

I.

# **Das Römische Recht**

und die

## **Rechtsreformen der Gegenwart.**

Von  
**E. I. Bekker.**

---

I. Einleitendes. — II. Glossen zum Digestentitel I, 3.  
III. Die Grundgedanken der modernen Rechtsreform. — IV. Stellung  
des Römischen Rechts zu diesen.

---

I.

Im vorigen Jahrhundert hat das Römische Recht zwei Herabsetzungen, „capitis deminutiones“ erlebt, die eine praktisch, die andere mehr theoretischer Art. Bis auf minimale Überbleibsel ist ihm die äußere Geltung gänzlich entzogen, und auch die Autorität, der Glauben an die Unfehlbarkeit seiner Satzungen hat sich merklich verringert. Nicht bloß daß schon niemand mehr in ihm das absolute, „das Recht“ schlechthin sehn zu sollen vermeint, auch die Aussprüche seiner besten Vertreter, der Tüchtigsten unter den Jurekonsulten, dürfen sich der Nachprüfung ihrer Richtigkeit vom Standpunkt der heutigen Rechtskunde nicht mehr entziehen. Ein Beispiel: wird von ihnen geleugnet, daß der „ususfructus“ eine „pars domini“ sei, so wissen wir, daß hier nur ein Übersehn der qualitativen Teilung vorliegt, die doch bei den Römern schon keine kleinere Rolle gespielt hat als bei uns, und deren Produkte, in Ermangelung eines anderen Namens, sie „partes“ zu nennen gehabt hätten, ähnlich wie wir sie aus dem gleichen Grunde „Teile“ heißen müssen.

Die Aufhebung der verbindlichen Kraft war die naturgemäße Folge der Entwicklung, welche die wirtschaftlichen und die politischen Verhältnisse bei uns erfahren haben; man könnte meinen, die Ursachen der Elimination seien um vieles einfacher und handgreiflicher, als die der Rezeption gewesen. Anders steht es mit der Reaktion auf dem Felde der geistigen Arbeit. Auch hier handelt es sich nicht um eine isolierte Erscheinung, sondern ganz im Gegenteil um einen Vorgang der durch die Fortschritte unserer inneren Kultur oder, wenn man den Ausdruck nicht scheut, durch „den Geist der Zeit“ bedingt ist. Seit der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts hat der Drang nach Erweiterung der wissenschaftlichen Erkenntnis alle Kulturvölker erfaßt, und zwar soll nicht bloß die Masse des Gewußten gemehrt, sondern dabei auch das Wissen selber vertieft und geordnet werden. Innerhalb der Jurisprudenz hat dies zur Pflege der Rechtsgeschichte, der Rechtsvergleichung, und zur Häufung dogmatischer Arbeiten geführt. Dabei hat der Respekt, den wir den Römern als Rechtspraktikern schulden, gewiß keine Einbuße erfahren, wogegen ihre theoretischen Ausführungen leicht Mißtrauen wecken. Wieweit dies Mißtrauen begründet ist, soll hier geprüft werden.

Machen wir eine kleine Stichprobe aus der Gedankenwelt der römischen Juristen: die Meisterwerke, welche diese geschaffen, haben Tribonian annähernd vollständig vorgelegen, die Auswahl, die getroffen worden, zeugt von Überlegung. Was in die Digesten zusammengetragen ist, das mag uns wieder und wieder mit Bewunderung vor der induktiven Kraft römischer Rechtskunst erfüllen: mit durchdringendem Verständnis sind die Entscheidungen den vorgelegten Fällen angepaßt, und stehn auch alle in gutem Einklang zueinander. Selbstverständlich ergeben sich hieraus die Regeln, deren Mustersammlung unter der Rubrik „de diversis regulis iuris antiqui“ überliefert ist. Man wird diesen Arbeiten den Charakter der Wissenschaftlichkeit nicht absprechen dürfen, dabei aber zugeben müssen, daß dieser Wissensdrang an der Oberfläche verbleibt, und vornehmlich nach dem geht, was unmittelbar praktisch zu verwerten ist. Die heutige Wissenschaft will tiefer bohren; und so ist es nicht bloß die

Empfindung, daß wir, was uns an instinktiver Genialität abgeht, durch bessere logische Technik zu ersetzen haben, sondern zugleich der Druck einer höheren Gewalt, die uns zwingt, dem kurz gesagt philosophischen Zuge zu folgen, der zurzeit alle Kulturvölker beherrscht. Immerhin einige Ansätze zum Tiefbau finden sich aber auch schon bei den Römern, die den Vergleich mit den Begehren der Gegenwart fordern. Eine kurze Zusammenstellung des Wichtigsten, welches dem Titel de R. I. als gleichwertig gegenüberzustellen wäre, fehlt in den Digesten; der „de iustitia et iure“ ist geistig wenn nicht ganz leer doch herzlich dürftig; im folgenden „de origine iuris“ überwiegt zurecht das historische Element, wogegen der dritte „de legibus senatusque consultis et longa consuetudine“ unseren Zwecken am besten entsprechen dürfte, da er mehr als irgend ein anderer von dem gibt, was wir eben suchen. Zeigt schon der erste Überblick, daß viele von den Dingen, die uns jetzt interessieren, in ihm fehlen, so wollen wir uns doch die Mühe nicht verdrießen lassen, ihm in alle Einzelheiten zu folgen, was etwa daraus für uns zu lernen sein könnte:

Bevor wir aber hieran gehn, bedarf unsere Arbeit noch einer Bemerkung. Die moderne (philosophische) Rechtswissenschaft, mit deren Ergebnissen wir die Versuche der Römer in Vergleich stellen wollen, befindet sich selber noch in einem Zustand der Schweben, zwei Prinzipien kämpfen miteinander, und wenn auch kein Zweifel bleiben mag, wem der Sieg zufallen wird, so ist dieser doch noch keineswegs fest errungen, und noch weniger konsequent ausgenutzt. Hier der Grundgedanke, daß das Wissen vom Recht, ebenso wie jedes andre Wissen, ausgehn müsse von zuverlässigen Beobachtungen, und nicht weiter vordringen dürfe, als mit der zwingenden Gewalt logischer Arbeit zu gelangen sei; das nächste unabweisbare Resultat, „alles Recht ist Menschenwerk“. Dem gegenüber, in einigem Zusammenhange mit altgermanischen Grundgedanken, die naturrechtliche Lehre, die zumal im achtzehnten Jahrhundert in Blüte geschossen war, und unter den Pandektisten in Thibaut ihren letzten namhaften Vertreter gefunden hatte. Sie fordert das Zurückgreifen auf ein dem Wissen verschlossenes, und nur dem Offenbarungsglauben

zugängliches Gotteswerk, und führt zu der Annahme eines heiligen ewigen und starren Rechts, das gelegentlich mit Erfolg jedem menschlichen Rechte entgegengehalten werden könnte. Wir stehn also mitten im Widerstreit von Wissen und Glauben, der bekanntlich sich niemals auf das Rechtsgebiet beschränkt hat, und bei dem es darum niemand wundernehmen darf, ihn auch auf diesem Felde noch nicht ausgetragen zu sehn.

Die Prinzipien der von Hugo und Savigny ins Leben gerufenen geschichtlichen Schule stehn in schroffem Gegensatz zu der naturrechtlichen Doktrin; aber Savigny selber unterscheidet wohl zwischen „geschichtlichen“ und „ungeschichtlichen“ Lehren, aber nicht zwischen „wissenschaftlichen“ und „unwissenschaftlichen“, den Produkten des Wissens und denen des Glaubens. So kommt es, daß häufig seine eigenen Arbeiten noch von naturrechtlichen Gedanken durchsetzt sind. Ähnlich ist es den Jüngeren, zumal mir selber ergangen. Mag schon niemand mehr offen zum Schilde des Glaubensrechts sich bekennen, bewußt oder unbewußt suchen doch gelegentlich wir alle unsern Schutz hinter ihm; man gedenke nur der weitverbreiteten Unklarheit über die Gegensätze von „Wahrheit“ und „Dogma“, „Rechtswissenschaft“ und „Rechtskunst“.

Die Gliederung des Folgenden bedarf keiner weiteren Erläuterung: Anschauungen der Römer, Anschauungen der Gegenwart, Vergleichung beider miteinander.

## II.

Was (fr. 1) Papinian über das Wesen der „lex“ sagt, ist wie aus fr. 2, ersichtlich ausnahmslos griechischen Quellen, Demosthenes und Theophrast, entnommen. Im einzelnen paßt „commune praeceptum“ besser zu einer Definition des „ius“ als zu der der „lex“, und ragt auch über den Bereich des „ius“ noch hinaus. „virovum prudentium consultum“ paßt das auf alle Leges? insonderheit alle kaiserlichen Erlasse? und nicht weit besser auf gewisse andere Rechtsquellen? „delictorum coercitio“, dazu zweierlei. Erstlich daß hier die griechischen ἀμαρτήματα besser am Platze waren als die

römischen „delicta“; zu entschuldigen nur dadurch, daß die Römer eben keinen treffenden Namen für „Rechtsverletzungen“ aller Art besaßen. Sodann, daß der freilich auch dem Demosthenes nachgebildete Zusatz

*quae sponte vel ignorantia contrahuntur*

in dem präzisen Bilde, das Papinian zu geben sucht, nur störend wirken kann; ist der überhaupt von Papinian oder Kompilatorenwerk? „*communis rei publicae sponsio*“ paßt gut zu den alten Formen der Gesetzgebung, ins Kaiserrecht sowenig wie zur Entstehung des „*officium ius dicentis*“ und des „*officium iudicis*“.

