

S. 295-300 folgen

FESTSCHRIFT
ZU EHREN VON
PROF. DR. JUR. RUDOLF LAUN
REKTOR DER UNIVERSITÄT HAMBURG
ANLÄSSLICH DER VOLLENDUNG
SEINES 65. LEBENSJAHRES
AM 1. JANUAR 1947



GESAMMELT UND HERAUSGEGEBEN VON
GUSTAF C. HERNMARCK
VERLEGT 1948 IN HAMBURG IM
J. P. TOTH VERLAG

DIE NATUR DER SACHE ALS JURISTISCHE DENKFORM

von

Prof. Dr. jur. Gustav Radbruch

Reichsjustizminister u. D., Heidelberg

Der Begriff „Natur der Sache“ gehört der allgemeinen Geistesgeschichte an. So hat Schiller die Denkweise Goethes durch diese Denkform am treffendsten zu kennzeichnen gemeint: durch seine „solide Manier, immer von dem Objekt das Gesetz zu empfangen und aus der Natur der Sache ihre Regeln abzuleiten“¹. Natur der Sache ist die Losung aller derer, welche den schroffen Dualismus von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert zu mildern bemüht sind, welche die Vernunft in den Dingen suchen; sie ist ein Schlagwort in jenem Kampf zweier Denkweisen, der in der Geistesgeschichte immer von neuem entbrennt und in der klassischen Zeit des deutschen Genius in den beiden großen Gestalten Kant und Goethe sich verkörpert.

Auf diesen Blättern geht es indessen nur um die N. d. S. als juristische Denkform². Die Geschichte des Gebrauchs dieser Denkform in der juristischen Methodenlehre soll hier nur flüchtig skizziert werden³ — denn sie stellt sich nicht als eine kontinuierliche Entwicklung dar, sondern als eine zusammenhanglose Reihe immer wieder erneuter Vorstöße. Der Ursprung dieses Gedankens liegt wohl im griechischen Denken (*physei dikaion*), seine lateinische Wortprägung, *rerum natura*, geht auf *Lucretius* zurück, dessen Lehrgedicht diesen Titel trägt. Ihre weitere Verbreitung dankt sie vermutlich dem angeblichen postumen Herausgeber von *Lucretius* Werk, *Cicero*. Von ihm gelangte der Gedanke der N. d. S. zu den römischen Juristen und weiter in die *Digesten*⁴. Das Mittelalter übernahm ihn, insbesondere *Thomas von Aquino*⁵. In der Neuzeit kam der Begriff N. d. S.

¹ Brief Schillers an W. v. Humboldt vom 9. 11. 1795. Vgl. Exkurs I.

² Vgl. meinen Aufsatz *La Natura della cosa* in der *Rivista Internazionale di Fil del Dir.* anno XXI (1941). Vorliegender Aufsatz ist eine Neubearbeitung und Erweiterung jener früheren Arbeit.

³ Dogmengeschichtliche Skizzen bei Max Gutswiller, *Zur Lehre von der N. d. S.* in der Festgabe der Jur. Fak. Freiburg f. d. Schweizer Juristenverein 1924, S. 294 ff., und bei Hermann Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung* 1929, S. 75 f., Literaturangaben auch bei Alberto Asquino, *La natura dei fatti come fonte di Diritto*, *Archivio giuridico Serafini*, vol. 85 1921, pag. 129 s.

⁴ Über *natura rerum* vgl. Exkurs 2.

⁵ *Jus naturale*: was jemandem *ex ipsa rei natura* gebührt (zit. bei Geyer, *Gesch. und Syst. d. Rechtsph.* 1863, S. 26). „Die menschlichen Handlungen erhalten ihre Regelung durch die Vernunftnorm, die aus den geschaffenen Dingen hergeleitet wird“ (Mausbach, *Naturrecht und Völkerrecht*, 1918, S. 27).

besonders durch *Montesquieu* „*Esprit des lois*“ in Aufnahme, dessen erstes Kapitel mit diesen Worten beginnt: „Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses“¹. Seither tritt die Formel immer wieder hervor, sie findet sich bei Germanisten (Runde) wie bei Romanisten (Voigt, Leist), im Rahmen der Historischen Schule (Savigny, Puchta) und der Begriffsjurisprudenz (Jhering) wie innerhalb der Freirechtlichen Bewegung (Adickes, Ehrlich), vor allem auch in der katholischen Rechtslehre (Mausbach)². Nicht zufällig erscheint sie im Handelsrecht (Vivante), in dem ja die Gesetze stets besonders sichtbar durch die Entwicklung des geschäftlichen Verkehrs bestimmt wurden³. Auch unter anderen Namen ist die N. d. S. leicht zu erkennen, so in der Lehre von den „Realien der Gesetzgebung“ (Eugen Huber), in der phänomenologischen „Wesensschau“ (Reinach), dem „konkreten Ordnungsdenken“ (Carl Schmitt)⁴.

Man darf die N. d. S. nicht als eine naturrechtliche Denkform mißverstehen. Natur der Sache und Naturrecht sind viel eher Gegensätze. Das Naturrecht, aus der Natur des Menschen: der Vernunft hergeleitet, beansprucht ein für alle Zeiten und Völker gleiches Recht zu begründen, aus der N. d. S. aber ergibt sich die Mannigfaltigkeit historischer und nationaler Rechtsbildungen. Sie ist deshalb eminent geeignet, historischem, nationalem, konservativem Rechtsdenken zur Grundlage zu dienen. So wird es wohl verständlich, daß die Historische Schule trotz ihrer Kampfhaltung gegen das Naturrecht der N. d. S. sich gern bediente⁵. E. I. Bekker bezeugt, daß „das Savignysche System voll ist von Deduktionen aus der N. d. S.“, und Landsberg weist der N. d. S. mit Recht ihren geistesgeschichtlichen Platz an zwischen dem abstrakten Vernunftrecht des 18. und den Konstruktionen des 19. Jahrhunderts, also in der Historischen Schule. Noch Jhering sagt, es gebe kaum einen Ausdruck, der seine Methodenlehre so treu wiedergäbe wie die Wendung N. d. S.⁶. Erst als sich die Historische Schule zum Positivismus verengte und nun wesentlich von der Furcht vor Gefährdung der Rechtssicherheit beherrscht war, fielen N. d. S. und Naturrecht in die gleiche Verdammnis. Nun konnte Windscheid die N. d. S. „einen nicht mit Unrecht verschrienen Ausdruck“ nennen, und der Großinquisitor jeder naturrechtlichen Ketzerei, Bergbohm, erstreckte auch auf sie sein Anathema: „Noch immer“, spottet er, „möchte man der Natur der Sache eine Rechtsnorm abzwängen, die noch nicht da ist“⁷. Aber um die gleiche Zeit fand *Dernburg* klassische Worte für den

¹ Über Montesquieu Exkurs 3.

² Justus Friedr. Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 8. Aufl., 1829, § 80, S. 72; Moritz Voigt, Die Lehre vom jus naturale, Bd. 1, 1856 (vgl. Register u. besonders S. 547 ff.); Burk. Wilh. Leist, Civilist. Studien, Bd. 1, 1854, Bd. 4, 1877 und: Naturalis ratio und Natur d. Sache, 1860; Franz Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872; Eugen Ehrlich in den (Wiener) jurist. Bl., Bd. 14, 1888, S. 510 ff., 581 ff., Soziologie des Rechts, 1913, S. 285 ff., Juristische Logik, 1918, S. 230 f.; Mausbach, Naturrecht und Völkerrecht, 1918, S. 26 ff. Die neueste, für diesen Aufsatz vielfach wegweisende Sonderdarstellung: Max Gutzwiller (vgl. oben, Anm. 2). Über Leist Exkurs 4.

³ Über Vivante: Asquino (vgl. oben, Anm. 3) und Di Carlo, il diritto naturale nel pensiero italiano 1932, p. 66 ff.

⁴ Eugen Huber, Zeitschr. f. Rechtsphilos., Bd. 1, 1914, S. 39 ff.; Adolf Reinach, Die aprior. Grundlagen d. bürgerl. Rechts, 1913; Carl Schmitt, Über d. drei Arten des rechtl. Denkens, 1934. Vgl. auch Geny's Lehre von den „données“ (Gegebenheiten).

⁵ E. J. Bekker, Streit zw. d. histor. u. d. philosoph. Rechtsschule, Heidelberg, akad. Rede 1886, Anm. 10; Erich Jung, Das Probl. d. natürl. Rechts, 1912, S. 39 ff.; Landsberg, Gesch. d. dt. Rechtsw., 3. Abt. 1898, S. 452.

⁶ Jhering, Geist II, 2. u. 3. Aufl., 1875, S. 388.

⁷ Bergbohm, Jurisprudenz u. Rechtsph., Bd. 1, 1892, S. 353.

