

die Wende vom Individualismus zum Korporativen im Gedanken des ständischen Staates, die Wende vom Intellektualismus zur Natur im Gedanken des Volkstums. In dem Maße, als diese Wendungen also als Wende zum Katholischen erscheinen konnten, in dem Maße wird man also auch das Katholische in ihrer politischen Auswirkung nicht verkennen dürfen.

Dann wird aber auch — anderseits — von dem Doppelgesicht der Wendungen her, wie wir es immer wieder früher zeichnen mußten, auch das Doppelgesicht ihrer politischen Auswirkung verständlich sein. Eine „Wende zum Objekt“ ist nicht dann folgerichtig, wenn man in der Eigenschaftlichkeit des Subjektes stecken bleibt. In diesem Sinne ist aber auch die Nation noch ein Subjekt, das also nicht zu sich selbst hin ist, sondern über sich hinaus zum Objektiven. Eine „Wende zur Gemeinschaft“ ist ebenso nicht folgerichtig, wenn man im Gliedwerk der Gemeinschaft, die Menschheit heißt, eine Gemeinschaftsgruppe gegen die andere verabsolutiert. Eine solche Gemeinschaftsgruppe aber ist immer noch die Nation in ihrem Verhältnis zur Völkerfamilie. Eine „Wende zur Natur“ endlich ist nicht folgerichtig, wenn sie nicht den tiefsten Zug mitvollzieht, ihre Sehnsucht durch die letzte Dumpfheit des Vitalen hindurch in die Freiheit des Geistes.

Von hier aus wird die geheime Tragik der „Deutschen Front“ verständlich: ihr Zurückschnellen aus dem Willen zum Objektiven in einen Subjektivismus der „Haltungen“, aus dem Willen zur Gemeinschaft in das Verhältnis eines aristokratischen herrscherlichen Individuums zu einer mechanischen Masse, und endlich aus dem Willen zur Natur in eine intellektuell organisierte Primitivität. Von hier aus stellt sich unsere letzte Frage: nach dem „Deutschen Schicksal“.

## Bedrohung der Gewissensfreiheit des Richters

Von Dr. Hubert Schorn.

### I.

Wie ich in dieser Zeitschrift (Oktober 1932) dargelegt habe, ist die innere Berechtigung des Staatsrechtes am Naturrechte zu messen. Es erhebt sich also die Frage, ob der Richter in einem Falle, wo der Gesetzesparagraph dem Naturrechte klar widerspricht, befugt und sogar verpflichtet ist, gegen das Staatsgesetz zu urteilen. Die Bejahung dieser Frage stößt auf stärksten Widerspruch des herkömmlichen juristischen Denkens. Baumbach erklärt den in diesem Sinne verfahrenen Richter als ein Geschöpf, das seinen Schöpfer stürzen will, und als Feind des Staates. Auch viele Verteidiger eines christlich aufgefaßten Naturrechtes schrecken davor zurück, dem Richter die Freiheit einzuräumen, unter Umständen eine Entscheidung gegen das positive Gesetz zu fällen.

Zunächst muß hier Verwahrung eingelegt werden, wenn Anschütz<sup>1</sup> behauptet, die Zubilligung dieser Freiheit bedeute praktisch nichts anderes,

<sup>1</sup> Die Verfassung des Deutschen Reiches<sup>10</sup> (Berlin 1929) 417.



als daß der Richter ein Gesetz nicht anzuwenden brauche, wenn er es aus irgend einem Grunde mißbillige. Auch mit Morstein Marx erübrigt es sich, die Klingen zu kreuzen; denn Morstein Marx<sup>2</sup> verneint „die Verpflichtung des Gesetzgebers zu Treu und Glauben und zur sittlichen Willensbetätigung“; für ihn kann heute der Staat „rechtlich alles, und in seiner legislatorischen Motivierung ist der Gesetzgeber frei“. Er bucht daher die ernstesten Bedenken, die der Richterverein des Reichsgerichts in seiner Kundgebung<sup>3</sup> gegen die Lösung der Gesetze von Treu und Glauben äußerte, kurzerhand „auf das Konto der Verwirrung elementarer Wahrheiten“ und betrachtet die Verneinung eines allgemeinen Prüfungsrechts des Richters als eine „Selbstverständlichkeit“.