Die nächstfolgenden Stellen, fr. 3—6, von Pomponius und Celsus und Paulus, folgen auch wieder Theophrast, handeln direkt nicht sowohl von dem Wesen des Rechts als von dessen Gestaltung:

*nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.*

Gleichsam als Konsequenzen hiervon erscheinen:

I, fr. 7 (Ulp.): *iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur,*

das sich aber dann die Ausnahmen gefallen läßt, die Ulpian in fr. 3 anführt:

II, fr. 12 (Iul.): *non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi.*

womit das in dem Allgemeinen Preußischen Landrecht zur höchsten Blüte entfaltete Streben nach Spezialisierung klug zurückgewiesen wird. Daß dem allen gesunde Gedanken zugrunde liegen, wird nicht zu leugnen sein; aber welche? „*ad ea debet aptari*“ weist auf eine zielbewußte Tätigkeit; sieht also nicht auf die naive Fortbildung des Gewohnheitsrechts; auch nicht auf die Judikate, bei denen der Richter nur aussprechen will, was schon Rechtens ist. Es klingt wie gerichtet an Gesetzgeber, die vor große Aufgaben, wie Kodifikationen gestellt sind, und paßt wenig zur Herstellung der uns bekannten Spezialgesetze, sei es der Republik oder der Kaiserzeit. Prätores, solange ihnen die Fortbildung des Edikts oblag, und mit dem „*ius respondendi*“ bekleidete

Gelehrte mochten sich daran halten. Über die Frage wie es mit „*quae raro eveniunt*“ zu halten sei, nachher.

Unmittelbar hinter diese Vier, und vor diejenigen Stellen, welche mit ihnen wenn auch nur locker zusammenhängen, ist als fr. 7 der oft gescholtene Ausspruch Modestins gestellt:

*legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.*

Wiederum ist „*lex*“ die Repräsentantin des objektiven Rechts, da dessen Wesen überhaupt nicht besser bezeichnet werden kann, als durch das zuständige „*imperare*“. Nimmt man hinzu, daß dies „*imperare*“ kein Hinausschreien in alle Welt ist, sondern dem Gebotsgeber allezeit ein geschlossener Kreis von Gebotsempfängern gegenüber stehn muß, so wissen wir auch, daß alles Recht stets nur in einem Verbande leben kann, daß in diesem die Macht des Ganzen über allen einzelnen Verbandsmitgliedern steht, und daß Einzelne berufen sind, als Organe diese Macht des Ganzen zu üben, das heißt eben zum „*imperare*“ berufen sind. Aber bedurfte das „*legis virtus est imperare*“ dann noch der Zusätze? Auch Modestin mag diese nicht für unentbehrlich, doch für nützlich gehalten haben, denn es gab Deren die nicht schon selber wußten, daß in dem „*imperare*“ auch das „*vetare, permittere, punire*“ mitenthalten sei. Die Worte haben die Bedeutung eines erläuternden Zusatzes: „*imperare*“ heißt häufig nur „*gebieten*“, hier auch „*verbieten*“; „*permittere*“ läßt sich in zwiefacher Weise deuten, entweder gleichsam Umkehrung des auch in fr. 22 angenommenen Gedankens, in jedem begrenzten „*vetare*“ stecke ein „*permittere*“ des jenseits der Grenze Liegenden; oder aber bei dem „*permittere*“ sei gedacht zunächst an die dem Römischen Rechte bekannten gar nicht seltenen Fälle gesetzlich gestatteter Selbsthülfe, bei Notwehr, Notstand, zum Besitzschutz, Tötung des Ehebrechers oder des ertappten Diebes. Auch das „*manum endo iacito*“ im Anfang der Zwölftafeln ist, ebenso wie manche anderen in den Gesetzen ausgesprochenen Imperative, nichts anderes als ein verkleidetes „*permittere*“. Etwas bedenklicher ist das „*punire*“: wenn aber wieder und wieder zu lesen steht „*lex*“, wo wir „*ius*“ erwarteten, und wenn Papinian „*delicta*“ gebraucht, um alle möglichen Arten der Rechtsverletzungen zu bezeichnen, dann

darf auch Modestin „punire“ gebrauchen, wo nicht bloß die Vollstreckung der Strafen im eigentlichen Sinne, sondern alle möglichen zwingenden Maßnahmen zur Durchführung rechtlicher Gebote in Frage stehn. Im Resultat zusammengefaßt:

„legis virtus est imperare et punire“ will sagen, gebieten und Durchführung der Gebote erzwingen;

„imperare, vetare, permittere“, zu den Geboten aber gehören auch die Verbote und die vom Recht gegebenen Erlaubnisse.

Unserm fr. 7 inhaltlich am nächsten kommt Ulpian, in der letzten Stelle (fr. 41) des Titels, aber der eminente Praktiker zeigt sich bei diesem theoretischen Experiment nicht von der glänzenden Seite. Klebend an einem schlecht gewählten Bilde, vermag er keine befriedigende Übersicht zu geben über das, woraus „totum ius consistit“. Nichts gewöhnlicher als daß etwas „entsteht, besteht, vergeht“, dem entsprechend wir etwas „erwerben, behalten, verlieren“, und dennoch ist die Lehre, das ganze Recht bestehe „aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo“ auch abgesehen von diesem verzwickten „in minuendo“ gründlich verfehlt. Denn einmal ist gerade bei unsern Rechtsverhältnissen das „conservare“ etwas Selbstverständliches, lediglich ein „non amittere“, von dem daher auch getrennt von dem „quomodo quis alienet aut amittat“, nichts Besonderes zu sagen; und zweitens bleibt die eigentliche Hauptsache, die „vis ac potestas iuris“ so gut wie unberührt, da diese zweifellos mehr ist als bloß ein Stück des „conservare“, bei welchem sie hier eingeflickt erscheint.

Das von Ulpian stammende

fr. 9: non ambigitur senatum ius facere posse

enthält eine seinerzeit zutreffende Notiz; auch das „non ambigitur“ ist verständlich, da in früheren Zeiten die gesetzgeberische Macht des Senats Zweifeln unterlegen hatte. In den Digesten aber hat der Satz nur noch historische Bedeutung: es gibt keinen Senat mehr, folglich auch keine neuen Senatskonsulte, und die alten gelten auch nicht mehr als solche, sondern soweit sie eben Aufnahme gefunden, als Stücke des kaiserlichen Sammelrechts. In unsern Titel ge-

nommen aber ist die Stelle mutmaßlich deshalb, weil man im Hinblick auf andere brauchbare Stellen sich entschlossen hatte, dem ganzen Titel die Rubrik „de legibus senatus-que consultis“ zu geben. Zugleich wird die auch sonst wohl begründete Annahme unterstützt, daß auch in den nicht vorwiegend historischen Titeln rein geschichtliche Brocken verstreut seien, und speziell für unsern Titel die Frage angeregt, ob darin, zumal in dem über das Gewohnheitsrecht gesagten Manches Aufnahme gefunden, das trotz dieser fort- ab ohne praktische Geltung bleiben sollte. Die nächstfolgenden Stellen, fr. 10—12 von Julian, und fr. 13 von Ulpian, schließen sich dann, wie bereits bemerkt, wieder an den oben (fr. 3—6) ausgesprochenen Grundgedanken, und beantworten zwei Fragen. Wenn gesagt ist, daß das zu bildende Recht „ad ea aptari debet quae et frequenter et facile eveniunt“, so könnte wohl der Gedanke entstehen, daß „quae forte uno aliquo casu accidere possunt“ ohne alle rechtliche Regelung verbleiben sollten. Das wäre gar nicht so übel, wird aber hier nicht gemeint, vielmehr ergeben fr. 10—13 das gerade Gegenteil. Quellenzeugnisse, die entsprechend dem „minima non curat praetor“ darauf weisen, daß Lappalien der rechtlichen Regelung nicht bedürfen, sind zu erbringen; dagegen sind mir wenigstens keine Aussprüche der Wahrheit bekannt, daß in gewissen Fällen, die glücklicherweise „perrare eveniunt“, alle Rechtshilfe zu kurz kommt, daher zu andern Mitteln zu greifen ist. In der Praxis freilich sind die Römer um die Auffindung und Benutzung derartig unrechtlicher Mittel nie verlegen gewesen.

fr. 10—13 erfahren wir nicht bloß, daß die aus der Anpassung des entstehenden Rechts an die alltäglichen Vorgänge sich ergebenden Lücken, sondern auch wie sie ausgefüllt werden sollen:

ideo de his quae primo constituuntur aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est... cum in aliqua causa sententia eorum (legum et senatus-consultorum) manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere, atque ita ius dicere debet...

bona occasio est, cetera quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe iuris dictione suppleri.



Wiederum zum guten Teile Aussprüche, die zur Zeit Justinians antiquiert waren.

Die Worte „*quae tendunt ad eandem utilitatem*“ zielen augenscheinlich auf die Benutzung der Analogie, und der von Pedius vorausgesetzte Fall, „*quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est*“, liegt auch keineswegs außerhalb der Grenzen desjenigen, „*quod frequenter et facile evenit*“, der Fall gehört zu den gewöhnlichen, aber die Vorschrift ist keine erschöpfende. Anders wenn der Inhalt dieser Vorschrift der „*ratio iuris*“ zuwiderliefe. Hierüber erfahren wir:

fr. 14 (Paul.): *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

fr. 15 (Iul.): *in his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.*

Diese „*regula iuris*“ ist eben das Gebot der Analogie. Wesentlich dasselbe sagt auch Celsus

fr. 39: *quod non ratione introductum, sed errore primum deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.*

Mutmaßlich in gleichem Sinne benutzt Paulus das Wort:

fr. 16: *ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

Ist diese „*ratio iuris*“ bei den römischen Juristen etwas klar Gedachtes, scharf Umrissenes? Klar ist zunächst nur, daß dasselbe Wort von Julian und von Neratius in wesentlich anderem Sinne gebraucht wird:

fr. 20: *non omnium quae a maioribus constituta sunt ratio reddi potest.*

fr. 21: *et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet; alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.*

Hier ist die „*ratio*“ unweigerlich die auf die Zukunft gerichtete Berechnung der Konstituenten, der Zweck des Gesetzes; beispielsweise bei dem Macedonianum die Zerstörung des

Kredits der Haussöhne, um dadurch dem gefährlichen Treiben der Überschuldeten vorzubeugen.

