

SCHRIFTEN
DER HESSISCHEN HOCHSCHULEN

UNIVERSITÄT GIESSEN

Jahrgang 1928 Heft 2

Die Gründe der Rechtsbildung

Akademische Rede

zur Jahresfeier der Hessischen Ludwigs-Universität

am 2. Juli 1928

gehalten von dem derzeitigen Rektor

Dr. jur. Leo Rosenberg

Professor der Rechtswissenschaft



1928

VERLAG VON ALFRED TÖPELMANN IN GIESSEN



Hochansehnliche Festversammlung!
Herr Staatspräsident!
Sehr geehrte Herren Kollegen!
Liebe Kommilitonen!

Ihnen allen gilt der Willkommengruß, den ich Ihnen im Namen der Hessischen Ludwigsuniversität zum heutigen Tage entbiete, Ihnen allen, besonders aber unseren verehrten Gästen, die den ehrwürdigen Gedenktag der Gründung unserer lieben alma mater Ludoviciana altem Herkommen gemäß in dieser Festesstunde mit uns feiern wollen.

Ein besonderes Wort der Begrüßung und des Dankes für sein Erscheinen darf ich dem Herrn Staatspräsidenten sagen, dem treuen und bewährten Freunde der Landesuniversität, den sie mit stolzer Freude zu den ältesten ihrer Ehrensensoren zählt und den sie damit als den Träger der einzigen, der höchsten Auszeichnung, die die Gesamtuniversität zu verleihen in der Lage ist, sich aufs engste verbunden weiß.

Auch Seine Magnifizienz, den Herrn Rektor der Technischen Hochschule Darmstadt darf ich ausdrücklich begrüßen. Es ist das erste Mal, daß die Technische Hochschule in dieser Weise bei dem Jahresfest der Landesuniversität vertreten ist; ich sehe darin das erfreuliche Zeichen eines engen Zusammengehörigkeitsgefühls der beiden Hochschulen des Hessenlandes und darf aus ihrer gemeinsamen, von gegenseitigem Vertrauen getragenen Arbeit reiche Früchte für die beiden Anstalten selbst, wie für das ganze Land erhoffen.

Das vergangene Jahr hat der Universität nach innen und außen mannigfache Förderung gebracht. Manches, was wir erstrebt, ist erreicht, zu vielem, was wir noch brauchen, ist erfolgverheißende Anregung gegeben oder gar schon der Grundstein gelegt. Die Zahl der Studierenden, die unsere Universität besuchen, ist in ständigem Aufstiege begriffen. So steht die Hessische Landesuniversität in jugendlicher Frische, Blüte

und Kraft vor uns, bereit und imstande, die hohen Aufgaben, die ihr für Forschung und Lehre gestellt sind, zu erfüllen. Noch sind zwar die schweren Zeiten, die uns der verlorene Krieg gebracht hat, nicht völlig überwunden, aber es wäre undankbar, wenn wir nicht anerkennen wollten, daß vieles in Reich und Land besser geworden ist. Das deutsche Volk schickt sich an, den Rang und den Namen wiederzugewinnen, der ihm im Kranze der Kulturnationen gebührt und den es vor dem Kriege innegehabt hat. Gern und freudig — und bewußt hat sich die Ludwigsuniversität in den Dienst der überaus wichtigen Aufgabe gestellt, die geistigen und sittlichen Kräfte im Deutschen Volke wiederzuerwecken, die für seinen Wiederaufstieg unentbehrlich sind und deren Maß und Stärke für die Höhe und Sicherheit dieses Wiederaufstiegs entscheidend sein wird.

Wenn aber deutsche Universitäten eine akademische Feier begehen, dann gestalten sie sie zu einer Feierstunde im Geiste der Wissenschaft, dann lassen sie die Wissenschaft zu Worte kommen, zu deren Fortbildung und Überlieferung sie berufen sind. Das ist der tiefere Grund, weshalb aus solchem Anlaß den Festteilnehmern ein wissenschaftlicher Vortrag geboten wird, besonders angebracht bei einer Universitätsjahresfeier, die Anlaß gibt zur Besinnung, wo wir stehen und wohin der Weg führt, und Rechenschaft abzulegen über unsere wissenschaftliche Arbeit und über den Geist, in dem wir sie leisten. So darf ich Ihre Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen für die Erörterung eines Problems aus meinem engeren Fachgebiet, das ich

die Gründe der Rechtsbildung

nennen möchte.

Nicht darum handelt es sich zu erörtern, woher das Recht kommt; ob es einem eingewurzelten Rechtstrieb des einzelnen Menschen oder sonstigen geheimen Mächten des menschlichen Soziallebens entstammt, auch nicht darum, die Entstehung des Rechts zu schildern und zu zeigen, welche Kräfte am Werke sein müssen, damit aus ihnen durch Gesetz oder Gewohnheit Rechtsnormen hervorgehen. Sondern es gilt zu erforschen, was für den Inhalt der Rechtsnormen entscheidend ist, warum die konkreten Rechtssätze diesen und keinen anderen Inhalt erhalten haben.

Mit einigen Beispielen hoffe ich Sie am schnellsten in das Problem einführen zu können.