## II.

Manche sehen in der Befreiung des Richters von der Gebundenheit gewissen staatlichen Gesetzen gegenüber eine Verletzung des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Weimarer Verfassung. Allerdings ist der Richter nur deshalb unabhängig, weil er dem Gesetze unterworfen ist. Aber Gesetz ist nur die Rechtsnorm. Gesetzestreue ist Rechtstreue. „Heilig ist nicht das Gesetz; heilig ist nur das Recht, und das Gesetz steht unter dem Recht.“<sup>4</sup> Nur dann, wenn der Richter dieses Recht, das über dem Gesetze steht, nicht befolgt, beugt er das Recht und verletzt die Gebundenheit, die für ihn nach dem Sinne des Gesetzes gilt. Wüstendörfer<sup>5</sup> hat dargetan, daß auch das richterliche Urteil contra legem zunächst formell ein Urteil ex lege ist, da das Gesetz auch hier die formelle Rechtsquelle bleibt, bis das neue Gewohnheitsrecht sich konsolidiert hat oder das unsittliche Gesetz formell beseitigt ist.

Darum wäre es auch ein Hohn auf die Idee des Richteramts, wenn der Richter der Rechtsbeugung bezichtigt und in Anklagezustand versetzt würde, weil er eine staatliche Norm ablehnt, durch deren Befolgung er in das unantastbare Recht des Menschen, seinem ewigen Ziele zuzustreben, eingreifen würde. Oder soll der Richter gegen den richten, der höchster Richter aller Menschen ist? Soll für ihn die Richtschnur maßgebend sein, die Bergbohm<sup>6</sup> dem Richter weist, wenn er die „Fähigkeit des Juristen, seinen Verstand jeder Beeinflussung, selbst durch die tiefsten persönlichen Überzeugungen und heißesten Herzenswünsche, auch dem um seiner Schädlichkeit und Inhumanität willen mißfälligen Gesetze gegenüber zu entziehen, als des reinen Juristen vornehmste Tugend“ bezeichnet? Wird nicht mancher „edeldenkende Jurist auf solche Vornehmheit verzichten“?<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes (Berlin 1927) 23.

<sup>3</sup> Juristische Wochenschrift 1924, 90 ff.

<sup>4</sup> Krückmann, Einführung in das Recht (Tübingen 1912) 93; ähnlich Kaufmann in Heft 3 der Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Berlin 1927) 20.

<sup>5</sup> Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 110, S. 219 ff.

<sup>6</sup> Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I (Leipzig 1892) 398.

<sup>7</sup> Marx, Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz<sup>2</sup> (Berlin 1919) 73.



Und hat nicht Cathrein<sup>8</sup> recht, daß solche Tugend „gewöhnliche Menschen Charakterlosigkeit und Gewissenlosigkeit nennen“? Bedeutet nicht der durch die Macht gestützte Mißbrauch des Gesetzes Rechtsbeugung, und beschränkt nicht die bedingungslose Unterwerfung des Richters auch unter das „niederträchtigste Gesetz“ die richterliche Unabhängigkeit, so daß der Artikel 102 der Reichsverfassung verletzt würde? Gestaltet man den Dienst des Richters zum Buchstabendienst des Gesetzes, so macht man den Richter, um mit Ernst von Beling zu sprechen, zum „Banausen“; nur die Hinwendung auf Sinn und Zweck des Rechtsideals schafft die Idealgestalt des Richters.

Aus dieser Erkenntnis hebt gerade Lobe, der sich bei Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts als warmen „Betonen des Volksrechts“ und des „Rechtsgefühls“ erweist, das fortschreitende Streben des Reichsgerichts hervor, „die guten Sitten und Treu und Glauben zum Maßstab der Fallentscheidung zu machen“. Darum läßt auch Lobe „die Gesetzesvorschrift dort ihre Grenze finden, wo sie mit Treu und Glauben und der Billigkeit nicht mehr vereinbar ist“. Handelt nicht der Richter, der bei Unsittlichkeit der staatlichen Norm der höheren Norm Gefolgschaft leistet, im Notstand? Läßt sich nicht hier entsprechend verwerfen, was das Reichsgericht über das Verhältnis der Verfassungsnormen zu den sonstigen Normen ausführt: „Die Verfassungsbestimmungen bleiben verbindlich und nötigen den Richter, die widersprechenden Bestimmungen des späteren Gesetzes außer Anwendung zu lassen“?<sup>9</sup>

