135]

Savigny und Adam Smith¹ Von Alexander Leist-Gießen

Inhaltsverzeichnis: Borftellung: Öffentliches Necht, öffentliches Leben — Privatrecht, Privatleben; beshalb nicht zu öffentlichen Zwecken privatrecht-liches Geset S. 135—138. — Herkunft? S. 139. — Savigny S. 140—145. Adam Smith S. 146. — Naturrecht und Romanismus S. 147—148. — Eine Pandefrenstelle S. 149—151.

as Privatrecht hat es zu tun mit ben Nechten und Pflichten zwischen Privatleuten, Menschen, von benen keiner bem anderen in einem obrigkeitlichen Kleib gegenübertritt. Das öffentliche Recht regelt dagegen die Beziehungen der öffentlichen Berbande und ihrer Organe zueinander und zu den Verbandsmitgliedern.

Daraus folgt, daß das Privatrecht das Privatleben, das öffentsliche Recht das öffentliche Leben zu ordnen hat. Die Gesetzgebung muß also, wenn sie öffentliche — politische, volkswirtschaftliche, soziale — Zwecke verfolgt, die Mittel nicht im Privatrecht, sondern im öffentlichen Necht suchen.

So wird man Vorstellungen zusammensassen, die unsere heutige Jurisprudenz und die moderne Gesetzebung beherrschen. Und die saubere Scheidung: Privatrecht und Privatleben einerseits, öffentliches Recht und öffentliches Leben anderseits hat gewiß auch für weite Kreise etwas Einleuchtendes und Gefälliges. Was der Käuser vom Verkäuser verlangen kann, wenn die Ware sich mangelshaft erweist oder im gekausten Hause sich der Schwamm sindet, das kann für das Privatleben der Veteiligten recht wichtig werden, aber für den Staat, für den Ertrag der nationalen Produktion und für die Schichtung des Volks in der Gesellschaft ist es doch wohl ziemlich gleichgültig. Ob ich meinem Nachbar verdieten kann, daß er mir die Fenster versbaut oder auf seinem Grundstück eine übelriechende Seisensabrik anslegt, berührt sein und mein Privatinteresse erheblich; aber was geht das die Politik, Sozialpolitik oder Nationalökonomie an?

Freilich, faßt man nur etwas fester zu, so fühlt man die schöne, glatte Scheidung zerbröckeln.

Die Stlaverei, bas Eigentum am Menschen, gehört sicherlich bem Privatrecht an, benn es handelt sich um Beziehungen zwischen Menschen, von benen keiner in obrigkeitlichem Gewand auftritt.

¹ Sin Bortrag als Prolegomenon zu Untersuchungen unter bem Titel: "Privatrecht und Sozialpolitik. Studien zur Rechtsgeschichte Deutschlands im 19. Jahrhundert."

Wird die Sklaverei abgeschafft und durch das Lohnvertragsrecht ersetzt, so übt das zweisellos auf das Privatleben den bisherigen Herren und Sklaven einen mächtigen Einfluß aus. Aber man braucht nur an die Negeremanzipation in den Vereinigten Staaten zu denken, um sich zu vergegenwärtigen, welche Bedeutung solche Umgestaltung des Privatrechts auch für die Volkswirtschaft und das gesamte Kulturleben hat. Vermutlich wäre noch im jetzigen Weltkrieg die Stellung der Vereinigten Staaten eine wesentlich andere, wenn nicht vor 50 Jahren mittels einer Anderung des Privatrechts die Aristoskratie der Südstaaten durch das Jankeetum überwunden wäre.

Das ist nun freilich ein sehr grobes Beispiel, und nur wenig feiner ist ein weiteres.

