

DC  
3613

# **Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft**

Von

**Dr. Walther Burckhardt**

Professor der Rechte in Bern



**Polygraphischer Verlag A.-G. Zürich**





Alle Rechte vorbehalten

Zürich 1937

Der Gegenstand, von dem ich sprechen möchte, ist nicht die Aufgabe, die sich den Juristen je nach ihrem Berufe stellt: dem Anwalt und Rechtskonsulenten, dem Notar, dem Richter und Verwaltungsbeamten, dem Parlamentarier und Staatsmanne. So interessant eine solche vergleichende Studie wäre, so würde sie doch, nebst der Einsicht in das Recht selbst, eigene Erfahrung in der Ausübung dieser Berufe voraussetzen. Den Mitteln des Vortragenden angemessener schien daher die andere Frage, welches denn die Aufgabe nicht der Juristen in ihren gesellschaftlichen Berufen sei, sondern des Juristen in allen seinen Berufen; oder genauer: des juristisch Geschulten, oder noch einfacher: der juristischen Schulung und Wissenschaft. — Die praktische Aufgabe. Sie muß sich bestimmen, nach dem Wesen des Rechts überhaupt und seiner praktischen Bestimmung. Das wiederum soll aber hier mehr vorausgesetzt als ex professo erörtert werden. Ich gehe von bestimmten Grundsätzen aus, ohne sie zu begründen; ich möchte sie nur in einer praktischen Nutzenwendung zeigen und sie damit allerdings auch wieder erläutern und erproben; in der Lösung der praktischen Aufgaben, die durch das Recht zu lösen sind; zeigen möchte ich, wie die Jurisprudenz daran sich zu beteiligen hat.

Wir sprechen hier von einer Aufgabe des Gesetzgebers und seiner Mitarbeiter, des Juristen und Kon-



sorten, und setzen damit voraus, daß die Rechtsetzung die Verwirklichung eines Postulates ist, nicht das Ablaufen eines naturnotwendigen Vorganges; daß wir uns also zu vergegenwärtigen haben, was jenes Postulat in sich faßt, und nicht, wie das Gesetzmachen und Rechtsfinden tatsächlich, im Leben, erfahrungsgemäß, vor sich geht. (Das tut etwa der Soziologe; aber es ist ein Irrweg, und ebenso irrig ist es zu meinen, die beiden Betrachtungen desselben Gegenstandes könnten neben einander bestehen.) Sonst könnten wir von einer Aufgabe des Gesetzgebers nicht sprechen und könnten nicht von der Vorstellung eines richtigen Rechts ausgehen, um uns das dem Gesetzgeber Aufgegebene zu vergegenwärtigen, sondern müßten ausgehen vom gegebenen Recht und von der kausalen Bestimmtheit des Gesetzgebers; wir müßten von der „Naturgeschichte der Entstehung des Rechts“ sprechen.

#### A.

Wenn man nach der Aufgabe des Juristen fragt, erhält man gewöhnlich zur Antwort: seine Aufgabe sei, das geltende Recht anzuwenden. Und demgemäß sei die Aufgabe der Rechtswissenschaft, der Anwendung des Rechts die Wege zu weisen. Wie die Gerichte und Verwaltungsbehörden das Gesetz auszulegen und anzuwenden haben, das habe die Wissenschaft vom Recht zu erforschen und zu begründen.

Das ist in der Tat auch die Aufgabe, der sich die Rechtswissenschaft vor allem widmet und in deren Dienst die meisten juristischen Werke geschrieben werden. Ich will nun weder die Notwendigkeit noch

die Bedeutung dieser Aufgabe bestreiten. Die richtige Anwendung eines auch nur bedingt Richtigen ist auch wertvoll. Auch sie ist der Würde des Rechts teilhaftig. Das Vertrauen in die Gerechtigkeit wird untergraben, wenn das einmal geltende Recht nicht getreu und folgerichtig angewendet wird. Die Theorie, die dazu anleitet, ist keineswegs wertlos, wie Kirchmann meinte, sondern sie leistet der Gerechtigkeit einen unentbehrlichen Dienst.

Nicht zu vergessen ist aber, daß diese Aufgabe, ob schon sie die alltägliche ist und mitunter lange Zeit die einzige zu sein scheint, doch nicht die einzige ist und auch nicht die wichtigste.

Daß es nicht die einzige ist, dessen wird sich der einsichtige Jurist schon bewußt, indem er das ihm vom Gesetzgeber gegebene, gesetzte Recht, das *jus positum*, anwendet: Er kann nämlich das Gesetz, wo es der Auslegung bedarf, und das ist gerade der Fall, wo man an die Wissenschaft gelangt, nicht auslegen, ohne sich auf den Sinn des Gesetzes zu besinnen; auf denjenigen Sinn, diejenige Bedeutung, die ihm im Rahmen des gegebenen Wortlautes am ehesten zugeschrieben werden kann; und das ist offenbar eine gesetzgebungspolitische Ueberlegung; die Ueberlegung, welchen Sinn ein vernünftiger Gesetzgeber dem mehrdeutigen Wortlaut geben würde, wenn er ihn eindeutig zu formulieren hätte<sup>1)</sup>. Damit steht er ja unausweichlich vor der weiteren Frage, ob das gel-

<sup>1)</sup> Das zeigt sich noch deutlicher, wenn man die Lage des Richters und die Aufgabe der Rechtsanwendung in Ländern überdenkt, wo Gewohnheitsrecht gilt, wie in den Gebieten des *common law*; wo dem Richter kein verbindlicher Gesetzesbefehl gegeben



tende Recht einen Sinn, einen guten Sinn, einen genügenden Grund habe, oder welches andere Recht besser begründet wäre<sup>2)</sup>. Und gerade wenn sich diese Frage der Reform des geltenden Rechts stellt, sollte er nun nichts mehr zu sagen wissen?

Diese Frage ist doch bei weitem die wichtigere. Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, sagte Kirchmann<sup>3)</sup>, und Bibliotheken werden Makulatur. Wenn wir uns heute diesen vielzitierten Ausspruch überlegen, werden wir zugeben, daß mit jedem neuen Gesetzeswerk der Rechtsanwendung und ihrer Wissenschaft eine neue Aufgabe gestellt ist und daß alle Ergebnisse der Wissenschaft vom bisherigen Recht in Frage gestellt sind. Der Jurist muß wieder von vorne anfangen. Richtig ist auch, daß der Gesetzgeber selbst nie fertig ist; sein Gesetz mag noch so gut gewesen sein; wenn sich die Tatsachen ändern, muß er für die neue Lage ein neues Recht machen. Er muß, wie Fritz Münch (Kultur und Recht, 1918, S. 60) sagt, jeder Lage ihr Recht geben. Aber das darf uns nicht verwundern noch enttäuschen. Enttäuschen kann es nur denjenigen, der sich des Gegen-

ist und er sich jeweils fragen muß, ob er seine Praxis, d. h. eben das geltende Recht, ändern wolle. Denn wo Gewohnheitsrecht gilt, ändert sich mit der Anwendung auch das angewendete Recht. Wo das Recht gesetzt wird, wird das Recht angewendet, das gilt; im Gebiete des Gewohnheitsrechts gilt das Recht, das angewendet wird.

<sup>2)</sup> Vgl. Kaulla, Ueber das Verhältnis der Volkswirtschaftslehre zur Rechtswissenschaft und zur Politik, Berlin, Walter Rotschild, 1919, S. 24.

<sup>3)</sup> Ueber die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1847, S.

satzes zwischen theoretischer und praktischer Wissenschaft nicht bewußt ist. Was die theoretischen Wissenschaften einmal errungen haben, bleibt ihnen unverlierbar; darauf können sie weiterbauen. Was die praktischen Wissenschaften einmal als Wahrheit erkannt haben, ist die wahre Aufgabe einer Zeit; ist ein Einmaliges. Es ist für jede praktische Lehre<sup>4)</sup> so. Endgültiges erreicht die praktische Wissenschaft, abgesehen von der Methode, nie. Die theoretische Wissenschaft kann auf dem Erworbenen ausruhen, ohne zurückzugehen; die praktischen Wissenschaften müssen ihr Ergebnis stets erneuern, damit es von der Zeit nicht überholt werde: sie haben nur die Wahl, entweder vorwärts zu schreiten oder zurückzugleiten. Das Recht nicht veralten und verrosten zu lassen, es so fortzubilden, daß es trotz der veränderten Umstände nicht zu Unrecht wird, das ist die Aufgabe. Und das ist die wichtigste Aufgabe; nicht die Erläuterung und Abklärung des gegebenen Rechts, das ja gar nicht unklar zu sein braucht, ist das Wesentliche, sondern die rechtzeitige Erneuerung des Rechts. Die Frage ist nur, ob bei dieser Arbeit der Jurist, die Rechtswissenschaft, nichts zu tun haben. Davon möchte ich heute sprechen.