### III.

Man wendet weiter ein, der offene Ungehorsam des Richters gegen staatliche Gesetze führe zur Untergrabung staatlicher Autorität, „zur Auflösung der Rechtsordnung und zu einer unheilvollen Erschütterung des Staatsgefüges“<sup>10</sup>. Dieser Satz enthält an sich unbestreitbare Wahrheiten; denn durch solchen Ungehorsam kehrt sich der Richter gegen den Staat, den er im Richterspruch verkörpert. Aber die Verschmelzung von Staat und Richter hört dort auf, wo der Staat sein Ziel vergißt und das Recht, also die dem Staate übergeordnete Macht, verletzt. „Remota iustitia“, so spricht der hl. Augustinus, „quid sunt regna, nisi magna latrocinia?“ Hier löst sich der Richter mit Recht vom Staate; er versagt die Gefolgschaft einer Institution, die ihre gesetzgebende Macht auf Gewalt, nicht auf die Anerkennung der Volksgemeinschaft, auf das Recht stützt. Ungehorsam ist nach Anselm von Feuerbach dort „eine heilige Pflicht, wo der Gehorsam Treubruch sein würde“. Nicht die Weigerung des Richters der unsittlichen Norm gegenüber, nein, die unsittliche Norm selber schafft Zersetzung aller Rechts- und Staatsordnung.

Es führt zu Gleichgültigkeit gegenüber sittlich verpflichtenden Gesetzen,

<sup>8</sup> Moralphilosophie I<sup>5</sup> (Freiburg 1911) 559.

<sup>9</sup> RGZ III, S. 322 f.

<sup>10</sup> So der Reichsjustizminister in seinem offenen Antwortschreiben an den Richterverein des Reichsgerichts; vgl. Deutsche Richterzeitung 1924, S. 40 ff.; Deutsche Juristenzeitung 1924, S. 203.



wenn das Volk erkennt, daß sich der Staat um die ewigen Rechtsnormen nicht kümmert. Gerade das Volk empfindet mit feiner Seele kraft des in ihm ruhenden natürlichen Rechtsempfindens das Abirren von der sittlichen Norm. War nicht die Volkserregung über die Aufwertungsgesetzgebung und über die beabsichtigte Fürstenenteignung Ausfluß eines Empfindens, das Recht von Unrecht zu scheiden vermag?<sup>11</sup> Ist nicht die Lehre von der unbedingten Unterwerfung des Richters unter das Gesetz der Anlaß zu jener Krise, die man fälschlich als „Vertrauenskrise der Justiz“ bezeichnet, die aber in Wahrheit eine „Krise des Gesetzes“ ist? Führt nicht gerade jener Gesetzeszwang, für den das auf Sitte und Recht bedachte Volk kein Verständnis hat, zu den Vorurteilen, die in die Schlagworte von der „Weltfremdheit, dem Unverstand und der klassenpolitischen Orientierung des deutschen Richtertums“ gipfeln? Wird nicht meist übersehen, daß die Achtung vor Gesetz und Richterspruch ungleich mehr gefährdet ist, wenn formal richtige Entscheidungen durch die soziale Unhaltbarkeit der Interessenregulierung oder die soziale Zwecklosigkeit eines festgehaltenen Formzwanges das öffentliche Rechtsgefühl aufstacheln, als wenn der Richter eine dem Kulturbewußtsein seiner Zeit unerträglich gewordene Norm unter sorgfältiger Begründung und mit Vorsicht endlich beiseite schiebt? Ist nicht das ungerechte, das sittenwidrige Gesetz für viele verzweifelte Menschen, die sich in ihrem Rechtsempfinden verletzt fühlen, der Anlaß zu übereilten Schritten?