Das Erbrecht, felbstverständlich ein Teil bes Privatrechts, bestimmt in verschiedenen Teilen Deutschlands verschieden darüber, mas beim Tod des Bauern aus seinem Gut wird. Bier teilen die Kinder bas Bermögen bes Baters zu gleichen Teilen, bort bekommt ber älteste oder der jünaste Sohn den Hof; und die anderen Kinder werden abaefunden. Die Wirkungen dieses Unterschieds treten nicht blok in den Lebensschicksalen der Individuen zutage. Den Bauernhäusern kann man ansehen, ob in ber Wegend die Gleichteilung bes römischen und französischen Rechts ober beutsches Anerbenrecht gilt. Die Art des bäuerlichen Betriebs, die Produktivität der Landwirtschaft hängen bavon ab, die gefellschaftliche und politische Rolle bes Bauernstandes ift baburch bedingt. Auch für bie Ausbehnung bes Proletariats und damit für die Entwicklung ber Industrie ist es von einschneibenber Bedeutung, ob das eine ober andere System die bäuerliche Erbfolge regelt. Und ähnlich wie bas bäuerliche Erbrecht über ben Bereich individueller Intereffen hinaus weitreichende Wirkungen auf volkswirtschaftliche, joziale und politische Berhältnisse ausübt, ent= icheibet bas Erbrecht über bie Ehre und Macht bes grundbesitenben Abels. Um den bourbonischen Abel Frankreichs zu entwurzeln, hat Napoleon I. im Code civil ben römischen Grundsat, daß ber Nachlaß bes Laters unter seine Kinder zu gleichen Teilen zu verteilen ift, ju ber Borschrift steigern laffen, daß jedes Rind ein gleiches Stud vom Grundbesit bes Baters verlangen fann, und um diefer Borfchrift willen hat er feinem Bruder Joseph die Ginführung bes Code civil in Neapel besonders empfohlen, weil durch sie die Macht= stellung bes bortigen Abels unterhöhlt werden murbe. Als es aber einige Jahre fpäter Napoleon barauf ankam, feiner Dynastie in einem neuen Sochadel feste Stuben zu geben, hat er zugunften feiner Berzöge und Fürsten das Erbrecht des Code civil durch das privatrechtliche Institut des Familiensibeikommisses ersetzt.

Ich kann nun nicht versuchen barzulegen, in welchem Umfang das Privatrecht nach geschichtlicher Erfahrung in das öffentliche Leben eingreift. Dafür fehlt ber Raum, bazu ift auch die Zeit noch nicht gekommen. Denn wir miffen über diefe Zusammenhänge noch fehr wenig. An einigen Bunkten brängen fie sich fcon bem oberflächlichen Blicke auf, an anderen find wir über fie durch Untersuchungen von Wirtschafts: und Rechtshiftorikern unterrichtet. Aber umfaffende und auf die Ginzelheiten eingehende Untersuchungen mangeln. Des= halb fann fich die Anschauung erhalten, daß nur von wenigen Teilen und Hauptgrundfaten bes Privatrechts ein Ginfluß auf die Wirtschaft, die Gliederung, das gesamte politische und Rulturleben der Nation ausgebe, daß bagegen an ber großen Maffe bes Brivatrechts bie Öffentlichkeit nur infofern intereffiert fei, als fie zur Erhaltung von Ruhe und Ordnung irgendeine Regelung, gleichviel welchen Inhalts, munichen muffe, etwa wie für den öffentlichen Berkehr eine Borfdrift, daß die Wagen einander rechts oder links ausweichen follen, Bedürfnis, aber gleichgültig ift, ob das Ausweichen nach rechts ober links vorgeschrieben wird. Burde bas Privatrecht bis in feine feinsten Verzweigungen barauf geprüft, wie es sich zu bem öffent= lichen Leben verhält, so murbe fich, glaube ich, im Gegenteil ergeben, baß für bas öffentliche Leben ber Inhalt ber Privatrechtsorbnung nur an wenigen Stellen irrelevant ift. Man barf nur von Unde= rungen bes Privatrechts nicht plögliche und auffällige Wandlungen bes Volkslebens erwarten. Neuerungen im Staatsrecht ober Strafrecht mögen bem Strom bes Bolkslebens in gleicher Beise eine neue Bahn weifen wie Bergfturze oder Erdbeben einem Fluß. Anderungen bes Privatrechts pflegen erft nach Jahrzehnten sich mit Hilfe ber Rechtsprechung bemerklich zu machen.