## B.

Ist die Gesetzgebung eine Aufgabe des Juristen?

Die Aufgabe, von der wir sprechen, ist die wissenschaftliche, nicht die rechtliche; nicht wie Normen

<sup>4)</sup> aber nicht für die Begründung der Ethik selbst.



rechtsverbindlich zu machen sind, fragt es sich; das sagt die Verfassung, indem sie den Behörden ihre Kompetenz zumißt; sondern was verbindlich gemacht werden soll; wie man zu begründeten, richtigen Rechtsnormen gelangt, das ist die Frage.

Daß der Jurist allein die ganze Aufgabe bewältigen könnte, behauptet heute wohl niemand mehr. Man könnte es nur behaupten, wenn man annähme, die Sätze einer Rechtsordnung ließen sich wie die Lehrsätze der Geometrie aus einigen Axiomen (unter bestimmten gedachten Annahmen) mit zwingender Folgerichtigkeit ableiten, so daß, wenn man die Ausgangssätze hätte, man alles Erforderliche hätte, um die Folgesätze zu begründen. Dann wäre in der Tat die Gesetzgebung die Aufgabe des Juristen gleich wie die Geometrie die Aufgabe des Geometers ist. Das war eine Zeitlang die Auffassung der rationalistischen Naturrechtler<sup>5)</sup>. Seither aber ist der Jurist, belehrt durch die Ansprüche der Praxis und durch die bessere Einsicht in das Wesen des Rechts, bescheidener geworden; vielleicht zu bescheiden.

Ob und wie weit der Jurist sich an der Gesetzgebungsarbeit beteiligen kann und soll, darüber werden verschiedene Meinungen geäußert, aber selten wird eine methodisch begründet.

Die einen sagen, dem Juristen falle es zu, gewisse Gesetze zu entwerfen, nicht aber andere; je nach dem Gegenstand; der Jurist habe etwa die Justizgesetze auszuarbeiten: über Zivilrecht, Zivilprozeß, Straf-

<sup>5)</sup> Hans Th i e m e, Die Zeit des späteren Naturrechts, Z. d. Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 56, S. 233.

recht und Strafprozeß, sowie über Verwaltungsprozeß. Die anderen neigen zur Ansicht, der Jurist habe zu jedem Gesetz mitzuwirken, nämlich in formeller Hinsicht; er habe den Stoff in die richtige Form zu bringen; den Stoff aber müsse ihm derweilen der Fachmann liefern: der Militär für das Militärrecht, der Finanzmann für das Steuergesetz, der Pädagoge für das Schulgesetz, der Nationalökonom für das Gesetz zur Stützung der Wirtschaft, und in gewissen Gebieten, wo gewissermaßen alles Form ist, wie im Prozeßrecht, wäre der Jurist auch Fachmann und hätte alles zu liefern, Form und Stoff.

Allein weder die eine noch die andere Ansicht befriedigt: die erste, die nach dem Gegenstand unterscheidet, befriedigt nicht, weil nicht recht klar ist, was ein juristischer und was ein nicht-juristischer, sagen wir: „technischer“ Gegenstand sein soll; mit andern Worten auf welchem Merkmal jene Unterscheidung beruht. Und namentlich: es hat doch jedes Gesetz etwas Juristisches; auch ein technischer Stoff muß in die Form des Rechts gekleidet werden, um Gesetz zu werden.

Das würde für die zweite Ansicht sprechen, die nach Form und Inhalt unterscheidet. Sie hat sicher etwas Richtiges; aber auch sie bleibt unklar, solange dieser Gegensatz von Form und Stoff oder Form und Inhalt nicht abgeklärt ist. Soll darunter verstanden sein der Gegensatz von Inhalt und Ausdruck, von Gedanke und Mitteilung des Gedankens, so kann man allerdings die Form das Kleid des Gehaltes nennen, und der Jurist mag berufen sein, die geeigneten Worte zu finden, um das auszudrücken, was der Fach-



mann gedacht hat. Aber das wäre eine sehr unselbständige Aufgabe; eine rein sprachtechnische; die Aufgabe eines lebenden Wörterbuches, das hergeben muß, was von ihm verlangt wird, ohne eigene Entscheidung darüber, was gesagt werden soll. — Versteht man aber unter der Form mehr, nämlich die logische Armatur des Gedankens selbst, den folgerichtigen Aufbau des zu Denkenden, so gehört die Form zum Inhalt, wie die Grammatik zum verstehbaren Satz gehört<sup>6)</sup>. Und man darf dann nicht sagen: der (nichtjuristische) Fachmann bestimme den Inhalt des Gesetzes und der Jurist gebe ihm seine „äußere Form“; sondern beide zusammen, der Jurist und der Fachmann der spezifischen Materie, müssen den Inhalt suchen, und jeder muß an den Inhalt etwas beisteuern: der Fachmann den Stoff, der Jurist die logische Form, welche beiden Elementen zu einem sinnvollen Inhalt nötig sind: der logische Aufbau wie die stoffliche Angemessenheit des Inhaltes.

Damit ist aber die Reihe der Mitarbeiter noch nicht geschlossen: wenn der Gesetzgeber ein Eisenbahngesetz revidieren will, bedarf er nicht nur der Mitarbeit der Eisenbahntechniker, der Ingenieure und der Beamten des Zugsdienstes und des Tarifs, sondern auch des Volkswirtes, der ihn darüber aufklärt, welche Wirkungen die technisch möglichen Maßnahmen für die Volkswirtschaft haben. Auch der Nationalökonom, oder allgemeiner: der Vertreter der Gesellschaftswissenschaft, der Soziologe in diesem

<sup>6)</sup> Vgl. Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1935, S. 104 ff., 114 f.

weiteren Sinn, müssen mitwirken. Von der Zusammenarbeit aller dieser Hilfskräfte soll hier die Rede sein.

Man kann sich die verschiedenen Leistungen, die von den Mitwirkenden verlangt werden, am besten vergegenwärtigen, wenn man von der Vorstellung eines (fertigen) richtigen Rechtssatzes ausgeht und sich fragt, was dazu gehöre. Das ist die Frage, die sich derjenige stellen muß, der erkennen will, ob ein gegebener Rechtssatz richtig ist, bzw. weshalb er richtig ist: welche Arten von Fragen müssen beantwortet werden, welche verschiedenen Erkenntnisse sind nötig, damit ein gegebenes (vorgeschlagenes) Recht als richtig erkannt wird? — Wer neues Recht finden will, stößt aber noch auf eine andere Schwierigkeit, eine Schwierigkeit des Verfahrens: in welcher Reihenfolge soll er jene verschiedenen Fragen stellen, um zu einem glücklichen Abschluß zu kommen? Diese heuristische Schwierigkeit soll nachher besprochen werden. Meiner Untersuchung muß ich aber die Bemerkung vorausschicken: zur Aufgabe des Gesetzgebers, der Rechtsetzung, gehört, das ist klar, nicht nur die Auffindung einzelner Rechtssätze, sondern auch der Aufbau ganzer Rechtsinstitute, ja des ganzen Rechtssystems, der Rechtsordnung. Das ist mehr und schwerer als die Aufstellung eines einzelnen Rechtssatzes, und hat seine besonderen Schwierigkeiten. Um die grundsätzliche Betrachtung durchzuführen, die wir uns vorgenommen, brauchen wir aber diese höhere Stufe der Rechtsetzung nicht heranzuziehen, so interessant es wäre. Die Hauptsache wenigstens können



wir auch an der bescheideneren Leistung, an der Auffindung eines Rechtssatzes, erkennen.

Wenn nun ein Rechtssatz richtig sein soll, muß er einem logischen und einem ethischen Postulate nachkommen: der Rechtssatz muß logisch korrekt sein (dem entsprechen, was Stammler den Begriff des Rechts nennt), und er muß ethisch begründet sein (d. h. der Idee entsprechen im Sinne Stammlers). Zur Erfüllung der logischen Forderung wirken der Jurist und der Techniker zusammen; zur Erfüllung der zweiten der Ethiker (ich wage nicht zu sagen: der Jurist), der Techniker und der Soziologe. Eines mag nach dem anderen betrachtet werden.