Begriff und die Aufgabe der N. d. S.: „Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist. Die Natur der Sache ist nicht zu verwechseln mit dem Naturrecht. Das Naturrecht stützt sich auf Schlüsse, welche aus dem Wesen des Menschen an sich gezogen werden. Es ist zu unmittelbarer Rechtsanwendung nicht geeignet¹.“

Wie die geistesgeschichtlichen Phasen der Rechtswissenschaft, so scheiden sich voneinander auch die verschiedenen Kulturbereiche juristischer Denkweise im Zeichen der Denkform der N. d. S. Die Rechtsordnungen der Länder des rezipierten römischen Rechts und der späteren Kodifikationen sind von der normativistischen Rechtsauffassung beherrscht und wenden die Denkform N. d. S. zur Auslegung der Gesetze und zur Ausfüllung der Gesetzeslücken nur ungern und selten an. Dagegen war das lebendige Recht der Römer ein wesentlich aus der N. d. S. geschöpftes Recht. „Keines kommt dem römischen Volke gleich an schlichter unerbittlicher Durchführung der von der Natur selbst vorgezeichneten Rechtsverhältnisse“, sagt Theodor Mommsen, und in gleichem Sinne heißt es in einer neuen Apologie des römischen Rechts: „Was die römischen Juristen erstreben, ist die Regel zu finden, die sich aus der Natur der Sache, aus der Natur der Lebensverhältnisse ergibt².“ Ebenso bedeutet das angelsächsische case law — innerhalb der normativistischen Schranken der statutes und der verbindlichen precedents — Rechtsfindung aus der N. d. S. und insbesondere die Equity den Versuch, selbst gegenüber den starren Bestandteilen des Common Law noch der N. d. S. gerecht zu werden, einen Versuch, der freilich selbst schließlich in ein case law verbindlicher precedents ausmündete. Diese englische Weise des Rechtsdenkens ist tief verwurzelt in der englischen Geistesart: „Die ganze Haltung der Engländer ihrem Rechtswesen und auch ihrer Politik gegenüber ist auf die empirische Methode gegründet, sich mit Problemen erst zu befassen, wenn sie entstehen; es herrschte immer eine Abneigung gegen das Übermaß im Definieren (overdefinition) und vorwegnehmende gesetzliche Regelung (proleptic law)³.“

Die Wendung N. d. S. ist in den allgemeinen Sprachgebrauch übergegangen, und zwar als Ausdrucksform einer Selbstverständlichkeit, die keiner Begründung zu bedürfen scheint und die weitere Diskussion kurz abschneiden soll. Nicht viel anders erscheint sie wohl gelegentlich in der Rechtspraxis: ohne weitere Gründe, mit dem Anspruch der Evidenz. Aber die Rechtstheorie hat das logische Wesen der N. d. S., die merkwürdige Verknüpfung von Seinsfeststellung und Wertbeurteilung, noch nicht genügend geklärt. Dies soll hier an dem Leitfaden dreier Fragen versucht werden: Was bedeutet „Sache“, was „Natur“, woher die Verbindlichkeit der „Natur der Sache?“

1. Die „Sache“, die gemeint ist, ist das Substrat, das Material, der Stoff, den das Recht zu formen hat. Es ist dabei gleichgültig, ob als Stoff rechtlicher Beurteilung ein Einzelfall dem Richter vor-

¹ Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 3. Aufl., 1892, S. 87.

² Mommsen, Röm. Geschichte, Buch 1, Kap. 5; Fritz Schulz, Prinzipien des Röm. Rechts, 1933, S. 24.

³ Sir Henry Slessor, The Law 1936, p. 16.

liegt oder dem Gesetzgeber und Rechtsgelehrten ein ganzer Inbegriff zusammengehöriger Einzelfälle: das Verfahren zur Ermittlung der N. d. S. ist in beiden Fällen das gleiche. Stoff des Rechts ist das Zusammenleben der Menschen, die Gesamtheit der Lebensverhältnisse und Lebensordnungen innerhalb der Gesellschaft sowie die Lebens- und Rechts-tatsachen, welche Bestandteile jener Verhältnisse und Ordnungen sind. Versuchen wir die Fülle dieser Erscheinungen zu überblicken und zu ordnen¹, so haben wir zu beginnen mit den *Naturtatsachen* — vom Falle des Apfels über den Zaun, der für das Nachbarrecht erheblich ist, bis zu den Drehungen des Erdballs, nach denen sich die juristischen Termine und Fristen letztlich bestimmen. Die fortschreitende Beherrschung der Natur durch den Menschen, die Entwicklung der Technik, schafft neue Stoffe und neue Rechtsfragen; ist z. B. Vertragsschluß am Fernsprecher ein Vertragsschluß zwischen Abwesenden oder Anwesenden? Das sinnenfällige Verhältnis der Dinge zu den Menschen ist die Grundlage für die sich fortschreitend vergeistigenden Begriffe Detention, Gewahrsam, Besitz, Eigentum und ihrer rechtlichen Auswertung in Zivil- und Strafrecht. Ein *Naturale* in unserem Sinne, ein Seiendes, ist auch der Mensch in seiner körperlichen und seelischen Beschaffenheit, soweit er als Objekt rechtlicher Regelung erscheint: es ist weithin maßgebend für den Geist des Rechts, ob sich der Gesetzgeber den „Menschen im Recht“ nach dem Vorbild des homo oeconomicus als sehr klug und sehr eigennützig vorstellt (wie im Privatrecht) oder als erfüllt von gemeinsamem Verantwortungsgefühl (wie im öffentlichen Recht, z. B. bei der Gewährung von Wahlrechten)². Die großen Ur-tatsachen und Urverhältnisse, die „*Naturformen des Menschenleben*“ (Viktor Hehn) sind die tragenden Grundlagen des gesamten Rechts, besonders aber des Familien- und Erbrechts: Geburt und Tod, Kindheit, Jugend und Alter, Geschlechtsverbindung und Zeugung, Elternschaft und Kindschaft sind die animalen Tatsachen, auf die Ulpian das Naturrecht in diesem Sinne gründet: quod natura omnia animalia docuit: maris atque feminae coniunctio, liberorum procreatio et educatio. Aber Stoffe des Rechts sind alle diese Verhältnisse und Tatsachen nicht als rein naturale Rohstoffe, das Recht ruht nicht unmittelbar auf den natürlichen Geschlechts- und Zeugungsverhältnissen, vielmehr auf den Sozialgebilden, deren natürlichen Kern sie bilden: Einehe oder Mehrehe, Mutterrecht oder Vaterrecht, und für die rechtlichen Zeitbemessungen sind die Drehungen der Erde nicht unmittelbar maßgebend, vielmehr durch die Vermittlung der konventionellen Regelung im Kalender. Stoff des Rechts ist eine begrifflich vielfältig vorgeformte Wirklichkeit³. Ubi homines sunt, modi sunt, sagt Goethe in den Wanderjahren (Buch 3, Kap. 1) und erläutert diese Worte dahin, daß da, wo Menschen in Gesellschaft zusammentreten, die Art und Weise, wie sie zusammen sein und bleiben mögen, sich sofort mit ausbilde.

So weist die erste Klasse unserer Übersicht schon auf die zweite hin: die *Vorformen der Rechtsverhältnisse*, die schon durch Gewohnheit, Herkommen, Brauch, Usance, Sitte geregelter Lebensverhältnisse, das „unentwickelte Gewohnheitsrecht“⁴, z. B. die Geschäftstypen, welche zur Grund-

¹ Ähnliche Übersichten bei E. Huber und bei Gutzwiller, a. a. O.

² Vgl. Radbruch, *Der Mensch im Recht*, 1927; Hugo Sinzheimer, *Das Problem des Menschen im Recht*, Groningen 1932.

³ Vgl. Radbruch, *Rechtstoff und Rechtsidee*, *Kantfestschrift d. Intern. Vereinigung f. Rechts- u. Wirtschaftsph.*, 1924, S. 183 ff.

⁴ Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., 1931, S. 155.

lage des Obligationenrechts werden, kollektive Gebilde, wie Gemeinden und Kirchen, die den Anspruch auf Erhebung zu juristischen Personen in sich tragen, antisoziale Handlungen, die schon das Volksgewissen verwirft und für die es Verbot und Strafe verlangt, aber auch „Unsitten“, welche das Recht nicht bekämpfen kann, ohne ihrer Verankerung in fehlgehender Sitte Rechnung zu tragen (Zweikampf, Glücksspiel).

Diese Vorformen der rechtlichen Regelung gehen ohne scharfe Grenzen in Gewohnheitsrecht über und damit in die dritte Gestalt der „Sachen“ — denn auch *rechtlich geregelte Lebensverhältnisse* können Rechtsstoffe sein und damit Material für die N. d. S. Internationales und intertemporales Recht, Völkerrecht, Staatskirchenrecht, Prozeßrecht sind Rechte zweiten Grades, Rechte des oberen Stockwerks, unter denen im Erdgeschoß schon andere Rechte wohnen. Auch wenn man von ökonomischen Tatsachen und ihrem Einfluß auf das Recht redet, denkt man, wie Stammler in seiner Kritik der materialistischen Geschichtsauffassung dargetan hat¹, unvermeidlich ihre rechtliche Regelung mit — sie sind ein Stück Rechtsleben. Auch vergangenes Recht wirkt in neuem Rechte nach, und zwar nicht nur in den Übergangsvorschriften und in Gestalt „wohlerworbener Rechte“: es macht einen Unterschied, ob eine neue rechtliche Regelung an die Stelle entgegengesetzten bisherigen Rechts tritt oder ob sie auf bisher unbebautem Gelände errichtet wird, und umgekehrt ob eine Einrichtung, z. B. die Todesstrafe, abgeschafft oder ob sie nicht eingeführt wird. Das Naturrecht hat diesen Unterschied vielfach unbeachtet gelassen — aber sieht nicht z. B. der Parlamentarismus anders aus, wenn er sich (wie in England) unmittelbar aus den früheren Ständen entwickelt hat, als wenn er als ein neues Gebilde in den absoluten Staat eingedrungen ist (wie in Frankreich und Deutschland)? In diesem Sinne hat Goethe in den Wanderjahren (Buch 2, Kap. 11) den paradoxen Ausspruch getan, es sei „die bürgerliche Gesellschaft, welcher Staatsform sie auch untergeordnet wäre, als ein Naturzustand anzusehen“. In dem so als „Sache“ auch der bestehende Rechtszustand zu berücksichtigen ist, erweist sich die N. d. S. als ein besonders brauchbares Werkzeug für eine historische und konservative Rechtsauffassung.

2. Soviel von der „Sache“, nun von ihrer „Natur“. Es versteht sich, daß hier „Natur“ nicht naturalistisch und überhaupt nicht im Sinne eines Seienden aufgefaßt werden will. Wenn Dernburg von der N. d. S. als der einem Lebensverhältnis innewohnenden Ordnung redet, so kann das nur als ein anschauliches Bild für etwas rein Ideelles verstanden werden. Natur der Sache ist ihr Wesen, ihr Sinn, und zwar nicht ein von irgend jemanden wirklich gedachter, vielmehr der allein aus der Beschaffenheit der Lebensverhältnisse selbst zu entnehmende objektive Sinn, die Antwort auf die Frage: wie kann dieses so beschaffene Lebensverhältnis als sinnvoll gedacht werden, d. h. als Verwirklichung einer Idee — und welcher Idee? Und zwar wird gesucht der juristische Sinn und die Rechtsidee, die sich in ihm verwirklicht. Savigny hat einmal gesagt, das Recht sei „das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen“² — der juristische Sinn einer Sache bedeutet also die Auslese bestimmter Merkmale aus der Ganzheit eines Lebensverhältnisses unter

¹ Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 3. Aufl., 1914.

