

Das Recht als Wissenschaft und Kulturgut

Von Dr. Josef Schwering

I.

Der Philosoph v. Kirchmann hielt 1848 vor der Berliner Juristenwelt seinen berühmten Vortrag »Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft«. Er warf darin die Frage auf, was Gegenstand der Jurisprudenz sei, und gab die Antwort: »Nur ein kleiner Teil hat das natürliche Recht zum Gegenstande, neun Zehntel und mehr haben nur mit Lücken, Zweideutigkeiten, Widersprüchen, mit dem Unwahren, Veralteten, Willkürlichen der positiven Gesetze zu tun. . . . Statt des Ewigen, Absoluten wird das Zufällige, Mangelhafte ihr Gegenstand. . . . Ein Federstrich des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden Makulatur.« Der Vortrag bedeutete einen scharfen Vorstoß gegen den wissenschaftlichen Charakter der Jurisprudenz und zugleich, woran manche vorbeigegangen sind, gegen den Positivismus im Recht. Natürlich fehlte es nicht an Gegnern. Unter diesen ist namentlich der Rechtsphilosoph Jul. Stahl zu nennen, der Kirchmann in seiner Schrift: »Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein« entgegentrat. Die Frage war aber damit nicht abgetan. Bis auf den heutigen Tag haben die Rechtsphilosophen sich über diese Angriffe nicht beruhigt, ein Zeichen, daß Kirchmann verwundbare Stellen der Jurisprudenz getroffen hatte¹.

Wenn man einen Blick auf die Reihe hervorragender Vertreter der Jurisprudenz im 19. und 20. Jahrhundert wirft, von Friedrich Carl v. Savigny, dem Begründer der historischen Rechtsschule, bis auf Ihering und Kohler, so könnte man geneigt sein, die Frage, ob die Jurisprudenz als Wissenschaft zu gelten habe, von vornherein als nicht erörterungsfähig abzulehnen. Die Lebensarbeit dieser bedeutenden Männer kann nicht in der Beschäftigung mit wertlosen Dingen bestanden haben. Um klar in der Sache zu sehen, bedarf es aber der Verständigung darüber, was unter Wissenschaft zu verstehen ist und wie sich dazu die Jurisprudenz verhält. Nach Kant ist Wissenschaft »jede Lehre, die ein System, d. h. ein nach Prinzipien geordnetes Ganzes der Erkenntnis sein will.« Das ist bis heute eine weitverbreitete Auffassung, doch fehlt es im einzelnen nicht an Meinungsverschiedenheiten. In der unbelebten Natur treten uns Vorgänge von ausnahmsloser Regelmäßigkeit entgegen, die auf Gesetze der Notwendigkeit hinweisen. Es ist daher nicht zu verwundern, daß in alter und neuer Zeit mehrfach Naturwissenschaft und Wissenschaft einander gleichgesetzt worden sind, während andere Arbeitsgebiete, namentlich die Jurisprudenz, die Geschichte und die Soziologie, noch heute nicht allgemein als Wissenschaften anerkannt werden. Seit Schopenhauer hat man öfters gerade der Geschichte den wissenschaftlichen Charakter abgesprochen. Ihr fehle, so führt dieser Philosoph in seinem Hauptwerk: »Die Welt als Wille und Vorstellung« aus², der Grundcharakter der Wissenschaft, den er in der

¹ Vgl. u. a. Karl Larenz, *Rechtsphilosophie* (1935) 37; Petralchek, *System der Rechtsphilosophie* (1932) 285.

² Bd. II S. 515 ff. bei Reclam.