### I. Die logische Forderung.

Die Forderung der logischen Korrektheit besteht darin, daß der Rechtssatz:

- a) nur klare Begriffe verwende, und
- b) sie richtig zum Rechtssatz aufbaue.

ad a) Daß das Gesetz klare Begriffe verwenden solle, bedarf keiner einläßlichen Begründung; wenn man in Begriffen spricht, muß man in klaren Begriffen sprechen. Bemerkenswert ist aber zweierlei:

1. daß das Gesetz in Begriffen spricht; mit andern Worten: daß der Befehl des Gesetzes immer ein abstrakter Befehl ist. Nicht jeder rechtsverbindliche Befehl ist nämlich abstrakt. Gewisse Befehle sind sogar notwendig konkret: diejenigen der Behörden, welche den Rechtssatz anwenden, die des Richters oder Verwaltungsbeamten, des Offiziers im Manöver oder des Fabrikunternehmers im Betrieb. Es ist die Eigenart der Rechtsanwendung (wie sie sein soll), konkret zu

sein; die Eigenart des angewendeten Rechts ist es, abstrakt zu sein. Wo also Rechtssetzung und Rechtsanwendung unterschieden werden, muß das anzuwendende Recht, eben der Rechtssatz, abstrakt sein <sup>7)</sup>.

2. daß die Begriffe des Rechtssatzes, abgesehen von dem zentralen Begriff der Verbindlichkeit, der jedem Rechtssatz wesentlich und daher immer derselbe ist, nichtjuristische Begriffe sind, d. h. Begriffe, die nicht aus dem Gebiet des Rechts stammen, sondern aus anderen; wir können sie, im Gegensatz zu denjenigen Rechtsbegriffen, die die Idee der Verbindlichkeit enthalten oder mitenthalten, technische Begriffe nennen. Das Eigentum ist ein Rechtsbegriff; die Wutkrankheit, das KW, der Prozentsatz sind technische Begriffe in unserm Sinn, weil ihnen an sich die Idee der Verbindlichkeit fremd ist.

Und es sollen klare Begriffe sein.

Daß es immer wissenschaftliche Begriffe sein müßten, will ich nicht behaupten. Auch Begriffe des täglichen Lebens können klar (oder doch genügend klar) sein, z. B. rechts und links, heute und morgen, Mann und Frau. Und wer in der Praxis des Rechts gewesen ist, weiß, daß mitunter „wissenschaftliche“, insbesondere technologische Begriffe sich bei näherer Betrachtung (wenn man sie verwenden will), als sehr unklar erweisen können und keineswegs unbestritten sind. Die Wissenschaften streben allerdings nach klaren Begriffen, aber sie haben es noch nicht alle so weit gebracht wie die Mathematik.

<sup>7)</sup> Aber jener Dualismus ist nicht unbedingt nötig, was hier nicht weiter zu verfolgen ist; vgl. Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1935, S. 215.



Diese „technischen“ Begriffe liefert dem Gesetzgeber der Vertreter einer Spezial-, d. h. einer nichtjuristischen Wissenschaft: der Mathematik, der Mechanik, der Physik oder Chemie, der Biologie oder Physiologie, der Pädagogik, kurz einer Geistes- oder Naturwissenschaft, einer reinen oder angewandten Wissenschaft, ausgenommen die vom Recht.

Und ich behaupte nun: was verbindlich sein soll, den Inhalt des verbindlichen Rechtssatzes, kann man, auch demjenigen, der weiß, was Verbindlichkeit bedeutet, nur begreiflich machen, wenn man es durch technische Begriffe schreibt<sup>8)</sup>. Die Rechtssätze verwenden also, außer dem Begriff der Verbindlichkeit selbst, nur technische Begriffe. Wenn z. B. Art. 689 ZGB sagt: „Jeder Grundeigentümer ist verpflichtet, das Wasser, das von dem oberhalb liegenden Grundstück natürlicherweise abfließt, aufzunehmen“, so ist „verpflichtet“ der stets als bekannt vorausgesetzte, undefinierbare ethische Grundbegriff alles Rechts; „Wasser“, „abfließen“, „aufnehmen“ sind technische, definierbare und diesem Satz eigentümliche Begriffe.

Dem wird man Verschiedenes entgegenhalten.

Zunächst: Technische Begriffe würden eben zu Rechtsbegriffen dadurch, daß das Gesetz sie verwende. Eisenbahn, Invalidität seien allerdings zunächst technische Begriffe (der Baukunst, der Medizin); aber was sie im Eisenbahn- oder im Unfallversicherungsgesetz zu bedeuten hätten, bestimme das Gesetz, und rechtliche Bedeutung erhielten sie nur

<sup>8)</sup> Vgl. W. Burckhardt, Methode und System des Rechts, 1935, S. 235.

durch das Gesetz. — Das ist richtig, *de lege lata*; aber wir sprechen hier *de lege ferenda*: wie man ein Gesetz mache. Jeder im Gesetz stehende Begriff ist rechtserheblich, aber zu rechtserheblichen Begriffen macht eben das Gesetz technische Begriffe.

Sodann wird man entgegenhalten, man treffe doch oft in einem Rechtssatz auch Rechtsbegriffe an; es verwendeten z. B. die Steuergesetze den Begriff des Eigentums und die Unfallversicherung den der Fabrik, die beide in anderweitigen Gesetzen, dem ZGB und dem Fabrikgesetz, schon umschrieben seien, also Rechtsbegriffe seien. Auch das ist richtig. Allein wenn diese letzteren Gesetze sie umschreiben, müssen sie doch andere als Rechtsbegriffe verwenden, um den Inhalt der Verbindlichkeit zu bestimmen. Und wenn sie wiederum auf andere Gesetze verweisen, haben diese Gesetze sich dazu entschließen müssen, als sie gemacht wurden. Das ZGB sagt in Art. 641, um den „Inhalt des Eigentums“ zu umschreiben: der Eigentümer einer Sache könne „in den Schranken der Rechtsordnung nach Belieben über sie verfügen“, und verweist damit auf andere, nämlich auf öffentlich-rechtliche Gesetze, welche den Gebrauch der Sachen einschränken<sup>9)</sup>, z. B. das Forstgesetz, welches das Kahlschlagen des Waldes verbietet. Aber dieses Verbot muß sich technischer Begriffe bedienen, wenn es nicht auf ein anderes verweisen und sich damit als unselbständige Norm zu erkennen geben will. — Wenn das Gesetz es dabei bewenden lassen wollte, daß der

<sup>9)</sup> Vgl. W. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 32.



Inhalt des Eigentums darin bestehe, die Sache „rechtmäßig“ zu benutzen, oder daß der Steuerpflichtige die „geschuldete“ Steuer entrichten soll, würde es eine nichtssagende Tautologie begehen. Und wenn es sie vermeiden will, muß es den Inhalt der Pflicht oder des entsprechenden Rechts in anderen als ethischen, nämlich in technischen Begriffen umschreiben.

ad b) Weniger einfach ist die Forderung des richtigen Aufbaues des Rechtssatzes.

Es ist das, was man häufig die juristische Technik nennt, aber nicht genügend unterscheidet von der Kunst des Ausdrucks. Diese Kunst ist zweifellos wichtig; aber sie bezieht sich, wie schon bemerkt, auf die sprachlichen Mittel, einen fertigen Gedanken anderen mitzuteilen, begreiflich zu machen. Die „juristische Technik“ im hier gemeinten Sinn ist aber ein Element des Gedankens selbst. Man nennt es auch, wie oben geschehen, die Form des Rechts im Gegensatz zum Stoff.

Um diese Unterscheidung richtig zu erfassen, muß man sich vergegenwärtigen, daß im Inhalt Form und Stoff stets begrifflich zu unterscheiden sind, daß sie aber praktisch nicht getrennt werden können; gleich wie man im Dreieck Winkel und Seiten wohl unterscheiden kann, ja muß, aber kein Dreieck sich vorstellen kann, das nicht beides hätte; oder wie man im Gesetz begrifflich den Inhalt und den Gesetzesbefehl auseinanderhalten kann, aber nicht eines ohne das andere wollen kann, da ein Gesetzesinhalt immer Verbindlichkeit impliziert und ein Befehl ohne Inhalt kein Befehl wäre.

Form und Stoff sind so sicher zu unterscheiden, wie die beiden Forderungen an den Gesetzgeber: die der Folgerichtigkeit und die der Gerechtigkeit zu unterscheiden sind. Zur Form gehören die Forderungen, die jeder Gedanke bestimmter Art, z. B. der gesetzgeberische Gedanke, erfüllen muß, um (als solcher) verständlich zu sein, welches immer sein Inhalt sei. Zum Stoff gehört, was der Gesetzgeber abgesehen von jener Forderung beachten muß; nämlich um ein gerechtes, vernünftiges Gesetz zu machen.