² Savignys „Beruf“, Ausgabe 1892, S. 18.

einem bestimmten Aspekt. Wenn Anselm Feuerbach (der Maler) gesagt hat, Stil sei richtiges Weglassen des Unwesentlichen, so könnte er das von seinem Großvater (dem Juristen) gelernt haben: denn auch der juristische Stil ist richtiges Weglassen des Unwesentlichen. Die so gewonnenen juristischen Merkmale werden unter der Herrschaft einer Rechtsidee zu einem einheitlichen Sinngefüge zusammengefaßt, das wohl meistens, aber nicht immer, ein teleologisches Gefüge, ein Gefüge von rechtlichen Zwecken und Mitteln sein wird. So wird das Lebensverhältnis in ein Rechtsinstitut umgeformt, in Gestalt eines Idealtypus, das Verfahren aber, das wir damit angedeutet haben, ist die juristische Konstruktion¹. Man hat sie vom phänomenologischen Standpunkt als „Wesensschau“ kennzeichnen wollen, ohne damit in erheblichem Maße Zustimmung zu finden². Wir haben dagegen versucht, sie mit Hilfe der methodologischen Apparatur Rickerts und Max Webers zu durchleuchten, mittels der Begriffe des Sinns, der Idee, der Ideenbezogenheit und des Idealtypus. Der Weg dieses Verfahrens führt von den Lebensverhältnissen und ihren einzelnen Verhaltensregeln über ihre ideenbezogene Sinnbedeutung aufwärts zum Idealtypus des Rechtsinstituts, die Darstellung der Ergebnisse aber pflegt umgekehrt von dem Rechtsinstitut auszugehen und aus ihm die einzelnen Rechtsregeln zu entfalten, sowohl die, welche den Ausgangspunkt der Konstruktion gebildet haben, wie weitere, neue Rechtsregeln, welche mit logischer Konsequenz aus dem Wesen des Rechtsinstituts folgen. Eine solche Darstellung ist zugleich eine Probe aufs Exempel: sie verschafft durch die Vollständigkeit und Widerspruchslosigkeit der abgeleiteten Rechtsregeln die Gewähr für die Richtigkeit der Konstruktion. Somit ist die N. d. S. das Ergebnis einer streng rationalen Methode, nicht etwa ein „Glücksfall der Intuition“³. Ob wohl, sagt Eugen Ehrlich im Anschluß an eine Reihe von Beispielen für die Argumentation aus der N. d. S., „ob wohl mit Hilfe der schärfsten Dialektik auf Grund positiver gesetzlicher Bestimmungen Rechtsnormen mit größerer Sicherheit und Bestimmtheit formuliert werden könnten, als es hier geschehen ist“⁴?

3. Mit der Kennzeichnung der N. d. S. als des auf einer Rechtsidee bezogenen Sinns eines Lebensverhältnisses ist schon entschieden über die Frage, in welchen Grenzen die N. d. S. *Rechtsgeltung* beanspruchen kann⁵. Sie ist zwar kein Seiendes, aber sie ist an ein Seiendes gebunden: sie ist der Sinn, der einem faktischen Lebensverhältnis zukommt, der Ausdruck einer Rechtsidee, die diesem Sinne zugrunde liegt — aber dadurch noch nicht als geltend erwiesen wird. Die N. d. S. ist nicht etwas aus eigener Kraft Geltendes, keine Rechtsquelle, sie gilt also nur, soweit eine Rechtsquelle ihr ausdrücklich oder stillschweigend Raum gewährt. Sie ist ein Mittel der Auslegung und Lückenausfüllung, soweit der von ihr ermittelte Sinn des Lebensverhältnisses und die Idee, auf die er sich gründet, mit dem Geiste des Gesetzes nicht in Widerspruch steht. Sie ist die ultima ratio der Auslegung und Vervollständigung des Gesetzes, die nur dann zur Anwendung kommt, wenn man für die Regelung eines Lebensverhältnisses eine von dem konkreten Gesetzgeber gemeinte Idee nicht

¹ Über jurist. Konstr. Vgl. Exkurs 5.

² Reinach, a. a. O. (vgl. oben, Anm. 5); dazu die Besprechung von Kantorowicz, *Logos*, Bd. 8, 1919, S. 111 ff.

³ Wie ich früher meinte: *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 1932, S. 7.

⁴ *Juristische Blätter* (vgl. oben, Anm. 5) S. 583.

⁵ Gegen die unbedingte Maßgeblichkeit der N. d. S. auch Reinach, S. 158 und Gutzwiller, S. 298.

nachweisen kann, vielmehr genötigt ist, sich auf den „Gesetzgeber überhaupt“, den Gesetzgeber in abstracto zu berufen.

Weiter aber ist die N. d. S. ein Leitgedanke für den Gesetzgeber¹. Beherrschender Leitgedanke ist für diesen freilich die Idee des Rechts. Aber die Idee des Rechts ist nicht nur genötigt, auf die Natur der Sache Rücksicht zu nehmen, sie ist vielmehr von ihr innerlich bestimmt, die N. d. S. unausscheidbar in sie eingeschmolzen. Dies Verhältnis der Natur der Sache zu der Idee des Rechts soll der Gegenstand unserer abschließenden Erörterung sein.

Ist die Denkform der N. d. S. etwa dem Vorwurfe ausgesetzt, dem bei Kant die Begründung oder Begrenzung eines Gesollten aus dem Seienden verfällt: „pöbelhafte Berufung auf vorgeblich widerstreitende Erfahrung“? Die N. d. S. erscheint freilich zunächst unter dem Gesichtspunkte der Möglichkeit der Durchsetzung rechtlicher Ideen. Unter diesem Gesichtspunkt bedeutet die N. d. S. den „Widerstand der stumpfen Welt“, dem sich rechtliche Ideen um ihrer Realisierbarkeit willen, *ratione temporum habita*, mehr oder weniger anbequemen müssen. Schon Solon wußte von diesem Widerstand; als man ihn fragte, ob er seinen Bürgern die denkbar besten Gesetze gegeben habe, sagte er: „Die besten schlechterdings nun freilich nicht, aber doch die besten, deren sie fähig waren.“ Aber die N. d. S. erscheint nicht nur als ein Hemmnis der Durchführung des Rechtsgedankens, sie geht vielmehr in den Inhalt des Rechtsgedankens selber ein. Sie deutet auf das „historische Klima“, in dem der Rechtsgedanke erzeugt wurde und dessen Einfluß auf seinen Inhalt unentrinnbar ist. Der Gesetzgeber pflegt nicht zu denen zu gehören, die nach Goethes Wort „Unmögliches begehren“, sein Rechtsdenken bleibt meist von vornherein und unbewußt in die Grenzen des historisch Möglichen, und damit der Natur der Sache, eingeschlossen. Diese Rücksichtnahme auf die Realisierbarkeit und diese Bedingtheit durch das historische Klima sind aber nicht lediglich als ein notgedrungenes Opfer zu betrachten, das die Rechtsidee der Macht der Tatsachen darbringt — Recht und Macht sind viel innerlicher miteinander verknüpft: denn ein wesentlicher Bestandteil der Rechtsidee selber ist die Rechtssicherheit, und diese eignet nur einem Rechte, das sich der Macht nicht sowohl beugt als bedient. Noch tiefer und wesensmäßiger aber läßt uns eine dritte Erwägung die Rechtsidee mit der Tatsächlichkeit verknüpft erscheinen. „Alles Ideelle, sobald es vom Realen gesondert wird, zehrt endlich dieses und sich selbst auf“, sagt Goethe. Ein jedes Sollen ist für einen bestimmten Stoff und deshalb auch durch diesen Stoff bestimmt, alles Gelten ist (nach einem Wort von Emil Lask²) hingelten auf ein bestimmtes Substrat. Die künstlerische Idee ist eine andere, wenn sie in Marmor, eine andere, wenn sie in Bronze verwirklicht werden soll. Diese Beziehung zwischen Idee und Stoff mag die Stoffbestimmtheit der Idee heißen. So sind auch die Rechtsideen wesensmäßig für und durch den Rechtsstoff, durch das jeweilige Zeitalter, durch die besondere Nation bestimmt, kurz durch die Natur der Sache.

¹ Beispiele für Handhabung der N. d. S.: Exkurs 6 über soziales Recht.

² Emil Lask, Die Logik der Philosophie, S. 57 ff. (Lehre von der „Bedeutungsdifferenzierung“). Auch unmittelbar hat Lask die Klärung des Verhältnisses zwischen Rechtsstoff und Rechtsform durch tiefgründige Erörterung gefördert in seinem Beitrag „Rechtsphilosophie“ zu der Festschrift für Kuno Fischer, Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts, 1. Aufl., Bd. 2, 1905.

Feinsinnig hat in seinen Briefen über die ästhetische Erziehung Schiller die Rückwirkung des Stoffes auf die Form, auf die Idee geschildert¹. Er geht aus von dem Handwerker und dem Künstler: legen sie ihre Hand an die gestaltlose Masse, so tragen sie kein Bedenken, „ihr Gewalt anzutun“, denn die Natur, die sie bearbeiten, „verdient für sich selbst keine Achtung“. Freilich hat dabei der Künstler den schönen Schein der Nachgiebigkeit der Natur gegen die künstlerische Form zu wahren. Wir möchten gegen diesen schroffen Dualismus freilich einwenden, daß Künstler und Handwerker, da sie in der Lage sind, ihren Stoff — z. B. Marmor oder Bronze — frei zu wählen, ihm Gewalt anzutun nicht genötigt sind. Dann wendet sich Schiller dem „pädagogischen und politischen Künstler“ zu (und als solchen werden wir auch den Juristen ansehen dürfen). Dieser mache die Menschen zugleich zu seinem Material und zu seiner Aufgabe, hier kehre deshalb der Zweck in den Stoff zurück, „und nur weil das Ganze den Teilen dient, dürfen sich die Teile dem Ganzen fügen. Mit einer ganz anderen Achtung, als diejenige ist, die der schöne Künstler gegen seine Materie vorgibt, muß der Staatskünstler sich der seinigen nahen, und nicht bloß subjektiv für einen täuschenden Effekt in den Sinnen, sondern objektiv und für das innere Wesen muß er ihre Eigentümlichkeit und Persönlichkeit schonen.“ Schiller gibt also für das politische und juristische Gebiet der Stoffbestimmtheit der Idee noch eine weitere, moralische Grundlage, nämlich jenen Grundgedanken der Kantischen Ethik, daß der Mensch, auch wo er zum Objekt überindividueller Ordnungen wird, immer zugleich als ein Selbstzweck geachtet werden müsse.