Schwieriger ist die Bedeutung festzustellen, welche in den Wendungen „ratio iuris“, „tenor rationis“ hervortritt. An irgendwelche Art der Berechnung und Zielsetzung kann nicht gedacht werden; ja fast möchte man zweifeln, ob hier das Produkt eines verstandesmäßigen Denkens oder eines instinktiven Fühlens in Frage stehe. Den Naturtrieb zur Bildung des Rechts erkennen die Römer an, dies Recht soll „aptari ad ea quae frequenter et facile eveniunt“, und geeignet sein zu den auf dem Wege der Analogie erfindlichen Erweiterungen. Also ein Gebilde der Ordnung, das auf einfachen Grundgedanken beruhen muß. Diese dürfen der „ratio iuris“ entsprechen und damit gegeben sein, weshalb das „contra rationem receptum“ zu der Analogie keinen Anhalt bietet. Über den Inhalt dieser „ratio“ aber und seine Kennzeichen erfahren wir nichts, auch nicht ob wir ihn als etwas ewig Unveränderliches und ewig Gleichbleibendes zu denken haben, nicht einmal ob zur selben Zeit Alle dieselben Grundsätze als Stücke dieser „ratio“ anerkannten, oder ob und welcher Spielraum dem individuellen Ermessen verblieb. Celsus im fr. 39 scheint an die Unabänderlichkeit zu glauben, da auch das was „deinde consuetudine optentum est“ den Charakter des der Analogie widerstrebenden „non ratione introductum“ behalten soll. Schwerlich richtig; denn „errore primum introductum“ kann doch nur heißen, was im Gegensatz zu der kleinen Zahl der „constituentes“ die Masse des Volks für irrtümlich hielt; aber diese Masse könnte durch die langjährige erfolgreiche Übung eines besseren belehrt sein, und so von der inneren Richtigkeit des ursprünglich als irrtümlich verdammten Erlasses sich überzeugt haben. Und warum sollte dann nicht auf demselben Wege auch noch weiter vorgeschritten werden? Und ganz beiläufig, sind wir sicher, die unverfälschten Worte von Celsus hier vor uns zu haben?

Im Zusammenhange mit den Fragmenten 14 und 15 erscheint das, was Paulus in fr. 16 als „ius singulare“ bezeichnet, nicht als schlechthin verwerflich, sondern nur als zur analogen Ausnutzung nicht tauglich. Er definiert sein „ius singulare“ als

quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem nicht etwa bloß constituentium, sondern auch „publicam“ auctoritate constituentium introductum est.

Die gemeine Meinung hat zwei Irrlehren heraus-, oder richtiger hineingelesen:

daß jedes „ius singulare“ als „contra tenorem iuris receptum“ zu verwerfen, und

daß unter „ius singulare“ das besondere Recht gewisser Klassen von Personen, Sachen, Geschäften usw. zu verstehen sei.

Beides vereint drängt zu der bis auf den heutigen Tag bestehenden theoretischen Abneigung gegen alle Sonderrechte dieser Art. Wenn aber irgendein Satz von quasinaturrechtlicher Geltung besteht oder gar in die Definition des Rechts aufzunehmen ist, so dürfte dies der sein:

daß dem was in der willenslosen Natur ausnahmslos gilt, auf dem Gebiete des Rechts nach Möglichkeit Geltung zu schaffen sei, nämlich

daß Gleiches gleiche, Ungleiches aber ungleiche Folgen nach sich ziehe.

Wir können nicht auskommen mit durchgängig gleichen Normen für Männer und Weiber, Erwachsene und Kinder, Vernünftige und Wahnsinnige, und was der nicht aus der Welt zu schaffenden Verschiedenheiten mehr sind. Auf die geschichtliche Entwicklung des Rechts hat die schiefe Doktrin oft genug ihren Einfluß geübt, immer dringt die gesunde Erkenntnis schließlich durch: unmöglich ist die Erhaltung nur derjenigen Sonderrechte, bei welchen neue Kultur die zugrund liegenden Ungleichheiten fortgeschliffen hat, wogegen aus den neuen kulturellen Ungleichheiten auch wieder neue Sonderrechte hervorsprießen.

In die Reihe der die „ratio“ behandelnden Stellen hineingeschoben steht fr. 17 von Celsus:

scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

Klar und wahr, richtig und wichtig, theoretisch unbestreitbar; in der Praxis aber, zumal von Examinatoren leider noch

oft verleugnet. Nach Celsus sind „verba legis“ und ebenso „vis ac potestas“ von der „ipsa lex“ verschiedene Dinge. Darf man hiernach annehmen, daß er sich das ganze Gesetz vorgestellt habe als zusammengesetzt aus zwei Elementen, „verba“ und „vis ac potestas“, Worten und Kraft? Dann hätte er korrekt von der „vis ac potestas eorum (scil. verborum)“ nicht „earum (scil. legum)“ reden sollen. Nehmen wir dazu, daß ihm die „sententia“ oder „voluntas legislatoris“ keineswegs fremd war, so werden wir eher zu einer Dreigliederung gelangen:

1. dem gesetzgeberischen Wollen, gelegentlich kurzweg „lex“ geheißen,
2. dessen Verkörperung, „verba“, und
3. dessen lebendiger Kraft, „vis ac potestas“

und damit wären wir bei dem Wesentlichen der modernen Auffassung angelangt, die in dem Gesetz eine zeitlich begrenzte geistige Realität sieht, welche in dem Text verkörpert ist und eine bestimmte Wirksamkeit besitzt.

Der Gegensatz der „sententia“ und der „verba“ tritt mit besonderer Deutlichkeit in den Stellen hervor, die von der „fraus“ handeln:

fr. 29 (Paul.): *contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*

fr. 30 (Ulp.): *fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit; et quod distat ἡτὸν ἀπὸ διαβολῆς, hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit.*

In beiden Stellen wird die Absicht dem Gesetz ein Schnippchen zu schlagen als Tatbestandsstück der „fraus quae legi fit“ nicht genannt, beide schweigen aber auch über die rechtliche Bedeutung dieser Fraus. Der Zusammenhang beider Fragen miteinander ist unverkennbar: gibt es zwei Arten des „in fraudem facere“, ein bewußtes und darum schuldvolles und ein unbewußtes schuldloses, so muß es auch verschiedene Rechtsfolgen geben, die einen für diese, die andern für die andere Art. Die Entscheidung erfordert Berücksichtigung des ganzen erhaltenen Quellenmaterials, doch mag hier im Hinblick auf das, was in unserm Titel über die Aus-

legungskunst gesagt wird, eine Bemerkung gestattet sein. Die schuldlose „*fraus quae legi fit*“ hätte die „*verba*“ für sich, liefe aber der „*sententia*“ zuwider; wie könnten wir diese von jeder anderen gleichfalls irrigen und gleichfalls im guten Glauben gegebenen „*interpretatio*“ unterscheiden? oder wären gar alle irrigen Auslegungen fraudulös?

Ausgiebiger ist der Titel für die Lehre von der „*interpretatio*“, doch werden auch hier Zweifel nicht durchweg fernzuhalten sein. Daß wo „*lege aliquid unum vel alterum introductum est*“, eine angemessene Erweiterung zunächst auch mittels „*interpretatio*“ anzustreben sei (vgl. fr. 11 Jul. und fr. 13 Ulp.), dawider dürfte nicht viel zu erinnern sein. Harmlos erscheint auch die Mahnung von Celsus,

fr. 24: *incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere;*

wenn dabei nur das richtige Maß eingehalten, und nicht etwa gefordert wird, daß der Richter vor jeder wechselrechtlichen Entscheidung noch einmal die ganze Wechselordnung durchlese. Auf der Grenze steht der Rat, den Paulus fr. 37 erteilt:

*si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspicendum est, quo iure civitas retro in eius modi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo.*

Gewiß ein guter Rat, bei dessen Befolgung man sich aber vor der absoluten Worttreue hüten muß, da diese zur Übertreibung führen würde, was in den Fragmenten 23 und 37 von Paulus und 38 von Callistratus noch deutlicher hervortritt:

*minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt.*

*nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.*

Dagegen sei erinnert, daß als Savigny, und noch mehr Koch, nachgewiesen hatten, wie das Berliner Obertribunal in gewisse falsche Auslegungen von einzelnen Stellen des Allgemeinen Landrechts sich verrannt hatte, die Preußische Praxis er-

leichtert aufatmete, und schließlich auch das höchste Gericht selber sich bekehren ließ; und ferner daß auf die Entwicklung des heutigen Rechts nichts schädlicher wirken könnte, als der Aberglaube an die Unfehlbarkeit des Reichsgerichts.

Minder klar ist was Celsus sagt

fr. 18: *benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.*

Schwierigkeit bereitet das Wort „benignius“, das wohl nicht aus einer besonderen Vorliebe für Verbrecher zu deuten ist, da zu Celsus' Zeit der Begriff des Strafrechts als eines abgeschlossenen Ganzen noch nicht besteht; diese Deutung auch mit dem „quo voluntas conservetur“ kaum zu vereinen wäre. Aber wie wäre ein „benignius interpretari“ bei dem Vellae-anum, Pegasianum, Juventianum und anderen wichtigsten Gesetzen der Zeit zur Ausführung zu bringen? Dicht hinter fr. 17, das aber nicht aus demselben Buche der Celsinischen Digesten entnommen ist wie fr. 18, scheint es diesem zur Unterstützung bestimmt zu sein, um den Gegensatz der „verba“ und der „voluntas legis“ scharf hervortreten zu lassen. Vielleicht ist auch die Parallelstelle von Modestin zur Aufhellung zu benutzen:

fr. 25: *nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.*

Damit scheint ein Einblick in böse Zustände uns geboten zu werden, wo kaiserliche Beamte Gesetze häufig so auszulegen bestrebt waren, wie diese den allgemeinen Interessen am wenigsten entsprachen. Ähnliches mag auch unter Justinian, aber schwerlich schon zu Celsus' Lebzeiten vorgekommen sein. Die Nachwelt dürfte in dem Ausspruch Modestins nicht viel mehr gesehn haben als fromme Worte, die in schlechten Zeiten wenig Nutzen brachten und in besseren überflüssig waren.

