Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 66 (1947)

Artikel: Über den Einfluss des Positivismus auf die Rechtswissenschaft

Autor: Hirsch-Ballin, Ernst

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896462

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 15.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Über den Einfluß des Positivismus auf die Rechtswissenschaft.*)

Von Dr. jur. Ernst Hirsch-Ballin, Amsterdam,
Privatdozent für Internationales Urheber- und Verlagsrecht
an den Reichs-Universitäten zu Leiden und Utrecht.

I. Ausholender Besinnung weitet sich die Frage nach dem Einfluß des Positivismus auf die Rechtswissenschaft bis zu deren eigenen Grenzen — zeitlich wie räumlich, ja in jedem Verstande. Empirismus, Nominalismus, Utilitarismus — um nur diese zu nennen — machen dies schlagwortartig deutlich.

Dem vorliegenden Bericht sind engere Grenzen gezogen.

Ihm bedeutet Positivismus lediglich jene besondere Ausbildung des Empirismus, wie er sie vornehmlich in den Lehren von Auguste Comte gefunden hat, der übrigens selber des Rechtes in seinem System kaum auch nur Erwähnung tut. Ist so die Wortfassung «Positivismus» einzuengen auf eine geschichtlich aufzeigbare Geisteshaltung, bedarf andererseits das Wort «Rechtswissenschaft» der Ausweitung im Sinne von Rechtsleben, das sich als solches nicht bloß in der Theorie (Rechtslehre), sondern nicht minder in der Praxis — Gesetzgebung und Rechtsprechung — in jeweiliger Wechselwirkung manifestiert. Endlich bedarf noch das Wort «Einfluß» zur Vermeidung von Miß-

---

*) Diese Studie entstand in der Zeit der Besetzung Hollands. Von der Umwelt abgeschnitten, waren für den ‚untergetauchten' Verfasser infolge des damaligen Naziterrors die Möglichkeiten zu umfänglicherem Quellenstudium noch mehr beschränkt. Meinem hochgelehrten Freund in der Widerstandsbewegung, Herrn Professor Dr. M. J. Langeveld, Utrecht, der sich seiner Zeit als Pädagoge mit dem Problemkreis des Positivismus beschäftigte, danke ich die Anregung, mich als Jurist hierzu zu äußern.

verständnissen der Verdeutlichung. Denn es wäre irrig, wollte man den Rechtspositivismus ausschließlich als das Ergebnis einer Infiltration des philosophischen Positivismus, also nur als von außen her geprägt, begreifen. Vielmehr ist jene spezifische Geisteshaltung des juristischen Positivismus nicht minder, ja überwiegend der Ausdruck einer Skepsis und Resignation einer «Rechtswissenschaft ohne Recht» von innen her, wie zugleich der einer arteigenen Reaktion auf die besondere politische, wirtschaftliche, soziale und naturwissenschaftlich-technische Situation des 19. Jahrhunderts, dessen Kind ja seinerseits wieder der philosophische Positivismus selber ist. Man bedenke, daß das Wort «Philosophie» überhaupt keinen guten Klang in den Ohren des Positivisten hatte noch hat; mit Fug hat man denn auch insoweit den Rechtspositivismus geradezu als «unphilosophisch» bezeichnet*).

II. Ist es mithin möglich, ja geboten, sich bei der Durchdenkung der Wesenheit des Rechtspositivismus im eigentlichen und engeren Sinn jener ihn kennzeichnenden räumlichen und zeitlichen, aber auch endogenen und situationsgebundenen Bedingtheit bewußt zu bleiben, so liegt doch bereits in seiner Kennzeichnung als einer Reaktion, nämlich als einer Gegenwelle gegen das Naturrecht, ein vielsagender Hinweis darauf, daß eine scharfe Abgrenzung insoweit nicht möglich ist, sich andererseits aber doch auch mehr allgemeingültige Aussagen werden machen lassen. Dabei werden die kontinentalen Geistesströmungen einen höheren Grad von Übereinstimmung zeigen, während der «Kontinent» England (unter Ausschluß freilich Schottlands) — hier wie sonst — sein eigenes Kulturleben führt.

III. Eine erste Orientierung darüber, was nun eigentlich unter Rechtspositivismus zu verstehen sei, wird sich so dem

*) Doch geht es zu weit, wenn Mokre (S. 73) sagt: «Es ist wohl überflüssig, zu erwähnen, daß der Positivismus Comtes nichts mit dem juristischen Positivismus zu tun hat, sondern philosophisch gemeint ist und nur die unbedingte Beschränkung auf erfahrbare Phänomene bedeutet.»

Gegenbegriff des Naturrechts entnehmen lassen. Ist dieses jede Vorstellung von einem Recht, das von menschlicher Satzung unabhängig ist, so verficht umgekehrt jener — entsprechend der Ableitung seines Namens vom Setzen (ponere) der Gesetze — den Grundsatz, daß alles Recht lediglich auf Setzung durch autoritative Gewalt beruht.

Auf einer anderen — sprachlichen — Ebene liegt es, daß das Gesetz — worauf gleichfalls das Wort hinweist — mit seiner Setzung entsteht: vgl. hiezu Ernst Forsthoff, Recht und Sprache (1940).

Ist sonach jegliche Rechtssetzung des Staates schlechthin und ausnahmslos Recht, wie andererseits einzig und allein auf diesem Weg Recht zustande kommt, so besagt dies, anders gewendet: der Staat ist die einzige Quelle des Rechts. Es besteht keine sonstige Rechtsquelle neben, außer und über ihm. Was ihr auch immer entströmt, ist zugleich jeder Sanktionierung, jeder Bewertung und Bemessung an außerhalb seiner liegenden Maßstäben, jeder wie immer gearteten Auslese entzogen. Das «positive» Recht ist solcher Legitimation weder fähig noch bedürftig. Es trägt sie in sich.