Das römische wie das deutsche Recht kennen den Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Flüssen; jene gehören niemandem oder der Gesamtheit (später dem Staate oder dem König) und stehen daher jedermann zum Gebrauche frei; diese gehören kleineren Verbänden oder den Uferanliegern und dienen nur deren Nutzen. Aber während im älteren deutschen Recht nur die schiffbaren, manchmal auch die flößbaren Flüsse öffentlich in diesem Sinne sind, sind es nach römischem und ebenso noch heute im italienischen Recht die dauernd fließenden, während die Flüsse, die bei normalen Wasserverhältnissen vorübergehend im Jahre austrocknen, als private gelten. Was ist der Grund dieser verschiedenen Behandlung?

Oder: das römische Recht versagt den Besitzschutz den Mietern und Pächtern, die sich daher bei Entziehung der Miet- oder Pachtsache durch einen Dritten nicht an diesen, sondern nur an ihren Vermieter oder Verpächter halten können. Obwohl in Deutschland sowohl das römische Besitz- wie das römische Miet- und Pachtrecht rezipiert worden ist, hat man doch schon sehr früh den Mietern und Pächtern Besitzschutz zuerkannt, und im heutigen Recht ist das eine Selbstverständlichkeit. Woher der Unterschied?

Schließlich ein letztes Beispiel, das ich dem, manchem von Ihnen wahrscheinlich bekannten, 1921 erschienenen Buche eines Hauptmanns der deutschen Schutztruppe, Hermann Detzner, „Vier Jahre unter Kannibalen. Von 1914 bis zum Waffenstillstand unter deutscher Flagge im unerforschten Innern von Neuguinea“ entnehme. Detzner berichtet (S. 149), daß nach den Rechtsbegriffen aller Papuastämme auf Felddiebstahl Todesstrafe stehe, daß jeder bei diesem Vergehen Angetroffene an Ort und Stelle gespeert werden dürfe und daß so der Felddiebstahl das größte Verbrechen sei, das das Papuagesetz kenne. Diese Rechtsnorm erinnert uns daran, daß sowohl nach dem XII-Tafel-Gesetz der Römer wie nach dem Sachsenspiegel (II, 39 § 1) und dem Schwabenspiegel (202) wenigstens der nächtliche Korndiebstahl mit dem Tode bestraft wird: „swer nahtes korn stilet, der ist dez galgen schul-

dig“. Erwägt man, daß heute der Felddiebstahl nicht einmal vom Reichsrecht geregelt, sondern den Landesgesetzen überlassen ist (EG. StGB. § 2 II) und von diesen in der Regel nur als sog. Übertretung mit Geldstrafe bis zu 150 Mk. belegt wird, so regt sich auch hier wieder die Frage, welche Gründe eine so verschiedene Bestrafung derselben Tat veranlaßt haben mögen.

Die Verschiedenheit der Normen im ersten und im letzten Beispiel lassen sich, wenn auch nicht ausschließlich, so doch in der Hauptsache auf wirtschaftliche Erwägungen zurückführen.

Unter dem heißen Himmel des wasserarmen Italien spielen dauernd fließende, auch in der warmen Jahreszeit nicht austrocknende Gewässer eine ganz andere Rolle, als in dem wasser- und niederschlagsreichen Deutschland; hier aber führt das wirtschaftliche Bedürfnis dazu, die großen schiffbaren, dem durchgehenden Verkehr von Land zu Land dienenden Gewässer als öffentliche zu erklären, die nach dem Übergang des Volkseigentums auf den Repräsentanten des Volkes, den König, wie die großen Verkehrsadern zu Lande „des Königs“ oder „des Reiches Straßen“ genannt werden. Zwar ist auch das römische Flußrecht mit der Rezeption des römischen Rechts nach Deutschland gekommen, aber die Unterscheidung zwischen ständig fließenden und zeitweise austrocknenden Flüssen ist als für unser Klima unbrauchbar aufgegeben, und durch die meisten deutschen Partikularrechte namentlich in neuerer Zeit der Gemeingebrauch an allen fließenden Gewässern festgelegt. Auch das ist eine Folge des namentlich durch die moderne Industrie gewaltig gesteigerten Bedürfnisses der Wasserwirtschaft, damit die in dem Wasser ruhenden Kräfte für Schiffahrt und Flößerei, für Triebwerke aller Art, für die Aufnahme der Abwässer, die Bewässerung usf. der Allgemeinheit nutzbar gemacht werden können. Nur an geschlossenen Gewässern besteht ein den Gemeingebrauch ausschließendes Privateigentum.

Und ebenso ist für die schwere Bestrafung des Felddiebstahls bei den Papuastämmen oder wenigstens des nächtlichen Felddiebstahls bei den alten Römern wie bei den alten Deutschen die wirtschaftliche Bedeutung der Feldfrucht maßgebend,

weil in jenen primitiven Verhältnissen ein Ersatz der abhanden gekommenen, zur Ernährung unentbehrlichen Feldfrucht durch Einfuhr nicht in Frage kommt. Ist doch nach dem bekannten Wort von Ihering „der Tarif der Strafe der Wertmesser der sozialen Güter“¹⁾. Allerdings hat für die hohe Strafsetzung auch der große Vertrauensbruch des Diebes eine Rolle gespielt; man wollte die notwendigerweise jedermann zugänglichen Felder mit einem besonders festen Zaun des Rechts umgeben. Derartige Erwägungen sind für den Gesetzgeber unserer Zeiten infolge der Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse ohne Bedeutung, aber sie haben doch wenigstens in den nahrungsmittelarmen Jahren vor und nach dem Kriegsende zu einer härteren Bestrafung des Felddiebstahls durch die Gerichte innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens geführt.