Völlig unverständlich aber erscheint in der uns vorliegenden Gestalt

fr. 19 (Cels.): *in ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret; praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.*

Dem ersten Blick erscheint der Ausspruch zugleich selbstverständlich und unverständlich (denn wer möchte bei einer „*significatio vitiosa*“ beharren?), da wir nicht wissen, an die Abwesenheit welcher Fehler bei dem „*carere vitio*“ zu denken ist. In beiden Beziehungen macht das „*praesertim cum etc.*“ die Sache eher noch schlimmer. So kann Celsus nimmer geschrieben haben, fragt sich nur, was wir Interpolatoren und was Skribenten verdanken. Freisein von jedem „*vitium*“ kann nur die richtige „*significatio*“, aber gerade diese ist in „*ambigua voce*“ nicht zu entdecken; es muß also das zu meidende „*vitium*“ irgendwie genauer spezialisiert sein. Diese genauere Bezeichnung des Fehlers, die Celsus gegeben haben dürfte, können die Kompilatoren aus irgendwelchem Grunde geändert, aber nicht wohl gestrichen haben. Danach möchte ich den Wegfall jeder genaueren Bezeichnung den Abschreibern, den müßigen Zusatz „*praesertim cum etc.*“, durch den sie ihr eigenes Machwerk herauszuputzen gedachten, den Kompilatoren zur Last legen. Denkbar vielleicht auch, daß der Zusammenhang, in den Celsus seinen Satz gestellt hatte, eine nähere Bezeichnung des *Vitium* an das er eben dachte überflüssig gemacht hätte.

Zu bemerken ist noch, daß hier die sogenannte extensive Interpretation wirklich ausdehnend auftritt; sie haftet nicht an den letzten Grenzen von dem, was noch als innerhalb des gesetzgeberischen Willens liegend angenommen werden könnte, sondern geht bewußt hierüber hinaus, bei Fällen „*quae tendunt ad eandem utilitatem*“. Sonach tritt sie auch in keinen Gegensatz zur Analogie, sondern erscheint vielmehr als erstes, harmlosestes Mittel zur Verwirklichung dieser, fr. 10—14. Nächst der „*interpretatio*“ kann durch eine „*constitutio optimi principis*“ (fr. 11), oder durch Akte der Jurisdiktion (fr. 12 und fr. 13) geholfen werden.

Zwei Stellen von Paulus weisen darauf hin, daß nach Möglichkeit älteres und neueres Recht miteinander in Verbindung zu bringen seien:

fr. 26: non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur.

fr. 28: sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint; idque multis argumentis probatur.

Über die Art und die Produkte der Verbindung aber erfahren wir nicht viel. Tertullian lehrt:

fr. 27: ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

Das kann doch wohl nur heißen, daß ältere Gesetze auch auf solche „res personae“ und „res“ bezogen werden sollen, die zwar zur Zeit der erlassenen Gesetze noch nicht in Betracht kommen konnten, jetzt aber in Betracht zu kommen haben, und denjenigen, für welche die älteren erlassen waren einigermaßen ähnlich (similes) sind. Was aber diese Expansionskraft älterer Gesetze mit dem Auftreten von neueren zu schaffen hat, wird hiernach nicht klar. Die von Ulpian gegebene Regel aber,

fr. 22: cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat

dürfte wohl auch nicht ausnahmslos richtig sein. Die andere, gleichfalls nicht ausnahmslos geltende Regel, daß nach einem Wechsel des Rechts auftauchende Fälle, nicht dem zur Zeit des Auftauchens, sondern dem zur Zeit des erzeugenden Tatbestandes geltenden Rechte unterliegen, wird in unserem Titel nicht berührt.

Eine lehrreiche Ergänzung zu dem, was im fr. 3, und den darauf folgenden über den Zusammenhang der Entstehung des Rechts mit der Alltäglichkeit gesagt ist, und insbesondere zu dem fr. 8 Gesagten:

iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur (cf. fr. 12: non singillatim.),

gibt Ulpian, in einer aus dem Kommentar zur L. Iulia Papia entnommenen Stelle:

fr. 31: princeps legibus solutus est. Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi tribuunt quae ipsi habent.

Rechtsregeln also sollen im allgemeinen den Lebensregeln sich anpassen, aber wie dem Leben, so fehlen auch dem Rechte die Ausnahmen nicht. Das „princeps legibus solutus est“ war zunächst nur für das Gebiet der L. Iulia et Papia gesagt, und hier von zweifelloser Richtigkeit; im Justinianischen



Recht ist die allgemeine Gültigkeit des Satzes gleichwohl nicht zu bezweifeln. Anders das von der Augusta Vermeldete: auf die L. Iulia et Papia bezog sich das „tribuuut principes“, und das seltsame Latein scheint die Mutmaßung zu bestätigen, daß der ganze Zusatz nicht von Ulpian sondern von Tribonian stamme.

Relativ ausführlich behandelt ist was die Rubrik „longa consuetudo“ heißt, und von dem Julian sagt:

hoc est ius quod dicitur moribus constitutum.

Weitaus die längste Stelle des Titels, fr. 32, Julians Digesten entnommen, handelt davon, und findet Ergänzung und keinen Widerspruch in den kürzeren.

A) Tatbestand und mit diesem verwoben Grund der Geltung:

fr. 32 § 1: . . . nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes; nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?

fr. 35 (Herm.): . . . quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio(ne?).

fr. 36 (Paul.): . . . hoc ius . . . quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.

Ulpian hebt hervor, wie förderlich Richtersprüche der Bildung des Gewohnheitsrechts seien

fr. 34: . . . primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit.

Wogegen Callistratus Gewohnheit und Praxis einander gegenüberstellt, als zwei in der gleichen Richtung wirkende Kräfte:

fr. 38: . . . consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.

Andererseits soll, wie wir bereits gesehen haben, nach Celsus eine geminderte Wirksamkeit anzunehmen sein, wo der Beginn der Gewohnheitsbildung sich als ein „errore introductum“ (fr. 39) darstellt.

- B) Wirksamkeit. Die Aussprüche sind nicht alle völlig gleichlautend, gehn aber doch nicht so weit auseinander, daß man gezwungen wäre Kontroversen unter den Juristen anzunehmen. Am vagesten

fr. 36 (Paul.): . . . magnae auctoritatis hoc ius habetur.

Bestimmter für Gleichstellung mit den Gesetzen

fr. 35 (Herm.): . . . non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur.

Übereinstimmend, nur mit größerem Nachdruck

fr. 32 § 1: . . . pro lege non immerito custoditur . . . .  
tenebunt omnes . . . . . rectissime illud receptum est, ut  
leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito  
consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

Wenn in dem Anfang derselben Stelle nur von einer ergänzenden Kraft der Gewohnheiten geredet wird,

fr. 32 pr.: de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est,

so ist gewiß nicht anzunehmen, daß Julian sich selber zu widersprechen gedachte. Ähnlich redet auch Ulpian einmal von der ergänzenden Wirksamkeit,

fr. 33: diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.

Lediglich als Interpretationsmittel nennen Paulus, fr. 23 und fr. 37, und Callistratus, fr. 38, die „consuetudo“, auch wohl nicht in der Absicht sie hierauf zu beschränken. Schwierig ist wieder das schon oben berührte fr. 39 von Celsus:

quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.

Daraus folgt, daß was nicht „errore primum“, sondern „ratione introductum est“ weiter wirkt, „in aliis similibus optinet“. Aber wie weit geht der Bereich dieser „alia similia“? Nur gerade ebensoweit wie das bisher Gewöhnliche, oder geht er hierüber hinaus, soweit die Analogie zu tragen vermag? Wenn jenes, so würde man jeder gewohnheitsrechtlichen

Übung, und namentlich auch Usualinterpretation (gegen fr. 23 und fr. 38) leicht das Lebenslicht ausblasen können, durch den Nachweis, daß sie auf einem Irrtum beruhe; andererseits aber würde der Einwand eines irrtümlichen Ursprungs nur dann von Erfolg begleitet sein, wenn jemand analoge Erweiterungen gewohnheitlich angenommener Sätze einzuführen unternähme.

Den Abschluß des Titels bilden zwei Stellen mit modernem Anstrich, da sie als Versuche einer systematischen Gestaltung des Rechts auftreten. Beide sind Dreiteilungen, die übrigens nur noch das gemein haben, das Ungeschick der Römer zu derartigen Arbeiten zu erweisen. Modestin, fr. 40, lehrt

*ergo omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo.*

Es verlohnt sich kaum nachzuforschen welche Gedankenreihe zu diesem Ergebnis geführt hat. Ulpians fr. 41 ist bereits besprochen.

---

### III.

Viele der eben betrachteten Stellen scheinen weitere retrospektive Untersuchungen zu fordern, über den Zusammenhang des Römischen mit dem Griechischen Rechte, und über Verhältnisse und Gelegenheiten unter denen die zu Justinians Zeit bereits antiquierten Lehren einstmals zustande gekommen; uns interessiert das eine so wenig wie das andere. Hier fragen wir lediglich danach: wie verhalten sich diese letzten Ergebnisse der Römischen Rechtsforschung zu der großen Reformbewegung, in deren Mitte wir eben stehen?

Jurisprudenz und Medizin sind häufig als „praktische Wissenschaften“ nebeneinander gestellt worden, wenn man nicht etwa gewillt war, wegen dieser praktischen Tendenz, beide aus der Reihe der Wissenschaften zu streichen. Beide haben zudem das Gemeinsame, dem Triebe zur Ordnung dienstbar zu sein: diese für die Dinge im Innern des einzelnen Menschen, jene für die Beziehungen der Menschen zueinander. Zweifellos daß für beide auf Grund reicher Erfahrung mit gesundem Takte auch ohne „wissenschaftliche“ Arbeit Erkleckliches geleistet werden kann. Unter den Ärzten bis in

2\*

den Anfang des neunzehnten Jahrhunderts waren viel treffliche Praktiker, doch wenig „wissenschaftliche“ Forscher. Immerhin zwingt die Gerechtigkeit anzuerkennen, daß die Anfänge der wissenschaftlichen, namentlich der auf die Anatomie gerichteten Arbeiten viel weiter zurückliegen. Daß aber ein mächtiger Umschwung im vorigen Jahrhundert stattgefunden, und daß die Wissenschaft erst seit diesem Herrschaft über die Praxis erlangt hat, wird jetzt von Ärzten und Laien gleichmäßig angenommen. Wird dann zuweilen noch geklagt, daß die Therapie mit der Diagnose nicht gleichen Schritt gehalten, oder taucht irgendwo ein Griesgram als Lobredner der früheren Zustände auf, so stehen doch die großen Fortschritte, welche Heilkunde und Hygiene gemacht haben, außer Zweifel, und ebenso, daß wir diese Fortschritte dem Vordringen der Wissenschaft zu verdanken haben. Ausgeschlossen ist jede Umkehr, und vielmehr darauf zu zählen, daß im Laufe der Zeiten das wissenschaftliche Element in der Medizin noch an Umfang und Kraft gewinnen wird.