Exkurs I: Schiller und Goethe

Was am 9. November 1795 Schiller an Humboldt schrieb über Goethes „solide Manier, immer von dem Objekt das Gesetz zu empfangen und aus der Natur der Sache ihre Regeln abzuleiten“, gründet sich auf ein Gespräch mit Goethe über die Architektur². Goethe hatte aus den drei Elementen: Basis, Träger (Säule, Wand) und Dach den Idealtypus (wie man heute sagen würde) des Bauwerkes entwickelt, der kaum je sich in den Bauten der Wirklichkeit rein darstelle, da sie der Schönheit nur in den beherrschenden Schranken praktischen Bedürfnissen dienen können, aber letzter ästhetischer Sinn und Maßstab für sie alle ist. Schiller deutet diese Lehre dahin, daß sich „in jedem besonderen Gebäude der Gattungsbegriff des Gebäudes überhaupt gegen den Artbegriff zu behaupten suche“. In dem berühmten Brief an Goethe vom 23. August 1794 hatte Schiller in gleichem Sinn von „Individuen mit dem Charakter der Gattung“ gesprochen³. Freilich trifft das Wort Gattung nicht scharf die von Schiller gemeinte Sache — nicht um die Gattung handelt es sich hier, sondern um den Typus, nicht um das Allgemeine, sondern um das Wesentliche, nicht um die Verflüchtigung des Individuellen, sondern um die Verdichtung seines Kerns. Goethe selbst aber würde jenen architektonischen Idealtypus als „Urphänomen“ bezeichnet haben. Im Urphä-

¹ Schillers Werke, herausgg. von Reinhard Buchwald (Inselverlag), 1940, Bd 2, S. 242.

² Schiller, Briefe, herausgg. v. R. Buchwald (Inselverlag), S. 444 f.

³ Ebenda, S. 354.

nomen offenbart sich bei ihm, was Schiller mit der Natur der Sache meint und was wir den Idealtypus genannt haben.

Schon in jenem entscheidenden Gespräch im Juli 1794, mit dem nach langer Zurückhaltung die Freundschaft zwischen Goethe und Schiller ihren Anfang nahm¹, war es nach Goethes Bericht um das Urphänomen gegangen: Goethe hatte seine Lehre von der „Urpflanze“ entwickelt und Schiller hatte sie als eine Idee bezeichnet, während Goethe sie auf die Erfahrung gründen zu können meinte. Schiller hatte dabei das Wort Idee offenbar im Sinne Kants gebraucht: als „einen notwendigen Vernunftbegriff, dem kein kongruierender Gegenstand in den Sinnen gegeben werden kann“ (zum Beispiel: die kausale Verbundenheit aller Erscheinungen des Weltganzen), und Goethe hatte Schillers Einwand deshalb dahin ausgelegt, daß seine Urpflanze „nur“ eine Idee sei. Wäre die Idee im Sinne Platons gemeint gewesen, jene Idee, die wirklicher ist als die Wirklichkeit, so hätte sich Goethe diese Kennzeichnung wohl gefallen lassen können.

Das Urphänomen ist die beherrschende Denkform für Goethes Naturerkennen. Wir bedienen uns zu ihrer Erläuterung auch weiterhin des spezielleren Begriffes der Urpflanze. Sie ist nicht etwa entwicklungsgeschichtlich aufzufassen: als die Urform, aus welcher sich letztlich alle Pflanzenarten allmählich entwickeln und die sie überwunden hinter sich zurückgelassen haben, vielmehr entfaltet sie sich immer von neuem in jeder Pflanzenart und in jeder einzelnen Pflanze. Sie ist auch nicht ein blasser Durchschnittstypus, in dem sich die verschiedenen Eigenschaften der Pflanzen gegenseitig verwischen und verwaschen. Sie ist vielmehr eine Art Strukturmodell, das in der Mannigfaltigkeit der Pflanzenarten wirksam ist und sich verwirklicht. Die Urpflanze braucht in der Wirklichkeit zwar nicht vorhanden zu sein, aber sie ist dennoch nicht ideeller, vielmehr völlig anschaulicher Art. Während Kant von seiner Idee sagt, man „könne dergleichen niemals im Bilde entwerfen“, hat Goethe bei jenem Gespräch die Urpflanze „mit manchem charakteristischen Federstrich“ Schiller vor Augen gestellt². Goethe macht sich sogar anheischig, „mit diesem Modell Pflanzen ins Unendliche zu erfinden, die, wenn sie auch nicht existieren, doch existieren könnten“. Auf seiner sizilianischen Reise hoffte Goethe sogar in der reichen Flora der gesegneten Insel der Urpflanze selbst zu begegnen — leider vergeblich³.

Das Urphänomen ist zunächst eine naturwissenschaftliche Denkform, es gehört also dem Bereiche des Seins. Aber Goethe wäre nie ein Jünger Spinozas, nie ein Pantheist gewesen, wenn nicht in seiner Auffassung Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert zutiefst miteinander verbunden gewesen wären. Wollten wir trotzdem den Begriff des Urphänomens dualistisch analysieren, so würden wir in ihm auch normative Elemente, zumal solche ästhetischer Art, eingeschmolzen finden — nicht anders als in den platonischen Ideen. Daß auch Goethes Ästhetik sich der Form des Urphänomens bediente, konnten wir schon aus jenem Architekturgespräch mit Schiller entnehmen, und in

¹ R. Buchwald, Schiller, Bd. 2, 1937, S. 288 ff.

² Vgl. das Bildermaterial in Goethes morpholog. Schriften, herausgg. von W. Troll, 1926 (bes. Abb. 13 u. Tfl. 5) und Wolf u. Troll G's. morpholog. Auftrag, 1942 (bes. Abb. 10 u. Tfl. 6).

³ Zu Goethes Lehre von den Urphänomenen vgl. neben den Goetheschriften von Carus, Siebeck, Simmel, H. v. Stein, neuestens Spranger, Goethes Weltanschauung, 1943, und Günther Müller in seiner Ausgabe von Goethes Maximen u. Reflexionen, 1943. Vgl. auch Ricardo Hüch in ihrem letzten Buch „Urphänomene“.

Goethes Dichtung hat Victor Hehn in Gestalt der „Naturformen des Menschenlebens“ die Urphänomene wiedergefunden¹. Vor allem aber tritt uns das Urphänomen in normativer Abwandlung entgegen in Goethes ethischem Grundbegriff, dem von Aristoteles übernommenen Begriff der Entelechie. Entelechie ist bei Goethe der Kern der menschlichen Individualität, das was er im letzten Grunde ist — und doch eigentlich noch nicht ist, das, worauf ihn das Grundgebot des eigenen Wesens fordernd hinweist und was ihm in seiner Erfüllung die Unsterblichkeit verbürgt, kurz das, was zum Ausdruck kommt in dem paradoxen Worte: Werde, was du bist. An die Seite der Natur der Sache tritt also, gleichfalls real und normativ in innigster Verschmelzung, die Natur des Menschen, die Entelechie.

Auch bei Schiller finden wir in den Vorarbeiten zu den Kalliasbriefen² die Natur der Sache definiert: „Wenn ich sage, die ‚Natur des Dinges‘ . . ., so setze ich darin die Natur allem demjenigen entgegen . . . was bloß als zufällig an demselben betrachtet wird und hinweggedacht werden kann, ohne zugleich sein Wesen aufzuheben. Es ist gleichsam die Person des Dinges, wodurch es von allen anderen Dingen . . . unterschieden wird . . . Nur dasjenige wird durch den Ausdruck Natur bezeichnet, wodurch es das bestimmte Ding wird, was es ist . . . Was also wäre Natur in dieser Bedeutung? Das innere Prinzip der Existenz an einem Dinge, zugleich als Grund seiner Form betrachtet: die innere Notwendigkeit der Form. . . die reine Zusammenstimmung des inneren Wesens mit der Form, eine Regel, die von dem Dinge selbst zugleich befolgt und gegeben ist.“ Schiller zeigt sich mit solchen Ausführungen schon auf dem Wege von Kant zu Goethe befindlich, d. h. auf dem Wege zur Entspannung des rigoristischen Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, Neigung und Pflicht. Seine Ausführungen über die N. d. S. sind dem gleichen Geiste entsprungen wie sein Wertbegriff der „schönen Seele“, in der die Neigung der Pflicht freiwillig entgegenkommt, und in der er die höchste Form des Ethos erblickt.

Exkurs II: Rerum natura.

Lucrezens Lehrgedicht de rerum natura erstreckt sich auch auf die Urgeschichte der Menschheit, auf die Entstehung von Zivilisation, Staat und Recht, aber ohne daß der Begriff rerum natura zu diesen Gegenständen in eine unmittelbare Beziehung träte³.

Während bei Lucrez die Wendung rerum natura das Weltall bedeutet und dabei besonders an die strenge Naturgesetzlichkeit der Welt gedacht wird, haben bei Cicero diese Worte daneben den Sinn „Wesen der (einzelnen) Sachen“, den Sinn, der in den Plural versetzten „Natur der Sache“ angenommen. Cicero gibt geradezu eine Definition der N. d. S., wenn er von einer ratio profecta a rerum natura redet (de leg. II, 4, 10), also von der aus dem Wesen der Dinge ausgehenden Vernunftregel. Es sei eine höchste Vernunftregel der Natur der Dinge eingestiftet (ratio summa

¹ In einem Aufsatz seines Buches „Gedanken über Goethe“.

² Schillers Werke, herausgg. v. Buchwald, Bd. 2, 1940, S. 194 f.