Schon bei P. Nigidius Figulus ap. A. Gellius, Noctibus Atticis (also bei einem Zeitgenossen Ciceros) begegnet der Gebrauch positivus als Gegensatz zum Natürlichen («Nomina non positiva esse sed naturalia») und in einer Gründungsurkunde des Collegii Dainvillae lesen wir 1380: «Fundamus in dicto collegio unum magistrum, qui dictos scholares nostros . . . debeat et teneatur instruere et docere fideliter et diligenter in grammatica positiva et regulari ac philosophia. Alia notione Theologia positiva dicitur, quae scilicet ambagibus scholae libera est.»

Der Positivist mag gewiß persönlich an einen Gott glauben wie auch an eine sittliche Ordnung des Weltalls; er mag auch gewiß die Güte des Rechts «de lege ferenda» bewerten. Aber das Resultat solcher Bewertung muß ihm bezüglich der unantastbaren Rechtsqualität des gesetzten Rechtes jenseitig und irrelevant bleiben. Die Frage, ob das gesetzte Recht mit Anforderungen religiöser oder sitt-

licher Art im Einklang steht oder nicht, stellt sich ihm gar nicht. Und stellt sie der Rechtspositivist gleichwohl, bleibt doch seine Antwort für die Geltung wie für die Auslegung der Rechtssatzung durchaus gleichgültig. Erforderlich und genügend ist eben, daß das Recht auf verfassungsmäßigem Wege zustande gekommen ist. «Omne jus est positivum.» «Nur positives Recht ist Recht, und alles positive Recht ist Recht.» «Auch das niederträchtigste Gesetzesrecht muß als verbindlich anerkannt werden, sofern es nur korrekt erzeugt ist» (Bergbohm).

IV. Soll die dogmatische Gegenstellung des Rechtspositivismus zum Naturrecht in tunlichster Schärfe und zugleich knappster Formulierung deutlich werden, so wird man den Rechtspositivismus vielleicht am eindrucksvollsten aus jener letzten Zuspitzung kennenlernen können, wie er in den vorzitierten Worten Karl Bergbohms einen kompromißlosen Verkünder gefunden hat. Aber das darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß das Rechtsleben, die Rechtswirklichkeit des 19. Jahrhunderts, den Positivismus keineswegs von Anfang an und durchgängig, wenn überhaupt in jener fast fanatischen Reinkultur enthält, wie denn auch Bergbohms grundlegendes Werk (1892) seinen Zeitgenossen zwar noch als eine Blüte, uns aber nur mehr als die überreife Frucht des zu Ende gehenden Rechtspositivismus erscheint.

V. Bedenkt man, daß das Naturrecht bei dem Aufkommen des philosophischen Positivismus Comtes auf eine — bis heute ungebrochene — zweitausendjährige einflußreiche Tradition zurückging, so kann es nicht verwundern, daß der Rechtspositivismus nur allmählich und vielfach nur verhüllt Eingang finden konnte, und daß es selbst dafür noch einer besonders günstigen Konstellation bedurfte.

Lange Zeit hatte der Absolutismus im Naturrecht eine zuverlässige Stütze seines Bestandes und Fortbestandes gefunden. Und doch genügte die kurze, freilich einschneidende Epoche der Französischen Revolution, jene überkommene Funktion des Naturrechts rasch und undankbar

vergessen zu machen. In den Augen der nachnapoleonischen offiziellen deutschen Wissenschaft war nämlich — und dies auf Generationen hinaus — jede vernunftrechtliche Fundierung, da man sie nurmehr im Verband der «anstößigen» revolutionären Geschehnisse zu sehen vermochte, unmöglich geworden. Eine neue Grundlage mußte die in Verruf gekommene ersetzen: der Positivismus lieferte sie.

Zu diesem geschichtlichen Moment trat — in Deutschland — zumal späterhin seit den Kriegen von 1866 und 1870/71, das wirtschaftliche Bedürfnis eines saturierten Bürgertums nach tunlichster Berechenbarkeit und Zuverläßigkeit des Justizbetriebes und nicht zuletzt der hinreißende Zauber einer Naturwissenschaft, deren kausales Denken sich angesichts ihrer Erfolge zur Nutzanwendung auch in anderen Zweigen der Wissenschaft unabweisbar zu empfehlen schien.

VI. Hand in Hand mit der sich solchermaßen erst allmählich im Ablauf des 19. Jahrhunderts vollziehenden Anreicherung der Fertilität eines Bodens, auf dem eine materialistische Denkweise Wurzel fassen konnte, vollzieht sich das geistesgeschichtliche Aufkommen des Rechtspositivismus. Eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt hierbei das von Luther überkommene evangelische Staatsdenken, das den Rechtsbegriff vom Jus Divinum loslöst und ihn vollends verweltlicht. Schleiermacher (1809) ist so wohl nicht der erste und gewiß nicht der letzte Prediger gewesen, der aus Römer XIII eine Unterwerfung unter das Staatsgesetz auch vom Glauben her zu rechtfertigen unternahm. Es ist demgegenüber nur folgerichtig, wenn seitens der katholischen Kirche, die unverbrüchlich an der Geltung des Jus Divinum festhält, dem ketzerischen Rechtspositivmus der Kampf angesagt wurde. Es sei hiefür an die Encyclica quanta cura Pius' IX. (1864) erinnert, die ausdrücklich den rechtspositivistischen Satz: «Der Staat ist die Quelle allen Rechts» als Irrlehre verwirft und etwa noch an die Encyclica aeterni patris Leo's XIII (1879), die