Diese Umbildung der Medizin steht in der Gegenwart durchaus nicht vereinzelt da, ganz im Gegenteil entspricht sie dem großen Zuge der Zeit, und hängt mit dem mächtigen Aufschwunge der Naturwissenschaften aufs innigste zusammen. Ungerufen kommt uns der Gedanke, daß die zurzeit unleugbaren reformatorischen Strebungen in der Jurisprudenz auf gleichem Grunde beruhen und nach demselben Ziele drängen könnten? Die Römer waren die großen Praktiker ohne tiefere wissenschaftliche Durchbildung; sollten wir ihnen schon zu weit gefolgt sein, und der Kern unserer Aufgaben jetzt darin liegen, die Praxis „wissenschaftlicher“ zu gestalten? Schon Ihering hat einmal auf das Vorbild der Naturwissenschaften gewiesen, dann aber gewisse Auswüchse der modernen Theorie als „Begriffsjurisprudenz“ arg verspottet, wogegen von anderer Seite bemerkt ist, daß doch nur die Begriffsjurisprudenz dem Gelehrten wie dem Richter die erforderliche Herrschaft über die in den Gesetzen angesammelten Stoffmassen verschaffe. Zugegeben daß die Rechtskunde bei uns wissenschaftlicher zu gestalten sei als bei den Römern, und daß sie Fühlung namentlich auch mit den Naturwissenschaften zu suchen habe, wonach zu erwarten, daß auch hier

der Fortschritt in der Wissenschaft die besten Früchte in der Praxis zeitigen werde; aber schlechthin parallel können die Reformen der beiden Disziplinen doch nicht laufen.

Auch in der Medizin haben die Phantasiegebilde ihre Rolle gespielt, Spukgestalten der Krankheiten und ihrer Erreger; vor dem Mikroskop und den andern Hilfsmitteln ernster Arbeit sind sie verfliegen wie Spreu vor dem Winde. Ganz anders bei uns. Seit unvordenklichen Zeiten wandelt im Rechtsleben ein Phantom herum, groß und mächtig, wie die Medizin nie seinesgleichen gesehen. Proteusartig gewandt, schädigt es überall die gesunde Entwicklung der Praxis und tritt der wissenschaftlichen Arbeit direkt feindlich entgegen. Das Gift des Naturrechts steckt in der Annahme, daß „das Recht“ nicht Menschenwerk, sondern etwas unmittelbar von Gott Geschaffenes und Verordnetes sei; selbstverständlich, daß wo ausnahmsweise unter demselben Namen anderes, kein unmittelbares Produkt der göttlichen Schaffenskraft, verstanden werden sollte, dies von unserer Polemik unberührt bleibt.

Göttlich; darum heilig, vollkommen (fehlerlos), ewig, für das ganze Menschengeschlecht unabhängig von Zeit und Ort, unwandelbar gleich. Aber warum sollte Gott nicht auch vermögen Verschiedenes und Wechselndes, mit der Zeit Fortwachsendes zu schaffen? Immer aber bliebe es in seiner Göttlichkeit etwas Unnahbares, der menschlichen Wissenskraft schlechthin Entzogenes, bei dem wir unsere Unkenntnis um so schmerzlicher empfinden müßten, als wir nicht bloß über den Inhalt des (göttlichen) Rechts im unklaren bleiben würden, sondern auch nicht imstande wären zu entdecken, wo räumlich und zeitlich die Grenzen liefen, wo anderes, wo neues Recht begönne. Diese Auffassung rückt das Recht fern ab von Sprache und Verkehr, über die vielfach durch menschliche Sitten und Gebräuche bedingte Moral, in die nächste Nähe der Religion, oder macht es gar zu einem Teil von dieser: ist alles Recht Gottes Gebot, so ist auch der Verstoß wider Recht Verstoß wider Gottes Willen.

Die geistigen Strömungen, die im neunzehnten Jahrhundert zur Herrschaft gelangt sind, stehn im schneidenden Gegensatz zu den naturrechtlichen Anschauungen. Rechts-

geschichte und Rechtsvergleichung wollen darlegen nicht bloß, welche Rechtsverschiedenheiten bestanden haben oder noch bestehn, sondern diese Verschiedenheiten auch erklären, kundtun, durch welche irdischen Verhältnisse und menschliche Taten sie herbeigeführt sind. Dabei entdecken wir, daß derartige Entwicklungs- und Gestaltungs-Prozesse nicht nur in den Gebilden, denen wir heutzutage den Namen „Staaten“ zubilligen möchten, sondern auch in allen andern tatkräftigen Verbänden sich vollzogen haben. Dann blicken wir auf die ersichtliche Zukunft, und empfinden in uns selber den Trieb zur Mitarbeit an der Weiterbildung des Rechts, das nur im Flusse ständiger Erneuerungen seinen großen Aufgaben genügen und im Einklange mit den Anforderungen des wirtschaftlichen und des politischen Lebens seiner Zeit erhalten werden kann.

Das wichtigste aber ist und bleibt der diametrale Gegensatz zur Wissenschaft. Wie das körperliche ebenso ist unser geistiges Können ein beschränktes; das menschliche Erkennen, und folgeweise „Wissen“ trägt über festgezogene Grenzen nicht hinaus. Zweifellos daß wir von Gottes Wesen, Sein und Tun, ein „Wissen“ weder besitzen noch zu erlangen vermögen. Die naturrechtliche Lehre rückt also „das Recht“ in den Bereich des der wissenschaftlichen Kenntnis Entzogenen. Damit ist die entscheidende Frage gestellt: ist das Recht direktes Gotteswerk, und als solches heilig und ewig, so ist es ganz ebenso wie die Glaubenssätze irgendwelcher Religion, kein Objekt unseres „Wissens“; umgekehrt, „wissen“ wir vom Recht, so wissen wir auch, daß dieses kein solches Gotteswerk ist.

Die Entscheidung wäre anscheinend leicht zu treffen, doch müssen hier die Meinungen der Rechtskundigen, und die der meist arg unkundigen Laienwelt, die nach dem Rechte zu leben hat, scharf auseinander gehalten werden. Den alten Deutschen lag die Annahme im Blute, daß im Rechte eine fest gegebene und von den Menschen nur zu findende Norm zu sehn sei; auch bei vielen anderen Volksstämmen ist man bemüht gewesen, einen möglichst nahen Zusammenhang zwischen Recht und Gottheit glaubhaft zu machen, schon um damit das Ansehn und die verbindliche Kraft des Rechts zu sichern.

Vieles hiervon hat sich bis in die Gegenwart als äußerlich gesunder Volksglauben erhalten. Wir wissen aus der Geschichte der Religionen, wie schwer dumpf hinbrütender Aberglauben in großen Volksschichten zu tilgen ist. Hinzu kommt, daß unter den dem Denken nicht ganz Abgeneigten auch heute noch viele glauben, aus Nützlichkeitsgründen dem Rechte die Anlehnung an die Religion und damit den Charakter der Heiligkeit nicht entziehen zu dürfen. Wir stoßen hier auf die hochpolitische Frage, wie weit überhaupt es gestattet ist, die Religion als Magd anderen Zwecken dienstbar zu machen; oder, deutlicher gesprochen, wie weit es den Interessen des Staates entspricht, sein Volk religiös zu erziehen. Gewiß, daß die Entheiligung des Rechts in den großen Massen schwierig und langsam durchzuführen sein wird; ebenso gewiß aber, daß sie durchgeführt werden wird, sobald die wahre Natur des Rechts in den ausschlaggebenden Juristenkreisen ihre volle Anerkennung gefunden hat.

Mit der Heiligkeit zugleich kommt die heillose „Vollkommenheit“ des Rechts in Wegfall. Wie alles Menschenwerk ist jedes Recht unvollkommen: gutes Recht aller Rechtsproduzenten ist es, schlechtes Recht zu schaffen. Dies deckt sich mit der Erfahrung: denn nie ist bei einem noch im lebendigen Wachstum begriffenen Volksstamm Recht geschaffen worden, das nicht von wenigstens einem Teile der Unterworfenen als drückend empfunden, und von Danebenstehenden herb kritisiert wäre. Zu dieser innern Unvollkommenheit tritt die äußere, die Unvollständigkeit. „Unvollständig“ aber kann ein Recht sein in doppelter Weise: entweder es läßt Tatsachen unberücksichtigt, deren rechtliche Regelung das allgemeine Volksgefühl (*aequitas*) fordert, oder aber, es berücksichtigt zwar die Tatsachen, regelt aber die an diese zu knüpfenden Rechtsfolgen nicht durchweg fest und bestimmt, sondern läßt für die Entscheidung dem richterlichen Ermessen kleineren oder größeren Spielraum.

Hier wie dort stoßen wir auf den bereits Tacitus bekannten, in neuerer Zeit leider oft übersehenen Gegensatz des „*ius certum*“ und „*ius incertum*“. Schuld an dem Übersehn trägt wieder die naturrechtliche Theorie. Sie kennt nur Ein wirkliches „*ius certum*“, das zu suchende aber nie mit

Sicherheit zu findende göttliche Recht; alles andere sind Produkte des menschlichen Suchens „ius incertum“, da die Übereinstimmung mit dem Gesuchten (Göttlichen) stets unnachweisbar bleibt, nur „geglaubt“, nie „gewußt“ werden kann. Damit ist dem wirklichen Rechte, und zugleich dem Gegensatze von (wirklichem) Rechte und Dogma das Rückgrat gebrochen.