³ Es sei hier auch auf die Lucrez-Übersetzung des Münchener Staatsrechtslehrers Max v. Seydel (1881) hingewiesen.

insita in natura, (de leg. I, 6, 18) — gegen die, welche die Vernunft nur im Menschenhirn suchen, ruft er pathetisch aus: niemand dürfe von so törichter Anmaßung sein, daß er an die Vernunft und an den Verstand in sich selber glaube, in der Welt und dem Himmel aber nicht glaube (ib. II, 7, 16). Neben der Begründung des Rechts auf die N. d. S. tritt aber bei Cicero unvermittelt dessen Begründung auf die Natur des Menschen: natura juris ab hominis repetenda natura (I, 5, 17), es sei einfach, zu erkennen, daß wir zur Gerechtigkeit geboren seien, und daß das Recht nicht auf bloße subjektive Meinung gegründet sei, sondern auf die (allgemeinmenschliche) Natur (I, 10, 28). Die Möglichkeit eines Widerspruches zwischen den aus der Natur des Menschen und den aus der Natur der Sache abgeleiteten Rechtssätzen besteht für Cicero nicht; denn die Vernunft im Menschen und die Vernunft in den Dingen stammen aus derselben Quelle: aus der Vernunft des „höchsten Gottes“ (de leg. I, 7, 22, II, 4, 10), und die Vernunft in den Dingen ist es, die in der menschlichen Vernunft zum Bewußtsein gelangt (in hominis mente confirmata et confecta, de leg. I, 6, 18). Dabei behält jedoch die Unifizierung durch die Vernunft das Übergewicht gegenüber der differenzierenden Natur der Sache: das Gesetz sei nicht durch Menschenwitz erdacht, nicht durch Volksversammlungen beschlossen, es sei etwas Ewiges, das die ganze Welt regiere (de leg. I, 4, 8); nec erit alia lex Romae alia Athenis, alia nunc alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit (de rep. III, 22, 33). In Gestalt des ius gentium geben ja auch die römischen Rechtsdenker der Überzeugung Ausdruck, daß der übereinstimmende Teil im Recht der verschiedenen Völker wesentlicher sei als alle Rechtsunterschiede zwischen ihnen. Vornehmlich durch Cicero mag die Formel rerum natura unter den römischen Juristen Verbreitung gefunden haben und so schließlich in Justinians Gesetzgebung eingegangen sein. Nach der sorgfältigen Untersuchung, die Otto Gradenwitz¹ dem Gebrauch des Wortes Natur in den *Digesten* gewidmet hat, bedeutet rerum natura zunächst 1. das *Weltall* — man sagt z. B. in diesem Sinn von dem Embryo, er sei noch nicht in rerum natura, noch nicht „zur Welt gebracht“². Sodann 2. den nach unverbrüchlichen Gesetzen abrollenden *Weltlauf* — so heißt es: quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt; so wird die *conditio possibilis* definiert als die, quae per rerum naturam admitti potest. Endlich 3. das *Wesen der (einzelnen) Dinge*. Der Singular, natura rei, kommt jedoch nur zweimal vor, regelmäßig wird die gemeinte „Sache“ bei Namen genannt, z. B. natura obligationis. Die „Sachen“, um deren natura es sich handelt, sind entweder a) rein tatsächliche Gegebenheiten, wie sie den Stoff des Rechts bilden: hominum natura, natura fera (der Tiere); oder es sind b) vorrechtliche Lebensverhältnisse oder Verhältnisse des lebenden Rechts, aus deren Wesen neue Rechtssätze erschlossen werden (natura venditionis, societatis). In der Häufigkeit solcher Wendungen tritt deutlich zutage, daß bei den Römern die Rechtsfindung wesentlich eine Rechtsfindung aus der Natur der Sache war, während später gerade in den Rezeptionsländern eine Rechtsfindung aus dem Buch aufkam und seit der Rezeption das Buch zu einem Symbol der *Justitia* und einem Attribut des Richters wurde³.

¹ In der Festgabe für Schirmer 1900, S. 149 ff.

² Dies zur Ergänzung meiner Bemerkungen in der Tijdschr. voor Strafr. Deel 48, 1 S. 148.

³ Vgl. meinen Artikel „Buch als weltliches Symbol“ im Reallexikon der deutschen Kunstwissenschaft.

Exkurs III: Montesquieu.

Montesquieu's *Esprit des lois*¹ hat die Eigenart und den Reiz, welchen zuweilen die Notwendigkeit, sich mit der staatlichen Bücherzensur in Einklang zu halten, der Literatur despotischer Zeiten aufzuprägen pflegt. Daher — neben der bewußt systemlosen, weltmännisch-aphoristischen, ja kapriziösen Schreibweise und der skeptischen, toleranten, relativistischen Denkart, die diesem Autor ohnehin eigen sind — die gewollten Dunkelheiten, die absichtlichen Vieldeutigkeiten, die unangreifbaren Anspielungen und manche als solche völlig durchsichtige Zugeständnisse an die herrschenden Anschauungen; sie machen es notwendig, immer zugleich zwischen den Zeilen zu lesen. Daher vielleicht auch zu einem Teile die Methode dieses Buches, die politischen Wertungen in das Gewand vergangenen oder exotischen Rechts zu kleiden. Deshalb hat das Werk zugleich in der Theorie und in der Praxis bahnbrechend gewirkt. Es hat im Gebiet der Staats- und Rechtslehre die Deduktion aus vorgefaßten Prinzipien durch die Induktion aus der historischen und nationalen Mannigfaltigkeit der Staats- und Rechtsordnungen ersetzt und dadurch der Historischen Rechtsschule und der Vergleichenden Rechtswissenschaft vorgearbeitet. Und es hat gegenüber dem einseitigen Fanatismus der politischen Ideologen die Bedingtheit der Politik durch die naturalen und historischen Tatsachen, Politik als die Kunst des Möglichen, einen weisen Ausgleich zwischen Konservatismus und Fortschritt vertreten und als dessen Vorbild das Verfassungsleben Englands sehen gelehrt. Zu alledem der Schlüssel ist aber der Begriff, den er sofort am Eingang seines Werkes dem Leser eindrücklich zeigt: der Begriff Natur der Sache.

Das erste Kapitel des E. d. L. beginnt mit den Worten: *Les lois dans la signification la plus étendue sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.* Und schon vorher hat es im Vorwort geheißt: *Je n'ai point dérivé mes principes de mes préjugés, mais de la nature des choses.* Damit wird zugleich die gegnerische Auffassung gekennzeichnet: *préjugés*, Vorurteile — das sind jene dem Menschen vermeintlich eingeborenen spekulativen Ideen, jene Gleichsetzung von Vernunft und Natur des Menschen, von der das Naturrecht als Vernunftrecht ausgegangen ist. Montesquieu vollzieht damit die Trennung der Natur der Sache von dem aus der Natur des Menschen abgeleiteten rationalen Naturrecht.

Die Rechtsgesetze werden in möglichste Nähe zu den Naturgesetzen versetzt (*livre I, chap. 1*). Als Naturwesen ist auch der Mensch Naturgesetzen unterworfen: der primitive Mensch wird nicht durch Vernunft, sondern durch Angst und Friedensliebe, durch Hunger und andere Lebensbedürfnisse, durch die Triebe zur Begattung und zur Geselligkeit mit der unwiderstehlichen Macht von Naturgesetzen zur Vergesellschaftung getrieben (*ch. 2*). Aber der zum Verstandesgebrauch und zur Selbstbestimmung erwachte Mensch tritt aus eigener Vernunft unter Rechtsgesetze, welche eine auf die Menschen als Vernunftwesen hingeeordnete Parallelerscheinung der Naturgesetze darstellen (*ch. 3*). Die menschliche Vernunft ist aber nicht ein Arsenal voll fertiger allgemeingültiger

¹ Zur Würdigung des *Esprit des Lois* außer der Spezialliteratur (bes. Sorel) Sir Courtenay Ilbert, in Macdonell und Manson, *Great jurists of the world*, London 1913 u. Karl Hillebrand, *Geist u. Gesellschaft im alten Europa*, herausgg. von Heyderhoff, 1941, S. 93 ff.

Rechtswahrheiten, vielmehr bloß ein formales Vermögen. Jede nationale Rechtsordnung ist für sie ein besonderer Anwendungsfall, für jede Nation sind ihre Ergebnisse verschieden: „Sie müssen so durchaus eigentümlich für jedes Volk ausfallen, in dem sie gelten, daß es ein großer Zufall ist, wenn sie für ein anderes passen.“

Montesquieu zählt nun die einzelnen „Sachen“, die Tatsachen, auf die die N. d. S. sich gründet: naturale Tatsachen (Klima, Bodenbeschaffenheit, Lage und Größe des Landes), soziale Tatsachen, (Lebensweise als Jäger, Hirten, Bauern, Besitz, Volkszahl, Handel, Sitten, Gebräuche, Neigungen, Religion), staatliche und rechtliche Tatsachen (Form der Regierung, Ziele des Gesetzgebers, Grade der Freiheit des Einzelnen, „Ordnung der Dinge“, d. h. (cf. livre 26) die Zuständigkeit der einzelnen Normenarten, z. B. der geistlichen und der weltlichen Gesetze). Montesquieu hat also erkannt, daß Sache, Stoff des Rechts auch das bestehende Recht ist, das der Gesetzgeber vorfindet, ja sogar der Rechtsmißbrauch: *Telle est la nature des choses que l'abus est très souvent préférable à la correction, ou, du moins, que le bien qui est établi est toujours préférable aux mieux qui ne l'est pas*¹. So konservativ wirkt im Gegensatz zum Vernunftrecht die Natur der Sache!

Wie verhält sich die Natur der Sache zum „Geist der Gesetze“? Das Verhältnis zwischen jenen Tatsachen und den Gesetzen wird durch das Wort Natur angedeutet. Kein Zweifel, daß es von Montesquieu als ein Kausalverhältnis gedacht ist, als Wirkung jener Tatsachen auf Entstehung und Inhalt der Gesetze. Aber es wurde schon gesagt, daß sich im E. d. L. hinter der Theorie überall die Politik verbirgt, und deshalb sind auch in jene Kausalverhältnisse normative Elemente eingeschlossen: die Gesetze *sind* nicht nur durch die Lebensverhältnisse bestimmt, sie *sollen* sich auch in gewissem Grade und Sinne ihnen anpassen. Aber das Verhältnis der kausalen und der normativen Elemente zueinander ist Montesquieu nicht zum Problem geworden.