Wie dem sei, die gefällige Scheidung: Privatrecht, Privatleben — öffentliches Necht, öfsentliches Leben, stimmt nicht, wenn, was keinem Zweifel unterliegt, das Privatrecht auch nur in einzelnen Teilen auf das öffentliche Leben einwirkt. Das wird auch zugestanden, wenn häusig gesagt wird, das Privatrecht oder bürgerlicher Necht diene vorzugsweise den privaten Interessen, erst in zweiter Linie den öffentlichen Interessen. Ich lasse dahingestellt, ob es richtig ist, in der Einwirkung auf die Privatinteressen die Hauptwirkung, in der Einwirkung auf das öffentliche Wohl eine Nebenwirkung des Privatrechts zu sehen. Vielleicht ist es richtiger, in

ber salus publica ben 3med und bie Rechtfertigung aller Normen, und den Unterschied von Privatrecht und öffentlichem Recht nur in ber Verschiedenheit ber zu bem gleichen Zwecke angewandten Mittel zu fuchen. Zebenfalls kann sich ber Grundfag, bag bie Gefetgebung fich zur Förderung des öffentlichen Lebens nur des öffentlichen, nicht auch des Brivatrechts bedienen dürfe, nicht einfach als logische Folge= rung aus dem Wesensunterschied beider Rechtsarten legitimieren, sobald anerkannt wird, daß privatrechtliche Normen, wenn auch nur neben= bei, das öffentliche Leben beeinflussen. Man wird sagen dürfen, daß ber Beigstoff Koks bas Hauptprodukt ber Verkokung von Kohle ift, und man nennt wohl andere bei der Berkofung gewonnene Stoffe Nebenprodukte. Run geschieht es, daß folche Nebenprodukte besonders wertvoll und wertvoller als ber Heizstoff werden. Wird es jemand einfallen zu fagen: weil ein etwa zur Munitionsberstellung erforber= licher Stoff nur ein Nebenproduft der Verkokung darstellt, darf diese nicht zu bem Zwecke vorgenommen werden, jenes Nebenprodukt zu gewinnen? Hauptzweck und Hauptwirkung der Gifenbahnen ist gewiß die Förderung des Versonen- und Güterverkehrs. Folgt baraus, daß man strategische Gisenbahnen nicht bauen barf? Sollte man mit größerem Recht fagen dürfen: weil wir die Beeinfluffung des öffent= lichen Lebens nur als eine Nebenwirkung ber privatrechtlichen Gefet gebung ansehen, darf diese nicht um dieser Nebenwirkung willen gebraucht werden?

Dennoch benken so Juristen, Philosophen und Nationalökonomen, wenn fie auch bas anscheinend Selbstverständliche nur felten ausiprechen, und unfere Gesetgebung hulbigt bem Grundsat, bag man Die Mittel zu öffentlichen Zwecken nicht im Privatrecht, fondern nur im öffentlichen Recht zu fuchen habe. Wahlgesetze und Verwaltungs= reformen follen das politische Leben beffern, Boll- und Steuergefete der Volkswirtschaft aufhelfen, Arbeiterversicherung und Arbeiterschutgefete die sozialen Gebrechen heilen. hier und da erlaubt sich freilich unfere Gesetzgebung Ausnahmen. Aber wo man in den Motiven privatrechtlicher Gefete Erwägungen wirtschafts- und sozialpolitischer Urt findet, da handelt es sich durchweg nur um schüchterne Versuche, fleinere Schäben unserer wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zustände zu beseitigen, und nicht felten verraten Anzeichen eines schlechten Gemiffens, daß die Gefetgeber, indem fie ju öffentlichen 3meden privatrechtliche Mittel perwenden, etwas zu tun glauben, mas fich eigentlich nicht gehört. Liegen privatrechtliche Mittel zur Befriedi= gung öffentlicher Bedürfniffe bequem gur Sand, fo überwindet man

wohl jene Scheu. Aber sie ist zu stark, als daß man sich berechtigt und veranlaßt fühlte, das Privatrecht gründlich darauf zu untersuchen, ob es zur Sebung der Bolkswirtschaft und zur Gefundung des politischen und gesellschaftlichen Lebens wirksame Mittel bieten kann. Wäre es anders, so hätte vermutlich unsere Birtschafts und Sozialpolitik bessere Erfolge erzielt, als sie bisher aufzuweisen hat.

Im hinblik barauf und auf die Aufgaben, vor die wir uns durch den Krieg gestellt sehen werden, sindet vielleicht die Frage einiges Interesse, auf die hier eine vorläufige Antwort gesucht werden soll, die geschichtliche Frage: Wie ist der Glaube, daß die Gesetzebung zu öffentlichen, also überindividualistischen Zwecken nicht die individualistischen Mittel des Privatrechts gebrauchen dürfe, entstanden, wie ist er zur Herrschaft gelangt?

