

Rudolf Stammmler

Der Richter

Mit einem Vorwort von Winfried Kluth

Band 3

Replikata

Rudolf Stammer

Der Richter

Mit einem Vorwort von Winfried Kluth

Universitätsverlag Halle-Wittenberg

uvHW

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

C

Unveränderter Nachdruck des Textes der Ausgabe von 1924. Ob an dem Werk noch Rechte Dritter vorhanden sind, konnte trotz intensiver Nachforschung nicht abschließend geklärt werden.

Umschlaggestaltung: Horst Stöllger, pixzicato GmbH Hannover

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2014

Printed in Germany.

ISBN 978-3-86977-100-7

Vorwort

Von Winfried Kluth

Rudolf Stammler (1856–1938) gehört zu den bedeutenden Rechtsgelehrten, die in der Zeit des Übergangs vom Kaiserreich in den demokratischen Verfassungsstaat in Halle geforscht, gelehrt und gelebt haben. Für die Rechtswissenschaft war dies eine Epoche, die mit zahlreichen grundlegenden Veränderungen im Rechtsdenken und in der Rechtsordnung verbunden waren und die Beschäftigung mit grundlegenden Fragestellungen nahelegte.

Rudolf Stammler wird aus der heutigen wissenschaftlichen Perspektive vor allem als Rechtsphilosoph wahrgenommen. Die grundsätzliche Berechtigung dieser Sichtweise lässt sich bereits an dem Umstand plausibel erklären, dass Stammler 1914 in Halle die Zeitschrift für Rechtsphilosophie gründete und mit seinen Werken „Die Lehre vom richtigen Rechte“ (1902) sowie dem „Lehrbuch der Rechtsphilosophie“ (1922) zur rechtsphilosophischen Forschung und Debatte wichtige Beiträge geleistet hat.*

Die Bedeutung von *Stammler* als Forscher und Lehrer ist aber darüber hinaus durch eine Reihe weiterer Gesichtspunkte geprägt, die sich aus einem Blick auf wichtige Stationen seines Lebenslaufs erschließen. Auf sie soll – auch um einige Anregungen für das „Berufsbild des Hochschullehrers“ zu skizzieren – an dieser Stelle kurz hingewiesen werden.

Stammler wurde nach dem Studium an den Juristischen Fakultäten in Gießen und Leipzig sowie der Promotion in Gießen und der Habilitation in Leipzig zunächst nach Marburg, dann nach Gießen als Professor berufen. An die Vereinigte-Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg erging an Stammler 1885 ein Ruf, dem er folgte und sodann bis 1916 dort forschte und lehrte. In diesen 31 Jahren bekleidete Stammler gleich viermal das Amt des Dekans der Juristischen Fakultät. Er war zudem mehrfach Senator und im Jahr 1903 Rektor der Universität. Nach seinem Wechsel an die Universität Berlin blieb er der halleischen Universität als Ehrensenator verbunden. Die Ausübung von Ämtern der akademischen Selbstverwaltung war für Stammler ein ebenso wichtiger Aspekt seiner beruflichen Tätigkeit wie Forschung und Lehre selbst.

* Dazu vertiefend *Matthias Wenn*, Juristische Erkenntniskritik. Zur Rechts- und Sozialphilosophie Rudolf Stämmers, 2003.

Im Bereich der Lehre hat *Stammler* durch die „Erfindung“ der Praktischen Pandektenübung für Anfänger (dazu publizierte er 1893 auch ein Begleitbuch), dem Vorläufer der späteren Kleinen Übung, bis in die Gegenwart hinein Spuren hinterlassen.

Neben seinem Interesse für die Rechtsphilosophie weisen die Arbeiten von *Stammler* auch Bezüge zur Sozialphilosophie und Soziologie auf. In diesem Zusammenhang ist auch das hiermit neu aufgelegte Werk zum Berufsbild des Richters zu erwähnen. Hinzu kommen die Arbeiten von *Stammler* zur „Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Fortschritt der Kultur“ (1900) und zu den „grundsätzlichen Aufgaben des Juristen in Verwaltung und Rechtsprechung“ (1906). In allen diesen Arbeiten wird die Reflexion des Juristen über die Bedeutung des Rechts und seiner Anwendung in und für Staat und Gesellschaft deutlich, die in der heutigen Zeit häufig zu kurz kommt und neu und vermehrt angeregt werden sollte.

Es ist vor allem dieser Gesichtspunkt, der den Ausschlag für die Wahl der Studie von *Stammler* zum Berufsbild der Richter für die Neuveröffentlichung in der Reihe *Replicata* gegeben hat. Richter und Gerichte stehen in der Zeit medialer Omnipräsens vor neuen Herausforderungen, die man durchaus als „Versuchungen“ und „Gefährdungen“ einordnen kann. Vor allem das Eindringen der Medienberichterstattung in laufende Ermittlungs- und Gerichtsverfahren kann das Handeln und Verhalten der Richter beeinflussen und verlangt von ihnen mehr denn je, sich auf die zentralen Aspekte des Amtsethos und der richterlichen Unabhängigkeit zu besinnen. Die Untersuchung von *Stammler*, der man nicht in allen Einzelgedanken folgen muss, ist heute vor allem deshalb von Interesse, weil sie die grundlegenden Fragen zu einer Zeit herausarbeitet, die von den medialen Herausforderungen noch keine Vorstellung hatte und haben konnte. Gleichwohl reflektiert auch sie die Gefahren, die durch ganz unterschiedliche Erwartungen an das Verhalten von Richtern ausgelöst werden, etwa durch eine falsch verstandene Pflicht des Richters, jenseits des Gesetzes für Gerechtigkeit zu sorgen.

Der Neudruck der Abhandlung ist mit dem Wunsch verbunden, die Besinnung auf das Amt und das Berufsethos des Richters anzuregen und dabei die in vielen Punkten zeitlosen Überlegungen von Rudolf Stammler als Stimulans anzunehmen.

Halle, im April 2014

Winfried Kluth

Inhaltsverzeichnis

| | Seite |
|--|-------|
| I. Die Aufgabe | |
| 1. Einleitung | 7 |
| 2. Die Einzelheiten und ihre Einheit | 9 |
| 3. Die Praxis | 10 |
| 4. Die Technik | 12 |
| 5. Die Theorie | 13 |
| II. Das Recht | |
| 1. Recht und Natur | 16 |
| 2. Recht und Religion | 18 |
| 3. Recht und Moral | 20 |
| 4. Recht und Sitte | 23 |
| 5. Recht und Willkür | 25 |
| III. Die Paragraphen | |
| 1. Rechtsbegriff und positives Recht | 28 |
| 2. Herkunft des positiven Rechtes | 29 |
| 3. Die Rechtsquellen | 31 |
| 4. Die richterliche Urteilskraft | 33 |
| 5. Die Wissenschaft vom Rechte | 36 |
| IV. Die Gerechtigkeit | |
| 1. Von der grundsätzlichen Richtigkeit eines Wollens | 39 |
| 2. Die Methode grundsätzlichen Richtens | 41 |
| 3. Das soziale Ideal | 42 |
| 4. Der Eudämonismus | 44 |
| 5. Subjektive Werturteile | 46 |
| V. Richtiges Recht | |
| 1. Das Naturrecht | 48 |
| 2. Absolute und objektive Richtigkeit | 49 |
| 3. Die rechtliche Bedeutung von Treu und Glauben | 51 |

| | Seite |
|---|-------|
| 4. Die Grundsätze des richtigen Rechtes | 53 |
| 5. Das Wählen des richtigen Obersatzes | 54 |
| VI. Richterliches Ermessen | |
| 1. Humane Rechtsprechung | 57 |
| 2. Freies Recht | 58 |
| 3. Der Prätor | 60 |
| 4. Von Platons Staatsmann | 62 |
| 5. Begründetes Urteilen | 65 |
| VII. Unabhängigkeit der Gerichte | |
| 1. Gesetzgebung und Richteramt. | 67 |
| 2. Der Rechtsstaat. | 68 |
| 3. Bewährte Lehre und Präjudizien. | 71 |
| 4. Sogenannte Kulturnormen | 73 |
| 5. Herrschende Anschauungen | 75 |
| VIII. Des Richters Priesteramt | |
| 1. Klarheit des Endzieles | 78 |
| 2. Das anzuwendende Recht | 80 |
| 3. Zwiespalt im Rechte | 83 |
| 4. Die Gnade | 85 |
| 5. Gerechtigkeit und Liebe | 88 |



I. Die Aufgabe.

1. Einleitung.



uf freier Bergeshalde stand seit alten Zeiten ein prächtiger Tempel. Weithin leuchtete er in die Lande. Wohlbehauene Steine bildeten sein Fundament, fest gefügt ragte der stolze Bau zur Höhe. Drinnen waltete eine weise Priesterschaft ihres Amtes, des Tempels und seines Dienstes zu pflegen. Denn weither kamen sie gepilgert, die Scharen der Hilfesuchenden, und wer immer sich allein und vereinzelt fühlte, konnte von hier das gute Bewußtsein mitnehmen, daß in sicherer Weise jedem das Seine zugesprochen werde, und daß solches machtvolle Durchführung erhielt.