Nur nach Art eines notgedrungenen Zugeständnisses an herrschende Anschauungen ist dem ganzen Gesetzesdenken Montesquieus eine deistische Grundlage gegeben. Gott hat die Welt auf Grund von Naturgesetzen geschaffen — soll sie weiter bestehen, so muß Gott den naturgesetzlichen Weltlauf ohne jeden Eingriff sich selbst überlassen. Dieser Weltlauf bietet also dem Gottesgläubigen wie dem Atheisten das gleiche Bildnis einer unverbrüchlichen Gesetzlichkeit. Montesquieu stimmt stillschweigend dem berühmten Wort des Grotius über die Geltung des Naturrechts zu: *etsi daremus non esse Deum aut non curari ab illo negotia humana*. An diesem Punkte setzt Rousseau mit seiner Abwehr gegen Montesquieus Gedanken ein: er versagt nicht nur mit ihm Gott, sondern auch der von Gott ausgehenden Natur der Sache, wegen der Unbegreiflichkeit des göttlichen Willens und des Fehlens jeder Sanktion, jeden Einfluß auf die menschlichen Dinge², um dadurch für das menschliche Vernunftrecht seines *contrat social* freien Raum zu schaffen (C. S. livre II, ch. 6). Ein neuer Beweis für den geistesgeschichtlichen Gegensatz zwischen Natur der Sache und Naturrecht als Vernunftrecht!

¹ Montesquieu Cahiers, Ed. Grasset, 1941, S. 120, 223.

² So deutete ich die Worte „Si nous savions la recevoir de si haut“, und „faute de sanction naturel les lois de la justice sont vaines parmi les hommes“.

Exkurs IV: Burkard Wilhelm Leist.

Kein Schriftsteller hat der N. d. S. eine so weitausgreifende und tiefgründige Behandlung gewidmet wie Burkard Wilhelm Leist¹. Sein Ernst und Eifer, seine Unabhängigkeit und Unerschrockenheit sprechen trotz aller Absonderlichkeit noch den heutigen Leser an. „Studien aus dem Gebiete der Natur der Sache“ wollte er seine „Civilistischen Studien“ (1854—1877) ursprünglich betiteln, nur die Vieldeutigkeit dieser Wendung ließ ihn davon abstehe: er nennt sie eines der „gefährlichsten Werkzeuge wissenschaftlicher Argumentation“. In der Streitschrift „Naturalis ratio und Natur der Sache“ (1860) stellt er ihr die naturalis ratio als einen klareren Begriff gegenüber. Der 4. Band seiner Civilistischen Studien (1877) trägt den Titel „Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts“. Hier wird die römische Unterscheidung von *rerum natura* und *naturalis ratio* dahin gedeutet, daß jene „lediglich das faktische Existierende“, diese „die reale Naturordnung“ bedeute, also jene die rein naturalen, diese die schon idell vorgeformten sozialen Grundlagen der Rechte, daß aber beide „ineinanderfließen“, vielmehr die *naturalis ratio* die *natura rerum* in sich schließe. Wir dürfen also Leists Buch mit gutem Recht als ein Buch auch von der Natur der Sache ansehen. *Rerum natura* und *naturalis ratio*, die „realen Grundlagen des Rechts“, bilden mit noch anderen Elementen zusammen die „Stoffe des Rechts“. Leist beklagt es, daß die Rechtsgelehrten jene Stoffe des Rechts, also die Lebensverhältnisse, nur im Spiegel der römischen Jurisprudenz sehen, statt, wie die großen römischen Juristen selber, unmittelbar aus den Lebensverhältnissen die Rechtssätze zu entwickeln. Er nennt die Beschäftigung mit dem Rechtsstoff (wenig glücklich) „Naturstudium“, die dabei gewonnenen Rechtssätze „Naturesätze“. Er postuliert eine „Wissenschaft vom Privatleben“, eine „Privatökonomie“, ahnt also die heutige Privat- oder Betriebswirtschaftslehre schon vor. Durch diese Orientierung an den Stoffen des Rechts wird die Rechtswissenschaft wieder das werden, was sie bei den Römern war: nicht nur *iusti et iniusti scientia*, sondern auch *humanarum rerum notitia*. Leist erprobte und veranschaulichte seine Methodenlehre in historischen, vorgeschichtlichen und dogmatischen Untersuchungen und findet z. B. die entscheidende reale Grundlage des Eigentums in der wirtschaftlichen Arbeit, darin ein Vorläufer des späteren wissenschaftlichen Sozialismus.

Das logische Problem der N. d. S., die Stoffbestimmtheit der Rechtsform, hat Leist jedoch nicht erkannt und erörtert. Die Begriffe Stoff und Form des Rechts waren von *Savigny* geprägt worden: „Jedes Rechtsverhältnis hat zur Grundlage irgendeinen Stoff, auf welchen die Rechtsform angewendet wird“ (System I). *Puchta* gedenkt schon der Stoffbestimmtheit der Rechtsform und bringt sie mit der N. d. S. in Verbindung: „Die rechtliche Form soll durch diesen Stoff (das Individuelle), unbeschadet der Reinheit des Rechtsbegriffs, bestimmt werden.“ „Je mehr ein Recht sich ausbildet, desto vollständiger wird es sich den Ansprüchen der verschiedenen Natur der Menschen und der Dinge öffnen, desto weniger schroff und hart, desto elastischer werden die Formen werden,

¹ Über Leist insbesondere Landsberg, *Gesch. d. dt. Rechtswissensch.* Abt. 3, Halbb. 2, 1910, S. 835 ff.

in die es sie einschließt, ohne sein Grundprinzip aufzugeben¹.“ Auf Grund dieser Sätze ergibt sich die Gleichsetzung von Stoffbestimmtheit, Individualisierung und Natur der Sache. Nach Leist, aber zunächst ohne Zusammenhang mit ihm, hat der spätere Reichsgerichtsrat *Erich Brodmann* das Problem Stoff und Form des Rechts behandelt². Stoff des Rechts ist ihm „das soziale Leben der Menschen in seiner konkreten Wirklichkeit“, an dem Verhältnis von Stoff und Form interessiert ihn gerade die „logische Struktur“: nämlich wie aus der Fülle der Wirklichkeit des Lebens *eine* Seite, die juristische, sich als ein einheitliches Ganzes zusammenschließt, wie das Recht „die sozusagen amorphen Ideen“, die aus dem biologischen, wirtschaftlichen, ethischen Stoffe kommen, „durch seine Imperative gleichsam wie mit Pfeilern, Stützen und Ankern durchzieht und umgibt“. Aber Brodmann wiederum interessiert lediglich die logische Problematik von Stoff und Form des Rechts, nicht aber das praktische Auslegungs- und Rechtsschöpfungsproblem der N. d. S. Jene logischen Ausführungen aber hat ein so kritischer Beurteiler der Rechtsphilosophie seinerzeit wie Emil Lask als „vortrefflich“ gerühmt³.

Exkurs V: Die juristische Konstruktion.

Die Konstruktion ist nicht auf den Fall der N. d. S. beschränkt, sie hat jedoch, seit Jhering sie erst genial geschildert, dann geistreich verspottet hat, so viel verschiedene Deutungen und Darstellungen gefunden, daß es unerlässlich ist, festzustellen, wie sie hier verstanden wird⁴.

1. *Begriff der Konstruktion.* Die Methode der Konstruktion findet keineswegs nur in der Rechtswissenschaft Anwendung; es gibt geometrische, sprachliche, geschichtliche, technische Konstruktionen. Aber überall hat das Wort Konstruktion die nämliche Bedeutung, auf die es (wie das gleichbedeutende Wort *Synthesis*) schon sprachlich hinweist. Zusammensetzung — nämlich Wiederausammensetzung, Wiederaufbau eines Ganzen aus seinen vorher durch Analyse geschiedenen Elementen. Juristische Konstruktion bedeutet die Synthese der herausanalysierten Elemente eines Rechtsgebildes.

2. *Gegenstand der Konstruktion.* Die Konstruktion, wie sie in Gestalt der Denkform der N. d. S. erscheint, bedeutet die fortschreitende Umformung eines Lebensverhältnisses in ein Rechtsverhältnis, eines Rechtsverhältnisses in ein Rechtsinstitut, wobei im Rechtsverhältnis nur an die Beziehung zwischen den beteiligten Personen gedacht wird, im Rechtsinstitut die Beziehung des Rechtsverhältnisses zum Gesetzgeber hinzutritt⁵. Dieser Prozeß bedeutet die Herausarbeitung des juristischen Sinnes des Lebensverhältnisses⁶.

¹ Puchta, *Cursus der Institutionen*, 8. Aufl., Bd. 1, 1875, S. 72, 52.

² Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur 1897. Brodmann ist auch in seinen späteren Arbeiten auf dieses Thema zurückgekommen. Vgl. auch seine anziehende Selbstdarstellung: *Rechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Bd. 2, 1925.

³ *Rechtsphilosophie* (oben S. 161) S. 39. — Es soll hier jedoch die Entwicklung des Problems nicht weiter verfolgt werden — sonst würde vor allem auf Rudolf Stammler, *Wirtschaft und Recht* eingegangen werden müssen.

⁴ Übersichten der verschiedenen Auffassungen: Max Rümelin im *Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos.*, Bd. 16, 1922/23, S. 237 ff. und Pasquier, *Introd. à la théorie gén. et à la ph. du droit* 1937, S. 136 ff.

⁵ Hier wird nur die Konstruktion im Rahmen der Denkform der N. d. S., die von den Lebensverhältnissen ausgeht, geschildert, nicht auch die Konstruktion auf Grund des Gesetzes. Diese setzt die Umformung (oder, mit Jhering, Präzipitation) der Rechtsätze in Rechtsverhältnisse voraus.

⁶ Doch können auch Elemente von Rechtsverhältnissen Gegenstand der Konstruktion sein, z. B. der Begriff des Verbrechens.