Zusammenfassung der Einzelheiten zu einem System erblickt. Die Wissenschaft rede von Gattungen, die Geschichte von Individuen; eine Wissenschaft vom Individuellen gebe es aber nicht. Gegen diese Auffassung haben sich die Geschichtsforscher und Geschichtsphilosophen mit Nachdruck gewehrt, u. a. der Geschichtsphilosoph Bernheim in seinem Lehrbuch der historischen Methode und der Geschichtsphilosophie, worin er S. 9 ausführt: »Stets bleibt es das allgemein Menschliche, mit dem wir das einzelne Ereignis in Zusammenhang bringen . . . Das umfassendste Ganze, womit wir auf dem Gebiete der Geschichte das einzelne in Zusammenhang setzen können, ist die Menschheit in ihrer Gesamtentwicklung, und an diesem Punkte grenzt die Geschichtswissenschaft an die Geschichtsphilosophie und an die Religion; beide lehren uns, daß es eine solche Gesamtentwicklung gibt.« Die Auffassung, daß das Individuelle nicht Gegenstand wissenschaftlicher Forschung sein könne, ist in neuerer Zeit stark zurückgedrängt worden, namentlich auf Grund der Untersuchungen der südwestdeutschen Philosophenschule (Rickert, Windelband). Diese unterscheidet zwischen Naturwissenschaften und Kulturwissenschaften. Der Gegensatz wird darin gefunden, daß jene nach Gesetzen suchen, diese nach Gestalten, nach dem Besondern, Individuellen³. Es ist in der Tat nicht abzusehen, warum nicht die geschichtliche Erforschung des Einmaligen, etwa einer bestimmten Persönlichkeit oder eines Zeitabschnitts, eine objektive Bereicherung wissenschaftlicher Erkenntnis darstellen sollte.

Wie steht es mit der Jurisprudenz als Wissenschaft? Sie ist jedenfalls ein besonders wichtiges und umfassendes Arbeitsfeld. Der Jurist soll nicht nur die wichtigsten Stadien der rechtsgeschichtlichen Entwicklung beherrschen, sondern vor allem die Gegenwart und dazu Rat geben für die künftige Fortbildung des Rechts. Man sollte meinen, daß die Jurisprudenz vor Angriffen auf ihren wissenschaftlichen Charakter gefeit sei. Dennoch sind noch nach 1900, also lange nach Kirchmanns Vortrag, solche Angriffe erfolgt. In seiner Schrift: »Volk und Recht« von 1910 hat der Rechtslehrer Rumpf die Ansicht verfochten, nur Mathematik und Naturwissenschaft könnten als echte Wissenschaften gelten. Die Geschichte erklärt er für eine halbe Wissenschaft, das Recht sei überhaupt keine. Nur die Mathematik und die Naturwissenschaft verbürgten durch ihr wertfreies Verfahren stets eine relativ große Objektivität und Zuverlässigkeit ihrer Ergebnisse; davon sei bei der Jurisprudenz keine Rede. Es läßt sich nicht verkennen: die vielfach voneinander abweichenden Entscheidungen in der Rechtsprechung, die zahlreichen Streitfragen auf allen Rechtsgebieten zeigen, daß das Recht nicht selten auf schwankendem Boden steht. Aber das ist in der Natur der Sache begründet und kann nicht anders sein. Die mathematische Aufgabe wendet sich nur an den Verstand. Die Richtigkeit eines vom Fachmann festgestellten mathematischen Gesetzes kann niemand im Ernst bestreiten. Das Recht dagegen hat im wesentlichen die Aufgabe, menschliche Handlungen zu beurteilen.

Die richtige Beurteilung setzt eine möglichst erschöpfende Feststellung der Um-

³ Vgl. hierzu Rickert, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft S. 12 ff.; Windelband, Präluken, Bd. II S. 149 ff.

stände des Einzelfalles voraus, nicht selten eine sehr schwierige, vielleicht unmögliche Aufgabe. »Dabis mihi factum, dabo tibi ius«, so versichert ein alter Spruch. Aber er bewährt sich nicht immer. Ist die tatsächliche Feststellung einwandfrei zu treffen, so sind damit die Schwierigkeiten noch keineswegs überwunden. Es handelt sich dann um die Auffindung und Anwendung der einschlägigen Normen oder Rechtsgrundsätze auf den zu entscheidenden Fall und gegebenenfalls um die richtige Auslegung dieser Normen. Es fehlt also auch dann nicht an Klippen, woran die zutreffende Beurteilung scheitern kann. Es läßt sich nicht verkennen: Unsicherheit ist und bleibt ein nie gänzlich aus dem Bereich juristischer Entscheidungen zu bannendes Element, auch wenn das materielle Recht, das Verfahren und die Rechtspflege allen Anforderungen entsprechen. Rechtfertigt das den Schluß, die Jurisprudenz sei aus dem Kreise der Wissenschaften auszuschließen? Die Jurisprudenz hat weit überwiegend mit Einzelfällen, also mit dem Individuellen zu tun. Daß dies der Anerkennung ihres wissenschaftlichen Charakters nicht entgegensteht, ist oben dargelegt. Die Voraussetzung, von der Schopenhauer die Eigenschaft wissenschaftlichen Arbeitens abhängen läßt, nämlich von der Zusammenfassung der Einzelheiten zu einem System, ist bei der Jurisprudenz offensichtlich erfüllt. Jedes Lehrbuch der juristischen Dogmatik strebt eine solche Zusammenfassung an; naturgemäß liegt auch allen größeren Gesetzen, insbesondere den Kodifikationen, ein bestimmtes System zu Grunde.