Im übrigen darf nicht unbemerkt bleiben, daß die dem Richter zugestandene Ablehnung verfassungswidriger Gesetze und die in der Staatsrechtslehre von Mohl<sup>12</sup> vertretene Anschauung, der Untertan sei zur Gehorsamsverweigerung gegenüber dem verfassungswidrigen Gesetze berechtigt, die gleiche Untergrabung staatlicher Autorität besorgen lassen. Eine solche Autoritätsverletzung liegt auch darin, daß man fehlerhafte Staatsakte als nicht verbindlich anerkennt. Und doch ist diese Lehre in praktischer Übung, dem Legalitätsstandpunkt widersprechend, aber getragen von dem Grundsatz, „daß eine Verbindlichkeit dort nicht mehr angenommen werden kann, wo wesentliche Rechtsvoraussetzungen gröblich verletzt worden sind“<sup>13</sup>. Es läuft daher auf einen Mangel an Folgerichtigkeit hinaus, bei Ablehnung verfassungswidriger Gesetze eine Autoritätserschütterung abzustreiten und sie gegenüber verfahrensgemäß erlassenen, aber unsittlichen Gesetzen zu bejahen.

#### IV.

Auch der dritte Einwand, die Ablehnung staatlicher Gesetze führe zur Rechtsunsicherheit und liefere den einzelnen Bürger der Willkür des Richters aus, ruht auf tönernen Füßen<sup>14</sup>. Der Einwand hat allerdings dann uneingeschränkte Geltung, wenn der Richter auch nur den leisesten Ver-

<sup>11</sup> Vgl. Deutsche Richterzeitung 1925, S. 67 ff.; 1927, S. 99; Deutsche Juristenzeitung 1925, S. 15 ff.

<sup>12</sup> Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Tübingen 1860 ff.

<sup>13</sup> v. Hippel im Archiv für öffentliches Recht, N. F., Bd. 18, S. 115.

<sup>14</sup> Vgl. Rittler in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 49, S. 473.



such unternehmen sollte, sich aus mehr oder weniger subjektiven Gründen von Gesetzen loszusagen, die im Sinne Stammlers „richtiges Gesetz“ oder nach Henle<sup>15</sup> eine „staatliche Gewissensvorschrift“ darstellen. Auf die Anwendung solcher Gesetze hat der Staatsbürger einen verfassungsrechtlichen und einen sittlichen Anspruch. Die Ungebundenheit des Richters solchen Gesetzen gegenüber würde zu unkontrollierbaren Zuständen, sogar zu Willkür führen. Mit Recht weist das Geleitwort zum 59. Jahrgang der „Juristischen Wochenschrift“ darauf hin, daß bei Unvoraussehbarkeit der Entscheidung namentlich die Wirtschaft leidet, weil sie sich nicht auf eine bestimmte Folge einzustellen vermag. Wenn aber dann dasselbe Geleitwort sich zu dem Satze bekennt: „Es gibt kein unverbindliches Gesetz“, so beruht diese Auffassung auf einer irrtümlichen Gleichsetzung von Gesetz und Recht, während in Wirklichkeit das Gesetz sich manchmal „nur als vom Machthaber ausgehender Befehl“ darstellt und nicht „auf der durch innere Überzeugung von der Richtigkeit und Billigkeit hervorgerufenen Motivierung der menschlichen Willensbildung beruht“<sup>16</sup>.

Im Kampfe des Rechts gegen das Gesetz dient auch der dem klar erkannten Recht gehorchende und das diesem Recht widersprechende Gesetz ablehnende Richter dem Rechtsgedanken, den Interessen des Volkes, ja sogar dem Staate selbst, den er vor Verwirklichung von Unrecht schützt. F. J. Klein<sup>17</sup> bemerkt zutreffend, daß die Anwendung offenbaren Unrechts durch den Richter den moralisch denkenden Gesetzgeber beleidigt, da dann der Richter davon ausgeht, daß der Gesetzgeber das Unrecht verwirklicht sehen will. Der prüfend und verantwortungsbewußt handelnde Richter stellt sich daher mit seinem Tun schützend vor das Volk, die Verfassung und die dem Volke von Ewigkeit verbrieften Rechte. Überschaute man von dieser Warte aus das Problem, so wird man dem Ideal des Richterberufs und der sittlichen Aufgabe des Richters als dem letzten Ziele seines Tuns gerecht. Der Richter wird so zur Stütze des Rechtsgedankens. Die Anerkennung seiner Prüfungszuständigkeit bedeutet zugleich die Schaffung einer neuen starken Stütze des Rechtsstaates. Der Richter wird Führer im Sinne wahrer Rechtsidee und schafft die heilsame Möglichkeit, die vom Rechtspositivismus verschuldete Absperrung gegen rechtsphilosophische und ethische Probleme zu durchbrechen<sup>18</sup>.