Die Erklärung dieser beiden Beispiele eröffnet uns einen umfangreichen Komplex von Gründen, die den Inhalt der Rechtsnormen maßgebend bestimmen. Sie gehören dem großen Gebiete der Wirtschaft und der mit ihr in nahem Zusammenhange stehenden Technik an. Es ist bekannt, daß das Recht von Jäger- und Fischervölkern, überhaupt von Nomadenvölkern infolge ihrer eigenartigen Ernährungs- und Arbeitsbedingungen anders aussieht, als das Recht eines angesiedelten und Ackerbau treibenden Volkes, und daß es insbesondere ein nur wenig entwickeltes Vermögensrecht aufweist. Der Übergang von der Natural- zur Geldwirtschaft, vom agrikularen zum Industriestaat bringt notwendig eine Änderung der Rechtsordnung mit sich, und im Zeitalter der Maschinenarbeit besteht ein anderes Recht, als unter der Herrschaft der Handarbeit. Das gilt im Großen wie im Kleinen. In Zeiten und Gebieten, wo das Vermögen in der Hauptsache in Grundstücken angelegt ist, herrscht ein anderes Ehegüterrecht, als es für Eheleute paßt, deren Vermögen aus mobilem Kapital besteht. Jede Umwälzung in der Technik hat eine Umwälzung in der Wirtschaft und dann auch eine entsprechende Änderung des Rechts notwendig im Gefolge. Nicht nur insofern, als die neuen Verhältnisse selbst eine Regelung im Recht verlangen und erhalten — ich erinnere nur an das Kraftfahrzeuggesetz

¹⁾ Rudolf von Ihering, Der Zweck im Recht I³ (1893) S. 492.

und an das Luftverkehrsgesetz —, sondern auch innerhalb des von diesen technischen oder wirtschaftlichen Fortschritten nicht unmittelbar berührten Rechts ergeben sich durch sie Wandlungen in der Anwendung und dadurch in der inhaltlichen Bestimmung des alten Rechts. So hat die Einführung des Telegraphen die Möglichkeit telegraphischer Rechtsmitteleinlegung geschaffen und dadurch unsere Richter vor die Frage gestellt, ob eine derartige Rechtsmitteleinlegung zugelassen und bejahendenfalls, wie sie geregelt werden soll. Die allgemeine Verwendung der elektrischen Kraft hat das Problem aufgeworfen, ob auch an ihr ein Diebstahl im Sinne von § 242 StGB. begangen werden könne, und als die Gerichte diese Frage mit Recht verneinten, weil die elektrische Kraft keine bewegliche Sache ist, wurde das Gesetz betreffend die Entziehung der elektrischen Arbeit vom 9. April 1900 erlassen. Die Einführung des Telephons hat Anlaß zu einer Fortbildung des Mietrechts insofern ergeben, als der Vermieter heute für verpflichtet gehalten wird, die Anlage des Telephons durch seinen Mieter zu dulden, nachdem die Gerichte zuerst eine derartige Verpflichtung nicht anerkennen zu können geglaubt hatten. Die Verpflichtung des Vermieters zur Duldung einer Radioanlage des Mieters ist noch heute bestritten, wird aber in absehbarer Zeit wohl ebenfalls von den Gerichten bejaht werden müssen. Das Grammophon, das Kino, der Rundfunk haben eine Fülle neuer urheberrechtlicher Fragen entstehen lassen. Die dem Schuldner obliegende Sorgfaltspflicht kann durch neue Erfindungen wesentlich umgestaltet werden; er muß unter Umständen von den beschleunigten Möglichkeiten der Nachrichtenübermittlung durch Telegraph oder Telephon oder von der beschleunigten Beförderung durch Kraftfahrzeug oder Flugzeug Gebrauch machen und kann schadensersatzpflichtig werden, wenn er es nicht tut. Die Entdeckung der Röntgenstrahlen und ihre Auswertung in der Medizin führt dazu, daß der Arzt sich verantwortlich machen kann sowohl dadurch, daß er von dem Patienten ein Röntgenbild aufzunehmen unterläßt und infolgedessen eine falsche Diagnose stellt, als auch dadurch, daß er ihn bei der Behandlung mit Röntgenstrahlen schuldhaft verbrennt. Doch genug der Anwendungsfälle. Der Einfluß der Wirtschaft und der Technik auf den Inhalt der

Rechtsnormen bei ihrer Setzung oder Fortbildung wird durch sie klar genug geworden sein.

Aber wirtschaftliche Erwägungen bilden doch nur eine der Quellen, aus denen das Recht seinen Inhalt entnimmt. Selbst die materialistische Geschichtsauffassung, die in der Produktion und dem Umsatz der Produkte die Grundlage aller Gesellschaftsordnung erblickt, ist nicht so eng, daß sie nicht auch anderen Erwägungen Raum gäbe.