Wenn Kirchmann in seinem Vortrag beklagt, daß in der Rechtswissenschaft allzu wenig vom Ewigen und Absoluten, vom natürlichen Recht die Rede sei, so trifft das noch heute zu. Jellinek und Gierke haben allerdings dazu beigetragen, das natürliche Recht für die moderne Welt gewissermaßen neu zu entdecken; die katholische Rechtsphilosophie steht nicht mehr, wie unter der Herrschaft des Positivismus, allein auf weiter Flur. Aber der Grundgedanke des natürlichen Rechts, daß es allgemeingültige, vom Wechsel der Zeiten unabhängige Rechtsgrundsätze gibt, die beim Versagen des positiven Rechts als geltende Normen anzuwenden sind, findet außerhalb des Kreises der katholischen Rechtsphilosophen nur wenige Vertreter. Die Anerkennung des Naturrechts schließt von vornherein jeden Zweifel an dem Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz aus. Denn nach dieser Lehre gibt es im Recht ewige Normen, so unverrückbar wie die Naturgesetze. Dernburg hat einmal gesagt, die Leuchte der Philosophie dürfe dem positiven Recht nicht fehlen, aber Herrin dürfe sie auf diesem Gebiete nicht werden. Davon ist sie auch noch in heutiger Zeit, wo die philosophischen Ideen eine stärkere Anziehungskraft gewonnen haben, weit entfernt. Das formale und technische Element hat im Recht allzu sehr die Vorherrschaft gewonnen. Es gilt aber für alle Zeit, was Ernst Zitelmann in der 1924 erschienenen Schrift »Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstbildnissen« aussprach: »Ich sehe in der Rechtsphilosophie die Krönung des gesamten juristischen Wissenschaftsbaues. Mit ihrer Wertbetrachtung muß man nicht nur an jede rechtliche Neuordnung herantreten, mit ihr muß sich schon derjenige erfüllen, der das vorhandene Recht anwenden will, eben weil die Rechtsanwendung auch Rechtsgestaltung ist.«

II.

Der Rechtslehrer Kohler hat das Recht als Kulturererscheinung gekennzeichnet. Einen ähnlichen Gedanken spricht Savigny mit der geistreichen Bemerkung aus, das Recht sei im Grunde nichts anderes als das Leben selbst von einer besonderen Seite gesehen. Der enge Zusammenhang zwischen Recht und Kultur liegt klar zu Tage. Das positive Recht ist naturgemäß stets auf eine bestimmte Kulturlage eingestellt. Auf den unteren Stufen der Kultur genügt ein einfaches, zumeist in der Gewohnheit fortlebendes Recht; im hochentwickelten Kulturstaat tritt uns ein vielmaschiger Rechtsorganismus entgegen, den auch der erfahrene Praktiker nicht in allen Teilen zu beherrschen vermag. Mit der Verschiebung der Lebensverhältnisse im Fortschritt der Kultur muß auch das Recht sich ändern, wenn nicht die Wohltat der bisherigen Rechtsordnung zur Plage werden soll. Das Recht ist vom Staate mit Zwangsgewalt ausgestattet; es vermag mit starker Hand in die Kulturentwicklung einzugreifen. Das kann eine Förderung der Kultur bedeuten, möglicherweise auch das Gegenteil. Neben dem Recht walten noch andere Mächte im Volksleben, die sich gegenseitig unterstützen und befruchten, aber auch durch Gegenwirkung in Schranken halten. Diese Gegensätze treten uns entgegen in dem Verhältnis zwischen Sitte, Recht und Sittlichkeit, zwischen positivem Recht und Naturrecht, zwischen Kirche und Staat.