Das war der Tempel des Rechtes und der Gerechtigkeit.

Aber andere Begehungen, als die eben gesagten, traten unter den Menschen auf. Man fand es wünschenswerter, vor allem für sich und für seine Gruppe äußere Vorteile zu erlangen, — die Weihe des Tempels ward nur zum Scheine noch gesucht. Und man hielt sich an die Richtlinien, die dorthier erstrahlten, nur solange der Wunsch der Menge gerade selbst von Fall zu Fall noch mochte, und unternahm es, an Stelle des Spruches von dorten nur das eigene, subjektive Streben zum Maß aller Dinge zu nehmen.

Der Zug nach dem Tempel geriet in Verfall. Seinen Dienern gedieh es zur Sorge. Sie traten zusammen und berieten, wie dem wohl gesteuert werden könnte. Da zeigte sich jedoch, daß man die Mittel zur Besserung und Vervollkommnung überkommener Zustände solange nicht in begründeter Weise darlegen könnte, als noch keine Klarheit über die Grundgedanken bestand, die zu verfolgen und einzuhalten waren. „Wenn ich nicht weiß,“ so führte einer des **Platon** Worte an, „was das Gerechte ist,“ hat es gute Wege, „daß ich wissen sollte, ob es eine Tugend ist oder nicht, und ob der, welcher es an sich hat, nicht glücklich ist oder glücklich.“

Darum erschien es nötig, sich vor allem einmal zu besinnen, wie beschaffen eigentlich das Ziel ist, dem hier nachgeeifert werden soll. Das Recht und die Gerechtigkeit. Dann wird sich auch deutlich einsehen lassen, in welcher Art und Weise die mannigfachen praktischen Aufgaben, die dabei ständig auftreten, nach einheitlich führendem Sinne zu bewältigen sind. Namentlich ergibt sich hieraus die Möglichkeit, denen, die als Richter zum Hegen und Verwirklichen des Rechtes berufen sind, die rechte Richtlinie selber zu weisen.

Wohl fanden sich unter den Sprechern auch solche, die das Suchen nach den allgemein bestimmenden Gedanken für nebensächlich erachteten. Stellt Leute an, sagten sie, die mit „feinem Takte“ und mit „gesundem Verstande“ ihre Aufgabe aufnehmen, so wird ein „richtiges“ Ergebnis erzielt werden. Setzt nur die Interessen der Streitenden „in sachlich begründeter Weise“ auseinander; schlichtet den Streit so, wie „die wahre Gerechtigkeit“ es verlangt!

So sprachen sie. Aber ihre Worte erledigten das nicht, was hier als Frage sich aufwirft. Ihr Programm war nicht falsch, aber unausgetragen. Die Aufforderungen, die sie machten, bezeichneten wohl die Aufgabe, die hier vorliegt; allein, wie sie zu lösen sei, das sagten sie nicht. Woran erkennt man es, ob Forderungen und Wünsche der Streitteile in wohlbegründeter Richtigkeit beschieden worden sind? Wann entspricht eine Forderung dem Gedanken des Rechtes und bleibt nicht beispielsweise willkürliche Gewalt; und was ist eigentlich die Gerechtigkeit, nach deren Eingreifen sich alle sehnen? Ist es doch ein offenbar fehlerhafter Zirkel, wenn man zur Bestimmung dessen, was „billig und gerecht“ ist, darauf verwiesen hat, was „billig und gerecht“ urteilende Menschen fühlen würden.

Je stärker man also den fragenden Gedanken folgt, um so gewisser ist es, daß hier, wie überall, die gesicherte Grundstimmung es ist, die für alle besonderen Aufgaben den Ausschlag nicht sowohl geben sollte, als vielmehr tatsächlich gibt. Sich ihr in ungeprüfter Weise hinzugeben, hat keinen Sinn. Somit kommt es darauf an, die Eigenart der bestimmenden Weise, der wir in Wirklichkeit einheitlich folgen, mit kritischem Denken sich klar zu machen, — sich klar zu werden vor sich selbst!

Mit diesem Ziele vor Augen mag es im Kommenden unternommen werden, den Lebensberuf dessen zu begründen, der als Richter der Gemeinschaft und ihren Gliedern zu dienen hat. Die so gestellte Aufgabe mag zuvörderst noch etwas im Ganzen erwogen werden.

2. Die Einzelheiten und ihre Einheit.

Unser Leben vollzieht sich in lauter begrenzten Einzelheiten. Was uns immer vorkommen mag, im Wahrnehmen und im Bestreben, es ist bedingt und endlich, beschränkt und unvollkommen. „Ideale“ Ziele und „ideale“ Mittel gibt es in der sinnlich empfindbaren Wirklichkeit nicht. So ist alles, was uns tatsächlich begegnet, von nur bedingter Beschaffenheit: Das Gegenteil — daß ein besonderes Vorkommnis eine absolute Bedeutung hätte — würde immer einen Widerspruch im Beisatze abgeben.

Aber wenn alles um uns her unvollständig und Stückwerk ist und jegliches Wollen und Wünschen von abgerissener Art, so kann es doch nicht dabei bleiben, daß wir nichts als Einzelheiten in unserem geistigen Besitze hätten. Sie müssen in allgemeiner Einsicht erfaßt und beherrscht werden, sie sind nach einheitlicher Art und Weise zu ordnen. Geschieht das nicht, so fällt auch jede Möglichkeit, sich überhaupt mit den besonderen Erlebnissen erfolgreich zu beschäftigen.

Keine Einzelheit kann klar und deutlich bestimmt werden, wenn sie nur als begrenzte Einzelheit für sich genommen würde. Sie muß mit anderen Erlebnissen verglichen werden. Man kann sie aber untereinander nur vergleichen, wenn sie, die Besonderheiten, alle gleichmäßig nach einer übereinstimmenden Methode begriffen und beurteilt werden. Das tun wir in Wahrheit auch ständig in unwillkürlicher Weise. Denn es ist selbstverständlich, daß irgendein Vorkommnis, das in seiner Eigenart niemals wieder vor Augen käme und gar keine Lehre für kommende Aufgaben böte, völlig gleichgültig sein müßte. Darum braucht man für die richtige Auffassung und Benutzung jedes bewußt erlebten Ereignisses das Zurückgehen auf einen einheitlich bestimmenden Gedanken, dem gegenüber jenes besondere Geschehen nur als bedingte Anwendung erscheint.

Infolge dieser Erwägung scheiden sich die Gegenstände der kritischen Betrachtung in zwei Klassen.

Die eine Klasse betrifft die untereinander verglichenen und verhältnismäßig verallgemeinerten Besonderheiten. Sie bilden die große Masse der wissenschaftlichen Untersuchungen aller Art. Die zweite Klasse betrifft die ordnenden Methoden als solche. Sie werden gefunden durch Besinnung auf die Möglichkeit der Vereinheitlichung von Eindrücken und Strebungen überhaupt. Ihr Ergebnis will von unbedingt durchgreifender Art sein. Denn wenn man mit den Methoden des Ordners unsicher wechseln würde, so könnte auch das Ziel der Ordnung nicht erreicht werden. So ist die Lehre von den Bedingungen richtigen Erkennens und Wollens — die Schulsprache nennt sie die Lehre

von den reinen Formen des Bewußtseins — von absoluter Bedeutung. Dagegen können alle Sätze, alle Studien und Bestrebungen, die nach jenen notwendigen Bedingungen des Ordners bestimmt und gerichtet sind — in der Schulsprache die Materie der wissenschaftlichen Bearbeitung genannt — nur relativen Sinn haben und, wenn ihre rechte Bearbeitung gelingt, objektiv richtig sein, dem bessernden Fortschritt dem Stoffe nach Raum gewährend.

