinzip“, nicht aber zu den für das Leben erforderlichen konkreten Normen gelangen, welche das Prinzip eben nicht zu liefern vermöge. Vgl. dazu unten § 13 Note [1]. — Über Falck vgl. § 10 Note [23].

[13] H. C. v. Gagern, Kritik des Völkerrechts, Leipzig 1840 S. 22 glaubt an ein Völkerrecht, welches nichts als auf die Stämme und Völker angewendetes Naturrecht sei — das Naturrecht aber ist nach seiner Ansicht (S. 47) doch nur Fiktion und Präsumtion! — R. Maurenbrecher, Grundsätze des heut. deutschen Staatsrechts, 2. Abdr. Frankfurt a. M. 1843 S. 80, womit zu vergl. das. S. 8 Note *. — Über Post vgl. § 10 Note [36].

[14] Diese werden im folgenden § 10 Note [23] ff. namhaft gemacht werden.

[15] Hierdurch beeinträchtigt z. B. G. Rümelin d. Ä. seine feinsinnigen Untersuchungen: Über das Rechtsgefühl (abgedr. in Reden u. Aufsätze, Tübingen 1875 S. 62 ff.), Über das Verhältnis der Politik zur Moral (abgedr. das. S. 144 ff.) und Eine Definition des Rechts (abgedr. in Reden u. Aufsätze, N. F. Tübingen und Freiburg 1881 S. 317 ff.). Obgleich er selbst (Reden u. Aufsätze S. 81) die Verspottung der Versuche, aus Axiomen und elementaren Sätzen ein Natur- oder Vernunftrecht herauszuspinnen, für

wegen Recht sei, gesprochen.[16] Es ist aber dieser Namen mitunter zu ergänzen da, wo nur das Wort, nicht die Sache fehlt, z. B. bei denjenigen Juristen, welche ganz offen die Vernunft als eine direkte Rechtsquelle, auch für den Richter, behandelt sehen wollen.[17]

---

wohlbegründet hält, so behauptet R. doch (das. S. 156), es gebe „ein Vernunftrecht neben dem geschriebenen, ein Recht der Zukunft neben dem der Vergangenheit". Vielleicht darf aber in diesem gleichsam „werdenden Recht" (vgl. unten § 10 Note [20] [21]) noch kein ordentliches Naturrecht erblickt werden. Dann wäre auf einige andere Stellen zu verweisen, wo R. z. B. konstatiert, dafs wir offenbar in uns selbst einen Mafsstab, um das Recht von dem, was nicht Recht ist, zu unterscheiden, haben müssen (Reden u. Aufs. S. 62), oder gar sich vorsetzt ein Recht zu definieren, das nicht blofs das empirische thatsächliche Recht ist (Reden u. Aufs. N. F. S. 323). Dieses Bestreben, heifst es weiter (das. S. 324), entspringe dem Verlangen nach einem Mafsstab, einem Prinzip, an dem sich erkennen läfst, was mit Recht Recht genannt werde und was mit Unrecht, oder m. a. W. es sei „die Idee, nicht der empirische Begriff des Rechts, wofür wir in einer Definition den treffenden Ausdruck suchen". — Siebenhaar, Lehrb. des sächs. Privatrechts, Leipzig 1871—1872 Einl.: Vernunft und Gesetzgebung sind die Quellen des Rechts; aus der ersteren fliefst das Vernunftrecht, aus der letzteren das positive Recht; das Vernunftrecht steht über dem positiven Recht, die Gesetzgebung kann das Vernunftrecht ändern, soll es aber nicht thun (S. 3, 4).

[16] Ofner, Rechtstheorie und Histor. Schule, Wien 1888 (Vortr. sep. aus der Zeitschr. f. Notariat u. freiw. Gerichtsbarkeit u. s. w.) S. 9. Vgl. auch unten § 10 über Ofner Note [20], über Luden Note [23] und über Kahle Note [25].

[17] Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen u. s. w., (Studien üb. die heutige Geltung des röm. Rechts I) Kassel u. Göttingen 1872 proklamiert ganz offen (S. 9 ff.) die subjektive Vernunft als wahre Rechtsquelle. Da dies aber ihm selbst doch recht bedenklich erscheint, so setzt er an die Stelle der Vernunft jedes Subjekts die Vernunft des also zum Gesetzgeber erhobenen Richters (S. 11 ff.). Merkwürdig ist solchen Sätzen gegenüber der Ausspruch (S. 28) von „dem Wahn der naturrechtlichen Schule, welche mit ihrem abstrakten selbstgemachten Recht alle Verhältnisse regeln zu können glaubte", merkwürdig überhaupt die ganze Schrift als eine grelle Illustration zu dem traurigen Zustande der Lehre von den Rechtsquellen (vgl. oben S. 40). Beeinflufst von der Lehre Adickes', dafs die Vernunft unmittelbar Rechtsquelle sei, ist F. Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozefsrechts, München 1886 § 4 ff. S. 22 ff. Der Übergang von der Vernunft als Rechtsquelle zu der Rechts-

Dagegen tritt dieser Ausdruck noch sehr häufig in dem, trotz aller Fehden wider die rationalistische Doktrin gebräuchlichen Doppelwort Natur- und Vernunftrecht sowie in dem kombinierten Namen natürliches oder vernünftiges Recht auf. Mit Vorliebe gebrauchen ihn vor allem die Kantianer, die mit neuen Bearbeitungen ihrer Schriften gegen die Historische Schule resp. für den Konstitutionalismus kämpfen[18]; sodann mehrere, sich einigermafsen an Kant anlehnende Urheber naturrechtlicher Systeme[19]; endlich auch der Verfasser der letzten typischen Gesamtdarstellung des Natur- oder Vernunftrechts in deutscher Sprache.[20] Daran schliefsen sich aufser ein paar Schülern Hegels, denen im übrigen die Bezeichnung für das nichtpositive Recht, welches sie im Sinne tragen, völlig gleichgiltig ist[21], einige andere, noch einigermafsen unter dem

---

vernunft Feuerbachs (vgl. oben S. 186 Note [14]) und dem Rechtssinn, Rechtsgefühl u. s. w. Anderer (vgl. unten § 10 Note [31]) macht sich von selbst.

[18] K. H. v. Gros, Lehrbuch der philos. Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, 6 Aufl. Stuttgart 1841. C. v. Rotteck (vgl. dessen S. 193 Note [27] cit. Schriften und aufserdem den Art. Historisches Recht im Staatslexikon VIII 3. Aufl. 1863 S. 194 ff.) — der beredteste Vernunftrechtslehrer aller Zeiten und Länder. Welcker im Staatslexikon 3. Aufl. I 1856 S. XLV; Art. Philosophie, das. XI 1864 S. 476; Art. Recht, das. XII 1865 S. 323 ff.; Art. Staat, das. XIII 1865 S. 502 ff.

[19] K. H. Hagen, Von der Staatslehre, Königsberg 1839, z. B. S. 153. Fr. Fischer, Über d. gegenwärt. Stand d. Naturrechts, Basel 1837; Naturrecht und natürliche Staatslehre, Gieſsen 1848, wo er (S. 31) noch ein besonderes „richtiges" Naturrecht kennt, wie vor ihm Göschel, Zerstreute Blätter u. s. w., I Erfurt 1832 S. 72, 80 ein „gesundes" Naturrecht von einem willkürlichen geschieden hatte. Genau solch ein Naturrechtsdoktrinär wie Fischer ist sein Gegner E. Kaiser, Das Prinzip des Vernunftrechts, Lörrach 1840 — die Feindschaft besteht nur in den Worten. — Über Snell vgl. § 10 Note [25].

[20] Fr. A. Schilling, Lehrb. d Vernunftrechts oder d. philos. Rechtswissenschaft, Leipzig I 1859, II 1863 (vgl. auch S. 193 Note [27]). Die Ansichten Kants in der Schillingschen Bearbeitung überträgt auf das Staatsrecht J. Hodler, Allg. Grundsätze des natürlichen Staatsrechts, Bern 1863.

[21] Etwas zurückhaltend K. Th. Pütter, Der Inbegriff der Rechtswissenschaft oder jurist. Encyklopädie, Berlin 1846, der mit einem „wah-

Einfluſs Hegels stehende Philosophen der neuesten Zeit[22] und sogar ein Professor der Pathologie, der der Rechtsphilosophie den rechten Weg zu zeigen unternimmt.[23] Zum

ren“ Recht anfängt, endlich aber doch den Glauben an ein aus der vernünftigen Menschennatur fliessendes Natur- oder Vernunftrecht bekennt (S. 5, 297. Vgl. auch desselben Schrift: Die Lehre vom Eigentum u. s. w. Berlin 1831 S. 12 ff.). In seinen Beiträgen zur Völkerrechts-Geschichte u. -Wissenschaft, Leipzig 1843 S. 14 sagt P. von dem vernünftigen Völkerrecht, das nach seiner Ansicht mit dem notwendigen identisch ist (nicht unrichtig, da beide einfach dasselbe Naturrecht sind!), es bilde in unzertrennlicher Einheit mit dem positiven das praktische Völkerrecht. Hier ist die Koordination von Vernunftrecht und positivem so unbegreiflich wie die Unterscheidung von positivem und praktischem Recht. — Ganz offen bekundet dagegen C. L. Michelet, Naturrecht oder Rechtsphilosophie (auch m. d. T.: Des Vernunftrechts I. und II. Teil), 2 Bände Berlin 1866 schon durch die Titel seines Werkes seine Denkweise. Vergeblich versucht er (I S. 2) einen Begriff der Rechtsphilosophie zu geben, vergeblich nimmt er wiederholt (I S. 87, 135) Anläufe zur Definition des Rechtsbegriffes — es kommen immer nur Auseinandersetzungen über das Naturrecht zum Vorschein. Vgl. auch weiter unten § 10 Note [3].

[22] E. Zeller, Die Politik in ihrem Verhältnis zum Recht, 1868 (zuerst in den Preufs. Jahrb., abgedr. in Vortr. u. Abhdl., II Leipzig 1877 S. 380 ff.). Das Natur- oder Vernunftrecht ist nach ihm der Inbegriff derjenigen Gesetze für unser rechtliches Verhalten zu andern Menschen, welche sich aus unsrer sittlichen Natur als solcher und abgesehen von jeder positiven Satzung ergeben, ebendeshalb für jeden Menschen und jede menschliche Gemeinschaft Andern gegenüber auch in dem Falle verbindlich sind, wenn ihr Rechtsverhältnis zu denselben weder durch Verträge, noch durch positive Gesetze geordnet ist. Des weiteren untersucht Z. das Verhältnis der Politik zum Naturrecht und positiven Recht d. h. er wählt einfach unter dem positiven einen Teil aus, den die Polilik unter allen Umständen zu achten habe, während sie den Rest verletzen dürfe, u. s. w. — G. Biedermann, Moral-, Rechts- und Religionsphilosophie, Prag und Leipzig 1890 unterscheidet in etwas ungewöhnlicher Weise Natur-, Geschichts- und Vernunftrecht (S. 14 ff.), das sich schliefslich als göttliches Recht entpuppt (S. 45 ff.). Sein Rechtsbegriff (S. 17, 45) ist überhaupt nicht der positive; auch kennt er noch allerlei ewige Naturrechte der Menschen (S. 20 ff., 33).

[23] S. Stricker, Physiologie des Rechts, Wien 1884 S. 102 ff. spricht von dem Natur- und Vernunftrecht, das er mit dem „moralischen“ Recht identifiziert. St. bekämpfend, nennt J. Hoppe, Der psychologische Ursprung des Rechts, Würzburg 1885, alles was „richtig“ ist d. h. der Richtung auf das Sittliche entspricht, Recht (S. 4 ff.), welches letztere er

Schluſs sind leider eine ganze Reihe Juristen, darunter solche von grofser Berühmtheit, zu verzeichnen, die mit irgendeinem aufser dem positiven bestehenden Recht unter dem Namen Naturrecht oder Vernunftrecht umgehen.[24]

b. Mannigfaltige Formen der Naturrechtsidee lassen sich bei den Schriftstellern nachweisen, welche ihre Rechtslehre auf ethische oder religiöse Grundlagen stützen. Sie führen ihre Vorstellungen teils ganz ohne solche Namen, in denen schon die prätendierte Rechtsnatur ausgedrückt läge, ein, teils bedienen sie sich nach Gefallen bald des einen bald des andern bezeichnenden Wortes, teils verwenden sie dafür vornehmlich den alten Terminus Naturrecht oder natürliches Recht.

In dem Bestreben, zwischen dem sittlichen und dem Rechtsleben, dementsprechend zwischen der Ethik und der Rechtsphilosophie den Zusammenhang aufrechtzuerhalten, verwischen die Vertreter der ethisierenden Richtung gar leicht die Grenzen zwischen Moral und Recht und verfallen in ein aus ethischen Prinzipien abgeleitetes Naturrecht. Je mehr ihre Anschauungen der Klarheit und daher ihre Be-

schliefslich (S. 99 ff.) als „den geistigen Gefühlszustand selbst“ bezeichnet. Ähnliche Ansichten desselben Verf. finden sich in seiner früheren Schrift Das Gewissen, Regensburg 1875 S. 56 ff.

[24] C. S. Zachariae v. Lingenthal, Vierzig Bücher vom Staate, 2. Aufl., z. B. IV Heidelberg 1840 S. 1, 26, 115, 201, 319 u. V Heidelberg 1841, wo vom natürlichen Völkerrecht gehandelt wird; Handb. d. französ. Civilrechts, § 2, 3 (5. Ausg. v. Anschütz, Heidelberg 1853 I S. 4, 5). — P. A. Pfizer d. Ä., Gedanken über Recht, Staat und Kirche, Stuttgart 1842 I behauptet (S. 28), die Historische Schule dürfe das Vernunftrecht nicht leugnen, da es bereits zu einer welthistorischen Macht geworden; ferner stellt er (S. 3) die Alternative: entweder es gibt ein ewiges, vermöge höherer oder innerer Notwendigkeit unabänderliches Recht — oder alle und jede Rechtsordnung ist blofs ein Erzeugnis willkürlichen Zwanges (vgl. auch oben S. 246 Note [11]) u. s. w. — Heimbach, Art. Recht in Weiskes Rechtslexikon IX Leipzig 1855 S. 150 ff. und Art. Gesetz in der Allg. Encyklopädie von Ersch und Gruber, Sect. I Teil 64, Leipzig 1857 S. 32. — Vgl. über Ad. Schmidt S. 246 Note [12], Goldschmidt § 10 Note [19], Wächter § 10 Note [23].

griffsbestimmungen der Schärfe entbehren, um so entschiedener suchen sie die Gründe des Unglaubens Anderer nicht in den Schwächen ihrer eigenen Theoreme, sondern in der intellektuellen oder moralischen Verwahrlosung eben der Opponenten.

Unter ihnen gibt es gerade die hartnäckigsten Verfechter des natürlichen Rechts, wie z. B. die Jünger der Krauseschen Rechtsphilosophie.[25] An dem Naturrecht rationalisti-

[25] Die im Text (S. 253) citierten Worte gebraucht H. Ahrens, Naturrecht oder Philosophie des Rechts u. des Staates, 6. Aufl. Wien 1870 I S. 366, der sich in allen seinen Schriften als ein enragierter Naturrechtslehrer erweist, obwohl er speciell gegen die Vernunftrechtsdoktrin lebhaft polemisiert. Das genannte Hauptwerk beginnt (I S. 1) mit einem ungeschminkten Bekenntnis zu einem Natur- oder höheren Recht (vgl. oben S. 130 Note [10]); dann wird der Rechtsphilosophie die Aufgabe gestellt (S. 3, 5), aus dem Wesen des Menschen und dem Ganzen seiner Lebensverhältnisse das besondere Prinzip des Rechts abzuleiten und das Rechtsideal für die Verwirklichung der Ordnung im Staate zu entwickeln. An andern Stellen wird ausführlich das Wesen des Menschen beschrieben (S. 220 ff.) und wieder nachdrücklich hervorgehoben, dafs nicht aus der Geschichte oder den positiven Gesetzen, sondern aus der Natur des Menschen das Rechtsprinzip zu schöpfen sei (S. 177, 223; vgl. die Worte Ciceros oben S. 154 Note [9]); auch von der Vernunft ist mehrfach (z. B. S. 2, 8) die Rede. Ferner erklärt A. die Rechtsphilosophie in seinem Sinne für eine subsidiäre Quelle insbesondere des Strafrechts und des Staatsrechts (S. 11 ff.), erneuert die Lehre von den Urrechten (S. 365), u. s. w. Alle diese Theorien sind fast mit denselben Worten auch schon in der ersten von A. selbst veranstalteten deutschen Ausgabe (Wien 1852) enthalten, während die ersten französischen Ausgaben (Cours de droit naturel ou de philosophie du droit, 2. édition Bruxelles 1844 p. 26 et suiv.) überdies eine angelegentliche, später (7. éd. Leipzig 1875 I p. 51 et suiv.) etwas abgeschwächte Vertheidigung des Naturrechts gegen seine Feinde bringen. Die nämlichen naturrechtlichen Expektorationen finden sich selbstverständlich auch in der abgekürzten Rechtsphilosophie, welche A. (unter dem Titel: Recht u. Rechtswissenschaft im allgemeinen) zu v. Holtzendorffs Encyklopädie beigetragen hat (2. Aufl. Leipzig 1873 S. 3 ff., 35 u. s. w.), nur dafs er hier (S. 3) seinem Naturrecht noch ausdrücklich die Eigenschaft der Ewigkeit vindiziert. Weniger aufdringlich als in dem rechtsphilosophischen System zeigt sich A.' Naturrechtlerei in seiner Juristischen Encyklopädie, Wien 1855; doch sind hier die Thesen über die Ableitung des Rechtsbegriffes aus dem Wesen des Menschen (S. 13, 17 ff.) u. s. w. keineswegs vermieden. Seine beiden

scher Färbung haben diese freilich viel auszusetzen, noch viel mehr aber an der „platten Ansicht, die kein anderes als positives Recht gelten lassen will“ und besitzen darum kein Verständnis für die Historische Schule, obwohl mit deren Theorie doch die „organische“ Rechtslehre der Krauseaner besser als mit jeder anderen vereinigt werden kann.

Artikel im Staatswörterbuch von Bluntschli u. Brater (Freiheitsrechte III 1858 S. 739 ff. und Menschenrechte VI 1861 S. 601 ff.) zeigen uns, welche Anstrengungen ein moderner Naturrechtslehrer machen mufs, um nicht bei wesentlich gleichem Gedankengehalt auf Schritt und Tritt auch in den gleichen bequemen Jargon der früheren Naturrechtsdoktrinäre zu verfallen. — K. D. A. Roeder beginnt sein System (Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. Leipzig und Heidelberg I 1860 und II 1863) gleich mit Klagen über „gesellschaftliche Mifsstände“ (Vorw. zur 1. Aufl., 2. Aufl. S. VII ff.), mit denen die Rechtsphilosophie, wie er sie auffafst, viel zu thun hat, während er die eigentliche Philosophie des positiven Rechts mit der Politik identifiziert (I S. 48 ff.; hierüber hatte der Verf. früher ein eigenes Werk angefangen, vgl. unten § 10 Note [20]). Die Rechtsphilosophie aber hat die Aufgabe, die ewige Rechtsidee, das wahre Recht — wovon das positive Recht nur ein mehr oder weniger gelungener Verkörperungsversuch sein soll (I S. 42) — herauszustellen; selbstverständlich nicht aus dem, was man unter dem Einflufs geschichtlicher Beschränkungen hier oder dort für Recht gelten läfst, sondern aus der ganzen ewigen Wesenheit des Rechts (I S. 2). Sie findet das wahre, materielle Recht zum Unterschied von dem blofs formalen (I S. 15 ff.). Falls das letztere Zweifeln Raum läfst und in „allzu grellen Fällen“, wo die Richter selbst das positive Recht nicht anwenden mögen, rückt als subsidiäres das erstere Recht d. h. das Naturrecht ein (I S. 16), welches übrigens auch sonst zur Interpretation herangezogen werden kann (I S. 20). Das ideale Recht aus der Werkstätte der Rechtsphilosophie ist zugleich ein Recht für die Zukunft. Indessen ist auch gegenwärtig schon „jeder Einzelne, der besser einsieht, was dem wahren Recht entspricht, als zur Zeit die Gesellschaft, sittlich verpflichtet, hiernach zu handeln“ (I S. 244 Note und dazu S. 130 ff.). Wie zu erwarten, fehlt auch bei R. nicht die Lehre von den direkt auf die Menschennatur gegründeten Urrechten (I S. 174 ff.). Zu den Urunrechten dagegen scheinen zu gehören: das Eintreten zur Thür ohne Aufforderung (II S. 91), jede Erschwerung des Reisens (II S. 98), die steife Halsbinde und sonstiges Einzwängen der Soldaten (II S. 82) und andere nach Naturrecht verbotene Handlungen (überhaupt II S. 80—100), wohin z. B. aufser lästigen Besuchen auch das neugierige Ausfragen (II S. 91, 92) zu rechnen ist. Hiermit dürfte nicht wohl vereinbar sein das (II S. 202) ausdrücklich hervorgehobene Recht, jedermann anzureden und von ihm, sei es auch nur

Neben Juristen und Philosophen, die zu Herbart schwören[26], sind als Naturrechtsgläubige von mehr oder weniger

mit dem Zweck der geselligen Unterhaltung resp. Belehrung, eine Antwort zu verlangen — oder kann nach Naturrecht ein Recht zugleich ein Unrecht sein? Freilich dürfen wir niemandem, etwa durch rücksichtslose Geltendmachung unsrer geistigen Überlegenheit, seine Fassungskraft übersteigende hohe Ansichten aufnötigen, das steht fest (II S. 92 Note); kontrovers ist auch nicht, dafs man sich nicht an den Zähnen Andrer vergreifen darf, während hinsichtlich sonstiger Operationen, z. B. des Zopfabschneidens, unter den Naturrechtslehrern leider noch gestritten wird; das Weissagen, nur das harmlose natürlich, aus Karten, Kaffeesatz u. s. w. ist vor dem Naturrecht eine entschieden indifferente Handlung (II S. 204 Note). Mit diesem so leistungsfähigen absoluten, wahren, idealen Recht, das für alle Völker und Zeiten, auch für die Menschen der Zukunft ewig das nämliche bleibt (I S. 42), ist jedoch R. noch nicht zufriedengestellt. Denn dies ist blofses Erdbürgerrecht. Es gibt aber auch noch ein Weltbürgerrecht für alle problematischen Vernunftwesen auf allen Sternen (II S. 11 ff., vgl. oben S. 177 Note [5] und weiter unten § 10 Note [13]), von welchem höchsten Recht uns R. nichts mitteilt, nicht weil er davon nichts weifs, sondern nur weil er sich die Darlegung desselben nicht vorgenommen hat! Seine Lehre vom innern Recht, welches jedermann verbietet, sich selbst und Andern innerlich Unrecht zu thun (I S. 120), und von dem wahren Recht kehren auch in andern Arbeiten R.s wieder, z. B. in dem Aufsatz: Über das richtige Verhältnis der Sittlichkeit zum Recht u. zur Aufgabe des Staates, in d. Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. XXXIII (1877) S. 524 ff. — Als ein im Vergleich zu den beiden vorgenannten sehr zurückhaltender Naturrechtslehrer der Krauseschen Richtung erscheint H. v. Leonhardi, Die hohe Bedeutung der neueren Rechtsphilosophie u. s. w. (sep. aus „Die neue Zeit" Heft IX Prag 1874). Indessen liegt der Grund vielleicht nur darin, dafs er kein ausgebildetes System publiziert hat. Denn auch er hat mehrfach mit dem ewigen Recht (S. 2) zu schaffen, bezeichnet Rechtszustände, die ihm nicht gefallen, als Unrechtszustände (S. 7) und vertritt durchweg die Ansicht, dafs aus der Rechtsphilosophie Motive zur materiellen Verbesserung des positiven Rechts zu entnehmen seien.

[26] A. Geyer, Gesch. u. System der Rechtsphilosophie in Grundzügen, Innsbruck 1863 stellt zwar die Existenz eines Naturrechts in Abrede, behauptet aber in demselben Satze (S. 3), die Rechtsphilosophie habe das Ideal für die wirklich zu errichtende Rechtsordnung aufzustellen. Deswegen allein und weil er in sehr bedenklicher Weise von einer ganz abstrakten Rechtsidee handelt (S. 123 ff.), aus welcher sich angeblich eine Reihe der wichtigsten Folgerungen ergeben (S. 131 ff.), würde ich ihn noch nicht zu den Naturrechtsphilosophen rechnen. Auch die ausführliche Lehre von den Urrechten (S. 137) macht ihn höchstens verdächtig. In andern Arbeiten je-

ausgeprägter Konfession dieser Gruppe ferner mehrere selbständige Philosophen und Ethiker der neueren Zeit zuzuzählen.[27] Aufser einem der unmittelbaren Gegenwart ange-

doch tritt G.s naturrechtliche Denkweise ganz klar hervor. Wenn er sie nicht hegte, wie könnte er in der Philos. Einl. in die Rechtswissenschaft (in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 4. Aufl. Leipzig 1882 S. 1 ff.) annehmen, dafs man zu bestimmen vermöge, ob das eine Rechtssystem mehr als das andere dem Begriff des Rechts entspreche?, oder dafs das „begriffsmäfsige" und „das den Thatsachen entnommene" Recht sich nicht völlig decken? (S. 4, 6). Ja an einer Stelle (S. 5) ist auch ganz unverhohlen von dem wahren, höheren, ungeschriebenen, ewigen, göttlichen, natürlichen Recht im Gegensatz zum willkürlichen positiven die Rede. Auch der Abschnitt über das Strafrecht (in ders. Encyklopädie, 4. Aufl. S. 883 ff.) hat naturrechtliche Ingredienzen, diesmal an Hegel erinnernde (vgl. unten im § 10 den Text zu Note [2] ff.). Wir lesen dort (S. 883), es gebe eine formelle d. h. mit Rücksicht auf das positive Recht gefundene Definition des Verbrechensbegriffes, und eine anderweitige, welche G. die materielle nennt; es sei (S. 924) nicht ohne Bedeutung die Einteilung der Verbrechen in solche, welche schon an sich strafwürdig sind (*delicta juris naturalis*), und solche, welche blofs durch das Gesetz verpönt, eigentlich den Charakter einer Übelthat garnicht an sich tragen (*delicta juris civilis*), u. dgl. m. In Bezug auf G.s Lehrbuch des gem. deutschen Strafprozefsrechts, Leipzig 1881, urteilt R. Loening (in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III S. 372) vollkommen richtig so: Der Verf. hat ein eigenes Prozefsrecht, das Prozefsrecht wie es sein soll, selbst im Kopfe, und das positive Recht ist ihm mehr ein Gegenstand der Kritik als der Entwicklung. — Chr. A. Thilo, Die theologisierende Rechts- u. Staatslehre, Leipzig 1861 erklärt allerdings mit Entschiedenheit, das Naturrecht sei kein Recht, alles Recht sei positiv (z. B. S. 354). Aber was heifst ihm positives Recht? Th. denkt es sich offenbar so, dafs es das Recht seines Dafürhaltens mitumfafst, denn, sagt er (S. 291), „es gibt auch, ganz abgesehen von aller Staatsgesetzgebung, ein Recht und zwar ein positives Recht, z. B. unter Freunden, Ehegatten . . ., welches weder seine Entstehung, noch seine sittliche Giltigkeit von der durch ein Volk aufgerichteten bürgerlichen Ordnung hernimmt." Die Bemerkungen über das angeblich juristische Element in den Verhältnissen der Freundschaft, der Liebe u. s. w. wiederholen sich öfter (z. B. S. 363). Auch die „Rechtsidee" wird von Th. in zahlreichen Fällen um die wichtigsten Auskünfte angegangen, die nur ein Recht, nicht eine blofse Idee geben kann.

[27] Chalybäus, System der spekulativen Ethik, Leipzig 1850 meint (I S. 287), es gebe neben dem positiven „auch einen an und für sich feststehenden Rechtsgehalt kraft des vernünftigen Wesens des Menschen", worin er eine besondere Form des Sittlichen erblicken möchte (I S. 290). — Obgleich I. H. Fichte, System der Ethik, Leipzig I 1850, II, 1 1851, II, 2

hörendem Vertreter der Staatswissenschaften[28] folgen dann auch hier wieder etliche Juristen[29], unter ihnen der jüngste

1853 sich wiederholt dahin ausspricht, dafs es kein natürliches, sondern nur positives Recht und dieses nur im Staate gebe (II, 1 S. 42; II, 2 S. 24), hält er sich selbst doch nicht frei von naturrechtlichen Anwandlungen. Nicht nur macht er z. B. Haller einen Vorwurf daraus, dafs dieser kein „ewiges Vernunftrecht" anerkenne (I S. 432), sondern er gebraucht auch bei der Entwicklung seiner eigenen Lehre die Begriffe des ewigen Rechts (II, 1 S. 47; II, 2 S. 40), der ewigen Rechtsidee (II, 1 S. 51), welche die alleinige Quelle des Rechts sein soll, und sagt von der Wissenschaft, sie erzeuge wahrhaft Recht (II, 1 S. 57 ff.) Ganz durchsetzt von naturrechtlichen Elementen ist der specielle Teil seines Systems (II, 2). Was er hier über die Urrechte (S. 26 ff.) und die einzelnen Rechte auf Unantastbarkeit des Leibes und Lebens, Lebensunterhalt und Mufse, politische und Geistesfreiheit u. s. w. (S. 36 ff.) auseinandersetzt, läfst sich nur dadurch erklären, dafs F. einen andern als den positiven Rechtsbegriff im Sinne führt. — Nach J. Frohschammer, Über die Organisation u. Kultur der menschl. Gesellschaft u. s. w., München 1885 ist das positive Recht nicht immer das wirkliche, ja eigentlich niemals das vollkommene oder ideale Recht (S. 9). F. kennt ferner ein Recht, das, weil es unsittlich ist, seinem Wesen nach Unrecht ist (S. 16 ff., 22, 41 ff.), daneben verschiedene Rechte auf Leben, Freiheit u. dgl. (S. 29 ff.), sowie überhaupt unveräufserliche Rechte (S. 37 ff.). Schliefslich spielt auch das Rechtsgefühl bei ihm eine nicht unbedenkliche Rolle (z. B. S. 63).

[28] M. Ratkowsky, Encyklopädie der Rechts- u. Staatswissenschaften u. s. w., Wien 1890 unterscheidet zwei Arten von Rechtsnormen resp. Rechten: das positive und das ethische Recht, welches letztere uns sagt, was an sich Recht und Unrecht sei, und durch das Rechtsbewufstsein einem für alles menschliche Handeln, somit auch für alle menschlichen Satzungen mafsgebenden Rechte entnommen wird (S. 3 ff.). Wie weit dieses ethische Recht mit den Sittengesetzen identisch oder von ihnen verschieden ist, das dürfte (trotz S. 6 u. S. 45 ff.) schwer festzustellen sein, und die Speciallehre von dem behaupteten ethischen Recht, welche die „Encyklopädie" konsequenter Weise bringen müfste, bleibt der Verf. uns schuldig. Es ist schade, dafs die sonst vielfach ansprechenden Darlegungen R.s entstellt werden durch Einmischung eines Bewufstseins von einem vor und neben aller menschlichen Satzung giltigen Recht (S. 3), der Idee der Gerechtigkeit, „deren Weisungen selbst Rechtsnormen und zwar ethisch-ideale Rechtsnormen" sind (S. 20 ff.) u. dgl. m. Hieraus entspringt die Annahme eines ethischen Völkerrechts (S. 69), die unrichtige Bestimmung der Aufgaben der Rechtsphilosophie (S. 71), die Bezeichnung der socialen Frage als Rechtsfrage (S. 100), während sie doch eine Rechtsreformfrage ist.

[29] So kritisch ablehnend Warnkönig in seinen uns hier interessierenden Schriften (Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts, Freiburg

Entdecker einer besonderen „juristischen Ethik", worunter kaum etwas Anderes als ein umgetauftes Naturrecht mit dem Zweck der praktischen Korrektur des positiven Rechts zu verstehen sein dürfte.[30]

1839; Juristische Encyklopädie, Erlangen 1853) sich gegen die rationalistischen Theorien verhält (Rechtsphilos. S. 144 ff., 271; Encykl. S. 45 ff.), soviel Mühe er sich gibt, die auffälligsten Formen der subjektiven Rechtskonstruktion zu vermeiden — in mancherlei Sünden verwandter Art verfällt er doch. Zu bemerken ist vor allem, dafs in seinem System weniger das Wesen der einzelnen Rechtsinstitute als die Frage, welche Gestalt derselben die beste sei, zur Untersuchung kommt (Rechtsphilos. S. 282 ff.), sodann dafs auch er sich nicht enthalten kann (das. S. 221), dem positiven Recht das auf rationeller Basis beruhende allen Ernstes gegenüberzustellen. Nichts Anderes als verkleidetes Naturrecht ist sein notwendiges Recht, das er sogar mit den Naturgesetzen verwechselt (das. S. 217 ff.) und als unabänderlich durch die vernünftige und moralische Natur des Menschen gegeben erachtet (das. S. 219 ff.); wahrscheinlich ist es auch mit dem, was W. allgemeine Rechtswahrheiten nennt, identisch (das. S. 261). Letztere werfen für den Bereich der internationalen Beziehungen die Maske ab und offenbaren sich als natürliches oder allgemeines Völkerrecht d. h. Rechtsgrundsätze, die ihrer inneren Wahrheit wegen gelten, sobald sie von der Wissenschaft zur Evidenz gebracht worden (das. S. 436). Die Idee der Gerechtigkeit (S. 225), das sich unvermerkt an die Stelle des Rechts einschiebende Gesetz der Gerechtigkeit (S. 368 ff.), die Rechtsidee, der Rechtssinn, das Rechtsgefühl (Encykl. S. 6) bilden die übrigen Begriffe, die zur Verdeckung des uneingestandenen Glaubens an ein nichtpositives Recht verwendet werden. Es sind daher auch nichts als eifrige Worte, was W. gelegentlich (Recension der Systeme von Schilling, Roeder und Trendelenburg in der Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. u. s. w. III 1861 S. 241 ff.) gegen die „Wiederauferstehung des Naturrechts" äufsert: der anfänglichen Kritik folgen gar bald Zugeständnisse und endlich eine Belobung Schillings, eines Naturrechtslehrers vom reinsten Wasser (vgl. oben S. 249 Note [20]). Wenn das Naturrecht immer nur solche Gegner wie W. gehabt hätte, brauchte es um seine Wiederauferstehung nie besorgt zu sein — die erhielten es eben beständig am Leben. — Auch M. E. Burckhard, System des österreichischen Privatrechts I: Das Recht Wien 1883 gelingt es nicht ganz, sich in den sonst so sicher gehaltenen allgemeinen Lehren auch des allerletzten Gedankens naturrechtlicher Färbung zu entschlagen. Was ist das „Recht im weiteren Sinne", das blofs sittliche Recht S. 4, 16 ff., 142 ff.), was das ideale Recht (S. 172), dem das wirklich geltend (Recht nie ganz entsprechen kann?

[30] Pfizer d. J. in Gruchots Beitr. zur Erläut. des deutschen Rechts XXXI 1887 S. 10 ff. will unter diesem Namen (S. 29, 33) eine materielle Gerechtigkeit als etwas, was mehr denn gewisse Paragraphen der Civilprozefsordnung den Richter bindet, zur Geltung gebracht sehen.

Endlich und selbstverständlich mangelt es auch unter denjenigen Autoren, welche ihrer Rechtslehre eine religiöse resp. kirchliche Grundlage geben oder sich mit dem Recht der Religionsgesellschaften befassen, nicht an solchen, die trotz der Historischen Schule an dem Naturrecht festhalten. Aus naheliegenden Gründen ist diese Richtung im allgemeinen und die entsprechende Naturrechtslehre im speciellen unter den römischen Katholiken bei weitem stärker vertreten als innerhalb der übrigen Konfessionen.

Beginnen wir mit den Juristen, welche sich mit dem Kirchenrecht selbst beschäftigen. Allerdings wird von vielen Kanonisten nicht allein protestantischen, sondern auch katholischen, die Existenz eines natürlichen Rechts bezw. natürlichen Kirchenrechts ausdrücklich geleugnet[31], während andere, die gleichfalls Anlafs sich hinsichtlich dieses Gegenstandes zu äufsern gehabt hätten, mit Stillschweigen darüber hinweggehen.[32] Auch wird von katholischen Schriftstellern

[31] Vgl. z. B. von Protestanten Hinschius in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl. 1891 S. 860 ff., von Katholiken Rofshirt, Kanonisches Recht, Schaffhausen 1857 S. 7 ff.; Vering, Lehrbuch des katholischen und protestantischen Kirchenrechts, Freiburg 1874—1876, § 4 S. 4; R. v. Scherer, Handbuch des Kirchenrechts, I Graz 1886 § 4 S. 9, § 21 S. 129 ff.; J. F. v. Schulte, Das kathol. Kirchenrecht I: Die Lehre von den Quellen u. s. w., Giefsen 1860 § 10 S. 43 ff. Letzterer schreibt jedoch S. 45: „Somit lassen sich sehr wohl natürliche Rechtsprinzipien denken, deren Existenz niemand bestreiten wird; aber ein Naturrecht, natürliche Rechtssätze, welche eine Quelle des positiven Rechts bilden sollen, denen an und für sich eine rechtsverbindliche Kraft beiwohnte, ist juristisch nicht denkbar". Auch I. Silbernagl, Lehrbuch des kathol. Kirchenrechts, Regensburg 1880 § 2 S. 2 läfst das natürliche Kirchenrecht nur aus „Prinzipien", nicht aus „zwingenden Rechtssätzen" bestehen. Ist man aber nicht logisch gezwungen, ein ganzes Naturrechtssystem zu denken, sobald man nur die Existenz von natürlichen Rechtsprinzipien zugibt? Vgl. unten § 13 Note [1]. — Über Walter und Phillips vgl. S. 263 Note [41].

[32] Ich nenne von katholischen Autoren z. B. Gerlach, Lehrb. des kathol. Kirchenrechts, (1869) 4. Aufl. Paderborn u. Münster 1885 und Maassen, Gesch. der Quellen u. der Litteratur des kanon. Rechts, I Graz 1871, von evangelischen Richter, Lehrb. des kathol. und evangel. Kirchenrechts, 4. Aufl. Leipzig 1853, 8. Aufl. von Dove und Kahl 1877—1886; Friedberg, Lehrb. des kathol. u. evangel. Kirchenrechts, Leipzig 1879, 3. Aufl. 1889; A. Frantz, Lehrb. d. Kirchenrechts, Göttingen 1887; Zorn, Lehrb. des Kirchenrechts, Stuttgart 1888. O. Mejer, Institutionen des gem. deutschen Kirchenrechts, Göttingen 1845 § 61 S. 131 und Lehrb. des deutschen Kirchenrechts, 3. Aufl. Göttingen 1869 § 102 S. 257 äufsert sich an diesen Stellen, wo er der Lehre vom *jus naturale* im Kirchenrecht Erwähnung thut, weder zustimmend, noch direkt bestreitend.

Deutschlands mitunter behauptet, ihre Kirche als solche kenne kein Naturrecht.[33] Das steht aber im Widerspruch einmal zu der allgemein recipierten Terminologie der kanonistischen Litteratur, sodann zu der so uniformen Lehre fast sämtlicher katholischer Moraltheologen (vgl. S. 265), endlich sogar zu einigen Sätzen des den Standpunkt der Kurie in betreff zahlreicher wissenschaftlicher, socialer und politischer Dinge definierenden Syllabus Pius' IX. vom 8. Dezember 1864.[34] Was vom kirchlich korrekten Gesichtspunkt unter Naturrecht zu verstehen sei, diese Frage kann hier selbstverständlich nicht gelöst werden. Wozu soll es der Kirche dienstlich sein? Das auf die Offenbarung gegründete und das positive, durch die Thätigkeit der beiden irdischen Quellen, des Staates und der Kirche selbst, so reich entwickelte positive Kirchenrecht reichen ja nach allen Seiten vollkommen aus. Wenn also für die Bedürfnisse der Kirche ein besonderes natürliches Kirchenrecht erforderlich wäre, so könnte das

[33] Vgl. z. B. Ph. Schneider, Die Kirchenrechtsquellen, Regensburg 1890 S. 4 ff. Doch ist auf diese Behauptung als eine sehr unbestimmt bedingte — „Ein Naturrecht im Sinne der modernen Philosophie", sagt Sch. S. 5 Note [2], „kennt die Kirche nicht, sondern ihr Recht ist wesentlich ein *jus divinum*" — wohl nicht viel zu geben.

[34] Syllabus complectens praecipuos Nostrae aetatis errores etc. verwirft u. a. als Irrtümer: *Absque ulla naturalis juris et aequitatis violatione potest abrogari personalis immunitas, qua clerici ab onere subcundae exercendaeque militiae eximuntur etc.* (XXXII); *morum leges divina haud egent sanctione minimeque opus est, ut humanae leges ad naturae jus conformentur etc.* (LVI); *jure naturae matrimonii vinculum non est indissolubile etc.* (LXVII). — Dafs das *jus naturale* seit dem Mittelalter (vgl. auch die folgende S. 260) Gegenstand einer ausgebildeten Lehre der kirchlichen Schriftsteller war, bezeugen u. A. v. Schulte, Das kathol. Kirchenrecht I, S. 41 ff. und Hinschius, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland, III Berlin 1883 S. 769 ff. Über Deville vgl. unten § 11 Note [16].

nur statthaben für den Fall eines Streites zwischen ihr und dem Staate und unter der Voraussetzung, dafs die ihr durch die Offenbarung gewährte Stütze gegenüber dem Staate versagt; m. a. W.: ein praktisch zureichendes Motiv zur Annahme eines *jus naturale* ist vom Standpunkt der römischen Kirche nur vorhanden, falls die Kirche dem profanen *jus positivum* gegenüber noch eines anderweitigen Komplexes mafsgebender Normen aufser dem *jus divinum* bedarf. In der That glauben noch gegenwärtig viele Autoren des katholischen Südeuropas einem solchen Bedürfnis durch die Konstruktion eines *jus ecclesiasticum publicum* auf naturrechtlicher Basis nachzukommen.[35]

Ob nun die römische Kirche als solche und direkt für ihre eigenen Angelegenheiten der Naturrechtsdoktrin anhängen möge oder nicht, eine allgemeine Naturrechtslehre mifsbilligt sie jedenfalls nicht, vorausgesetzt dafs dieselbe sich nicht vom kirchlichen Dogma emanzipiert. Wird doch die Idee von dem einen Reich durch die Idee von dem einen Recht kräftigst unterstützt! Nicht wenige Naturrechtsschriftsteller kirchlicher Richtung bringen in ihren Werken den Vermerk an, dafs dieselben von der kirchlichen Autorität approbiert seien. Leider wird dadurch das richtige Verständnis der vorgetragenen Theorien über das Naturrecht nicht im geringsten gefördert. Schon die wahre Meinung Gratians über den Inhalt des Naturrechts und seine Stellung innerhalb des gesamten Rechtssystems läfst sich kaum feststellen[36], und was der heil. Thomas von Aquino, der in unseren Tagen wieder zu ganz besonderem Ansehen gelangt, darüber doziert hat, ist auch nicht viel deutlicher.[37]

[35] Vgl. Singer in der Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht XVI (1889) S. 318 Note [57]. R. v. Scherer, Handb. des Kirchenrechts, I § 18 S. 112 Note [8] zählt eine ganze Menge (zumeist italienische) Schriftsteller des Kirchenrechts auf, die, wie es scheint, ein natürliches öffentliches Kirchenrecht vortragen. Die Reihe kann ergänzt werden durch diejenigen, welche ich weiter unten im § 11 Note [16–17], Note [31–34] u. Note [48–49] nenne.

[36] Vgl. oben S. 157 Note [11].

[37] Vgl. z. B. dessen Summa theologica, wo von dem *jus divinum* gesagt wird, es sei zweifach, nämlich entweder ein *j. naturale* oder ein *j. positivum*, die gleiche Aussage aber auch auf das *jus* schlechthin bezogen wird (II, 2 q. 57, 2, Opera ed. sec. Veneta [1745—1760] XXII 1756 p. 300 sqq.); vom *j. naturale* heifst es, dasselbe sei vor allem enthalten in der *lex aeterna*, sodann aber auch in der natürlichen Urteilskraft der menschlichen Vernunft (II, 1 q. 71, 6, 5, ed. cit. XXI 1755 p. 360; als vom *j. divinum* verschieden wird das *j. naturale* wieder dargestellt in den Quaestiones quodlibetales IV, 13, ed. cit. XVII 1753 p. 308 sqq.); das *j. positivum* aber sei nichts als Determination des *j. naturale* und stamme von dem letzteren her (z. B. Summa II, 1 q. 95, 2, ed. cit. XXI p. 490) und das *j. gentium* endlich sei keine Art des positiven, sondern falle vielmehr unter das natürliche Recht (II, 1 q. 95, 4, 1, ed. cit. XXI p. 492). Das Scholastische und dabei so Willkürliche dieser Einteilungen und Einordnungen zu offenbaren, ist die Anwendung der ganzen Lehre auf den Zehnten (Quaestiones quodlibetales II, 8, ed. cit. XVII p. 256 sqq.) vorzüglich geeignet. Andere Stellen bei Gierke, Joh. Althusius u. s. w., S. 272 ff. und Hinschius, Das Kirchenrecht u. s. w., III S. 770 Note [1], der mit den Worten schliefst: „Diese Auffassung des *j. naturae* als etwas vom *j. divinum* Verschiedenes hat infolge der Autorität ihres Urhebers sehr weite Verbreitung gefunden und wird heute noch vielfach festgehalten“. Vgl. aufser den bekannten Schriften von Bouix, Tractatus de principiis juris canonici, 3. Aufl. Paris 1882 p. 18 sqq. und Hergenröther, Katholische Kirche u. christl. Staat, 2. Aufl. Freiburg 1876 S. 175 ff. etwa noch des Jesuiten Th. Meyer Institutiones juris naturalis etc. sec. principia S. Thomae Aquin., I Freiburg 1885 und des Advokaten V. Rivalta, Rinnovamento della giurisprudenza filosofica sec. la scolastica, Bologna 1888; die Widmung der letztern Schrift hat Papst Leo XIII. angenommen. Eine weitläufige Rechtfertigung der thomistischen Naturrechtslehre liefert der Jesuit Costa-Rossetti, Philos. moralis seu institut. ethicae et juris naturalis etc., 2. ed. Innsbruck 1886, Thes. 77 sqq. p. 223 sqq. — Zu dem undurchdringlich dunklen Verhältnis von göttlichem und natürlichem Recht vgl. z. B. Meurer, Der Begriff u. Eigentümer der heiligen Sachen, Düsseldorf o. J. (1885) I S. 7 ff., 25 ff.

Seitdem hält diese ganze Richtung die trichotomische Einteilung in göttliche, natürliche und menschliche Gesetze fest. Ob aber das natürliche Recht blofs aus unabweisbaren Konsequenzen des geoffenbarten bestehe, mithin kein eigenartiges Recht bilde, und das menschliche Recht, sofern es als giltig anerkannt wird, wiederum nur eine Detaillierung des natürlichen, also gleichfalls keine eigene Rechtsspecies sei, oder ob es sich anders und wie namentlich verhalte — das ist aus den jüngsten rechtsphilosophischen Deduktionen auf kirchlicher Grundlage so wenig mit Bestimmtheit zu eruieren, wie aus

jenen ältesten und allen dazwischen liegenden. Im Vergleich zur profanen Naturrechtslehre, die nur zwei Rechtsarten anzunehmen pflegt, ist die Rechtslehre der kirchlich Gesinnten, welche das natürliche Recht als eine von drei Rechtsarten auffassen, noch viel undurchsichtiger — und daher weit schwerer zu entkräften. Ja sie wird dadurch, dafs diese Autoren mit ihrem dreifachen Recht auch noch entsprechende Sittengesetze von dreierlei Art kombinieren, für die wissenschaftliche Kritik geradezu unnahbar.

Gewifs ist, dafs es sich bei ihnen niemals um ein rationalistisches Naturrecht d. h. Vernunftrecht handelt. Denn ein solches liefse sich offenbar nur auf die Selbstherrschaft der Vernunft des sittlich-natürlichen Menschen zurückführen, womit die Autorität der Kirche unvereinbar wäre. Sie protestieren daher seit jeher dawider[38], und die Versuche, das Vernunftrecht auch auf das Gebiet der kirchlichen Verhältnisse auszudehnen, sind bald eingestellt worden.[39]

[38] Z. B. aus allerjüngster Zeit Schilling (vgl. S. 263 Note [40]). Die Ableitung eines abstrakten Rechts aus der menschlichen Vernunft würde auch unvereinbar sein mit dem Syllabus (vgl. S. 259 Note [34]), namentlich mit den Sätzen III, IV u. X desselben.

[39] Als solche allseitig abgelehnte Versuche wären u. a. zu bezeichnen: Schmalz, Das Recht der Natur III: Das natürliche Familien- u. Kirchenrecht, Königsberg 1795; C. A. v. Droste-Hülshoff, Über das Naturrecht als eine Quelle des Kirchenrechts, Bonn 1822 und Grundsätze des gem. Kirchenrechts u. s. w., Münster 1828 I S. 16 ff. (über desselben Lehrb. des Naturrechts vgl. oben S. 193 Note [27]); Krug, Das Kirchenrecht nach den Grundsätzen der Vernunft u. s. w., Leipzig 1826. Vgl. dazu v. Scherer, Handb. u. s. w. I § 21 S. 129 Note [2]. Im Anschlufs an v. Droste-Hülshoff behauptet auch Grolman, Grundsätze des allgem. kathol. und protest. Kirchenrechts, Frankfurt a. M. 1832 § 7 S. 5, dafs das allgemeine Kirchenrecht ein Teil des Naturrechts überhaupt sei und dafs die höchsten Prinzipien des Naturrechts sich auch im Kirchenrecht wiederfinden müfsten. Die genannten Vernunftrechtslehrer waren, mit einziger Ausnahme Droste-Hülshoffs, alle Protestanten. Den extremsten Rationalismus vertrat wohl Steger, Versuch eines natürlichen Kirchenrechts, Berlin 1799 S. IX ff., der ein Normalrecht aufstellte, „nach welchem das recipierte Recht jeder einzelnen Kirche verbessert werden mufs", wenn es nicht „ungiltig" (im Sinne der Vernunftrechtslehrer, vgl. oben S. 200) sein soll. Vgl. Singer in der Zeitschrift für das Privat- u. öffentliche Recht XVI S. 316 Note [55].

Im übrigen sind vor allem auch unter den katholischen Kirchenrechts- und sonstigen Juristen Deutschlands noch während des letzten halben Jahrhunderts mehrere aufgetreten, die mit klaren Worten ein Naturrecht lehren[40], und andere, die es zwar scheinbar, d. h. unter diesem Namen, bestreiten, dessen ungeachtet aber unter anderen Bezeichnungen oder allerlei Umschreibungen doch wieder einführen.[41] Sodann haben wir auch unter den übrigen geistlichen

[40] Am ausführlichsten Moy de Sons, Naturrecht und Gewohnheitsrecht als Quellen des Kirchenrechts (im Archiv für kathol. Kirchenrecht I Innsbruck 1857 S. 65 ff.), am entschiedensten vielleicht B. Schilling, Aphorismen zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich, Köln 1888 S. 19 ff., 67 ff. Die Kampfesweise des letztgenannten Partisanen des Naturrechts, von dessen Ausfällen wider die Bestreiter des Naturrechts bereits (S. 119 Note [15]) die Rede gewesen, charakterisiert sich dadurch, dafs er die Negation des Naturrechts — nicht des Vernunftrechts — dem positiven Glauben an Hexen u. dgl. gleichstellt (S. 20), also den Beweis der Nichtexistenz den Leugnern zuschiebt, seine historische Bildung aber durch die Behauptung, dafs aus der Leugnung des Naturrechts allerlei Auswüchse, wie Socialismus, Anarchismus und Revolutionen, hervorgingen. Also etwa die „grofse Revolution" ging aus der Leugnung des Naturrechts hervor? — Das Eigentum der Kirche am Kirchengut wird noch neuerdings durch Herbeiziehung eines natürlichen Rechts begründet z. B. von Hirschel im Archiv für kathol. Kirchenrecht, XXXIV (1875) S. 84, Helle, Das kirchliche Vermögen von der ältesten Zeit bis auf Konstantin d. Gr., (Heidelb. Diss.) Paderborn 1876 S. 5 u. A. Vgl. dazu Meurer, Der Begriff und Eigentümer der heiligen Sachen, I S. 6 ff.

[41] So sagt Phillips, Lehrb. des Kirchenrechts, I Regensburg 1859 allerdings (§ 3 S. 5), ein natürliches Recht gebe es ebensowenig wie eine natürliche Religion; indessen stellt sich bei ihm doch wieder unvermerkt eine Anerkennung dessen, was in irgendeinem Sinne „sowohl ein natürliches als auch ein vernünftiges Recht ist" ein (§ 4 S. 21), und seine „historisch-philosophische Methode" (S. 22 ff.) dient auch zu weiter nichts, als um einem namenlosen Naturrecht den Zugang in das Rechtsgebiet zu ermöglichen. — Eine gewisse Neigung zu einer äufserst abstrakten Rechtsphilosophie auf kirchlicher Grundlage zeigen F. Walters verschiedene Schriften (Lehrbuch des Kirchenrechts, [zuerst 1822] 13. Aufl. Bonn 1861; Juristische Encyklopädie, Bonn 1856; Naturrecht u. Politik im Lichte der Gegenwart, [1863] 2. Aufl. Bonn 1871). Zwar verwirft er das Naturrecht, weil es von Vernunftbegriffen ausgeht (Kirchenrecht § 4, 13. Aufl. S. 5 ff.). Indessen gewähren ihm die „historisch-philosophische Methode" (Naturrecht

und weltlichen Schriftstellern, also den Nichtjuristen katholischer Konfession zahlreiche Anhänger des Naturrechts zu verzeichnen. Sie handeln entweder schlechthin von irgendeinem Naturrecht[42] oder leiten nach alter Weise ihr

§ 6, 2. Aufl. S. 6), ferner die „Rechtsidee“ (Naturrecht § 3, 2. Aufl. S. 3) und ein fruchtbares, von Gott dem Menschen eingepflanztes „Rechtsgefühl“ (Encyklopädie S. 1; Kirchenrecht § 62, 13. Aufl. S. 149; Naturrecht § 60, 64 u. s. w., 2. Aufl. S. 53, 55 u. s. w.; statt dessen kommt auch „Rechtssinn“ vor: Encyklopädie S. 20) — wie wir im § 10 sehen werden, lauter beliebte Verkleidungen des Naturrechtsgedankens — genügenden Ersatz dafür. Etwas offener tritt die Naturrechtlerei bei der Entwicklung der „Rechte der Persönlichkeit“ (Naturrecht § 73 ff., 2. Aufl. S. 59 ff.) und in der gelegentlichen Zustimmung zu der Rechtslehre Ciceros und des heil. Thomas zutage (Naturrecht § 61, 2. Aufl. S. 54), ganz unverhüllt nur an der einen Stelle, wo W. die Aufgabe der Juristen formuliert. Diese hätten, meint er (Naturrecht § 65, 2. Aufl. S. 56), durch Nachdenken und Erfahrung die allgemeinen natürlichen Rechtswahrheiten, wie sie in dem gesunden Verstande und Gefühle liegen, zum Bewufstsein und mit dem positiven Recht in Verbindung zu bringen. Im übrigen ist W. unter den katholischen Schriftstellern derjenige, der seine naturrechtlichen Neigungen so sorgfältig zu verbergen weifs wie unter den protestantischen Stahl. — Über Och vgl. S. 245 Note [8].

[42] So trägt H. Lauer, Die Philosophie des Rechts in ihren Grundzügen, I Mainz 1846, bes. S. 290 ff. alles Mögliche über das Naturrecht vor. Bei G. v. Hertling, Zur Beantwortung der Göttinger Jubiläumsrede u. s. w. (vgl. oben S. 157 Note [11]) finden sich (S. 35 ff.) weitläufige Auseinandersetzungen über das natürliche Recht, „das, aller staatlichen Gesetzgebung vorangehend, von der Staatsgewalt zu schützen und von der staatlichen Gesetzgebung weiter zu entwickeln ist“ (S. 7). Sie sind insofern bemerkenswert, als in ihnen die scholastische Doktrin sich aufser mit Stahl, was ja auch sonst häufig genug vorkommt, auch mit Kant befreundet. Stellenweise könnte man sogar vermuten, dafs v. H. die Vernunft als Quelle des Naturrechts anerkenne (z. B. S. 45 ff). Indessen ist das blofser Schein, denn die Vernunft ist bei ihm offenbar nur ein anderes Wort für Gewissen (S. 46), und schliefslich geht doch auch bei ihm (S. 49, 52) das ganze Naturrecht auf göttliche Anordnung zurück. Das Verhältnis des „wirklichen“ Naturrechts, von dem vorübergehend (S. 54) die Rede ist, zu dem sonstigen (unechten?) Naturrecht ist nicht recht einzusehen; ebensowenig warum es S. 51) kein natürliches Obligationen-, Wechsel-, Prozefsrecht geben soll. Da der Verf. die Existenz eines Naturrechts beweisen möchte (S. 8), so fühlt er die Verpflichtung, die Existenz einzelner Naturrechtssätze zu beweisen. Er glaubt aber derselben durch eine Aufzählung der

Naturrecht aus der Natur des Menschen her[43], wenn sie es nicht vorziehen, ihr nichtpositives Recht in allerlei alt- und neuscholastischen Einteilungen und Kategorien zu verstecken.[44]

bekannten angeborenen Rechte auf Leben, Integrität des Leibes, Existenz u. s. w. nachzukommen (S. 47). Mit Sicherheit wird behauptet (S. 44), auch das natürliche Recht sei erzwingbar; statt der zu erwartenden Erklärung auf die unausbleibliche Frage der Zweifler (S. 47), wie denn die Erzwingung geschehe, erfolgt aber nur (S. 48) die bequeme Weigerung, um „Worte“ zu streiten, woran sich eine willkürliche Verschiebung der Frage in betreff der Erzwingbarkeit anschliefst. Dafs die ganze Reihe der Argumentationen v. H.s von der Tendenz, die staatliche Rechtsbildung hinsichtlich ihrer Giltigkeit dem allendlichen Spruche einer Quelle andrer Art zu unterwerfen, getragen wird, bedarf kaum der Erwähnung; welche diese höhere Instanz ist, auch nicht.

[43] Z. B. C. Gutberlet, Ethik u. Naturrecht, Münster 1883, S. 110, 116, 135, 175 u. s. w.; O. H. Müller, Recht u. Kirche. Ein Beitrag zur Philosophie des Rechts, Regensburg 1888, S. 3, 42 ff., 73 u. s. w. Nach ihm steht die Sache einfach so: entweder es gibt ein Naturrecht — oder es gibt überhaupt kein Recht (S. 50). Da es aber ein Naturrecht gibt und dieses ein wirkliches und wahres Recht mit vollem Anspruch auf unbedingte Geltung ist (S. 52), so ist selbstverständlich dasjenige positive Recht, welches dem natürlichen wiederspricht, nicht verbindlich (S. 47). u. dgl. m.

[44] Die katholischen Theologen kultivieren das Naturrecht als ein förmliches Recht mit einer solchen Übereinstimmung, dafs v. Scherer, Handb. des Kirchenrechts, I § 4 S. 9 Note [4] den von ihm citierten Verfasser eines Lehrbuches der Moraltheologie, der es nicht thut, als eine Ausnahme bezeichnen kann. Ich beschränke mich darauf, beispielshalber nur ein paar Autoren namhaft zu machen, deren Schriften man gelesen haben mufs, um einen vollen Eindruck zu gewinnen von den Folgen, die aus der Verquickung der trichotomischen Rechtstheorie mit der gleichfalls dreiteiligen Sittenlehre entspringen. Als erstes Beispiel diene Jos. Schmid, Die moralische Verbindlichkeit der menschlichen Gesetze, Dillingen 1877. Dafs der Staat uns garnicht verbinden kann (S. 7), dafs bei Konflikten zwischen Staat und Kirche in Bezug auf die Ehe das kirchliche Recht den Vorzug habe (S. 30), ist eine nicht eben seltene Behauptung ultramontaner Theoretiker; Praktiker, die ihr beistimmten, freilich müfsten jede juristische Beschäftigung aufgeben. Dafs man ein richterliches Urteil, wenn es auf einer fälschlich angenommenen Thatsache gegründet ist, nicht zu erfüllen brauche (S. 16), ist schon etwas stärkeres Naturrecht. Die stärkste Leistung des natürlichen Sittengesetzes aber ist es, wenn dieses uns, falls ein „ungerechter Krieg“ unternommen wird, der Militärpflicht uns zu entziehen er-

Dafs unklare religiöse Schwärmer gelegentlich auch naturrechtliche Expektorationen zum besten geben, ist selbstverständlich[45]; sie können hier wohl übergangen werden.

Eine eigentümliche Stellung zwischen katholischen und protestantischen Schriftstellern nimmt wegen seiner katholisierenden Richtung ein evangelischer Staatsmann ein, der in seinen staats- und rechtsphilosophischen Auseinandersetzungen das Naturrecht nur dem Worte, nicht der Sache nach vermeidet.[46]

laubt und sogar gebietet, wenn wir nun doch in einen solchen Krieg getrieben werden, in demselben niemand an Leben oder Gut zu schädigen (S. 39). Echt scholastisch ist die feine Unterscheidung (S. 42), dafs man „unsittliche" Gesetze einfach nicht befolgen, bei „ungerechten" aber eine Auswahl treffen dürfe. Von Sch. unterscheidet sich Wirthmüller, Über das Sittengesetz, Würzburg 1878, darin, dafs er auch „ungerechten" Gesetzen schlechtweg jede Verbindlichkeit abspricht und dazu den Widerstand gegen dieselben zur Pflicht macht (S. 8, 15). Aufserdem hat er an den üblichen drei Arten von Sitten- resp. Rechtsgesetzen noch nicht genug, sondern entwickelt vier: das ewige, das natürliche, das positiv göttliche, pas menschliche Gesetz. Im übrigen gleichen sich Beider Lehren, auch hinsichtlich des Mangels jeder Motivierung, so, als wären sie nach derselben Schablone ausgearbeitet.

[45] Z. B. H. Zweifel, Die sittliche Weltordnung nach germanischer Auffassung und ihre Gesetze: Die Entwicklungsgesetze der Menschheit oder Recht und Moral auf exakter Grundlage, (mit Vorw. von Pözl und Brinz) München 1875, bes. S. 53, 83 ff., 167 ff. Die spätern Bücher desselben Verf., die mir nicht bekannt geworden, mögen, nach den Titeln zu schliessen, ähnliche Dithyramben enthalten.

[46] H. v. Mühler, Grundlinien einer Philosophie der Staats- und Rechtslehre nach evangel. Prinzipien, Berlin 1873: die Rechtsordnung darf keinen andern Zweck haben, als die Abwehr des Widergöttlichen, des Bösen und die Hinführung des Menschen zu Gott — „ein Gesetz, welches diesem Zweck nicht dient, ihn aufhält oder verdunkelt, ist nicht Recht" (S. 12); das ewige Recht Gottes kommt in der menschlichen Rechtsordnung nur wie in einem Spiegel zur Erscheinung (S. 13); das formelle Recht kann im einzelnen Falle dem wirklichen Rechte zuwider sein (S. 14) u. s. w. Als Aufgabe der Rechtsphilosophie bezeichnet v. M. die Aufsuchung „höherer" Rechtsgedanken (S. 1), die wohl mit den „ewigen" Rechtsgedanken (S. 14) identisch sind, u. dgl. m. Wie wenig sich diese Philosophie des Rechts und des Staates um das geltende Recht und den wirklichen Staat bekümmert, zeigen namentlich die Kapitel über das Eherecht (S. 57 ff.) und das Staatsrecht (S. 218 ff.).

Endlich sind wir auch den berühmtesten Rechtsphilosophen kirchlicher Richtung unter den Protestanten in die Reihe der Naturrechtsgläubigen zu stellen befugt. Welche Anstrengungen immer Stahl machen möge um zu verbergen, dafs er ein Rechtssystem im Sinne trägt, das sich nicht mit dem positiven vollständig deckt; welche Schwierigkeiten auch dem Nachweise seiner naturrechtlichen Versündigungen aus seiner nur scheinbar klaren, thatsächlich gedankenverschleiernden Sprache erstehen mögen — es läfst sich doch beweisen, dafs er in demselben Grundirrtum befangen gewesen, wie die von ihm auf das unbarmherzigste kritisierten Vernunftrechtsdoktrinäre.[47] Zwar gibt Stahl sich selbst für einen Anhänger der historischen Rechtstheorie aus — wogegen bezeichnender Weise sowohl von naturrechtlicher als auch von historischer Seite entschiedener Widerspruch erhoben worden ist (vgl. S. 191) — und führt diese Theorie in einem Teil seiner Rechtsphilosophie auch ganz leidlich durch. Wenn wir uns jedoch nicht mit seiner eigenen allgemeinen Deklaration begnügen, sondern alle einzelnen Abschnitte seines Systems aufmerksam durchmustern, so werden wir finden, dafs mit jener Erklärung eine ansehnliche Menge Kontrebande gedeckt werden soll.

Vor allem gibt Stahl der Ansicht der Historiker über die Entstehung des Rechts eine solche Deutung, dafs jedem ethisierenden Naturrecht sofort ein Hauptthor geöffnet ist.[48]

[47] Unter den mehreren Auflagen von Stahls Philosophie des Rechts (vgl. S. 191 Note [20]) unterscheidet sich die erste von den spätern ziemlich bedeutend dadurch, dafs die theologischen resp. kirchlichen Momente noch stärker betont sind. Im Folgenden citiere ich stets nach der, soviel ich sehe mit der 3. übereinstimmenden 4. (posthumen) Aufl. v. J. 1870.

[48] Im Vorw. zur 1. Aufl. Bd. I, 4. Aufl. S. XXIV z. B. finden sich die durch gesperrte Schrift hervorgehobenen Worte in betreff der geschichtlichen Richtung: „Ihr Kern ist aber unmöglich, wie man anzunehmen pflegt, die Ansicht über das Faktische, wie das Recht entsteht; sondern nur die über das Ethische, wie es entstehen, welchen Inhalt es erhalten soll — die Ansicht über das Gerechte." Damit, mit den Worten „welchen Inhalt es erhalten soll" nämlich, ist die Meinung der Historiker geradezu verfälscht. Andere Suppositionen, von St. der Historischen Schule zu an-

Sodann ergänzt er deren allerdings unzureichende Rechtslehre in der Weise, dafs er die nach seiner Meinung ungelöst gebliebenen Probleme aus dem geoffenbarten göttlichen Willen beantwortet. Sind nun diese Glaubenssätze alle giltiges Recht? Stahl sagt ausdrücklich Nein.[49] Aber wenn er sie nun einerseits doch wie Recht behandeln, andrerseits dem wirklichen Recht, sofern es seinen religiösen Überzeugungen widerstrebt, die Rechtseigenschaft absprechen sollte?

Allerdings betont Stahl, dafs ihm nur das positive Recht als Recht gelte.[50] Es fragt sich aber doch, ob er auch alles positive Recht als solches anerkenne oder nicht vielmehr nach naturrechtlicher Weise eine Auswahl treffe. Allerdings verwirft er mit Emphase „das" Naturrecht. Dieses thun mit Worten ganz ebenso viele Andere, die trotzdem in Naturrechtlerei verfallen. Es fragt sich jedoch eben, was er darunter versteht und ob er daher von sich sagen dürfe, er negiere alles Naturrecht jedweder Art.[51] Die

deren Zwecken gemacht, weisen nach Gumplowicz, Rechtsstaat u. Socialismus, Innsbruck 1881 S. 50 ff. und Thilo, Die theologisierende Rechts- u. Staatslehre, Leipzig 1861 S. 284 ff.

[49] Z. B. 2. Buch § 16, 4. Aufl. II, 1 S. 228 ff.: nur die menschlich aufgerichtete, nicht die von Gott geforderte Ordnung ist Recht.

[50] Wiederholt 2. Buch § 10 ff., 4. Aufl. II, 1 S. 218 ff., 221 ff.; S. 219 steht sogar, das positive Recht sei als selbständiges selbst im Widerstreit gegen Gottes Weltordnung giltig.

[51] Aus dem der Beurteilung der Naturrechtslehre gewidmeten Abschnitte (I S. 254 ff.) geht klar hervor, dafs St. durchaus nicht den vollen Umkreis der naturrechtlichen Richtungen, sondern nur einen, wenngleich den gröfsten Teil derselben unter dieser Rubrik kritisch würdigt, mithin einen kleineren, aber nicht unwichtigen Ausschnitt des Kreises aus dem Spiel läfst. Es sind gewisse ohne alle Rücksicht auf die gegebenen Lebensverhältnisse vorgehende Theorien — die bekannte Vertrags-, Staats- und Souveränetätslehre, die ebenso bekannten Gleichheits-, Freiheits- und sonstigen destruktiven Prinzipien — welche St. dort angreift. Er versteht also, wie ich bereits (S. 191) andeutete, unter Naturrechtsphilosophie nur die rationalistische oder Vernunftrechtsphilosophie d. h. er gibt dem Naturrecht einen engeren Umfang, als ich demselben geben zu müssen glaube (vgl. S. 130 ff). In den unberücksichtigt gebliebenen Kreisausschnitt, den die nicht-rationalistischen, aber trotzdem einer dualistischen Rechtslehre ergebenen Theoretiker ausfüllen, gehört St. selbst mit seiner Doktrin.

kleine Unvorsichtigkeit, dafs Stahl gelegentlich dem Ausdruck „göttlich notwendiges Recht" ein erläuterndes „Naturrecht" hinzufügt, und Ähnliches wollen wir nicht zur Beweisführung gegen ihn verwerten, auch nicht den bedenklichen Gebrauch der „Idee der Gerechtigkeit" und der „obersten Rechtswahrheiten", dahinter sich ja gar leicht ein verschämtes Naturrecht verstecken mag.[52] Wenn wir nur aufmerksam die geschickt angelegten Falten seines Systems untersuchen, kann es uns nicht entgehen, dafs Stahl an vielen Stellen ein nichtpositives Recht durch seine meisterhafte Handhabung des rechtsphilosophischen Stils verdeckt. Es ist eine Art Normalrecht auf religiöser Grundlage, zu

Indem er einmal (2. Buch § 13 II, 1 S. 224), wie es scheint halb unbewufst, eine richtigere d. h. weitere Fassung des Naturrechtsbegriffes — „Gerechtigkeitsgrundsätze aufser und neben dem positiven Recht" — verlautbart, liefert er selbst uns den Mafsstab, an dem gemessen ganze Partien seiner Rechtsphilosophie, namentlich seine staatsrechtlichen Deduktionen, sich als Naturrecht erweisen.

[52] „Alle Rechtsbildung," sagt St. (2. Buch § 11, 4. Aufl. II, 1 S. 220) „hat ... ein doppeltes Moment, ein göttlich notwendiges (naturrechtliches) und ein menschlich freies (positives), und beide durchdringen sich ohne Abgrenzung, bestehen in untrennbarer Einheit." Die unmittelbar folgenden Seiten 221 ff. setzen den Sinn dieses Satzes auseinander, ohne den naturrechtlichen Beigeschmack ganz beseitigen zu können. Die andere Stelle (§ 13 S. 224) lautet: „Etwas Anderes als das sog. Naturrecht sind auch die obersten Grundsätze über die Verbindlichkeit des positiven Rechts selbst, als z. B. dafs man der Obrigkeit gehorchen mufs, ob es eine Grenze des Gehorsams gibt und welche, ob aktiver Widerstand zulässig. Das alles ist allerdings nicht positivrechtlich, sondern liegt über dem positiven Recht. Aber es ist auch nicht naturrechtlich, sondern moralisch, und wird deshalb jeder für sich nach seinem Gewissen vor Gott beurteilen, wie er es damit zu halten hat, nicht im Hinblick auf das Verhalten der Übrigen, auf eine gemeinsame öffentliche Norm." Dies liefse sich gleichfalls als eine harmlose Trivialität erklären, kann aber auch, wenn man schon Mifstrauen geschöpft hat, als eine Preisgebung der Geltung der ganzen Rechtsordnung an die subjektive sittliche Überzeugung aufgefafst werden. — Von der „Idee der Gerechtigkeit" (vgl. darüber unten im § 10 Text zu Note [32]) ist z. B. im 1. Buch § 51 ff., 4. Aufl. II, 1 S. 160 ff., von den „obersten Rechtswahrheiten", die nach St. durch eine Konstitution nicht abgeändert werden können, in dem die Philosophie des Staatsrechts behandelnden Abschnitte II, 2 § 82 S. 278 die Rede.

welchem sich ein Teil des positiven Rechts wie praktikable Details zu Prinzipien, ein andrer Teil wie ein geduldeter Mifsbrauch zur heiligen Norm verhält — ein christliches Naturrecht gleich den in andrer und doch wieder ähnlicher Weise religiös gefärbten Annahmen der katholischen Schriftsteller, immerhin ein Naturrecht.[53]

Von Hause aus weist Stahl der Rechtsphilosophie eine Aufgabe zu, die sie ohne in Naturrechtlerei zu verfallen schlechthin nicht erfüllen kann: die Erkenntnis des unabhängig von aller Anerkennung unter den Menschen daseienden Gerechten. Während die Jurisprudenz sich mit den nach Ländern und Zeiten verschiedenen Rechtsnormen beschäftige, habe eine höhere Rechtslehre, behauptet er, es mit etwas Allgemeinerem, Höherem, mit einem zum Teil noch garnicht vorhandenen Stoffe zu thun.[54] Allmählich zeigt es sich, worin dieses Allgemeinere und Höhere besteht. Es sind die „Gebote der Offenbarung an das Recht“[55] — ein richtiges *asylum ignorantiae*, wie jeder Unbefangene sieht.

[53] Einige protestantische Naturrechtslehrer verwandter Richtung des vorigen Jahrhunderts habe ich S. 165 angeführt. — Wenn die Rechtsphilosophie sich auf den Glauben gründet, so mufs letzterer bei ihr gerade so wie bei der theologisierenden Ethik (vgl. die Darlegung bei H. Höffding, Ethik, deutsche Ausg. v. Bendixen, Leipzig 1888 S. 13 ff.) konsequenter Weise zu einem Glauben an die Kirche, die Trägerin der religiösen Offenbarung, werden. Die Folge davon ist die „leidige Selbstaufopferung des Urteils im Dienste der angestrebten Rechtgläubigkeit“ (E. Reinhold über Stahl in der Neuen Jenaischen Litt.-Zeit. VI 1847 Januar). Auch im System Stahls beruhen die naturrechtlichen Elemente auf Lehrsätzen, welche die theologische Dogmatik vorgesprochen hat. Übrigens ist bereits längst nachgewiesen worden, dafs das Theologische bei St. eine blofs äufserlich angefügte und gänzlich überflüssige Zuthat ist. Die Schwächen seiner und aller ähnlichen Rechtstheorien, welche bei Nichtchristen überhaupt nicht die erste Bedingung der Billigung antreffen, fafst neuerdings Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I S. 31 ff. präzise zusammen.

[54] Philosophie des Rechts I Einl. 4. Aufl. S. 1 u. II, 1 Einl. § 1 ff. S. 1 ff. Nach II, 1 § 1—4 S. 1 ff. hätte man gleichsam drei Schichten der Rechtswissenschaft mit teilweise verschiedenen Objekten zu unterscheiden: die schlichte Jurisprudenz, die höhere Rechtslehre und die erhabene Rechtsphilosophie.

[55] Philosophie des Rechts II, 1, Buch 2 § 16, 4. Aufl. S. 228, 230.

Auf diese Gebote und die Weltordnung Gottes führt dann Stahl alles Mögliche zurück: das Ansehen der Obrigkeit, die bindende Kraft der Gesetze, sogar die Geltung des Gewohnheitsrechts.[56] Wenn Einer alles positive Recht gleichmäfsig auf diese höchste Autorität gründet, so kann er ja wohl ein positiver Jurist sein. Aufserdem spricht Stahl dem göttlichen Gesetz die Kraft einer unmittelbaren Rechtsordnung ausdrücklich ab. Auch dies ist korrekt, mufs nur immer festgehalten werden. Indessen fühlt er sich an die strenge Ausnahmslosigkeit jener Begründung sowohl als auch durch diese Reserve augenscheinlich nicht gebunden. Denn er behandelt die geoffenbarten Gesetze nicht nur nicht als letzte Quelle des d. h. alles positiven Rechts, sondern stellt sie diesem letzteren d. h. den etwaigen abweichenden Normen desselben, gegenüber und alsbald irgendwelchen „Rechtsideen“ gleich.[57] Und nun, nachdem dieser Übergang gemacht, brechen die charakteristischen Symptome dafür, dafs Stahl kein Anhänger der Historischen Schule, sondern ein spekulierender Mystiker[58], der ein apartes Naturrecht hegte, war, an allen Ecken und Enden hervor. Erkennbar ist dies vor allem an jenem Sortieren innerhalb des wirklich geltenden Rechts, wie es die Rationalisten und alle sonstigen Naturrechtslehrer in Konsequenz ihres doppelten Rechtsbegriffes von jeher übten. Denn er kann es nicht über sich gewinnen, das dem göttlichen Gesetz, wie er es interpretiert, widerstrebende positive Recht als verbindlich anzuerkennen — es kommt also um seine Rechtsqualität.[59] An seine Stelle

[56] Philosophie des Rechts II, 1, Buch 2 § 20, 4. Aufl. S. 241.

[57] Philosophie des Rechts II, 1, Buch 2 § 10, 4. Aufl. S. 218 zu vergleichen mit § 16, 4. Aufl. S. 228 ff. „Was der Vorstellung eines „„Naturrechts““ zu Grunde liegt, sind eben jene Gedanken und Gebote der Weltordnung Gottes, die Rechtsideen“: II, 1, Buch 2 § 12, 4. Aufl. S. 221.

[58] So bezeichnet ihn Liebe in den Krit. Jahrb. f. deutsche Rechtswiss. XXI 1847 S. 303.

[59] Nach den Ausführungen St.s über das positive Recht (II, 1, Buch 2 § 10 ff., 4. Aufl. S. 218 ff.) könnte es scheinen, als habe er mit sicherem Takt die Natur desselben erfafst und beabsichtige die Einzigkeit des Rechts, eben des positiven mit Ausschlufs jedes nichtpositiven, auch durch-

rücken die angeblichen Folgerungen aus geoffenbarten Gesetzen ein, welche also doch — entgegen allen gelegentlichen Worten Stahls, aber im Einklang mit seinen beständigen Gedanken — genau die Autorität von Rechtsnormen erhalten. Nun er die naturrechtliche Duplizität des Rechts trotz aller Ableugnung einmal angenommen, stellt sich auch die bekannte Lehre von den angeborenen Rechten, in neuer Begründung natürlich, ein[60], gerät die von Stahl selbst so be-

weg aufrechtzuerhalten. Beides ist aber keineswegs der Fall. In ersterer Hinsicht ist z. B. bemerkenswert die Unterscheidung (II, 1, Buch 2 § 4, 4. Aufl. S. 201) zwischen Reglements und Bestandteilen der eigentlichen Rechtsordnung, kraft welcher bezeichnender Weise beliebige Quantitäten des Verwaltungsrechts für bloſse Reglements erklärt und aus der verbindlichen Rechtsordnung hinausgeschoben werden können. Und in der letzteren Hinsicht kann er, da er in Gedanken anders konstruiert, absolut nicht konsequent sein. Er müſste sonst einfach sagen: auch das miserabelste Recht ist, falls es in formeller und konstitutioneller Beziehung korrekt ist, Recht, aber man sollte es lieber heute als morgen abschaffen. Da er jedoch das Ansehen alles Rechts auf Gottes Ordnung gründet (vgl. das oben S. 270 ff. Angeführte), das Ansehen unsittlicher Gesetze aber unmöglich auf diese Instanz zurückführen kann, so bleibt ihm nichts übrig, als ihnen eben das Ansehen d. h. die Rechtsnatur abzusprechen: sie sind für ihn nicht verbindliches schlechtes Recht, sondern gar kein Recht, obgleich er ihnen formelle Inkorrektheit nicht vorwerfen kann. Darin liegt eben etwas specifisch Naturrechtliches. Zum Beweise könnte ich die ganze Staatsrechtsphilosophie St.s hier excerpieren. Ich verweise *e. g.* nur auf solche Stellen, wie sie II, 1, Buch 2 § 25, 4. Aufl. S. 261 ff. u. II, 2 § 151, 4. Aufl. S. 548 ff. stehen, und setze eine dritte wörtlich her. „Verkürzt," heifst es II, 2 § 41, 4. Aufl. S. 155 ff., „der Staat Freiheit, Vorteil, Rechte der Individuen, der Gemeinschaften in der Sphäre, welche überhaupt seiner Anordnung unterliegt, so kann darin zwar eine Überschreitung seiner vernunftgebotenen Schranke, eine innere Ungerechtigkeit für den betreffenden Fall liegen; aber der Akt ist in jeder Weise verbindlich, auch für den Verletzten (folgen Beispiele). Verkürzt dagegen der Staat Menschen, Gemeinschaften, die Kirche in der Sphäre, in der sie nach jener höheren Ordnung unabhängig vom Staate sind, dann ist der Akt für sie unverbindlich" (folgen sehr charakteristische Beispiele). Es erklärt sich leicht, warum dieser und ähnliche Aussprüche auch seitens ultramontaner Schriftsteller gern angezogen werden.

[60] Nachdem St. (II, 1, Buch 2 § 33, 4. Aufl. S. 281 ff.) den Satz aufgestellt hat, daſs die Rechte des Menschen aus Gottes Weltordnung entsprungen und ihm mitgeteilt sind mit dem ersten Hauche, durch welchen

wunderungswürdig klar entwickelte und bedingungslos approbierte Rechtsquellentheorie der Historischen Schule[61], anstatt sich fortlaufend bei der Bestimmung des Stoffes seiner Gedankenarbeit zu bethätigen, total in Vergessenheit; nimmt seine Erörterung der speciellen Rechtslehren eine Gestalt an, die man als eine interessante und kunstvolle Mosaik aus Gewufstem und Gewünschtem (vgl. S. 115), keineswegs als eine Philosophie des positiven Rechts bezeichnen kann. Im Privatrecht freilich tritt bei Stahl wie bei andern Naturrechtslehrern, sofern sie nicht Socialisten sind, die Neigung zur freien Rechtskonstruktion im ganzen wenig hervor, es sei denn bei dem Prüfstein aller Rechtsphilosophien kirchlicher Tendenz: dem Eherecht.[62] Im Strafrecht finden sich schon mehr bedenkliche Stellen, namentlich werden da Unterscheidungen gemacht, die an Willkürlichkeit nicht hinter denen der Vernunftrechtslehrer zurückstehen.[63] Beim Staatsrecht

das göttliche Wesen ihm mitgeteilt wird, läſst sich nur eine nach vernunftrechtlicher Analogie aufgebaute Lehre von den subjektiven Rechten erwarten. Dieser Erwartung entspricht denn auch die Darstellung der Urrechte (II, 1, Buch 2 § 36 ff., 4. Aufl. S. 286 ff.), speciell der Urrechte der Person (II, 1, Buch 3 § 2 ff., S. 312 ff.; dazu II, 2 § 25, S. 92 ff.), der Freiheit und Gleichheit (II, 1, Buch 3 § 9 ff., S. 321 ff.), des Schutzes in den erworbenen Rechten (II, 1 Buch 3 § 15 ff., S. 336 ff.) vollständig. Die darin verflochtene Polemik wider seine rationalistischen Vorgänger zeigt immer deutlicher, wie wenig St. sich diesen gegenüber auf den Boden des positiven als des einzigen Rechts und der einzigen wirklichen Quelle subjektiver Rechte zu stellen vermocht hat.

[61] Philosophie des Rechts II, 1, Buch 2 § 18 ff., 4. Aufl. S. 233 ff.

[62] Philosophie des Rechts II, 1, Buch 3 § 65 ff., 4. Aufl. S. 427 ff. Hier wie in den Auseinandersetzungen über Blutschande u. dgl. (daselbst § 70 ff., S. 448 ff.) schweben alle Auseinandersetzungen St.s in der freien Luft der subjektivsten Rechtsansichten. Ganz frei von diesem Vorwurf sind die andern Teile des Privatrechts auch nicht, z. B. das teilweise in der Staatslehre vorgetragene Erbrecht, so namentlich II, 2 § 16 S. 66 ff., wo die politischen Gründe einer bestimmten Ordnung der Erbfolge in Grundeigentum schlechthin als Rechtsgründe bezeichnet und behandelt werden.

[63] Die auffälligste dieser Unterscheidungen betrifft die Einteilung in Verbrechen und bloſse Polizeiübertretungen. Die letztern treffen nach St. (II, 2 § 185, 4. Aufl. S. 693 ff.) nicht die Rechtsordnung in ihrer Substanz,

aber fragt man sich immerfort, von welchem Recht denn da eigentlich die Rede sei, von dem, man erfährt nicht, wo? wirklich geltenden oder von dem, das überall Geltung haben sollte, seitens Stahls jedoch wie eine bereits von Weltordnungs wegen verbindliche Staatsordnung behandelt wird.[64]

---

nicht die geheiligten Grundlagen und Grundverbindungen des menschlichen Gemeinlebens, „sondern nur Zwecke und Aufgaben, welche die menschliche Gemeinschaft von diesen Grundlagen aus anstrebt. Handlungen, welche nicht gegen die Zehn Gebote, sondern nur (!) gegen Anordnungen des Staates sind, fallen nicht in die Kategorie der Verbrechen, sondern der Polizeiübertretung.“ Dies nennt Binding, Die Normen u. s. w. I, 2. Aufl. S. 318 kurz und schlagend einen „naturrechtlichen Gedanken ins Theokratische übersetzt.“

[64] Die Staatsverfassungslehre St.s führt uns in rein naturrechtlicher Konstruktionsweise bekanntlich eine absolute Monarchie mit Scheinrepräsentation des Volkes und feudalen Einrichtungen vor. Um auf einige specielle Punkte zu verweisen, so möge hier Folgendes genügen. Königtum, erworbene Rechte, Rechte der Konfessionen, an sich heilig, verleihen nach St. (II, 2 § 82, 4. Aufl. S. 278) viel mehr der Konstitution Heiligkeit, als dafs sie dieselbe von ihr empfangen, was doch gerade dasselbe heifst, wie dafs jedermann und jede Partei das Verfassungsgesetz für juristisch verbindlich nur insoweit als es mit ihren Ansichten über jene Dinge übereinstimmt, anzusehen braucht. Das Grundgesetz ist natürlich gar keine Rechtsquelle! Die Pflichten des Fürsten, die aus den Gesetzen und namentlich aus der Landesverfassung fliefsen, an andrer Stelle (II, 1, Buch 2 § 31, 4. Aufl. S. 277) ausdrücklich für Rechtspflichten erklärt, werden nun in blofse moralische Pflichten verwandelt; ja gleich darauf demonstriert St. allen Ernstes, dafs die Gesetze den Fürsten überhaupt nicht verbinden können (II, 2 § 83, S. 281 u. S. 282). Die Volksrepräsentation, obwohl mit hochtrabenden Redewendungen direkt aus der Natur des Staates als eines sittlichen Reiches abgeleitet, verliert aber doch unter der eigentümlichen Behandlungsweise St.s jeden realen Rechtsgehalt (II, 2 § 96 S. 317 ff.). Die Standesverhältnisse (II, 2 § 11 ff., S. 42 ff., vom Adel insbes. § 27 ff., S. 103 ff.), die angeblich natürlichen und notwendigen obrigkeitlichen Rechte der Grundbesitzer (II, 2 § 31 ff., S. 119 ff.), die Stellung der Gemeinden (II, 2 § 4 ff., S. 21 ff.) unter der Kuratel des Staates und noch vieles Andere wird ohne jegliche Beziehung auf positivrechtliche Verhältnisse rein nach einem Naturrecht, das sich die Wünsche der reaktionären Parteien zum Inhalt erwählt hat, traktiert. Auf solche Kleinigkeiten, wie dafs die Bestrebungen der Neuzeit, bei der Staatenbildung dem Nationalitätsprinzip mafsgebende Geltung zu verschaffen, als rechtswidrig bezeichnet werden (II, 2 § 43, S. 165 Note), wodurch die

Alles dies ist genau so wenig wie jede rein profane Naturrechtsphilosophie eine Ergänzung der unvollständigen Rechtslehre der Historiker. Es ist ein aus vielerlei Ingredienzen geistreich komponiertes Normalrecht, dem Stahl nur den Namen eines solchen vorenthielt, weil er die bedeutsamsten juristischen Ausdrücke vorsichtig zu handhaben und mit dem Worte Recht sparsam umzugehen aus den Folgen des gegenteiligen Verfahrens der Rationalisten gelernt hatte. Widmet er den letzteren gleich eine nach den meisten Richtungen vernichtende Kritik, so macht er doch in seinem eigenen System diese feine und eindringende kritische Arbeit wieder schrittweise soweit rückgängig, als ihre Resultate der Erhebung seiner subjektiven Überzeugungen in die Reihe verbindlicher Rechtsgrundsätze im Wege stehen. Auch bei ihm, wie bei manchem andern angeblich positiven Rechtsphilosophen, bleibt gleichsam das Pendel, von der Kritik der unhistorischen Rechtstheorie kommend, nicht auf der Vertikalen: dem positiven Recht, ruhen, sondern schlägt darüber hinaus und in ein neues Naturrecht hinein.

Es ist merkwürdig, dafs unter den vielen Konfessions- und Gesinnungsgenossen Stahls sich kaum einer gefunden hat, dessen Schriften die eigentümlichen naturrechtlichen Versündigungen gegen die Fundamentalsätze der Rechtswissenschaft in ähnlichem Mafse zeigten, wie das Hauptwerk dieses unter den gelehrten Publizisten wie unter den politischen Parteiführern einst gleichermafsen hervorragenden Denkers.[65]

Frage zu einer Rechtsfrage und folglich, da positives Recht über dieselbe gewifs nicht vorhanden, offenbar zu einer Naturrechtsfrage erhoben wird — auf solche und noch andere Kleinigkeiten braucht hier nicht Bezug genommen zu werden: die naturrechtliche Methode zeigt sich bei St. schon in den erwähnten wichtigsten Dingen zur Genüge.

[65] Über Mühler vgl. S. 266 Note [46]. Als eine absonderliche Mischung aus Cicero, Ahrens u. A. mit einem kleinen religiösen Zusatz sind die selbstzufriedenen Naturrechtlereien — ohne Gebrauch des Wortes Naturrecht — anzusehen, welche C. Marxen, Die Grundlage des Rechts, Itzehoe 1882, zum besten gibt.

Mehr der Vollständigkeit als der Wichtigkeit wegen seien dieser Autorengruppe schliefslich auch noch ein paar Darsteller der talmudischen Moral- und Rechtslehre angefügt.[66]

§ 10. Deutsches Naturrecht aus unbestimmten Quellen.

Der ganze Reichtum der Deutschen an Varianten der Grundvorstellung von irgendeinem Recht, das sich nicht in allen Stücken mit dem positiven deckt, offenbart sich bei der Zusammenstellung der zahlreichen Schriftsteller, welche ihr ideelles Recht nicht aus einer deutlich bezeichneten angeblichen Quelle ableiten oder wenigstens hierauf kein Gewicht legen.

Sie verfügen über die verschiedenartigsten Ausdrücke und Umschreibungen des nämlichen Dinges, die nicht alle neu sind. Viele derselben wurden bereits von älteren Autoren gebraucht als Epitheta, um damit einzelne Eigenschaften ihres Natur- oder Vernunftrechts zu kennzeichnen, während sie von den neueren vielfach als Namen eigener Rechtsarten verwendet werden. Diese sprechen daher z. B. von dem reinen, dem absoluten, dem ewigen u. s. w. Recht. Ja manche sprechen dem Ausdruck nach überhaupt von keinem Recht, denken sich aber doch ein Recht aufser dem positiven und mischen darauf bezügliche Elemente in ihre Jurisprudenz hinein.

[66] Vgl. z. B. Hirsch ben Fassel, Tugend- u. Rechtslehre bearbeitet nach den Prinzipien des Talmuds u. s. w., Wien 1848, wo von dem „aus der Vernunft erkannten göttlichen Recht“ (S. 120), den „Urrechten“ (S. 127 ff.) u. s. w. gehandelt wird — eine merkwürdige Verquickung talmudischer mit Kantischer Philosophie. — Ein anonymes Naturrecht scheint mir auch S. Schaffer, Das Recht und seine Stellung zur Moral nach talmudischer Sitten- und Rechtslehre, Frankfurt a. M. 1889, im Sinne zu führen. Aus manchen Äufserungen des Verf. (bes. S. 99 ff., 103) geht wenigstens hervor, dafs in dem ungenügend definierten Rechtsbegriff, mit dem er hantiert, auch Naturrecht Platz hat. Freilich könnte Sch. die Verantwortung dafür auf den Talmud abwälzen.

Insbesondere diejenigen unter den hierhergehörigen Schriftstellern, welche die praktische Geltung des positiven Rechts in keinem Punkte zu gefährden beabsichtigen, wählen und setzen eben deshalb die Worte für die aufserdem gehegten Vorstellungen von wesentlich nichtpositiver Art mit einer gewissen Behutsamkeit. Daher kostet es oft einige Mühe, ihre naturrechtlichen Ketzereien aus den mehr oder minder dichten Verhüllungen herauszuschälen.

a. Die erste Gruppe der an dieser Stelle zu registrierenden Philosophen und Juristen wird von solchen gebildet, die ein der Relativität entkleidetes und darum von den Schranken und Bedingungen des positiven befreites Recht annehmen zu müssen glauben.

Vor allem gehören dazu die zahlreichen Juristen — darunter auffallend viele Kriminalisten — und sonstigen Autoren, die eine sog. philosophische Methode befolgen. Viele derselben, nicht alle, stehen unter dem Banne der Hegelschen Rechtslehre, suchen sich aber zugleich mit einigen Hauptforderungen der Historischen Schule, unter totaler Verkennung des Wesens derselben, abzufinden. Meist geschieht dies auf die alleräufserlichste Weise, indem sie die Nützlichkeit geschichtlicher Notizen über die Entwicklung des Rechts zugestehen. Ihren ganzen Scharfsinn und Geist aber verwenden sie darauf, die Rechtsbegriffe *a priori* zu formen, während sie das positive Recht soweit es pafst zur Bestätigung ihrer Aufstellungen heranziehen, soweit es nicht pafst jedoch nur tadelnd erwähnen, jedenfalls nicht als das wissenschaftlich Hauptsächliche behandeln.[1] Die Folge da-

[1] Der Idealismus dieser Männer wird, um mit A. Merkel (in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. I S. 556, 557) zu sprechen, dadurch charakterisiert, „dafs sich ihnen hinter den Gestaltungen des wirklichen Lebens eine Begriffswelt von einem nicht blofs abgeleiteten Werte aufbaut . . . Dabei kommt das Gedankensystem der bestehenden Gesetzgebung . . . nicht überall zu seinem Rechte, weder findet es überall das rechte Licht, noch überall einen vollständigen und exakten Ausdruck. Der Blick wird immer auf jenes ideale System hingelenkt, welches weder als identisch mit diesem positiven betrachtet, noch überall bestimmt von

von ist, dafs einige dieser Denker eine durchgängige Einteilung des Rechts in philosophisches und positives vornehmen[2], die meisten aber sich, je nach ihren

ihm unterschieden wird." — Wie es gekommen, dafs sich die Hauptrepräsentanten der deutschen Strafrechtstheorie noch bis in die unmittelbare Gegenwart dieser spekulativen Richtung ergaben, veranschaulicht R. Loening (in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III S. 255 ff.), der (S. 356 ff.) ausführliche Belege aus der Litteratur beibringt. — Zu der oberflächlichen Verbindung der philosophischen mit der historischen Methode im Strafrecht vgl. auch Geib, Lehrb. des deutschen Strafrechts, II Leipzig 1862 S. 7 ff. und im übrigen diesen § 10 Text zu Note [38—40].

[2] Eine vollständige Parallele zweier Systeme, eines philosophischen und eines positiven, führt R. v. Mohl, Encyklopädie der Staasswissenschaften, (1859) 2. Aufl. Tübingen 1872, für die Gebiete des Staats- und des Völkerrechts durch (S. 200 ff., 402 ff.). Das philosophische Staatsrecht folgt mit logischer Notwendigkeit aus dem Wesen des Staates überhaupt und seiner einzelnen Gattungen und Arten insbesondere (S. 174 ff.). Dafs philosophisches Staatsrecht so ziemlich dasselbe heifst wie vernünftiges, läfst sich aus dem Zugeständnis (S. 176) schliefsen, dafs auch das positive „an sich vernünftig" sein könne. Wie aber dann, wenn ein Widerspruch zwischen dem positiven und dem angeblich denknotwendigen Recht entsteht? Die Lösung ist nicht die, dafs man das unnütze philosophische schleunigst wieder wegdenkt, sondern (S. 177) folgende: „In diesem Falle gilt jeder der beiden verschiedenen Sätze auf seinem Gebiete, und keiner wird durch das Bestehen und die relative Richtigkeit des andern beeinträchtigt. Welche Anwendung im Leben solche von einander abweichende Normen finden, ist eine andere, hier nicht weiter zu besprechende Frage." Die weitere Besprechung würde auch nichts helfen, meine ich. Zwei geltende Rechte, von denen jedenfalls nur eins zur Anwendung kommen kann — eine für Juristen unvollziehbare Vorstellung! Freilich, dann geht es schon, wenn man mit dem Worte „gelten" spielt (vgl. oben S. 49, 200 ff.), wie die Vernunftrechtslehrer pflegten. An diese erinnert es auch, wenn v. Mohl, Das Staatsrecht des Königr. Württemberg, I § 12, 2. Aufl. Tübingen 1840 S. 87 ff., das philosophische Staatsrecht mit zu den Quellen des württembergischen zählt. — In betreff der angegebenen Einteilung des Völkerrechts hat v. Mohl übrigens einen Vorgänger in Fr. Bülau, Encyklopädie der Staatswissenschaften, (1832) 2. Aufl. Leipzig 1856 S. 395 ff., 440 ff., in betreff der Einteilung des Staatsrechts einen Nachfolger in v. Rönne, Das Staatsrecht der preufs. Monarchie, § 1, 4. Aufl. Leipzig 1881 I S. 4; (für beide Rechtsteile folgt ihm Roshdestwenski, vgl. § 12 Note [15]). Noch viel allgemeiner d. h. für alle Gesellschaftswissenschaften möchte J. C. Glaser, Encyklopädie der Gesellschafts- u. Staatswissenschaften, Berlin 1864 diese Parallelisierung durchgeführt sehen (S. 10), daher er sie auch für die

Neigungen, entweder beständig in den Regionen eines sog. philosophischen Rechts bewegen oder doch gelegentlich in dasselbe aufsteigen.[3] Wenn sie statt dessen von einem begriffsmäfsigen oder reinen Recht sprechen[4], so ist das nur ein andrer Namen für dieselbe Sache: sie meinen ein aller positiven Gesetzgebung und allem positiven Recht vorausgehendes Recht[5], nennen es auch Recht an sich oder gebrauchen mehrere dieser Be-

Rechtslehre gern annimmt (S. 41 ff.). Dafs „philosophisches Recht" bei ihm nur ein anderer Namen für Naturrecht ist, ergibt sich daraus, wie er die „Idee des Rechts", die auch soviel wie „objektives Recht" ist, als das „materielle" dem blofs „formellen" Recht gegenüberstellt (S. 43, 45).

[3] Z. B. Michelet in den Philos. Vortr. herausg. v. d. Philos. Ges. zu Berlin, N. F. Heft 5 (Kahle über Lassons System d. Rechtsphilosophie) Halle 1883 S. 54 (vgl. über denselben auch oben S. 250 Note [21]) und Resch, Das europ. Völkerrecht der Gegenwart, Graz u. Leipzig 1885 S. 2. F. Bitzer, Philosophie des Privatrechts, Stuttgart 1840 S. IV äufsert sich ganz unbefangen darüber, dafs er in den Zusätzen zu seinen rein abstrakten Expectorationen „vornehmlich" das positive Recht beachtet habe, weil er solches „bei einer rechtsphilosophischen Schrift für besonders zweckmäfsig zum gegenseitigen leichteren Verständnis des positiven und des philosophischen Rechts halte . . ." Über Hye v. Glunek vgl. S. 283 Note [9], über v. Kaltenborn S. 293 Note [24].

[4] Diese Ausdrücke bevorzugt Berner in seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1857, 5. Aufl. 1871, 9. Aufl. 1877 § 2 und § 5 (in der 14. Aufl. 1886 sind die seitens der Kritik längst inkriminierten Stellen weggelassen, ob auch schon in früheren, entzieht sich meiner Kenntnis). Seinen Auseinandersetzungen liegt die Annahme zugrunde, dafs es eine empirische und eine philosophische oder reine Wissenschaft, welche letztere die wahre Wissenschaft sei, sowie ein positives und ein „rein begriffsmäfsiges" Strafrecht, die nirgends ganz übereinstimmen, gebe. Die Konstruktionen aus der „reinen Natur der Sache" führen im speciellen Teile zu sehr auffallenden Dingen. Man sehe sich z. B. die Lehre vom Zweikampfe, die gänzlich unbekümmert um das Strafgesetzbuch ausgeführt wird, an. Über Hefftter vgl. S. 234 Note [10].

[5] Ausgesprochen haben eine solche Annahme viele an andern Stellen von mir berücksichtigte Autoren, z. B. Zeller (S. 250 Note [22]), Ahrens (S. 252 Note [25]), v. Hertling (S. 264 Note [42]), Roesler (vgl. die folgende Note [6]), Köstlin (S. 285 Note [11]), Kühnast (S. 287 Note [16]) u. A.; stillschweigend gehegt wird sie von allen Schriftstellern der im Text beschriebenen Richtung.

zeichnungen promiscue für ihre abstrakte Rechtsvorstellung.[6] Die letztere ist indessen nichts Anderes als eine besondere Spielart der unverwüstlichen Naturrechtsidee.[7]

In die nämliche Kategorie pafst eine Rechtsphilosophie worin „das Gerechte an sich“ eine Rolle spielt, sofern diesem Begriff überhaupt ein Inhalt gegeben wird, der seine Beziehung auf rechtsrelevante Thatsachen rechtfertigt. Der

[6] H. Roesler, Lehrb. des deutschen Verwaltungsrechts I: Das sociale Verwaltungsrecht, 1. Abt. Erlangen 1872: das Recht entsteht „an sich“ unmittelbar aus den Lebensverhältnissen selbst, es wird nicht erst durch eine besondere Thätigkeit denselben hinzugefügt (S. 15); es ist nicht die „gesetzgeberische Beglaubigung“, wodurch erst die „rechtliche Gesetzmäfsigkeit der menschlichen Dinge“ hervorgebracht wird (S. 16) u. s. w. M. Carrière, Die sittliche Weltordnung, 2. Aufl. Leipzig 1891: das „Recht an sich“ besteht auch vor dem Gesetz, ist dessen Voraussetzung (S. 271 ff., 275 ff) und bildet die Quelle der „Urrechte“ (S. 269 ff.). Eine ähnliche Denkweise findet sich bei vielen Schriftstellern, die von mir in einem andern Zusammenhange erwähnt werden, so z. B. oben S. 243 Note [5] Schopenhauer und Scheffler, S. 254 ff. Note [26–28] Geyer, Thilo, Chalybäus und Ratkowsky, weiter unten S. 291 ff. Note [23–25] v. Wächter, Luden, L. v. Stein und Snell, S. 299 ff. Note [30] Birkmeyer; über den Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich v. J. 1888 vgl. oben S. 121. — Von Bentham (Grundsätze der Civil- u. Kriminalgesetzgebung, deutsche Ausg. v. Beneke, I Berlin 1830 S. 227; eine andere Stelle führt I. H. Fichte, System der Ethik, I S. 603 an) bis Binding (Die Normen u. s. w. I, 2. Aufl. S. 132 ff.) ist behauptet und bewiesen worden, dafs es nur das positive Strafrecht ist, was das Verbrechen schafft d. h. eine Handlung zum strafbaren Delikt macht. Wer trotzdem annimmt, dafs es Handlungen gebe, die „an sich“ Verbrechen sind, oder Gesichtspunkte aufstellt, nach denen ohne Rücksicht auf das geltende Recht das „an sich“ kriminelle Unrecht von dem „an sich“ blofs civilen Unrecht soll unterschieden werden können — der hat also ein Recht, dessen äufsere Umgrenzungs- wie innere Einteilungslinien nicht mit denen des positiven Rechts übereinstimmen, d. h. irgendein Naturrecht im Kopfe. Statt vieler Kriminalisten Hegelscher Richtung führe ich hier nur an Hälschner, System des preufs. Strafrechts, I Bonn 1858 S. 19 (widersprechend S. 94), S. 36 und Das gemeine deutsche Strafrecht, I Bonn 1881 S. 17, 24, 25, 34, 81 ff. Vgl. dazu A. Merkel in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. I S. 557 ff., 574 ff. und R. Loening daselbst III S. 359, 361, 369, 371.

[7] Ich erinnere hier nochmals an das S. 130 ff., 140 ff. über das Wesen alles Naturrechts Gesagte.

Beweis der versteckten Naturrechtlerei ist freilich schwer zu führen, weil der mit dem „Gerechten an sich“ operierende Philosoph nicht die Relation dieser Vorstellung einerseits zu dem an sich Ungerechten, andrerseits zu dem nach positivem Recht Gerechten in genügender Ausführlichkeit expliziert.[8]

[8] In seinem Aufsatze Über die Natur des Rechts (in den Philos. Monatsheften, VI Berlin 1870–1871 S. 1 ff.) schwankt der Hegelianer Ad. Lasson, den ich hier im Auge habe, ein wenig, ob er nicht doch noch ein Naturrecht, „wenn es auch kein Recht nach strengem Sprachgebrauch ist“, zugeben solle (S. 46 ff.), behauptet dann ganz korrekt, dafs dergleichen kein Recht sei, aber auch, dafs es gewifs „ein an sich Gerechtes, eine ewige Idee der Gerechtigkeit“ gebe (S. 50). Die in diesem Aufsatze niedergelegten Grundgedanken haben dann in L.s System der Rechtsphilosophie, Berlin u. Leipzig 1882, weitläufige Ausführungen erhalten, an denen es sich bestätigt, dafs die Rechtsphilosophie Hegels einen gewissen Rest Naturrecht nicht auszustofsen vermochte (vgl. oben S. 179 ff.). In diesem seinem System bestreitet L. wiederholt und mit gröfster Entschiedenheit jedem Natur- oder Vernunftrecht die Berechtigung (S. 11 ff., 18, 27 ff., 36, 237, 257 ff., 423), betont er, dafs es nur positives Recht gebe (S. 16, 26 u. s. w.) und die Aufgabe der Rechtsphilosophie durchaus nicht darin bestehen könne, dem positiven ein anderweitiges Recht gegenüberzustellen (bes. S. 414 ff.). Indessen, macht es uns schon stutzig, dafs L. bei der Skizzierung der griechischen Rechtsphilosophie nicht die Theorie derjenigen, welche das Naturrecht bezweifeln, sondern im Gegenteil die entgegengesetzte eher billigt (S. 20 ff., 28 ff., 45 ff.), so bringt uns die antikisierende Lehre L.s von dem „an sich Gerechten“ vollends Gewifsheit darüber, dafs er alles äufserlichen Sträubens ungeachtet innerlich naturrechtsgläubig ist. Bei ihm heifst das Füllhorn nicht Natur oder Vernunft oder göttliche Weltordnung, sondern „Idee der Gerechtigkeit“ — die Gaben, welche es, wenn L. es nur vollständig öffnen wollte, ausströmen würde, aber sind die gleichen, nämlich Rechtsprinzipien aufser und trotz dem positiven Recht. Der Gegensatz des Gerechten an sich und des Gerechten durch Satzung (S. 15 ff., 28 ff.) entspricht doch genau dem Gegensatz des ideenmäfsigen und des positiven Rechts, und wenn L. sagt, Gerechtes sei noch kein Recht (S. 24), er wolle aber das Verhältnis der „unabhängig von aller menschlichen Meinung und Willkür“ geltenden Idee des Gerechten zum positiven Recht suchen (S. 37), so ist dies etwas, was wir *m. m.* bei allen zünftigen Naturrechtslehrern gleichfalls antreffen. Allmählich nähert sich denn auch der Begriff des Gerechten immer mehr dem Begriff eines veritablen Rechts (S. 215, 225) und gerät das positive Recht in eine vielfach verklausulierte Abhängigkeit von dem Gerechten (vgl. auch unten S. 302 zu Note [32]). Zuerst soll dieses Gerechte nur die „ideale Anforderung an das

Dagegen bedarf es wohl keiner besonderen Motivierung, wenn noch ein paar andere Rechtsarten, die ohne alle geschichtlich nachweisbaren Vorgänge giltig sein sollen, ihren

Recht“ sein (S. 231); das ändert sich aber im Verlaufe der Deduktionen. Das Gerechte, welches soeben noch etwas „rein Formales“ war (S. 215), verwandelt sich an entscheidenden Stellen in etwas entschieden Materiales. Wie könnte ihm sonst (S. 229) die „materielle“ Gerechtigkeit entnommen werden, welche sich von der auf dem positiven Recht beruhenden „formellen“ Gerechtigkeit unterscheidet? Wie könnte es sonst die Aufgabe zugewiesen erhalten (S. 233, 238), das „blofs Positive im Recht mehr und mehr abzulösen und das universal Giltige, die Gesichtspunkte der reinen Gerechtigkeit in immer gröfserer Strenge durchzuführen“? Da hätten wir richtig das „universal Giltige“ der früheren Naturrechtsdoktrin, und zwar ganz so wie bei dieser dem „blofs Positiven“ gegenüberstehend! Dieses „blofs Positive“ oder „blofs Formelle“ besteht aber jedenfalls aus materiellen Rechtssätzen. Soll es also durch etwas Anderes abgelöst werden, so müssen das gleichfalls materielle Normen sein. Es mufs folglich „das Gerechte“ in Erfüllung des ihm von L. gesetzten Zweckes aus sich materielle Normen entlassen können und er mufs, wenn er sich nur Mühe geben will, seiner „Idee der Gerechtigkeit“ den in ihr verborgenen Inhalt zu entlocken, auf lauter materielle Idealrechtssätze kommen. Es hilft L. daher absolut nichts, wenn er (S. 259) von der Rechtsphilosophie sagt, sie wisse „dafs dies an sich Gerechte als solches ein blofs formales, inhaltsloses, abstraktes Prinzip ausmacht, das seinen Inhalt erst von den jedesmaligen konkreten Bedingungen der Realität empfängt, auf die es angewandt wird“. Denn hierdurch wird das begriffsmäfsig ewig und universal Giltige nur begriffswidriger Weise auf etwas zeitlich und örtlich Ideales eingeschränkt (wie in der That aus S. 415 ff. noch bestimmter hervorgeht). Es hilft ihm auch nichts die Verwahrung gegen den Gedanken, als wenn die Rechtsphilosophie Anforderungen an die Gegenwart oder Zukunft zu stellen hätte (S. 259) — er stellt sie ihr thatsächlich doch durch das ganze Buch und gerade an dieser selben Stelle, wo er eben sehr geschickt die Rechtsphilosophie vor „falschem Idealismus“, nicht vor dem Idealisieren warnt. Es klingt da wieder das alte: Mein ideales Recht ist ein ideales Recht und sollte sogleich vermittels der Gesetzgebung in das Leben eingeführt werden — Dein ideales Recht ist eine gefährliche Verirrung, durch (vgl. oben S. 166 Note [20]). L.s Denkweise behält, solange die in diesem abstrakten „Gerechten“ steckenden konkreteren Prinzipien nicht als objektiv giltig nachgewiesen werden, das Gepräge des nämlichen Subjektivismus, an dem die Naturrechte früherer Zeiten litten. Seine vollständig zutreffenden Bemerkungen gegen die schulmäfsige Naturrechtsdoktrin (S. 257) finden daher gegen ihn selbst Anwendung. Denn es ist nicht einzusehen, worin der Unterschied zwischen dem ewigen oder ideal Gerechten und dem ewigen

Platz hier unter den Produkten naturrechtlicher Denkweise angewiesen erhalten: das absolute Recht[9] und

oder idealen Recht bestehen und was dem erstern aufser dem doch völlig gleichgiltigen Namen noch zum Naturrecht fehlen möge. Nicht allein dafs L. in seiner Weise das charakteristische Sortieren unter den positiven Rechtssätzen übt; dafs er „Grundverhältnisse, wie sie sich aus der unveränderlichen Natur des Menschen, seiner Interessen und seiner Lebensverhältnisse ergeben“, annimmt; dafs er mit einer das passende Recht fertig in sich tragenden „Natur der Sache“ operiert (S. 20 ff., 237, 265, 415 ff.) — er versteht schliefslich unter Rechtsbegriff oder Begriff des Rechts nicht mehr den Begriff des positiven Rechts, sondern irgendeinen andern, gänzlich undefinierbaren, aber doch konsequenzenreichen Rechtsbegriff (S. 416 ff.) Nunmehr hört denn auch die Berufung auf das historische Recht vollständig auf und alle Lehren werden so erörtert, als wenn sie nicht auf begrifflichen Abstraktionen aus positiven Rechtssystemen beruhten, sondern die positiven Begriffe Konkretionen sog. reiner Begriffe wären. Zu verwundern ist nur, dafs ihm sein „an sich Gerechtes“ gelegentlich, z. B. bei der schwierigen Frage, welcher Obrigkeit, der thatsächlichen oder der legitimen, zu gehorchen sei, so gründlich im Stich läfst, dafs er statt einer sachlichen Antwort nur einige leere Floskeln zu bieten vermag (S. 304). Alles in allem: L. arbeitet nicht mit einem natürlichen Recht göttlicher Verordnung, nicht mit einem Recht aus der menschlichen Vernunft, wohl aber mit einem Hegelschen absoluten Recht an sich. Sowenig wie sein Meister, erreicht er das unmögliche Ziel der vollen Verschmelzung des historischen und des idealen Begriffes von Recht und Staat. Zuletzt klafft hier doch (sagt Gierke in der Deutschen Litteraturzeitung 1882 Nr. 33 Sp. 1191) ein unversöhnbarer Zwiespalt zwischen den beiden scheinbar zum Ganzen verknüpften Elementen: immer wieder droht diese Rechtsphilosophie in ein über aller geschichtlichen Wirklichkeit schwebendes abstraktes Vernunftrecht und ein materialistisch gefärbtes geschichtliches Recht auseinanderzufallen.

[9] G. Lenz, Über die geschichtl. Entstehung des Rechts, Greifswald 1854, erklärt, nachdem er seine Idee vom Naturrecht kundgegeben (S. 25), dafs es ein absolutes Recht gebe und dieses sei — das römische (S. 35; vgl. oben S. 134 Note [11]). Hye v. Glunek, Das österreich. Strafgesetz, I Wien 1855 entdeckt, gemäfs seiner sog. geschichtlich-philosophischen Auffassung (S. VI, X), ein absolutes oder philosophisches Recht, das aber trotzdem nicht ein Naturrecht oder *a priori*, ohne alle Bezugnahme auf geschichtliche Bildung konstruiertes Recht sein soll. Auch Collmann, Die judizielle Rechtswissenschaft u. s. w. (vgl. S. 243 Note [4]) kann unter dem, „was der Jurist als seine, ihrer Natur nach nicht an Ort und Zeit gebundene Wissenschaft anzusehen hat“ (S. V), kaum etwas Anderes, als eine Wissenschaft vom absoluten oder universellen und ewigen Recht verstehen. Über v. Stein, Zoepfl und Snell vgl. S. 294 Note [24–25].

das notwendige Recht[10], die noch immer nicht aus der wissenschaftlichen Litteratur verschwinden wollen.