Ersichtlich hiernach, daß der in neuester Zeit häufig mit mehr Temperament als Überlegung geführte Kampf der sogenannten Freirechtslehre gegen ältere Fesseln in der Tat nur eine kleine Episode bildet in dem großen Kampfe um unsere Erlösung aus dem Banne des naturrechtlichen Gedankenkreises; veranlaßt durch mangelhafte Bestimmungen unseres bürgerlichen Gesetzbuches und ungeschickte Entscheidungen des Reichsgerichts, deren Vereinigung unleidliche Rechtszustände herbeigeführt hatte. Die Nichtberücksichtigung der Grenzlinie, welche festes (certum) und unfestes Recht scheidet, hat die Freirechtler zu Behauptungen gedrängt, die böser klingen mochten als sie gemeint waren, während andererseits die Reformbedürftigkeit sich nicht in Abrede stellen ließ.

Der kühnste Freirechtler wird nicht leugnen, daß es Rechtsvorschriften gibt, die den Richter absolut binden: z. B. die Vorschriften der Wechselordnung über die Kraft vorschriftsmäßig ausgestellter Wechsel unter normalen Verhältnissen; oder des BGB. über das Erbrecht der Kinder wider die Eltern, oder der Ehegatten untereinander. Vielleicht mißbilligt einer von ihnen die Gleichstellung der Unehelichen mit den Ehelichen gegenüber der Mutter, oder das (unrömisch) starke Recht der Ehegatten, oder (ebenso wie ich selber) das Intestatrecht der fernerstehenden Verwandten, und doch glaube ich nicht, daß als Richter er zurzeit Neigung verspüren würde, im Gegensatze zu diesen völlig klaren Gesetzesstücken zu erkennen. Und zweitens: im täglichen Leben kommen Massen der Fälle uns entgegen, die von den Beteiligten, gleichviel ob wissentlich oder unwissentlich, durchaus nach den Vorschriften des „ius certum“ erledigt werden; von tausend Käufen, man bedenke die Marktgeschäfte, von hundert Mieten kommt nicht ein Fall vor den Richter, und auch die Menge der oft nichts weniger als einfachen Erb-



fälle werden meist glatt abgetan. An dem Dasein und an der Bedeutung des „ius certum“ darf somit nicht gezweifelt werden, doch mag die Festlegung der Grenzlinie manchen Schwierigkeiten begegnen, die aber, soweit das praktische Bedürfnis reicht, sicher nicht unüberwindlich sind. Dies Bedürfnis müssen beide Teile empfinden, die einen vor den Übergriffen der Freirechtler sicher zu sein, und diese, um auf dem Felde, wo ihre Arbeit berechtigt wäre, nicht weiter gestört zu werden; ein Vorgehn „viribus unitis“ scheint dringend geboten.

Ähnlich wie der Gegensatz des „ius certum“ und „ius incertum“ vom naturrechtlichen Standpunkt als Unding erscheint, steht es mit dem Gegensatz der Rechtswissenschaft und Rechtskunst. Vom Ius certum können und sollen wir ein Wissen haben, das beruhend auf korrekter Wahrnehmung und streng logischem Denken zwingende Kraft besitzt. Hier gibt es nur „Ja oder Nein“, und die Einigung hierüber muß unter den genügend Erfahrenen und Geschulten stets herbeizuführen sein. Ganz anders im „ius incertum“, wo wir zwar der Wahrnehmung auch nicht entbehren können, neben dieser aber doch nicht durch logische Arbeit, sondern nur durch taktvolle Spekulation ans Ziel gelangen können. Wollen wir mit reinen Begriffen operieren, was von der Jurisprudenz an erster Stelle zu fordern wäre, so haben wir die „Wissenschaft“ ausnahmslos auf das „wissen“ zu beschränken, jedes „schaffen“ ihr fernzuhalten; schaffen soll und kann nur die „Rechtskunst“. Daß dieser ebenso klare wie unwiderlegbare Satz heutzutage die allgemeine Anerkennung noch nicht gefunden hat, noch viel zu viel von „Rechtswissenschaft“ und zu wenig von „Rechtskunst“ gesprochen wird, haben wir wieder der naturrechtlichen Doktrin, diesem Urquell endloser Konfusionen zu verdanken. Dabei aber ist der nahe Zusammenhang von Rechtswissenschaft und Rechtskunst keineswegs zu verkennen: die Rechtskunst dürfte sich nie zu den festen Resultaten der Rechtswissenschaft in Widerspruch stellen, und die Wissenschaft hört darum noch nicht auf Wissenschaft zu sein, wenn sie sich bewußt wird den Boden für den Aufbau der Rechtskunst festzulegen.

Kehren wir nun zu den „Lücken“, oder wie sonst man sie heißen mag, unseres von Menschen geschaffenen Rechts

zurück. Handelt es sich um Tatsachen, deren Folgen nach der allgemeinen, oder doch unter den Verbandsgenossen weit verbreiteten Meinung der Einordnung in das positive Recht bedürfen, und diese bisher noch nicht gefunden haben, so steht einfach die Herstellung von neuem Recht in Frage: soll an dieser Stelle neues Recht geschaffen werden? auf welchem Wege? und von welchem Inhalt? Aufgaben die zweifellos alle in das Gebiet der Rechtskunst, oder Politik, gehören. Ebenso zweifellos fällt auch das andere Problem, Herstellung einer Entscheidung für den konkreten Fall, der Rechtskunst zu; doch wird die Tätigkeit des Rechtskünstlers nicht beidemale unterschiedslos die gleiche sein. Wer neues Recht schaffen will, wird wohl auch bemüht sein das neue Produkt mit dem bereits bestehenden Rechte in Einklang zu bringen, doch hierdurch in seiner Gesamttätigkeit sich relativ wenig gebunden fühlen. Ganz anders der Rechtskünstler, dem die Ausfüllung des *Ius incertum* obliegt: „*ius incertum*“ ist nicht „*ius nullum*“, überall sind gewisse Schranken gezogen, und auch der Zwang der Einhaltung einiger Harmonie wird sich selten ganz verleugnen lassen. Das Schweizerische Gesetzbuch § 1, beabsichtigt wohl keine vollkommene Gleichstellung der beiden Tätigkeiten mit der übrigens höchst zweckgemäßen Bestimmung, daß wo die positiven Rechtsquellen erschöpft sind

der Richter nach der Regel entscheiden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Bei strenger Durchführung der naturrechtlichen Gedanken dürfte nach der „Herstellung“ des (göttlichen) Rechts überhaupt nicht gefragt werden. So konsequent ist man regelmäßig nicht gewesen, man sprach von „Rechtsquellen“, und sah im Staate den normalen Schöpfer des irdischen Rechtes, oder richtiger „Rechtsbildes“. Dabei aber traten die bösen Folgen der naturrechtlichen Grundanschauungen ins hellste Licht: „Staat“ und „Recht“, „Gesetz“ und „Gewohnheitsrecht“ gelten als fest abgeschlossene Realitäten und sind doch dogmatische Gebilde, die man sich ohne jede ernste Prüfung der Wirklichkeiten geschaffen. Daß diese gelegentlich zu so monströsen Erscheinungen geführt hat, wie bei-

spielsweise dem *Contrat social* und dem Satze, daß die Kraft des Gewohnheitsrechts aus der staatlichen Genehmigung stamme, kann niemand überraschen. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung weisen auf eine schier unerschöpfliche Fülle von Staats- und Rechtsgebilden, und durchweg gleitende Übergänge, überall Bewegung, werden und entwerden, und Produkte die bei überwiegender Übereinstimmung doch durch kleine Unterschiede getrennt sind, Minima die hier bei den Einen mit der Zeit immer noch wachsen, bei den Andern verschwinden. Allem Recht gemeinsam allein, daß es nur in Verbänden bestehen, und folglich auch entstehen kann, in diesen, staatlichen so gut wie nicht staatlichen, bestehen muß, zum Wesen jedes Verbandes gehört. Wie Verbände und mit ihnen Rechte entstehen und sich fortbilden, darüber wächst unser Wissen von Tag zu Tag mehr um die Regel zu bestätigen: durch menschliches Tun, das auf Trieben beruht, die nicht menschlichen Ursprungs sind.

Und das Entstandene? „geistige Realität“, ein Etwas das existiert, wirklich existiert, aber nicht im Raume existiert, darum von jeder körperlichen Nachbildung im Raume, „Verkörperung“ wesentlich verschieden, wie ähnlich bei Sprache, Moral, Religion. Man kann dem musikalischen, dem poetischen oder andern literarischen Kunstwerk und tausend anderen Produkten unserer geistigen Tätigkeit, die wir doch nie selber, überall nur in der Verkörperung mit unsern Sinnen wahrzunehmen vermögen, das Dasein nicht absprechen. Zuzugeben, daß wir von der Natur dieser geistigen Realitäten zurzeit noch wenig, sehr wenig wissen; doch wohl zu begreifen, sobald wir bedenken, wie beschränkt unser Wissen auch von der Natur derjenigen Dinge ist, die wir sinnlich wahrzunehmen imstande sind. Bisweilen geht die rechtliche Realität hervor aus bekannten genau zu bestimmenden Vorgängen, so bei vielen Gesetzen und Verordnungen; anders, wo Gewohnheiten zuerst fast unbemerkt sich zu bilden beginnen. Bisweilen sind auch verschiedene Stadien des Werdens zu unterscheiden: in Deutschland leben allerlei Gewohnheiten; nachdem Eike einige von ihnen in seine Spiegel aufgenommen, wächst deren Ansehn und Kraft, aber erst nachdem diese,

wieder durch einen gewohnheitsrechtlichen Rezeptionsprozeß, zum Vollrecht erwachsen sind, stehen die darin enthaltenen Sätze Gesetzesstücken ganz gleich. Ein Beispiel des Relativen in der Geltung des Rechts, dem manches aus dem Römischen Rechte an die Seite zu stellen wäre, z. B. wo ein vielleicht zweifelhafter Rechtssatz älterer Provenienz von einem Respondierjuristen in seine Werke aufgenommen wird, zur ganzen Vollkraft aber erst gelangt, wenn die andern Respondenten dem beitreten, oder doch nicht widersprochen haben („ius receptum“). Die Überschätzung des „Gesetzgebers“ und des „gesetzgeberischen Willens“ dürfte wohl auch von Naturrechtlern ausgegangen sein, die in dem irdischen Gesetzgeber den Vertreter des himmlischen Gesetzgebers zu sehen wähten. Und kaum anders dürfte es mit dem bis in die neueste Zeit oft wiederholten Dogma stehen, daß im Recht nur eine Reihe von Imperativen zu sehen sei.