Über Sittlichkeit und Recht ist bereits im Oktober=Heft (1937) dieser Zeitschrift gehandelt worden. Hier soll uns das Recht als Kulturfaktor beschäftigen. Es erscheint angebracht, einige Worte über das Verhältnis der Sitte zum Recht und der Moral voranzuschicken. Während die Moral das gesamte innere und äußere Leben des Menschen erfaßt, stellen Sitte und Recht vorwiegend nur Regeln für das äußere Verhalten des Menschen dar. Der Sitte fehlen Zwangsmittel zur Durchführung ihrer Gebote, dennoch kann sie in manchen Fällen einen starken Druck ausüben, dem sich der einzelne oft nicht zu entziehen vermag. Sie nähert sich insofern dem Recht. Der Moral steht sie ferner. An das Gewissen wendet die Sitte sich nur, soweit sie ihre Grundlage im sittlichen Bewußtsein hat. Ihering hat den Unterschied zwischen Sitte und Sittlichkeit in seinem Werke »Zweck im Recht« treffend gekennzeichnet: »Die Sitte lasse ich, wenn ich auf Reisen gehe, in der Heimat zurück und ordne mich der Landesitte unter. Aber die Sittlichkeit begleitet mich auf der Reise um die Welt, eine unsittliche Handlung: Betrug, Diebstahl, Ehebruch werde ich selbst bei einem wilden Volke nicht mit andern Augen ansehen als daheim. . . . Und wie die Sitte nur da mich bindet, wo sie besteht, so auch nur so lange, als sie besteht. . . . Anders bei der Sittlichkeit. Sie behält für mich ihre verpflichtende Kraft, auch wenn Tausende sie mit Füßen treten.« Nach diesen Äußerungen sollte man Ihering für einen überzeugten Vertreter der Lehre von der allgemeingültigen und allgemeinverpflichtenden Moral ansehen. Aber er will nur sagen, daß dem Sprachgebrauch (Orts= und Landesitte, nicht Orts=, Landes=sittlichkeit) diese Auffassung zu Grunde liege. Seine weiteren Untersuchungen

über das Wesen des Sittlichen führten ihn, der sich selbst als Dilettanten auf diesem Gebiete bezeichnete, auf die Bahn des gesellschaftlichen Utilitarismus.

Da das Recht, wie bereits früher⁴ in der Zeitschrift dargelegt wurde, als eine Provinz des Sittlichen zu betrachten ist, so darf es unsittliche Gebilde in seinem Machtbereich nicht dulden. Dieser Forderung genügt das Recht aller Kulturvölker: Das Rechtsgeschäft, das den guten Sitten widerspricht, wird überall als unsittlich verworfen. So auch § 138 Abs. 1 BGB: »Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.« Bemerkenswert ist die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. In 2. Lesung war der Antrag gestellt, die Worte: »gute Sitten« durch »Sittlichkeit« zu ersetzen. Der Antrag wurde besonders aus dem Grunde abgelehnt, weil die gewählte Fassung der Vorschrift einen umfassenderen Geltungsbereich sichere. Der Gesetzgeber unterschied mit Recht zwischen dem weiteren Begriff der guten Sitten und dem engeren Begriff der Sittlichkeit. Nicht nur das Unsittliche, das unter keinen Umständen im Recht geduldet werden kann, fällt unter das Gesetz, sondern auch eine solche Sitte, die das gesunde Volksempfinden als Unsitte ablehnt. Ohne gute Volksitten muß sich die beste Gesetzgebung als unwirksam erweisen; dem bekannten Wort von Tacitus, bei den Germanen seien die guten Sitten wirksamer als anderswo gute Gesetze, liegt eine allgemeine Wahrheit zu Grunde.