3h frage nicht etwa: Scit wann greift die Gesetgebung zu öffentlichen Zweden vorzugsweise zu öffentlich rechtlichen Mitteln? Darauf mußte ich feine bestimmte Antwort zu geben. Das ift mohl, feit in ben beutschen Städten und Territorien die Gesetgebung gu Rräften fam, immer fo gewesen. Immer hat man, wenn öffentliche Mikstände ein Gingreifen der Gesetzebung notwendig machten, mit Straf= und Polizeigeseten zu helfen gesucht und an bas Privatrecht wenig gebacht. Das war für den Polizeistaat des 18. Jahrhunderts fast felbstverftändlich. Das war auch für die Juristen felbstverständtich, die zu allen Zeiten in ihrer Mehrzahl baraus, daß bas Brivatrecht individuelle Intereffensphären abgrenzt, ben Schluß zogen, daß cs über die individuellen Interessen nicht hinauswirken könne. Rann das Privatrecht die öffentlichen Verhältnisse nicht beeinflussen, fo fommt natürlich gar nicht in Frage, ob fich bie Gefetgebung feiner zu öffentlichen Zweden bedienen barf. Aber es hat doch feit Jahrhunderten und in steigender Bahl Leute gegeben, die aus prattischer Beobachtung ober aus der Geschichte die Lehre entnahmen, daß die Gestaltung bes Privatrechts, sei es auch nur in einzelnen Bartien und secundario, wie man früher fagte, fich im öffentlichen Leben geltend macht. Woher kommt — barum foll es fich hier handeln - die auch fie beherrschende Meinung, daß die Gesetzgebung Die Mittel zu öffentlichen Zwecken im öffentlichen Recht zu suchen hat?

Man wird felten die Entstehung einer die Gegenwart beherrschenden Maxime so bestimmt datieren können wie hier. Im Jahr 1814 schrieb Friedrich Carl v. Savigny seine berühmte Schrift über den Beruf unserer Zeit für die Gesetzebung, 1815 leitete er seine Zeitsichrift für geschichtliche Rechtswissenschaft mit einem Programm=

aufsatz ein, 1816 ergänzte er diese beiden Bekenntnissschriften der historischen Schule durch einige Rezensionen. In diesen Schriften der Jahre 1814—1816, also vor 100 Jahren, hat Savigny den Grund zu dem Dogma gelegt, daß die Gesetzgebung zu öffentlichen Zwecken privatrechtliche Mittel nicht gebrauchen darf.

Savigny war 1810 von dem bayerischen Landshut nach Berlin zur Gründung ber Universität berufen. Das war die Zeit ber Sarbenbergichen Gefetgebung. Es galt, die Raffen des bei Jena niebergeschlagenen, verarmten und verkleinerten Staats ju fullen, um bringlichsten Unforderungen genügen zu können. Dem follten neben bem Berkauf von Domanen und Rirchengütern neue Steuern unter Aufhebung ber Steuerprivilegien bes Abels bienen. Es galt aber weiter, wie Hardenberg aussprach, den allgemeinen Wohlstand ju erhöhen, um das Bolf in den Stand ju feten, die neuen Laften zu tragen, und die Aussicht in eine glücklichere Zukunft zu eröffnen-Schon Stein hatte im Oktoberedikt von 1807 ben König fagen laffen. es fei ebenfowohl den unerläßlichen Forderungen der Gerechtigteit als den Brundfäßen einer wohlgeordneten Staatswirtschaft ge= mäß, alles zu entfernen, was den Einzelnen bisher hindert, den Wohlstand zu erlangen, den er nach dem Maße seiner Kräfte zu erreichen fähig ift. Schon bamals murbe bie Gutsuntertänigkeit ber Bauern mit ihrer Beschränkung ber Cheschließungen und ber Freizugigkeit und mit dem Gefindedienstzwang, der bisher bem grundbesitenden Abel die Arbeitsfräfte gestellt hatte, wegdekretiert, die persönliche Freiheit aller proflamiert. Jest ging Sarbenberg weiter. Das neue Spstem - so verkündete er - beruht barauf, daß jeder Ginwohner bes Staats, perfonlich frei, seine Rrafte auch frei entwickeln und benuten könne, ohne burch die Willfür eines anderen daran behindert zu werben, und daß das Berdienft, in welchem Stande es fich finde, ungehindert emporftreben könne. Dagu foll bem Gewerbe und ber Landwirtschaft volle Freiheit gewährt werben. Der Bauer foll nicht bloß perfonlich frei fein, sondern er soll auch wenigstens einen Teil bes bisher dem adligen herrn gehörenden Bodens zu freiem Gigentum erhalten, und er foll bie Fruchte feines Gigentums und feiner Arbeit unverfürzt durch Dienste und Abgaben an ben Gutsherrn genießen, um dafür bem Staat reichlichere Steuern gablen zu können.