dem Neuthomismus kirchenamtlichen Charakter verleiht, und endlich an Pius' X. Encyclica pascendi dominici gregis (1907), deren Antimodernisteneid in gleicher Linie zielt. Christliche (katholische) Naturrechtslehre unterscheidet eben gewiß zwischen Recht und Moral, scheidet sie aber nicht, betrachtet vielmehr die Rechtsordnung als einen Teil der sittlichen Ordnung. Darum darf jene dieser nicht widersprechen, und nur solche positive Normen können «im Gewissen» verpflichten — man beachte Römer XIV —, die ihrerseits dem natürlichen Sittengesetz nicht zuwider sind.

VII. Unter solchen Umständen konnte es nicht bei einem bloß zeitlichen Zusammentreffen sein Bewenden haben, daß das Jahr 1822 das Geburtsjahr von Auguste Comte's «Système de politique positive», das Jahr 1821 das von Hegels «Grundlinien der Philosophie des Rechts» bezeichnet. Durchaus im Zeichen einer Durchdringung jener Geisteshaltungen mit einem für die Romantik kennzeichnenden Übergewicht des Hegelschen Idealismus steht die sogenannte Historische Schule, vor allem ihr Begründer Fr. K. von Savigny (1779—1861). Während sein Gegenspieler, der Heidelberger Rechtslehrer A. Fr. J. Thibaut (1772—1840) noch stark naturrechtlicher Denkweise verhaftet bleibt, die er freilich streng wissenschaftlich, zumal durch seine Bindung an das römische Privatrecht, einzuschränken trachtet (wissenschaftlicher Positivismus), löst sich Savigny mit scharfem Schnitt von der Aufklärung los. So sehr selbst, daß man ihn und seine Schule (Hugo, Eichhorn) gemeinhin dem Rechtspositivismus zurechnet. Aber wenn für Savigny das Recht ein Erzeugnis des «Volksgeistes» ist, mündet auch die historische Schule letzthin wieder in Hegels transzendentalen Idealismus und damit in naturrechtliche Denkweise («Was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig») ein. Mit einer gewissen Contradictio in adjecto hat man jedoch dieses Rechtsdenken als mystischen Positivismus dem Rechtspositivismus in einem weiteren Sinne zugeord-

net. Savigny und Puchta (1769—1845) — letzterer mit seinem klassisch gewordenen «Gewohnheitsrecht» — geben im ersten Drittel des positivistischen 19. Jahrhunderts den großartigen Auftakt für kommende Vertreter positivistischen Rechtsdenkens, das noch vor der Mitte des Jahrhunderts zu einem vollen Siege der historischen Schule führt, dann in der sogenannten systematischen Schule fortgeführt wird, um erst gegen Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts (Stammler, Kelsen, Ehrlich, Fuchs) wieder ernsthaft in Frage gestellt, wenn auch bis heute keineswegs ausgetilgt zu werden. Fügt man zu den bisher Genannten auswahlsweise etwa noch J. Fr. Stahl (1802 bis 1881) — «Es gibt wohl kein anderes Recht als das positive» —, Rudolf von Jhering (1818—1892) und Bernhard Windscheid (1817—1892), so mag der Ruf so ausgezeichneter Juristen allein schon eine ausreichende Erklärung dafür sein, daß diese Männer auf Generationen hinaus das deutsche Rechtsdenken und zum Teil darüber hinaus das des Auslandes grundlegend rechtspolitisch beeinflussen mußten.

VIII. Das Todesjahr Jherings wie Windscheids koinzidiert mit dem Publikationsjahr jenes eingangs zitierten klassischen Werkes des Rechtspositivismus von Bergbohm, in dem er in schonungsloser Unabhängigkeit selbst jene Größen seiner Zeit auf der Wage eines strengen, fast überspitzten Rechtspositivismus wägt — und fast alle werden dabei mehr oder weniger zu leicht befunden.

IX. Es könnte nun naheliegen, zu meinen, es handle sich bei der Antithese Naturrecht-Rechtspositivismus um einen müßigen Methodenstreit, dessen Ausgang vielleicht nicht eines gewissen erkenntnistheoretischen Interesses entbehre, aber doch im praktischen Rechtsleben bedeutungslos sei. Aber dem ist nicht so. Vielmehr werden hier die beiden Grundfragen aller Jurisprudenz, die noch den Namen als solche verdient, nämlich die nach der Verbindlichkeit und die nach der Auslegung des positiven Rechts, lebendig und in jenem Gegensatzpaar zugleich pro-