Umgekehrt kann aber auch die Gesetzgebung und Rechtsprechung den Boden im Volke vorbereiten für die Anerkennung von Grundsätzen und Gewohnheiten im Rechtsverkehr, die von ethischem Geiste erfüllt sind. Der Rechtslehrer Sohm hat 1895 einen Vortrag über den Entwurf des BGB. zweiter Lesung gehalten, worin er u. a. zu den Vorschriften über Treu und Glauben im Verkehr ausführte, diese Bestimmungen könnten und müßten in der deutschen Praxis das feurige Schwert werden, mit dem sie durch alle andern Vorschriften des Vertragsrechts hindurchschlagen könnte. Diese Voraussage ist in überraschendem Maße in Erfüllung gegangen. Seit Jahren berichten die großen Kommentare zum BGB. in weitestgedehnten Anmerkungen zu den §§ 157 und 242 über höchstrichterliche Entscheidungen, worin unterfucht wird, was im Einzelfalle unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr als *aequum et bonum* erscheint. Die Praxis ist hier – eine seltene Erscheinung im Rechtsleben –, über das Gesetz hinausgewachsen; sie hat ein Billigkeitsrecht geschaffen, das sich zu einem das ganze Recht beherrschenden Prinzip erweitert hat. Das Reichsgericht hat neuerdings das weite Herrschaftsgebiet dieses Billigkeitsrechts dahin umschrieben: »Der Rechtsgedanke von Treu und Glauben beherrscht den gesamten Rechtsverkehr, das ganze Rechtsleben. Er gilt nicht nur für das ganze Schuldrecht, sondern für das Privatrecht, darüber hinaus grundsätzlich auch für das öffentliche Recht.«

Der Grundgedanke, der diesen Forderungen von Treu und Glauben eine solche Kraft und Ausbreitung gegeben hat, ist ethischer Natur. Er gipfelt in der Verpflichtung aller an einem Rechtsgeschäft Beteiligten, nicht einseitig nur auf das

⁴ Bd. 131 S. 183.

eigene Interesse zu sehen, sondern auch auf die Belange der andern billige Rücksicht zu nehmen. Da es sich um Forderungen handelt, die im Verkehr der Menschen untereinander nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit, der Billigkeit und Treupflicht zu erfüllen sind, so haben sie, wie mehrfach mit Recht geltend gemacht ist, naturrechtlichen Charakter.

In einer Reihe von Einzelfällen durchbrechen im modernen Recht Rücksichten auf Sitte, Sittlichkeit und soziale Wohlfahrt die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln. Seit geraumer Zeit sind namentlich die Wohlfahrtszwecke in den Vordergrund getreten. Die Zeiten, wo im Sinne von Wilhelm v. Humboldt an den Staat die Forderung gestellt wurde, er solle sich nicht weiter in die Privatangelegenheiten der Bürger mischen, als es sich um Kränkung der Rechte des einen durch den andern handle, sind längst vorüber. Der Nationalökonom Adolf Wagner hat bereits in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts auf das Gesetz der wachsenden Ausdehnung der Staatstätigkeit bei fortschreitenden Kulturvölkern hingewiesen. In Deutschland wurde in dieser Beziehung die großangelegte soziale Gesetzgebung der achtziger und neunziger Jahre von bahnbrechender Bedeutung, und zwar weit über die Grenzen Deutschlands hinaus. Sie wurde auch bis in die neueste Zeit im Sinne des Grundgedankens fortgeführt, daß es Aufgabe der aus christlicher Gesinnung erwachsenen Staatsidee sei, durch zweckmäßige Einrichtungen und durch Mittel der Gesamtheit das Wohlergehen aller seiner Mitglieder, namentlich der schwachen und hilfsbedürftigen, positiv zu fördern. (Insbesondere im Arbeitsrecht, in der sozialen Versicherung und der Wohlfahrtspflege.) Dieses soziale Recht im weitesten Sinne ist im Laufe der Zeit über das Privatrecht hinausgewachsen und hat sich zu einem wichtigen Bestandteil des öffentlichen Rechts entwickelt. Im Privatrecht, insbesondere im BGB., haben soziale Gedanken nur in geringem Maße gesetzliche Gestalt gewonnen. In manchen Fällen kann die Rechtsprechung in die Lücke treten. Das freie Ermessen des Richters hat gegenüber den landrechtlichen Bestimmungen im BGB. eine wesentliche Stärkung erfahren. Damit ist dem Richter die Möglichkeit gegeben, beim Ausgleich widerstreitender Interessen die Forderungen der sozialen Wohlfahrt gebührend zu berücksichtigen.