Demgegenüber kann nicht der Einwand erhoben werden, daß ein Zurückgehen auf naturrechtliche Grundsätze zu einem „radikalen Subjektivismus“, zu einem Ichbedünken des Richters führen müsse, weil aus dem „Naturrechte, dessen Inhalt in jedem gegebenen Falle nur dasjenige bilde, was der Konstruierende für wahr halte“, „bei den sich stets wandelnden flüssigen und konkreter Erfassung spottenden Sittengesetzen“ sich „objektive Rechtsnormen nicht entnehmen ließen“<sup>19</sup>. Thoma vermißt auch bei der

<sup>15</sup> Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I (Berlin 1926) 2.

<sup>16</sup> Vgl. Lobe, Fünfzig Jahre Reichsgericht (Berlin 1929) 240.

<sup>17</sup> In der „Christlichen Demokratie“ 1929, S. 111 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Deutsche Juristenzeitung 1927, S. 1645 ff.; Der katholische Gedanke 1928, S. 460 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Morstein Marx, Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes (Berlin 1927) 22.



katholischen Naturrechtslehre eine genaue systematische Fixierung der Normen, die als absolut gültig, der staatlichen Satzungsgewalt schlechthin entzogen anzusprechen sind. Aber die Grundsätze der katholischen Naturrechtslehre sind durch die allgemeinen Eigentümlichkeiten der menschlichen Natur festgelegt. Es handelt sich dabei nicht um zweifelhafte oder gar um persönliche, für den Einzelfall konstruierte Rechtsanschauungen, sondern um klar erkannte „Naturtatsachen, die ebenso wie alle andern Naturtatsachen nicht durch menschlichen Satz beseitigt werden können“; der Rechtsbegriff ist nach Hölscher<sup>20</sup> „wie das Licht, die Zeit, die Bewegung, die Kraft ein objektiv gegebener, den sich kein einzelner Mensch anders bilden kann, als wie er naturnotwendig existent ist“.

## V.

Mit Unrecht will man in der Befreiung des Richters vom unsittlichen Gesetze eine Gefahr für die Gewaltenteilung sehen. Der Richter, sagt man, erhebe sich dann ja über die Legislative<sup>21</sup> und mache sich zum Rechtsschöpfer. Aber Triepel<sup>22</sup> hat bereits betont, daß das „Prinzip der Gewaltenteilung unrichtig gedeutet“ werde, wenn man „die unwesentliche Seite der Sache, die Teilung und Gleichordnung der Gewalten, vor die wesentliche, nämlich das zum Schutz der Freiheit vor rechtloser Willkür bestimmte Gleichgewicht der Gewalten, setze“. Dieses Gleichgewicht aber wird gestört, wenn der Gesetzgeber in irriger Auffassung der Suprematie staatlicher Gesetzgebungsgewalt diese zu unsittlichen Gesetzen mißbraucht. Man vergißt ferner, daß der Staat neben den geschriebenen Gesetzen Vorschriften anerkennt, die sich auf Grund ihrer allgemeinen, längere Zeit währenden Übung und auf Grund der Überzeugung ihrer rechtlichen Verbindlichkeit unter den Volksgenossen zum Gewohnheitsrecht gestaltet haben. Das Gewohnheitsrecht erfüllt dem Gesetzesrecht gleichwertige Funktionen und besitzt ihm gegenüber sogar derogierende Wirkung<sup>23</sup>.