blematisch. Hält man sich zudem die weitgehende Fungibilität der Begriffe Volksgeist, Volksbewußtsein, Rassebewußtsein, Rechtsüberzeugung, und wie immer diese Etikettierungen lauten mögen, vor Augen, so wird deutlich, daß zwar die Schlagworte wechseln, daß aber das in ihnen an die Oberfläche kommende ewig menschliche und zugleich doch so eminent politische Bedürfnis nach einer apriorischen Rechtfertigung und Deutung des positiven Rechts, bei allem Wandel im übrigen, unwandelbar fortbesteht. Es liegt auf der Hand, daß jede Frage nach der Geltung des positiven gesetzten Rechts rasch am Ende irgendeiner verfassungsmäßigen (oder -widrigen) Delegation anlangen muß, und daß die Auslegung der Rechtssätze, wie insbesondere die Ausfüllung der sogenannten Rechtslücken, eines außerhalb liegenden Bezugspunktes, einer Lex aeterna, letzthin nicht entraten kann. Der Rechtspositivismus findet sich demgegenüber — nach vergeblichen Versuchen, mit der Erscheinung des Gewohnheitsrechtes fertig zu werden —, agnostizistisch mit einer Gleichsetzung von Recht und Satzung ab. Das Recht, das wirklich als Recht funktioniert, ist ihm widerspruchs- und lückenlos und folglich fähig, sich aus sich selbst heraus zu erläutern und die Lücken, die vermeintlich nur im Kopfe unwissender Juristen, aber nicht im Rechte selbst existieren, aus sich heraus zu schließen, ohne also hiezu einer prävalierenden Rechtsnorm zu bedürfen. Die notwendige Folge solcher Legalitätsgläubigkeit mußte eine die großen Gesetzeskodifikationen mehr und mehr überwuchernde Gesetzesinflation auslösen, die sich in den rechtsleeren Raum ergoß und sich seit der anderen Inflation in Deutschland in beängstigend zunehmendem Maße aller Lebensgebiete und Betätigungen schonungslos bemächtigt. Zugleich trat, gleichsam in Abwehr, eine «Flucht in die Generalklauseln» (Treu und Glauben, Verstoß gegen die guten Sitten, Rechtsmißbrauch usw.) ein, die den Rechtspositivismus in zunehmendem Maße verdünnten und unterhöhlten.

X. Das positivistische Legalitätsdenken indes triumphierte. Damit aber werden — aller pseudowissenschaftlichen Verkleidung (Carl Schmitt) zum Trotz — Recht und Macht zuletzt identisch, insofern Recht nun nichts weiter und nichts anderes mehr ist als der jeweilige Staat, sowet sich dieser in «konkreten Ordnungen» ausspricht. Zugleich erhält auch das an sich Böse den Ehrennamen «Recht», vorausgesetzt, daß einer «Rechtsmacht es einfällt, es unter Wahrung der nun noch allein geheiligten Verfahrensnormen zum Inhalt seines Willens zu erklären. Und wenn auch dem Positivismus eines bürgerlichen Zeitalters der Gedanke fernlag, daß diese Möglichkeit wirklich werden könne, so haben doch zahlreiche Ereignisse der Folge hinlänglich gezeigt, wie wenig theoretisch nur eine solche Erklärung war»: Ernst von Hippel (1942). Sprach Hippel 1933 noch warnend von einer «Krise des Rechtsgedankens», so zeigt Carl Schmitts etwa gleichzeitig unternommener anspruchsvoller und stark überschätzter Versuch (Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934), dem neuen «Rechts»-Denken eine Sinndeutung unter Wahrung der Qualität «Recht» zu geben, daß eben in Wahrheit dort aus Montesquieus drei geteilten Gewalten nur nehr die vollziehende Gewalt übriggeblieben ist, daß das rechtswissenschaftliche Denken also die Krise nicht überstanden hat. Mit rechtsphilosophischem Überguß wird hier die Bankerotterklärung des Rechts wie des wissenschaftlichen Denkens voll Genugtuung dargeboten. Das viel zitierte Schlagwort Schönfelds: «Der Traum des positiven Rechts ist ausgeträumt», scheint hier seine zynische Bestätigung und — Widerlegung gefunden zu haben.

In letzten Jahrzehnt hat sich in Deutschland unter Hitler der «Umbruch», richtiger gesagt der «Verfall des Rechtsdenkens in Wissenschaft und Praxis» so radikal und überstürzt vollzogen, daß es trotz des relativ kurzen Zeitraums zulässig erscheint, die Frage nach dem Einfluß, besser gesagt dem Fortleben des Rechtspositivismus im gegenwärtigen Rechtsleben, zu stellen. Wer alsdann diese

Frage dahin beantwortet, daß — entsprechend der Allmacht des Staates — das vom Staat gesetzte Recht jegliches Naturrecht verdrängt habe, daß noch nie der Legalitätsglaube höher im Kurs gestanden habe als seit der «Machtübernahme», wird dabei ebenso gewichtige Gründe zur Hand haben wie der, der umgekehrt behauptet, das sogenannte gesunde «Volksempfinden», also eben doch ein Naturrecht, habe das gesetzte Recht, ja selbst seine Grundlage, die Reichsverfassung, beiseite geschoben oder doch vollends unterhöhlt. In der Tat stehen zwei sich scheinbar ausschließende Grundhaltungen unausgeglichen nebeneinander in Geltung. Nach der sogenannten Röhm-Affäre zum Beispiel wurden — echt positivrechtlich — in einem besonderen «Gesetz» die innerhalb eines bestimmten Zeitabschnittes verübten Morde und sonstigen «Säuberungs»-akte als Rechtens geschehen legalisiert, und erst jüngst hat man wieder eine individuelle Vorzugsbehandlung der Firma Krupp in Gesetzesform gekleidet. Auf der andern Seite hat man — nach rund einhundertfünfzig Jahren erstmals wieder — das sogenannte Analogieverbot im Strafrecht aufgehoben und unter Bezugnahme auf «gesundes Volksempfinden» und den «Grundgedanken» des Strafgesetzes den Satz «nulla poena sine lege» durch den Satz «nullum crimen sine poena» ersetzt. Auch im Zivilrecht hat man in §242 BGB (Treu und Glauben) einen Hebel gefunden, das gesetzte Recht im jeweiligen Bedarfsfall aus den Angeln zu heben, dem sogenannten Volksempfinden Rechnung zu tragen und vermeintliches «Gemeinschaftsdenken» auch gegen das gesetzte Recht durchzusetzen.