3. *Wesen der Konstruktion.* Ziel der Konstruktion ist nicht ein Gattungsbegriff, sie gilt nicht der abstrahierenden Loslösung des *genus proximum* von der *differentia specifica* und dem anschließenden Fortschreiten zu immer abstrakteren Oberbegriffen, die Konstruktion gilt nicht dem Allgemeinen, sondern dem Wesentlichen, dem Sinngehalt des Rechtsinstituts, der gerade in der *differentia specifica* enthalten sein kann. Dazu dienen ihr nicht Gattungsbegriffe, sondern Typenbegriffe¹. Die Untersuchung dieser Typenbegriffe haben wir Georg Jellinek und Max Weber zu danken. Jellinek unterschied Durchschnittstypen und Idealtypen oder, wie er später sagte, empirische und ideale Typen. Der ideale Typus ist bei ihm ein Sollens- und Wertgebilde, der empirische Typus aber ein Seins- und Wirklichkeitsgebilde, gewonnen durch die Heraushebung der gemeinsamen Merkmale, welche die große Mehrzahl der Einzelfälle darbietet. Dagegen sind bei Max Weber die Idealtypen nicht etwa ideale Vorbilder (man kann z. B. einen Idealtypus der Prostitution aufstellen), sie sind vielmehr ideale Schemata einer von individuellen Zufälligkeiten gereinigten, folgerichtig durchkonstruierten und deshalb einseitig gesteigerten Wirklichkeit. Solche Idealtypen im Sinne Max Webers sind es, in denen das Wesentliche, der Sinn empirischer Erscheinungen und so auch die Natur der Sache erfaßt wird. Zu ihrer Gewinnung bedarf es nicht wie für die der Gattungsbegriffe einer viele Fälle umfassenden Induktion, vielmehr kann der Sinngehalt aus einem einzigen dazu geeigneten Fall entnommen werden, wie denn juristische Konstruktion nicht nur, wie durch den Gesetzgeber und Rechtsgelehrten, an größeren Gruppen gleichartiger Fälle, sondern wie vom Richter, auch an einem einzelnen Fall geübt werden kann².

Der Sinngehalt eines Faktums kann nur im Zusammenhang mit einer Idee herausgearbeitet werden: Sinn ist das am Sein verwirklichte Sollen, der in der Wirklichkeit erscheinende Wert. Zum Zwecke der Erforschung des Sinns einer empirischen Erscheinung muß man aus der Welt der Wirklichkeit in die Welt der Werte hinübertasten, um in ihr die sinngebende Idee für diese empirische Erscheinung zu finden. Die juristische Konstruktion wird meist eine teleologische Begriffsbildung sein, das Rechtsinstitut, das ihr Gegenstand ist, wird regelmäßig durch einen bestimmten Rechtszweck gekennzeichnet. Da aber die Rechtsidee sich nicht in der Zweckmäßigkeit erschöpft, sondern daneben auf die Gerechtigkeit und Sicherheit des Rechts sich erstreckt, sind auch Konstruktionen nicht teleologischen Charakters denkbar — so wird die Konstruktion der Rechtskraft an der Rechtssicherheit, die Konstruktion des gleichen Wahlrechts an der Gerechtigkeit orientiert sein, frei von jedem Zweckmäßigkeitsgedanken.

4. *Anschaulichkeit der Konstruktion.* Das Ergebnis der Konstruktion hat nicht den mageren und blassen Charakter eines Gattungsbegriffs, nicht die verwischten und verwaschenen Konturen des Durchschnittstypus. Sie ist durchaus plastisch und farbig, besitzt zwar nicht Realität, wohl aber

¹ C. G. Hempel u. P. Oppenheim, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, Leiden 1936 und dazu Radbruch, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe*, *Int. Zeitschr. f. Theorie d. Rechts*, Bd. 12, 1938.

² Ein Beispiel für die Verwendung des Idealtypus in der Geschichtswissenschaft ist Ranks Ideenlehre. Vgl. Karl Lamprecht, *Die kulturhistorische Methode* 1900, S. 22: „Die Ideenlehre läuft darauf hinaus, Tatsachenreihen, die sich vom Standpunkte der Betrachtung des Singulären an denselben ungewungen um irgendein hervorragendes anschauliches Concretum der Geschichte konzentrieren, sei dies Concretum nun eine Einrichtung oder eine Person, als ein Ganzes anzusehen, den diesem Ganzen gemeinsamen Gedankeninhalt als seine Idee zu bezeichnen und diese Idee als das in dem gegebenen Zusammenhang eigentlich Wirkende zu betrachten.“

ausgeprägte Individualität und kann deshalb in aller Anschaulichkeit dargestellt werden. Oft wird das konstruierte subjektive Recht in der Gestalt eines Dinges vorgestellt, das entsteht und vergeht, das von einer Hand in die andere wandert. Diese Anschaulichkeit ist nicht ungefährlich: sie verleitet zu Kurzschlüssen, zu Konsequenzen, die nur für das Bild zutreffen, nicht für die Sache. Wenn z. B. der anschaulich so einleuchtende Satz „*nemo plus iuris transferre ad alium potest quam ipse habet*“ zu der für den Gesetzgeber maßgebenden Schlußfolgerung mißbraucht werden soll, daß das Eigentum niemals vom Nichteigentümer erworben werden könne, auch dann nicht, wenn der Erwerber guten Glaubens ist. Bleibt man sich jedoch der Bildhaftigkeit des Ausdrucks bewußt, so bestehen gegen die anschauliche Darstellung der Konstruktion keine Bedenken — hat doch auch eine so abstrakte Wissenschaft wie die moderne Physik auf bildliche Ausdrucksweise nicht verzichten können und arbeitet bis auf den heutigen Tag mit den alten Bildern des Stroms und der Welle und mit den neuen Bildern der Beschleunigung und der Zertrümmerung der Atome.

5. *Nutzen der Konstruktion.* Um den Nutzen der Konstruktion aufzuzeigen, kann sofort an ihre Anschaulichkeit angeknüpft werden. Diese Anschaulichkeit erleichtert Verständnis und Darstellung, Überlieferung und Erinnerung. Aber die didaktische und mnemotechnische Eignung sind nur Nebenwirkungen, die Konstruktion hat vor allem Erkenntniswert. Geht der Weg der Konstruktion selber vom Einzelnen zum Ganzen, so führt umgekehrt die Darstellung ihres Ergebnisses vom Ganzen zum Einzelnen zurück. Wenn das konstruierte Rechtsinstitut dabei in die aus ihm abgeleiteten einzelnen Rechtssätze entfaltet wird, so ist das eine Probe aufs Exempel der Widerspruchlosigkeit und Vollständigkeit der rechtlichen Regelung im Bereiche dieses Rechtsinstituts. Wenn sich aber die Regelung als unvollständig erweist, kann die Lücke durch Ableitung der fehlenden Rechtssätze aus dem Wesen des konstruierten Instituts ergänzt werden. Das ist weder eine Urzeugung aus dem Nichts noch das Taschenspielerkunststück eines Prestidigitateurs, aus dem Wesen des Rechtsinstituts wird nichts herausgeholt, was nicht hineingelegt worden ist. Aber es wurde nicht willkürlich hineingelegt, die Konstruktion ist vielmehr die Garantie dafür, daß die ermittelte Ergänzung mit den vom Gesetzgeber aufgestellten Normen zusammenstimme, ja von ihnen gefordert werde. Schließlich ist die Konstruktion auch Grundlage für die Ordnung des Rechts, freilich einer anderen Art von Ordnung, als sie durch Gattungsbegriffe geschieht, d. h. nicht einer Ordnung der Subordination und Klassifikation. Denn während die Einzlerscheinungen *unter* Gattungsbegriffe subsumiert werden, so werden sie *zwischen* Typenbegriffen eingeordnet. Diese Ordnung ist nicht nur eine übersichtliche Form der Darstellung, vielmehr wird durch ihren mehr oder weniger großen Abstand von diesem oder jenem Typusbegriff das Wesen der einzelnen Erscheinung selber gekennzeichnet.

Exkurs VI: Die Natur der Sache und das soziale Recht.

Das Recht kann sich seinem vorrechtlichen Stoff mehr oder weniger anschmiegen, die Individualität der Lebensverhältnisse mehr oder weniger berücksichtigen und ausdrücken¹. Zeiten größerer

¹ Vgl. dazu die glänzende Darstellung Karl Renners: Die Rechtsverhältnisse des Privatrechts und ihre soziale Funktion, 1929.

oder geringerer Lebensnähe des Rechts lösen einander ab, Zeitalter, in denen das Recht unter vorwiegender Herrschaft der Gerechtigkeits- und der Rechtssicherheitsidee die Mannigfaltigkeit des Lebens hinter der Allgemeinheit der Gesetze und der Gleichheit der Rechte verschwinden läßt, folgen andere Zeiten, in denen die Gesetze im Dienste des Gemeinwohls spezialisieren und individualisieren. Die mehr oder weniger große Distanzierung des Gesetzes von den Einzelheiten des sozialen Lebens ist der tiefste Unterschied der verschiedenen Gesetzgebungen, aber er ist kein Wertunterschied: Distanzierung und Spezialisierung können dem Wechsel der Zeiten beide gleich gut entsprechen. In einem solchen Stadium der Wandlung des Rechts, der Wandlung eines individualistischen zu einem sozialen Rechte, stehen wir (und zwar nicht erst seit 1933) mitten drin¹. Die treibende Kraft dieser Wandlung aber ist die Natur der Sache.