Auf eine andere Weise, nicht durch Zurückführung der Rechtserscheinungen auf sog. reine Begriffe, sondern durch Absehen von den nun einmal allem Recht und jedem Rechtssatz ohne jegliche Ausnahme gesetzten räumlichen, zeitlichen

[10] Als Kriminalist weist Heffter (Lehrb. des gem. deutschen Kriminalrechts [später: Strafrechts], zuerst Halle 1833, 5. Aufl. Braunschweig 1854 § 3), der Strafrechtswissenschaft, aufser der Darstellung der historisch zu ergründenden Rechtszustände, die Aufgabe zu, die „Grundwahrheiten des Strafrechts aus dem Begriff sowie aus dem menschlichen Sein zu entwickeln", aber auch „die Lücken der gegebenen Rechtsnormen aus allgemeingiltigen Erkenntnisgründen zu ergänzen" (5. Aufl. S. 4). Als Völkerrechtslehrer dagegen findet er (Das europ. Völkerrecht, Berlin 1. Ausg. 1844 § 7 S. 12, 6. Ausg. 1873 § 3 S. 5), es gebe neben dem durch bestimmte Willensakte gesetzten Recht auch noch „ein schon aus innerer Nötigung anzuerkennendes, darum auch keiner ausdrücklichen Anerkennung bedürftiges gegenseitiges Recht der Staaten", welches er auch als ein „ungeschriebenes, von selbst verstandenes Recht" bezeichnet. — Nächst H. erneuert Gareis (Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, Gieſsen 1887 § 12 S. 47 und Institutionen des Völkerrechts, Gieſsen 1888 § 9 S. 29 ff.) die Lehre der alten Völkerrechtstheorie vom *jus necessarium* und erhebt, um dazu zu gelangen, die Rechtsnotwendigkeit zu einer eigenen Rechtsquelle. — L. v. Bar überträgt, nachdem er dieser Theorie früher stillschweigend gefolgt (Das internat. Privat- u. Strafrecht, Hannover 1862), neuerdings ganz ausdrücklich die Lehre vom notwendigen Recht auf den genannten Teil des Völkerrechts (Theorie und Praxis des internat. Privatrechts, [2. Aufl. des vorgenannten Werkes], 2 Bde. Hannover 1889). Er zieht für dieses Gebiet die „Natur der Sache" dem Gesetz und Vertrag vor (I S. X ff.) und hält das für Recht, „was der Natur der Dinge notwendig entspricht" (I S. 5 Note [6]). Demgemäfs hat hier nur dieses zu gelten (I S. 125), ist dieses Recht überhaupt aufzufassen als ein Produkt der mit einer gewissen Notwendigkeit sich geltend machenden Natur der Sache, des Bedürfnisses des Verkehrs, der gegenseitigen Anerkennung der Rechtsordnungen der verschiedenen Staaten, wovon jeder einzelne Staat sich allerdings bis zu einer gewissen Grenze Abweichungen erlauben dürfe (I S. 106, 113 u. s. w.). Sogar ein allgemeines Gewohnheitsrecht der europäischen Staaten glaubt v. B. als bloſse Modifikationen der logischen Folgerungen aus der Natur der Sache ansehen zu dürfen, z. B. in betreff der Handlungsfähigkeit (I S. 117 Note [17]). — Vgl. über Warnkönig S. 257 Note [29], v. Mohl S. 278 Note [2], über Falck, Luden und v. Wächter S. 291 ff. Note [23], über Post S. 305 Note [36].

und persönlichen Schranken, gelangt eine ganze Reihe Schriftsteller zu naturrechtlichen Ideen. Wenn sie stufenweise Generalisierungen aus mehreren positiven Rechten behufs theoretischer Beherrschung einer Mehrheit von Rechtsgebieten durch generelle Begriffe vollzögen, so thäten sie etwas wissenschaftlich Erlaubtes, für die Theorie Unentbehrliches, bei didaktischen Absichten sogar Gebotenes. Statt dessen präsumieren sie einfach die Existenz eines von Ort und Zeit abgelösten Rechtskörpers. Der Umfang desselben wird verschieden angegeben, der Namen thut nichts zur Sache. Manche begnügen sich mit einem allgemeinen Recht unbekannter Herkunft.[11] Andere bedürfen eines univer-

[11] Unter dieser Bezeichnung tritt das Hegelsche „an sich vernünftige Recht" in den Schriften Köstlins (Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, Tübingen 1845 u. System des deutschen Strafrechts, I Tübingen 1855) auf, bei dem es denn auch ähnliche Früchte zeitigt, wie bei den andern Kriminalisten gleicher Richtung (vgl. oben S. 277 Note [1]). Nach K. ist „das positive Strafrecht eines bestimmten Volkes . . . nicht nur überhaupt eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen, sondern es ist eine bestimmte Besonderung desselben, deren Darstellung daher nicht aufser oder neben dem allgemeinen gegeben werden kann". Da beides also wesentlich identisch, so mufs „philosophisches und positives Strafrecht und vor allem in dem sog. allgemeinen Teile amalgamiert werden" (Neue Revis. S. 16). In welchen Quellen wir das Recht zu suchen hätten, könnte zweifelhaft erscheinen. Denn steht es auch fest, „dafs das in der Geschichte gewordene Recht wesentlich nicht andrer Natur sein kann, als das, welches jeder finden kann, wenn er in seinen Busen greift und der geistigen Kraft nicht ermangelt, um den Inhalt seines Bewufstseins zu klaren Gedanken zu befestigen" (Neue Revis. S. 15), so soll doch in andern Fällen wieder die „Natur der Sache" bessere Auskünfte erteilen (System I S. 425). Die Vorstellung von einem allgemeinen, dem positiven vorausgehenden Strafrecht drängt sich immer wieder vor (System I S. 376). — P. Müller, Die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts, Leipzig 1877, stellt einerseits dem geltenden Recht ein „Recht im allgemeinen" gegenüber (S. 204 ff.), sucht aber andrerseits den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts, das also unselbständig ist, in dem „realen Recht" (S. 428) und hat im Völkerrecht auch noch einen Repräsentanten der Kategorie des „in der Entstehung begriffenen Rechts" (S. 78). Alles dies ist für einen Juristen, der auf eine „realistische Begründung des Rechts" ausgeht, recht unrealistisch gedacht. — Über Zoepfl und Snell vgl. S. 294 Note [24] u. Note [25].

sellen Rechts, worunter sie ein für sämtliche Erdbewohner giltiges meinen.[12] Wer damit seiner Phantasie noch nicht genug gethan, erhebt sich sogar zu dem Gedanken eines für die Bewohner aller Himmelskörper verbindlichen Rechts.[13] Auch die weniger ausschweifende antike Vorstellung von dem den Menschen und Thieren gemeinsamen Recht wird erneuert.[14] Ebenso mühelos läfst sich ein Recht ohne Grenzen der Giltigkeit in der Zeit annehmen, ein unveränderliches, unwandelbares, also ewiges Recht.[15]

Ist aber, woran diese modernen Naturrechtslehrer auch nicht zweifeln, ein Recht da, das dem Raume und der Zeit nach absolut und womöglich nicht einmal an die menschliche Kreatur als die einzige Art Rechtsunterthan gebunden ist, so ist es selbstverständlich, dafs dieses das wahre

[12] So z. B. Collmann (vgl. S. 283 Note [9]), Böhlau (vgl. S. 302 Note [32]) und Post (vgl. S. 305 Note [36]).

[13] Diese Idee zeigt sich bei Roeder (vgl. S. 253 Note [25]), F. Brentano (vgl. S. 244 Note [7]) und Post (vgl. S. 305 Note [36]).

[14] Vgl. wiederum die Anführungen aus den Schriften von Post S. 305 Note [36] und dazu oben S. 177 Note [5].

[15] Das glaubensstarke Streben, aufser dem zeitlich beschränkten Recht ein zeitloses Recht zu entdecken, kommt bei sehr vielen Schriftstellern zum Ausdruck. P. A. Schultheis, Das Recht u. die Gerechtigkeit u. ihre Vermittelung durch das Richteramt, Kassel 1847 S. 3, spricht etwas phantastisch von dem ewigen göttlichen Recht; Rödinger, Die Gesetze der Bewegung im Staatsleben u. s. w., Stuttgart 1864 S. 217 ff. glaubt konstatieren zu können, dafs das Recht in seinen Hauptzügen ewig, die Idee des Rechts unwandelbar sei; A. Spir, Recht u. Unrecht, Leipzig 1879 hat gleichfalls unwandelbare Normen, ewige Prinzipien des Rechts entdeckt (S. 9), die er aber leider nicht näher beschreibt, daher denn sein Versuch, sich mit den Leugnern dieser Art Normen auseinanderzusetzen, nur in der wiederholten Behauptung seiner These besteht. Aufser diesen sind noch viele Autoren der verschiedensten Richtungen hier zu nennen, die ich unter anderen Rubriken anführe, z. B. die meisten Naturrechtslehrer kirchlicher Richtung S. 260 ff., die ethisierenden Philosophen Leonhardi S. 254 Note [25] und I. H. Fichte S. 255 Note [27], unter den neuern Juristen noch Geyer S. 255 Note [26] und Ad. Schmidt S. 246 Note [12], unter den ältern Pfizer S. 251 Note [24], Mühlenbruch S. 297 Note [28], u. s. w.

Recht[16] sein und im Vergleich zum blofs positiven das höhere Recht[17] bilden mufs, womit denn der Übergang in die populäre Redeweise der Dichter, Volksredner (vgl. S. 43, 234) u. s. w. vollzogen ist.

Damit haben wir uns bereits einer neuen Gruppe der hier zu erwähnenden Schriftsteller genähert. Sie umfafst diejenigen spekulierenden Köpfe, welche ihre Vorstellungen davon, was Recht sein sollte oder werden könnte, als Recht bezeichnen und in rechtswissenschaftlichen Deduktionen verarbeiten. Wäre es nur ein Glaube an ein mögliches besseres Recht, ein Streben nach einem von den Mängeln des heutigen befreiten Recht, ein Bedürfnis nach Vorausbestimmung des vielleicht kommenden Rechts, was sich in ihren Werken ausspricht, so würde man sie nicht den Naturrechtsfreunden beizählen dürfen. Wer wäre sonst keiner? Sie sind es aber wohl, sofern sie den Inhalt ihres Wünschens oder Vermutens offen oder verschleiert in einer Weise behandeln, als wäre er bereits materielles Recht, sodafs dadurch das vorläufig noch wirklich geltende Recht entweder eine Schmälerung seines Ansehens oder aber eine ungebührliche Erweiterung seiner stofflichen Grenzen erleiden mufs.

Übersehen kann dieser Erfolg kaum werden, wenngleich er nicht von jedem dieser Idealisten und Propheten mit vollem Bewufstsein beabsichtigt zu sein braucht. Er ist meist die Folge blofser Unklarheit darüber, welchen Inhalt der Rechtsbegriff verträgt, welchen nicht. Was hat man eigentlich im Sinne, ein blofses Rechtsideal oder ein irgendwie neben dem positiven anzunehmendes Recht, wenn man

[16] Z. B. L. Kühnast, Kritik moderner Rechtsphilosophie, Berlin 1887 S. 2: die positive Wissenschaft sucht das richtige, die Philosophie das wahre, von Gesetz und Wirklichkeit unabhängige Recht. Als bevorzugter Ausdruck figuriert das „wahre Recht“ bei Roeder (vgl. oben S. 253 ff. Note [25]), nebenher auch bei Pütter (vgl. S. 249 Note [21]), Geyer (vgl. S. 255 Note [26]), L. v. Stein (vgl. S. 294 Note [24]) u. A.

[17] Hier wäre aufser Ahrens (vgl. S. 252 Note [25]) wieder Geyer (vgl. die vorige Note [16]) zu erwähnen.

von einem idealen Recht redet? Manche denken sich unter diesem Namen nicht blofs ein Vorbild, dem die Rechtsentwicklung ihrer Ansicht gemäfs nachzustreben hätte, sondern erheben ihr Wünschen in betreff eines solchen Zieles zu einem vorgeblichen „Wissen“ um ein besseres Recht und das also Gewufste wiederum leicht zu etwas objektiv Daseiendem. Das Recht steht uns nicht als sinnliches Objekt mit tastbaren Körpergrenzen gegenüber. Wer ein förmliches „Wissen“ um ein Recht, das besser ist als ein gewisses anderes, zu haben meint, wird der sein Wissen um dieses schlechtere d. h. positive Recht von jenem Wissen um das ideale Recht gänzlich unparteiisch und haarscharf scheiden? Es ist doch kaum anzunehmen, dafs jemand die dem idealen Recht gewidmeten Gedankenreihen so genau parallel den dem positiven Recht angehörigen laufen zu lassen vermag, dafs sie sich nirgend berühren. Wozu auch dieser gefährliche Umgang mit dem idealen Recht, wenn nicht schliefslich doch, durch Vermittelung des nachgiebigen Terminus Recht, irgendein „Verhältnis“ zwischen ihm und dem positiven statthaben soll? Vielmehr ist es höchst wahrscheinlich, dafs die eine Gedankenreihe die andere im Zickzack durchschneiden wird, sodafs an mehr oder weniger zahlreichen Stellen das ideale Recht das positive verdeckt d. h. eben Naturrecht entsteht. Ob man sich unter dem idealen nun ein unbestimmtes Musterrecht von wahrscheinlich unerreichbarer Reinheit[18], ob man sich darunter genau bestimmte Rechtssätze, welche die Gesetzgebung bei

[18] Noch immer wird der Rechtsphilosophie seitens vieler Autoren die Aufgabe eine ideale Rechtsordnung aufzustellen zugewiesen; ob dies begründet ist oder nicht, werde ich erst in der II. Abhandlung erörtern. Zu den Naturrechtslehrern dürfen wir jedoch nur solche unter ihnen rechnen, welche den idealen Rechtssätzen, die sie gefunden zu haben glauben, auch eine juristische Relevanz beilegen. Dafs sie dies thun, ergibt sich aus dem Zusammenhang mit sonstigen Formen des Naturrechts für gewisse, an andern Stellen namhaft gemachte Anhänger des „idealen Rechts“, wie z. B. Ahrens, Roeder (S. 252 ff. Note [25]), Frohschammer, Ratkowsky (S. 256 ff. Note [27–28]), Schmitthenner, v. Kaltenborn, Kahle (S. 293 ff. Note [24–25]), Birkmeyer (S. 299 ff. Note [30]) u. A.

genügender Einsicht und Initiative sogleich ins Leben setzen könnte[19], vorstellt, begründet wohl keinen Unterschied in der Hauptsache.

Kein ideales Recht, da es nicht notwendig einen vorzüglichen Inhalt zu besitzen braucht, aber doch auch ein auf die Zukunft weisendes ist das werdende Recht, womit einzelne Autoren uns ein eigentümliches Rätsel aufgeben. Man sollte sich dabei kein Recht vorstellen dürfen, denn das noch nicht gewordene ist eben garnicht Recht. Indessen wird davon so gesprochen, als wenn es bereits als ein irgendwie wirksamer Teil in den Bestand des Rechts eingetreten wäre.[20] Trägt man das „werdende Recht“ in das Ge-

[19] Z. B. L. Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts, I, 2. Aufl. Stuttgart 1875 § 34, bei dem die in der vorigen Note [18] genannte Bedingung zutrifft, da er ideales Recht und Natur- oder Vernunftrecht als Synonyma betrachtet, was sie gewifs auch sind. Nicht alles Recht, sagt er (S. 302), ist positiv; jedes der Rechtsordnung zugängliche Verhältnis trägt seine natürlichen Rechtssätze in sich. „Es besteht ein Natur- oder Vernunft- oder ideales Recht, das ist die Gesamtheit derjenigen Rechtssätze, welche der vernünftigen Natur des Menschen und der inneren objektiv gegebenen Natur der jederzeitigen Lebensverhältnisse, der Natur der Sache entsprechen. Dieses wahre . . . Naturrecht ist somit den menschlichen Verhältnissen immanent u. s. w.“ — Über v. Kaltenborn vgl. S. 293 Note [24].

[20] Der Nachweis, dafs sich hinter dem „werdenden Recht“ eine naturrechtliche Vorstellung verbirgt, ist allerdings sehr schwer zu führen, es sei denn, dafs der betreffende Gelehrte seine Denkweise rücksichtlich dieser Sache auch sonstwie kundgiebt. Wenn Roeder, Grundzüge der Politik, I Darmstadt 1837 S. 10 in unklarer Weise von diesem „werdenden Recht“ handelt (vgl. dazu oben S. 253 ff. Note [25]); wenn es bei L. v. Stein in einer Reihe mit andern deutlicheren Bezeichnungen für ein abstraktes Recht figuriert (vgl. S. 294 Note [24]); wenn G. Rümelin, Reden u. Aufsätze, I S. 156 in einem Atem von Vernunftrecht und „Recht der Zukunft“ spricht, selbst die Gefährlichkeit dieses Gedankens zugestehend (vgl. dazu S. 247 ff. Note [15]); wenn Ofner, Rechtstheorie und Historische Schule, S. 21 ff. der juristischen Theorie das künftige Recht als Objekt zuweist, nachdem er die Historische Schule bekämpft (S. 5 ff.) und ein von Vernunftwegen daseiendes Recht angenommen (vgl. oben S. 248 Note [16]) hat; wenn endlich Harms, Begriff, Formen u. Grundlegung der Rechtsphilosophie, herausg. von Wiese, Leipzig 1889, S. 84 auffälliger Weise sogar das positive Recht als ein blofs werdendes charakterisiert, wodurch er die Möglichkeit schafft, dafs man auch jedes beliebige Recht der Einbildung, indem man sich das-

biet des Völkerrechts hinein[21], so kann es, falls es nicht auf die Rolle eines vom juristischen Standpunkt ganz ungeeigneten Hilfsbegriffes beschränkt bleibt, leicht zur Maskierung der *generatio spontanea* solcher quellenloser Rechts-

selbe als ein werdendes Recht denkt, mit unter den Rechtsbegriff bringe — so sind das lauter Anzeichen, die im Zusammenhang mit andern den Beweis liefern, dafs diese Männer mit der Vorstellung von einem Recht aufser dem gewordenen d. h. positiven umgehen. Ob aber das „Recht der Zukunft" bei Perthaler, Recht u. Geschichte u. s. w., Wien 1843 S. 28 ff. eine gleiche symptomatische Bedeutung besitze, mufs dahingestellt bleiben. B. Delbrück (in der Krit. Überschau der deutschen Gesetzgeb. u. s. w., II 1855 S. 128 ff.) rückt allerdings „die werdende Rechtsüberzeugung des Volkes" etwas mehr an ein „absolutes Recht" heran; da jedoch in seiner eigentümlichen Auffassung dieses letzteren kein Naturrecht verborgen ist, so läfst sich auch aus der ersteren nichts Verfängliches herauslesen.

[21] Bei Manchen ist die Bezeichnung des Völkerrechts als eines werdenden oder in der Entstehung begriffenen Rechts nur der Ausdruck einer gewissen Verlegenheit um einen Terminus, der die von ihnen erkannte prekäre Natur dieses Rechts, das nicht leben kann und nicht sterben mag, wiederzugeben geeignet wäre, so bei Gierke in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. XXX (1874) S. 181, Fricker das. XXXIV (1878) S. 404 ff., P. Müller (vgl. S. 285 Note [11]). Anders, wenn Bluntschli seine Ansichten über den Gegensatz von „*aequitas* und *jus*", „materiellem und formellem", „menschlichem und nationalem", „werdendem und vergehendem" Recht (*s. v.* Recht, Rechtsbegriff im Staatswörterbuch VIII, Stuttgart u. Leipzig 1864 S. 500 ff.), worin trotz aller Gegenversicherungen B.s gerade bei ihm ebensoviele Formen des Gegensatzes zwischen nichtpositivem und positivem Recht enthalten sind, auf das Völkerrecht anwendet (Das moderne Völkerrecht u. s. w., 3. Aufl. Nördlingen 1878 Einl.). Seine Auseinandersetzungen über das „notwendige" Völkerrecht (S. 5), über die Autorität des für „wahr und gerecht" erkannten Inhaltes der privaten Rechtsbücher (S. 7) u. s. w. ermöglichen es ihm, von dem Völkerrecht, das er selbst in der Einleitung (S. 4, 55) als einen blofsen Übergang zum Weltrecht, ja als ein der festen Rechtsform entbehrendes Etwas charakterisiert, zu jenem ganz anders aussehenden Völkerrecht, wie er es im System expliziert, hinüberzugleiten. Hier erscheint es als ein strammes Recht, dem man das Stadium des „Werdens" nicht ansieht: es ist Naturrecht, das sich die dem Verf. wohlgefälligen Partien des positiven Rechts einverleibt hat (vgl. auch diesen § 10 Note [40]). — Ungewifs ist mir der Sinn der „für die Beziehungen der Staaten zu einander sich bildenden Rechtsnormen und Rechtsinstitute", als welche v. Bulmerincq, Völkerrecht (in Marquardsens Handb. d. öff. Rechts I, 2, Freiburg u. Tübingen 1884), § 1 S. 1 das Völkerrecht definiert.

prinzipien, die sich nicht offen unter dem Namen des natürlichen Völkerrechts hervorwagen, mifsbraucht werden.

b. Die meisten der bisher registrierten Anhänger eines Rechts, welches aufser dem in voller Geltung stehenden anzunehmen wäre, geben einer bestimmten Bezeichnung, an der ihnen aus irgendeinem Grunde etwas gelegen ist, den Vorzug vor andern Namen für dasselbe Ding, die sie vielleicht noch nebenher zulassen. Indessen gibt es unter und neben ihnen noch Viele, die einige und sogar eine grofse Menge Namen für das Kind ihrer Phantasie gebrauchen, während Andere im Gegenteil dasselbe ohne jede Namengebung in die Wissenschaft einführen.

Die Schriftsteller der ersten Gruppe, indem sie die mannigfaltigsten Bezeichnungen häufen und abwechselnd benutzen, ohne auf die eine oder andere als die besonders geeignete zu bestehen, zeigen uns, wie gleichgiltig im Grunde alle Namen für das Recht subjektiver Konstruktion sind.[22] Wir hatten und haben noch berühmte Civilisten und Kriminalisten, denen die verschiedensten alten und neuen Namen für die ewig gleiche Sache Naturrecht recht sind[23]. Wir hatten bis vor kurzem ebenso bedeutende Publi-

[22] Ich verweise hier nachdrücklich auf die Erklärung, welche ich S. 123 in betreff des Gebrauches des Wortes Naturrecht als Kollektivbezeichnung und S. 130 ff. über den allgemeinen Begriff desselben abgegeben habe.

[23] Nachdem N. Falck in den Kieler Blättern für 1819 Bd. I S. 1 ff., bes. S. 15 ff. eine ziemlich unsichere Stellung zu unserer Frage eingenommen, spricht er sich in der vielbenutzten Jurist. Encyklopädie, (1821) 5. Aufl. von v. Jhering, Leipzig 1851 gegen die bis zu seiner Zeit aufgetretenen Naturrechte aus (§ 51, 5. Aufl. S. 82 ff.). Trotzdem nimmt F. seinerseits doch wieder ein „natürliches Recht" oder „allgemeine Rechtswahrheiten" (§ 54, 5. Aufl. S. 89 ff.), wodurch die Lücken des positiven Rechts zu ergänzen seien, an, während er unter der Maske des „logisch notwendigen" eine weitere Art nichtpositiven Rechts konstruiert (§ 55, 5. Aufl. S. 90 ff.). — Luden, Handb. des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts, I, 1 Jena 1842 versichert zwar (S. 10, 153), dafs nur das positive Recht Giltigkeit habe. Daraufhin könnte man seine Annahme, dafs die ursprüngliche Quelle der Strafrechtsgrundsätze ausschliefslich die Vernunft (S. 3 ff.) — welcher allmählich (S. 4, 14 ff., 141 u. s. w.) die „Idee der

zisten, denen es nur auf das Eine: dafs die juristische Bedeutsamkeit eines wissenschaftlich feststellbaren und doch

Gerechtigkeit" substituiert wird — sei, unbeachtet lassen, wenn nicht zahlreiche andere Stellen den Beweis lieferten, dafs L. gleich andern Kriminalisten seiner Epoche (vgl. oben S. 277 ff.) dem Hegelschen Vernunftrecht gehuldigt hat. Wenn die Vernunft voraussagen kann, welche Handlung ein Verbrechen, welche keins sei (S. 17 ff.), sodafs der Begriff des Verbrechens von dem positiven Recht vorausgesetzt werden mufs (S. 60 ff.); wenn die Wissenschaft in jedem positiven Strafrecht nur eine besondere Erscheinungsform des philosophischen Strafrechts zu erkennen haben soll (S. 141 ff.); wenn es ein notwendiges Recht gibt (S. 153; dazu die vorweggenommenen Konsequenzen für das positive Strafrecht S. 6 ff.) — so ist es selbstverständlich, dafs die richtige Methode der Wissenschaft nur die historisch-philosophische sein kann (S. 141 ff.), bei deren Befolgung regelmäfsig ein Mischgebilde von geschichtlich entstandenem und frei erfundenem Recht als Produkt erscheint. Vgl. zu L. noch die eingehende Darstellung R. Loenings in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III S. 339 ff., der auch S. 336 ff. die naturrechtlichen Ideen C. G. v. Wächters ausführlicher nachweist. In der That zeigen mehrere Werke W.s (Lehrb. des römisch-teutschen Strafrechts, I Stuttgart 1825; Gem. Recht Deutschlands u. s. w., Leipzig 1844; Beilagen zu Vorles. über das deutsche Strafrecht, Stuttgart 1877; Pandekten, herausg. v. O. v. Wächter, I Leipzig 1880; Deutsches Strafrecht, Vorles. herausg. v. O. v. Wächter, Leipzig 1881), dafs auch er, wenngleich seine Bearbeitungen der positiven Rechte kaum darunter gelitten haben, zeitlebens naturrechtsgläubig gewesen. Dies wird von seinen Biographen diskret angedeutet, so von Windscheid (Leipzig 1880 S. 51: „zu den Intimen der Historischen Schule hat er nicht gehört" und S. 52, wo von der „rationalistischen Ader in seiner Natur" die Rede ist), oder auch ignoriert, wie von O. v. Wächter (Leipzig 1881) und H. Dernburg (Halle 1880). Dieser berühmte Jurist denkt sich über dem positiven schwebend ein natürliches Strafrecht, das für den Gesetzgeber Quelle, für den Richter Hilfsmittel, jedenfalls ein philosophisch richtiges Recht ist (Lehrb. S. 20 ff., 38 ff.); ganz abstrakt bezeichnet er dasselbe auch als das Allgemeine, Vernünftige, Wirkliche im geltenden Recht, das die Philosophie auffindet (Gem. R. S. 257 ff., Beil. S. 4 ff.). Ferner definiert er das natürliche oder philosophische Strafrecht als den Inbegriff der Grundsätze, die wir durch das Denken als die der Idee der Gerechtigkeit entsprechenden erkennen (Deutsches Strafrecht S. 4 ff). Schliefslich stellt v. W. das „Recht an sich", „Naturrecht", „Vernunftrecht", „philosophische Recht" einfach als synonyme Ausdrücke für die eine Sache nebeneinander (Pandekten S. 5). Und wenn er auch sogleich hinzufügt (S. 6), dafs dies kein wirklich geltendes Recht sein soll, so erklärt er doch einerseits nicht, wozu es überhaupt da ist und warum es ein Recht heifst, benutzt er es andrer-

nicht positiven Rechts eingesehen und anerkannt werde, nicht auf das dafür zu gebrauchende Wort ankam[24]. Endlich

seits als Mafsstab, um die Quellen auf ihre Vernünftigkeit zu prüfen (S. 129 ff.), u. s. w. — Über Goldschmidt vgl. S. 289 Note [19] und über Birkmeyer S. 299 ff. Note [30].

[24] Schmitthenner, Zwölf Bücher vom Staate, Giefsen I 1839, III 1845 definiert (I S. 240 ff.) das Naturrecht oder natürliche Recht als den Inbegriff der mit der Idee der sittlichen Welt notwendig gegebenen Gesetze und durch diese begründeten Verhältnisse, statt dessen man auch sagen könne: die göttliche Ordnung der im Zusammenleben der Menschen gesetzten Beziehungen der Personen zu einander, und hat aufserdem noch (III S. 4 ff.) mit einem idealen Staatsrecht zu thun. — Die älteren Werke v. Kaltenborns sind reich an den verschiedenartigsten Wendungen für die eine Vorstellung Naturrecht. In der Kritik des Völkerrechts u. s. w., Leipzig 1847 beginnt er (S. 11) mit der geschichtlich-philosophischen Methode (vgl. weiter unten diesen § 10 Text zu den Noten [37] ff.), nähert sich später (S. 231 ff.) den Anschauungen und Ausdrücken Stahls (vgl. oben S. 267 ff.), hierauf kommt (S. 239) eine bedeutungsvolle „Völkerrechtsidee" zum Vorschein, dann (S. 248) das „normale und ideale Recht", welches endlich (S. 251) wie objektiv giltiges behandelt wird. Seine Meinungsäufserungen in dem Werke über die Vorläufer des Grotius (vgl. oben S. 149 Note [3]) sind dermafsen durchsetzt von Bekenntnissen seiner Naturrechtsgläubigkeit in den mannigfaltigsten Formulierungen, dafs die Stellen nicht mehr hergezählt werden können. Überall blickt das widerspruchsvolle Bemühen seiner Zeit, die Errungenschaften der Historischen Schule anzunehmen und doch das Streben nach dem über allen geschichtlichen Rechtsgebilden thronenden absoluten Recht nicht aufzugeben, hervor. In den Grundsätzen des prakt. europ. Seerechts, Berlin 1851, statuiert dann v. K. auch für das Seerecht den seiner Ansicht nach für alle Rechtsgebiete insgesamt giltigen Unterschied zwischen dem positiven und dem natürlichen oder philosophischen, idealen Recht, welches letztere aber kein absolut und ewig, sondern ein relativ — „nach der höchsten wissenschaftlichen Auffassung des jedesmaligen Zeitalters" — ideales Recht sein soll (I § 2 S. 2); nachher folgen die unvermeidlichen Windungen, um das positive Recht nicht zu schädigen und trotzdem das ideale nicht jedes Zweckes zu entkleiden (I § 7 S. 15). Erst das letzte gröfsere Werk v. K.s, die Einleitung in das konstitutionelle Verfassungsrecht, Leipzig 1863, zeigt eine Sinnesänderung des Verf., der sich nun ganz ausdrücklich gegen das natürliche oder philosophische Staatsrecht erklärt (S. 31 ff.), nicht mehr daran glaubt, dafs das Naturrecht eine Quelle sei, auf welche sich Richter oder Staatsmänner berufen könnten (S. 315 ff.), und dem philosophischen Staatsrecht nur einen, nicht weiter beschriebenen „hohen theoretischen Wert" vindiziert (S. 35). — Einen ganz aufserordentlichen Reichtum an Wendungen für seine unter dem Ein-

fehlen uns auch nicht Rechtsphilosophen der verschiedensten Richtungen [25], ferner Ethiker, sonstige Philosophen und noch

flufs Hegels stehende Vorstellung von einem nichtpositiven Recht entfaltet L. v. Stein in mehreren Schriften aus älterer und neuerer Zeit (Zur Charakteristik der heutigen Rechtswissenschaft, in den Deutschen Jahrb. für Wissensch. u. Kunst, V 1842 Nr. 70—74; System der Staatswissenschaft II: Die Gesellschaftslehre, Teil 1 Stuttgart u. Augsburg 1857; Die Verwaltungslehre I: Die vollziehende Gewalt, 2. Aufl. Teil 1 Stuttgart 1869; Handbuch der Verwaltungslehre, 2. Aufl. Stuttgart 1876; Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876). Er operiert nicht nur mit dem „Recht an sich" (Verwaltungsl. I, 1 S. 21; dagegen Gesellschaftsl. 1 S. 221), dem „reinen" und „wahren" (Gesellschaftsl. 1 S. 61 ff., Handb. S. 59 ff., Gegenw. u. Zuk. S. 117), dem „absoluten" und „begrifflichen" Recht (D. Jahrb. S. 295), er zeigt sich auch durchweg als ganz entschiedenen Gegner der Beschränkung der Rechtswissenschaft auf das positive Recht und macht der Rechtsphilosophie die Naturrechtlerei zur berufsmäfsigen Aufgabe. Diese, die Rechtsphilosophie nämlich, nennt v. St. eine „aus dem reinen abstrakten Wesen der Persönlichkeit entwickelte Rechtslehre" oder eine „abstrakte, rein auf die Natur der Persönlichkeit an sich gebaute Rechtsordnung" (Gesellschaftsl. 1 S. 55, 60). Somit wäre die Rechtsphilosophie identisch mit ihrem eigenen Objekt — genau so wie die alten Naturrechtslehrer sichs dachten. Denn sie soll es nach der Meinung v. St.s zu thun haben mit irgendeinem Recht, das er in einem Atemzuge als das Recht, welches noch kein Recht ist, sondern erst ein Recht werden will, und doch zugleich als das absolute Recht, das keiner Zeit angehört, weil es ewig gleiches Recht ist, prädiziert (Gegenw. u. Zuk. S. 80 ff., 112, 131 ff.), u. s. w. — In dem von ihm selbst herausgegebenen Werke H. Zoepfls: Grundsätze des gem. deutschen Staatsrechts, 5. Aufl. Leipzig u. Heidelberg 1863, findet sich eine Stelle, wo von dem allgemeinen oder philosophischen oder natürlichen Rechte die Rede ist (I § 21 S. 34). Dagegen ersieht man aus dem nach seinem Tode herausgekommenen Grundrifs zu Vorlesungen über Rechtsphilosophie (Naturrecht), Berlin 1878, dafs Z. als akademischer Lehrer ein kompletes Naturrecht vortrug, welches er bald mit diesem selben Namen (S. 3, 64), bald vernünftiges oder rationales (S. 2, 59, 61 ff., 64), absolutes (S. 2), aus der Idee des Rechts fliefsendes Recht (S. 1, 39) nannte. — Über Pfizer vgl. S. 251 Note [24].

[25] Snell, Naturrecht, (Ausg. f. d. Ausland) Bern 1859 § 1 S. 1: Vernunftrecht, § 3 S. 4: philosophisches, absolutes, allgemeines Normalrecht. — Kahle, Lassons System der Rechtsphilosophie in seinen Grundzügen beurteilt (Philos. Vortr. herausg. v. d. Philos. Ges. zu Berlin, N. F. Heft 5 Halle 1883) versteht unter Vernunftrecht soviel wie Idealrecht (S. 52) und nimmt jedenfalls ein nichtpositives Recht an (S. 51). Mit diesem hat es

andere Gelehrte [26], die gar kein Gewicht auf die äufsere Einkleidung des gleichen Gedankens zu legen scheinen. Bei ihnen allen läfst sich die gewöhnlich mit rühmlicher Offenheit vertretene Naturrechtsidee ohne sonderliche Mühe nachweisen.

Gewissermafsen einen Gegensatz zu diesen wortreichsten bilden die nicht gerade seltenen wortkargen Naturrechtsgläubigen, welche in ihren Gedanken ein anonymes Naturrecht hegen. Sie glauben, wenn sie alle nur einigermafsen verdächtigen Ausdrücke vermeiden, sei auch ihre Vorstellungsweise frei von Naturrechtlerei. Ohne Weitläufigkeiten nachweisen kann man ihnen dieselbe nur, wenn sie selbst durch gelegentliche und vielleicht unwillkürliche Äufserungen das Inkognito lüften.

Ein häufig wiederkehrender Ausdruck, der darauf anzusehen wäre, ob sich nicht hinter ihm ein verschämtes Naturrecht verbirgt, ist vor allem die Rechtsidee. Die damit verbundenen Vorstellungen sind regelmäfsig so dunkel, dafs sie hier gänzlich unerörtert bleiben müssen. Bedeutet, um auf die deutlicheren Vorstellungen zu kommen, Rechtsidee nichts als das allgemeinmenschliche triebartige Verlangen, dafs das Zusammenleben nach unverbrüchlichen Ordnungsprinzipien

ihm zufolge wohl die Rechtsphilosophie zu thun, sonst würde sein gegen Lasson erhobener Vorwurf (S. 51), dafs Letzterer in seinem Werke keine Rechtsphilosophie, sondern eine Philosophie des positiven Rechts biete, des Sinnes entbehren. In einer älteren Schrift K.s: Die spekulative Staatslehre, Berlin 1846, ist von dem Gegensatz des reinen d. h. Naturrechts zum angewandten d. h. positiven, des philosophischen zum empirisch-historischen, auch von allerhand abstrakten Rechten und ebenso abstrakten Handlungen juristischer Art die Rede (S. 143, 195 ff., 215 ff.), ja sogar von einer äufsern Rechtslehre, die „blofs für wesenlose Dinge und fingierte Relationen", und einer inneren oder eigentlichen Rechtslehre, welche zeigt, was „für die lebenden Personen und Selbstzwecke" Rechtens ist (S. 285), u. dgl. m. — Über v. Kaltenborn und Zoepfl vgl. die vorige Note [24], über Geyer S. 254 Note [26] und Warnkönig S. 256 ff. Note [29].

[26] Vgl. z. B. die Philosophen Scheffler (S. 244 Note [5]) und Frohschammer (S. 256 Note [27]), den Staatsgelehrten Glaser (S. 278 Note [2]) und den gleichfalls bereits (S. 250 Note [23]) angeführten Pathologen Stricker.

statthabe d. h. eine Rechtsordnung eingehalten werde, so ist darin natürlich nichts Verfängliches zu sehen.[27] Die Rechtsidee in diesem Sinne ist ganz ohne materiellen Rechtsinhalt und enthält nichts Präjudizierliches darüber, ob dies hier Recht sein müsse, jenes dort nicht Recht sein dürfe. Soll sie jedoch einen rechtlichen Inhalt haben, also etwas heifsen, was aus sich, wenn auch nicht zur sofortigen praktischen Anwendung im Rechtsleben fertige Regeln, so doch irgendwelche allgemeine Rechtspostulate oder wenigstens Rechtsbegriffe entläfst, welche nur die entfernteste Möglichkeit eines Gegensatzes zum formell giltigen d. h. positiven Recht zulassen — dann ist Rechtsidee blofs ein Name wie andere auch für eine Quelle, woraus beim nächsten Anreiz Naturrecht abgeleitet werden kann. Eine solche Rolle spielt „die Rechtsidee“ bei manchen Schriftstellern der jüngsten Vergangenheit.[28] Ob der Ausdruck auch bei Autoren der

[27] Vgl. vorläufig die Bemerkungen von Bierling, Zur Kritik jurist. Grundbegriffe, I S. 165 ff., Stoerk, Zur Methodik des öff. Rechts (aus d. Zeitschr. f. d. Priv.- u. öft. Recht XII 1885) S. 85 ff., auch Gumplowicz, Philos. Staatsrecht, S. 119 ff. und über die Frage: Was sind Ideen? den Aufsatz Schuppes in d. Zeitschr. f. Philos., LXXXII (1883) S. 1 ff., 161 ff., bei dem aber zum Schlufs hin die „Idee“ sich in etwas verwandelt, was man auch Typus nennen kann, und ganz zuletzt sich nicht mehr von dem „Ideal“ unterscheidet.

[28] So bei Reinh. Schmid, Theorie u. Methodik des bürgerl. Rechts, Jena 1848. Hier geraten die „ewigen Ideen, durch welche die Zwecke des menschlichen Lebens und die Prinzipien alles Rechts bestimmt werden“ (S. 54) später in ein ganz absonderliches Verhältnis zum positiven Recht (S. 198), nachdem Sch. inzwischen (S. 105 ff.) eine Lehre entwickelt hat, die man für ein sich selbst unklares, nur des Namens ermangelndes Naturrecht erklären mufs. Am deutlichsten tritt die Duplizität seines Rechtsbegriffes vielleicht in den Auseinandersetzungen über das Gewohnheitsrecht hervor (S. 215 ff.), wo von „Rechtssätzen“ die Rede ist, welche durch dauernde Übung die Natur von „positiven Rechtssätzen“ erhalten. — Ortloff, Die Encyklopädie der Rechtswissenschaft in ihrer gegenwärtigen Bedeutung, Jena 1857, trägt über die Rechtsidee und die Idee der Gerechtigkeit Ansichten vor (S. 121 ff., 129 ff., 145 ff.), die um so auffälliger sind, als vom positiven Recht als dem eigentlichen Objekt der Rechtswissenschaft jeder Art und litterarischen Form in dem ganzen Buch kaum gehandelt wird. — Auch ein Romanist aus der ersten Hälfte unseres

Gegenwart, die von ihm häufig Gebrauch machen, eine Naturrechtsquelle verschleiert, mufs rücksichtlich einiger, solange sie keine flagrante Grenzverrückung am positiven Recht begangen haben, eher verneint werden[29], kann da-

Jahrhunderts ist hier anzuführen: Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechts, I Halle 1835 (4. Aufl. von Madai 1844). Ihm gilt die „angeborene Rechtsidee“ als eine Art Naturgesetz, dessen blofse Erweiterung das positive Recht sei (§ 1, 1. Aufl. S. 1 ff.). Einer der Paragraphen dieses Lehrbuches (§ 44, 1. Aufl. S. 108 ff.) trägt zudem die Überschrift „Naturrecht“; aus dem Inhalt desselben läfst sich jedoch nicht entnehmen, was diese Überschrift bedeutet. — Dafs „die Rechtsidee“ eine Naturrechtsquelle vorstelle, kann man unbedenklich rücksichtlich vieler Andrer behaupten, die wegen anderweitiger Äufserungen bereits früheren Gruppen von Naturrechtslehrern zugezählt worden, wie z. B. Lassalle (S. 244 Note [6]) und Möhl (S. 245 Note [8]), welche beide sich an der Rechtsidee nicht genügen lassen, sondern sogar die „höchste“ Rechtsidee verwenden, während Roeder (S. 253 Note [25]) und Fichte d. J. (S. 255 Note [27]) dafür „ewige“ Rechtsidee sagen; ferner Thilo (S. 255 Note [26]), Warnkönig (S. 256 Note [29]), Walter (S. 263 Note [41]), Glaser (S. 278 Note [2]), Zoepfl (S. 294 Note [24]) u. v. A.

[29] Ich meine hier vor Allen Gierke, der in vielen Schriften (Die Grundbegriffe des Staatsrechts u. s. w., in d. Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. XXX 1874 S. 153 ff., 265 ff.; Joh. Althusius, Breslau 1880; Labands Staatsrecht u. die deutsche Rechtswissenschaft, im Jahrb. f. d. Gesetzgeb. u. s. w. N. F. VII 1883 S. 1097 ff.; Naturrecht u. deutsches Recht, Frankfurt a. M. 1883; Die Genossenschaftstheorie u. die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887; Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches und das deutsche Recht, im Jahrb. f. d. Gesetzgeb. u. s. w. N. F. XII 1888 S. 843 ff., 1179 ff.; eine Recension in der Deutschen Litteraturzeitung 1881 Nr. 51, u. s. w.), sobald er den Bereich der Rechtsphilosophie betritt, regelmäfsig auch „die Rechtsidee“ als die oberste Leiterin aller Rechtsgestaltung einführt. Man könnte nun versucht sein, die ideokratische Rechtsphilosophie G.s für eine feine Nüance eines hochidealistischen Naturrechts zu halten, nicht sowohl wegen der gelegentlich (soviel ich sehe, nur einmal: Naturr. u. d. R., S. 8) gegebenen Erklärung der Rechtsidee, sondern wegen ihrer mehrfachen Anwendung in einem abweichenden Sinne. G. statuiert ganz allgemein „die Möglichkeit eines Widerspruches des geltenden Rechts mit den Postulaten der Rechtsidee“ (das. S. 10) und gibt es z. B. für ein solches Postulat aus, „dafs jedes menschliche Individuum als Person anerkannt werde“ (Genossenschaftsth. S. 23). Erhält also die Rechtsidee ein Füllsel, das dem Inhalt des positiven Rechts nicht durchaus homogen ist, so ist „die“ Rechtsidee G.s nicht die formelle Idee des Rechts, wie ich sie (S. 295 ff. im Texte)

gegen in betreff andrer, weil der ganze Zusammenhang und namentlich die Gegenüberstellung des ideenmäfsigen Rechts

definierte. Also — —? Allerdings bekräftigt G. wiederholt seine Meinung, dafs es kein anderes als positives Recht gebe und dafs „jedes noch so begründete und noch so einstimmige Postulat erst dann, wenn es sich in Gesetz oder Gewohnheit seinen Körper erringt", Recht werde (Naturr. u. d. R., S. 9 ff.; Jahrb. VII S. 1118). Man kann sich nicht mit gröfserer Entschiedenheit für einen Positivisten erklären. Wie ist es da nur möglich, dafs G. unsere Wissenschaft — die Erkenntnis des objektiv daseienden Rechts — doch in eine, wenn auch noch so entfernte Beziehung zu einer „Idee" bringt, welche ihrerseits „Postulaten" das Leben gibt, in welche jedermann seine subjektivsten Ansichten und Wünsche hineinlegen darf? Die Positivisten suchen „die" Rechtsidee und jede einzelne Rechtsidee ausschliefslich innerhalb des positiven Rechts. Sie halten das Forschen nach einer Rechtsidee, die sich nicht positiviert hat — wenn man will: nach der Rechtsidee vor, über oder aufser dem positiven Recht — für ein unwissenschaftliches Fragen, auf dessen Wo? und Wie? nur juristisch wertlose Antworten gefunden werden können. Die zünftigen Naturrechtsphilosophen aber stellten lauter solche Fragen. Sie verwiesen regelmäfsig den Richter für den Fall, dafs das positive Recht „Lücken" habe — etwas logisch Unmögliches — auf die Aushilfe durch das Naturrecht (d. h. jeder auf seine Auslegung desselben); G. nun tadelt (Jahrb. XII S. 852 ff.) an dem Entwurf des Civilgesetzbuches, dafs nach diesem der Richter, wo das Gesetzbuch Lücken zeigt, „nicht das Rechtsbewufstsein der beteiligten Kreise zu befragen, nicht in den Strom des Volkslebens einzutauchen, sondern lediglich den eigenen „„Geist"" des Gesetzbuches anzurufen" haben werde. Nehmen wir an, in gegebenen Fällen seien die „beteiligten Kreise" Hauseigentümer und Mieter. Auf wessen Rechtsbewufstsein nun soll der Richter rekurrieren? Das Rechtsbewufstsein der einen Partei ist genau soviel wert wie das der andern. Sind sie nicht beide Niederschläge eben jener „Rechtsidee", aus der jeder ableiten mag, was er will? Es ist gewifs richtiger, wenn sie beide zu Worte kommen vor und bei der Abfassung des Gesetzbuches, nachher aber schweigen, weil nunmehr das fertige Recht selbst, nicht irgendwessen Idee oder Bewufstsein vom Recht, redet. Das ist Positivismus. Gewifs kann er „kahl" und „unerträglich öde" vorgetragen werden (Naturr. u. d. R., S. 11, 12), aber selbst durch die geistloseste Behandlung wird nicht ausgeschlossen, dafs das Objekt der Rechtswissenschaft richtig ausgeschieden und eingegrenzt sei; und „impotent" (Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. XXX S. 181) nennt man ihn mit der gleichen Berechtigung, wie man einen Mann, der kein Kunstwerk, sondern Alltagsgerät erzeugen mag, so nennen dürfte. Gewifs kann er eine bedauerliche materialistische Richtung einschlagen, den plattesten Nutzen und die gröbste Machtwirkung verehren, aber die Konsequenz der schliefslichen

und des positiven dies rechtfertigt, mit vollster Zuversicht bejaht werden.[30]

Eliminierung der Rechtsidee (D. Litteraturz. 1881 Sp. 1971 und Naturr. u. d. R., S. 11; dazu Joh. Althusius S. 317 ff. und Jahrb. VII S. 1191 ff.) kann er nicht haben. Diese vermöchte nur mit dem letzten Stück des positiven Rechts selbst zu verschwinden, da sie demselben immanent ist. Den Positivismus vollends der „Wiederbelebung des naturrechtlichen Apparates" bei fehlendem „fruchtbaren Kern des einstigen lebendigen Naturrechts" und des „Formalismus, der nichts mehr hinter sich hat als die todte Materie" zeihen (Jahrb. VII S. 1192), heifst geradezu das lebendige Recht der Wirklichkeit für todte Materie ausgeben, heifst die sich ihrer Gebundenheit bewufste Logik auf dem Gebiete der Wissenschaft dem Ahnen der freien Spekulation nachsetzen. Die Philosophie der „Rechtsidee" G.s bewegt sich hart am Rande eines abstrakten Rechts, in welchem die ihr nicht fernstehende Hegelsche Rechtsphilosophie bereits mit dem einen Fufse wandelt. Wenn G. seine Gedanken systematisch ausführen wollte, würde ihm der Philosoph des „an sich Gerechten" das Urteil, das G. über diese Philosophie gefällt (vgl. oben S. 283 Note 8 a. E.), vielleicht einfach zurückgeben können.

[30] Was Gierke (vgl. die vorige Note [29]) noch vorsichtig zurückhält, läfst sein Jünger Preufs, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlin 1889 offen hervortreten. Bei ihm ist „die Rechtsidee" mit einem Inhalt ausgestattet, der auf pures Naturrecht hinausläuft. Wenn er jedes Gesetz für eine Schöpfung und alle denkbaren Gestaltungen des Rechts für Evolutionen der mit der Menschheit gleich alten Rechtsidee erklärt (S. 204, 208), so möge der wissenschaftliche Wert einer solchen generellen Ableitung aus einer Abstraktion hier dahingestellt bleiben. Sie erklärt nicht viel besser die Rechtserscheinungen als etwa die bekannte „Lebenskraft" alle Lebensäufserungen. Da aber P. einmal die Rechtsidee ein Recht in sich bergen läfst, das auch ohne Positivierung existiert (S. 204, 245), sodafs der Staat dieses „latente" oder „den Dingen immanente" Recht blofs zu deklarieren habe (S. 206, 211 ff., 225), so deckt ihn auch die weitere Auseinandersetzung über das Verhältnis der Personen, Sachen, Gemeinschaften zum Recht nicht: Menschen, Sachen u. s. w. freilich existieren als solche auch ohne positives Recht, aber Sachenrecht, Personenrecht u. s. w. keinesfalls ohne positive Rechtsordnung, und das andere Recht, das P. vorschwebt, ist eben anonymes Naturrecht. — Mit ähnlichen Andeutungen hatte sich auch Birkmeyer früher (in der Zeitschr. f. deutschen Civilprozefs V 1882 S. 156 ff.) begnügt. Positives Recht, meinte er, sei nichts als eine dem Rechtsbewufstsein einer bestimmten Zeit und Nation entsprechende Verkörperung der Rechtsidee. Die höchste Aufgabe der Jurisprudenz sei es, den Anstofs dazu zu geben, dafs das positive Recht aus der Rechtsidee heraus weitergebildet und korrigiert werde. Er glaubte an „eine *aequitas*, welche über dem *jus strictum* steht und im Kollisionsfalle

Keinen wesentlichen Unterschied dürfte es machen, wenn man statt Rechtsidee in der Auffassung der Letztgenannten

das *jus* bricht". Neuerdings aber hat B., durch erfahrenen Widerspruch provoziert, anläfslich einer Recension von Ortolans Droit pénal (in der Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. u. s. w. XXXI [N. F. XII] 1889 S. 555 ff.) sich so umständlich ausgesprochen, dafs er zu den überzeugtesten Naturrechtsfreunden der Gegenwart gezählt werden mufs. Freilich sträubt er sich gegen diese Bezeichnung; aber er ist zugleich von der höchsten Entrüstung gegen die Positivisten erfüllt (S. 557, 565; vgl. auch oben S. 118 Note [15]), unter deren Herrschaft der Wissenschaft jeder höhere Beruf abhanden kommen, die Rechtsphilosophie zugrundegehen würde (S. 562, 564). Was er seinerseits für Rechtsphilosophie hält, tritt deutlich genug hervor. Es bedürfte ja nur der einen Stelle (S. 567), wo B. die platt naturrechtlichen Phrasen Ortolans als „rechtsphilosophische Untersuchungen" bezeichnet, um uns seine Meinung zu offenbaren. Wir erhalten aber, aufser den fortlaufenden Belobigungen jenes Kriminalisten, ein volles Dutzend Seiten, auf denen B. seine eigensten Überzeugungen vorträgt. Wer diese Expektorationen aufmerksam liest, bekommt eine Vorstellung von den Schwierigkeiten, welche der schriftliche Ausdruck ihrer durch und durch naturrechtlichen Anschauungsweise allen denen bereitet, die wohl für die entsprechenden Behauptungen Zustimmung werben, sich aber von der Verantwortung für die nächsten unabweisbaren Konsequenzen befreien möchten. Nach B. ist das positive Recht eine teilweise Verkörperung der Rechtsidee, welche letztere soviel wie Geist der Gesetze, aber beileibe nicht der Geist der positiven Rechtsgesetze, sondern „wahrer" Geist der Gesetze d. h. Idee der Gerechtigkeit (S. 572) d. h. auch soviel wie Rechtsgefühl und Rechtsbewufstsein (S. 562 ff.) ist. Hiermit ist behauptet: das positive Recht ist Verkörperung der Rechtsidee und zugleich nicht Verkörperung der Rechtsidee. Wovon ist nun der Teil des Rechts, in welchem keine Verkörperung der Rechtsidee zu sehen wäre, die Verkörperung? Die Rechtsidee steht zwar über dem positiven Recht (S. 557, 558 ff., 560), aber das positive Recht soll nicht dadurch korrigiert werden oder Abbruch erfahren (S. 557, 565, 570). Mit diesen wenigen Sätzen müfste eigentlich diese Rechtsphilosophie logischer Weise erschöpft sein. Was sollte noch kommen können? Man irrt sich. Die schwangere Rechtsidee wird entbunden von — dem idealen Recht, dem Recht an sich, dem Recht wie es sein sollte, und so „ergibt sich uns dann auf dem ganzen Gebiete des Rechts, in allen seinen Disciplinen, ein doppeltes Recht" (S. 564). Also: aus der „Natur des Menschen" steigt B. zur Rechtsidee auf (S. 563), aus der Rechtsidee (nicht direkt aus der Natur des Menschen!) entwickelt er eine ideale Rechtsordnung, welche parallel der positiven läuft — aber er protestiert dagegen, dafs man ihn einen Naturrechtslehrer nennt (S. 555, 557). Und: dieses ideale Recht ist dazu da, um die „Lücken" des positiven Rechts auszufüllen (S. 567, 572), es ist

Rechtssinn oder Rechtsgefühl[31] sagt, nur dafs der Subjektivismus dann noch offener hervortritt, oder von der

Rechtsquelle für den Richter, der sogar durch seinen Eid auf die Befolgung desselben verpflichtet ist (S. 573) — aber „dies Alles ist rein theoretisches Naturrecht" (S. 565). Trotzdem ist es doch anerkannt in dem Gewohnheitsrecht (S. 558) und seitens der gesetzgebenden Gewalt, „so durch die Behandlung des *dolus generalis*, durch die Basierung des ganzen Handelsrechts auf Treu und Glauben, durch das System der unbestimmten mildernden Umstände im Strafrecht" (S. 572 ff.). Welch seltsame Verwechslung! Heifst nun theoretisch noch theoretisch, Naturrecht noch Naturrecht — oder bedeuten die Worte das Gegenteil des ihnen bisher beigelegten Sinnes? — Über Rümelin vgl. S. 247 Note [15] und über Geyer S. 254 Note [26].

[31] Das Rechtsgefühl spielt bei den meisten modernen Naturrechtsphilosophen eine ungewisse Rolle, eine hervorragende z. B. bei Schlofsmann, Der Vertrag, Leipzig 1876. Schon der Satz: „Den Prüfstein für das Gerechte und Ungerechte tragen wir in uns, in unserm Rechtsgefühl, und deshalb (?) kann als Satz der Rechtswissenschaft nur zugelassen werden, was sich vor dieser Instanz verantworten kann" (S. 13) läfst viel erwarten; die Auseinandersetzung über das „Gefühl der Befriedigung" und das „Gefühl der Mifsbilligung" (S. 177) bereitet uns auf noch bedeutsamere Behauptungen vor; endlich wird (S. 193) das Rechtsgefühl offen als Rechtsquelle proklamiert. Ein Zweifel über seine Meinung kann nicht statthaben, da Sch. ausdrücklich Gesetzen und Gewohnheiten die Eigenschaft von Rechtsquellen abspricht (S. 175, 187) und die Existenz eines „wirklichen" Rechts gegenüber den in jenen Formen zum Ausdruck gekommenen Überzeugungen behauptet (S. 181). Die Wissenschaft soll zwar keine Rechtsquelle (S. 11 ff., 187), mufs es aber für Sch. doch sein. Denn sie habe, lehrt er selbst, sich nicht auf das positive Recht zu beschränken (S. 172 ff., 189); blofse Darstellung des geltenden Rechts sei nicht Wissenschaft (S. 201). Wahre Wissenschaft forscht nach absoluten Wahrheiten: eine Wissenschaft des positiven Rechts würde nur Eintagswahrheiten entdecken können (S. 190). Also was hat die „wahre" Wissenschaft zu thun? Ihre höchste Aufgabe ist, die „Elemente unsres Rechtsbewufstseins" (S. 197) und „die gegebenen Verhältnisse des gesamten wirtschaftlichen und socialen Lebens" zu erforschen; beide, jenes Bewufstsein wie dieses Leben, sind „zwei ganz bestimmte (?), positive Gröfsen" (S. 199). Darum soll die Wissenschaft, „versehen mit dem Kompafs einer zuverlässigen Methode und einer vertieften Kenntnis des Lebens der Gesellschaft mutig in das Meer der selbständigen Spekulation" hinaussteuern (S. 201). Was wird der einzelne mit der zuverlässigen Methode Sch.s versehene Forscher von dort Anderes heimbringen können, als irgendein Naturrecht, worin er die „Idee der Gerechtigkeit" (S. 181 ff., 193) auf seine Weise d. h. natürlich mehr oder weniger anders „entfaltet" (S. 183), als sie im positiven Recht realisiert ist?

Idee der Gerechtigkeit[32] und ähnlichen Dingen spricht, vorausgesetzt nur, dafs, wie soeben angedeutet, aus diesem Sinn, dieser Idee u. s. w. irgendwelches Material zur rechtlichen Beurteilung realer Verhältnisse soll, unbekümmert um die Aussagen des positiven Rechts oder zur Ausfüllung seiner angeblichen Lücken, entnommen werden können. Schliefslich liegt es in der schillernden Natur solcher Ausdrücke, die jenachdem viel oder wenig oder garnichts besagen, dafs der Nachweis, es habe sich der betreffende Denker mittels der entsprechenden Vorstellung das Thor zu naturrechtlichen Digressionen geöffnet, für die meisten Fälle kaum zu führen ist.

Hiermit ist das Register der deutschen Naturrechtslehrer fast beendet. Es fehlen nur noch diejenigen, welche sich klüglich hüten, ihre versteckte, vielleicht ihnen selbst unbewufste naturrechtliche Denkweise durch den Gebrauch irgendeines Terminus zu verraten, der die Aufmerksamkeit auf sich ziehen könnte. Sie bewahren äufserlich den Schein, als seien sie überzeugte Positivisten, wollen es auch meist sein, während sie doch einem namenlosen Naturrecht huldigen.

Die Anzeichen dafür können verschieden sein. Einige dieser Schriftsteller gebrauchen z. B. das Wort und den Be-

[32] Damit operieren zahlreiche Gelehrte, die schon aus andern Gründen bei verschiedenen Kategorien der ausgesprochenen Naturrechtslehrer erwähnt worden sind, in recht unmifsverständlicher Weise. Vgl. z. B. über Warnkönig S. 256 Note [29], Stahl S. 269 Note [52], Lasson S. 281 ff. Note [8], Luden und v. Wächter S. 291 Note [23] u. s. w. Dazu noch etwa Boehlau, Nove constitutiones Dom. Alberti d. i. der Landfriede v. J. 1235 u. s. w., Weimar 1858, S. 87. Derselbe meint, „dafs philosophische und aprioristische Thätigkeit für das Kriminalrecht berechtigter und wertvoller sind als für das Privatrecht“ und stellt den Satz auf: „Die Grundlagen der Strafrechte müssen überall ein und dieselben sein — Konsequenzen aus der Idee der Gerechtigkeit; vom Standpunkt der absoluten Theorien aus gibt es ein *a priori* richtiges Strafrecht. Während man jetzt ziemlich allgemein ein „„natürliches““ Civilrecht mit gerechtem Mifstrauen betrachtet, wird . . . die Rechtsphilosophie auf dem Gebiete des Strafrechts ihren (nur um alles nicht ausschliefslichen!) Platz dauernd behaupten“. Also kurz: es behauptet sich ein natürliches Strafrecht?

griff Recht unter Vermeidung jeder näheren Bestimmung in einer Weise, dafs darunter auch solche Begriffe und Urteile, welche keineswegs aus dem positiven Recht abgezogen, sondern blofse subjektive Annahmen sind, Platz haben. Andere denken sich speciell bei dem Begriff des Rechts irgendein unausgesprochenes Kriterium hinzu und dafür vielleicht wieder ein anderes Merkmal hinweg, worauf sie dem Bestande des wirklich geltenden Rechts, von welchem allein sie scheinbar sprechen, bald ein mifsfälliges Stück abnehmen, bald ein Produkt ihres Wunsches, gleich als wäre es schon Recht, hinzusetzen können. Endlich legen Viele sich eine Methode zurecht, welche sie gleichfalls befähigt, beliebige Partien des formell geltenden Rechts wie nicht vollgiltiges zu traktieren, an deren Stelle sie das, was nach ihrer Ansicht Recht sein sollte, unvermerkt unterschieben können. Wir haben da nämlich Civilisten, die von einem äufserst abstrakten Recht, von „dem“ Privatrecht handeln, als seien ihre Aufstellungen überall positiv giltig, während sie doch nirgends ganz in der angegebenen Weise gelten.[33] Ferner einige Publizisten, welche sich die Möglichkeit, die Peripherie des Rechts und demgemäfs das Arbeitsgebiet der Rechtswissenschaft nach ihrem Belieben zu bestimmen, offenhalten und zwar mittels eines fiktiven Rechtsbegriffes von unklarer Zusammensetzung[34], während andere

[33] Als ein ganz besonders auffälliges Beispiel sei C. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1860, genannt, der übrigens seine Anschauungen auch dadurch genügend offenbart, dafs er die Existenz von Urrechten oder angeborenen Rechten der Persönlichkeit nicht zu bezweifeln gestattet (S. 16 ff.). — Über Biedermann vgl. S. 250 Note [22].

[34] Ich führe hier aufser Thilo (vgl. S. 255 Note [26]) nur Maurus und Gumplowicz an. Was Maurus betrifft, so gibt er in einer älteren Schrift (Der moderne Verfassungsstaat als Rechtsstaat, Heidelberg 1878) eine naturrechtliche Definition von Recht (S. 12) und zeigt durch seine Bemerkungen über die Einteilung des Rechts (S. 19 ff., wo auch noch das „natürliche“ Recht figuriert), dafs er unter Recht etwas vom positiven Recht Unabhängiges versteht. Demgemäfs umschliefst dieser Ausdruck, namentlich als Bestimmungswort in dem Kompositum Rechtsstaat, durch sein ganzes Buch keinen vom positiven Recht abgezogenen, sondern irgendeinen

um der gleichen Unklarheit willen bei der bekannten Ansicht der schulgerechten Vernunftrechtslehrer, dafs die Rechts-

andern, willkürlich zusammengesetzten Rechtsbegriff, mit dem das formelle Recht übereinstimmen mufs, um als legitim zu gelten. Einige Stellen einer neueren Abhandlung (Die Lösung der Arbeiterfrage aus dem Rechtsstandpunkte, Berlin 1890, S. 6, 7, 16, 18 u. s. w.) weisen gleichfalls darauf hin, dafs M. bei seinen Auseinandersetzungen beständig von einem Recht ausgeht, das von dem wirklichen in vielen Beziehungen abweicht. Gumplowicz glaubt zu ebenso festen wie originalen Anschauungen über das Staatsrecht hindurchgedrungen zu sein; aus seinen unwillkürlichen Rückfällen in die gewöhnlichere Vorstellungsweise aber resultieren schneidende Widersprüche. Die Wurzel alles Übels ist sein Rechtsbegriff, über den seine Schriften (hierher gehören: Philosophisches Staatsrecht, Wien 1877; Recension von Maurus' Der moderne Verfassungsstaat u. s. w, in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht VII 1880 S. 375 ff.; Rechtsstaat und Socialismus, Innsbruck 1881; Grundrifs der Sociologie, Wien 1885) keine sichere Auskunft geben. Ist das Staatsrecht ein Recht oder ist es keins? Das Staatsrecht, antwortet G., ist kein Recht (Rechtsstaat S. 11 ff., 19 ff., 100 ff. u. s. w.), der Staat kein Rechtsinstitut, keine Genossenschaft, keine Korporation (das. S. 547); es sind keine staatsrechtlichen Prinzipien möglich (das. S. 528 ff.), alle juristische Konstruktion scheitert an der Logik einer Thatsache: der staatlichen Herrschaft (das. S. 509) — das Staatsrecht sollte garnicht Recht genannt werden (das. S. 13). Daher befafst sich die Philosophie des Staatsrechts auch nicht mit irgendeinem Recht (Philos. Staatsr. S. 5); sie ist vielmehr eine Staatslehre (das. S. 160 ff.) und wird durch fleifsige Beobachtung des unaufhörlichen Spieles der mit einander ringenden Kräfte vielleicht einst die Gesetze der in dieser Beziehung geschehenden Veränderungen kennen lernen (das. S. 10; Rechtsstaat S. 514 ff.). Alles dies ist jedoch nicht so gemeint, wie es da gedruckt steht. Vielmehr ist das Staatsrecht wohl ein Recht (Rechtsstaat S. 101, 517 ff.; vgl. dazu G.' Einleitung in das [österreich.] Staatsrecht, Berlin 1889 § 1 ff.), es verleiht Berechtigungen und legt Verpflichtungen auf (Rechtsstaat S. 101, 107), und das philosophische Staatsrecht ist die Philosophie des positiven Staatsrechts (Philos. Staatsr. S. 10). Eigentlich hat sie aber mit dem positiven Staatsrecht, den staatsrechtlichen Normen, doch wieder nichts zu thun, da sie keine Form der Rechtswissenschaft ist (Rechtsstaat S. 510 ff.), u. s. w. Fragen wir weiter. Ist das Staatsrecht ganz ebenso Recht wie das Privatrecht? Nein, antwortet G., sie sind *toto genere* verschieden und können nicht unter denselben Oberbegriff gebracht werden (z. B. Rechtsstaat S. 101, Sociologie S. 239 und sonst an zahlreichen Stellen). Trotzdem läfst G. Staatsrecht und Privatrecht doch unter den nämlichen — allerdings äufserst dürftig gestalteten — Rechtsbegriff fallen: das eine wie das andere besteht aus Instruktionen der gesetzgebenden Staatsgewalt an die verschiedenen

wissenschaft es zuhöchst nicht mit dem positiven Recht — mit welchem also dann? — zu thun habe, anlangen.[35] Dazu kommen ein Vertreter der vergleichenden Rechtswissen-

Arten von Beamten (Rechtsstaat S. 98 ff., 100 ff.), u. s. w. Weitere Fragen können wir uns ersparen. Dafs vorgefafste Meinungen die Ursache bilden, woraus, neben diesen Widersprüchen, die Irrtümer G.' entspringen, ist bereits von andrer Seite genügend nachgewiesen worden (vgl. Stoerk, Zur Methodik des öff. Rechts, S. 47 ff.). Während G. dem positiven Staatsrecht den Rechtscharakter abspricht oder es wenigstens auf die Stufe blofser Instruktionen herabdrückt, hat er doch als das richtige ein anderweitiges Staatsrecht im Sinne, und dieses ist, was immer G. seinerseits wider das Naturrecht äufsern möge (Sociologie S. 192 ff.), nichts als ein unbenanntes Naturrecht. Es steckt einmal in dem „innerlichen Moment", welches G. (Rechtsstaat S. 514 ff.) statt des äufsern formalen Momentes der Staatsrechtswissenschaft als Objekt unterschieben möchte. Es steckt ferner in den gewundenen Perioden über das Naturrecht, das doch kein Naturrecht sein soll, über das Recht, das kein Recht ist, und über das Nicht-Recht, das doch Recht ist (Sociologie S. 197 ff.). Es steckt endlich in der Billigung des Urteils Maurus', dafs der moderne Verfassungsstaat keine Verwirklichung des Rechtsstaates sei (Zeitschr. S. 325 ff.); denn dergleichen kann ein Publizist nur behaupten, wenn er wie Maurus (vgl. diese Note S. 303) den Namen Recht nicht allen — einerlei ob guten oder schlechten, wenn nur objektiv verbindlichen — festen Formen und Normen der Verfassung und Verwaltung, sie mögen sichern welche und wessen öffentliche Interessen sie wollen, sondern nur solchen Institutionen erteilt, welche die Verteilung und den Genufs irgendwelcher besonders kostbarer Rechte gemäfs den subjektiven Ideen des betreffenden Denkers garantieren. Aus den bisherigen Anführungen geht hervor, dafs G. sich dem ersten Satz der Positivisten: im Sinne der Rechtswissenschaft gibt es kein Recht irgendwelcher Art aufser dem positiven und ist alles positive Recht ausnahmslos Recht, nicht unterwirft; seine Abneigung wider den zweiten Satz: dieses Objekt bewältigt die Rechtswissenschaft auf eine specifisch juristische Weise, bekunden seine Angriffe wider die juristische Methode (Rechtsstaat S. 517 ff.) — d. h. G. behält sich hinsichtlich des Objekts wie der Methode die Freiheiten des Naturrechtsphilosophen vor. Sein neuestes Werk Das österr. Staatsrecht, Wien 1891 ist kein Gegenbeweis: einerseits setzt er wieder „das wirkliche vom Leben geforderte Recht" dem Gesetz gegenüber (§ 4 S. 3 Note [5], unvereinbar mit §§ 8 S. 10), andrerseits erkennt er doch auch gesetzliche Rechte der Unterthanen an (§ 185 ff. S. 241 ff.) u. s. w.

[35] So operiert W. E. v. Lindgren, Die Grundbegriffe des Staatsrechts, Leipzig 1869, durchweg mit einem eigenartigen Rechtsbegriff und stellt (S. 4, 6) den Satz auf, nicht das positive Recht, sondern „das Recht" bilde das darzustellende Objekt der Rechtswissenschaft.

schaft, der die Klippen der Naturrechtlerei nicht ganz vermeidet[36], und andere Gelehrte, welche allesamt durch eine gar zu weite Vorstellung vom Recht der beständigen

[36] Wenn uns die Arbeiten auf dem Gebiete der „ethnologischen Rechtswissenschaft“ aufser dem rein Stofflichen der aus allen Zeiten und Ländern zusammengetragenen Materialien etwas lehren, so müfste das, sollte man meinen, vor allem die eine Wahrheit sein, dafs es auch nicht einen Rechtssatz gibt, der überall und immer gegolten, nicht eine Einrichtung, die überall und immer gleichgestaltet und nach identischen Grundsätzen geregelt, also nicht einen Satz, der, direkt aus der „Natur des Menschen“ geflossen, „natürlichen“ Rechts gewesen wäre. Sollte ein H. A. Post, der doch die juristischen Möglichkeiten (wenigstens im Gebiete des Privat- und Strafrechts) aus allen jemals bereisten Gegenden und in den Bereich der Geschichtschreibung hineingezogenen Perioden überblickt, das Gegenteil glauben dürfen? Sollte der von Naturrecht — — nicht im Sinne von primitivem Recht (vgl. oben S. 124 ff.) — auch nur reden können, aufser um sich über diesen Liebling der eigensinnigen Unwissenheit lustig zu machen? Er thut es doch hier und da in einigen seiner zahlreichen Schriften (ich citiere hier nur: Entwurf eines gemeinen deutschen u. s. w. Privatrechts, I Halle 1866; Das Naturgesetz des Rechts. Einl. in eine Philos. des Rechts, Bremen 1867; Die Grundlagen des Rechts u. s. w., Oldenburg 1884; Einl. in das Studium der ethnolog. Jurisprudenz, Oldenburg 1886; Über die Aufgaben der allgem. Rechtswissenschaft, Oldenburg und Leipzig 1891); er denkt doch ein Recht, das etwas anderes als ein bestimmtes, geschichtlich gewordenes d. h. positives Recht ist. Wie nicht anders zu erwarten, sind die Folge Selbstwidersprüche. So erklärt P. es z. B. für einen unsäglich flachen Gedanken, dafs es kein Naturrecht gebe (Entwurf I S. X) und setzt also dem positiven ein natürliches Recht entgegen (das. S. 32), behauptet dagegen später, dafs ein Naturrecht nicht existiere (Grundlagen S. XII ff.). Allein es kehrt doch bei ihm in andrer Form wieder. Denn P. spricht nun von universellen Rechtssätzen (Einl. in das Studium S. 27) und formuliert diesen Gedanken endlich also: „Die wichtigste Gruppe von Rechtsinstituten sind natürlich diejenigen, welche sich bei allen Völkern der Erde wiederfinden. In ihnen wird man das allgemein Menschliche im Recht erblicken dürfen . . . Sie sind das Naturnotwendige im Rechtsleben . . .“ (Über die Aufgaben S. 19). Die verhängnisvolle Unsicherheit in der Handhabung des Rechtsbegriffes (vgl. oben S. 75 ff.) zeigt sich bei vielen Gelegenheiten. Wie kann man z. B. in einem Atem sagen, dafs in der Urzeit kein Recht existierte, dann aber das älteste „Recht“, trotzdem es ohne Prozefs, ohne Urteil, ja ohne Regel gewesen sein soll, doch wieder für ein Recht halten und die damalige Weise des Ausgleichs von „Rechts“brüchen besprechen? (Grundlagen S. 38, 39). Bei gewissen Thieren hat P. „ein volles Rechtsleben“ gefunden, sodafs an

Gefahr ausgesetzt sind, allerlei Normen, die vielleicht als sittliche, vielleicht überhaupt nicht gelten, in das Rechtssystem hineinzulassen.[37] Und was die Anhänger der sog. historisch-philosophischen Methode betrifft, so wird dieselbe von ihnen wie von den bereits genannten Hegelianern[38] meist so gehandhabt, dafs sie an den geeigneten Stellen des historisch entstandenen Rechts und anstatt desselben unter dem Deckmantel philosophischer Erwägungen ihr Besserwissen anbringen. Neben einigen bekannten Juristen früherer Zeit[39], die ihren unwiderstehlichen Hang zur Ver-

der Existenz des Rechtsgesetzes bei ihnen nicht gezweifelt werden dürfe: sie haben ein positives Recht in einem positiven Staate (Das Naturgesetz S. 28); die Spuren von einem „erzwingbaren Recht“ bei den Thieren sind allerdings gering (das. S. 50) — aber immerhin vorhanden? Eine noch weiter gehende Kunde, die ihm geworden, deutet P. in folgendem Satze an: „Wir sehen daher im Recht wie in der Sitte nicht etwas specifisch Menschliches oder Tellurisch-Organisches, sondern lediglich die durch die biologische Natur des Menschen und die Eigenart der socialen Organisation qualifizierte Erscheinungsform eines Gesetzes, welches auch den ganzen übrigen Kosmos beherrscht“ (vgl. oben S. 286).

[37] Vgl. z. B. S. 276 Note [66].

[38] Vgl. S. 277 ff. Auch K. Chr. Fr. Krause, Abrifs des Systems der Philosophie des Rechts, Göttingen 1828 S. 1 vertrat diese Methode. Hierdurch allein schon, da K. ein überzeugter Naturrechtslehrer war (vgl. oben S. 177), wird dieselbe einigermafsen verdächtig.

[39] Aufser Luden (S. 291 Note [23]), Hye v. Glunek (S. 283 Note [9]), v. Kaltenborn (S. 293 Note [24]), Warnkönig (S. 256 Note [29]) und noch manchem Anderen, wie Phillips und Walter (S. 263 Note [41]), wäre hier auch Marezoll zu nennen. In seinem Lehrbuch des Naturrechts, Giefsen 1819, vertrat M. noch, wenngleich in einer für die damalige Zeit sehr gemäfsigten Weise, die Vernunftrechtsdoktrin (vgl. z. B. S. 29: das wahre reine Vernunftrecht mufs auch materiell immer ein und dasselbe sein, es gibt notwendige Rechtssätze), führte daneben aber auch schon die „Rechtsidee“ als die rechterzeugende Species der Vernunftidee ein (S. 32; vgl. oben S. 295 ff.) und machte bereits einige Andeutungen über die philosophisch-historische Methode (S. 7). M.s Lehrb. der Institutionen des röm. Rechts, (1839) 7. Aufl. Leipzig 1862 hält diese Methode allerdings nicht fest, wohl aber die Ansicht über die Rechtsidee als Rechtsquelle (§ 2 S. 2) und einen durchgehenden Dualismus im Rechtssystem: „das positive Recht“ ist etwas anderes als „das Recht“ (vgl. die Überschrift des § 2 S. 2 mit der des § 5 S. 9). In einem dritten Buche: Das gem. deutsche Kriminal-

edelung des positiven Rechts auf diese Weise maskierten, ragt ein berühmter Vertreter des Staats- und Völkerrechts aus der neuesten Zeit hervor: es ist kein Geringerer als Bluntschli, der sich mittels jener Methode die Freiheit erwirkt, das Recht sowohl nach Inhalt wie nach Umfang seinen persönlichsten politischen, sittlichen und humanen Anschauungen gemäfs zurechtzustutzen.[40]

recht, Leipzig 1841 (3. Aufl. 1856) S. 3 ff. endlich nimmt M. die genannte Methode als die mafsgebende wieder auf (vgl. die näheren Anführungen bei R. Loening in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III S. 342).

[40] Seine grofsen Verdienste sollen Bluntschli ungeschmälert bleiben; aber man würde die gröfsten übersehen, wollte man sie auf dem Gebiete der strengen Jurisprudenz suchen. Er vermochte niemals den warmen Menschen- und Friedensfreund und liberalen Politiker scharf von dem Juristen zu trennen (dies geben auch v. Holtzendorff, J. C. Bluntschli u. seine Verdienste um die Staatswissenschaften, Berlin 1882 und F. Stoerk in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht IX 1882 S. 203 zu). Seine ganze Anlage widersetzte sich dem Ansinnen, das die Gesetze der juristischen Methodik an uns stellen, unsere Persönlichkeit zu spalten und wo es am Platze ist nur den Juristen in uns denken und sprechen zu lassen (vgl. oben S. 144). Bl. wollte Idealität und Realität in der Rechtswissenschaft versöhnen — das Resultat ist gewesen, dafs sich bei ihm unwirkliche Rechtsgedanken und wirkliches Recht beständig vermischen. Die historisch-philosophische Methode, so wie er sie versteht (vgl. die oben S. 66 Note *** cit. Schriften) und befolgt, führt in das lauterste Naturrecht hinein. Sie soll eine Vereinigung der Forderungen der Historischen Schule mit dem Bedürfnis nach einer philosophischen Erfassung des Rechts ergeben. Aber wo Bl. von der Historischen Schule spricht, zeigt es sich, dafs er sie fälschlich dahin versteht, als verlange sie vor allem, dafs man das Recht der Vergangenheit studiere (bes. in: Die neueren Rechtsschulen u. s. w., 2. Auflage S. 67 ff.), und wo er die philosophische Methode anwendet, ist sie für ihn häufig der Weg, um dem positiven Recht die aus irgendeinem Grunde mifsfallenden Sätze ab- und erspekuliertes Nicht-Recht d. h. Naturrecht zuzuführen. Den Beweis liefert das ganze „Völkerrecht als Rechtsbuch“ Bl.s und fast jedes Kapitel seines „Allgemeinen Staatsrechts“. Es kommt zu keiner philosophischen Durchdringung des historisch gegebenen Rechts — nicht blofs das vergangene ist „historisches“ Recht, sondern auch das gegenwärtig wirklich geltende! — vielmehr nur zu einer mehr oder weniger äufserlichen Kombination von objektiv verbindlichem Recht und subjektiven Wünschen in juristischer Formulierung. Im übrigen äufsern sich die naturrechtlichen Neigungen Bl.s auch noch in manchen prinzipiellen Gegenüberstellungen, z. B. desjenigen, was dem blofs „formellen“ gegen-

II. Das Naturrecht der übrigen Nationen.

§ 11. Das Naturrecht in West- und Südeuropa.

Die aufserdeutsche naturrechtliche Litteratur kommt der deutschen von jeher und so auch in der neuesten Zeit weder an Menge der Schriften bezw. Autoren, noch an Mannigfaltigkeit der Ausdrucksformen für die Idee von einem Recht aufser dem positiven gleich.

Der Grund ist hinsichtlich einiger Völker, wie namentlich der Niederländer und Engländer, in ihrer Abneigung gegen das abstrakte Theoretisieren über so praktische Dinge wie das Recht und die staatliche Rechtsordnung zu suchen.

Bei anderen, z. B. den skandinavischen und slavischen, finden sich überhaupt nur wenige gedruckte Äufserungen rechtsphilosophischer Ansichten; daher man weder für, noch gegen eine starke Verbreitung naturrechtlicher Überzeugungen unter ihnen etwas zu vermuten imstande ist.

Was endlich die romanischen Völkerschaften — Franzosen, Italiener und Spanier — betrifft, so ist Folgendes nicht aufser Acht zu lassen. Ihre schriftstellernden Juristen pflegen auch äufserlich einen scharfen Grenzstrich zwischen der allgemeinen Rechtstheorie oder Rechtsphilosophie und der Dogmatik der einzelnen Rechtsteile zu ziehen. Wo sie nicht *ex professo* von den allgemeinsten juristischen Grundbegriffen handeln, halten sie mit dem Bekenntnis ihrer Meinung über das Recht im allgemeinen, die Rechtsquellen u. s. w. nach Möglichkeit zurück. Selbst wer das ganze Privat- oder Straf- oder Staatsrecht seines Landes systematisch darstellt, vermeidet es, sich eingehender über die allgemeinen Lehren zu äufsern als er unbedingt mufs. Nur ausnahmsweise geht man über den knappen Rahmen hinaus,

über „materielles“ Recht ist, in der Annahme eines „werdenden Rechts“ (vgl. oben S. 290 Note [21]), in der Bezeichnung der von ihm reprobierten Einrichtungen und Sätze des positiven Rechts als „Unrecht“ (Völkerrecht, 3. Aufl. Einl. S. 42, 43, 47; Kl. Schriften I S. 52) u. s. w.

den die Tradition in dieser Hinsicht solchen litterarischen Darstellungen zieht. Würden die Gelehrten der genannten Völker ebenso gern wie die deutschen jede Gelegenheit, ihre rechtsphilosophischen Ansichten zu äufsern, ergreifen, so würde es sich wahrscheinlich zeigen, dafs unter ihnen die Naturrechtsdoktrin noch viel mehr als unter jenen verbreitet ist. Fassen wir nämlich nicht die gesamte juristische und staatswissenschaftliche Litteratur der Romanen, sondern blofs diejenigen Schriften ins Auge, in welchen nach der nationalen Gepflogenheit überhaupt Grund und Anlafs zur Offenbarung naturrechtlicher Denkweise gegeben ist, also etwa nur diejenigen Arbeiten, welche sich selbst als rechtsphilosophische oder encyklopädische oder auch als Introduktionen in die Rechtslehre u. s. w. bezeichnen — dann können wir behaupten: hier kommt die Naturrechtsphilosophie nicht blofs im gleichen Mafse wie anderswo vor, sondern hier herrscht sie geradezu fast ohne jede nennenswerte Opposition. Und weil er keinen tadelnden Widerspruch zu befürchten hat, braucht der einzelne Vertreter irgendeiner Richtung dieser Art auch nicht Verkleidungen zu ersinnen, um darunter das Produkt seines Glaubens oder Wünschens vor der Inquisition der Kritik zu verbergen. Daher geben sich in den romanischen Litteraturen die verschiedenen Abarten der Naturrechtsidee fast sämtlich ganz ungeschminkt als solche und verraten, was sie wesentlich sein wollen, gröfstenteils schon durch die Namen, unter denen sie auftreten. Mit der schillernden Farbenpracht, welche das Naturrecht in Deutschland entfaltet, verglichen, sind seine Schattierungen im Westen und Süden sehr schlicht: da es auf jenem Boden kaum von energischen Feinden verfolgt wird, braucht es auch nicht die Listen der Mimikry zu üben.

a. Wenden wir uns zuerst zu den Franzosen und ihren französisch schreibenden Nachbarn, den Belgiern und Schweizern.

Die neueste Litteratur der beiden zuletzt genannten Völkerschaften weist manche Schrift auf, worin die Lehre

von einem über oder wenigstens aufser dem positiven daseienden Rechte ernsthaft vertreten wird, die der Franzosen aber kaum ein einziges specifisch rechtsphilosophisches Werk, das nicht wenigstens noch nebenher dem alten Wahne huldigte.[1] Hat man ihnen doch sogar noch neuerdings aus der eigenen Mitte das Zeugnis ausgestellt, dafs sie, wo immer sie Fragen der Gesetzgebung oder Rechtspflege, der inneren oder äufseren Politik diskutieren mögen, stets neben dem geschriebenen Rechte auch das Naturrecht in die Argumentation hineinzögen![2] In der That, die Naturrechtsidee sitzt bei ihnen allen, ob sie als Philosophen sich zu der idealistisch-psychologischen oder der realistisch-positiven Richtung halten mögen, gleichermafsen fest, und selbst hinsichtlich des Begründers der „positiven Philosophie“ bleibt uns nur die Wahl, ob wir ihn für einen Anarchisten oder einen Naturrechtsschwärmer zu halten haben.[3]

---

[1] Als ein entschiedener Gegner naturrechtlicher Spekulationen unter den Franzosen ist aus den letzten Jahrzehnten — vielleicht als der einzige wirklich entschiedene seit Dufau, De la méthode d'observation dans son application aux sciences morales et politiques, Paris 1866 p. 209 et suiv. — Ch. Letourneau, L'évolution juridique dans les races humaines, Paris 1891, Chap. I p. 20 (gegen den Traum von den angeborenen Rechts- und Gerechtigkeitsbegriffen) zu bezeichnen. — Von den Schweizern verfällt Roguin, La règle de droit etc., Lausanne 1889 wenigstens nicht darin, obwohl bei seiner abstrakten Weise, die allgemeinsten juristischen Begriffe und Kategorien zu analysieren, die Gefahr stellenweise nur durch eine äufserst geschickte Wendung zu umgehen war. — Unter den Belgiern ist höchstens Roussel zu nennen, der in seiner Encyclopédie du droit, (1843) 2. éd. Bruxelles 1871, die allgemeinen Rechtslehren im weitesten Umfange abhandelt, ohne dafs man ihm auch nur ein Zugeständnis an die Naturrechtsdoktrin nachweisen könnte.

[2] Beaussire, Les principes du droit (vgl. S. 313 Note [7]), p. 19.

[3] Es ist die merkwürdige Leç. 57 seines Cours de philosophie positive, worin A. Comte expliziert, wie absurd, ja unmoralisch eigentlich das ganze menschliche Recht sei (nebenbei bemerkt, eine der wenigen Stellen des Werkes, in denen überhaupt des Wortes und Begriffes Recht Erwähnung geschieht, vgl. oben S. 51 Note *) und wie herrlich sich die Gesellschaft durch die Annahme des „positiven Systems“ gestalten — würde. Das häfsliche und dabei so unklare Streiten um Rechte werde dann aufhören, und es werde sich fürderhin nur um eine „milde, aber doch ent-

Ein Teil der hier zu registrierenden Rechtsphilosophen hält an dem alten Ausdruck Naturrecht oder natürliches Recht fest[4]; darunter sind halbe Kantianer[5], ja

schiedene Determination" der gegenseitigen Pflichten handeln (2. édition Paris 1864 VI p. 454; in dem Auszuge von Rig, übersetzt von v. Kirchmann, II S. 425 tritt der Gedankengang C.s nicht ganz deutlich hervor). Nehmen wir an, C. wolle in der Gesellschaft der Zukunft nicht die Anarchie walten lassen, die ja unvermeidlich wäre, wenn jedermann seine Pflichten rein nach seiner subjektiven Auffassung „determinieren" dürfte. Dann mufs er doch irgendwelche Gesetze des Sollens für die äufseren Pflichthandlungen gelten lassen d. h. die Menschheit würde nunmehr, nachdem sie das unwürdige Joch des positiven Rechts abgestreift, ausschliefslich unter der Herrschaft eines „milden" Naturrechts stehen? Vielleicht wollte C. auch dieses nicht. Dann hätte er sich darüber auslassen müssen, wie wohl die gegenseitigen Pflichten ohne das Corollar der gegenseitigen Rechte, ein Pflichtensystem ohne ein Rechtssystem zu denken wäre.

[4] J. Oudot, Conscience et science du droit etc. (vgl. oben S. 62 Note *), I p. 368 hält die Einteilung in Naturrecht und positives Recht fest. Das erstere erklärt er in seinen Premiers essais de philos. du droit, Paris 1846 p. 67 für die Gesamtheit derjenigen Regeln, welche „man" sofort in positives Recht verwandelt zu sehen wünscht: es ist das Recht, das sein sollte. — Thiercelin, Principes du droit, Paris 1857 (2. éd. 1865 trägt die alte Lehre von den natürlichen Rechten vor (p. 45, 48 et suiv.), im Widerspruch zu welcher er nachher (p. 79 et suiv.) einige natürliche Rechte, da fälschlich so bezeichnet, ganz willkürlich nicht als solche gelten lassen will. — Ein reiner Naturrechtslehrer ist auch J. Tissot Introduction historique et philosophique à l'étude du droit, 2 vls. Paris 1875. — Nach Suliotis, Le droit naturel ou philos. du droit, Paris 1888 — die ganze Schrift ist naturrechtlich gedacht — bedeutet das Naturrecht (p. 10 et suiv.) einmal Quelle, sodann kritische Instanz, endlich Komplement des positiven Rechts. Ob sein *droit moral* (p. 319 et suiv.) etwas anderes oder das nämliche wie dieses natürliche Recht ist, läfst sich nicht feststellen. — Auch Edm. Picard, Le droit. Premiers principes, Bruxelles 1890 ist nicht ganz frei vom Naturrechtsglauben. Die Behauptung, dafs die Natur die erste Quelle des Rechts sei, will ich nicht ohne weiteres dafür ansehen. Aber wie darf man (No. 10 p. 15) von natürlichen Gesetzen im Sinne von Rechtsgesetzen, zu deren Beobachtung „Zwang" angewendet werden könne, sprechen? — Endlich forscht auch A. Lavallée, L'idée du droit, Paris 1891, p. 4, 33 noch immer nach den unverletzlichen natürlichen Rechten.

[5] Z. B. Caro, Problèmes de morale sociale, Paris 1876, bei dem stellenweise (namentlich im Chap. VII) ein gar altmodisches Naturrecht unverhüllt harvortritt. Da er nicht weifs, was sonst aus dem Naturrecht werden sollte, verdammt C. (Chap. V) alle diesem opponierende Moralsysteme.

selbst noch Wolfianer[6] anzutreffen, auch Gelehrte, die noch immer aus einem fortdauernden Naturstande oder aber aus der Bestimmung des Menschen ein natürliches Recht für die Menschen herleiten.[7] Damit nicht zufrieden, strebt man so-

[6] Ich meine Gérard de Rayneval, Institutions du droit de la nature et des gens, ein allerdings sehr altes Werk (1. éd. 1803, 2. éd. 1832), das jedoch mit einer neuen Ausgabe (2. vls. Paris 1851) in die Zeit nach dem angeblichen Siege der Historischen Schule hinüberragt. — P. Ribot, Philos. de la société, Paris 1869, handelt von den *droits naturels* (Sect. VII p. 108 et suiv.). Zu dieser seiner Lehre von den natürlichen Rechten aber kommt er (p. 101 et suiv.) ganz ähnlich wie Chr. Wolf auf dem Umwege der natürlichen Pflichten. Hierauf macht sich in seiner Theorie vom Völkerrecht (Sect. XVI p. 303 et suiv.) alles halb von selbst.

[7] Den niemals aufhörenden Naturstand nimmt zur Basis seiner Konstruktion des Naturrechts E. Beaussire, Introd. à l'étude du droit naturel (zuerst gleichzeitig erschienen in d. Séances et trav. de l'Acad. des sc. mor. et polit. [Institut. de Fr.] 40. année 1880 I [t. CXIII] p. 882 et suiv., II [t. CXIV] p. 50 et suiv. und in der Revue philos. de la Fr. et de l'étranger, 5. année 1880 II [t. X] p. 1 et suiv., später mit ein paar Zusätzen abgedr. in dem Buche: Les principes du droit, Paris 1888, nach welchem ich citiere). Was den Naturstand vor der staatlichen Vergesellschaftung betrifft, so sei derselbe, meint B., entweder im geschichtlichen Sinne niemals vorhanden gewesen oder doch wissenschaftlich gleichgiltig. Dagegen behauptet er die beständige Fortexistenz eines natürlichen Zustandes trotz und innerhalb des staatlichen und gleichzeitig mit diesem (p. 2 et suiv.). Er definiert ihn folgendermafsen: Alles, was nicht durch Gesetze, sondern durch Normen des Gewissens, der Ehre, der Humanität und allerlei sociale Kräfte regiert wird, bilde zusammen den Naturstand der jedesmaligen Gegenwart, daher man sich, sobald man sich gegen Staat und Gesetz auflehnt, auf jene blofs natürlichen Regeln — eigentlich also die natürliche Freiheit — berufe. Für einen Teil der in diesem, nicht vom positiven Rechtsgesetz beherrschten Gebiete immerhin geltenden gesetzähnlichen Regeln führt B. dann unvermerkt (p. 9, 13 et suiv.) ein *droit naturel* ein, nicht ohne hinsichtlich der Abgrenzung des Bereiches dieses natürlichen Rechts d. h. des Naturstandsgebietes von dem positiven Gesetze resp. dessen Herrschaftsraum in Unklarheiten zu verfallen. Die Sklaverei ist gegenwärtig (p. 12) doch nicht überall eine Beleidigung blofs des natürlichen Rechts! Aus diesem seinem *droit naturel* formt B. eine eigene Wissenschaft neben Politik, Nationalökonomie und Moral, als welche sie (p. 14) seit dem XVI. Jahrh. existiere. Hierauf lenkt er ganz entschieden in das Fahrwasser der alltäglichsten Naturrechtsdoktrin hinein. Bei der Abgrenzung der Naturrechtslehre von den genannten andern Wissenschaften (p. 21 et suiv.) findet

gar nach der Erkenntnis des Menschen und Tieren gemeinsamen Naturrechts.[8]

Ein andrer Theil glaubt es nicht so genau mit dem Namen jenes sich ja immer gleich bleibenden Gedankeninhaltes nehmen zu müssen und statuiert also die Existenz eines Natur- oder Vernunftrechts, wofür man auch Idealrecht sagen mag.[9] Manche hinwieder halten dafür, dafs

B., dafs die Unterscheidung von der Moral die gröfsten Schwierigkeiten bereite (p. 24 et suiv.). Das ist richtig, und auch B. findet ja keine, läfst vielmehr das specifische Merkmal des Naturrechts im Dunkeln. Endlich sieht man, dafs es — ein Ideal ist, hinter welchem das wirkliche Recht zurückbleibt (p. 31). Nachdem B. das „Verhältnis" zwischen dem positiven und dem natürlichen Recht dahin festgestellt, dafs das erstere aus dem letzteren seine Legitimation ableite, während dieses seinerseits durch das positive die erforderlichen Garantien erhalte u. s. w. (p. 64 et suiv.), führt er die dualistische Methode in allen einzelnen Rechtsgebieten durch. — Aus der Bestimmung des Menschen leitet u. A. Jouffroy, Catéchisme du droit naturel, Paris 1861 und Cours de droit naturel, 2 vls. Paris 1834—1842, 3. éd. 1858, 5. éd. 1876 das natürliche Rechtssystem anfangs ab (Cours I Leç. I, 3. éd. p. 3 et suiv.), später einfach aus der menschlichen Natur (Cours I Leç. II, 3. éd. p. 23 et suiv.).

[8] Lairtullier, Introd. à l'étude du droit, Paris 1867, p. 8 et suiv.

[9] Eschbach, Cours d'introd. générale à l'étude du droit, Paris et Strasb. 1845, 3. éd. 1856: es gibt durch Gott gesetzte Vorschriften, die dem Menschen durch die Vernunft enthüllt werden und vor jeder Gesellschaft existieren (§ 3: Du dr. naturel, 1. éd. p. 17 et suiv.); dieses Naturrecht kann man einteilen in reines und angewandtes (§ 4, 1. éd. p. 23 note [36]), u. s. w. — Bei Bélime, Philos. du droit etc., 2 vls., 1843—1845, 2. éd. Paris 1856, 4. éd. 1881, ist das aus der Natur des Menschen fliefsende Naturrecht einmal identisch mit dem Vernunftrecht, ein andermal aber ist das erstere nur ein Teil des letzteren (Liv. II Chap. VIII, 2. éd. I p. 209 verglichen mit Chap. XIV p. 232). Mit der Bemerkung, das positive Recht umfasse alle diejenigen Einrichtungen, welche sein und ebensogut nicht sein können, wie Vormundschaft, Adoption, Verjährung (Liv. II Chap. VIII, 2. éd. I p. 210), macht B. die Frage nach dem Unterschiede zwischen dem positiven und dem natürlichen Recht ab und setzt eine darauf gegründete Unterscheidung bei allen weiteren Deduktionen (Liv. IV Chap. I et suiv., 2. éd. I p. 455 et suiv.) als völlig ausreichend voraus. Ähnlich den zünftigen Naturrechtslehrern früherer Zeiten wirft B. die Frage auf, inwiefern man dem positiven Gesetz zu gehorchen habe, wenn es dem Naturrecht entgegen oder wenigstens nicht darin begründet sei (Liv. I Chap. XVI, 2. éd. I p. 155 et suiv.), teilt er sein *droit naturel* in primäres

diese Ausdrücke durchaus nicht synonym, also wohl auch die entsprechenden Vorstellungen nicht wesensgleich seien. Infolgedessen erklärt sich Einer für ein Idealrecht[10], ein Anderer ebendafür unter ausdrücklicher Verwerfung des Naturrechts[11],

und sekundäres ein und handelt dann die „allgemeinen Prinzipien" desselben ab (Liv. II Chap. VIII et suiv., p. 209 et suiv.). Er findet dabei, dafs das ganze Naturrecht eingeschlossen sei in den bekannten drei Sätzen Ulpians, glaubt jedoch hinsichtlich des *Alterum non laede!* eine Ausnahme für den Fall der Notwehr machen zu müssen (Liv. II Chap. X, 2. éd. p. 216). Dafs die *„légitime défense"* zu ihrer Begriffsbestimmung bereits ein ganzes positives Rechtssystem voraussetzt, dafs auch jede Strafe schliefslich eine *laesio* des *alter* ist, übersieht B., genau so wie unzählige andere Rechtsphilosophen, vollständig. Das ganze Werk ist durch und durch naturrechtlich gedacht. — Nach Namur, Cours d'encyclopédie du droit, Bruxelles 1875, p. 84, 85, 87 et suiv. ist das Naturrecht auch soviel wie Ideal des Rechts; in der menschlichen Vernunft gegründet, wird es durch diese erkannt; es dient als rationelle Erklärung des positiven Rechts, als Interpretationsmittel, Lückenbüfser, Belehrung für den Gesetzgeber u. s. w. — A. Jourdan, Des rapports entre le droit et l'écon. polit., Paris 1885 p. 39 et suiv.: das vollkommene ideale Recht ist das natürliche Recht, die positiven Rechte sind nur Versuche jenes zu erreichen. J. ist so begeistert für die Idee des Naturrechts, dafs er sich bis zu dem Verdikt, die Juristen der Historischen Schule seien „Dilettanten" gewesen, versteigt (p. 132). Nach ihm gebührt Frankreich allein die Ehre, der Welt den „wahren" Begriff des Rechts enthüllt zu haben (p. 278 note [10]). — E. Acollas, L'idée du droit, Paris 1886 hält dafür, dafs das natürliche Recht mit dem idealen identisch sei (p. 29). Die Bemerkung (p. 5, dafs der Wilde keine Idee von Recht und Gerechtigkeit habe — diese soll erst im XVIII. Jahrh. seit der grofsen Revolution aufgekommen sein! (p. 44) — dürfte mit der andern (p. 18), dafs der Begriff des Rechts, worin der Respekt vor der Freiheit des Andern liege, der menschlichen Natur immanent sei, nur unter der Voraussetzung harmonieren, dafs Wilde keine Menschen sind. Das Völkerrecht ist eigentlich bloſse Moral (p. 32), vielleicht auch Ausdruck der notwendigen Beziehungen unter den Nationen (p. 35), vielleicht auch bloſse Vernunftregel (nach A.s andrer Schrift: Le droit de la guerre, Paris 1888 p. 2). — Über Ortolan vgl. S. 316 Note [13].

[10] A. Fouillée, L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France, (zuerst in d. Revue d. Deux Mondes 1878) Paris 1878, 3. éd. 1890 p. 235 et suiv., 279 et suiv., 385.

[11] Courcelle Seneuil, Préparation à l'étude du droit, Paris 1887. Derselbe äufsert sich, da die „Natur" kein Recht kenne, gegen ein Naturrecht, wohl aber für ein ideales oder rationales Recht (p. 209 et suiv., 405

ein Dritter gerade umgekehrt für ein Naturrecht, das kein Idealrecht sein soll.[12]

Selten begegnen uns in jenen Ländern solche Schriftsteller, denen an terminologischen Feinheiten augenscheinlich wenig, an dem Zugeständnis der Triftigkeit ihrer Annahme, dafs ein Recht aufser dem positiven existiere, alles gelegen ist. Dieselben gebrauchen daher promiscue verschiedene gleichwertige Ausdrücke für diese ihre Idee[13], ohne

et suiv.) und zieht demgemäfs die Unterscheidung zwischen dem idealen und dem positiven Recht vor (p. 411). Was für ein Recht das erstere sein soll, bleibt freilich sehr zweifelhaft, da der Verf. sich auch wider jedes Recht, das blofs aus sich selbst Recht sei, ausspricht (p. 212; vgl. auch p. 10, 16, 26, 411). – Beudant, Le droit individuel et l'État, Paris 1891, polemisiert wohl (Chap. I) eifrig gegen andere Naturrechtslehrer, ist aber nichtsdestoweniger selbst einer. Wie könnte er sonst (p. 13) annehmen, das Recht sei die Quelle der Gesetze, das Gesetz nur ein temporärer und lokaler Ausdruck, eine zufällige Manifestation des Rechts? Oder aber, bedauernd, dafs die Sprache den Gegensatz (!) zwischen Recht und Gesetz nur in den wenig passenden Worten natürliches—positives Recht wiederzugeben gestatte (p. 25 et suiv.), in betreff des ihm vorschwebenden Idealrechts behaupten, alle Differenzen über dasselbe bewiesen nur, dafs man hinsichtlich der Grundthatsache der Existenz eines solchen Rechts einverstanden sei?

[12] H. Brocher de la Fléchère, Les révolutions du droit, I Paris 1878 unterscheidet neben dem *droit positif* ein *droit naturel*, jedoch anfangs in einem ganz harmlosen Sinne. Unter dem letzteren will er verstanden sehen die unveränderlichen, als Regeln gedachten Triebe, denen die Menschheit wirklich folgt, Regeln, die nicht gesetzt, sondern gefunden werden (p. 28). Somit ist das natürliche Recht durchaus kein Ideal, dem das positive zuzustreben habe, sondern vielmehr ein System von Motiven, die in der Natur der Dinge begründet sind. Nachdem aber Br. mittels des Satzes (p. 173), dafs nun jeder sich das *droit naturel* vorstellen könne wie er wolle, einen gewissen Übergang gemacht, schlägt er sich endlich einfach zu dem grofsen Haufen der Naturrechtsdoktrinäre (p. 224 et suiv.). Das Naturrecht, meint er, dieses nunmehr für ein Recht ansehend, sei dem positiven Recht übergeordnet, obwohl es — also doch nicht jene Triebe, die ja niemals weichen? — im Konfliktsfalle dem letzteren zu weichen habe; wenn das positive zerstört wird, fällt man wieder in das natürliche Recht, die Basis des positiven, zurück, worauf um neues positives Recht ein Kampf entbrennt. Dies ist die Philosophie der „Rechtsrevolutionen".

[13] Wie nicht wenige seiner deutschen Fachgenossen (vgl. S. 279 Note [4] ff., S. 287 ff., 291 ff.) wechselt auch der Kriminalist J. L. E. Ortolan, Éléments de droit pénal, Paris 1856, 3. éd. 1863—1864, 5. éd. 1885 unter mehreren Bezeichnungen für sein nichtpositives Recht resp. dessen Quellen. Da treffen wir das überall und immer gleiche Recht, dem zufolge gewisse Verbrechen überall und immer Verbrechen sind (I no. 388, 3. éd. p. 154; no. 650, p. 267 etc.), dann die Rechtsidee und die Folgerungen aus der absoluten Gerechtigkeit (I no. 467, 3. éd. p. 186; no. 497, p. 195; no. 514, p. 201 etc.), ferner wissenschaftliche Prinzipien, welche von einer so absoluten Wahrheit für die Strafjustiz sind, dafs der Gesetzgeber sie bei Vermeidung „flagranter Unbilligkeit" befolgen mufs (no. 655, 3. éd. p. 269), u. s. w. an. Vorzüglich aber sind es das *droit rationnel* (no. 15, 3. éd. p. 7 etc.), die *raison du droit* (no. 440, p. 175 etc.), die *principes rationnels* (no. 484, p. 190), woraus O. seine Materialien zu schöpfen vorgibt; selbst die Dreiteilung der Delikte wird wenigstens halbwegs aus der *science rationelle* gerechtfertigt (no. 657, 3. éd. p. 270; no. 667, p. 274). Die vernünftigen Rechtsprinzipien — worunter er schliefslich alle irgendwelchen Hilfswissenschaften entlehnten Lehrsätze, ja überhaupt alles, was ihm persönlich „vernünftig" zu sein scheint, versteht — und die Rechtsidee in der Hand, schreitet O. mit einer beneidenswerten Sicherheit den ganzen „Allgemeinen Teil" des Strafrechts nach allen Seiten ab. Wie bequem lösen sich da alle Probleme, wenn die „*justice générale*" oder „*absolue*" alles so leicht interpretiert und hilfsbereit suppliert, alle „Lücken" ausfüllt und sogar die verschiedenen Schuldausschliefsungsgründe nach Gefallen „kompletiert": man braucht nur die „vernünftigen Rechtsprinzipien" zu befragen und man weifs, dafs Somnambulismus immer, Trunkenheit und Taubstummheit unter Umständen die Zurechnungsfähigkeit ausschliefsen, u. dgl. m. Freilich, das Gesetz korrigieren im eigentlichen Sinne des Wortes, das darf der Richter nicht — aber das Gesetz wie ein Hohlgefäfs behandeln und bis zum Rande mit den subjektivsten Vernünfteleien anfüllen, das darf die Wissenschaft, nach deren Unterstützung sich der Praktiker doch beständig umsieht, wohl! Vgl. dazu auch oben S. 300 Note [30]. — F. Laurent, Principes de droit civil français, Bruxelles et Paris I 1869, 4. éd. 1887 no. 4, p. 50 et suiv. glaubt den „Materialisten und Positivisten" gegenüber das Dasein eines Rechts (worunter er nicht das Gewohnheitsrecht meint) vor dem Gesetz betonen zu müssen. Wenn man nicht Gott und die Seele leugnen wolle, müsse man ein in das Gewissen geschriebenes, ein ewiges Recht annehmen, welches der Ausdruck der absoluten Gerechtigkeit sei, während das positive Recht in fortschreitenden Versuchen, die ewigen Wahrheiten zu verwirklichen, bestehe u. s. w. In einem andern Buche: Droit civil international, I Paris 1880, zieht L. aus dem Kampfe der historischen mit der philosophischen Richtung den Schlufs, dafs man Geschichte und Philosophie zu

dafs jeder neue Ausdruck auch einen Wechsel in der Ideenquelle, welche gewifs immer dieselbe bleibt, bedeutet; sie

betonen auch wohl die Auszeichnungen irgendeines Rechts vor oder über dem positiven[14], führen auf dem Wege

verbinden habe (I no. 32, p. 73). Die darauf folgenden Andeutungen und namentlich das Auftreten eines *droit philosophique* (no. 33, p. 74) zeigen, dafs unter jener Verbindung zweier Betrachtungsweisen auch hier wieder nichts Anderes, als die Vermischung des geschichtlich entstandenen Rechts mit einem Recht, wie es nach irgendwelcher Philosophenmeinung sein sollte, gedacht ist. — Pradier-Fodéré, Principes généraux de droit, de politique et de législation, Paris 1869 würde es sehr bedauern, wenn das Naturrecht verschwände (p. 97). Hier bedeutet Naturrecht wahrscheinlich noch dasselbe wie Rechtsphilosophie. An andern Stellen jedoch heifst es soviel wie ewiges Recht (p. 24), für dessen Existenz der Verf. eine kleine Apologie liefert (p. 25 et suiv.) und dessen Tauglichkeit nicht blofs zur Belehrung des Gesetzgebers, sondern auch als Hilfsmittel der Interpretation und behufs Ausfüllung etwaiger Lücken des positiven Rechts er schildert (p. 54 et suiv.), u. s. w. In seinen völkerrechtlichen Schriften gebraucht P.-F. verschiedene Namen für das abstrakte Recht. Der Cours de droit diplomatique I Paris 1881 weist das *droit naturel* (p. 78) und das *droit primitif* (p. 44) d. h. ein *droit qui puise sa source dans la nature des choses* auf (p. 157); in dem voluminösen Traité de droit international public, Paris seit 1885, dagegen nennt er es *droit théorique* (I p. 22 et suiv.), unter welchem Titel es nachher in den einzelnen Lehren immer wieder zum Vorschein kommt. — Der belgische Publizist und Politiker P. de Haulleville verwirft zwar das „natürliche“ Recht; er ist aber der Ansicht, dafs das Gute an sich, die Ordnung an sich, das Gerechte an sich vor dem Menschen existiere, ja existieren würde, wenn der Mensch aus der Schöpfung verschwinden sollte (La définition du droit, Paris 1875, p. 4) und statuiert daher ein „vor aller menschlichen Gesetzgebung daseiendes universelles, notwendiges, unveränderliches Recht“, dessen *„principes universels, invariables, nécessaires, absolus, éternels“* das vornehmste Objekt der Rechtsphilosophie seien (p. 3 et suiv., 142 et suiv.). — Endlich finden sich auch bei einem sonst unbekannten Fr. Smith, Philosophie — droit — morale, Paris s. a. (1885) p. 243 et suiv. alle möglichen Ausdrücke, wie theoretisches, philosophisches, ideales Recht beisammen.

[14] D. de Folleville, Notion du droit et de l'obligation, Paris et Douai 1873 (3. éd. 1880), definiert gleich bei der Fixierung der Aufgaben der Rechtswissenschaft (p. 38) das Recht als die Gesamtheit der Regeln, welche Vernunft und Gerechtigkeit auferlegen, mithin so weit, dafs jedes Naturrecht darunter Platz findet. Ferner meint er, das Gesetz konstatiere nur die Rechte, kreiere sie aber nicht (p. 40). Endlich geht er zu einer unverhüllten Doktrin von dem *droit naturel* über, welches instinktmäfsig und eingeboren, vor aller Promulgation vorhanden und verbindlich, universell, unveränderlich und unzerstörbar sei, d. h. — hiermit glaubt de F.

einer sogen. historisch-philosophischen Methode aprioristische Prinzipien und Elemente in das Recht ein[15], u. s. w.

Dafs es auch unter den französischen Kanonisten[16] und Publizisten katholisch-kirchlicher Richtung[17]

eine wesentliche Restriktion gemacht zu haben — es sei zu denken als das ideale Recht, als die Prinzipien, welche die Vorsehung in das Herz der Menschen geschrieben, u. s. w. (p. 46—49). Wie soll nun der Leser, nachdem der Verf. unter einigen nichtssagenden Einschränkungen den Rechtsdualismus als wissenschaftlich begründet hingestellt hat, die Bemerkung (p. 49 note) verstehen, dafs es, obwohl das Civilgesetzbuch gewifs weder vollständig noch vollkommen ist, doch aufserordentlich gefährlich sei, die Existenz zweier mit einander rivalisierenden Rechte — eines natürlichen und eines positiven — zuzulassen? Ist die Wahrheit einer Wahrheit abhängig von ihrer Ungefährlichkeit? — Auch P. Janet, Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale, Paris 1872, 3. éd. 1887 kann nicht umhin, wenigstens an einer Stelle (Introd. de la 1. éd., p. XCII de la 3.) von den natürlichen Rechten des Individuums zu sprechen, welche an sich unabhängig von der Macht des Staates seien, sodafs der letztere sie wohl schütze und garantiere, aber nicht begründe, daher auch verkürzen oder unterdrücken dürfe. — Über Eschbach vgl. S. 314 Note [9] und über de Haulleville S. 318 Note [13].

[15] Diese Methode wird von neueren französischen Autoren häufig stillschweigend geübt (vgl. über Laurent S. 317 Note [13] und die entsprechende deutsche Litteratur S. 307 ff.); unter den älteren ist es Lerminier, Introd. générale à l'histoire du droit, Paris 1829, 2. éd. 1835, der die Verbindung philosophischer Ideen mit historischen Elementen nicht blofs für die passende Arbeitsweise der Juristen, sondern für die einzige Methode, um sicher auf das wirkliche Recht zu kommen, hält (Chap. III, 1. éd. p. 19 et suiv.). Einige orakelhafte Sätze über die Frage: Gibt es ein Naturrecht oder nicht? enthält desselben Verf. Philosophie du droit, Paris 1831 (2. éd. 1852) Liv. I Ch. III (1. éd. I p. 45).

[16] Z. B. Bouix, Tract. de principiis juris canonici, Paris (1852) 3. ed. 1882 p. 18 sqq.; Craisson, Elementa juris canonici, 7. ed. Paris 1887, I p. 2. Der Vertheidigung des Satzes, dafs das kanonische Recht nicht blofs nicht das natürliche Recht korrumpiert habe, wie behauptet worden, sondern selbst natürliches Recht — selbstverständlich das trefflichste unter den natürlichen Rechten — sei, sind die langathmigsten Expektorationen in der Schrift des Abbé Deville, Le droit canon et le droit naturel, Lyon 1880, gewidmet.

[17] Diese handeln meist das Naturrecht ganz schablonenmäfsig ab. Vgl. z. B. aus neuester Zeit T. Rothe, Traité de droit naturel, I Paris

nicht an Anhängern der Naturrechtslehre fehlt, dafs manche der französisch schreibenden Völkerrechtsautoren in verschiedene gröbere und feinere Formen des Naturrechts verfallen, ist nach alledem beinahe selbstverständlich.[18]

1885 p. 68 et suiv.; L. Brun, Introd. à l'étude du droit, (1879) 2. éd. Paris 1887, p. 35 et suiv.; Comte de Vareilles-Sommières, Les principes fond. du droit, Paris 1889, p. 20 et suiv. Nur der Bischof Hugonin, Philos. du droit social, Paris 1885, läfst sein reaktionäres Naturrecht in der Verkleidung eines „Socialrechts" auftreten.