Das kann uns gleich das zweite jener Beispiele, von denen wir ausgegangen sind, lehren, das Beispiel vom Besitzschutz des Mieters und des Pächters. Warum hat ihnen das römische Recht den Besitzschutz verweigert, den schon das mittelalterliche deutsche Recht gewährt? Der Grund liegt in der verschiedenen sozialen Einschätzung, die der Mieter in Rom und bei uns erfahren hat. In Rom, der Stadt der großen Mietskasernen, wie sie uns erst kürzlich wieder die Ausgrabungen in Ostia, der Hafenstadt Roms, vor Augen geführt haben, standen die Mieter — meist großstädtisches Proletariat — sozial so niedrig und in solcher Abhängigkeit von ihren Vermietern — meist reichen Grundstücksspekulanten —, daß man nur diesen juristisch geschützten Besitz an der vermieteten Sache zuerkannte, den Mietern aber versagte, während im deutschen Mittelalter auch angesehene Leute in den engen Städten zur Miete wohnten oder Pächter von Grundstücken waren und kein Grund bestand, ihr Haben der Mietsache nicht als Besitz auch im Sinne des rezipierten römischen Rechts gelten zu lassen, zumal sie, wenn auch unter anderem Namen und Begriffe, schon nach dem deutschen Recht vor der Rezeption als Inhaber der „hebbenden“ oder „brukenden Gewere“ anerkannt waren, da sie das Gut „in Nutz und Gelde“ hatten. Gerade an diesem Beispiel zeigt sich zugleich der Wert einer Untersuchung, die den Grund für den Inhalt einer Rechtsnorm ermitteln will. Weil man in der Pandektenwissenschaft den Grund, weshalb der Mieter und Pächter keinen Besitzschutz genoß, nicht erkannte, hat man bis in die jüngste Zeit dem römischen Besitzrecht Gewalt angetan. Man meinte, Besitzer sei nur, wem der Wille, die Sache für sich zu haben, der *animus domini*, eigne, und da das römische Recht aber auch Besitzer kannte, denen dieser Wille abging, wie z. B.

jedenfalls den Pfandgläubiger, den Prekaristen und den Sequester, so schuf man die Kategorie des abgeleiteten Besitzes, ohne doch dafür eine ausreichende Rechtfertigung und ohne eine überzeugende Erklärung des römischen Besitzbegriffes überhaupt geben zu können. Das ist erst gelungen, als man — vor allem durch die Untersuchungen des großen Handelsrechtslehrers L. Goldschmidt¹⁾ — erkannte, daß der Begriff des Besitzes kein juristischer ist, sondern ein sozialer, und daß der Besitz ein Produkt der Lebens- und Verkehrsgemeinschaft und vom Recht nur übernommen ist: es ist diejenige Beziehung zu den Rechtsobjekten, die dem gegenwärtigen, durch ethische Anschauungen geläuterten, durch Rechtsnormen beeinflussten Gemeinbewußtsein als tatsächliches Machtverhältnis erscheint; man besitzt, was einem der Kreis der Volksgenossen als tatsächlich zugehörig zuerkennt. Das war bei dem Mieter in Rom nicht der Fall, aber nicht, weil ihm der animus domini mangelte, sondern wegen seiner geringen sozialen Einschätzung, so wie man heute den Grund dafür, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in seinem § 855 den in Haushalt und Erwerbsgeschäft tätigen Angestellten, den sog. Besitzdienern, den Besitz an den in ihren Händen befindlichen Sachen des Besitzherrn abspricht, zutreffend in ihrer sozialen Abhängigkeit findet.

Zahllos sind die Beispiele, die ich Ihnen dafür nennen könnte, daß Erwägungen sozialer Art für den Inhalt von Rechtsnormen bestimmend sind. Ich will nur ein besonders umfassendes und lehrreiches herausgreifen. Es betrifft die Stellung der Frau in der heutigen Rechtsordnung. Wenn unser Bürgerliches Gesetzbuch die Stellung der Frau gegenüber früheren Rechten so erheblich verbessert und sie z. B. zum Teilhaber der elterlichen Gewalt über die Kinder gemacht hat, so war der Grund dafür die Erkenntnis, daß die Frau in unseren Tagen dem Manne gegenüber andere soziale Ansprüche hat, als in früheren Zeiten. Wenn aber das Bürgerliche Gesetzbuch in dieser Beziehung im Vergleich zu späteren Gesetzgebungswerken, wie namentlich zum Schweizer Zivilgesetzbuch in einer heute vielfach beklagten Weise noch nicht weit genug geht, so ist wiederum der Grund dafür der, daß damals jene Erkenntnis noch nicht tief genug gedrungen war, weil

¹⁾ Studien zum Besitzrecht, in der Festgabe für Gneist, S. 64 ff. und Grundlagen der Besitzlehre, Vermischte Schriften I 25, 70 ff., 141 ff. u. 6.