Zwei Beispiele mögen das erläutern:

Wenn Art. 12 der Statuten der Hilfskasse der SBB die Kasse verpflichtet, nach dem Tode des Versicherten unter Umständen die geleisteten Beiträge zurückzuerstatten, ohne zu sagen wem, ist das ein formeller Fehler (B.Ger. 58, I, S. 58). —

Wenn die MO in Art. 80 und 92 bestimmt, die Waffen und Ausrüstungsgegenstände des Wehrmannes dürften von ihm nicht veräußert werden, soll das eine Rechtsnorm sein; d. h. richtigerweise: eine Norm, deren Befolgung unmittelbar oder mittelbar erzwungen werden kann, und es ist ein Verstoß gegen die „juristische Technik“, gegen die „Rechtslogik“, sagen wir einfach gegen die Folgerichtigkeit des Denkens, wenn nicht gesagt wird wie. Soll im Falle der Veräußerung der Wehrmann bestraft werden? oder soll die Veräußerung ungültig sein? Oder gar beides zusammen? Die Beantwortung dieser Fragen ist notwendig, um einen klaren Inhalt zu bekommen. Die Fragen sind gegeben mit dem systematischen Aufbau des Rechtssatzes und der Rechtsordnung; oder umgekehrt: das System des Rechts ist ein System von



Fragen, die Methode ein geordnetes Fragen, und die Aufgabe des Juristen, wenn man darunter bloß den Rechtstheoretiker (nicht den Rechtsethiker) versteht, ist, dem Gesetzgeber die Fragen zu formulieren.

Deshalb erblickt alle zu stellenden Fragen nur derjenige, der das System des Rechts überblickt, das ganze System und das richtige System, was heute allerdings noch niemand von sich sagen kann. Wer z. B. fragt, ob die Verletzung eines dinglichen Rechts zu verhindern oder zu bestrafen sei, und ob die Verletzung eines Privatvertrages bestraft werden solle, verkennt den begrifflich-notwendigen Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten, sonst würde er jene Frage ohne weiteres bejahen und diese verneinen. — Ähnlich die Bestrafung des Widerstandes gegen staatlichen Zwang.

Der Rechtstheoretiker, den wir hier den Juristen nennen, hat also den Gesetzgeber aufmerksam zu machen auf die systematischen Postulate des Rechts; in unserm Beispiel auf den notwendigen Zusammenhang zwischen Norm und Zwang und auf den alternativen Gegensatz von Verhaltens- und Verfassungs-, bzw. materiellen und organisatorischen (formellen) Normen, und darauf, daß diese Unterscheidungen in einem notwendigen Verhältnis zu einander stehen.

Der Jurist formuliert dem Gesetzgeber die Fragen, auf die dieser antworten muß; er weist ihm die möglichen Wege, die er (der Gesetzgeber) gehen kann. Auf die Fragen muß du antworten, sagt er ihm; das verlangt die formelle Richtigkeit. Was darauf zu antworten ist, geht über die formelle Einsicht hinaus.

Der Gesetzgeber hat also klare Begriffe zu gebrau-

chen und sie kunstgerecht zusammenzufügen zu einem verstehbaren Ganzen. Der Techniker liefert ihm zu seinem Bau gewissermaßen die Bausteine; der Jurist lehrt ihn das Mauern. Beide Beiträge aber, die gut-behauenen Steine und die kunstgerechte Verbindung sind logische Leistungen; sie lehren den Baumeister, wie man einen Bau aufführt; aber sie lehren ihn nicht, welchen Bau er aufführen soll. Sie umschreiben gewissermaßen die negativen Bedingungen eines guten Gesetzes, die Bedingungen, ohne welche kein Gesetz gut wird. Aber sie lehren weder, welche Normen nach diesen Bedingungen zu statuieren sind, noch warum überhaupt Normen statuiert werden sollen. Den positiven Grund geben sie der Gesetzgebung nicht. Dieser positive Grund, Recht zu setzen und ein bestimmtes Recht zu setzen, ist die ethische Forderung einer gerechten Ordnung der menschlichen Gesellschaft.

## II. Die ethische Forderung.

Das ethische Postulat, dem der Rechtssatz genügen muß, ist das der Gerechtigkeit. Jede Rechtsordnung soll, im Ganzen und in ihren Teilen, gerecht sein.

Das Recht soll der Idee der Gerechtigkeit gemäß sein.

Ich will hier nicht untersuchen, was das bedeutet; ob diese Idee Anspruch auf objektive Geltung hat und wie erkannt werden kann, daß ein gesetzgeberisches Werk ihr adäquat ist. Diese erkenntnistheoretische Frage kann nicht im Vorbeigehen beantwortet werden. Ich bemerke bloß, daß es eine unbegründete Forderung ist, zu verlangen, daß die Idee der Gerechtigkeit bewiesen, d. h. aus einer höheren abgeleitet



werde; und daß auch die besonderen Rechtssätze nicht aus ihr, wie Folgesätze aus Prämissen, abgeleitet werden können.

Festhalten dürfen wir aber, daß jeder Rechtssatz den Anspruch erhebt, die der Idee adäquate Regel für die geschichtlich gegebene Gesellschaft zu sein, und daß sie nur unter diesem Gesichtspunkt, *sub specie justitiae*, als verbindlicher Rechtssatz zu verstehen ist. Darin liegt ihr Sinn; um einen Sinn zu haben, um verständlich zu sein, muß eine Rechtsnorm dieser Idee irgendwie teilhaftig sein. Eine offenbar ungerechte Norm hat ihre Existenzberechtigung, den Anspruch darauf zu gelten, und damit ihren Sinn verloren <sup>10)</sup>.

(Man stellt dieser Forderung oft die der Durchführbarkeit, und zwar der möglichst ausnahmslosen Durchführbarkeit, an die Seite. Das ist nicht unrichtig. Nur ist diese Forderung bloß eine negative Bedingung der Richtigkeit, die erste ist der positive Grund. Man soll keinen Rechtssatz statuieren, dessen Befolgung nicht mit einiger Sicherheit und Regelmäßigkeit erzwungen werden kann; aber man statuiert keinen Rechtssatz, weil er erzwingbar ist, sondern weil und soweit er gerecht ist.)

Was hat nun der Gesetzgeber zu tun, um zu einem gerechten (richtigen) Rechtssatz zu gelangen?

Er hat zweierlei zu beachten:

<sup>10)</sup> Daher es nicht unmißverständlich ist, wenn Stammler gerade dieses entscheidende Moment nicht in seinen „Begriff“ des Rechts aufnimmt.

1. muß er sich über die kausalen Zusammenhänge, auf die er in seiner Verhaltensnorm abstellt über die Wirkungen der von ihm gesetzten Ursachen, richtig unterrichten. Wenn er z. B. ein Vorbeugungsmittel gegen Maul- und Klauenseuche oder gegen Radiostörungen vorschreibt, muß dieses Mittel auch wirksam sein; oder wenn er verlangt, daß der Ansteckung durch eine Krankheit vorgebeugt werde, muß die Krankheit auch wirklich ansteckend sein. Sonst bewirkt er nicht, was er bewirken will.

Auch hier kommt der Techniker, der nicht-juristische Fachmann zum Zuge; in unserm Beispiel der medizinische Sachverständige oder der Radiotechniker. Vorhin hatte er dem Gesetzgeber klare Begriffe zur deutlichen Fassung seines Gedankens zu liefern; jetzt soll er ihm sichere Sätze, nämlich Erkenntnisse der kausalen Welt liefern; volle und zuverlässige Einsicht in die kausalen Zusammenhänge der Tatsachen.

Auch hiezu bedarf es nicht immer wissenschaftlicher Erleuchtung; die Erfahrung des Lebens genügt und steht oft allein zur Verfügung; z. B. über die Neugierde der Menge, wenn ein Unglück passiert, oder die Unbeständigkeit des Wetters. Aber, ob wissenschaftlich oder laienhaft ermittelt, die richtige Erkenntnis der Kausalzusammenhänge, die er mit seiner Verhaltensregel in Bewegung setzen will, muß er haben. Das ist eine kausale Einsicht.