[18] So hat z. B. Arntz, Programme du cours de droit des gens, Bruxelles 1882, p. 2 noch die Einteilung des Völkerrechts in natürliches oder aus der menschlichen Vernunft entspringendes und positives, Renault, Introd. à l'étude du droit international, Paris 1879, p. 13 ein *droit des gens*, welches man nach seiner Ansicht als *primitif*, *naturel*, *nécessaire*, *absolu* charakterisieren könne, und Ähnliches noch mancher Andere, z. B. Pradier-Fodéré (vgl. S. 318 Note [13]). — Wo immer, so deduziert A. Lainé, Introduction au droit intern. privé, I Paris 1888 p. 20, freie Wesen — Individuen oder Gesellschaften — in Verkehr treten, macht sich die Idee des Rechts geltend, diktiert die Vernunft Pflichten und verleiht sie Rechte: wo es kein positives Recht gibt, da gibt es ein natürliches. — Wenn man G. Bry, Précis élément. de droit intern. public, Paris 1891 vertrauen darf, so vereinigen sich das natürliche und das positive Gesetz, um den freien Besitz der ursprünglichen und der erworbenen Rechte der Person anzuerkennen und zu sichern. Das natürliche Recht ist gegründet in dem Bewufstsein der Normen, welche den idealen Typus der erhabenen Gerechtigkeit ausmachen und nach denen der Gesetzgeber seine Anordnungen, jeder Einzelne sein Betragen einzurichten hat; das positive Recht sanktioniert durch materiellen Zwang die Vorschriften, welche das nationale Recht des betr. Volkes bilden; das Völkerrecht ist vorzugsweise natürliches Recht, als solches vor allen Gesetzen u. s. w. vorhanden, wird aber allmählich positiv (p. 2 et suiv., 5 et suiv.), u. dgl. m. — In den Schriften von Hautefeuille, Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime, Paris 1848, 3. éd. Paris 1868, 3 vls. und Histoire des origines etc. du droit maritime international, Paris 1858, 2. éd. 1869 nimmt der Gegensatz zwischen dem nichtpositiven und dem positiven Recht die Form des Gegensatzes zwischen der *loi primitive* und der *loi secondaire* an, der aber durch beide Schriften vom Verf. nach Belieben verschoben wird. Unverkennbar ist nämlich, dafs H. sowohl innerhalb der primären wie innerhalb der sekundären Völkerrechtsnormen wiederum sortiert zwischen den ihm persönlich ge- resp. mifsfallenden und dadurch zu folgendem Verfahren gelangt: wenn er sich als den „primitiven" Rechtssatz einen recht harten vorstellt — das „natürliche" Kriegsrecht hat man sich ja jahrhundertelang

b. Die Theorie der Historischen Schule ist jenseits der Alpen zwar nicht unbekannt geblieben, aber doch nie recht verstanden worden. Jedenfalls hat sie unter den Italienern wenig Anklang gefunden. Jetzt wird diese Schule von dorther sogar für tot, für ebenso abgestorben, wie die von ihr bekämpfte Naturrechtsdoktrin, erklärt.[19] Glücklicherweise lebt die erstere noch, leider aber auch die letztere.

---

als durchaus rücksichtslos und grausam gedacht — so läfst er die durch Vertrag oder Gewohnheit geschehene „Abänderung", also den positiven Satz, gern als das verbindliche Recht gelten; wenn er dagegen auf einen „sekundären" Rechtssatz stöfst, der ihm mifsfällt, dann entzieht er ihm die Verbindlichkeit wegen mangelnder Übereinstimmung mit dem natürlichen oder „primitiven". Als Resultat ergibt sich fast von selbst, dafs die traditionellen französischen Anschauungen regelmäfsig als wohlbegründetes — sei es natürliches, sei es positives — Recht, die differierenden Prinzipien der Engländer und anderer Nationen ebenso häufig als abscheuliche Maximen von zweifelhafter Giltigkeit oder vielmehr unzweifelhafter Ungiltigkeit dargestellt werden. Da wäre es doch einfacher zu sagen: echtes Völkerrecht ist nur, was ich als solches anerkenne. — Mit Befremden sieht man, wie selbst die sonst so realistisch gestimmten Collaboratoren Funck-Brentano und Sorel, Précis du droit des gens, Paris 1877 noch Zugeständnisse an die verschämte Naturrechtlerei machen. Wenn sie das Völkerrecht für ein blofs werdendes Recht — *„le droit des gens est un droit en voie de formation; mais c'est un droit"* (p. 6) — immerhin für ein Recht erklären, so haben sie sich zwar, wie andere Autoren (vgl. oben S. 289 ff.) die Möglichkeit, ein ganzes „werdendes" Rechtssystem aufzubauen, geschaffen. Ob sie wirklich wünschen, dafs man ihr Buch für eine Darstellung des „werdenden" d. h. doch wohl blofs erwünschten resp. befürchteten, noch nicht „gewordenen" Völkerrechts ansehe?

[19] Es ist Cesare Nani, ein Kenner der modernen rechtsphilosophischen Litteratur, auch der deutschen, der (Vecchi e nuovi problemi del diritto, [Disc.] Torino 1886, p. 35) die Worte spricht: *„La scuola storica è morta, come quella del diritto naturale che l'aveva preceduta"*. Wenn man nur diejenigen Schriften ins Auge fafst, welche sich Fragen der Rechtsphilosophie und allgemeinen Rechtstheorie zur unmittelbaren Aufgabe wählen, dann mufs man allerdings mit Nani glauben, die Historische Schule zähle selbst in ihrem Ursprungslande nachgerade keine voll überzeugten Anhänger mehr. Allein man hat doch wohl die Stützen der historischen Rechtstheorie auch unter andern Schriftstellern und in andern Werken als den specifisch rechtsphilosophischen zu suchen und da wird man deren auch heute noch genug finden (vgl. oben S. 17 ff., 25 ff.). Übrigens wird das Wesen jener Theorie verschieden aufgefafst (vgl. unten § 17).

In Italien selbst hat das Naturrecht ununterbrochen bis auf den heutigen Tag geblüht, und dort sowenig wie in den nördlicheren Gegenden Europas treten irgendwelche Anzeichen dafür auf, dafs es sich endlich aus dem Gedankenkreise der wissenschaftlichen Welt und folgeweise aus dem wissenschaftlichen Schrifttum zurückziehen wolle. Interessante Varianten freilich hat es in der italienischen Litteratur des letzten halben Jahrhunderts nicht getrieben, aber von einer Abnahme seiner Triebkraft im allgemeinen ist dort auch nichts zu bemerken.

Aus dieser Periode sind vor allem noch neue Ausgaben älterer Werke und andere Schriften zu registrieren, welche einer Naturrechtsdoktrin alten Musters anhängen.[20] Denselben zunächst stehen die Arbeiten einiger rationalistischer Autoren unbestimmter Richtung.[21] Auch können

[20] Von Romagnosis rein naturrechtlichen Schriften ist die eine allerdings bereits im vorigen Jahrhundert, die andere zu einer Zeit erschienen, als die historische Rechtstheorie noch wenig verbreitet war. Indessen gehören beide (Genesi del diritto penale, Pavia 1791, 4. ed. Firenze 1832, 3 vol. [deutsch v. Luden: Genesis des Strafrechts, 2 Bände, Jena 1833], neuere Auflagen noch Milano 1850 und 1857; Assunto primo della scienza del diritto penale, Pavia 1827, 2. ed. Milano 1841) doch wegen ihrer letzten Ausgaben hierher. — Ein altmodisches Naturrecht vertritt auch Tolomei, Corso elementare di diritto naturale e razionale, (1849) 2. ed. Padova 1855, 2 vol. Auffallend ist nur seine Annahme, dafs es sogar zwei Methoden, nicht zum Recht, sondern zum Naturrecht zu gelangen gebe, nämlich eine philosophische und eine historische (I § 12, p. 18). — Bei Bon-Compagni, Introduzione alla scienza del diritto, Lugano 1848, der den Unterschied zwischen positivem Recht auf der einen, natürlichem oder vernünftigem auf der andern Seite aufrechthält, finden wir den originellen Gedanken, dafs das positive Recht dem natürlichen vorhergehe, nichtsdestoweniger dem später auftretenden natürlichen Recht sich unterzuordnen habe (p. 114, 394 e seg., 436 e seg.).

[21] Z. B. G. Sangiorgi, Studi elementari di enciclop. giur., Bologna 1870, p. 24 e seg., 36 e seg. und L. Miraglia, Filos. del diritto I Napoli 1885. Letzterer unterscheidet positives und rationales Recht (p. 5, 105 e seg.), angeborene und erworbene Rechte, auch primäres und sekundäres Recht (p. 123 e seg.) u. s. w. Die Hinneigung zu Hegel, welche sich auch in einem früheren Buche des Verf.: I principii fondam. dei diversi sistemi di filos. del diritto, Napoli 1873 zeigt, ist unverkennbar.

wir etliche Gelehrte nicht übersehen, welche bald mit, bald ohne Gebrauch des Namens Naturrecht in den verschiedensten Formen den nämlichen Gedanken von einem Recht aufser dem positiven vertreten. Da haben wir das notwendige natürliche Recht[22], dann das Naturrecht, welches sich nicht mit dem Vernunftrecht oder Idealrecht decken[23], aber auch ein anderes, das gerade dasselbe wie ideales Recht bedeuten soll[24]; da haben wir ferner das absolute, das philosophische Recht[25] und noch manche sonstige Rechte.[26]

Ein nicht unbedeutendes Kontingent zur abstrakten Rechtslehre stellen auch in Italien die ethisierenden Rechts- und Staatsphilosophen.[27] Dort fehlt es

[22] L. Marino, Elementi di filos. del diritto, Napoli 1885 p. 86 e seg. — Über Albini vgl. S. 324 Note [28].

[23] So bei V. Lilla, Filos. del diritto, I Napoli 1880 p. 188 e seg. Derselbe deduziert ein Vernunftrecht auf ethischer Grundlage (p. 7 e seg., 176 e seg.), kennt noch angeborene Rechte (p. 208 e seg.) u. s. w.

[24] F. Filomusi Guelfi, Del concetto del diritto naturale e del diritto positive nella storia della filos. del diritto, (Prolus.) Napoli 1874 gelangt schliefslich zu einem idealen Recht (p. 42). — Über Soria de Crispan vgl. diese Seite Note [27].

[25] Das „absolute Recht" tritt in den umfangreichen Lezioni di filos. del diritto, Catania 1885 von A. Mambelli hervor (p. 138 e seg.). Übrigens ergeht sich M. sonst auch vielfach in juristischen Deduktionen, welche direkt an die Menschennatur anknüpfen. — L. Ambrosoli, Introduz. alla giurispr. filos., Milano 1846 zieht die Bezeichnung „philosophisches Recht" allen andern vor. Letzteres bedeutet bei ihm (p. 33) ein aus dem universellen Gesetze der Gerechtigkeit durch die Vernunft gefundenes, mit dem Wesen des Menschen übereinstimmendes Recht. — Über Vizzani vgl. S. 324 Note [29].

[26] U. A. taucht ein *„diritto latente e in formazione"* (vgl. über das „werdende" Recht S. 289 ff.) bei B. Brugi, Introduz. enciclop. alle scienze giuridiche e sociali, Firenze 1891, § 13 p. 95 e seg. auf.

[27] Unter den staatsphilosophischen Schriften ist hier z. B. zu nennen des Marquis Soria de Crispan Philosophie du droit public, 3. éd. frç. (nach dem Corso completo di diritto pubblico elementare, 2. ed. Torino 1851) Bruxelles 1854, 9 vls. Diesem Autor zufolge stehen die natürlichen Rechtsgesetze über den menschlichen (I p. 52 et suiv.), ist das natürliche Staatsrecht gleichsam als ein Idealrecht aufzufassen (III p. 199), gibt es natürliche Rechte, die unveräufserlich, während die durch das positive

gleichfalls sowenig an beredten Vertheidigern der Naturrechtsidee, welche viele synonyme Ausdrücke für das sich ewig gleich bleibende Ding bereit haben[28], wie an vorsichtigen Männern, die ihre verdächtige Ware ohne kompromittierende Marke in den Verkehr bringen d. h. ein namenloses Naturrecht kultivieren und mitteilen.[29]

Recht gewährten veräufserlich sind (I p. 85 et suiv., 113 et suiv.) u. s. w. — Von ethisierenden Rechtsphilosophen, die den Gedanken an ein Recht aufser dem positiven nicht loszuwerden vermögen, nenne ich: L. Pizzarelli, Corso elementare di diritto naturale o filos. del diritto, Catania 1859, der eine höchst abstrakte Rechtslehre vorträgt; ferner den Vertreter der Evolutionsidee G. Bovio, Filos. del diritto, (1877) 2. ed. Napoli 1885, sofern bei ihm überhaupt von eigentlichem Recht die Rede ist, woran man zu zweifeln berechtigt ist; endlich auch G. Carle, La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale, Roma etc. 1880 (2. ed. 1890), der zwar die Scylla des rationalistischen Naturrechts glücklich vermeidet, dafür aber in die Charybdis des Krause-Ahrensschen moralischen Rechts (vgl. oben S. 252 Note [25]) gerät. Die fruchtbare „Rechtsidee" (p. 24 e seg., 47 e seg.), das „unveränderliche und universelle Element" im Recht (p. 27 e seg.) sind Kerne, um welche sich leicht ein ideelles Rechtssystem kristallisiert (vgl. oben S. 285 ff., 295 ff.). — Über V. Lilla vgl. S. 323 Note [23].

[28] Z. B. Albini, Enciclop. del diritto ossia introd. generale alla scienza del diritto, Torino 1846 und Principii di filos. del diritto, Vigevano 1857 unterscheidet zwischen dem positiven und dem rationalen Recht (Princ. p. 66), welches letztere gleich dem Moralgesetz seiner Substanz nach göttlichen Ursprunges sei (Enc. p. 18). Vom Privatrecht im besonderen meint A., es werde nicht erst durch das Gesetz geschaffen, sondern nur anerkannt und entwickelt (Enc. p. 95 e seg.), was wohl mit seinem Glauben an das angeborene Recht (Princ. p. 28 e seg.) zusammenhängt; das Völkerrecht, welches entweder natürlich, rational, philosophisch oder aber positiv sei (Enc. p. 122 e seg.), konstruiert er rein naturrechtlich. Der Rechtsphilosophie endlich stellt A. die Aufgabe, das Absolute, Unveränderliche und Notwendige im Recht zu erforschen (Princ. p. 9) und die vernünftigen, idealen Rechtsprinzipien darzustellen (Enc. p. 129, 134 e seg., 136). — Auch Melchiorre, Della giureprudenza universale, I Napoli 1844 p. 5 charakterisiert das Rechtsprinzip als das vernünftige, universelle, unveränderliche, nur der Form nach fortschreitende und F. Pepere, Enciclop. etc. del diritto, 3. ed. Napoli 1878, verwendet nacheinander (p. 22, 24 e seg., 47, 59 e seg. etc.) die meisten der gangbaren Prädikate, um die verschiedenen Seiten des ideellen Rechts zu schildern.

[29] So etwa Vizzani, Saggio sulla filos. del diritto, Bologna 1863, bei dem nur an wenigen Stellen (z. B. p. 10 e seg.) es etwas deutlicher

Endlich ist auch in diesem Lande der Glaube an die über alles positive Recht erhabenen natürlichen oder angeborenen oder absoluten Menschenrechte keineswegs ausgestorben.[30]

Dafs die der kirchlichen Richtung huldigenden italienischen Autoren sich durch die Historiker nicht haben an der Dreiteilung des Rechts (vgl. S. 261 ff.) irremachen lassen, kann uns nicht wundernehmen. Sie halten auch während des hier in Betracht kommenden Zeitraumes die Lehre vom natürlichen Recht durchaus aufrecht, ob sie nun Laien oder Kleriker sind. Wir bemerken hier neben Jesuiten[31] und anderen, in voller Übereinstimmung mit den Prinzipien der römischen Kirche schreibenden Priestern[32] auch einen, gegen

hervortritt, dafs sein „*diritto filosofico*" in der That ein ideelles Recht, nicht blofs eine unpassend benannte Philosophie des Rechts ist. — Über Carle vgl. S. 324 Note [27].

[30] Ihm hangen, abgesehen von den bereits früher cit. Schriftstellern (Miraglia S. 322 Note [21], Lilla S. 323 Note [23], Soria de Crispan S. 323 Note [27] und Albini S. 324 Note [28]), noch an: V. Prestini, Doveri e diritti, Milano 1874 p. 49 e seg., 51 e seg., A. Cavagnari, Corso moderno di filos. del diritto, I Padova 1883 p. 154 e seg. und M. Pescatore, Filos. e dottrine giuridiche, Roma etc. 2. ed. 1881 I p. 495 e seg. Der Letztgenannte spricht aufserdem mehrfach (z. B. p. 58, p. 495 e seg.) in sehr verdächtiger Weise von der Natur des Rechts als eines abstrakten, kategorischen, absoluten, universellen Prinzips.

[31] Taparelli d'Azeglio, Saggio teoretico di dritto naturale appogiato sul fatto, Napoli 1844, neue Ausg. von T. selbst 1850, 2 vol. (es gibt eine deutsche Ausg. von Schröttl u. Rinecker, Regensburg 1845, eine spanische und eine französische, die in 2. éd. Tournai 1875 erschienen ist). Das „Faktische", worauf der Verf. seine Lehre gründet, ist einfach wieder die „Natur des menschlichen Wesens" und sonst nichts. — M. Liberatores Institutiones ethicae et juris naturae sind noch Prati 1887 in 9. ed. herausgekommen und enthalten an mehreren Stellen (z. B. p. 11 e seg., 113 e seg.) die gewöhnlichen Auseinandersetzungen über das Naturrecht.

[32] Aus älterer Zeit wäre zu erwähnen namentlich Audisio, Juris naturae et gentium priv. et publ. fundamenta, 2. ed. Napoli 1853, 4. ed. Tournai 1868 (französ. Ausg. von Labis, Louvain 1864 ff., 3 vls.), aus neuerer Cavagnis, Nozioni di diritto pubblico naturale ed ecclesiastico, Roma 1886 (bes. p. 10 e seg., 17 e seg,, 142) und G. Prisco, Principii di filos. del diritto, Napoli 1872, bei welchem Letztern sich die ganze Rechtslehre dergestalt in Naturrecht und Moral auflöst, dafs man sich in diesen „Prin-

den die kirchliche Censur einzuschreiten sich veranlafst gesehen hat.[33] Unter den Naturrechtslehrern weltlichen Standes hat die Doktrin der Scholastiker, insbesondere des Doctor angelicus noch ganz neuerdings einen eifrigen Vertreter gefunden[34], und die Rivalität zwischen dem Staate und der römischen Kirche veranlafst noch immer Konstruktionen eines öffentlichen Kirchenrechts auf naturrechtlicher Basis.[35]

Endlich setzt in der Litteratur des Völkerrechts, das seitens der Italiener seit ein paar Decennien überaus fleifsig angebaut wird, das Naturrecht sein Dasein unter den verschiedensten Benennungen fort. Bald wird es einfach als das vernünftige Völkerrecht entgegengesetzt dem positiven[36], bald als das natürliche und unveränderliche dem praktischen und veränderlichen[37], bald als das primäre, natürliche und

zipien der Rechtsphilosophie" vergeblich nach dem Verbleib des positiven Rechts umsieht.

[33] Ich meine den gelehrten Rosmini-Serbati, dessen Filosofia del diritto, Milano 1841—43, 2. ed. 1866, zwar auch den Schriften kirchlicher Richtung zugezählt werden mufs, aber doch zugleich das Kantsche Naturrecht, umkleidet mit dem Gewande des Mysticismus, einschliefst. Einige Sätze R.-S.s wurden längere Zeit nach seinem Tode (1855) am 14. Dez. 1887 verdammt (vgl. Archiv f. kath. Kirchenrecht, LX 1888 S. 239 ff.).

[34] Rivalta, Il rinnovamento della giurisprudenza etc. (vgl. oben S. 261 Note [37]). Die erste Hälfte dieses Buches (Capp. I—IV) weist die Unfähigkeit aller modernen philosophischen Systeme, dem Recht eine universelle und einheitliche Grundlage zu geben, nach, die zweite (Capp. V—IX) ist der ausführlichen Begründung der scholastischen Rechtstheorie gewidmet. Den Höhepunkt bildet die nackte Behauptung (p. 96), das positive Gesetz habe nur insoweit verbindliche Kraft als es gerecht sei. Darnach kann man sich das Übrige denken.

[35] Eine ganze Reihe vorzugsweise italienischer Schriftsteller dieser Kategorie führt v. Scherer unter der ausdrücklichen Bemerkung, dafs sie Naturrechtslehrer seien, auf (Handb. d. Kirchenrechts I § 18 Note [8] S. 112, dazu § 21 Note [2] S 130; vgl. oben S. 260), so namentlich die Kanonisten Nannetti, Soglia, Vittadini, Tarquini, Pallotini, Barba.

[36] E. Brusa, Dell 'odierno diritto intern. pubblico, Firenze 1874, p. 16.

[37] P. Fiore, Trattato di diritto intern. pubblico (1865, 2. ed. 1879—1884, 3. ed. seit 1887; französ. Ausg.: Nouveau droit intern. public, 2. éd. par Antoine, 3 vls. Paris 1885—1887, I p. 147 et suiv., 183 et suiv.). Obwohl F. selbst sofort das natürliche Völkerrecht jeder juristi-

vernünftige dem sekundären, positiven und wahrscheinlich weniger vernünftigen Recht der Wirklichkeit[38], u. s. w. Hier zieht Einer den Namen notwendiges[39], dort Jemand den Ausdruck theoretisches Recht vor[40], noch Andere häufen eine ganze Reihe Haupt- und Eigenschaftswörter zur Charakterisierung des doch überall identischen Völkerrechts aus dem unversiegbaren Quell des subjektiven Dafürhaltens.[41]

Somit hat es mit dem Aussterben der Naturrechtsfreunde in Italien (vgl. S. 321) noch gute Wege.

schen Bedeutung entkleidet (éd. frç. I p. 149 et suiv., 185 et suiv.), hält er doch den Begriff der natürlichen Rechte durch das ganze Werk aufrecht. In seinem neuesten Buche: Il diritto intern. codificato etc. (Le droit intern. codifié et sa sanction juridique, éd. frç. par Chrétien, Paris 1890) kennt F. ein „wissenschaftliches Recht" (éd. frç. p. 17 et suiv.) und ist nahe daran, (p. 1 et suiv.), die „öffentliche Meinung" als Rechtsquelle anzusehen.

[38] Carnazza Amari, Elementi di diritto intern., I Catania 1866, II Milano 1874 handelt von einem *diritto razionale*, dessen nähere Bestimmung durch den Gesetzgeber das *diritto positivo* sein soll. Dieses letztere wird auf dem Gebiet des Völkerrechts, wo das *diritto razionale* auch gleichgesetzt wird dem *diritto primario*, zu einem *diritto secondario* u. s. w. (I p. 47, 55). — Ähnlich wie Hautefeuille (vgl. oben S. 320 Note [18]) unterscheidet unter den italienischen Schriftstellern z. B. G. de Gioannis Gianquinto, Della confisca per contrabbando da guerra, Lucca 1872 einesteils das *diritto delle genti primitivo*, andernteils das *diritto delle genti secondario* (p. 11 e seg., 116 e seg.).

[39] G. Grasso, Principii di diritto intern. pubblico e privato, Firenze 1889, § 6 p. 19 e seg., der sich vergeblich dagegen verwahrt, dafs man sein „notwendiges" Völkerrecht auf eine Stufe mit dem natürlichen stelle.

[40] Allerdings spricht sich V. Miceli in einer Schrift (Saggio di una nuova teoria della sovranità, Torino etc. 1884, I p. 306) dagegen aus, dafs man das Ideal des Rechts für ein Recht nehmen dürfe; in einer andern (Filos. del diritto intern., Firenze 1889) aber ist er trotz seiner Kritik des zünftigen Naturrechts selbst nicht weit von einem solchen entfernt (p. 106 e seg.): seine Quellenlehre (Quellen des „theoretischen" — Quellen des „praktischen" Völkerrechts p. 230 e seg.) mufs ihn vollends hineinziehen.

[41] So benutzt z. B. G. Macri, Teorica del diritto intern., 2 vol. Messina 1883—1884 durcheinander die Termini natürliches, vernünftiges, philosophisches, absolutes Recht (I p. 13 e seg.). — L. Casanova, Del diritto internaz. 2. ed. d. Cabella e Cironi, 2 vol. Firenze 1870 unterscheidet das natürliche oder philosophische Recht, das „an sich" Recht ist, von dem positiven Recht, welches erst dazu gemacht werden mufs (I p 29);

c. Über die rechtsphilosophischen Anschauungen der die iberische Halbinsel bewohnenden Nationen und ihrer Stammverwandten jenseits des Ozeans dringen nur wenige litterarische Zeugnisse in die nördlicheren Gegenden Europas, immerhin genug um zu beweisen, dafs auch dort das Naturrecht in verschiedenen Formen fortexistiert.

Bei den Spaniern herrscht es — wenn man aus dem Mangel jedes entschiedenen Widerspruches in der specifisch rechtsphilosophischen Litteratur einen solchen Schlufs ziehen darf — in einer Weise, als wäre eine Rechtsphilosophie ohne aprioristische Rechtsbegriffe und -Systeme, mindestens ohne Perspektiven in ein über dem positiven schwebendes Recht unmöglich. Neben Anhängern einer schlichten Natur- oder Vernunftrechtslehre[42] finden wir dort Eklektiker[43] und Autoren ethischer Richtung[44], welche ein Recht aufser dem

eigentlich, meint er (I p. 33), sei die Vernunft die Quelle des Völkerrechts — er hätte dieses Recht also doch einfach vernünftiges Völkerrecht nennen sollen. — G. Sandona, Trattato di diritto intern. moderno, Firenze 1870 gebraucht bald den Ausdruck philosophisches Völkerrecht (p. 5 e seg., 10), bald den andern absolutes Recht (p. 24), handelt auch von angeborenen Rechten (p. 76 e seg.) u. s. w. — Über Albini vgl. S. 324 Note[28].

[42] P. Gomez de la Serna, Prolegómenos del derecho, 7. ed. Madrid 1875 p. 62 y sig. und Fr. de la Pisa Pajares, Prolegómenos del derecho, 2. ed. Madrid 1883 p. 128 y sig. sprechen der Erstere von dem durch die Vernunft allen Menschen enthüllten, der Letztere von dem aus der Vernunft abzuleitenden Naturrecht. Der nämlichen Quelle entstammt wohl das Naturrecht bei C. u. J. M. Sanguineti, Instituciones de derecho pubblico español, I Madrid 1879 Nr. 10, p. 30 y sig.

[43] Als solche erscheinen z. B. C. Alvarez Martinez, Nociones fundam. del derecho, 2. ed. Burgos (Madrid) 1871, dessen Ausführungen stellenweise an die Rechtsphilosophie Kants, stellenweise wieder an die Stahls erinnern, und R. Rovira y Rabassa, Tratado de derecho politico, Madrid etc. 1882, der das absolute oder natürliche Recht dem hypothetischen oder positiven entgegensetzt (p. 241, 244) und von verschiedenen politischen Naturrechten handelt (p. 336 y sig.).

[44] So namentlich einen Verehrer der Krauseschen Philosophie, Fr. Giner, Principios element. del derecho, Madrid s. a., p. 45 y sig. Auch J. Alonso y Eguilaz, El derecho natural etc., Madrid 1870 gehört wohl hierher. Die Klassifikationstafel der Menschenrechte (p. 99—120), nach welcher er die besonderen Lehren systematisiert, ist unerträglich scholastisch.

positiven anerkennen. Es fehlt ferner in Spanien sowenig wie anderwärts an Gelehrten, die ihre Vorstellung von einem abstrakten Recht unter vielerlei Namen[45] oder im Gegenteil ganz ohne eine eigene Bezeichnung[46] in die Wissenschaft einführen oder wenigstens durch die Aufstellung von angeborenen Menschenrechten ihrer naturrechtlichen Überzeugung Ausdruck verleihen.[47] Selbstverständlich ist es, dafs diejenigen Schriftsteller, welche der kirchlichen Richtung zuneigen[48] — was übrigens bei den allermeisten, auch bei fast

[45] G. de Azcarate, Ensayo de una introd. al estudio de la legislacion comparada, Madrid 1874 p. 6 y sig.: die Rechtsphilosophie befafst sich mit dem ewigen, universellen, unveränderlichen, notwendigen, vernunftgemäfsen Recht, während die Rechtsgeschichte das zeitlich beschränkte, partikulare, veränderliche u. s. w. Recht zum Objekt hat; die richtige Methode ist die philosophisch-historische u. dgl. m. — A. Creluet y Guillen, Prolegómenos ó introd. general al estudio del derecho, 2. ed. Salamanca 1875: es gibt ein natürliches oder absolutes oder primitives Recht (p. 46 y sig.), ein Naturrecht, welches mittels der Vernunft aus der Natur des Menschen abzuleiten ist (p. 276 y sig.). — J. Costa, Ensayo sobre el derecho consuetudinario, (La vida del derecho I) Madrid 1876 p. 94 e sig.: das absolute, unveränderliche, vor aller Zeit und unabhängig von allen geschichtlichen Umständen giltige Recht, das ist das ideale Recht. — Über Fernandez Concha vgl. S. 330 Note[51].

[46] So scheint mir, dafs M. Alonso Martinez, Estudios sobre filosofia del derecho, Madrid 1874, Parte I § 1 (vorher ersch. als Rede, Madrid 1869), trotz seiner Bekämpfung der „absoluten Individualrechte“ (p. 13 y sig.) zu einem unbenannten Naturrecht gelangen mufs, weil er (p. 3 y sig.) von einer ganz abstrakten Pflichtenlehre ausgeht, woraus dann ebenso abstrakte Rechte und Freiheiten abgeleitet werden müssen. Übrigens erkennt der Verf. die „drei concentrischen Kreise“ Moral, Naturrecht, positives Recht so nebenher an (p. 4). — Auch bei L. Alas, El derecho y la moralidad, (Disc.) Madrid s. a. (1878) p. 17 e sig. ist die Existenz natürlicher Rechtsgesetze vorausgesetzt.

[47] Z. B. A. Benitez de Lugo, Filos. del derecho etc. segun la doctrina de Hegel, Sevilla 1872 p. 192 y sig. — Über Pou y Ordinas vgl. die folgende Note[48] und über Fernandez Concha S. 330 Note[51].

[48] Ich nenne hier J. M. Orti y Lara, Introd. al estudio del derecho y principios de derecho natural, 2. ed. Madrid 1878, bes. p. 196 y sig. und A. J. Pou y Ordinas, Prolegómenos ó introd. general al estudio del derecho y principios del derecho natural, 3. ed. Barcelona 1887. Nach der Annahme des Letzteren füllt das Naturrecht die Lücken des positiven aus,

allen bisher genannten spanischen Rechtsphilosophen der Fall ist — und noch mehr die dieser Richtung ganz ergebenen Autoren[49] auch eine Naturrechtslehre vortragen; selbstverständlich schliefslich, dafs die völkerrechtliche Litteratur sich nicht davon emanzipiert hat.[50]

Eine umfangreiche Probe aus dem spanischen Südamerika zeigt, dafs das Naturrecht auch dort gepflegt wird.[51]

Die Portugiesen haben vielleicht weniger Neigung zur Spekulation auf dem Gebiete des Rechts als ihre Nachbarn; ganz ohne naturrechtliche Schriften ist ihre rechtsphilosophische Litteratur aber auch nicht.[52]

---

wird aber seinerseits durch das positive konfirmiert (p. 117 y sig., 125 y sig.) u. s. w.; mit ihm ist das Vernunftrecht, welches die angeborenen Rechte feststellt (p. 130), wahrscheinlich identisch.

[49] Wie R. Rodriguez de Cepeda, Elementos de derecho natural, I Valencia 1887; der Jesuit J. Mendive, Elementos de derecho natural, Valladolid 1887, u. A.

[50] So nimmt z. B. M. Torres Campos, Principios de derecho intern. privado, Madrid 1883 p. 10 an, das Recht sei entweder natürliches, bestehend aus den in die Gewissen der Menschen eingegrabenen Prinzipien, oder aber positives, welches in der Gesellschaft durch die souveräne Gewalt formuliert worden. — A. Retortillo y Tornos, Compendio de historia del derecho intern., Madrid 1891, p. 277 hofft, dafs nach der einstigen Einigung aller Menschen in der katholischen Religion auch die unveränderlichen Prinzipien des Naturrechts universell walten werden.

[51] Die zweibändige Filosofia del derecho ó derecho natural, 2. ed. Barcelona 1887—1888 von R. Fernandez Concha in Santiago de Chile, worin sich z. B. die Bezeichnung des natürlichen als des universellen, unveränderlichen, aus der überall gleichen vernünftigen Natur des Menschen fliefsenden Rechtsgesetzes (I p. 169 y sig.), auch die Lehre von den angeborenen Rechten (II p. 11 y sig.) findet, enthält auf nahezu eintausend Seiten gr. 8° ein abgerundetes Naturrechtssystem. — Des Argentiniers A. Alcorta Tratado de derecho intern., I Buenos-Ayres 1878 (éd. frç. p. E. Lehr: Cours de droit intern. public, I Paris et Buenos-Ayres 1887) folgt (éd. frç. p. 35 et suiv., 38 et suiv.) der Einteilung in natürliches oder vernünftiges und positives Recht, behauptet (p. 109), Gewohnheiten, Gesetze u. s. w. seien nur Manifestationen des vor ihnen bestehenden Rechts, u. dgl. m.

[52] Ohne sich offen zu einem aufser dem positiven daseienden Recht zu bekennen, trägt z. B. J. M. Rodrigues de Brito, Philos. do direito, 2. ed. Coimbra 1871 doch ein solches im Sinne. Wenn er der Rechtsphilosophie die Aufgabe stellt, die Lücken des Rechtssystems auszufüllen

§ 12. Das Naturrecht in Nord- und Osteuropa.

Die Litteraturen der dem nördlichen und östlichen Europa angehörigen Nationen resp. ihrer transatlantischen Abkömmlinge weisen weder so viele noch so interessante Modalitäten des naturrechtlichen Aberglaubens wie die der Deutschen und der Romanen auf.

a. Wenden wir uns zuerst zu der Rechtsphilosophie des Nordwestens und Nordens, d. h. der englischen, niederländischen und skandinavischen.

Die Engländer sowie die ihnen sprach- und stammverwandten Völker sind der Naturrechtsdoktrin im allgemeinen recht abgeneigt. Wirklich eifrige Anhänger eines Naturrechts und zwar eines ethisierenden finden sich nur unter den zur Grübelei disponierten Schotten.[1] Die

---

p. 382), so kommt das auf die Konstruktion philosophischen Rechts hinaus. Noch deutlicher wird seine Denkweise an der Stelle (p. 390), wo er den Unterschied zwischen der philosophischen und der historischen Schule fixiert. Überhaupt nimmt das ganze Buch durchaus keinen Bezug auf irgendwelche positive Rechte. — Aus älterer Zeit wäre vielleicht das Schriftchen von E. Ferreira França, De jure et civitate, Lipsiae 1858 zu nennen, worin der Verf. gegenüber dem positiven ein philosophisches Recht annimmt, dessen universell giltige Prinzipien aus der Natur des Menschen zu schöpfen seien (p. 9).

[1] Aus älterer Zeit ist bemerkenswert J. Reddie, Inquiries etc. (vgl. oben S. 15 Note *), der zwar einerseits seinem überall durchschimmernden Glauben an ein Recht aufser dem positiven nicht offen Ausdruck gibt, andrerseits aber doch zuviel Sympathien mit dem kontinentalen Naturrecht seines Zeitalters besitzt, um, wo er endlich die Naturrechtsidee verwirft, dies mit aller Entschiedenheit und unter Angabe der stärksten Gründe zu thun (vgl. p. 73 foll., bes. p. 76 mit p. 83). Schliefslich rettet er sich aus dem Dilemma, indem er sich für eine Kombination der historischen und der philosophischen Methode entscheidet (p. 88) — Dagegen gehört voll und ganz zu den Naturrechtsphilosophen J. Lorimer mit seinen beiden Hauptwerken: The institutes of law: a treatise of the princ. of jurispr. as determ. by nature, Edinburgh 1872 (2. ed. 1880, darnach die franz. Ausg. von E. Nys unter dem ganz passenden Titel Principes de droit naturel, 2 vls. Bruxelles 1890) und The institutions of the law of nations, Edinburgh and London I 1883, II 1884 (abgekürzte franz. Ausg. von E. Nys

Engländer i. e. S. dagegen ziehen ihrer Rechtstheorie so knappe Grenzen (vgl. S. 14 ff.), dafs sie mit der Stellung der gefährlichen Fragen auch die Versuchung zu naturrechtlichen Versündigungen vermeiden. Die Anhänger der herrschenden „Analytischen Schule“ schweigen also ent-

u. d. T. Principes de droit intern., Bruxelles et Paris 1885) — vom ersten bis zum letzten Wort pures Naturrecht auf ethischer Grundlage. Eigentümlich ist der Berührungspunkt zwischen L. und dem italienischen Jesuiten Taparelli (vgl. oben S. 325 Note [31]): auch er will das Naturrecht basieren auf „Facta“, als welche ihm die „menschliche Natur“ vollkommen genügt. Ganz besonders auffallend ist Folgendes. In seinem rechtsphilosophischen Buche schlägt L. eine Brücke vom Naturrecht zum positiven Recht in der Weise, dafs er den sog „speciellen Teil“ des ersteren zu — dem „allgemeinen Teil“ der einzelnen positiven Rechte erhebt (Institutes Book IV Chap. II, 1. ed. p. 430). Für das Völkerrecht jedoch, das sich ja offenbar zur Anwendung dieses, allerdings nicht einleuchtenden Konstruktionsmittels eignet, verzichtet L. überhaupt auf die Auffindung positiver Rechtsnormen: es gibt nach ihm überhaupt kein positives Völkerrecht (Law of nations II p. 189; vgl. auch seinen Aufsatz Le problème final du droit intern. in der Revue de droit intern. IX 1877 p. 161 et suiv.), sondern nur ein Naturrecht für den Verkehr der Staaten (Law of n. I p. 1 foll., 54 etc.). Die meisten Anknüpfungspunkte weisen die Grundgedanken L.s mit der Lehre Krauses auf, und die kontinentalen Krauseaner rechnen ihn auch gern zu den Ihrigen. Vgl. z. B. Roeder in d. Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. XXIX 1873 S. 213, der in der L.schen Rechtsphilosophie einen Versuch für England, „durch Eintreten in die Bahn rechtsphilosophischer Forschung zu einer „„wahren““ (vgl. oben S. 286 ff.) Wissenschaft des Rechts und Staates zu gelangen“ erblicken zu dürfen meint. Die Engländer i. e. S. aber verhalten sich dieser schottischen Naturrechtsdoktrin gegenüber ebenso ungläubig wie gegenüber der festländischen. Sir Frederick Pollock z. B. bleibt dabei (Essays in jurispr. and ethics, London 1883 p. 19 foll.), das Naturrecht möge nun existieren oder nicht, den Juristen gehe es überhaupt nichts an. Wie jener Märchenheld, fährt P. fort, das Gruseln kennen lernen wollte, was ihm endlich gelang, so habe er seinerseits gern die Bekanntschaft des deutschen Naturrechts, wovon er mancherlei gehört, machen wollen, bis sie ihm schliefslich durch Lorimers Vermittelung zuteil geworden: nun habe er — mit Gruseln! — erfahren, was Naturrecht eigentlich sei. — Eine nicht ganz entschiedene Stellung nimmt ein jüngerer schottischer Rechtsphilosoph, W. G. Miller, Lectures on the philosophy of law etc., London 1884, ein, bei dem sich immerhin zahlreiche Anklänge an die Doktrin seines Lehrers Lorimer, auch an Kant, Ahrens und andere Naturrechtslehrer nachweisen liefsen, wenn noch ein Beweis erforderlich wäre.

weder ganz von dem Naturrecht, wie in heiliger Scheu vor einem Dinge, das ihnen nach Motiv und Zweck völlig unverständlich ist, oder aber sie konstatieren die Existenz solcher Ideen nur um sie kurzweg abzulehnen.[2] Einige wenige Männer, die das nicht thun, z. B. ein bekannter Philosoph, ein Publizist von ausgesprochen kirchlicher Richtung und auch ein Jurist[3], stehen aufserhalb jener

[2] Den Schriften der meisten Analytiker merkt man an, wie schwer es ihnen wegen ihrer ganzen juristischen Anlage wird, sich auch nur rein platonisch mit dem Naturrecht zu befassen, ja auch nur aus pathologischem Interesse einmal mit in die dünne Atmosphäre jener Welt todter Abstraktionen aufzusteigen. Schon der Begründer der Schule Austin (vgl. oben S. 13) lehnte es von Hause aus mit ein paar dürren Worten ab, von dem Naturrecht zu reden (The province etc. 1832 p. 2); später bezeichnete er die Lehre ebenso kurz als schlechthin sinn- und zwecklos (Lectures etc., 4. ed. I p. 38 foll.). Allerdings spricht er selbst wiederholt von gewissen Regeln, nicht blofs der Moral, sondern auch des Rechts, die zu allen Zeiten und aller Orten gegolten haben (Lectures etc. V, 4. ed. I p. 179); er meint aber darunter ein positives *jus gentium* nach Art dessen, das bei den Römern galt (Lect. IV, I p. 158; Lect. XXXII, II p. 586 foll.). Ich kann daher Brunner (in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl. S. 346 ff.) nicht zustimmen, wenn er die Lehre Austins (wie die Benthams, vgl. oben S. 186 Note [13]) zu den Naturrechtstheorien rechnet. Sie ist im Gegenteil eine fast ausschliefslich von römischem und englischem Recht abgezogene allgemeine Rechtslehre. — Die jüngeren Angehörigen der „Analytischen Schule“ konstatieren meist, dafs die Idee von einem Naturrecht oder Vernunftrecht gehegt werde, aber höchstens um sie ohne Umstände von den Grenzen der Rechtswissenschaft abzuwehren, vgl. z. B. Holland, The elements of jurispr., Chap. III (1. ed. p. 28 foll.); Amos, The science of law, 3. ed. p. 72 (vgl. übrigens unten S. 336 Note [7]); Pulszky, The theory of law etc., p. 75 foll.; über Pollock die vorige Note [1] und über Hearn S. 335 Note [5].

[3] Der Philosoph und Sociologe Herb. Spencer hat sich neuerdings in einem der u. d. T. The man *versus* the state herausgegebenen Aufsätze (vgl. oben S. 16 Note **) abfällig gegen seine Landsleute, die so wenig Verständnis für das Naturrecht zeigten, während dasselbe bei den deutschen Rechtstheoretikern die Grund- und Leitidee bilde, und zu gunsten der Naturrechtstheorie ausgesprochen (p. 81). Das treibende Motiv S.s, noch lange kein zureichender Grund, ist wohl zu suchen in seinem Bestreben, möglichst viele und wirksame Gegengewichte gegen dio Omnipotenz des englischen Parlaments zu entdecken. — Unter dem kirchlich gesinnten Publizisten meine ich Leone Levi, The law of nature and nations as affected by divine law, London 1855, der von einem natürlichen Recht so-

Schule.[4] Freilich kommt für uns ausschliefslich die Theorie in Betracht (vgl. S. 235 ff.). Ob dagegen nicht *in praxi* die Urteilsfinder schon durch den Zustand der äufseren Erkenntnismittel des *common law* vielfach zu entschuldbarer Naturrechtlerei hingedrängt werden, ist eine andere Frage. Hinsichtlich der überseeischen Stammesgenossen der Engländer läfst sich nur feststellen, dafs

wohl der Individuen als auch der Nationen redet (p. 21 foll., 69 foll.). Auch sein letztes Buch: Intern. law with materials for a code of intern. law, London 1887 Chap. I, fängt L. gleich mit der Behauptung an, dafs das internationale Recht sich aus zwei verschiedenen Elementen: dem natürlichen Recht und dem konventionellen oder positiven Recht, zusammensetze; das erstere enthalte die Prinzipien, welche durch Gott in jedes Menschen Herz eingepflanzt seien, u. s. w. Übrigens war L. von Geburt Italiener, Engländer nur durch Naturalisation. — Ch. S. M. Phillips, Jurisprudence, London 1863 unterscheidet (p. 58) in jedem Rechtssystem Normen, welche durch die Vernunft der Magistraturen aus den „allgemeinen Prinzipien der natürlichen Gerechtigkeit" abgeleitet werden, neben anderen, welche durch unvordenkliche Gewohnheit oder ausdrückliche Satzung gesetzt worden. Demgemäfs ist seine Rechtslehre dualistisch angelegt. Wie wenig klar jener Unterschied aber sein mufs, läfst sich aus der Anwendung, die Ph. von ihm macht, schliefsen. Er zerlegt nämlich seinen Stoff in zwei Teile: Book I p. 73 foll. handelt von der „Natürlichen Jurisprudenz", Book II p. 211 foll. von der „Civilen Jurisprudenz". Nun sollte man glauben, die erstere befasse sich mit den erwähnten „allgemeinen Prinzipien der natürlichen Gerechtigkeit", die letztere dagegen mit dem positiven Recht. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr ist der Gegenstand der „natürlichen Jurisprudenz" — das Privatrecht d. h. nach Ph. das auch in einem staatlosen Zustande mögliche Recht, der Gegenstand der „civilen Jurisprudenz" aber — lauter öffentliches d. h. nur unter der Voraussetzung der Existenz des Staates mögliches Recht. Im Grunde traktiert Ph. beide Rechtsteile in der abstrakten Weise der Naturrechtslehrer.

[4] Dies gilt auch von Sir Henry Maine (vgl. oben S. 16 Note **). In seinem Ancient law, Chap. III, 13. ed. London 1890 p. 44 foll. heifst *natural law* einmal nichts Anderes als *jus gentium* (vgl. oben S. 156), sodann aber auch primitives Recht (vgl. oben S. 124). Dagegen bedeutet es einen Gegensatz zum positiven Recht und einen Ersatz des letzteren in M.s International law, London 1888, Lect. II p. 32 foll.; jeden Zweifel schliefst der Satz (p. 34) aus, dafs das Völkerrecht insofern, als es auf Prinzipien des natürlichen Rechts beruhe, gleichermafsen zu allen Zeiten und für alle Völker verbindlich sei.

bei ihnen auch heute noch vereinzelte Naturrechtsphilosophen vorkommen.[5]

Indessen darf hier noch eine Bemerkung nicht unterdrückt werden, die für die Verbreitung des Naturrechts unter den Völkerschaften englischer Zunge auf beiden Hemisphären gleichermafsen zutrifft: die englisch-amerikanische Völkerrechtslitteratur hat bis heute die Berufung auf ein natürliches im Unterschied zum positiven Recht nicht aufgegeben.[6] Dabei ist aufserdem in Anschlag

[5] So enthält namentlich E. L. Campbell, The science of law according to the American theory of government, Jersey City 1887 eine Anpassung europäisch-kontinentaler Naturrechtslehren auf amerikanische Verhältnisse (Chap. I). C. vertritt die Ansicht, dafs in allen Rechtssystemen ein dauerndes, unveränderliches Element zu finden sei (p. 15) und dafs, wenn kein natürliches Recht existiere, es auch keine Wissenschaft vom Recht geben könne (p. 6). Er verwahrt sich ausdrücklich dagegen, dafs man dieses Naturrecht etwa mit einer blofsen natürlichen Moral verwechsle (p. 74), u. s. w. — Ganz neuerdings versucht F. M. Taylor, The law of nature (in d. Annals of the American Academy of polit. and soc. science, vol. I Philadelphia, 1890—1891 p. 558 foll.) zu beweisen, dafs die Idee eines Rechts, welches unabhängig von jedem menschlichen Willen existiere, also aufsermenschlichen Ursprunges sei, nicht aufgegeben werden könne (p. 560 foll.). Wollten wir es als Naturrecht austreiben, so werde es doch als Vernunftrecht oder moralisches Recht oder ohne jeden Namen weiterleben (p. 559, 583 foll.). Ich hoffe, wir vertreiben es doch auf jeden Fall aus der Jurisprudenz! Etwas auffallend bleibt es, trotz der von T. aufgewendeten Dialektik, dafs er (p. 578 foll.) diesem Naturrecht die einander ausschliefsenden Eigenschaften der Relativität und der Unveränderlichkeit beilegt, andrer Eigentümlichkeiten nicht zu gedenken. — Dagegen ignoriert der in Australien wohnhafte Analytiker (vgl. oben S. 14 Note *) W. E. Hearn, The theory of legal duties and rights, Melbourne and London 1883 die Naturrechtsdoktrin vollständig.

[6] Allerdings herrschte ehemals das natürliche Völkerrecht auch bei den Engländern in einem viel gröfseren Umfange als es in den letzten Decennien der Fall ist. So gingen sie z. B. hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der Neutralen im Seekriege mit Vorliebe von der Annahme aus, dafs gewisse Grundsätze — selbstverständlich nicht solche, die den englischen Interessen entgegen waren — das natürliche Recht bildeten, wogegen das etwaige paktierte Recht als blofse Modifikation des ersteren, zu dem es ungefähr in dem Verhältnis wie Privilegien zum gemeinen Recht stehen sollte, aufgefafst wurde. Von dem Seerecht und sonstigen Specialitäten will ich hier jedoch gänzlich absehen und nur auf etliche Verfasser völkerrecht-

zu bringen, dafs die Engländer das Völkerrecht, obwohl sie es in jeder, namentlich auch in methodischer Beziehung genau wie eine Rechtsdisciplin behandeln und ihm die äufserliche Gestalt eines vollkommenen juristischen Lehrgebäudes geben, doch vielfach als blofs rechtsähnliche „positive Moral" bezeichnen.[7] Zur Rubrizierung der betreffenden Schriften

licher Systeme hinweisen, die dem Naturrecht noch einige Zugeständnisse machen. Zuerst von den Engländern i. e. S. Unter diesen geht z. B. Phillimore, Commentaries upon intern. law, I Chapp. III foll. (3. ed. London 1879 p. 22 foll., 30 foll.) mit einem natürlichen Völkerrecht, das angeblich der Offenbarung entstammt, um. Sir Travers Twiss, The law of nations I: On the rights and duties of nations in time of peace, Oxford and London 1861 p. 119 foll. ist nicht frei von naturrechtlichen Anwandlungen; in der französ. Ausg. (nach der 2. engl.): Le droit des gens, I Paris 1887 p. 134 et suiv., 139 et suiv. wird ganz offen das natürliche Völkerrecht als Recht und die Grundeinteilung in *droit des gens naturel* oder *nécessaire* und *droit positif* oder *établi* eingeführt. Auch bei Polson, Principles of the law of nations, London and Glasgow 1859, p. 19 foll. treten *„natural rights"* auf. Über Levi und Maine vgl. S. 333 Note [3] u. S. 334 Note [4]. — Sodann von den Nordamerikanern. Wegen ihrer neueren Ausgaben gehören vor allem Kents berühmte Commentaries upon American law, t. I, die das natürliche Völkerrecht anerkennen (8. ed. New York 1854 p. 2 foll.) hierher. Auch Halleck, Elements of intern. law and laws of war, Philadelphia 1866 p. 31 foll. scheint sich auf ein natürliches internationales Recht einzulassen. Pomeroy, Lectures on intern. law in time of peace, ed. by Woolsey, Boston and New York 1886 endlich operiert (Chap. I) mit einer ganzen Reihe von Ausdrücken, die alle das nämliche wie Naturrecht besagen sollen (p. 4 foll., 25 foll.); indessen neigt er (p. 24) dazu, das Völkerrecht überhaupt nicht als positives Recht, sondern als eine Art Moral anzusehen (vgl. die folgende Note [7]).

[7] Dies thun sehr viele, zum Teil bereits früher (S. 333 Note [2]) cit. Schriftsteller. Nach Austin, The province etc. p. 132 foll. und Lectures etc. 4. ed. I p. 177 foll. ist das Völkerrecht, da demselben gewisse Essentialia des Rechtsbegriffes fehlen, kein *law*, wohl aber *positive morality*; ihm folgen John St. Mill in der Rektoratsrede (Werke deutsch herausgeg. von Gomperz, I Leipzig 1869 S. 247), J. K. Stephen, Intern. law and intern. relations etc., London 1884 p. 3 foll. und Pomeroy (vgl. die vor. Note [6]). Für mehr Moral als Recht, aber doch dem Recht analog oder ähnlich halten es Wheaton, Elements of intern. law, Chap. I, 8. ed. by Dana, Boston 1866 p. 19 foll. (Eléments du droit intern., 5. éd. Leipzig 1874, I p. 22), Hall, A treatise on intern. law, 3. ed. Oxford 1884 p. 1 foll., 14 und früher Sh. Amos, A systematic view of the science of jurispr., London 1872 Chap. IV p. 46 und Chap. XVI p. 394 (vgl. auch oben S. 333 Note [2]). A. hat jedoch in seinen Lectures on intern. law, London 1874 p. 5 foll. diese Meinung aufgegeben und hält das Völkerrecht nunmehr weder für ein richtiges Recht, noch für eine Species der Moral. Ähnlich Holland, The elements of jurispr., Chap. XVII (1. ed. p. 263), der es sowohl von *„ordinary law"* als von *„ordinary morality"* unterscheidet — also ist es wohl ein Normenkomplex *sui generis?* — und Sidgwick, The elements of politics, London 1891, Chap. XVII p. 272 foll., der wieder andere Differenzen herausfindet. Sir Edw. Creasy, First platform of intern. law, London 1876 endlich hilft sich auf die Weise, dafs er das Völkerrecht zu einem System von Moralprinzipien und positivem Recht macht (p. 1 foll., 35 foll., 65), wobei er die ersteren mit Naturrecht identifiziert (p. 12). Wie alle diese Theoretiker ihre Auffassung mit dem prinzipiell nicht angefochtenen Glaubenssatz, dafs das europäische Völkerrecht einen integrierenden Teil des englischen resp. nordamerikanischen Landesrechts ausmache, zu vereinigen vermögen, mufs hier dahingestellt bleiben. Auch das verwickelte Problem des Völkerrechts kann an dieser Stelle nicht gelöst, die Frage, ob es eine Moral, ob ein Recht, ob ein Nichts sei, gewifs nicht so nebenher entschieden werden. Nur soviel ist wohl sicher, dafs die Verfasser ausführlicher völkerrechtlicher Arbeiten unter den genannten Autoren (also Wheaton, Amos, Creasy, Hall, Pomeroy) schon durch ihre juristisierende Terminologie von dem Drahtseil „positive Moral", worauf sie balancieren, in den Abgrund des Naturrechts hinabgezogen werden. Sie geben sich auch wenig Mühe, sich darauf zu halten, ignorieren vielmehr ihre Erklärung über die Moralnatur des Völkerrechts vollkommen und handeln dasselbe in jeder Beziehung so ab, als hielten sie es eben nur an der einen Stelle, wo sie die Definition geben, für Moral, vorher und nachher aber für internationales Naturrecht.

unter die naturrechtlichen mangelt es daher an einem zureichenden äufseren Grunde.

Bei den Niederländern scheint die Historische Schule den entschiedensten Erfolg gehabt zu haben. Während jener Zeit, da dieselbe in Deutschland um die Anerkennung ringt, erscheinen allerdings auch in der Heimat Hugo Grotius' noch einige naturrechtliche Schriften.[8] Es sind dies aber wirklich die letzten Anstrengungen der alten Richtun-

[8] So z. B. J. Kinker, Brieven over het natuurregt etc., Amsterdam 1823; G. de Wal, Over het bestaan etc. (vgl. oben S. 193 Note [27]) und Inleiding tot de wetenschap van het europesche volkenregt, Groningen 1835, S. 13 ff.; Anne den Tex, Encyclopaedia jurisprudentiae, Amstelod. 1839, p. 215 sqq.

gen, welche überdies eine recht energische Ablehnung erfahren.[9] Seitdem d. h. seit den letzten fünfzig Jahren hat dort das Naturrecht weder neue Verfechter, noch verjüngte Formen gewonnen: es ist, wenn wir von leichten Spuren im Völkerrecht absehen[10], aus der niederländischen Litteratur völlig verschwunden.

Das Gleiche könnte man von sämtlichen skandinavischen Völkerschaften sagen[11], wenn nicht gerade unter ihnen neuerdings der scheinbar längst erloschene Funke des Naturrechts plötzlich wieder mächtig — hoffentlich nur zu ephemerem Glanze — aufgeflammt wäre. Es ist nämlich in Schweden vor wenigen Jahren das umfangreichste aller Naturrechtssysteme erschienen, welche seit Chr. Wolfs profusem Werke jemals der Gelehrtenwelt vorgelegt worden.[12]

b. Weiter nach Osten blickend, entdecken wir bei den Finländern einen Spätling, der das Vernunftrecht Kants dem populären Verständnis näher zu bringen sucht[13], und

[9] Durch St. van Muyden, Essai sur les bases philosophiques du droit positif, Lausanne 1838, dessen apodiktische Sätze allerdings nicht durch irgendwelche einleuchtende Argumente getragen werden.

[10] Eine solche ist zu finden z. B. bei Den Beer Portugael, Het oorlogsrecht, 2. dr. Breda 1882, der das Völkerrecht in philosophisches und positives einteilt (S. 15 ff.) und auch bei Jitta, La méthode du droit intern. privé, La Haye etc. 1890, p. 58 et suiv., dessen *droit naturel* genau so wie die ähnlichen Kategorien Andrer von jedermann mit jedem beliebigen Inhalt versehen werden kann.

[11] Nicht ganz unbedenklich sind, an dem Mafsstabe meiner Definition des Naturrechts (S. 130 ff.) gemessen, trotz aller Polemik gegen das natürliche Recht die eigenen Ausführungen des dänischen Rechtsphilosophen F. Chr. Bornemann in seinem Foredrag over den almindelige Rets-og Statslaere (udg. ved Goos og Krieger, Kjobenhavn 1863, S. 39 ff.) und seinen Forelaesninger over den positive Folkeret (Blandede Skrifter udg. ved Goos og Krieger, Kjobenhavn 1866—1868, S. 217 ff., 225 ff.).

[12] R. Kleen, Försök till framställning i naturrätt och rättsliga förbegrepp, 4 Bde. Stockholm 1883—1885 bringt es auf gegen dreitausend Seiten gr. 8°, in denen an Natur- und Vernunftrechtlerei das Menschenmögliche geleistet wird.

[13] J. Ph. Palmén, Juridisk handbok för midborgerlig bildning, Helsingfors 1859.

bei den Russen wenigstens einige, wenn auch verhältnismäfsig sehr geringe Anzeichen des Einflusses verschiedener neuerer Schattierungen der Theorie von dem nichtpositiven Recht.[14] Namentlich ist es der Begriff des „philosophischen Rechts", der hier noch längere Zeit von Einigen für unentbehrlich gehalten[15] und, neben anderen Abarten der Naturrechtsidee, z. B. dem „notwendigen Recht", vorzugsweise in der völkerrechtlichen Litteratur kultiviert wird.[16]

[14] Goljzew, Über die Idee des natürlichen Rechts (in der russ. Zeitschr. „Russkaja Myssl" Jahrg XI Heft 3 [März 1890] S. 67 ff.) kommt zu dem Ergebnis, dafs es natürliche Rechte gebe, welche er seinerseits ausdrücklich anerkennt, obzwar sie jetzt „noch nicht dargestellt werden können"; er rechnet dahin das Recht auf leibliche und geistige Existenz, welche, wie er widerspruchsvoll sagt, wohl von geschichtlichen Bedingungen abhängen, aber doch immerfort die gleichen bleiben, u. s. w. — Über Spir, der allerdings als Russe geboren ist, aber eine ganz deutsche philosophische Bildung erworben und seine Bücher in deutscher Sprache veröffentlicht hat, vgl. S. 286 Note [15] und über Jarosch S. 194 Note [30].

[15] Roshdjestwenski, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, (russ. Petersburg 1863 z. B. hält die Pflichten, welche aus dem philosophischen Recht abgeleitet werden, für ebenso zwingend und erzwingbar wie die aus dem positiven Recht folgenden (S. 104). Im übrigen tritt er bei seiner Einteilung des Staatsrechts wie des Völkerrechts (S. 275 ff., 625 ff.) — warum nicht auch der andern Rechtsteile? — in positives und philosophisches Recht, welches letztere direkt aus der Natur der Staaten fliefst, in die Fufstapfen R. v. Mohls (vgl. oben S. 278 Note [2]). — Ein gewisser Einflufs des Hegelschen Vernunftrechts (vgl. oben S. 179 Note [8]) tritt bei Njewolin, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 2 Bde. (russ.) Kijew 1839 — 1840 (2. Ausg. 1857), hervor (z. B. § 9 ff., 1. Ausg. I S. 22 ff.).

[16] Hierher gehören namentlich Katschenowski, Kursus des Völkerrechts, (russ.) Charjkow 1863, S. 45 und Stojanow, Abrifs der Geschichte und Dogmatik des Völkrrrechts, (russ.) Charjkow 1875, S. 29, die beide ein „notwendiges Völkerrecht" konstruieren. — P. de Waxel, L'armée d'invasion et la population etc., Leipzig 1874 unterscheidet vom positiven das natürliche Völkerrecht, das aus der Vernunft, Gerechtigkeit und Moral fliefse (p. 4). Dann kann es doch nicht (p. 9) erst eine Errungenschaft der modernen Gesittung sein? — Eichelmann in den Nachrichten der Kijewer Universität, Jahrg. XXV Nr. 1 (Kijew, Januar 1885, russ.) S. 82 findet, man müsse das natürliche Völkerrecht, welches ein Teil des positiven sei, vom philosophischen unterscheiden. Also bilden wohl der andere Teil des positiven und das philosophische zusammen ein künstliches oder unnatürliches Völkerrecht?

Endlich, um diese Nation nicht gänzlich unerwähnt zu lassen, haben auch die Ungarn noch nach dem Durchbruch der geschichtlichen Rechtstheorie dem Naturrecht ihren kleinen Tribut dargebracht.[17]

Ist das Naturrecht todt und zu Grabe getragen? Gibt es wenigstens unter den Juristen keine Anhänger der Lehre von dem über oder doch aufser dem positiven dasciendem Recht mehr? Was auf diese Fragen zu antworten, lehrt die stattliche Reihe der im vorstehenden Abschnitt registrierten Männer, welche ihrer Meinung öffentlich Ausdruck gegeben. Und wie mag es wohl mit der Orthodoxie jener Unzahl Juristen bestellt sein, von deren Überzeugungen die Öffentlichkeit nie etwas erfährt? Wieviel stumme Gläubige des Naturrechts stehen hinter jedem redenden Bekenner?

Nicht ohne Beklemmung werfen wir jetzt die andere Frage auf: Wenn dies die mehr oder weniger vom Naturrecht infizierte Rechtsphilosophie des letzten halben Jahrhunderts ist — wo, in welchen litterarischen Werken möge wohl während dieses Zeitraumes die reine Philosophie des positiven Rechts niedergelegt sein? Die Antwort können wir uns eigentlich ersparen. Denn die gangbare Manier, Rechtsphilosophie zu treiben — richtiger: sich mit dem rechtsphilosophischen Bedürfnis abzufinden — ist, von ganz modernen Ausnahmen abgesehen[18], trotz des angeblichen Sieges der historischen Rechtstheorie auch während der zweiten Hälfte unsres Jahrhunderts stets die nämliche gewesen. Naturrecht und immer wieder Naturrecht! wie verschiedenartig auch die Gesinnungen und Absichten, wie mannigfaltig die Formen und Färbungen, wie abwechslungsreich die Namen und Verkleidungen sein mögen. Alle überhaupt denkbaren Tendenzen vom materialistischen Radikalismus bis zum romantischen Reaktionseifer, jede irgend ersinnliche Argumentationsart von der plattesten Alltagsvernünftelei bis zum tiefinnigsten Appell an die religiöse Erleuchtung der Auserkorenen, alle nur möglichen Redeformen endlich, die sich zwischen der offenen begeisterten Proklamation und der kunstvoll verschleierten Insinuation des Naturrechtsdogmas auffinden lassen, sind in dieser Litteratur vertreten.

Freilich auch alle Stufen des Einflusses und der Berühmtheit von den unsterblichen Werken weltbekannter Leuchten der Wissenschaft bis herab auf die todtgeborenen Geisteskinder *invita Minerva* schriftstellernder Dunkelmänner. Aber nicht sowohl auf den Ruf, als auf die Zahl der Autoren, nicht auf den Wert, sondern die Menge der Druckschriften kam es hier, wo der Formenschatz und namentlich die Verbreitung des modernen Naturrechts veranschaulicht werden sollte, an.[19] Ebendeshalb brauchte auch nicht

[17] Als eifrigen Anhänger eines Natur- oder Vernunftrechts bekennt sich Virozsil, Über die hohe Idee der Gerechtigkeit und den Einfluſs der Wissenschaft auf die Realisierung derselben im Staate (in d. Österreich. Vierteljahrsschr. f. Rechts- u. Staatswiss. XIV 1864) S. 104, besonders aber in der Encyklopädie und Methodologie des juristisch-politischen Studiums, Ofen 1852, S. 60 ff.

[18] Vgl. oben S. 25 ff. die Andeutungen über die Vorboten — noch nicht Begründer — einer neuen Rechtsphilosophie.

[19] Daſs jedes bedeutende wissenschaftliche Werk auch ein vielfaches Echo in populären Schriften weckt, ist selbstverständlich, und die etwaigen naturrechtlichen Ingredienzen eines solchen pflegen nicht gerade ein Hindernis in dieser Hinsicht zu bilden. Indessen konnte ich mir nicht denken, daſs jemand nach der Vorführung der immensen populären Naturrechtslitteratur Verlangen tragen könnte. Daher habe ich bereits an andrer Stelle (S. 233 ff.) es abgelehnt, dieselbe hier hereinzuziehen. Nur ganz beiläufig möchte ich darauf aufmerksam machen, daſs auch die auf Universitäten gebräuchlichen „Repetitorien der Rechtsphilosophie“ regelmäſsig — ich nenne z. B. die von L. H. Schmidt (Leipzig 1884) und S. Willkomm (Berlin 1891) — vom Naturrecht wie von einer felsenfest gegründeten Lehre reden und daſs ein so sorgfältig gearbeitetes Nachschlagewerk wie Meyers Konversationslexikon in vielen tausenden von Abdrücken den Wahn des natürlichen Kirchenrechts (4. Aufl. IX 1887 S. 769 Art. Kirchenrecht) und des Vernunft- oder Naturrechts im allgemeinen (4. Aufl. XVI 1890 S. 146 Art. Vernunftrecht) verbreitet. Übrigens deutet die an der letztgenannten Stelle gegebene kombinierte Definition — „Vernunftrecht (Naturrecht, philosophisches Recht), der Inbegriff der Rechtsgrundsätze, welche durch Nachdenken als die der Rechtsidee entsprechenden gefunden werden“ — auf einen wohlunterrichteten und vorsichtigen Verfasser.

auf die Einzelheiten der verschiedenen Naturrechtstheorien eingegangen zu werden.

Wer sich der Geduldprobe unterziehen und das Gedankengeflecht des einen oder anderen hervorragenden Autors in seine Bestandteile auflösen möchte, wird mit seiner Logik bald an gehäuften Fallacien, mit seinem ehrlichsten Bestreben, jenen zu verstehen, bald an der unüberwindlichen Dunkelheit scheitern. Klar zu irren ist bekanntlich auch eine Kunst. Aber je mehr man sich in die neueren Theorien vom nichtpositiven Recht vertieft, um so deutlicher erkennt man, dafs ihre Urheber in dieser Kunst keineswegs Meister sind. Soll dieses Recht neben oder über dem positiven ein wirkliches Recht sein? Soll es juristisch verpflichten oder nicht? auch dem widersprechenden positiven Recht zum Trotz? u. s. w., auf diese Fragen gaben die alten Natur- oder Vernunftrechtsphilosophen zumeist recht entschiedene Antworten. Viele der neueren dagegen scheuen sich, da sie nicht mit jenen über einen Kamm geschoren werden möchten, ihren im Grunde doch nur anders stilisierten Aberglauben einzugestehen. Sie haben sogar goldene Worte der Warnung vor dem Naturrecht, das hindert sie jedoch nicht, dem „Recht an sich“ oder dem „absoluten“ oder „philosophischen“ Recht anzuhangen; sie sprechen im Vorhof ihres Lehrgebäudes dem Vernunftrecht mit herben Worten das Leben ab, um es im vornehmsten Gemach als irgendein aus der „reinen Idee des Rechts“ entstammendes Prinzip vermummt und aufgeputzt andächtig zu verehren. Ja Viele geben sich ganz treuherzig für Anhänger der Historischen Schule aus. Aber da sie eine wahre Todesangst davor haben, zu den mifsachteten Positivisten — das sind natürlich lauter Sklaven des Gesetzes d. h. der Staatsallmacht, Materialisten, jedenfalls entsetzlich ideenlose Menschen! — geworfen zu werden, so müssen sie schon wohl oder übel einige Vervollkommnungen der historischen Rechtstheorie ersinnen, die schliefslich doch wieder nur adaptiertes Naturrecht enthalten. Wer wollte sich anheischig machen, alle die verwickelten Feinheiten dieser teils unbewufsten, teils verschämten Normal- und Idealrechtsphilosophien zu entwirren und ihre Urheber dem obigen Katalog einzuordnen?

Dort habe ich nur solche Schriftsteller aufgeführt, denen die Befangenheit in naturrechtlichen Gedanken ohne Umstände nachgewiesen werden konnte. Aufserdem gibt es aber noch sehr viele, die ihren heimlichen Wahn so geschickt dissimulieren, dafs der Nachweis nur mittels der weitläufigsten Auseinandersetzungen zu führen wäre. Ich könnte also meine Liste leicht verdoppeln und verdreifachen, mufs jedoch eine Übersättigung des Lesers befürchten und beschränke mich daher behufs Vervollständigung des Registers darauf, die beliebtesten Kunstgriffe der Abschweifung ins Naturrecht zu charakterisieren. Einige derselben werden allgemein, andere vorzugsweise in einzelnen Rechtsteilen geübt.

Da hat z. B. ein römischer Jurist einige Worte der Warnung über das Verhältnis von Recht und Regel geäufsert. Wie oft beruft man sich nicht noch heutzutage auf diesen Ausspruch, indem man dabei dem Begriff „Recht“ eine leichte naturrechtliche Färbung gibt und dem „blofsen Reglement“ die beanspruchte juristische Kraft entzieht![20] Ferner ist es nicht ungewöhnlich, dafs man dem „formell“ Rechtmäfsigen das „materiell“ gerechter Scheinende entgegensetzt. Dagegen läfst sich auch nichts einwenden. Wer wollte jedoch alle die Juristen herzählen, welche diese zulässige, aber immerhin auf der einen Seite von einem subjektiven Werturteil abhängige Entgegensetzung in der Weise auf die Mafsstäbe der Beurteilung übertragen, dafs sie nun

[20] Der bekannte Satz des Paulus (l. 1 Dig. de div. reg. j. ant. 50, 17) *„Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat“* wird, seitdem Portalis ihn in die Sentenz *„Le droit ne naît pas des règlements, mais les règlements doivent naître du droit“* umgeformt hat, namentlich von den französischen Juristen vielfach angezogen, um sich einer zweifelhaften Verordnung gegenüber auf einen anderswoher abgeleiteten Rechtssatz stützen zu können. Der so schwer zu definierende Unterschied zwischen „Reglement“ und „Recht“ verwandelt sich aber hierbei nicht selten in den Gegensatz zwischen positivem und eingebildetem „höheren“ Recht (vgl. auch unten § 14 Note [17]).

das formelle und das materielle „Recht“ d. h. wiederum nichts anderes als positives Recht und Naturrecht einander entgegensetzen? Viele verfahren noch summarischer: sie erklären diejenigen Bestandteile des formellen Rechts, welche ihren sittlichen Unwillen erregen, einfach für Unrecht. Dies wäre aber gewifs nicht möglich, wenn sie nicht zuvor hätten in ihrem Rechtsbegriff eine wunderbare Fusion des positiven mit irgendeinem gedachten Recht zu einem Recht *par excellence* vorsichgehen lassen, wobei das positive einen Substanzverlust erlitten hat. Was sodann alles unter dem Deckmantel angeblich „herrschender Prinzipien“, „anerkannter Grundsätze“, „mafsgebender Ideen“ u. dgl. m. von juristischen Gebilden, die gar kein Fundament in dem gerade in Frage stehenden Rechte haben, also aus Naturrechtsquellen stammen, in das geltende Recht hineingetragen wird, geht ins Unglaubliche. Endlich wird auch in den Ländern, wo mit dem sogen. gemeinen Recht längst alle Verleitung dazu verschwunden ist[21], noch immer vielfach naiver Weise das rein naturrechtliche Verfahren fortgesetzt, dafs man irgendwelche Begriffe oder Sätze unbestimmter Herkunft als „die“ Rechtsbegriffe oder Rechtssätze hinstellt und dann die entsprechenden Elemente des wirklich geltenden Partikularrechts als bedauerliche Abweichungen, womöglich als strikt zu interpretierende Ausnahmen behandelt.

Was die Litteraturen der einzelnen Rechtszweige betrifft, so wird mir jeder Specialist, sofern er meine Definition des Naturrechts billigt, für seinen Teil zugeben, dafs in dieser Hinsicht meine Register der naturrechtlichen Schriften bedeutende Lücken aufweisen. Ich überlasse es jedem, seinerseits die Litteratur seines Specialfaches in dieser Richtung kritisch zu durchmustern. Meinerseits möchte ich, statt ganze Reihen von Autoren zu citieren, mich wiederum auf einige allgemeine Andeutungen beschränken.

Die neueren Civilisten scheinen verhältnismäfsig weniger als die anderen Juristen zu naturrechtlichen Ausschreitungen zu neigen. Der Grund ist vielleicht nicht sowohl in

[21] Vgl. die Bemerkungen S. 134 Note [11] und S. 205 Note [8].

der strammeren Zucht ihres Denkens, als vielmehr darin zu suchen, dafs ihr Objekt eben verhältnismäfsig stabil ist und selbst ein phantasiereicher Kopf die unter modernen Verhältnissen möglichen Privatrechtsformen bald erschöpft sieht. Immerhin wird auch in diesem Gebiet einige Naturrechtlerei getrieben, nicht blofs insofern als noch immer Manchen die römischen Rechtsbegriffe und -Institute als „das“ Privatrecht, mithin gewissermafsen als absolutes Recht erscheinen, sondern auch indem vielfach auf die Quellenmäfsigkeit der Aufstellungen gar wenig Gewicht gelegt wird.[22] Aber nicht blofs den Civilisten, „um die unerträgliche Öde ihrer Systeme zu befruchten“[23], sondern auch den Socialpolitikern, welche die uralten Angriffe gegen die Eigentumsordnung und das Erbrecht erneuern, mufs ein über das konkrete erhabenes „Recht“ als ein bewährtes Kampfmittel dienen.[24] In einigen Abzweigungen des Privatrechts, namentlich im Handelsrecht und Wechselrecht, ist man schnell bereit, aus dem „Bedürfnis des Verkehrs“ eine ergiebige Rechtsquelle zu machen, u. s. w. Die Verkleidungen des Naturrechts weisen also auch im Gesamtbereich des Privatrechts, dem Hauptkampfplatz der Historischen Schule, noch immer eine gewisse Mannigfaltigkeit auf.[25]

[22] Ich kann mich hier auf Bekker berufen, der in seinem System des Pandektenrechts, Weimar I 1886, II 1890 wiederholt die naturrechtliche Behandlung verschiedener civilistischer Materien in der Gegenwart aufdeckt, so bei der Lehre vom Irrtum (II S. 26 ff.), von der Willenserklärung (II S. 56 ff.), von den Verträgen (II S. 87 ff.) u. s. w. B. sagt sogar, nachdem er soeben seine Bemerkung über Savignys Rückfälle ins Naturrecht (vgl. oben S. 120) wiederholt hat, ganz allgemein (I S. 40): „Weit bedenklicher, dafs jetzt gegen Ende des Jahrhunderts, wo kaum jemand sich als Anhänger der alten Naturrechtslehre oder als Gläubigen des absoluten Rechts bekennen möchte, in den Schriften der meisten und bekanntesten Theoretiker ein beträchtlicher Teil der Ausführungen auf dem naturrechtlichen Boden des einen wahren und allbeglückenden Rechts steht. Ferner, dafs unter unseren Juristen der Gegenwart wohl einige korrekt methodisch zu arbeiten pflegen, die meisten aber nicht.“ Vgl. auch die Stelle II S. 5.

[23] Vgl. die S. 112 Note [10] cit. Worte Gierkes.

[24] Vgl. S. 43 Note * und dazu § 6 S. 204 ff., bes. S. 209 ff.

[25] Es liegt die Annahme nahe, dafs die naturrechtliche Methode auf dem Gebiete des Privatrechts überall da entschieden an Spielraum verlieren

Die Begründer jener Schule haben das Strafrecht gänzlich vernachlässigt und die Kriminalisten ihrerseits die Tendenzen derselben stets verkannt. Letzteren schien es, als seien die Historiker jeder Fortbildung des Rechts grundsätzlich abgeneigt und deren Lehren vorzugsweise behufs theoretischer Rechtfertigung des Alten und Veralteten ersonnen. Infolge dessen ist innerhalb der strafrechtlichen Litteratur bis auf den heutigen Tag nur eine sehr geringe Einwirkung der historischen Methode zu verspüren.[26] Ja man kann be-

mufs, wo eine technisch nicht gar zu mangelhafte Kodifikation, einerlei wie dieselbe inhaltlich ausfallen möge, zustandegebracht wird und eine umsichtige Gesetzgebung den Anforderungen des Lebens stetig folgt. Hieraus ergibt sich nachstehende Bemerkung zur Beurteilung der eigentümlichen Lage der Stifter der Historischen Schule, insonderheit v. Savignys. In der gewifs nicht unbegründeten Befürchtung, ein systematisches Privatrechtsgesetz könnte gar zu willig die civilistischen Dogmen der Rationalisten seines Zeitalters adoptieren, opponierte v. Savigny dem Begehren nach Kodifikation (vgl. S. 203 Note 7). Wenn nun aber letztere unterblieb, so wurde eben die praktische Anwendung des kräftigsten Mittels gegen die Fortsetzung der Naturrechtlerei, in welche die civilistische Theorie und Praxis vielfach ausgeartet war, verabsäumt. Das heifst: die Historiker hatten einerseits eine Rechtstheorie im Sinne, welche dem leidigen Naturrechtsunwesen ein Ende machen und die positive Jurisprudenz zu Ehren bringen sollte, scheuten sich jedoch, den Haupthebel zur praktischen Überwindung des Feindes zu benutzen. Hauptsächlich diese Halbheit, welche den Zweck ohne das, allerdings zweischneidige, Mittel wollte, verhinderte den vollständigen Triumph, obwohl ein Teil ihrer Theoreme unangreifbar richtig ist. Sie hängt mit dem andern Teil derselben, nämlich den Überresten an naturrechtlich-subjektivistischen Elementen in den Ansichten der frühesten Historiker zusammen: durch ein erschöpfendes Gesetzbuch würde sofort ihre spiritualistische Theorie vom Gewohnheitsrecht mindestens gleichgiltig, ihre Lehre in betreff des Berufes des Juristenstandes als irrig erwiesen, ihre unklare Erhebung der Wissenschaft zu einer Art Rechtsquelle praktisch unschädlich gemacht worden sein. Vgl. weiter unten § 16.

[26] Vgl. R. Loening in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III bes. S. 251 ff. und dazu seine Anmerkungen bes. S. 362 ff. Derselbe setzt (S. 247 ff.) auseinander, wie fast die gesamte strafrechtliche Litteratur der letzten hundert Jahre ihr Hauptaugenmerk nicht auf die Erforschung des bestehenden Strafrechts, sondern auf die Ersetzung desselben durch ein neu und zwar nach subjektiven Ideen und Vorstellungen naturrechtlicher Art neu zu bildendes Strafrecht gerichtet hat. Er erhebt (S. 260 ff.) auch gegen die Kriminalisten der Gegenwart die ernstesten Anklagen ihrer Entfremdung

haupten, dafs sich die aprioristische Manier des Naturrechts in keiner Abteilung der Rechtswissenschaft ungebundener tummelt als im Strafrecht, obgleich doch kein Rechtsteil so ausschliefslich und in so ausreichender Weise auf Gesetze gestellt ist wie gerade dieser. „Die praktische Giltigkeit der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen läfst man ja unbestritten; allein zur wissenschaftlichen Bearbeitung und Beurteilung des positiven Rechts wie zur Ergänzung seiner Lücken hat man ein eingebildetes Idealrecht in Bereitschaft, mit der Tendenz, letzteres baldmöglichst an Stelle des ersteren zu setzen.“ [27] Prüfen wir doch nur unbefangen alle die doktrinellen Lehren des sogen. allgemeinen Teils auf ihr Verhältnis zu den gesetzlichen Regelungen und scheiden wir die sich als naturrechtliche erweisenden aus — es wird eine ansehnliche Menge sein. Und sind die immer wieder auftretenden Grenzbestimmungen zwischen Civil- und Strafrecht, wobei ohne Rücksicht auf die positiven Rechte kategorisch definiert wird, was „an sich“ strafbares gegenüber dem, was „an sich“ blofs civiles Unrecht sei, nicht auch Rudimente des naturrechtlichen Glaubens an *a priori* feststellbare Begriffsdifferenzen zwischen *a priori* giltigen Rechtsbegriffen?

Im öffentlichen Recht treten die naturrechtlichen Extravaganzen ohne Frage in ebenso grofser Menge und grellen Farben wie im Privat- und Strafrecht auf.

Dies gilt vor allem vom Staatsrecht. Die Thatsache, dafs auch die moderne staatsrechtliche Litteratur reichlich von Naturrecht durchwachsen ist, wird schon durch den Umstand halb und halb bewiesen, dafs die Publizisten einander unablässig die ärgsten Willkürlichkeiten vorhalten. Ihre Ursachen, die mehr äufserlichen formellen wie die inneren sachlichen, sind leicht gefunden.

vom positiven Recht und ihrer völligen Methodenlosigkeit wegen. Die überreichen Belege entnimmt L. gröfstenteils den systematischen Darstellungen. Wie mag es nun wohl in der monographischen Litteratur des Strafrechts aussehen?

[27] R. Loening (vgl. die vorige Note [26]) S. 372. Vgl. auch Merkel in ders. Zeitschr. I 1881 S. 554, 556 ff. und beispielsweise die oben S. 277 ff., 291 ff. cit. Strafrechtslehrer.

Gesetzgebung und Theorie des Privat- und Strafrechts werden durch eine reiche Kasuistik unterstützt; unzählige Rechtsfälle nötigen sie tagtäglich, die Begriffe und Lehrsätze nach allen Seiten zu wenden und allseitig zu beleuchten. Für den Bereich der staatlichen Einrichtungen dagegen bietet sich dieses unschätzbare Ausbildungsmittel der Gesetzgebungstechnik wie der Wissenschaft in weit geringerem Maſse dar. Die Unfertigkeit der Ersteren nötigt die Letztere vielfach zu freien Auslegungen und gewagten Konstruktionen. Auſser stande, den in kürzesten Zeiträumen sich wiederholenden radikalen Umgestaltungen der dem öffentlichen Recht zugrundeliegenden Ideen und Formen eiligst und doch selbstthätig zu folgen, erschöpft die theoretische Publizistik ihre Kräfte in dem Bemühen, das unter ihren Händen bald gewaltig anschwellende, bald ebenso schnell wieder einschrumpfende Material dem Streckbett der überkommenen Kategorien anzupassen. Und von woher hat die Staatsrechtstheorie ihren Grundstock an abstrakten Begriffen und Kategorien eigentlich? Von der zünftigen Naturrechtsdoktrin, die freilich nicht alles dazu Gehörige genial erfunden, sondern im Gegenteil fast Alles aus den öffentlichen Einrichtungen aller Zeiten und Länder zusammengerafft hat, deren staatsrechtliche Theorie immerhin als Ganzes so abstrakt und ungeschichtlich wie nur möglich war. Die Motive aber, nach denen der Prokrustes die Gliedmaſsen seines Opfers, des positiven Staatsrechts, im einzelnen Falle entweder verkürzt oder ausdehnt, gehören durchweg der Nährmutter aller aprioristischen Rechtsideen auf diesem Felde: der Politik, an.

Hiermit berühren wir die in dem Gegenstande des Staatsrechts selbst liegende Ursache der Erscheinung, daſs zahlreiche Gedanken und Beurteilungen, ja ganze geschlossene Doktrinen, die ohne Berücksichtigung oder gar unter Vergewaltigung des positiven Rechts concipiert sind, sich den äuſseren juristischen Habitus aneignen. Auf die gleichen Dinge wie das Staatsrecht bezieht sich auch die Politik; die nämlichen öffentlichen Einrichtungen, welche juristisch untersucht, können auch politisch betrachtet werden. Aber

die Grenzziehung zwischen diesen beiden Betrachtungsweisen ist so schwierig, daſs mancher Publizist sie überhaupt nicht zu finden vermag. Dann kommt in seinen Arbeiten natürlich die Jurisprudenz zu kurz. Er spricht vielleicht sogar dem Staatsrecht den strengen Rechtscharakter gänzlich und der Anwendung der juristischen Methode in diesem Gebiete alle Berechtigung ab.[29] Freilich ist es eine starke Anforderung an den Einzelnen, seine politischen Überzeugungen, Wünsche und Befürchtungen gegenüber den staatsrechtlichen Gebilden gänzlich zu verleugnen. Selbst wer die gröfste methodische Sicherheit und die hier doppelt schwierige Kunst der Seelenspaltung (vgl. S. 144) erworben hat, vermag doch kaum seine politischen Sympathien und Antipathien von seinem juristischen Denken fernzuhalten. Sie sind eben gar zu zudringlich. Wir brauchen nur einen Moment eine seitliche Gedankenreihe statt der schnurgeraden zu verfolgen, nur einen Augenblick vom Kompaſs Rechtsbegriff wegzublicken — und wir sind aus dem juristisch-objektiven in das politisch-subjektive Fahrwasser abgelenkt. Wenn wir z. B. das Ungerechte eines Zustandes nur ein wenig unklar d. h. als Unrecht empfinden, dagegen den Maſsstab der Kritik, nämlich das Recht wie es sein sollte, nur ein wenig zu scharf mittels juristischer Ausdrücke präzisieren, so haben wir die glattesten Übergänge aus dem geltenden zu dem als Recht nur in unsrer Idee lebenden Staatsrecht. Diese Übergänge vollziehen sich so schnell wie sich das Auslegen in Unterlegen verwandelt, und dafür, daſs sie häufig benutzt werden, sorgen schon die wechselreichen Anreize des politischen Lebens. War schon je Einer mit dem Ganzen und allen einzelnen Teilen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts vollkommen zufrieden? Versagte jemals die Phantasie dem, der nach einem besseren Staatsrecht suchte? Die Formen des

[29] Vgl. die gründlichen Untersuchungen von Stoerk, Zur Methodik des öff. Rechts, S. 76 ff. Auf die feine Streitfrage in betreff der Berechtigungsgrenzen der „publizistischen“ gegenüber der „juristischen“ Methode im Staatsrecht werde ich in der II. Abhandlung eingehen; hier war eine weit gröbere Vorarbeit zu verrichten.

Staates und der staatlichen Institutionen sind unerschöpflich und somit sind es auch die staatsrechtlichen Möglichkeiten. Findet man kein selbständiges Ideal, nun so gibt es doch jenseits des Wassers oder des Gebirges nachahmenswerte Vorbilder. Der Trieb des Bessermachens ruht nimmer — zum Heil der Menschheit. Er nimmt aber leider auf solche Subtilitäten wie den Unterschied zwischen dem Recht, das nun einmal gilt, und dem Noch-nicht-Recht, dessen Geltung erwünscht wäre, keine Rücksicht — zum Schaden unserer mit den allerempfindlichsten Begriffen arbeitenden Wissenschaft. Man hat schon einmal eine Staatsrechtsreception im grofsen Stil erzwungen, indem man die vorbildlichen Prinzipien solange für Recht ausgab, bis sie dazu wurden. Warum sollte man gegenwärtig dasselbe Mittel zur Erzielung der Reception im Kleinen verschmähen?[30] Weil heutzutage die Anforderung besteht, dafs solche Reception auf verfassungsmäfsigem Wege durch die Organe der Rechtsbildung vollzogen werde?

Dieses Hindernis ist keins, zum wenigsten nicht für den überzeugten Parlamentsrechtsdoktrinär. Denn dieser kann sich garnicht denken, dafs seine Ideen von Staat und Staatsregierung nicht bereits recipiert und im geltenden Rechte sanktioniert seien. Er geht überall von vorgefafsten Ansichten aus und macht daher mit der entsprechenden Auslegung der Gesetze erst da Halt, wo ein Paragraph ihm mit den unbiegsamsten Worten widerspricht — oft auch da noch nicht. Zur näheren Erklärung der Art, wie und zum Beweise der Thatsache, dafs es geschieht, zwei Beispiele für eins. Unter der „konstitutionellen Staatstheorie“ versteht die kontinentale Publizistik ein Ganzes bekannter Prinzipien, welche durch längeren und noch immer fortdauernden Austausch d. h. gegenseitige Reception seitens vieler Staaten zu den ihren gemacht worden sind, unter dem Ausdruck „das konstitutionelle Staatsrecht“ die jene Prinzipien umschreibenden Rechtsnormen. Nun sehe man aber einmal

[30] Vgl. zu diesen Bemerkungen das S. 205 ff. und S. 216 ff. Gesagte.

zu, wenn von parlamentarischem System und Budgetrecht, von Volksrechten und Recht des Widerstandes u. dgl. aus dem Gesichtspunkte des Staatsrechts eines ganz bestimmten Staates die Rede ist, wieviele der sich schlechtweg für Rechtsdogmen ausgebenden Sätze offenbar lediglich aus jener allgemeinen Theorie abgeleitete politische Glaubensartikel d. h. mit dem betreffenden Landesrechte verglichen eben Naturrecht sind. Wer wollte alle die staatsrechtlichen Schriften der letzten halbhundert Jahre registrieren, in denen dergleichen geschieht? Man würde vielleicht eher fertig, wenn man die übrigen, in denen es nicht geschieht, aufzählte! Ferner haben wir da beispielsweise eine Form der theoretischen Bearbeitung der Staatsrechte, die sich allgemeines oder philosophisches Staatsrecht nennt. Stellt man unter diesem Namen rein lehrhafte Verallgemeinerungen, die nicht mehr als dies sein wollen und demnach die beim Abstrahieren und Generalisieren unvermeidlichen Fehler als solche kenntlich machen, dar, so ist auch diese Form nicht so verwerflich, wie die strengen Juristen jetzt immer allgemeiner anzunehmen scheinen. Aber leider vindizieren sich derartige abstrakte staatsrechtliche Theoreme nicht selten die direkte Giltigkeit praktischer Rechtsgrundsätze für diese oder jene Staatengruppe, womöglich für die ganze Welt. Es ist nicht der Drang, das schier unendlich Vielfache der Erscheinungen wenigstens in Gedanken durch das Einfache zu ersetzen, kein methodisch sicheres Hochstreben in das Allgemeine und Allgemeinste, sondern oftmals die gewöhnlichste Tendenz, Politik im Gewande eines abstrakten Rechts, was sich in ihnen offenbart. Statt die flüchtigen staatsrechtlichen Phänomene aller Art in ihrer Totalität und hinter dem steten Wechsel dieser Dinge die fortschreitende Entwicklung zu erfassen, statt das Gleichartige aus den nach und neben einander auftretenden Erscheinungen herauszuziehen, pflegen ihre Urheber nur eine oder einige der Formen des öffentlichen Lebens festzuhalten, um diese nun als die normalen Konkretionen dessen, was sie sich als „die Staatsrechtsidee“ vorstellen, zu behandeln — die übrigen erleiden eine

capitis diminutio, weil sie jener „Idee“ nicht entsprechen. In manchen Ländern ist diese Species des Naturrechts, welche Normalstaatsrechte auf der Grundlage politischer Programme ausarbeitet, allerdings fast ganz aus der Litteratur verschwunden, in andern wird sie nach wie vor reichlich kultiviert.

Was endlich die mächtig aufsprieſsende Litteratur des Völkerrechts betrifft, so wird mir jeder Kenner derselben zugestehen, daſs sie von nichtpositivem Recht geradezu gesättigt ist. Kann es in diesem Rechtsteil, der nicht bloſs wie jeder andere seine Probleme hat, sondern selbst ein Problem ist, wohl anders sein? Wir sehen zwar das Lehrgebäude des Völkerrechts stattlich genug aufgeführt, keineswegs aber, daſs es auch solide juristische Fundamente hat und wie es juristisch überhaupt möglich ist. Und wenn auch die Autoren von einem Teil der völkerrechtlichen Lehrsätze alsbald nachweisen können, woher, aus welchen Rechtsquellen sie dieselben als gesetztes Recht gewonnen haben — ganze groſse Partien des üblichen Systems können dem prüfenden Inquirenten ihre juristische Illegitimität nicht verbergen. Ich erinnere nur an das Recht auf Verkehr, das Interventionsrecht, die Dogmen vom gerechten und ungerechten Kriege u. s. w., die samt und sonders aufserhalb der Rechtssphäre liegen. Die Züge des wirklichen positiven Völkerrechts aber sind vor lauter wohlgemeinter Retouche kaum zu erkennen! Man revidiere an der Hand meiner Definition von Naturrecht das so weit verzweigte Schrifttum, welches sich völkerrechtlich nennt, jedenfalls juristisch sein will, und sondere alle diejenigen Produkte aus, die ganz oder teilweise aus irgendeinem Naturrecht geschöpft sind, und man wird es dann billigen, daſs ich diese trockene Bibliographie zusammenzustellen unterlasse.

Es lieſse sich noch manche Andeutung darüber machen, wie in allen Disciplinen und über das ganze weite Rechtsgebiet hin gewisse Schlupfwege von dem unablässig andrängenden Naturrecht benutzt werden. Noch immer, wie einst, treibt „tropisches Recht unter dem unschuldigen Namen

der Analogie“[31] sein Wesen; noch immer möchte man der Natur der Sache eine Rechtsnorm abzwingen, die noch nicht da ist[32]; noch immer sucht ein „unordentliches und umherschweifendes Billigkeitsgefühl“[33] im Namen der Billigkeit das positive Recht zu paralysieren. Aber welchen Zweck hätte es, eine Sammlung aller der unter solchen Verkleidungen verdeckten Abstecher ins Naturrecht zu veranstalten? Selbst den nüchternsten unter den zeitgenössischen Schriftstellern aller Nationen und juristischen Fächer verwandelt sich nur zu oft bei der wissenschaftlichen Bearbeitung und Darstellung ganz bestimmter Rechte die Theorie eines Instituts unter ihren Händen, sie wissen selbst nicht wie, in ein theoretisches Recht, das sich nun als ein aristokratisches Recht der Wissenschaft dem noch nicht herauf- bezw. schon wieder heruntergekommenen praktischen Recht gegenüberstellt. Aber der gehörig belegte Nachweis aller Fälle dieser unwillkürlichen Art willkürlicher Rechtskonstruktion allein würde ganze Bände füllen.

Lassen wir meinetwegen alle diese generellen Supplemente bei Seite, soviel geht doch schon aus meinem Katalog namentlich aufgezählter Schriftsteller hervor, daſs aller Arbeit der Historischen Schule und ihrer Nachfolger zum Trotz das ideelle Recht noch immer seine magische Anziehungskraft

---

[31] Juristische Fragmente (vgl. oben S. 173 Note [2]) I S. 196. Über die im Strafrecht vorkommende Ausartung der Analogie in Naturrecht vgl. wiederum R. Loening in d. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III S. 269 ff.

[32] Vgl. Gerber, Das Prinzip des gem. deutschen Privatrechts, Jena 1846 S. 311 ff.: „Genau betrachtet, ist dieses Prinzip der Natur der Sache mithin kein anderes, als das des alten Naturrechts überhaupt; denn wenn auch bei dem ersteren scheinbar ein engeres, bestimmteres und deshalb sichereres Substrat angenommen wird, als die allgemeine Menschennatur, welche für das Naturrecht entscheidet, so heifst dies doch nur, daſs die Willkür der subjektiven Auffassung in einen kleineren Spielraum gedrängt worden, nicht aber, daſs sie gänzlich aufgehoben ist.“ Vgl. auch Gierke in der Deutschen Litteraturzeitung 1882 Nr. 33 Sp. 1192.

[33] L. E. W. Schmidt, Grundsätze des gem. und preuſs. Pfandrechts, Breslau 1840 S. V.

an einer erschrecklichen Menge Juristen und Rechtsphilosophen bewährt.[34] Und wieviele derselben haben als Hochschullehrer für ihre Theorien eine Generation bildsamer Hörer um die andere vor sich, die sich gern begeistern lassen, auch für den Glauben an ein „höheres“ Recht als das, dessen Erkenntnis sie zu suchen kamen!

Zumeist durch diese Beharrlichkeit der akademischen Lehrer und Schriftsteller wird die Spannung zwischen der pseudo-idealistischen Rechtsphilosophie, die sich von dem realen Recht des Lebens mehr oder weniger emanzipieren zu dürfen glaubt und dabei regelmäfsig ins Naturrecht gerät, und der realistischen Rechtsphilosophie d. h. der Philosophie des positiven Rechts aufrechterhalten. Nur an wenigen Punkten bricht indessen von Zeit zu Zeit ein kleines Gefecht zwischen den Parteien aus, um alsbald mit beiderseitiger Verkündigung des Sieges zu enden. Wer aber einsieht, wie verhängnisvoll der faule Frieden für die Entwicklung der Rechtswissenschaft ist, wird es billigen, dafs ich den Kampf gegen das Naturrecht aller Formen und Farben auf der ganzen Linie anfache.

[34] Zahlen beweisen. Eine flüchtige Schätzung nach vollendeter Drucklegung des vorliegenden Abschnittes ergibt für die letzten fünfzig Jahre rund 250 namentlich aufgezählte Schriftsteller, die als Urheber oder Anhänger naturrechtlicher Richtungen bezeichnet werden dürfen. Hiervon sind 182 (80 deutsche, 102 aufserdeutsche) Juristen, 68 (38 deutsche, 30 aufserdeutsche) Vertreter der Philosophie, der Staatswissenschaften u. s. w. Lasse ich diejenigen unter ihnen, welche schon vor dem Jahre 1840 solche Ansichten veröffentlicht hatten, etwa 33, aufser Anschlag, so kommen von den übrigen Naturrechtsphilosophen, die also sämtlich nach dem angeblichen Siege der Historischen Schule neu aufgetreten sind, 95 auf die Jahre 1840—1870, 60 auf die Jahre 1871—1880 und 62 auf die Jahre 1881—1891. Die Tendenz ist mithin mindestens keine fallende. Im Gegenteil, wenn man auch nur die von mir fast garnicht berücksichtigten Socialökonomen, die doch seit den letzten Decennien dem Naturrecht ein starkes Kontingent stellen, noch dem Register einordnen wollte, so wäre eine bedenklich steigende Tendenz erwiesen. Der Beweis meiner Behauptung (S. 233) ist jedenfalls voll erbracht.

Dritter Abschnitt.

Kritik des Naturrechts und Revision der historischen Rechtstheorie.

§ 13. Vorbemerkungen.

Der Ernst und die Hingebung, womit man in alten und neueren Zeiten nach dem Recht, dessen Dasein nicht auf geschichtliche Thaten der Menschen zurückgeht, geforscht hat, mögen heutzutage vielen Männern der Wissenschaft gänzlich unfafsbar sein. Sie werden daher die Aufforderung, ihre Zeit an eine ausführliche kritische Würdigung dieser Bestrebungen zu wenden, vielleicht für eine starke Zumutung halten. Ich kann ihnen nur die Erwägung der Frage empfehlen, ob man angesichts der soeben nachgewiesenen weiten Verbreitung naturrechtlicher Denkweise auch in juristischen Kreisen der Gegenwart die Gleichgiltigkeit der Sache in rechtswissenschaftlicher Beziehung für ausgemacht halten darf, solange eine gründliche Kritik der zahllosen Varietäten des Naturrechts nicht einmal versucht worden ist. Finden sie, ich schösse bei meiner Polemik wider das Naturrecht gleichsam mit Kanonen auf Kartenhäuser, so mögen sie doch nur abwarten, ob nicht deren Erbauer dagegen alsbald konstatieren werden, dafs die Uneinnehmbarkeit ihrer Feste wieder einmal durch einen er-

folglosen Angriff glänzend bewiesen worden sei. Und ist nicht am Ende unsere ganze allgemeine Rechtstheorie, wie sie zur Zeit so dasteht, nur ein Kartenhaus? Finden sie aber, ich brächte nichts wesentlich Neues gegen das Naturrecht vor, so bescheide ich mich zu der Bitte, dafs sie auch ihrerseits die bewährten Waffen schärfen und gegen den alten Feind mit den vielen neuen Gesichtern überall, wo sie auf ihn stofsen, benutzen mögen. Ich fürchte, es könnte andauernde heifse Arbeit geben.

Was hinwieder die heutigen Anhänger des ideellen Rechts in irgendeiner Gestalt, insbesondere diejenigen unter ihnen betrifft, die sich bereits öffentlich als solche bekannt haben, so kann ich kaum darauf zählen, dafs sie ihre bisherige Überzeugung samt allen Konsequenzen aufgeben werden. Es ist etwas zuviel auf einmal verlangt. Denn dies würde bedeuten, dafs sie nicht blofs den einen oder anderen schmückenden Zierat ihres rechtsphilosophischen Lehrgebäudes abtragen, sondern das letztere ganz und gar einreifsen müfsten. Ist das System in sich logisch ausgeführt, so ist es eben, sobald es den Naturrechtsbegriff bejaht, auch in allen seinen Teilen von Naturrecht durchsetzt.[1]

[1] Während die schulgerechten Autoren des Naturrechts zur Zeit seiner Alleinherrschaft einen erschöpfenden Kodex des absoluten Rechts nach dem andern publizierten, betreiben die Epigonen derselben das Geschäft nicht mehr in so grofsartigem Stil. Da sie nicht wie jene (vgl. S. 204 ff.) das geltende Recht in Masse auf doktrinärem Wege reformieren wollen, so fehlt ihnen das genügende Motiv dazu, ganze Systeme des Normalrechts zu ersinnen. Es sind daher verhältnismäfsig wenige noch lebende Denker — sie gehören zumeist den romanischen Nationen an — die ihre naturrechtliche Grundidee nach allen Seiten ausgestalten; die meisten üben die Naturrechtlerei blofs rhapsodisch, bei gelegentlichen Einzelfragen. Wenn sie doch ganz allgemein die Existenz eines ideellen Rechts behaupten, so geschieht das mehr, um sich für mögliche Fälle eine Rekursinstanz über dem positiven Recht offen zu halten oder den Schein philosophischer Tiefe zu erwecken, als um ein „Prinzip" anzugeben, aus welchem sich ein vollständiges System nichtpositiven Rechts entwickeln liefse. Ja die allermeisten würden in einige Verlegenheit gesetzt werden durch die Aufforderung, nun doch in Konsequenz des von ihnen gebrauchten, auf naturrechtliche Ideen hindeutenden Schlagwortes ein zusammenhängendes Lehrgebäude entsprechenden Inhaltes zu konstruieren. Dürfen sie sich weigern, den Weg zu gehen, den sie Andern zeigen? Sie vermeiden damit allerdings die Gefahr der Abgeschmacktheit, in welche alte (vgl. S. 163 Note [15] u. S. 173 Note [2]) und neuere (vgl. z. B. S. 253 ff. Note [25]) Naturrechtslehrer verfielen, indem sie ihre abstrakte Rechtslehre über den ganzen Umkreis aller überhaupt der rechtlichen Ordnung zugänglichen Dinge ausdehnten. Aber sie unterlassen damit nur etwas, wozu man sie logisch nötigen kann. Folgerichtig, wie sehr ihnen auch das massenhafte Produzieren von fiktivem Recht zuwider sein möge, wäre vielmehr die Nachahmung jener Vorbilder. Denn ein solches „Prinzip" ist eben von unheimlicher Zeugungskraft. Wer sich auch nur in einem einzelnen Punkte oder mit ein paar Worten zum Naturrecht bekennt, sei es indem er sich in einem einzelnen Falle auf irgendeine angebliche „Rechtsidee", ein „Rechtsprinzip" u. dgl. aufser dem positiven Recht beziehe, sei es indem er ganz allgemein den Begriff eines nichtpositiven Rechts bejaht, ist logisch genötigt, ein ganzes ideelles Rechtssystem für alle denkbaren äufseren Lebensverhältnisse der Menschen anzunehmen. Der Beweis der Geschlossenheit jedes Rechtskörpers, eines fingierten wie eines geschichtlich in die Erscheinung getretenen, wird später (§ 14 S. 371 ff., 393 ff.) eingehender geliefert werden. An dieser Stelle antizipiere ich nur den für meine kritische Beurteilung der Naturrechtsidee wichtigen Schlufs: obwohl heutzutage nur wenige Schriftsteller noch Gesamtdarstellungen des ideellen Rechts befürworten, die wenigsten dergleichen selber ausführen, sind doch alle, die auf irgendeine Weise die rechtliche Bedeutsamkeit eines solchen Rechts zugeben, so anzusehen, als wenn sie auf gehörige Fragen, welche die Theorie oder das Leben jederzeit an sie richten kann, ein System nichtpositiven Rechts vorzutragen bereit seien. Das heifst: der Kritik gegenüber kann sich kein Anhänger eines unabhängig vom positiven daseienden Rechts darauf berufen, dafs er ja nur gelegentlich die Existenz desselben zugestanden, keinen mit dem positiven Recht irgendwie konkurrierenden Dogmenkomplex aufgestellt habe, oder m. a. W.: die Kritik ist befugt, Alle, die sich irgendwie zu der Idee des nichtpositiven Rechts bekennen, als Autoren vollständiger ideeller Rechtssysteme zu behandeln.

Somit denke ich mir als empfängliches Auditorium meiner Kritik die Unentschiedenen, die sich wohl fortwährend von den Reizen einer angeblich idealistischen Rechtslehre angezogen fühlen, aber noch nicht daran berauscht haben.

In jedem Falle sind es ausschliefslich Juristen, deren Urteil in diesem Streite mafsgebend sein kann. Die zu kritisierenden Theoreme sind freilich, soweit überhaupt verständlich, auch dem gebildeten Laien verständlich, und ein

allgemeiner Begriff von dem positiven d. h. entweder durch ausdrückliche Satzung seitens autoritativer Mächte oder auf einem anderen Wege in Wirksamkeit gesetzten Rechts, darf auch bei Nichtjuristen präsumiert werden. Dagegen weder der Besitz der subtilen Unterscheidungen, auf welche hier vielfach zurückzugehen, noch der juristischen Logik, mittels welcher aus bereits feststehenden oder doch sofort festzustellenden gemeinsamen Voraussetzungen der juristische Paralogismus des Naturrechtsgedankens zu deduzieren ist. Durch grofse Worte ohne Rechtsgehalt, geistreiche Belenchtungseffekte ohne juristischen Lichtkern wird sich auch ein einigermafsen kritisch veranlagter Laie nicht blenden lassen. Die gröberen Fäden des Wortspiels, womit man fremdartige Vorstellungen an unsere Wissenschaft zu knüpfen sucht, wird er vielleicht auch noch wahrnehmen. Für die feineren dialektischen Künste jedoch derjenigen Autoren, welche das Naturrecht offen hinausweisen und doch wieder heimlich einlassen, mufs das Auge eigens geschärft sein. Sonst wird es überhaupt nicht, so genau man auch auf dieselben weisen möge, weder die Stellen wahrnehmen können, an denen mancher scheinbar schnurgerade ablaufende Gedankenfaden thatsächlich gebrochen ist, noch bemerken, dafs dieser Fehler durch wiederholte minimale Volumänderungen der versponnenen Begriffe bei Gleichklang der sprachlichen Ausdrücke bewirkt worden.[2] Selbst den gewiegtesten Juristen kostet es z. B. nicht selten einige Anstrengung, die Tragweite des formell giltigen Rechtssatzes nicht um seiner materiellen Verwerflichkeit willen zu verkürzen und vor keiner Konsequenz zurückzuschrecken, wenn sie nur keine juristische Absurdität einschliefst. Selbst dem Juristen fällt es nicht immer leicht, die Verbindlichkeit einer Rechtsnorm von der Verbindlichkeit einer positiven Sittenregel — worin besteht denn der Unterschied? — und beide Arten Verbindlichkeit wieder zu unterscheiden von der dritten, die dem Mafsstabe innewohnt,

[2] Ich erinnere hier an die Ausführungen in der „Einleitung“ S. 37 ff. und S. 63 ff., namentlich in betreff des Terminus und Begriffes Recht S. 43 ff. und S. 71 ff.

nach welchem man von irgendeinem höheren Gesichtspunkt die Geltungsberechtigung jener praktischen Lebensregeln beurteilt. Sollen doch, wie seit langem gelehrt wird, Rechts- und Sittennormen „Werturteile“ sein; aber auch die innere Güte jedes Rechtssatzes, jeder Sitte unterliegt wieder einem ethischen „Werturteil“ — und so steigert dieser Mittelsbegriff die in der Rechtsphilosophie herrschende Unklarheit, gegen die wir uns ohnehin mit unserer ganzen methodischen Fachbildung zu wappnen haben. Schliefslich wäre es ja ein von vornherein aussichtsloses Beginnen, wollte ich allen Laien den beharrlich nachwachsenden Naturrechtszopf abschneiden. Mögen sie sich immerhin mit sittlichem Schauder von dem abwenden, der ihre Illusionen nicht als wissenschaftliche Wahrheiten zu respektieren vermag. Die Fachgenossen hingegen möchte ich allerdings davon überzeugen, dafs die gesamte Jurisprudenz mit Einschlufs der Rechtsphilosophie in der denkbar weitesten Ausdehnung durchaus nicht nach einem irgendwoher kommenden Recht mit Begriffen, Sätzen und Ideen, die nicht streng positive Rechtsbegriffe, Rechtssätze und Rechtsideen sind, zu suchen hat oder, um den Satz umzukehren, dafs ein solches Recht, es nenne sich wie es wolle, nichts in der Jurisprudenz jeder Form und Stufe zu suchen hat.

Durch die Behandlung der Sache als ein wissenschaftliches Internum der Juristen wird mir die Kritik insofern erleichtert, als ich mich auf eine Reihe feststehender Voraussetzungen stützen und durch die blofse Hindeutung auf diese so manche widersprechende Annahme der Freunde des Naturrechts beseitigen, manche als bereits abgethane sogar ignorieren kann. Es wird trotzdem genug zu untersuchen übrigbleiben.[3]

[3] In betreff des Rechtsbegriffes mufs ich, wie es die Natur der hier untersuchten Kontroverse mitsichbringt, diese Voraussetzungen auf ein Minimum beschränken. Immerhin kann ich annehmen, dafs zur Zeit an das, was äufsersten Falles noch Recht genannt werden darf, seitens aller Juristen, auch der zu bekämpfenden Anhänger eines nichtpositiven Rechts, einige Anforderungen allgemeinster Art gestellt werden. Welche es sind, würde

Vor allem ist es eine schwierige Aufgabe, Theorien zu widerlegen, zu deren Rechtfertigung durch wissenschaftliche Gründe niemals Anstalten getroffen worden sind. Die anzugreifenden Beweise fehlen hier gänzlich. Wie die zünftigen Vernunftrechtslehrer schliefslich keine andere Stütze ihrer Postulate anzuführen wufsten, als dafs „jeder nicht gewissenlose Mensch", sofern er im Besitz aller Vernunftkräfte ist, oder „jedes nicht gar zu verdorbene Gemüt" sie ohne weiteres zugeben werde, so halten auch die späteren es lieber mit der angeblichen Evidenz als mit dem Beweis ihrer

scheinbar am einfachsten durch eine erschöpfende Definition des nach meiner Ansicht unter dem Worte Recht zu Verstehenden und Ausscheidung der bestrittenen Elemente zu ermitteln sein. Allein eine solche abgerundete Begriffsbestimmung bildet in meinen Augen ein schwieriges Problem für sich (vgl. S. 71 ff.) und müfste ohne eingehende Motivierung ihren Zweck verfehlen. Sie ist umsoweniger erforderlich, als der Hauptgegensatz resp. -Unterschied zwischen Naturrecht, d. h. nichtpositivem Recht gleichviel welcher Benennung, und positivem Recht sich gemäfs der Lehre der Naturrechtsphilosophen selbst wesentlich auf die Unabhängigkeit des ersteren von den Formen, in denen das letztere sich bildet, bezieht. Dafs diese Rechtsbildungsformen — nach der äufserst mangelhaften gewöhnlichen Einteilung: Gesetz im weitesten Sinne (vgl. S. 40 ff., 68 ff.) und Gewohnheit (vgl. S. 24, 84 ff.) — wiederum im einzelnen Gegenstand weitschichtiger Kontroversen sind, kommt dabei wenig in Betracht. Lasse ich nun alles, was die Vertreter eines nichtpositiven Rechts eben nicht als zum Wesen des, sagen wir: allgemeinen Rechtsbegriffes gehörig zugeben können, bei Seite, so bleiben mir etwa folgende Anforderungen übrig, von denen man sagen kann, sie enthielten das mindeste, was alle Juristen vom Recht fordern. Dasselbe soll doch unter allen Umständen Normen bezeichnen, die sich in irgendeiner Weise auf das praktische Handeln der Menschen gegen einander u. s. w. beziehen und von einer eigenartigen verpflichtenden Kraft sind (vgl. die kurze Inventarisierung des Rechtsbegriffes S. 81 ff.). Mit dieser Funktion ist mindestens soviel gesagt, dafs das Recht nicht blofs aus Empfindungen und Gedanken besteht, nicht etwas subjektiv Psychisches oder rein Verstandesmäfsiges bedeuten kann, sondern normativer Gedanke mit dem Triebe, sich in der Aufsenwelt durch die Menschen und an den Menschen zu bethätigen, ist. In diesem „Gelten" — und ein solches „Gelten" nehmen Alle für „das Recht", einerlei, was sie sonst darunter verstehen, in Anspruch (vgl. S. 402 Note [19]) — mit einer nur dem Recht eigenen Energie, die auch gegenüber dem widerstrebenden Meinen des Einzelnen statthat, ist ausgesprochen, dafs das Recht eine objektiv existierende

Behauptungen.[4] Wenn sie dann aber wenigstens die letzteren selbst unzweideutig aufstellen und einigermafsen klar formulieren wollten, so fände doch insoweit die Kritik feste Anhaltspunkte. Aber auch dies ist, seitdem man fühlt, dafs die verschiedenen erhabenen Rechtsideen keineswegs mit gläubiger Andacht, sondern ebenso oft mit feindseliger Skepsis betrachtet werden, durchaus nicht der Fall, wird von den Meisten sogar geflissentlich vermieden. Ich bin also genötigt,

Thatsache, ein Seiendes ist, das nur ist, sofern es wirkt, und aufhört zu sein, wenn es nicht mehr wirkt. In der That läfst sich ein Recht, das nicht als Motiv der Auslösung resp. Unterdrückung menschlicher Willenshandlungen dient, sowenig denken, wie ein Licht, das nicht leuchtet, oder ein Wind, der nicht weht (vgl. auch S. 80). Was diese, ich möchte sagen: physiologische oder dynamische Seite des fertigen Rechts betrifft, so kann wohl unter allen Juristen und Rechtsphilosophen stillschweigende Einigkeit vorausgesetzt werden (vgl. übrigens S. 363 ff. Note [5]). Dagegen wo das Recht herkommt, in welcher Weise es entsteht und vergeht, aus welchen Zeugnissen man auf Geltung und Inhalt eines Rechtssatzes zu schliefsen befugt ist u. s. w., darüber darf ich hier offenbar keine Ansichten aufstellen, ohne sie *in continenti* zu begründen. Denn darum, um die Rechtsquellen — ein schwieriger Begriff! — geht ja hauptsächlich der Streit zwischen denen, die nur positives, und denen, die noch ein anderes Recht anerkennen (vgl. S. 132 ff.). Was aber beiderseits unter positivem Recht (d. h. nach meiner Ansicht schlechthin Recht, vgl. auch S. 51 Note *) verstanden werden dürfe, darüber bedarf es keiner besonderen Einigung: ich acceptiere meinerseits — natürlich nur für den Verlauf dieser Kritik — den selben Begriff des positiven Rechts, den so ziemlich alle Naturrechtsfreunde selbst als den gegensätzlichen (vgl. S. 132) bezw. engeren im Auge haben, wenn sie ihre Thesen über das nichtpositive Recht formulieren.