Solche grundstürzende Neuerungen mußten Widerstand finden. Der märkische Abel sah sich in seinem Besit, seiner Wirtschaftsweise, seiner gesellschaftlichen und politischen Stellung bedroht. Aber nicht bloß er lehnte sich dagegen auf, und nicht bloß nackte Selbstjucht

rief die Opposition wach. Auch wer der Not des Vaterlands Opfer bringen wollte, wollte doch dazu nicht gezwungen werden, und mancher, der keine Opfer bringen follte, konnte doch die Nücksichts-losigkeit nicht billigen, mit der der Hannoveraner die Erundlagen der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ordnung Preußens erschütterte. Gegenüber Harbenbergs stürmischem und gewalttätigem Rationalismus verbindet sich mit der Interessepolitik die Nomantik. Seinen Ausdruck sindet dieses Bündnis in Berlin in der christlichsdeutschen Tischgesellschaft. Sie fand in Herlin in der christlichsdeutschen Tischgesellschaft. Sie fand in Heinrich v. Kleists Bersliner Abendblättern ein unscheinbares, aber einslußreiches Organ, das freilich der Staatskanzler bald durch die Zensur ums Leben bringen ließ. Die ständische Opposition hatte er schon vorher untersdrück, indem er ihre Führer ohne Urteil und Necht auf der Festung Spandau gefangen setze.

Aber wozu erinnere ich hier an das, was besser und aussührlicher in Meusels, Marwig' und Steigs Buch über Heinrich v. Kleists Berliner Kämpse zu lesen ist? Was haben Savigny und die Anschauung von der Inkompetenz der privatrechtlichen Gesetzgebung für öffentliche Angelegenheiten mit dem allen zu tun?

Savigny war zwar Gutsbesitzer, aber sein Gut lag weit von der damaligen preußischen Grenze. Es war zwar von Abel, aber der in Frankfurt geborene Sproß eines alten lothringischen Rittergeschlechts hatte mit dem frondierenden brandenburgischen Junkertum keine Gemeinschaft. Zu den Interssepolitikern gehörte er also nicht. Er war überhaupt kein Politiker. Liest man seine Briefe, so ist man, auch wenn man weiß, daß politisches Interesse und politisches Berständnis damals in akademischen Kreisen noch weniger verbreitet waren als heutzutage, verwundert, zu sehen, wie vollständig sie in bewegten Tagen mit wissenschaftlichen Erörterungen und Berufungssfragen ausgefüllt sind. Und als Savigny später preußischer Minister wurde, da hat er ausgiedig erwiesen, wie sehr dem großen Forscher und Lehrer das Zeug zum praktischen Politiker sehlte.

Savigny war auch kein eigentlicher Romantiker. Bettina v. Arnim hat gelegentlich erkennen lassen, wie schlecht sich ihre schwärmerisch-aufgeregte Romantik mit Savignys vornehm-gelassener Bissenschaftlich keit vertrug. Ihr Bruder Clemens Brentano wandte sich einmal, als ihn die Lust anwandelte, Rechtswissenschaft zu studieren, um sich auch am Geist des römischen Rechts erbauen zu können, an den gelehrten Schwager um Hilfe. Da wies ihn Savigny auf eine Reihe vielbändiger Werke hin, die möge er erst

einmal durchstudieren. Man kann sich denken, wie wenig solche Gründlichkeit dem Romantiker behagte. Außerungen Savignys über sein Verhältnis zur Romantik sind mir nicht bekannt. Aber Savigny, der als einer der ersten Kankes Bedeutung erkannte, hat immer seine Befriedigung darin gefunden, im Rankeschen Sinne zu erkennen, wie es eigentlich gewesen ist. Das brachte nahe Beziehungen zur Romantik mit sich, schloß aber die Zugehörigkeit zur Romantik aus.