Die Anerkennung des Gewohnheitsrechts enthält aber auch das Zugeständnis des Staates, daß er die Fülle und Mannigfaltigkeit im Rechtsleben nicht ausschließlich durch Gesetze meistern kann. Die Legislative ist also nicht die alleinige rechtschaffende Macht; sie ist selbst bei „reichster Erfahrung, größter Vorsicht und lebhaftester Phantasie nicht dem bunten Spiele gewachsen, welches der freistrebende menschliche Wille, der erfindungsreiche Erwerbsinn, die Schlaueit des Egoismus und des Verbrechens im Bunde mit dem sich jeder menschlichen Voraussicht entziehenden Walten des Zufalls treibt, um die sonderbarsten und verwickeltsten Rechtsprobleme zu schaffen, Probleme, welche der Gesetzgeber gar nicht hat denken, für die er also auch keine Lösung hat wollen, noch weniger sie bereit stellen können“<sup>24</sup>. Bülow hat in seiner soeben angeführten Ab-

<sup>20</sup> Sittliche Rechtslehre I 336.

<sup>21</sup> Vgl. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 49, S. 473.

<sup>22</sup> Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für W. Kahl (Tübingen 1923) 93.

<sup>23</sup> v. Staudinger, Kommentar zum BGB und EG<sup>9</sup>, München 1929, Note III 5 b zu Art. 2 EG.

<sup>24</sup> Bülow, Gesetz und Richteramt (Leipzig 1885) 31.



handlung dargetan, daß im Rahmen der gesetzlich geregelten Rechtsordnung dem Richteramte „der Beruf eigener Rechtsfindung und Rechtschaffung nicht entzogen“, „sondern nur beschränkt“ worden ist. Auch Kaufmann<sup>25</sup> schreibt, daß der Richter in den normativ nicht geregelten Gebieten als Rechtsfinder auftritt.

Bei dem gegnerischen Vorwurfe vergißt man übrigens, daß der Gesetzgeber mit seinen Normen nicht erst Recht schafft, sondern bereits vorhandenes Recht in gesetzgeberische Form kleidet. Und der Vorwurf ist um so weniger verständlich, als der Staat gerade das auf vorjuristischem Geltungsgrund aufbauende Gewohnheitsrecht durch den Richter angewendet wissen will. Zudem spricht niemand von einer Emanzipation des Richters vom Gesetz, wenn der Richter dem Gesetze eine Auslegung gibt, die mit dem Wortlaut schwer oder vielleicht gar nicht vereinbar ist. Und doch geschieht das, wie Triepel<sup>26</sup> feststellt, fast alle Tage. Es sei hier nur an die vom Reichsgericht<sup>27</sup> geschaffene Erweiterung des gesetzlichen Notstandsbegriffs oder an die Rechtsprechung über die Untreue des Bevollmächtigten erinnert, die Bendix<sup>28</sup> als „kühne Dichtung um den Gesetzes-text herum“ bezeichnet. Dabei wird niemand bestreiten können, daß die Lehre des Reichsgerichts vom „übergesetzlichen Notstand“ aus dem Wortlaute des § 54 StGB. nichts oder doch nur wenig übernimmt. Im 63. Bande der Entscheidungen des Reichsgerichts (S. 253) bekennt sich sogar der zweite Strafsenat zu einem Satze, dessen rechtspolitische Bedeutung nicht hoch genug angeschlagen werden kann, daß nämlich die „Auslegung der Gesetze nicht starr und unbeweglich sein darf, sondern dem jeweiligen Stande der Erkenntnis und der Bedürfnisse des Lebens entsprechen und genügen muß“.

Führen aber nicht solche freie Auslegungen zu einer Lockerung der Gesetzesgebundenheit des Richters, zu einer unabhängigeren Stellung des Richters zum Gesetze, führt nicht gerade die Auslegung und Erweiterung von geschriebenen Gesetzen zu Entscheidungen, die dem Wortlaute des Gesetzes widersprechen, die eine „Korrektur des Gesetzes“ bedeuten, und ist nicht vielleicht die Auslegung gerade „das Mittel, um offenbar nicht mehr dem praktischen Bedürfnis und dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechende Bestimmungen unangewendet und allmählich in Vergessenheit, in desuetudinem geraten zu lassen“?<sup>29</sup> Sollen nicht die Gesetze nach einer Rechtslehre, deren markanteste Träger Wach, Binding, Köhler und Stammler sind, so ausgelegt werden, wie es „dem erkennbaren Zwecke des Gesetzes und den Forderungen der Gerechtigkeit am meisten entspricht“? Betont nicht das Reichsgericht<sup>30</sup> selbst, daß „weder die vertraglichen noch die gesetzlichen Bestimmungen ausreichen, um die zur Entscheidung stehenden Fragen zur Lösung zu bringen“, und daß daher der „Richter im Rah-

<sup>25</sup> Heft 3 der Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Strafrechtslehrer (Berlin 1927) 20.