[4] Hier blüht — um ein Wort anzuwenden, das einst Bentham zur Kennzeichnung der Moralphilosophie der Frau v. Staël und Benj. Constants erfunden hat — der reinste „Ipsedixitismus". Nicht allein, dafs den Leugnern des Naturrechts der Gegenbeweis gegen unklare Behauptungen auferlegt wird, den sie wohl oder übel schon deshalb übernehmen müssen, weil der Glaube an ein ideelles Recht auch ohne jede Begründung immer wieder neue Proselyten unter den Juristen gewinnt, er wird überdies von vornherein für unerbringlich erklärt. Mittels der eigentümlichen Wendung, dafs er die Bezweiflung des Naturrechts auf eine Stufe mit der Bejahung des Hexenwahnes stellt und demgemäfs die Beweislast verteilt, thut dies z. B. B. Schilling, Aphorismen u. s. w. (vgl. oben S. 119 Note [15] und S. 263 Note [40]) S. 20 — ein Orator nach dem Beispiel Ciceros (vgl. oben S. 156 Note [9]), nur dafs er von der Tradition seiner Kirche beengt ist.

erst meinerseits den Sinn und die Bedeutung ihrer verschwommenen Lehren zu fixieren. Man soll nicht sagen dürfen, ich hätte lediglich die äufseren Einkleidungen, die Worte und Formeln, in denen die naturrechtlichen Begriffe und Ideen sich einen unzureichenden Ausdruck verschafft haben, nicht deren Gehalt an Gedanken getroffen. Im Gegenteil, ich werde mich ausschliefslich auf diesen Gehalt einlassen, mufs aber dabei die Freiheit beanspruchen, selbst zu entscheiden, was blofse Schale und was Kern an den so mannigfach verhüllten Objekten meiner Kritik ist. Wo die Gedanken absichtlich oder unabsichtlich unklar ausgedrückt sind, werde ich sie doch möglichst scharf zu fassen, wo sie vorzeitig abbrechen, mufs ich sie im Sinne derer, die sie hegen, weiter zu denken versuchen. Dadurch werde ich mir, aller Wahrscheinlichkeit nach, von Manchem die vorwurfsvolle Entgegnung zuziehen, dafs er es so eben nicht gemeint habe. Vielleicht erklärt er, wie er es eigentlich gemeint hat, dann in Worten, die weniger mifsverständlich sind als diejenigen, welche ich vorläufig allein zu interpretieren habe. Was aber garnicht zu verstehen ist, das ist auch garnicht zu widerlegen.

Nun steht uns in den modernen Ansichten vom nichtpositiven Recht keine geschlossene Doktrin gegenüber. Wir haben da vielmehr eine ganze Reihe einander opponierender Theorien, von denen kaum eine einzige mehr eine folgerichtige systematische Durchführung erfährt. Fordert man, dafs ich nun jeden der zahlreichen Schriftsteller einzeln vornehme und beurteile? Eine so weitschweifig angelegte Kritik würde allerdings die ungeheure Zerfahrenheit der naturrechtlichen Lehrmeinungen noch gründlicher aufdecken als die blofse Aufführung derselben im vorigen Abschnitt, käme aber kaum von der Stelle, nie zu Ende. Die Idee des Naturrechts hat einen endemischen Charakter, seine Quellen und Formen sind unerschöpflich. Vernichtet man das Recht aus der Natur oder Vernunft des Menschen, so tritt das philosophische Recht auf; bekämpft man dieses oder irgendein absolutes, ewiges, unveränderliches Recht, so meldet

sich das ideale, das höhere Recht, um alsbald wieder von einem Recht an sich oder einem ethischen Recht abgelöst zu werden. Im Augenblick, wo die eine Maske ihm genommen wird, hat der Proteus bereits eine andere angelegt. Es bleibt mithin nichts übrig, als die bisher zutagegetretenen Species nach verschiedenen Gesichtspunkten zu ganzen Gattungen zusammenzufassen und zwar so, dafs in der Summe dieser letzteren auch jede möglicherweise noch in Zukunft erscheinende Abart des Naturrechts den wesentlichen Elementen nach bereits enthalten, folglich in der Kritik der bisherigen Erscheinungsformen auch jede künftige im voraus mitkritisiert ist.

Diese umfassende Aufgabe würde trotz der ermöglichten Vereinfachung nicht ganz befriedigend gelöst werden können, wenn sich nicht wiederum aus den sämtlichen koordinierten Naturrechtsgattungen gewisse wesentliche Bestandteile heraus ziehen und zu einem allgemeinen Naturrechtsbegriff konstituieren liefsen. In der That, je mehr man sich kritischen Sinnes in diese äufserlich so formenreiche Gedankenwelt versenkt, um so klarer erkennt man, dafs die Unterschiede zwischen den einzelnen Gattungen nur in nebensächlichen Zuthaten und unbegrenzt vermehrbaren Färbungen einiger Haupttheoreme bestehen, während die letzteren im wesentlichen durchweg die nämlichen bleiben. Schliefslich behaupten ja alle diese Rechtsphilosophen einunddasselbe: es gibt Agentien oder Potenzen, welche ein Recht hervorbringen, das mit dem positiven nicht durchaus identisch ist, oder anders ausgedrückt: es gibt Ideen, Prinzipien, Quellen, aus denen durch Denken Rechtsbegriffe und Rechtsurteile, die vom positiven Recht unabhängig sind, abgeleitet werden können (vgl. S. 140). Diese Begriffe und Urteile bilden den Stamm der Naturrechtsdoktrin, jene Ideen ihre Wurzeln. Gelingt es der Kritik, den Stamm zu entwurzeln, so hört er absterbend schon von selber auf, neue Äste, Zweige und Blätter zu treiben.[5]

[5] Es ist — dies wird man bereits aus meinem Versuch, die naturrechtliche Denkweise einigermafsen deutlich zu beschreiben (S. 130 ff.), und

Demnach hat sich die Kritik in erster Linie mit dem allgemeinen Begriff und der Begründung des nichtpositiven

den Excerpten aus den naturrechtlichen Schriften (S. 243 ff.) entnommen haben — unmöglich, mit kurzen Worten die Stellung meiner Gegner so zu umgrenzen, dafs sie den kritischen Angriffen gegenüber unbedingt stillhalten müssen. Unmöglich, weil die modernen Naturrechtsphilosophen selbst selten ein so prägnantes Bekenntnis über die in juristischer Beziehung zunächst relevanten Eigenschaften des von ihnen Gedachten aussprechen, dafs sie daran nicht mehr herumzudeuteln vermöchten; unmöglich, weil viele derselben sich durch diplomatische Redeweise bereits für alle Fälle die Ausrede, dafs sie den jedesmaligen bedrohten Standpunkt nicht einnähmen, gesichert haben (vgl. auch S. 237 ff.). Ihre Theoreme sind elastisch. Wo man sie drückt, weicht der vordringliche Teil nachgiebigst aus den Grenzen des Rechtsgebietes zurück; sowie der Druck aufhört, springt er wieder vor. Packt man sie mit fester Hand, so schlüpfen sie vollständig aus ihrer dünnen juristischen Haut heraus und retirieren mit der unschuldigsten Miene von der Welt in die Moral, die Politik u. s. w.; aber ehe man sich dessen versieht, dringen sie in einer neuen Hülle wieder in das Rechtsgebiet ein. Je bedrängter seit der Ausbreitung der historischen Rechtstheorie ihre Lage, desto gröfser ihre Elasticität und geschickter ihre Metamorphosen. Man wird einem modernen Naturrechtslehrer schwerlich das gänzlich unzweideutige Eingeständnis abzwingen: Alles, was ich hier in Form von Rechtsbegriffen, Rechtssätzen und Rechtsprinzipien vortrage, ist nur dem Namen nach juristisch, der Sache nach hat es nichts mit dem Recht zu thun; aber ebenso selten wird er voll und klar die Prätension aussprechen: Alles, was ich hier in Form von Rechtsbegriffen, Rechtssätzen und Rechtsprinzipien vortrage, ist auch der Sache nach vollkommen rechtsgiltig und -verbindlich. Das Müssen, Gelten, Sollen, das er seinen Dogmen und Ideen beilegt, darf er eben weder scharf als specifisch rechtliches, noch als rechtlich völlig indifferentes Müssen, Gelten, Sollen prädizieren. Es mufs beides sein und zugleich beides nicht sein. Die Geschichte des Naturrechts von Grotius bis auf die Gegenwart zeigt uns die mannigfaltigsten Versuche, das luftige ideelle Recht zu kondensieren und das feste positive Recht aufzulösen, bis beide gleich flüssige Stoffe zu sein scheinen, die man beliebig vermischen und wieder scheiden kann. „Die Vorschriften des Naturrechts", sagten die Autoren des sog. älteren Naturrechts, „müssen erfüllt werden." Ja, auch die Gebote der Menschenliebe, die Gesetze der Grammatik, die Regeln der vier Species „müssen" erfüllt werden! Ist dieses Müssen und das Müssen, welches im angeblichen natürlichen Recht, und das Müssen, das im formell verbindlichen positiven Recht liegt, einerlei oder zweierlei oder dreierlei Müssen? Die Unklarheit hat Keiner gehoben. Die Ratio-

Rechts als solchen, in zweiter mit den wichtigeren Abarten und Begründungsweisen desselben zu befassen, mit dem

nalisten des vorigen Jahrhunderts halfen sich auf die Weise, dafs sie ihre Rechtspostulate als „Wahrheiten" bezeichneten und ihnen „Geltung" beilegten, mit der verglichen die „Giltigkeit" des wirklich in Geltung stehenden Rechts als eine angemafste erschien. Auch hier oft äquivoke Ausdrucksweise, oft aber auch entschlossene Behandlung der Elemente des Naturrechts als veritable Rechtsbegriffe und Rechtssätze. Die Doktrinäre unseres Jahrhunderts liefsen gleichfalls die verschiedene deutbare „Geltung" nicht unbenutzt. Jedoch mochten die meisten von dem ihrem Vernunftrecht widersprechenden positiven Recht nicht mehr direkt aussagen, es sei gar kein Recht, während sie doch dem ersteren, damit es ein Ansehen habe, eine zweideutige Verbindlichkeit vindizieren mufsten. Daher erfanden sie das trotz seiner Geltung doch nicht wahrhaft giltige und das trotz seiner Nichtgeltung doch wahrhaft giltige Recht (vgl. auch S. 200 und S. 50 Note). Endlich genügten auch die dünnen Nebelwolken dieser Wortspiele nicht mehr, um die *partie honteuse* der Naturrechtsidee vor den Spüraugen der Logik zu verhüllen. Es galt also, noch dichtere Schleier aus feineren Wortgespinsten darüber zu decken. Diese entlehnte man der Ethik, welche immerfort mit den Begriffen „Sollen" und „Sein" in moralischer Hinsicht zu operieren hatte. Die einfache Wahrheit: das formell giltige Recht ist etwas Daseiendes — als solches eben Objekt der Rechtswissenschaft — und es umschreibt mit einer eigenartig befehlenden Gewalt das Sollen und Nichtsollen der Menschen in betreff ihrer äufseren Verhältnisse — diese einfache Wahrheit aber konnte kein Naturrechtslehrer, der sich hinsichtlich der Rechtsnatur seines ideellen Rechts bedrängt sah, gebrauchen. Dagegen gelang es und gelingt es noch heute manchem, aus dem „Sollen" des positiven Rechts, welches letztere ein „Sein" hat, und dem „Seinsollen" des eingebildeten besseren Rechts oder aber aus dem positiven Recht, dessen „Sein" ja offenbar nur ein „Sollen" ist, und dem ideell „Recht sein" der gleichfalls erst im Stadium des „Sollens" befindlichen besseren Normen u. s. w. ganze Ketten vieldeutiger Axiome zu flechten, die wohl juristisch und philosophisch klingen, aber weder das eine, noch das andere sind. Zumal die Hauptfrage: Ist das seinsollende Recht ein Recht, abgesehen von der sprachlichen Einkleidung? wird dabei nicht unmifsverständlich beantwortet. Es kommt auf diesem Wege nicht viel mehr heraus, als dafs das ideelle Recht zwar ein Recht, aber eigentlich kein Recht, trotzdem doch wieder ein Recht sei. Dies nennt man sehr selbstzufrieden ideal-realistische Rechtsphilosophie: realistisch, weil sie die Rechtsnatur des positiven Rechts nicht eskamotiert, idealistisch, weil sie auch die Idee irgendeines „höheren" Rechts nicht fahren läfst. Erntet man für das, was man also denkt, von einem Kritiker Lob, so streicht man dieses mit dem Bewufstsein, nicht so zu sein wie jener unterwürfige Ver-

nichtpositiven Dogmen- und Normenmaterial aber garnicht. Der Kritik gegenüber tritt der Gehalt an materiellen Rechtsgedanken, den die verschiedenen Richtungen und Schriftsteller ihrem ideellen Rechtsbegriff unterlegen, als vollkommen gleichgiltig zurück, hingegen in den möglichst hell zu beleuchtenden Vordergrund die prinzipielle Frage: Welche Bedeutung kann die Idee eines Rechts aufser dem positiven an sich, d. h. ohne Rücksicht auf ihren, bei jeder Metamorphose der angeblichen „Quelle" dieses Rechts wechselnden Inhalt, für die Jurisprudenz und Rechtswissenschaft haben?

Diese Kritik wird in zwei Hauptteile zerfallen. Im ersten ist die Unvereinbarkeit jedes nichtpositiven Rechts mit der thatsächlichen Existenz einer positiven Rechtsordnung zu zeigen: hieraus wird sich die vollkommene Leistungsunfähigkeit der Naturrechtsidee ergeben. In ihrem zweiten Teil aber weist die Kritik die Haltlosigkeit jedes nichtpositiven Rechts vom Standpunkt der Rechtsphilosophie nach: aus der Unvereinbarkeit desselben mit den thatsächlichen und

ehrer der gesetzgebenden Machthaber des Augenblickes, zufrieden ein; erfährt man aber von seiten eines andern Kritikers um der dualistischen Rechtslehre willen Tadel, so weist man denselben unter Anführung dessen, was man gesagt hat, zurück. — Gegen solche schillernde Weisheit im einzelnen zu polemisieren ist unmöglich. Hinter Phrasen, die nur des Wohlklanges wegen gesprochen werden, darf man keine scharf umgrenzten und klar auf einander bezogenen Begriffe suchen. Wo soll da eine Kritik ansetzen? Ferner kann man jemanden, der sich in einem Atemzuge mehrmals flagrant widerspricht, wohl auffordern, seine Ansicht etwas sorgfältiger zu durchdenken, bevor er sie drucken läfst, aber nicht widerlegen. Behauptungen endlich, welche kaum die Luft über der Jurisprudenz bewegen, gewifs nicht deren Domäne tangieren, können nicht ernstlich vom juristischen Standpunkt besprochen werden. Demnach bleiben alle die blendenden Redensarten, widerspruchsvollen Axiome und schüchternen Andeutungen über das Recht, das nicht Menschenwerk ist, hier auf sich beruhen (vgl. auch S. 360 ff. und weiter unten S. 402 Note [19]): die Kritik kann sich nur befassen mit der entschiedenen Behauptung eines nichtpositiven Rechts, das eben als Recht in einigermafsen deutlich bezeichneten Beziehungen zum Rechtsleben und positiven Recht stehen soll, also die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie in unmittelbarer Weise berührt.

begrifflichen Voraussetzungen alles Rechts wird die ganze Unwissenschaftlichkeit der Naturrechtsidee folgen.[6]

Nachdem ich so die Absurdität der Naturrechtsphilosophie jeder Art und Benennung dargelegt habe, will ich die aus naheliegenden Gründen hinausgeschobene Prüfung der Rechtstheorie, welche die Begründer der Historischen Schule vertraten, auf naturrechtliche Elemente folgen lassen und im Anschlufs daran den wahren Grundgedanken der historischen Rechtstheorie in seiner, dem Gesamtergebnis meiner Untersuchung gemäfs gereinigten Gestalt als das unerschütterliche Fundament aller echten Rechtswissenschaft und -Philosophie herausstellen.

I. Kritik des Naturrechts.

§ 14. Das Naturrecht und die positive Rechtsordnung.

Irgendetwas, was die in geordneten Gesellschaften lebenden Menschen auf zwingende Weise bindet oder doch zu binden beansprucht, ein Normenkomplex, der als das positive Recht bezeichnet wird, ist in Geltung, wird wenigstens ertragen. Diese Thatsache wagte selbst zur Zeit der absoluten Herrschaft des Vernunftrechts kaum Einer zu leugnen; und wenn er mit noch so herablassend verächtlicher Miene über das „blofs positive" Recht redete, setzte er doch seine Existenz und thatsächliche Wirkung voraus. Also: ein po-

[6] Es versteht sich von selbst, dafs ich zum Gegenstande meiner Kritik durchaus nur solche Annahmen machen werde, welche noch mehr oder weniger häufig in der (im vorigen II. Abschnitt angeführten) modernen Litteratur vertreten sind, obgleich ich nicht für jede Ansicht und jedes Dictum wieder die betreffenden Autoren sämtlich citieren kann. Um diesen kritischen Teil überhaupt nicht durch gar zuviele Citate, die auf den vorigen zurückverweisen, zu verunzieren, werde ich mich auf die unerläfslichsten beschränken und nehme hier ein- für allemal Bezug auf das Register, nach dessen Schlagwörtern auch die betreffenden Schriftsteller leicht auffindbar sind.

sitives Recht ist da. Nehmen wir nun, ohne weiter nach Gründen und Erklärungen zu fragen, an, die Behauptung der Naturrechtsphilosophen sei gerechtfertigt und es müsse ein Recht, das nicht in allem das positive Recht ist, statuiert werden. Auch dieses Recht bindet irgendwie, mufs wenigstens, wenn es sich nicht selbst aufgeben will, zu binden prätendieren. Also: ein nichtpositives Recht ist auch da. Sofort erhebt sich die Frage, welche Funktionen dem ideellen Recht angesichts des in der thatsächlichen Rechtsordnung funktionierenden positiven zukommen und wie sich diese beiden Rechte als zweierlei Normen über einerlei Lebensverhältnisse wohl mit einander vertragen mögen.

In irgendeinem „Verhältnis" müssen sie stehen, das verlangt schon der Gattungsbegriff Recht, unter den sie beide fallen sollen. Ist kein Verhältnis zwischen dem positiven und dem nichtpositiven Recht möglich, so mufs eins von ihnen den Anspruch, eine Species des Rechts zu sein, aufgeben und aus der Jurisprudenz weichen, für welche dann die andere Species allein übrigbleibt d. h. eben die Gattung selbst bildet.[1]

Die klassische Vernunftrechtsdoktrin hat die Verpflichtung, die Beziehungen zwischen den beiden Rechten anzugeben, eingesehen und demgemäfs einige Behauptungen in dieser Hinsicht aufgestellt.[2] Die moderneren Anhänger der

[1] Sowie man dessen sicher wäre, dafs unter Juristen und in juristischen Schriften, die rechtsphilosophischen eingeschlossen, der Gedanke an eine zweite Species des Rechts nicht mehr vorkommt, könnte man für das pleonastische „positives Recht" schlechthin „Recht" sagen; solange die Duplizität aber noch nicht gänzlich aufgegeben worden, ist jener Ausdruck unentbehrlich (vgl. auch S. 51 Note * und S. 361 Note 3). — Trotzdem ich nachweisen will, dafs die Annahme eines nichtpositiven Rechts, sobald man das positive Recht zugegeben hat, logisch unmöglich und praktisch unleidlich, also in der Idee selbst völlig verfehlt ist, werde ich doch im Folgenden den Ausdruck „Verhältnis" mehrmals in Beziehung auf die beiden Rechte gebrauchen. Es bietet sich eben kein andrer dar. Er soll also keinesfalls irgendeine wirkliche Relation zwischen den beiden Begriffen bejahen.

[2] Eine sehr allgemein gehaltene Übersicht derselben gibt Warnkönig, Rechtsphilosophie u. s. w., S. 5 ff. — Kant selbst hat sich allerdings nicht näher über das Verhältnis, in welchem nach seiner Ansicht die Rechtspostulate der Vernunft und das positive Recht zu einander stehen, ausgesprochen, wie er denn überhaupt die aus dem prinzipiellen Rechtsdualismus entspringenden, doch sehr aufdringlichen Probleme kaum beachtet hat (vgl. S. 405 Note). Seine nächsten Nachfolger (z. B. Höpfner, Naturrecht, § 1, 6. Aufl. Gieſsen 1795 S. 3; Hufeland, Lehrsätze des Naturrechts, § 49 ff., 2. Aufl. Jena 1795 S. 23 ff.; Hoffbauer, Naturrecht, § 4, 3. Aufl. Halle 1804 S. 5; E. F. Klein, Grundsätze der natürl. Rechtswissenschaft, Halle 1797 § 5 S. 33; v. Gros, Lehrb. der philos. Rechtswissenschaft u. s. w., § 59 ff., 5. Aufl. Stuttgart und Tübingen 1829 S. 35; A. Bauer, Lehrb. des Naturrechts, § 12 u. 29, 3. Aufl. Göttingen 1825 S. 14 u. 41 ff.; Meister, Lehrb. des Naturrechts, Frankfurt a. O. 1809 § 127 ff. u. 182 ff., S. 84 ff. u. 146 ff., u. A.) trugen doch wenigstens darauf bezügliche Behauptungen, wenn auch nicht immer ganz verständliche, vor. Vollkommen einig waren sie alle darin, dafs das Vernunft- oder Naturrecht subsidiarisch eintrete, falls die bürgerlichen Gesetze Lücken hätten oder es, wie namentlich für die internationalen Beziehungen, an einem Kodex gänzlich fehle. Wenn einige von ihnen (Hufeland, v. Gros, Bauer) meinen, das natürliche Recht diene auch zur leichteren Anwendung des positiven, so kann das wohl nur heifsen, dafs es über Kontroversen hinweghelfe. Gegen das „wirklich" bestehende Gesetz soll es freilich (meint z. B. v. Gros) nicht zur Anwendung kommen können, sodafs dem Naturrecht (wie auch Bauer zugibt) in praktischer Hinsicht stets die zweite Stelle oder auch gar keine Anwendung in Gerichtshöfen gebührt (bestimmt Schmalz, Handb. der Rechtsphilosophie, Halle 1807 S. 168, verworren und beständig sich selbst widersprechend Wendt, Grundzüge der philos. Rechtslehre, Leipzig 1811 S. 6–13). Da hätten wir also die auf das herrlichste ausgerüstete Armee in Parade, aber wehe uns, wenn wir uns auf sie verlassen — auf dem Schlachtfelde gehen ihre Gewehre nicht los! Um so gröfser erscheint bei den Übrigen der „Nutzen des Naturrechts", wie die Rubrik gewöhnlich lautet: es belehrt nicht nur jedermann über seine Rechte, namentlich die Inhaber der höchsten Gewalt über die ihren und das Volk über die seinen (Hufeland, Hoffbauer), sondern es bildet auch die Sanktion und Basis des positiven Rechts (Meister), ja bestimmt die Grenzen der gesetzgebenden Gewalt und folglich die Giltigkeit der positiven Gesetze (Hufeland), u. s. w. Dergleichen lakonische Aufstellungen schienen manchen Naturrechtsphilosophen denn doch näherer Erklärung zu bedürfen. Aber man sehe, was für unglaubliche Dinge z. B. Dresler, Über das Verhältnis des Rechts zum Gesetze, Berlin 1803, Schmelzing, Über das Verhältnis des sog. Naturrechts zum positiven Recht u. s. w., Bamberg u. Würzburg 1813, v. Droste-Hülshoff, Lehrb.

Idee von einem nichtpositiven Recht dagegen — abgesehen von gewissen Ausnahmen, zu denen vornehmlich die Fortsetzer

der älteren Richtungen gehören[3] — halten mit ihrer Meinung über das Verhältnis von positivem und nichtpositivem Recht vorsichtig zurück. Warum, liegt auf der Hand. Können sie doch so die Verantwortung für die Schlufsfolgerungen, welche sie mehr insinuieren als aussprechen, dem Leser zuschieben. Vielleicht denken auch die meisten ihren Gedanken nicht nach allen Seiten folgerichtig aus und ahnen selbst nicht die Konsequenzen einer dualistischen Rechtslehre. Es liegt auch nicht viel daran zu erfahren, was jeder einzelne Naturrechtsphilosoph unsrer Tage über die angeblichen Funktionen seines ideellen Rechts sagt und wie er möglicherweise die Brücke von diesem zum positiven schlägt. Vielmehr sind, damit die Kritik erschöpfend sein könne, die Möglichkeiten oder richtiger: die verschiedenen Arten der Unmöglichkeit in betreff des Verhältnisses der beiden Rechte zu einander,

des Naturrechts u. s. w., 2. Aufl. Bonn 1831 § 19, Stephan und Och (vgl. oben S. 245 Note [8]) in dieser Hinsicht mit der gröfsten Sicherheit vorbringen! Auch bei Costa, La vida del derecho (vgl. oben S. 329 Note [45]) I § 14 ff., S. 99 ff. ist die Unklarheit grofs.

[3] Hier wären z. B. v. Rotteck, Lehrb. des Vernunftrechts u. s. w., I, 2. Aufl. S. 94 ff. und Schilling, Lehrb. des Naturrechts u. s. w., I S. XIII, 36 ff. zu nennen. Ferner tritt die Funktion des nichtpositiven Rechts als „subsidiäres Recht“ noch ganz deutlich hervor bei den Deutschen Ahrens und Roeder (vgl. S. 252 ff. Note [25]), Adickes (S. 248 Note [17]) und Birkmeyer (S. 300 Note [30]), bei den Franzosen Oudot und Suliotis (vgl. S. 312 Note [4]), Ortolan und Pradier-Fodéré (S. 317 ff. Note [13]), dem Belgier Namur (S. 315 Note [9]) u. s. w., weniger deutlich bei v. Mohl (vgl. S. 278 Note [2]), Heffter (S. 284 Note [10]) und vielen Andern. Zustimmend müssen sich eigentlich Alle verhalten, die das Recht ihres Glaubens als Recht an sich (vgl. S. 279) oder als absolutes (S. 283), notwendiges (S. 284), universelles, ewiges (S. 286) bezeichnen. Mindestens einen „kritischen Mafsstab“ gegenüber dem positiven Recht bildet das ideelle Recht — aufser, wie selbstverständlich, für die meisten der soeben Genannten — noch für Vorländer (vgl. S. 245 Note [10]) und Rümelin (S. 247 Note [15]), ferner für Beaussire (S. 314 Note [8]) und de Folleville (S. 318 Note [14]), endlich unvermeidlicher Weise für alle Vertreter kirchlicher Richtungen (vgl. S. 258 ff., 319 ff, 325 ff.), für alle Anhänger des reinen oder philosophischen (S. 279), des wahren (S. 286) und des idealen Rechts (S. 288), sie mögen es offen eingestehen oder nicht.

soviele deren nur behauptet werden könnten, rein hypothetisch herauszustellen.[4]

Das ideelle Recht findet also den Platz besetzt durch das positive, welches die äufseren Lebensverhältnisse und Handlungen der Menschen thatsächlich regiert, soweit dies mittels abstrakter Normen möglich ist. Es mufs auf irgendeine Weise Stellung zu ihm nehmen. Die Kritik wird nachzuweisen haben, dafs jedwedes Verhältnis zwischen ihnen auf logisch unmöglichen Voraussetzungen beruht oder zu praktisch unerträglichen Konsequenzen führt, meist aus logischen wie aus praktischen Gründen gleichermafsen auf das entschiedenste bestritten werden mufs.

a. Gemäfsigte Naturrechtslehrer, die nichtpositives Recht statuieren und dabei die Autorität des positiven Rechts nicht beeinträchtigen möchten, legen dem ersteren den Beruf bei, nur das im positiven unbestimmt Gebliebene zu bestimmen, d. h. die angeblichen Lücken der Rechtsordnung auszufüllen oder im Streit um

[4] Ich kann mich natürlich nicht durch die Autoren zwingen lassen, alles was sie ein „Verhältnis“ zwischen ideellem und wirklichem Recht nennen, auch als ein solches kritisch zu behandeln. Welche absonderlichen „Verhältnisse“ sonst zu berücksichtigen wären, mögen folgende, beliebig vermehrbare Beispiele lehren. Nach Hegel, Grundlinien u. s. w., Zusatz zu § 3 (Werke VIII S. 26 ff.) verhält sich das Naturrecht oder philosophische Recht zum positiven wie die Institutionen zu den Pandekten. Ein schottischer Affiliierter der Krauseschen Schule, J. Lorimer, The institutes of law, Edinburgh 1872 (vgl. oben S. 332 Note [1]) p. 430 schlägt die Brücke so: was man den speciellen Teil des Naturrechts nennt, ist der allgemeine Teil der einzelnen positiven Rechte. Bei Roeder, Naturrecht u. s. w., 2. Aufl. I S. 37 ff. dagegen finden wir unter der Überschrift „Verhältnis des positiven Rechts zum Naturrecht“ die Anforderung, dafs — das erstere sich dem letzteren „nähern“ solle. Was wir aber unter der gleichen Rubrik bei Zoepfl, Grundlinien zu Vorlesungen über Rechtsphilosophie, Berlin 1878 S. 78 ff. lesen, nötigt uns unwillkürlich die Frage ab, ob nach diesem Grundrifs wirklich in der zweiten Hälfte des XIX. Jahrhunderts oder nicht etwa zweihundert Jahre früher Vorlesungen gehalten worden sind. Da steht z. B. von der *obligatio naturalis perfecta*, sie heifse *obligatio efficax*, falls sie im positiven Recht voll anerkannt, dagegen *obligatio restricta*, wenn ihr nur unvollkommene Rechtswirkung beigelegt, endlich *obligatio reprobata*, wenn ihr die Anerkennung des positiven Rechts ganz entgegen sei! u. s. w.

den Inhalt dieses Rechts die entscheidende Auskunft zu erteilen. Was damit stillschweigend vorausgesetzt bezw. ausdrücklich behauptet wird, ist aber logisch unmöglich.[5]

Kein Naturrechtslehrer kann das aus der Natur oder der Vernunft des Menschen, dem Ethos oder sonstwoher entnommene ideelle Recht mit gröfserer Bestimmtheit für ein richtiges Recht erklären, als indem er demselben unter anderem die Aufgabe, die vorgeblichen Lücken des positiven Rechts auszufüllen, zuweist. Aber er könnte auch kaum noch offener, als hierdurch geschieht, die Gedankenlosigkeit bekunden, welche die Voraussetzung seiner Gedanken über den Beruf des ideellen Rechts bildet.

Seine Voraussetzung ist, dafs das positive Recht Lücken habe. Er meint damit, es ereigne sich, dafs dieses Recht die Antwort versage auf Fragen, die entschieden Rechtsfragen sind, dafs es schweige auf die Fragen: Ist diese oder jene Handlung rechtmäfsig oder unrechtmäfsig? und welche Rechtsfolgen resp. Unrechtsfolgen soll sie haben? Fällt dieses oder jenes Verhältnis unter das Verbot des Rechts oder ist es im Gegenteil seitens desselben anerkannt? und welche rechtlichen Konsequenzen knüpfen sich daran? u. s. w. Und seine Behauptung ist, die im positiven Recht etwa nicht auffindbaren Auskünfte auf diese Fragen habe das Publikum, der Richter und jeder, der sonst darnach zu forschen Anlafs hat, in dem

[5] Wenn man das Naturrecht als ein blofses vorbildliches oder „ideales Recht" dem positiven gegenüberstellt, so ist dadurch die Autorität des positiven gleichfalls noch nicht angegriffen und etwas Unlogisches steckt auch in dem Begriff des „idealen Rechts". Es stände somit kaum etwas dem im Wege, dafs ich hier, nachdem ich das Naturrecht als „subsidiäres Recht" kritisiert haben werde, nun auch das Naturrecht als „ideales Recht" untersuche. Allein wenn erst einmal nachgewiesen ist, dafs die Verbindung des Begriffes „ideal" mit dem Begriffe „Recht" unzulässig ist, so kann man sich die Analyse des „Verhältnisses" des Naturrechts im Sinne von „idealem Recht" zum positiven überhaupt ersparen, und dieser Nachweis wird am besten in dem Abschnitte (§ 15 sub b) erbracht, der von den angeblichen Eigenschaften des Naturrechts handelt. Das Gleiche gilt von dem „theoretischen Recht".

ideellen Recht — selbstverständlich in dem, das er empfiehlt — zu suchen. Aber die Voraussetzung ist falsch: das positive Recht hat überhaupt keine Lücken; und die Behauptung ist irreleitend: das ideelle Recht kann nur durch Täuschung aus dem Bereich der subjektiven Vorstellungen in den der objektiv funktionierenden Normen dringen. Die freundliche Aushilfe, welche es dem positiven Recht verheifst, findet also niemals Gelegenheit sich zu bethätigen, wenn doch, so verwandelt sie sich in feindliche Zudringlichkeit. Das soll sogleich nachgewiesen werden.[6]

[6] Wider die alte und nicht blofs von naturrechtlicher Seite, sondern auch von positiven Juristen vielfach geäufserte Ansicht, dafs das positive Recht Lücken habe, richten einige neuere Autoren ihre meist allzu kurzen und daher nicht vollkommen aufklärenden Gegenbehauptungen. Nach L. v. Rönne, Das Staatsrecht der preufs. Monarchie, (3. Aufl. I, 1 Leipzig 1869 § 65 S. 414 Note 2) 4. Aufl. 1881 I § 118 S. 640 Note 5 gibt es „allerdings Rechtsfragen, über welche sich die geschriebenen Gesetze nicht aussprechen; aber das Recht wird dadurch nicht lückenhaft. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft und der Juristen besteht keineswegs blofs darin, die geschriebenen Gesetze auf die Fälle, welche darin ausdrücklich entschieden sind anzuwenden, sondern hauptsächlich darin, für die Fälle, hinsichtlich deren es an einer solchen ausdrücklichen Bestimmung fehlt, nach den Prinzipien des allgemeinen (?) Rechts zu entscheiden, sodafs für jede streitige Frage eine Entscheidung gefunden werden mufs". Etwas specieller bemerkt Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preufs. Verf.-Urk., (aus d. Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl. in Preufsen) Berlin 1871 S. 75, man dürfe eine Lücke in der Verfassungsurkunde nicht verwechseln mit einer Lücke in der Staatsverfassung, welche letztere ein undenkbarer Begriff sei; Gesetze könnten lückenhaft sein, die Rechtsordnung selbst aber sowenig eine Lücke haben wie die Ordnung der Natur. Hierauf kommt L. nochmals in seinem Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl. II Freiburg 1891 S. 1042 zurück. Ihm stimmt auch H. A. Zachariae in den Gött. Gel. Anz. 1871, St. 10 S. 375 zu. Ferner jetzt Bornhak, Preufsisches Staatsrecht, III Freiburg 1890 S. 598: „Richtig ist, dafs ein Gesetz eine Lücke haben kann ..., aber Lücken der Rechtsordnung selbst sind undenkbar. Ebensowenig wie der Richter die streitenden Parteien mit dem Bescheid entlassen kann, er finde nichts in den Gesetzen, was auf ihren Fall passe, ist ein solcher Mangel im öffentlichen Recht möglich" (somit wird B. wohl seine das. I 1888 S. 102 ausgesprochene Ansicht, dafs die „Analogie" dazu bestimmt sei, „Lücken des positiven Staatsrechts" zu ergänzen, aufgeben oder im Ausdruck ändern

Wenn man einmal von der quantitativen Insuffizienz des positiven Rechts nicht ablassen will, dann sollte man doch wenigstens in der Vorstellung zwei wesentlich verschiedene Fälle derselben auseinanderhalten, in denen Lücke zwei verschiedene Bedeutungen hat. Das eine Mal bildet

müssen). Auch ich habe mich einmal beiläufig gegen das Unlogische des Verfahrens, Lücken im Recht anzunehmen, trotzdem man sie alsbald durch Ausfüllung mit ganz homogenem Recht wieder weggeschafft denkt, ausgesprochen im Archiv f. öff. Recht, VI 1891 S. 160. Wiederholt hat sich Brinz über die Frage geäufsert. In seinem Lehrb. der Pandekten, § 32 (2. Aufl. Erlangen 1873 S. 129, 3. Aufl. 1884 S. 150) finden wir die Worte: „Lücken, die namentlich die Analogie ausfüllen soll, existieren im Rechte überhaupt nicht“ und eine Verweisung auf seine Auslassungen in der Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. u. s. w. XV 1873 S. 164. Daselbst heifst es nun, das Recht habe einen *horror vacui*; es gebe keinen rechtlosen Raum im Recht, und da, wo jemand eine Lücke im Recht zu erblicken vermeine, bestehe eine Lücke lediglich auf Seiten des nach dem Recht Suchenden. Hiermit hat B. gewifs das Richtige getroffen. Denn sobald der Suchende, gleichviel mit welcher Anstrengung, die Rechtsentscheidung gefunden, bestehe sie auch nur in der Auskunft, dafs das Recht mit Fragen wie die im konkreten Falle zu erledigende garnichts zu thun habe, schliefst sich ja die angebliche Lücke. Nur, glaube ich, ist es zweckmäfsig, wenn wir von Handlungen u. s. w., hinsichtlich welcher das Recht sich absolut gleichgiltig verhält, annehmen, sie lägen aufserhalb des Rechts, also im „rechtsleeren Raume“ (vgl. S. 375 ff.). Wenn wir auf letzteren Begriff verzichtleisten, erstrecken wir vor allem das Rechtsgebiet so ungeheuer weit, dafs uns die Deckung seiner Grenzen gegen die Naturrechtler — die ja nicht blofs das positive Recht inhaltlich verfälschen, sondern grofse Mengen rechtsfremder Materien dem Recht aufdrängen möchten — ungemein erschwert wird; sodann nehmen wir damit manchen schwierigen Verhältnissen, wobei es sich um das historische Nach- und räumliche Nebeneinander der Rechtsnormen handelt, die Anschaulichkeit (vgl. S. 377 Note [7]); endlich geben wir mit jenem Begriff eine der wichtigsten Voraussetzungen auf, von deren deutlicher Erfassung die scharfe begriffliche Abgrenzung des Rechts selbst gegen ebenso „positive“ praktische Regeln andrer, aber teilweise dem Recht zum Verwechseln ähnlicher Natur (vgl. S. 378 Note [8]) abhängt. — Gegen die Naturrechtslehrer benutze ich die Andeutungen der genannten Juristen und die Anregungen der wunderbaren Stellen in v. Jherings Geist u. s. w. I § 3 (4. Aufl. S. 31 ff.) — Stellen, die jedermann, bevor er über das Recht eine „philosophische“ Meinung äufsert, auswendig kennen sollte — lediglich, um die subsidiäre Anwendbarkeit nichtpositiven Rechts bei angeblichen Lücken des positiven zu entkräften, mithin zu einem beschränkten Zweck. Wenn auch von Seiten vieler der solidesten unter den posi-

das hinzugebrachte Recht eine ausdehnende Ergänzung des angeblich unvollständigen Rechtssystems, das andere Mal nur eine stellenweise Ausfüllung ohne Erweiterung der äufseren Grenzen des Rechts. Mithin ist der Unterschied, wie sich sogleich zeigen wird, der von Supplement und Komplement.

Im ersten Falle knüpft die den Mangel entdeckende Betrachtung nicht sowohl direkt an das Recht, als an die Thatsachen an, welche ihrer Natur nach dem Recht unterworfen werden könnten. Diese sind, gemäfs dem Rechtsbegriff (vgl. S. 81), insgesamt die Handlungen, Zustände und sonstigen „äufseren“ Verhältnisse der Menschen. Nun hat es aber noch niemals ein positives Recht für notwendig und zweckmäfsig gehalten, die Totalität der möglichen Rechtsstoffe in seinem persönlich-räumlichen Gebiet auch wirklich zu regeln, vielmehr läfst jedes eine Menge derselben beiseite. Also den Umfang seines konkreten Bereiches durch Anordnungen, welche sich über Haben und Nichthaben, Dürfen und Nichtdürfen, Gewährt- und Abgesprochensein u. s. w. ergehen, selbst bestimmend, entscheidet das einzelne Recht implicite hinsichtlich des Restes, dafs darüber rechtlich nichts verordnet sein soll. Indem wir uns dies vergegenwärtigen, ziehen wir in Gedanken innerhalb der an sich juristisch regelbaren Thatsachenwelt nach Mafsgabe des betreffenden positiven Rechts eine geschlossene Demarkationslinie: diejenigen äufseren Verhältnisse und Handlungen, welche sie einschliefst, sind Stoffe eben dieses Rechts, alle anderen, wie stark sie auch nach rechtlicher Normierung verlangen sollten, fallen in den rechtsleeren Raum.[7] Hier herrscht die Willkür,

tiven Juristen die Möglichkeit von Lücken in dem auf das knappste umgrenzten Gebiete des positiven Rechts angenommen wird, während die soeben aufgezählten sie bestreiten, so müssen die Gründe dieser Differenz in der Verschiedenheit der Auffassung von den Leistungsgrenzen des Rechts liegen. Dem weiteren Zwecke, die mehrfachen Differenzpunkte den streitenden Teilen wenigstens zum deutlicheren Bewufstsein zu bringen, sollen die kurzen Bemerkungen in der Note [10] S. 383 ff. dienen.

[7] Die Region derjenigen Thatbestände, welche zwar auch äufsere Verhältnisse und Handlungen der Menschen umschliefsen, von welchen aber das Recht nur aussagt: Ich mag mit ihnen durchaus nichts zu thun

das reine Belieben im juristischen Sinne, genauer: im Sinne des zur Zeit *in concreto* mafsgebenden Rechts, da erfahrungs-

haben, ist für die Jurisprudenz, sofern sie sich mit der Herausstellung von Rechtssätzen befafst, so unergiebig, dafs sie dieselbe ohne Schaden als „leer" betrachten kann. Es liegen eben keine juristischen Realien darin. Deshalb möchte ich den Satz Brinz' in seiner Rektoratsrede: Über die Zeit im Recht, München 1882 S. 5: „Wie für die Luft in der Natur gibt es für das Recht im menschlichen Leben und Treiben kein Vacuum" nicht zu energisch betont sehen. Denn er behauptet mehr, als dafs es innerhalb der von dem betreffenden positiven Recht grundsätzlich in seinen engeren Herrschaftsbereich, wo auch das nicht Gebotene, sondern blofs Erlaubte den Charakter einer Rechtsgewährung erhält, gezogenen Dinge keine Vorkommnisse geben könne, über welche das Recht schwiege (vgl. die vorige Note [6] S. 373); er behauptet, positiv ausgedrückt, die an sich möglichen Rechtsstoffe des betreffenden Rechtskreises seien insgesamt auch wirklich durch sein Recht geregelt. Hierin sehe ich eine Verkennung der technischen Bedeutung des Begriffes des rechtsleeren Raumes für die Rechtstheorie. Tagtäglich nämlich treten Thatsachen — „äufsere" Handlungen, Verhältnisse, Zustände u. s. w., daher „an sich" offenbar geeignete Stoffe der Regelung durch Rechtsnormen — in Hülle und Fülle auf, hinsichtlich deren die seltener ausdrückliche, meist irgendwie zu erschliefsende Erklärung der Rechtsquelle dahin lautet, dafs sie darüber keine Rechtsnormen aufstellen wolle (eine nähere Bestimmung, die an dieser Stelle die Durchsichtigkeit der Darlegung beeinträchtigen würde, folgt unten S. 385 Note [10], sub 4). Hiermit scheidet sich aus der immensen Menge der Privatsachen ein verhältnismäfsig kleines Quantum als Privatrechtssachen aus der Gesamtmenge der öffentlichen Angelegenheiten ein Teil — im Rechtsstaate allerdings der weitaus gröfste — als öffentliche Rechtsangelegenheiten aus. Den Rest könnte man, wenn das Wort nicht leider so vielfach mifsbraucht worden wäre, zusammenfassen zu einem Gebiet der reinen „Freiheit", um welches die Rechtsordnung zwar die Grenzen absteckt, jedoch unter Ablehnung jedes Urteils der Billigung wie der Mifsbilligung des Freiheitsgebrauches, namentlich also unter Vermeidung aller Verheifsungen und Bedrohungen, aus denen ein specifisches Urteil nach den Kategorien der Rechtmäfsigkeit resp. Unrechtmäfsigkeit gefolgert werden müfste. Auf dieses Gebiet des reinen Beliebens (vgl. Note [8] S. 378) äufsert das Recht keine unmittelbaren, sondern blofse Reflexwirkungen: es ist ein rechtsleerer Raum. Wenngleich nun diese kurze bildliche Bezeichnung der Vorstellung nicht recipiert ist, mit der Vorstellung selbst arbeitet die Rechtslehre thatsächlich in den mannigfachsten Beziehungen — leider ohne rechtes Bewufstsein von ihrer technischen Leistungsfähigkeit und Unentbehrlichkeit. Darüber wäre viel zu sagen. Doch mufs ich der Versuchung, an dieser Stelle nähere Aus-

gemäfs jene Demarkationslinie sich überall und beständig verschiebt, mitunter indem das Recht ausdrücklich bisher

einandersetzungen zu geben, widerstehen und mich auf ein paar Andeutungen beschränken. Wenn wir die geschichtliche Entwicklung des Rechts betrachten, bildet nicht eine Hauptsache daran das Sichausdehnen und Sichwiederzusammenziehen der Rechtsordnung, das Weiter- und Engerwerden der Freiheit und Unfreiheit? Nun wohl: einen Hauptgegenstand des unablässigen Ringens politischer Parteien und socialer Klassen bildet immer mit die Abgrenzung dieser beiden Sphären d. h. der Verlauf der Grenzlinie zwischen dem Rechtsgebiet und dem rechtsleeren Raume. Wenn wir aber mehrere geographisch getrennte Rechtssysteme mit einander vergleichen, fällt uns, aufser den Verschiedenheiten in betreff des materiellen Inhaltes der den nämlichen Stoff behandelnden Rechtsnormen, nicht auch auf, dafs mancherlei Verhältnisse u. s. w. hier zwingenden Gesetzen, dort nur nachgiebigen Formen der Sitte, in einer dritten Gemeinschaft gar keiner beschränkenden Lebensregel unterworfen sind? Nun wohl: es ist eben die Grenzlinie zwischen dem Rechtsgebiet und dem rechtsleeren Raume überall gar verschieden gezogen. Allerdings kommt in jeder Hinsicht alles auf die Höhe der Abstraktion an, welche man den zur Darstellung ausgewählten und verwendeten Begriffen gibt. Fafst man alles Recht wesentlich als Schutznormen für sog. Rechtsgüter auf und reduziert die letzteren auf einige wenige, wie z. B. Leben, Gesundheit, Ehre, Eigentum, Freiheit — ja, dann verblafst der Scheidestrich zwischen Rechtsgebiet und Nichtrechtsgebiet und das letztere fällt als eine immense Erweiterung dem Bereich der „Freiheit" zu. Und die Folgen? Aus dem zünftigen Vernunftrecht sind wir doch ein- für allemal darüber belehrt, was der also deformierte Freiheitsbegriff für Jurisprudenz und Rechtsphilosophie ist: kein Begriff mehr, sondern ein unförmliches Behältnis, dem jeder Zauberer ein anderes wunderbares „Urrecht" entnehmen kann! Nur auf eins will ich noch die Aufmerksamkeit richten. Wenn wir nicht den Begriff des rechtsleeren Raumes zu Hilfe nehmen, werden wir nie einen brauchbaren Begriff des subjektiven Rechts, den doch alle Juristen immerfort im Munde führen, konstruieren können. Vor allem müssen wir zu diesem Zweck jenen rechtsleeren Raum mit all den dahingehörigen Arten von Handlungen ohne jeden juristischen Charakter, überhaupt allen *res merae facultatis* beiseiteschieben. Dann werden wir nicht mehr darüber streiten, ob es ein subjektives Recht sei, eine blaue Weste zu tragen oder am Sonntage spazieren zu reiten oder einen Brief auf der letzten Seite des Bogens zu beginnen. Der juristisch brauchbare Begriff des subjektiven Rechts kann nur im engeren Rechtsgebiet liegen. Auch hier gibt es allerdings noch viele Handlungen, die keineswegs Ausübungen subjektiver Rechte sind, z. B. alle rechtswidrigen Handlungen. Auch diese scheiden aus, und so werden wir nach und nach wohl auf die vom Recht betonten

völlig rechtsfreie Arten von Thatbeständen einbezieht bezw. bisher rechtlich geordnete Materien aus seinem Bereich entläfst, meist stillschweigend indem einzelne Rechtsnormen inhaltlich erweitert oder verengert werden.[8] Mit dem ganzen

Erlaubnisse kommen: da hat die feinere Ausarbeitung des Begriffes anzusetzen. Freilich ist eine andere Voraussetzung die, dafs wir endlich die im engeren Gebiete des Rechts belegenen Figuren mit den Dingen, von denen die Gesetze direkt sprechen, zu identifizieren aufhören — denn die Gesetze sind aus sprachlichen und historischen Gründen häufig genötigt, statt von gewissen Gegenden des Rechtsgebietes von den angrenzenden Partien des rechtsleeren Raumes zu reden. Sonst werden wir auch nicht mit der juristischen Natur der sog. Volks- oder Grundrechte der Verfassungsurkunden fertig werden. Dafs diese Voraussetzung sich bald erfüllen werde, möchte ich, angesichts der hinsichtlich der Terminologie, der Begriffsbildung und des inneren Zusammenhanges der allgemeinen Rechtslehren so unbefriedigenden Zustände (vgl. die diesen Abhandlungen vorausgeschickte „Einleitung", bes. S. 37 ff.) bezweifeln.

[8] Das juristisch indifferente Belieben, von dem hier die Rede ist, mufs unterschieden werden einerseits von der dem formellen Recht opponierenden Willkür, andrerseits von den freigestellten Handlungen, an welche doch rechtliche Verheifsungen geknüpft sind (vgl. die vorige Note [7] S. 377). Daraus folgt noch nicht, dafs es ganz aufserhalb aller regelnden, verpflichtenden, bändigenden Beschränkungen liege. Die positive Sitte in allen ihren Abstufungen, die Gesetze der technischen und schönen Künste, kurz die verschiedensten Regeln, deren Verletzung sich bald durch materiellen Schaden, bald durch sociale Reaktionen rächt, jenachdem ob ihre Geltung auf der Meinung der Gesellschaft beruht oder nicht, bilden eine weitere Eindämmung der „absoluten" Willkür. Bald wird aber ihre regulierende Funktion nicht richtig geschätzt, bald ihre unjuristische Natur verkannt. Viele Naturrechtsphilosophen sehen hart neben dem positiven Recht nichts als zügellose Freiheit, deren Ausgeburten man sich ja schrecklich genug ausmalen kann, und glauben um der Vernunft, der sittlichen Notwendigkeit u. s. w. willen noch eine weitere Zone unverbrüchlicher Gesetze als vernünftiges, ethisches u. s. w. Recht um das positive herumlegen zu müssen. Bei ihnen bewirkt also die unbegründete Furcht vor der absoluten Regellosigkeit, dafs sie ein ideelles Recht konstruieren: damit nicht gleich neben dem positiven Recht die bare Willkür gelte, machen sie als Supplement ein Naturrecht dazu, worin oftmals nichts anderes enthalten ist als praktisch wirksame Normen ohne Rechtsnatur. Umgekehrt Andere: weil, wie sie wohl sehen, die Willkürzone nicht hart neben dem positiven Recht liegt, sondern noch andere regulierende Mächte schützend und fördernd walten, deren Gesetze vielfach sogar besser als die des Rechts gehalten werden, so glauben sie das Rechtsgebiet einfach auch

Verlauf dieser Linie ist aber kein Beobachter jemals vollkommen einverstanden, auch der positivste Jurist mit der stärksten Neigung zum Quietismus nicht. Nur dafs dieser sich darüber klar ist, dafs seine abweichende Meinung vorläufig noch keine Änderung des objektiv vorliegenden Zustandes begründet. Solange die Rechtsquelle nicht modifizierend eingegriffen, bleibt für ihn, was im Recht liegt, eben drinnen und was aufserhalb liegt, eben draufsen. Von seinem Standpunkt ist hier gar keine Lücke im Recht, sondern ein rechtsleerer Thatsachenraum um das Recht vorhanden; Fragen, welche dem letztern angehören, sind für ihn keine Rechtsfragen mehr: er sieht sich aufser stande, über dieselben eine andere Auskunft als die, dafs sie eben juristische Adiaphora betreffen, zu erteilen. Wer sich dagegen ein nichtpositives Recht denkt, vermag vielleicht auch noch über solche Fragen Rechtsurteile, d. h. was er für Rechtsurteile hält, abzugeben. Denn er erkennt die Umgrenzungslinien des positiven Rechts nicht als die des Rechts überhaupt an, läfst vielmehr den Scheidestrich zwischen rechtsrelevanten und rechtlich indifferenten Materien nach Belieben auch aufserhalb der Peripherie des positiven Rechts laufen und füllt den Zwischenraum — die Rechtslücke! — mit seinem ideellen Supplementarrecht an.

Nachdem so der bei dieser Art Ergänzung des positiven Rechts wirklich stattfindende Vorgang klargestellt worden, kann kein Naturrechtsfreund ferner behaupten, das Recht seines Glaubens beanspruche ja nur in solche Lücken, wie die soeben näher beschriebenen, einzurücken und wolle sich keineswegs feindselig zum positiven Recht stellen. Thatsächlich schiebt er selbst zuerst rechtlich ungeordnete Thatsachen dem Recht zur Beherrschung unter, weil es ihm persönlich undenkbar erscheint, dafs sie rechtsfrei sein könnten, und

über dieses meist der Sitte angehörige Feld erstrecken zu dürfen. Das Resultat ist dasselbe, denn auch bei diesem, den meisten Ethnologen nicht ohne Grund vorgeworfenen Verfahren (vgl. S. 75 ff.) wird Nichtrecht neben positivem Recht unter dasselbe Dach, das man verwirrender Weise Recht schlechthin nennt, gebracht. Geistreich, aber leider gleichfalls ins Naturrecht übergehend, Beaussire (vgl. oben S. 313 Note [7]).

dann macht er selbst auch das nunmehr allerdings erforderliche Recht dazu. Das ist denn doch kein blofses Ausfüllen von „Lücken“ mehr, sondern die gleiche Anmafsung rechtschöpferischer Gewalt, die andern weniger bescheidenen Vertretern des ideellen Rechts zum Vorwurf gemacht wird. Und thatsächlich ist es ebenso unwahr, dafs, wenn ein Denker diese Lückenfüllung, z. B. in einem vollständigen System eines Rechts, wirklich ausführt, hierdurch ein ganz freundliches Verhältnis zwischen Naturrecht und positivem Recht bewährt werde. Jemand könnte es ebensogut eine freundliche Ergänzung nennen, wenn er ein halbvolles Fafs Wein mit irgendeiner Flüssigkeit füllt, die er Wein zu nennen sich gewöhnt hat. Der Jurist wird das Verfahren am besten durch genaue Prüfung gewisser Lehr- oder Handbücher des „positiven“ Völkerrechts würdigen lernen, über dessen Begriff, Entstehungsbedingungen und Umfang noch wenig Klarheit herrscht, sodafs auffallend starke Quantitäten an mehr oder weniger phantastischem Supplementarrecht den leichtesten Eingang gerade in die nach möglichster Ausrundung gemäfs einem vorgestellten Idealplan strebenden systematischen Darstellungen finden. Das positive Recht, indem es seine Stoffe regelt, sagt zugleich: Dies ist mein Bereich, hier gelte und walte ich, hier gewähre und beschränke ich; was da draufsen vorgeht dagegen soll, immer kraft meiner Autorität, nicht durch zwingende Normen beengt und nicht durch Rechtsnachteile bedroht werden: es soll sich frei entwickeln. Das angeblich blofs als subsidiäres an das positive herangebrachte anderweitige Recht aber beabsichtigt dieses Freiheitsgebiet noch weiter einzuschränken. Also wird es, mufs es insofern die Anordnungen des formell giltigen Rechs ignorieren — also ist es gewifs kein hilfsbereiter Freund, sondern ein heuchlerischer Nebenbuhler, der, wie sämtliche Richtungen des Naturrechts seit hundert Jahren zeigen, auch im inneren Gebiete des positiven Rechts mit dem letzteren zu konkurrieren versuchen wird, sobald man ihm unvorsichtiger Weise die Niederlassung an den Grenzmarken gestattet.

Im zweiten Falle (vgl. S. 375) handelt es sich nicht um die Ausfüllung eines „rechtsleeren Raumes“ gegen die Absicht des positiven Rechts, sondern um Lücken im engeren Sinne, d. h. man sucht in dem betreffenden positiven Recht Entscheidungen auf Fragen, die jedenfalls den grundsätzlich in den Bereich dieses Rechts einbezogenen menschlichen Verhältnissen u. s. w. angehören, über welche es aber trotzdem im konkreten Falle — schweigt. Sonderbar! Schweigt das Recht wirklich, wie darf man dann die Frage für eine Rechtsfrage halten? Ist das letzte Ergebnis nach Aufbietung aller Hilfsmittel, um dem positiven Recht einen Ausspruch abzunötigen, wirklich das, dafs keine Rechtsentscheidung vorhanden ist, so ist rückwärts die angebliche Rechtsfrage für eine unjuristische erklärt — sie fällt in den erwähnten „rechtsleeren Raum“. Kann man dies aber nicht zugeben, so mufs eine Entscheidung, d. h. ein Quantum positiven Rechts, das genau in die sog. Lücke pafst, gefunden werden, wodurch sich dieses scheinbare Vacuum von selbst schliefst. Unter einem solchen Zwange steht der Richter. Er kommt oft genug nur mittels schwieriger Deduktionen zu den erforderlichen Rechtssätzen, um ein Urteil über das Geschehene und eventuell einen Befehl in betreff dessen, was nunmehr zu erfolgen habe, aussprechen zu können; endlich mufs er doch dazu gelangen. Wiederholt sich ein- und derselbe Fall einige Male und der nämliche Richter erteilt jedes Mal den gleichen Bescheid, so schwindet auch ihm die vielleicht anfänglich aufgetretene Vorstellung von der „Lücke“ im Recht, da er nunmehr den erforderlichen Rechtssatz zur Anwendung bereit hat. Und dafs dieser Rechtssatz, weil mit Mühe gefunden, weniger positiv sei als ein andrer, der sich wörtlich aus dem Gesetzestexte ablesen läfst, wird ihm jetzt erst recht nicht einleuchten. Wenn Theoretiker kein Endresultat im positiven Recht entdecken, so ist der Hauptgrund der, dafs sie ein solches zu finden sich eben nicht nötigen. Übrigens weifs mitunter der eine durchaus nicht, wie er die „Lücken“ ergänzen soll, während der andere die erforderlichen Normen ohne Anstand aus

seinem fertigen Wissen hervorholt. Es ist somit die Bemerkung[9] zutreffend, dafs die Lücke in dem nach dem Recht Forschenden, nicht im Recht steckt: jener braucht das Komplement für sein Wissen, nicht dieses für seine Normen.

Damit ist die ganze Annahme widerlegt. Sie erklärt sich aus der Verwechslung von Existenz und Evidenz des objektiven Rechts. Letztere ist von dem Zustande der Rechtszeugnisse oder sogenannten formellen Rechtsquellen abhängig. Wenn man bei einem summarischen Blick über das Ganze eines positiven Rechts das allgemeine Urteil, eine bestimmte Frage sei eine Rechtsfrage, zu fällen imstande ist und trotzdem noch von Lücken spricht, so kann man nur meinen, dafs die Zeugnisse, welche uns die Erkenntnis des Rechts vermitteln, zu wünschen übrig lassen. Es sollte uns nicht so schwer gemacht werden, das Recht für den konkreten Fall zu finden, es sollten — dahin spitzen sich die Wünsche schliefslich zu — Gesetze, ausführliche Gesetze, womöglich alle Eventualitäten voraussehende und erledigende Gesetze da sein. Aber wenn nun der Gesetzgeber selbst vielleicht absichtlich nicht ausführlich sein, sondern der Interpretation einen grofsen Spielraum lassen, ja die letzten, zum vollständigen Abschlufs denkbarer Streitfälle notwendig erscheinenden Bestimmungen vorsätzlich nicht treffen wollte? Und steht es nicht fest, dafs noch kein Gesetzbuch der Welt für jeden „Fall", den das Leben später doch aufgeworfen hat, die abgerundete Regel fix und fertig dem Fragenden darbot? Kein Gesetzbuch ist ohne „Lücken", keins ist erschöpfend, alle Gesetzbücher zusammen sind es auch nicht. Möchte eins erschöpfend sein, so wird trotzdem noch nicht jeder Leser sich das Recht, das die Gesetzesparagraphen in lauter Gedankenbruchstücken umschreiben, auch erschöpfend herzustellen vermögen. Die Gesetze *sind* nicht das Recht, sie *bedeuten* nur Rechtsgedanken, die jeder selbst nacherzeugen mufs aus den gegebenen Gedankenweckern: den Worten des Gesetzes. Es kommt also alles auf den Leser an.

[9] Vgl. die S. 374 Note [6] cit. Worte Brinz' in der Krit. Vierteljahrsschrift u. s. w. XV.

Für den gesetzkundigsten Gerichtskanzlisten klafft das russische Strafgesetzbuch trotz seiner 1711 Paragraphen von zahllosen Lücken; der Code pénal mit 484 Paragraphen wird einem jungen französischen Richter ohne die *Jurisprudence* sehr, mit derselben schon weniger, aber möglicherweise doch noch lückenhaft erscheinen; einem deutschen Strafrichter, der im Laufe von zwei Decennien ebensoviele Tausende Verbrechen abgeurteilt hat, steigt vielleicht noch manchmal eine dunkle Erinnerung auf, dafs ihm bei dem ersten Studium der 370 Paragraphen des Reichsstrafgesetzbuches einige Lücken aufgefallen seien, von denen er nicht mehr recht anzugeben weifs, wie sie sich eigentlich verloren haben. Immerhin mögen auch dieses und alle anderen Gesetzbücher „Lücken" haben. Nur dürfen wir nicht das Urteil über den Eindruck, den die Gesetze und sonstigen Rechtszeugnisse einer Rechtsprovinz auf uns machen, kurzer Hand auf den Zustand des Rechts selbst übertragen. Gänzlich unerlaubt aber ist es, das stets lückenhaft bleibende Wissen des Einzelnen um das Recht mit dem nie lückenhaften Rechtskörper selbst zu verwechseln.[10]

[10] Da nicht blofs naturrechtsgläubige Juristen, um doch irgendwelche unmittelbar praktische Anwendungsfälle für ihr ideelles Recht zu finden, sondern auch viele ungläubige im positiven Recht „Lücken" erblicken, während ich, unterstützt von den S. 373 ff. Note [6] Genannten, dem entschieden widerspreche, so werden wahrscheinlich auch zwischen uns *unausgesprochene Differenzen in betreff der Erkenntnismittel und Funktionsgrenzen des Rechts* vorliegen. Es kann nur Sache rechtsphilosophischer Einzeluntersuchungen sein, allmählich eine Verständigung in dieser Hinsicht anzubahnen, namentlich über folgende Fragen: 1. Was sind die sog. *formellen Rechtsquellen*? Sie sind die sinnenfälligen Zeugnisse mannigfacher Art für die Thatsache, dafs eine Rechtsbildung vorsichgegangen, für die Formen, in welchen dieselbe geschehen — ausschliefslich für diese Formen sollte jener Ausdruck technisch sein — und für den Inhalt, der eben als verbindliches Recht gesetzt worden, während das Recht selbst, obgleich wir ihm objektive Realität zuschreiben, jedenfalls ein Abstractum ist. Wenn nun dieses Material an Zeugnissen so, wie es eben in die Sinne fällt, offenbar immer bruchstückhaft ist, dann kann es direkt auch nur fragmentarische Rechtsvorstellungen in dem Wahrnehmenden erwecken. Was gehört dazu, damit sich trotzdem in dem Einzelintellekt über gewisse Kreise von Thatbeständen Rechtsvorstellungen von

Die ganze Vorstellung von den Rechtslücken sollte endlich einmal aufgegeben werden. Ein Recht, und wenn es

solchem Umfange und solcher Dichtigkeit — „Lückenlosigkeit“ — bilden, dafs er auch für den kompliziertesten Rechtsfall aus jenem Kreise den erledigenden Rechtsbescheid zu geben vermag? Es ist das eine schwierige Frage, die im Hintergrunde aller Kontroversen in betreff der sog. Auslegung des Rechts liegt. Dafs Analogie eine Schlufsform, Natur der Sache bezw. Geist der Rechtsordnung Direktionsmittel und zwar durch ein vorausgegangenes Denken aus den „Quellen“ bedingte Direktionsmittel des Denkens — gewifs nicht originäre „Quellen“, da sie dergleichen vielmehr bereits als elementares Material des Denkprozesses voraussetzen — sind, scheint klar zu sein. Nur dafs damit noch garnichts über die Bedingungen ihrer Verwendbarkeit in juristischen Schlufsreihen und ihre logische Stellung in der juristischen Erkenntnistheorie gesagt ist. 2. Noch weniger ausgemacht ist die Frage: Inwieweit bildet Vorbestimmtheit ein begriffliches Element des Rechts? Soviel ich sehe, ist seit der ersten Auflage von Bindings Normen (I Leipzig 1872 S. 8 ff.) wohl ein Teil des Problems, nämlich die Specialfrage: Für wen (oder für wessen mögliche Handlungen) ist das Recht vorbestimmend? statt dessen man gewöhnlich fragt: Wer ist als Adresse des Gesetzes anzusehen? wieder mehrfach diskutiert worden. Allein dafs und wie die Vorbestimmtheit des Rechts eine präjudizielle Rolle in zahlreichen andern theoretischen Kontroversen spielt, wird meist übersehen. Wird man sich z. B. über den Begriff des Rechtsstaates einigen, ohne sich zuvor über das Mafs der notwendigen Vorbestimmtheit des Rechts geeinigt zu haben? Wird man das Problem des sog. Gewohnheitsrechts lösen, ohne sich auf das Problem, wie aus der bisherigen Übung der Einen eine vorbestimmte Verpflichtung zur künftigen gleichen Handlungsweise für die Anderen abgeleitet werden könne, eingelassen zu haben? Wird man die Kontroversen über die rückwirkende Kraft neuer Gesetze auch nur entwirren, wenn man nicht die vorwärts d. h. die zukünftigen Handlungen (wessen?) bestimmenden Elemente unterscheidet von den rückwärts d. h. die geschehenen Handlungen (wessen?) rechtlich beurteilenden Elementen des neuen Gesetzes? Das sind indessen so weitschichtige Fragen, dafs sie hier nur angedeutet werden konnten. 3. Das Recht im ganzen liefert jedenfalls beides: Handlungsnormen den thatbereiten und Anweisungen zur Konstruktion von Obersätzen zu Syllogismen den urteilsuchenden Menschen. Wie ist nun die Stellung der rechtspflegenden Organe, des Richters aufzufassen? Sie ist insofern eine eigenartige, als der Richter, wo er nicht blofs deklariert, *uno actu* als ein nach dem Recht Urteilender und Befehlender erscheint. Ihm ist aufgetragen, das bereits als Thatsache Vorliegende rückwärts gemäfs dem Recht zu beurteilen und darnach das, was nun künftig geschehen soll, ebenso gemäfs dem Recht zu verfügen. In seiner „Entscheidung“ ist oft beides enthalten.

fast nichts an geregelten Stoffen umfafst, ist etwas allemal in lückenloser Ganzheit Dastehendes. Wer dürfte es auch

Er sagt: Du A. bist aus Eurem Kontrakt verpflichtet und hast dem B. dann und dann soundsoviel zu leisten; der C. ist ein Dieb und wird daher auf soundsolange in das Gefängnis gesetzt; die von der Behörde D. verfügte Konfiskation der bezeichneten Druckschrift ist ungesetzlich, daher alle Exemplare dem Verleger sofort zurückzugeben sind, u. s. w. Nicht nach seiner Privatmeinung, um die ihn kein Mensch gefragt hat, sondern in Gemäfsheit des bestehenden Rechts erklärt und verfügt er dies alles. Soviel präzises Recht, als der Richter braucht, mufs also spätestens im Augenblick seines Spruches da sein d. h. das Recht ist für ihn im entscheidenden Moment immer allseitig vorbestimmt, vollkommen lückenlos und in sich harmonisch (vgl. über die „Widersprüche“ S. 390 ff.), wenn er vorher auch noch so schwer mit der Unbestimmtheit, Lückenhaftigkeit und Disharmonie der Rechtszeugnisse zu ringen hatte, um die latenten Rechtssätze zutage zu fördern. Gestände er ein: das Recht reicht nicht aus, aber ich spreche doch so und so das Urteil, so würde er seinem Urteil die Eigenschaft eines juristischen Bescheides und sich selbst die eines juristischen Richters in der vorliegenden Sache absprechen. Wer aber einen Streit, und sei es auch ein Rechtsstreit, schlichtet, der funktioniert damit noch nicht als Richter, welcher richtet und zwar nur über Rechtsstreite und immer nach Rechtsgesetzen richtet. Können wir also, solange wir kein Jota von dem Begriff des Rechts, des Rechtsstreites und des Richters ablassen, z. B. zugeben, dafs die Versöhnungen, welche in alten Zeiten die Volksgenossen zwischen dem Verletzer und dem Verletzten und deren Sippen dadurch zustandebrachten, dafs sie ihnen Annahme und Leistung irgendeines Ausgleichsmittels (Gut für Blut) nahelegten — können wir zugeben, dafs hier Rechtshändel durch Richter nach Recht entschieden wurden? Wie und wann aber wird der Streit zum Rechtsstreit, die Beurteilungs- und Ausgleichsmaxime zum Rechtssatz, der Schlichter zum Richter? 4. Wenn alles, was juristisch Recht genannt werden darf, zusammen ein lückenloses Netz von Normen bildet, die wohl in der sprachlichen Formulierung enger oder weiter gestellt werden können, indem man die auf einander bezogenen Begriffe konkreter oder abstrakter fafst, aber doch allesamt vorbestimmt sind, so ist damit auch bejaht die Frage, ob „Fälle, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat“ — namentlich weil er, „da so etwas bis zu seiner Zeit niemals vorgekommen“, daran garnicht hat „denken“ können — trotzdem rechtlich entschieden seien. Wenngleich jeder temporäre Gesetzgeber nur an irgendwelche „Fälle“, die innerhalb seines Erfahrungs- und Phantasiehorizontes liegen, „denken“ kann — das Gesetz selbst als dauernde abstrakte Norm für die Zukunft erfafst auch jenem „undenkbar“ gewesene Fälle. Voraussetzung ist nur, dafs ungeachtet des Fehlens einer direkten Anordnung in diesem Ge-

kompletieren, ohne sich zur Rechtsquelle aufzuwerfen? Es bedarf niemals der Ausfüllung von aufsen her, denn es ist

setzestexte, doch das Vor-Urteil begründet ist, dafs aus diesem selben Gesetze (oder anderen Rechtszeugnissen) ein Bescheid zu eruieren sein müsse. Entweder die Sache ist im positiven Recht entschieden, also mufs der Suchende den kärgsten Rechtszeugnissen die erforderlichen Bescheide sämtlich entnehmen können — oder sie liegt in dem „rechtsleeren Raume", von dem früher (S. 375 ff.) die Rede gewesen. Schliefslich fallen alle Sachen, die im Rechtsgange nicht denjenigen Abschlufs erreichen, den wir uns als den allendlich befriedigenden vorstellen, plötzlich in diesen „rechtsleeren Raum" hinüber. Es sind das namentlich alle die Thatbestände, welche dem Recht zuwider eintreten, trotzdem aber nicht durch eine rechtlich feststehende Reaktion oder, wie man sich auszudrücken pflegt, die Ausführung eines „Rechtszwanges" zum Abschlufs gebracht werden können. Nehmen wir einen berühmten Fall aus der staatsrechtlichen Praxis, der für die hier erörterten Beziehungen ein vorzügliches Beispiel bildet. Bekanntlich hat die preufsische Regierung während der sog. Konfliktszeit (1862—1866) die Verwaltung ohne ein in der Form eines „Gesetzes" vereinbartes Budget, vielmehr nach einem einseitig durch „Verordnung" aufgestellten Etat geführt. Nehmen wir als bewiesen an, dies sei formell gegen die Verfassung, also juristisch eine Rechtswidrigkeit gewesen. Endlich liefs sich nach den Erfolgen des Jahres 1866 die Regierung „Indemnität" erteilen, womit die Sache geschlichtet war. Die erste in Betracht kommende Thatsache war, dafs kein Budgetgesetz zustandekam. Dafs die Urheber der Verfassung vom 31. Jan. 1850 an diese Eventualität nicht „gedacht" haben sollten, wäre eine so beleidigende wie unerhebliche Annahme: wenn sich in der Verfassungsurkunde eine „Lücke" fand, so war es eine absichtliche (vgl. S. 382). Es entstand aber die Frage: Was nun? Für den, der noch eine juristisch qualifizierbare Antwort (die hinderlichen Posten des Voranschlages müssen gestrichen, die Minister durch andere ersetzt, der Landtag aufgelöst werden u. s. w.) bereit hatte, war die „Lücke" noch nicht erreicht. Als nichts von alledem geschah, sondern die Regierung ohne „Gesetz" Ausgaben machte, entstand erst recht die Frage: Was nun? Sehen wir von immer noch möglichen Antworten ab und nehmen an, endlich habe es überhaupt keinen Rechtsbescheid mehr gegeben. Stand man jetzt endlich vor einer „Lücke im Recht"? Keineswegs. Nur bis an diese äufserste Grenze war die Sache eine Rechtsfrage oder vielmehr eine fortschreitende Kette von Fragen nebst Rechtsbescheiden, an deren Ende eine Frage ohne positiv-staatsrechtliche Antwort stand; nur bis an diesen Punkt lief durch die sich weiterspinnende Kette der juristische rote Faden. Hier aber reifst er plötzlich ab (ohne darum aus dem durchlaufenen Stück zu verschwinden, für dessen selbständig gedachte Teile die Urteile „rechtmäfsig" und „unrechtmäfsig" bestehen bleiben!) d. h. die

jeden Augenblick voll, weil seine innere Fruchtbarkeit, seine logische Expansionskraft im eigenen Bereich jeden Augen-

öffentliche Rechtsangelegenheit zieht sich nunmehr als blofse öffentliche (politische) Angelegenheit (vgl. Note [7] S. 376) weiter — die Sache ist in den „rechtsleeren Raum" übergetreten. Darüber mag man streiten, an welchem Punkt sie nach Mafsgabe des positiven Staatsrechts den formal-juristischen Charakter verliert. Sie würde ihn länger, als nach preussischem Recht denkbar, behalten, wenn z. B. noch ein Verfahren in einer Austrags-Instanz vorgesehen wäre. Aber auf diese könnte doch wieder vergeblich provoziert werden, sie könnte ungehorsamer Weise die Einberufung ignorieren u. s. w. Dadurch würde sich höchstens noch eine dem Recht zuwiderlaufende Handlung resp. Unterlassung mehr nebst der auf sie folgenden, aber wieder unrealisiert bleibenden Rechtsreaktion als neuer Ring der bisherigen Kette anfügen und vielleicht noch eine und noch einige. Aber am Ende des Endes könnte das Spiel der sich öffnenden und schliefsenden rechtlichen Imperative (vgl. Thon, Rechtsnorm und subj. Recht, Weimar 1878 S. 7 ff.) doch abbrechen, ohne den juristisch befriedigenden Schlufs erreicht zu haben. Der Naturrechtsjurist mag vielleicht noch Revolutionen oder Staatsstreiche, die er für Rechtsmittel hält und als Remeduren in „Notlagen" unter dem Gesichtspunkte der Rechtmäfsigkeit und Unrechtmäfsigkeit ventiliert, in Reserve haben — für den positiven Juristen hat das Recht die äufserste Grenze seiner Funktion schon vorher erreicht. Aber eine „Lücke im Recht" ist trotzdem nicht zu sehen, da das Recht selbst in kluger Selbstbeschränkung sagt: ich will nichts mehr, da ich nichts mehr kann. Auch die Indemnitätserteilung seitens der Kammern halte ich (gegen Jellinek *s. v.* Budgetrecht im Handwörterb. der Staatswissenschaften, II Jena 1891 S. 786[1] ff. und dazu desselben Gesetz u. Verordnung, Freiburg 1887 S. 300 ff., von dem ich mich im übrigen mehr durch die Worte als durch die Sache getrennt fühle) nicht für eine formal-juristische Erledigung, ohne indessen auf ihre Unerzwingbarkeit den Ton zu legen. Sie ist eine blofs thatsächliche Beseitigung, eine Schlichtung (vgl. auch diese Note [10] sub 3. S. 385) durch Bekenntnis des formellen Fehlers von der einen, Verzicht auf ferneres Querulieren über das Geschehene von der andern Seite. Hätte die Regierung nicht Indemnität erbeten, dann aber das nächste Budget ordnungsmäfsig mit dem Landtage vereinbart, so wäre die Sache unter ersterbendem Groll der Kammer auch ohne Schlichtung im Sande verlaufen. 5. Das ist das thatsächliche Ende von unzähligen Rechtshändeln, nur dafs die Historiographie sie nicht individuell registriert. Von den zu keinem juristischen Abschlufs gedeihenden Sachen wird ein Teil prinzipiell daran verhindert durch das Recht selbst, das schliefslich keine Auskunft mehr gibt, wie dem gehäuften Unrecht und Widerstand zu begegnen: sie sind Rechtsfragen bis an den Punkt, wohin die Funktion des Rechts noch eben reicht, darüber hinaus

blick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen deckt. Das ist keine „absurde Fiktion", sondern eine nicht wegdenkbare Thatsache.[11]

juristisch uncharakterisierbar. Ein andrer Teil gelangt garnicht bis an diese Grenze, sondern entzieht sich thatsächlich schon früher der Macht der Rechtsordnung und wird — vergessen. Ob auch nur der hundertste Teil aller unbezahlten Schulden, aller Injurien vor Gericht kommt? Freilich ist das Recht weise genug, wenn es sieht, dafs Remedium und Reaktion gegen das Unrecht nicht rechtzeitig kommen, lieber ganz darauf zu verzichten und z. B. mittels des Rechtsinstitutes der Verjährung den zerrinnenden Thatsachen ein juristisches Ende zu bereiten (vgl. Heinze in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, II Berlin 1871 S. 610 ff.). 6. Schliefslich, um das, was ohnehin niemand übersehen wird, hier noch ausdrücklich zu erwähnen, hängt mit der Frage der „Lücken im Recht" und des „rechtsleeren Raumes" das heikelste aller rechtsphilosophischen Probleme: der Begriff des Rechtszwanges oder die Bedeutung des Zwangsmomentes im Rechtsbegriff, zusammen — ich möchte aber nicht vor der Zeit (vgl. § 15 Note [29]) daran rühren.

[11] Vgl. aber auch unten S. 396 Note [14] a. E. — A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (im Archiv f. sociale Gesetzgebung u. s. w. II 1889 S. 16 ff.) bezeichnet die Annahme, dafs das Recht lückenlos sei, als eine „absurde Fiktion", kraft welcher (§ 1 des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich v. J. 1888) die „Analogie" eintrete. Aus den im Text entwickelten Gründen steht es für mich fest, dafs gerade umgekehrt die Annahme von Lücken im Recht — nicht zu verwechseln mit dem „rechtsleeren Raum", vgl. S. 375 ff. bes. Note [7] und S. 386 ff. Note — unlogisch und daher z. B. das ausdrückliche Verbot an den Richter, unter dem Vorwande des Schweigens u. s. w. des Gesetzes Justiz zu verweigern (vgl. S. 183 Note [10]), nur deswegen nicht ganz überflüssig ist, weil es eine immerhin gegründete Warnung vor der Verwechslung des Gesetzes mit dem Recht ausspricht. Aber wenn ich davon noch nicht fest überzeugt gewesen wäre, bevor ich die cit. Kritik M.s über den Entwurf las, würde die Unstatthaftigkeit seines Auskunftsmittels zur Füllung der angeblichen Lücken mich vollends überzeugt haben. Nach „Zweckmäfsigkeitsgründen" soll der Richter im konkreten Falle die Lücke füllen, meint M., nicht nach „Analogie"; geize doch (das. S. 40) der Entwurf immer da mit Paragraphen, wo es sich um solche Rechtsverhältnisse handelt, bei denen besitzende und arme Personen einander gegenüberstehen (ist das nicht in allen Privatrechtsverhältnissen möglich?), sodafs durch „Analogie" recht viele ungünstige Urteile gegen die arme Partei begründet werden könnten. Ist es nun wohl statthaft, dem Richter zweierlei Recht für Arm und Reich an die Hand zu geben? die Armut als solche für einen Anspruchsgrund, den Reichtum dagegen für einen Schuldgrund zu

Man möge schliefslich die Sache wenden wie man will, innerhalb der Konturen des positiven Rechts kann sich immer nur begrifflich homogenes d. h. lauter positives Recht vorfinden. Einerlei also, ob man auch Gesetzeslücken für Rechtslücken ansieht, dem nichtpositiven Recht bleibt trotzdem doch keine Möglichkeit zu einer wohlwollenden Aushilfe. Entweder die sog. Lücke füllt sich in einer dem Postulat des betreffenden Naturrechtslehrers entsprechenden Weise aus — dann wird das Komplement nicht etwa erst durch die Aufnahme assimiliert, sondern es war bereits positives Recht, wenngleich jener es nach wie vor mit beliebigen anderen Namen bezeichnen sollte, woran ihn niemand hindern kann. In diesem Falle gibt es also überhaupt kein „Verhältnis" zwischen den positiv- und den ideellrechtlichen Sätzen, sondern sie sind identisch. Oder die sog. Lücke des positiven Rechts füllt sich, wie etwa die Rechtspraxis zeigt, anders aus, als der Naturrechtslehrer will — dann ist dessen fiktives Recht kein helfender Freund, sondern ein Nebenbuhler des positiven, der die Legitimität desselben beständig anzweifelt, um Gelegenheiten zur Usurpation zu finden.[12]

erklären? jeden Prozefs mit Feststellung der beiderseitigen Vermögenslage beginnen zu lassen? Es scheint mir doch, als wenn auch ein socialistisches Civilgesetzbuch nicht so inkonsequent sein dürfte, von der Verwerflichkeit der erheblichen Vermögensunterschiede auszugehen und gleichzeitig dieselben neu zu kreierenden Rechtsunterschieden zugrundezulegen. Als „Rechtsbegriffe" figurieren Armut und Reichtum wirklich bei Heilinger, Recht und Macht, Wien 1890 S. 57.

[12] Die Annahme, dafs das nichtpositive Recht die „Lücken" des positiven auszufüllen berufen sei, führt auf eine Reihe der erstaunlichsten Konsequenzen hin, von denen rückwärts auf die Absurdität der Annahme geschlossen werden kann. Dem Leser es überlassend, sich dieselben auszumalen, will ich meinerseits nur auf eine hinweisen (vgl. auch S. 211). Angenommen also, das positive Recht habe Lücken, das ideelle aber, da der gedanklichen Detaillierung des nur in Gedanken Aufgestellten offenbar keine Grenzen gesteckt sind (vgl. unten S. 393 ff.), bilde ein absolut vollständiges System von Rechtsnormen. Wenn nun ein Teil des idcellen Rechts sich in die angeblichen „Lücken" des positiven verteilt, so bleibt ein andrer Teil, der wegen seines systematischen Zusammenhanges

Auf analogen Unklarheiten wie bei der Verwendung des ideellen Rechts als Lückenbüfser beruht es, wenn man irgendeinem Recht dieser Art die Entscheidung in Streitfällen über den Inhalt einer positivrechtlichen Verpflichtung vindizieren zu dürfen glaubt. Hier können gleichfalls zwei ganz verschiedene Fälle gemeint sein.

Handelt es sich um Kontroversen über den normativen Inhalt von Rechtssätzen? Dann mufs wiederum (vgl. S. 382) betont werden, dafs das Recht etwas anderes ist als die Zeugnisse, aus denen wir schliefsen, dafs und wie das Recht gesetzt sei und welchen Inhalt es habe. In dem Zustande dieser Zeugnisse kann allerdings die Möglichkeit verschiede-

mit dem übrigen immerhin fest an ihm hängen bleibt, draufsen. Von diesem letzteren kann eine gewisse Partie durch das positive Recht bereits vorher ausdrücklich recipiert sein, nicht aber das ganze ideelle Recht, denn sonst wären ja beide Rechte total identisch, also eins von beiden ein müfsiges Gebilde. Die nicht recipierte Partie aber rivalisiert notwendig — sonst bestände sie eben nicht aus „Recht“ — mit den ihr widersprechenden Bestandteilen des positiven Rechts. Das heifst: der Bekenner eines Naturrechts, der seinen Gedanken allseitig ausdenkend ein ganzes Naturrechtssystem aufführt (vgl. S. 393 ff.) und in Beziehung zum Rechtsleben setzen möchte, nötigt sich, innerhalb des sich ihm gegenüberstellenden praktischen Rechts als Ganzen zu sortieren und zwar so zu sortieren, dafs er mindestens dreierlei Recht vor sich sieht. Vor allem mufs er da haben das eine blofse Sanktion natürlicher Rechtsprinzipien enthaltende Recht, sodann das vom Naturrecht abweichende und also schlechte Recht, schliefslich das eigentlich blofs natürliche, aber in die „Lücken“ des positiven eintretende und somit doch positiv werdende Recht. Damit nicht zufrieden, denken sich Manche, wie die Litteratur zeigt, als vierte Partie noch dasjenige blofs positive Recht, das in naturrechtlicher Beziehung gänzlich gleichgiltig ist. Welch ein Tummelplatz für den Scharfsinn, wenn es auch nur die Feststellung der Grenzlinien zwischen diesen unterschiedlichen Gegenden des Rechts gilt! Wahrlich, keine andere Wissenschaft bietet Ähnliches! Mittels welches Instrumentes aber er die erforderlichen Einschnitte präzise vollzieht, nach welchem objektiv giltigen Mafsstabe er jene inneren Kreise des Rechts ausmifst — das hat uns bisher noch kein Naturrechtslehrer anzugeben vermocht. — Solche absonderliche Konsequenzen liegen in der oft leichtfertig genug hingeworfenen Behauptung, dafs es ein Recht aufser dem positiven gebe. Sollte es nicht ratsam sein, lieber garnicht A zu sagen, wenn man sich durch ein derartiges Alphabet hindurchquälen mufs?

ner Rechtsansichten der sie Befragenden begründet sein; dafs das Recht selbst gleichzeitig mehrere miteinander unverträgliche Antworten erteilen könne, ist jedoch unmöglich. Das Recht ist weder ein Aggregat von Gesetzen, unter denen Antinomien vorkommen, noch eine Sammlung von Meinungen, die einander widersprechen können, sondern ein in sich harmonisches System von imperativen Anordnungen. Wenn der einzelne Interpret daran verzweifelt, die provisorischen Differenzen der Zeugnisse auflösen oder aus mehreren Vermutungen seiner Vorgänger eine als die definitiv richtige aufrechterhalten zu können, so bleibt der Zwiespalt immer nur in seinem Kopfe bestehen. Unter Umständen, z. B. als Richter, mufs er ihm doch ein Ende machen, selbstverständlich indem er unter den verschiedenen Entscheidungen, die alle nach Lage der Zeugnisse zulässig und mit den sonstigen Normen ebendesselben Rechtssystems in Einklang wären, diejenige erwählt, welche in beiden Beziehungen den strengsten Anforderungen entspricht. Dabei kann das, was jemand für natürliches, vernünftiges u. s. w. Recht ausgibt, höchstens als eine mögliche Ansicht neben den andern figurieren, aber nicht weil es sich jene Eigenschaften beilegt, sondern weil es die genannten Bedingungen erfüllt. Erfüllt es dieselben jedoch nicht, so ist es nicht einmal eine *in concreto* mögliche Rechtsansicht neben andern, geschweige denn eine höhere imperative Norm, welche die konkurrierenden Ansichten sämtlich beseitigen könnte.

Oder handelt es sich nicht um Kontroversen über den Inhalt verpflichtender Sätze, sondern um Kollisionen von Verpflichtungsgründen? Dann ist den Naturrechtsphilosophen vorzuhalten, dafs solche Konflikte auf juristische und rechtsphilosophische Weise überhaupt nicht aufgehoben werden können. Lösen sie sich auf, so geschieht dies ganz ohne Mitwirkung irgendeines Faktors, den man ein Recht nennen könnte, und jedenfalls ohne den Spruch einer Rechtsinstanz; lösen sie sich nicht auf, so vermag auch kein ideelles Recht die Entscheidung zu liefern, sondern nur unter der erborgten Form eines Rechtsprinzips die Partei-

nahme für eine der kämpfenden Mächte anzuempfehlen. Es braucht hier nur an die Rivalität zwischen dem Staat und der römischen Kirche, die beide als materielle Rechtsquellen unter anderem das Eherecht mafsgebend zu regeln prätendieren, erinnert zu werden. Zu gunsten welcher Partei sich irgendein ideelles Recht auch aussprechen möge, es entscheidet nichts, sondern bestätigt entweder nur den im weltgeschichtlichen Ringen um die Rechtsbildungsbefugnis erfochtenen vorläufigen Triumph der einen Partei oder aber es wirkt als Agitationsmittel, um der andern die Sympathie der Mitlebenden und damit die Aussicht auf möglichen Sieg in einem neuen Kampfe zu gewinnen. Stammen die, in dem Einzelnen um die Obmacht streitenden Verpflichtungsgründe aber einerseits aus einem formellen Recht, andrerseits aus der Moral oder Religion, so hängen sie mit den Widersprüchen in allem Zeitlichen zusammen, die nur in der ethischen oder religiösen Erhebung der einzelnen Menschenseele ihre Überwindung finden. Praktisch bleibt dem in solche Kollision Geratenen, wofern nicht das formelle Recht noch rechtzeitig nachgibt, dann nur die bittere Wahl zwischen Untreue gegen die Überzeugung und Martyrium. Kein ideelles Recht hat die Macht, ihn aus diesem Widerstreit zu erlösen.[13]

Fassen wir alles dieses zusammen. Man mag unter „Lücken“ und „Streitfällen“ des positiven Rechts verstehen,

[13] Jeder Mensch macht sich die Klimax der verschiedenen Verpflichtungsgründe auf seine Weise zurecht. Im konkreten Falle mag also das formelle Recht, obwohl es selbst objektiv der stärkste Grund sein will, subjektiv hinter anderen zurückstehen. Auch nach meiner Ansicht ist es, wie ich gegen mögliche Unterschiebungen wiederhole (vgl. S. 238), durchaus nicht unter allen Umständen das höchste Lebensgesetz des Individuums. Nur darf man nicht aus den, höheren Rücksichten entnommenen Argumenten, unter deren Anführung jeder sich gegen die Auferlegung eines Leides kraft positiven Rechts wehren mag, wieder ein „höheres“ Recht konstruieren, das dem positiven überlegen ist. Das wäre eine willkürliche Verlegung des Widerstreites in das Innere des Rechts, vermittelt durch ein Wortspiel, das sich auf inquisitorische Fragen allerdings immer als solches herausstellen müfste — wenn man nur die Macht hätte, klare Antworten zu erzwingen.

was man will, die Möglichkeit solcher Erscheinungen leugnen oder zugeben — von einer Hilfleistung seitens irgendeines nichtpositiven Rechts, woher immer es stamme, welche nicht wesentlich einen feindseligen Übergriff in die Machtsphäre des positiven enthielte, kann nicht die Rede sein, d. h. ein freundliches Verhältnis der prätendierten Art zwischen den beiden Rechten ist unmöglich.

b. Wenn man in der bisher untersuchten Frage die Stellung der beiden Rechte vertauscht, lautet sie: In welches Verhältnis tritt das positive Recht zu dem aufser, vor, über ihm existierenden nichtpositiven? Und die vorgeblich nicht notwendig mit der Giltigkeit des positiven Rechts unvereinbare Antwort der Naturrechtslehrer könnte dann sein: Das Naturrecht ist als ein aus lauter Prinzipien bestehendes Recht aufzufassen, zu deren Detaillierung behufs praktischer Anwendbarkeit eben das positive dient. Die Voraussetzung ist hier eine analoge wie bei der Annahme von „Lücken“ im positiven Recht (S. 381 ff.) und ganz ebenso logisch unmöglich. Denn wer überhaupt das aufserpositive Recht begrifflich anerkennt, der ist logisch genötigt, ein vollständiges ideelles Rechtssystem mit allen irgend erforderlichen Einzelheiten für alle nur denkbaren äufseren Lebensverhältnisse anzunehmen, sodafs in seinen Gedanken für das positive Recht jede Möglichkeit sich zu bethätigen aufhören mufs.

Nehmen wir zuerst an, jemand habe nur hinsichtlich eines einzelnen Thatbestandes ausgesagt, „an sich“ oder nach „natürlichem“ u. s. w. Recht wäre in betreff desselben dieses oder jenes „Recht“. Nichts als sein eigener Vorsatz kann ihn hindern, sich auch noch andere Handlungen oder Zustände und die dazu passenden „an sich“ seienden Rechtssätze zu denken. Möge er diese Art rechtlicher Beurteilungen an beliebig viele Bedingungen knüpfen — diese Bedingungen können sich wie in dem einen ebenso in zahllosen anderen Fällen erfüllen und dann formen sich successiv aus einer gehörigen Quantität verwandter Rechtssätze ein Rechts-

institut nach dem andern, ein Rechtsteil nach dem andern, die sich zu einem kompleten Naturrechtssystem zusammenfügen lassen. Wer auch nur einen Begriff nach naturrechtlicher Methode bildet, der macht sich anheischig, die ganze äufsere Thatsachenwelt mittels ähnlich gebildeter Begriffe zu erfassen; wer auch nur einen idealrechtlichen Satz zugesteht, der verstrickt sich in ein vollständiges Idealrechtssystem. Niemand vermag z. B. die Tragweite seiner Behauptung dadurch einzuschränken, dafs er sagt: Ich habe ja „nur" von einem natürlichen Völkerrecht gesprochen. Hat er sich ein solches, hat er sich auch nur einen einzigen natürlichen Völkerrechtssatz gedacht, so liegt es lediglich an der mangelnden persönlichen Anregung, nicht an der logischen Unausdehnbarkeit des Gedankens, wenn er sich nicht auch natürliches Privat- und Straf- und Staatsrecht denkt.

Auf dem umgekehrten Wege gerät in dieselbe Lage, wer ganz allgemein ein Naturrecht irgendwelcher Form statuiert. Man irrt sich, wenn man glaubt, ein nichtpositives Recht so beiläufig bejahen und im übrigen auf sich beruhen lassen zu können. Wie jeder Begriff, so fordert auch dieser seinen Inhalt. Wer grundsätzlich ein Naturrecht zugibt, mufs bereit sein, dasselbe in eine Anzahl Naturrechtsprinzipien für ein natürliches Privat-, Straf-, Staatsrecht u. s. w. und diese wieder in Naturrechtssätze, die aus natürlichen Rechtsbegriffen zusammengesetzt sind, zu zerlegen, von welchen Einzelheiten der Naturrechtsbegriff schliefslich nichts als die höchste Abstraktion bildet. Oder läfst sich vielleicht eine Normalgestalt des ganzen Menschen denken, die nicht aus lauter einzelnen normal gestalteten Gliedmafsen bestände? Wie sollte auch z. B. die unerschöpfliche „Vernunft" an irgendeinem Punkte versagen können! Diese Quelle schweigt nie, falls ihr Inhaber sie reden lassen will. Er braucht sie nur zu befragen, und sie gibt zu jeder Zeit beliebig detaillierte Rechtsnormen für die Totalität aller regelbaren Stoffe her — im Gegensatz zum positiven Recht, das über viele Verhältnisse, die als „äufsere" sehr wohl rechtlich geregelt sein könnten, bedeutungsvoll schweigt (vgl. S. 375 ff.)

Vom Standpunkt des Naturrechts kann kein rechtsleerer Raum angenommen werden, da die im Naturrecht enthaltenen ideellen Rechtsprinzipien durch blofse logische Specialisierung auf sämtliche äufsere Thatsachen der ganzen Erde erstreckbar sind. Man mufs die Naturrechtsgläubigen nur nötigen, mit ihrem „Recht an sich" oder „ethischen Recht" u. s. w. in der Hand, den ganzen Umkreis der menschlichen Lebensbethätigungen abzuschreiten, und sie können logischer Weise keinen Zustand, kein Verhältnis, keine Handlungsweise ohne passende Rechtsregel lassen. Wer also irgendwie die Giltigkeit eines Rechts aufser dem positiven zugesteht, der mufs sich klar werden darüber, dafs er hiermit die Existenz eines vollständigen Netzes von Rechtsnormen, die für alle irgend denkbaren äufseren Lebenslagen ausreichen, zugegeben hat, und also wohl auch darüber, was er mit diesem Reichthum anzufangen gedenkt. Es gibt, wie einen „Fluch der bösen That", auch einen Fluch des irrigen Gedankens.[14]

[14] Es ist unmöglich, dieser Selbstausdehnung anders als durch willkürliches Beschneiden der Konsequenzen an beliebigen Punkten Einhalt zu thun, indem man ihnen anderweitige naturrechtliche Prinzipien hindernd in den Weg stellt; die letzteren würden aber ihrerseits gleichfalls nicht ohne Einschränkungen giltig sein können, also wieder neue, die logische Ausdehnung störende Grundsätze nötig machen, und so fort *in infinitum*. Die alten Vernunftrechtslehrer z. B. stellten als obersten fruchtbarsten Begriff ihres Lehrgebäudes die absolute „Freiheit" des Vernunftwesens auf. Bei folgerichtiger Durchführung dieses Prinzips wären auch alle frei eingegangenen Verpflichtungen, die zur persönlichen Sklaverei führen mögen, rechtmäfsig gewesen. Diese Konsequenz war ihnen unannehmbar. Folglich mufsten sie an irgendwelchen Stellen, deren Auswahl natürlich ganz dem subjektiven Ermessen überlassen blieb — schliefslich enthält ja jede Verpflichtung, jeder Vertrag, jedes Bürgerverhältnis selbst im freiesten Staate eine gewisse Freiheitsbeschränkung — Dämme gegen den Lauf der logischen Schlüsse aufführen: die Lehre von den „unveräufserlichen Rechten" war unvermeidlich. Nun haben diese der Einbildungskraft politisierender Rechtsphilosophen entstammenden Gebilde, nach allen Seiten konsequent ausgestaltet, den Erfolg, dafs zwar möglicherweise viele unerträglich gewordene Rechtsverhältnisse hinfällig werden, zugleich aber jedes Strafensystem unrechtmäfsig wird, weil jede Strafe wesentlich einen Eingriff in eins der „unveräufserlichen Rechte" ist. Um das Strafrecht zu ermöglichen, mufste die Vernunftrechtslehre wieder neue Sätze ersinnen,

Wenn jedes ideelle Recht in sich lückenlos ist, weil es nicht anders sein kann, so bedarf es zu seiner Ergänzung keines positiven Rechts, nicht eines Begriffes, nicht eines Satzes aus demselben, ausgenommen die absolut willkürlichen zahlenmäfsigen Bestimmungen von Summen, Quoten, Fristen, Skalen u. dgl. Es kann gar keine Insuffizienz des ideellen und folglich auch keine Gelegenheit zur Hilfleistung seitens des positiven statthaben. Mithin ist der Glaube, als könne positives Recht subsidiär neben nichtpositivem Recht gelten, so irrig, wie die früher (S. 372 ff.) behandelte Annahme, derzufolge umgekehrt das positive die Rolle des Haupt-, das nichtpositive Recht aber die des Ergänzungsrechts zu spielen hätte. Also auch mit diesem „Verhältnis" der beiden Rechte ist es nichts.

c. Soll die Autorität des positiven Rechts in jeder Beziehung ungeschmälert bestehen, so ist kein Platz für ein anderweitiges Recht da; umgekehrt bleibt kein Raum für das positive Recht, sobald das nichtpositive sich so weit ausdehnt, wie es unwillkürlich mufs. Soviel steht nach dem Bisherigen fest. Mithin ist keine gegenseitige Ergänzung, kein Verhältnis der Subsidiarität oder ähnliche freundnachbarliche Relation zwischen ihnen denkbar: jedes ist exklusiv. Sollte sich nun auch in jedem sonstigen „Verhältnis", welches die Naturrechtslehrer zwischen ideellem und wirklichem Recht zu konstruieren wissen, ein Element der Feindseligkeit aufdecken lassen, so würde erwiesen sein, dafs schlechterdings nur ein Verhältnis des Widerspruches zwischen den beiden Rechten gedacht werden könnte. Dieser Gedanke kann aber kein finaler sein. Sowenig derselbe Mensch zwei einander ausschliefsende Urteile über ein und dasselbe Ding für wahr halten kann, sowenig kann er bei zwei sich widersprechenden Bescheiden über die nämliche Rechtsfrage beide allendlich für Rechtsbescheide erachten (vgl. S. 96 ff., 403). Einer mufs weichen. Das heifst, es gibt immer nur die Wahl: entweder man hält das natürliche, ethische, absolute u. s. w. Recht aufrecht — dann folgt die unerträgliche Konsequenz, dafs die positive Rechtsordnung völlig zusammenbricht, oder man macht mit der Anerkennung des positiven Rechts Ernst — dann ist das nichtpositive Recht eine blofs verwirrende und also aufzugebende Annahme.

Solcher „Verhältnisse" finden sich in der naturrechtlichen Litteratur noch zwei angegeben. Das eine drückt man aus, indem man das ideelle Recht als den „Mafsstab", das andere, indem man es als den „Grund" des positiven Rechts bezeichnet. Es bedarf aber nur etwas mehr Klarheit über die Voraussetzungen und Folgen dieser Konstruktion, als bei den Naturrechtsgläubigen gemeiniglich zu finden ist, und das nichtpositive Recht läfst auch diese Funktionen fahren und steht nun, da sich weiter keine denken lassen, als eine hohle Fiktion ohne den kleinsten Wahrheitskern, mit ausschliefslich agitatorischer Tendenz da (vgl. S. 209 ff., 227).

Gehen wir zuerst auf die Vorstellung, das absolute Recht, die Rechtsidee u. s. w. bilde den kritischen Mafsstab des positiven Rechts, ein, so haben wir sogleich einen leidlich trivialen Unterschied auf das schärfste zu betonen, den ein Teil der Naturrechtslehrer unglaublicher Weise ganz übersieht, ein anderer geflissentlich verwischt. Es ist der Unterschied zwischen der formellen Verbindlichkeit des ordnungsgemäfs als Recht gesetzten Rechts und seiner materi-

durch welche jene „Unveräufserlichkeit" in einem Umfange, den jeder wieder selbst bestimmen konnte, für unwahr erklärt wurde, und so weiter ohne Ende. Ähnlich läfst sich an jedem moderneren System des Naturrechts beobachten, wie die logisch unaufhaltsame Ausdehnung der ideellen Rechtsprinzipien über den gesamten Bereich der äufseren Handlungen und Zustände in willkürlichster Weise aufgehalten wird. Die man beschwor, die Geister, wird man sonst nicht los — ihr ungehemmtes Walten würde den Zauberlehrling arg kompromittieren (vgl. S. 357 Note). Wenn das positive Recht bei gleicher logischer Expansionskraft (vgl. S. 386 ff.) nicht zu Unsinnigkeiten führt, so liegt das daran, dafs es nicht blofser Gedanke, sondern Gedanke plus einer gewissen Energie, sagen wir: Rechtswillen ist und innerhalb der Gesamtheit der möglichen Stoffe diejenigen, die es normieren will, selbst umgrenzt, während, wenn es aus blofsen Ideen bestände, seine dialektische Evolution erst da ein Ende finden könnte, wo auch das geeignete stoffliche Substrat vollständig zu Ende ist.

ellen Güte.[15] Jeder Satz des positiven Rechts richtet an uns die Frage: Erkennst Du mich als giltiges Recht an? Die Antwort ist ohne Aber und Indessen zu geben. Zeigt der angebliche Rechtssatz einen konstitutionellen Fehler, so ist er unbedingt keiner; ist formell an ihm kein Tadel, so ist die Frage unbedingt zu bejahen. Von seiner Güte ist die Antwort nicht abhängig. So stellt sich der Jurist als solcher zu dem, was sich für Recht ausgibt. Und gerade dem um seiner Schädlichkeit oder Inhumanität mifsfälligen Recht gegenüber bewährt sich erst des reinen Juristen vornehmste Tugend: die Fähigkeit, seinen Verstand jeder Beeinflussung selbst durch die tiefsten persönlichen Überzeugungen und heifsesten Herzenswünsche zu entziehen, die Befriedigung derselben nur auf dem Wege der Rechtsumbildung erwartend. So stellt sich auch mancher Anhänger des ideellen Rechts — dem Anscheine nach, während er im Grunde garnicht fähig ist, diese Gedankenzucht ohne Grenze zu üben. An irgendeinem Punkte beginnt vor seinem geistigen Auge die formelle Tadellosigkeit des Rechts durch die Verwerflichkeit seines Inhaltes verdunkelt zu werden; wo seine Empörung ein gewisses Mafs übersteigt, wird es ihm endlich ganz unmöglich zuzugestehen: es ist schlechtes Recht, immerhin Recht — er hat es an seinem Mafsstabe gemessen und gefunden, es sei Nicht-Recht.

Genauer besehen ist es immer wieder dasselbe verfehlte Streben, auf wissenschaftlichem Wege ein Recht über dem Recht zu finden, welches hier nur in der besonderen Form

[15] Die Existenz des Rechts ist ein Ding, sein Wert oder Unwert ein anderes. Ob es sei oder nicht sei, ist eine Frage; ob es einem angenommenen Mafsstabe entspreche oder nicht, ist eine ganz andere Frage. Ein Gesetz, das thatsächlich besteht, ist ein Gesetz, obgleich es unsere Mifsbilligung erregt, weil es mit dem Satze, nach welchem unser Urteil zustimmend oder verwerfend ausfällt, nicht übereinstimmt. Diese Wahrheit, einmal abstrakt formuliert und aufgestellt, ist so einfach und einleuchtend, dafs darüber nicht noch lange zu reden ist. Aber wollte man die Fälle herzählen, in denen sie trotz ihrer Klarheit und Einfachheit vernachlässigt wird, man würde damit einen Band füllen: so Austin, Lectures on jurispr., Lect. V, 4. ed., I p. 220 note.

des Suchens nach einem zum Messen des positiven Rechts tauglichen Mafsstabe, der selbst wieder Recht wäre, erscheint. Jede Rechtskritik aber nimmt, ob sie will oder nicht, ihren Standpunkt aufserhalb des Rechts, und ihr Mafsstab kann unmöglich mit dem Gemessenen unter einen nächsthöheren Gattungsbegriff fallen: er kann seinerseits kein Recht, sondern mufs anderswoher genommen sein d. h. eben aus dem Kreise derjenigen Mächte, in welchen nach Ansicht des betreffenden Kritikers die „Quelle“ seines nichtpositiven, in diesem Falle „höheren“ Rechts liegt.[16] Hält man nun die Rechtsnatur des Kanons aufrecht, so tritt für den Fall, dafs das kritisierte positive Recht nicht im ganzen Umfange vor ihm besteht, die Konsequenz ein, dafs dem unvollkommen befundenen Teile in dem Urteil des Messenden die Vollgiltigkeit abhanden kommt. Dies wäre jedoch der ursprünglichen Voraussetzung zuwider. In der Theorie setzt sich also ein unaufhebbarer Widerspruch fest — und was folgt für die Praxis?

Womöglich noch unklarer ist der Gedanke, dafs das nichtpositive Recht als der rechtliche Grund des positiven aufzufassen sei. Das klingt ja, wenn die Ausführung darnach ist, bei manchem Autor recht tiefsinnig. Aber was ist damit gesagt? Von den Naturrechtslehrern wird immer wieder angeführt, dafs der „Grund“, auf dem die zur Rechtsbildung kompetenten Faktoren stehen, doch selbst schon

[16] Es passen daher auch alle die Einwände hierher, welche weiter unten im § 15 S. 434 ff. gegen die Umwandlung des Rechtsideals in ein ideales Recht werden erhoben werden. — Nur in einer Bedeutung, von der hier jedoch nicht die Rede ist, gibt es ein Recht über dem Recht d. h. Sätze des positiven Rechts, welche anderen Sätzen des positiven Rechts übergeordnet sind, ohne die letzteren zu vernichten. Es sind die selbst wieder in Rechtsform erscheinenden Grundsätze, nach welchen die Kompetenz der rechtbildenden Organe und folgeweise die Rechtsgiltigkeit der Produkte ihrer Thätigkeit zu beurteilen ist. Hierzu wäre ein ansehnlicher Teil des Staatsverfassungsrechts im Vergleich zum übrigen Recht zu zählen, namentlich alle die Sätze, welche von der Gesetzgebung handeln, aber auch die Normen über die Delegation der gesetzgebenden Gewalt, den Erlafs von Verordnungen, die Grenzen der sog. Autonomie gewisser Kreise und Korporationen u. s. w.

durch Recht bestimmt sein müsse, und dieses Recht sei eben das vor allem positiven bestehende, das Natur-, Vernunft-, ethische u. s. w. Recht. Aber ist das eine Erklärung? Wenn jedes Recht nicht in reinen Thatsächlichkeiten, physischen und psychischen, seine genügende Stütze findet, so mufs man vielleicht auch weiter nach demjenigen Recht forschen, auf welchem das Naturrecht seinerseits ruht u. s. w. Der Atlas trägt den Himmel, die Erde den Atlas — mufs die Erde auch wieder getragen sein? Das positive Recht, wenn es dies ist, hat seine Begründung und Rechtfertigung schon in seinem Bestehen, womit durchaus nicht gesagt ist, dafs nicht bereits heute sein Anspruch, morgen noch weiter zu gelten, aus hundert Gründen, aber nicht einem einzigen Rechtsgrunde, verneint werden könne. Das ist der Standpunkt der Rechtswissenschaft, die ihren scharfkantigen Rechtsbegriff auf keinen Fall abschleifen oder in einen populären, der das Gute und Vernünftige mitumfafst, auflösen lassen darf.

Es hat keinen Sinn, das natürliche, vernünftige u. s. w. Recht durch das positive „bestätigen" oder „sanktionieren" zu lassen, denn was schon Recht ist, bedarf keiner weiteren Bestätigung oder Sanktion. Ebenso verfehlt ist es, die Begründung oder Rechtfertigung des positiven Rechts in irgendeinem natürlichen, ethischen u. s. w. Recht zu suchen, denn was positiv Recht ist, bedarf keiner Legitimierung als Recht durch ein höheres Recht. Die ganze Idee von dem das positive begründenden vorpositiven Recht ist ungereimt. Wenn z. B. das erstere auf der Vernunftrecht genannten Form des letzteren beruht, das Vernunftrecht aber auf der Vernunft, warum soll man nicht einfach sagen dürfen, das positive Recht beruhe direkt auf Vernunft? Welchen Zweck hat es, als Zwischenstufe zwischen dem Ethos und dem positiven Recht noch ein ethisches Recht zu konstruieren? Nur einen: man braucht es, nicht um das ganze positive Recht zu stützen, sondern um einem mifsfälligen Teil desselben die Rechtsqualität absprechen zu können, wozu Vernunft, Ethos u. s. w. an sich noch nicht genügen, sondern eine prävalierende Rechtsnorm erforderlich ist.

Hat man erst diese, dann ist der Schein vermieden, als wolle man wider alle Logik die Disqualifikation eines angeblichen Rechtssatzes aus seinen materiellen Mängeln deduzieren.

Ein schärferes Auge sieht natürlich, dafs der Fehlschlufs hier mittels eines Kunstgriffes, eben der Kreierung jener Zwischenstufe und Bezeichnung derselben mit dem Rechtsnamen, verdeckt wird. Ein solches wird gewifs auch die Wahrnehmung machen, dafs „Grund" und „kritischer Mafsstab" im Sinne der Naturrechtsphilosophen so ziemlich identisch sind. Es wird endlich bemerken, dafs man z. B. das Vernunftrecht als Grund oder das ethische Recht als kritischen Mafsstab selten zu einem andern Zwecke heranzieht, als um dem positiven Rechte etwas abzuziehen. Solange letzteres ganz bejaht wird, thut es die Vernunft allein auch und bedarf es keines Vernunftrechts, genügt die sittliche Tadellosigkeit und ist die Billigung durch ein ethisches Recht nicht erforderlich u. s. w. Jeder fühlt doch, wie unnütz das „höhere" Recht ist, wenn es mit dem niederen konsonieren soll.[17] Erst wenn jemand die zur Diskussion stehende In-

[17] Bei Ahrens, Naturrecht, 6. Aufl. I S. 374 findet sich folgende Stelle: „Nach dieser Ableitung und Feststellung des Rechtsbegriffes könnte es nötig erscheinen, auch den Nachweis zu liefern, dafs dieser philosophische Begriff mit dem im praktischen Leben geltenden Recht im Ganzen und Grofsen in Übereinstimmung sei, und dafs nicht etwa, wie es so häufig geschehen ist, einzelne Momente, einseitige und nur teilweise richtige Auffassungen für den vollen Begriff des Rechts ausgegeben werden." Wir wollen diesen Satz nicht Wort für Wort verfolgen und bei jedem die nächstliegende Frage erheben, fassen vielmehr ausschliesslich die genau in der Mitte stehenden Worte „im Grofsen und Ganzen" ins Auge. Wie leicht liest man darüber hinweg, und doch sind sie der Angelpunkt des ganzen Satzes, des ganzen A.schen Buches, überhaupt der ganzen Naturrechtstheorie ordnungsliebender Richtung. Nur im Grofsen und Ganzen stimmt das geltende Recht mit dem philosophischen überein — denn ich, der Philosoph, gebe nun einmal das Sortieren innerhalb des positiven Rechts nicht auf; aber im Grofsen und Ganzen stimmen sie doch überein — denn es käme etwas Bedenkliches dabei heraus, wenn jedermann das praktische Recht an seinem philosophischen Rechtsbegriff messen und zu kurz befinden dürfte! Etwas höchst Peinliches, nämlich

stitution oder Einzelnorm des positiven Rechts nicht billigen mag, erst wenn jene höhere Instanz als Grund, in welchem dieses oder jenes positive Recht nicht gegründet ist, oder als kritischer Maſsstab, an dem es sich nicht bewährt, funktionieren soll — erst dann wird es wichtig, daſs die Essenz des Grundes oder Maſsstabes auch zu einem eigenen „Recht“ konstituiert werde. Sobald aber ein Naturrechtsphilosoph zugibt, daſs zwischen dem ideellen Recht, wenn es in Sätze zerlegt würde, und dem reellen, das er doch nicht ganz wegzuleugnen vermag (vgl. S. 367), auch nur die geringste partielle Unverträglichkeit obwalten könne, dann haben wir ihn an dem Punkte, von wo er alle Konsequenzen jener Annahme übersehen muſs, und wenn diese ihm nun noch nicht verleidet wird, ja dann ist ihm überhaupt nicht von seinem Wahne zu helfen.[18]

in logischer Hinsicht, scheint mir, wäre aber die Folge, wenn man diese, das innerste Geheimnis der mattherzigen Naturrechtsdoktrin verratenden Worte „im Groſsen und Ganzen“ vollständig wegliefse, zumal sie ja mit dem Schlusse des A.schen Satzes, der alles Auswählen für unstatthaft erklärt, unverträglich sind. Denn dann hätte der Naturrechtsphilosoph einen philosophischen Rechtsbegriff, der mit dem positiven Rechtsbegriff, und folglich ein philosophisches Rechtssystem, das mit dem positiven Rechtssystem vollkommen zusammenfiele — ein wahrhaft beschämendes Resultat so angestrengter Denkarbeit!