die Frauenbewegung, die uns diese Erkenntnis vermittelt hat, zur Zeit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch in ihren Anfängen steckte. Erst jetzt ist bei uns die volle Einsicht erreicht. Es ist aber für die Bedeutung der Rechtsordnung als einer Kulturerscheinung charakteristisch, daß man die Fortschritte der Frauenbewegung aus den Gesetzen geradezu ablesen kann. So war z. B. die Ausschließung der Frau von der Rechtspflege früher selbstverständlich. In der Zivilprozeßordnung und dem Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 werden die Frauen nicht erwähnt und auch noch nicht im Gewerbegerichtsgesetz von 1890. Das Kaufmannsgerichtsgesetz von 1904, § 10 Ziff. 1 aber bestimmt ausdrücklich, daß „Personen weiblichen Geschlechts nicht zum Mitglied des Kaufmannsgerichts berufen werden können.“ Das war noch eine Abwehr der von den Frauen erhobenen Ansprüche, aber doch schon ein Beweis ihrer Stärke, weil man sie besonders zurückweisen zu müssen glaubte. Seitdem hat die Bewegung so starke Fortschritte gemacht, daß sie nach der Umwälzung von 1918 alle ihr noch vorenthaltenen Positionen im Sturm genommen hat. Die neue Reichsverfassung spricht die grundsätzliche Gleichstellung von Frauen und Männern in bezug auf die staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten aus (Art. 109 II) und läßt alle Staatsbürger ohne Unterschied zu den öffentlichen Ämtern zu (Art. 128 I). Das Reichsgesetz vom 14. Januar 1922 eröffnet den Frauen die Möglichkeit, Beisitzer von Gewerbe- und Kaufmannsgerichten, das Reichsgesetz vom 25. April 1922 die Möglichkeit, Schöffen und Geschworene zu werden. Den Schlußstein legt wenige Monate später das Reichsgesetz vom 11. Juli 1922, indem es den Frauen gestattet, die Fähigkeit zum Richteramt und damit auch zur Staatsanwaltschaft und zur Rechtsanwaltschaft zu erwerben und zu Handelsrichtern, Amtsanwälten, Gerichtsschreibern und Gerichtsvollziehern ernannt zu werden. Damit haben die Frauen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts die völlige Gleichstellung mit den Männern erreicht. Das, was ihnen im Privatrecht noch fehlt, die Besserstellung in der Ehe und vor allem im ehelichen Güterrecht durch die Beseitigung des Verwaltungs- und Nutznießungsrechts des Mannes am Frauengut, kann nur noch eine Frage verhältnismäßig kurzer Zeit sein. Es ist eine merkwürdige Verkennung der sozialen Grundlagen dieser Rechtsentwicklung, wenn ein neuerer

Schriftsteller¹⁾ den Grund des Strebens der Frauen nach Beseitigung der Verwaltungsgemeinschaft und nach Einführung des Rechts der Gütertrennung in wirtschaftlichen Erwägungen finden zu müssen glaubt und darin einen Beweis der selbst im Familienrecht sich breit machenden und von ihm verworfenen „Wirtschaftsgesinnung“ erblickt. Die wirtschaftliche Gleichberechtigung der Frau in der Ehe wird nicht als Selbstzweck erstrebt, sondern ist nur die selbstverständliche Folge und die Sicherung der sozialen Gleichstellung, die der Frau in der Hauptsache bereits zuteil geworden ist.

Die Betrachtung der Ehe läßt eine neue Gruppe von Gründen in unser Blickfeld treten, die den Inhalt von Rechtsnormen maßgebend beeinflussen können: die ethischen. Denn wenn die Bestrebungen zu einer Reform unseres Ehescheidungsrechts das Ziel verfolgen, eine innerlich morsche, vollkommen zerrüttete Ehe zu lösen, so wissen wir, daß es höchst sittliche Erwägungen sind, die, der sittlichen Idee der Ehe als einer vollkommenen Lebensgemeinschaft angepaßt, ihre Auflösung der Lüge einer weiteren Verbundenheit innerlich längst geschiedener Ehegatten vorziehen wollen. Nach geltendem Recht kann die Ehe außer wegen dauernder unheilbarer Geisteskrankheit eines Gatten nur wegen Verschuldens geschieden werden. Das Schweizer Zivilgesetzbuch hat schon 1907 die objektive unheilbare Ehezersüttung (also unabhängig von dem Verschulden eines Gatten) mit gewissen Kautelen zum Ehescheidungsgrund erhoben, und seitdem sind Norwegen 1918, die Tschechoslowakei 1919, Schweden 1920 und Dänemark 1922 auf diesem Wege gefolgt. Auch bei uns in Deutschland setzt sich eine starke Bewegung dafür ein; ihr hat im Rechtsausschuß des Deutschen Reichtags der Abgeordnete Geheimrat Professor Dr. Kahl in einer großzügigen Rede am 25. Januar 1927 mit der Kraft der Überzeugung einen weithin wirkenden Ausdruck verliehen²⁾. Ich verkenne die Gefahren nicht, die eine zu erleichterte Auflösbarkeit der Ehe für unseren ganzen, auf der Ehe als Keimzelle aufgebauten sozialen Organismus haben kann; aber die Erfahrungen aus der Zeit nach dem Kriege zeigen, daß Ehegatten, die zur Täuschung des Gerichts

¹⁾ Hans Fehr, Recht und Wirklichkeit, 1928, S. 13.