Das Recht kann nicht nur durch seinen Inhalt kulturfördernd wirken, sondern auch dadurch, daß es sich in seiner Form und durch die Art seines Aufbaus als echtes Volksrecht erweist. Der um die Vollendung des BGB. sehr verdiente Professor Planck bezeichnete bei der Beratung des Gesetzentwurfs im Reichstage das einheitliche Recht neben der gemeinsamen Sprache als die edelste und köstlichste Frucht des nationalen Geistes und zugleich als das stärkste und festeste Band der nationalen Einheit. Bekanntlich hat sich schon vor mehr als 100 Jahren der Heidelberger Rechtslehrer Thibaut mit Entschiedenheit für ein einheitliches deutsches Recht eingesetzt. Savigny trat ihm sofort entgegen, seinen Zeitgenossen den Beruf für die Gesetzgebung absprechend. Er wandte sich aber auch überhaupt gegen die Zweckmäßigkeit oder gar Notwendigkeit von Kodifikationen; diese hätten den Nachteil, daß sie die Verbindung mit der Vergangenheit abbrechen. Das einheitliche, alle Schichten und Klassen des Volkes umspannende Gesetzbuch wird

großen Kulturstaaen zumeist als erstrebenswert vorschweben. Ob aber das große Unternehmen unter den damaligen Zeitverhältnissen hätte gelingen können, erscheint recht zweifelhaft. Selbst das politisch geeinigte, mit allen technischen Hilfsmitteln viel besser ausgerüstete Deutsche Reich von 1871 hat lange und schwer um die deutsche Rechtseinheit ringen müssen. Es sei hier nur darauf hingewiesen, daß die Kommission zur Ausarbeitung eines Entwurfs des BGB. im September 1874 zusammentrat, daß aber der Entwurf erster Lesung erst im Dezember 1887 vorgelegt werden konnte. Die stattlichen fünf Bände Motive zu dem Entwurf geben Zeugnis von der ungeheuren Arbeit, die hier zu bewältigen war. Erst am 18. August 1896 konnte die Vollziehung des BGB. durch den Kaiser erfolgen. Zur Zeit Thibauts waren die Stammesgegensätze in deutschen Landen noch zu groß, es gab noch kein einheitliches deutsches Volk. Der Versuch, ein einheitliches Recht zu schaffen, wäre damals auf weit größere Schwierigkeiten gestoßen als gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Auf die Bedeutung des BGB. als Kodifikation und auf die umfassende, teilweise bereits in Angriff genommene Reform kann im Rahmen dieses Artikels nicht näher eingegangen werden. Dazu sei nur grundsätzlich bemerkt:

Wer erwartet, daß im neuen bürgerlichen Recht der Gedankenkreis des römischen Rechts völlig zurücktreten werde, gibt sich einer Täuschung hin. Ein nicht geringer Teil dieses Gedankengutes ist und bleibt unsterblich. Ebenso wenig ist zu erwarten, daß es jemals gelingen könnte, im Wege der Kodifikation, mag sie von einem einzelnen oder von vielgliedrigen Kommissionen stammen, ein vollendetes ideales neues Gesetzbuch zu schaffen. Daß die historische Schule, insbesondere Savigny und Puchta, dem Volksgeiste eine so hohe Bedeutung beilegen, ist nicht zu tadeln. Der Genius des Volks ist nicht nur auf ethischem Gebiet tätig, indem er für naturrechtliche Forderungen eintritt, er stößt auch alles ab, was dem Volksempfinden im weitesten Sinne widerspricht, und gibt den Rechtsgebilden die ihm innerlich entsprechende Gestalt und Färbung. Alles positive Recht muß sich im Leben, in der Praxis als brauchbar erweisen. Das in der Werkstatt des Gesetzgebers erfundene Recht wird stets hinter dem Ideal zurückbleiben und über kurz oder lang Berichtigungen erfahren. Der jetzige Gesetzgeber kann die Erfahrungen mit dem seit 1900 bestehenden Rechtszustande nutzbar machen und die anerkannten Mängel ausmerzen. Mit Nachdruck wird gerade in neuerer Zeit ein volksnahes, wenigstens in den Grundzügen auch dem Laien verständliches Gesetz verlangt. Dieses Verlangen ist um so mehr berechtigt, als die Laien in weitem Umfange zur Teilnahme an der Rechtsprechung berufen sind. In einem hochentwickelten Kulturstaat kann es allerdings keinem Gesetzgeber gelingen, ein bürgerliches Recht zu schaffen, das der Laie bloß aufzuschlagen braucht, um darin mit Sicherheit im Einzelfall sein Recht zu finden. Das scheitert an der verwickelten Technik des Rechts, die bei der unerschöpflichen Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse in der Gegenwart nicht auszuschalten ist. Andererseits braucht ein Recht, das auf wissenschaftlicher Grundlage aufgebaut ist, nicht notwendig dunkel und schwer verständlich zu sein. Daß das BGB. dem Laien fremd geblieben ist, ist