[18] Es ist nur zu begreiflich, wenn die modernen Naturrechtslehrer, die deutschen mehr als die auſserdeutschen, sich den Anschein geben als sähen sie die Konsequenzen ihrer prinzipiellen Annahme nicht, oder dieselben zu ziehen dem Leser überlassen, wie bereits (S. 237 ff.) angedeutet worden. Welche Konsequenzen es sind, darüber wird wohl kein Zweifel übrig bleiben, und daſs sie gezogen werden müssen, ist von sonst nichts abhängig als von der allgemeinen Behauptung, daſs ein Recht vor, über, auſser dem positiven zu statuieren sei. Sowie sie dies thun, müssen sie auch behaupten, daſs es gelte, und sowie sie behaupten, es gelte, müssen sie ihm auch unbedingte Geltung beilegen: Naturrecht ist, wie auch Hoelder in der Zeitschr. d. Savigny-Stift. XI (1890) Rom. Abt. S. 61 bemerkt, nur denkbar als unbedingt geltendes, denn ohne Geltung wäre es kein Recht und ohne Unbedingtheit der Geltung kein Naturrecht. Die gesamte Geschichte und nicht minder die zeitgenössische Litteratur des Naturrechts liefern den Beweis, daſs seine Anhänger nicht bloſs juristische Termini in Ermangelung andrer entlehnen, um Vorstellungen

Da er nämlich schon nach dem bekannten Satze vom Widerspruch, den seit Aristoteles kein Mensch bezweifelt, nicht von derselben Norm aussagen kann, sie sei Recht und zugleich Nicht-Recht, d. h. in seinem Kopfe den Dualismus wieder aufheben muſs (vgl. S. 397), so bleibt ihm keine Wahl: wenn das positive und das ideelle Recht in irgendeinem Stücke inkongruent sind, muſs er entweder die Rechtsqualität des betreffenden Stückes des ideellen oder aber die des abweichenden positiven aufgeben. Thut er das erstere, so hat er das schöne Resultat, daſs das natürliche, vernünftige u. s. w. Recht in zwei Teile zerfällt, wovon der eine nicht als Recht funktionieren kann, weil ihm das positive Recht widerspricht, während der andere Teil, mit dem das Recht der Wirklichkeit harmoniert, keine Möglichkeit der Bethätigung findet, weil eben das positive schon überall an der praktischen Arbeit ist. Mithin in Summa ein Recht, dessen Leistungen lebhaft an die einer leergehenden Mühle erinnern! Er thut also wohl eher das letztere d. h. er degradiert das positive Recht, sofern es die Kritik des höheren Rechts nicht aushält oder keine Begründung im Naturrecht, in der Rechtsidee u. s. w. zu haben scheint, zu einer bloſs thatsächlichen und illegitimen Regel, die durch unsittliche Trägheit oder Gewalt aufrechterhalten wird.[19] Diese Entschei-

auszudrücken, die sie selbst für juristische halten, sondern im Gegenteil dasjenige, was sie als das nichtpositive Recht bezeichnen, gerade in ihren Gedanken mit noch gröſserer Bestimmtheit als in ihren Worten wie etwas durchaus Juristisches behandeln. Wenn sie dies durch doppelsinnige Worte und Floskeln, durch figürliche und verschnörkelte Redensarten und allerlei nichtssagende Klauseln vor ihren Lesern und vielleicht vor sich selbst zu verdecken suchen, so ist das doch hier, wo es sich um den begrifflichen Gedankeninhalt und dessen logische Konsequenzen handelt, nicht weiter zu berücksichtigen (vgl. auch S. 363 ff. Note [5]).

[19] Unter zahlreichen Gesinnungsgenossen sei hier nur v. Rotteck genannt, weil dieser ohne Umschweife das dem Vernunftrecht widerstreitende positive Recht als eine bloſs „faktisch aufgekommene Ordnung der Dinge“ bezeichnet (vgl. oben S. 50 Note). — Daſs die Naturrechtsphilosophen, sofern sie überhaupt von der Existenz des positiven Rechts Notiz nehmen, die doppelte Buchführung alsbald wieder aufgeben müssen, weil der Rechtsbegriff selbst bei der laxesten Fassung dergleichen absolut nicht

dung liegt dem richtigen Naturrechtsphilosophen auch näher als die zu gunsten des positiven Rechts.[20] Logische Schwierigkeiten sieht er keine, weil er seine Auffassung vom Wesen des Rechts einen Moment um den andern zu wechseln imstande ist. Wenn es ihm gerade pafst, übersieht er, dafs das positive Recht mehr als ein blofs in dem Bewusstsein einzelner Menschen lebender Gedanke, vielmehr eine objektiv wirkende Energie ist, und behandelt es dann wie ein ganz reines Gedankending.[21] Kollidiert es nun mit andern Gedanken — eben den subjektiven Rechtsgedanken des Denkenden — so erscheint es diesem anfangs als etwas Aufzuhebendes, endlich aber, wenn der Denkende mit sich im Reinen ist, als etwas Aufgehobenes: definitiv gilt dem selben Intellekt von zwei Gedanken, die einander im Wege stehen, immer nur einer. Das heifst: das gedachte „Verhältnis“ zwischen dem positiven und dem ideellen Recht ist dem Naturrechtsgläubigen lediglich ein provisorisches und löst sich auf die Weise, dafs das erstere vom letztern verdrängt wird.

Die Folgen — immer vom Standpunkte der positiven Rechtsordnung — können wohl niemand verborgen bleiben.[22]

duldet, und also den von ihnen geschaffenen Dualismus selbst wieder beseitigen müssen, bemerkt auch Binding, Handb. des Strafrechts, I S. 8.

[20] In diesem Sinne mufs jede aus aprioristischen Rechtsbegriffen arbeitende Philosophie radikal sein, selbst die Hegelsche war es. Bekanntlich versuchte Hegel den Gegensatz zwischen Idee und Wirklichkeit, zwischen Denken und Sein zu überwinden, auch für das Gebiet der Sittlichkeit und des Rechts. Indessen, es konnte nicht anders sein, ein Rest Naturrecht blieb dabei übrig (vgl. auch S. 179 ff.). Sowie aber dies geschah, mufste für die subjektive Idee auch die Superiorität, welche dem absoluten, wahren, substantiellen Element des Rechts über die äufseren Erscheinungen als blofse Entwicklungsmomente zukommt, d. h. ein Vorrang des ideellen Rechts vor dem positiven in Anspruch genommen werden. Vgl. die nähere Ausführung bei R. Loening in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. III S. 256.

[21] Das Unterscheidende, worauf es hier ankommt, habe ich bereits wiederholt, so S. 360 Note [3] und S. 396 Note [14] angedeutet. Vgl. auch die Erörterung der „Rechtsidee“ in diesem § 15 a. E.

[22] Es liefsen sich in diesen Gedankenkreis noch manche Folgen hereinziehen, die kein besonderes Gewicht beanspruchen, aber doch auch

Zunächst würde, wer sich im Leben darauf verlassen wollte, dafs irgendeine positive Rechtsbestimmung, weil sie ganz

nicht gänzlich übergangen werden können, z. B. folgende. 1. Wenn der kritische Mafsstab des positiven Rechts selbst Recht ist und das widersprechende positive Recht dem gegenüber möglicherweise seine Rechtseigenschaft einbüfsen soll, kommen wir da nicht in eine sonderbare Stellung zur Rechtsgeschichte? Die Konsequenz ist nämlich offenbar, dafs wir auch aus dem realen Recht der Vergangenheit, dem rechtsgeschichtlichen Stoff, alles dasjenige als Nicht-Recht fallen lassen müssen, was vor dem ideenmäfsigen Recht als dem kritischen Mafsstabe nicht besteht. Lassen wir nun den kritischen Kehrbesen möglichst weit rückwärts unter dem positiven Recht aufräumen und denken wir uns, dafs unsere Nachfolger ihn auch in betreff der Zeit, die für uns die nächste Vergangenheit und Gegenwart bildet, anwenden — sollte der Erfolg, dafs auf diese Weise allmählich alles positive Recht nachträglich wegkritisiert werden würde, nicht zum Nachdenken über die juristische Möglichkeit des Prinzipiums auffordern? 2. Versetzen wir uns aber einmal in die Lage des Richters. Wenn dieser sich nicht voll und ganz auf den Standpunkt stellt: Recht ist nur das positive Recht, wie es auch laute; wenn er nach links und rechts zu blicken und nun zu schwanken beginnt, ob das formell korrekte Recht auch das Recht sei, nach welchem zu richten seine Pflicht, wenn er auch nur im geringsten dem Gedanken Raum gibt, es könnte am Ende ein gewisses ethisches Prinzip als der „kritische Mafsstab“, den er sich auch aneignen darf, vielleicht sogar soll, das „wirkliche“ Recht, das positive dagegen eine blofse „aufgekommene Ordnung der Dinge“ ohne genügende Rechtslegitimation (vgl. S. 50 Note) sein — so gerät er in den peinlichsten Zwiespalt. Wie helfen ihm die Urheber desselben, die Naturrechtsphilosophen, da heraus? Gibt sich einer unter ihnen die Mühe, die Pflichtenkollision, welche er heraufbeschwört, auch zu lösen? Kaum einen, der es thäte, finde ich unter je hundert Autoren, die solche und andere Fragen durch die oft leichtherzig hingeworfene Behauptung, dafs es ein höheres, ethisches, wahres u. s. w. Recht vor oder über dem positiven gebe, anregen, und selbst dieser eine löst dann nicht eigentlich die Kollision, sondern sucht auf irgendeine Weise die Pflicht zur Pflichtverletzung plausibel zu machen. Da man bei den modernen Naturrechtslehrern nur Schweigen oder ausweichende Redensarten über diesen Punkt findet, so mufs ich schon auf einen älteren zurückgreifen, um zu zeigen, was die Naturrechtsphilosophie der Menschheit bieten zu dürfen glaubt. Von Kant glaube ich, wenn nötig, beweisen zu können, dafs er überhaupt keins der vielen Probleme gelöst hat, denen sein Postulat des Vernunftrechts das Leben gibt. Er hat auch das hier in Rede stehende nicht gesehen oder stellte sich ihm so gleichgiltig gegenüber, als wenn es ihn nichts anginge. Eine derartige Anschuldigung verlangt, dafs wörtliche Citate

zweifellos der Vernunft, der Moral u. s. w. nicht entspricht, auch der Rechtsverbindlichkeit ermangele — zunächst würde

nebeneinandergestellt werden. Die „allgemeine Einteilung der Rechte“ ist nach K. (Met. Anf. d. Rechtslehre, Ausg. v. 1797 S. XLIV, Werke herausg. v. Hartenstein VII Leipzig 1868 S. 34) die „in das Naturrecht, das auf lauter Prinzipien *a priori* beruht, und das positive [statutarische] Recht, was aus dem Willen eines Gesetzgebers hervorgeht.“ Dafs der Jurist, wenigstens der Richter sich nur durch das letztere binden lassen kann, scheint folgende Stelle bestimmt auszudrücken (Der Streit der Fakultäten, I. Absch. sub B, Werke VII S. 341): „Der schriftgelehrte (?) Jurist sucht die Gesetze der Sicherung des Mein und Dein, wenn er, wie er soll (?), als Beamter der Regierung verfährt, nicht in seiner Vernunft, sondern im öffentlich gegebenen und höchsten Orts sanktionierten Gesetzbuch . . . Denn die Verordnungen machen allererst, dafs etwas recht ist, und nun nachzufragen, ob auch die Verordnungen selbst recht sein mögen, mufs von den Juristen als ungereimt geradezu abgewiesen werden (?). Es wäre lächerlich, sich dem Gehorsam gegen einen äufseren und obersten Willen darum, weil dieser angeblich nicht mit der Vernunft übereinstimmt, entziehen zu wollen. Denn darin besteht eben das Ansehen der Regierung, dafs sie den Unterthanen nicht die Freiheit läfst, nach ihren eigenen Begriffen, sondern nach Vorschriften der gesetzgebenden Gewalt über Recht und Unrecht zu urteilen.“ Es scheint, mehr vermöchte doch auch der demütigste Diener der politischen Machthaber, welche die „Verordnungen“ und das „statutarische“ Recht machen, nicht grundsätzlich zu behaupten. Nun aber zu den Stellen, welche die Beruhigung des Richters mehr als eine Verhöhnung desselben erscheinen lassen. Diese beziehen sich auf die erstere Art des Rechts, das Naturrecht. „Überhaupt heifsen die verbindenden Gesetze, für die eine äufsere Gesetzgebung möglich ist, äufsere Gesetze (*leges externae*). Unter diesen sind diejenigen, zu denen die Verbindlichkeit auch ohne äufsere Gesetzgebung *a priori* durch die Vernunft erkannt werden kann, zwar äufsere, aber natürliche Gesetze“ (Met. Anf. d. Rechtslehre S. XXIV, Werke VII S. 22). Da wird der „schriftgelehrte Jurist“ wohl schon stutzig. „Das Naturrecht im Zustande einer bürgerlichen Verfassung, d. i. dasjenige, was für die letztere aus Prinzipien *a priori* abgeleitet werden kann, kann (wieso „kann“?) durch die statutarischen Gesetze der letzteren nicht Abbruch leiden . . .“ (Met. Anf. der Rechtslehre S. 74, Werke VII S. 54). Nun wird jeder Jurist wohl merken, dafs er den Gesetzen Einiges abziehen darf. Jetzt nur noch eine Stelle (Über den Gemeinspruch u. s. w. sub II, Werke herausg. von Hartenstein VI Leipzig 1868 S. 338): „Es gibt eine Theorie des Staatsrechts (warum nicht auch der übrigen Rechte?), ohne Einstimmung mit welcher keine Praxis giltig ist“ — und der Jurist hat aus all diesen Sätzen das Ergebnis, dafs er verpflichtet ist, nach positivem Recht Sprüche zu fällen, die,

der sehr bald an sich oder seinen Gesinnungsgenossen erfahren, dafs sie trotzdem eine Realität ist, an der man sich immer noch unsanft stofsen kann, wiewohl man sie in Gedanken als „nichtig“ beseitigt hat. Die Folgen gehen aber noch viel weiter, und dem, der sie sich nicht selbst vorzustellen vermag, werden sie von der Geschichte gewiesen (vgl. S. 220 ff., 227 ff.). Wenn es zulässig sein soll, dafs Einer das ihm verwerflich scheinende Recht an irgendeinem Punkte durch das seiner Idee entstammende bessere Recht ersetze, ist, da allen Andern eine ähnliche Auslese und Verbesserung offen steht, die ganze positive Rechtsordnung verloren. Was solche Konsequenzen hat, kann selbst kein Ordnungsbegriff, das ideelle Recht unmöglich in irgendeinem noch so weiten Sinne ein Recht sein.

Ziehen wir aus dem allen das Facit. Das Recht, das wirklich als Recht funktioniert, ist in sich widerspruchs- und lückenlos und bildet die Grundlage aller Ordnung unter den Menschen; das angebliche Natur-, Vernunft- und jedes sonstige nichtpositive Recht ist gleichfalls in sich vollständig, bildet aber, sofern es blofse Annahme bleibt, die Quelle arger Gedankenverwirrung und zieht, sowie seine Rechtsnatur ernst genommen wird, die Auflösung der Rechtsordnung, die Anarchie nach sich. Ein Verhältnis zwischen beiden ist sowenig möglich, wie überhaupt ein Verhältnis zwischen dem objektiv Realen und dem subjektiv Fiktiven. Wer an dem Naturrecht festhält, mufs das positive ganz aufgeben; wer das positive nicht aufgeben mag, mufs das Naturrecht ganz fallen lassen: jede dualistische Rechtslehre ist in Hinsicht auf das praktische Rechtsleben schlechthin unmöglich.

wenn sie der vernunftrechtlichen Theorie widerstreiten, ungiltig sind. Eine mögliche andere Stellung zu der Frage hat seit K. auch nicht ein einziger Anhänger der Lehre von dem *a priori* zu findenden Recht entdeckt. Unter solchen Umständen ist es nicht zu bedauern, dafs den allermeisten die Frage, auf welche Weise wohl sich der Richter und überhaupt der praktische Jurist aus dem Widerstreit zwischen Naturrecht und positivem Recht herausziehen könnte, garnicht einfällt.

§ 15. Das Naturrecht und der Rechtsbegriff.

Wer die Existenz eines Rechts aufser dem positiven behauptet, ist demselben mindestens eine Eigenschaft beizulegen genötigt, durch welche es sich von dem positiven oder doch von dem „blofs“ positiven unterscheidet. Regelmäfsig wird es wohl zutreffen, dafs diese Eigenschaft einen höheren Rang oder sonstigen Vorzug der ersteren Rechtsart vor der letztern begründen soll; notwendig ist es jedoch nicht. Er ist ferner, wenn das für Recht Ausgegebene sich nicht sofort als ein blofses Produkt seiner frei waltenden Phantasie offenbaren, sondern objektiv begründet erscheinen soll, gezwungen, irgendetwas wenigstens scheinbar objektiv Daseiendes als die Ursprungsquelle dieses Rechts anzugeben.

Dieser Verpflichtung sich bewufst, stellen denn auch die allermeisten der als moderne Naturrechtslehrer identifizierten Schriftsteller gewisse Eigenschaften und Quellen, bezw. besondere Eigenschaften oder eigentümliche Quellen ihres nichtpositiven Rechts auf.

Zu beweisen ist nun zuerst, dafs keine solche Eigenschaften möglich, und sodann, dafs die angeblichen Quellen — um diesen Ausdruck hier ohne die Schärfe des technischen Terminus zu gebrauchen — allesamt zur Rechtsbildung unfähig sind.[1]

[1] Die Vielgestaltigkeit der modernen naturrechtlichen Theorien, woraus die Unmöglichkeit auch nur die hauptsächlichsten derselben einzeln zu kritisieren folgt, zwingt mich, sie jetzt in ihre Hauptelemente zu zerlegen und nun diese auf ihren rechtswissenschaftlichen Wert zu prüfen. Je nach der Bestimmtheit, mit der sie sich über Herkunft und Wesen dieses Rechts äufsern, kann man unter den Anhängern der Idee von einem nichtpositiven Recht drei Gruppen unterscheiden. Die Einen machen eine „Quelle“ — nach der sie gewöhnlich auch ihr ideelles Recht benennen — und aufserdem Eigenschaften, durch welche es sich von dem „blofs positiven“ unterscheiden soll, namhaft, z. B.: das aus der Natur des Menschen fliefsende Recht, welches universell, notwendig u. s. w. ist. Die Andern dagegen lassen es in der einen oder andern Hinsicht fehlen. Unter ihnen bilden die zweite Gruppe diejenigen Autoren, welche keine „Quelle“, sondern nur eine oder einige Eigenschaften des angeblich vom positiven unabhängigen Rechts anführen und in diesen Merkmalen also den Unterschied vom letztern erschöpft sehen, z. B.: das notwendige, absolute Recht, wobei als Gegensatz zu denken ist das gewillkürte, relative d. h. „blofs“ positive Recht. Die dritte Gruppe endlich besteht aus denjenigen, welche umgekehrt eine namengebende „Quelle“, z. B.: die Vernunft, aus der das vernünftige Recht fliefst, aber sonst keine charakteristischen Eigenschaften aufstellen. Es ist klar, dafs die Gelehrten der beiden letzteren Kategorien ihrer Theorie nicht diejenige Ausrundung geben, welche sie logisch verlangt (wie überhaupt jedes Zugeständnis an das Naturrecht zu viel mehr nötigt, als man auf den ersten Blick sieht, vgl. S. 356 ff. Note [1]). Wer einem Recht Eigenschaften beilegt, die nicht allem positiven Recht oder gar allem positiven Recht nicht innewohnen, der denkt sich ein nichtpositives Recht und mufs sich darüber erklären, wo er dieses Recht schöpfen zu können glaubt. Solange er aber keine ganz originale „Quelle“ nennt, wird man ihm eine der weiter unten (S. 441 ff.) besprochenen „Quellen“ supponieren dürfen. Hinwieder wer sich durch Nennung der „Quelle“ eines ideellen Rechts zu einem solchen bekennt, der mufs auch charakteristische Merkmale aufser dem dürftigen Namen anführen können. So reicht z. B. die Behauptung: Es gibt ein vernünftiges Recht aus der Vernunft oder ein natürliches Recht aus der Natur des Menschen, auch als blofse Behauptung nicht aus, da wohl niemand annehmen wird, alles positive Recht sei bis auf den letzten Satz unvernünftig oder unnatürlich. Der Gegensatz ist auf diese Weise nur unvollkommen bezeichnet. Irgendwelche Prädikate aber, die sich durchaus nicht unter die alsbald zu behandelnden subsumieren liefsen, wird, glaube ich, niemand so leicht ersinnen. Es ist ferner, auch ohne dafs man daraufhin die von mir aufgezählten Schriften ansieht, klar, dafs die verschiedenen sogenannten Quellen und die ebenso verschiedenen vorgeblichen Sondermerkmale des Naturrechts ohne Ende kombiniert werden können. Aus dem allen folgt, dafs ich Prädikate des Naturrechts und Quellen des Naturrechts auseinander zu halten und, mit den ersteren als den einfacheren Dingen beginnend, gesondert der Kritik zu unterziehen habe. Diese trifft dann auch die etwaigen Zusammensetzungen.

Gelingt dies, so ist der Gegenbeweis gegen das Naturrecht auch rein rechtsphilosophisch und ohne alle Rücksicht auf die Konsequenzen, welche die Annahme eines solchen Rechts für die praktischen Rechtsordnungen haben mufs, erbracht.

a. Unter Anleitung der so reichhaltigen Naturrechtslitteratur der neuesten Zeit sind die denkbaren specifischen Eigenschaften des nichtpositiven Rechts

derart festzustellen, dafs mindestens eins dieser Merkmale jedes Naturrecht, auch jedes zukünftige, sich beilegen mufs, wenn der Unterschied desselben vom positiven Recht überhaupt auf begriffliche Elemente reduzierbar sein soll. Alsdann wird von jedem dieser Attribute zu zeigen sein, dass es entweder den unbestreitbaren thatsächlichen Grundlagen jeder Wissenschaft, insbesondere der Rechtswissenschaft, widerspricht, indem es die Relativität der rechtsphilosophisch in Betracht kommenden Dinge aufhebt, oder aber insofern schlechthin begriffswidrig ist, als es sich auch mit dem allerunbestimmtesten Rechtsbegriff selbst der verschwommensten Naturrechtsdoktrin nicht verträgt.

Wenden wir uns zuerst zu den irgendwelchem ideellen Recht vindizierten Eigenschaften, welche unzulässiger Weise die Relativität des Rechts verneinen. Es werden solcher Eigenschaften drei aufgestellt und durch die Bezeichnung jenes Rechts als ewiges, universelles, absolutes oder Recht an sich ausgedrückt.[2] Die Auf-

[2] Es liegt auf der Hand, dafs alle drei Prädikate, auf das Recht bezogen, schliefslich in eins zusammenlaufen, wie sie ja auch alle auf das heimliche Bestreben, die „angeborenen Ideen“ in einer andern Form zur Geltung zu bringen, weisen. Ewig heifst immerwährend, ohne Anfang, wenn man die Erscheinungen in der Zeit d. h. nach einander, universell heifst überall, wenn man die Erscheinungen im Raum (nämlich innerhalb der die Erde erfüllenden menschlichen Genossenschaften, um von dem Geisterrecht, vgl. S. 286, abzusehen) d. h. neben einander erfafst. Was universell Recht ist, mufs auch, die Ewigkeit des Menschengeschlechts vorausgesetzt, ewig Recht sein, weil Recht, das irgendwann in der Geschichte seinen Anfang genommen hätte, doch vorher irgendwo auf der Erde nicht existiert haben müfste. Umgekehrt könnte Recht, das von Ewigkeit gewesen sein soll, nicht irgendwo nicht Recht gewesen sein. Sempiternität und Ubiquität des Rechts gehören also zusammen. Absolut endlich heifst, wenn man sich nicht des mit diesem Wort so vielfach getriebenen Mifsbrauches schuldig machen will, in Beziehung auf das Recht: jedesmal und überall, wenn und wo diese Handlungen oder Verhältnisse vorliegen, ist dies oder das unbedingt Recht. Darunter kann man sich aber wieder nur denken, dafs es von allen möglicherweise geschichtlich nach einander bei derselben Rechtsgenossenschaft oder räumlich neben einander bei verschiedenen Genossenschaften auftretenden Bedingungen unabhängig sein soll, u. s. w. Wer sich recht tief in die Naturrechtsidee hineindenkt,

gabe der Kritik ist zu zeigen, dafs keinerlei Stoff, der nicht durch Zeit, Raum und zahlreiche Abhängigkeiten bedingt wäre, durch das Recht geregelt werden kann, weil ein solcher eben unauffindbar ist; ob man den Rechtsbegriff enger oder weiter fafst, ist dabei ganz gleichgiltig.[3] Im einzelnen hat sie zu deduzieren, dafs weder ein unveränderliches, noch ein allüberall giltiges, noch ein Recht an sich im Gegensatz zu dem zeitlich begrenzten, örtlich oder genossenschaftlich verschiedenen und höchst relativen d. h. eben dem positiven gedacht werden kann.[4]

wird vielleicht finden, dafs die genannten Prädikate seitens eines jeden Naturrechtsfreundes entschiedener Farbe dem Gegenstande seines Glaubens beigelegt werden müfsten. Indessen kommt es darauf nicht an. Genug dafs zahlreiche Schriftsteller sie behufs Charakterisierung des Wesens resp. einzelner Vorzüge ihres ideellen Rechts verwenden. Vgl. S. 285 ff. über das ewige und das universelle Recht, dem wohl auch das etwas bescheidenere allgemeine Recht beigeordnet werden kann; ferner über das absolute und das notwendige Recht S. 283 ff. Diesen sind anzuschliefsen das „Recht an sich“ und das „Gerechte an sich“ S. 279 ff., offenbar Übertragungen des „Dinges an sich“, von dem die Erscheinungen der Wirklichkeit blofse „Phänomene“ sind, während das „Ding an sich“ der übernatürlichen Welt angehört, auf das Rechtsgebiet — nur mit dem Unterschied, dafs die idealistische Philosophie sonst darauf, das „Ding an sich“ zu erkennen, verzichtet, die idealistische Rechtsphilosophie aber das „Recht an sich“ zu formulieren sich erkühnt. Auch das wahre und das höhere Recht S. 286 ff. lassen sich vielleicht, das allem positiven vorausgehende Recht S. 279 dagegen gewifs unter die zunächst zu beurteilenden Naturrechtskategorien bringen.

[3] Um den Vorwurf, als setzte ich die zu beweisende Unmöglichkeit irgendeines nichtpositiven Rechts bereits als bewiesen voraus — dieses würde sich namentlich zeigen, wenn ich überall unter Recht schlechthin nur das positive als das einzige meinerseits anerkannte Recht verstände — zu vermeiden, stelle ich mich auf den Standpunkt meiner Gegner und unterwerfe mich in betreff der Merkmale des Rechts vorläufig dem Ermessen jedes beliebigen Naturrechtsphilosophen. Über gewisse Grenzen, die ich aber S. 359 ff. Note [3] so weit, wie man es irgend verlangen kann, gesteckt habe, kann ich allerdings nicht hinausgehen. Hinsichtlich der anderweitigen Voraussetzungen, insbesondere der die rechtsrelevanten Thatsächlichkeiten betreffenden, ist eine erhebliche Meinungsverschiedenheit wohl kaum zu befürchten.

[4] Auch hier wieder bin ich genötigt, allerlei Ausflüchten und Einreden im voraus zu begegnen. Ich nehme an, dafs die Ausdrücke ewig

Es ist nur ein abgekürzter Ausdruck, wenn man sagt: Dieser Rechtssatz oder jenes Rechtssystem ist. Das Recht

u. s. w. in den betreffenden Theorien ihrem vollen Sinne nach, nicht als rhetorische Übertreibungen zu verstehen sind. Ich nehme ferner an, dafs keine Vertauschung des nichtpositiven Rechts, welchem jene Epitheta der Ewigkeit u. s. w. zukommen sollen, mit bloſsen Abstraktionen aus den positiven stattfindet. Allerdings dürfen wir die Entleerung der den wirklichen Rechten angehörigen Begriffe von ihrem Inhalt sehr weit treiben d. h. hochabstrakte Begriffe mit entsprechend grofsem Umfange aus ihnen bilden. Allerdings können wir in Gedanken die Schranken zwischen den Rechtsprovinzen aufheben, also geographisch verallgemeinerte Sätze für ganze Länderkomplexe, vielleicht für Weltteile aufstellen. Allerdings müssen wir auch die trotz wechselnder Einzelheiten durch lange Zeiträume beständig bleibenden Prinzipien herauszufinden und festzuhalten versuchen. Endlich können wir alle Arten der Abstraktion und Generalisation zu theoretischen bezw. didaktischen Zwecken gleichzeitig vornehmen. Allein dadurch wird weder an der Thatsache, dafs diesen Verallgemeinerungen lauter konkrete, unter sich verschiedene Rechtssysteme zugrundeliegen, noch an der Wahrheit, dafs wir niemals zu wirklich absoluten, universellen, ewigen Rechtsbegriffen und Rechtssätzen gelangen können, etwas geändert. Wenn Einer z. B. doch von ewigen Prinzipien des positiven Rechts redet, so kann das lediglich dadurch veranlafst sein, dafs er eine gar zu kurze Periode der Rechtsgeschichte übersieht. Freilich, nur zu leicht vergessen wir, „dafs das, was uns vom Standpunkt der heutigen Zeit als natürlich und vernünftig erscheint, das Produkt eines langen und mühsamen Prozesses ist. Ohne die Kenntnis der Geschichte würden wir nicht wissen, dafs Rechtsanschauungen, die der unhistorischen Betrachtung, dem naiven Urteil so gern als ewiges Eigentum der menschlichen Vernunft gelten, in der That nichts sind als Resultate jenes Prozesses. Und es sind dies gerade solche, die in der heutigen Zeit im Niedrigsten wie im Höchsten lebendig und das Gemeingut aller civilisierten Völker geworden sind . . .“ (v. Jhering, Geist d. röm. R. I § 9, 4. Aufl. S. 102). An welches ewige Staatsrecht darf der noch glauben, der auf das flüchtigste Durchblättern einiger Werke, welche uns die Geschichte des Staatsrechts vorführen, auch nur einen Tag verwendet hat? Gilt nicht das Gleiche vom Strafrecht? Und wenn wir uns in betreff der einfachsten Dinge des Privatlebens ein ewiges Recht denken möchten — die Kenntnisnahme der Rechtsgeschichte hindert uns sofort daran. Ein einzelnes Privatrecht, z. B. das römische, vermag wohl lange zu trotzen, bis nicht bloſs seine Rechtssätze, sondern auch seine Begriffe und Institute ausgelöscht sind; allmählich kommt es doch dazu (v. Jhering, Geist d. röm. R. II, 2 § 39, 4. Aufl. S. 348). Welches der historisch auf einander folgenden Prinzipien der Behandlung des zahlungsunfähigen Schuldners würden wir wohl zu dem ewigen erheben? Soll er

ist keine durch ihr bloſses Dasein befriedigt existierende Kraft, sein Wesen kann sich nicht in einem bloſsen Sein über den Menschen und Dingen erschöpfen. Ist ein Recht da, so ist es da für die Menschen, es will und mufs wirken auf ihre Handlungen, Verhältnisse, Zustände. Kann man sich Recht — unter allen Umständen doch etwas Normati-

in Schuldknechtschaft verfallen? in Arrest genommen oder nur ausgepfändet werden dürfen? für immer von seinen Schulden frei sein, wenn er den Konkurs hinter sich hat? oder aus dem nachher Erworbenen doch wieder in Anspruch genommen werden dürfen? Mancher scheinbar selbstverständlichste Rechtsgrundsatz, z. B. *nulla poena sine lege — nullum crimen sine lege* ist sehr jung (vgl. Binding, Handbuch des Strafrechts, I S. 17 ff.), gilt nichts weniger als absolut oder gar allüberall. Was überhaupt die Universalität von Rechtsprinzipien betrifft, nun, die Bastian, Post, Kohler u. s. w. haben doch hoffentlich nicht ganz umsonst geforscht und geschrieben, wenngleich die Rustici fortgesetzt glauben werden, es müsse das Recht überall so sein wie auf ihrer Scholle. Freilich hat, wie ich vorhin (S. 412) sagte, die Wissenschaft in betreff der Zusammenziehung des Auseinanderliegenden und der Vereinfachung des *in concreto* Komplizierten grofse Vollmachten, deren äufserste Schranken sie jedoch nicht überschreiten darf. Das scheinbar Identische schrumpft sonst bei genauerer Prüfung zu einer unbestimmten Allgemeinheit zusammen, welche juristischer Verwertung fast völlig unfähig erscheint (vgl. Dahn, Vernunft im Recht, S. 142). Gehen wir mit diesen Operationen bis an die Grenze des Möglichen, so werden unsere Ergebnisse schliefslich abstrakte Schablonen sein, die der Fülle der realen Rechtsthatsachen gegenüber versagen. Mit derartigen Übertreibungen der immerhin induktiv vorgehenden Methode habe ich es jedoch an dieser Stelle nicht zu thun. Denn die Rechtsphilosophen, welche mit Betonung von dem ewigen u. s. w. Recht reden, wollen garnicht aus, sondern von allem Recht der Wirklichkeit abstrahieren. Ihre Postulate sollen nicht für längere geschichtliche Zeiträume, sondern ohne jede geschichtliche Grenze gelten, nicht höchstens für grofse Länder- und Völkerkomplexe, sondern mindestens für die ganze Erde wahr sein, nicht aus höchst abstrakten, sondern aus ganz absoluten Begriffen bestehen, die einer hinter der Welt der Dinge existierenden selbständigen Begriffswelt angehören (vgl. S. 277 Note [1]): sie sollen eben unbekümmert um die praktischen Rechte der verschiedenen Zeiten und Rechtsgenossenschaften ein Recht für sich bilden, dem die Prädikate ewig, universell, absolut in ungeschmälertem Sinne beizulegen sind. Diesen Annahmen gilt meine Kritik, nur für diese beansprucht sie giltig zu sein, nicht für andersartige und ganz anders zu behandelnde Generalisationen aus dem positiven Recht zu theoretisch-didaktischen Zwecken, die man damit verwechseln könnte.

ves! — denken, das sich auf nichts bezieht, nichts normiert[5]? Das Recht lebt ganz und gar von den Dingen, die ihrer Art nach seiner Macht unterliegen können; von den Handlungen, die es gebietet, verbietet, zuläfst; von all den Verhältnissen, die es in seinen Herrschaftsbereich zieht. Wenn es von seinen eigenen Eingeweiden leben soll, stirbt es den Hungertod. Ein vollkommener Binnenstaat braucht kein Seeschifffahrtsrecht; wo es keine Volksvertretung gibt, bedarf es keiner Wahlgesetze, u. s. w. Oder ist auch dieses im „absoluten“ Recht begründet, dafs eines jeden Volkes Gebiet sich bis an das Meer ausdehnen, dafs eine jede Nation ein Parlament haben müsse? Wo keine Zeitungen erscheinen ist ein Preſsgesetz, wo niemand Hab und Gut oder Leben versichert ein Assekuranzrecht unnütz. Sollte das Privateigentum an Grund und Boden aufgehoben werden, so würde das Hypothekenrecht absterben, und sollte der ewige Frieden endlich eintreten, dann würden uns die Kontroversen des Kriegsvölkerrechts genau so wenig beunruhigen, wie jetzt die Streitfragen in betreff der Felonie oder des Hexenprozefsrechts. Wie alt ist denn das „ewige“ Wechselrecht, da doch viele Jahrtausende ganz ohne Wechsel ausgekommen sind? Welche Grundsätze über die Thronfolge wären wohl als die „universellen“ anzusehen? Und wie lauten die „absoluten“ Normen des ehelichen Güterrechts?

Hiergegen wird voraussichtlich zweierlei erwiedert werden. Einmal, dafs man sich unter dem ewigen u. s. w. Recht durchaus kein beziehungsloses, sondern gerade das beziehungsreichste, weil auf immer und überall erscheinende Thatsachen anwendbare Recht denke. Diese Erklärung nehme ich gern entgegen, um sie gegen die Naturrechtsphilosophen selbst auszunützen. Sodann, dafs man ja nicht für jedes einzelne Institut, Verhältnis u. s. w. unmittelbar praktisch anwendbare Rechtssätze, sondern nur ganz allgemeine höchste „Prinzipien“ aufstellen wolle und auch solche nicht für alle möglichen dem Wechsel unterworfenen Thatsachen, sondern nur für die konstanten Grundformen der rechtmäfsigen resp. unrechtmäfsigen Handlungen u. s. w. Hierin sehe ich nun zwei verschiedene Einschränkungen der grundsätzlichen Behauptung. Was die eine, die Meinung, man dürfe ewige Rechtsbegriffe und Rechtsprinzipien annehmen, dabei aber auf ewige Rechtssätze verzichten, betrifft, so ist ihre Unhaltbarkeit bereits früher (S. 356 ff., 394) dargethan. Die andere zu erwartende Einschränkung der Behauptung dagegen, durch welche man doch irgendeinem Teil des Rechts die Eigenschaften der Ewigkeit u. s. w. zu retten hofft, mufs mit allem Ernst angefafst werden.

Es sei allerdings richtig, wird man also sagen, dafs immer wieder neue, rechtliche Ordnung heischende Dinge auftreten, alte dagegen verschwinden, und insofern müsse das Recht einen wechselnden Inhalt aufzunehmen fähig sein. Niemand behaupte auch, dafs alles Recht ewig sei, sondern nur, dafs es, wie konstante Rechtsurteile über konstante Grundverhältnisse, so auch ewige Rechtsprinzipien für ewig gleiche Handlungsweisen gebe. Mögen also Wucher, Verlöbnisbruch und Haftpflicht des Beamten in verschiedenen Epochen und Ländern anders angesehen und beurteilt werden — Mord hingegen bleibe immer Mord und ewig rechtswidrig und strafbar; mögen die Aktie und der Check noch so junge und weithin unbekannte Dinge sein — der Vertrag sei ein universelles ewiges Rechtsinstitut, das überall und immer unter gleichen Hauptnormen steht. Hiermit ist ausgesprochen, dafs das ewige u. s. w. Recht nicht willkürlicher Weise die gleiche Beurteilung des wesentlich Ungleichen dekretieren, sondern nur insofern giltiges Recht sein will, als es das gleiche Entscheidungsprinzip auch nur für das wesentlich Gleiche aufstellt. Das heifst: die betreffenden Rechtsphilosophen behaupten hinsichtlich der durch ihr ideelles Recht zu erfassenden irdischen Zustände und Geschehnisse, trotzdem diese geschichtlich oder räumlich auseinanderliegen oder durch die verschiedenartigsten Umstände ihren beson-

[5] Es gibt überhaupt kein beziehungsloses Sein, sondern das wäre Nichtsein: Lotze, System der Philosophie II: Metaphysik, Leipzig 1879, I. Buch, I. Kap.; jedes Etwas ist In-Beziehung-stehen: Th. v. Varnbüler, Die Lehre vom Sein, Leipzig u. Prag 1883 S. 8 u. s. w.

deren Charakter erhalten, es liefsen sich doch wenigstens einige Arten derselben zu absolut gleichen — natürlich nur in höchst abstrakten Begriffen ausdrückbaren — Thatbeständen verdichten, sodafs sie unter gewisse — natürlich gleichfalls nur sehr abstrakt formulierbare — absolut gerechte Rechtsprinzipien passen.

Diese Behauptung ist jedoch nach allen beiden Seiten und somit im ganzen völlig unbegründet.[6]

Das Recht will und kann lediglich die äufsere Form der Lebensverhältnisse der Menschen beherrschen; aber der Inhalt der Lebensverhältnisse bestimmt seinerseits, welches Recht und welche Rechtsformen möglich sind. Diesen Inhalt müssen wir, um ihn den einzelnen Rechtsregeln zugänglich zu machen, in einzelne Thatbestände zerlegen. An jedem derartigen Thatbestande haben wir wiederum mehr oder minder zahlreiche Elemente, aus denen er sich zusammensetzt, zu unterscheiden. Diese bilden die elementaren Thatsächlichkeiten, welche in ihrer Totalität als der gesamte beherrschbare Stoff dem herrschen wollenden Recht als Ganzen gegenüberstehen, während es sich in jedem konkreten Rechtsfalle darum handelt, über eine der möglichen zahllosen Kombinationen aus solchen Thatsächlichkeiten das Einzelurteil vom Rechtsstandpunkte zu sprechen. Wenigstens einige unter diesen elementaren Thatsächlichkeiten und deren juristisch erfafsbaren

[6] Dafs beides möglich und folglich ihr Streben nach einem auf ewig u. s. w. gleiche Thatsachen bezüglichen, ewig u. s. w. gleichen Recht wissenschaftlich statthaft sei, hätten eigentlich die Behauptenden zu beweisen. Sie haben aber dazu niemals auch nur den Versuch gemacht. Ich könnte sie daher für vollständig widerlegt erachten durch die unbestrittene Wahrheit, dafs aufser dem Einen, den der Mensch nur gläubig zu ahnen, nicht zu begreifen vermag, nichts Ewiges und Absolutes existiert, im ganzen Bereich der Geisteswissenschaften, wenn wir von Logik und Mathematik als rein formalen absehen, jedenfalls nicht. Um aber noch ein Übriges zu thun, will ich den Gegenbeweis bis an die Grenze des Möglichen führen und zwar sowohl aus dem Gesichtspunkte der Thatsachen, für welche das ewige u. s. w. Recht auffindbar sein, als auch aus dem Gesichtspunkte des Rechts, das für die Thatsachen gelten soll.

Kombinationen zu Handlungs- und Zustandstypen sind es also auch, die durch alle Zeiten und an allen Orten eine solche Wesensgleichheit aufweisen müssen, dafs sie immer, überall und trotz aller Eigentümlichkeiten der Einzelfälle der gleichen rechtlichen Beurteilung, sei es im bejahenden, sei es im verneinenden Sinne, unterworfen werden können. Sonst würde es eben dem vorgeblichen ewigen, universellen, absoluten Recht an dem geeigneten identischen Stoffe fehlen.

Indem der Sinn der Behauptung solchermafsen klargestellt worden, ist die letztere eigentlich auch schon widerlegt. Denn es ist niemand auch nur einen einzigen Thatbestand der zum Beweis dienlichen Art vorzuführen imstande, selbst wenn man ihm die weitgehendste Kompetenz zur Herstellung der erforderlichen Gleichheit durch Weglassung alles dessen, was er als nebensächliche Modalität oder Relation ansehen zu dürfen glaubt, einräumt. Wird er nach den Thatsachen in den Verhältnissen der Erdnatur aufser dem Menschen forschen, in welche die Individuen ohne Wahl hineingeboren werden, um darin weiter zu leben? Sie sind alle verschieden und selbst die scheinbar konstantesten ändern sich mit oder ohne Zuthun des Menschen. In den Kulturzuständen und der Lebensweise der Völkerschaften wird er sie wohl überhaupt nicht suchen. Nur der Ignoranz kann es entgehen, dafs hier auch nicht ein Stück räumlich oder zeitlich identisch ist oder bleibt; nur das Vorurteil mag nicht einsehen, dafs die Menschen unablässig anfangen, fortfahren, aufhören, hier und heute das Eine, dort und morgen das Andere. Nirgend ein Beharren in einem allörtlich und allmenschlich Einförmigen. Übrigens kann ja weder aus den natürlichen Voraussetzungen, noch aus den kulturellen Verhältnissen jemals die letzte Entscheidung für den notwendigen Inhalt irgendeines Rechtsprinzips abgeleitet werden. Er wird also auf das psycho-physische Wesen des Menschen, sofern es in Handlungen an die Aufsenwelt tritt, greifen, aber auch hier nicht das Vorausgesetzte konstatieren können. Sollten die menschlichen Bedürfnisse, Kräfte und Eigenschaften, welche bald die Impulse zu den Handlungen geben, bald die

Art und Richtung des Thuns bestimmen, auf die erforderliche Gleichheit reduzierbar sein? Nichts ist im Gegenteil verschiedener und wechselt schneller als die Ansichten der Menschen über die Ziele, auf welche sie ihre Bestrebungen stellen, und die Einsicht in die dazu dienlichen Mittel, woraus der unerschöpfliche Reichtum an möglichen Handlungsformen folgt. Wer die Lehren der Kulturgeschichte und Ethnographie nicht geflissentlich ignoriert, wird zugeben, dafs in allen diesen Dingen die gröfsten Differenzen nach Zeit und Ort gewaltet haben und immer walten werden; und wer unter die Oberfläche der Lebensgeschichten der Völker, von denen man die Geschichte ihres Rechts niemals ablösen kann, gedrungen ist, der wird die Unwissenheit bedauern, welcher die erstaunliche Mannigfaltigkeit der Rechtsgebilde zu irgendeinem Teil grundlos zu sein scheint. Bleiben endlich noch das Gefühls- und das Triebleben übrig. Hier sind doch gewifs Konstanz und Gleichförmigkeit vorhanden? Nehmen wir es an. Aber kann das Recht die Gefühle und Triebe selbst erfassen, ist es nicht darauf angewiesen, nur auf ihre Äufserungen d. h. wieder auf ein abwechslungsreiches Thun billigend oder mifsbilligend Bezug zu nehmen? Selbst in dieser Hinsicht wird man, solange die Menschen sind wie sie erfahrungsgemäfs sind, die vorausgesetzte Gleichheit nicht wahrzunehmen vermögen, und für lediglich in der Einbildung existierende Wesen, die ewig und überall nach der gleichen Schablone agieren, soll doch das Recht nicht da sein.[7] Was aber die Menschen der Wirklichkeit betrifft,

[7] Um Weitschweifigkeiten zu vermeiden, berücksichtige ich nur beiläufig den Umstand, dafs das Recht nicht alle Handlungen des Einzelnen, deren gröfster Teil ihm ganz gleichgiltig ist, sondern meist nur solche sich gegenüberstellt, die aus irgendeinem Grunde als unvereinbar mit den Interessen der Anderen angesehen werden. Gäbe es keine Kollision der Interessen, brauchte man gar kein Recht. Es ist aber undenkbar, dafs auch nur in betreff einiger weniger Interessenkonflikte eine Normalgestalt des Widerstreites von solcher Stabilität konstruiert werden könnte, dafs sie für mehr als ein paar hundert Jahre und für mehr als einen Teil eines Erdteils zuträfe. Gegenüber den erfahrungsgemäfs und zwar aus Gründen, welche das Recht seinerseits durchaus nicht zu paralysieren vermag,

so kommt nichts von dem Äufserlichen, juristisch Erfafsbaren an ihren Zuständen und Handlungen unverändert aus einer unendlichen Vergangenheit, um ebenso unverändert in die unendliche Zukunft zu gehen, sondern Alles steht überall in dem ruhelosen Prozess der Veränderung, den man Geschichte nennt, d. h. es fehlt an jedem ewig stillhaltenden und uniformen Stoff und daher ist das Streben nach der Erkenntnis eines wandellosen universellen Rechts verfehlt.

Diese Argumentation läuft darauf hinaus, dafs ewiges, universelles, absolutes Recht nicht sein kann. Sie würde seitens der das Gegenteil annehmenden Rechtsphilosophen am besten dadurch entkräftet werden, dafs dieselben einige der Rechtssätze, welche sie im Auge haben, formulierten und es irgendwie plausibel zu machen versuchten, wie und warum diesen die fraglichen Eigenschaften doch zukämen. Ihre Behauptungen durch Beispiele einerseits zu erklären, andrerseits zu belegen, sind sie ja ohnehin verpflichtet. Indessen verfahren diese Rechtsphilosophen genau so wie viele Ethiker: wie diese von „dem“ ewigen u. s. w. Sittengesetz[8], so reden jene ein Langes und Breites von „dem“

schneller oder langsamer, aber doch immerfort sich ändernden und allerorts verschiedenen Formen der Interessenkollisionen vermag kein Recht sich ewig oder universell in gleicher Wirksamkeit zu erhalten.

[8] Zu diesen kommunen Moralphilosophen gehören viele der S. 260 ff. namhaft gemachten Naturrechtslehrer kirchlicher Richtung. Eine ganz hervorragende Rolle spielt „das“ ewige Sittengesetz z. B. bei Wirthmüller und Jos. Schmid (vgl. S. 265 ff. Note [44]), ohne dafs auch nur „ein“ derartiges Gesetz ausgesprochen würde. Dafs auch die Ethik sich endlich wird von solchen Gedanken der Ewigkeit, Universalität und Absolutheit losmachen und als wahre Geisteswissenschaft in die geschichtliche Entwicklung stellen müssen, habe ich bereits S. 197 Note [8] angedeutet. Schwer genug wird es ihr werden. Das sieht man z. B. an Alaux, Über die Wandlungen der Moral, (Öff. Vortr. geh. in der Schweiz, III Heft 8) Basel 1876, der zuerst mit grofser Gründlichkeit auseinandersetzt, dafs es gar keine universelle Moral gebe, um merkwürdiger Weise zu dem Schlusse zu gelangen, dafs es doch eine solche gebe. Ein einzelner Satz der „allgemeinen“ Moral wird aber auch von ihm nicht formuliert. Ganz darauf verzichtet endlich einmal Th. Ziegler, Sittliches Sein und sittliches Werden, 1. u. 2. Aufl. Strafsburg 1890: da er die Sittlichkeit als ein historisches

d. h. ihrem ewigen u. s. w. Recht, ohne auch nur einen einzigen ewigen u. s. w. Satz aufzustellen, an dem die prüfende Kritik eine Handhabe fände, um der allgemeinen These zu Leibe gehen zu können. Sowie aber Einer einen angeblich ewigen und absoluten Rechtssatz mit klaren Worten auszusprechen die Unvorsichtigkeit hätte, liefse sich an dem Beispiel der Beweis führen, dafs der Satz entweder überhaupt gar kein Rechtssatz mehr ist, weil gerade das specifisch Rechtliche sich daraus durch die notwendig gewordene starke Abstraktion verflüchtigt hat, oder aber — falls der Gedanke sprachlich so gefafst ist, dafs das Juristische doch noch zum Ausdruck kommt — dermafsen voll unausgesprochener Relationen steckt, dafs die Prädikate der Ewigkeit u. s. w. unmöglich richtig auf ihn angewendet werden können.[9]

Produkt der menschlichen Gesellschaft auffafst, so kennt er folgerichtig auch kein „Prinzip“ ohne Ausnahmen (2. Aufl. S. 96 ff.), mithin kein ewiges und absolutes.

[9] Beispiele angeblich ewiger u. s. w. Rechtssätze werden, wie gesagt, äufserst selten angeführt. Hier und da figuriert als ein solches in mancherlei Formen der Befehl des Dekalogs: Du sollst nicht tödten! An diesem Imperativ will ich zeigen, wie weit eine „Norm“ (im Sinne Bindings, Die Normen u. s. w., I, Absch. I, 2. Aufl. S. 35 ff., dazu S. 47 ff.) von einem wirklichen „Rechtssatz“ entfernt ist, d. h. in welchem Mafse ihr noch näher bestimmender Inhalt zugeführt werden mufs, damit eine Rechtsanordnung daraus werden könne, und wie es mit der Absolutheit u. s. w. derselben steht. Hiergegen, dafs wir dem Satze die Form: Du sollst nicht Menschen tödten! geben müssen, wird wohl niemand etwas einwenden. Die weitere Einengung: Du sollst nicht andere Menschen tödten! wird vielleicht schon Widerspruch erfahren angesichts dessen, dafs man auch das Verbot des Selbstmordes — den Befehl: Du sollst nicht Dich tödten! — in den Satz einschlofs (Verbot des Selbstmordes ohne Ausnahme: z. B. Augustinus, mit Ausnahmen: z. B. Eusebius, Chrysostomus, Hieronymus. Vgl. über diese Interpretationen Wächter im N. Archiv d. Criminalr. X 1828 S. 635) und noch einschliefst (da das englische Recht und neuere Strafgesetzbücher, z. B. in Nordamerika das Strafgesetzb. des Staates New-York vom 26. Juli 1881 § 178 u. s. w., den Versuch des Selbstmordes mit ordentlichen Strafen belegen). Hiermit beginnt also schon eine historisch-lokale Beschränkung. Lassen wir indessen diese beiseite und nehmen wir an, die Vorschrift laute: Du sollst nicht andere Menschen tödten! So kann eine Rechtsvorschrift aber noch immer nicht richtig ausgedrückt sein, und dafs sie so ewig u. s. w. gelte, hat noch niemand behauptet. Jeder läfst

Anders ausgedrückt: Niemand ist imstande, eine einzige derjenigen ewigen, universellen oder absoluten Rechtsnormen,

vielmehr Einschränkungen des Verbotes zu. Es fragt sich nur, welche? Bekanntlich war und ist, um von dem Niedermetzeln der Gefangenen, den Menschenopfern bei religiösen Feiern u. dgl. ganz abzusehen, die Ausübung der Tödtungsbefugnis seitens des Vaters, Häuptlings, Sklavenbesitzers u. s. w. in alten Zeiten und bei barbarischen Völkerschaften eine rechtlich erlaubte Handlung; wer als Bluträcher oder im gerichtlichen Zweikampfe tödtete, war kein Mörder; aus Wohlwollen tödtete man legaler Weise bei vielen Stämmen die Greise, durch ganz Altgermanien z. B. auch die Schwachen, Kranken und Krüppel. Wo das fast beliebige Umbringen „Anderer“ erst einmal grundsätzlich verboten worden, wird es freilich kaum wieder freigegeben werden. Aber deshalb darf man nicht rückwärts die Übung dieses „Rechts“, das den Ausübenden ebenso „heilig“ erscheint, wie uns gräfslich, für Mord erklären. Und es hat offenbar keinen Sinn, von unserem heutigen europäischen Standpunkte die Begehung solcher erlaubter oder gar gebotener Handlungen als Frevel gegen ein „ewiges“ Rechtsverbot zu betrachten, aufser eben von dem Gesichtspunkt irgendeines „Naturrechts“, wofür das nach subjektivem Gefallen ausgeführte Auswählen unter den Rechtseinrichtungen und das Ungiltigerklären der mifsfälligen charakteristisch ist. Jene Akte waren damals und sind dort, wo sie noch geübt werden, mindestens ebenso „natürlichen“ Rechts, wie die Bestrafung derselben als Verbrechen in civilisierten Staaten. Meinetwegen aber lassen wir auch diese Handlungen „ewig“ Unrecht sein. Trotzdem gilt noch immer nicht der Satz: Du sollst nicht andere Menschen tödten! in seinem vollen Sinne und als Rechtssatz. Wir haben da noch zu berücksichtigen das gebotene Tödten durch den Soldaten in der Schlacht, den Scharfrichter, vielleicht die Gefängnis- oder Quarantänewache, das erlaubte Tödten seitens des Arztes, der gelegentlich nur die Wahl hat, entweder die kreifsende Mutter oder die lebensreife Frucht zu opfern. Kein Naturrechtslehrer, der alle diese Fälle doch auf irgendeine Manier mit unter das abstrakte Verbot zu subsumieren versuchte, keiner, der nicht wenigstens die Tödtung in der Notwehr für erlaubt erklärte! Also — —? Also hat jener Satz, um mehr zu sein als eine blofse Ermahnung, höchstens eine „Norm“, von der man im gegebenen Falle unsicherer Weise abweichen darf — also hat er, um ein richtiger Rechtssatz sein zu können, nicht zu lauten: Du sollst nicht andere Menschen tödten!, sondern: Du sollst nicht andere Menschen willkürlich tödten! Erst nach Aufnahme des Einschiebsels „willkürlich“ bildet er eine leidlich lückenlose Rechtsregel, denn nun enthält er ein rechtliches Verbot todbringender Handlungen, auf welche die Menschen erfahrungsgemäfs verfallen, und läfst die rechtlich nicht verbotenen Ausnahmefälle offen. Das Wort „willkürlich“ ist aber offenbar eine blofse generelle Aushilfe, wodurch man sich die Aufzählung der Fälle erlaubter Tödtungen

welche notwendiger Weise zu dem Bestande des von ihm angenommenen ewigen, universellen oder absoluten Rechts

erspart. Bei jeder Entwicklung des Inhaltes jenes Rechtssatzes mufs auch der Inhalt des Begriffes „willkürlich“ im einzelnen auseinandergelegt werden, was nicht durch blofse Wortinterpretation geschehen kann. Bis dahin bedeutet er nur soviel, dafs man sich hier vorbehalte die Korrektur des unrichtig formulierten Satzes durch Einschiebung der Ausnahmen d. h. der „unter Umständen“, „nach Mafsgabe andrer lokaler Rechtsgesetze“, aus denen man sich zu instruieren hat, und „zu unsrer Zeit“ doch zulässigen Tödtungen. Wo bleibt da die Ewigkeit, Universalität, Absolutheit jenes Rechtssatzes? Wollten jedoch die Rechtsphilosophen trotz allem einen ewigen u. s. w. Rechtssatz im vollsten Sinne des Wortes über die unstatthafte Lebensberaubung erzwingen, so müfsten sie versuchen, ob sich nicht diesem Begriff „willkürlich“ die darin eingeschlossenen Abhängigkeiten, mit welchen eben die Ewigkeit u. s. w. unvereinbar ist, nehmen liefsen, d. h. sie hätten sich zu bemühen, die Ausnahmefälle wiederum in hochabstrakte Kategorien zusammenzupressen, worauf sie dieselben als ebenso ewige u. s. w. Ausnahmen in die ewige u. s. w. Regel hineinverarbeiten könnten. Wohlan, sie mögen es versuchen! Sie werden alsbald die Erfahrung machen, dafs sie im Gegenteil immer tiefer in ein immer konkreter werdendes Detail an Bedingungen hineingeraten, woraus sie mit immer gröfserer Sicherheit den Schlufs ziehen müssen, dafs der Rechtssatz selbst sich auf das entschiedenste gegen die ihm zugedachten Prädikate der Ewigkeit u. s. w. wehrt. Aus dem allen folgt im besonderen, einmal dafs es nichts helfen kann, wenn man auch in betreff des Befehls: Du sollst nicht andere Menschen tödten! die ewige u. s. w. „Giltigkeit“ erwahrscheinlichen sollte, denn er wird dadurch noch nicht zu einem Rechtssatz, und sodann dafs der Satz: Du sollst nicht willkürlich andere Menschen tödten! zwar ein Rechtssatz ist, aber gewifs kein absolutes, überall und ewig in gleicher Weise giltiges, sondern von vielen Relationen abhängiges Verbot enthält, welche Relationen alle in dem Worte „willkürlich“ verborgen sind. Aus dem allen folgt ferner im allgemeinen etwas, was nur Naturrechtsphilosophen nicht sehen mögen, nämlich dafs alle rechtsrelevanten Handlungen, weil sie alle zu einer Zeit, an einem Ort, unter bestimmten Umständen stattfinden, auch nur ein zu einer Zeit, an einem Ort, unter bestimmten Bedingungen giltiges Rechtsurteil vertragen. Denn es läfst sich genau so wie in betreff des „Du sollst nicht tödten!“ auch in betreff jeder anderen *a priori* aufgestellten Norm beweisen, dafs sie, solange sie eine absolute sein soll, nicht die Merkmale an sich tragen kann, durch deren Besitz sie erst juristisches Leben erhält, während sie durch die Aufnahme einer unübersehbaren Menge der verschiedensten Abhängigkeiten aus der in Raum und Zeit liegenden Wirklichkeit wohl zur Rechtsnorm erstarken kann, aber dafür ihre angeb-

gehören, auszusprechen. Denn formuliert er sie abstrakt genug, damit jene Epitheta zulässig erscheinen, so geht das Juristische, auf dessen Beibehaltung es ihm doch ankommen mufs, bei der Einkleidung des Gedankens in einen Satz ganz verloren; nimmt er aber in den Satz auch nur ein Wort,

liche Absolutheit aufgeben mufs. „Die persönliche Freiheit ist unverletzlich“, „das Privateigentum mufs geachtet werden“ und ähnliche „Prinzipien“ sind ganz ebensowenig absolute u. s. w. Rechtssätze, wie das mehr juristisch klingende, weil in Befehlsform gekleidete „Du sollst nicht tödten!“ Freiheit darf eingeschränkt, Eigentum darf mifsachtet werden: das Wann und Wie zu bestimmen ist eben Sache des Rechts. Aus der Thatsache, dafs zu gewissen Zeiten bei gewissen Völkern Freiheitsentziehungen und Eigentumsverletzungen vorgekommen sind, die nach Art und Menge nicht länger zu dulden waren, nahm man den Anlafs, jene „Prinzipien“ als solche in den Staatsgrundgesetzen zu betonen. Sind das nicht selbst durchweg der Geschichte und lokalen Umständen entnommene Gründe? Dafs diese Sätze als Rechtssätze aufgefafst, falsch wären, ist offenbar. Wenn sie blofs ungenau formuliert wären, so könnte man das durch die Unzulänglichkeit der Sprache erklären, die leider nicht gestattet, alle in Begriffe zu bringenden Ausnahmen auch in einzelne Worte zusammenzufassen und in den Text der Vorschrift so hineinzusetzen, dafs die letztere nun buchstäblich zu nehmen wäre (daher ich an einer früheren Stelle dieser Note S. 421 den Ausdruck „willkürlich“ als eine blofse generelle Aushilfe bezeichnet habe). Sie sind aber nicht allein ungenaue Ausdrücke richtiger Prinzipien, sondern sie sind, vom Standpunkt des Juristen betrachtet, eben total unwahr: wahr sind sie erst mit ihren zahllosen, aus allen Ecken und Enden des Rechtssystems zusammenzusuchenden Komplementen, die dem Prinzip direkt widersprechen. Es ist vielleicht nicht unbedenklich, hier noch das Verhältnis von „Ausnahmen“ zu einer sonst giltigen „Regel“ zu konstruieren. Das steht jedenfalls fest, dafs einerseits die „Regeln“ wegen historischer und lokaler Gründe falsch geformt, andrerseits auch die „Ausnahmen“ überall von ebenso geschichtlichen und genossenschaftlichen Verhältnissen abhängig sind. Das heifst: in komplete Rechtsregeln umgewandelt, erweisen sich die Normen über Gebrauch, Grenzen, Schutz des Eigentums, der Freiheit u. s. w. als derartig bedingt, dafs es einfach unmöglich ist, da noch von Ewigkeit u. s. w. zu reden. Das Formulieren von „Rechtssätzen“ stellt man sich wahrscheinlich überhaupt zu leicht vor (vgl. auch S. 42). Vielleicht mufs man bei strengen Ansprüchen ganz darauf verzichten, da wir nur in Fragmenten von Rechtssätzen denken und sprechen. Sicher ist, dafs alles Suchen und Aufstellen von ewigen, universellen, absoluten Rechtssätzen für irgendwelche irdische Verhältnisse und menschliche Handlungen vergeblich bleiben mufs (vgl. auch S. 411 ff. Note [4]).

welches das juristisch Unerläfsliche verkörpert, auf, so hat er eben mittels dessen, was alles hinter diesem Worte an Einschränkungen durch Zeit, Ort und alle möglichen Bedingungen steckt, die Giltigkeit seiner Norm für eine so vielfältig relative erklärt, dafs er sie nicht zugleich für ewig, universell oder absolut giltig ausgeben darf. Wer trotz alledem z. B. noch irgendeinen „universellen" Rechtssatz zustandebringen möchte, möge zusehen, wie er ihn in alle Sprachen so übersetze, dafs ihn alle Nationen verstehen und — alle ganz gleich verstehen.[10]

[10] Da wir kein universell gleichmäfsig brauchbares Mittel, unsere Gedanken auszudrücken, nicht eine Sprache, sondern eine grofse Menge verschiedener Sprachen besitzen, so würden wir, selbst wenn wir universell giltige Rechtsgedanken auffänden, diese nicht so ausdrücken können, dafs sie auch universell gleichmäfsig verstanden würden. Bei der Übersetzung der Worte aber verschieben sich auch die Gedanken, weil eben die Begriffe nur annähernd stimmen. Wer die Differenzen etwa für unerheblich für die Jurisprudenz hält, möge z. B. den Versuch machen, ob er an der Hand der Strafgesetzbücher und der Auslieferungsverträge eine übereinstimmende Nomenklatur derjenigen Delikte, für welche unter den civilisierten Staaten ausgeliefert wird, zustandebringt. Bisher haben noch Alle, die eines solchen Registers bedurften, sich auf die bequeme Weise geholfen, dafs sie ihr nationales Strafgesetzbuch d. h. ihre partikulären Verbrechensbegriffe zugrundelegten. Aber *possessio* ist nicht dasselbe wie Besitz, *furtum* was anderes als Diebstahl, und so ist auch *escroquerie* nicht *moschennitschestwo* und *extorsion* nicht Erpressung. Eine Universalsprache gibt es nicht, daher liefse sich auch ein angeblich universelles Recht garnicht zum Ausdruck bringen. Es gibt wohl ein allen normalen Menschen eigenes Sprechvermögen; das ist aber ganz was anderes als eine allen Menschen eigene Sprache. Ebenso gilt wohl in allen Menschengenossenschaften Recht, wahrscheinlich weil alle Menschen das Bedürfnis haben, soviel als möglich unter festen Regeln ihr Leben zu führen; aber ein universelles Rechtsbedürfnis schafft noch kein universell gleiches Recht. Solche Unterschiede auch nur anzudeuten wäre unnötig, wenn nicht neuerdings die Freunde des Naturrechts sich der — bekanntlich von den Gründern der Historischen Schule mit Vorliebe benutzten — Analogien des Rechts mit der Sprache zu bemächtigen anfingen, um in ihrer Weise dadurch ihre Gedanken dem Verständnis der Ungläubigen näher zu bringen. Ich meine aber, sie geben diese Analogien, die ihrer Sache nur schaden können, lieber wieder auf. Hat da z. B. Gierke (Naturrecht u. Deutsches Recht, S. 13) gesagt: „Der Traum des gleichförmigen Weltrechts flöfst heute kaum mehr

Ewiges, universelles, an sich verbindliches Recht gibt es nur für den, der ein paar Jahrhunderte für die Ewigkeit, einige Völker für die Menschenwelt, seine ehrenwerten Grundsätze für die unverbrüchliche Lebensnorm aller Anderen erachtet. Der Enkel aber, wenn er es nicht mit Entrüstung zurückweist, belächelt das Recht, das der Ahne als absolutes pries — und tritt vielleicht im nächsten Augenblick für ein anderes von gleich vergänglicher Ewigkeit ein. Der Wissenschaft jedoch würde eine solche Schwäche übel anstehen. Ihr gelten nur Naturgesetze als unveränderlich, überall gleich giltig, unbedingt wirksam; Rechtsgesetze, denen so hohe Epitheta zukämen, vermag sie nicht aufzufinden und auszudrücken: sie kennt keine erstarrten Dogmen eines für alle Zeiten und Menschen fertigen Rechts.

Vertrauen ein, als die Bemühungen um die Erfindung der Universalsprache". Hiergegen bemerkt Birkmeyer (in d. Krit. Vierteljahrsschr. für Gesetzg. und Rechtswiss. XXXI [N. F. XII] 1889 S. 561 Note [4]): „Inzwischen ist Volapük erfunden worden", ein Ausspruch, bei welchem nicht zu übersehen ist, dafs B. sich kurz vorher zu dem Glauben an ein bereits vorhandenes Universalrecht bekannt hat (das. S. 560: „. . . dafs aber diese Rechtsidee in der That über jedem positiven und nationalen Recht stehe und im positiven Recht nur ausgeprägt, nicht beschlossen sei, das beweist die Thatsache, dafs sich ein grofser Bestand von Rechtssätzen und Rechtseinrichtungen in dem positiven Recht aller (?) Länder und Nationen ganz (?) gleichmäfsig wiederfindet . . ."; vgl. auch oben S. 299 ff. Note [80]). Nun ja, wenn die Propositionen des Pfarrers Schleyer, wie etwa eine Weltsprache — die aber vorläufig die ganze Welt eben nicht spricht und nie sprechen wird (vgl. über die Pasilingua-Phantasien z. B. W. Brunnhofer, Kulturwandel u. Völkerverkehr, Leipzig 1891 S. 81 ff. und insbesondere über Volapük Kleinpaul, Sprache ohne Worte, Leipzig 1888 S. 3 ff.) — zu gestalten wäre, eine Sprache sind, dann ist auch alles, was jemand zu Universalrecht erhoben sehen möchte, bereits universelles Recht. Diese Analogie zwischen der zu einem Teil wirklichen Sprachen entliehenen, zu einem andern Teil frei erfundenen Sprache — der Zukunft und dem teils geltenden Rechten entnommenen, teils aus dem Schatze des Naturrechts ergänzten Universalrecht — der Gegenwart trifft allerdings so weit zu, als es bei Erzeugnissen der gleichen Phantasie auf verschiedenen Gebieten irgend möglich ist. Nur in einem Punkte nicht: während die Philologen Volapük nicht für ein Objekt ihrer Wissenschaft halten, befassen sich Juristen leider noch immer in einer Weise mit dem Universalrecht, als wenn es ein objektiv existierender Gegenstand der Rechtswissenschaft wäre.

b. Die zur zweiten Kategorie gehörigen Beiwörter, durch welche die Naturrechtslehrer das Wesen oder ein Unterscheidungsmerkmal ihres nichtpositiven Rechts ausdrücken (vgl. S. 410), bezeichnen Eigenschaften, die selbst mit dem nachgiebigsten Rechtsbegriff unvereinbar sind. Es läfst sich beweisen, dafs man von notwendigem, werdendem, idealem und theoretischem Recht durchaus nicht reden darf, weil die in diesen Begriffen enthaltene Grundvorstellung Recht eine Verschmelzung mit den genannten Adjektivvorstellungen nicht duldet. Keine Wissenschaft aber kann Begriffe zulassen, die aus dissociablen Vorstellungen zusammengezogen sind.

Zuerst von dem notwendigen Recht, in welcher Bezeichnung das Eigenschaftswort „notwendig" seltener das ganze Wesen eines vom positiven unabhängigen Rechts, gewöhnlich blofs eins unter mehreren Kennzeichen desselben wiedergeben soll.[11]

Notwendigkeit ist ein äufserst widerspenstiger Begriff, dem die Philosophen feste Grenzen für den Bereich der Wissenschaft zu ziehen bemüht sind — wie es scheint, vergeblich.[12] Das gemeine Denken aber gewährt der Vorstellung vom Notwendigen einen noch weiteren Spielraum, und dem entspricht die Mehrdeutigkeit des Ausdruckes. Auch in Verbindung mit Recht kann das Wort „notwendig" so viele Bedeutungen haben, dafs die jedesmalige Meinung des einzelnen Denkers kaum sicher zu treffen ist, wenn er sie nicht durch Beispiele erläutert. Solche Beispiele fehlen aber gänzlich. Es ist daher vor allem festzustellen, in welchem Sinne

[11] Sofern die mit dem „notwendigen" Recht operierenden Schriftsteller (vgl. z. B. S. 284) dasselbe in eine Reihe mit dem „absoluten" Recht u. dgl. stellen, gilt für sie die darauf bezügliche Kritik (S. 412 ff.); wollen sie damit die angeblichen „Lücken" der positiven Rechtsordnung füllen, greifen auch gegen sie die früher (S. 372 ff.) ausgeführten Bedenken Platz, u. s. w.

[12] Vgl. z. B. O. Liebmann, Gedanken und Thatsachen, I Strafsburg 1882 S. 1 ff.: Die Arten der Notwendigkeit und die dürftige Übersicht der verschiedenen Lehren bei K. Rieck, Studien zum Begriff der Notwendigkeit in der neueren Philosophie, Halle 1877. Solange dieser Begriff nicht feststeht, wird auch die „Willensfreiheit" unklar sein.

der Begriff des Notwendigen überhaupt derart mit dem Begriff des Rechts verbunden werden kann, dafs er eine oder die einzige Sondereigenschaft einer Species des der Positivierung nicht weiter bedürftigen Naturrechts bezeichnet.

Der gewöhnliche, zwischen einem extremen und einem abgeschwächten liegende Begriff des notwendigen Rechts ist auf folgende Gedanken zurückzuführen. Man stellt sich geeignete äufsere Verhältnisse oder Handlungen der Menschen und gewisse Rechts- bezw. Unrechtsfolgen derselben in der Weise auf das engste mit einander verknüpft vor, dafs diese Folgen weder ganz fehlen, noch anders geartet sein können. Was dabei als notwendig gedacht wird, ist nicht, dafs jene Thatbestände wirklich vorkommen und dann jedesmal genau dieselbe Struktur haben müssen, sondern vielmehr der Zusammenhang zwischen bestimmten Thatbeständen, falls solche erscheinen sollten, und bestimmten Rechtsurteilen, die in solchen Fällen immer und immer so, wie es die gedachten Rechtssätze vorschreiben, zu fällen sind. Dieser oder jener Rechtssatz ist notwendig, bedeutet mithin hier: es ist schlechthin undenkbar, dafs, wenn die und die Thatsachen vorliegen, das Recht dazu schweigen oder eine andere als die aus der und der Rechtsnorm sich ergebende Behandlungsweise verordnen könnte. Man nimmt also, indem man das Ganze der möglichen Thatsachen samt der ganzen durch sie geforderten Rechtsordnung ins Auge fafst, an, gewisse Rechtssätze seien da, wo die entsprechenden Ereignisse möglich sind, absolut nicht weg- oder anders lautend zu denken und müfsten folglich in Geltung sein, einerlei ob die Setzung derselben als Recht durch geschichtliche Rechtsbildungsakte nachweisbar ist oder nicht. Zu dem positiven, eben durch Satzung oder Übung giltig gewordenen Recht stehen die angeblich notwendigen Rechtssätze gemäfs der Vorstellung desjenigen, der dergleichen denkt, in folgendem „Verhältnis": werden sie durch das positive Recht anerkannt, so wird ihnen hierdurch kein neues Essentiale erworben — denn sie sind eben schon notwendiges Recht; schweigt das positive Recht, trotzdem die fraglichen Fälle

vorkommen, nun so rücken jene Rechtssätze einfach ein — denn sie sind eben notwendiges Recht. Wenn aber ein dritter denkbarer Fall vorliegt, nämlich das positive das für notwendig ausgegebene Recht direkt ausschliefst, was dann? Es ist immer dieselbe Klemme, aus der sich noch niemand ehrlich herausgezogen hat, als indem er die falsche Grundidee von der Duplizität des Rechts fallen liefs.

Wem wäre es auch nur möglich, „Notwendigkeit“ und „Recht“, zwei Vorstellungen, die einander durchaus im Wege stehen, gleichzeitig zu denken! Das Recht, welchen Inhalt man ihm auch geben möge, befafst sich doch immer nur mit Nichtnotwendigem. Es setzt ausnahmslos Thatbestände voraus, an denen irgendetwas aus der Freiheit Geschehendes ist, sodafs es auch wieder der freien That bedarf, um daran etwas zu ändern oder Konsequenzen zu knüpfen. In betreff dessen, was aus reiner Notwendigkeit geschieht oder an einer Thatsache wirklich notwendig ist, ist das Recht völlig ohnmächtig. Wäre es nicht selbst durch und durch ein Gesetz der Freiheit, würde es nicht gebrochen werden können. Das im strengen Sinne Notwendige dagegen liegt ganz und ausschliefslich in der Natur, vollzieht sich nach Naturgesetzen, die garnicht gebrochen werden können. Das in diesem Bereich Geschehende geschieht ohne erst durch Rechtsgesetze ermöglicht zu sein, und was kraft der Naturgesetze einmal nicht geschehen kann, das auszuschliefsen bedarf es keiner Rechtsgesetze. Die Formeln, in welche man die natürlichen Gesetze fafst, zeigen eine Beziehung von Ursachen und Wirkungen, in welcher ein Mufs liegt, sodafs die Wirkung mit unerbittlicher „Notwendigkeit“ jedesmal erscheint, sobald die Ursache frei wird, und niemals auftritt, wenn die letztere nicht da ist. Jede noch so „perfekte“ juristische Lex dagegen umschliefst höchstens eine Verknüpfung von Grund und Folge, welche statthaben soll; aber der rechtliche Grund kann konkret werden, ohne dafs die Folge eintritt, und umgekehrt kann eine Thatsache erscheinen, die genau wie eine vom Recht angeordnete Folge aussieht, ohne von einem rechtlichen Grunde veranlafst zu sein. Die natur-

gesetzliche Wirkung ist eine Notwendigkeit, deshalb erfüllt sie sich stets von selbst; die Rechts- oder Unrechtsfolge wird nicht von selbst, sondern erst durch gehorsamende Menschen, die auch widerstehen könnten, zur Thatsache, ist also nicht notwendig. Die Naturgesetze selbst sind schliefslich notwendig, denn sie könnten nicht nicht sein; jedes Rechtsgesetz kann auch nicht sein und ist daher nicht notwendig. Gäbe es notwendige, müfsten wir sie den Naturforschern und der Behandlung nach naturwissenschaftlichen Methoden überlassen. Die Übertragung der Kategorie der Notwendigkeit im strengen Sinne auf die Zusammenhänge im Rechtsgebiet ist unstatthaft und der Begriff des notwendigen Rechts enthält eine *contradictio in adjecto*.[13]

[13] Es ist nicht blofs der nachlässige Gebrauch bedeutsamer Ausdrücke, sondern vielmehr die dadurch beförderte Trübung der wissenschaftlichen Begriffe, wogegen ich durch die folgenden beiläufigen Bemerkungen über das Verhältnis des positiven Rechts zum Notwendigen ankämpfe. 1. Wenn jemand das aus der Natur des Menschen und der Dinge Folgende schon als *jus* (vgl. S. 155) oder Recht bezeichnet, so möge er sich dabei auf einen laxen Sprachgebrauch stützen; deshalb darf er doch das begrifflich Auseinanderliegende nicht in seinen Gedanken ineinanderlaufen lassen. Der Sprachgebrauch veranlafst, aber entschuldigt nicht die Begriffsverwirrung. Die mit strengster Notwendigkeit eine aus und nach der andern folgenden Thatsachen nimmt das Recht als gegebene Dinge hin, welche es voraussetzt, ohne darin etwas ändern zu können, d. h. dieselben stehen, sofern sie wirklich unabänderlich sind, gänzlich aufser der Möglichkeit, durch das Recht gelenkt werden zu können. Anders ist es mit denjenigen Thatsachen, auf deren natürlichen Verlauf Menschenkraft und Menschenwille, sei es, indem er eingreift, sei es, indem er den möglichen Eingriff unterläfst, influieren kann. Erst von dem möglichen jedesmaligen Eingriffspunkte an vermag auch das Recht die Entwickelung der Thatsachenreihen durch Vermittelung der Menschen zu beeinflussen. Notwendig ist jedoch weder, dafs es, noch die Art, wie es dies thun mufs, d. h. auch durch diese Thatsachen wird keineswegs ein bestimmtes Recht als notwendig gefordert. Man stelle sich z. B. die Funktionen des Rechts in betreff der Zeugung oder des sog. natürlichen Todes der Menschen vor: in diesen Angelegenheiten ist das Notwendige überall blofse Voraussetzung, das Menschenmögliche allein das rechtlich Geordnete (die bekannten Präsumtionen, mit denen das Recht sich da hilft, wo die im übrigen unfragliche Naturnotwendigkeit Schwankungen ausgesetzt ist, bilden keine Widerlegung, sondern eine Bestätigung dessen). Z. B. kann an einer nicht mehr existierenden Sache auch kein Eigentum mehr

Notwendiges Recht kann aufser der bisher besprochenen noch eine extremere und mehrere abgeschwächte Be-

existieren: es ist also kein Rechtssatz, dafs Eigentum durch Untergang der Sache erlischt, denn das Recht könnte nicht vorschreiben, dafs es noch existiere (vielleicht jemandem die Fiktion, als existiere es noch weiter, anbefehlen?). 2. Auch wenn das Recht einen Satz aufstellt, den wir von unserem Standpunkt wegzudenken beinahe nicht imstande sind — z. B. das erlegte Raubthier gehört dem Jäger, Schadensersatz ist in Geld zu leisten, Niemand kann in eigener Sache einen Richterspruch fällen, durch Geburt wird die Staatsangehörigkeit des Parens erworben u. s. w. — so würden solche Rechtssätze doch nur in einem uneigentlichen Sinne als notwendige bezeichnet werden können. Wären andere Bestimmungen durchaus nicht möglich, dann wären die angeblichen Rechtsfolgen naturgesetzmäfsige, mithin die angeblichen Rechtssätze Naturgesetze. Nur verwechsle man nicht den organischen Zusammenhang verschiedener Rechtsinstitute unter einander mit der Notwendigkeit, kraft welcher aus gewissen Thatsächlichkeiten sich gewisse Rechtseinrichtungen ergeben sollen! Nur in dem Sinne gibt es ein nicht nicht sein könnendes Recht, als manches und zwar das meiste Recht bereits anderes ebenso positives Recht zur Voraussetzung hat. Man kann sich wohl denken, dafs keine Servituten, kein Pfandrecht, keine Fideikommisse u. dgl. m. existieren, obgleich Grundeigentumsrecht existiert, aber nicht das Umgekehrte; wo es Erbrecht gibt, mufs es auch vererbliche primäre Rechte geben, u. s. w. Das ganze Schadensersatz- und das ganze Strafrecht sind nichts als solche abhängige, sekundäre Rechte. Es existiert aber kein absolut notwendiger, nicht einmal ein logischer Zusammenhang zwischen Ehrenkränkung und Gefängnishaft, Sachbeschädigung und Geldentschädigung, sondern dieser Zusammenhang wird noch erst durch ein Element vermittelt, das ausschliefslich historisch erklärt werden kann. Ein Europäer, der im Herzen Afrikas einem Eingeborenen für das fahrlässig getödtete Haustier mit Banknoten Schadensersatz leisten wollte, würde durch das Erstaunen des Geschädigten zu der Erkenntnis gebracht werden, dafs die sinnreiche Operation, mittels der er sowohl das Tier als die Noten auf den gemeinsamen Nenner Geld bringt, in jenes Augen ein vollkommener Unsinn ist. Da reichen die schönsten „angeborenen" Rechtsgefühle nicht aus. 3. Nur von einem Standpunkt ist das Recht als solches und zugleich jeder Rechtssatz gleich notwendig. Es ist der Standpunkt des reinen Determinismus. Wer sich auf diesen stellt, kann aber unmöglich zwischen einem notwendigen und einem „blofs positiven" d. h. mehr oder weniger willkürlichen unterscheiden. Wenn alle Bedingungen und Ursachen da sind und so da sind, wie sie eben sind, erscheint notwendig das positive Recht und gerade dieses positive Recht. Deterministische Grundanschauung und dualistische Rechtslehre schliefsen einander aus: natürliches

deutungen haben.[14] Es kann heifsen: gewisse Verhältnisse und Handlungen kommen eben immer und überall wirklich vor und in Beziehung auf diese ist auch eine und dieselbe rechtliche Beurteilung unvermeidlich. Man behauptet z. B., aus der allezeit und allerorts gleichen Menschennatur gingen gewisse konstante Thatbestände hervor, die notwendiger Weise ihr ewig und universell gleiches Recht in sich trügen. Hiergegen sind nicht nur die soeben angeführten Gründe, sondern auch die Argumentationen gegen alles ewige und universelle Recht (S. 412 ff.) zu wiederholen. Es kann aber auch heifsen: angesichts der vorliegenden Umstände, Bedürfnisse und Interessen ist es mit höchster Dringlichkeit zu wünschen oder kann es mit gröfster Sicherheit erwartet werden, dafs gewisse Verhältnisse auf bestimmte Weise gesetzlich geordnet werden. In diesem und noch manchem anderen Sinne, den nachlässige Sprechweise dem Worte geben mag, bezeichnet dasselbe aber weder eine Notwendig-

Recht und positives, ideelles Recht und wirkliches, notwendiges Recht und gewillkürtes sind identisch. Fängt man jedoch an, einzelne Bedingungen oder Ursachen hinwegzudenken, was man als Determinist nicht vermag, so kann man auch sämtliche nach einander wegdenken, und dann schwindet eben alles Recht, keins ist also notwendig. Es ist hier nicht zu entscheiden, ob es wissenschaftlich zulässig sein kann, alle Geist- und Gefühlsäufserungen und alles, was der Mensch seiner freien Willens- und Schöpferkraft unterworfen erachtet, mit der Materie unter das eine erdrückende Kausalgesetz zu bringen. Nimmt man aber eine sittliche Freiheit an, so ist das Recht als solches und sein Inhalt höchstens ein unentbehrliches Werk der Menschen, aber weder im ganzen, noch dem einzelnen Satze nach notwendig, d. h. auch indeterministische Grundanschauung schliefst die Annahme eines notwendigen Rechts aus.

[14] Welche derselben Modestinus in der l. 40 Dig. de leg. I, 3: *Omne jus aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*, meint, ist ungewifs. Die logische Fehlerhaftigkeit der Verbindung dieser drei Möglichkeiten durch das zweimalige *aut*, sodafs eine erschöpfende Einteilung der Fundamente alles Rechts aufgestellt zu sein scheint, liegt auf der Hand. Denn einmal kann die *necessitas* weder dem *consensus*, noch der *consuetudo* rein koordiniert werden, wie überhaupt die drei Geltungsgründe einander nicht ausschliefsen, sondern sich gegenseitig verstärken können; sodann sind auch *fecit*, *constituit* und *firmavit* nicht identische Begriffe. Das Fragment sollte garnicht citiert werden.

keit, noch ein Recht, das schon ist, sondern ist es nur eine Redeform für ein unvermeidlich scheinendes bezw. erhofftes Recht der Zukunft.

In den letztern Bedeutungen nähert sich das „notwendige“ Recht zweien andern Formen der Vorstellung vom nichtpositiven Recht, die gleichfalls ein dem Begriffe des Rechts selbst widerstrebendes Prädikat mit ihm in Verbindung setzen, nämlich dem „werdenden“ und dem „idealen“ Recht.

Das werdende Recht leidet an Undurchsichtigkeit. Es soll damit weder das Recht in den „ewigen Flufs der Dinge in den Zeiten“, von dem bereits Heraklit gesprochen, gestellt, noch die Giltigkeit der Hegelschen Synthese des Seins und Nichtseins im Werden auch für das Recht besonders betont sein. Diese alten Wahrheiten bezögen sich ja gerade auf das in ewiger Evolution begriffene positive Recht, das jedoch in jedem festgehaltenen Moment seiner Entwicklung ein bereits gewordenes ist. Was heifst also werdendes Recht? Keiner der Autoren, die davon reden[15], antwortet uns auf die Frage: Sind die Rechtsnormen oder ganzen Rechtsteile, z. B. das Völkerrecht, die Ihr im Auge habt, immerfort zu einem Recht zu werden begriffen? Dann kommen sie nie dazu, als Recht zu wirken, können also keine Normen dieser Art sein. Denkt Ihr aber, was eher anzunehmen ist, sie würden eines Tages Recht geworden sein, dann werden sie eben von da ab positives Recht sein, während sie bis dahin gewifs nicht als Recht gelten, kein Recht und überhaupt nichts juristisch Wesenhaftes sind.[16]

[15] Vgl. S. 289 ff. u. 321 Note [18].

[16] Die Unklarheit der Schriftsteller ist offenbar auch bei dieser Sache wieder einmal teilweise auf die Eigentümlichkeiten verschiedener Sprachen zurückzuführen. „Werden“ bedeutet entstehen, aus einem Zustande in den andern übergehen, dient aber auch als Hilfszeitwort, um das Futurum eines Hauptzeitwortes zu bilden; und „ist“ kann sowohl die Existenz des Subjekts behaupten, als auch blofs Kopula sein. Gebraucht man nun noch „Werden“ und „Sein“ im philosophischen, etwa Hegelschen Sinne, so kann man auch der unlogischsten Gedankenreihe einigen Schein verschaffen.

Das werdende Recht ist ein Gegenstand des Wunsches oder der Befürchtung, der Ahnung oder der Berechnung, aber nimmer ein Ding, das objektiv irgendetwas ist. Man kann neben dem *jus natum* kein *jus nasciturum* wissenschaftlich *pro jam nato* behandeln. Werdendes Recht ist ein Name für etwas, was man sich als möglich vorstellt; Möglichkeit ist aber keine Existenzform, sondern eine Denkform. Was nicht ist, kann garnicht Gegenstand der Erkenntnis sein. Oder verlegt sich die spekulative Rechtsphilosophie gar auf Weissagung? Man wende nicht dagegen ein, dafs die Naturwissenschaften ja auch Ereignisse voraussagen und vorausberechnen lehren. Die Prognose zukünftiger Thatsachen ist nicht mit der Vorausbestimmung zukünftiger Gesetze zu verwechseln. Die Naturforscher prophezeien Ereignisse der Zukunft — das vermögen die Juristen auch. Sie werden dem, der eine gerichtliche Ladung unbefolgt lassen oder sein Haus anzünden möchte, mit grofser Sicherheit aus den Rechtsgesetzen voraussagen, was darauf erfolgen wird; sie vermögen meist auch, wenngleich mit geringerer Sicherheit, zu weissagen, wer dem jetzigen Landesherrn in der Regierung folgen wird, wann man die Werke eines gewissen Schriftstellers wird ungestraft nachdrucken dürfen, u. s. w. Die Naturforscher sagen keineswegs voraus, welche neuen Naturgesetze kommen werden — sollten Juristen und Staatsgelehrte den Beruf und die Gabe, neue Gesetze vorahnend zu verkünden, haben?[17]

Ehemaliges Recht ist aufser Wirksamkeit getreten, gegenwärtiges mufs vergehen, neues wird kommen. In diesem Sinne, wenn man den gesamten geschichtlichen Verlauf in

[17] Und wenn sie den Beruf hätten — es ist doch gar keine Hoffnung vorhanden, dafs die sog. socialen Gesetze, falls unsere Kenntnis von ihner annähernd so sicher und vollständig sein könnte wie unsere Kenntnis der astronomischen Gesetze, uns in den Stand setzen würden, die Geschichte der Gesellschaft so vorauszusagen, wie man die Erscheinungen am Himmel für Tausende von Jahren voraussagen kann: J. St. Mill, System der ded. u. ind. Logik, Buch VI Kap. VI § 2 (Werke, deutsche Ausg. v. Gomperz, Bd. IV Leipzig 1873 S. 281 ff.).

Zu- und Abnahme überblickt, gibt es ein Werden des Rechts als Ganzen. Jeder einzelne Rechtssatz jedoch ist im ersten Augenblicke seines Daseins ein fertiger Rechtssatz, kein vorher allmählich entstandener, nachher allmählich absterbender. Ein werdendes Recht gar neben dem gewordenen positiven, das ist eine so unlogische wie unnütze Vorstellung.[18]

Dem „werdenden Recht" in manchen Beziehungen ähnlich und insoweit auch der gleichen Kritik unterworfen ist das ideale Recht.[19]

[18] Eine Reihe anderweitiger Bedeutungen, die man dem Terminus „werdendes Recht" mitunter gibt, sei hier wenigstens angedeutet. Man spricht z. B. von einem werdenden Recht, wo man meint, dafs ein neues Rechtsinstitut, z. B. der Check, oder ein ganzer einigermafsen selbständiger Rechtsteil, z. B. Völkerrecht, Urheberrecht, sich allmählich aus zusammengehörigen Rechtssätzen bildet. Dieses Werden eines Rechtsganzen aus Rechtssätzen ist ein wesentlich anderer Vorgang als das Werden des einzelnen Satzes, der vorher kein Recht war. Vielleicht darf man auch von werdendem Recht sprechen, wenn es ganz sicher ist, dafs ein Recht in bestimmter Zeit in Wirksamkeit treten wird, also z. B. ein Gesetz bereits publiziert, aber der Anfangstermin seiner Geltung noch hinausgeschoben ist. Ferner bemerkt man, dafs sich bei Gewohnheitsrechtssätzen die Zeit des Entstanden- d. h. eben Zu-Recht-geworden-seins nicht nach Tag und Stunde angeben läfst. Da nennt man nachträglich die vorhergehende Epoche die Zeit des Werdens des betreffenden Rechtssatzes und denkt sich ihn während derselben, wo er etwa noch ein blofser unverbindlicher Brauch war, als werdendes Recht. Endlich läfst sich häufig überhaupt nicht mit Genauigkeit angeben, welches positive Recht zu einer bestimmten Zeit nicht mehr und ob ein anderes schon gilt: es gibt Übergangsstadien, wo die alte Ordnung nicht mehr und die neue noch nicht die volle Geltung einer zurechtbestehenden hat (vgl. auch Hoelder in d. Zeitschr. d. Savigny-Stiftung XI 1890, Rom. Abt. S. 67 ff.). Dann darf man das etwas später für befestigt und also „geworden" anzusehende Recht auch, soweit die vorhergehende Periode in Frage kommt, das werdende Recht nennen. Ob dieser Sprachgebrauch zulässig ist oder nicht, braucht an dieser Stelle nicht untersucht zu werden, da alle diese Bedeutungen des Ausdruckes „werdendes Recht" in keiner Beziehung zum Thema Naturrecht stehen. Inwieweit sich die Wissenschaft etwa mit den Vorboten neuer Rechtsgebilde zu befassen habe, ist hier erst recht nicht zu erörtern.

[19] Die Formen des mit „ideal" und „Ideal" in praktischen und theoretischen, auch rechtsphilosophischen, Dingen getriebenen Mifsbrauches sind sehr zahlreich. Der Eine erklärt den durch Litteratur- und Kunstgenufs verschönerten Müfsiggang für das Ideal der Lebensführung, ein

Jedermann, er sei Jurist oder nicht, hat ohne Zweifel die Befugnis, sich einen besseren oder sittlich höheren, dem, in welchem er lebt, in irgendeinem Sinne vorbildlichen Rechtszustand — einerlei ob als erreichbares oder unerreichbares Ideal — zu denken. Was er in dieser Beziehung anführt, mag beachtenswert sein oder nicht, jedenfalls darf er dem Inhalt seiner Vorstellung niemals ein „Sein" im wissenschaftlichen Sinne beilegen und denselben nicht als ein ideales „Recht" bezeichnen; und wodurch immer er die Aufstellung gerade dieses Ideals motivieren möge, er kann damit nie die Existenz eines idealen Rechts, sondern stets nur den Wert seines Rechtsideals plausibel machen. Man darf eben nicht beliebig das Bestimmungs- und das bestimmte Wort, den Gattungsbegriff und das Speciesmerkmal ihre Plätze tauschen lassen und sich stellen, als wenn man an dem Begriff nichts geändert hätte, sodafs er immer die nämlichen Aussagen vertrüge. Ideales Recht — Rechtsideal! Während das Rechtsideal eine Art des Ideals ist, wäre das ideale Recht durch das Genus Recht dem positiven als eine nichtpositive Species koordiniert.

Zweiter hält den Aufenthalt am nordischen Meeresgestade im Sommer, am italienischen im Winter für ideal, ein Dritter legt dieses Epitheton gar jedem bequemen Hausgerät und Kleidungsstück bei. Politiker erachten die englische oder die nordamerikanische Regierungsform für ideal, Socialökonomen stellen die Verstaatlichung des Grundeigentums oder aller Güterproduktion als erstrebenswertes Ideal auf, Juristen treten für dieses ideale Erbrecht in Bezug auf Landgüter oder jenes ideale Hypothekenrecht ein. Alles Mögliche können diese Worte heifsen, die verschiedensten Vorstellungen durch sie ausgedrückt werden, und je weiter entfernt diese von dem Gebiet liegen, wo dem ästhetischen Behagen des uninteressierten Beschauers die Urteilsfällung zusteht, nämlich dem Gebiet der Kunst, um so schwerer sind sie zu fassen, zu ordnen und — zu zerstören. Ich will auch nicht alle die so üppig wuchernden Vorstellungen von dem „idealen Recht" unterdrückt sehen, sondern fasse nur das „ideale Recht" im Sinne eines der Mängel des positiven ledigen Rechts, das dem letzteren gegenüber- oder an die Seite gestellt, über- oder nebengeordnet wird, ins Auge. In diesem Sinne, wie es z. B. bei den S. 288 ff. genannten Schriftstellern sich findet und bei anderen unter dem Namen eines höheren Rechts (S. 287) noch deutlicher hervortritt, ist es eine Species des Naturrechts und vom Standpunkte der Rechtswissenschaft zurückzuweisen.

Erkläre ich mich mit dem von jemand aufgestellten Rechtsideal und allem, was er darüber sagt, einverstanden, so bin ich doch weit davon entfernt zuzugeben, dafs ich gleichfalls ein ideales Recht aus diesen oder jenen Elementen und mit diesen oder jenen Eigenschaften, wie er sie sich denkt, anerkenne. Die Umstellung der beiden mit einander verbundenen Begriffe hat eine totale Veränderung der Behauptung zur Folge, sodafs ich nunmehr alles absolut verneinen mufs, während ich vorher alles oder einiges bejahte. Wenn jemand behaupten wollte, die Menschenideale, welche wir uns vorstellen bezw. gemalt oder gemeifselt Andern sinnenfällig vorführen, seien ideale Menschen, existierten als solche und machten mit den wirklichen Menschen die unter einen allgemeineren Begriff Mensch fallende Menschengattung aus, so würde niemand den auf diesen Unsinn etwa noch folgenden Auseinandersetzungen Beachtung schenken. Ist die Unterschiebung von idealem Recht für Rechtsidaele und die Subsumtion des ersteren neben dem lebendigen Recht der Wirklichkeit unter irgendeinen allgemeinen Begriff Recht etwa sinnreicher? Darf man also von dem Idealen, das man sich hinsichtlich des Rechts denkt, und wenn es noch so Viele sich ebenso dächten, sagen, es sei ein Recht, existiere als Recht? Man dürfte ebensogut den Plan zu einem mustergiltigen „idealen" Hause für ein „ideales" Haus ausgeben.

Das Dasein alles Rechts besteht darin, dafs es Wirkungen auszuüben vermag. Hierin wird das herrlichste ideale Recht von dem jämmerlichsten positiven übertroffen, genau so wie ein Krüppel mehr sieht, hört, leistet als die schönste Statue, die blind, taub und unthätig ist. Recht sein heifst jedenfalls soviel wie verbindliche Regel des Lebens sein, ideal sein heifst unverbindlich sein: die Verschmelzung beider Begriffe zu dem einen des idealen Rechts im Sinne der Naturrechtsphilosophen ist unmöglich.[20]

[20] Aus dem allen folgt, dafs das ideale Recht auch nicht in irgendeinem der „Verhältnisse" zum positiven Recht stehen kann, von denen bereits früher (vgl. S. 371 ff.) die Rede gewesen. Insbesondere aber könnten alle Einwendungen gegen die Erhebung des kritischen Mafsstabes der Beurteilung der Güte eines Rechts zu einem eigenen Recht (vgl. S. 379 ff.) hier wiederholt werden.

Endlich noch einige Bemerkungen gegen das theoretische Recht, eine Form des Naturrechts, die womöglich noch unbestimmter als die bisher erörterten, vielleicht gerade deshalb aber die am meisten benutzte ist, da unzählige Juristen, die im übrigen Positivisten zu sein glauben, sich ihrer bedienen, um wenigstens hie und da ihr subjektives Ermessen mit dem Namen eines Rechts bekleiden zu können.[21]

Bei aufmerksamer Prüfung erweist sich der Begriff des theoretischen Rechts als ebenso unlogisch zusammengesetzt wie der Begriff des idealen Rechts, und wie der letztere auf eine Vertauschung des Bestimmungs- mit dem bestimmten Begriff d. h. die Umwandlung eines Rechtsideals in ein ideales Recht weist (vgl. S. 435 ff.), so der erstere auf eine

[21] Sehr oft werden allerlei Grundsätze, Regeln u. s. w. mit den Titeln von Rechtsgrundsätzen oder Rechtsregeln bekleidet unter Hinzufügung der — wie die Behauptenden glauben, sie gegen mancherlei Tadel deckenden — Klausel, dafs dies ja nur in der Theorie Recht, nur theoretisches Recht sei, wenigstens so oft, dafs die dergleichen behauptenden Schriftsteller nicht alle aufgezählt werden können (vgl. auch S. 350 ff.; dem „theoretischen" Recht nahverwandt und der gleichen Kritik ausgesetzt dürfte das „philosophische" Recht sein, vgl. S. 278 ff. u. S. 339). Was alles sie gegebenenfalls meinen, läfst sich hier gleichfalls nicht erschöpfend wiedergeben. In vielen Fällen liegt vielleicht nur eine ungenaue Ausdrucksweise vor. Gehen doch manche in der Gleichgiltigkeit gegen die Wortbedeutung so weit, dafs sie von theoretischem und praktischem Recht reden, wo sie den Unterschied zwischen dem korrekten Recht, wie es aus den Quellen nachgewiesen werden kann, und dem korrumpierten Recht, das die Praxis möglicherweise daraus gemacht hat, im Auge haben! Wie soll man unterscheiden, ob da unter dem theoretischen Recht ein nichtpositives d. h. Naturrecht verborgen ist oder nicht? Denn es läfst sich doch nicht bestreiten, dafs eigentlich jeder vorsichtige Naturrechtslehrer gleichviel welcher Richtung, sofern er Scheu trägt den Sätzen seiner Einbildung unmittelbare Verbindlichkeit und Anwendbarkeit beizulegen, aber deren Rechtsqualität doch auch nicht gänzlich fahren lassen möchte, in dem Terminus „theoretisches Recht" das beste Auskunftsmittel findet, um dem Leser den Glauben an ein Recht, das nicht das thatsächlich geltende ist, nahezulegen und dabei doch allerlei Ausreden gegen den Vorwurf der Naturrechtlerei zur Verfügung zu behalten (vgl. auch S. 237 ff.).

analoge Umwandlung eines Rechtstheorems in einen theoretischen Rechtssatz.

In der Aufstellung des Begriffes des theoretischen Rechts liegt die Aufforderung, uns eine Vorstellung von Etwas zu machen, worin sowohl Rechtliches als auch Theoretisches gleichzeitig und zu einer Einheit verschmolzen enthalten sein soll und zwar so, dafs ein Recht dabei die Grundvorstellung bildet. Damit wird uns aber eine unmögliche Leistung zugemutet. Die beiden gegebenen Elemente können diese Verbindung nicht eingehen und die gewünschte Vorstellung ist ohne Vergewaltigung der Begriffe unvollziehbar. Alles Recht ist bis in die letzte Faser praktisch. Theoreme *über* das Recht sind Lehrsätze, welche sich aus der Betrachtung des Rechts ergeben, richtig für den, der ihre Richtigkeit einsieht, und sinnreich für den, der die in solchen Sätzen gelieferte Erklärung der erklärungsbedürftigen Erscheinungen versteht. Sätze *des* Rechts dagegen sind Anordnungen, die jeden, „den es angeht", zum Gehorsam verbinden, indem sie ihm nicht irgendwelche Erscheinungen erklären, sondern Regeln für sein Verhalten in Thun und Unterlassen vorschreiben. Die Theorie kann sich an dem Recht vieles anders denken, als die Rechtszeugnisse es ihr unmittelbar darbieten; sie kann auswählen und specialisieren, Auseinanderliegendes neben einander stellen und Einzelheiten generalisieren; sie kann das ganze Recht in tausende kleine Elemente zerschlagen und daraus wieder nach eigenen Gesichtspunkten kleinere und gröfsere Ganze zusammenstellen, ohne Rücksicht auf die Klassifikationen und Kategorien der Gesetze und Gesetzbücher; sie kann das Unterste im Recht zu oberst, das Innere nach aufsen kehren. Nur Eins kann sie nicht: das reale Recht ergänzen, durch ein selbstgeschaffenes anderweitiges Recht ersetzen oder auch nur zum geringsten Teil mittels blofsen Wegdenkens wegschaffen.[22]

[22] Die vielfältigen Mifsverständnisse und Irrlehren über das Verhältnis der Rechtstheorie- und Wissenschaft zum Recht und einige damit zusammenhängende Fragen, wie namentlich die Grenzen ihrer Aufgabe und ihre möglichen Ziele, will ich in der II. Abhandlung eingehender unter-

Es ist und bleibt immer ein und dasselbe Recht, welches von den Praktikern gehandhabt, von den Theoretikern wissenschaftlich betrachtet und bearbeitet wird. Litterarische Darstellungen können daher mehr für den praktischen Juristen berechnet sein, also praktisch-positives Recht bringen, oder mehr der wissenschaftlichen Erkenntnis um dieser selbst willen dienen, also theoretisch-positives Recht enthalten. Aber ein praktisches und positives Recht von einem theoretischen und nichtpositiven Recht unterscheiden und dieselben als zwei verschiedene Rechte einander gegenüberstellen, das kann man nicht, ohne sich selbst zu einer Rechtsquelle zu erheben und in unzählige Widersprüche zu verwickeln. Darin besteht eben das gewaltige Übergewicht des allerunvollkommensten praktischen Rechts über das schönste theoretische Recht, dafs jenes objektiv existiert und wirkt, dieses nichts als Gedanke wäre. Sein, von einem Recht ausgesagt, heifst eben stets: in einer bestimmten Weise durch und gegen Menschen wirken, wenigstens wirken wollen, immer mit dem Anspruch auf Gehorsam von seiten irgendjemandes. Das gehört auf jeden Fall zum Begriff des Rechts, das spricht aber ein Recht, welches sich als blofs theoretisches bezeichnet, sich selbst schlechthin ab. Wozu das Messerwetzen, wenn man nichts zu schneiden vorhat?

Und was in einem solchen Recht, das zu ersinnen man sich abmüht, auch nur Lehrhaftes liegen soll, hat noch niemand anzugeben vermocht. Als ein Hilfsmittel zur Förderung der Wissenschaft vom Recht kann es gleichfalls nicht anerkannt werden: weder dient es zur Ausbreitung, noch zur Vertiefung des Wissens um das Recht; ob dem Fortschritt des Rechts selbst, ist mindestens sehr fraglich. Jedenfalls hat die Rechtstheorie als solche nichts mit der Verbesserung des Rechtszustandes zu thun. Kann sie es doch nicht lassen, unter dem

suchen. Einstweilen verweise ich, namentlich in betreff des Unterschiedes zwischen falscher und blofs unvollständiger Theorie, auf die noch immer mafsgebenden Auseinandersetzungen *Kants* in seiner Abhandlung „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis", die ich bereits S. 219 Note [7] angeführt habe.

Scheine des Theoretisierens Änderungen an ihrem Objekt — immer demselben Recht, womit die Praxis zu schaffen hat — vorzunehmen, so wird die Folge eben ein mehr oder minder scharfer Antagonismus zwischen sog. Theorie und Praxis sein. Dafs die erstere „auf die Bedürfnisse der Praxis Rücksicht nehmen" solle, wie so oft gefordet wird, ist allerdings ein recht unklares und unmotiviertes Verlangen. Sollte aber nicht die beständig beklagte Entfremdung zwischen Theorie und Praxis ihren Hauptgrund gerade in solchen unaufhörlichen Eigenmächtigkeiten der Theoretiker haben, die sich bei scharfer Beleuchtung als wesentlich naturrechtliche erkennen lassen?

Dies wären nun die den Naturrechtslehrern zur Auswahl stehenden Prädikate, durch welche sie das Recht ihres Glaubens vom positiven zu unterscheiden versuchen mögen.[23] Von jedem einzelnen und allen zusammen hat die Kritik nachgewiesen, dafs ihre Verbindung mit dem Recht entweder

[23] Diejenigen Eigenschaften eines angeblich aufser oder über dem positiven existierenden Rechts, die unmittelbar von den „Quellen" des letzteren abgeleitet und einfach nach diesen benannt sind, bilden eigentlich keine Sondereigenschaften des Naturrechts und brauchten daher auch nicht als eine dritte Gruppe analysiert zu werden. Z. B. „vernünftig" oder „natürlich" zu sein, ist keine ausschliefsliche Eigenschaft des „Vernunftrechts" oder „Naturrechts", da ja noch kein verständiger Mensch alles positive Recht für unvernünftig oder unnatürlich erklärt hat; ebenso behauptet kein Bekenner des „ethischen" oder des „von Gott verordneten" Rechts, dafs alles positive Recht unmoralisch oder der Religion zuwider sei. Da vernünftig, natürlich u. s. w. zunächst an das unpassende kontradiktorische Gegenteil unvernünftig, unnatürlich u. s. w. denken lassen, so wäre das erschöpfende richtige Prädikat vielmehr „rein vernünftig" oder „rein natürlich" u. s. w., wodurch eben das Absehen von aller Positivierung seinen Ausdruck erhielte. In diesem Sinne präzisiert, würden die genannten Prädikate allerdings eine weitere Gruppe neben den bisher untersuchten bilden. Indessen steht und fällt jedes derselben offenbar mit der ihm korrespondierenden „Quelle". Können nun, wie sogleich (S. 443 ff.) nachgewiesen werden soll, Vernunft, Natur u. s. w. keine selbständigen Rechtsquellen sein, so kann auch kein vernünftiges, natürliches, ethisches, göttliches Recht als ein vom positiven unabhängiges statuiert werden. Mit diesen „Quellen" wird also implicite auch die letzte Art der hypothetischen Sondereigenschaften des Naturrechts beseitigt sein.

gegen unüberwindliche Thatsächlichkeiten (S. 412 ff.) oder aber gegen den denkbar weitesten Rechtsbegriff (S. 426 ff.) verstöfst, somit als Begriffsdichtung allgemein wissenschaftlich oder speciell rechtswissenschaftlich verwerflich ist. Damit ist die Frage auch von dieser Seite erledigt.[24]

c. Wenn sie ein Recht, das keine geeignete geschichtliche Thatsache zu seiner Rechtwerdung erfordert oder überhaupt nicht Menschenwerk ist, aufstellen, so sind die Naturrechtslehrer deshalb noch nicht der Verpflichtung ledig, auch irgendeine Macht, Instanz oder wie man es sonst nennen will in oder aufser dem Menschen, auf oder über der Erde anzugeben, woraus sie die Vorschriften jenes Rechts ableiten. Ob sie nun aber dieser Verpflichtung nachkommen oder nicht, jedesmal befinden sie sich in einer schlimmen Lage. Thun sie es nicht, so enthalten sie allerdings der Kritik eine neue Handhabe des Angriffes vor, ziehen sich jedoch den begründeten Vorwurf zu, dafs der Ursprung ihrer Rechtsgedanken offenbar nirgend anders als in ihrem eigenen Kopfe oder Herzen zu suchen sei. Im ersteren Falle dagegen, wenn sie sog. „Quellen" des nichtpositiven Rechts namhaft machen, setzen sie sich dem aus, dass man ihre Theorie an diesem Punkte wieder scharf anfafst und durch Aufdeckung der Unklarheit und Unwissenschaftlichkeit ihrer Quellenlehre entkräftet.[25]

[24] Da folglich keinerlei Recht gedacht werden kann, das sich vom positiven wesentlich unterschiede, d. h. nicht das positive selbst wäre, so könnte die kritische Arbeit hiermit als erledigt angesehen werden. Indessen muss ich doch auch der eigentümlichen Denkweise der Naturrechtsphilosophen einigermafsen Rechnung tragen und mich also noch auf ihre verschiedenen „Quellen" des nichtpositiven Rechts kritisch einlassen, natürlich nur gerade so weit, als es nach den bisherigen Argumentationen noch nötig erscheint, um der Polemik gegen die ganze Idee die letzte rechtsphilosophische Ausrundung zu geben (vgl. auch die folgende Note [25]).

[25] Mehr als der Nachweis einer hochgradigen Unklarheit ist eigentlich nicht erforderlich, wäre auch zu leisten unmöglich, da die wirkliche Widerlegung jeder hierhergehörigen Lehre voraussetzen würde, dafs man eben zuvor Klarheit bringe in alles das, was die Natur-

Das Gemeinsame dieser Quellen, welche man zu den Kategorien Natur und Vernunft des Menschen, Sittlichkeit und göttliche Vorschrift, Rechtsgefühl und Rechtsidee zusammenfassen kann, besteht darin, dafs das angeblich in ihnen begründete ideelle Recht nicht durchweg dem positiven Recht widersprechen mufs, da bei der Bildung des letzteren ja auch die erwähnten Faktoren einen Einflufs auf die Gestaltung seines Inhaltes ausgeübt haben mögen, wohl aber demselben in manchen Beziehungen tadelnd gegenübertreten kann.[26] Hieraus wäre vor allem zu entnehmen, dafs jede solche Quelle diejenige näher bestimmte Instanz enthält, welche dem betreffenden Autor ein Rechtsvorbild, das vom positiven Recht nicht ganz erreicht wird, oder einen kritischen Mafsstab, an dem gemessen irgendetwas am positiven Recht materiell tadelnswert erscheint, liefert. Kommt es aber hauptsächlich auf die Gewinnung einer solchen Instanz den Naturrechtslehrern bei der Aufstellung der bezeichneten Quellen und Ableitung eines eigenen Rechts aus den letztern an, was am besten daraus erhellt, ob sie allen

rechtsfreunde Dunkles über die Herkunft ihres ideellen Rechts geredet haben. Um Nichtjuristen von den bunten Irrtümlichkeiten der naturrechtlichen Quellenlehre durch eingehende sachliche Kritik jeder einzelnen Abart zu überzeugen, müfsten zahlreiche Voraussetzungen weitläufigst expliziert werden, ohne dafs dadurch das erwünschte Verständnis mit Sicherheit erzielt werden würde (vgl. S. 357 ff.). Für die Juristen dagegen genügt die Aufzeigung einiger, die Richtung der Kritik bestimmender Hauptpunkte, umsomehr als gerade die „Quellen" der verschiedenen Arten des nichtpositiven Rechts von jeher seitens der halben und ganzen Gegner schärfer ins Auge gefafst und bemängelt worden sind, was rücksichtlich der oben besprochenen „Eigenschaften" nicht behauptet werden kann. — Wenn ich im Folgenden wiederholt diesen Terminus „Quelle" (vgl. auch S. 40) benutze, so geschieht das mit demselben Vorbehalt, den ich früher (S. 368 Note [1]) in betreff des Ausdruckes „Verhältnis" ausgesprochen habe: ohne die Qualifikation der Vernunft u. s. w. als „Quelle" im juristischen Sinne anzuerkennen, mache ich in dieser Hinsicht lediglich den laienhaften Sprachgebrauch der Naturrechtsdoktrin mit. Warum ich ihre Quellenlehre nicht einfach durch Entgegensetzung der Rechtsquellentheorie der Positivisten niederschlagen kann, habe ich bereits S. 132 ff. u. S. 360 ff. Note [3] auseinandergesetzt.

[26] Vgl. das S. 440 Note [23] Bemerkte.

Ernstes das positive mit dem vernünftigen, ethischen u. s. w. Recht vergleichen, so schliefsen sie selbst eben durch diesen Hauptzweck ihrer Postulate die Möglichkeit, dafs die Ursprungsquellen der letzteren Rechtsquellen sein könnten, entschieden aus. Denn da das Rechtsideal kein Recht, nicht einmal ein ideales Recht sein kann (vgl. S. 435 ff.), so kann aus den gleichen Gründen auch die Quelle des Rechtsideals gewifs keine Rechtsquelle sein; und da das kritische Mafs zur Beurteilung der Güte des Rechts gleichfalls nicht selbst wieder ein Recht ist (vgl. S. 397 ff.), so ist aus denselben Gründen auch die Quelle des rechtskritischen Mafsstabes gewifs keine Rechtsquelle. Es zeigt sich also auch an den Quellen des nichtpositiven Rechts wieder, was durch die Untersuchung seiner vorgeblichen Eigenschaften sattsam nachgewiesen worden: bei den doch unvermeidlichen Seitenblicken auf das positive Recht kommt der Naturrechtsdoktrin ein wesentliches Element ihrer Lehre als einer Rechtstheorie nach dem andern abhanden und es bleiben schliefslich statt der sachlichen Vorstellungen nur mifsbrauchte Wörter übrig.