Diese Erinnerung an die überall notwendige und in sich gar nicht schwierige Unterscheidung von Form und Stoff unserer Gedankenwelt soll uns auch den Weg zur Lösung der hier im besonderen gestellten Aufgabe weisen. Auch bei dem Berufe, den der Richter zu erfüllen hat, ist selbstredend die allgemein bestimmende Methode, für alle Einzelheiten einheitlich und fest, zu trennen von dem danach gerichteten besonderen Wirken und Tun. So gilt es, die bedingenden Grundgedanken des Richteramtes überhaupt erschöpfend zur Klarheit zu bringen. Es kommt weder auf vage moralische Mahnungen an, noch auf eine Sammlung bemerkenswerter Gepflogenheiten bestimmter Länder und Zeiten. Es sind vielmehr die Richtlinien zu geben, die unbedingt und immerdar für einen Richter ihre Gültigkeit besitzen.

Wie aber vermag man solches zu bieten?

Hier ziehen wir es vor, uns alsbald mitten in die Sachen hinein zu begeben. Die folgende Ausführung mag als Ganzes die Antwort auf jene Frage liefern. Nur soviel darf von vornherein gesagt werden, daß nicht auf das Geratewohl nach schließlich doch nur persönlichen und zufälligen Erfahrungen vorgegangen werden soll. Es muß uns stets die Einheit des Geistes vorleuchten, in die auch des Richters rechtes Wirken harmonisch sich einfügt.

3. Die Praxis.

Es hat noch nie gelingen wollen, ein Volk ohne Recht aufzufinden. Es ist auch kaum vorstellbar. Immer wieder zeigte sich bei jenen Versuchen, daß es sich nur um das Fehlen ganz bestimmter Staatseinrichtungen handeln konnte: rechtlich geordnete Verhältnisse aber lagen allem Zusammenleben doch stets zugrunde.

In ganz besonderer Art trat eine verneinende Meinung in der Erzählung des **Herodot** von **Dejoces**, dem Richter der **Med**, auf. Die **Med**, so berichtet der Historiker, hätten sich von den **Assyrern** getrennt und dann ganz ohne Gesetze gelebt. An Streitigkeiten habe es jedoch bei ihnen nicht gefehlt. Sie seien durch einen gerechten Richter, eben jenen **Dejoces**, ausgezeichnet geschlichtet worden, bis er selbst, weil zuviel gelobt, in vollendeter Bescheidenheit das Richteramts wieder niedergelegt habe.

Hier bleiben unvermeidliche, bedeutsame Fragen offen.

Jeder einzelne Streit in rechtlichen Dingen muß doch unter einem allgemeinen Gesichtspunkt erwogen und beurteilt werden. Vielleicht ist der maßgebliche Obersatz nicht in einem ausgearbeiteten Gesetzbuche oder in einer sonstigen geschriebenen Satzung gefaßt, möglicherweise findet er sich nur als Gewohnheitsrecht, und es kann auch sein, daß er erst in und mit dem gerichtlichen Spruche aufgestellt wird. Allein unter allen Umständen liegen bestimmte rechtliche Einrichtungen schon zugrunde. Wäre dem anders, so könnte ja niemand sich in seinem Rechte gekränkt fühlen, und es wäre ein Anlaß für gerichtliches Einschreiten überhaupt nicht vorhanden. Von einem sozialen Leben, das ohne alle rechtliche Ordnung statt hätte, kann gerade nach der Schilderung des berühmten Geschichtsschreibers keine Rede sein.

Läßt sich so deutlich einsehen, daß ein Anlehnen an feststehende Rechtssätze unerläßlich ist, so ist weiterhin auch ein wildes Praktizieren in der richterlichen Tätigkeit sicher nicht möglich. Jeder Richter hat eine allgemeine Grundstimmung, der er bei dem Aufstellen seines Spruches folgt, selbst wenn es ihm nicht ganz deutlich im Bewußtsein liegen sollte.

In einer Universitätsstadt hatten sich wenig erfreuliche Ehrenhändel gehäuft. Es wurde ein Ehrengericht zu ihrer Erledigung eingesetzt, das sich freilich in manchem weniger an juristische Paragraphen als an konventionale Sätze des studentischen Buches vom „Comment“ hielt. Zuweilen war die Beurteilung einer Tat recht zweifelhaft. Der Vorsitzende stellte eine Regel auf, die einen großen Teil der fraglichen Fälle traf und vielen Beifall fand. Wir müssen, meinte er, zusehen, ob der Täter das, was er jetzt unter dem Einflusse geistiger Getränke verübte, auch vollbracht haben würde, wenn es früh am Tage und er ganz nüchtern gewesen wäre. — Das war eine formale Maxime von relativ allgemeiner Art, die in zahlreichen einzelnen Fällen gebraucht und durchgeführt werden konnte. Es war ein Hilfsmittel mit dem Charakter verhältnismäßiger Allgemeinheit.

Vielleicht hatte der, der es aufgestellt, es selbst in verschiedener besonderer Erfahrung gefunden, vielleicht von anderen, die es schon besaßen, mitgeteilt erhalten. Aber das Aussprechen und Lehren dieser Anleitung war selbst nicht mehr bloße Praxis. Denn Praxis ist die Behandlung von Einzelfällen in ihrer abgegrenzten Besonderheit. Alle ihre Vornahme setzt allgemeinere Sätze und Lehren voraus, in deren Befolgung erst die praktische Betätigung möglich ist. Eine methodische Betrachtung dessen, was der „Praktiker“ wirklich tut und vollführt, muß sonach zur Erwägung jener Voraussetzung weitergehen.

4. Die Technik.

Das erste Tun im geistigen Fortschreiten ist die Verallgemeinerung. Sie zeigt sich auch beim Richten und Schlichten von Streit. Man denkt sich das Wollen und Wirken, das einzeln bemerkbar wird, durch viele und vielleicht alle, deren man in Gedanken habhaft werden kann, tatsächlich aufgenommen und durchgeführt. So wird eine es billigende oder verwerfende Regel daraus. Früh sammelt sich ein Schatz solcher Sätze an, im Leben der Einzelnen wie der Völker. Die Kinderstube weiß davon zu sagen, die Rechtsgeschichte häuft den juristischen Stoff schier unübersehbar an.

Aber auch die Maximen des Verhaltens auf richtender oder verwaltender Seite bilden sich in der genannten Weise tüchtig aus. Man kommt um allgemein führende Gedanken ja nimmermehr herum. Ob ein Vormund den Mündel in diese oder jene Schule zu schicken habe, ob er ihn dem einen oder andern Berufe zuführen mag, das läßt sich zwar nicht ein für allemal gleichmäßig sagen; aber ein einheitlicher Gedanke durchdringt doch jede Vormundschaft und muß sie beherrschen. Es soll der Vormund ein treu sorgender Schützer und Führer des unmündigen Kindes, vielleicht auch des schutzbedürftigen Erwachsenen, der entmündigt ist, sein, und dieses formale Ziel hat alle Maßnahmen des Vormundes zu leiten.

Und niemand kann mit dem Gerichte häufiger zu tun haben, ohne gewisse Beobachtungen sich zunutze zu machen. In einem interessanten und sympathischen Buche von Dupré, hinter welchem Pseudonym sich ein angesehener Staatsrechtslehrer verbirgt, wird die Tätigkeit eines Anwaltes in dem nach 1871 wieder deutsch gewordenen Elsaß geschildert. Er gibt den Entwurf zu einer forensischen Psychologie, deren Objekt der Richter ist. Wenn der Angeklagte, heißt es dort, während der Verhandlung äußerst schlecht behandelt wird, so ist das für den Verteidiger ein gutes Zeichen hinsichtlich des zu erwartenden Urteils und umgekehrt. Es wird etwas Wahres daran sein, — aber freilich Ausnahmen hat es auch.