Und ähnlich wie „das Recht“ (im objektiven Sinne) sind auch die Emanationen aus diesem, die durch bestimmte Tatsachen ins Leben gerufen werden, und die wir „Rechtsverhältnisse“ zu heißen pflegen, wirkliche Dinge, deren Dasein zu beweisen ist. Daß dies so lange verkannt worden, daran trägt wieder das naturrechtliche Denken schuld, das die bis auf diesen Tag schönstens blühende Verwirrung von Wahrheit und Dogma veranlaßt hat. Wahr ist, daß nach BGB. §§ 407 bis 8 die normal in einer Forderung zusammengesetzten und regelmäßig nur einer Person, dem Gläubiger, zuständigen Befugnisse unter Umständen zwischen dem Zedenten und dem Zessionar geteilt sind, Dogma dagegen, wenn § 398 zu lesen steht:

Mit dem Abschluß des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.

Die Verfasser des Entwurfs sind sich dieses Unterschieds schwerlich bewußt gewesen. Nicht viel anders, wenn Windscheid, Hölder, Schloßmann, Kipp u. a. behaupten, bei dem, was wir Rechte (i. subj. S.) zu heißen pflegen, gebe es kein wirkliches Entstehen, Sichverändern, Untergehen; wieder liegt die Verwechslung von Wahrheit und Dogma zugrunde. Gibt es überhaupt „geistige Realitäten“, und wer das leugnete,

müßte Ilias und Odyssee für nichts Wirkliches erklären oder, beinahe noch schlimmer, mit deren Verkörperungen identifizieren, so müssen auch objektives Recht und subjektive Rechte anerkannt werden als wirkliche Dinge mit wirklichem Anfang, wirklichen Änderungen usw. Dagegen ist der Name und Begriff „Recht“, d. h. die Frage wieviel von den rechtlichen Folgen bestimmter Tatsachen wir unter das Wort „Recht“ zusammenfassen wollen, lediglich ein Stück des Dogmas, das nicht mit „Ja oder Nein“, sondern nur „besser oder schlechter“ zu beantworten ist. Beispielsweise ändert sich an dem realen Bestande der mir aus einer Obligation zuständigen Befugnisse nichts, ob ich die Summe aller Ein Recht heiße, das verschiedentlich ausgenutzt werden könnte, oder ob ich daneben einzelne „Rechte“ zur Klage, zur Zahlungserhebung, zur Kompensation usw. annehme. Oder: wenn A der nicht eingetragene Besitzer eines Grundstücks ist, B der als Eigentümer Eingetragene, C der nicht eingetragene und nichtbesitzende eigentliche Eigentümer (?), dann ist wahr, daß alle Drei zusammen nicht mehr und nicht weniger rechtliche Befugnisse haben als der eigentliche eingetragene und besitzende Eigentümer haben würde. Und folglich auch wahr, daß die Masse dieser Befugnisse jetzt unter drei Personen verteilt ist, ferner daß eine Verschmelzung von je zwei dieser Befugnisgruppen, oder auch aller drei, durch Übertragungen auf schließlich nur eine berechtigte Person, reale in die Wirklichkeit gehörige und mit greifbaren Folgen bekleidete Ereignisse sind. Wogegen eine, sei es auch gesetzliche Entscheidung, ob A, oder B, oder C, mit dem Namen „Eigentümer“ zu belegen sei, ohne weiteres praktisch wertlos bleiben müßte.

Ist aber die naturrechtliche Doktrin im Prinzip aufgegeben, so müssen auch die Splitter, die sie hinterlassen hat, aus unserer Jurisprudenz entfernt werden. Dies ist der Grund der modernen zur Rechtsreform drängenden Bewegung, Kampf des vorschreitenden Wissens gegen veralteten Glauben. Und wieder mögen wir der Verwandtschaft unserer Geschicke mit denen der Medizin gedenken. Der Aufschwung der Naturwissenschaften hat die Medizin mit sich fortgerissen, sie gezwungen selber auch naturwissenschaftlich, und überhaupt

„wissenschaftlich“ zu werden. Schienen die praktischen Interessen dabei zuerst vernachlässigt, so sind die Endergebnisse doch der Praxis nur nützlich gewesen. Auch unsere Bewegung steht inmitten einer anderen, größeren. Im menschlichen Geiste liegen zwei eigenartig ineinander verwobene Neigungen; erstlich die, nach einer Erklärung für die uns empfindlich berührenden Erscheinungen zu suchen; und dann wenn wir eine halbwegs genügende gefunden zu haben vermeinen, bei dieser bis auf weiteres innerlich beruhigt zu verharren. Vages Glauben genügt uns lange Zeit, muß aber doch wieder dem neuerwachten Triebe zur Erkenntnis der Wahrheit weichen. Lange Geschlechter kommen nicht über die erklärende Annahme des unmittelbaren Eingreifens Gottes hinaus, und weihen dabei dem Wesen Gottes so wenig Nachdenken und Überlegung, wie der Art seines Eingreifens. Aber dies ist doch nur eine vorübergehende Abspannung des menschlichen Geistes; der Trieb zum Wissen drängt uns unwiderstehlich weiter und weiter, viel vom Geglaubten muß als unhaltbar fallen. Dies gilt vorzugsweise für jedes unvermittelte Eingreifen Gottes und die vermeintlichen Produkte dieses Eingreifens. Der Kampf wider das Naturrecht ist also auch nur ein Stück einer sehr viel weiter greifenden großen Bewegung „Wissen wider Glauben“, in deren Bereich auch die Quellen der Umgestaltung gelegen sind, welche die Medizin in unseren Tagen schon teilweise erfahren hat, und weiter erfahren will.

#### IV.

Zu prüfen bleibt noch, wie die Endergebnisse des Denkens der römischen Juristen zu den modernen Bewegungen unserer Wissenschaft, zum logisch geregelten Ausbau und zur Bekämpfung der Überbleibsel des naturrechtlichen Träumens, sich verhalten.

Was Griechen über den göttlichen Ursprung des Rechts gesagt haben, reproduziert Marcian (fr. 2): *τοῦτό ἐστιν νόμος ὃ πάντας ἀνθρώπους προσήκει πείθεσθαι διὰ πολλά, καὶ μάλιστα οὐ πᾶς ἐστὶ νόμος εὖρημα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ*, ohne Konsequenzen daraus zu ziehen, wobei aber auch zu beachten, daß Demosthenes die Gottesgabe zugleich *δόγμα ἀνθρώπων*

*φρονίμων* und *πόλεως συνθήκη κοινή* heißt, und daß Chrysippus denselben *νόμος* zum *βασιλεὺς θείων καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων* erhebt, ihn also gar über Göttermacht stellt. Und ähnlich wie Marcian scheinen auch die anderen großen Juristen über den vermeintlich göttlichen Ursprung des Rechts gedacht zu haben.

Was Ulpian, fr. 1 § 3, de I. et I. lehrt, läßt das „ius naturale“ mehr als einen Trieb zur Bildung von Lebens- und Rechtsverhältnissen erscheinen, denn als richtiges Recht:

hinc descendit maris atque feminae coniunctio, . . . hinc liberorum procreatio, hinc educatio,

so daß der Schluß,

videmus . . . animalia, feras etiam, istius iuris peritia censerī, uns fast ironisch anheimelt.

Anders der allezeit nachdenkliche Paulus (fr. 2 eod.):

quod semper aequum et bonum est ius dicitur, ut est ius naturale,

eine Spezies von dem „quod semper aequum ac bonum est“, in der verbindlichen Kraft von den andern Spezies desselben „ius“ anscheinend nicht verschieden; also auch wohl ein harmloses praktisch wenig beachtetes Etwas.

Desto angelegentlicher beschäftigen sich die Gelehrten mit der auf die Herstellung des Rechts gerichteten menschlichen Tätigkeit. Gleich im fr. 1 spricht Papinian von dem „viro-*rum prudentium consultum*“ und der „*communis rei publicae sponsio*“, was zwar beides strikt romanistisch klingt, zumal die alte Herstellungsform der Leges („*velitis, iubeatis hoc, Quirites, rogo? . . . . uti rogas*“) einer „*sponsio*“ ähnlich sah, aber hier von Tribonian, ebenso wie auch das „*lex est*“ wohl in weiterem Sinne gemeint ist (cf. „*commune praeceptum*“ . . . „*delictorum quae contrahunter coercitio*“). Zu vergleichen sodann die Fragmente 3—6, 9—16, etwa auch 8 und 21, bei denen oft nicht zu entscheiden, ob die Juristen mehr darauf sehen, wie das Recht hergestellt wird, oder darauf, wie es hergestellt werden soll.

Besondere Sorgfalt ist auf die Entwicklung des Gewohnheitsrechts verwandt, vgl. fr. 32—40, auch 23. Über den Grund der verbindlichen Kraft am genauesten Julian:

fr. 32 § 1: . . . nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis.

#### Ähnlich Paulus

fr. 36: . . . magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.

Und auch noch Hermogenian fr. 35. Durchweg also der Volkswille Schöpfer des Rechts, der sich bald so, bald anders zu äußern vermag. Zur Bildung der Gewohnheit kann auch die Praxis hilfreich beitragen, vgl. fr. 34, 38, auch 12 („ius dicere“); wobei besonders beachtenswert, daß Ulpian die Entscheidungen berücksichtigen will, die „*contradicto iudicio*“ ergangen sind.

Bei den Gesetzen, die ja auch nach Julian

fr. 32 § 1: . . . nulla alia ex causa nos tenent, quam quod iudicio populi receptae sunt

genügt durchgängig das „*verba earum tenere*“ nicht; sie bedürfen der Interpretation, vgl. fr. 11, 13, 18, 19, 24, 25, 37, 38. Charakteristisch ist auch die Warnung

fr. 21 (Nerat.): et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet, alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur. cf. fr. 20.

Praktischen Rat, wie die Interpretation auszuführen sei, gibt nur Celsus in dem schon besprochenen fr. 24. Übrigens tritt der schon oben als nicht unbedenklich erkannte Hang, beim Hergebrachten zu verbleiben, mehrfach hervor.