2. Aber offenbar gehört zur richtigen Entschliebung des Gesetzgebers noch eine andere Einsicht: die ethische.



Er muß, sagt man etwa, die Tatsachen auch richtig bewerten, einschätzen. Oder, sagt man: er muß die sich gegenüberstehenden Interessen richtig abwägen und nach ihrem wahren Gewicht, d.h. Wert in die Bilanz seines Entschlusses einsetzen. Z. B. die Gefahr einer Erkrankung und die Einschränkung der Bewegungsfreiheit durch Internierung; den störungslosen Radio-Empfang und die Behinderung gewerblicher Verrichtungen.

Das ist gewiß richtig. Man muß sich nur etwas deutlicher machen, was er zu bewerten hat. Ich meine, zu bewerten hat er den gesellschaftlichen Zustand, den er mit seiner Vorschrift bewirken will; oder genauer: den er herbeiführen will durch die zwangsweise Anwendung der Norm. Gesellschaftliche Wirkung ist hier nicht im Gegensatz zu kausaler Wirkung verstanden; es gibt keine anderen als kausale Wirkungen. Sie ist verstanden im Gegensatz zu anderen Wirkungen; zu den unmittelbaren, nächsten Wirkungen einer amtlichen Vollziehungshandlung als die mittelbare, entfernte, nachmalige. Und ferner im Gegensatz zu der Wirkung im einzelnen Fall als die Wirkungen im Durchschnitt aller Fälle.

Wenn die Stallsperre verhängt und durchgesetzt wird, können die Viehbesitzer ihr Vieh und die Milch nicht mehr aus dem Stall bringen; wenn dem Arzt während gewisser Zeit kein Strom mehr geliefert wird, der Radiostörungen wegen, kann er keine Röntgenbilder mehr aufnehmen. Das sind die unmittelbaren Wirkungen der Sperre des Stalles und der Stilllegung der Apparate. Die mittelbaren Wirkungen aber sind: daß der Bauer, der seine Produkte nicht

verkaufen kann, in Zahlungsschwierigkeiten gerät und daß, wenn viele betroffen werden, die Preise der Milch und des Viehes steigen.

Ferner ist als gesellschaftliche Wirkung nicht zu betrachten die finanzielle Bedrängnis eines einzelnen Bauern, der seine Milch nicht mehr verkaufen kann, sondern die Lage der großen Zahl derjenigen, die von der Stallsperre betroffen werden und die Folgen für den Marktpreis von Milch und Vieh überhaupt.

Ueber die gesellschaftlichen Folgen der Anwendung einer Rechtsnorm oder einer ganzen Einrichtung und schließlich der gesamten Rechtsordnung wie sie ist, kann nun der Techniker in unserm Sinn nicht Auskunft geben. Daß in Frankreich die Häuser lange so wenig und so kleine Türen und Fenster hatten, war die Wirkung der Tür- und Fenstersteuer. Daß dort und anderswo der Grundbesitz immer mehr parzelliert wurde, war die Folge des gesetzlichen Erbrechts zu gleichen Teilen. Daß noch ganz brauchbare Kraftwagen zum alten Eisen geworfen werden, ist die Folge einer unrationellen Besteuerung. Das sind die samthaftern und mittelbaren Folgen einer angewendeten Rechtsnorm. Aber weder der Architekt noch der Geometer noch der Mechaniker können dem Gesetzgeber über diesen Kausalzusammenhang Auskunft geben.

Der Techniker in unserm Sinne gab Auskunft über die Kausalgesetze der Natur auf dem von ihm erforschten Gebiete der Wirklichkeit, und, wo eine Rechtsvorschrift diese Kausalität sichtbar in Bewegung setzt, genügt jene Auskunft zur Berechnung dieser Wirkung. Wenn die medizinischen Apparate



nicht verboten werden, wird der Radioempfang auch gestört bleiben. Das ist eine physikalische Erkenntnis, die der Physiker dem Gesetzgeber zur Verfügung stellen kann. Aber der Kausalzusammenhang zwischen dem vom Gesetz bewirkten Verhalten und einem darauf zurückzuführenden gesellschaftlichen Zustand ist damit noch nicht vermittelt: die medizinischen Apparate stehen still; die Ställe sind geschlossen. Das ist die unmittelbare naturgesetzliche Wirkung. Aber was den Gesetzgeber interessiert, ist die soziale Wirkung: infolge des Stillstandes der Apparate versäumt der Mediziner eine Heiloperation oder es verringert sich sein Einkommen; infolge der Stallsperrung sinkt die Milchproduktion und die Zahlungsfähigkeit der Viehbesitzer<sup>11)</sup>. Und diese sozialen Wirkungen sind nun nicht immer so einfach und so sicher zu ermitteln, wie jene unmittelbaren technischen. Hier mußte das befohlene Verhalten die konstatierte positive oder negative Wirkung haben. Aber wenn auf Türen oder Fenster eine Steuer gelegt wird, muß man nicht notwendigerweise türen- und fensterlose Häuser bauen; man muß auch nicht notwendig kleinere Türen und Fenster machen und man kann den Flächengehalt der Türen und Fenster nicht nach einem bekannten Naturgesetz in ein mathematisches Verhältnis zur Höhe der Steuer setzen. Man könnte nur, wenn man die Reaktionen der menschlichen Psyche genau kennt, in einem umständlichen Verfahren voraussagen, daß unter den und den Umständen die und

<sup>11)</sup> was, wie im Vorbeigehen bemerkt werden mag, alles Wertbegriffe sind: die sozialen Wirkungen, sind die Daten, nach denen der Gesetzgeber sein Gesetz bewertet.

die Menschen ihre Türen und Fenster um so und so viel verkleinern oder kleiner ausbrechen werden. Aber der Mechanismus der menschlichen Psyche und die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen jede stehen wird, sind nicht so genau bekannt, als daß eine solche methodische Berechnung immer möglich wäre. Man denke an die Wirkungen der Frankenabwertung: wie sollten alle die zahllosen Entschließungen der Geld- und Sacheigentümer einzeln ermittelt, kausal erklärt, ihre gegenseitigen Reaktionen festgestellt und schließlich das Gesamtergebnis ausgerechnet werden? Auch wenn man die Gesetze dieser Vorgänge kennt, wäre die Anwendung der Gesetze auf einen so komplizierten Vorgang ganz unmöglich.

Die Gesellschaftswissenschaft, die Nationalökonomie und die eigentliche Soziologie, mit Hilfe der Statistik, sie ermitteln die Folgen gesetzlicher Einrichtungen; das ist ihre Aufgabe. Tatsachen sind es zunächst, die sie feststellen. Aber sie unterscheiden sich von den anderen Wissenschaften, die auch Tatsachen erforschen durch das, was sie an den Tatsachen interessiert; was sie nämlich interessiert, ist, daß die betreffenden Tatsachen die Folge einer rechtlichen Ordnung sind oder sein könnten; daß sie es sind, interessiert sie; nicht weßhalb, nach welchen kausalen Gesetzen im Einzelnen. Daraus erklärt sich die Absteckung ihres Forschungsgebietes und ihre Methode.

a) Was das Forschungsgebiet betrifft, so befassen sie sich nur mit Vorgängen und Tatsachen, die mit der geltenden oder einer in Geltung zu setzenden Rechtsordnung in Beziehung stehen. Die Menge der



atmosphärischen Niederschläge und ihre Verteilung auf die Jahreszeiten festzustellen, hat für die soziale Forschung keinen Sinn und ist eine meteorologische Angelegenheit, solange nicht eingesehen werden kann, wie das mit der Rechtsordnung in Beziehung stehen soll. Sobald man aber erkennt, daß die Forstwirtschaft auf diese Erscheinungen nicht ohne Einfluß ist, wird man auch sich fragen müssen, ob die Erhaltung der Wälder nicht durch den Gesetzgeber vorgeschrieben werden sollte. Deshalb gruppieren auch die Gesellschaftswissenschaften die Tatsachen so, daß die Kenntnis ihres Ablaufes Aufschluß geben kann, wenn auch nur in Vermutungen, über die verschlungenen Wirkungen eines Rechtsinstitutes: man stellt die Todesfälle infolge Tuberkulosis zusammen nach dem Einkommen der Ernährer oder nach der Höhe der Miete, oder die Körperlänge der Kinder, je nachdem sie für Lohn arbeiten oder nicht; man vergleicht die Heilungsdauer der versicherten und der nichtversicherten Kranken. Vom kausalwissenschaftlichen Standpunkt aus eine willkürliche Auswahl, weil dadurch keine neue Einsicht in die Kausalgesetze der Natur vermittelt wird. Aber die Volkswirtschaftslehre ist eingestellt auf die Rechtsordnung.

b) Und was die Methode betrifft, so sind die Gesellschaftswissenschaften rein empirische Wissenschaften, verglichen mit der Methode der eigentlichen Kausalwissenschaften: was sie an jenen Tatsachen und Vorgängen interessiert, ist keineswegs das kausale Gesetz, die Art des kausalen Zusammenhangs, sondern lediglich die Tatsache dieses Zusammenhangs. Was die Wirkung eines Rechtsgesetzes ist und daß

es die Wirkung dieses Gesetzes ist, das interessiert die Gesellschaftswissenschaften und das festzustellen genügt ihnen; z. B. daß nach Erlaß eines Gesetzes, das den Zoll auf Wolle erhöht, Surrogate erzeugt werden, oder daß unter dem Gesetz der Koalitionsfreiheit die organisierten Arbeitgeber und -nehmer die Löhne festsetzen und daß die Arbeitslosigkeit hier mehr zunimmt als anderswo; diese Tatsachen und daß sie die Wirkungen der angeführten Gesetze sind, das stellen die Gesellschaftswissenschaften fest. Warum, nach welchen psychologischen, physiologischen, chemischen oder mechanischen Kausal-Gesetzen das geschieht, das ist ihnen gleichgültig. Denn nicht die Kausalgesetze an sich interessieren sie, sondern der Zusammenhang mit dem Recht<sup>12)</sup>.