Die auffälligste Verschiedenheit der genannten Quellen des nichtpositiven Rechts unter einander dagegen besteht darin, dafs einige dieser angeblichen rechterzeugenden Faktoren auch abgesehen von Recht und Rechtsbildung Bedeutung und Existenz besitzen, während die anderen, nämlich Rechtsidee, Rechtsbewufstsein, Rechtsgefühl u. dgl., in deren Benennung schon ein specieller Hinweis auf das Recht enthalten ist, nur durch Bezugnahme auf die Rechtsphänomene und in der Rechtssphäre zu einem Sinn und Dasein kommen. Dafs dieser, zugleich einen brauchbaren Einteilungsgrund abgebende Unterschied nicht belanglos ist, wird im Laufe der verschiedenartig zu handhabenden Kritik der beiden Quellenarten hervortreten. Rücksichtlich der einen haben wir zu fragen, ob sie wirklich Recht zu erzeugen imstande seien, rücksichtlich der anderen vornehmlich darzulegen, dafs sie die Lehre von der Entstehung des Rechts in einem vitiösen Zirkel festhalten.

Was zunächst Natur und Vernunft, Ethos und religiöses Gesetz betrifft, so ist das Verfahren, mittels dessen sie zu Rechtsquellen erhoben werden, leicht aufzudecken. Entweder nämlich wird diesen Potenzen etwas zugelegt, was in ihnen begrifflich nicht vorhanden ist, oder dem Rechtsbegriff etwas abgezogen, was er selbst bei der gröfsten Nachgiebigkeit nicht fahren lassen kann. Nur wenn Vernunft nicht mehr blofs Vernunft, Sittlichkeit nicht mehr blofs Sittlichkeit u. s. w. wäre, könnten sie Recht erzeugen; nur wenn dem Recht auch nicht ein einziges Merkmal, das ihm allein zukommt, beigelegt werden würde, sodafs das Wort ein blofses Synonym für einen anderen Begriff bedeutete, könnte es unmittelbar aus jenen Quellen fliefsen. Es kann aber niemand wünschen, dafs eine Reihe differenter Specialbegriffe sich in den unbestimmten Generalbegriff auflösen, aus dem sie durch die mühselige Geistesarbeit vieler Generationen gefällt worden sind. Ebensowenig wird es jemand billigen, dafs die *grata negligentia* der Sprache der schönen Litteratur in die Wissenschaften verpflanzt werde, wo sie leicht sophistischen Absichten Vorschub leisten kann.

Allerdings, wenn die Menschen nicht so geartet wären, wie sie sind, brauchten sie vielleicht gar kein Recht; wenn sie keine Vernunft, keine sittlichen Grundsätze, keine religiösen Überzeugungen hätten, würde ihr Recht jedenfalls ganz anders sein, als es ist. Diese Momente bilden teilweise sogar die allgemeine Voraussetzung der Möglichkeit aller und jeder Rechtsordnung. Sie beeinflussen gewifs den Inhalt des Rechts, wenn es geschaffen wird, und liefern die Erklärung des Rechts, nachdem es geschaffen worden. Das zu bestreiten fällt niemandem ein.[27] Aber sie sind eben immer nur Motive und Erklärungsgründe, können nie Geltungsgründe von Rechtsnormen sein, da das, was sie aus sich entlassen, niemals rechtlich qualifizierte Normen sind, die den Rückschlufs, dafs ihre Quellen Rechtsquellen seien, erlauben. Aus der

[27] Vgl. S. 135. Deshalb steht doch das, einmal als solches in Wirksamkeit gesetzte Recht vollständig auf sich selbst: Binding, Handb. des Strafrechts, I § 96 S. 454 ff.

Vernunft folgen immer nur Vernunftsätze, aus dem Ethos praktische Sittenregeln, u. s. w. Das Einschiebsel „Rechts", wodurch man Vernunftrechtssätze, ethische Rechtsgesetze u. s. w. erzielt, ist erschlichen. Nach demselben Rezept könnte man aus dem Axiom, dafs zwei mal zwei vier ist, eine mathematische Rechtswahrheit, aus dem sog. ehernen Lohngesetz, seine Richtigkeit vorausgesetzt, ein ökonomisches Rechtsgesetz, aus jeder Sprachregel eine grammatische Rechtsregel u. s. w. ableiten. Aber das specifisch Rechtliche kommt nicht anders in die Voraussetzung, als indem die Naturrechtslehrer es willkürlich hineinlegen. Wie unerlaubt das ist, würden sie selbst einsehen, wenn sie sich nur die daraus folgende Begriffsverwirrung klar machen wollten. Hierzu dürfte nichts so dienlich sein wie die Betrachtung der begrifflichen Unterschiede der Fälle, wo die verschiedenen Sätze, Regeln oder Gesetze verletzt wurden. Unvernünftig, unsittlich u. s. w. handeln ist doch genau so wie unrichtig rechnen, falsch sprechen u. s. w. etwas anderes als unrechtmäfsig handeln; dem Recht widerspricht nicht das Unvernünftige, Unsittliche, Irreligiöse direkt, begrifflich und notwendig, wohl aber das Unrecht. Jenes Einschiebsel „Rechts", wodurch ein eigenes Recht aus der Vernunft, dem Ethos u. s. w. zwischen diesen letztern Bezugsquellen des Urteils und den zu beurteilenden Vorgängen aufgerichtet wird, ist aber auch gänzlich unnötig. Denn wenn wir sagen, diese oder jene Handlung sei vernunftrechtswidrig oder eine Verletzung des ethischen Rechts oder gegen die christliche Rechtsvorschrift, so sagen wir damit auch nicht um ein Jota mehr oder anderes, als wenn wir sie einfach unvernünftig, unsittlich, unchristlich nennen — es sei denn dafs wir dabei verstohlen auf ein anderes, ein positives Recht blicken, das solche Handlungen leider nicht mifsbillige. Dann aber ist das Verfahren wieder aus andern Gründen verwerflich.[28]

[28] Diese Gründe sind bereits S. 442 ff. aufgeführt worden. — Es handelt sich hier immer nur um Vernunft u. s. w. als selbständige Rechtsquellen, nicht um ihre Rolle bei Schaffung (vgl. S. 444) und Anwendung des Rechts. Was die Anwendung betrifft, so hat sie es viel mehr, als die

Richtig ist somit, dafs die vernünftige Natur der Menschen und der sittlich-religiöse Inhalt ihrer Überzeugungen — neben vielen andern Momenten! — auf die Gestaltung des Rechts einwirken; unrichtig und unhaltbar dagegen die Annahme, als könnten die Lehren der Vernunft u. s. w. direkt, d. h. ohne im äufseren Entwicklungsgange der menschlichen Genossenschaften und ihrer Ordnungen einen geschichtlich feststellbaren Punkt passiert zu haben, wo sie für ihren Gehalt an Gedanken und Maximen noch die Eigenschaft rechtlicher Imperative hinzuempfingen, irgendetwas nach Art des Rechts Verbindliches sein.[29] Auf eine kurze Formel gebracht:

Naturrechtslehrer meinen, in ihrer Gewalt, unvernünftiges, unsittliches u. s. w. Recht zu entkräften, auch ganz ohne Annahme „höherer" Rechtssätze, wodurch solchem schlechten Recht etwa die „Giltigkeit" entzogen werden soll. Wenn die Vertreter des Vernunfrechts z. B. sagen: Ist alles Gesetz auch Recht, dann könnte nächstens ja ein absoluter Herrscher Strafgesetze gegen Hexen und Zauberer erlassen, die dann rechtsverbindlich wären, so ist Folgendes zur — fast unnützen — Aufklärung zu erwidern. Das Strafgesetz allein bringt es noch nicht mit sich, dafs Menschen wegen Übelthaten, die auf Grund unsrer Einsicht in die Naturgesetze von unsrer Vernunft für unmöglich erklärt sind, gequält werden müfsten. Das Verbot zu hexen und zu zaubern ist ein leeres, da es keinen der Übertretung fähigen Adressaten gibt. Was aber die Bestrafung betrifft, so setzt sie doch voraus, dafs im gegebenen Falle jemandem die Übertretung bewiesen worden sei. Der thörichte Gesetzgeber müfste also erst noch Richter finden, die den Beweis in Bezug auf eine angeklagte Person für erbracht hielten. Fürchtet man, dies könnte eintreffen? Trifft es ein, so hilft nun allerdings kein Vernunftrecht mehr, sondern nur Aufklärung. Auch Thomasius hat nicht durch seine Jurisprudentia divina und sein Jus naturae et gentium, sondern durch seine aufklärenden Schriften und Reden gegen die Folgen des Aberglaubens seiner Zeit gewirkt. Auf denselben Weg wären die Anhänger des ethischen und religiösen „Rechts" zu verweisen, die sich aufserdem Rechenschaft darüber geben sollten, wieviel sie dabei aus ihren persönlichsten Gefühlen und Ansichten schöpfen und wiewenig sie doch dafür thun, dafs die Andern, die sich gleich einer zum „Recht" erhobenen fremden Überzeugung unterwerfen sollen, diese Gefühle und Ansichten sich aus freier Einsicht zu eigen machen.

[29] Absichtlich vermeide ich es, obgleich alles darauf hindrängt, das Element des „Zwanges" hier durch den Gebrauch des Wortes heranzuziehen. Einmal weil es selbst vorläufig zu problematisch ist, um als Klärungsmittel dienen zu können, sodann weil die resoluten unter den

alle diese Dinge sind unmöglich *fontes proximae* eines nichtpositiven Rechts, sondern *fontes remotae* eben der positiven Rechte. In welchem Mafse jede derselben an der Bildung der letzteren beteiligt ist, das festzustellen ist vielleicht Aufgabe der Philosophie des positiven Rechts, keineswegs aber der Kritik des Naturrechts.

Naturrechtsphilosophen von Thomasius bis Kant und von Kant bis v. Hertling (vgl. S. 265 Note [42]) auch ihrem ideellen Recht die „Erzwingbarkeit" nicht vorenthalten. Diesen gegenüber wäre also selbst mit dem „Zwang" nichts auszurichten. Allerdings haben sie, wie gewöhnlich, auch in dieser Hinsicht nichts bewiesen. Wollte ich es aber ablehnen, mich überhaupt auf beweislose Behauptungen der Naturrechtsfreunde einzulassen, oder gerade aus der Unerwiesenheit dessen, was sie eigentlich ihrerseits positiv beweisen müfsten und doch zu beweisen nie Anstalt getroffen haben, argumentieren, so hätte ich das ganze Naturrecht, ob mit ob ohne Zwang, auf sich beruhen lassen können. Ebensowenig verfinge eine Deduktion aus dem, dem Recht eigentümlichen „Zwange" gegenüber den Andern, die ihrem Naturrecht keinen Zwangscharakter beilegen; denn diese könnten mit ganz guten Gründen auch für die positiven Rechtsnormen der „Erzwingbarkeit" die Eigenschaft eines „konstitutiven" Merkmals des Rechtsbegriffes bestreiten. Somit würden wir da in ein Gebiet geraten, wo es nichts Evidentes gibt und vorläufig lediglich Behauptungen florieren, Beweis- und Gegenbeweislast jedoch noch zwischen den Parteien hin- und hergeschoben werden, sodafs eine Beendigung des Streites nicht abzusehen ist. Zwar habe ich bereits einmal in meiner Erstlingsschrift (Staatsverträge u. Gesetze u. s. w., Dorpat 1876 u. Leipzig 1877 S. 32 ff., 66 ff.) beiläufig Stellung zu der Frage zu nehmen versucht, glaube indessen heute selbst nicht, damals mehr als die Oberfläche derselben getroffen zu haben, und späterhin ist, wie z. B. von Bierling (Zur Kritik d. jurist. Grundbegriffe, I S. 140 ff.), Thon (in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. Recht, VII 1880 S. 244 ff.), Aug. Schultze (Privatrecht u. Prozefs u. s. w., I S. 50), Wundt (Ethik, S. 490 ff.), auch nichts Entscheidendes beigebracht worden. Neuerdings meint Binding (Normen I, 2. Aufl. S. 483), dieser Streit habe „wissenschaftlich genau soviel d. h. sowenig Sinn wie der Kampf, ob der Vertrag bindend sei." Aber mir scheint, um von dem Vergleich abzusehen (ob „der" Vertrag bindend sei, ist insofern eine unwissenschaftlich gestellte Frage, als die Jurisprudenz sich nicht mit allen „Verträgen" befafst; ob „dem" Recht der Zwang wesentlich sei, ist dagegen gewifs eine wissenschaftlich richtig formulierte Frage, weil alles Recht Objekt der Rechtswissenschaft ist) — mir scheint, als wenn dieses Urteil nicht mit der Sorgfalt übereinstimmt, die Binding selbst (S. 43 ff., 63 ff.) gewissen Fragen angedeihen läfst, die ganz sicher als wichtige Teile des allerdings um-

Nachdem dieses Sachverhältnis hinsichtlich aller erwähnten Naturrechtsquellen zusammen festgestellt worden, wäre eine Detailkritik der einzelnen offenbar ein unnützer Ballast. Sie müfste mit einer Auseinandersetzung alles dessen, was man unter Natur und Vernunft verstanden hat, und der Feststellung desjenigen, was man darunter verstehen darf, beginnen. Und worauf käme sie? Auf eine Definition der „vernünftigen Menschennatur", die, wenn sie richtig sein soll, ebensogut auf Plato und Goethe wie auf jeden Eskimo und Papua passen müfste. Aber eben daraus wäre zu entnehmen, dafs eine solche Erklärung um der begrifflichen Leerheit der „Menschennatur" willen herzlich wenig erklärt. Und nachdem sie so die ihr zugemutete Klarstellung besorgt hätte, würde die Kritik schliefslich doch nur wiederholen können, was gegen die Erhebung der Natur und Vernunft zu Quellen eines eigenen Rechts längst vorgebracht worden ist.[30] Da

fassenderen Zwangsproblems zu rekognoszieren sind. Für wie wichtig ich dasselbe halte, ist aus meinen früheren Äufserungen (vgl. oben S. 73, 83. 105, 388 Note [10]) zu entnehmen, und für mich persönlich steht es vorläufig fest, dafs die Grundlehren vom Recht d. h. die ganze allgemeine Rechtstheorie in allen einzelnen Begriffen und nach allen Richtungen allein von diesem Punkte aus die höchste juristische Schärfe und Klarheit erhalten können. Allerdings mufs, scheint mir, die Antwort auf die Frage, was der Rechtszwang eigentlich sei, ganz anders lauten als bisher. Wohl gibt es der Antworten eine hübsche Anzahl; definitiv als die richtige bewiesen ist aber, wie gesagt, noch keine, ja der Sinn und Umfang der Frage selbst immer noch dunkel genug. Ich hoffe, sie in der III. Abhandlung etwas aufhellen und der Lösung näher bringen zu können.

[30] Insbesondere ist hier auf die bekannte Kritik zu verweisen, welche Stahl, Die Philosophie des Rechts, I: Geschichte der Rechtsphilosophie, Buch III ff. (4. Aufl. S. 90 ff.) in seine Darstellung der Vernunftrechtsphilosophie verflicht. Kurz und kräftig auch Knapp, System der Rechtsphilosophie, S. 203 ff. Die Hauptbedenken fafst gut zusammen Rulf in dem S. 194 Note [28] cit. Aufsatze. Vgl. auch Dilthey, Einl. in die Geisteswissenschaften, I S. 38 ff., 99 ff., der aber wohl die Tiefe der Naturrechtsidee überschätzt. Über den „gesunden Menschenverstand" im Recht trefflich v. Jhering, Geist des röm. Rechts, II, 2 § 37 (4. Aufl. S. 319 ff.) und im allgemeinen äufserst drastisch Raoul Frary, Manuel du démagogue, Liv. II Chap. II (2. éd. p. 92) mit dem Schlufs, dafs der sog. „gesunde Menschenverstand" nichts anderes ist als die Summe unsrer Vorur-

die Unbestimmtheit des Ethos und des Inhaltes der göttlichen Offenbarung noch gröfser ist, wäre auch die Kritik dieser angeblichen Rechtsquellen verhältnismäfsig noch umständlicher und würde doch kaum mehr als eine Nutzanwendung der bereits oben (S. 443 ff.) geltendgemachten allgemeinen Gründe bringen können. Zur Ergänzung der letzteren werden nur noch einige aufklärende Worte über die Tendenz und das Motiv des ethisierenden Naturrechts — mit Einschlufs des religiös-kirchlichen[31] — erforderlich sein.

Die Tendenz derjenigen Philosophen, welche „das Ethos" zur Rechtsquelle erheben, geht überall auf die Erzielung eines vor allem positiven giltigen Rechts, das durch irgendwelche Eigenschaften, meist durch eine angebliche Absolutheit, vor dem letzteren ausgezeichnet sein soll. Sobald aber dieses der Fall ist, erlangt für ihr besonders geeigenschaftetes Recht die Kritik irgendeiner der „Eigenschaften" des nichtpositiven Rechts so weit analoge Giltigkeit, um auch die Unmöglichkeit, dafs „das Ethos" eine geeignete direkte Rechtsquelle sein könne, zu erweisen. Sie vergessen eben immer wieder, dafs Recht kein um seiner selbst willen daseiendes Ding, sondern für Menschen und wegen der menschlichen Verhältnisse und Handlungen da ist, deren dem Recht zugäng-

teile. — Wenn angenommen wird, die Natur und Vernunft des Menschen sei in dem Mafse selbst ein unveränderlicher und unveränderliche Urteile produzierender Faktor — woran eigentlich schon seit den Beiträgen zur Anthropologie u. s. w. in Herders Ideen zur Geschichte der Menschheit, 1784—1787 (nicht zu übersehen eine Stelle im IV. Buch sub IV, Werke herausg. v. Suphan XIII, Berlin 1887 S. 145) kein gebildeter Mensch mehr glauben dürfte — dafs aus ihr gewisse immer und überall identische Rechtssätze durchaus hervorgehen müssen, so ist dagegen alles geltend zu machen, was bereits gegen das notwendige, das ewige, universelle u. s. w. Recht angeführt worden.

[31] Alle göttlichen Anordnungen d. h. die menschlichen Interpretationen göttlicher Offenbarungen, verwandeln sich, auf menschliche Handlungen und irdische Verhältnisse bezogen, in Moral. Allerdings erhält diese um ihrer Abkunft willen eine besondere Färbung, trotzdem bleibt ihre wissenschaftliche Behandlung eine Art der Ethik, und ich sehe daher keinen rechten Grund, warum ich in der Naturrechtsfrage etwa die christlich-religiösen Doktrinäre von den ethisierenden trennen müfste.

liche äufsere Formen sich überall in einem ruhelosen Prozesse der Veränderung befinden.[32] Das Motiv hinwieder besteht

[32] Wenn keine sich absolut gleich bleibenden Thatsachen, so sind auch keine „universellen, ewigen, absoluten", keine „notwendigen" Rechtsnormen möglich (vgl. S. 412 ff., 426 ff.). Vergeblich jeder Versuch, im Bereich des Geisteslebens auf irgendetwas Absolutes, das vor der prüfenden Wissenschaft sich als solches bewährte, zu kommen — es ist alles geschichtlich bedingt, einerseits alle Empfänglichkeit der Individuen für Einwirkungen geistiger und sittlicher Art, andrerseits jede Thatsache, die solche geistige und sittliche Wirkungen übt. Auch der Spruch des Gewissens, des mahnenden wie des strafenden, kommt nicht ohne einen Komponenten zustande, der von unzähligen wechselnden Einflüssen, also insoweit geschichtlich bedingt ist. „Wenn das Gewissen in demselben Sinne wie das Wahrnehmungsvermögen, der Verstand, das Schönheitsgefühl angeboren ist, dann mufs es eine an sich blofs formale, inhaltsleere Anlage oder Funktion sein, die ihren specifischen Inhalt, die materiale Bestimmtheit ihrer Regeln, von aufsen empfängt." So äufsert sich O. Liebmann, Zur Analysis der Wirklichkeit, Strafsburg 1876 S. 591; in gleichem Sinne P. de Lagarde, Deutsche Schriften, 2. Abdr. der Gesamtausg. letzter Hand, Göttingen 1891 S. 40. Die gegenteilige Ansicht, welche darauf hinausläuft, dafs das Gewissen des Einzelnen einen konstanten und die Gewissen aller Menschen einen gleichen „angeborenen" Inhalt haben, ist unhaltbar. Vgl. auch v. Jherings Vortrag: Über die Entstehung des Rechtsgefühls (in der Wiener „Allg. Juristen-Zeitung" 1884 [Nr. 11—15] S. 158 ff. in Nr. 14) und desselben Zweck im Recht, II, 2. Aufl. S. 107 ff. Denn das Gewissen hält uns nur vor, dafs etwas gegen unsere Pflicht sein würde oder eine Pflichtverletzung gewesen ist — aber wenn wir nun eine irrige Pflichtvorstellung haben? Den Pflichtbegriff gibt das Gewissen nicht und er ist nicht bei allen Menschen identisch. Das Gewissen ist, wie A. Döring, Philos. Güterlehre, Berlin 1888, S. 124 sagt, zwar ein inneres Forum, aber es bezieht seinen Kodex von aufsen. Dies wird durch alle die Unterscheidungen zwischen dem originalen und dem irrenden, verfinsterten, überhaupt deteriorierten Gewissen nicht beseitigt, sondern bestätigt. Vgl. von neueren Ethikern etwa Höffding, Ethik, deutsche Ausg. S. 55 und Paulsen, System der Ethik, S. 275 ff., namentlich aber A. Wernicke, Die Religion der Zukunft u. s. w., Berlin 1880 S. 71 ff. und Weckesser, Zur Lehre vom Wesen des Gewissens, Bonn 1886. Ritschl, Über das Gewissen, Bonn 1876 konstatiert die Verschiedenheit des Gewissens in allen Konfessionen, Berufen, Altersstufen, Individuen, und aus der rein zerstörenden Lehre von P. Rée, Die Entstehung des Gewissens, Berlin 1885 geht wenigstens die Relativität des Gewissens unbestreitbar hervor. Hiergegen beweist die mir oft recht gewaltsam erscheinende Verschmelzung des Gewissens mit dem

darin, dafs sie sich auch dem von der weltlichen und staatlichen Macht getragenen Recht der Wirklichkeit gegenüber ihre Freiheit bewahren wollen. Dies soll auch niemandem verwehrt sein, niemand soll sich seine geistige und sittliche Freiheit verkümmern lassen. Wer diese einmal wirklich hat, dem kann sie eigentlich auch nicht genommen werden, durch kein von aufsen auf ihn wirkendes Mittel, selbst nicht durch die Rechtsordnung im Staate, die doch blofs den äufseren Widerstand zu überwältigen vermag. Jedes positive Recht hat irgendwo seine letzte Schranke in andern Mächten, die subjektiv höher stehen. Aber deshalb ist der Inhalt der sittlichen Überzeugung noch nicht objektiv „höheres" Recht. Überhaupt unterscheidet sich das Verhältnis der Sittlichkeit und ebenso das der Religion zum Recht durchaus nicht soweit von dem Verhältnis, in welchem jedes sonstige höhere Lebensinteresse zur gesellschaftlichen Rechtsordnung steht, dafs jene Mächte einen Anspruch darauf hätten, dem positiven ein konkurrierendes ethisches Recht an die Seite zu stellen, welches notwendiger Weise ein höheres, also das erstere eventuell zu einem Teil depossedierendes Recht sein müfste. Will man von dem unmittelbar aus dem Ethos fliefsenden Recht doch nicht ablassen, so sehe man zu, wie man es in ein logisches „Verhältnis" (vgl. S. 368 ff.) zu dem Recht im juristischen Sinne setze.

Nehmen wir einen Augenblick an, es liefsen sich in der That trotz der starken Subjektivität der Medien vollkommen objektive Normen aus der Vernunft, Sittlichkeit, Offenbarung

christlichen Dogma bei R. Hofmann, Die Lehre von dem Gewissen, Leipzig 1866 — ist denn das Gewissen erst mit dem Christentum in die Welt gekommen? — sowenig, wie die Annahme von Gass, Die Lehre vom Gewissen, Berlin 1869, dafs alle Moral sich aus Religion entwickelt habe. Denn jede positive Religion, auch das Christentum, das kann doch niemand bestreiten, ist ein vollkommen geschichtliches Wesen. Das heifst: wir mögen den Mafsstab zur sittlichen Beurteilung des geschichtlich entstandenen positiven Rechts und die „Quelle" eines nichtpositiven Rechts entdecken, wo wir wollen, sie sind selbst wieder unbedingt Kinder ihrer Zeit, immer geschichtliche und relative, nie aufser aller Geschichte stehende absolute Mächte.

herleiten. Sofort entsteht für die Naturrechtsfreunde eine Aufgabe, an welcher ihre Methode abermals zu Schanden wird. Welche von diesen Normen, das ist die Frage, sind eigentlich als Rechtsnormen anzusehen, welche nicht? Bisher wenigstens hat noch nicht ein einziges abstraktes Rechtssystem zu behaupten gewagt, dafs alle Vernunftgesetze u. s. w. ohne Ausnahme auch zugleich Rechtsgesetze seien. Wenn aber ausgewählt werden mufs, nach welchem Kriterium werden denn innerhalb der Gesamtheit der Vernunftgesetze u. s. w. diejenigen, die speciell Vernunftrechtssätze, Sittenrechtsgesetze u. s. w. sind, von der Masse der übrigen unterschieden? Es gibt keinen objektiven Einteilungsgrund, es wird also wieder einmal, ganz ebenso wie unter dem positiven Recht nach Wohlgefallen und Mifsfallen (vgl. z. B. S. 400 ff.), auch unter den Derivaten der Vernunft u. s. w. nach subjektivem Ermessen sortiert!

Nun ist aber aufserdem die vorausgesetzte Grundannahme falsch, vielmehr steckt in jedem angeblichen Gebote der Vernunft, Sittlichkeit und Offenbarung von Hause aus ein überstarkes subjektives Element. Und dieses zur Geltung zu bringen, ist im Grunde auch, wie soeben (S. 451) angedeutet, das innerste Motiv der Erhebung jener Potenzen zu Rechtsquellen. In dem Subjektivismus sitzt der unverwüstliche Erreger der ganzen Naturrechtslehre und eben darum öffnet diese sich immer nur solche „Quellen", aus denen im gegebenen Falle stets die gewünschte Norm hergeleitet werden kann, weil ihr Vorhandensein in der „Quelle" von Denkweise und Wunsch des Individuums abhängig ist. Wären die Vernunftgesetze u. s. w. wirklich mit einem vollkommen objektiv feststehenden Inhalte versehen, so bliebe der Einzelne immer gänzlich heteronomen Normen unterworfen, was sich mit dem Hauptmotiv — dem Drange nach Freiheit, zumal gegenüber dem möglicherweise unvernünftigen und unsittlichen positiven Recht — doch wieder nicht vertrüge. Absolute Freiheit ist schliefslich nur unter einer rein autonomen Norm möglich. Autonome Normen des Individuums als solchen aber sind blofse Maximen, bestenfalls treffliche Handlungsgrundsätze eines einsichtigen und charakterfesten Menschen.[33] Sie ihres subjektiven Charakters entkleiden und zu objektiv verbindlichem Recht erklären, heifst sich selbst zum rechtproduzierenden Subjekt, zum Gesetzgeber aufwerfen d. h. aus dem eigenen Unabhängigkeitsdrange heraus eine Fessel der Freiheit der Anderen entstehen lassen. Die theoretische Lösung dieses Widerspruches haben die Apostel des auf das Prinzip der Freiheit gebauten Naturrechts nirgend und zu keiner Zeit gefunden. Ihre Jünger dagegen sind, wie die Geschichte der Menschheit an zahllosen Beispielen zeigt, noch überall, wo sie die praktische Macht errangen, zu argen Tyrannen, denen trotz aller Gegenbeteuerungen die Freiheit ihrer Mitbürger nichts galt, geworden.[34]

[33] Die, soviel mir bekannt, von mir selbst (Staatsverträge u. s. w. S. 19, 39) veranlafste Streitfrage, ob aus der „Selbstbindung" zusammengesetzter Subjekte, namentlich der Staaten, verbindliche Rechtsnormen oder immer blofs Maximen, die nach aufsen unverbindlich sind, entstehen können, liegt zu weit ab, um an dieser Stelle berücksichtigt werden zu müssen. Ihre Lösung setzt, abgesehen von der Beseitigung vieler Mifsverständnisse, voraus, nicht allein dafs die Fiktion vom nichtpositiven Recht, wozu auch alles angeblich über den souveränen Staaten schwebende Völkerrecht zu zählen ist, beseitigt sei, sondern auch dafs der Begriff des positiven Rechts auf das schärfste und aufserdem die Theorie der Rechtsbildung um vieles sorgfältiger, als bisher geschehen, festgestellt werde. Diese Voraussetzungen, insbesondere die letztgenannten, lassen sich nicht so nebenher beschaffen.

[34] Beweisthatsachen für diese Behauptung liefern die mehr als 15400 Dekrete, welche der französische Nationalkonvent vom 21. Sept. 1792 bis zum 26. Okt. 1795 erlassen hat, zu vielen Hunderten. Trotz der dem Menschen feierlichst garantierten zahlreichen „Menschenrechte" (vgl. oben S. 222 Note[8]) blieb bekanntlich dem Franzosen vor lauter Reglements nichts davon, was man bei gröfster Bescheidenheit noch Freiheit nennen dürfte. — „Der reine wahre Despotismus", äufserte Goethe (am 20. Febr. 1809, G.s Gespräche, herausg. v. W. v. Biedermann, II Leipzig 1889 S. 239), „entwickelt sich aus dem Freiheitssinne; ja er ist selbst der Freiheitssinn mit dem Gelingen. Der Freiheitssinn strebt ins Unbedingte, er will herrschen, ohne dafs er's immer imstande ist und werden kann. Nun kommt bei Einem das Gelingen hinzu, und so ist der Despot fertig." Von den freiheitbegeisterten Tyrannen im kleinen — im Hause, in der Gemeinde u. s. w. — freilich schweigt die Historiographie.

Die bisher aufgeführten Einwände passen, zu einem Teil wenigstens, auch gegen das Rechtsgefühl, den Rechtssinn, das Rechtsbewufstsein, die Rechtsidee als angebliche Rechtsquellen. Es sind aber auch noch andere, stärkere Gründe gegen diese „Quellen", die sich immerfort grofser Beliebtheit erfreuen, geltend zu machen.

Die meisten Leute, schwerlich wissenschaftliche Naturforscher, beruhigen sich bei dem Satze, dafs wir eben Farben- und Tonempfindungen haben, und fragen nicht weiter darnach, ob Ätherwellen und Schwingungen der allgemeinen Materie die Ursachen dieser Erscheinungen sind oder nicht. Ansprüchen von gleicher Bescheidenheit mag auch die Erklärung der Rechtserscheinungen aus den genannten Quellen genügen. Will man durch sie den Inhalt des positiven Rechts erklären, so ist das jedenfalls unter allen denkbaren Erklärungsweisen die naivste und populärste.[35] Solange man ihnen aber nur diese Funktion beilegt, prätendieren sie doch durchaus nicht, selbständig ein Recht, abgesehen vom positiven, zu erzeugen. Ebensowenig ist das der Fall, wenn sie einen kritischen Mafsstab zur Beurteilung des formell giltigen Rechts liefern sollen. Nach beiden Beziehungen sind diese inneren Regungen der Menschen bereits (S. 442 ff.) gewürdigt worden. Hier kommen sie nur noch insofern in Betracht, als ihnen ausdrücklich die Eigenschaft, Quellen eines Rechts *sui generis*, das nicht notwendig mit dem positiven übereinstimmen mufs, wenngleich kann, d. h. also Quellen gewisser Arten des Naturrechts zu sein, beigelegt wird.

[35] Auch die „Rechtsidee" ist dabei nicht ausgenommen, denn nach dem Gebrauch, den die Naturrechtslehrer von ihr machen, unterscheidet sie sich von den andern nur durch den vornehmeren Klang des Wortes (vgl. auch S. 457 Note [37]). — Welchen wirklichen wissenschaftlichen Wert alle diese Dinge als Erklärungsmittel — wiederum kein ganz klarer Begriff! — in Bezug auf das positive Recht besitzen, habe ich nicht zu untersuchen. Das würde sich ohne die weitläufigsten Exkurse in die benachbarten Fragen der Ethik auch nicht machen lassen, und wer mit der letztern einigermafsen vertraut ist, weifs, was das bedeutet. Am schnellsten zur Verständigung werden, vermute ich, die dem Rechtsgefühl im besondern gewidmeten Darlegungen (S. 465 ff.) führen.

Sollen sie das wirklich, trotzdem sie nur Gefühl, nur Sinn, nichts als Bewufstsein, nichts als Idee sind? Mufs man da nicht mit noch schärferer Betonung als bei der analogen Behandlung der Natur, Vernunft u. s. w. (vgl. S. 443 ff.) fragen: Wie kommt das objektiv Normative, das Verpflichtende in die Gefühls- und Denkprodukte hinein?

Schon die Benennungen dieser sog. Rechtsquellen bekunden die Verlegenheit der davon Gebrauch machenden Philosophen. Es redet sich zwar bequem von dem Recht aus dem Rechtsgefühl u. s. w. Eigenschaften braucht es ja weiter keine zu haben, werden ihm auch niemals beigelegt, als dafs es eben nicht das Recht im juristischen Sinne ist. Aber dafür ist auch jedem offenbar, dafs diese Art Naturrechtsdoktrin im Kreise läuft. Sie verbindet die Worte Gefühl, Sinn u. s. w., die doch auf lauter Vorgänge im Innern des Einzelnen hinweisen, mit dem Wort Recht, dessen Sinn sie nicht erklärt, als dem Bestimmungswort — und das soll eine objektive Instanz oder Potenz, die verbindliche, ja zwingende Handlungsnormen zu setzen imstande ist, ergeben! Nicht einmal auf irgendwelche allgemeine Triebe, Vermögen u. dgl. der Menschen, überhaupt nicht auf irgendetwas, sei es auch nur angeblich objektiv Existierendes, weist sie hin.[36]

[36] Rechtsidee, Rechtsgefühl u. s. w. habe ich daher als „Quellen" eines unbenannten und unbestimmten, eigentlich quellenlosen Naturrechts, dagegen Vernunft, Natur, Sittlichkeit und religiöse Überzeugung als „Quellen" eines benannten Naturrechts bezeichnet (vgl. S. 242 ff., 276). Der Unterschied zwischen den letztern Quellen, die auch ohne jede Beziehung auf das Recht da sind, und den erstern, die nur wegen solcher Bezugnahme Existenz haben, liegt auch der Einteilung dieses Stückes meiner Kritik der naturrechtlichen Quellenlehre zugrunde (vgl. S. 443). — Auf Rechtsgefühl, Rechtsidee u. dgl. würden sich aller Wahrscheinlichkeit nach, wenn man ihnen hart zusetzte, auch diejenigen Autoren berufen, die gar keine Kraft oder „Quelle" nennen, durch welche ihre besonderen naturrechtlichen Annahmen und Operationen bestimmt werden, so namentlich die Anhänger der verschiedenen Rechte, die nur durch einzelne Prädikate, wie philosophisches (S. 277 ff.), reines oder Recht an sich (S. 279), absolutes, notwendiges (S. 263 ff.), universelles, ewiges, wahres, höheres Recht (S. 285 ff.) u. s. w. ausgezeichnet werden oder auch gar kein Charakteristikum erhalten (S. 303 ff.).

Sie schneidet sich sogar jede Möglichkeit, noch über das Gefühl u. s. w. aufzusteigen oder etwa seitwärts Agentien heranzuziehen und so vielleicht kräftigere Stützen ihrer nichtpositiven Rechtssätze zu entdecken, schlechtweg ab. Denn indem sie den Grundbegriff Gefühl, Bewufstsein u. s. w. durch den Begriff Recht näher bestimmt, beide zu einem einheitlichen Begriff verbindet, schiebt sie einen logischen Riegel gegen jede weitere Operation, ausgenommen nur die Analyse des betreffenden Grundbegriffes, vor und kann auf keine Weise irgendwelche andere Elemente der Rechtsbildung, sei es auch nur als mitbestimmende Kräfte niederen Ranges, zulassen: das Rechtsgefühl, die Rechtsidee u. s. w. müssen den ganzen Inhalt des Rechts und jeden verlangten Rechtsspruch über alle geeigneten Thatbestände, soviele man ihnen nur vorlegen möge, ausreichend begründen. Sobald aber diese Doktrin verleitet wird, ein angeblich aus dem Gefühl, Bewufstsein u. s. w. gefundenes Rechtsurteil doch zu motivieren — und es bedarf dazu nicht einmal der Verleitung, da sie schon von selbst ihre etwaigen Verdikte mit allerlei anderweitigen Stützen zu versehen trachtet, statt immer und immer nur zu sagen: sie beruhen auf unserm Gefühl, unserm Bewufstsein, unsrer Idee — kommen sowohl Gründe aus der Vernunft, der Sittlichkeit, dem Bedürfnis des Lebens als auch Zweckrücksichten aller denkbaren Arten zum Vorschein. Das heifst: das sog. Gefühl u. s. w. ist jedenfalls keine unzerlegbare Grundkraft, sondern eine Mischung aus verschiedenen Ein- und Absichten, und die daraus gebildete Rechtsquelle von angeblich elementarer Einfachheit erweist sich beim ersten analytischen Angriff als ein Kompositum ungeordneter Auskunftsquellen, wozu die bereits früher (S. 443 ff.) kritisierten *fontes remotae* wahrscheinlich regelmäfsig die Hauptbestandteile liefern.

Angenommen aber, man wäre imstande, das wirklich Gefühls- bezw. Ideenmäfsige u. s. w. aus dieser Mischung rein zu fällen. Dann geht die Behauptung aller Anhänger der Lehre vom Rechtsgefühl, Rechtsbewufstsein u. s. w. als Rechtsquellen dahin, dafs es ein eigenes Rechtsorgan im

Menschen gebe.[37] Sowie sie dies behaupten, müssen sie auch annehmen, es sei angeboren. Wenn es aber nicht gänzlich individuelle Wert- und Geschmacksurteile, sondern einigermafsen objektiv giltige Verdikte auf Recht und Unrecht produzieren soll, so mufs das angeborene Rechtsorgan der Menschen — wir müssen sagen: aller Menschen, nicht irgendeiner relativ genügenden Anzahl, da kein Grund einer solchen Einschränkung abzusehen ist — einen und denselben latenten Inhalt haben, d. h. auf den gleichen Anreiz auch identische Rechtsurteile hergeben. Ist das nicht etwas zuviel behauptet?

Die Lehre von dem angeborenen Rechtssinne weist zurück auf die allgemeinere Lehre von dem „triebartig wirkenden Naturzug im Menschen, als dessen Interpret ein eigner Sinn, der sog. moralische Sinn angenommen wird", der die Quelle der sittlichen Gesetzgebung sein soll.[38] Eine solche

---

[37] Somit sind Rechtsgefühl, Rechtsbewufstsein und Rechtsidee kaum von einander zu unterscheiden, daher sie auch meist neben und für einander gebraucht werden. Vgl. z. B. Rümelin, Über das Rechtsgefühl (Reden u. Aufsätze I), S. 62 ff.: „Und wenn wir weiter nach diesem Mafsstab (nämlich um das, was Recht ist, von dem, was nicht Recht ist, zu unterscheiden, vgl. oben S. 247 Note [15]) fragen, so spricht man uns von einem ungeschriebenen Natur- oder Vernunftrecht, das wir in uns tragen, von einer Rechtsidee, einem Rechtssinn, Rechtstrieb, Rechtsbewufstsein, Rechtsgefühl." Die Verschiedenheit liegt nur in den Worten, zwischen den Begriffen kann sie, wenn überhaupt vorhanden, nur sehr gering sein. Bisher hat auch noch niemand seinen Scharfsinn an der Herausstellung der Differenzen erprobt. Übrigens haben Rechtstrieb und Rechtsidee noch eine andere Bedeutung, von der bereits S. 295 ff. die Rede gewesen ist; zu dieser komme ich auf Seite 473.

[38] Diese Beschreibung entnehme ich J. H. Loewe, Die spekulative Idee der Freiheit u. s. w., Prag 1890 S. 139, der sie gelegentlich einer Skizzierung der Meinungen der bekannten englischen Moralphilosophen (Shaftesbury, Hutcheson, später auch Ad. Smith), welche das Dogma vom *moral sense* aufgebracht haben, gebraucht. Ausführlichere Darstellungen dieser Lehren bringen Ständlin, Gesch. der Moralphilosophie, Hannover 1822 S. 825 ff.; Vorländer, Gesch. der philos. Moral-, Rechts- u. Staatslehre der Engländer u. Franzosen u. s. w., S. 414 ff., 452 ff., 493 ff.; I. H. Fichte, System der Ethik, I S. 538 ff.; Fr. Jodl, Gesch. der Ethik in der neueren Philosophie, I Stuttgart 1882 Cap. VII. Dafs auch die Skep-

Metaphysik aber, die auf angeborene, durch eine überirdische Macht in die menschliche „Seele“ eingepflanzte „Ideen“ rekurriert, bietet ähnlich der Naturphilosophie, die aus „Kräften“ erklärt, nur Wortlösungen, welche die Sachfrage ungelöst beiseiteschieben. Indessen, der dunkle Schlupfwinkel des Nichtwissens möge einmal für einen von der Wissenschaft erleuchteten Ausgangspunkt der Ethik gelten und unberücksichtigt bleiben die Thatsache, dafs aus diesem „moralischen Sinne“ eine so widerspruchsreiche Mannigfaltigkeit wechselnder sittlicher Anschauungen fliefst.[39] Zugestanden kann doch

tiker und Materialisten des vorigen Jahrhunderts an das originäre Moralorgan glaubten, letztere (La Mettrie) es sogar den Thieren beilegten, weist u. A. nach A. Swientochowski, Ein Versuch die Entstehung der Moralgesetze zu erklären, Krakau 1876 S. 30 ff. Ohne mich auf die weitverzweigte Streitfrage einzulassen, verweise ich aufser auf v. Jhering (vgl. oben S. 450 Note [32]), der auch die jüngsten Vertreter der nativistischen Theorie anführt, auf J. St. Mill, Das Nützlichkeitsprinzip, Cap. I (Werke herausg. v. Gomperz I S. 128), Letourneau, L'évolution de la morale, Paris 1887 Leç. XIX p. 437 et suiv. und desselben L'évolution juridique etc., Paris 1891 Chap. I. Mill macht geltend, dafs wir die Schwierigkeiten, welche die Auffindung eines Prüfsteins für Recht und Unrecht bereitet, dadurch keineswegs beseitigen, dafs wir unsre Zuflucht zu der populären Theorie von einem natürlichen Sinne oder Instinkte nehmen. Bei Letourneau finden sich die schlagendsten Gründe gegen den Naturalismus in der Sittenlehre und die angeborenen Rechts- und Gerechtigkeitsbegriffe. Freilich gibt es wider den beständigen Rückfall der Popularphilosophie in wissenschaftlich abgethane Betrachtungs- und nichts erklärende Erklärungsweisen wohl überhaupt kein radikales Heilmittel.

[39] Diese erfahrungsmäfsige Thatsache macht schliefslich den Zweck der These vom *moral sense* ganz zunichte, wenigstens soweit sie auch für das Rechtsgebiet, welches man in das der Sittlichkeit im weitesten Sinne einbezieht, gelten soll. Oder es mufs nicht allein das Angeborensein eines Moral- und Rechtsorgans, sondern auch die stete Produktion identischer Gefühle oder Ideen durch dieses Organ d. h. also behauptet werden, dafs alle Menschen mit dem gleichen latenten Vorrat an überall und immer gleichen sittlichen und rechtlichen Gefühlen oder Ideen zur Welt kommen. In der That wird die erstere Behauptung vielfach ausdrücklich oder in Gedanken nach dieser Richtung ergänzt. Dann ist eine unvermeidliche Folge der Begriff, den man „das ewige Sittengesetz“ nennt, ohne jemals einen einzelnen ewigen Moralsatz (vgl. auch S. 419 Note [8]), sowie der Begriff, den man „das ewige Rechtsgesetz“ nennt, ohne jemals

niemals mehr werden, als dafs sich aus dieser Instanz höchstens das allgemeine Urteil: Es gefällt mir, weil es gut ist, oder: Es gefällt mir nicht, weil es schlecht ist, holen

einen einzelnen ewigen Rechtssatz als Beispiel (vgl. das. Note [9]) anführen zu können. Wer nur ein wenig weiter Umschau hält, als von seinem heimatlichen Kirchturm aus möglich ist, wer nicht absichtlich Augen und Ohren gegen fremde Nachrichten und eigene Wahrnehmungen verschliefst, um aus der glücklichsten Unkenntnis der Dinge diese selben Dinge metaphysisch zu erfassen, der wird doch nicht die thatsächlichen gewaltigen Verschiedenheiten der ethischen und rechtlichen Anschauungen der Racen, Völkerschaften, Individuen — von deren positiven Sitten und positiven Rechten soll hier garnicht die Rede sein — ignorieren können. Was ist nun da zu thun, um diese bunte Abwechslung der Erscheinungen mit dem ewigen Einerlei des angeborenen Gefühls, Bewufstseins u. s. w. in Einklang zu bringen? Es bleibt nichts übrig, als den Ursprung der zu einem *a priori* entworfenen Schema nicht passenden Erscheinungen aus diesen Quellen zu leugnen. Also die Moral- und Rechtsanschauungen der zahllosen Völker entlegener Zonen, welche den zuverlässigsten Zeugnissen gemäfs unter einander und im Vergleich mit uns so ganz verschieden urteilen, gehen nicht auf dasselbe Organ zurück, wie die unseren? Auch die der Franzosen nicht, wenn der Beobachter ein Deutscher, die der Deutschen nicht, wenn der Beobachter ein Franzose ist? Auch die des Mannes jenseits des Baches oder vor tausend Jahren nicht, wenn der Moral- und Rechtsphilosoph diesseits des Baches oder im XIX. Jahrhundert lebt? Auf dem Wege des Naturalismus und Nativismus kann man nicht zu dem erstrebten Ziel, dem Sittengesetz über der positiven Sitte, dem Rechtsgesetz über dem positiven Recht gelangen. Doch ja, man kann vielleicht den Ursprung der verwerflichen Ansichten in derselben Quelle zugeben, aber zugleich diese Quelle für — korrumpiert erklären. Wie unterscheidet man aber nun die korrumpierte, die Immoralitäts- und Mifsrechtsquelle von der reinen? Ach, jene schematischen Kriterien *a priori*, sie stammen selbst wieder aus einem Denker, der mit allem, was er fühlt, denkt und überhaupt ist, als ein Produkt der Geschichte und seiner Umgebung inmitten wechselreicher Relationen steht (vgl. auch S. 462 ff.) und keine Sicherheit besitzt, dafs sein Intellekt oder seine Empfindung nicht ihrerseits „korrumpiert“ sind. — Das ganze Verfahren des ethischen und rechtsphilosophischen Naturalismus, sofern es auf eine natürliche Moral und ein natürliches Recht hinaus will, ist durch und durch unwissenschaftlich. Denn es ist eben unwissenschaftlich, alle früheren Generationen und alle anders fühlenden Mitmenschen mit dem Makel der sittlichen Unvollkommenheit zu brandmarken, weil sie dem vorgehaltenen einen Ideal der Sittlichkeits- und Rechtsformen, das im Kopf und Herzen des dünkelhaften Einen von heute lebt, nicht entsprechen.

läfst. Die Gefühle der Billigung und Mifsbilligung enthalten nicht moralische und rechtliche Reaktionen neben einander, sondern sie enthalten überhaupt nur eine Reaktion.[40] Die Ausscheidung einer besonderen Rechtsanlage aus der allgemeinen ethischen Anlage — beide immer im Sinne der hier in Betracht kommenden Philosophen, nicht im Sinne der anderen genommen, welche keine sittlichen und keine Rechtsideen kennen aufser denjenigen, die man durch Abstraktion aus den Erscheinungen der positiven Sitte und des positiven Rechts gewinnt, anerkennen — ist unmöglich. Daher ist auch eine Spaltung ihrer Reaktionen in specifisch sittliche und specifisch rechtliche unmöglich, es sei denn dafs man heimlich in das innere Bewufstsein von aufsen das Unterscheidungsmittel hereinzieht, von dem man sich doch unabhängig stellt, nämlich das erfahrungsmäfsige Recht. Um zu sehen, ob das Kriterium des Unterschiedes faktisch in dem Individuum liege oder nicht, müssen wir nicht einen Fall nehmen, in welchem unser sittliches bezw. rechtliches Urteil einen Anderen betrifft, sondern unseren eigenen Fall, in welchem wir selbst vor dem Gefühl oder Bewufstsein in uns zur Verantwortung gezogen werden. In der Stimme

[40] Vgl. auch A. Döring, Philos. Güterlehre S. 5. — Wenn die Naturrechtslehrer — z. B. Rümelin, der in dem S. 457 Note [37] cit. Aufsatze S. 73 sagt: „Gewissen und Rechtsgefühl sind die zwei einander koordinierten, verschwisterten Gestalten, in welche sich der sittliche Ordnungstrieb zerlegt“ — zwei unterschiedene Reaktionen des Bewufstseins, Gefühls u. s. w. neben einander stellen, so können sie, wie meine sogleich im Texte (S. 461) folgende Darlegung erläutern wird, das nicht, ohne schon auf einen Komplex von Normen hinzublicken, denen nicht erst das Bewufstsein u. s. w. die specifische Rechtsqualität erteilt, die vielmehr bereits mit solcher Eigenschaft ausgestattet aus der Aufsenwelt in das Gedächtnis eingezogen sind und dem Bewufstsein zur Verfügung stehen. Nicht der sittliche Ordnungstrieb zerlegt sich in zwei Gestalten, sondern sie, die Naturrechtsphilosophen, zerlegen ihn unter Benutzung des anderswoher, d. h. aus dem positiven Recht mittels richtiger oder falscher Abstraktion gewonnenen Rechtsbegriffes, den sie doch im Bewufstsein u. s. w. selbst finden wollen. Es liegt m. e. W. eine *petitio principii* vor, wenn man nichtpositives Recht aus einem Bewufstsein ableitet, das man erst durch das positive Recht in ein Rechts- und ein sonstiges Bewufstsein zu spalten befähigt wird.

dieses Richters aber läfst sich keine Differenz wahrnehmen jenachdem ob sie sagt: Du hast schlecht gehandelt, oder aber: Du hast unrechtmäfsig gehandelt, Unrecht gethan. Man prüfe sich doch einmal darauf! Damit diese Verdikte auseinanderfallen können, ist vorausgesetzt, dafs es sittlich schlechte Handlungen geben könne, die rechtlich erlaubt, und umgekehrt sittlich lobenswerte oder wenigstens gleichgiltige Handlungen, die rechtlich verboten sind, was ja auch niemand bei einiger Besinnung auf alltägliche wie auf welthistorische Fälle leugnen kann. Wer diese Unterscheidung überhaupt in Abrede stellt, für den kann erst recht nicht von einer Differenz der möglichen Urteile des Gefühls u. s. w. die Rede sein. Wer sie jedoch anerkennt, der hat die differenten Fälle, d. h. die specifischen Rechtsfälle von den andern schon unterschieden, bevor er die erstere Art seiner innern rechtsprechenden Instanz vorlegt. Aber woher weifs er, dafs es gerade Rechtsfälle sind, bevor gerade sein Rechtsgefühl, Rechtsbewufstsein u. s. w. überhaupt gesprochen? Oder entscheidet das allgemeine Bewufstsein und allgemeine Gefühl auch, ob die ihm vorgelegte Frage „an sich“ eine Rechtsfrage sei, und verweist sie im Bejahungsfalle an seine Unterabteilung: das speciellere Rechtsbewufstsein und Rechtsgefühl?[41] Wenn aber diese Kraft nicht irgendeinen Rechtsbegriff als angeborenen Begriff aus sich selbst haben kann, so wird sich die Sache wohl also verhalten,

[41] Es fehlt nur noch, dafs die naturrechtliche Psychologie auch in dem innern Gerichtshof, genannt Rechtsgefühl, Rechtsbewufstsein, Rechtsidee wieder Strafsenate und Civilsenate unterscheidet! Doch nein, das fehlt nicht, denn wir haben, wie schon an geeigneter Stelle (S. 280 Note [6] u. S. 347) konstatiert wurde, wirklich noch Schriftsteller, die den Unterschied zwischen dem „an sich“ kriminellen und dem „an sich“ blofs civilen Unrecht festhalten. Allerdings behaupten sie gewöhnlich nicht, dafs es gerade die genannten inneren Instanzen seien, welche diese begriffliche Differenzierung vollziehen, kennen vielmehr gar keine hierzu befähigte besondere Kraft im Menschen. Aber man wird wohl nicht fehlgreifen, wenn man in solchem Falle als die anonymen Quellen des Naturrechts bezw. als die Leiter der naturrechtlichen Begriffsspaltung doch die Rechtsidee, das Rechtsgefühl u. dgl. ansieht.

dafs sie bei einem andern Vermögen des urteilenden Individuums, nämlich seinem Gedächtnis, im geheimen borgt. Das wird die nähere Untersuchung des Rechtsgefühls (S. 467 ff.) noch wahrscheinlicher machen.

Es mufs also der mit dem Gefühl u. s. w. operierenden Rechtsphilosophie von wenigstens vier Gesichtspunkten aus widersprochen werden.

Erstens finden sich in den Bethätigungsakten des denkenden Intellekts bezw. der empfindenden Seele nicht die vorausgesetzten Unterschiede vor, weder ein vom sittlichen Bewufstsein unterschiedenes Rechtsbewufstsein, noch ein von allen möglichen Gesetzmäfsigkeits- und Korrektheitsgefühlen klar unterscheidbares Rechtsgefühl, noch eine Rechtsidee, die sich selbst als eigenartige Teilidee aus der Idee des Guten und Billigen oder einer sonstigen angenommenen Grundfunktion, die etwa auf „Wertbestimmung“ (vgl. S. 358 ff.) hinauskäme, ausschiede. Der Unterscheidungsgrund wird immer von aufsen herangebracht.

Zweitens hat kein Mensch ein allgemeines ethisches Bewufstsein, Gefühl u. s. w. mit einem angeborenen, d. h. entweder fertig anererbten oder gar anerschaffenen Inhalt an latenten Urteilen, noch weniger haben alle Menschen ein gleiches Vermögen dieser Art mit gleichem Inhalt. Sie werden vielmehr geboren mit ungleichen Dispositionen, deren Entwicklung durch Erziehung, Unterricht, unaufhörliche eigene Erfahrung ungleichartig geleitet und — mifsleitet wird. Hiervon macht keine Persönlichkeit eine Ausnahme, auch die kraft- und machtvollste nicht. Und wenn sie ihrem Zeitalter ganz neue Anschauungen aufzwingt, die ganze Mitwelt in neue Bahnen mit sich fortreifst, sie selbst ist stets sowohl dem Grade ihrer Bildung als der Empfindlichkeit ihres Gewissens, sowohl der Form ihres Geistes als dem Inhalte ihres sittlichen Bewufstseins nach ein Ergebnis aus zahllosen Faktoren der Vergangenheit und der ihre eigene Entfaltung in der Zeit begleitenden Umgebung, wie stark sie auch allmählich ihr Denken um- und ihren Charakter selbständig ausbilden möge.

Folglich ist drittens von Grund aus verkehrt die Theorie von dem angeborenen Rechtsgefühl u. s. w., das in der Rechtsphilosophie schwerlich anders als im Sinne eines angeborenen gleichen Rechtsgefühls u. s. w. gemeint sein kann.[42] Denn wenn alles Fühlen und Wollen, Thun und Geniefsen, das ganze Empfangen und Schaffen des Menschen mitbedingt ist durch seine Geburt, Erziehung und Entwicklung gerade an dem ihm vom Schicksal angewiesenen Punkte der Gesamtentwicklung der Menschheit, so ist auch sein Wissen, folglich das immer vom Wissen abhängige Gewissen, folglich das von dem letztern willkürlich differenzierte Rechtsgewissen, das sich Rechtsgefühl, Rechtsbewufstsein und ähnlich nennt, immer ein nach Zeit und Ort und durch vielfache wechselnde Einflüsse bedingtes Organ.[43]

Viertens und letztens entsteht das Rechtsurteil, welches jemand auf sein Rechtsgefühl u. dgl. zurückführt, überhaupt weder rein, noch ursprünglich in dieser Instanz. Nicht rein nämlich, falls er sich damit in Opposition zu der ihm bekannten Bestimmung des positiven Rechts stellt, denn dann mischen sich in die Gründe der Mifsbilligung auch immer andere als blofs gefühlsmäfsige (vgl. S. 456); und nicht ur-

---

[42] Zur Ergänzung sei auf die Auseinandersetzungen von Rulf in dem mehrfach cit. Aufsatze (vgl. S. 194 Note [28]) verwiesen.

[43] Auf und wider jeden Anhänger der stets zum absoluten Recht tendierenden nativistischen Rechtsphilosophie passen die Worte, welche einst Savigny (Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. I 1815 S. 423, abgedr. in den Verm. Schr. V S. 142) mit Beziehung auf seinen bekannten Gegner Gönner geschrieben hat: „Er selbst lebt nämlich in dem unschuldigen Glauben, in welchem ihm seine Ansicht als die absolute Weltansicht erscheint. Sollte er jemals zu der lebendigen Einsicht kommen, dafs er selbst mit allem, was er denkt und schreibt und nicht weifs, in der Geschichte lebt und ein geschichtliches Faktum ist, abhängig von den oben bemerkten Einflüssen, so würde sein Erstaunen dem berühmten Erstaunen des Mr. Jourdain ähnlich sein, als dieser im gesetzten Alter inne wurde, dafs er zeitlebens Prosa geredet habe.“ Bekannter ist S.s ähnliche Warnung (Beruf u. s. w., 3. Aufl. S. 115) vor der Selbsttäuschung, dasjenige, was uns eigen ist, für allgemein menschlich und unsere juristischen Begriffe und Meinungen blofs deshalb für rein vernünftig zu halten, weil wir deren Abstammung nicht kennen.

sprünglich, wenn er die Detailbestimmung des positiven Rechts nur nicht kennt, denn dann entsteht die angeblich gefühlsmäfsige Entscheidung durch analoge Anwendung eines ihm festzustehen scheinenden anderweitigen Rechtssatzes auf den vorgelegten Fall, ist mithin eine unter der Voraussetzung, dafs im Recht dieselbe Logik herrsche wie in seinem Kopfe, vollzogene verstandesmäfsige Operation. Wenn man aber nach der Herkunft dieses vorausgesetzten prinzipalen Satzes und so immer weiter nach den Prämissen jeder Prämisse forschen wollte, würde sich doch an irgendeiner frühern Stelle der Progression der Schlüsse entweder ein Postulat der Vernunft, der Sittlichkeit u. s. w. oder ein Dogma des — positiven Rechts finden. Im erstern Falle wäre das angeblich aus dem Rechtsgefühl geflossene Naturrecht wiederum der gegen das Vernunftrecht, ethische Recht u. s. w. gerichteten Kritik (vgl. S. 443 ff.) verfallen, im letztern Falle aber überhaupt nur in der Einbildung Naturrecht, thatsächlich dagegen ein aufs geratewohl hergestelltes Derivat des positiven Rechts.[44]

[44] Die auf positiver Basis stehende Ethik bezweifelt nicht, dafs das sittliche Gefühl aus der Sitte, nicht umgekehrt die Sitte aus dem sittlichen Gefühl stammt (vgl. z. B. Paulsen, System der Ethik, S. 259 ff.). Vom Standpunkte des positiven Juristen, der an allen blofs gedanken- und gefühlsmäfsigen Rechten eben das specifisch Juristische vermifst, ist ganz ebenso unangreifbar der durch v. Jhering, Der Zweck im Recht, I, 1. Aufl. S. XIII, 2. Aufl. S. XIV (vgl. dazu auch I, 1. Aufl. S. 368 ff., 2. Aufl. S. 379 ff. und die weiteren Citate oben S. 450 Note [32]) so überzeugend vertretene Satz: Nicht das Rechtsgefühl erzeugt das Recht, sondern das Recht erzeugt das Rechtsgefühl. Den zweiten Teil der Antithese erweitert zutreffend K. J. Schmitt, Die Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege im konstitutionell-monarchischen Staate, Stuttgart 1878 S. 59 (vgl. unten § 16 Note [46]), indem er ihn auf das Rechtsbewufstsein des ganzen Volkes bezieht. Wenn man auf der einen Seite Rümelins (vgl. oben S. 455 Note [37]), auf der andern v. Jherings und meine Erörterungen über das Rechtsgefühl nimmt, so hat man wohl alles, was von den einander gegenüberstehenden Seiten beigebracht werden kann, beisammen. Was das Rechtsgefühl eigentlich ist und wie es funktioniert, hat auch v. Jhering, der sogleich von der Entstehung desselben handelt, nicht gesagt. In dieser Beziehung bildet mein im Text (S. 465 ff.) folgender Versuch, dem vielgebrauchten Begriff etwas näher zu kommen eine notwendige Ergänzung.

Wie man auch die Aufstellungen der intuitiven Rechtsphilosophie interpretieren möge, das Resultat der Prüfung ist immer, dafs sie von der Wissenschaft abgewiesen werden müssen. Ihre Annahme, derzufolge jedermann ein eigenes Rechtsorgan besitzt, das ihn rein aus sich selbst über Recht und Unrecht belehrt, ist unwahr und deren Folge, dafs die Erforschung des Entstehungsgrundes des Rechts bei irgendeiner *qualitas occulta* haltmachen müsse, wissenschaftlich unerträglich. Untersucht man aber ohne naturrechtliche Vorurteile, wie das, was man Rechtsgefühl, Rechtsidee oder ähnlich nennt, eigentlich funktioniert, so mufs auch der letzte Gedanke an die Möglichkeit, aus diesen angeblichen Quellen eine Art nichtpositives Recht abzuleiten, schwinden.[45]

Worin besteht die Regung in uns, die wir als Rechtsgefühl bezeichnen und meist für so zuverlässig halten, dafs wir nicht nur daraus unseren Urteilsmafsstab für die Handlungen Andrer hernehmen, sondern auch darnach unsere eigenen Handlungen einrichten?

Dafs es nicht auf den gleichen Anreiz durchaus in der gleichen Weise reagiert, sehen wir daran, dafs die aus dem Rechtsgefühl geschöpften Urteile unsrer Mitmenschen unter einander und mit den unsern so vielfach differieren. Wollten wir einen Augenblick vermuten, alle Anderen hätten im

[45] Ich werde mich hier auf die notwendigsten Andeutungen in betreff des Rechtsgefühls und der Rechtsidee beschränken. Unter Rechtssinn kann man genau genommen nur verstehen, was Ulpian unter Gerechtigkeitssinn, *justitia*, verstand, wenn er diese als die *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* definierte, also eine gewisse, allzeit rege und sich unerschütterlich bewährende Stimmung. Sonst bedeutet Rechtssinn gerade soviel wie starkes Rechtsgefühl, wenn auch vielleicht vorzugsweise in Beziehung auf die Rechtsansprüche Andrer, während im Rechtsbewufstsein mehr die Beziehung auf die eigenen Ansprüche des Bewufstseinsinhabers liegt. Im Sprachgebrauch der Naturrechtsphilosophie ist aber ein bedeutsamer Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen und dem schlichten Rechtsgefühl nicht wahrnehmbar. Vom Rechtsbewufstsein wird im § 16 noch die Rede sein; über den Begriff des Gerechten vgl. aus neuerer Zeit Merkel in v. Holtzendorffs Encykl. 5. Aufl. S. 22 ff. sowie das Kapitel 8. des III. Buches in Paulsens System der Ethik, S. 474—513 und unten S. 474 Note [52].

Grunde das gleiche Rechtsgefühl wie wir, sie verleugneten es nur und heuchelten ein andersartiges, so würde uns die Besinnung auf den oft sehr schnellen Wechsel des Rechtsgefühls in uns selbst bald von dieser Vermutung abbringen. Wir können also dem Nordamerikaner getrost glauben, dafs sein Rechtsgefühl sich gegen die Zumutung, im Frieden Soldat zu sein, auf das äufserste sträube, und er wird uns glauben, dafs unser Rechtsgefühl vorläufig noch die Bestrafung wegen jeglichen Genusses geistiger Getränke verabscheut. Wir müssen ebenso begreifen, dafs der wunderlichste Erbgang hier, die scheinbar sinnloseste Formalität bei der Eingehung von Rechtsgeschäften dort, sogar die entsetzlichste Menschenschlächterei bei afrikanischen Nationalfesten von dem Rechtsgefühl der betreffenden Völkerschaften gefordert werden. Wir dürfen aber auch nicht übersehen, dafs unser persönliches Rechtsgefühl bald schnell fertig mit seinem Verdikt ist, bald unschlüssig mit der Antwort zögert, bald — gar keine zu geben weifs.[46] Die einzelne Reaktion des Rechtsgefühls

[46] Wenn ich mir denke, dafs eine abgefeimte Buhlerin die ihr gewordene aufsereheliche Mutterschaft ersehnt hat, um nun den reichsten unter den möglichen Vätern ihres Kindes durch Drohung mit einem Skandalprozefs zu brandschatzen, so wird mein Rechtsgefühl dem Art. 340 des Code civil applaudieren. Denke ich mir dagegen ein armes verlassenes Opfer eines Lüstlings, das, vielleicht selbst noch ein Kind, eine Bagatelle begehrt, damit sein Kind nicht zugrundegehe — —? Oder kritisiert mein Rechtsgefühl nur die rohe Schablonenhaftigkeit des Gesetzes und verlangt statt des einen zwei, drei, ein halbes Dutzend Gesetze für die verschiedenen Fälle? Jetzt weist die Statistik für irgendeinen deutschen Bezirk, wo der Code gilt, eine verhältnismäfsig geringe Ziffer der unehelichen Geburten nach und man macht es mir plausibel, dafs diese Thatsache im Zusammenhang stehe mit dem Verbot der Untersuchung der unehelichen Vaterschaft. Bringen die dadurch angeregten Erwägungen nicht vielleicht das vorlaute Rechtsgefühl allmählich zum Schweigen? Ganz stumm verhält es sich gewifs in dem schlichten Landmann, dem man erzählt, dafs ein Wechselgarant wegen unterlassener Notifikation des Protestes den Regrefsanspruch gegen seinen Vormann verloren habe, und in einem städtischen Bankier bei der Frage, ob es rechtmäfsig sein könne, dafs ein Bauer durch Testament seinen Hof in soviele Parzellen als er Söhne besitzt teile, und in dem italienischen Künstler, wenn er aus der Zeitung erfährt, dafs der Präsident irgendeiner südamerikanischen Republik plötzlich das Parlament auf-

hängt also von irgendeinem Wissen um die Natur — halbwegs schon um die juristische Natur — der betreffenden Handlungen und Verhältnisse, wozu noch irgendein näheres oder entfernteres Interesse kommt, ab. Ist es nicht vielleicht eine Art Diagonale zufällig wirksam werdender Kräfte? Will man aber dieses Wissen und Interesse nebst den sonstigen Erfordernissen, damit das sog. Rechtsgefühl nicht schweige oder ungereimte Antworten erteile, für „angeboren", ihr Fehlen nur als Anomalie oder aus Entartung erklären — wie sonderbar, dafs dann nicht immerfort das allseitig befriedigende Naturrecht, wie es von dem Rechtsgefühl eingegeben wird, in Geltung steht! Oder haben überall die abnormen und entarteten Menschenseelen den Hebel der Gesetzgebung in Händen?

Vielleicht wird man zugestehen, dafs, wie das Sprachgefühl keine Sprache, auch das Rechtsgefühl kein Recht zu erzeugen imstande ist. Aber was thut das Rechtsgefühl denn wirklich?

Um dahinter zu kommen, müssen wir die Sache durchaus anders anfangen als die Vertreter der nativistischen Rechtsphilosophie. Diese operieren mit „dem" Rechtsgefühl und halten uns abstrakte Dogmen mit der Aufforderung, sie als unzweifelhafte Diktate des ebenso abstrakten Rechtsgefühls anzuerkennen, vor. Sie fragen uns, ob wir es denn nicht „fühlten", dafs Versprechen gehalten, fremdes Gut respektiert, Übelthaten bestraft werden müfsten u. dgl. m. Diese einerseits abstrakte, andrerseits falsch generalisierende Weise verschliefst jedoch den Weg zur Einsicht. Niemand, schlechthin niemand „fühlt" dergleichen. Versprechen im Allgemeinen müssen nicht nur nicht, sie dürfen sogar, rechtlich wie sittlich genommen, vielfach garnicht gehalten werden; fremdes Gut darf und mufs sogar in vielen Fällen weggenommen oder vernichtet werden; schlechte Thaten müssen durchaus nicht notwendig alle bestraft werden. Jene Sätze werden vom Rechtsgefühl nur bestätigt mit Einschränkungen, durch die

gelöst, den Belagerungszustand verhängt, eine Zwangsanleihe ausgeschrieben habe, u. s. w. Die Konsequenzen werde ich sogleich ziehen.

sie erst zu brauchbaren Wahrheiten werden, und diese Einschränkungen beweisen, dafs das sog. Rechtsgefühl ein Gefühl ist, welches seine Reaktionen an Begriffe knüpft, die ihm das Gedächtnis darleiht: nicht von Versprechen, Gütern, Übelthaten, sondern von Verträgen, Eigentum, Verbrechen macht das Rechtsgefühl seine Aussagen — diese Begriffe aber hat das hilfleistende Gedächtnis schon als mehr oder weniger fertige Rechtsbegriffe von aufsen empfangen.[47]

Dem Zirkel zu entrinnen gibt es kein Mittel; aber die Abstraktionen können wir meiden. Verlassen wir also „das" Rechtsgefühl, überhaupt „das" Gefühl, weil dies eben blofse Abstraktionen aus den einzelnen Gefühlsreaktionen sind, wie „das" Bewufstsein eine Abstraktion aus den kontinuierlichen Bewufstseinsmomenten mit wechselndem Inhalt ist, und betrachten wir die einzelnen Leistungen des Rechtsgefühls, deren Beobachtung allein die zuverlässige Unterlage zur Bestimmung der allgemeinen Funktion des Rechtsgefühls liefern kann. Wenn wir nun das sog. Rechtsgefühl bei der Arbeit beobachten, was sehen wir?

Das wird sich leichter verstehen, wenn wir einen ganz ähnlichen psychischen Vorgang belauschen, der aber den Vorteil bietet, dafs sowohl der Ausgangs- als der Endpunkt sinnlich wahrnehmbar ist und die Natur des zwischen ihnen liegenden Aktes, wenngleich er nicht wahrnehmbar ist, keinem Zweifel unterliegt. Ich meine die Arbeit des „Sprachgefühls" bei dem die Sprache erst erlernenden Individuum, dem Kinde. Diesem liefert das Sprachgefühl weder Wortwurzeln, noch grammatische Regeln. Wohl aber zwingt es das nach Ausdruck ringende, die Sprache der Erwachsenen nur allmählich annehmende Kind in der frappantesten Weise zur — Analogie. Nach Analogie bildet das Kind Namen für die Dinge, deren Benennung es noch nicht kennen gelernt hat, und nach Analogie bildet es die Wortformen, die es noch nicht hat bilden hören. Entscheidend ist hierbei, welche Formen sich ihm

[47] Zur Vermeidung von Wiederholungen darf hier vielleicht auf die dem angeblichen Rechtssatze „Du sollst nicht tödten!" gewidmeten Worte S. 420 ff. Note [9] verwiesen werden.

zuerst eingeprägt haben, jede Sicherheit dafür, dafs die Analogie auch ein den objektiv geltenden Sprachregeln entsprechendes Resultat ergebe, also ausgeschlossen.[48]

[48] Hörte das Kind zuerst: sie trinken — er trank, so wird es unfehlbar auch richtig bilden: sie sinken — er sank; hörte es dagegen zuerst: sie hinken — er hinkte, so wird es auch falsch sprechen: sie trinken — er trinkte. Ähnlich erhält ein neuerlerntes Substantiv die richtige Mehrzahl nach Analogie, mufs sich aber auch das Brett vorläufig die Mehrzahl Bretten oder umgekehrt das Bett die Mehrzahl Better gefallen lassen, jenachdem welche Form des Plurals sich zuerst im kindlichen Gedächtnis festsetzte. Natürlich ist immer vorausgesetzt, dafs nichts die analoge Wortbildung Störendes dazwischen kommt. Allmählich, im Verhältnis zu den von aufsen einwirkenden Störungen d. h. den Belehrungen über die richtigen Flexionen wird das „Sprachgefühl" besser über die keineswegs so einfach gestalteten Regeln aufgeklärt, es wird „gebildet", und damit verlieren sich dergleichen unverzagte Analogien, oft erst nachdem ein Schwanken vorausgegangen. Reste dieser vom Groben zu immer Feinerem fortschreitenden Arbeit des Sprachgefühls zeigen sich darin, dafs auch erwachsene Personen mit mehr oder weniger beschränktem Sprachschatze bei selteneren Wörtern Formen wagen, die unter Voraussetzung einer gröfseren Regelmäfsigkeit der Sprache (oder dessen, was der Sprechende für die normale Abwandlungsweise hält) richtig wären, aber thatsächlich falsch sind. — Weitere Ausführungen über dieses Thema sind hier nicht am Platze. Aber es könnte — abgesehen natürlich von der Wirksamkeit eines unsicheren Sprachgefühls, zumal beim Kinde — die Rolle der Analogie bei der Wort- und Satzbildung doch vielleicht zur Aufklärung über Irrtum und Wahrheit in den so sehr divergierenden Lehren bezüglich der Rechtsanalogie (vgl. auch S. 384 Note) ausgenutzt werden. Vielleicht auch noch zur Klarstellung einer anderen Frage. Man glaubt nämlich vielfach auch da, wo der Eintritt civil- und strafrechtlicher Folgen von einer gewissen Rechtskenntnis abhängig ist, diese Rechtskenntnis angesichts der allgemeinen Gesetzesunkenntnis des „grofsen Publikums" nicht anders als durch eine Fiktion von beängstigender Kühnheit beschaffen zu können. Sollte das nicht für die überwältigende Mehrzahl der Fälle, ja für alle, in denen man wirklich eine Verantwortlichkeit statuiert, etwas vorschnell fingiert sein? Die Rechtskenntnis fliefst dem in Beruf und Leben, in Handel und Wandel Stehenden aus unzähligen Erfahrungsquellen zu, wenngleich Gesetzbücher und juristisch gebildete Ratgeber sich gerade nicht darunter befunden haben. Sollte die Rechtskenntnis nicht jedem, der nach Alter und Geisteszustand überhaupt voll verantwortlich ist, in einem ausreichenden Mafse mit den Begriffen, die sich ihm zugleich mit der Erlernung der Sprache eingeprägt haben, gekommen sein? Hat er dergleichen aber mit der Sprache empfangen, dann wird er sie auch, wie er

Die Arbeit des „Rechtsgefühls“ ist offenbar eine ganz ähnliche. In den Fällen nämlich, wo man noch, in Ermangelung einer anderen Bezeichnung für den Vorgang, von einer Leistung eines Gefühls in Beziehung auf Rechtsangelegenheiten sprechen darf, ist die aus dem „Gefühl“ produzierte Ansicht über Recht und Unrecht stets in derselben Weise, wie die Formen der Haupt- und Zeitwörter und ganzer Satzteile gefunden werden, d. h. unter mehr oder weniger ausgedehnter Anwendung der Analogie gefunden worden. Die Operation selbst ist nun gewifs keine gefühlsmäfsige, also hätte man das vom „Rechtsgefühl“ Dargebotene in ihrem Ausgangspunkte zu suchen. Dieser wird jedoch, wenn wir schärfer zusehen, nie wirklich von einem originalen Rechtsgefühl geliefert, gerade sowenig wie dem nach Ausdruck seiner Gedanken Suchenden durch sein Sprachgefühl originale Wörter, Wortwurzeln, dargeboten werden. Was hier statthat, ist vielmehr die Ableitung eines Urteils über eine Rechtsthatsache, deren eigene juristische Determination dem opinierenden Subjekt nicht genau bekannt ist, entweder direkt aus irgendeinem unsicher gewufsten bezw. willkürlich verallgemeinerten Rechtssatz oder aber durch sonstige Verwendung eines solchen zu verwickelten Analogieschlüssen. Weil diese Anwendungen nicht mit deutlichem Bewufstsein vollzogen werden, nimmt der Denkende an, sie lägen im Gefühlsbereich. Das ist eben ein schwerer Irrtum. Jedenfalls kann hier durchaus nicht davon die Rede sein, dafs ein eigenes „Rechtsgefühl“ eine „Quelle“ bilde, die vollkommen originale Rechtsurteile herzugeben imstande wäre.[49]

neue Wörter richtig abwandelt, ohne die Paradigmen zu kennen, unter Voraussetzung einer Art Rechtssymmetrie nach gewissen logischen Gesetzen ausdehnen d. h. analoge Anwendung davon machen können?

[49] Hier war nur die Rede von solchen Fällen, in denen noch von einer Funktion des Rechtsgefühls gesprochen werden darf. Man spricht aber davon unberechtigter und unklarer Weise noch in zwei anderen Fällen. Einmal nämlich kann der Satz, an den das gleichsam instinktiv gefällte Urteil — dann fälschlich ein Rechtsurteil genannt — unmittelbar anknüpft, ein Gesetz der Vernunft, der Sitte oder der Religion sein oder auch eine politische, technische oder andere Zweckmäfsigkeitsregel aus-

Endlich, um an die Fachgenossen zu appellieren, jeder Jurist erfährt es durch Selbstbeobachtung, wie sein „Rechtsgefühl“ in den Dingen, hinsichtlich deren er sich die vollste Rechtskenntnis erwirbt, nach Mafsgabe des Fortschrittes dieser Kenntnis allmählich verstummt. Wenn einer es ermöglichte, das ganze positive Recht der Erde zum sofortigen Gebrauch bereit im Kopfe zu haben, d. h. bis in die letzten Details wirklich aus den Quellen zu kennen, so würde er schlechthin keine einzige Rechtsfrage mehr nach „Gefühl“, sondern aus seinem Wissen beantworten. Da aber kein Gedächtnis soviel fassen kann, so zerfallen für jeden einzelnen Juristen die sämtlichen möglichen Rechtsfragen in zwei Abteilungen: eine sehr grofse, für welche er sich Rechtsansichten entweder garnicht oder gleichsam nach Augenmafs — d. h. gefühlsmäfsig, d. h. nach Analogie unter Annahme unkontrolierter Voraussetzungen — bildet, und eine sehr kleine, für welche er ein ausgiebiges Wissen bereit hat. Und was eben diesen letzteren Teil betrifft, so hört sein Rechtsgefühl ganz zu reagieren auf. Wo die erarbeitete exakte Kenntnis spricht, kommt das erratende undeutliche Gefühl überall nicht mehr zu Wort. Wenn er für den Bereich des sicher Gewufsten doch solch eine dunkle Stimme, die man gleichfalls eine Manifestation des Rechtsgefühls nennen könnte, vernimmt, so ist es eine kritische, die sich abfällig über den Inhalt der für den konkreten Fall geltenden Vorschrift des positiven Rechts äufsert. Dieses Gefühl gibt aber offenbar weder die Entscheidungsnorm für den zu beurteilenden Thatbestand, noch überhaupt einen Rechtssatz, sondern eben den kritischen

drücken. Solchenfalls hat er, er sei richtig oder falsch, nichts mit dem Rechtsgefühl zu thun, wie das auch sofort deutlich wird, sobald der Urteilende sein angebliches Rechtsurteil zu motivieren veranlafst wird (vgl. S. 456). Sodann kann er in der dem Urteilenden genau bekannten Bestimmung des positiven Rechts, welche direkt auf den fraglichen Thatbestand pafst, bestehen. In diesem Falle stammt er aber aus der Rechtskenntnis, nicht aus dem Rechtsgefühl, wenngleich der Urteilende (vgl. auch S. 469 Note [48] a. E.) sich einbilden mag, aus irgendeinem „Gefühl“ zu schöpfen. Leider erlangen wir die Reife zur Selbstbeobachtung erst, wenn wir schon mit Begriffen angefüllt sind, über deren Entstehung wir nichts wissen.

Maſsstab zur Würdigung des ethischen Wertes, der Angemessenheit u. s. w. des positiven Rechtssatzes her. Übrigens hält auch das Vertrauen auf dieses kritische Rechtsgefühl oder rechtskritische Gefühl keine schärfere Analyse aus. Bei genügender Einsicht in die betreffenden Wissenschaften, insbesondere die Psychologie, schwindet es als „Gefühl“ ganz ebenso dahin, wie das robusteste Vertrauen des Laien in sein direkt urteilendes Rechtsgefühl bei fortschreitender Kenntnisnahme von dem realen Recht und namentlich von dessen Gründen. Diese wurzeln allerdings zuletzt nicht in Gefühlen, aber eben deshalb viel tiefer, als die mit Intuitionen arbeitende Unwissenschaftlichkeit ahnt.

Zum Schluſs muſs die Kritik auch noch den Rechtsphilosophen entgegentreten, welche die Rechtsidee zur Rechtsquelle erheben.

Diesem Worte fehlt allerdings die Beziehung auf bloſse Gefühle, wodurch das soeben näher gewürdigte „Rechtsgefühl“, dem Juristen so anstöſsig wird. Wenn wir jedoch die mehrfachen Bedeutungen des Wortes feststellen und die verschiedenen Begriffe, die unter dem Namen „Rechtsidee“ in Umlauf sind, recht fest ins Auge fassen, werden wir sehen, daſs die Verschiedenheit der hochphilosophisch klingenden Rechtsidee im naturrechtlichen Sinne von jenem tiefpopulären Rechtsgefühl nicht so gar groſs ist.[50]

[50] Es ist nicht meine Aufgabe, hier Licht in das Dunkel der Ideenlehre zu bringen, die ja in der Metaphysik von Plato bis auf Hegel, Herbart und E. v. Hartmann eine so groſse Rolle gespielt und, kann man wohl sagen, die Geister so sehr verwirrt hat. Vgl. die ausführliche Darstellung der historischen Entwicklung des Ideenbegriffs bei Heyder, Die Lehre von den Ideen u. s. w. I: Zur Gesch. der Ideenlehre, Frankfurt a. M. 1874, dazu Katzenberger, Das apriorische und ideale Moment in der Wissenschaft, Bamberg 1874, Schuppes S. 296 Note [27] angeführten Aufsatz über den Begriff der Idee und Gumplowicz' Philos. Staatsrecht, S. 119 ff. scharfe, aber vollständig zutreffende Diatribe gegen den mit den „Ideen“ getriebenen Mifsbrauch. Noch weniger fühle ich mich berufen, in den Streit um die „angeborenen Ideen“, der ja seit Bekämpfung der *ideae innatae* des Cartesius durch Locke und des letzteren durch Leibniz (vgl. Heyder S. 18 ff., Thilly, Leibnizens Streit gegen Locke in Ansehung der angeborenen Ideen, Heidelberg 1891, und das anregende Kapitel über „die Metamorphosen des Apriori“ in Liebmanns Zur Analysis der Wirklichkeit, S. 193 ff.) niemals geruht hat, noch weiter einzugreifen, als bereits oben (S. 449 ff. bes. Note [32]) geschehen. Je unklarer in Worten und Begriffen die Philosophen von Fach (vgl. die Blumenlese bei A. Primozić, Über den Gebrauch und die Bedeutung des Wortes Idee bei den bedeutendsten Philosophen, Iglau [37. Progr. d. Staats-Gymnas.] 1887 S. 3—28), um so mehr Grund habe ich, strengstens an meiner Frage — der Rechtsidee als Rechtsquelle im Sinne gewisser Naturrechtslehrer — festzuhalten.

Rechtsidee kann einmal soviel bedeuten wie Rechtstrieb, das triebartige Verlangen, daſs feste Grundsätze der Ordnung im bürgerlichen Leben gelten und sich durchsetzen. Auf das Walten des Triebes kann mit Sicherheit nur geschlossen werden aus den Rechtseinrichtungen der Wirklichkeit, welche der Rechtstrieb thatsächlich in zahllosen Rechtsbildungsakten geschaffen hat. Bei dieser Auffassung ist das Recht als Ganzes unreflektiert, wenngleich sein Inhalt an Rechtssätzen zum gröfsten Teil das Erzeugnis zweckbewuſster Absicht und Anstrengung sein möge. Ohne solche Anstrengungen — eben die rechtbildenden Äuſserungen der Rechtsidee — ist aber die Entstehung des Rechts unmöglich. Die gegenteilige Annahme der Naturrechtslehrer, als ob der natürliche Rechtstrieb ohne weiteres natürliches Recht im Gefolge habe, verdient sowenig einen Gegenbeweis wie etwa die Behauptung, daſs der Hunger die Speise oder das Frostgefühl die Kleidung erzeuge. Nicht eine Rechtsidee, überhaupt nicht ein Irgendwas im Menschen entwickelt sich zu Recht, sondern alles Recht wird durch die unter dem Drange des Rechtstriebes praktisch thätig werdenden Menschen entwickelt. Auch fordert die Rechtsidee in diesem Sinne keinen bestimmt gearteten Inhalt für das Recht, sie deckt vielmehr jeden, d. h. sie ist rein formal.[51]

[51] Wenn das Recht, d. h. alle positiven Rechte insgesamt Verwirklichungen der Rechtsidee in diesem Sinne sind, so ist alles Recht vor der Rechtsidee gleich, z. B. das scheuſslichste Strafrecht bei irgendwelchen Kannibalenstämmen ganz ebenso Recht wie das humanste Strafrecht aus dem Herzen Europas. Dies kann den Naturrechtslehrern selbstverständlich nicht gefallen. Jeder von ihnen „reinigt“ also die Rechtsidee, bis er auf seine „reine“ Rechtsidee kommt, die nur einen Teil des Rechts — dasjenige, woran der Inhaber der Idee nichts auszusetzen hat — be-

In einem andern, gleichfalls etwas blofs Formales einschliefsenden Sinne heifst Rechtsidee dasselbe wie Gerechtigkeit, die da fordert, dafs das Gleiche gleich, das Ungleiche ungleich in Beziehung auf Förderung und Hemmung, Vorteil und Strafe behandelt, alle subjektive Vorliebe und Abneigung dagegen — wann? — unterdrückt werde. Sie gibt uns aber gewifs keine Rechtssätze, sondern nur die Richtung einer vergleichenden Schlufsfolgerung an, wobei sowohl das erste Glied der Vergleichung als auch der Mafsstab, an dem wir die Gleichheit bezw. Ungleichheit der Thatbestände feststellen, anderweitig gegeben sind. Überdies wird als schon feststehend vorausgesetzt, dafs das Gebiet, auf dem die ganze Gedankenbewegung stattfindet, Rechtsgebiet sei.[52]

stätigt, einem andern Teil dagegen die Rechtseigenschaft abspricht. Somit wollen sie nicht das Recht in seiner Totalität in der formalen Rechtsidee erfassen, sondern sie wollen es an einer willkürlich gemodelten Rechtsidee messen — also ist bei ihnen die sog. Rechtsidee wiederum nur eine Form des kritischen Mafsstabes (vgl. S. 397 ff.).

[52] Bekanntlich hat schon Aristoteles in der Nikom. Ethik (V, 2—7) diese Lehre von der Gerechtigkeit näher ausgeführt. — Im Grunde ist Rechtsidee in diesem Sinne nichts anderes, als das schwerlich genauer analysierbare Gefühl, welches sich dagegen sträubt, dafs zwei, die wesentlich dasselbe gethan haben, ungleiche Folgen tragen sollen, in andrer Hinsicht aber wieder verlangt, dafs das wesentlich Ungleiche auch verschieden bemessene Folgen nachsichziehe (vgl. auch S. 465 Note [45]). Hierbei können diejenigen Handlungen und Verhältnisse, die gegenüber andern Handlungs- und Verhältnisarten eine „wesentliche" Verschiedenheit aufweisen, doch wieder unter einander gleich sein und insoweit die gleiche Behandlungsweise in Billigung und Mifsbilligung fordern. Es sieht nun wohl ein jeder, dafs dieses Gleichmachen, obwohl es *in concreto* zwei vollständig gleiche Thatbestände, die juristischer Beurteilung fähig sind, sowenig gibt wie zwei ganz gleiche Blätter am selben Baume, doch die unerläfsliche Voraussetzung aller Rechtsordnung ist, aber auch, dafs *a priori* nicht bestimmt werden kann, was „wesentlich" gleich und was „wesentlich" ungleich ist. Ob wir also Schutz verdienende Interessen oder abzuwehrende Ausschreitungen des Egoismus, Lohn für gute oder Übel für schlechte Thaten im Auge haben, ob Privat- oder Staats- oder Strafrecht — auch diese formale Rechts- und Gerechtigkeitsidee gibt uns nicht an, was „wesentlich" gleich oder ungleich vor dem Recht sein darf. Sie zieht vielmehr nur einen logischen oder analogischen Schlufs, wenn ihr sowohl das erste Glied der Vergleichung als auch das *tertium comparationis* gegeben sind, die sich in ihr selbst nicht

In diesen beiden Bedeutungen läfst „die" Rechtsidee begriffsmäfsig nur die Einzahl zu und ist, als formaler Begriff, nicht imstande das zu leisten, worauf es den Anhängern der Lehre von dem aufser dem positiven daseienden Recht ankommt: materiellen Rechtsprinzipien und Rechtssätzen das Leben zu geben. Dies könnte nur statthaben, wenn man dem Wort einen anderen, einen materiellen Begriff unterlegt, worauf nicht blofs von einer Rechtsidee im Singular, sondern auch von Rechtsideen im Plural gesprochen werden dürfte.

Allerdings kann man von keinem Standpunkt etwas dagegen einwenden, dafs die philosophierende Rechtswissenschaft sich mit den im Recht zum Ausdruck kommenden Ideen, also den materiellen Rechtsideen, befafst. Im Gegenteil, diese aufzudecken wird eine ihrer hauptsächlichsten Aufgaben sein. Sie wird darnach forschen, ob und welche Ideen sich in der Staats-, Kirchen-, Ehe-, Eigentumsordnung u. s. w. ausprägen; sie wird, mit Allgemeinheiten sich nicht begnügend, speciellere und speciellste Ideen herauszustellen suchen und vielleicht finden, dafs auch im Fideikommifs wie in der Arbeiterversicherung, in der Erbmonarchie wie im Parlamentarismus, im Bundesstaat wie in der freien Schiffahrt auf internationalen

vorfinden. Die Rechtsidee sagt z. B.: wenn der Landesverrat unstatthaft ist, dann mufs gegen den vornehmen Landesverräter ebenso mit Strafe vorgegangen werden wie gegen den geringen; wenn das Eigentum und Erbrecht als Rechtsinstitute anerkannt sind, mufs das Eigentum und Erbrecht des Ausländers ebenso geschützt werden wie das des Inländers; wenn auf der Kanzel keine Politik getrieben werden darf, dann von den Predigern aller Konfessionen nicht, u. s. w.; sie sagt ferner: wenn Diebstahl strafbar ist, mufs Raub um so strenger bestraft werden; wenn dem kleinsten Bundesstaate im Deutschen Reiche nicht weniger als eine Stimme im Bundesrate gewährt wird, dann müssen die gröfseren und gröfsten doch verhältnismäfsig mehr Stimmen erhalten; wenn man dem Besitzer einer baufälligen Hütte ein politisches Wahlrecht einräumt, darf man es doch dem Besitzer eines wertvollen Landgutes nicht vorenthalten, umgekehrt aber wohl, u. s. w. Aber den Inhalt dieser bedingenden „Wenn" und den Grund der Ungleich- bezw. Gleichsetzung nimmt die Rechts- oder Gerechtigkeitsidee als blofse formale Idee nicht aus sich selbst. Es kommt im ganzen also wieder auf die unsicheren Denkoperationen hinaus, die bereits gelegentlich der Untersuchung des Rechtsgefühls (S. 470) erwähnt worden sind.

Strömen u. s. w. Ideen stecken, wozu sich die Ideen des Schadensersatzes und der Strafe nebst zahlreichen Unterideen als den Leitgedanken des materiellen und formellen Repressionsrechts gesellen. In den Dienst solcher Ideen ist das Recht als Ganzes und mit allen seinen Teilen gestellt.[53]

Diese Ideen sind aber alle in einem dreifachen Sinne „praktische" Ideen. Erstens, weil sie selbst aus sittlichen, ökonomischen, politischen und andern praktischen Motiven hervorgehen, sodafs selbst diejenigen unter ihnen, denen ihre Verfechter gern den Charakter überirdischer Reinheit und Absolutheit beilegen, ihre irdische Herkunft durch ihre unaustilgbare Relativität verraten. Kein Lotus ohne Stengel, sagt ein indisches Sprichwort, über das nachzudenken verlohnt. Keine Rechtsidee auch, die nicht wenigstens eine Wurzel im Irdisch-Menschlichen hätte. Zweitens, weil diese Ideen eben samt und sonders kein anderes Dasein haben als in dem praktischen, erfahrungsmäfsigen Recht, aus dem wir sie abstrahieren. „Der Geist des Wirklichen ist das wahre Ideelle."[54] Wir haben nicht die Rechtsideen in unserm

[53] Es ist mifsverständlich, wenn mit vielen Andern Katzenberger, Das apriorische und ideale Moment u. s. w., S. 37 die Idee einfach als den Gedanken von einem Seinsollenden bezeichnet, unrichtig, wenn L. Jacoby, Die Idee der Entwicklung, I Berlin 1874 S. 119 von der Idee sagt, sie sei „die vorausgewufste Existenz des verkörperten Gesamtergebnisses der vorwärts schreitenden Umgestaltung". Auch fehlt in beiden Erklärungen der Hinweis auf eine gewisse Zweckvorstellung, die von allen sog. praktischen Ideen unzertrennlich ist. Lotze, Grundzüge der Ästhetik, Leipzig 1884, § 7 S. 9 nimmt sogar in alle und jede Idee — „die das Wesentliche eines Gegenstandes nur durch den Sinn des Zweckes angibt, zu dem er berufen ist, eine bestimmte Form oder Verbindung von Merkmalen dagegen nicht einschliefst, vielmehr eine unendlich mannigfaltige Bestimmbarkeit derselben zugibt, mit der einzigen Bedingung, dafs in allen diesen vielen Formen der Sinn des Zweckes festgehalten bleibe" — die Zweckvorstellung auf. Darüber wäre in rechtsphilosophischer Beziehung auch nach dem I. Bande von v. Jherings Zweck im Recht noch manches zu sagen; vgl. z. B. Kuntze, Zur Besitzlehre. Für und wider v. Jhering, Leipzig 1890 S. 75 ff.

[54] Ausspruch Goethes aus dem Jahre 1827 (Briefe von Goethe, desgleichen Aphorismen u. s. w., herausg. von Riemer, Leipzig 1846 S. 360, abgedr. in Goethes Gesprächen, herausg. von v. Biedermann, VI Leipzig 1890 S. 263).

Bewufstsein, etwa als „angeborene", sondern wir finden sie aus den Rechtserscheinungen in der uns umgebenden Welt, genau so wie wir keine andere „Weltidee" haben können, als die, welche wir aus der gesamten erkennbaren Welt zu erschliefsen versuchen, weil es eben keine andere „Weltidee" als die der Welt selbst immanente gibt.[55] Und endlich drittens sind die Rechtsideen insofern durchaus praktische Ideen, als sie nicht blofs wieder Gedanken erzeugende Gedanken sind, die durch die Kraft ihrer inneren Wahrheit oder Tauglichkeit zur theoretischen Erklärung der Phänomene sich Anerkennung verschaffen, sondern Gedanken mit einem Zusatz von Energie, die zur Verwirklichung in der Welt der äufseren Erscheinungen, d. h. zur Durchführung des Ideengehaltes auch gegen Besserwissen und Anderswollen mittels des Apparates, den wir die Rechtsordnung nennen, antreibt. In dieser Bedeutung heifsen solche Ideen nur deswegen Rechtsideen, weil sie, die einen hier, die anderen dort, wirklich die materiellen Grundgedanken zur Gestaltung des Rechts in den menschlichen Genossenschaften geliefert haben, nicht aber weil sie Teilideen einer sich entfaltenden mystischen Gesamtrechtsidee, „der" Rechtsidee, auch nicht weil sie die Rechtsideen „an sich" oder „vor allem positiven Recht" sind.

[55] Angeboren sind Geschlechtstrieb und Liebe, Vergeltungs- und Rachetrieb, Bedürfnis des Gebrauches und Genusses von Sachen u. s. w. Aber ob aus Liebe mono- oder polygamische Ehen, ob aus Blutrache Strafe und aus Verstümmelungsstrafen Freiheitsstrafen werden, ob Privateigentum an Grund und Boden und welche Vertragsformen sein sollen, das ist sowenig angeboren wie dem Menschen als ζῶον πολιτικόν die „Idee" des Feudalstaates oder der Demokratie angeboren ist. Freilich, wenn man gewisse Artikel des Rotteck-Welckerschen Staatslexikons und ähnliche Arbeiten derselben Parteiführer liest, sollte man meinen, die Idee des Konstitutionalismus sei mit der Vernunft dem Menschen angeboren und also in den Menschen, die sie nicht „haben", erst künstlich unterdrückt worden. Bei recht vielen neuern Publizisten zeigt sich die Umkehrung des richtigen Verhältnisses darin, dafs sie alles das für Recht halten, was sie aus einer Grundidee folgern zu dürfen meinen (vgl. S. 350 ff.). Hierdurch werden die Kontroversen des konstitutionellen Staatsrechts nicht selten arg verzerrt.

In diesem Sinne jedoch können denjenigen, die ihre Rechtstheorie nicht rein auf den positiven Rechten aufzubauen trachten, die Rechtsideen ebensowenig wie die Rechtsidee in den vorher (S. 473) erklärten formalen Bedeutungen dienlich sein. Wenn nun weiter keine Bedeutungen zulässig sind, so fragt es sich nur noch, welcher Art der unzulässige Gebrauch ist, den die Naturrechtslehrer von dem Worte im Singular oder Plural machen.[56]

Da brauchen wir aber nicht lange zu suchen. Sie täuschen sich eben durch die von der spekulativen Philosophie erborgten Wörter Idee und Ideen darüber hinweg, dafs das also Bezeichnete durchaus nichts anderes ist als ihre eigensten das Recht, wie es eigentlich sein sollte, betreffenden Gedanken. Wenn es nun auch klare Gedanken, nicht blofs dunkle Gefühle sind, so bleibt die Quelle dieser angeblichen Rechtsquellen immer dieselbe: die sittliche Überzeugung, die Vernunft, die politische Einsicht u. s. w. des denkenden Individuums, das seine hieraus folgenden praktischen Wünsche vergeblich dadurch der Subjektivtät zu entkleiden strebt, dafs es sie mit dem hohen Namen objektiv verbindlicher Rechtsideen belegt.

Die Resultate dieser Kritik des Naturrechts jeder Art und Benennung sind folgende. In praktischer Hinsicht, d. h. in Beziehung auf das rechtlich geordnete Leben der Wirklichkeit ist der Beweis für die völlige Unkraft jedes nichtpositiven Rechts erbracht: niemals kann es anders als unter Verletzung der vom positiven Recht beherrschten Gesellschaftsordnung die Möglichkeit, wie ein Recht zu wirken, finden. Findet es sie ohne Rechtsbruch, so doch immer nur indem es sich in positives Recht ver-

[56] Vgl. auch die kritischen Erörterungen über die Rechtsideen in dem Sinne der abstrakten Rechtsphilosophie bei Bierling, Zur Kritik der jur. Grundbegr., I S. 165 ff.; Rulf (in dem S. 194 Note [28] cit. Vortrage) S. 10 ff.; R. Loening (in dem S. 113 Note [11] und öfter cit. Vortrage) S. 225; Stoerk, Zur Methodik u. s. w., S. 85 ff.; Hamaker, Het recht en de maatschappij, Haag 1888 S. 21 ff.

wandelt, also um den Preis der Selbstvernichtung. Vorher war es in den Augen der Jurisprudenz nichts oder alles Mögliche, nur kein Recht; nachher ist es wohl Recht, aber nur positives und kein anderes. In rechtsphilosophischer Hinsicht aber ist es als ein Ungedanke erwiesen, weil es eine Rechtsspecies ohne eine Sondereigenschaft und ohne allen Zusammenhang mit rechterzeugenden Quellen einschliefst. Es ist überhaupt keine objektive Wahrheit als Ergebnis philosophischen Denkens auf dem Rechtsgebiet, sondern eine unsichere Vorstellung als Niederschlag, wenn nicht künstlerischer Imagination, so doch subjektiven sittlichen Fühlens, vernünftigen Erwägens, politischen Trachtens u. s. w. Höchstens gibt es die zeitweilige Anschauungs- und Empfindungsweise gröfserer Menschengruppen bezüglich einer idealen Ordnung des Gemeinlebens, irgendeine „öffentliche Meinung“ wieder, mehr aber nicht. Das heifst, es kommt garnicht darauf an, welchen Gedankengehalt man dem angeblichen nichtpositiven Recht gibt und welche Stellung man diesem Gehalt von irgendeinem Gesichtspunkt unter den „Ideen“ — worin ja die ganze Skala von den fixen Ideen geisteskranker bis zu den epochemachenden Ideen genialer Menschen, von den lächerlichsten Einfällen eines politisierenden Weltverbesserers bis zu den Überzeugungen grofser Nationen in betreff ihrer geschichtlichen Mission eingeschlossen ist — zuweist: als Recht ist jedes Recht aufser dem positiven schlechthin ein Nonsens.

Unter welchem Namen und in welcher Gestalt es immer auftreten möge, Nutzen hat das nichtpositive Recht im Leben, sofern dieses unter der Herrschaft des Rechts steht, keinen und Freude soll man in jeder Wissenschaft nur an der Wahrheit haben. Das Naturrecht ist also vom praktischen wie vom theoretischen Standpunkt gerichtet und, da es in keiner Frage und an keinem Punkte des Rechts überhaupt zu gebrauchen ist, von der Jurisprudenz jeder Form ganz und gar aufzugeben — jede darauf verwandte geistige Arbeit ist thöricht verschwendet.

II. Revision der historischen Rechtstheorie.

§ 16. Die naturrechtlichen Elemente der Savigny-Puchtaschen Rechtslehre.

Nachdem ich gezeigt, dafs das Naturrecht keineswegs seit dem Aufkommen der historischen Rechtstheorie verdorrt und verschwunden, sondern vielmehr in zahlreichen Varietäten fortgepflanzt worden ist, sodafs es noch gegenwärtig in üppiger Blüte steht (S. 242 ff.), habe ich die ganze Lehre und alle ihre Erscheinungsformen nach jeder Richtung und von allen juristischen Gesichtspunkten kritisch untersucht (S. 376 ff.). Nur die Begründer der Geschichtlichen Juristenschule sind dabei ganz aus dem Spiel geblieben. Nunmehr ist aber auch die von diesen aufgestellte Theorie des Rechts in den Vordergrund zu ziehen und von den nämlichen Gesichtspunkten kritisch zu beleuchten. Und wenn nun diese Kritik verurteilend ausfällt? Statt der naheliegenden schmerzlichen Antwort setze ich lieber die Trostesworte her: Trotz alledem wird die Philosophie des Rechts ihren sichersten Halt doch in einem geschichtlichen Prinzip finden — aber in einem echt geschichtlichen![1]

[1] Daher glaube ich gleich hier betonen zu müssen, dafs es sich für die vorliegende Untersuchung nicht um die historische Rechtstheorie überhaupt, sondern nur um die Begründer der „Historischen Schule“ handelt. Der ersteren folgen wohl die meisten Juristen der zweiten Hälfte unsres Jahrhunderts; die Rechtslehre der letzteren wird kaum mehr von irgendeinem in allen Punkten gebilligt. Die meisten Nachfolger stehen bewufst oder unbewufst auf dem Standpunkte einer historischen Rechtstheorie in dem weiter unten (§ 17) angedeuteten Sinne. Selbstverständlich kann ich aber nicht alle übrigen anführen, bei denen sich noch einzelne derjenigen Theoreme jener Schulstifter, die mir naturrechtlich zu sein scheinen, nachweisen liefsen. Ich mufs mich darauf beschränken, die hervorragendsten zu nennen. Die Kritik bezieht sich auf alle. — Eine historisch-organische Richtung hat es in der Jurisprudenz eigentlich immer gegeben, auch als das Vernunftrecht die höheren Schichten unsrer Wissenschaft vollkommen beherrschte. Zur einen Hälfte ihr, zur andern der sich allmählich zur „Historischen Schule“ entwickelnden Richtung gehören die sog. Vorläufer der letzteren, insbesondere Hugo (vgl. S. 189), sowie manche Zeitgenossen v. Savignys, wie namentlich Eichhorn, an. Als Gründer und erstes Haupt der „Schule“ gilt aber mit Recht v. Savigny, weil er aus der Methode der vorhandenen Richtungen den Grundgedanken zu einer vollständigen Rechtstheorie entnahm. Seine hier in Betracht kommenden Schriften sind bereits S. 190 Note [18] angegeben worden. Er vertritt mehr die historische Seite in der historisch-nationalen Theorie. Zu ihm gesellte sich als anerkanntes zweites Haupt der gewaltige Systematiker G. F. Puchta. Dieser vertritt mehr die nationale Seite. Von seinen Schriften werden im Folgenden zu berücksichtigen sein: Encyklopädie als Einl. zu Institutionen-Vorlesungen, Leipzig u. Berlin 1825; Das Gewohnheitsrecht, Erlangen I 1828, II 1837; Lehrb. für Institutionen-Vorlesungen, München 1829; Pandekten, Leipzig 1838 (später öfter von Rudorff, dann von Schirmer herausgegeben; ich citiere die Seitenzahlen nach der 11. Ausg. 1872 von R.); Kursus der Institutionen, I Leipzig 1841 (später öfter von P. Krüger herausgegeben; ich citiere die Seitenzahlen nach der 8. Ausg. 1875); Kritik von Beselers Volksrecht u. Juristenrecht, (sep. aus den Jahrb. für wissensch. Kritik) Berlin 1844; Vorlesungen über das heutige röm. Recht, herausg. von Rudorff, Leipzig 1847—48 und öfter (ich citiere die Seitenzahlen nach der 6. Aufl. 1873); Grundzüge des Civilrechts (ein Fragment, abgedr. in den Kl. civilist. Schriften, herausg. von Rudorff, Leipzig 1851 S. 592 ff.).

Es kann als bekannt vorausgesetzt werden sowohl was Savigny und Puchta lehrten, als auch was bisher dawider hauptsächlich vorgebracht worden ist.[2] Die Einwendungen

[2] Von der Historischen Schule wird in unzähligen Schriften gehandelt. Aber eine ihrer Bedeutung in der Entwicklung der Rechtswissenschaft entsprechende Gesamtdarstellung hat sie bisher nicht gefunden. Diese hätte zu umfassen: die Genesis der Schule, ohne die sie nicht richtig gewürdigt werden kann; eine Darstellung ihrer Theorie und Schilderung ihres Einflusses auf die Jurisprudenz und verwandte Wissenschaften; endlich die kritische Prüfung derselben nach allen Seiten. Bisher gibt es nur einzelne Beiträge von Wert zu einer solchen umfassenden Arbeit. Für die Geschichte der Schule sind brauchbar die Schriften von Singer (vgl. S. 189 Note [16]), Bekker (Über den Streit der histor. u. der philos. Rechtsschule, [Rede] Heidelberg 1886) und Hingst (vgl. S. 150 Note sub 1 b). Was die Darstellung ihrer Lehren betrifft, so wäre aus älterer Zeit zu erwähnen die von Stahl, Philos. des Rechts, II, 1, in der 1. Aufl. S. 136 ff. gelieferte (später hat St. immer mehr abweichende eigene Ansichten hineingeflochten, im II. Buch, 3. Kap., 4. Aufl. S. 233 ff.), welche zu ergänzen ist aus dem Schlufskapitel des I. Bandes der späteren Auflagen (4. Aufl. S. 570 ff.); eine Exposition der Quellenlehre der Historiker bringt L. Pfeiffer, Das gem. deutsche Strafrecht der Gegenwart, II

betreffen nicht weniger als jede einzelne These und schliefslich die gesamte Doktrin dieser gefeierten Neubegründer der wissenschaftlichen Jurisprudenz. Man hat ihnen in Bezug auf das, was sie sagen, bedeutende Fehlgriffe nachgewiesen und hinsichtlich dessen, was zu leisten sie garnicht gehalten waren, schwere Mängel vorgeworfen. An die Bezeichnung ihrer Theorie im allgemeinen sowie ihrer Methode im besonderen als „geschichtliche“ anknüpfend, hat man ihnen Vorliebe für Antiquitäten und sogar den romantischen Wunsch, längst vergangene Rechtszustände reaktiviert zu sehen, untergelegt. Man hat ferner behauptet, sie hätten die Aufrechterhaltung des Veralteten und Unbrauchbaren theoretisch zu rechtfertigen versucht, als wenn das einmal entstandene auch durchaus gutes Recht sei, sie hätten also einen ultrakonser-

Tübingen 1860, Kap. I. Die Tendenzen der Schule beleuchtet schön Windscheid in der Zeitschr. „Nord u. Süd“ Bd. IV, Berlin 1878, S. 42 ff. Die sonstigen Darstellungen in den Büchern der neueren Rechtsphilosophen (wie z. B. Ahrens, Roeder, Geyer, Lasson) sind entweder mehr zur Klasse der Entstellungen zu rechnen oder enthalten nur die allerdürftigsten Skizzen. Dafür wird Kritik an der Rechtslehre der Historiker in der ausgiebigsten Weise geübt, am zuversichtlichsten seitens solcher Leute, denen nur aus zweiter Hand einige Bruchstücke davon aufser dem Namen „historische“ Schule bekannt geworden. Ernst zu nehmen sind etwa: G. Beseler, Volksrecht u. Juristenrecht, Leipzig 1843 S. 63—76; Reinh. Schmid, Theorie u. Methodik des bürgerlichen Rechts, Jena 1848 S. 173 ff., 216 ff., 231 ff.; L. Rückert, Der Begriff des gem. deutschen Privatrechts, Erlangen 1857 S. 6 ff., 92 ff.; Seitz, Das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der Historischen Schule, Erlangen 1865 S. 108 ff.; E. Meier, Die Rechtsbildung in Staat u. Kirche, Berlin 1861 S. 17 ff.; v. Jhering, Der Kampf ums Recht, (Wien 1872) 2. Aufl. S. 12 ff., 5. Aufl. S. 5 ff. u. s. w.); Schwanert, Gesetz u. Gewohnheit, (Rede) Rostock 1873; v. Stintzing, Macht u. Recht, (Rede) Bonn 1876; Bierling, Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe, I S. 53 ff., 93 ff.; Zitelmann, Gewohnheitsrecht u. Irrtum (im Archiv f. d. civilist. Praxis LXVI 1883) S. 374 ff; Stammler, Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie (vgl. oben S. 141 ff.) und vor allem die scharfe Polemik von Harum, Von der Entstehung des Rechts, (Vortrag) Innsbruck 1863. Die kritischen Bemerkungen aufserdeutscher Autoren beruhen fast immer auf Mifsverständnissen und sind alle ohne Belang; eine Ausnahme bildet nur Muromzew, Die Entstehung des Rechts nach der Lehre der deutschen Juristen, (russ.) 2. Ausg., Moskau 1886 S. 16 ff.

vativen Standpunkt, das Legitimitätsprinzip, ja prinzipiellen Quietismus vertreten. Haben sie nicht wenigstens grundsätzlich die Wohlthat der Kodifikation gehindert? Dagegen ward ihnen von andrer Seite wieder die Hinneigung zu der verderblichen Doktrin von der Volkssouveränetät vorgeworfen. Denn erhoben sie nicht den Volksgeist zum Erzeuger eines nationalen Rechtsbewufstseins, den Volkswillen zur Ursprungsquelle alles Rechts? Über die Natur dieses Rechtsbewufstseins, meint man, können sie sich nicht klar gewesen sein. Sonst hätten sie doch einerseits für das daraus fliefsende Recht eine bessere Begriffsbestimmung gefunden, als die offenbaren Zirkeldefinitionen, in denen sie sich bewegen, andrerseits nicht so stark zwischen der Bezeichnung jener Quelle bald als blofse Überzeugung, bald als entschiedenen Willen geschwankt. Wenn aber den Kern ihrer Lehre das stillwaltende Rechtsbewufstsein, woraus das Recht sich gleichsam von selbst entwickeln und alle Motive der Änderung empfangen soll, bildet, so sind, meint man, eben darin auch die gröfsten Mängel der historischen Rechtstheorie begründet: die Überschätzung des Gewohnheitsrechts und, von der vollständigen Vernachlässigung der vertragsmäfsigen Rechtssetzung garnicht zu reden, die Unterschätzung der Schaffenskraft des Gesetzes. Dabei haben die Historiker die Vorstellung, als käme den Juristen eine mafsgebende Rolle bei der Gesetzgebung zu, bilde die Wissenschaft eine selbständige Rechtsquelle, erwerbe überhaupt, wenn bei steigender Kultur die einfachen Lebensverhältnisse und primitiven Zustände sich immer mehr verfeinern und verwickeln, der Juristenstand das Monopol der Rechtsbildung. Hierdurch geraten aber, wird behauptet, die Historiker in unlösbaren Widerspruch zu ihrem Grunddogma von dem lebendigen Volksbewufstsein als letzter, wahrer Rechtsquelle. Schliefslich vermögen sie dieses Prinzip auf keine Weise mehr aufrechtzuerhalten. Oder können sie, wenn sie die Rechtserzeugung an einen nationalen Faktor binden, die Thatsache der Reception des römischen Rechts erklären? Nicht einmal dazu reicht also ihre Theorie aus, obwohl sie doch augenscheinlich

vorzugsweise, ja ausschliefslich das Privatrecht im Auge hat. Wie mufs sie nun erst dem Kirchen-, dem Völkerrecht gegenüber versagen! Und wie unbrauchbar erweist sie sich in den doch nicht zu übersehenden Fällen, wo die organische Fortentwicklung des Rechts durch plötzliche Umstürze unterbrochen wird und nun nach erschütternden Katastrophen eine neue ruhige Rechtsentwicklung in total veränderter Richtung beginnt! u. s. w.

Einige dieser kritischen Bedenken treffen genau die Blöfsen jener Theorie, andere nur schief, manche garnicht. Das alles zu untersuchen und zurechtzustellen wäre hier nicht der rechte Ort. Es handelt sich auch nicht darum, die Rechtslehre der Koryphäen der Historischen Schule nach allen Seiten zu prüfen und die wohlbegründeten Teile derselben gegen Mifsverständnis und Unbill zu verteidigen, vielmehr um die kritische Betrachtung gewisser einzelner Bestandteile, d. h. um einen neuen Angriff von einem ganz bestimmten Gesichtspunkt auf ganz bestimmte Lehrsätze. Die Historiker haben reiche Saaten ausgestreut, und nicht blofs die juristische, sondern auch manche andere Wissenschaft, die ganze Mit- und Nachwelt hat reiche Garben geerntet. Dafs man auch von dem Unkräutlein Naturrecht noch eine schwere Menge miteingefahren hat, haben wir gesehen. Die Frage ist, ob auch die Begründer der Historischen Schule zu ihrem Teil dieses mitgesäet haben.[3]

[3] Auf gewisse Ähnlichkeiten ihrer Theorie bezw. ihres Verfahrens mit der naturrechtlichen Denk- und Argumentationsweise haben bisher nur wenige Schriftsteller hingewiesen. E. Meier, Die Rechtsbildung u. s. w. S. 20 meint, dafs die Lehre der Historiker zusammenhänge mit einer naturrechtlichen Konstruktion des Staates; Zitelmann, Gewohnheitsrecht u. Irrtum S. 419 findet eine naturrechtliche Methode in der Art, wie die Lehre vom Gewohnheitsrecht rein aus vorgefafsten Begriffen abgeleitet wird; Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts, 2. Aufl. I S. 303 Note [2] glaubt, Savigny und Puchta hätten zu der Erhebung der Wissenschaft zum Range einer Rechtsquelle gegriffen in dem unklaren Gefühl, dafs die durch die Verbannung des Naturrechts entstandene Lücke einigermafsen der Ausfüllung bedürfe; Bekker (vgl. S. 126 u. diesen § 16 weiter unten) sieht das Naturrechtliche vor allem darin, dafs beide ihre Rechtslehre als eine ganz absolute vortrugen und aufserdem Savigny in seinem Buche über den Besitz eine aprioristische Methode befolgte. Vgl. auch Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, S. 5 ff. und Gierke, Joh. Althusius, S. 317 ff.