²⁾ Deutsche Juristenzeitung 1927 Sp. 553 ff.

entschlossen und in der Wahl ihrer Mittel nicht schamhaft zurückhaltend sind, es schon heute verstehen, ihre Ehe zur Scheidung zu bringen. Darauf beruht es, daß die Zahl der Ehescheidungen, die sich schon von 1899 bis 1913 nahezu verdoppelt hat, seit dem Weltkrieg erschreckend angewachsen ist, nämlich von 26,6 geschiedenen Ehen, die im Jahre 1913 auf je 100 000 Einwohner kamen, auf 55,0 im Jahre 1923¹⁾. Die Reinlichkeit und Wahrheit des Ehescheidungsprozesses aber und andere sittliche Gründe verlangen gebieterisch, offen und ohne Schleichwege die Scheidung einer Ehe zuzulassen, die derart unheilbar zerrüttet ist, daß eine dem Wesen der Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft der Ehegatten zur Zeit nicht besteht und auch in Zukunft nicht mehr erwartet werden kann.

Es ist weder etwas Besonderes noch etwas Neues, daß Rechtsnormen und Reformvorschläge auf sittlichen Erwägungen beruhen. Denn Recht und Sittlichkeit schließen sich nicht aus, sondern ergänzen einander, da die Rechtsordnung und die Gebote der Sittlichkeit in gleicher Weise geistige Sozialgebilde sind. Das Recht nimmt dauernd aus dem reichen Schatze des ethischen Lebens neue Kräfte und Säfte in sich auf, und deshalb verschmähen es die modernen Gesetzgebungswerke nicht, die Normen der Sittlichkeit zum Ausbau der Rechtsordnung zu verwenden. So hat vor allem unser Bürgerliches Gesetzbuch einen stark sittlichen Einschlag. Es erklärt Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, für nichtig (§ 138) und belegt den, der in unsittlicher Weise einen anderen vorsätzlich schädigt, mit der Pflicht zum Ersatz des angerichteten Schadens (§ 826). Das Schuldrecht unterwirft es dem in sozialetischen Anschauungen wurzelnden Gebot von Treu und Glauben, indem es den Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben es erfordern (§ 242), aber damit zugleich auch dem Anspruch des Gläubigers eine innerliche Schranke aufrichtet. So macht es die in der Volksgemeinschaft lebendigen Anschauungen über das, was im Rechtsverkehr sittlich erlaubt ist, unmittelbar nutzbar für die rechtliche Regelung der Schuldverträge, und durch die Norm, daß Verträge nach Treu und Glauben auszulegen sind (§ 157), für das Vertragsrecht überhaupt. Die neue Reichsverfassung aber

¹⁾ Siehe H. Lehmann, Familienrecht, 1926, S. 159.

stellt an die Ordnung des ganzen Wirtschaftsrechts hohe sittliche Forderungen, wenn es verlangt, daß diese den Grundsätzen der Gerechtigkeit entsprechen und allen ein menschenwürdiges Dasein gewährleisten soll (Art. 151 I). So darf es nicht Wunder nehmen, daß auch im einzelnen zahllose Rechtsnormen in den Geboten der Sittlichkeit ihre Rechtfertigung finden.

Aber auch die damit nahe verwandte Religion äußert ihren starken Einfluß auf die Rechtsordnung. Wir wissen, wie sehr das Eindringen des Christentums in die römische Kulturwelt auf weiten Gebieten des Rechts Änderungen hervorgebracht hat, im Sklavenrecht, in der Handhabung der Gewalt des Vaters über seine Kinder, im Ehe- und Erbrecht und in den Beziehungen der Ehegatten zueinander. Die großen Unterschiede im Ehe- und im Ehescheidungsrecht evangelischer Länder gegenüber rein oder überwiegend katholischen Ländern, wie Österreich, Italien und Spanien, haben ihre Grundlage in der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses. Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921 gehört in diesen Zusammenhang, und Sie alle wissen, daß der Kampf um die Ausgestaltung der Volksschule bei uns in der Hauptsache darum geführt wird, ob und inwieweit der Religion und dem Religionsdiener der Zugang zum Schulunterricht oder die Herrschaft über ihn gewährt werden soll.

Mit diesem Beispiel betreten wir bereits ein neues Gebiet, das seinen Einfluß auf den Inhalt der Rechtsnormen ausübt und in neuerer Zeit in besonders erkennbarer Weise beansprucht, das Gebiet der Politik. Es ist selbstverständlich, daß eine Gesetzgebung, die einem aus politischen Wahlen hervorgegangenen Parlament obliegt, auch politischen Einwirkungen ausgesetzt ist. Man kann das beklagen, man wird es nicht ändern, zumal es immer so gewesen ist, daß der Träger der politischen Macht die Gesetzgebung beherrscht und sie zu seinen Gunsten zu gestalten wenigstens versucht, welche Staatsform auch immer gelten mag, und daß der mächtigere Stand sein Übergewicht vor allem in den Rechtseinrichtungen zum Ausdruck bringt. Ja, es ist vielleicht heute so, daß durch die Teilnahme des ganzen Volkes an den Wahlen und der politischen Arbeit, durch die Öffentlichkeit der Parlamentsver-

handlungen und die dadurch gesteigerte Verantwortlichkeit vor dem ganzen Volke und durch die bei uns bestehende Parteizersplitterung keine politische Partei es wagt oder mächtig genug ist, ihre Interessen oder die Interessen der von ihr vertretenen Klassen einseitig durchzusetzen, und jedenfalls weniger dazu imstande ist, als in früheren Zeiten der absolute, unkontrollierbaren Einflüssen ausgesetzte und zugängliche Monarch oder eine ausschließlich herrschende Kaste oder Klasse. Ein Gesetz z. B., das in den amerikanischen Negerstaaten vor Zeiten die Erteilung von Unterricht an die Neger unter Todesstrafe stellte, ist doch wohl für deutsche Verhältnisse selbst mutatis mutandis unmöglich.