Es mögen daher die verschiedensten Kausalgesetze zusammenspielen, zu einer Gesamtwirkung: die Gesellschaftswissenschaften halten das nicht auseinander: die Gesamtwirkung zu kennen genügt ihnen. Ähnlich wie es dem medizinischen Empiriker genügt zu wissen, daß ein Kräutlein das Gliederreißen vertreibt, um es anzuwenden. Eine kindische Methode für denjenigen, der darauf ausgeht, *rerum cognoscere*

<sup>12)</sup> Ja, es ist der Gesellschaftswissenschaft gleichgültig, ob der gesellschaftliche Zustand, den sie feststellt, die kausale Wirkung oder die rationale Folge des geltenden Rechtes sei; m. a. W. ob sich die Mitglieder der Gesellschaft so verhalten, wie sie es tun, weil sie unter dem Zwange des (erzwungenen) Gesetzes nicht anders können oder weil sie sich dazu in vernunftmäßiger Erwägung entschließen, und, im letzten Falle, ob ihre Gründe sachlich richtig sind oder nicht. Dem Soziologen genügt es festzustellen, daß die Rechtsunterworfenen sich so verhalten infolge des geltenden Rechtes, gleichviel ob in kausaler oder rationaler Folge.



causas, aber ein durchaus angemessenes Verfahren für denjenigen, der ein Rechts-Gesetz nach seinen Wirkungen beurteilen will <sup>13)</sup>).

Daraus erklärt sich auch, daß die Gesellschaftswissenschaften Gewicht legen auf die Häufigkeit oder Seltenheit eines Vorganges: für den Naturforscher ist jeder Vorgang, mag er auch noch so selten sein, gleich interessant; seine wissenschaftliche Bedeutung hängt nur davon ab, ob er, in seiner spezifischen Eigenart, neue Einsichten eröffnet auf unbekannte Kausalzusammenhänge, auf neue Naturgesetze; für den Soziologen dagegen ist eine ganz vereinzelte Wirkung eines Gesetzes unbedeutend, eben weil sie selten ist; bedeutsam dagegen ist, was sich massenhaft ereignet <sup>14)</sup>. Daß es Sonderlinge gibt, die da einkehren, wo es am teuersten oder wo der Wirt recht grob ist, ist psychologisch sehr interessant; soziologisch, d. h. hier nationalökonomisch aber sehr wenig, weil das eine verschwindende Minderheit ist und die meisten Leute der Billigkeit nachgehen. Volkswirtschaftlich interessant wird aber die Sache, wenn sie sich massenhaft wiederholt: wenn die Statistik z. B. feststellt, daß die meisten Leute einen Hut drei Mal so teuer bezahlen als einen anderen, weil er die neueste Mode ist, oder daß sie ge-

<sup>13)</sup> Vgl. A m m o n, Objekt und Grundbegriffe der theoretischen Nationalökonomie, 2. A. 1927, S. 416.

<sup>14)</sup> S t a m m l e r, Wirtschaft und Recht, Nr. 44. — Aber nicht weil sie nur so den Kausalzusammenhang feststellen können, sondern weil die vereinzelt wirkenden Wirkungen, auch wenn sie sicher festzustellen sind, für die Beurteilung des Gesetzes vernachlässigt werden können, wie noch auszuführen ist.

radezu den Kaffee vorziehen, der am teuersten ist, weil sie sich einbilden, er sei auch der beste <sup>15)</sup>).

Demnach mag sich die Nationalökonomie als eine Wissenschaft von Tatsachen betrachten. Sie ist es, sofern sie die bloße Feststellung der Tatsachen (die als Wirkung eines Gesetzes oder einer Rechtsordnung betrachtet werden können) als ihre Aufgabe bezeichnet, im Gegensatz zur kausalgesetzlichen oder rationalen Erklärung dieser Tatsachen. Sie irrt sich aber gerade, wenn sie glaubt, damit nicht der Praxis (der Gesetzgebungspolitik) zu dienen, sondern der Theorie. Sie dient der theoretischen Erkenntnis so wenig wie die Empirie der Praktiker; sie braucht ihr auch nicht zu dienen.

Die Wirkungen, die die Gesellschaftswissenschaft als Tatsachen feststellt, mag man ruhig als die kausalen Wirkungen des (mechanisch) durchgesetzten Gesetzes bezeichnen. Das beweist keineswegs, daß die „wirtschaftlichen Gesetze“ (als besondere Kausalgesetze) unausweichlich gelten müssen, wie die Gesetze der Natur. Z. B. die Gesetze der Preisbildung oder das eherne Lohngesetz. Daß sich notwendig bestimmte Löhne bilden, wenn (unter gewissen historischen Bedingungen) die unbeschränkte Vertragsfreiheit zwischen Arbeitgebern und -nehmern gilt, beweist nicht, daß die Geltung dieses Rechtsgrundsatzes notwendig sei. Das „eherne Lohngesetz“ oder andere wirtschaftliche „Gesetze“ mögen unentrinn-

<sup>15)</sup> Vgl. Veröffentlichung Nr. 6 der Preisbildungskommission des eidg. Volkswirtschaftsdepartements: Ueber die Preisbildung des Kaffees (d. h. die Bildung des Kaffeepreises), 1931, S. 58.



bar sein<sup>16)</sup>), wie die Gesetze der Natur, solange der Staat gewisse Rechtsgrundsätze zwangsweise (mechanisch) wirken läßt; der Staat ist nicht gezwungen, diese Rechtsgrundsätze durchzusetzen.

Und ob die Rechtsgrundsätze, die gelten, die richtigen sind, beurteilt sich eben nach den guten oder schlechten Wirkungen, die sie haben (und vielleicht haben müssen), wenn man sie anwendet.

Wenn das Gesagte richtig ist, sind die Gesellschaftswissenschaften Hilfswissenschaften der Praxis, nämlich der praktischen Aufgabe der Gesetzgebung. Sie sind nicht theoretische Wissenschaften von Kausalgesetzen des Seins. Die Wirklichkeit interessiert sie nicht als Material für die Ermittlung, für die Ablesung dieser Gesetze, sondern als Material zur Beurteilung der ethischen Gesellschaftsordnung.

Für praktische Zwecke sammelt sie ihr Material, nicht für theoretische. Auch wenn dabei kein einziges neues Kausalgesetz, weder ein psychologisches, noch ein biologisches, weder ein physikalisches noch ein chemisches herauskommt, behält sie ihren Wert. Und sie hat auch nicht ihre eigene Kausalität: was sie als bewirkt erkennt, wird immer bewirkt nach den Gesetzen anderer Kausalwissenschaften. — Deshalb sind sie nicht selbständige<sup>17)</sup> Wissenschaften: 1. haben sie kein selbständiges Ziel, etwa die Erkenntnis neuer theoretischer Wahrheiten, Kausal-

<sup>16)</sup> was hier nur hypothetisch angenommen sei; vgl. S. 27, N. 12.

<sup>17)</sup> Vgl. Kaulla, Ueber das Verhältniß etc. S. 12.

gesetze; 2. das praktische Ziel, dem sie dienen, ist ein ihnen aufgegebenes: die Gesetzgebungspolitik.

Daraus erklärt sich die Primitivität ihrer Methode und die Willkür der Auswahl ihres Forschungsmaterials. Sie haben dem Gesetzgeber das zur Erfüllung seiner Aufgabe erforderliche Tatsachenmaterial beizubringen.