Doch auch der Richter bildet sich in seiner fortlaufenden Tätigkeit gewisse Klugheitsmaximen. Wie jeder denkende Mensch, so treibt er, den der Beruf auf die Beurteilung anderer Leute hinweist, praktische Psychologie. Allerlei Regeln bildet er sich, nach denen er die Absichten der andern erkennen mag. Manche Handgriffe legt er sich zurecht zur Auslegung der Gesetze, zur Bearbeitung verwickelter Tatbestände, zu ihrer Erledigung nach Tat- und Rechtsfrage. Allein wieder erlebt auch er hierbei notwendige Lagen, da er Ausnahmen von derartigen Anleitungen

zugeben und behaupten muß. Alle brauchbaren Regeln und Lehren, die er sich formt oder von andern erfährt, sind und bleiben un-
abgeschlossen, haben zerfaserte Ränder, sind im Grunde wieder
bloß Stückwerk. Und das hat einen tieferen Grund.

Die Sätze und Anweisungen, von denen wir sprachen, sind
von begrenzten Voraussetzungen ausgegangen und richten sich
auf begrenzte Fragen. Wir nennen solche Lehren, die ganz
bestimmte, begrenzte Ziele vor Augen haben, die Lehren der
Technik. Mit ihnen fängt wohl bei jedem Menschen das Auf-
stellen allgemeiner Lehren an. Bei nur zu vielen bleibt es
dabei. Sie leben in ihrer technisch begrenzten Gedanken-
welt, ihre Erhebung über die einzelnen Vorkommnisse in deren
besonderem Auftreten erschöpft sich in relativen Verall-
gemeinerungen.

Das hält jedoch einer kritischen Ueberlegung nicht stand.
Wohl zeigt sich in der Beschränkung der Meister. Aber das geht
nur auf das Vermeiden der Sucht nach quantitativ allzu aus-
gedehntem Wissen; das hat seine notwendigen Grenzen, und ein
Polyhistor kann und soll der Richter nicht werden. Nun aber
ist von der folgerichtigen Art des qualitativ gesteigerten Aus-
denkens die Rede. Daß man in den uns werdenden Aufgaben
an einem begrenzten Punkte halt macht, solches darf nicht
zum Prinzip erhoben werden. Kein einziger beschränkter
Zweck kann der Frage ausweichen, wozu er denn sei; keine
begrenzte Betätigung vermag die unbedingte Führung für andere,
weitere Arbeiten zu geben.

Eine technisch begrenzte Beschäftigung ist somit sachlich
immer nur vorläufig. Denn wenn sie in ihrer Eigenart sich
begründen und rechtfertigen will, so muß sie notgedrungen weiter
zurückgehen und auf Gedanken von absoluter Gültigkeit, auf
eine „Theorie“, im eigentlichen Sinne des Wortes, sich stützen.

Das gilt auch von der Tätigkeit des Richters.

5. Die Theorie.

Der Ausdruck „Theorie“ hat ein wechselvolles und nicht er-
freuliches Schicksal gehabt. Aus dem alten griechischen Worte,
das die Lehre von den absolut gültigen Methoden des
wissenschaftlichen Denkens bezeichnet, ist es allgemach in die
bestaubte Arbeit des Alltags gezogen worden. Nun heißt vielfach
jede relative Verallgemeinerung so. Man spricht in der
technischen Jurisprudenz von der Willens- oder von der Erklärungs-
„theorie“, als Zusammenfassung des Inhaltes von BGB. §§ 116—120;
man redet für den Vertragsschluß unter Abwesenden von der

Annahme-, Empfangs-, Rekognitions„theorie“, bei dem Schadenersatz von Schuld- oder von Gefährdungs„theorie“, kennt für die Art und Weise der Städtegründung im deutschen Mittelalter verschiedene „Theorien“, wie auch für die Bedeutung der Rolandstandbilder, usw. Und dann bekommt unser Wort sogar leicht eine etwas wegwerfende Bedeutung, indem man darunter eine technische Lehre mit etwas allgemeinem Ausdruck, aber von geringerer Genauigkeit und fehlender Ausarbeitung der Einzelheiten verstehen will, bis zu der Stigmatisierung des Wortes durch den Mephistopheles, dem freilich die Travestie nicht übel „den grünen Tisch der goldenen Praxis“ zur Seite gestellt hat.

Hier eine Sanierung des Sprachgebrauches zu versuchen, würde vergebliches Bemühen sein. Wir wollen nur die notwendigen sachlichen Unterlagen für die Beschreibung der rechten Tätigkeit eines Richters in grundsätzlicher Weise gewinnen.

Hier tritt eine Warnung in einer oft gehörten Negative auf: Das Richteramt darf nicht in „formalistischem“ Sinne gehandhabt werden. Was ist damit gemeint?

Es geht der Sinn jener Warnung auf die bloße und vollendete Hingabe an das begrenzte Ziel technisch geformter Sätze. Die Artikel und Paragraphen werden dann zum Selbstzweck, statt daß sie in ihrer notwendigen Bestimmung als Mittel zum Zwecke verharren. Statt dessen muß stets die Besinnung auf das Endziel aller richterlichen Tätigkeit gerichtet werden, auf die Gedanken von Recht und Gerechtigkeit.

Solche Gedanken heißen in der Schulsprache seit der Zeit der großen griechischen Denker die reinen Formen des Geisteslebens. Es sind die feststehenden Methoden des Ordners unserer Gedankenwelt. Die Methoden des Ordners müssen absolut sich gleich bleiben, sonst kommt freilich keine Ordnung hinein. Nur mit ihnen ist Wissenschaft im sokratischen Sinne möglich, das ist: einheitlich geordnetes Bewußtsein.

So ist der letzte Gebrauch der reinen Formen das gerade Gegenteil von dem, was man „formalistisch“ zu nennen gewohnt ist. Sie gehen auf das Ganze alles je möglichen Erlebens und geben ein für das letztere absolut gültiges Verfahren des Ordners an.


Die Lehre aber von diesem Verfahren in seiner allgemeingültigen Art ist es, die, wie vorhin schon eingeführt, allein eigentlich „Theorie“ heißen sollte. Ihre ausgeführte Darlegung vermag allein einen festen Halt der Gedanken zu gewähren und eine Sicherheit für gleichmäßige Behandlung der Einzelfragen zu leisten. Das zeigt sich nun klar bei dem Thema, dem unsere Betrachtung gelten soll: bei dem Berufe des Richters, bei dem Verfolgen von Recht und Gerechtigkeit.

Das erste tritt vor allem im Gerichte bei dem Vermeiden der Willkür hervor; doch auch in der Abgrenzung von anderen Möglichkeiten: von der Moral und der Sittlichkeit des Charakters, sowie von dem Anstand und der äußeren Sitte. So wird die erste Aufgabe für die Tätigkeit des Richters sein, das Feld zu beschreiben, auf dem er tätig sein soll, und die Art zu schildern, in der er es zu beherrschen hat.

Die zweite Betrachtung geht in der idealen Vorstellung auf, daß eigentlich alle Bestrebungen, alle Ansprüche und Verneinungen, die nach dem Begriffe des Rechtes bestimmt sind, in vollendeter Harmonie untereinander stehen sollten. Das ist nur eine Idee. In der sinnlich empfindbaren Wirklichkeit und ihrem begrenzten Dasein findet sich das nicht vor; und doch ist der sonach absolute Gedanke sachlicher Gerechtigkeit, der nicht nur das positive Recht in seiner Begrenztheit vor Augen hat, ein notwendiger Leitstern für jeden, der mit dem Rechte zu tun hat und seiner bedenkend walten soll. Nach dieser Richtung werden wir deshalb die Aufgabe so weiterführen, daß das ideale Ziel des Rechtes näher zu beschreiben und deutlich zu machen ist, um dann zuzusehen, wie es in der bedingten Welt des geschäftlichen Treibens in praktischer Wirklichkeit eingreifen mag. Darin vollendet sich die Aufgabe, den Beruf des Richters tunlichst abgerundet vorzuführen.

II. Das Recht.

1. Recht und Natur.

m Jahre 1900 wurde ein öffentliches Preisausschreiben erlassen, das die Aufgabe stellte: Was lernen wir aus den Prinzipien der Deszendenztheorie in Beziehung auf die innerpolitische Entwicklung und Gesetzgebung der Staaten? Es liefen zahlreiche Arbeiten ein, von denen zehn 1903 unter dem Gesamttitel *Natur und Staat* veröffentlicht wurden. Der Ertrag dieser Untersuchungen war für wissenschaftliche Einsicht und für mancherlei geistige Anregung von hohem Werte. Aber ein Arsenal von Lehren für den praktischen Politiker hat die Erörterung doch nicht liefern können. Würde es bei der Erörterung von dem Berufe des Richters anders sein? Wäre es möglich, Anleitung für das Richteramt aus der Naturwissenschaft zu entnehmen, etwa in Anlehnung daran, daß ja auch bei den Tieren sich soziales Leben und staatliche Gebilde finden, so, wie **Shakespeare** im Drama *König Heinrich V.* die Gesellschaft der Bienen vorführt und zum Schlusse schildert: „Wie, mürrisch summend, der gestrenge Richter die gähnende und faule Drohne liefert in bleicher Henker Hand?“

Nehmen wir einen einfachen Rechtsfall.