Auf dieser Grundlage wird es zu verstehen sein, daß es Savigny war, der zusammen mit Brentano, Achim v. Arnim und Abam Müller jene christlich-deutsche Tischgesellschaft gründete, und daß aus der konservativ-romantischen Opposition gegen Hardenbergs absolutistischen Rationalismus das Programm der historischen Schule erwachsen ist.

Die Quelle bes Gebankens, daß das Recht nicht aus bem teleologisch bestimmten Willen bes Gesetzgebers hervorgehen darf, daß der Gefengeber nur festzustellen und flarzustellen hat. mas der notwendig durch die gefamte Bergangenheit bestimmte Geist der Nation zum Recht gebildet hat, ist auf biefem Boben zu fuchen, und die Beschaffenheit bes Bobens ift maßgebend für die Fassung in der die Quelle das Wasser gu= tage förbert. Die Abern, die der Quelle das Baffer guleiten, führen weit ab. Der Widermille gegen alle Berfuche, die Welt durch Gefete nach einem volksbeglückenden Plan umzugestalten, mochten fie von oben oder unten kommen, hat Savigny nicht erft in Berlin erfüllt. Die frangösische Revolution und ber Despotismus, ben Savigny in dem Bapern des Grafen Mongelas am Werke gesehen hatte, hatten bas ichon vorher beforgt, perfonliche Antipathien gegen Neuerer wie die Juristen Gönner und Feuerbach die Abneigung gegenüber allem revolutionären Ungestüm zur Feindschaft gesteigert. Aus der römischen Rechtsgeschichte hatte er gelernt, die gesetzeiche Spätzeit zu verachten, die ältere Entwicklung bes römischen Rechts hochzuschäten, in ber bas Gefet ebenso wie im beutschen Mittelalter eine geringe Rolle spielte. In der Berwerfung des Naturrechts, in bem man feit Sahrhunderten die für die Gesetzgebung maßgebenden Grundideen, aber auch die Schranken ber gesetgebenden Gewalt gefunden hatte, maren ihm andere voraufgegangen. Die Betonung bes Werdens gegenüber bem fpontanen, zielbewußten Schaffen mar ibm von Männern fehr verschiedener Art zugetragen, von dem historiker Spittler, bem katholischen Theologen Sailer, bem Staats= mann Rehberg, im Hintergrund wohl auch durch Montesquieu,

Justus Möser, Herber und Goethes Schwager Schlosser. In Berlin kam der Einsluß Schellings und vor allem Nieduhrs hinzu. Aber der im Stillen gesammelten Kraft hat doch erst der Gegensatzu der rationalistischen Gesetzgebung Harbenbergs zum Durchbruch versholsen, in dem sich Savigny mit dem Konservatismus und der Romantik zusammensand. Aus dieser Berbindung sind die Bestenntnisschriften der historischen Schule hervorgegangen. Ganz richtig hat kürzlich ein Nationalökonom von der Entstehung der historischen Juristenschule gesagt:

Lebenbige menschliche Fragen sind es, die die Geister bewegen, welche die Leidenschaften entzünden; Daseinsfragen stehen hier auf der Tagesordnung, nicht lediglich theoretische Fragen, sondern äußerst wichtige Probleme des praktischen Handelns.

Hätte nicht Savigny die bewegende Leidenschaft klüglich verhüllt, so hätten wohl auch die Juristen längst erkannt, daß das Programm der historischen Schule aus politischen Stimmungen und Berstimmungen jener Tage hervorgegangen ist, und daß es deshalb, so sympathisch man ihm aus ähnlichen Stimmungen und Verstimmungen heraus heutzutage gegenüberstehen mag, auf Gemeingültigkeit keinen Anspruch machen kann.