Im nächsten Zusammenhange mit der Interpretationslehre steht das in fr. 29 von Paulus und in fr. 30 von Ulpian über das „*in fraudem legis facere*“ Gesagte; auch hier handelt es sich um den Gegensatz der „*verba*“ und der „*vis ac potestas legis*“. Die Schwierigkeiten, die sich hier für das Römische Recht ergeben, sind bereits beleuchtet; um entsprechende Lehren, was mehrfach versucht worden, für das moderne Recht zu gewinnen, wird man sich gezwungen sehn, diese an den Gegensatz von „*I. certum*“ und „*incertum*“ zu knüpfen. Regelmäßig gibt jede Rechtsnorm für eine größere Gruppe innerhalb gewisser Grenzen belegener Fälle unanfechtbar



feste Entscheidungen („*ius certum*“), für andere, jenseits dieser Grenzen zweifelhafte, über die folglich ein Richter anders denken kann als der andere („*ius incertum*“). Praktisches Ergebnis: daß die Verstöße der einen Art („*contra legem facere*“ wider den unbestreitbaren Wortlaut) der Ahndung gewiß, die anderen (wo der Täter „*salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*“) durch die Differenzen des richterlichen Ermessens bedingt, und darum ungewiß wären. Der Ausdruck „*in fraudem legis facere*“ würde auf diese Fälle kaum anzuwenden sein; aber auf welche sonst?

Von der Vollständigkeit des Rechts weiß man in Rom nichts, im Gegenteil scheint die Unvollständigkeit als Prinzip anerkannt zu werden fr. 3—6, 8, 10—13. Demgemäß muß man auf die Ergänzungen bedacht sein, bei denen auch dem *Princeps* sein Teil zufällt (fr. 11, cf. fr. 31 und fr. 38); was sich auf unsere Verhältnisse übertragen etwa mit „eventuell durch neue Gesetze“ wiedergeben ließe. Übrigens wird vorzugsweise auf die Analogie verwiesen, die mit der ausdehnenden Auslegung fast unterschiedslos zusammenfließt, fr. 10—15, 32 pr., fr. 39. Neben den Richtern i. e. S. haben sich hieran auch „*qui iurisdictioni praesunt*“ (fr. 12, 13) zu beteiligen; die *Respondirjuristen*, die hinter beiden stehen und die eigentlichen „*auctores iuris*“ sind, werden nicht ausdrücklich genannt. Ebenso fehlt ein Ausspruch der auf Schweizer Art die Gleichstellung mit dem Gesetzgeber betonte; der Römischen Praxis war diese bestens bekannt. Einmal wird von Julian (fr. 32 pr.) auf das „*ius quo urbs Roma utitur*“ als letzten Lückenfüller verwiesen, eine Ausnützung wie man sie in neuerer Zeit auch dem Naturrecht angesonnen hat, und die doch zugleich beweist, wie fern die modernen naturrechtlichen Anschauungen den Römern allezeit gestanden haben.

Noch weniger ergiebig als für das Werden sind die Römischen Quellen für das Wirken des Rechts: „*commune praeceptum*“ und „*voluntas legis*“ sind nicht lehrreich, und auch die „*vis ac potestas*“, so erfreulich der Gegensatz zu den „*verba legis*“ ist, geben doch über die innere Beschaffenheit und die äußern Grenzen dieses Könnens kaum welchen Aufschluß. Modestins „*imperare, vetare, permittere, punire*“ führt etwas weiter, und das beste gibt Julian:

*rectissime illud receptum est, ut leges . . . non solum legis latoris suffragio sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

Kein Gesetz, und zweifellos muß dies auch für die Rechtsstücke gelten, welche nicht Gesetze sind, hat Anspruch auf ewige Dauer, „*legis lator*“ und andauernder „*consensus civium*“ kann jederzeit jedem sein Ende bereiten. Da „*desuetudo*“ nie auf einen Schlag entstehen kann, vielmehr überall einen längeren oder kürzeren Werdeprozeß voraussetzt, ist hiemit zugleich anerkannt, daß widerrechtliche Handlungen, aus denen eben dieser Werdeprozeß sich zusammensetzt, zugleich rechtswirksam, d. h. hier rechterzeugend, sein können. „*Göttliches Recht*“, das dem menschlichen irgend welchen Widerstand zu leisten vermöchte, und vernachlässigt oder verdrängt doch wieder auf seinen Platz zurückkehren müßte, ist in Rom gänzlich unbekannt verblieben.

Die beiden von Paulus gegebenen, aber trotz dem Einklange aus verschiedenen Werken geschöpften Belehrungen  
fr. 26: *non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur.*

fr. 28: *sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint*

mögen praktisch nicht wertlos sein, finden aber in der dazwischengeschobenen Stelle von Tertullian keine überzeugende Rechtfertigung:

fr. 27: . . . . *semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.*

Begründung und Begrenzung der Paulinischen Aussprüche erforderten die ebenso scharfe wie konsequente Unterscheidung von „*Tatbestand*“ und „*Rechtsfolge*“ bei den konkreten Rechtsverhältnissen, zu welcher die Römer niemals gelangt sind.

Der Mangel an Talent zu systematischer Arbeit tritt abgesehen von der Seltenheit derartiger Versuche, in Modestins fr. 40, und Ulpians fr. 41, und vielleicht noch deutlicher bei Paulus, unter den Jurekonsulten der Nachdenklichsten Einem, fr. 11 de I. et I. hervor. Hier sollen die verschiedenen Be-

deutungen des Wortes „Ius“ aufgezählt werden, an letzter Stelle steht:

ius dicitur locus in quo ius dicitur,  
wogegen „ius“ als Name für das damals doch gleichfalls schon bekannte moderne „subjektive Recht“ ferngehalten bleibt.

Schließen wir ab: handelte es sich nur um den Kampf wider das Naturrecht, so haben die Römer den durchschlagenden Beweis geliefert, daß man zu der besten praktischen Rechtsübung gelangen kann, ohne von einem Göttlichen heiligen und ewigen Rechte etwas zu wissen; sie kennen nur Menschenwerk, von Menschen für Menschen geschaffen. Aber auch von wirklicher Rechtswissenschaft ist ihnen nur wenig geworden, und so scheint die Folgerung gerechtfertigt, daß eine gesunde Rechtsübung auch kein Mehr von Wissenschaft (als die Römer besessen) erfordere. Nicht falsch, aber doch dadurch zu berichtigen, daß die Römer ihre erfreulichen Zustände nicht dem Manko der Wissenschaft, sondern dem Zusammenwirken von andern der Rechtspflege besonders günstigen Faktoren zu verdanken hatten. Diese, um nur einen als Beispiel zu nennen, das in den großen Volksmassen verbreitete Interesse und Verständnis für Recht und Rechtspflege, fehlen bei uns, und sind in absehbarer Zukunft nicht zu beschaffen. Damit sind wir um Ähnliches zu erreichen auf andere Wege gewiesen. Doch werden die Reformbewegungen der Gegenwart keineswegs aus Strebungen nach dem Nützlichen zu erklären sein. In der menschlichen Natur liegt der Trieb zum Wissen, bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten sehr verschieden, stark und schwach entwickelt. Bei den Römern beschränkt auf die Dinge, deren Kenntnis zu unmittelbar greifbaren Erfolgen, wie in Baukunst, Kriegskunst und etwa noch Schifffahrt hinführt; Wissen, nur des Wissens wegen ohne ersichtliche Früchte, hat für sie keinen Reiz. Ganz anders in der Gegenwart: fast unter allen Kulturvölkern besteht gleichsam ein Wettbewerb um die Mehrung des reinen Wissens. Hier haben wir von den Römern nichts zu lernen für den einzuhaltenden Weg. Immerhin aber muß das Werk der Römer seine Bedeutung als Ziel auch für uns behalten, ein den Anforderungen

der Gegenwart nach Möglichkeit entsprechendes Recht zu schaffen, wobei wir mit viel Arbeit und Mühen nach dem zu ringen haben, was ihnen ein gütiges, Instinkte und Lebensverhältnisse regelndes Schicksal, in den Schoß geworfen hatte.

Schließlich noch eine Warnung. So sehr man sich für die Fortschritte des wissenschaftlichen Elements innerhalb der Jurisprudenz interessieren mag, so darf man doch nicht sich der Hoffnung hingeben, daß dadurch der Rechtsprechung gleicher Nutzen erwachsen werde, wie der, den die Medizin erfahren hat. Die beiden Probleme sind wesentlich verschieden von einander, das der Medizin einfach, das juristische bei weitem komplizierter. Der Arzt soll stets für den Patienten, und wider den keiner Schonung bedürftigen Schädling kämpfen; innerhalb absehbarer Zeiten unterliegt das, was er zu schützen hat, die körperliche Gesundheit, schier unmerklichen, die geistige Gesundheit der Menschen auch nur geringen Änderungen; und auch wer die ärztliche Kunst zu üben habe, ist eine relativ einfache Frage. Vor dem Richter stehen zwei prinzipiell gleich berechnigte Parteien, oft Vertreter verschiedener Interessenkreise, deren keiner ganz ohne Halt oder Wert ist. Oder aber, es handelt sich um den Gegensatz der unerläßlichen Anforderungen des Staates und des Schutzes von Individualitäten, den derselbe Staat seinen Angehörigen schuldet. Hier und da steht das Recht auf keinem festen Boden, es soll harmonieren mit der Volkstimmung, die aus bald guten bald schlechten Gründen eine stets wechselnde ist. Und neben der Gestaltung des zu schützenden Rechts stehen die kaum minder schwierigen Aufgaben, das gerichtliche Verfahren und die Gerichtsverfassung (einschließlich der Fragen nach der Erziehung der Berufsrichter und der Zuziehung von Laienrichtern) zweckgemäß zu ordnen. An sich löbliche Änderungen auf dem einen dieser drei Gebiete werden nur geringen Nutzen bringen, wenn grobe Fehler auf den andern bestehen bleiben; und gleichzeitig Vervollkommenung auf allen dreien scheint nach gemachten Erfahrungen über das menschliche Können hinauszugehen. Es wird also wohl allezeit Einiges an unserm Rechte zu tadeln bleiben.