Mit den parteipolitischen Erwägungen, die die Gesetzgebung zu beherrschen versuchen, kreuzen sich staatspolitische Erwägungen, die durch die Gesetzgebung die bestehende Staatsform zu festigen und zu erhalten bemüht sind. So hat z. B. die dritte französische Republik durch ein besonderes Gesetz die Unabsetzbarkeit der Richter aufgehoben, um die monarchistisch gesinnten und deshalb den Machthabern mißliebigen Richter entfernen zu können; nachdem dies geschehen war, hat ein neues Gesetz die Unabsetzbarkeit der Richter wieder eingeführt. Doch freue ich mich feststellen zu können, daß wir bisher von derartigen Einseitigkeiten bewahrt geblieben sind, und darf der begründeten Hoffnung Ausdruck geben, daß das Verantwortungsbewußtsein der Parlamentsmehrheiten uns auch künftig davor bewahren wird.

Es gibt aber zahlreiche hierhergehörige Gesetze, die im alten wie im neuen Reich durch staatserhaltende Erwägungen im guten Sinne veranlaßt sind und der Förderung staatlicher Zwecke auf dem Gebiete der Schule, der Kunst, der Wissenschaft oder von Handel und Industrie usw. dienen und meist auch zugleich eine bestimmte wirtschaftliche oder soziale Tendenz verfolgen. Jenes z. B. bei unseren Steuer- und Zollgesetzen, den Ein- und Ausfuhrverboten, bei unserer Gesetzgebung über das Münz- und Bankwesen oder das Maß- und Gewichtssystem, dieses z. B. bei unserer Arbeiterschutzgesetzgebung oder bei den gesetzlichen Maßnahmen zur Hebung der Bevölkerungszahl durch Bekämpfung des Geburtenrückgangs

und der Kindersterblichkeit oder von Tier- und Menschen-
seuchen und viele andere. Auch die Gesetze zum Aufbau
unserer Wehrmacht und zum Schutze gegen äußere und innere
Feinde (wie z. B. durch Bestrafung der Spionage und des
Hoch- und Landesverrats) sind in diesem Zusammenhang zu
erwähnen.

Zu diesen Hauptgründen, die den Inhalt jeder Rechts-
ordnung bestimmen, den wirtschaftlichen, sozialen, ethischen,
religiösen und politischen Erwägungen, treten noch viele andere
Einflußmöglichkeiten, die im einzelnen gar nicht aufgezählt
werden können. Ich nenne etwa die Einflüsse des Klimas
und der geographischen Lage, die neuerdings sogar der
Gegenstand einer eigenen Wissenschaft, der Geopolitik, ge-
worden sind, des Klimas z. B., wie wir es an dem Beispiel
unseres Wasserrechts im Gegensatz zu dem römisch-italienischen
bereits kennen gelernt haben, der geographischen Lage, die z. B.
für die Zollgesetzgebung und die wirtschaftspolitischen Gesetze
oder für die militärische Sicherung eine große Rolle spielt.
Hierher gehören Erwägungen der Zweckmäßigkeit, die
namentlich unser Verfahrensrecht, das Zivilprozeß- und das
Strafprozeßrecht, oder die Ausgestaltung des Grundbuchs oder
unser Urkundenwesen maßgebend beeinflussen. Oder es gibt
Rechtsnormen, deren Inhalt aus einer gewissen Tendenz zur
Erziehung der Menschen zu erklären ist; wie etwa die Er-
ziehung zur Ehrlichkeit dadurch, daß dem Finder ein Finder-
lohn in Aussicht gestellt wird, oder die Erziehung zur Abkehr
von gemeinschaftsfeindlicher Gesinnung dadurch, daß der dem
Reichstag vorliegende Strafgesetzentwurf von 1927 bei der
Abmessung der Strafe dem Gericht zur Pflicht macht, „das
Verhalten des Täters nach der Tat zu berücksichtigen, ins-
besondere ob er sich bemüht hat, den Schaden wieder gut zu
machen, der durch die Tat entstanden ist“ (§ 69).

Kurz, alle Erwägungen und alle Triebe, die menschliches
Handeln überhaupt zu veranlassen und zu gestalten vermögen,
können auch den Inhalt von Rechtsnormen maßgebend be-
einflussen. Ist doch alles Recht Menschenwerk und bestimmt,
menschliches Tun zu regeln, damit eine höhere Macht über
den Interessen und Leidenschaften des Einzelnen walte, die
natürliche Freiheit des einen sichere und abgrenze gegen das

Machtstreben des anderen. So steht alles Recht im Dienste unseres gesellschaftlichen Lebens und regelt die Interessen und Bedürfnisse des Einzelnen wie der Gemeinschaft, damit diese ihre Lebenszwecke erreichen können. Daher müssen alle Bedürfnisse des Menschen wie der Menschheit ihren Ausdruck und ihren Schutz im Recht finden, und so wird es verständlich, daß wirtschaftliche, soziale, religiöse und politische Vorstellungen und Gedanken auch den Inhalt des Rechts bestimmen, wie sie für alles menschliche Handeln bestimmend sind.