Wenn ich nun aber weiter behauptete, in dem Programm der historischen Schule sei zugleich die Grundlage der herrschenden Lehre gelegt, daß das privatrechtliche Gesetz im Gegensatzum öffentliche rechtlichen nicht als Mittel zu volkswirtschaftlichen, sozialen und politischen Zwecken nach dem Willen des Gesetzgebers gebraucht werden dürse, so ist das durch das Gesagte noch nicht begründet.

Allerdings, wenn das privatrechtliche Gesetz nur Wege ausdauen darf, die bereits der Berkehr eingeschlagen hat, so bedeutet das, daß die privatrechtliche Gesetzgebung auf die Bestiedigung volkswirtsichaftlicher, sozialer und politischer Bedürsnisse nicht ausgehen darf—ebenso wie der Grundsatz, daß die Sisenbahnen den disherigen Berstehrswegen zu solgen haben, den Bau von Sisenbahnen zu Zwecken der Landesverteidigung oder zur Hebung verkehrsarmer Gegenden ausschließen würde. Denn wie die Wege, die sich zwischen den Städten, Dörsern und Hösen durch das Gehen und Fahren der Menschen von selbst bilden oder von den Nachbarn angelegt werden, nicht dazu bestimmt und wenig geeignet sind, den Handel oder die Landwirtschaft des Volkes im ganzen zu fördern oder den Ansprüchen des Staates in Krieg und Frieden zu genügen, so sind auch die durch Gewohnsheitsrecht geschaffenen Kormen des Privatrechts selten auf das

Wohl der Gesantheit orientiert und nur durch Zusall tauglich, im wirtschaftlichen, sozialen und politischen Leben des Bolkes Fortschritte herbeizusühren oder zu ermöglichen. Ginge Savignys Lehre dahin, daß das privatrechtliche Geses nur das Gewohnheitsrecht zur Ausführung zu bringen habe, so möchte es unbedenklich erscheinen, mit ihr den Grundsaß, daß die privatrechtliche Gesetzgebung sich nicht vermessen soll, in öffentlichen Angelegenheiten einen Einsluß anzustreben, in Verdindung zu bringen. Aber beschränkt sich denn Savignys Ansicht auf die privatrechtliche Gesetzgebung, will er nur ihr Fesseln anlegen, während er der öffentlichrechtlichen Gesetzgebung freien Lauf gewährt?

Ich nuß zugeben, das ist nicht der Fall. Savigny spricht im "Beruf unserer Zeit" viel und vorwiegend vom "bürgerlichen Recht". Aber Savigny war ja, obwohl er sich in Marburg für Strafrecht habilitiert hatte, Romanist und als folcher in erster Linie auf den Teil des Rechts hingewiesen, den wir heute bürgerliches Recht oder Privatrecht zu nennen pslegen.

Die Schrift vom "Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung" war gerichtet gegen eine Broschüre des Heidelberger Pandektisten Thibaut unter dem Titel "Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland". Damit war für Savigny weitere Veranlassung gegeben, vorzugsweise das bürgerliche Recht gegen eine kodisizierende Gesetzgebung und gegen Eingrisse der Gesetzgebung überhaupt zu verteidigen.

Thibaut hatte aber zum bürgerlichen Recht auch das Strafrecht und Prozestrecht gerechnet, die wir heute dem öffentlichen Recht zusteilen. Die Grenze zwischen bürgerlichem Recht und öffentlichem Recht, die unsere jetzige Doktrin zieht, stand eben damals noch keineswegs fest. Und der Unsicherheit des Sprachgebrauchs entsprach eine in der Sache liegende Unsicherheit. Öffentliches Necht und Privatrecht waren vom Mittelalter her vielfach ununterscheiden wermengt. Auch in den gutsherrlichsbüuerlichen Verhältnissen, die Hardenbergs Gesetzgebung angriff, mischten sich Privatrecht und öffentliches Recht.