Gegenüber den weitgehend kodifizierten Disziplinen konnte immerhin — schon nach dem bewährten Gesetz der Trägheit — die ins Detail gehende positive Satzung nebst reichlich angewachsener Judikatur revolutionären Ideologien gegenüber retardierend wirken. Andere Gebiete hingegen, die wie das Staatsrecht und das Völkerrecht solcher Positivierung mehr oder minder ermangeln, mußten allgemeinen Schlagworten um so gründlicher erliegen.

Auch das evangelische Kirchenrecht wurde hievon erfaßt, während sich das katholische Kirchenrecht weder positivistisch noch naturrechtlich «umbrechen» ließ.

XI. Beschränkten sich unsere bisherigen Darlegungen überwiegend auf die Verhältnisse in Deutschland, so sollte gleichwohl aus ihnen spürbar werden, daß das Gegensatzpaar Naturrecht-Rechtspositivismus, weil mit dem Menschen geboren, dem man ein Naturrecht nicht erst einzureden braucht, dem man es aber ebensowenig ausreden kann, an keine Grenzen in Raum und Zeit gebunden sein kann. Selbst der einzelne — mag er sich nun zu dieser oder zu jener Grundhaltung bekennen — trägt letzthin unüberbrückbar die Gegensätze in sich. Der Rechtsuchende, dem der Wortlaut des Gesetzesparagraphen günstig ist, ist insoweit Rechtspositivist — doch wird er im Umkehrfalle seinen Gegner als Formal- und Buchstabenjuristen schelten. Schon Cicero plädierte so (De legibus I 15, 42): «Justitia est obtemperatio scriptis legibus» — im Widerspruch übrigens zu seiner naturrechtlichen Grundhaltung. Wenden wir uns nun nach Frankreich, so lassen sich auch hier folgerichtig positivistisch anmutende Meinungen über das Recht hören, die zeitlich vor Comte liegen. Wenn etwa im 17. Jahrhundert Blaise Pascal in seinen «Pensées» das Recht mit der Satzung gleichsetzt, mit der Folge, alles gesetzte Recht als der Prüfung entzogen, als Rechtens anzusehen, so mutet dies rechtspositivistisch an — ohne es doch zu sein.

Dies schließt gewiß nicht aus, daß auch die französische Rechtslehre sich im 19. Jahrhundert vor eine der deutschen entsprechende Situation gestellt sieht — auf die sie dann auch entsprechend reagiert. Freilich waren die Ausgangspunkte verschieden: hier der Code civil mit seinem aufklärerischen Rationalismus — dort das gemeine Recht, das heißt das rezipierte römische Recht mit dem «Volksgeist» der historischen und späterhin nüchterner dem «Staat» der systematischen Schule. Aber bei zunehmender Kodifizierung des Rechts zeigte sich hier wie dort, daß sich

die Gesetze gleichsam von ihren wirklich oder vermeintlich zugrunde liegenden generellen Prinzipien ablösen, ein eigenes Leben zu führen beginnen, um nunmehr Gegenstand einer scharfsinnigen Auslegertätigkeit und Begriffsanalyse rechtspositivistischer Grundhaltung zu werden. Hier wie dort treiben die überspitzten Theorien zu einer Krise. In Frankreich war es die Ecole de l'exégèse, die sich, der gemeinrechtlichen Schule der Pandektisten vergleichbar, solcher Begriffsanalyse widmete. Sie wird um die Jahrhundertwende abgelöst durch die Ecole scientifique, die — wie ihr Name andeutet — die Rechtswissenschaft mit den Methoden der sonstigen Wissenschaften übt, und die sich ihrerseits wieder spaltet in die Ecole réaliste und die mehr idealistisch gefärbte Richtung, die sich vor allem an die Namen von François Gény (geb. 1861) und Raymond Saleilles knüpft (Baumgarten). Beiden Schulrichtungen ist gemeinsam, daß ihre Vertreter auf die Tatsachen des Rechtslebens zurückgreifen, wobei für die Ecole scientifique — ähnlich wie für die historische Schule — das Rechtsbewußtsein der Majorität der Volksgenossen, bei der Ecole réaliste als eine der mehreren «données» auch eine «donnée idéale» besonders in den Vordergrund tritt.

XII. Bereits oben hatten wir angedeutet, daß der Einfluß des Positivismus auf das Rechtsleben in England grundverschieden von dem auf das kontinentale Rechtsleben bleiben mußte. Die Gründe hiefür liegen ebensosehr in der geistesgeschichtlichen und politischen Gesamtsituation Englands im 19. Jahrhundert im allgemeinen, wie in der Struktur des englischen Rechtes im besonderen. Auf dem Kontinent war — wie wir gesehen haben — der Rechtspositivismus der historischen Schule eine antirevolutionäre Reaktion gegen das sich revolutionär gebarende und jedenfalls in deutscher Mentalität so aufgenommene Naturrecht. In England konnte demgegenüber die naturrechtliche Welle, die im Zuge der Napoleonischen Kriege über Frankreichs kontinentale Grenzen schlug, keineswegs bloß dank Englands insulärer Lage nicht als eine reale

Gefahr der bestehenden politischen Ordnung erlebt werden. Dies um so weniger, als mit der Begründung des englischen Rechtsstaates durch die Bill of rights (1628) das Naturrecht aus der englischen Rechtslehre als Gegenspieler gegen das gesetzte Recht verschwunden, weil in ihm absorbiert war.