<sup>26</sup> Archiv für öffentliches Recht, Bd. 39, S. 534.

<sup>27</sup> RGStr Bd. 61, S. 242; Bd. 62, S. 137.

<sup>28</sup> Vgl. Juristische Wochenschrift 1931, S. 176 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Deutsche Richterzeitung 1930, S. 4 ff.

<sup>30</sup> RGZ Bd. 104, S. 397.



men der Bestimmungen selbstschöpferisch die Entscheidung treffen muß“, wobei für ihn der „Grundsatz maßgebend ist, eine von den Forderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit geleitete Ausgleichung der Interessen der Parteien stattfinden zu lassen“? Ist nicht gerade eine vernünftige Auslegung das Mittel, den Widerspruch zwischen gesetztem Recht und dem aus dem Rechtsgefühl des Volkes fließenden natürlichen Recht auszuräumen? Wird nicht hier der Richter für befugt erachtet, den Fall nach dem Rechtsgefühl, *ex bono et aequo* oder durch Analogie zu entscheiden? Ist nicht auch zutreffend, worauf Kaufmann und Leibholz hinweisen, daß das Meiste und Beste, vielfach das eigentlich Entscheidende der Richtersprüche nicht den geschriebenen Rechtssätzen, sondern unmittelbar den für das Rechtsgebiet maßgeblichen Gerechtigkeitsprinzipien entnommen wird?

Endlich ist zu beachten, daß der Richter, der ein Gesetz ablehnt, nur dessen Anwendung hemmt, aber nicht neues Recht schafft. Er verwirklicht nur den Gedanken der Gerechtigkeit, des *Iustum*. Er hebt das Gesetz nicht auf; denn das sittenwidrige Gesetz ist schon an sich nichtig<sup>31</sup>. Ebenso wie der Spruch des Nichtrichters kein Richterspruch, ebenso wenig ist das sittenwidrige Gesetz Rechtsnorm<sup>32</sup>.

## Gesellschaft als Ganzheit

### Zur Krise der Soziologie

Von Dr. Jakob Hommes.

Für weitere Kreise ist es nicht leicht, in dem um die Grundlagen der Gesellschaftslehre gegenwärtig entbrannten Streit den festen Standort zu gewinnen, von dem aus eine sachliche Urteilsbildung möglich ist. Am ehesten vermag das noch der Philosoph, der als Anwalt der Besinnung sich über die streitenden Parteien, hie Solidarismus, hie Universalismus, stellt, die von ihnen gegeneinander ins Feld geführten fest geprägten Grundsätze kritisch durchleuchtet und von prinzipieller Grundlage aus eine klare Stellungnahme gewinnt zum Problem der gesellschaftlichen Ganzheit, das heißt aber, wie Othmar Spann den Streit gekennzeichnet hat, zur Grundfrage der Soziologie: Individualismus oder Universalismus?

I. Der Mensch als soziales Wesen. Was bedeutet der alte aristotelische Satz, der Mensch sei von Natur ein soziales Wesen? Als ein Grundzug der menschlichen Existenz läßt sich auch die Sozialität des Menschen nur vom anthropologisch tief gesehenen Wesen des Menschen und der Kultur her beschreiben.

Nicht erst die Arbeit führt die Menschen zur gegenseitigen Hilfeleistung, zu Arbeits- und Interessengemeinschaften zusammen. Der Mensch entfaltet vielmehr schon sein leibliches und geistiges Sein nur in der Gemeinschaft. In diese Gemeinschaft muß man allerdings auch die

<sup>31</sup> Vgl. Cathrein, *Moralphilosophie I*<sup>5</sup> (Freiburg 1911) 566.

<sup>32</sup> Vgl. v. Hippel: *Deutsche Juristenzeitung* 1928, S. 1517 ff.