Unterhalb eines Höhenzuges lagen verschiedene angebaute Grundstücke, die bei einer Schneeschmelze oft stark unter Ueberschwemmungen litten. Der Eigentümer eines höher gelegenen Gutes stellte einen Teich her mit regeltem Abfluß. Er sicherte hierdurch sein Besitztum und damit zugleich die Ländereien seiner Nachbarn. Nun verlangte er von den Nachbarn einen Beitrag zu den Kosten jener Anlage. Auf ihre Weigerung erhob er Klage gegen sie vor Gericht. Die Beklagten entgegneten, daß er nach den Gesetzen keinen Anspruch gegen sie habe. Klägerischerseits wurde die allgemeine Betrachtung der „Wechselwirkung“ angezogen, auf das in der neueren „Soziologie“ gelegentlich sogar der Begriff der „Gesellschaft“ überhaupt aufgebaut werde; wie alles in diesem Leben, so unterliege auch die jetzt streitige Frage dem Naturgesetz der Gleichheit von Wirkung und Gegenwirkung,

dem **Newton** die Formel gegeben hat: „*Actioni contrariam semper et aequalem esse reactionem.*“

Es wird kein Jurist im Zweifel darüber sein, daß jene Klage rechtlich unbegründet sein muß. Würde aber ein so Entscheidender sich nur auf das Fehlen bestimmter Paragraphen berufen, so bliebe der Zweifel, ob nicht nach allgemeiner wissenschaftlicher Erwägung ein Ersatzanspruch des Klägers begründet sei, weil das einer naturwissenschaftlichen Betrachtung entspreche und alles Leben den Gesetzen der „Natur“ unterliege. Hier kann eine klare und endgültige Erledigung nur durch grundlegende methodische Untersuchung gegeben werden.

Sie liegt darin beschlossen, daß bei allen Veränderungen, wie auch hier eine vorliegt, zwei verschiedene Arten des Ordneus allgemeingültig auftreten. Es prägt sich in den zwei Bedeutungen der Frage „Warum?“ aus, die einmal besagt: „Wodurch?“, das andere Mal dagegen: „Wozu?“ Im ersten Falle ordnet man einen Vorgang nach Ursachen und Wirkungen, im zweiten Falle dagegen nach Zwecken und Mitteln. Dort erscheint die Gegenwart bestimmt durch die Vergangenheit, hier aber durch die Zukunft, in der ein Ziel besteht, zu dessen Erreichung unter verschiedenen Mitteln eines ausgewählt werden soll. Jenes umfaßt das Gebiet der Wahrnehmungen, dieses bildet das Reich des Wollens. Ihnen entsprechen im seelischen Leben einerseits die äußeren Eindrücke, zum anderen Teile das Drängen und Streben nach künftigen Erfolgen. Ein drittes aber gibt es für die objektive Einteilung möglicher Gegenstände des Erlebens selbstverständlich nicht; denn anders als entweder durch die Vergangenheit oder durch die Zukunft ist eine Bestimmung unseres Erlebens nicht denkbar.

Das Recht aber gehört nicht zu den äußeren Erscheinungen. Es ist kein im Raume befindlicher Gegenstand. Es ist auch nicht eine Denkform, um Wahrnehmungen wissenschaftlich zu ordnen. Es zählt zu dem Reiche des Wollens. Eine Klage vor Gericht besagt nicht, daß jemand etwas Äußeres erschaut und feststellt — er erstrebt etwas; wer einen Rechtssatz erläßt, der behauptet nicht eine Tatsache des Wahrnehmens, er verfolgt Zwecke; und falls wir den Inhalt einer Rechtsordnung betrachten, so sehen wir dort nicht körperliche Dinge, sondern einen Inhalt von menschlichem Wollen.

So gehört die Tätigkeit des Richters dem Reiche der Zwecke an. Er hat es mit dem Bestimmen menschlicher Bestrebungen zu tun.

Nun kommt es zunächst auf die allgemeine Zerlegung des Gebietes vom Wollen an.

2. Recht und Religion.

Von vornherein steht fest, daß die rechtliche Betrachtung nur einen Teil der Betrachtung des Sehns und Wollens überhaupt ausmacht. Ob nun ein Streitfall dem Gebiete des Rechtes angehört, diese Frage tritt dem Richter immer erst in gegebener Lage entgegen. Allein er vermag eine begründete Entscheidung hierüber natürlich bloß auf Grund allgemeiner Merkmale der hier geforderten Grenzziehung zu geben.

In bedeutsamer Weise kommt dabei eine Auseinandersetzung von Recht und Religion in Betracht.

Der Sachsenspiegel nimmt die beiden in gar schöner Weise in der Vorrede auf. „Ich enkan die lûte machen nicht vernunftig algemeyne Al lêr ich sie des rechtes pflicht, mir enhelfe got der reyne.“ Und er spricht später davon, daß weltliches und kirchliches Regiment sich gegenseitig zum Ziele des Guten unterstützen müssen. So setzt er die Trennung der beiden Gebiete voraus.

Das ist auch weiterhin stets geschehen. **Machiavelli** gibt dem den bedenklichen Ausdruck, daß der Politiker die Religion, wie Numa Pompilius zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im Staate zu benutzen habe. Schärfer tritt in Deutschland damals die Unterscheidung unserer Gedankenreihen in dem Sinne auf, daß die rechtliche Regelung in religiösen Fragen keinen ihm eigentümlichen Zwang ausüben dürfe. So auf dem berühmten Reichstag zu Speyer von 1529, da die Evangelischen dagegen protestierten, daß „nach den Mehren“ in Dingen des Glaubens entschieden werde; abschließend in der guten Fassung des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 (II 11,1): „Die Begriffe der Einwohner des Staates von Gott und göttlichen Dingen, der Glaube und der innere Gottesdienst können kein Gegenstand von Zwangsgesetzen sein.“

Wie der Richter in diese Fragen ganz wesentlich einbezogen wird, mögen einige Erfahrungen der rechtlichen Praxis lehren.

Eine Ehe war vom Landgericht geschieden, der Mann für den schuldigen Teil erklärt worden. Er legte Berufung ein. Vor ihrer Erledigung kam ein Vergleich zustande. Nach ihm wurde die Berufung zurückgenommen; die vermögensrechtlichen Ansprüche und die Kostenfrage wurden geregelt. Der Mann verpflichtete sich, in die rituelle Scheidung nach den Vorschriften des mosaischen Gesetzes (Mos. 5, 24) zu willigen. Sie bestehen in der Ausstellung eines Scheidebriefes in hebräischer Sprache und seiner förmlichen Ueberreichung vor dem Rabbiner und Zeugen. Wird der Scheidebrief in der vorgeschriebenen Form nicht übergeben, so gilt die Ehe als fortbestehend. Ob die Vorschriften des jüdischen Gesetzes

über die Ehescheidung — fügten die beiden als Sachverständige gehörten Rabbiner bei — rituellen, religiösen Charakters oder Vorschriften des Ehescheidungsrechtes seien, sei schwierig zu beantworten, da diese Vorschriften aus einer Zeit stammten, wo Recht und Religion noch nicht unterschieden worden seien wie jetzt.

In dem fraglichen Fall erfüllte der Ehemann seine sonstigen Verpflichtungen, weigerte sich aber, den besprochenen Scheidebrief auszustellen. Die Frau beantragte, ihn durch Geldstrafen zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtung anzuhalten; dagegen erhob der Mann Klage, daß der Teil des Vergleiches, der sich auf die rituelle Scheidung beziehe, für nichtig erklärt werde, weil in der Zwangsvollstreckung aus jenem Vergleich ein unzulässiger Gewissenszwang für ihn liege.