Wir veranschaulichen uns diesen Vorgang an der neuen Disziplin des *Arbeitsrechts*, die sich unter unseren eigenen Augen gebildet hat. Neubildungen im Bereiche des Stoffes des Rechtes waren mehr und mehr in Gegensatz getreten zu seiner Form. Das bürgerliche Recht kannte nur „Personen“, nur gleiche Rechtssubjekte, die in beiderseits freiem Entschlusse miteinander Verträge eingehen, nicht den Arbeiter in seiner Machtunterlegenheit gegenüber dem Unternehmer. Es wußte auch nichts von der Solidarität der Arbeiterschaft, welche diese Machtunterlegenheit des einzelnen Arbeiters gegenüber dem Unternehmer ausgleicht, nichts von den großen Berufsverbänden, die mit ihren Tarifverträgen die eigentlich Vertragsschließenden des Arbeitsvertrages sind, es sah ausschließlich den einzelnen Kontrahenten und den einzelnen Arbeitsvertrag. Es wußte schließlich nichts von der Verbandseinheit des Betriebes, es vermochte nur eine Vielheit von Arbeitsverträgen desselben Arbeitgebers mit untereinander durch keinerlei Rechtsband verbundenen Arbeitnehmern zu sehen, aber nicht die Belegschaft des Betriebes als eine geschlossene soziologische Einheit. Es sah recht eigentlich den Wald vor lauter Bäumen nicht. Dies aber ist gerade das Wesen des Arbeitsrechtes: seine größere Lebensnähe. Es sieht nicht, wie das abstrakte bürgerliche Recht nur rechtsgleiche Personen, sondern Unternehmer, Arbeiter, Angestellte, nicht nur Einzelpersonen, sondern Verbände und Betriebe, nicht nur *Verträge*, sondern auch die schweren wirtschaftlichen Machtkämpfe, die den Hintergrund dieser (vermeintlich freien) Verträge bilden. Eine ganze Welt sozialer Tatsachen, für die der Jurist bisher blind war oder blind sein wollte, lag plötzlich offen vor seinem Auge und wurde vom Gesetzgeber nach Art der Natur der Sache ausgewertet. Freilich beruht das neue Recht nicht nur auf einem neuen Sehen, sondern auch auf einem neuen Sollen und Wollen — mit der Natur der Sache wirkte zusammen die Idee des Rechts, die Forderung eines sozialen Rechts zum Schutze der wirtschaftlich Schwachen, und öffnete dem Gesetzgeber erst die Augen für immerhin schon lange vorhandene Sachverhalte. So ist uns das Arbeitsrecht ein Beispiel dafür, wie die Idee des Rechts und die Natur der Sache zusammenwirken müssen beim Entstehen neuer Rechtsgedanken¹.

Schon lange vorher hatte sich im *Strafrecht* das gleiche soziale Denken geltend gemacht, und zwar auch mittels der Denkform Natur der Sache. Auch dieser Vorgang soll hier wenigstens angedeutet

¹ Vgl. Radbruch, Vom individualistischen zum sozialen Recht, *Hansent. Rechts- u. Gerichtszeitschr.*, August u. Sept. 1930.

werden, gerade weil man in der Regel des Gebrauchs der Denkform N. d. S. nur im Zivilrecht zu gedenken pflegt. Freilich ist im Strafrecht Gegenstand dieser Denkform nicht ein Rechtsverhältnis, vielmehr nur dessen allgemeiner und besonderer Tatbestand: die Begriffe des Verbrechens und der einzelnen Verbrechenarten.

Der Kampf um das neue soziale Strafrecht beginnt schon mit der Auseinandersetzung zwischen *Binding* und *Liszt*. Binding hat sich im Diktat seiner Einführungsvorlesung mit Nachdruck gegen die Denkform N. d. S. ausgesprochen: „So wichtig die Lebensverhältnisse für das Verständnis der Rechtssätze sind, so unrichtig ist die oft aufgestellte Behauptung, es ließen sich die Rechtssätze unmittelbar aus ihnen, aus der sogenannten Natur der Sache ableiten, sie sei eine Rechtsquelle oder wenigstens bindend für den Gesetzgeber. Aus ihr folge z. B., daß mit dem Untergang der Sache das Eigentum daran erloschen, aus ihr, daß jeder Mensch geborene Person sei und daß in der Ehe der Mann zu regieren habe. Allein kein Lebensverhältnis regelt sich von selbst, und was man der N. d. S. folgen heißt, ist entweder Folgerung aus der juristischen Natur der Ehe oder des Eigentumsrechts, oder es ist Findung eines Rechtssatzes per analogiam, oder es ist die subjektive Rechtsansicht dessen, der seine Weisheit für die esoterische Weisheit der Dinge selbst hält. Es ist deshalb die N. d. S. ein gänzlich inhaltloser Begriff¹.“ In der Tat hat Binding in seinem Strafrechtsdenken jeden Rückgriff auf den vorrechtlichen Stoff des Strafrechts selbst vermieden und bei andern als eines Juristen unwürdig nachdrücklich bekämpft. Wo das Recht auf psychologische Voraussetzungen Bezug nimmt, hat er die Heranziehung der Ergebnisse der wissenschaftlichen Psychologie bekämpft und an ihre Stelle „die esoterische Psychologie des Rechts“ als eine amtliche Wahrheit für allein maßgeblich erklärt. Der Handlungsbegriff, der dem Verbrechen zugrunde liegt, darf nicht in der Wirklichkeit gesucht werden, sondern nur im Rechte selber: „Für den Juristen ist der Handlungsbegriff des gemeinen Lebens gar nicht vorhanden².“

Gerade an diesem Punkte setzt in einem genialen Aufsätze Liszts Polemik gegen Binding ein³. Ohne daß er sich des Begriffs der N. d. S. ausdrücklich bediente, macht er doch von ihm Gebrauch, indem er die Notwendigkeit betont, bei der Konstruktion des Verbrechensbegriffes auf die natürliche Handlung zurückzugreifen. Wie der Handlungsbegriff ein wesentliches Stück des vorrechtlichen Substrates des allgemeinen Verbrechensbegriffes bildet, so wird die Auslegung der besonderen Verbrechenstatbestände wesentlich beeinflusst durch den vorstrafrechtlichen Begriff der Rechtsgüterverletzung, dessen Ignorierung durch Binding Liszt in dem gleichen Aufsätze bekämpft.

In den folgenden Jahrzehnten ist hinter den allgemeinen Merkmalen der Verbrechenlehre nacheinander ihr vorrechtliches Substrat sichtbar und wirksam geworden, Wesenszüge der „antisozialen Handlung“, die den Stoff des allgemeinen und der besonderen Verbrechenstatbestände bildet. So hat man bestimmte Fragen der Rechtswidrigkeit nur zu klären vermocht, indem man zu der „materiellen Rechtswidrigkeit“, d. h. auf das der Rechtswidrigkeit entsprechende Merkmal der anti-

¹ Ich danke die Kenntnis dieser Sätze einem Kollege, das Herr Ministerialrat Dr. Walter Spieß mir mitzuteilen die Freundlichkeit hatte.

² Binding, Normen Bd. 2, 1. 2. Aufl., 1914, S. 1 ff., 89.

³ v. Liszt, Rechtsgut- und Handlungsbegriff in Bindings Handb., wieder abgedruckt in Liszt's ges. Aufsätzen u. Vorträgen.

sozialen Handlung durchstieß. Insbesondere aber hat man angesichts der Unzulänglichkeit der gesetzlichen Bestimmungen die Lehre von den Schuldformen ausschließlich aus der N. d. S. entwickeln müssen. Man ist auf diesem Wege zu weitgehender Übereinstimmung über die Begriffe Vorsatz, insbesondere Eventualvorsatz, und Fahrlässigkeit gelangt, und zwar einer Übereinstimmung, die nicht den Charakter eines Übereinkommens, einer „herrschenden Meinung“ hat, vielmehr den einer zwingenden Erkenntnis. Die Ergebnisse erschienen so sicher, daß man vielfach legale Definitionen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, wie sie in den Strafgesetzentwürfen vorgeschlagen wurden, für überflüssig erklärte, ja für schädlich — denn sie würden an die Stelle der Erkenntnis der Sache den Streit über Worte setzen. Es wäre eine Untersuchung darüber erwünscht, woher mangels zureichender gesetzlicher Bestimmungen die Argumente in der Auseinandersetzung über die Schuldfrage ihre Beweiskraft nehmen — man würde keine andere Quelle dieser Beweiskraft nachweisen können als die Natur der Sache. Freilich kommt der Beweiskraft jener Argumentationen zugute, daß das vorrechtliche Substrat der strafrechtlichen Schuldlehre uns in besonders evidenter Art gegeben ist, nämlich in unserem Gewissen. Die Schuldformen des Strafrechts entsprechen nämlich vollständig den Schuldformen der Ethik. Freilich hat die wissenschaftliche Ethik sich seit Aristoteles kaum bemüht, die Formen der sittlichen Schuld in schärferer Begrifflichkeit herauszuarbeiten¹ — sie könnte umgekehrt von der Strafrechtswissenschaft für ihr eigenes Gebiet Nutzen ziehen. Es ist ein starker Beweis für die Fruchtbarkeit der Denkform N. d. S., daß man für sie das Haupt- und Herzstück, den Stolz der Strafrechtswissenschaft anführen kann, die Schuldlehre. Ein besonders tiefer Rückgriff in den vorstrafrechtlichen Stoff des Strafrechts sind die neuesten Erörterungen über den Täterbegriff, die Versuche, den kriminalpolitischen Grundgedanken, „Nicht die Tat, sondern der Täter“ auch strafrechtsdogmatisch auszuwerten. Hinter dem abstrakten Täterbegriff der Strafrechtsdogmatik ist aus der psychologischen und soziologischen Wirklichkeit in das Licht der Strafrechtsdogmatik der konkrete Mensch getreten. Der abstrakte Begriff des Täters löst sich in mannigfache charakterologische und soziologische Tätertypen auf: den Gewohnheitsverbrecher und den Gelegenheitsverbrecher, den Besserungsfähigen und den Unverbesserlichen, den Erwachsenen und den Jugendlichen, den voll und den vermindert Zurechnungsfähigen (um nur gesicherte und dauerhafte Ergebnisse hier anzuführen). Damit ist an Stelle des Schlagworts „Nicht die Tat, sondern der Täter“ der weitergehende Gedanke getreten „Nicht der Täter, sondern der Mensch“, und zwar der Mensch in seiner ganzen sozialen Bestimmtheit. So durfte sich die neue Strafrechtsschule mit Recht die soziologische Schule nennen, denn sie hat Tatsachen, die bisher nur der Soziologie gehörten, in den juristischen Gesichtskreis gerückt.

¹ Mir sind nur zwei solche Arbeiten bekannt geworden: Sigwart, *Der Begriff des Willens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache* im Verzeichnis der Tübinger phil. Doktoren 1879, wieder abgedruckt in Sigwarts kleinen Schriften, Bd. 2 und H. A. Frichard, *Duty and Ignorance of Fact*, Proceedings of the British Academy, Bd. 18, 1932.