So bestätigt diese Betrachtung aufs neue eine Wahrheit, die uns die historische Rechtsschule gelehrt hat, daß das Recht nicht etwas willkürlich Geschaffenes, sondern wie die Sprache, die Sitte, die Gottesidee etwas allmählich und notwendig Gewordenes und etwas jedem Volke in besonderer nationaler Ausprägung Eigentümliches ist. Kein Gesetzgeber kann die Rechtsordnung frei und aus dem Nichts schaffen, er ist gebunden nicht nur an das überlieferte Recht, von dem er sich nicht ohne bewegende Gründe entfernen darf, sondern auch an den vorhandenen gesellschaftlichen Zustand der Menschen und an die gegebene Wirtschaftsordnung, deren Wandel er durch seine Maßnahmen wohl fördern oder hemmen, aber weder herbeiführen noch hindern kann, sondern hinnehmen und mit Rechtsfolgen ausstatten muß. Er kann und soll das Recht nur finden, nicht erfinden.

Darin liegt dann ferner, daß die Kompliziertheit der Rechtszustände unserer Tage nicht etwa die Folge unserer komplizierten Gesetzgebung oder einer unnötig kompliziert denkenden Rechtswissenschaft ist, sondern sich vielmehr mit Naturnotwendigkeit aus unseren schon an und für sich komplizierten und durch den Krieg nur noch komplizierter gewordenen wirtschaftlichen und sozialen Lebensverhältnissen ergibt. Deshalb ist die Forderung nach einem einfachen, klaren, auch dem Laien verständlichen und zugänglichen Recht ein Traum, der in der Gegenwart keiner Verwirklichung fähig ist, weil er nur in ganz primitiven Verhältnissen verwirklicht werden kann, uns aber die Rückkehr zu diesen weder erwünscht noch möglich ist. Die Klagen über die Volksfremdheit unseres Rechts und über die Rechtsfremdheit unseres Volkes und der Hinweis auf die in dieser Beziehung nach unseren Vorstellungen

idealen Zustände einer fernen Vergangenheit sind daher ebenso unberechtigt, wie der Vorwurf gegen unsere Sprache, daß ihren Worten die sinnliche Bedeutung verloren gegangen ist, die der Sprache unserer Vorfahren eine uns heute unerreichbare Klangfülle und Lebensfrische, Bild- und Ausdruckskraft verliehen hat. Der Vergleich von Recht und Sprache ist uns ja seit den Tagen der Romantik geläufig. Deshalb verweise ich gern auf den gleichen Vorgang in der Sprachbildung, an der doch unser ganzes Volk schöpferisch beteiligt ist oder sich beteiligen kann. Der Erforscher der deutschen Sprache an unserer Universität, Otto Behagel, hat in sein schönes, der Gießener Juristenfakultät gewidmetes Buch „Von deutscher Sprache“ (1927) einen 1916 erschienenen Aufsatz: „Verlust und Ersatz im Leben der deutschen Sprache“ aufgenommen, in dem er mit vollem Recht darauf hinweist (S. 38), daß „das Verblässen der sinnlichen Bedeutung [der Wörter] die notwendige Vorbedingung für jeden geistigen Fortschritt ist“, sowie sich ja auch der Handel zur Abwicklung seiner Geschäfte nicht mehr der Kaurimuschel, sondern des Schecks, des Wechsels, der Banknote bedient. „Erst wenn die Wörter wesentlich Wertzeichen geworden sind, können sie dem Zweck des geistigen Wechselverkehrs vollauf genügen. Wörter mit rein sinnlicher Bedeutung sind vielfach unhandlich wie die Schnüre mit den Kauris.“

Die Nutzenanwendung für das Recht ist offenkundig. Denn das Recht als die Ordnung des Gemeinschaftslebens der Menschen muß sich dem Inhalt und den Formen des menschlichen Lebens anpassen und wird daher unentrinnbar ebenso vielgestaltig und mannigfaltig wie dieses. Nur so kann es seine hohe Aufgabe erfüllen, nur so uns das Leben überhaupt erst erträglich und lebenswert machen. Selbst ein kindliches Spiel ist nicht möglich ohne Ordnung und ordnende Regeln, und kein Hauswesen kann ohne Ordnung gedeihen. Ordnung ist Ruhe, Ordnung ist Frieden. Für jedes Individual- wie für jedes Sozialleben aber ist die Rechtsordnung die Ruhe, der Frieden schlechthin. Daher ist es das immer lebendige, niemals verstummende oder auch nur schlummernde Verlangen unseres tiefsten Seins, daß eine Rechtsordnung bestehe, und so wird es begreiflich, daß die Rechtsordnung vom mittelalterlichen Menschen als eine überirdische Macht empfunden

und Gott gleichgesetzt wird — „Got is selve recht“, sagt die Vorrede zum Sachsenspiegel — und daß sie der Dichter als heilige, als segenreiche Himmelstochter verehrt. Denn auch uns ist das Recht eine der größten Schöpfungen des menschlichen Geistes, eines der wertvollsten Güter der Menschheit, eine unentbehrliche Segnung von höchster sittlicher Würde. Gibt es doch keine Kultur und keinen Kulturfortschritt als hinter der schützenden Mauer des Rechts.