Während die Berufungsinstanz die Klage abwies, gab das Reichsgericht ihr statt und erklärte den fraglichen Vertrag für nichtig. Wenn dabei gesagt wurde, daß die heutige staatliche Gesetzgebung das Eherecht erschöpfend geregelt habe, so läßt das doch die Frage nach den Grenzen der Vertragsfreiheit offen. Hier kann nur die Unterscheidung zwischen dem religiös empfindenden Innenleben und den Pflichten äußeren Zusammenlebens den Ausgangspunkt der Entscheidung bilden. Wenn beispielsweise nach dem Vereinsgesetz des deutschen Reiches vom 19. April 1908 (26. Juni 1916; 19. April 1917) ein Verein, „der eine Einwirkung auf politische Angelegenheiten bezweckt,“ besonders behandelt wird (siehe bes. §§ 3, 17 das.), so würde ein Bibelkränzchen nicht darunter fallen, auch wenn es das Studium der Bibel nach der Seite ihres sozialen Inhaltes vorgenommen wird; solange nicht eine völlige Umdeutung im agitatorischen Sinne geschieht, wie etwa bei **Weitling**, „Das Evangelium eines armen Sünders“, 1845.

Eine Bauernmagd hatte auf Geheiß ihres Dienstherrn an einem Bittgang für Segnung der Fluren teilgenommen. Auf dem Rückweg wurde sie durch einen Blitzstrahl betäubt. Infolgedessen stellte sich eine Gelenkentzündung ein. Die Kranke erhob Entschädigungsansprüche, weil ein Betriebsunfall vorliege. Die Berufsgenossenschaft lehnte den Anspruch ab, da es sich bei dem Bittgang um eine religiöse Betätigung gehandelt habe. Das zuständige Oberversicherungsamt verurteilte dagegen zur Rentenzahlung. Es seien auch wirtschaftliche Gründe, die den religiös denkenden Landwirt veranlassen, dem Bittgang nicht fern zu bleiben und auch aus seinem Betrieb einen Dienstboten zu entsenden. Die Auffassung, daß die Beteiligung am Bittgang eine landwirtschaftliche Betriebs-tätigkeit bedeute, werde daher nur dem allgemeinen religiösen Empfinden gerecht. Aber auch ohne das würde die Verletzte einen Versicherungsschutz aus der Reichsversicherungsordnung § 924 in Anspruch nehmen können, weil sie bei „anderen Dienstleistungen“,

zu denen sie von dem Betriebsunternehmer auf Grund des Arbeitsverhältnisses herangezogen wurde, den Unfall erlitten habe.

Nach genauer Unterscheidung der rechtlichen und der religiösen Frage dürfte die jetzige Angelegenheit aber nur dem letztgenannten Gebiet zuzuweisen sein.

Der gläubige Landwirt, der für seine Fluren den Segen des Himmels erfleht, setzt sich nur von sich aus mit der Gottheit in Beziehung. Es ist eine vertrauende Bitte an den allmächtigen Schöpfer, dem er den Ertrag seiner Arbeit befiehlt. Es gipfelt in der Hingebung an die Macht, deren Gebote er als göttliche Pflichten erkennt und anerkennt. Dagegen handelt es sich hier nicht um den Inhalt eines rechtlich verbindenden Wollens, durch das er mit anderen im Betriebe der Landwirtschaft zusammengefügt ist.

Recht lehrreich für das jetzige Thema ist auch folgende treffliche Entscheidung des Kammergerichtes: Eine selbständige Frau stand unter der Anklage, die Einnahme von Zinsen der Steuerbehörde nicht erklärt zu haben. Sie verteidigte sich damit, daß sie das Kapital ihrem Bruder als Darlehen gegeben und diesem die Zinsen stillschweigend erlassen habe, weil man nach „jüdischem Religionsgesetze“ von Verwandten keine Zinsen fordern dürfe. Das Gericht ließ dies jedoch begründetermaßen nicht gelten. Jenes jüdische Gesetz war ein Rechtsgesetz, gemessen an dem allgemeinen Begriffe des Rechtes. Es ist durch neueres Recht abgeschafft und ersetzt worden.

Ueberall kommt es sonach auf das Ausfeilen des formalen Begriffes vom rechtlichen Wollen gegenüber anderer Zwecksetzung an. Das ist nun gegenüber den Lehren der Sittlichkeit des näheren anzugeben.

3. Recht und Moral.

Ist dieser in der Ueberschrift genannte Unterschied überhaupt als ein Gegensatz der Gedanken zu fassen? Gibt es nicht auch moralisches Recht; steht nicht die sittliche Pflicht sogar im Bürgerlichen Gesetzbuch?

Da läßt sich nur sagen: es kommt auf den Sprachgebrauch an. Das Wort „sittlich“ hat eben zwei Bedeutungen. Wer darauf nicht acht gibt, wird leicht in seine Betrachtungen eine Unsicherheit, wenn nicht gar eine Konfusion bringen. Die doppelte Bedeutung von „sittlich“ hängt davon ab, was man in Gedanken als Gegenstück nimmt. Daraus ergibt sich

1. „Sittlich“ im Unterschiede von „sozial“. Dann geht jenes erste auf das Innenleben des Menschen. Es sind seine wünschenden Gedanken, die den Gegenstand der Erörterung bilden, es ist sein Charakter, der nun betrachtet wird. Die „soziale“ Frage be-

trifft das Zusammenleben der Menschen, ihr Verhalten gegeneinander. Und diese erste Unterscheidung und danach Festlegung des Begriffes „sittlich“ erscheint schließlich ganz einfach und ohne Schwierigkeit. Es ist eine begriffliche Zerlegung menschlichen Strebens. Eines von ihnen — entweder „sittlich“ oder „sozial“ — ist bei allem Wünschen und Wollen immer da. Und es erfüllt der jedesmal dabei festgehaltene Gedanke den entsprechenden Begriff restlos. Es ist, nach bekannter ererbter Redeweise, eine kategoriale und noch gar nicht eine ideale Art der Betrachtung.

2. „Sittlich“ im Unterschiede von „schlecht“. Hier heißt jenes Wort dasselbe wie „richtig“. Es steht ein grundsätzlich gutes Wollen in Frage. Dann bezieht es sich ebensowohl auf die „sittliche“ wie auf die „soziale“ Betrachtung, es ergreift selbstredend das Innenleben so gut wie das Zusammenleben.

Dieser Sprachgebrauch ist sehr ungünstig. Er hat viel Unheil angerichtet, gemessen an dem Wunsche nach klarem Denken. Auch bei Rechtsgelehrten. Der Jurist ist zwar gewohnt, eine derartige „*quaternio terminorum*“ als Mehrdeutigkeit desselben Ausdrucks zu handhaben. Er weiß, daß das Wort „Eigentum“ eine Reihe von Bedeutungen hat, je nach dem Gegensatz, in dem es auftritt; es ist ihm geläufig, daß „Erbrecht“ einen fünffachen Sinn hat; und vieles mehr. Und er nimmt es kühl auf, wenn die Sprechweise des Tages von der der Rechtswissenschaft abweicht, wenn „Besitz“ in vagem Meinen oder „Betrug“ in unsicherer Vorstellung verwendet wird. Warum könnte es bei der Mehrdeutigkeit des Wortes „sittlich“ nicht doch möglich sein, sich jedesmal darüber klar zu sein, in welchem sachlichen Sinne und in was für einem Gegensatz der Ausdruck „sittlich“ gerade auftritt?

Der Spruch: „Richtet nicht, daß ihr nicht gerichtet werdet“ — bezieht sich auf das Innenleben. Hier liegt die Gefahr der „Splitterrichterei“ nur zu nahe. Mit dieser Betrachtung von „sittlichem“ Leben hat es der Richter bei uns gleichfalls nicht zu tun. Er hat über die Gedanken jemandes, solange sie bloß Gedanken sind, nicht zu urteilen. Erst wenn die Gesinnung zur Tat im Zusammenleben geworden ist, kann auch die Art der Gesinnung rechtlich in Frage kommen. Dann tritt die Feststellung der verschiedenen Schuldarten ein, die „geverlich“ oder „varelos“ als Weisen des rechtswidrigen Wollens herauszuheben sind; dann mag es sich fragen, ob im Sinne von StGB. § 20 die Tat einer „ehrlösen“ Gesinnung entsprungen ist.