Welches Material braucht denn der Gesetzgeber?

Wenn er ein neues Gesetz machen will, und das ist der praktische Fall, muß er sich vorerst fragen, welche Wirkungen das bisherige Recht gehabt hat. (Denn wenn es gute Wirkungen gehabt hat, wird er es nicht ändern.) Das wird ihm die Nationalökonomie und die Gesellschaftslehre, wenn sie richtig eingestellt sind, auch liefern können. Nach seinen Wirkungen beurteilt man ein Gesetz, und das Recht überhaupt. Es begrifflich noch so genau zu kennen, wie viele Juristen es kennen, nützt nichts um zu entscheiden, ob es wert ist zu bestehen oder ob es verdient unterzugehen. Der Jurist allein kann darüber nicht entscheiden; er bedarf der Mithilfe der Gesellschaftswissenschaften.

Und wenn nun das geltende Recht schlechte Früchte getragen hat und geändert werden soll, welches soll an seine Stelle gesetzt werden? Dasjenige, welches voraussichtlich andere, bessere Früchte tragen wird. Und das soll dem Gesetzgeber wieder die Gesellschaftslehre sagen, an Hand ihrer tatsächlichen Erhebungen. Welche Wirkungen nämlich das vom Gesetzgeber in Aussicht genomene Gesetz haben wird.



Der Gesetzgeber sollte also eigentlich der sozialen Forschung ihre Aufgaben zuweisen; denn für ihn arbeitet sie. Je nach der Richtung, in der er gehen will, bedarf er dieses oder jenes Materials. — Aber umgekehrt auch: die soziale Forschung sollte dem Gesetzgeber die Wege weisen, und ihn aufklären darüber, wo die bestehende Ordnung unzulänglich ist, und in welcher Richtung sie verbessert werden könnte. (Man denke z. B. an die Entschuldung des Grundbesitzes, an die Folgen der Kartellbildung oder der massenhaften Umbildung von Aktiengesellschaften.) Dazu bedarf es allerdings mehr als der bloßen Feststellung von Tatsachen.

Es bedarf auch der Bewertung des Ergebnisses, des mit dem Gesetz bewirkten gesellschaftlichen Zustandes. Danach entscheidet sich, was zu verwirklichen, was als verbindlich vorzuschreiben ist; darin liegt, wie schon bemerkt, der positive Grund und der rechtfertigende Sinn des Rechtes überhaupt.

Wer soll dieses Werturteil über das neue Recht fällen?

Nach der geltenden Verfassung ist rechtlich die gesetzgebende Behörde dazu kompetent; das ist klar; sie ist dafür rechtlich verantwortlich. Aber wer ist wissenschaftlich dazu kompetent?, welcher Wissenschaft fällt es auf, die gesetzgebende Behörde darüber aufzuklären? Bei welcher Disziplin kann sie sich Rat's holen?

Die Nationalökonomie und die Gesellschaftslehre überhaupt will nun in der Regel wohl eine Wissenschaft von Tatsachen sein. Aber Werturteile ab-

geben oder gar Politik treiben, das will sie nicht, sie verwahrt sich sogar höflich dagegen; das wollen wenigstens heute noch viele ihrer Vertreter nicht. Sie anerkennen etwa, mit Max Weber<sup>18)</sup>, daß die Gesellschaftswissenschaft dem Gesetzgeber angeben kann, was er tue, wenn er so oder so beschließe, und welche Folgen damit verbunden seien, aber ihm die Entscheidung aufdrängen könne sie nicht; das müsse jeder nach seiner (subjektiven?) Grundanschauung entscheiden.

Allein abgesehen davon, daß die Sozialwissenschaft dann bereits mit Wertbegriffen arbeitet, wenn sie Material beibringt, das geeignet sein soll, dem Gesetzgeber die Bewertung seiner Entwürfe zu ermöglichen: wenn die Sozialwissenschaft diese verantwortungsvolle Aufgabe ablehnt, muß jemand anders sie übernehmen. Etwa der Techniker? Doch wohl nicht! Wer von berufswegen auf die Erforschung der Kausalgesetze oder ihrer Anwendung eingestellt ist, wird nicht Sachverständiger in ethicis sein. Wenn Techniker sich dazu berufen fühlen, übersehen sie gewöhnlich das Entscheidende; der Mathematiker z. B., der ein Wahl- oder Steuersystem berechnet, übersieht die soziale oder politische Bedeutung des Gesetzes; der Ingenieur, der einen Verwaltungsdienst organisiert, den fiskalischen Ertrag und den volkswirtschaftlichen Nutzen.

Also der Jurist? Auch er tritt gewöhnlich bescheiden in Ausstand mit der Begründung, daß er juristi-

<sup>18)</sup> Max Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1904, S. 543.



sche, aber nicht rechtspolitische Fragen zu beantworten habe.

Also niemand, keine Wissenschaft will dem Gesetzgeber beistehen in dieser seiner wichtigsten Sorge?, in der entscheidenden Stunde, wo neues Recht entstehen soll, da soll auch die Wissenschaft vom Recht verstummen?

Zweifellos sind doch wohl der Jurist und der Soziologe am ehesten berufen, dem Gesetzgeber beizustehen, weil sie ja selbst ohne ethische Wertung nicht auskommen<sup>19)</sup>. Mir will scheinen, sie beide, die doch der Praxis dienen, obschon sie es nicht zugeben wollen, haben lange ihre wichtigste praktische Aufgabe vernachlässigt oder doch nicht richtig betrieben<sup>20)</sup>. Die

<sup>19)</sup> Vgl. Gustav Cohn, Wirtschaftswissenschaft und Wirtschaftspolitik, in der Z. f. die gesamte Staatswiss. 1910, S. 26 ff.

<sup>20)</sup> „Nationalökonomie und Recht sind zwei Disziplinen der Vorsicht“ (geworden), sagt Ortega y Gasset, Buch des Betrachters, S. 152. Die Gesellschaftswissenschaften können sich nicht „von den Geschäften zurückziehen“, wie die wissenschaftlichen Intellektuellen, und passiv, unbeweglich und unbeteiligt zuschauen und über das Geschehene referieren. — Ueber dem Wahne, ewige theoretische Wahrheiten zu erdöffeln, haben sie die fruchtbare praktische Aufgabe vergessen, der Gegenwart beizustehen in der Geburt einer neuen gesellschaftlichen Ordnung. Auf diese Aufgabe haben einzelne Nationalökonomien ihre Berufsgenossen immer wieder aufmerksam gemacht; abgesehen vom älteren schon erwähnten Gustav Cohn, z. B. auch Stolzmann, Der Zweck in der Volkswirtschaftslehre. Die Volkswirtschaft als sozial-ethisches Zweckgebilde, 1909, S. 180 ff.; Die Krisis in der heutigen Nationalökonomie, 1925, S. 135 ff.; Kaulla, Ueber das Verhältnis der Volkswirtschaftslehre zur Rechtswiss. und zur Politik, W. Rotschild, 1919, S. 26 ff.; Handbuch der Politik, 3. A. Bd. I, 117: die Volkswirtschaftslehre ist „die Lehre von den wirtschaftlichen Wirkungen der Rechtsordnung“; ähnliche Gedankengänge bei Fritz Münch, Karl Diehl, Commons u. a.

theoretische Gesellschaftslehre, indem sie zu sehr darauf erpicht war, ihre wissenschaftliche Selbständigkeit zu dokumentieren in der „rein wissenschaftlich“, ohne praktische Absichten und ohne ethische Wertung betriebenen Erforschung der tatsächlichen gesellschaftlichen Vorgänge; die praktische Nationalökonomie, indem sie wohl die Ergebnisse der verschiedenen Gesetzgebungssysteme feststellt und vergleicht, aber nicht bis zu der entscheidenden Frage vordringt, oder, wenn sie es tut, doch nur sehr unklar umschriebene Systeme der Wirtschafts- oder Sozialpolitik in Erörterung zieht, statt der kritisierten konkreten rechtlichen Ordnung z. B. des Kredites oder des Gewerbes, eine andere ebenfalls in Rechtsbegriffen umschriebene Ordnung, ein anderes Gesetz, gegenüberzustellen. Mit andern Worten: indem sie nicht erkannte, daß das Recht die Form der Wirtschaft und des sozialen Lebens überhaupt ist, wie die Systematik die Form des Rechts; daß man also Wirtschafts- und Sozialpolitik nützlicher Weise nur treiben kann, indem man Rechtssätze formuliert und Gesetze vorschlägt.