nicht zu verwundern; auf eine volkstümliche Fassung hatte der Gesetzgeber keinen Wert gelegt. Auch hochstehenden Juristen gab das Gesetz manche Rätsel auf. Selbst Dernburg erklärt im Vorwort zum Erbrecht des BGB.: »Es enthüllt seinen Inhalt auch dem gelehrten und bewährten Juristen nur nach ernstem und eindrucklichem Studium.« An der Form des Gesetzbuches wird manches zu ändern sein. Auch grundsätzliche Änderungen werden nicht zu vermeiden sein. Nur ein grundsätzlicher Punkt mag hier kurz berührt werden. Die aus dem Positivismus stammende Lehre, wonach alles Recht im Gesetz aufgehen soll, soweit nicht der Gesetzgeber dem Gewohnheitsrecht Spielraum gelassen hat, hat zeitweise der Konstruktions- und Begriffsjurisprudenz Vorschub geleistet. Diese Richtung ist in neuerer Zeit stark zurückgedrängt worden. Große Meinungsverschiedenheit herrscht über die grundlegende Frage, welche Mächte in der Gegenwart als Recht schaffend, also als Rechtsquellen anzuerkennen sind und in welchem Rangverhältnis sie untereinander stehen. Das ist früher in dieser Zeitschrift erörtert worden⁵. Es fragt sich, ob es nicht im Interesse der Rechtsicherheit notwendig ist, diesen wichtigen Punkt direkt an der Eingangspforte zum BGB. erschöpfend zu regeln.

Jellinek hat das Recht ein ethisches Minimum genannt. Schmoller⁶ stimmt dem zu, bemerkt aber, das Recht sei auch ein ethisches Maximum, nämlich an Kraft, an Wirksamkeit und Resultaten. Ein ethisches Minimum ist das Recht insofern, als es nur bestimmte Teile der sittlichen Lebensordnung erfaßt, während das Sittengesetz den ganzen Menschen ergreift und ihn in allen Lebenslagen begleitet. Das Recht kann ethisch das Höchste leisten, wenn es die Forderungen der Ethik und gesunder Volksanschauung nach Möglichkeit in Staat und Gesellschaft zu verwirklichen sucht. Mit dem Rechtsphilosophen Kohler⁷ muß aber darauf hingewiesen werden, daß es auch im Laufe der Rechtsentwicklung Perioden gegeben hat, in denen die Juristen ihr Amt als Hüter und Pfleger des Rechts vergessen haben und schweren Verirrungen und Torheiten zum Opfer gefallen sind. Solche Verderbnis trat in besonders abstoßender Weise bei der Jahrhunderte hindurch dauernden Hexenverfolgung hervor. Das sind pathologische Zustände. Aber das Unrecht siegt nicht dauernd über das Recht, das Laster nicht über die Tugend, die Unvernunft nicht über die Vernunft. Die ethisch-religiösen Ideale können zeitweise durch widerstrebende Richtungen verdunkelt werden, aber um so machtvoller treten sie später wieder hervor als Wecker der Gewissen, als Förderer der Kultur.

⁵ Im Bd. 131, S. 175 ff.

⁶ Volkswirtschaftslehre Bd. I S. 57.

⁷ Rechtsphilosophie² (1917) 62.