Manchem könnten diese Sätze allzu selbstverständlich erscheinen. Aber leider lehrt die kritische Nachprüfung der theoretischen Äußerungen in heutigen Gesetzeskommentaren und Gerichtsurteilen, daß die klare Scheidung des Begriffes „Moral“ gleich dem Innenleben, und des Begriffes „Recht“ gleich einer Ord-

nung des Zusammenlebens durchaus noch nicht Gemeingut der Rechtswissenschaft ist. Sonst dürfte bei dem Verlangen des Gesetzbuches, daß eine „sittliche Pflicht“ anzunehmen sei, nicht so scheu, wie es geschieht, auf das angeblich fremde Gebiet der „Ethik“ verwiesen werden, sondern es müßte deutlich erkannt und gesagt werden, daß es sich bei der vom Rechtsgesetze angegebenen „sittlichen Pflicht“ um ein rechtliches Wollen handelt — nur um ein solches, das eben dem Begriffe „Recht“ entspricht, aber zugleich der Idee „der Gerechtigkeit“ als Leitstern folgt.

Noch stehen wir im gegenwärtigen Abschnitt unseres Büchleins, wir sagten es schon, bei der kategorialen Einteilung des menschlichen Wollens. Wir grenzen das Gebiet des Rechtes ab. Was nicht dort hinein gehört, ist hier lediglich verneinend zu bescheiden, um die Grenzen der Tätigkeit des Richters festzulegen. In diesem Sinne ist die „sittliche“ Frage als Lehre von dem Innenleben und Anleitung der wünschenden Gedanken hier auszuscheiden. Sie fällt der erhabenen Lehre zu, die im höchsten Maße in der Bergpredigt ihre vollkommene Fassung gefunden hat. In der Aufgabe für das richterliche Urteil, die bei der Entscheidung über eine „sittliche Pflicht“, etwa im Sinne von BGB. § 534 und anderen Paragraphen, zu lösen ist: bedeutet das Wort „sittliche Pflicht“ nur dasselbe wie richtiges Recht. Es gehören die nach jenen Gesetzesbestimmungen anzustellenden Erwägungen begrifflich dem Gebiete des Rechtes an, und der Zusatz des „sittlichen“ Charakters besagt die Eigenschaft von grundsätzlicher Richtigkeit — jetzt nicht des Innenlebens, sondern: — des fraglichen rechtlichen Wollens.

Die sich dann alsbald einstellende Frage, wie man dieser idealen Beschaffenheit eines rechtlichen Wollens habhaft werden könne, gehört dem zweiten Teile unserer Ausführungen an. Wir haben zuvor die kategoriale Abgrenzung des Rechtsgedankens zu Ende zu bringen. Nur als Beispiel, wie sich in der richterlichen Praxis die eben gegebenen Betrachtungen ausnehmen können, fügen wir einen einfachen Fall aus dem geschäftlichen Leben zum Abschluß bei.

In einer kleinen Stadt betrieb eine Witwe einen Kramladen. Sie war kränklich und alterte. Ihr einziger Sohn half ihr wohl zehn Jahre lang und besorgte fast das ganze Geschäft. Als er 26 Jahre alt war, räumte ihm die Mutter ihr gesamtes Vermögen gegen ihre lebenslängliche Verpflegung im Hause ein. Sie tat es durch Ausstellen einer Urkunde, in der es hieß: „Mein Sohn hat für alle seine langjährige Mühewaltung eine Entschädigung nicht verlangt und nicht erhalten, ich habe mich aber verpflichtet gefühlt, ihn durch die vorstehende Zuwendung einigermaßen zu entschädigen.“ — Der Sohn heiratete. Es gab Streit zwischen

der alten Mutter und der Schwiegertochter, und dann auch mit dem Sohn. Die Mutter warf den Kindern Undankbarkeit vor, der Sohn erklärte, daß die Zuwendung eine solche aus „sittlicher Pflicht“ gewesen und deshalb nach dem Gesetzbuch unwider-
ruflich sei.

Wir wiederholen, daß wir die Frage nach der Idee grundsätzlicher Richtigkeit eines Wollens und ihrer praktischen Bewährung weiter unten im Zusammenhang vorzunehmen gedenken und wenden uns der Weiterführung des Bestimmens und Abgrenzens des Begriffes vom „rechtlichen“ Wollen zu.

4. Recht und Sitte.

In dem Bürgerlichen Gesetzbuche findet sich mehrfach der Hinweis auf „eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht“. Damit ist eine besondere Art sozialer Regeln eingesetzt, die sich neben dem Rechte befinden. Sie haben mit dem Rechte das gemeinsam, daß sie auf das äußere Zusammenleben gehen und sich von der Sittlichkeit des Charakters und des Innenlebens abheben.

Diese Normen des Anstandes und äußeren Benehmens, von Brauch und Sitte, Etikette und Comment sind äußerst zahlreich. Ihre Zusammenfassung geschieht heute gewöhnlich unter der Bezeichnung der Konventionalregeln. Wenn nun das Gesetzbuch verlangt, daß auf sie „Rücksicht zu nehmen ist“, so besteht die Aufgabe des Richters darin, in gegebenen Fällen die in bestimmten Kreisen üblichen Konventionalregeln zu beobachten und festzustellen, um sie nun maßgeblich zu verwenden.

Aber woran erkennt man nun, ob es sich um konventionales oder um rechtliches Wollen handelt? Die Grenzziehung ist unerläßlich. Gehört ein Satz zu der erstgenannten Klasse, so darf er vom Richter nur soweit berücksichtigt werden, als das rechtliche Gesetz es angibt; darüber hinaus kann eine rechtliche Folgerung nicht angeknüpft werden.

Wollte man den psychologischen Druck heranziehen, der von der einen oder andern Art sozialer Regeln ausgeht, so würde man irren. Das ist von vornherein eine subjektive Beobachtung, die sich zur Klarlegung der Eigenart eines begrifflichen Gedankens nicht eignet. Es schwankt aber auch hin und her, und die konventionale „Pflicht“ mag oft viel drückender erscheinen als die rechtliche Gebundenheit. Und wenn beispielsweise der Vormund für den unzurechnungsfähigen Mündel Geschenke machen darf, die einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen: auf wessen psychologische Bedrücktheit durch die Anstandspflicht soll es ankommen?

In der Sache sieht jedoch jeder sofort ein ständiges Hin- und Hergleiten des gleichen Normeninhalts, bald aus der konventionalen in die rechtliche Sphäre, bald umgekehrt. Man kennt die Geschichte von den Spatzen unter dem Hute; unter welche Art sozialer Regelung war sie zu bringen? Wie stand es mit Geßlers Hut? Wie man hört, wäre in der russischen Armee vor einiger Zeit der Grußzwang aufgehoben, dann wieder eingeführt worden.

Karl der Große schickte einmal — so erzählt **Notker der Stammler** in seinen „Geschichten von Karl dem Großen“ — einen Gesandten an den Hof des Königs zu Konstantinopel. Der lud ihn an seine Tafel. Die vornehmen Herren hatten dort ein Gesetz eingeführt, daß niemand am Tische des Königs eine Speise auf der dargebotenen Platte auf die andere Seite wenden dürfe. Und als der Gast, unbekannt mit jener Sitte, einen Fisch auf die andere Seite legte, sprangen sie alle auf und sprachen zum König: „Herr, man hat Euch entehrt, wie Eure Vorfahren noch nie.“ Und der König sprach seufzend: „Ich kann ihnen nicht wehren, daß sie dich unverzüglich zu Tode bringen. Bitte dir etwas anderes aus, was du willst, und ich will es dir erfüllen.“ Der Gesandte sprach: „Soll ich sterben, so fordere ich das eine, daß, wer mich jenen Fisch wenden sah, das Augenlicht verliert!“ Da schwuren alle, es nicht gesehen zu haben. So überwand der schlaue Franke das eitle Hellas am eigenen Herde und kam als Sieger wohlbehalten in sein Vaterland zurück.