Dazu muß nun allerdings wieder der Jurist mitwirken, und an dieser Zusammenarbeit hat es bisher oft gefehlt: der Wirtschaftler konstatiert z. B. die schädlichen Auswüchse der Konkurrenz im Gewerbe oder zwischen Bahn und Automobil, und sagt: so kann es nicht weitergehen; man sollte die Gewerbetreibenden solidarisch zusammenfassen oder die Preise regulieren; man sollte den Verkehr zwischen Motorfahrzeug und Eisenbahn teilen. Man sollte! Aber wie? Durch ein Gesetz offenbar! Das Gesetz, meint man, sollen die Juristen ausdenken. Aber je nach den Nor-



men, die der Jurist aufstellt, können sich ganz verschiedene Wirkungen, gute oder schlechte ergeben, die er nicht kennt; und welche sich ergeben, das muß ihm wieder die Sozialwissenschaft sagen. Sie zusammen, der Volkswirt und der Jurist, sollten es versuchen, mit diesem oder jenem Vorschlag; Vorschläge, die der Jurist als formell richtig befunden hätte, hätte der Soziologe auf ihre guten oder schlechten Wirkungen zu prüfen.

Das führt uns aber auf eine letzte, die schon angekündigte heuristische Schwierigkeit: Abgesehen davon, daß die ethische Urteilskraft viel seltener ist als die logische Verstandesschärfe, daß also mancher kluge Theoretiker im Ethisch-Praktischen versagt, wie soll der Ethiker es anfangen, um zu dem richtigen, d.h. folgerichtigen und gerechten Gesetzesentwurf zu gelangen? Wenn ihm jemand den fertigen Entwurf vorlegt und begründet, wird er vielleicht seinen positiven Wert erkennen; aber auf welchem Weg gelangt man zu jenem Entwurf?

Einerseits muß man das anzuwendende Gesetz kennen, um seine Wirkungen ermessen zu können, z. B. des Verkehrsteilungsgesetzes, andererseits muß man die Wirkungen kennen, um sich über die zu wählenden Normen schlüssig zu machen. Wo soll man anfangen?

Wenn z. B. die staatliche Bahn gegen die Konkurrenz des privaten Kraftwagens geschützt werden soll (was die erstrebte Wirkung ist), wie, durch welche rechtliche Vorschriften, soll das erreicht werden: durch Verstaatlichung des Autoverkehrs, oder durch

Konzessionierung, und zwar eines Teils oder des ganzen Verkehrs?, für Güter- oder auch für Personenbeförderung?, jenachdem eigene Güter oder fremde befördert werden, gewerbsmäßig oder gelegentlich? Oder sollten schwere Wagen überhaupt verboten werden?, oder sollte vielleicht diese Beförderungsart fiskalisch belastet werden?, durch Steuer oder Benzin-zoll? — Eine fast unendliche Zahl von Unterscheidungen und Kombinationen sind technisch möglich; welche soll aber festgehalten werden?

Oder wenn der Staat eine neue Steuer braucht neben der schon bestehenden, was soll er besteuern?, die Vergnügungen mit Gewerbesteuer oder mit Billettsteuer? das Bier, und zwar beim Brauer oder beim Ausschank oder die eingeführte Gerste? Oder den Umsatz der Geschäfte? In welcher Richtung soll er suchen? Welche Elemente soll er zu einer Steuervorschrift verbinden? Wo findet er alles Nötige beieinander: klare technische Durchführbarkeit, finanzielle Ergiebigkeit und vernünftiges Verhältnis zur Steuerkraft des Belasteten? Der Techniker des Bahn- oder Wagenbaues oder der Betriebslehre kann ihm da nicht helfen. Der Volkswirtschaftler als solcher auch nicht: er kennt die Wirkungen der geltenden Gesetze; aber wenn sie nicht befriedigen, kann er daraus nicht erkennen, welches andere Gesetz gelten sollte; er müßte sich ein neues Gesetz denken, um dessen Wirkungen prognostizieren zu können. Aber das neue Gesetz gilt es ja eben zu finden! Wer das Ganze hat, wird auch die Teile finden, aber den Weg zum Ganzen zeigt kein verstandesmäßiger Wegweiser, kein logisches Kriterium und keine zum voraus bestimmbare Methode. Es



ist eine Art Intuition, die dazu führt, die intuitive Vorwegnahme des Ergebnisses, und danach die Ausarbeitung der Teile; wem nichts einfällt, wird kein neues Gesetz machen. Solche Eingebung führt entweder seinerzeit mit einem Schlag zum fertigen Gedanken oder tastend, von Stufe zu Stufe langsam zum Ziel. Wie alles Schöpferische, auch das Kunstwerk, das wird, man weiß nicht recht wie. Die Stempelsteuer war eine glückliche Erfindung; die Umsatzsteuer war auch ein schöpferischer Gedanke; der bescheidene „Arbeitsrappen“ von Baselstadt ist es auch. Und wie viel mehr müßte es die neue Gesellschaftsordnung, d. h. Rechtsordnung sein, die wir heute suchen und nicht finden!

Logisch ableiten läßt sich die richtige Lösung nicht; weder aus einem obersten ethischen Gedanken, noch aus technischen, noch aus dem bestehenden Recht. Wer das erste versucht, verfällt in den Irrtum gewisser Naturrechtslehre, welche vermeinten, aus gewissen Axiomen der Vernunft alles besondere Recht deduzieren zu können, aber entweder zu widerspruchsvollen oder zu wirklichkeitsfremden Ergebnissen kamen; z. B. wenn sie bewiesen, daß der geistige Arbeiter kein Recht an seinem Erzeugnis haben könne, oder umgekehrt, daß er ein ewiges Eigentum daran haben müsse. Wer glaubt, aus der Technik gewissermaßen das Recht ableiten zu können, etwa aus der Technik der Taylor'schen Arbeitsteilung die Organisation der Wirtschaft, übersieht den Gesichtspunkt, der dem Recht erst seinen Sinn gibt, den ethischen. — Und wer von bestehenden Rechtssätzen ausgeht, um daran zu messen, wie das neue sein sollte, wird wohl eine

Menge kleiner Flicke am alten Gesetz anbringen und viele Mängelchen ausbessern, die sich bei der Anwendung dieses Gesetzes gezeigt haben, aber ein wahrhaft neues Gesetz wird er nicht zustande bringen. Nur wer den Grundgedanken des Gesetzes in Wiedererwägung zieht und einen neuen erdenkt, ist Gesetzgeber. Aber von den bisherigen Merkmalen zu diesen ganz anderen neuen führt kein logischer Weg; der bloße Verstandesmensch wird das Ziel nicht finden<sup>21</sup>).

Also: nicht nur machen im fertigen Gesetz die logischen und technischen Bestandteile noch nicht das Ganze aus, sondern erst der sie zum Recht verbindende ethische Gedanke; man hat auch die zu verbindenden Teile nicht, solange man nicht das Ganze hat. Denn der fertige sinnvolle Rechtsgedanke erst bestimmt die Teile, die er zu seinem Inhalt zusammenfaßt; wie der Dichter die Worte, das Versmaß und den Satzbau bestimmt, indem er den Vers ausspricht, der ihm eingefallen, oder der Komponist die Töne und den Rhythmus, wenn ihm die Melodie aus seinem Innern aufsteigt.

Diese schöpferische Arbeit zu leisten ist allerdings nicht jedem gegeben; nur wenige sind dazu berufen (man sieht es der geleisteten Arbeit nur zu oft an). Es ist nicht Alltagsarbeit, die hier zu leisten ist; wenn der Ruf ergeht, ist für den Berufenen Festtag, Festtag der Arbeit, Tag des höchstpersönlichen Schaffens. Deshalb ist es nicht eigentlich Aufgabe der Wis-

<sup>21</sup>) Fritz Münch nennt das „Konstruktion“, dieses schöpferische Bauen; Die wiss. Rechtsphilosophie der Gegenwart in D., in den „Beiträgen zur Philosophie des d. Idealismus“, Bd. I, S. 140.



senschaft, weder der Rechts- noch der Gesellschafts-  
wissenschaft, neues Recht zu schaffen, sondern der  
Persönlichkeit. Es ist eine Tat, die, obschon keines-  
wegs willkürlich und subjektiv, doch nicht metho-  
disch gelehrt und gewußt werden kann. Die Wissen-  
schaft mag ihr vorarbeiten, die Wege bereiten; voll-  
bringen kann sie nur die Persönlichkeit. Nicht weil  
die Aufgabe zu gering wäre für die Wissenschaft,  
sondern weil sie zu hoch ist.