Es mag genügen, Fr. Bacon (1561—1626), Th. Hobbes (1588—1679), J. Locke (1632—1704), G. Berkeley (1684—1753), D. Hume (1711—1776), J. Bentham (1748—1832) und etwa noch J. St. Mill (1806—1873) zu nennen, um deutlich werden zu lassen, daß der kontinentale Positivismus — sit venia verbo — insoweit in England offene Türen einzurennen gehabt hätte.

Hiezu tritt nun noch zusätzlich und im besonderen die eigenartige, wesensverschiedene Struktur des englischen Rechtes. Das gesetzte Recht des Statute Law, das in das 13. Jahrhundert zurückreicht, ist bei aller Würdigung seiner Geltung als Ausdruck des souveränen Parlamentswillens, also eines sehr realen «Volksgeistes», doch nur Ergänzung und Berichtigung des gewachsenen Common Law, dessen bindende Geltung als Fallrecht — Case Law — mindestens seit dem 16. Jahrhundert gesichert ist, während die Aufzeichnung der Fälle (in mehr als 1000 Bänden!) ebenfalls in das 13. Jahrhundert zurückführt. Mußte bereits eine so reichhaltige Kasuistik wirklicher Rechtsfälle als Rechtsquelle eine nicht mehr zu überbietende Lebensnähe der Rechtsprechung garantieren, so trat hiezu noch in ständiger Rechtsübung des Chancellor — wiederum seit dem 13. Jahrhundert — die Equity-Rechtsprechung als ein äußerst wirksames Korrektiv in etwaigen Kollisionsfällen. Jedoch sorgte die puritanische Geisteslage auch hier dafür, daß unter dem Schlagwort der Supremacy of the law bereits 1612 jeglicher nicht normativ gebundenen Gewaltausübung in der Equity-Rechtsprechung des Court of Chancery ein Riegel vorgeschoben wurde. Denn bereits durch Lordkanzler Nottingham (1673—1682) wurden die Entscheidungen

des Court of Chancery als "Law" gesammelt und damit dessen Rechtsprechung einer der Case Law der Common Law Courts entsprechenden Rationalisierung unterworfen, bis dann 1875 diese beiden materiellrechtlich nach wie vor unterschiedenen Normensysteme verfahrensrechtlich verschmolzen wurden, und der Court of Chancery als Chancery Division in den High Court einverleibt wurde (Isay).

Diese vorstehend kurz skizzierte glückliche Kombination eines Systems gesetzten Rechts im Statute Law mit einer wirklichkeitsnahen, präzedenzgebundenen Kasuistik von Common Law und Equity bedingen eine langsame, aber stetige Evolution, die weder für eine Revolutionierung im Sinne eines vagen Vernunftrechts noch für eine Reaktion hierauf im Sinne einer lebensfernen Dogmatik empfänglich sein konnte.

Nimmt man hinzu, daß das positivistische neunzehnte Jahrhundert des Kontinents das Victorianische Zeitalter Englands ist, so kann es nicht Wunder nehmen, daß der Comtismus als ein «Katholizismus ohne Christentum» (Huxley) — wenn überhaupt — nur vorübergehend und ein Fremdkörper bleibend Eingang im englischen Rechtsleben finden konnte.

Mit dieser weitgehenden Einschränkung und daraus folgenden Vorbehalten hat es freilich auch einen englischen Positivismus gegeben. Für das Rechtsleben im besonderen knüpft sich dieser vor allem an den Begründer der "Analytical School of Jurisprudence", Sir John Austin (1790 bis 1859). Das Publikationsjahr seines in diesem Geiste geschriebenen Werkes "Province of Jurisprudence Determined" (1832) bedeutet zugleich das durch das Fernbleiben interessierter Hörer vorzeitig herbeigeführte Ende seiner kurzen akademischen Laufbahn an der Universität London. Bedenkt man, daß sich Austin eigens in Deutschland (in Kontakt mit Savigny und anderen deutschen Rechtspositivisten) auf sein Lehramt vorbereitet hatte, so wird offenbar, daß das mangelnde Interesse seiner Stand-

ortswahl, nicht seiner Person galt, die schon zu Lebzeiten und stärker noch in seinem Oeuvre nach seinem Tode größtes Ansehen genoß. So liegt es nur in der Linie, daß auch andere kontinental orientierte Juristen, wie Sir Henry James Sumner Maine (1822—1888) — der als Hegelianer mehr der historischen Schule des Kontinents nahesteht — Propheten blieben, die im eigenen Land nichts galten, richtiger gesagt, im eigenen Land fremd blieben; denn gerade für Maine muß gesagt werden, daß er eines der anerkannten Häupter der englischen Jurisprudenz bedeutet.

Hält man sich vor Augen, daß es in sich widerspruchsvoll wäre, die englische Jurisprudenz im 19. Jahrhundert als rechtspositivistisch zu bezeichnen, so hindert dies andererseits nicht, gewisse, nicht unwesentliche Züge des englischen Rechts herauszustellen, die nach kontinentaler Auffassung positivistisch anmuten: so wenn etwa in einem Widerstreit zwischen Common Law und Statute Law dem letzteren, also der Rechtssatzung prävalierende Geltung zuerkannt wird, wenn das Common Law Unzulänglichkeiten seiner selbst nicht aus sich heraus eliminieren und korrigieren kann, sondern auf Abschaffung und Berichtigung durch gesetztes Recht angewiesen ist, oder wenn etwa in der Interpretation der Rechtssatz gilt, daß "as far as possible the words of the statute must speak for themselves", unter Ausschluß insbesondere jeglicher Heranziehung der sogenannten Gesetzesmaterialien, wie sie zumal im holländischen Recht ständig geübt wird.