Die niedliche Geschichte kann auch zeigen, daß bei dem hier gesuchten Unterschied eine Bezugnahme auf den Staat nicht entscheidet. Als die Kinder Israel vierzig Jahre in der Wüste zubringen mußten, standen sie sicherlich unter strengen Satzungen des Rechtes, aber einen Staat bildeten sie erst, nachdem sie das Gelobte Land erobert hatten. Und Nomaden und sonst schweifende Stämme weisen entsprechendes Dasein auf. Das erklärt sich daraus, daß der Begriff des Staates von dem des Rechtes logisch abhängt, da er nur eine besonders geartete rechtliche Verbindung darstellt; so daß die Frage nach dem formalen Merkmal des Rechtsbegriffes nicht von seiner besonderen Anwendung im Staatsbegriff hergeleitet werden kann. Der begriffliche Unterschied von rechtlichen und konventionalen Regeln kann nur in der durchgreifend bedingenden Art des Verbindens liegen, wonach Zwecke des einen als Mittel für den andern genommen werden und wechselseitig umgekehrt. Dieser Sinn des verbindenden Willens kann sich entweder als ein Verbinden von Fall zu Fall nach subjektivem Belieben des Verbundenen darstellen, oder es stellt sich jenes in bleibender Weise vor, objektiv und unabhängig von der jeweiligen Zustimmung der sozial Unterstellten. Jenes

erste gilt nur als eine Einladung, sich mit andern zu vereinigen, und stellt sich in seinem wirklichen Auftreten als Konventionalregel dar; das andere geschieht in selbstherrlichem Sinne und gibt nach dieser Richtung der Betrachtung den Gedanken des Rechtes wieder.

Danach ist die Grenze zwischen beiden Gebieten in jedem Einzelfall neu zu bedenken und begründet abzustecken. Die Turniergesetze des Mittelalters, wie sie zum Exempel **Walter Scott** im „Ivanhoe“ für den ritterlichen Waffengang zu Ashby schildert, trafen den, der ihnen sich unterstellte, in rechtlichem Sinne; während die Annahme einer Herausforderung zum Zweikampf heute nur konventionale Bedeutung hat und sogar gegen das Recht geschieht. — Die Landfriedensordnungen wurden im deutschen Reiche seit dem 12. Jahrhundert in der Regel im Sinne eines Vergleiches errichtet, der beschworen werden mußte und nur für die ihn Beschwörenden verbindlich war; der Versuch von Friedrich Barbarossa, in dem Ronkalischen Landfrieden eine allgemeine Schwurpflicht für alle Männer von 18 bis 70 Jahren einzuführen, ließ sich zunächst nicht durchführen. Trotzdem kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Pflicht zum Innehalten des Landfriedens für jeden, der sie übernahm, nun im rechtlichen Sinne bestand.

Bis in seine Verästelungen des neuzeitlichen Geschäftslebens hat der Richter den besprochenen Unterschied zu verfolgen und praktisch zu bewähren. Manchmal mag die äußere Art geschäftlicher Redeweise stutzig machen. Unter zwei Kaufleuten war ein Handel über zwei Wagen dänische Schweineladungen zustande gekommen. Der erste Wagen kam an, der zweite wurde nicht geliefert. Der Käufer schrieb an den Verkäufer, „daß er der Ankunft des zweiten Wagens gerne entgegensehe“; und er ließ einen zweiten Brief folgen: „er wäre für eine Mitteilung dankbar, wann er den zweiten Wagen erwarten dürfe“. — Es war gewiß eine weitgehende Höflichkeit des Ausdruckes gewahrt gewesen; aber dem Sinn nach dürfte eine rechtliche Weise der Anrede anzunehmen sein, so daß der Lieferant nach BGB. § 284 in Verzug gesetzt wurde.

5. Recht und Willkür.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so zeigt sich, daß das begrifflich abgesteckte Gebiet des Rechtes nur an einer Stelle noch eine offene Strecke aufweist.

Das Recht gehört zu dem Reiche des Wollens, und nicht zu dem der räumlichen Erscheinungen. Es ist eine Art des verbindenden Wollens, welches den Gedanken des Zusammenlebens

der Menschen möglich macht, im Unterschiede von dem Innenleben des einzelnen Menschen. Und es zählt zu einer selbstherrlichen Art des Verbindens, die eine bleibende Weise der äußeren Regelung angibt, im Unterschiede von einer bloß konventionalen Verknüpfung, nach subjektivem Belieben von Fall zu Fall. Da aber bei dem selbstherrlichen Verbinden die Verknüpfung von der Zustimmung der Unterstellten unabhängig ist und im Sinne einer Zwangsregelung auftritt, so erhebt sich die Frage, ob dann nicht sehr leicht ein Umschlagen in persönliche Willkür eines Gewalthabers geschehen kann. Wie ist hier ein fester Strich zu ziehen und das Recht gegenüber willkürlicher Gewalttat anzugeben? Wann liegt überhaupt das eine gegenüber dem andern vor?

Man hat es hier mit der sogenannten „Legitimitätslehre“ versucht. Recht solle nur vorliegen, wenn es in Gemäßheit seitherigen Rechtes entstanden wäre. Allein das stimmt mit Ergebnissen der Geschichte nicht überein, wie auch einmal **Bismarck** in einem interessanten Briefwechsel mit **Gerlach** betonte. Auch setzt es ja in Wahrheit den Gedanken des Rechtes bereits begrifflich bestimmt voraus; denn einmal muß das Nachsinnen hierüber doch einen logischen Anfang haben.

Auch hier ist es notwendig, die Absteckung und Bestimmung des Rechtsbegriffes gegenüber der Willkür nach einem festen formalen Merkmal zu vollziehen. Die Güte des verfolgten Zweckes vermag dabei nicht den Ausschlag zu geben. Interessant ist die Erzählung des Alten Testaments, da Daniel zu seinem Gott gebetet und damit das königliche Rechtsgebot übertreten hatte. Als er denunziert wurde, ergriff den König große Betrübniß. Aber er mußte zugeben: „Es ist wahr, das Recht der Meder und Perser soll niemand aufheben.“ Und es erfolgte die Verurteilung Daniels zum Sturz in die Löwengrube.

Mit großer Schärfe hat solches die berühmte Szene im „Kaufmann von Venedig“ zum Ausdruck gebracht. Tut einmal Unrecht, brecht einmal das Recht, um größeres Uebel zu verhindern, so wurde der Porzia, da sie als Richter amtierte, zugemutet. Doch sie darauf: „Es darf nicht sein, es würde als ein Vorgang angeführt, und mancher Fehltritt nach demselben Beispiel griff um sich in dem Staat, es kann nicht sein“.

Auch in gut gemeintem Abweichen von fest geordnetem Rechte liegt Willkür. Sie kennzeichnet sich wiederum durch das subjektive Belieben des Bestimmenden. Er unternimmt es, von Fall zu Fall, je nach persönlichem Empfinden, anzuordnen. Das Recht aber will als solches unverletzbar gelten. Es kann gebrochen werden, aber es will es nicht. Ein Rechtsbruch aber ist es, wenn die fragliche rechtliche Ordnung im Ganzen stehen bleibt und im einzelnen Fall ihr zuwider gehandelt wird. Daß sie mög-

licherweise in rechtsbrechendem Schritte auf dem Wege einer ursprünglichen Rechtentstehung geändert werden kann, steht auf einem andern Blatte; dieser Frage werden wir im nächsten Abschnitt bei der Untersuchung der Herkunft des vom Richter anzuwendenden Rechtes näher treten.

In gut ausgeprägter Weise hat **Friedrich der Große** jenem Gedanken der Wahrung allgemein bestehenden Rechtes im „Proiect des corporis iuris Fridericiani“ von 1746 Ausdruck gegeben. Er gab zum Bewußtsein, daß königliche Reskripte, die dem geltenden Rechte widersprächen, ohne daß er es bemerkt hätte, nicht ausgeführt werden dürften. Dieser Gedanke kann sich allezeit in gleichem Sinne bemerklich machen.

Nach dem Tode **Richard Wagners**, dem 13. Februar 1883, wurden Stimmen laut, die dafür sprachen, daß die Aufführung des „Parzifal“ auch für spätere Zeiten als 1913 den Bayreuther Festspielen vorbehalten werden sollte. Man meinte, daß das im Wege eines Reichsgesetzes geschehen könnte. Das war ein Irrtum. Nach unserem Urheberrecht ist gesetzlich bestimmt: „Die Erteilung eines Privilegs zum Schutze des Urheberrechts ist nicht mehr zulässig.“ Den Satz aufrechterhalten und trotzdem ein Privileg zu erteilen, wäre rechtswidrige Willkür gewesen, auch wenn sie von den gerade die Gewalt besitzenden staatlichen Faktoren vorgenommen würde.

So ist der formale Begriff des Rechtes bestimmt. Recht ist das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen. Damit ist das Gebiet genau abgegrenzt, innerhalb dessen der Richter seines Amtes zu walten, des Rechtes zu hegen und zu pflegen hat.