Daraufhin ist ihre Theorie von der Entstehung des Rechts und der dabei vorausgesetzte Rechtsbegriff zu prüfen, im einzelnen also zuerst ihre Lehre vom Rechtsbewufstsein, sodann die damit zusammenhängende vom Gewohnheits- und Gesetzesrecht, endlich ihre Auffassung von der Stellung der Juristen und der Rechtswissenschaft zur Rechtsbildung ins Auge zu fassen.

a. Selbstverständlich wollten die Historiker nicht eine zweite Rechtsart neben oder über dem positiven Recht anerkennen, den hergebrachten Dualismus in einer andern Form fortsetzen. Das Recht war ihnen prinzipiell nur eins; das Naturrecht in seiner gröbsten Gestalt, das Vernunftrecht, dem ihre Zeitgenossen huldigten, haben sie von sich gewiesen.[4]

Aber für sie war Naturrecht eben nur ein *nomen proprium* einer bestimmten ausgebildeten Doktrin — für uns ist es ein *nomen appellativum*. Wir bezeichnen mit diesem Namen nicht nur aufser der rationalistischen noch andere wesentlich dualistische Rechtstheorien, die für ihr ideelles Recht andere Quellen als die Vernunft oder auch gar keine Quelle angeben, sondern auch manche monistische Lehre, die keineswegs positives und nichtpositives Recht bewufst einander gegenüberstellt oder beide unter irgendeinem unmöglichen

[4] Allerdings immer nur beiläufig: Savigny, Vom Beruf u. s. w., 3. Aufl. S. 7, 17 ff. (gegen das Natur- oder Vernunftrecht) und System I S. 52, 290 (gegen ein Normalrecht). Auch wo er die Befürchtung ausspricht, dafs hinter den zu schaffenden Gesetzbüchern das Naturrecht als eigentlich regierende Rechtsquelle stehen könnte, wo er auf die Leistungsunfähigkeit des Naturrechts in praktischer Beziehung und auf die Gefahr, welche für die Rechtspflege aus der Aufstellung des Naturrechts als subsidiäres Recht entstehen müfste, hindeutet (Vom Beruf S. 23, 76, 107), läfst sich S. nicht über das darunter zu Verstehende aus. Ebensowenig Puchta, Encykl. als Einl. S. 60 ff.; Gewohnheitsr. I S. 142, II S. 15; Kurs. d. Institut. § I, 8. Aufl. S. 4, woselbst sich im § XXXII S. 54 die Bemerkung findet, dafs das Natur- oder Vernunftrecht weder das Recht zum Gegenstande habe, noch Philosophie sei, also keine Rechtsphilosophie sein könne.

allgemeinen Rechtsbegriff koordiniert.[5] Wer es sich zum Bewufstsein gebracht hat, dafs zweierlei Recht nicht gleichzeitig und nebeneinander gedacht werden kann, aber doch nicht die Umgrenzung des positiven Rechts, wie es einmal dasteht, voll anzuerkennen vermag, sondern einen anderen Rechtsbegriff denkt, kraft dessen ihm mifsfallende Bestandteile des positiven Rechts hinaus- oder ihm notwendig scheinende Supplemente eintreten — der ist, auch ohne ein förmliches Doppelrecht aufzustellen, gewifs ein Naturrechtsphilosoph. Denn er korrigiert mittels eines aprioristischen Rechtsbegriffes an der Gestalt des wirklichen Rechts herum, bis von der einen Stelle ein häfslicher Höcker verschwindet, an einer andern das durch ein gewisses Symmetriebedürfnis geforderte Ergänzungsglied zum Vorschein kommt, sodafs die ganze umgemodelte Figur des Rechts schliefslich in die Umrisse einer vorgestellten Ideal- oder Normalgestalt hineinpafst. Wenngleich also jemand grundsätzlich nur ein Recht, jedoch kraft eines Rechtsbegriffes statuiert, der willkürlich so weit gestellt ist, dafs aufser dem positiven Recht auch noch mancherlei darunter fällt, was durchaus keins ist, so ist dieser letztere Bestandteil seines Rechtssystems als Produkt eines mehr oder weniger subjektiven Ermessens eben auch wieder Nicht-Recht unter dem Namen Recht, d. h. Naturrecht. Naturrechtsphilosoph ist mithin auch, wer sich das Recht so vorstellt, als bestände es aus blofsen Überzeugungen, Ideen, Gefühlsreaktionen, sodafs ihm keine äufserlichen Vorgänge, keine in der Geschichte liegende That oder Thatenreihe, kurz keine Arbeit und Anstrengung der Setzung und Satzung des Rechts durch Menschen für Menschen erforderlich zu sein scheint, damit die Überzeugungen, Ideen u. s. w. zu verbindlichen Rechtsnormen werden können.

[5] Vgl. S. 123. — Zu dem Folgenden verweise ich auf die Begriffsbestimmung des Naturrechts, bes. S. 130 ff. und 140 ff.; sodann auf die S. 277 und 292 ff., namentlich aber S. 303 ff., und 307 ff. gebrachten Charakteristiken verschiedener Naturrechtsschriftsteller, die mit einem zu weiten Rechtsbegriff bezw. nach einer inkorrekten Methode verfahren; endlich aus dem kritischen Abschnitt auf S. 397, 403, wo von der logischen Unhaltbarkeit der Duplizität des Rechts, auch auf S. 379, wo von den naturrechtlichen Beeinträchtigungen der Umgrenzungslinien des positiven Rechts die Rede war, und auf S. 465, 472 ff., wo das „Rechtsgefühl“ und die „Rechtsidee“ untersucht worden sind, denen das „Rechtsbewufstsein“ der Historiker offenbar sehr nahe steht.

Wenn nun auch nicht bestritten wird, dafs die Häupter der Historischen Schule das Naturrecht in den bis zu ihrer Zeit aufgetretenen Formen und folglich den unlogischen Rechtsdualismus verwarfen, so mufs doch gefragt werden: Sollte nicht ihre eigene, im Prinzip monistische Rechtstheorie immerhin einer Denaturierung des positiven Rechts nach den soeben geschilderten Weisen, die gleichfalls nur von einem Recht handeln und doch mit zu den naturrechtlichen gehören, Vorschub leisten?

Die Rechtsphilosophie Savignys und Puchtas gibt allem Recht eine nationale und historische Basis. Der Volksgeist erzeugt das Recht, das gemeinsame Bewufstsein oder die gemeinsame Überzeugung des Volkes ist der eigentliche Sitz des Rechts.[6] Hier lebt es, nicht in der Gestalt der abstrakten Regel, sondern als lebendige Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang.[7] Immer aus dem innersten Wesen, durch die gesamte Vergangenheit des Volks ist der Stoff des Rechts gegeben, nicht wird er durch Willkür der gesetzgebenden Gewalt in jedem Augenblick hervorgebracht.[8] Wenn wir die Geschichte befragen, so hat sich alles Recht aus dem Volksbewufstsein gebildet und mit diesem verändert; so bildet es sich auch noch heute, so wird es wirklich.[9] Wirkliches Recht ist es, insofern es

[6] Savigny, Vom Beruf u. s. w., 3. Aufl., S. 8 ff., 11, 14; System I S. 14 ff., 177. Puchta, Encykl. als Einl. S. 12, 18, 20 ff.; Lehrb. für Institut.-Vorles. S. 15; Kurs. d. Institut. § X, 8. Aufl. S. 15 ff.; Pandekten § 10, 11. Aufl. S. 19; Vorles. § 10, 6. Aufl. S. 22; Kritik von Beseler S. 5, 10, 20; namentlich aber Gewohnheitsr. I u. II an zahlreichen Stellen.

[7] So Savigny, Vom Beruf, 3. Aufl. S. 10; System I S. 16, 177.

[8] Savigny in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. I S. 6 (Verm. Schr. I S. 113); Puchta, Kurs. d. Institut. § XXXII, 8. Aufl. S. 54.

[9] Savigny, Vom Beruf, 3. Aufl. S. 8 ff. mit der Einschränkung auf „Völker edler Stämme“. Puchta, Encykl. als Einl. S. 18: so hat sich das Recht nicht blofs im Anfang gebildet, es hat sich niemals anders ge-

praktisch beständig geübt und angewendet wird, also Rechtssitte ist; mithin ist alles Recht eigentlich Gewohnheitsrecht in einem weiteren Sinne.[10] Bei dem Gewohnheitsrecht in dem gewöhnlichen, engeren Sinne des Wortes tritt die Thatsache am deutlichsten zutage, dafs das Rechtsbewufstsein des Volkes die Rechtsquelle, vielmehr das Recht selbst ist.[11] Denn hier ist der unmittelbare Zusammenhang zwischen Übung und Überzeugung garnicht zu übersehen. Mittelbar gehen aber auch die anderen Erscheinungsformen des Rechts, Gesetzes- und Juristenrecht, auf das nationale Rechtsbewufstsein zurück. Bei steigender Ent- und Verwicklung der Lebensverhältnisse nämlich kommt, da nicht mehr das Bewufstsein aller Einzelnen den gleichen Anreiz zur Rechtsproduktion empfängt, auch den Volksgenossen in ihrer Gesamtheit die Rechtsbildung und Rechtskenntnis zum gröfsten Teil abhanden — das Rechtsbewufstsein und mit ihm die Rechtsbildung zieht sich in Repräsentanten: Juristen und Gesetzgeber, zurück.[12] Wenn also neben dem Gewohnheitsrecht, dieses mehr und mehr verdrängend, auch im Laufe der Zeiten zwei neue Erscheinungsformen in dem Gesetzesrecht und Juristenrecht auftreten, die den Zusammenhang mit dem Volksbewufstsein verdecken, so vermag dieser Vorgang doch nichts an der Grundthatsache zu ändern, dafs höchste Rechtsquelle immer das Rechtsbewufstsein des Volkes, an dem die repräsentierenden Gesetzgeber und Juristen als Volksgenossen wesentlichen Anteil haben, ist und bleibt.[13]

bildet; dagegen Gewohnheitsr. II S. 201: das Recht der gegenwärtigen Weltzeit hat seine Grundlage im nationalen Bewufstsein.

[10] Ausdrücklich Puchta, Gewohnheitsr. II S. 10, 12; bei Savigny geht diese Auffassung hervor aus den Sätzen, dafs alles Recht Volksrecht und alles Volksrecht Gewohnheitsrecht sei: Vom Beruf, 3. Aufl. S. 14, 34 und System I S. 34, 39.

[11] Bei Puchta ist diese Ansicht die Grundlage seiner Lehre vom Gewohnheitsrecht, welche von Savigny vollständig angenommen worden ist, vgl. auch weiter unten S. 499 ff.

[12] Savigny, Vom Beruf, 3. Aufl. S. 12; System I S. 17 ff., 41 ff., 45. Puchta, Encykl. als Einl. S. 22; Gewohnheitsr. I S. 19, 105, II S. 17 ff., 147, 151 ff.

[13] Sehr bestimmt so, auch was den Gesetzgeber betrifft, Puchta,

Es hat nun seine nicht geringen Schwierigkeiten, sich überhaupt mit dieser Lehre über die Entstehung des Rechts auseinanderzusetzen, solange kein Einverständnis über das, was materielle Quelle, was Entstehungs- bezw. Erscheinungsform und was Erkenntnismittel des Rechts heifsen soll, erzielt worden. Die Terminologie ist unsicher, die Begriffe sind unklar. Die Definition des Rechtsbegriffes bei den Historikern läfst auch viel zu wünschen übrig.[14] Hieraus folgen Widersprüche so zahlreich, dafs sie sich garnicht mehr aufzählen

Encykl. als Einl. S. 18, wo er dagegen Verwahrung einlegt, dafs man vielleicht den Satz, das Recht könne niemals aufser der Volksüberzeugung entstehen, auf das Gewohnheitsrecht beschränkt sehen möchte, ferner Gewohnheitsr. II S. 15, wo er die gemeinsame Volksüberzeugung mit der gesetzgebenden Gewalt identifiziert, endlich Kritik von Beseler S. 5, an welcher Stelle als Eigentümlichkeit der Historischen Schule betont wird, dafs sie die Gesetzgebung gerade als eine abgeleitete Quelle auffasse. Im Widerspruch damit sagt aber P. Gewohnheitsr. I S. 230, das gesetzliche Recht gründe sich nicht notwendig auf ein wirkliches gemeines Bewufstsein. Den Ausgleich sollen vielleicht die Worte im Kurs. d. Institut. § XIV, 8. Aufl. S. 19 enthalten: „Es wird erwartet, dafs der Gesetzgeber wirklich die gemeinsame Überzeugung der Nation, unter deren Einflufs er stehen soll, ausspreche u. s. w.“ Dieser Ausgleich befriedigt aber gewifs nicht.

[14] Vgl. S. 499 Note [25]. Es ist höchst auffällig, dafs die Häupter der Historischen Schule in ihren Schriften mit keinem Wort, nicht einmal mit einem ablehnenden, wie zu erwarten, sich über die Frage äufsern, ob der Zwang in irgendeinem Sinne ein integrierendes Merkmal des Rechtsbegriffes bilde. Und dies, nachdem bekanntlich Thomasius, nach ihm Kant und die ganze Rechtsphilosophie seiner Zeit, den Unterschied zwischen Moral und Recht in dieses Merkmal verlegt, Stahl (Philos. des Rechts, II, 1, 1. Aufl. [1833] S. 124 ff.) aber dasselbe zur „Erzwingbarkeit“ modifiziert hatte! Die Folge ist, dafs Beide auch keinen geeigneten Anhaltspunkt zur Unterscheidung des Rechtsgesetzes von dem Sittengesetz aufzeigen. Savigny versucht dies garnicht einmal. Puchta, Gewohnheitsr. I S. 139 findet den Unterschied zwischen der „moralischen“ und der „rechtlichen Überzeugung“ darin, dafs der ersteren der Einzelne als solcher oder blofs als Glied einer Familie, der letzteren dagegen als Glied eines Volkes fähig sei. Über die Fehlerhaftigkeit dieser Unterscheidung braucht man wohl kein Wort weiter zu verlieren. Der Mangel jedes einigermafsen deutlichen Unterschiedes zwischen der positiven Sitte und dem Recht macht sich durch ihre ganze Rechtslehre, die soviel mit dem Gewohnheitsrecht und der Rechtssitte umgeht, in der peinlichsten Weise geltend.

lassen. Indessen werden wir auch ohne Aufklärung dieser Voraussetzungen auf die Punkte kommen, wo die naturrechtlichen Rudimente in der Savigny-Puchtaschen Rechtsphilosophie sitzen.

Unterziehen wir vor allem das dem Volksgeist immanente Rechtsbewufstsein als Rechtsquelle einer kritischen Betrachtung in dieser Richtung.

Was den Volksgeist bezw. das Volksbewufstsein betrifft, so ist darüber hier nicht viel zu sagen.[15] Die

[15] An so dunkle Potenzen wie Volksgeist und Volksbewufstsein das Problem der materiellen Rechtsquelle anknüpfen, heifst auf dessen Lösung verzichten. Schon Volk ist kein so einfacher Begriff, wie die Historiker annehmen, vgl. jetzt namentlich Rümelin, Über den Begriff des Volkes (Reden und Aufsätze I S. 80 ff.) und Fr. J. Neumann, Volk und Nation, Leipzig 1889. Was Savigny (System I S. 18 ff.) und Puchta (bes. Gewohnheitsr. I S. 134 ff., 148 ff.) zu seiner Aufhellung beibringen, ist ganz ungenügend. Den Beweis, dafs das Volk ein Naturganzes d. h. beseeltes Einzelwesen sei, dem Realität gegenüber den einzelnen Individuen zukomme, haben sie nicht erbracht (Rottenburg, Vom Begriff des Staates, I Leipzig 1878 S. 37 ff.). Den Begriff des Volksgeistes vollends darf man zu den rätselvollsten rechnen. Es ist bisher wohl manches tiefsinnige Wort über ihn gesprochen, indessen keine Analyse seines Wesens geliefert worden (vgl. namentlich die Aufsätze von Lazarus und Steinthal in der Zeitschr. f. Völkerpsychologie I 1860 S. 27 ff. und II 1862 S. 397 ff. und dazu Wundt, Über Ziele und Wege der Völkerpsychologie [in s. Philos. Studien IV, Leipzig 1888 S. 1 ff.]). Manche neuere Psychologen meinen allerdings, das Gesamtbewufstsein und der Gesamtwille seien genau so real, wie das Einzelbewufstsein und der Einzelwille, und Post (Einl. in das Stud. der ethnolog. Jurispr., Oldenburg 1886 S. 3 ff., vgl. auch Wundt in der Deutschen Rundschau, August 1891 S. 197) behauptet sogar, dafs die Völkerpsychen der Erforschung leichter zugänglich seien als die Individualpsychen. Aber wenn man auch den populären Gebrauch des Wortes (wie z. B. bei G. Freytag, Bilder aus der deutschen Vergangenheit, I [5. Aufl. S. 23 ff.]) nicht beanstanden mag, so darf man doch nicht zugeben, dafs dieser Begriff an den Anfang wissenschaftlicher Deduktionen gestellt werde. „Was wir nicht wissen oder nicht verstehen, nennen wir Volksgeist" (W. Arnold, Recht und Wirtschaft nach geschichtl. Ansicht, Berlin 1863 S. 24). Da wir ihn selbst erst aus ungemein komplizierten Lebensäufserungen mühsam erschliefsen, dürfen wir uns eben keine Schlüsse aus ihm auf die Eigentümlichkeiten dieser selben Lebensäufserungen erlauben (W. Arnold das. S. 5 ff.). Es steht noch dahin, ob

Juristen glauben nicht, dafs darin überhaupt ein Hilfsmittel zur Erklärung schwieriger rechtsphilosophischer Fragen und schwerverständlicher Vorgänge innerhalb der geschichtlichen Rechtsentwicklung, die, wie z. B. die Reception des römischen Rechts[16], in erster Linie der Erklärung bedürfen, gefunden sei, und lehnen daher diese Aufstellungen der Historischen Schule ab.[17] Als Grundlagen einer Rechtsphilosophie nicht zu gebrauchen, sind dieselben deswegen aber noch nicht als naturrechtliche zu charakterisieren.

Die Vermittlung zwischen dem Volksbewufstsein und dem Rechtssystem selbst fällt in der Savigny-Puchtaschen Doktrin derjenigen Sonderart des Volksbewufstseins zu, die sich auf Rechtsvorstellungen bezieht, dem Rechtsbewufstsein des Volkes. Die entsprechende Stellung der Lehre vom Rechtsbewufstsein zwischen der eigentlichen Rechtsphilosophie und der Rechtsdogmatik verlangt, dafs wir sie von zwei verschiedenen Gesichtspunkten auffassen. Sofern nämlich das Rechtsbewufstsein immer noch lediglich ein hinter dem perfekten Recht zurückliegendes Agens bedeutet, das man sich als blofs bei der Bestimmung des Inhaltes des positiven Rechts mitwirkend denkt, gehört es zu dem spekulativ-philosophischen Teile jener Doktrin, dessen höchste Spitze eben von dem Volksgeist gebildet wird, und ist wie dieser in den Augen der Juristen von sehr problematischem Wert. Anders

der Volksgeist eine taugliche oder eine untaugliche Abstraktion ist; jedenfalls ist er eine sehr starke. In welchem Verhältnis zu ihm man sich das ebenso abstrakte Volksbewufstsein stehend zu denken hätte, wäre eine weitere volks- (oder völker-) psychologische Frage.

[16] Eine Streitfrage, deren Lösung davon abhängt, was man als die die Reception bewirkenden Thatsachen ansieht; vgl. etwa v. Jhering, Geist des röm. Rechts, I § 1, 4. Aufl. S. 3 ff. mit Singer in d. Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. R. XVI S. 311 ff. Note [48] und dazu Windscheid, Pandekten § 10 (6. Aufl. 1887 S. 28) Note [4], Pfaff und Hofmann, Kommentar, I, 1 S. 203.

[17] Vgl. z. B. Reinh. Schmid, Theorie und Methodik, S. 173 ff.; Bekker, Die Aktionen des röm. Privatrechts, II Berlin 1873 S. 264; Schwanert, Gesetz u. Gewohnheit, S. 6 ff.; Bierling, Zur Kritik u. s. w., I S. 53 ff.; Gumplowicz, Rechtsstaat u. Socialismus, Innsbruck 1881 S. 30, 43 ff.; Zitelmann im Archiv f. d. civilist. Praxis LXVI S. 419 ff.

wenn es wirklich für die allernächste Quelle des Rechts ausgegeben wird. In diesem Falle soll sein Inhalt an Bewufstheiten ja weiter keine Konstituierung als verbindliches Recht erfordern. Derselbe wird vielmehr schon allein deshalb, weil das ihn umschliefsende Behältnis eben das Rechtsbewufstsein — oder was man so zu nennen beliebt — ist, für fertiges verbindliches Recht erklärt und mit allen Konsequenzen der Rechtseigenschaft ausgestattet.[18]

Wenn bei Savigny und Puchta noch wesentlich naturrechtliche Anschauungen zu finden sein sollen, so müssen sie in der Rolle ausgedrückt sein, die sie dem Rechtsbewufstsein vindizieren. Aber in welcher von den beiden nach dem obigen möglichen Rollen?

Für alle naturrechtlichen Theorien ist es charakteristisch, dafs sie ihr ideelles Recht schliefslich auf subjektive Meinungen und Überzeugungen stellen und für das Recht, das ohne Positivierungsprozefs existieren soll, nur „Quellen" namhaft zu machen wissen, die kein Recht zu produzieren vermögen. Untersuchen wir das „Rechtsbewufstsein" der Historiker, so zeigt es dieselben Schwächen. Vor allem trägt es in sich stets etwas Subjektives, Individuelles, das auf keine Weise weggeschafft werden kann. Das rührt daher, dafs jedes Bewufstsein unbedingt an ein psycho-physisches Individuum gebunden ist. Die Historiker ignorieren diesen Umstand; für sie ist das Volksbewufstsein etwas selbständig, abgelöst von dem Bewufstsein jedes und aller Einzelnen Daseiendes. Später hat man, um diese Hypostase zu vermeiden, versucht, auf die eine oder andere Weise eine Solidarität zwischen dem Bewufstsein bezw. Rechtsbewufstsein der einzelnen Volksgenossen und dem des Volkes als Ganzen zu konstruieren.[19] Ob

[18] Wieviel darauf ankommt, dafs man den Unterschied zwischen den beiden Auffassungen des Rechtsbewufstseins — einmal als blofses Erklärungsmittel, das andere Mal als Quelle des Rechts — nicht übersehe, weil auf demselben eben die Differenz zwischen einer unbrauchbaren Rechtsphilosophie und der Konstruktion eines Naturrechts beruht, ergibt sich nach Analogie aus dem S. 443 ff. Vorgetragenen.

[19] Vgl. z. B. Wundt, Ethik, S. 386 ff.; Hoelder in d. Zeitschr. d.

dies gelungen ist oder nicht, ist hier gleichgiltig. Jedenfalls ist keine mit einem Gesamtbewufstsein begabte Gesamtheit möglich ohne Individuen, deren jedes sein Individualbewufstsein hat, kein Volksrechtsbewufstsein folglich ohne Rechtsbewufstsein in den einzelnen Volksgliedern. Wie soll das Rechtsbewufstsein des Kollektivums zur Erscheinung kommen, wenn nicht in dem Rechtsbewufstsein aller, vieler, wenigstens einiger Glieder? Wie will man es anders erkennen, als durch das Medium des Rechtsbewufstseins Einzelner und seiner Äufserungen? Nun zeigt uns aber die Erfahrung, dafs der Inhalt des sog. Rechtsbewufstseins der einzelnen Volksgenossen bezw. der verschiedenen Gruppen innerhalb desselben Volkes durchaus nicht übereinstimmt. Wer diese Thatsache ignoriert, macht es sich denn doch gar zu bequem mit den Voraussetzungen seiner Rechtsphilosophie und verfährt just so wie die sämtlichen Naturrechtsphilosophen, in deren Deduktionen statt der Menschen der Erfahrung eine Mehrzahl durchweg der Schablone, genannt „der" Mensch, entsprechender Wesen figurieren.[20] Wer aber die Thatsache

Savigny-Stift. XI (1890) Rom. Abt. S. 62 ff.; Schuppe, Gewohnheitsrecht, S. 34, die es doch nicht über ein blofses Kollektivbewufstsein mit der Möglichkeit, dafs schreiende Disharmonien einfach ignoriert werden müssen, bringen. Post, Die Grundlagen des Rechts u. s. w., Oldenburg 1884, S. 24 — „Es quillt die Volksseele fortwährend in die Seele des Einzelnen herauf und beherrscht die Ausbildung seines Rechtsbewufstseins" — bleibt in der rechtsphilosophischen Mystik stecken. Vgl. auch S. 490 Note [15]. — In rein historischen Schilderungen, die notgedrungen mit starken Generalisationen arbeiten müssen, verliert der Ausdruck „Volksrechtsbewufstsein" seine Gefährlichkeit; vgl. z. B. das geistvolle Kapitel über den „Bildungsgang des deutschen Rechtsbewufstseins" in Gierkes Deutschem Genossenschaftsrecht, II: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffes, Berlin 1873 S. 6 ff.

[20] Die Anstrengungen Savignys, System I S. 14, das immer souveräne Rechtsbewufstsein des Einzelnen zu gunsten eines Rechtsbewufstseins des Volkes zu unterdrücken, sind ganz vergeblich. Puchta, Gewohnheitsr. I S. 148 ff., II S. 17 ff. und Kritik von Beseler S. 14 versucht wenigstens, da das Volk nun einmal nicht anders als in den Individuen um sein Rechtsbewufstsein befragt werden kann, die geeigneten Repräsentanten näher zu bestimmen, indem er die Subjekte mit unbrauchbarem Rechtsbewufst-

in Betracht zieht und doch seine Rechtstheorie an das Rechtsbewufstsein heftet, der mufs eine Auswahl zwischen den höchst verschieden gearteten konkreten Erscheinungen desselben dem forschenden Individuum freigeben. Somit müssen die Häupter der Historischen Schule, wenn sie vollen Ernst mit dem Bewufstsein als Rechtsquelle machen, in eine Rechtsphilosophie verfallen, die entweder von einer unwahren Voraussetzung ausgeht oder — die Bestimmung dessen, was Recht ist, dem Ermessen des Einzelnen preisgibt.

Aufserdem begegnen sie sich mit den Vernunftrechtslehrern in einem nach der psychologischen Seite liegenden

sein ausschliefst. Kinder und Wahnsinnige, sagt er, haben überhaupt kein geeignetes Bewufstsein; wenn von Wechselrecht die Rede ist, wird man keinen Bauern, und wenn von Weideservituten, keinen Bankier fragen dürfen (vgl. auch oben S. 466). Zugegeben. Wenn P. nun aber weiter innerhalb der betreffenden Kategorien noch Personen mit stärkerem und umfangreicherem Bewufstsein in betreff des Rechts der Wechsel oder der Weiden von den übrigen ausscheidet, dann auf kaufmännische Beisitzer der Handelsgerichte, sogar den Verfasser des Sachsenspiegels übergeht, immer auf der Suche nach klassischen Vertretern des Volksrechtsbewufstseins, so negiert er selbst schliefslich die Möglichkeit bezw. Relevanz eines sog. Volksrechtsbewufstseins. Die nächstliegende Frage wirft P. garnicht auf. Wenn je ein Bankier und ein Bauer über wechsel- oder weiderechtliche Dinge befragt werden, so wird die Ansicht des Einen über die den Interessenkreis des Andern angehörigen Fragen gleichgiltig sein. Aber wenn wir mehrere Bankiers über Wechsel, mehrere Landbewohner über Weideservituten oder gar erst den aus dem Rechtsverhältnis Berechtigten und dann den Verpflichteten examinieren? Wie steht es mit der Harmonie des Rechtsbewufstseins, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüberstehen? (vgl. auch S. 298 Note [29]). Das „geläuterte" Rechtsbewufstsein, so tröstet uns ein neuerer Anhänger der Lehre vom Rechtsgefühl und Rechtsbewufstsein (Schlofsmann, Der Vertrag S. 199; vgl. auch oben S. 301), bildet gerade einen Damm gegen diffuses Auseinandergehen der Meinungen. Leider strotzen nur immerfort die juristischen Werke der Männer mit „geläutertem" Rechtsgefühl von Kontroversen, leider mufs man immer noch den obersten Gerichtshöfen die Aufgabe der Erhaltung der Rechtseinheit gegenüber den auseinanderstrebenden Meinungen der oberen, mittleren und untersten Instanzen zuerteilen und, was das schlimmste ist, leider ist diese vielbespöttelte Vielstimmigkeit der Juristen noch ein sehr vereinfachtes Abbild der Rechtsmeinungen des Volkes und seiner verständigsten sachverständigen Repräsentanten.

fundamentalen Irrtum, der immer der gleiche bleibt, man sage nun Rechtsvernunft oder Rechtsidee, Rechtsgefühl oder Rechtsbewufstsein.[21] Nur eine falsche Psychologie stellt sich das Bewufstsein als einen mit allerlei fertigen Bewufstseinen vollgestopften Raum vor. In Wirklichkeit ist es lediglich eine Abstraktion von Thätigkeiten und Ereignissen, die wir in uns wahrnehmen, und es hat keine Wirklichkeit aufser

[21] Während sich Savigny auf die Abwechslung zwischen Bewufstsein und Überzeugung beschränkt, spricht Puchta gelegentlich auch von dem Rechtssinn (Gewohnheitsr. II S. 12; Kurs. d. Institut. I § VIII, 8. Aufl. S. 11; Krit. von Beseler S. 10), dem Rechtsgefühl (Gewohnheitsr. II S. 70) und der Rechtsidee (Krit. von Beseler S. 20) — nur von der Rechtsvernunft spricht er nicht. Ist nun wohl ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Rechtsbewufstsein und der Rechtsvernunft der sämtlichen Kantianer oder dem juridischen Vernunftvermögen Feuerbachs (vgl. oben S. 187 Note [14]) vorhanden? Aber Puchta besorgte wohl, durch den Gebrauch dieses Wortes die Brücke von seiner Rechtslehre zu der der Rationalisten zu zeigen (vgl. auch seinen Kurs. d. Institut. I § 1). Innig genug hing sie ja schon durch die Betonung des Volkes und des Volksbewufstseins mit der ganz vom Naturrecht gesättigten Publizistik des vorigen Jahrhunderts zusammen, bei der die Ausdrücke Volksgefühl und Volksempfindung sehr beliebt waren (vgl. v. Holtzendorff, Wesen u. Wert der öff. Meinung, München 1879 S. 41, woselbst S. 55 ff. die Verwandtschaft zwischen Volksmeinung und Volksrechtsbewufstsein zugestanden und der vergebliche Versuch, sie klar zu unterscheiden, gemacht wird). Einige Beispiele aus neueren Schriftstellern werden zeigen, wie bequem sich die Übergänge aus der Vernunft, dem Gefühl, der Idee zum Bewufstsein ergeben. Um diese Blumenlese nicht zu sehr auszudehnen, führe ich nur an: Benedikt, Zur Psychophysik der Moral u. des Rechts, (2 Vortr.) Wien 1875, S. 17: „Die Empfindung der moralischen Gleichgewichtsgesetze macht das Rechtsgefühl aus und wird bei vollständiger Klarheit zum Rechtsbewufstsein"; H. Scheffler, Die Grundlagen der Wissenschaft, Braunschweig 1889, S. 273: „. . . der natürliche Begründer des Rechts ist die Vernunft, welche in ihrer Beziehung zum Selbstbestimmungsvermögen als die von Erkenntnis geleitete vernünftige Beschränkerin dieses Vermögens das Rechtsbewufstsein heifst"; Birkmeyer (in den S. 299 Note [30] cit. Aufsätzen) und neben ihm viele andere, die halb der Historischen Schule, halb dem Naturrecht zuneigen, kombinieren in einem fort Rechtsbewufstsein und Rechtsidee; aus Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, könnte ich ein Dutzend Stellen abdrucken, die alle die Fungibilität der genannten Begriffe zeigen. Es würde aber dadurch nicht mehr bewiesen, als schon durch die Kritik der Quellen des Naturrechts (bes. S. 454 ff.) bewiesen ist. Vgl. auch S. 496 Note [23].

den sämtlichen Bewufstseinsprozessen.[22] Wenn wir also aus der Gesamtheit unsrer psychischen Regungen die Manifestationen des sog. Rechtsbewufstseins als zusammen das Rechtsbewufstsein bildend ausscheiden wollen, wornach bestimmen wir, dafs die einzelnen Bewufstheiten die geeignete Verwandtschaft besitzen? Darnach, dafs sie sich eben auf das Recht beziehen. Woher haben wir aber dieses Kriterium? Gewifs nicht als ein selbständiges Produkt des Bewufstseins aus diesem selbst. Denn in diesem dunkeln Reaktionsreservoir sind alle Weisen der Gegenwirkung ungeschieden beisammen oder vielmehr: es ist eigentlich darin für alle Fragen des Mifs- und Wohlgefallens nur eine einzige Reaktion vorhanden (vgl. S. 458 ff.). Das Bewufstsein in jedem möglichen Sinne schliefst keine Einteilungsgründe in sich, nach denen sich die aufeinanderfolgenden Bewufstheiten ganz von selbst klassifizieren, sondern jeder solche Grund kommt von aufsen durch den Verstand herein. Was im vorliegenden Falle vom Bewufstsein recipiert — nicht produziert — wird, ist der Rechtsbegriff d. h. der Inbegriff von Merkmalen, welche durch verstandesmäfsige Abstraktion aus dem bereits als objektiv daseiend angenommenen Recht gewonnen sind.[23]

[22] Wundt, Ethik, S. 373. — Vom „Bewufstsein" gilt also mindestens dasselbe, was Puchta, Gewohnheitsr. II S. 51, von der „Vernunft" sagt: nicht nur ist dies ein sehr unbestimmter Ausdruck, sondern es gleicht einem weifsen Blatt, das jedem Menschen mitgegeben ist und von jedem mit den verschiedensten Sätzen beschrieben werden kann (vgl. auch die vorige Note [21]). Wie auf dieses weifse Blatt, genannt Bewufstsein, die Rechtssätze kommen, die der Inhaber auf gehörigen Anreiz von demselben ablesen zu können vermeint, darüber haben die Historiker keine Aufklärung gegeben, sondern sich immer nur mit den Redewendungen über den mystischen Volksgeist (vgl. S. 490 Note [15]) beholfen. Auch nach ihnen ist kein Rechtsphilosoph darauf eingegangen, ohne in Nativismus zu verfallen (vgl. S. 456 ff., 465 ff.). Nur Lasson, System der Rechtsphilosophie S. 120 ff. läfst sich auf psychologische Fragen ein, aber nicht auf die vorliegende, auf die es doch hauptsächlich ankommt. Dafs das „Bewufstsein" insofern noch schlimmer ist als die „Vernunft", als es bei den Historikern selbst zwei ganz verschiedene Bedeutungen hat, werden wir später in diesem § 16 Note [35] sehen.

[23] Wie sehr immer die Historiker bestrebt sein mögen, dem Rechts-

Insoweit sie sich auf den Volksgeist und das Bewufstsein stützt, beruht die Savigny-Puchtasche Rechtstheorie auf einer irrtümlichen Psychologie; insoweit sie das positive Recht aus einer *a priori* als Rechtsbewufstsein charakterisierten Modalität des Bewufstseins ableitet, kreist sie in einer Diallele. In beiden Beziehungen zeigt sie eine bedenkliche Verwandtschaft mit gewissen Varietäten der dualistischen Doktrin, die sich gleichfalls der Erfahrung widerstreitende Voraussetzungen zurechtmachen und trotzdem doch nur auf dem Wege einer *petitio principii* zu dem Recht ihres Glaubens gelangen. Was daraus folgt, ist aber nur, dafs sie wie jene verfehlt und unbefriedigend, also aufzugeben ist.[24] Nicht

bewufstsein als einem historisch gebildeten Überzeugungskomplex eines einzelnen Volkes die Relativität zu wahren, so greift diese Lehre, philosophisch erfafst, doch immer hinüber in das Gebiet der die Entstehung und also auch die Apriorität sittlicher Urteile betreffenden Streitfragen. Dieses nochmals zu betreten, halte ich aber nach dem, was ich bereits S. 457 ff. geäufsert, nicht für erforderlich. Soviel scheint mir festzustehen, dafs die einzelne Reaktion des sog. Rechtsbewufstseins eine Empfindung höchst komplizierter Natur ist. Einen Unterschied zwischen ihr und der Gegenwirkung des Rechtsgefühls vermag ich indessen nicht zu entdecken, verweise daher auf die dem letzteren gewidmeten SS. 465—472. Ist aber das Rechtsbewufstsein des Einzelnen nicht eine elementare Erscheinung, keine unzerlegbare und dazu specifisch juristische Fähigkeit, die „der" Mensch mit auf die Welt bekommt, so ist es auch nicht das Rechtsbewufstsein eines ganzen Volkes. Daraus folgt, dafs die Begründer der Historischen Schule, indem sie das Problem der Rechtsentstehung nicht weiter zurück verlegten als in die Form des Volksbewufstseins, die sie schon Volksrechtsbewufstsein nennen, sich selbst an der Lösung dieses Problems verhinderten (vgl. S. 456). Daher ist ihre Lehre keine Rechtsphilosophie im vollen Sinne des Wortes zu nennen.

[24] Allmählich ist denn auch das Rechtsbewufstsein als Fundament der Rechtsphilosophie verlassen worden und aus der Litteratur verschwunden. Mit Ausnahmen natürlich, die bezeichnender Weise innerhalb derjenigen Länder bezw. Rechtsteile, in denen die Rechtsbildung durch Gesetzgebung starke Fortschritte macht, immer seltener auftreten. Die Völkerrechtstheorie glaubt auch gegenwärtig noch an dem Rechtsbewufstsein eine brauchbare Grundlage zu haben, vgl. z. B. Bluntschli, Völkerrecht, 3. Aufl. S. 1 ff. u. § 5 S. 61; L. v. Neumann, Grundrifs des heut. europ. Völkerrechts, § 2, 3. Aufl. Wien 1885 S. 6 ff.; Bulmerincq, Völkerrecht, (in Marquardsens Handb. d. öff. Rechts) § 11 S. 187, 188 (das. S. 189 sind die Vor-

folgt daraus, dafs sie auch förmlich in Naturrecht verfällt. Dieses Urteil dürfen wir vielmehr erst darauf gründen, dafs jene Männer das sog. Rechtsbewufstsein nicht blofs für eine entfernte „Quelle", die allein oder im Verein mit andern Agentien den Inhalt des Rechts bestimmt, sondern für die nächste Quelle, aus der das Recht auch seine Verbindlichkeit mitbekommt, ausgeben, sodafs es Recht ist, ohne einen geschichtlichen, d. h. in äufserlichen Vorgängen erkennbaren Prozefs der Positivierung durchgemacht zu haben.

gänger citiert); Rivier, Lehrb. des Völkerrechts, Stuttgart 1889 § 2 S. 9 ff. und desselben Programme d'un cours de dr. des gens, Brux. et Paris 1889 § 2 p. 3; Fiore, Le dr. intern. codifié, trad. p. Chrétien, Paris 1890, § 10 p. 6, u. A. Bei der Erörterung der völkerrechtlichen Einzelfragen wird von so vielen Autoren auf das Rechtsbewufstsein der civilisierten Nationen Bezug genommen, dafs man sie nicht mehr alle registrieren kann. Der Unterschied vom früheren Naturrecht besteht oft nur im Worte. Aber auch sonst wird, wenngleich selten, noch beim specifischen Rechtsbewufstsein Hilfe in rechtsphilosophischen Nöten gesucht, z. B. von Held, Staat u. Gesellschaft II, Leipzig 1864 S. 328 („organisches Rechtsbewufstsein"!); Post, Die Grundlagen des Rechts u. s. w. S. 19 ff. (vgl. aber auch desselben: Über die Aufgaben einer allg. Rechtswissenschaft, Oldenburg u. Leipzig 1891 S. 3 ff.); Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, S. 31, 33, 35 (ausdrücklich vom „speciellen Rechtswillen" oder der „speciellen Rechtsüberzeugung" handelnd); Klöppel, Staat u. Gesellschaft, Gotha 1887 S. 225. Energisch verteidigt das Rechtsbewufstsein Dilthey, Einl. in die Geisteswissenschaften, I Leipzig 1883 S. 68 ff.; auch Stahl, Philos. des Rechts II, 1, Buch II § 19 u. § 26 (4. Aufl. S. 236 ff. u. 263 ff.) hielt sehr viel davon. Von denen, die nicht wie die Genannten sagen, das Recht gehe auf das Rechtsbewufstsein zurück, sondern mit den Häuptern der Historischen Schule behaupten, das Rechtsbewufstsein sei schon Recht, wird in der folgenden Note [25] die Rede sein. An dieser Stelle möchte ich nur noch gegen Zitelmann im Archiv f. d. civilist. Praxis LXVI S. 425 bemerken, dafs man die Rechtsüberzeugung des Volkes auch nicht einmal als „Quelle" oder „Motiv" für das erst zu erschaffende Recht acceptieren kann, ohne wiederum eine nichttechnische Bedeutung des Bestimmungswortes „Recht" zuzulassen, wogegen ich durch diese ganze Schrift angekämpft habe: als Rechtsüberzeugung darf die positive Jurisprudenz immer nur diejenige Ansicht über eine Rechtsfrage bezeichnen, die auf der sichersten Kenntnis des bereits giltigen Rechts beruht. Allerdings fehlt es auch hier wieder an dem geeigneten Ausdruck, um dieses Gefühl in betreff des Rechts, wie es sein sollte, wiederzugeben.

In der That stellen die Führer der Historischen Schule die Behauptung auf: „Der Inhalt des Rechtsbewufstseins des Volkes ist das Recht." [25] Sie bestätigen diese

[25] Puchta, Gewohnheitsr. II, S. 125, Kurs. d. Institut. § X, 8. Aufl. S. 19; kurz formuliert ist diese Ansicht schon in seiner Encykl. als Einl. S. 12: eine Seite der Sittlichkeit ist das Recht d. h. das Bewufstsein, welches ein Volk über die abstrakte Freiheit hat, später aber in seinen Pandekten § 10, 11. Aufl. S. 19 in der oft citierten Zirkeldefinition: „Das Recht ist eine gemeinsame Überzeugung der in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden." Bei Savigny findet sich eine Definition des Rechtsbegriffes nicht. Er hat sich dahin erklärt, dafs es überhaupt nicht definierbar sei (Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter I, Cap. I, 2. Aufl. Heidelberg 1834 S. 21). Daher beschreibt er später das Recht nur als eine „allgemeine Regel" (System I S. 9). Er hat aber keine andere Ansicht als Puchta, der sich vielmehr die Savignys angeeignet hat, und schreibt dementsprechend folgende Sätze: „Die Rechtsregel entsteht durch das gemeinsame Rechtsbewufstsein oder durch die unmittelbare Überzeugung von der Wahrheit und an sich selbst (ohne äufsere Sanktion) bindenden Kraft der Regel" (System I S. 177), ferner: „Indem wir also eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechts annehmen, müssen wir schon deshalb auf jeden urkundlichen Beweis derselben verzichten" (das. S. 14) und sagt von der Erzeugung des Volksrechts, dafs sie „auf unsichtbare Weise vorsichgeht und also nicht auf eine äufsere Begebenheit und einen bestimmten Zeitpunkt zurückgeführt werden kann" (das. S. 34), was indessen auch einen anderen Sinn, als dafs das Recht eine reine Bewufstseinssache sei, haben möge. So bekannt wie dies alles ist auch, dafs S. seinerseits die Puchtasche Lehre vom Gewohnheitsrecht angenommen hat und dafs diese ganz und gar auf der Identität von Rechtsbewufstsein und Recht beruht (vgl. diesen § Note [40]). — Aufser den der gleichen sog. spiritualistischen Auffassung des Gewohnheitsrechts folgenden Schriftstellern, die später (S. 516 Note [44]) angeführt werden sollen, können als Anhänger der in Rede stehenden These beispielsweise genannt werden: C. F. Gerber, Das Prinzip des gem. deutschen Privatrechts, Jena 1846 S. 269 ff., 295 ff. (der dann auch in seinem System des deutschen Privatrechts § 27 Note [2], 15. Aufl., Jena 1886 S. 48 von der Gewohnheit sagt, sie sei allerdings die „alleinige Manifestationsform" des Gewohnheitsrechts, aber nicht der „produktive Faktor"); C. A. Schmidt, Der prinzipielle Unterschied zw. dem röm. u. german. Rechte, I Rostock 1853, S. 69, 73; Pfeiffer, Das gem. deutsche Strafrecht, II, Kap. I u. III; Schlofsmann, Der Vertrag, woselbst S. 175 ff., 186 Gesetzen und Gewohnheiten die Eigenschaft von Rechtsquellen abgesprochen, S. 193 ff. das Rechtsbewufstsein für die Macht, welche in letzter Instanz das Recht reguliert, und S. 175, wie es scheint, die „Wissenschaft" für die einzige „Rechts-

Meinung einesteils, indem sie die sog. Rechtsquellen als unwesentliche „Erscheinungsformen“ oder gar bloſse „Erkenntnismittel“, nicht als die Schöpfungsakte, in welchen aus irgendeinem Bewuſstsein oder sonstwoher stammende Sätze erst die specifische Rechtseigenschaft erhalten, aufgefaſst sehen wollen. Andernteils widersprechen sie ihr wieder vielfach bei der nähern Ausführung der Lehre von der Rechtsbildung. Das ist die Folge ihrer Unklarheit über die begrifflichen Erfordernisse des positiven Rechts und namentlich darüber, wie sie die Rolle der Formen — angeblich bloſsen Formen — der Rechtsbildung bestimmen sollen. Hierdurch wird aber nichts an ihrer These geändert, derzufolge eben die Diktate des Rechtsbewuſstseins an sich perfektes Recht sind, und diese These als solche statuiert ein anonymes Naturrecht, d. h. der Möglichkeit nach ein nicht weiter bestimmtes nichtpositives Recht als Konsequenz eines Rechtsbegriffes, dem jedes die Positivität charakterisierende Merkmal fehlt.[26]

---

quelle“ erklärt wird (vgl. auch oben S. 301 Note [31]); und namentlich Boehlau, der in seinem Meklenb. Landrecht, I Weimar 1871, S. 270 ff., 323, 338, nachdem er S. 269 die Definition Puchtas wörtlich angenommen, die Rechtsnatur des bloſsen Rechtsbewuſstseins mit der äuſsersten Konsequenz aufrechterhält (vgl. über B. auch oben S. 302 Note [32] und unten S. 515 Note [41] u. S. 516 Note [44]). Hierher gehört auch Beseler mit seinen Streitschriften gegen die Historische Schule (Volksrecht u. Juristenrecht, Leipzig 1843, S. 80, 109 ff., 117; Erster Nachtrag: G. F. Puchta, das. 1844, S. 21). Denn er kennt ein rein im Bewuſstsein lebendes „Volksrecht“, das überhaupt gar keine Bildungsform zu haben braucht, ja nicht bloſs ohne Gesetze, sondern sogar gegen die (schlechten) Gewohnheiten, die es von der Bewährung im Leben ausgeschlossen halten, und trotzdem als Recht existiert! B. hat diese Aufstellungen in seinem System des deutschen Privatrechts, Leipzig 1847, I S. 114 ff. und besonders seit der 3. Aufl. Berlin 1873, § 29 S. 76 ff. bedeutend modifiziert, jedoch ohne die Grundansicht — nämlich die Ansicht Savignys und Puchtas, gegen die er kämpft, in der denkbar gröſsten Übertreibung — ganz fallen zu lassen.

[26] Wenn nicht die Selbstwidersprüche, auf welche ich sogleich (S. 502 ff.) kommen werde, vorhanden wären, man sie also wirklich als Anhänger eines nichtpositiven Rechts zu betrachten hätte, dann würden die Begründer der Historischen Schule einer der S. 295 u. 303 aufgeführten Kategorien der Naturrechtslehrer einzureihen sein.

Denn sie gibt in einer andern Weise zwar als die auf Vernunft, Gefühle, sittliche Ideen gegründeten Naturrechte, aber sie gibt immerhin das Recht thatsächlich in die Willkür des Einzelnen, des Juristen wie des Nichtjuristen. Bewuſstsein und Überzeugung sind gleichwie Vernunfterkenntnisse, Gefühle und Ideen immer nur subjektive Zustände, immer nur in einem Ich vorhandene Regungen. Vergebliches Bestreben, ein Bewuſstsein und Rechtsbewuſstsein des Volkes, das gänzlich frei von den Schlacken des durch Egoismus u. s. w. getrübten Einzelbewuſstseins über der Gesamtheit der Volksgenossen schwebte, zu fassen! Mit einer bestimmteren Betonung wiederholen wir (vgl. S. 493 ff.) die Frage: Welche Bedingungen, von denen es abhängt, ob das Rechtsbewuſstsein der Einen oder das der Anderen als Repräsentant des Volksrechtsbewuſstseins zu gelten habe, stellen die Historiker wohl auf? Keine, die nicht im Einzelfalle wieder jedermann nach eigenem Ermessen für erfüllt erklären könnte. Es sind, wenn man ihren Standpunkt festhält, auch keine auffindbar: ein Rechtsbewuſstsein ist unter allen Umständen soviel wert wie ein anderes. Sie müssen also dulden, daſs jeder Interpret, der ihre These wörtlich nimmt, sein subjektives Rechtsbewuſstsein — oder was er so nennt — dem Volksrechtsbewuſstsein unterschiebt. Kann er überhaupt anders? Wer sich an die lautesten Stimmen der Tagesvernunft, an die „öffentliche Meinung“ hielte, wäre schon verhältnismäſsig objektiv.

Nehmen wir aber trotz allem an, es sei keine bloſse gemeine Meinung, sondern wirklich eine darüber erhabene „Volksüberzeugung“ da. Soll diese thatsächlich in sich selbst genügen, um ihren Inhalt zu Recht zu machen? Das konnte die Richtung, die sich so treffend die geschichtliche gegenüber sämtlichen in Ungeschichtlichkeit übereinkommenden Richtungen nannte, nur behaupten, wenn sie sich selbst so wenig verstand, daſs sie ihrem Grundgedanken bei der Ausführung in einem wichtigen, ja dem wichtigsten Punkte untreu zu werden vermochte. Wollten sie aber vor allem, wie doch nicht zu bezweifeln (S. 539 ff.), eine wirklich geschichtliche,

d. h. genau soviel wie durchaus positive Rechtstheorie aufstellen, dann durften Savigny und Puchta sich doch keinesfalls mit einem Rechtsbegriff, dem gerade das juristische Mark fehlte, begnügen, mit diesem Rechtsbegriff, der unbestimmbare, aus Einsichten und Gefühlen gemischte Bewufstheiten, die, selbst auf Völkerpsychen übertragen, blofse innere Erlebnisse sind und bleiben, zu zwingenden Rechtsvorschriften erhebt. So weit brachten es die vernunftrechtlichen Theorien samt und sonders auch.

b. Das soeben Behauptete wird durch Savignys und Puchtas ausführliche Lehre von der Rechtsbildung und den Rechtsquellen nach beiden Seiten bestätigt. Diese bekräftigt einerseits ihren Satz von der Identität des Rechts mit dem aus dem Volksgeist stammenden Rechtsbewufstsein, worin man den Kern einer spiritualistischen Naturrechtsphilosophie monistischer Form, unter Offenhaltung nationaler Eigentümlichkeiten für den Normengehalt der einzelnen Volksrechte, sehen kann.[27] Andrerseits entkräftet sie wieder den Satz durch widersprechende Zusätze an wichtigen Punkten der Ausführung und bricht ihm so in glücklicher Inkonsequenz die bedenkliche Spitze ab.[28]

[27] Vgl. S. 499 und S. 500 Note [26] mit S. 485 ff. Die meisten Naturrechtslehrer, zumal die klassischen oder zünftigen statuieren allerdings infolge ihres Hauptgedankens den Rechtsdualismus, und gegen diesen ist (vgl. S. 109) meine Polemik hauptsächlich gerichtet; notwendig ist dies jedoch, wie schon aus meiner Definition des Naturrechts — des Kollektivbegriffes für alle Arten nichtpositiven Rechts — hervorgeht (vgl. S. 132 ff.), durchaus nicht.

[28] Einen Erklärungsversuch werde ich am Schlusse dieses § 16 (S. 526 ff.) folgen lassen. — Bei Puchta sind sowohl die Hauptsätze seiner Rechtsphilosophie (vgl. schon die Definition des Rechts oben S. 499 Note [25]) als auch die gegenteiligen Nebenbehauptungen viel schärfer ausgeprägt, als bei Savigny, daher er auch dem Naturrecht um einen Schritt näher steht, als dieser. Um dieser Unterschiede willen aber die Lehren Beider getrennt vorzunehmen, würde grofse Weitläufigkeiten veranlassen, ohne dafs die vorliegende Untersuchung dadurch erheblich gewänne. Wenn ich sie auch nicht besonders betone, werden sich diese Unterschiede doch aus den Citaten in den meisten der folgenden Noten ergeben.

Man hat die Rechtsphilosophie der Stifter der Historischen Schule vielfach eine mystische genannt. Mystisch ist daran allerdings das unerklärbare Wirken des Volksgeistes. Im übrigen wird, wer nicht Rätsel hineingeheimnifst, die darin wirklich nicht enthalten sind, ihr Dogma vom Rechtsbewufstsein nur naiv und ihre Aufstellungen über die Erscheinung des Rechts als Gewohnheitsrecht, Gesetzesrecht und Juristenrecht weder unter sich, noch mit jenem Dogma übereinstimmend finden. Auch in diesen Stücken ihrer Theorie werden naturrechtlich klingende Sätze behauptet, aufgegeben, aufs neue hervorgeholt und abermals fallen gelassen.

Diese Selbstwidersprüche lassen sich auf drei Gründe zurückführen. Erstens nimmt die Savigny-Puchtasche Lehre von der Rechtsbildung zur ausdrücklichen Voraussetzung einen viel zu weichen Rechtsbegriff, gegen den sich gelegentlich die stillschweigend gehegte richtige Ansicht vom Wesen des positiven Rechts geltend macht.[29] Zweitens unterscheidet sie bei der Fragestellung nicht die Herkunft des Inhaltes der Normen von der Herkunft ihrer Rechtsverbindlichkeit, daher auch die Beziehung der Antworten vielfach unsicher ist.[30] Und drittens hält sie die mehrfachen Begriffe, die

[29] Auf den Hauptmangel habe ich schon S. 489 Note [14] hingewiesen. Das Gefühl der Unzulänglichkeit irgendeines Bewufstseins zur Erzeugung von Rechtsvorschriften kommt bei den Historikern u. a. darin zum Ausdruck, dafs sie selbst statt dessen den Begriff des „Willens“ gebrauchen und auch von dem Erfordernis einer „Thätigkeit“ zur Rechtsbildung sprechen. Vgl. S. 508 ff.

[30] Klar erkannt hat dies — „dafs nämlich die Bildung des Inhaltes der Rechtstätze und die Begründung ihrer formellen äufseren Geltung nicht unterschieden sind“ bei den Begründern der Historischen Schule — namentlich Bruns, Das heutige röm. Recht § 5 (in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 1. Aufl. 1870 S. 257, 4. Aufl. 1882 S. 396). Auf dem Wege, die Vermischung zu erkennen, war auch schon Stahl, Philos. des Rechts, II, 1, Buch II § 20 (4. Aufl. S. 240: „Die Lehre der Historischen Schule besteht in ihrem innersten Motive nicht darin, „dafs die Geltung des Rechts vom Volkswillen, sondern dafs der Inhalt des Rechts vom Volksbewufstsein ausgehe“, und er sagte ebenso richtig an einer anderen Stelle (das. § 17, 4. Aufl. S. 232), der Geist dieser Schule bestehe in einer „unmittelbaren Durchdrungenheit von der Erkenntnis der Positivität

alle durch das eine Wort Quelle ausgedrückt werden, nicht auseinander.[31] Es bedarf kaum der Erwähnung, dafs alle

des Rechts". Jedoch bemerkt St., weil seine eigene Vorstellung von dem, was zur Positivität des Rechts d. h. zum Rechtsein des Rechts (vgl. oben S. 51 ff. Note *) gehört, unsicher war (vgl. S. 267 ff.), nicht, dafs zwischen dem Volksbewufstsein, angenommen dieses liefere den Rechtsinhalt, und dem Inslebentreten des positiven Rechts noch ein Positivierungsprozefs liegen mufs. Infolgedessen sah er auch nicht, dafs in der Quellenlehre der Historiker (vgl. die folgende Note [31] und unten S. 507 ff.) dieses Erfordernis wiederum nur unter Selbstwidersprüchen zum Ausdruck kommt. Nicht nur „zwischen Rationalismus und Historismus gähnt ein Abgrund, den man erforschen, aber nicht überschreiten kann" (Hasbach, Die allgemeinen philos. Grundlagen der von Quesnay u. Smith begr. polit. Ökonomie, Leipzig 1890 [Schmollers Staats- und socialwissensch. Forschungen X, 2] S. 175), sondern auch zwischen der juristischen Grundansicht, dafs nur positives Recht Recht ist, und einer Rechtsphilosophie, die im Rechtsbewufstsein bereits fertiges Recht zu finden vermeint: Positivismus und Historismus vertragen sich nicht nur, sondern sind identisch (vgl. S. 546), Rechtsbewufstsein und Rechtsvernunft sind auch nicht von einander zu unterscheiden.

[31] Die beständige Befangenheit der theoretischen Jurisprudenz in einer idealistischen Rechtsansicht hat u. a. die höchst beklagenswerte Folge gehabt, dafs die Lehre von den Rechtsquellen in die heilloseste Verwirrung geraten ist; auch ihr gegenwärtiger Zustand läfst noch alles zu wünschen übrig (vgl. S. 40). Selbstverständlich haben sich die Historiker nicht mit einem Schlage zur vollen Klarheit über den Begriff, die Kategorien und die Ordinationsverhältnisse der Quellen zu erheben vermocht (vgl. S. 541 ff.). Eine etwas festere Terminologie hätten sie aber doch zum wenigsten einhalten können. Was sie im grofsen und ganzen in betreff der Bildung und der Quellen des Rechts behaupten, ist bekannt und bereits S. 487 ff.) resumiert worden. Indessen stellen sie über das Volksbewufstsein als oberste, eigentliche und materielle Quelle, sowie über die Beziehungen der verschiedenen Kategorien von niederen oder formellen Quellen zu ihm und zu einander buchstäblich auch nicht ein Charakteristikum auf das sie nicht wieder an anderen Stellen ignorieren, nicht eine Begriffsbestimmung, die sie nicht wieder als nebensächlich behandeln, nicht ein Schema der Subordination und Koordination, dessen Glieder sie nicht immer wieder ganz willkürlich umstellen. Soweit dabei naturrechtliche Versündigungen hervortreten, werde ich auf diese Unklarheiten und Widersprüche noch kommen müssen (vgl. S. 507 ff.). *In extenso* vorführen läfst sich das alles nicht. Wer auf die Frage hin: Was sind Rechtsquellen und welche Arten der Rechtsquellen gibt es? die Schriften Savignys und Puchtas aufmerksam durchliest, wird es einsehen, dafs man ein eigenes Buch schreiben müfste, um alle hierhergehörigen Lehrsätze zu ordnen und

drei Gründe mit einander innig zusammenhängen und schliefslich in einen zusammenlaufen: den Mangel an Schärfe hin-

die unzähligen Fragen, die sie anregen, irgendwie abzumachen; wer sie nicht gelesen hat, dem können keine Excerpte die Gröfse ihrer Unsicherheit und die Unzahl ihrer Fehler in der Quellenlehre klar machen. Im I. Buch von Savignys System des röm. Rechts und durch beide Bände von Puchtas Schrift über das Gewohnheitsrecht könnte man auf jeder dritten Seite eine hier zu beachtende Stelle finden; im besonderen verweise ich auf Savigny, Vom Beruf u. s. w., 3. Aufl. S. 14, 35, 40, 111 ff., 120, 130 und System I S. 11 ff., 14 ff., 34 ff., 45 ff., 50, 66 ff., 82, 97, 166 ff., 206, 296, sowie auf Puchta, Gewohnheitsr. I S. 3, 9, 12, 14 ff., 18 ff., 39, 57, 69 ff., 78, 92, 108 ff., 143 ff., 152, 155 ff., 159 ff., 165 ff. und II S. 3 ff., 9, 12 ff., 15 ff., 24, 33 ff., 69, 84, 106, 120 ff., 151 ff., 201 ff., ferner auf desselben Kurs. d. Institut. 8. Aufl. §§ XII—XVII, S. 18 ff., Pandekten 11 Aufl. §§ 9a—12, S. 20 ff., §§ 15, 16, S. 26 ff., Vorles. I, 6. Aufl., §§ 10, 11, S. 21 ff., §§ 14—16, S. 34 ff. u. 42 ff., Kritik von Beseler S. 5 ff., 10 ff., 14 ff., 19 ff., 21, 31 und Kl. civilist. Schr. S. 592 ff. Man wird aus diesen Stellen entnehmen, dafs Beide ihre wiederholte Warnung vor den falschen Vorstellungen, die zu ihrer Zeit vielfach mit den Worten „Rechtsquelle" und „Entstehung", „erzeugen" und „entstehen" verbunden wurden, selbst nicht beachten, ja des öfteren in einem und demselben Satze den Ausdruck Quelle mehrmals die Bedeutung wechseln lassen. Gewifs kann man aus diesen Stellen keine klare Anschauung über das Verhältnis der Sub- und Koordination zwischen den verschiedenen Quellen gewinnen, weil der Einteilungsgrund beständig wechselt und oft ein paar soeben erst als subordinierte behandelte Kategorien mit koordinierten übers Kreuz vertauscht werden. Der Volksgeist wird als Quelle des Volksrechtsbewufstseins, dieses als Entstehungsgrund des Rechts, aber auch als das Recht selbst bezeichnet. Wie es entsteht, das entziehe sich, sagen die Historiker, der Beobachtung (vgl. S. 497). Das heifst doch soviel wie: die Rechtsquellen sind der Wissenschaft überhaupt unzugänglich. Nun wird aber das Volksbewufstsein selbst wieder und zwar zur ursprünglichen und eigentlichen Rechtsquelle erhoben. Es müfste sich also offenbaren können in allen möglichen Formen, in denen Bewufstsein sich überhaupt offenbaren kann. Daher denn beiläufig zugegeben wird, dafs aufser Gewohnheitsrecht, Gesetzesrecht und Juristenrecht auch noch anderes Recht möglich sei. Aber eigentlich soll alles Recht doch Gewohnheitsrecht sein und im Volksbewufstsein wurzeln. Indessen produziert das Volksbewufstsein ebenso eigentlich nur noch das Gewohnheitsrecht im engeren Sinne — das gleichfalls wieder Rechtsquelle genannt wird, während andre Teile des Rechts durch den Gesetzgeber und die Juristen erzeugt werden. Man soll aber nicht meinen, Staat und Jurisprudenz erzeugten wirklich selbständig Recht, sie erklären strenggenommen nur, was ohnehin schon Recht ist. Das ist jedoch aber-

sichtlich der allgemeinsten juristischen Grundbegriffe und Kategorien, den wir auch heute noch zu beklagen haben (vgl. S. 37 ff.).

mals nicht so streng zu nehmen, denn beide sind doch wieder ganz eigentliche Rechtsquellen, wahre Organe der dem Volke in seiner Gesamtheit abhanden gekommenen Rechtsbildung. Ja das von ihnen erzeugte, das gesetzliche und das wissenschaftliche Recht, wird selbst wieder als Quelle bezeichnet. Endlich heifsen so auch die Gesetzestexte und die Aussprüche der Juristen. Nun sollte man glauben, dafs, wenn erstens Gesetzgeber, Gesetz und Gesetzesrecht und zweitens Juristenstand, wissenschaftliche Sätze und Juristenrecht allesamt Rechtsquellen genannt werden, drittens auch Volk, Gewohnheit und Gewohnheitsrecht diesen Titel bekommen müfsten. In Bezug auf Volk und Gewohnheitsrecht trifft das auch zu. Dagegen aber, dafs man auch die Gewohnheit als eine Rechtsquelle betrachtet, äufsern sich unsere Autoren unzählige Male mit der gröfsten Entschiedenheit, um trotzdem die Gewohnheit so nebenher mit dem Namen Rechtsquelle zu belegen. Und wie steht es mit dem *jus gentium*, woher und wie kommt das in die Welt? Es wird, falls es existieren oder existiert haben sollte, doch wohl — in Konsequenz der Ansicht der Historiker über alle Rechtsentstehung — erzeugt werden müssen aus dem übereinstimmenden „Rechtsbewufstsein" der „Völker"? Seine Erzeugerin ist nach Puchta die allen „Menschen" gemeinschaftliche *„naturalis ratio"*. Wie erzeugt sie es aber? Das ist keine aufzuwerfende Frage, denn ganz so wie Rechtsbewufstsein „eigentlich" schon Recht ist, so ist die *naturalis ratio* eben auch schon Recht, und dieses Recht war schon da, bevor die römischen Juristen ihren Begriff von *jus gentium* daraus abstrahierten! Indessen, eigentlich ist dazu doch wieder die richterliche Thätigkeit des Prätors erforderlich, das heifst: eigentlich ist die *naturalis ratio* noch lange kein Recht, u. s. w. Endlich werden von Savigny und Puchta auch Urkunden und alle möglichen anderen Zeugnisse und Nachrichten, aus denen man sich über den Inhalt des Rechts und über Rechtsansichten instruieren kann, Quellen genannt. Dabei verlangen sie durchweg, wir sollen nicht verwechseln Entstehungsgründe und geschichtliche Quellen, wir sollen unterscheiden den Rechtserzeuger, die Entstehungsformen, die Erscheinungsformen, die blofsen Erkenntnismittel, die geschriebenen und ungeschriebenen, welche letzteren doch wieder geschrieben sein können; wir sollen auseinanderhalten innere und äufsere Quellen, wir sollen nicht vergessen, was sie unter ursprünglichen und abgeleiteten, materiellen und formellen, eigentlichen und uneigentlichen Quellen verstehen, während sie selbst dies alles verwechseln, vertauschen und ignorieren, weil sie nicht blofs in einem neuen Buch, sondern schon beim Beginn eines neuen Abschnittes im selben Buche wieder aufser acht lassen, welche Bedeutung sie früher dem einen oder anderen Wort beigelegt, welche Stellung in dem Wirrsal von „Quellen" sie der einen oder anderen der unzähligen

Im einzelnen werden von Savigny und Puchta folgende, auf ein nichtpositives Recht hinausführende Behauptungen aufgestellt und wieder zurückgenommen.

Die auffälligste bezieht sich auf das Rechtsbewufstsein als die angebliche materielle Rechtsquelle und enthält den wiederholt erwähnten Satz, dafs der Inhalt des Rechtsbewufstseins des Volkes ohne weiteres als Recht anzusehen sei. Aus ihm folgen und mit ihm stimmen überein die später noch eingehender zu berücksichtigenden Behauptungen: durch Gewohnheit wird nur bezeugt, was an sich schon Recht ist, und durch Staatsgesetze wird Recht nicht geschaffen, sondern nur erklärt und gesichert.

Aber der Satz selbst wird sowenig wie die angeführten und andere sich aus ihm ergebende Folgesätze konsequent festgehalten.

Vor allem würde er alles Recht in blofse Bewufstseinsregungen auflösen. Indessen fühlen die Historiker selbst,

Kategorien angewiesen haben. — Nach dem allen kann ich über die Quellenlehre der Historiker, möge es gleich solchen Männern gegenüber anmafsend klingen, nur das Gesamturteil fällen: sie ist in hohem Grade verworren und irreleitend. Es fehlt ihr genau dasselbe, was Savigny (System I S. 105 ff., 108) und Puchta (Gewohnheitsr. I S. 62) übereinstimmend an der Quellenlehre der Römer vermissen: ein bestimmter Begriff der Rechtsquelle. Dieser aber bildet, nächst dem Rechtsbegriff selbst, die wichtigste Vorbedingung jeder theoretischen und erst recht jeder philosophischen Bearbeitung der Grundfragen des Rechts. Und trotz alledem hat die Historische Schule vor der Vernunftrechtsdoktrin, die das geltende Recht und seine anscheinend so krausen Bildungsformen garnicht der Beachtung wert hielt oder sich mit dem Gesetz und der stillschweigenden Zulassung alles dessen, was nicht Gesetzesrecht war, durch den Gesetzgeber und andere Fiktionen behalf — und doch hat die Historische Schule vor den Naturrechtstheorien aller Formen bezüglich der Rechtsbildung eine unausgesprochene Grundvorstellung voraus, die von einer so kraftvollen Wahrheit ist, dafs sie, richtig benutzt, die ganze Rechtsquellenlehre aus aller Verwirrung hätte ziehen müssen. Nur ruht sie eben leider tief verborgen unter dem widerspruchsvollen Durcheinander ihrer Detailausführungen (vgl. unten S. 538 ff.). Hätten Savigny und Puchta für die Grundvorstellung einen klaren knappen Ausdruck gefunden, so wären sie als echte geschichtliche Juristen auch der verfehlten Philosophie des Rechtsbewufstseins entgangen.

dafs auf diese Weise dem Recht die Seele: die specifisch juristische Verbindlichkeit, vollständig abhanden käme.[32] Sie meinen es also nicht so wörtlich mit dem Bewufstsein. Vielmehr verlangen sie zum Rechtsein der angeblichen Rechtsbewufstheiten noch etwas mehr, was sie nicht zu definieren wissen, greifen darnach hierher und dorthin[33] und wandeln

[32] Ist das Rechtsbewufstsein oder die Rechtsüberzeugung des Volkes an sich Recht, sollte es dann nicht genügen, wenn der Richter deren Vorhandensein direkt zu konstatieren suchte bezw. bescheinigen liefse, statt sich lange um die Feststellung der Gewohnheiten zu bemühen, die doch erst von Wert sind, sofern sie mit der erforderlichen Art Überzeugung oder Bewufstsein geübt werden? Puchta wirft selbst (Gewohnheitsr. II S. 144) diese Frage auf und verneint sie mit einer merkwürdigen Motivierung. Noch lehrreicher ist P.s scheinbar scharfe Polemik gegen Beselers „Volksrecht". Letzterer nämlich hält thatsächlich den Gedanken in der gröfsten Reinheit fest, dafs in einer gewissen beschränkten Sphäre die Volksanschauung ohne weiteres Recht und einfach in den Rechtsverhältnissen enthalten sei, sodafs das Recht überhaupt gar keine Bildungsformen habe (vgl. oben S. 500 Note 25 und dazu Stahl, Philos. des Rechts, II 1, Buch II § 20, 4. Aufl. S. 239, § 24 S. 260, § 28 S. 269, ferner Thoel, Volksrecht, Juristenrecht, Genossenschaften u. s. w., Rostock und Schwerin 1846, S. 77 ff. u. Pfeiffer, das gem. deutsche Strafrecht II S. 45 ff.). Puchta aber weist ihn dafür zurecht, läfst hierbei jedoch, sein ganzes Augenmerk auf das „Juristenrecht" richtend, seine These über das An-sich-Recht-sein der Rechtsüberzeugung vollständig fallen (Kritik von Beseler, bes. S. 25 ff.). Endlich sind die sowohl von Puchta (Gewohnheitsr. II S. 24 ff. u. auch System d. gem. Civilr. S. 8) als von Savigny (System I S. 171 ff.) aufgestellten „Erfordernisse" der Gewohnheit, damit durch diese ein „Recht" entstehen könne, im Widerspruch mit ihrem Satze, dafs die doch auf unsichtbare Weise in der Volksseele entstandene Rechtsüberzeugung (vgl. S. 499 Note [25]) kompletes Recht sei, also nichts Äufserliches mehr „erfordern" kann. Vgl. auch die nächste Note [33].

[33] So sagt z. B. Puchta (Kurs. d. Instit. § XI, 8. Aufl. S. 16), zum wirklichen (!) Dasein des Rechts reiche das blofse Bewufstsein von demselben nicht aus. „Eine Realität können wir dem Recht seiner Natur nach nur dann zuschreiben, wenn die Lebensverhältnisse wirklich nach seinen Vorschriften geordnet werden." Früher hatte P. das Recht nicht nur als „Resultat einer Volksthätigkeit", was doch jedenfalls mehr ist als blofs Bewufstseinhaben, bezeichnet (Gewohnheitsr. I S. 139), sondern noch mehr gefordert, indem er (das. S. 181) meinte, das Recht erhalte „seine eigentliche (!) Wirksamkeit durch die Gerichte, welche einen Zweig der Verfassung bilden; also durch die bürgerliche Gesellschaft und den Zweig der Staatsgewalt, welcher Justiz heifst." Diese Hereinziehung der Staatsgewalt ist bedenklich genug vom Standpunkte einer Doktrin, die so entschieden betont, dafs sie unter dem rechterzeugenden Volk nie das politische, sondern stets das natürliche Volk verstehe. — Unter den neueren Schriftstellern ist Kloeppel, Staat u. Gesellschaft, Gotha 1887 zu nennen, der wie die Begründer der Historischen Schule von der Volksanschauung als der einzigen Quelle des Rechts ausgeht, und nun nach der „That" sucht, durch welche der wahrhaft „geschichtlichen" Auffassung gemäfs das in jener Quelle enthaltene Recht zum „wirklichen" Recht wird; er findet sie im Richterspruch (S. 225, 227, 262; vgl. auch desselben Gesetz u. Obrigkeit, Leipzig 1891, S. 73, 81). Immer der nämliche Unterschied zwischen dem „Recht" und dem „wirklichen Recht"!

das Bewufstsein so nebenher in — „Willen" um, ohne zu bemerken, dafs dadurch dasjenige, was sie als blofse Erscheinungsform des ohnehin im Bewufstsein fertig vorliegenden Rechts bezeichnen, einen ganz anderen Charakter erhält.[34]

Der Satz hätte ferner die Folge, dafs alle Wandlungen des Rechts vollkommen identisch mit Wandlungen des Rechtsbewufstseins wären, die Rechtsgeschichte mithin als Geschichte des Rechtsbewufstseins aufgefafst werden müfste.

[34] Savigny, Vom Beruf u. s. w. S. 17, System I S. 24; Puchta, Lehrb. f. Institut.-Vorles. (1829) S. 13; Kurs. d. Institut. I § VI, 8. Aufl. S. 8, 9, § X S. 15, § XI S. 16; Pandekten § 10, 11. Aufl. S. 19; Vorles. § 10, 6. Aufl. S. 21 ff., 25; hart an die Volkssouveränetät streifend Gewohnheitsr. I S. 141 ff. Vgl. über die in diesem Schwanken liegende Unklarheit Harum, Über d. Entsteh. d. Rechts, S. 27 u. Zitelmann im Arch. f. d. civilist. Praxis, LXVI S. 372 ff., 414. Eine auffällige Opposition gegen den „Willen" äufsert A. F. Grohmann, Der Begriff des Rechts, 2. Ausg. Schwerin 1860, S. 11: nicht der allgemeine Wille, sondern erst die allgemeine Überzeugung sei das Recht. Der Unterschied zwischen Willen und Überzeugung wird auch heute noch oft verwischt. So meint z. B. Schuppe, Gewohnheitsrecht, S. 17 ff., Volkswillen und Volksüberzeugung schlössen einander ein, sodafs man von beiden Wörtern brauchen könne, welches man wolle; er zieht sie daher (S. 19) in den einen Ausdruck „willenskräftige Überzeugung" zusammen. Wie leicht der Übergang von den Historikern zu Hegel und dem anonymen Naturrecht sich macht, sieht man an Bitzer, das System des natürl. Rechts, Stuttgart 1845, S. 1 ff., 311 ff., mit seinem „wirklichen" Rechtsbewufstsein (vgl. auch oben S. 279 Note [3]) und namentlich an Lassalle, System der erworb. Rechte, I S. 192 (vgl. oben S. 244 Note [6] und dazu Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I S. 53 ff.).

Also müfste auch die Frage: Wie entsteht das Recht? durch die präzisere Frage: Woher kommen die Rechtsbewufstheiten des Volkes? ersetzt werden. Das wäre nun der Gegenstand, mit dem sich die Lehre von den Rechtsquellen zu beschäftigen hätte, zugleich aber auch die gar schnell erreichte Grenze der Leistungsfähigkeit einer jeden Pektoralphilosophie, die mit einem specifischen Rechtsgefühl, Rechtsbewufstsein u. dgl. operiert (vgl. S. 455 ff). In der That erklären die Historiker, die Genesis des Rechtsbewufstseins entziehe sich jeder Beobachtung und man könne hinsichtlich des Wie seines Werdens nur auf die stillwirkenden Kräfte des Volksgeistes verweisen. Das ist bei ihrer Ansicht über die Spontaneität und primäre Stellung des Rechtsbewufstseins ganz korrekt.[35]

[35] Puchta, Gewohnheitsr. I S. 108 u. Kurs. d. Institut. § XII, 8. Aufl. S. 18 (woselbst jedoch P. auch den rätselhaften Ausspruch thut, die unmittelbare Überzeugung des Volkes gehöre zu den „Organen", welche dem Recht eine sichtbare Gestalt" geben); Savigny System I S. 14, 34. Beide sehen recht wohl, dafs das Rechtsbewufstsein ein sehr dunkles Reservoir seelischer Reaktionen ist, in welches alle möglichen Motive zusammenlaufen; sie haben auch nicht mit einem Worte den Versuch gemacht, es zu analysieren. Von neueren Anhängern der Rechtsbewufstseinstheorie (z. B. Schlossmann, Der Vertrag, S. 197 u. Post, Über die Aufgaben einer allgem. Rechtswissenschaft, S. 4) wird der Wissenschaft die Aufgabe gestellt, die Entstehung des Rechtsbewufstseins zu erforschen. Hoffentlich werden durch meine Andeutungen in betreff der Schwierigkeiten dieses Problems (S. 455 ff., 494 ff.) die etwaigen Forschungslustigen veranlafst sein, die Sache einigermafsen gründlich zu nehmen. Ob sie etwas Positives zutage fördern werden? Sie würden mit dem Bewufstsein im allgemeinen beginnen müssen, und man weifs doch, welche Hindernisse dieses immerfort als ganz einfache Thatsache vorausgesetzte Ding der wissenschaftlichen Untersuchung bietet. Wer es nicht weifs, wird das durch einen Blick auf die Bemühungen Zitelmanns (Irrtum u. Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, S. 65 ff., 109 ff.) erfahren. — Jedenfalls, um zu den Historikern zurückzukehren, hätten Savigny und Puchta, wenngleich sie das Rechtsbewufstsein als unnahbare Thatsächlichkeit in ihre Lehre hineinzogen, doch das verwirrende Verfahren mit dem Bewufstsein vermeiden können. Dieses Wort bedeutet nämlich bei ihnen abwechselnd — mitunter sogar im selben Satze — bald den einen, bald den anderen von zwei ganz verschiedenen Begriffen. Einmal heifst so eine sittliche bezw. specifisch rechtliche Urteilskraft, die, durch einen vorgestellten Thatbestand

Sie geben damit aber die Forschung nach den Quellen des Rechts, deren Resultate eben in einer abgerundeten Theorie von den wirklichen Entstehungsweisen alles Rechts zu formulieren wären, als eine vergebliche Bemühung auf. Folglich dürften sie, wenn nach ihrer Ansicht wirklich alles Recht formlos entsteht, auch überhaupt nichts mehr über die Arten und das Wesen der Entstehungsformen des Rechts behaupten, sondern nur noch von den Mitteln zur Erkenntnis des bereits auf geheimnisvolle Weise gewordenen Rechts handeln. Indessen finden sich bei ihnen gerade in dieser Beziehung die zahlreichsten Inkonsequenzen. Obgleich sie z. B. immerfort betonen, dafs die Gewohnheiten nur Erkenntangeregt, ein Verdikt nach der Seite der Sittlichkeit oder Unsittlichkeit bezw. Rechtmäfsigkeit oder Unrechtmäfsigkeit abgibt. Dies ist die gewöhnliche Bedeutung, der ethische bezw. rechtsphilosophische Begriff des Bewufstseins. Es bedeutet aber auch das blofse Gegenteil von Unbewufstsein, z. B. immer dann, wenn davon die Rede ist, dafs das Recht, welches noch unbewufst im Volke lebt, aber schon erzeugt ist, demselben durch die Gewohnheit „zum Bewufstsein kommt" oder durch die Juristen „zum Bewufstsein gebracht" wird oder dafs die Existenz der Volksüberzeugung nicht davon abhänge, ob dieselbe auch „allen Volksgliedern zum Bewufstsein gekommen" ist, u. s. w. Der „mystische Vorgang einer sich selbst erst zum Bewufstsein kommenden Überzeugung" (Harum, Von der Entstehung des Rechts, S. 22) beruht auf diesem Doppelsinn des Wortes. An vielen Stellen ist durchaus nicht mehr zu ermitteln, ob von dem Rechtsurteile produzierenden oder aber von einem Bewufstsein gehandelt wird, das bereits fertige Rechtsurteile sich blofs vorstellt, also von einem blofs reproduzierenden. Vgl. unter den zahlreichen Stellen z. B. nur Savigny, Vom Beruf, 3. Aufl. S. 9, 12; System I S. XIX, XXXVII, 16, 17 (Bewufstsein der Gemeinschaft — Gemeinschaft des Bewufstseins!), 45, 189 u. s. w. und Puchta, Gewohnheitsr. I S. 58, 59, 144, II S. 15, 17, 19, 125; Kurs. d. Institut. I § X, 8. Aufl. S. 14 ff., § XIII S. 19, § XV S. 22 (das Gewohnheitsrecht — welches eben durch die Gewohnheit dem Volk zum Bewufstsein kommt — lebt vorzugsweise im Bewufstsein der Juristen, woneben durch diese letzteren Rechtssätze zum Bewufstsein gebracht werden, die nicht in den unmittelbaren Überzeugungen der Volksglieder und ihren Handlungen zur Erscheinung gekommen sind!); Pandekten § 12, 11. Aufl. S. 21 u. s. w.: Nun denke man sich die Willkürlichkeiten mit dem „erzeugen", „entstehen", „erscheinen" (vgl. S. 505 Note [31]) u. s. w. des Rechts hinzu und man wird von der Philosophie des Rechts bewufstseins eine klare Rechtsquellentheorie nicht mehr erwarten.

nismittel des im Volksbewufstsein enthaltenen Rechts seien, nennen sie doch wiederholt die Gewohnheit eine Entstehungsform des Rechts[36], koordinieren dann Gewohnheiten, Gesetze und doktrinäre Aussprüche nicht blofs als Erscheinungsformen, sondern als Entstehungsformen des Rechts und betrachten demgemäfs Gewohnheitsrecht, gesetzliches Recht, Juristenrecht als drei auf verschiedenen Wegen entstehende Arten des Rechts.[37] Ja sie vergessen ihren Satz, dafs die Bildung des Rechts durchaus nicht wahrnehmbar sei, bald so weit, dafs sie Gewohnheiten und Gesetze ganz einfach als direkte Rechtsquellen, die selbst Recht erzeugen, bezeichnen und demgemäfs auch behandeln.[38] Freilich, was kann „Quelle" nicht alles bedeuten![39]

Endlich hätte die Ansicht, dafs das Rechtsbewufstsein die eigentliche Quelle des Rechts und zugleich das wirkliche Recht sei, wenn sie dieselbe wörtlich nehmen wollten, für die Historiker die Konsequenz, dafs sie den Normengehalt jener so unsicher charakterisierten Quellen zweiter Ordnung

[36] Savigny, Vom Beruf, 3. Aufl. S. 14, System I S. 170; hinsichtlich Puchtas vgl. die Citate in der nächsten Note [37].

[37] Bei Savigny sind die drei Rechtsarten als solche nebeneinandergestellt im System I S. 50 u. 66, bei Puchta an vielen Stellen, z. B. Gewohnheitsr. I 78, 143 ff.; Kurs. d. Institut. § XII S. 18; Pandekten § 10 S. 20; Vorles. § 10 S. 22, 25 ff.; Kl. civilist. Schr. S. 593. Nur in P.s Kritik von Beseler S. 16 schwindet das Juristenrecht als dritte Rechtsart hin, um schon S. 17 wieder aufzutreten; dafür kennt er Gewohnheitsr. II S. 106 noch zwei Rechtsarten (aus Observanz und Autonomie stammend), die angeblich nicht blofse Abarten der Hauptkategorien bilden, da sie aus keiner der drei Quellen entstanden sind. Hier kann natürlich nicht auf diese wiederum unklare Differenzierung näher eingegangen werden.

[38] Savigny, Vom Beruf, S. 14, System S. 36 ff., 41 ff.; Puchta Gewohnheitsr. II an zahlreichen Stellen, auch Kurs. d. Institut. § XIV S. 19, Pandekten § 10 S. 20, Vorles. § 10 S. 21 ff., § 14 S. 34 ff.

[39] Vgl. oben S. 504, Note [31]. Wer dies alles bei Savigny und Puchta nachliest und dazu bedenkt, dafs die Rechtsquellentheorie unserer Zeit noch immer entweder im Anschlufs an diese Muster oder gar unter Verbindung derselben mit entschlossen naturrechtlichen Betrachtungsweisen vorgetragen zu werden pflegt, wird meiner Ansicht (S. 40), dafs das Kapitel von den Rechtsquellen zu den unerfreulichsten der ganzen allgemeinen Rechtslehre zählt, gewifs beistimmen.

nur dann als Recht anerkennen dürften, wenn er dem nationalen Rechtsbewufstsein entspricht. Was die Gewohnheit betrifft, so kommen sie nun allerdings trotz aller Abweichungen immer wieder darauf zurück, dafs sie lediglich ein Erkenntnismittel des Rechts sei und überhaupt nur insoweit auf Rechtssätze deute, als sich in ihr das Volksrechtsbewufstsein bethätige.[40] Sie dürften sich aber nicht auf die Gewohnheiten beschränken, müfsten vielmehr ganz ebenso auch die Verbindlichkeit der Staatsgesetze von ihrer Übereinstimmung mit der Urquelle abhängig machen. Und sie erheben thatsächlich diese Forderung — um sie ohne Angabe von Gründen fallen zu lassen.[41]

[40] Puchta, Gewohnheitsr. I S. 142, 167, II S. 5 ff., 151 u. s. w.; Kurs. d. Institut. § XIII, XVI, 8. Aufl. S. 18 ff., 23; Pandekten § 11, 11. Aufl. S. 20; Vorles. § 11, 6. Aufl. S. 28; die Annahme, dafs die Gewohnheit das Recht erzeuge, ist eine unvernünftige Vorstellung: Gewohnheitsr. I S. 109, Kritik von Beseler S. 31 u. s. w. Savigny, System I S. 34 ff., 38 ff., 82, 171. Die Folge ist, dafs Letzterer sich (S. 38, 181 ff.) auf den Standpunkt stellt, die Übung belehre über das Volksrecht nur den, der aufserhalb der Genossenschaft steht; für den als Glied darinnen Stehenden bedürfe es nicht der Folgerungen aus den einzelnen Fällen, da er die unmittelbare Erkenntnis aus der „Anschauung" habe. Man wird aber wohl die Frage aufwerfen dürfen: „Anschauung" — wovon, wenn nicht von den einzelnen Fällen? Anders teilt Puchta, Gewohnheitsr. I S. 108, die forschenden Menschen hinsichtlich ihrer Stellung gegenüber den Äufserungen des Volksrechtsbewufstseins ein: dem gemeinen Sterblichen, dem „nichtphilosophischen Geist" ist es nur aus seinen Wirkungen erkennbar, der hat sich also, werden wir folgern müssen, durchaus an die Gewohnheit zu halten; dem „philosophischen Geist" dagegen ist das Volksrecht auch ohne dies klar! Mufs dieser Geist nicht wenigstens einem Volksgenossen angehören?

[41] In einer Reihe von Behauptungen wird ganz strikt ausgesprochen, dafs das Gesetz nur deshalb Recht sei, weil es eine Bestätigung des Volksrechtsbewufstseins enthalte: Savigny, System I S. 39 ff., 166 ff.; Puchta, Encykl. als Einl. (1825) S. 18, wo er behauptet, dafs das Recht niemals anders entspringe, als aus der gemeinsamen Überzeugung des Volkes, und Kurs. d. Institut § XIV, 8. Aufl. S. 19. Diese Behauptung würde auf reines Naturrecht führen. Nun kommen aber in den näheren Auseinandersetzungen über die Stellung des Gesetzgebers zum Recht zuerst halbe Widersprüche. Wenn Savigny (Vom Beruf S. 14, 16, 131 u. System I S. 24 ff.) von dem teilweisen „Einflufs" der Gesetzgebung auf das bürgerliche Recht redet, die ab-

Das Resultat aus all den Widersprüchen aber ist, dafs das Rechtsbewufstsein im Grunde doch nicht „an sich“ Recht

sichtliche Abänderung tadelt, hingegen die blofse Feststellung des Schwankenden für löblich erklärt, so berührt das nicht den Kern der Frage: ob denn die getadelte Gesetzgebung keine Rechtssatzung sei; wenn er (System I S. 9) das Gesetz definiert als einen „Ausspruch der höchsten Gewalt über die Rechtsregel“, so bleiben wir im Unklaren darüber, ob die Rechtsregel immer schon vor dem Auspruch dagewesen sein müsse oder erst mit ihm gegeben werde; wenn er die Beteiligung des Gesetzgebers an dem allmählichen Fortschritte des Rechts bespricht (System I, S. 17, 40), so ist wieder der entscheidende Punkt vermieden. Puchtas Wendungen sind etwas andersartig. „Es wird erwartet“, sagt er (in dem soeben cit. so merkwürdigen Anfange des § XIV seines Kurs. d. Institut.), „dafs der Gesetzgeber wirklich die gemeinsame Überzeugung der Nation . . . ausspreche“, nachdem er früher (Gewohnheitsr. S. 161, II S. 201) das Gesetz für die „fingierte Volksüberzeugung“ erklärt hatte — wenn der Ausdruck gestattet ist, setzte er selbst hinzu. Hier ist aber gewifs keinerlei Fiktion gestattet. Es wird statt jeder Ausführung der blofse Hinweis darauf genügen, dafs Savigny und Puchta, indem sie also den Inhalt des Volksrechtsbewufstseins als das „eigentliche“ Recht über dem halb selbständig, halb unselbständig gedachten Gesetzesrecht schweben lassen, sich dem Standpunkt derjenigen Naturrechtsphilosophen nähern, die ein höheres Recht irgendwelcher Abkunft über dem positiven als dessen „kritischen Mafsstab“ oder „Rechtsgrund“ annehmen (vgl. S. 397 ff.). In einer dritten Reihe von Stellen endlich behandeln sie das Gesetz schlechthin als eine ganz selbständige Quelle, durch welche Recht ohne alle Rücksicht auf Volksbewufstsein oder -Überzeugung entsteht. So z. B. Puchta, Encykl. als Einl., S. 27: durch Gesetz entsteht wirklich neues Recht, und Gewohnheitsr. I S. 58: „Das eigentliche Gesetz d. h. das nicht blofs in Gesetzen aufgezeichnete, sondern durch den Gesetzgeber erst hervor- oder zum Bewufstsein gebrachte Recht“, schliefslich alle die Aussprüche, welche neben der Volksüberzeugung das Gesetz als eine selbständige Quelle, aus welcher Recht entsteht, aufführen (vgl. oben S. 512 Note [37] und die wörtlichen Citate S. 515, Note [43]). Trotzdem nimmt P. in der Kritik von Beseler S. 5 es wieder als ein Verdienst der Historischen Schule in Anspruch, dafs durch sie die Gesetzgebung aus einer „ursprünglichen“ zu einer „abgeleiteten“ Quelle gemacht worden sei. Auch Savigny gibt (System I S. 41 ff.) die Selbständigkeit des Gesetzesrechts zu, wenn er auch wieder neue scheinbare Gründe der Unselbständigkeit beifügt. Haben wir nun die Sätze: das Rechtsbewufstsein des Volkes ist Recht und das Gesetz, das diesem Bewufstsein nicht entspricht, ist trotzdem auch Recht, so haben wir offenbar die Möglichkeit des Rechtsdualismus. Diese Möglichkeit haben die Historiker, wie auch Hamaker, Het recht en de maatschappig, S. 19

ist. Denn nach der einen Seite bedarf es, damit sein Inhalt zu wirklichem Recht werde, eben noch irgend welcher Vorgänge, die man Gewohnheit oder Übung oder Anwendung nennt.[42] Nach der andern Seite vermag es nicht die praktische Giltigkeit der verfassungsmäfsig ergangenen Gesetze zu alterieren.[43]

bemerkt, nicht beseitigt — und der Dualismus ist doch ein sicheres Symptom dafür, dafs eine Rechtstheorie am Naturrecht krankt. — Die gleiche Stellung wie die Begründer der Historischen Schule — d. h. gemäfs der ersten ihrer widersprechenden Ansichten (vgl. den Anfang dieser Note) — nahm Stahl anfangs ein, indem er meinte, Gesetzgebung könne nie Recht schaffen, nur umbilden (Philos. des Rechts, 1. Aufl. S. 141 ff.). Indessen hat er diese Meinung in den späteren Auflagen (II, 1, Buch II § 18, 4. Aufl. S. 234) fallen lassen. Mit äufserster Konsequenz (vgl. oben S. 500 Note [25] und unten S. 516 Note [44]), sodafs er absolut kein anderes Recht als den Inhalt des Volksrechtsbewufstseins kennt und dem Gesetz jede selbständige rechtbildende Kraft abspricht, vertritt den reinen Standpunkt der Historiker Bochlau, Mecklenburg. Landrecht I, S. 275 ff. Ihm ist das Gesetz überall blofser „Staatswillen“. Die sonderbare Folge (S. 276), dafs der Richter nicht einerlei positives Recht, das nur auf verschiedenenen Wegen entstanden ist, sondern „Entscheidungsnormen“, die teils „Recht“, teils „Staatswillen“ sind, zur Anwendung zu bringen hat, die Möglichkeit eines Dilemmas u. s. w. stören ihn weiter nicht.

[42] Puchta: Die rechtliche Volksüberzeugung tritt notwendig in den Handlungen der Genossen hervor (Gewohnheitsr. I S. 144), ihre unausbleibliche Manifestation, unzertrennliche Begleiterin, wesentliche Form ist die Übung (das. II S. 121, 144, 151; Vorles. § 12, 6. Aufl. S. 30 ff.) u. s. w. Savigny: Für gar manche ins einzelne gehende Bestimmungen — aber alle Rechtsbestimmungen gehen ins einzelne und gerade die gewohnheitsrechtlichen sind niemals abstrakt, sondern immer von der denkbar konkretesten Konkretheit! — ist die Gewohnheit nicht blofs Kennzeichen, sondern mitwirkender Entstehungsgrund (System I S. 35, 37). Vgl. auch S. 508 Note [33] u. S. 512 [36] ff.

[43] Puchta, Gewohnheitsr. I S. 230: „Das gesetzliche Recht im Gegenteil (zum Gewohnheitsrecht) gründet sich nicht notwendig auf ein wirkliches gemeines Bewufstsein, aber es wird in einer Form ausgesprochen, durch welche es hinterdrein zur allgemeinen Kenntnis gelangen kann“ (charakteristisch: auf der einen Seite der Geltungsgrund, auf der andern blofs die Bekanntmachung!) und noch besser Kurs. d. Institut. I § XIV, 8. Aufl. S. 19 ff.: „Ist nun aber das Gesetz einmal gegeben, so kann seine Giltigkeit nicht von einer Untersuchung seiner wirklichen Übereinstimmung mit dem Volkswillen abhängen“ (wo die Worte „von einer Untersuchung“ eine Aufgabe erfüllen sollen, welche durch den nachfolgenden Satz deutlich

Damit ist aber die Tragweite dieses naturrechtlichen Prinzips ganz und gar auf den Bereich rein theoretischer Gedanken beschränkt.[44]

wird) und „was daher durch ein Gesetz auf verfassungsmäfsigem Wege festgesetzt ist, das gilt als Recht, als gemeiner Wille, nicht um seines Inhaltes, sondern um dieser Form willen." Savigny spricht sich zwar nirgend mit gleicher Bestimmtheit aus, äufsert aber auch keine sonstige Behauptung, die ihn zwingen würde, unter den formell giltigen Gesetzen solche für unverbindlich zu erklären, die er um ihrer Willkürlichkeit willen für materiell schlecht halten mufs (vgl. oben S. 513 ff. Note [41]).

[44] Zu den mannigfachen Fragen, die sich an das Gesetz als Form der Rechtsbildung knüpfen, haben Savigny und Puchta sogut wie nichts beigetragen. Dazu stand es ihnen zu niedrig. Ihre grundverkehrte Ansicht, dafs die Gewohnheiten blofse Folgen der bereits vor ihnen im Volksrechtsbewufstsein erzeugten Rechtssätze seien, aber ist positiv schädlich gewesen. Sie verhindert die Lösung des Problems (Ablaing, Recht en rechtswetenschap, Haarlem 1882, S. 13 ff., 19 ff.), ja sie vernichtet eigentlich den ganzen Begriff des Gewohnheitsrechts (Bruns in v. Holtzendorffs Encyklop., 1. Aufl. S. 260, 4. Aufl. S. 399 [§ 7]). Die daraus hervorgegangene Verwirrung über die sog. Erfordernisse der geeigneten Gewohnheiten nicht nur, sondern über das ganze Wesen dieser Rechtsart, schon vorher recht bedeutend, spottet jeder Beschreibung (vgl. z. B. nur die Darstellungen nebst Citaten bei Pfaff und Hofmann, Kommentar u. s. w., I S. 230 ff. und Zitelmann, Gewohnheitsrecht u. Irrtum, im Archiv f. d. civilist. Praxis LXVI S. 374 ff.). Wir wissen jetzt darüber nichts Bestimmtes — selbst wenn wir nicht gefragt werden (vgl. oben S. 75). Immer wieder frischen neue Anhänger die Puchtasche Lehre auf (z. B. Brinkmann, Das Gewohnheitsrecht im gem. Civilrecht u. s. w., I Heidelberg 1847, S. 1 ff.; Hillebrand, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Leipzig 1849, S. 2 ff.; Thoel, Einl. in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851, § 51 S. 131 u. Handelsrecht, I, 5. Aufl., Leipzig 1875 S. 38; Stobbe, Handb. des deutschen Privatrechts, I, § 22, 2. Aufl., Berlin 1882, S. 148; Roth, System des deutschen Privatrechts, I Tübingen 1880, § 44 S. 259 ff.; über v. Gerber vgl. oben S. 499 Note [25]; der reinste Vertreter derselben war wohl Boehlau, Mecklenburg. Landrecht, I S. 323 ff.) Immer mehr verwischen unmögliche Kompromifsversuche die schon an sich selten prägis formulierten Meinungen der Parteien über die Einzelfragen (vgl. die Anführungen bei Zitelmann S. 377 Note [72], die sich leicht vervielfachen liefsen). Immer dichter wird der Weg zur Aufklärung versperrt durch grundfalsche Analogien (z. B. indem man, wie Vangerow. Pandekten, I § 14, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1863 S. 41 u. Scheurl in der Zeitschr. f. Kirchenr. II 1862, S. 185 ff., abgedr. in der Samml. kirchenrechtlicher Abhandl., Erlangen 1873, S. 170 ff., der Gewohnheit für das Gewohnheitsrecht die Bedeutung zuweist,

Durch das beständige Schwanken hinsichtlich der Essentialia des Rechtsbegriffes und der die Sub- und Koordination der verschiedenen Quellenkategorien bestimmenden Gesichtspunkte zieht die Savigny-Puchtasche Theorie das Rechtsbewufstsein Stufe für Stufe aus den naturrechtlichen Höhen herab. Zuerst ist es schon kompletes Recht. Dann verwandelt es sich in die „eigentliche" Rechtsquelle, die *fons proxima* bei normaler Rechtsbildung, woraus das Recht noch erst auf irgendwelchen Wegen hervorgehen mufs. Es übernimmt also

welche die Publikation für das Gesetzesrecht hat). Die Kontroversen sind teils wegen der Mannigfaltigkeit der Ansichten, teils wegen der Unklarheit in den zutage getretenen Kontrapositionen und der Unsicherheit des Vorausgesetzten fast undurchdringlich. Seitdem die Historiker sie tief in ihr naturrechtliches „Rechtsbewufstsein" getaucht haben, wollen sich selbst die einzelnen Fragen, aus denen sich das Gesamtproblem zusammensetzt, garnicht mehr klar herausstellen lassen. Wenn nun auch namentlich Zitelmann mit fester Hand — weniger entschlossen, weil noch gar zu sehr in dem Puchta-Savignyschen Gedankenkreise befangen, sind G. Rümelin, das Gewohnheitsrecht, in den Jahrb. f. d. Dogmatik u. s. w., XXVII 1889 S. 153 ff. und Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, Breslau 1890 — die Reinigungsarbeit an ein paar Stellen begonnen hat, so bildet seine Untersuchung doch eben nur den ersten Anfang zur Lösung einer Aufgabe, deren Umfang viel gröfser ist, als man auf den ersten Blick wahrnimmt. Rund um sie liegt die ganze „Allgemeine Rechtslehre" mit den juristischen Grundbegriffen. Unter diesen finden sich die Voraussetzungen, welche bei jeder Kritik der bisherigen und jeder Aufstellung einer neuen Theorie des Gewohnheitsrechtes angerufen werden müfsten. Wären nun diese fester, als sie sind (vgl. die „Einleitung" zu diesen Abhandlungen, oben S. 63 ff.), so würde es sich vielleicht lohnen, hier die leitenden Gedanken einer solchen Theorie des Gewohnheitsrechts anzuknüpfen, die sich nicht in dem Zirkel bewegt, in welchem Puchta und Savigny diese Lehre förmlich festzuschmieden suchten. Zur Zeit aber könnte dies nur eine Vermehrung der blofsen Meinungen bedeuten — und deren haben wir bereits übergenug. Schon die Untersuchung der immer deutlicher aus der modernen Litteratur hervortretenden Vorfrage: ob nicht der ganze Begriff des Gewohnheitsrechts von Grund aus falsch concipiert und also in einen anderen Gegensatz zum Gesetzesrecht aufzulösen sei, würde ihrerseits wieder eine umfassende Revision einiger Grundlehren voraussetzen; diese hängen mit anderen, gleichfalls unsicher gewordenen zusammen u. s. w. Darum mufs ich mich hier bei der blofsen Negation der Savigny-Puchtaschen Grundthese bescheiden.

genau die Rolle, welche die Vernunft bei den Vernunftrechtslehrern, das Ethos, die Rechtsidee u. s. w. bei andern Naturrechtsphilosophen spielt, wobei zweifelhaft bleibt, ob nicht daneben auch noch anderes Recht anomaler Bildung, immerhin Recht, möglich sei. Allmählich sinkt es noch niedriger auf die Stufe einer bloßen *fons remota* d. h. es wird zu einer der vielen Potenzen, die bei der Entstehung von Rechtsnormen mit auf die Gestaltung ihres Inhaltes einwirken mögen, ohne daß einer von ihnen die Entscheidung darüber zukäme, ob der Rechtsgedanke nun formell Recht sei oder nicht. Auf dieses formelle Urteil, nicht auf die unerschöpflichen Motivquellen (vgl. S. 544), aber müßte eine echt juristische Quellentheorie ganz und gar gestellt sein!

Schließlich kommt das Rechtsbewußtsein um alle und jede Bedeutung bei den Theoremen, in denen sich die Quellenlehre der Historiker gerade durch eine glatte Bewältigung der beiden Probleme, die nach ihrer Gesamtauffassung von der Rechtsbildung die allerwiderspenstigsten sein mußten, zu bewähren hatte: sowohl bei der Konstruktion des Juristenrechts, dem die Auffassung des Juristenstandes als Repräsentant des Volkes zugrundeliegt, als auch bei der Erklärung der Reception des römischen Rechts verschwindet das Volksrechtbewußtsein nicht nur von seinem erhabenen Platze, sondern überhaupt aus der Reihe der mitwirkenden Agentien. Was das durch die Juristen erzeugte Recht betrifft, so braucht nur daran erinnert zu werden, daß es ja nach der eigenen Lehre der Historiker erst dann, wenn bei einer gewissen höheren Entwicklung der Lebensverhältnisse das Volksbewußtsein Recht zu produzieren aufhört, und nur soweit, als dies geschieht, neben dem Gewohnheitsrecht als dem unmittelbaren Volksrecht auftritt. Wie wäre auch eine Repräsentation des Bewußtseins möglich? Oder vielmehr, da im Bewußtsein des Volkes eine unbewußte Rechtsbildung statthat, wie soll die reflektierte Hervorbringung die unreflektierte originale Sprossung des Rechts vertreten können? Die Reception des römischen Rechts aber — nun, wenn wir uns diesen Vorgang so denken, wie die Historiker

selbst ihn gedacht zu haben scheinen[45], dann haben wir ein weltgeschichtliches Phänomen vor uns, an welchem das Walten des aus dem Volksgeist stammenden Rechtsbewußtseins sich als eine so ungeschichtliche Spekulation erweist, daß eine geschichtlich seinwollende Jurisprudenz sich nimmer hätte mit diesem Erklärungsmitttel abgeben dürfen. Ein fremdes Recht wird mindestens ohne, wenn nicht gar gegen das Rechtsbewußtsein eines Volkes aufgenommen, und dieses selbe Rechtsbewußtsein, von dem man in Konsequenz der ihm durch Savigny und Puchta vindizierten Stellung erwarten sollte, daß es auch mit souveräner Machtvollkommenheit die Transmigration des fremden Rechts geleitet habe — dieses Rechtsbewußtsein findet sich sonderbarer Weise erst am Ende des Naturalisationsprozesses ein! Sollte hierdurch nicht die ganze naive Philosophie des Rechtsbewußtseins über den Haufen geworfen, sollte damit nicht sogar zugestanden sein, daß das sog. Rechtsbewußtsein mehr ein Erzeugnis des Rechts als sein Erzeuger ist?[46]

---

[45] Nach Savigny, System I S. 78 ist die Aufnahme des römischen Rechts durch allgemeines Gewohnheitsrecht geschehen (also, nach seiner Ansicht über das Gewohnheitsrecht: das römische Recht wurde in das Volksrechtsbewußtsein aufgenommen, dessen Folge erst dann die Übung war?); nach Puchta, Pandekten, § 2 (vgl. auch Gewohnheitsr. I S. 214) fand das römische Recht durch die Macht wissenschaftlicher Überzeugung(!) Eingang, indem es sich zuerst des Geistes der gebildeten Staatsmänner und der Gelehrten bemächtigte, dann in die Gerichte eindrang, endlich auch dem unmittelbaren Volksbewußtsein „nicht fremd blieb". Diese Reihenfolge ist sehr bemerkenswert. Sollen die Juristen die Reception als Repräsentanten, als „Bewahrer der Rechtsüberzeugungen des Volkes" vollzogen haben? Das wird man (mit Harum, Von der Entstehung u. s. w., S. 26) nur für einen Hohn erklären können. Oder soll damit behauptet sein, daß die Annahme des römischen Rechts auf die „Überzeugung des Volkes" zurückzuführen sei, bloß weil es die Einwanderung des fremden Rechts duldete? Dann muß man (mit Bruns in der auch S. 503 Note [30] cit. Stelle) dies als eine leere und unwürdige Sophisterei bezeichnen. Vgl. auch S. 491 Note [16].

[46] Vgl. oben S. 464 Note [44]. Die dort angezogenen Worte von Schmitt lauten: „Romantische Täuschung wäre es, wollte man wähnen, die Rechtsordnung läge im allgemeinen Bewußtsein schon fix und fertig derart bereit, daß sie mühelos nur durch Selbstbesinnen daraus entnommen

Unmethodisch genug lassen Savigny und Puchta die Stufenleiter der Fragen in betreff des Ursprunges und der Erscheinung des Rechts in den Regionen höchster Abstraktionen beginnen. Je mehr sie sich aber dem Boden der realen Rechtsthatsachen, wo immer ganz konkret nach der Entstehungsweise einzelner Sätze bestimmter positiver Rechte gefragt wird, nähern, um so mehr sinkt, wie gezeigt, die Leistungsfähigkeit des abstrakten Prinzips ihrer Rechtsphilosophie, eben des nationalen Rechtsbewufstseins, und damit die Triebkraft des darin steckenden Keimes zu nichtpositiven Rechtssätzen. In entsprechendem Verhältnis steigen dagegen, fast wider Willen jener Denker, die einzelnen formellen Quellen von blofsen Erkenntnismitteln zu der Stufe fester Erscheinungsformen und weiter zum Range wesentlicher Entstehungsformen mehrerer Rechtsarten empor. Diese Rechtsarten sind jedoch unter sich sehr verschieden, wenigstens verschieden genug, um die schliefsliche Vereinigung zu dem einen Recht aus der einen obersten Quelle: dem Rechtsbewufstsein des Volkes, undenkbar erscheinen zu lassen. Was kann, was mufs daraus entstehen? Die absteigende Deduktion aus dem rechtsphilosophischen Prinzip und die aufsteigende Induktion aus den erfahrungsmäfsigen Rechtssätzen müfsten sich in der mittleren Region, nämlich der Rechtsquellentheorie, harmonisch verbinden — wenn das Prinzip richtig ist. Ist das Prinzip jedoch irreleitend, so verbinden sich die beiden Reihen eben nicht, aber zusammentreffen müssen sie in der Quellentheorie auf jeden Fall, also mufsten auch gerade in den hierhergehörigen Ausführungen Savignys und Puchtas die schärfsten Widersprüche hervortreten.

---

und ins Leben hingestellt zu werden brauche. Wenn sie auch im tiefsten Grunde auf der gegebenen Gesetzlichkeit fufst, die in der Menschennatur ebenso wie in deren äufserer Umgebung waltet, so ist doch ihre Erkenntnis und praktische Durchführung im Staate nur das Werk von Jahrhunderte lang fortgesetzter höchster geistiger und körperlicher Arbeit. Erst bei fortgesetzter Rechtsübung kann es dann wohl auch dazu kommen, dafs schliefslich ein gemeinsames Rechtsgefühl und Rechtsbewufstsein da sich heranbildet, das aber nicht angeboren, sondern schwer erworben ist."

An eine Auflösung dieser Widersprüche ist nicht zu denken. Am ehesten ginge es noch in betreff des sog. Gewohnheitsrechts, kaum mehr mit dem Gesetzesrecht. Denn der Satz: das Rechtsbewufstsein ist an sich Recht, hat einen zu bestimmten Sinn, als dafs man dem Rechtsbewufstsein durch die ganze Theorie der Historiker nur die Nebenrolle eines unklaren Erklärungsmittels zuweisen dürfte. Aber nehmen wir an, es ginge irgendwie und wir könnten die hocherfreuliche Konsequenz ziehen, dafs dieses Prinzip allen Worten Savignys und Puchtas zum Trotz schliefslich doch nicht als eine Naturrechtsquelle zu deuten wäre, so bleibt doch noch ein anderes naturrechtliches Element übrig, dem dieser Charakter auf keine Weise abgestreift werden kann. Dieses sitzt in der Koordination des Gewohnheitsrechts, des Gesetzesrechts und des — Juristenrechts als dreier Rechtsarten. Denn dadurch werden neben Gewohnheiten und Gesetzen die Ansichten der Juristen als sog. formelle Rechtsquellen gestellt und also die Vertreter der Rechtswissenschaft zu einer selbständigen materiellen Rechtsquelle erhoben. Die Historiker verstehen hier unter Juristen nicht die fachmännisch gebildeten Personen in Stellungen, mit denen eine obrigkeitliche Gewalt verbunden ist[47]; sie sagen auch nicht in nachlässiger Ausdrucksweise

---

[47] Vgl. z. B. Savigny, Vom Beruf, S. 12 u. System I S. 45 ff. (verglichen mit S. 97 ff.); Puchta, Encykl. als Einl., S. 22 (verglichen mit S. 21); Lehrb. f. Institut.-Vorles. S. 15; Gewohnheitsr. I S. 17, II S. 69 u. s. w. Wie aus diesen Stellen hervorgeht, waren Beide sich sehr wohl dessen bewufst, dafs durch den allgemeinen Begriff „Juristen" leicht eine Verwechslung der juristisch gebildeten Richter und anderer Männer in obrigkeitlichen Stellungen mit den Rechtsgelehrten, die der Pflege der Rechtswissenschaft obliegen, veranlafst werden kann. Darum beugen sie dem in einer Weise vor, dafs ihre Meinung (vgl. die folgende Note [48]) ganz unmifsverständlich ist, obwohl Puchta Juristenrecht hie und da in einem weiteren Sinne — sog. Recht der Wissenschaft und Recht der Praxis zusammen — versteht (z. B. Encykl. als Einl. S. 25 ff.; Gewohnheitsr. I S. 167; Vorles. § 16, 6. Aufl. S. 44; Kritik v. Beseler S. 11). Übrigens wären auch in dieser Lehre wieder genug unauflösbare Rätsel zu konstatieren.

„hervorbringen“, während sie „an den Tag bringen“, oder „erzeugen“, wo sie „Zeugnis über das Recht ablegen“ meinen. Sondern sie sagen klar mit klaren Worten: die Männer der Wissenschaft als solche erzeugen selbständig Recht und die Wissenschaft ist eine Rechtsquelle.[48] Dieser Satz — er bildet, wie fast selbstverständlich, einen heimlichen oder eingestandenen Glaubensartikel aller Naturrechtsphilosophie[49] — aber ist so durch und durch naturrechtlich, dafs da kein Drehen und Deuteln helfen kann.

---

[48] Savigny, System I S. 17 ff., 45 ff., 87 ff.; Puchta, Encykl. als Einl. S. 22; Gewohnheitsr. II S. 12, 15; Kurs. d. Institut. I § XV, 8. Aufl. S. 22; Pandekten § 16, 11. Aufl. S. 28; Kritik v. Beseler, S. 17 ff. und alle die Stellen, in denen er von den „drei“ Erscheinungs- bezw. Entstehungsformen des Rechts spricht (vgl. S. 512 Note [37]). Dicht neben diesen scharfen Behauptungen stehen bei P. wieder unklare und einschränkende. Die Wissenschaft ist wohl Rechtsquelle, hat aber nicht die Autorität des Gesetzes und der Rechtsgewohnheit und tritt mehr in die „Lücken“ ein (Pandekten § 16 S. 29); die Wissenschaft ist Quelle, sie ist auch nicht Quelle, sie ist doch Quelle (Gewohnheitsr. I S. 146; Kritik v. Beseler, S. 17, 19 ff.); sie ist keine besondere Rechtsquelle, da zwischen Juristenrecht und Volksrecht kein qualitativer Unterschied ist (Kritik v. Beseler S. 16) u. s. w. Ebenso widerspruchsvoll ist es, wenn P. von der Wissenschaft sagt, ihr Ansehen sei nur auf der wissenschaftlichen Wahrheit und Haltbarkeit ihrer Ansichten gegründet, dann aber behauptet, die wissenschaftliche Überzeugung sei ganz verschieden von der unmittelbaren Volksüberzeugung, trotzdem aber ihr wieder nur unter der doch hiermit für unmöglich erklärten Voraussetzung, dafs sie als Repräsentantin des Volksbewufstseins spreche, die Eigenschaft einer Rechtsquelle zugesteht (Gewohnheitsr. I S. 165, II S. 16; Kritik von Beseler, S. 13 ff.). „Natürliche Repräsentanten und Depositarien des rationellen Rechtsbewufstseins“ sind die „Juristen in ihrer litterarischen und praktischen Thätigkeit“ aber nur unter der Voraussetzung, „dafs sie sich nicht durch willkürliche Theorien oder Hirngespinste und Neuerungsjagden, oder auf der anderen Seite durch beschränktes Festhalten an antiquierten Vorstellungen, denen die Nation schon entwachsen ist, dieser Eigenschaft berauben“ (Vorles. § 16, 6. Aufl. S. 43). Jede Bemerkung zu diesem Satze ist unnütz.