Zusammenfassend kann man — scheinbar paradox — sagen, daß das Wesen des Rechtspositivismus die Negation des Naturrechts ist. Ob und inwieweit es zu einer solchen kommt, hängt von dem jeweils zeitlich und räumlich unterschiedlichen staatlichen und religiösen (weltanschaulichen) Hintergrund ab. Ein starkes Staatsbewußtsein, verbunden mit religiöser Indifferenz oder doch einer gewissen Verstaatlichung des Kirchlichen, wird dabei zur Verneinung des Naturrechts führen. So erklärt sich —

wie uns scheint — zwanglos der Rechtspositivismus einer beamteten deutschen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert, wie er außerhalb ihrer Zunft von einem Staatsbejaher wie Eduard von Hartmann ebenfalls verfochten wird, aber andererseits auch die so abseitige Haltung der englischen Jurisprudenz, wie letztlich die pendelnde Unentschlossenheit der deutschen Rechtswissenschaft (einschließlich dessen, was sich so zu nennen wagte) unserer Zeit, deren Ehrfurcht vor der Allmacht des Staates im selben Maße zum Rechtspositivismus hinstrebte, wie zugleich der neue Mythos des 20. Jahrhunderts zum Irrationalen tendierte und insoweit vom Rechtspositivismus wegführte, um im Chaos zu enden.

LITERATUR.

I.

Baumgarten, Arthur, Rechtsphilosophie, in: Handbuch der Philosophie, Abt. IV C, München/Berlin 1934.

Bierling, Ernst Rudolf, Jur. Prinzipienlehre, 1894, I.—V. Bd. (1917).

Brandt, Hans, Rechtsgedanke und politische Wirklichkeit in der Geschichte der deutschen Rechtsanschauung, in: ZfD. Kultur-Philosophie VI. (1940), S. 112ff.

Duynstee, W. J. A. J., Geschiedenis van het natuurrecht en de wijsbegeerte van het recht in Nederland, II 1 van: Geschiedenis d. Ned. rechtswetenschap. Samengest. door P. Scholten, E. M. Meyers, J. Kosters e. a., Amsterdam 1937.

Ehrlich, Eugen, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913.

Ehrlich, Eugen, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903.

Eichengrün, F., Die Rechtsphilosophie Gustav Hugos. Ein geistesgeschichtlicher Beitrag zum Problem von Naturrecht und Rechtspositivismus, Haag 1935.

Emge, C. A., Erste Gedanken zu einer Richtigkeitslehre, Berlin 1942.

Gouhier, Henri, La jeunesse de Auguste Comte et la formation du positivisme, Paris 1936.

Hippel, Ernst von, Einführung in die Rechtstheorie, 1931.

Kantorowicz, H. (Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906.

Kelsen, Hans, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburg 1928.

Kirchmann, Heinrich von, Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848.

Landsberg, Ernst, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, III 2, München/Berlin 1910.

Letourneau, Ch., L'évolution juridique dans les races humaines, Paris 1891.

Luis LegazyLacambra, Die Hauptrichtungen in der Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie in Spanien, im: Arch. f. Rs. u. Wirtsch.-Phil., XXVI, S. 29ff., 1932/33.

Lundstedt, Anders Vilhelm, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, Bd. I, 1932.

Mayer, Max Ernst, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1926.

Metz, Rudolf, Philosophische Strömungen der Gegenwart in Großbritannien, 2 Bde., Leipzig 1925 (Durin: Der englische Positivismus, Bd. I, S. 155ff.).

Nußbaum, Arthur, Rechtstatsachenforschung, 1914.

Petraschek, K., System der Rechtsphilosophie, 1932.

Quervain, A. de, Das Gesetz des Staates, 1932.

Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie.

Sinzheimer, Hugo, Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft, Amsterdam 1938.

Somlò, Felix, Juristische Grundlehre, 1917 (2. Aufl. 1927).

Wenzel, Max, Juristische Grundprobleme, 1920.

Wolf, Eric, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, ein Entwicklungsbild unserer Rechtsanschauung, Tübingen 1939.

II.

Affolter, Der Positivismus in der Rechtswissenschaft, in: Arch. BR, 12. Bd. (1897).

Alex, P., Du droit et du positivisme, Paris (Leroux) 1876.

Austin, John, Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law, 4th ed., London 1879; Province of Jurisprudence Determined, 1832.

Bergbohm, Karl, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I. Bd., Leipzig 1892.

Bonnecase, J., L'école de l'exégèse en droit civil, Paris 1924; Science du droit et romatisme, Paris 1928.

Cathrein, V., Recht, Naturrecht und positives Recht, 2. Aufl. 1909.

Cranenburgh, Leon Pt. Alph. Maria van, Natuurrecht en positief recht, Ac. proefschr., Amsterdam 1902.

Dietze, Hans-Helmuth, Naturrecht in der Gegenwart, Hab.-Schr., Würzburg 1936.

Djuvara, M., Über das Verhältnis der Rechtserkenntnis zur soziologischen Erkenntnis, in ZfD. Kultur-Phil. IX (1943), S. 39ff.; Procédés de formation du droit positif et unification internationale, Bucarest 1940.

Duguit, L., L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901.

Dulckeit, Gerhard, Rechtsbegriff und Rechtsgestalt, Untersuchungen zu Hegels Philosophie des Rechts und ihrer Gegenwartsbedeutung (Neue Deutsche Forschungen, Abteilung Rechtsphilosophie I), Berlin 1936.

Forsthoff, Ernst, Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik, Schriften der Königsberger Gelehrten-Gesellschaft. Geisteswissensch. Klasse 17. Jahr, Heft 1, Halle (Saale) 1940.

Fuchs, Eugen, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909.

Gény, Fr., Science et technique en droit privé positif, 4 vol., Paris 1915—1924; Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, Paris 1899.

Haines, Charles Grove, The revival of natural law concepts, 1930.

Heijden, E. J. J. van der, Natuurlijke normen in het positieve recht, Nijmegen 1933.

Hippel, Ernst von, Über die Verbindlichkeit der Gesetze, in: Archiv f. öff. Recht 1930, S. 86ff.; Die Krise des Rechtsgedankens, Schriften der Königsberger Gelehrten-Gesellschaft, 9. Jahr, Geistesw. Klasse, Heft 3, Halle (Saale) 1933; Rechtsgesetz und Naturgesetz, Halle (Saale) 1942.

Hippel, Fritz von, Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen, Marburg 1942.

Jsay, Hermann, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929.

Kantorowicz, H., Volksgeist und historische Rechtsschule, in: Historische Zeitschrift, 108. Bd. (1912), S. 295ff.

Knubben, Rolf, Völkerrechtspositivismus und Völkernaturrecht, in: Strupps Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, S. 227ff., Berlin 1929.

Kränzlein, Erich, Die Naturrechtsphilosophie Stammlers und das moderne deutsche Rechtsdenken, Erlanger Diss. 1935.

Kosters, J., De leer van het natuurrecht en het positieve recht in Frankrijk, Amsterdam 1939.

Larenz, Karl, Vom Problem der Rechtspflicht, in: ZfD. Kultur-Phil., IX 2 (1943), S. 77ff.; Volksgeist u. Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung d. histor. Schule. In: ZfD. Kultur-Phil. I (1935), S. 40ff.; Sittlichkeit und Recht. Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Rechtsdenkens und zur Sittenlehre, Stuttgart 1943.

Levin, Rudolf, Der Geschichtsbegriff des Positivismus unter besonderer Berücksichtigung Mills und der rechtsphilosophischen Anschauungen John Austins, Leipziger Diss. 1935.

Marschall von Biberstein, Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze, 1927.

Merkel, A., Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und ein allg. Teil derselben, in: ZfPriv. u.öff.Recht I (1874), S. 1ff., 402ff.

Page, Henri de, Droit naturel et positivisme juridique, Bruxelles (E. Bruylant) 1939.

Pound, Roscoe, Spirit of the Common Law, Boston 1921; Laws and morals, Boston 1924.

Rommen, Hans, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 1936.

Rüfner, Vinzenz, Naturgesetz, Geschichtsgesetz, Rechtsgesetz, in: Zeitschrift f. öff. Recht, Bd. XXIII, H. 2-3, 1943 S. 321 ff.

Sauer, Wilhelm, Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940.

Sauter, Johann, Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts, 1932.

Schmitt, Carl, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934.

Schmid, Jhr Dr. J. J. von, Het denken over staat en recht in de negentiende eeuw, Haarlem 1939.

Schönfeld, Der Traum des positiven Rechts, in: Arch. Civ. Prax. Bd. 135, S. 1ff.

Stammler, Rudolf, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1927; Die Lehre vom richtigen Recht, 1902.

Struijcken, A. A. H., Positief recht (Inaug.rede), Amsterdam 1906.

Tatarin-Tarnheyden, Rechtspositivismus und modernes Naturrecht in ihrer methodologischen Berechtigung, in: Zeitschrift f. öff. Recht VII H. 1 (1927).

Telders, B. M., Der Begriff des positiven Rechts, in Logos XIX, 1930, S. 124f.

Trendelenburg, A., Naturrecht, 1860.

III.

Adickes, Franz, Zur Lehre von den Rechtsquellen, Cassel 1872.

Beling, Ernst von, Revolution und Recht, 1923.

Bülow, Oskar, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1888.

Geldart, W. M., Elements of English Law, London 1933.

Hippel, Ernst von, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, 2. Aufl., 1931.

Kohler, Josef, Über die Interpretation von Gesetzen, in: ZfPriv. u. öff. Recht d. Gegenwart, Bd. XIII, S. 1ff.

Kadecka, Ferdinand, Wien, Gesundes Volksempfinden und gesetzlicher Grundgedanke, in: Zf d.ges.Strafrechtswissensch. 62. Bd., 1./2. Heft (1942), S. 1ff.

Mokre, Hans, Theorie des Gewohnheitsrechts, Wien (Springer) 1932 (darin: Der Positivismus, S. 31ff.).

Tesar, Ottokar, Die Überwindung des Naturrechts in der Dogmatik des Strafrechts. Schriften der Königsberger Gel.-Ges. V. 1 (1928).

Vecchio, Gio del, Sulla positivit. del diritto, Modena 1911; Über die Staatlichkeit des Rechts, in: Zeitschrift f. öff. Recht, Band 8 (1929); Lehrbuch der Rechtsphilosophie 1937 (II).

Weigelin, Die Lücken im Recht, in Jher. Jahrb., Band 88 (1939), S. 29.

Würtenberger, Thomas, Die deutsche Strafrechtsgeschichte im 19. Jahrhundert, in: Der Gerichtssaal, Band 116 (1942), Heft 46, S. 261—280.