[49] Ich will zugeben, dafs dies bei der auf religiöser Grundlage ruhenden nicht notwendig ist. Im übrigen bedarf es keines Beweises, dafs schliefslich alle Naturrechtstheorien darin gipfeln: was die berufenen Männer der Wissenschaft für Vernunft, Natur u. s. w. erklären, das ist eben Rechtsquelle, und was sie daraus deduzieren, das ist eben Recht.

Vor allem zeigt sich in ihm eine gründliche Verkennung der Stellung, welche die Wissenschaft überhaupt dem Recht gegenüber einnimmt, wenn man nämlich in den Begriff der Wissenschaft nicht etwas hineinlegt, was in ihm niemals liegen, und aus dem Rechtsbegriff nichts fallen läfst, was er ohne sich aufzulösen nicht entbehren kann. Die Rechtswissenschaft hat sich zu ihrem Objekt genau so zu verhalten als wenn es eine Naturerscheinung wäre, der man weder etwas hinzufügen noch wegnehmen kann. Im Augenblick, wo sie dergleichen doch thut, hört sie eben auf Wissenschaft d. h. systematische Erkenntnis dessen, was ist oder war, zu sein. Einerseits kann die Jurisprudenz, da sie nur gereinigtes Denken ist, trotz gröfster Freiheit des Denkens kein Stückchen des giltigen Rechts durch Wegdenken seiner Rechtsnatur entkleiden; andrerseits ist sie, in welchem Sinne immer man ihr schpöferische Kraft beilegen möge, nicht imstande Recht zu machen, das noch kein Recht war. Es gibt keine Wissenschaft, die Irgendjemand wäre, der rechtsverbindliche Normen zu verordnen die Macht hätte. Die Juristen haben mit der Rechtsbildung gerade soviel zu thun wie andere Leute auch. Wie fänden sie auch die Gelegenheit dazu, da das Recht aus seinen wirklichen Quellen immer vollständig da ist! Man verwechsle nur nicht mit der Schaffung die Findung des Rechts, die mitunter allerdings scheinbar ebensoviel von einem Willensbeschlufs wie von einer Verstandesoperation an sich hat.

Angeregt und vorgeschlagen haben die Juristen viel, was auch wirklich Recht geworden ist; aber das hat nicht die Wissenschaft als solche gethan. Wirklich von sich aus zu einem positiven Rechtssatz gemacht hat die Rechtswissenschaft noch keinen einzigen. Wenn sie also Recht zu erzeugen die Kraft besitzen und Recht erzeugt haben soll, wie nach Savigny und Puchta noch viele Juristen glauben, dann kann es sich nicht um positives Recht handeln, sondern um ein anderes, fälschlich blofs so genanntes Recht, dessen Erdenker ihre geläuterte Einsicht in die juristischen Dinge zur rechtbildenden Macht zu erweitern versuchen. Das führt aber auf ein anonymes Naturrecht hinaus. Denn Naturrechts-

philosoph ist eben ein jeder, der da meint, es könne ein Recht geben, das dem ernst forschenden Denken nicht von aufsen dargeboten zu werden braucht, sondern aus ihm selbst gefunden werden könnte, mithin ist es auch jedermann, der auf jedwedes äufsere Erkenntnismittel für die bereits als objektive Thatsache vollendet vorliegende Rechtssatzung verzichtet und denjenigen, die solches wissenschaftliche Denken üben, die wunderbare Kraft vindiziert, das von ihnen zu Erkennende zugleich selbst zu erzeugen.[50]

Dafs durch den naturrechtlichen Glauben an die rechterzeugende Macht der Wissenschaft auch die Methode der wissenschaftlichen Arbeit beeinflufst wird, ist selbstverständlich. Eine andere Frage wäre es, inwieweit dieser Einflufs sich in den dogmatischen Schriften der Begründer der Historischen Schule thatsächlich geltend gemacht hat und nachgewiesen werden kann. Dieser Nachweis wäre sehr schwer zu führen. Denn der einfache Irrtum und die naturrechtliche Versündigung in betreff einer bestimmten Rechtsmaterie sind nur da unterscheidbar, wo der Schriftsteller den ganzen Weg, auf dem er zu einem Satze gekommen, vom Anfang bis zum Ende sehen läfst. Das geschieht aber nur selten. Auch würde das Ergebnis des Beweises, dafs die Historiker sich hinsichtlich ihrer Methode noch vielfach im Banne des Naturrechts befunden haben, nicht im Verhältnis zu der Umständlichkeit der dazu erforderlichen Auseinandersetzungen stehen. Aus diesen Gründen möge die Sache hier auf sich beruhen bleiben.[51]

[50] Seit Savigny und Puchta sind in den verschiedensten Variationen die Versuche wiederholt worden, den rechtschöpferischen Beruf der Juristen plausibel zu machen. Die Frage hängt indessen so eng mit einer ganzen Reihe anderer, die ich erst in der II. Abhandlung in Angriff nehmen werde, zusammen, dafs ich auch sie erst dort mit der Ausführlichkeit behandeln kann, die erforderlich ist, um sie allendlich abzumachen. Gegen die These, dafs die Rechtswissenschaft rechterzeugende Quelle sei, hielt ich keine weiteren Argumentationen als die apodiktischen Sätze im Texte für nötig.

[51] Es sind bereits des öfteren Zweifel darüber laut geworden, ob die Historiker stets in der exaktesten Weise aus den Quellen und niemals aus vorgefafsten Ideen die in ihren Schriften niedergelegten Ansichten

Wenn wir die Grundzüge der Savigny-Puchtaschen Lehre vom Werden des Rechts überblicken, so zeigt sich uns das interessante und überaus lehrreiche Bild eines unaufhörlichen Kampfes zwischen der realistischen Grundansicht über das Wesen des Rechts, die beide als positive und geschichtliche Juristen unbewufst

herausgearbeitet hätten. Auf einige dieser Bedenken wenigstens will ich hier verweisen, zugleich unter Anführung der Verteidiger, soweit solche sich gemeldet haben. Was das Verhältnis ihrer allgemeinen Rechtstheorie zu den Quellen betrifft — wobei übrigens die Quellenmäfsigkeit offenbar sehr wenig in Betracht kommt — so bemerkt E. Meier, Die Rechtsbildung u. s. w. S. 10, dafs sie sich nur dann auf das römische Recht beriefen, wo dieses im Einklange mit ihren vorgefafsten Meinungen war; wo nicht, hätten sie dagegen auf das mangelhafte Verständnis der römischen Juristen und die tiefere eigene Einsicht in die Grundwahrheiten von der Entstehung des Rechts hingewiesen. Der Vorwurf Bekkers (vgl. S. 120), dafs Savignys Rechtstheorie sich als eine absolute gegeben habe, und Zitelmanns (vgl. S. 484 Note [3]), dafs die Puchta-Savignysche Ansicht vom Gewohnheitsrecht nach naturrechtlicher Methode concipiert sei, geht nach derselben Richtung. Was die einzelnen dogmatischen Schriften der beiden Führer der Historischen Schule betrifft, so finde ich über die Puchtas keine hierhergehörige Kritik und hätte meinerseits nur an seiner Einleitung in das Recht der Kirche, Leipzig 1840, beiläufig auszusetzen, dafs sie ausschliefslich Räsonnements und Zweckmäfsigkeitserwägungen bringt. Hingegen wird von Savignys berühmtem Buche über den Besitz behauptet, dafs es wesentlich nach naturrechtlicher Methode gearbeitet sei (Bekker, Über den Streit u. s. w., S. 20) und dafs die darin vorgetragenen Lehren nicht durchweg Anspruch auf Quellenmäfsigkeit machen könnten (v. Jhering, Der Besitzwille, Jena 1889 S. 81 Note, S. 246 ff.), während Andere (Seitz, Das prakt. Bedürfnis u. s. w., S. 142; Fitting, Festrede zur Säc.-Feier F. C. v. Savignys, Halle 1879 S. 9, v. Czyhlarz, Rede zur Feier u. s. w. F. C. v. Savignys, Prag 1879 S. 14; Enneccerus, F. C. v. Savigny, Marburg 1879 S. 29; Hoelder, Feuerbach u. Savigny (Samml. wissensch. Vortr. XVI Serie, 378 Heft) Berlin 1881 S. 22 und früher auch v. Jhering in den Jahrb. f. d. Dogmatik, V 1861 S. 358 ff.) gerade die Harmonie seiner Besitzlehre (richtiger wohl: Lehre von der *possessio*! vgl. S. 424 Note [10]) mit den römischen Quellen zu rühmen wissen. Dafs auch Savignys spätere Schriften, insbesondere sein System des heutigen röm. Rechts, nicht blofs Umsicht und Sorgfalt in Bezug auf das Quellenmaterial vermissen lassen, sondern überwiegend deduktiv, auf Gedanken, die Kinder der Naturrechtslehre sind, aufgebaut seien, behauptet wiederum Bekker, Pandekten, I S. 39 u. Über den Streit u. s. w., S. 19, 20. Vgl. auch oben S. 345 Note [22].

hegten, und der spiritualistischen Naturrechtsphilosophie, zu der sie durch die allgemeine Denkart ihres Zeitalters bestimmt wurden. Zwei Seelen wohnten in ihrer Brust, deren keine die andere zu besiegen vermochte. Sollen wir sie deswegen anklagen? Es wird nützlicher sein und zur richtigen Bestimmung der Stellung, welche wir den Stiftern der Historischen Rechtsschule als Juristen wie als Rechtsphilosophen in der Geschichte der Rechtswissenschaft anzuweisen haben, beitragen, wenn wir die Natur und die Gründe dieses inneren Zerwürfnisses klarzulegen versuchen. Wir haben dabei einerseits die äufseren Verhältnisse, unter denen der philosophische Teil ihrer Lehre in die Öffentlichkeit getreten ist und sich entwickelt hat, andrerseits auch den Umstand zu berücksichtigen, dafs ihnen der Rechtsbegriff, den sie doch stillschweigend zur Basis ihrer Opposition gegen die zeitgenössische Naturrechtslehre nahmen, nicht zum deutlichen Bewufstsein gekommen war.

In letzterer Beziehung hier nur einige andeutende Worte.[52] Wenn die Historiker ihren rechtsphilosophischen d. h. halbwegs naturrechtlichen Aufstellungen Widersprüche beimischen, so entspringen diese Widersprüche immer aus einer und derselben Quelle, nämlich dem Grundgedanken, auf dem ihre ganze Jurisprudenz — dieses Wort hier in dem engeren Sinne genommen, sodafs die philosophischen Bestandteile der Rechtslehre nicht mit darunter fallen — ruht. Dieser Grundgedanke ist einfach der: Recht ist nur das positive Recht und positives Recht ist nur, was in einem geschichtlichen Vorgange zu Recht geworden ist, und die geschichtlichen Vorgänge — das sind eben die Rechtsbildungsformen oder sog. formellen Quellen des Rechts. Nur dafs Beide für diesen Gedanken ihrer Zeit nicht denselben bestimmten Ausdruck zu finden wufsten, wie für das zum grofsen Teil aus dem Stil fallende philosophische Beiwerk.[53]

[52] Das Nähere zur Erklärung dieser Andeutungen wird im § 17 folgen.

[53] Es mufs jedem Leser ihrer Schriften auffallen, dafs weder Savigny noch Puchta jemals dem Worte Recht das allerdings bedeutungslose, aber

Was aber die Umstände, unter denen die Ansichten der Historiker ans Licht kamen und sich entwickelten, betrifft, so sind hier folgende drei Momente hervorzuheben. Vor allem, dafs der erste Anlafs, mit ihnen hervorzutreten, keineswegs zur Aufstellung einer allseitig durchgearbeiteten Rechtstheorie geeignet war. Bekanntlich gab ihn die, zum gröfsten Teil von technischen und politischen Erwägungen abhängige, überhaupt durchaus praktische Frage, ob das Privatrecht Deutschlands kodifiziert werden solle. Zu dieser Frage nahm Savigny das Wort, um sich gegen den Beruf seiner Zeit für Gesetzgebung auszusprechen. Nur insoweit als auf der Gegenseite beiläufig Anschauungen, welche mit der herrschenden Vernunftrechtsdoktrin in Verbindung standen, geltend gemacht wurden, war für ihn die Veranlassung gegeben, auch seine widersprechenden prinzipiellen Ansichten über Recht und Rechtsbildung und Rechtswissenschaft zu äufsern. Sie zwang ihn aber weder zur nähern Darlegung seiner Rechtsphilosophie im ganzen, noch zur scharfen Formulierung derjenigen wenigen Differenzpunkte, die unmittelbar in die Kodifikationsfrage hineinspielten.[54]. Ein zweiter zu berück-

doch (vgl. S. 51 Note *) so nützliche Wort „positives“ hinzusetzen, um sich gegen Mifsverständnisse zu sichern, und eigentlich niemals von der „Positivität“ des Rechts sprechen. Ich erkläre mir dieses daraus, dafs sie auch den leisesten Schein, als gäben sie die Möglichkeit zweier Rechtsarten zu, dadurch fernhalten wollten, dafs sie selbst in ihrer Terminologie den Anklang an die Unterschiede vermieden, welche die klassische Vernunftrechtsdoktrin zwischen dem „rein vernünftigen“ auf der einen und dem „positiven“ Recht auf der andern Seite zu machen pflegte. Diese Ängstlichkeit ist aber zu bedauern. Durch gelegentliche Hinzusetzung dieses „positiv“ wäre meiner Ansicht nach an manchen Stellen die Differenz zwischen dem, was sie haben sagen wollen, und dem, was sie mit Worten allerdings gesagt haben, vermieden worden. Vgl. auch S. 539.

[54] Ich habe bereits mehrmals (S. 203 Note [7] u. S. 346 [26]) darauf hingewiesen und kann mich für diese Ansicht u. a. auf Geib, Die Reform des deutschen Rechtslebens, Leipzig 1848 S. 28 ff. berufen, dafs Savigny nicht aus einem dauernden Prinzip gegen jede Kodifikation des Civilrechts war, sondern nur zu der Zeit, wo sie eben angeregt war (1814) und wegen der Verhältnisse in der damaligen Rechtswissenschaft, welche die Befürchtung nahelegten, die Kodifikation könnte den Grundanschauungen der ratio-

sichtigender Umstand ist, dafs es bei dieser blofsen Verkündigung einer von der herrschenden abweichenden Rechtsphilosophie lange Zeit hindurch blieb, während welcher sich um Savigny Anhänger sammelten und zuvörderst eifrig der rechtsgeschichtlichen Arbeit nachgingen, zu der dieser im ersten Bande der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft das Programm gegeben hatte. Nicht früher als vierzehn Jahre nach der Savignyschen Schrift „Vom Beruf u. s. w." veröffentlichte Puchta[55] den ersten, weitere neun Jahre später den zweiten Band seiner Monographie über das Gewohnheitsrecht, und es währte noch ein paar Jahre, bis Beide in den Einleitungen zu ihren systematischen Werken über römisches Recht endlich ihre Rechtslehre in leidlich ausgerundeter Gestalt publizierten. Die Genesis derselben dauerte also ein volles Vierteljahrhundert.[56] Zeit genug, um bei der allmählichen Ausarbeitung der Einzelheiten auf so viele notwendige Modifikationen der ersten allgemeinen Behauptungen zu kommen, dafs die Harmonie im Katechismus gestört werden mufste, indem die specielleren Antworten auf die Frage: Was ist das? zu dem Tenor der allgemein gehaltenen Glaubensartikel nicht mehr recht passen wollten. Und zum dritten ist namentlich nicht zu vergessen, unter welchen Einflüssen die Historiker während dieser Periode der allmählichen Entfaltung ihrer Schule gestanden haben. Es war noch immer die Zeit unbedingter Herrschaft aprioristischer und absoluter Richtungen in der Rechtsphilosophie.

nalistischen Naturrechtslehre seiner Zeit Eingang in das praktische Rechtssystem verschaffen. Den Beweis dafür wird, denke ich, gleich mir ein jeder finden, der Savignys Schrift Vom Beruf u. s. w. eigens daraufhin durchliest, insbesondere 3. Aufl. S. 23, 41 ff., 47 ff., 107 ff., 136 ff., 151 ff. und die auf den Code bezüglichen Stellen S. 55 ff., 74, 77.

[55] Von dessen „Encyklopädie als Einleitung in Institutionen-Vorlesungen" (1825) kann ich hier wohl absehen, da in diesem, durchaus nicht den gewöhnlichen Vorstellungen von einer „Encyklopädie" entsprechenden Büchlein nur wenige verstreute Bemerkungen über die Ansichten der Historischen Schule vorkommen.

[56] Es genügt daher der Hinweis auf die Jahreszahlen bei den Schriften Savignys (vgl. S. 190 Note [18]) und Puchtas (vgl. S. 481 Note [1]).

Die meisten derselben hatten freilich immer noch den gleichen rationalistischen Kern, wie die Hauptrichtung, welche sich die Historiker als eigentlichen Gegner dachten (vgl. S. 530). Aber näherte sich nicht z. B. einerseits die Lehre Hegels, sowohl was die geschichtliche als was die nationale Seite anging, sehr stark der Savignyschen? Suchte nicht andrerseits schon Stahl zwischen historischer und absoluter Rechtslehre eine Versöhnung auf religiöser Grundlage herzustellen, wovon sich später auch die Spuren in nebensächlichen Partien der Puchtaschen Werke nachweisen lassen? War nicht auch die „organische" Rechtslehre Krauses in betreff ihres hauptsächlichen und einzigen Gedankens blofs durch eine papierene Scheidewand von der historischen getrennt, trotzdem naturrechtlich?

Von dem Einflusse der allgemeinen Tendenz ihres Zeitalters haben sich auch die Historiker nicht zu befreien gewufst.[57] Sie erkannten auch die Tragweite ihres Kernsatzes, dafs es nur positives Recht gebe und alles positive Recht im vollsten Sinne Recht sei, nicht klar genug, um den Kreis der Gegnerschaft, die sie sich im stillen dachten, richtig d. h. genügend weit zu ziehen. Daher opponierten sie mit ihrem „Volksgeist" und „Volksrechtsbewufstsein" als obersten Rechtsquellen lange nicht aller und jeder unhistorischen Philosophie, sondern nur der zudringlichsten, populärsten,

[57] So bezeichnet z. B. Savigny selbst einmal (Vom Beruf 3. Aufl. S. 13; vgl. auch oben S. 487 ff.) die Rechtsbildung, wie sie nach seiner Ansicht stattfindet, als die „natürliche". Wie es nun aber offenbar das von der Vernunftsrechtsphilosophie ganz als Nebensache behandelte „Gewohnheitsrecht" (richtiger: alles positives Recht, das nicht Gesetzesrecht ist) war, wodurch er auf seine Theorie gelenkt wurde, so war es auch die Bildung des Rechts auf einem andern als dem Wege der Gesetzgebung, die er als die „natürliche" auffafste. Es ist aber ein Irrtum, wenn man glaubt, es habe jemals eine andere als eine „natürliche" Rechtsbildung gegeben und es finde etwa in primitiven Zuständen keine „Gesetzgebung" statt (vgl. auch S. 124 ff., bes. Note [5]): überall und immer ist das Recht entweder durch ausdrückliche Satzung oder — anders (vgl. S. 548 Note [12]) geschaffen worden, so zwar, dafs beide Formen stets nebeneinander die Rechtsbildungsformen waren.

plattesten Form derselben: dem Vernunftrecht. Und selbst gegen dieses bildete das Rechtsbewufstsein, da es mittels der Erhebung zu einem Volksrechtsbewufstsein nur scheinbar (vgl. S. 492 ff.) auch über den Subjektivismus und Individualismus des Vernunftrechts erhoben wurde, keine im festen Boden der Objektivität und Realität ruhende Säule, sondern offenbar eine blofse Notstütze der neuen Rechtslehre. Ja dafs Savigny und Puchta sich vornehmlich die zum System ausgestaltete Vernunftrechtsdoktrin als den zu bekämpfenden Feind dachten, trägt mit Schuld daran, dafs sie ihrerseits rechtsphilosophische Thesen aufstellten, welche die Möglichkeit der Annahme eines neuen nichtpositiven Rechts nicht ausschliefsen. Denn jenes zünftige Vernunftrecht war, wie jede dualistische Rechtslehre, in sich aus lauter Widersprüchen zusammengesetzt, sodafs wer dem einen Stück desselben entgegentrat, unfehlbar in Übereinstimmung mit einem zweiten geriet und wer den Einklang auch mit diesem vermied, sicher ein drittes billigen mufste. So erging es auch den Häuptern der Historischen Schule mit ihrer versteckten Polemik: sie wollten allen Hauptthesen der Vernunftrechtsphilosophen ebensoviele entschieden widersprechende Sätze entgegensetzen, aber diese ihre Sätze mufsten, da jene unter einander im schärfsten Widerspruche standen, sich gleichfalls widersprechen. Hierdurch wurde ein Teil der vernunftrechtlichen Lehrsätze wiederum bejaht, wenn auch nicht direkt, so doch mittelbar durch unvollkommene Verneinung widersprechender Aufstellungen der nämlichen Doktrin.

Sie richteten ihre oppositionelle Lehre blofs gegen diese hauptsächliche Richtung. Hätten sie sich das, was allen nicht unbedingt positiven Rechtsphilosophien wirklich gemeinsam war: die Möglichkeit, kraft irgendeines Rechtsbegriffes und irgendeiner Quellentheorie auf ein nichtpositives Recht zu kommen oder einzelnen Teilen positiver Rechte ihre Rechtsnatur absprechen zu müssen — hätten sie also die „ungeschichtliche“ Rechtsansicht in ihrem ganzen Umfange sich gegenüber gedacht, dann hätten Savigny und Puchta bei der Feststellung des Rechtbegriffes nicht vergessen können, dafs sie doch eine streng positivistische, und bei der Lehre von der Entstehung der Rechtsnormen mehr bedacht, dafs sie doch eine „geschichtliche“ Rechtsansicht vertreten wollten.

§ 17. Die ungeschichtliche und die geschichtliche Rechtstheorie.

Die hauptsächlichen Ergebnisse meiner bisherigen Untersuchungen sind negative. Die Rechtsphilosophie von den Griechen bis auf die Historische Schule hat immer wieder Pfade eingeschlagen, die an irgend einer Stelle ins Naturrecht abbogen, sodafs man fast zu glauben versucht wäre, jede philosophische Betrachtung des Rechts, jede in die Tiefe dringende Forschung nach dem Grunde und Wesen, den Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen des Rechts werde durch ihre eigene Natur notwendigerweise von der geraden Bahn des positiven Rechts abgezogen. Das kann jedoch vom Standpunkt der exakten Jurisprudenz keinesfalls zugegeben werden. Es mufs vielmehr noch einen Weg geben, auf dem auch die höchste Form der Rechtswissenschaft, die philosophische, ihren Zielen zustreben kann, ohne jemals den festen Boden des wirklichen Rechts unter sich zu verlieren.

Aber was ist denn nun eigentlich dieses immerfort als das wirkliche, positive, juristische bezeichnete Recht, und wie läfst sich der Lauf jenes immer wieder verfehlten rechten Weges genau bestimmen?

Die Antwort werden wir am besten finden, indem wir zuerst zusehen, an welchen Wegen die Kritik die Warnungszeichen aufgestellt hat, um sie als Irrwege kenntlich zu machen: der allein noch übrige wird dann wohl auch der einzig richtige sein müssen und leicht aufgezeigt werden können. Und indem ich ihn so weise, dafs er jetzt mit Sicherheit wahrgenommen, nicht blofs wie bisher mehr geahnt, und nun mit vollem Bewufstsein, also nicht blofs infolge eines glücklichen juristischen Taktes, als der richtige be-

schritten werden kann, ziehe ich das wichtige positive Ergebnis aus all der Negation und kritischen Ausschliefsung sämtlicher irgend denkbaren Gegenmeinungen.

a. Unter den das, was wir von einer Rechtstheorie verlangen, nicht leistenden und daher unbrauchbaren Theorien befinden sich viele ungeschichtliche und eine geschichtliche, welche letztere diesen Namen in einem gewissen Sinne allerdings zu führen berechtigt ist.

Ungeschichtliche Theorien sind alle diejenigen, welche, statt uns eine mehr oder weniger befriedigende Erklärung des erfahrungsmäfsigen und im Laufe der Geschichte der Menschheit wirklich gewordenen d. h. des positiven Rechts, zu liefern, anderweitige nichtpositive Rechte nebst den dasselbe erzeugenden „Quellen“ aufstellen oder suchen, daher sie gleich am Anfange oder aber am Ende ihrer Gedankenreihen irgendetwas, was ich unter dem Namen Naturrecht zusammengefafst habe, zur Geltung zu bringen streben. Sie können allesamt nicht richtig sein. Dem „idealen“ und dem „theoretischen“ Recht fehlt schon ihrem ganzen Wesen nach jedes Element der Verbindlichkeit für irgendwen aufser dem Individuum, das sie sich eben vorstellt. Sie sind überhaupt keine Rechte, sondern nur unpassende Namen für rein subjektive Gedankengebilde, die in irgendeiner definierbaren Beziehung zu den an sich der Ordnung durch Recht wohl zugänglichen menschlichen Verhältnissen, aber keineswegs auch zu dem die letzteren wirklich ordnenden Recht gedacht werden können. „Ewiges“ und „universelles“ Recht ferner sind chimärische Gegensätze zu den erfahrungsgemäfs sich beständig ändernden, schliefslich eines Tages vollständig erneuerten und in allen Rechtskreisen zu grofsen Teilen ungleichen Rechten der Wirklichkeit. Das „absolute“ Recht ist ganz ebenso eine blofse Begriffsdichtung, das Recht „an sich“ liegt für die Wissenschaft in der vierten Dimension, u. s. w.

Ungeschichtliche Theorien sind auch alle diejenigen, welche aus gewissen Faktoren, die ihre Urheber fälschlich

„Quellen“ nennen, Recht hervorgehen lassen, ohne dafs ersichtlich wäre, durch welchen äufseren, geschichtlich nachweisbaren Vorgang es die Verbindlichkeit gerade als Recht empfangen haben möge. Natürliche Bedürfnisse und Vernunfterkenntnisse, sittliche und religiöse Überzeugungen u. dergl. m. liefern uns wohl zahlreiche Motive zu Rechtseinrichtungen und -Sätzen, direkt aber auch nicht einen Rechtssatz. Gewifs soll die Menschheit sich den Glauben bewahren, dafs es etwas Höheres als das formell giltige Recht gibt. Nur soll man nicht meinen, dieses Höhere sei selbst Recht. Wer die aus solchen Quellen fliefsenden Anforderungen an das Recht für Recht ausgibt, lähmt die Thatkraft, die erforderlich ist, um sie in wirklich geltendes Recht zu verwandeln, und verwischt die Grenzen zwischen den begrifflich verschiedenen Normen und ihren Gebieten. Wo religiöse, sittliche, rechtliche Vorschriften eine einzige Masse praktischer Lebensregeln bilden, da schreibt der Richter unter sein Urteil: „Allah weifs es besser.“ Warum sagt er bei uns statt dessen von seinem Verdikt, es sei „von Rechtswegen“ gerade so und nicht anders gefällt? Das Recht, mit dem diese Theorien umgehen, ist gleichfalls eine Art Naturrecht. Wenn sie zugleich die Existenz eines anderen Rechts in der Praxis zugestehen, so werden dadurch wilde Fehden unter ihren Gedanken und eine zweizüngige Opportunitätsrechtsphilosophie verursacht, die nach subjektivem Wohlmeinen sich bald auf das höhere, d. h. Natur-, bald auf das niedere, d. h. positive Recht stützen mufs, da jeder Kompromifs zwischen beiden Rechtsarten unbedingt ausgeschlossen ist.

Ungeschichtlich ist endlich eine jede Rechtstheorie, die sich mit einem blofsen Gefühl oder einer blofsen Idee als der rechterzeugenden Potenz begnügt. Denn noch niemals und nirgendwo sind die unter diesen Abstraktionen zusammengefafsten einzelnen Gefühlsäufserungen oder Ideen schon Recht gewesen, niemals werden sie ohne weiteres Recht sein, man möge sie so oft man wolle als Rechtsgefühle und Rechtsideen bezeichnen. Wer was Anderes behauptet, hält die Möglichkeit eines Naturrechts aus dem Gefühl oder der Idee

offen. Dies thun auch, wenngleich wider Willen, aber doch ihren Worten nach, die Begründer der Historischen Juristenschule insoweit, als sie den Inhalt des Rechts mit dem Inhalt eines angeblich specifisch rechtlichen Bewufstseins des Volkes identifizieren.

Nicht dieser ihrer rechtsphilosophischen Irrtümer wegen werden die Historiker als die Männer verehrt, denen wir zu ewiger Dankbarkeit für die Wiederaufrichtung der echten Rechtswissenschaft nach tiefem Fall verpflichtet sind. Aber weswegen denn sonst? Wahrscheinlich, weil sie Grundsätze zur Geltung brachten, um deretwillen auf sie und ihre Anhängerschaft der Namen der „Geschichtlichen“ Schule im Gegensatz zu den „ungeschichtlichen“ Naturrechten aller Art pafst. Hierüber hat indessen niemals volle Klarheit bestanden. Kein Wunder, da die Häupter der Schule selbst sich in dieser Hinsicht nicht recht klar gewesen sind und auch nicht sein konnten, weil sie nicht einmal deutlich zwischen einer vollständigen Rechtstheorie und einer blofsen rechtswissenschaftlichen Forschungsmethode unterschieden.[1]

[1] Immer noch werden uns die wunderlichsten Behauptungen über die Tendenz der Historischen Schule und die Art ihrer Verdienste aufgetischt. Zu einem grofsen Teil sind dieselben darauf zurückzuführen, dafs die Behauptenden, statt die Schriften der Schulhäupter vorurteilslos und namentlich überhaupt zu lesen, einen kürzeren Weg wählen und mittels blofser Interpretation des leider so vieldeutigen Wortes „historisch“ das ganze „Prinzip“ der Schule zu erfassen versuchen. Der Letzte, der sich an der Frage, was „Geschichte“ und „geschichtlich“ bei den Historikern eigentlich heifse, ernstlich, wenngleich ohne Resultat, abgemüht hat, ist Seitz, Das prakt. Bedürfnis der Rechtsreform u. s. w. (1865) S. 115 ff., gewesen. Viele Andere legen in dem Glauben, Geschichte sei etwas, was sich nur mit den Dingen der Vergangenheit beschäftige, der Schule Prinzipien oder Absichten unter, die ihr gänzlich fern gelegen haben. Sollte aber z. B. wirklich nach der Ansicht Savignys und Puchtas die Rechtsgeschichte die ganze wissenschaftliche Jurisprudenz sein? Trotz der deutlichsten Erklärungen und des bestimmtesten Protestes des Ersteren (Vom Beruf, 1. u. 3. Aufl. S. 48, 136; Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. I 1815, S. 2, 10 [abgedr. in Verm. Schr. I S. 108, 117]; das. I S. 375 ff. [abgedr. in Verm. Schr. V S. 119 ff.]; das. IX 1838, S. 422 ff. [abgedr. in Verm. Schr. IV S. 197]; namentlich aber System I, Vorrede S. XIII ff.), trotz des nachdrücklichsten Hinweises auf die Haltlosigkeit einer solchen Annahme durch spätere unbefangene Schriftsteller (wie z. B. Geib, Die Reform u. s. w., S. 18 ff.), wird immer noch vermutet, das geschichtliche Prinzip und die historische Methode involvierten eine Beschränkung auf den der Vergangenheit angehörigen Teil des Rechts! Savignys System des heutigen römischen Rechts sowie Puchtas Pandektenhandbuch und Vorlesungen über das in Deutschland geltende römische Privatrecht ungeachtet, soll Beider Hauptverdienst in der Erforschung der Vergangenheit bestehen! Aber auch wenn sie wirklich eine noch ausgesprochenere persönliche Vorliebe für die rechtsgeschichtliche Forschung gehabt hätten, als sie thatsächlich hatten, wie dürfte man daraus den Schlufs ziehen, sie hätten der ganzen Rechtswissenschaft grundsätzlich das Recht der Gegenwart als Objekt entziehen, sie gleichsam wohl über das todte, dagegen nicht über das lebende Rechtsarchiv der Nationen setzen wollen? Oder war es ein besonderes Verdienst, darauf aufmerksam zu machen, dafs es eine Rechtsgeschichte gebe? Das wäre doch etwas Rechtes, etwas Neues gewesen! In den Augen der Historiker war aber die Rechtsgeschichte kein blofser gelehrter Prunk. Die Kenntnis des Rechts von gestern war nach ihrer Ansicht eine Grundbedingung des Verständnisses des Rechts von heute (vgl. die folgende Note [2]). Wo haben sie dagegen jemals gesagt, dafs sie nur dasjenige Recht respektierten, das weit zurück in der Vergangenheit seinen Anfang genommen, also eine recht lange „Geschichte“ habe? Und zeigt nicht jedes Wort, das sie zur allgemeinen Rechtslehre geschrieben, dafs nach ihrer Auffassung die Geschichte nicht bis an die Gegenwart, sondern bis in die Gegenwart hinein führt? Das Recht der Gegenwart hat gemäfs der tiefen Auffassung der Historischen Schule (vgl. Stahl, Philos. des Rechts I, Buch VI, Absch. 2, 4. Aufl., S. 577) das Recht der Vergangenheit in sich: die Vergangenheit ist nicht blofs transitorische, sie ist immanente Ursache der Gegenwart. Darum war es ein methodologisch nicht hoch genug zu schätzendes Axiom (vgl. das sogleich im Text S. 536 Folgende), das die Historiker vertraten, indem sie verlangten, dafs die wissenschaftliche Forschung das Recht in seiner geschichtlichen Kontinuität als Produkt gleichfalls in beständiger Entwicklung sich befindlicher Ursachen auffassen solle, während die rationalistische Richtung der Meinung war, es liefse sich jede angebliche Vernunfteinsicht auch sofort durch gesetzgeberische Dekrete auf das Rechtsleben anwenden und mithin alles Recht, sofern es nicht wegen Vernunftwidrigkeit eigentlich gar kein Recht war, auch rein vernünftig erklären. Aber mit dem Historismus in diesem Sinne vertragen sich offenbar ganz gut sämtliche Naturrechtsphilosophien, die ein ideelles Recht von

Was Savigny, wenn er davon sprach, unter Historismus verstand und seither fast immer darunter verstanden

worden ist, das ist eine uneigentliche geschichtliche Rechtstheorie. Denn es ist überhaupt gar keine Theorie, weil es nicht eine mit den Thatsachen im Einklang stehende, wenigstens ihren Autor befriedigende Erklärung dafür, auf welche Weise die Rechtsinstitutionen und -Sätze gerade zu Recht geworden sind und sich als solches legitimieren, enthält. Es macht vielmehr lediglich eine der Natur des Stoffes adäquat scheinende Methode plausibel, wie der Forscher sicher zum vollsten Verständnis der Rechtserscheinungen, deren Rechtsnatur im übrigen schon als fest-

relativer Giltigkeit vertreten, also wohl so ziemlich alle, ausgenommen allein diejenigen, die ein ewiges, universelles, absolutes Recht statuieren. In dieser Betonung der Kontinuität und Relativität des Rechts kann mithin gleichfalls nicht die Hauptlegitimation des Ruhmes und Verdienstes der Historiker erblickt werden. Schliefslich werden ihnen auch noch, immer wegen des „historisch“ in ihrer Firma, gewisse fortschrittswidrige Absichten untergeschoben — ja, wenn sie diese wirklich vertreten hätten, dann könnte überhaupt nicht mehr von Verdienst und Ruhm die Rede sein. Es ist doch ein ganz grundloser Vorwurf (vgl. auch Demelius in der Krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtswiss. II 1855 S. 165), dafs von den beiden Führern mindestens Savigny — Puchta vertritt, wie schon S. 481 Note [1] bemerkt, überhaupt mehr die nationale Seite der Richtung und ist daher mit solchen Suppositionen verschont worden — bestrebt gewesen sei, abgethane römisch-rechtliche Sätze zu reaktivieren, während angeblich die Germanisten der Schule gern abgestorbenes deutsches Recht wieder in die Gegenwart versetzt hätten. Das ist eine Verwechslung von Historismus und Romantik. Ebenso grundlos ist der Vorwurf, die Historiker hätten die Rechtszustände, wie sie nun einmal waren, um jeden Preis festzuhalten gewünscht, leugneten aus diesem Motiv die Schöpfungskraft der Gegenwart (vgl. dagegen S. 527 Note [54]) und wollten die Generationen aller Zukunft in die Fesseln des also zum Stillstand verurteilten Rechts schmieden (vgl. dagegen auch Geib, Die Reform u. s. w. S. 23 ff. und J. v. Radowitz, Fragmente I [Ges. Schr. IV, Berlin 1853] S. 150). Es gehört durchaus nicht zum Wesen der Historischen Schule, dafs das positive Recht, weil es einmal Recht ist, ewig Recht bleibe (vgl. auch S. 145). Das wäre ja ihrer evolutionistischen Grundidee schnurstracks entgegen gewesen. — Wenn alle diese Bedeutungen des Geschichtlichen nicht richtig oder wenigstens nicht mafsgebend sein können, so wird immer dringender die Frage: Worin besteht füglich das Wesen desjenigen „Geschichtlichen“, um deswillen die Historische Schule anerkanntermafsen einen Markstein in der Geschichte unserer Wissenschaft bildet?

stehend vorausgesetzt wird, aus ihrem Zusammenhange im zeitlichen Nacheinander gelangen könne.[2] Diese Methode weist auf eine evolutionistische Doktrin hinsichtlich des Materiellen der Rechtsnormen, auf eine gewisse Grundauffassung also in betreff der Entwicklung des materiellen Inhaltes des Rechts hin, schliefst aber keineswegs auch eine von den Entstehungsformen der ganzen zur Entwicklung gekommenen Rechtsmasse abgezogene Doktrin des blofs Formellen am Recht, also keine formelle Rechtstheorie ein, welche letztere eben hauptsächlich darnach fragt, wo die formelle Rechtsnatur der sämtlichen geschichtlich gegebenen Rechtsnormen herkommt, während deren Inhalt für sie soweit Nebensache bleibt, als es irgend möglich ist (vgl. S. 543).

Sollte es diese Empfehlung des Studiums des Rechts in seiner geschichtlichen Entfaltung als organisches Produkt — wie Sprache und Sitte — des sich entwickelnden Volksgeistes sein, weswegen die Juristen, wenn sie die Geschichte der Jurisprudenz periodisieren, von dem angeblichen Siege der Historischen Schule über alle anderen eine neue Epoche ihrer Wissenschaft datieren? Ich möchte es bezweifeln. Aber irgend einem Grundgedanken, der mit dem Begriff des Geschichtlichen auf das engste zusammenhängt, mufs sie es doch verdanken, dafs ihre Wirksamkeit als eine epochemachende angesehen wird. Es ist die Frage, worin er besteht.

Indem wir das Wesen der richtigen Rechtstheorie — genauer: die Grundvoraussetzung, auf der jede Rechtstheorie ruhen mufs, wenn sie die erste Bedingung, um die richtige

[2] Zu verweisen wäre hier auf die bekannten Stellen in Savignys Vom Beruf u. s. w., 3. Aufl. S. 48, 115 ff., 117, 136, 169 ff., in dem Programm zur Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. I S. 6 (Verm. Schr. I S. 113) und im System I S. XIV, namentlich aber auf die ganze Polemik gegen Gönner in der Zeitschr. u. s. w. I S. 373 ff. (Verm. Schr. V S. 116 ff, bes. S. 119 ff.). Die Quintessenz der Methode hatte schon Eichhorn in dem Vorwort zur 1. Aufl. seiner deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 1808 (4. Aufl. Göttingen 1834 I S. IX) gegeben in dem Satze, dafs es immer unmöglich sein werde, den Geist der Verhältnisse zu fassen ohne genaue Kenntnis dessen, was war, und der Art und Weise, wie es das wurde, was es war.

sein zu können, erfüllen will[3] — suchen, brauchen wir die Lehren Savignys und Puchtas nicht vollständig zu verlassen. Es giebt darunter etwas, was bei ihnen durch die unbrauchbare Philosophie des Rechtsbewufstseins verdeckt ist, eine noch unsicher empfundene Voraussetzung, die von ihnen sogar dem Anscheine nach verleugnet ward, trotzdem aber für sie namentlich bei ihren rechtshistorischen und dogmatischen Arbeiten im grofsen ganzen (vgl. S. 524) mafsgebend gewesen ist. Eben diese Voraussetzung wollen wir so, als wenn wir an ihrer Statt zu denken hätten, uns zur deutlichen Erkenntnis zu bringen, an ihrer Statt und in ihrem Namen herauszustellen und zu formulieren suchen.

Vielleicht wird das für ein kühnes Unterfangen gehalten werden. Indessen, nur eine Frage: Wenn wir das Stichwort, nach welchem jene Männer ihre Rechtslehre als die „geschichtliche" bezeichnen, festhalten, ist es nicht selbstverständlich, dafs wir darnach forschen, welche Verwendung der Begriff des „Geschichtlichen" wohl und in welchen Elementen ihrer Rechtstheorie gefunden haben möge? Nun sagen sie selbst, von den Bemerkungen über die historische Methode, um die es sich doch gewifs nicht handeln kann (vgl. S. 538), abgesehen, nirgend, was es mit dem Geschichtlichen in ihren Lehren eigentlich auf sich habe. Steckt es doch darin, so haben wir die Aufgabe und die Befugnis, das Verborgene zum Vorschein kommen zu lassen, das ihnen noch halb Unbewufste oder Zweifelhafte ins klare zuversichtliche Bewufstsein zu erheben, das Unausgesprochene möglichst bestimmt auszusprechen.

b. Wir haben also das Geschichtliche, wofür die Begründer der Historischen Schule dieses treffende Wort

[3] Aus dem weiter unten (S. 549 ff.) Folgenden wird hervorgehen, warum dies noch keine Theorie, sondern nur die Voraussetzung aller juristisch möglichen Theorien des Rechts ist. Wenn ich trotzdem von der historischen Rechtstheorie spreche, so möge das mit dem Fehlen jedes Wortes, das nicht sogleich zahlreiche Mifsverständnisse anregte, erklärt und entschuldigt werden.

gefunden haben, während sie nach seinem Wesen, durch dessen Begreifen allein die Jurisprudenz sich mit einem Schlage von dem ganzen berückenden Spuk des Naturrechts befreien kann, hin- und hertasteten, ohne seines Kernes habhaft werden zu können — wir haben also m. e. W. das Prinzip der echten historischen Rechtstheorie zu definieren.

Es wird dabei gewifs nichts überraschend Neues, vielmehr blofs endlich einmal die Grundvoraussetzung an den Tag kommen, von der alle strengen Juristen und alle auf juristischen Thatsachen gegründete Rechtswissenschaft — die Naturrechtsdoktrin in ihren sämtlichen Formen und Farben allein nicht — seit Savigny in einer Weise ausgehen, als hätte dieser sie bereits mit vollster Einsicht in ihre Tragkraft zum untersten Fundament aller und jeder soliden Jurisprudenz gesetzt. Nur dafs auch nach ihm diese juristische Mit- und Nachwelt ihrerseits, ob sie gleich instinktmäfsig die immerhin von der Historischen Schule ausgegangene Direktive befolgte, bis heute noch nicht den präzisen Ausdruck für jenen unverlierbaren Wahrheitskern der echten historischen Rechtstheorie als solcher gefunden hat. Es ist kein neues Prinzip, das ich verkünde, es ist nichts anderes als das die Rechtswissenschaft, welche ich als Wissenschaft voll anerkenne, thatsächlich längst leitende Prinzip, das ich nur aufdecke — es ist das Prinzip aller wirklichen Bildung des wirklichen Rechts selber.

Durchdrungen von der Erkenntnis der Positivität des Rechts[4], gingen die Historiker davon aus, dafs es das positive Recht sei, was der Rechtswissenschaft als das Objekt ihrer Forschung gegenübersteht, wie überhaupt jede Wissenschaft es mit dem Begreifen des Thatsächlichen, in der Realität Existenten zu thun hat.[5] Ihre Absicht war, dieses posi-

[4] Worte Stahls, die S. 503 Note [30] angeführt sind.

[5] Savigny, System I, S. 45 ff., 87 ff.; Puchta, Gewohnheitsrecht II, S. 120 ff., Kurs. d. Institut. I, § XII und § XV, 8. Aufl., S. 18 und S. 22. Neben dieser, nach der richtigen Auffassung einzigen, Aufgabe, das Recht zu erkennen, zu systematisieren und darzustellen, weisen beide der Wissen-

tive Recht theoretisch zu bemeistern vermittelst einer allgemeinen Rechtstheorie, welche die geltenden Rechtseinrichtungen in wissenschaftlich zufriedenstellender Weise erklärte. Nun hatte aber die geschichtliche Entwicklung insonderheit des bürgerlichen Rechts in ihrem Vaterlande zu einem merkwürdigen Zustande geführt, der einer Theorie der Rechtsbildung, wenn sie wirklich ganz und gar aus feststehenden Thatsachen abstrahiert und diese ausnahmslos umspannen sollte, die gröfsten Schwierigkeiten bereitete. Die Zwiespältigkeit des Privatrechts seit der Reception des römischen Rechts; die Entwicklung und der Begriff des gemeinen Rechts aus der zweifachen Wurzel; die Buntscheckigkeit der Partikularrechte, in denen sich Rechtssätze zusammenfanden, die dem materiellen Inhalt wie dem Verbindlichkeitsgrunde nach von der verschiedensten Herkunft waren, bald Institute des römischen oder germanischen Rechts absonderlich entwickelt, bald diese ausgestofsen und andere an deren Stelle gesetzt hatten, zu einem Teil gesetzlich, zu einem zweiten Teil vertragsmäfsig, zu einem dritten in kleineren, rücksichtlich der anderen Materie geographisch, rücksichtlich einer zweiten ständisch und auch noch anders umgrenzten Kreisen fixiert waren — wenn sie nicht eine formlose Existenz weiterführten, nachdem sie sich einmal, ohne dafs man immer wufste wie, auf dem Wege der Praxis, oft sogar gegen die Gesetze und sonstigen ausdrücklichen Vorschriften, eingebürgert hatten — dieses ganze so überaus mannigfaltige Material spottete jeder einfachen, anschaulichen Quellenlehre. So sah wenigstens die Vernunftrechtsdoktrin die Sache an. Ohne die formelle Rechtsbeständigkeit dieses komplizierten

schaft eine rechterzeugende, also die Stellung einer „materiellen Rechtsquelle“ (vgl. S. 545 Note [9] u. S. 547 Note [10]) zu. Darnach wären ihre Elaborate neben den „Gewohnheiten“ und „Gesetzen“ als formelle Quellen, sie selbst als rechtschaffende Potenz in und neben dem „Volk“, bezw. dem „Gesetzgeber“ aufzufassen. Das Irrtümliche dieser Annahme, die ihren letzten Grund wohl in einer falschen Schlufsfolgerung aus dem starken Einflusse der Doktrin auf die Entwicklung des sog. gemeinen Rechts gehabt haben wird, ist bereits S. 521 ff. dargelegt worden.

Rechtszustandes mit seinen sub- und koordinierten Quellen, seinen über-, neben- und durcheinander gelagerten Normenschichten leugnen zu können, fafste sie denselben doch als eine Abnormität auf, welche der Erklärungsversuche gar nicht wert, vielmehr einfach abzuschaffen war. Die Historiker dachten von Grund aus anders. Für sie gab es, wo alles so gekommen war, wie es gemäfs den geschichtlichen Bedingungen kommen mufste, keine Abnormität und Monstrosität. Ihre umfassende rechtsgeschichtliche Bildung erschlofs ihnen einen tiefen Einblick in den Entwicklungsgang, an dessen Endpunkt das geltende gemeine und partikulare Recht ihres in zahlreiche Stämme geteilten Volkes als notwendiges Endergebnis der Gesamtgeschichte der ganzen Nation und der Partikulargeschichte jedes einzelnen Teiles und Teilchens lag. So war ihnen das Recht kein Produkt der reflektierenden Vernunft von heute, die mit der gestrigen nur zufällig noch übereinstimmt, sondern eine organische Bildung des geschichtlich individuell entwickelten Volkswesens, die, wie Sitte und Sprache, in den gegenwärtigen Formen die noch lebendigen der Vergangenheit eingeschlossen hält.

Es ist sicher, dafs das Ziel ihrer konstruktiven Arbeit die Erfassung des positiven Rechts ihrer Zeit als eines solchen Resultates eines wirklich geschehenen d. h. geschichtlichen Entstehungsprozesses bildete. Ebenso sicher ist es aber auch, dafs weder Savigny noch Puchta die einfachen und doch die realen Erscheinungen aller Zeiten auf das genaueste deckenden Formeln für die verschiedenen Modalitäten gefunden haben, unter denen positives Recht entsteht und überhaupt entstehen kann. Von den unübersehbaren Komplexen geschichtlich hervorgetretener Rechtsthatsachen wissenschaftlich Besitz zu ergreifen, standen ihnen keine anderen Hilfsmittel zu Gebote, als die Jurisprudenz und jede andere Wissenschaft überhaupt besitzt: Begriffe von verschiedener Höhe der Abstraktion, die in mannigfacher Weise einander über-, unter-, nebengeordnet oder auch gegenübergestellt werden können. Die beiden wichtigsten dieser Begriffe waren selbstverständlich der Begriff des Rechts

und der Begriff der Rechtsquelle. Alles Recht, es stamme woher, nenne sich wie und charakterisiere sich näher wodurch es wolle, mufs unter den Rechtsbegriff, alle wirkliche Rechtsbildung, und wenn sie scheinbar die regellosesten Abwege gegangen ist, ja mit dem gröbsten Rechtsbruch, mit Usurpation und Revolution angefangen hat, mufs unter den Begriff einer Rechtsbildungsform und somit unter den Rechtsquellenbegriff subsumiert werden können. Erklärlich ist es freilich — zumal wenn wir bedenken, dafs unter der Herrschaft der Vernunftrechtslehre sowohl dem Rechts- wie dem Rechtsquellenbegriff alle Präzision abhanden gekommen war — warum die Historiker an der gewaltigen Aufgabe, die gerade in ihrem Vaterlande von jeher äufserst kompliziert erscheinende Rechtsbildung in knappe Formeln zu pressen, gescheitert sind. Wahr bleibt es aber doch. Denn unwissenschaftlich ist und bleibt eben ihre Annahme, dafs irgendein „Rechtsbewufstsein" des Volkes bereits giltiges Recht bilde; falsch ihre Lehre, dafs „Gesetze" und sog. „Gewohnheiten" blofse Bestätigungen bezw. Erkenntnismittel dessen, was an sich schon Recht ist, seien; rein naturrechtlich die Erhebung der „Wissenschaft" zu einer rechterzeugenden Potenz. In jeder dieser Thesen liegt ein Verstofs gegen die beiden auf das innigste miteinander verbundenen Begriffe des Rechts und der Rechtsquelle, in der ganzen Theorie eine flagrante Verleugnung des — geschichtlichen Prinzips.

Indessen, die Fehler in den Antworten Savignys und Puchtas auf die beiden Fundamentalfragen der Jurisprudenz: Was ist das Recht? und: Wie wird das Recht eben Recht? können wir korrigieren aus — ihren eigenen Widersprüchen gegen ihre Definitionen und doktrinären Lehrsätze.[6] Und wenn wir die unausgesprochene Voraussetzung hinter diesen Widersprüchen, welche aus jener hervorgehen, suchen, so werden wir bei beiden auch das echte geschichtliche Prinzip im Dämmerlichte der Ahnung, des Gefühls entdecken.

[6] Statt einen Auszug aus den früheren Darlegungen zu machen, verweise ich auf diese selbst (S. 507 ff.), um so mehr, als sie für das Folgende fast in ihrer ganzen Ausdehnung wichtig sind.

Hierzu bedürfen wir nur eines Hilfsmittels, das Savigny und seine Jünger noch nicht auszunutzen verstanden. Es ist die Unterscheidung zwischen Normengehalt des Rechts oder kurz: Rechtsinhalt und Rechtseigenschaft jener Normen, Regeln, Vorschriften oder kurz: Rechtsform.[7] Halten wir diese Unterscheidung hinsichtlich des fertig dastehenden Rechts fest, so ergibt sich von selbst, dafs wir, um den problematischen Sinn des Geschichtlichen in der Rechtsbildung zu finden, auch die gemeinhin als eine aufgefafste Frage nach der Entstehung des Rechts — des Systems von einzelnen Rechtssätzen, die sich teilweise zu sog. Rechtsinstituten zusammenschliefsen — zerlegen müssen in die zwei Fragen: Wie kam es, dafs gerade dies oder als Inhalt der betreffenden Rechtssätze, Rechtsinstitute, Rechts-

[7] S. 503 Note [30] habe ich erwähnt, dafs bereits Bruns in dem Mangel der Unterscheidung zwischen Rechtsinhalt und Rechtsform — für welche letztere man ja auch Rechtseigenschaft, Rechtsverbindlichkeit und, wenn man die imperativische Natur des Rechts betonen will, auch Rechtsbefehl sagen kann — den tiefsten Grund der bei den Historikern herrschenden Unklarheiten in betreff der Entstehung des Rechts richtig erkannt hat. Seitdem ist die Notwendigkeit dieser Unterscheidung mehr und mehr eingesehen worden. Allerdings sind auch Mifsverständnisse nicht ausgeblieben. Man verstehe aber doch nur: diese Unterscheidung hat durchaus nicht die Folge, dafs der einheitliche Rechtsbegriff in zwei Stücke auseinandergerissen wird. Hat jemals jemand behaupten können, dafs es einen Inhalt ohne Form oder eine Form ohne Inhalt gebe? Auch ein Ding, das man formlos nennt, hat ja immer eine Form. Auch in jedem Rechtssatz sind thatsächlich Rechtsinhalt und Rechtsform oder -befehl untrennbar verbunden, wie Leib und Seele. Aber trotzdem mufs man sie begrifflich unterscheiden. Ohne diesen Unterschied bleibt die Philosophie des Rechts ewig im Nebel unklarer Begriffsagglomerate sitzen, aus dem sie doch endlich heraus sollte. Der erste Schritt dazu wird darin bestehen, dafs wir säuberlich voneinander sondern die materielle Rechtsphilosophie, die sich mit dem Inhalte der geschichtlich aufgetretenen Rechte befafst, und die formelle Rechtsphilosophie, welcher der juristische Normengehalt Nebensache ist (vgl. S. 537), da sie nur das, was ich juristische Erkenntnistheorie, Methodik und Logik, kurz allgemeine Rechtstheorie nennen möchte, zu umfassen hätte.

systeme wurde? und: Wie geschah es, dafs diese eine besondere Form erhielten, wodurch sie gerade zu Rechtssätzen, Rechtsinstituten, Rechtssystemen wurden?[8]

Der Inhalt des Rechts wird durch so viele Motive bestimmt, dafs sie sich weder sämtlich herzählen, noch in erschöpfende allgemeine Kategorien unterbringen lassen. Die Rubriken des sittlichen Bewufstseins und der religiösen Überzeugung, des in der Menschennatur liegenden Grundes und des politischen Zweckes, des Bedürfnisses und der Vernunft, der Sicherung gegen den Mifsbrauch der Stärke und der humanen Fürsorge für den Schwachen, und wenn man sie verdoppelte und verdreifachte, sie alle zusammen vermögen noch lange nicht die Gesamtheit der Motive zu umfassen, aus denen in Wirklichkeit die Menschen dem Recht hier gerade diesen und dort gerade den anderen Inhalt gegeben haben. Alle diese fälschlich „Quellen" genannten Agentien liefern kein Recht, sondern nur die Anregungen oder die Gedanken zu Recht. Das edelste „Bewufstsein" und die schönste „Idee" als solche tragen auch nicht eine Linie zum Wachstum, zur Änderung, überhaupt zur Entstehung des Rechts bei. Sie sind ohne That nichts.[9] Der Gedanke mufs erst noch

[8] Es wird hier also, um das nochmals hervorzuheben, der Begriff des Geschichtlichen nicht bezogen 1) auf die Methode der Forschung, denn diese richtet sich, bestimmt im Sinne der Historiker (vgl. S. 536 ff.), auf die Entstehung des normativen Inhaltes des Rechts, 2) auf das Recht, das in dem besonderen Sinne geschichtlich ist, als es in irgendeinem als Gegenwart gedachten Zeitpunkt nicht mehr gilt. Es wird vielmehr unter dem Gesichtspunkt des Geschichtlichen in Betracht gezogen die Entstehungsweise der Rechtseigenschaft in allem wirklichen Recht, ob es noch gilt oder einstmals eine längere oder kürzere Periode hindurch gegolten hat, während es eben, bevor es Recht wurde, nicht als Recht gilt oder galt. Vgl. auch die Bemerkungen S. 434 Note [18] über das „werdende Recht" und das „Werden des Rechts".

[9] Das Recht wird nicht geoffenbart, es wird geschaffen in Thaten, in Arbeit. Ob immer im Kampfe? Die bekannten Sätze v. Jherings (Der Kampf ums Recht, 2. Ausg. Wien 1872, S. 8, 12 ff.; 5. Ausg. 1877, S. 1, 4 ff. u. s. w.) sind, was die Entstehung des objektiven Rechts betrifft, wohl nur bildlich zu verstehen. In vielen Fällen würde hier der Begriff des Kampfes, den übrigens schon Beseler mit einer gewissen Beschränkung

einen besonderen Weg gehen, auf dem er das empfängt, was ihn zu Recht macht. War er vorher ein Vernunftsatz, eine sittliche Norm, eine auf praktischer Erfahrung beruhende technische Regel, oder war er vorher garnichts als ein Einfall, eine „Idee" — einerlei, ohne diesen Gang ist noch keiner Recht geworden, wird keiner Recht und kann keiner Recht werden. Erst auf diesem Gange wird er zu einer vorbestimmten

auf das Ringen der bei der Rechtsbildung beteiligten Mächte und sich geltend zu machen suchenden Motive anwendet (Volksrecht u. s. w. S. 65: „Das öffentliche Recht in seinem weitesten Umfange pflegt sich nicht auf eine so friedliche und leichte Weise zu gestalten") falsch übertragen sein. Das einfache Thun auf der einen, Dulden auf der andern Seite ist, wenn nicht ausnahmslose Regel, doch der gewöhnliche Fall (vgl. auch oben S. 85 ff.). Ganz zustimmen dagegen kann man andern Aussprüchen v. Jherings. So, wenn er (Geist des röm. Rechts, III, 1 § 48, 4. Aufl. S. 3 ff.) sagt, die Meinung, als hätten die Völker in ihrer Kindheit den Begriff des Eigentums, der Obligation u. s. w. nicht nötig gehabt zu suchen und auszubilden, sondern ihn fertig vorgefunden, sei um nichts besser als die, dafs sie ihre Häuser, Pflugscharen u. s. w. aus den Händen der Natur empfangen hätten. Ferner seiner warnenden Bemerkung (das. § 59, 4. Aufl. S. 318 ff.), dafs man nicht für logisch notwendig ausgeben solle, was doch historisch, praktisch, ethisch ist. Namentlich aber der Stelle (das. § 48, 4. Aufl., S. 6), wo er davon spricht, dafs die Absicht allein kein Recht schaffe, das Recht auch nicht von selbst wachse, vielmehr menschliche That ihren Anteil daran habe. Ebenso richtig hebt Leonhard (in der Zeitschr. f deutschen Civilprozefs, IV, 1883 S. 414 ff.) hervor, dafs auch die naheliegendsten, selbstverständlichsten Rechtssätze keine mathematischen Axiome, sondern historische Produkte sind. Vgl. auch die Seite 519 Note [46] angezogenen Worte Schmitts und meine in dem Abschnitt S. 409 ff. enthaltene Kritik des Rechts „an sich". Wenn aber keinerlei „Recht an sich" da ist, auch kein Recht sich „von selbst" bildet, dann hat auch kein Recht eine von denen, die es bilden — den sog. materiellen Rechtsquellen (vgl. auch unten S. 547, bes. Note [10]), die aber auch wiederum nicht die Gedanken, d. h. den Inhalt, sondern eben die Rechtsform liefern — abgelöste Existenz. In der That ist es noch niemals gelungen, bei den Thatsachen, deren Gesamtheit die Ausstattung der Regel mit der Rechtseigenschaft zuwegebrachte, von den persönlichen Entschlüssen und Energieäufserungen der handelnden Personen abzusehen: kein unpersönliches „Es" hat je Recht gesetzt, sondern es ist von Personen, Obrigkeiten, Gesetzgebern, sei es in einer organisierten, sei es in einer nichtorganisierten Gemeinschaft, wofür die Führer der Historischen Schule den Thatsachen zuwider den Volksbegriff substituierten, geschaffen worden.

Lebensregel, erhält er die Kraft auch den Widerwilligen zum Gehorsam zu zwingen, wird er als mächtiger Willen besondrer Art objektiv verbindlich, rechtsverbindlich. Auf diesem Gange, der zeitlich nur einen Augenblick lang zu sein braucht und strenggenommen auch nie länger ist — es ist der Augenblick, wo der Rechtssatz als solcher anerkannt, sanktioniert, gesetzt wird d. h. eben Positivität erlangt — liegt seine individuelle Entstehungsgeschichte als Rechtssatz. Die That oder Thaten aber, die ihm die specifische Rechtseigenschaft oder Rechtsform verleihen, sind immer etwas äufserlich Wahrnehmbares, etwas Geschehendes, und dieses, das historische Ereignis oder die Reihe der historischen Ereignisse, das ist eben das Geschichtliche, was unter allen Umständen zum Rechtwerden erforderlich ist.

So, denke ich, haben es auch Savigny und die Historische Schule gemeint, trotz der verschwommenen Philosophie des Rechtsbewufstseins. Wenn sie es nicht so gemeint haben sollten, wollen wir es so meinen. Wir können garnicht anders. Denn wir wollen und können nur positives Recht als Recht anerkennen Das ist aber nicht anders möglich, als wenn wir von jedem angeblichen Rechtssatz begrifflich und unerbittlich fordern, dafs er einen wahrnehmbaren, äufserlich und zeitlich in der Geschichte vorgegangenen Werdeprozefs aufweise, mittels dessen irgendein siegendes Rechtsbildungsmotiv oder die Diagonale aus den miteinander kämpfenden Motiven oder wie sich der Inhalt des werdenden Rechtssatzes sonst bestimmen möge, aus dem Vorstadium des Sittlichen oder Politischen, Vernünftigen oder Ideenhaften u. s. w. in das Stadium des formell verbindlichen Rechts hinübergeführt worden ist. Denn, um das noch besonders auszusprechen, positives Recht sein und auf einem geschichtlichen Wege ins Dasein als verbindliche Regel gesetzt sein, ist schlechthin ein und dasselbe.

Und nun brauchen wir nur noch, was wir jetzt auch ohne jede Gefahr des Mifsverständnisses thun können, die Kategorie der „formellen Rechtsquelle“ einzuführen, um den

Abrifs der echten geschichtlichen Rechtstheorie zu vollenden.

Wenn wir die Frage stellen: Wer macht die ihrer Tendenz nach als unverbrüchliche Normen des Zusammenlebens der Menschen in diesem oder jenem, nach dem einen oder andern Gesichtspunkte umgrenzten Kreise geltenden Regeln eben zu Recht?, so weisen die zur Antwort gegebenen Namen von konkreten rechtbildenden Gemeinschaften, deren Willensorganen und sonstigen Instanzen auf Begriffe, die unter der noch abstrakteren Kategorie der „materiellen Rechtsquellen“ zusammengefafst werden können.[10] Werfen wir dann weiter die Frage auf: Woraus erkennt man d. h. aus welchen in die Sinne fallenden Dingen — deren wir immer bedürfen, um den Schlufs zu ziehen, dafs die Existenz, das Funktionieren eines Abstraktums zu bejahen sei — können wir schliefsen, dafs was und auf welche Weise durch welche rechtbildende Macht als Recht gesetzt worden?, so geben die Antworten uns diejenigen Einzeldinge an, die man unter den generellen Begriff der „Rechtszeugnisse“ subsumieren kann.[11] Wenn wir

---

[10] Vgl. S. 545 Note [9]. Um diesen Ausdruck, glaube ich, wäre man hier um so weniger zu rechten befugt, als sich die Sprache kaum ein anderes Wort abgewinnen liefse, das den gedachten Begriff ganz und gar, dagegen nichts ihm Fremdes, also namentlich nichts ohne Beziehung auf das Recht Daseiendes, umspannte, sodafs es zum technischen Terminus geeignet wäre. Ein solches Wort müfste ja alle engeren und weiteren Genossenschaften, mit besonderen Willensorganen und ohne solche, Staaten und Gemeinden, Kasten und Stände, Kirchen und Berufsgenossenschaften und noch viele andere rechtbildende Kreise — dieses Wort wäre vielleicht das nächstbeste — umfassen. Ich möchte nicht versuchen, eins zu kreieren, bevor sich nicht die ganze Quellenlehre einigermafsen geklärt hat.

[11] Es scheint mir, um den vielen Unklarheiten in der Lehre von den Rechtsquellen (vgl. z. B. nur oben S. 504 ff. Note [31]) zu entgehen, sicherer, den Ausdruck „Rechtszeugnisse“, den ich nach dem Vorgange Anderer bereits mehrfach gebraucht habe (vgl. z. B. S. 382), für den hier gemeinten Begriff zu benutzen und nicht den Terminus „formelle Rechtsquellen“ mit irgendeinem erläuternden Zusatz. Es wäre gut, wenn letzterer endlich seinen Doppelsinn verlöre (vgl. S. 383 Note [10]). Was ich begrifflich unter Rechtszeugnissen verstehe, wird wohl nicht zweifelhaft sein. Es ist alles, schlechthin alles vom ältesten, für die Rechtsgeschichte ausnutzbaren Volks-

aber so fragen: Wie ist dieses Recht, dieser Rechtssatz, von dem die Rede ist, zu Recht geworden?, dann nennt uns jede richtige Antwort einen der in der Geschichte liegenden äufseren und darum, wenn er nicht notorisch ist, erst festzustellenden Vorgänge, eine der Formen des rechtlichen Werdeprozesses, kurz eine Rechtsbildungsform oder „formelle Rechtsquelle“, durch welche ein gewisser Inhalt die Rechtsform erhalten kann, ohne die er dagegen nimmer zu einem Rechtssatz, Rechtsprinzip, Rechtsinstitut u. s. w. zu werden vermag.[12]

epos bis zum Text des jüngsten Gesetzes, von dem vagsten Rechtssprichwort bis zum gemessenen Ausspruch berufener Personen, wenn es nur Nachricht, Auskunft, Zeugnis — authentisch oder nicht authentisch, geschrieben oder ungeschrieben — für einen Rechtsinhalt, vielleicht auch zugleich für die „materielle“ wie die „formelle“ Quelle des Satzes, enthält, sei es, dafs es direkt die Basis zu dem Schlufs, sei es, dafs es blofse Elemente liefert (z. B. die einzelnen Vorgänge bezeugt, welche eine gewisse „Gewohnheit“ begründen sollen), welche zu einer ergiebigen und zuverlässigen Schlufsfolgerung nur bei Zuhilfenahme noch mehrerer anderer Voraussetzungen führen. Auch in den Rechtszeugnissen fehlt bisher noch alle Ordnung und Einteilung.

[12] Gegen die Grundannahme, dafs die Entstehung alles Rechts in zwei wesentlich verschiedenen Formen, weder in mehr noch in weniger, vorsichgeht und vorsichgehen kann (vgl. Eisele im Archiv f. d. civilist. Praxis LXIX [1881] S. 289 ff.; Binding, Die Normen u. s. w., 2. Aufl. I S. 155 ff. und Handb. des Strafrechts, I § 40 S. 197 ff.) scheint mir jeder Widerspruch unmöglich. Ich glaube daher auch, dafs es absolut unwesentlich ist, ob man dabei die Rechtsbildung in sog. primitiven oder aber in hochentwickelten Zuständen im Auge hat. Dagegen ist jetzt unsicherer denn je, wie man diese beiden Formen benennen, und namentlich, wie man sie in der für die Jurisprudenz erspriefslichsten Weise begrifflich auszugestalten hätte. Die altgewohnte Zerlegung in Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht ist zu steif, zu unbeweglich, um ganz richtig sein zu können, und hat zur Folge, dafs in der letzteren Rechtsart alles Recht untergebracht wird, das nicht Gesetzesrecht ist, ob es nun passen will oder nicht. Ich habe daher immer nur unter Vorbehalten (vgl. z. B. S. 84, 360 Note [3] und 517 Note [44]) von dieser Einteilung, bezw. vom Gewohnheitsrecht gesprochen. Der Gegensatz von *jus scriptum* (*sensu juridico*, d. h. also *expressis verbis* gesetztem Recht) und *jus non scriptum* ist wohl nicht viel passender. Auch die Gegensätze: gesatztes — ungesatztes Recht und sonstige in Vorschlag gebrachte Einteilungen charakterisieren teils die

Wenn wir nun das letztgenannte Erfordernis einer, das eigentliche Werden jedes Rechtssatzes in der Geschichte umspannenden Quelle für seine Rechtsform festhalten, so ergibt sich folgende Bedeutung des „geschichtlichen Prinzips“ in Beziehung auf das Recht und die Rechtsbildung. Damit eine praktische, Handlungen oder Verhältnisse der Menschen und ihrer Vereine bestimmende Norm oder Regel positives Recht im Sinne der Jurisprudenz und Rechtswissenschaft, in allen ihren Zweigen und Stufen sein könne, ist eine unerläfsliche Bedingung die, dafs sie zu dem wesentlichen normativen Inhalt die ebenso wesentliche Rechtsform erworben habe, was nur auf die Weise geschehen konnte, dafs ihr eine kompetente rechtbildende Macht durch einen geeigneten, äufserlich erkennbaren Vorgang, der als solcher der Geschichte angehört und die formelle Rechtsquelle der betr. Norm bildet, die Rechtsqualität verlieh. Der Verzicht auf diese Bedingung dagegen würde ein Prinzip involvieren, dem ein derartiges geschichtliches Element fehlt, und folgeweise auf ein Recht leiten, das nicht durch eine formelle Rechtsquelle hindurch in die Wirklichkeit, wo es seine objektive Verbindlichkeit als formelles Recht bewähren könnte, eingetreten ist d. h. auf ein ungeschichtliches oder nichtpositives oder Naturrecht, das kein durch eine Theorie zu erklärendes Rechtsphänomen, kein Erkenntnisobjekt der Rechtswissenschaft, weil juristisch überhaupt gar kein Recht ist.

Dieses also definierte, echt geschichtliche Prinzip enthält, wie schon (S. 537) bemerkt, gewifs nicht das, was man eine vollständige Theorie des Rechts nennen dürfte, noch weniger die für sich allein zureichende Prämisse, aus der

Verschiedenheit nicht scharf genug, teils suchen sie sie nicht an der richtigen Stelle. Es ist eine wichtige Aufgabe (vgl. unten S. 552) der meiner Ansicht nach in der Entstehung begriffenen realistischen Philosophie des positiven Rechts oder der „Allgemeinen Rechtslehre“ (vgl. die „Einleitung“ S. 25 ff.), hier Abhilfe zu schaffen, wobei es jedenfalls nicht ohne eine gründliche Änderung der bisher noch vorherrschenden Rubrizierung alles Rechts je nach seinen formellen Quellen unter Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht abgehen wird.

ein ganzes System der Rechtsphilosophie rein logisch abgeleitet werden könnte. Es ist lediglich eine, nächst dem Begriff des positiven Rechts die wichtigste, Voraussetzung jeder Rechtstheorie und jeder Rechtsphilosophie, die juristisch möglich sein soll. Daher kann es niemals das Sonderprinzip irgendeiner Richtung oder „Schule“ in der Jurisprudenz bilden.[13] Es bildet vielmehr, da es das Wesen der Rechtsentstehung durch die formellen Rechtsquellen, also die genetische Seite der Rechtsnatur des Rechts bestimmt, im Verein mit dem Rechtsbegriff blofs den sichersten untersten Untergrund, auf dem alle allgemeinen Theorien, soviele deren auch auftreten sollten, samt und sonders aufzubauen sind. Zweifellos umgrenzen der Begriff des positiven Rechts und das Prinzip der geschichtlichen Bildung dieses Rechts durch das Medium der formellen Rechtsquellen den Schauplatz, auf den alle Jurisprudenz, auch die ganze Rechtsphilosophie im weitesten Sinne, mit ihrer Gedankenarbeit gewiesen ist. Aber sie geben eben nur die festen äufsersten Umrisse um diejenigen — innerhalb in beständiger Weiterentwicklung begriffenen — realen Erscheinungen an, auf deren wissenschaftlich befriedigende Erklärung alle Rechtstheoretiker und Rechts-

[13] Warum sträubt sich z. B. Savigny (System I S. XIII) dagegen, dafs die historische Auffassung fernerhin noch das Schiboleth einer „Schule“ bilden solle, nachdem er selbst ein Vierteljahrhundert früher (Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. I S. 1 ff., abgedr. in Verm. Schr. I S. 107 ff.) von einem offenbar als schulmäfsigen gedachten Gegensatz der geschichtlichen und der ungeschichtlichen Rechtsansicht gesprochen? Ich erkläre mir diesen immerhin etwas rätselhaften Ausspruch so. Allmählich wird es Savigny zum Bewufstsein gekommen sein, dafs das geschichtliche Prinzip, auf die Erwerbung der Rechtsform durch eine dadurch eben erst zu Recht werdende Norm bezogen, gewifs kein Prinzip einer Richtung innerhalb der positiven Jurisprudenz sein könne, weil die Verleugnung desselben die Theorie des Verleugners unfehlbar aufserhalb der möglichen Theorien — d. h. des Umkreises derjenigen Theorien, welche nur positives Recht als Recht anerkennen — versetzt. Darin liegt, scheint mir, abermals eine Bestätigung meiner Annahme (vgl. S. 526 und S. 539), dafs die unausgesprochene Voraussetzung Savignys in dem Grundgedanken bestanden hat, den ich hier als das echte historische Prinzip zu definieren versucht habe.

philosophen, wenn sie sich nicht von vornherein ganz und gar im Objekt vergreifen wollen, auszugehen haben.

Sucht die Wissenschaft als materielle Rechtsphilosophie[14] nach Aufklärungen über den normativen Rechtsinhalt, wie er in den Rechtsordnungen der Vergangenheit und Gegenwart zutagegetreten ist, so mag sie alle möglichen Agentien dazu (vgl. S. 544) ausfindig, geistreiche Ideen, soviele sie deren nur zur Verfügung hat, und Auffassungen von der überraschendsten Neuheit nach Möglichkeit geltend zu machen suchen. Nur ist jeder Streit aller Parteien auf diesem Schauplatz auszukämpfen und niemals so, dafs die eine drinnen, die andere draufsen steht oder gar, wie die sich gegenseitig befehdenden Naturrechtsphilosophien, allesamt draufsen! Sofern sie aber die andere Seite des Rechts in den Vordergrund ziehen, also formelle Rechtsphilosophie sein will, mufs sie bei allen Thesen in betreff der Genesis des Rechts aus den möglichen materiellen Quellen durch die formellen Quellen hindurch (vgl. S. 547 ff.) das Prinzip der notwendigen Geschichtlichkeit des ganzen Prozesses, den Leitstern bei allen ihren Forschungen auf dem meerweiten Rechtsgebiet, festhalten. Jede Unsicherheit in dieser Beziehung hätte zur unmittelbaren Folge, dafs die ganze Rechtsphilosophie rettungslos in den Strudel des Naturrechts hineingezogen werden würde.

Man hat den Begriff des Rechts häufig als den Kompafs bezeichnet, ohne den die Jurisprudenz immer wieder in Gegenden geraten müfste, die, wenngleich sie vielleicht irgendeine Wissenschaft angehen mögen, doch nicht das Ziel der unsrigen sind. Pafst dieses Bild, dann könnte man nun die Lehre von den Rechtsquellen das Tau nennen, mit dem der Rechtsphilosoph sich an den Mast binden mufs, damit der sinnbethörende Sirenengesang der ideellen Rechte vergeblich zu ihm erklinge. Sonst hilft ihm wahrscheinlich auch der beste Kompafs nicht immer. Und beide Dinge müssen

[14] Was ich unter den Ausdrücken materielle und formelle Rechtsphilosophie verstehe, habe ich oben S. 543 Note [7] angedeutet.

stets von der höchsten Zuverlässigkeit, die zur Zeit irgend erreichbar ist, sein. Somit kann es für die Jurisprudenz einerseits keine wichtigere Aufgabe geben, als die subtilste Bestimmung sämtlicher Merkmale des Rechtsbegriffes, selbst des letzten Partikelchens des letzten seiner Elemente, bis an die Grenze des Möglichen durchzuführen, andrerseits keine lohnendere, als die Ausarbeitung einer Theorie der Rechtsquellen, welche uns gegen die Versuchungen des täglich in neuen Verkleidungen prangenden Naturrechts eine gröfsere Widerstandskraft verleiht, als die grofsen Juristen der Historischen Schule ihrerzeit zu entwickeln fähig waren.

Alphabetisches Sach- und Namenregister.

(Die Zahlen weisen auf die Seite; die fetten unter ihnen bezeichnen bei Sachwörtern Hauptstellen, bei Personennamen dagegen stets die Seite, auf der die Stellung ihrer Träger zum Naturrecht bestimmt ist. Die russischen Namen sind nach ihrer deutschen Aussprache eingeordnet.)

Abicht **172**.
Ablaing 516.
Acollas **315**.
Adickes 183 **248** 370 484 495.
Ahrens 52 127 **130** 150 155 169 177 191 193 **252** 370 401 482.
Alas **329**.
Alaux 419.
Alberti **165**.
Albini **324**.
Alcorta **330**.
Alex 51.
Allihn **178**.
Alonso y Eguilaz **328**.
Alonso Martinez **329**.
Alvarez Martinez **328**.
Ambrosoli **323**.
Amerika, vgl. Nord-A. u. Süd-A.
Amos 14 333 **337**.
Analogie 384 469, als Naturrechtsquelle 353.
Analytical School 12 47 **332**.
Archelaos **152**.
Argyll (Duke of) 46 123.
Aristipp **153**.
Aristoteles **153** 474.
Arndts 190.
Arnold (W.) 110 490.
Arntz **320**.
Arrianos 153.
Arthur (W.) 46.
Audisio **325**.
Austin (Sir John) 13 47 48 125 **333** 336 398.
Azcarate (G. de) **329**.

Bacon (Francis) 20 37.
Baden, Landrecht **183**.
Bar (L. v.) **284**.
Barazetti 183.
Baron (J.) 147.
Bastian 413.
Bauer (A.) **172** **369**.
Baumann (J.) 4.
Baumstark 82.
Beaussire 311 **313** 370 379.
Beccaria 224.
Beer, vgl. Den.
Begriff des Rechts, vgl. Rechtsbegriff.
Begriffsbildung 58 83.
Bekker 98 120 345 481 484 491 525.
Belgien, Code **182**; Naturrecht in B. **310**.
Bélime **314**.
Benedikt 495.

Benitez de Lugo 329.
Bentham 12 13 185 202 280 361.
Bergbohm 373 477 453.
Bergmann (J.) 52.
Berner 49 279.
Beseler 482 500 508 544.
Bethmann-Hollweg 190.
Beudant 316.
Biedermann (G.) 250.
Bierling 28 94 183 231 270 296 447 478 482 491 509.
Billigkeit 183 290 299 353.
Binding 28 52 69 94 113 137 274 280 384 404 413 420 447 548.
Birkmeyer 118 299 370 425 495.
Bitzer 279 509.
Blackstone 47.
Blu(h)me 123.
Bluntschli 66 110 150 209 290 308 497.
Boehlau 302 500 515 516.
Bonald (Vicomte de) 174.
Bon Compagni 322.
Bornemann (F. Ch.) 338.
— (W.) 182.
Bornhak 209 373.
Bouix 261 319.
Bovio 324.
Brentano (F.) 244.
Brie 30.
Brinkmann 516.
Brinz 190 228 374 376.
Brito, vgl. Rodrigues de B.
Brocher de la Fléchère (H.) 38 46 48 316.
Broom 14.
Brugi 323.
Brun (L.) 320.
Brunner 139 186 333.
Brunnhofer 425.
Bruns 190 503 516 519 543.
Brusa 326.
Bry 320.
Buddeus 165.
Budget 351 386.
Buhle 166.
Bülau 278.
Bulmerincq 290 497.
Bülow 29.
Burckhard (M. E.) 257.
Burke 184 221.
Byk 245.

Campbell (E. L.) 335.
Carle (G.) 150 324.
Carmignani 150.
Carnazza Amari 327.
Caro 312.
Carrière (M.) 280.
Casanova (L.) 327.
Cavagnari (A.) 150 325.
Cavagnis 325.
Censur der Presse 207 218.
Cepeda, vgl. Rodriguez de C.
Chalybäus 255.
Chilon 152.
Cicero 154 177 228.
Clark 14.
Cocceji 165.
Code, vgl. die Ländernamen.
Codex Max. Bavaricus 42.
Cohn (G.) 216.
Collmann 243 283.
Common law 334.
Comte (Aug.) 51 311.
— (Ch.) 203.
Connanus (Conneau) 160.
Costa (J.) 329 370.
Costa-Rossetti 261.
Courcelle Seneuil 315.
Craisson 319.
Creasy (Sir Edward) 46 337.
Crehuet y Guillen 329.
Cros-Mayrevieille 44.
Crusius 165.
Czyhlarz (C. v.) 190 525.

Dahn 29 149 413.

Dänemark, vgl. Skandinavien.
Déclaration, vgl. Menschenrechte.
Degenkolb 28 182.
Delbrück 290.
Demelius 536.
Den Beer Portugael 338.
Dernburg (H.) 292.
Desing 162 165.
Determinismus 430.
Deutschland (Deutsches Reich), Naturrecht in D. 242; Civilprozefsordnung 42; Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs 92 121 298 388; Konkursordnung 42; Strafgesetzbuch 383; Strafprozefsordnung 42.
Deville 259 319.
Dilthey (W.) 196 197 221 448 498.
Ding an sich 411.
Diogenes Laërtius 152 153.
Döring (A.) 450 460.
Dove 258.
Dresler 369.
Droit, Bedeutungen von, 46 48.
Droste-Hülshoff (C. A. v.) 172 193 262 369.
Dualismus in der Rechtslehre 111 403.
Dufau 311.
Duncker (H.) 47.
Du sollst nicht tödten 420.
Dyroff 30.

Eckstein (J.) 111.
Eherecht, Kirche u. Staat über, 97.
Ehrenzweig 30.
Eichelmann 339.
Eichhorn 191 481 537.
Eigenschaften d. Naturrechts 408.
Eisele 29 548.
England, Rechtslehre in E. 12 332; Naturrecht in E. 15 206 309 331.
Enneccerus 190 525.
Epikur 153.
Erklärung, vgl. Menschenrechte.
Erzwingbarkeit, vgl. Zwangsmoment.
Eschbach 46 314.
Eschenmayer 11.
Escher 110.
Ethik 3 197 419 457 464; vgl. Recht, ethisches.
Ethnologische Jurisprudenz, vgl. Vergleichende Rechtswissenschaft.
Etymologie 60; vgl. Terminologie.

Falck 124 291.
Fassel (Hirsch ben) 276.
Fernandez Concha 330.
Ferreira França 331.
Feuerbach 186 214.
Fichte (J. G.) 172.
— (I. H.) 149 255 280 457.
Filomusi Guelfi 323.
Finland, Naturrecht in F. 338.
Fiore 326 498.
Fischer (Fr.) 249.
Fitting 190 525.
Flatt 168.
Folleville (D. de) 46 318 370.
Fouillée 315.
Frank (R.) 110.
Franken (A.) 30 111.
Frankreich, Code 182 383 466; Naturrecht in F. 309 310.
Frantz (A.) 259.
Frary (R.) 448.
Fredersdorff 163.
Freiheit 169 172 199 214 451 452.
Frensdorff 168.
Freytag (G.) 490.
Fricker 290.
Friedberg (E.) 258.
Friedländer 181.
Fries 188.
Froebel 245.

Frohschammer **256**.
Funck-Brentano **321**.

Gagern (H. C. v.) **247**.
Gans (E.) **180**.
Gareis 30 **284**.
Gafs 450.
Geib 278 527 535 536.
Geltung des Rechts 49 200, des Naturrechts 402.
Generalisieren, erlaubtes, 138 412 493.
Gentz (Fr. v.) **185**.
George (Henry) 44.
Gérard de Rayneval **313**.
Gerber (C. F. v.) 72 230 353 499 516.
Gerechte, das G. an sich, 280 318 411.
Gerechtigkeit, Idee der G. als Rechtsquelle 256 257 269 281 292 **302** 317 323; Begriff der G. **474**.
Gerlach 258.
Gesetz, terminologisch, 24 **40** 61; Begriff des G. 68 94; im mat. u. form. Sinne 61 87; als Rechtsquelle 502 548; Stellung zum Naturrecht **170** **201**.
Gesetzbücher u. Entwürfe, vgl. die Ländernamen.
Gesetzgebung, Förderung der G. durch das Vernunftrecht **217**.
Geschichtliche u. ungeschichtliche Schulen 123 197 **531**; vgl. auch Historische Schule.
Gewissen **450**.
Gewohnheitsrecht, terminologisch, 20 22 24; unsicherer Begriff 67 84 384 **516** 548; in primitiven Zuständen 125; im Vernunftrecht 170; nach der Lehre der Histor. Schule 488 502 **507**.
Geyer 149 175 224 **255** 482.
Gierke 29 38 47 110 112 122 128 148 150 158 216 261 283 290 **297** 353 484 493.
Giner **328**.
Gioannis Gianquinto (G. de) **327**.
Glafey 149.
Glaser (J.) 224.
— (J. C.) **278**.
Gleichheitsprinzip 169.
Gluth 30.
Goldschmidt (Levin) **289** 484.
— (Ludwig) 42 55.
Goljzew **339**.
Gomez de la Serna **328**.
Goeschel 53 **249**.
Goeschen 191.
Goethe 453 476.
Grasso **327**.
Gratian **157** **158** **260**.
Griechen, Naturrecht bei den G. **151**.
Grimm (Jak.) 39.
Grohmann 509.
Grolman **224** **262**.
Gros (K. H. v.) **172** **249** **369**.
Grotius 12 62 89 160.
Grundbegriffe, juristische, 22 26 34 **63** 83 **90**; Zusammenhang derselben **93**.
Gruber 51.
Grundrechte 378; vgl. Menschenrechte. [491.
Gumplowicz 137 268 296 **303** 472
Gutberlet **265**.

Haenel 137.
Hagen (K. H.) **249**.
Hall 48 **336**.
Halleck **336**.
Haller (C. L.) **174**.
Hälschner **280**.
Hamaker 111 478 514.
Harms 197 **289**.
Harrison (F.) 16.
Hartenstein **178**.

Hartmann (E. v.) 54 **181**.
Hartsen 37.
Harum 110 482 509 511 519.
Hasbach 504.
Hasner (L. v.) **181**.
Hastie 16.
Haulleville (P. de) **318**.
Haus **183**.
Hautefeuille **320**.
Hearn 14 17 335.
Heffter **284** **370**.
Hegel 10 52 89 129 **179** 371 404; Hegelianer 9 **179** **180** 244 249 277 280 322.
Hegesias **153**.
Heilinger 389.
Heimbach **251**.
Heinze (R.) 388.
Held (J.) 498.
Helle **263**.
Hellmann (F.) **248**.
Helvetius 167.
Hemming **159**.
Henrici 149 154.
Heraklit 151 432.
Herbart 89 **178**; Herbartianer **178** 179 244 254.
Herder 449.
Hergenröther **261**.
Hertling (G. v.) 157 **264** 447.
Heydenreich **172**.
Heyder 472.
Hildebrand (B.) 197.
Hildenbrand (K.) 149 153 154.
Hillebrand (J. H.) 516.
— (K.) 208.
Hingst 150 481.
Hinrichs 149 166.
Hinschius **258** 259 261.
Hippias **153**.
Hirschel **263**.
Historische Schule, ihr Grundgedanke 64 143 235 525 **534**; ihre Lehre **487** 527; Einwendungen dagegen **482**; Widersprüche in derselben 503 525, deren Gründe 526, ihre Methode **536** 544; Gegnerschaft gegen das Naturrecht 114 190 **485**, angeblicher Sieg über dasselbe 110 232, enthält aber selbst naturrechtliche Elemente 112 **480**; ihre Lehre von den Rechtsquellen **502**; Enge ihrer Rechtstheorie 22 24 89 142; Vorläufer **187**; vgl. auch Savigny u. Puchta.
Historisch-positive Rechtstheorie, Wesen derselben **538**.
Hobbes 12 13 **164** 174.
Hodler **249**.
Hoeffding 4 270 450.
Hoelder 147 190 402 434 492 525.
Hoepfner **172** **369**.
Hofmann (F.), vgl. Pfaff.
Holbach (Baron v.) **167**.
Holland, vgl. Niederlande. [337.
Holland (T. E.) 13 14 17 48 333
Holtzendorff (F. v.) 308 495.
Hombergk zu Vach **166**.
Hoppe (J.) **250**.
Huebner 149.
Hufeland **172** **369**.
Hugo (G.) 124 **163** **189** 481.
Hugonin **320**.
Hume 37 **167**.
Huxley (T. H.) **44**.
Hye v. Glunek **283**.

Jacoby (L.) 476.
Jamblichus 177.
Janet (P.) 150 181 **319**.
Jarosch 150 185 194 **339**.
Idee, Begriff der I. 472 476; angeborene I. 458 472 477; vgl. Rechtsidee.
Jean Paul 171.
Jellinek (G.) 29 41 46 137 226 387.
Jesuiten **325** **330**.

Jhering (R. v.) 10 12 25 28 36 38 54 59 77 81 98 99 134 155 194 199 374 412 448 450 458 464 476 482 491 525 544 545.
Jitta **338**.
Jodl 457.
Jouffroy **314**.
Jourdan **315**.
Isidor von Sevilla 157.
Italien, Naturrecht in I. 309 **321**.
Juristenrecht 23 488 **521**.
Jus, Bedeutung von j. 47 48 60; j. civile 156; j. divinum 157 260 261; j. ecclesiasticum publ. 260; j. gentium 156; j. naturae, j. naturale 46 155 156.

Kahl 258.
Kahle 188 **294**.
Kaiser (E.) **244**.
Kallikles **153**.
Kaltenborn (C. v.) 149 160 188 **293**.
Kamptz 150.
Kanonisches Recht u. Naturrecht 157 **258** 319; vgl. Kirchliches Naturrecht.
Kant 78 89 **114** 128 170 172 174 **198** 219 **368** **405** 439 447 489; Nachfolger **129** **176** **249** **338**.
Karneades **154**.
Katschenowski **339**.
Katzenberger 472 476.
Kent (J.) **336**.
Kestner (H. E.) **165**.
Kierulff 80 193.
Kinker **337**.
Kirche und Staat, vgl. Staat.
Kirchliches Naturrecht, k. Rechtsphilosophie 9 **258** **319** **325** **329** 370; vgl. Kanonisches Recht.
Kirchmann (H. v.) **246**.
Kleen (R.) **338**.
Klein (E. F.) **172** **369**.
Kleinpaul 425.
Kloeppel 498 509.
Knapp (L.) 53 **194** 239 **448**.
Knies 197.
Kodifikationsfrage 190 203 346 527.
Kohler 30 413.
Konstitutionalismus, konstitutionelle Theorie **129** **249** **350** 477.
Korkunow 95.
Köstlin (R.) **285**.
Krahmer (L.) 44.
Krainz 184.
Krause (K. Chr. Fr.) 89 123 **176** 307 529; Nachfolger 9 **176** **179** **252** **324** **331**.
Kritias **152**.
Krug **172** **262**.
Kühnast **287**.
Kuntze (E.) 476.
Kyrenaiker **153**.

Laband 24 28 94 217 373.
Lactantius 154.
Lagarde (P. de) 450.
Lainé **320**.
Lairtullier **314**.
Laistner 150.
Lammasch 137.
Landmann 48 **178**.
Landrecht, vgl. die Länder.
Lassalle 18 244 509.
Lasson 46 91 150 **281** 482 496.
Lauer **264**.
Laurent (F.) **317**.
Lavallée **312**.
Law, Bedeutungen von l. 46.
Lazarus 490.
Leibniz **177** **178** 472.
Lenz (G.) 225 **283**.
Leonhard (R.) 29 120 139 545.
Leonhardi (H. v.) **254**.
Lerminier **319**.
Letourneau **311** **458**.
Levi (Leone) **333**.
Lex, Bedeutungen von l. 60.

Liberatore **325**.
Liebe 271.
Liebmann 426 450 473.
Lightwood 14 48.
Lilla (V.) **323**.
Lindgren **305**.
Liszt (F. v.) 30.
Locke (J.) 12 13 60 **164** 472.
Loi, Bedeutungen von l. 31.
Loening (E.) 188 189.
— (R.) 29 66 113 118 150 187 196 205 224 255 278 280 292 308 **346** **347** **353** 404 478.
Loewe (J. H.) 457.
Lorimer 15 **331** **371**.
Lotmar 46.
Lotze 52 213 414 476.
Lücken im Recht **371**.
Luden **291**.
Lugo (Benitez de) **329**.

Maafsen 258.
Macri **327**. [**334**.
Maine (Sir Henry S.) 13 16 125
Mambelli **323**.
Marezoll **307**.
Marino (L.) **322**.
Markby 14.
Martitz (F. v.) 29.
Marxen **275**.
Maurenbrecher (R.) **247**.
Maurus (H.) **303**.
Meier (E.) 157 158 482 484 525.
Mejer (O.) 189 259.
Meinung, öffentl. M. als Rechtsquelle 327 501.
Meister **172** **369**.
Melchiorre **324**.
Mendive **320**.
Menger (A.) 44 388.
Menschenrechte 181 210 216 220 325 453; vgl. Urrechte.
Merkel (A.) 28 34 50 52 95 111 112 118 **229** 277 280 347 465.
Methode, Unsicherheit derselben, 31 90 349; historische M. **536** 544; historisch-philosophische M. 263 307 317 319; naturrechtliche M. 139 141; philosophische M. 277; vgl. Rechtsphilosophie.
Meurer 261 263.
Meyer (G.) 29.
— (Th.) **261**.
— (V.) 56.
Miceli **327**.
Michelet (C. L.) **250** **279**.
Mill (John St.) 12 13 88 336 433 458.
Miller (W. G.) **15** **332**.
Miraglia **322**.
Mittelalter, Naturrecht im M. **156**.
Mittelstädt 71.
Mittermaier 187.
Modestinus 431
Möhl **245**.
Mohl (R. v.) 150 206 **278** **370**.
Montaigne **163**.
Montesquieu **166**.
Moral, positive 336; vgl. Ethik.
Moral sense 457 458.
Moser (J. J.) **168**.
Moy de Sons **263**.
Mühlenbruch **297**.
Mühler (H. v.) **266** **275**.
Müller (A.) **189**.
— (I.) 62.
— (M.) 60.
— (O. H.) **265**.
— (P.) **281** **285**.
Münsterberg (H.) 197.
Muromzew 482.
Muyden (St. van) **338**.

Namur **315** **370**.
Nani (C.) 321.
Nationalökonomie 197; vgl. Socialpolitiker.
Natur des Menschen 243 312 322

329 331 442 448; N. der Sache 284 285 **353** 384.
Naturalobligation 183.
Naturgesetze 160 425 **428**.
Natürliches Recht im S. von primitivem Recht 124 529.
Naturrecht, anonymes, 295 303 311 324 500; Arten d. N., vgl. unter Recht; Begriff u. Namen **122** 363 485; Eigenschaften **408**; Entwicklungsgründe in d. neueren Zeit **195**; N. d. Gegenwart 107 **232**; Gegner 150 **160 184 193**; Geltungsbedürfnis 131 171 402; Geschichte **151**; logische Geschlossenheit, Lückenlosigkeit und Unbegrenzbarkeit 163 173 246 264 **356 393**; N. in den Gesetzbüchern 181; N. hat keinen notwendigen Inhalt 174; kirchliches N., vgl. das.; Kritik d. N. **355**; N. d. einzelnen Länder, vgl. unter diesen; Verhältnis zum positiven Recht 114 133 211 228 245 **367**, vgl. auch N., Verwendung desselben; Quellen d. N. **242 276** 408 440 **441**; radikales N. **169** 171; reaktionäres N. 174 320; N. u. Rechtsphilosophie 117 125 226 231 318; Subjektivismus d. N., vgl. Subjektivismus; politische Tendenz des N. 175 201 **204** 227; Terminologie und Wortspiele im N. 45 50 59 200 201 228 358; N. der Thiere 177 286 314; überirdisches N. 177; N. auf Universitäten 127 354; bisherige Unwiderlegtheit aller Formen d. N. 113 133 194 **355**; Verwendung d. N.: als kritischer Mafsstab 146 222 245 370 **397** 401 **404**, als Rechtsgrund des positiven Rechts **399**, als subsidiäres Recht 253 300 315 329 330 370 **371**, zur Entscheidung von Streitfällen **390**; Wirkungen d. N. **212**.
Naturstand 136 161 169.
Neumann (F. J.) 490.
— (L. v.) 497.
Neuner **303**.
Niebuhr 188 189.
Niederlande, Naturrecht in d. N. 309 **337**.
Njewolin **339**.
Noiré 60.
Nordamerika, Naturrecht in N. **334**.
Normen, Theorie der N. 94 98 420.
Norwegen, vgl. Skandinavien.
Notwendigkeit, auf das Recht bezogen, **429**.
Nulla poena s. *l.* 413.

Och 245 **370**.
Ofner **248 289**.
Oldendorp **159**.
Ompteda 150.
Orti y Lara **329**.
Ortloff **296**.
Ortolan (J. L. E.) **316** 370.
Österreich, Naturrecht im bürgerl. Gesetzb. **183**.
Oudot 62 **312 370**.

Palmén **338**.
Pascal **164**.
Paulsen (F.) 4 450 464 465.
Paulus 343.
Pepere **324**.
Perthaler **290**.
Pescatore (M.) 325.
Pfaff (L.) u. Hofmann (F.) 93 184 491 516.
Pfeiffer (L.) 481 499 508.
Pfizer (P. A.) d. Ä. **251**.
— d. J. **257**.
Phillimore (Sir R.) **336**.
Phillips (Ch. S. M.) **334**.

Phillips (G.) **263**.
Philosophie, Mitarbeit d. P. an der Rechtsphilosophie 3; vgl. auch Rechtsphilosophie.
Picard (E.) **312**.
Pisa Pajares **328**.
Pizzarelli **324**.
Plato 152 **153**.
Platter 44.
Plutarch 152.
Politik u. Naturrecht 348 479; vgl. Naturrecht, politische Tendenz.
Pollock (Sir F.) 14 17 186 **332**.
Polos **153**.
Polson **336**.
Pomeroy **336**.
Porphyrios 153.
Portalis **343**.
Portugal, Naturrecht in P. **330**.
Post (H. A.) 77 286 **306** 413 490 493 498 510.
Positivität des Rechts 49 546.
Positivismus 51 311.
Pou y Ordinas **329**.
Pradier-Fodéré 46 **318 370**.
Prawo, Bedeutung von, 48.
Praxis, Verhältnis zur Rechtsphilosophie 69 71 91.
Prazak **30**.
Preſsfreiheit 218; vgl. Censur.
Preufs (H.) **299**.
Preufsen, Landrecht **182** 202; Konfliktsperiode in P. **386**.
Primozič 473.
Prisco **325**.
Privatrecht, Wirkung des Naturrechts auf die Praxis d. P. 215 224 226; Naturrecht in d. Wissenschaft d. P. 246 257 279 303 317 344.
Protagoras **152**.
Protestanten, Naturrecht d. P. **267**.
Puchta (G. F.) 22 65 78 145 188 191 229 **480** 492 **502** 534 539.
Pufendorf (S. v.) **160**.
Pulszky 14 **333**.
Pütter (K. Th.) 47 **249**.
Pythagoras **73 177**.

Quellen, vgl. Naturrecht u. Rechtsquellen.
Quintilianus 154.

Rachel 165.
Radowitz (J. v.) 536.
Ratkowski **256**.
Raum, vgl. Rechtsleerer R.
Raumer (F. v.) 149 185. [518.
Reception d. röm. Rechts 99 491.
Recht, absolutes, 277 **283** 294 317 318 325 327 370, Widerlegung **410**; allgemeines R. 244 257 285 294 411, vgl. auch universelles R.; R. an sich und *a priori* 244 255 279 292 294 300 370 411, Widerlegung **410**; R. auf Arbeit 43; Begriff d. R., sein Inhalt 81, seine Unsicherheit 31 **74**, seine Wichtigkeit 69 **71**; Einheit, Einteilungen u. Abteilungen d. R. 96; Entstehung, vgl. Rechtsbildung; ethisches R. 245 **251** 256 257 312 323 328 331 400, Widerlegung **443** 449; ewiges R. 251 255 256 266 **286** 317 324 330 335 370, Widerlegung **410**; Recht auf Existenz 43; gemeines R. **205** 344 540; göttliches R. 260 267 276, vgl. auch Kirchliches Naturrecht; höheres R. 131 133 144 146 234 244 245 252 255 266 270 **287** 411-435, Widerlegung **399**; ideales R. 133 256 257 **288** 293 300 314 315 318 319 323 324 327 370 372, Widerlegung **434**, vgl. Rechtsideal; Idee des R. vgl. Rechtsidee; imperativische

Natur des R. 94 543; materielles R. als Art d. Naturrechts 253 266 290 308 343 543; natürliches R. vgl. Naturrecht; notwendiges R. 251 257 **284** 318 323 324 327 339 370 411, Widerlegung **426**; Philosophie des R. vgl. Rechtsphilosophie; philosophisches R. 244 **278** 283 285 292 294 318 325 330 339 351 370, Widerlegung **437**; positives R. 49 51 361 526, ist immer geschichtlich geworden 132 **546** und in sich selbst legitimiert 211 444, keine Ergänzung eines Naturrechts 133 **393**; R. vor aller Positivierung 243 279 287 299 317 318 **411**; Positivität des R. vgl. das. u. positives R.; primitives R. 124 548, Quellen d. R. vgl. Rechtsquellen; reines R. 244 **279** 370, vgl. R. an sich; subjektives R., Terminus 43 47 48 62, Begriff 22 67 69 95 **377**; R. terminol. **43** 60 62; Theorie d. R. vgl. Rechtstheorie; theoretisches R. 318 327 **353** 372, Widerlegung **437**; ungesetztes R. 52, vgl. Gewohnheitsrecht; universelles R. **285** 306 318 323 330, 370, Widerlegung **410**; unveräusserliches R. vgl. Menschenrechte, Urrechte; wahres R. 253 255 **286** 411; werdendes R. 248 285 **289** 321 323, Widerlegung **432**; Wortbedeutung v. R. vgl. R. terminol.; Zeugnisse d. R. vgl. Rechtszeugnisse.

Rechtsbewufstsein als Rechtsquelle 454 465 **491** 497 517.

Rechtsbildung nach d. Historischen Schule **502** 538, nach der historisch-positiven Rechtstheorie **538**.

Rechtsgefühl als Rechtsquelle 246 257 **301** **453** **465**.

Rechtsidee als Rechtsquelle 244 253 255 256 257 279 294 **295** 320 323 335 453, Widerlegung **472**.

Rechtsideal 131 252 254 **435**.

Rechtskenntnis des Publikums 469.

Rechtsleerer Raum **375** **386**; unmöglich im Naturrecht 356 **393**.

Rechtslehre, allgemeine, 14 **17** 23 **26** 90 95; Unsicherheit d. a. R. 20 30 67 98; vgl. Rechtstheorie.

Rechtsphilosophie, Aufgabe 102 288; Bedürfnis nach R. 7 **26** 33 69 **90**; neueste Litteratur d. R. 8 17 25 233; Methode d. R. 6 24 32; Mifstrauen gegen d. R. 5 68 93 117; R. u. Naturrecht 117 **125** 365; R. als Philosophie des positiven Rechts 27 35 103 226 354; realistische R. **25** 340 354 **544**; Terminologie d. R. **58**.

Rechtsquellen, Begriff 64 65 68 489 547; Begriff d. formellen R. 383 **548**; nach d. Lehre d. Histor. Schule 502 **504**; indirekte R. 135 139 447 456; materielle R. **547**; Theorie d. R., Unsicherheit derselben 24 94 132 184 348 360 504; Terminus R. **40**.

Rechtssatz, Begriff d. R. 42 68 423; Einteilung d. Rechtssätze 95.

Rechtssinn als Rechtsquelle 257 **301**, Widerlegung **453** **465**.

Rechtsstaat 217 384.

Rechtstheorie, allgemeine, vgl. Rechtslehre; Savigny-Puchtasche R. 480; ungeschichtliche R. 532; historisch-positive R. **538**.

Rechtstrieb 295 457 473.

Rechtszeugnisse 382 383 **547**.

Reddie 15 47 48 **331**.

Rée (P.) 450.

Reglement u. Recht 343.

Rehberg 184.

Reinhold (K. L.) 78 83 **222** **270**.

Religion als Rechtsquelle **443** 449; vgl. Kirchliches Naturrecht.

Religionsfreiheit 215.

Renault (L.) **320**.

Resch **279**.

Retortillo y Tornos **330**.

Richter, vgl. Jean Paul.

— (Aem.) 258.

Rieck 426.

Right, Bedeutung von, 46.

Ritschl 450.

Rivalta **261** **326**.

Rivier 150 498.

Rodrigues de Brito **330**.

Rodriguez de Cepeda **330**.

Roeder 155 177 **253** 289 **370** **371**

Roedinger **286**.

Roesler (H.) **280**.

Roefsler (C.) **181**.

Roguin **311**.

Romagnosi **322**.

Romantiker **189**.

Roscher (W.) 197.

Rosin 29.

Rosmini-Serbati **326**.

Rofsbach 149.

Rofshirt **258**.

Roth (P.) 516.

Rothe (Th.) 46 **319**.

Rotteck (K. v.) 50 53 119 193 **249** **370** 403 477.

Rottenburg 490.

Rousseau **169** **174**

Roussel 46 **311**.

Rovira y Rabassa **328**.

Royer Collard **174**.

Rückert (L.) 482.

Rudorff 190.

Rulf **194** 448 463 478.

Rümelin (G.) d. Ä. 30 49 **247** 289 370 457 460 464 490.

Rümelin (G.) d. J. 30 50 94 517.

Rufsland, Naturrecht in, **339**; Strafgesetzbuch 383.

Sachsenspiegel, Naturrecht im, **158**.

Sandona **328**.

Sangiorgi **322**.

Sanguineti **328**.

Savigny (Fr. C. v.) 22 38 65 120 123 145 188 189 **190** 197 203 **230** 346 463 480 492 502 **531** 539 550.

Schaffer **276**.

Schäffle 53.

Schaumann **172**.

Scheffler **244** 495.

Schelling 187.

Scherer (R. v.) **258** 260 265 326.

Scheurl 516.

Schilling (B.) 119 **262** **263** **361**.

— (F. A.) **193** **249** **370**.

Schleiermacher **187**.

Schlichten und Richten 385 387.

Schlosser (J. G.) **187**.

Schlofsmann 54 111 **301** 494 499 510.

Schmalz **172** **262**.

Schmaufs 149 154 160 **166**.

Schmelzing **369**.

Schmid (Jos.) **265** 419.

— (Reinh.) 296 482 491.

Schmidt (Ad.) **246**.

— (C. A.) 499.

— (L. E. W.) 353.

—-Warneck (F.) **245**.

Schmitt (K. J.) 97 464 519 545.

Schmitthenner 150 **293**.

Schmoller 30.

Schnabel (G. N.) **246**.

Schneider (Ph.) **259**.

Schoeman **189**.

Schopenhauer **243**.

Schottland, Naturrecht in, 15 **331**.

Schule, vgl. Historische Sch.

Schulte (J. F. v.) **258** 259.

Schultheis (P. A.) **286**.
Schultze (Aug. S.) 29 447.
Schuppe 4 30 49 50 77 92 94 296 472 493 498 509 517.
Schütze (R.) 34.
Schützenberger 45 46.
Schwanert 28 482 491.
Schweden, vgl. Skandinavien.
Schweiz, Naturrecht in d. Sch. **310**.
Seckendorf (V. L. v.) **165**.
Seidensticker **173** **189**.
Seitz 482 525.
Selden **165**.
Seligmann 30.
Seneca **153**.
Serna, vgl. Gomez de la S.
Sextus Empiricus 152 153.
Sidgwick 337.
Siebenhaar **248**.
Sigwart 52.
Silbernagl **258**.
Singer (H.) 99 112 157 175 189 191 222 260 262 481 491.
Sitte, positive, 336 378 489.
Sittlichkeit, vgl. Ethik u. Recht, ethisches.
Skandinavien, Naturrecht in, 309 **338**.
Skeptiker, griechische, **153**.
Snell **294**.
Socialitätsphilosophen **160**.
Socialpolitiker 43 320 345 354.
Sociologie 51.
Sohm 28 218.
Sokrates 151 152 **153**.
Solon **152**.
Sophisten, griechische, **152**.
Sorel **321**.
Soria de Crispan **323**.
Spanien, Naturrecht in, 309 **328**.
Spencer (Herbert) 16 **333**.
Spinoza **164**.
Spir **286** 339.
Sprache, Sparsamkeit der Sp. 45 52 200; Analogie zum Recht 152 424 468.
Sprachgefühl 467 468.
Staat und Kirche 97 260 326.
Staatslexikon, Deutsches, **174** **249** 477; vgl. Rotteck, Welcker.
Staatsrecht, Wirkungen des Vernunftrechts auf d. St. 216 225; Naturrecht in der Wissenschaft d. St. 245 247 249 251 266 269 274 278 290 293 323 **347**.
Staatsverträge 96.
Stahl (Fr. J.) 113 149 188 191 199 **267** 448 481 489 498 503 508 515 535 539.
Stammler 30 111 113 121 123 **141** 184 234 482.
Stäudlin 457.
Steger **262**.
Stein (L. v.) 51 **294**.
Steinthal **178** 490.
Stephen (J. K.) **336**.
Stintzing (R. v.) 28 190 224 482.
Stobbe 516.
Stoelzel 182.
Stoerk 30 296 305 308 349 478.
Stojanow **339**.
Stoiker 154 155.
Strafrecht, Wirkungen des Vernunftrechts auf d. St. 215 224 226; Naturrecht in der Wissenschaft d. St. 255 279 280 283 284 285 291 302 316 322 **346**.
Stricker (R.) **250**.
Subjektivismus des Naturrechts 133 141 173 200 **451**.
Südamerika, Naturrecht in, **330**.
Suliotis 46 **312** **370**.
Sweet 47.
Swientochowski 458.
Syllabus **259** 262.
System, Bedeutung eines S. der allgemeinen Rechtslehren **98**.

Talmud, Naturrecht im, **276**.
Taparelli d'Azeglio **325**.
Taylor (F. M.) **335**.
Tennemann 154.
Termini, Wert d. technischen, **37** 54 61.
Terminologie, Unsicherheit der T. der jurist. Grundbegriffe 31 **37**.
Tex (Anne den) **337**.
Theodoros **153**.
Theorie des Rechts **437**; vgl. Rechtstheorie.
Thibaut 11 **186** 203.
Thiercelin **312**.
Thiere, vgl. Naturrecht d. Th.
Thilo (Chr. A.) 149 175 **255** 268.
Thilly 472.
Thoel 508 516.
Thomas v. Aquino **260** 326.
Thomasius **160** 446 447 489.
Thon 28 94 387 447.
Tissot **312**.
Tödtungsverbot **420**.
Tönnies **125**.
Torres Campos **330**.
Treitschke (H. v.) 189.
Trendelenburg 12 38 91 124 166.
Tschitscherin 150.

Ulpianus 157 465.
Ulrici **246**.
Ungarn, Naturrecht in, **340**.
Unger (J.) 41 127 184.
Universalsprache 424.
Universitäten, d. Rechtsphilosophie auf den U. 101 127 354.
Unrecht an sich 255 280 461, vgl. Recht an sich; civiles u. kriminelles U. 99 347.
Urrechte 44 169 210 250 252 253 329 395; vgl. Menschenrechte.

Vangerow 516.
Vareilles-Sommières (Comte de) **320**.
Varnbüler (Th. v.) 414.
Verfassungen 216 220.
Vergleichende Rechtswissenschaft 60 75 306 379.
Verhältnis des Naturrechts zum positiven Recht 133 **368** u. umgekehrt **393**; vgl. Naturrecht.
Vering **258**.
Vernunft, als Rechtserkenntnismittel 159 160; als Rechtsquelle 169 199 243 314 394, Widerlegung **442**.
Vernunftrecht, Entwicklung in d. Vergangenheit **195**, Wirkungen **224**; V. in der Gegenwart **247** 309 321 328; übertragen auf Kirchenrecht 262.
Vernunftvermögen, juristisches, 186 504.
Verordnung 41.
Vesque v. Püttlingen 184.
Vizozsil **340**.
Vizzani **324**.
Volapük 425.
Volkelt 79.
Völkerrecht, Begriff, 56 62 380; Naturrecht in der Wissenschaft des V. 231 250 256 257 258 279 284 290 293 315 320 326 330 332 334 335 338 **352** 380.
Volkmann v. Volkmar 54.
Volksgeist 99 490 529.
Voltaire **167** 170 202 224.
Vorbestimmtheit des Rechts 384.
Vorländer 149 **245** **370** 457.

Wach 29.
Wächter (C. G. v.) **292**.
Wal (G. de) 150 166 **193** **337**.
Wallaschek 17 30 48.
Walter (F.) **263**.
Warnkönig 124 149 172 **256** 368.
Waxel (P. de) **339**.
Weber (A. D.) **183**.

Weckesser 450.
Welcker **249** 477.
Wendt 369.
Wharton 14 16.
Wheaton **336**.
Windscheid 29 69 111 112 292 482 491.
Winkler **159**.
Wirthmüller **266** 419.
Wissenschaft, Aufgabe der, 439; die W. als Rechtsquelle 171 203 353 **521**.
Wolf (Chr.) 128 162 165.
Wundt 4 48 53 60 447 490 492 496.
Zachariae (C. S.) **251**.
— (H. A.) 373.
Zeller **250**.
Ziegler (Theob.) 419.
Ziller **178**.
Zitelmann 29 46 50 94 112 137 482 484 491 498 509 510 516 517 525.
Zoepfl 50 **294** 371.
Zorn 30.
Zwangsmoment, das Z. im Recht 22 62 69 73 81 105 117 386 388 **446** 489.
Zweck im Recht 476.
Zweifel (H.) **266**.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Verlag von Duncker & Humblot in Leipzig.

Die Ehre und ihre Verletzbarkeit.

Von

Karl Binding.

Erste und zweite Auflage. 1892. Preis 80 Pf.

Die

Entstehung des deutschen Städtewesens.

Von

Rudolph Sohm.

1890. Preis 2 M. 40 Pf.

Die Reform der Freiheitsstrafe.

Ein Beitrag
zur Kritik der bedingten und der unbestimmten Verurteilung.

Von

Adolf Wach.

1890. Preis 1 M. 80 Pf.

Der Versuch der Reichsgründung

durch die Paulskirche
in den Jahren 1848 und 1849.

Von

Karl Binding.

1892. Preis 1 M. 20 Pf.

Die Probleme der Geschichtsphilosophie.

Eine erkenntnistheoretische Studie

von

Georg Simmel.

1892. Preis 2 M.

Studien zur Rechtsphilosophie.

Von

Richard Wallaschek.

1889. Preis 7 M.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co in Altenburg.