Es ist also in gleichem Maße verständlich, daß Savigny hauptsächlich an das Privatrecht benkt und von ihm redet, wie daß seine Ansicht von den Aufgaben der Gesetzgebung sich keineswegs auf das Privatrecht beschränkt. So heißt es auch in dem einleitenden Aufsat der "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" ganz allgemein: "Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sei durch die gesamte Bergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Wilkur, so daß er zufällig dieser oder ein anderer sein könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen. Die besondere Tätigkeit jedes Zeitsalters aber — insbesondere das Geschäft der Gesetzgebung — müse darauf gerichtet sein, diesen mit innerer Notwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu versüngen und frisch zu erhalten." Nirgends ist von einem Gegensat der privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Gesetzgebung, von einer Scheidung des öffentlichen und privaten Lebens mit einem Worte die Rede. Savigny wird vielmehr ganz einverstanden gewesen sein mit dem, was Schelling schon 1803 geschrieben hatte:

"Das Privatleben und mit ihm auch das Privatrecht hat sich von dem öffentlichen getrennt; jenes aber hat, abgesondert von diesem, so wenig Absolutheit, als es in der Natur das Sein der einzelnen Körper und ihr besonderes Verhältnis zueinander hat. Da in der Zurückziehung des allgemeinen und öffentlichen Geistes von dem einzelnen Leben dieses als die rein endliche Seite des Staates und völlig tot zurückzeblieben ist, so ist auf die Gesetzmäßigkeit, die in ihm herrscht, durchaus keine Anwendung von Ideen und höchstens die eines mechanischen Scharfsinns möglich, um die empirischen Gründe derselben in einzelnen Fällen darzutun oder streitige Källe nach jenen zu entscheiden."

Wie sollte banach in Savignys Schriften ber Grundstein für die heute herrschende Lehre zu finden sein, daß der Gesetzgebung für öffentliche Zwecke nur das öffentliche Necht, nicht das Privatrecht zur Verfügung stehe?

Ein zweites Bedenken tritt hinzu. Man kann öfter lesen, Savigny habe mit seiner Auffassung über die Entstehung des Rechts alsdald kast alseitige Zustimmung gefunden. Das ist aber nicht zutressend. Preußische Politiker konservativer Richtung, wie Ancillon, Stahl, Nadowig, haben sie gegen konstitutionelle Neuerungen — also auf dem Gediete des öffentlichen Rechts — zu verwerten gesucht. Auf den Kathedern hat sie auch außerhalb Preußens Anhänger gewonnen; in der Kodisikationsfrage läßt sich eine Sinwirkung zum Beispiel auf Regierung und Stände von Württemberg nachweisen. Sin Prosessor hat sie sogar in Romanen popularisiert. In weiterem Kreise ist sie indessen nicht bekannt geworden, geschweige denn zu Verständnis und Sinsluß gelangt. Hier und da mag sie etwas dazu beigetragen haben, die Gesetzgebung, gegen die sie sich wandte, ein Schmotters Jahrbuch XII 1.

wenig aufzuhalten, aber sie hat nicht vermocht, ihr ben schließlichen Erfolg streitig zu machen. In ganz Deutschland sind, entgegen bem Rezept Savignys, die gutsherrlichen Rechte aufgehoben worden. Wie sollte das, was sich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts so ohnmächtig erwies, zu Beginn des 20. Jahrhunderts in einer allsgemeinen Meinung wirksam sein?

Dennoch bleibe ich babei: auf Savignys Programmschriften von 1814—1816 geht bas Vorurteil zurück, bas gegenwärtig die privaterchtliche Gesetzgebung von der Pslege öffentlicher Interessen aussichließt. Wie das zugegangen ist, will ich, so gut es in der gesbotenen Kürze angeht, andeuten.

Savigny mandte sich gegen bie Gesetgebung harbenbergs, aber hinter biefer stand ber öfonomische Liberalismus Abam Smiths. Abam Smiths Lehre forberte von ber Gesetgebung die rudfichtslose Befeitigung ber bem freien Spiel ber Kräfte entgegenstehenden Sinderniffe. Darum verlangten feine Anhänger in Deutschland, barunter viele preußische Beamte, vor allem die Aufhebung der die Bauern belastenden und ihre Landwirtschaft hemmenden autscherrlichen und grundherrlichen Privilegien, gleichviel, ob fie sich zu Privatrechten ober öffentlichen Rechten gestaltet hatten. Mochte babei vielfach bas individualistische Streben nach Gerechtigkeit für den bedrückten Bauern hineinspielen, die treibende Kraft der großen Bewegung, die in der Agrarreform der ersten Balfte des vorigen Jahrhunderts jum Siege gelangte, mar boch ber optimistische Glaube, daß gleiches Recht für alle bas ganze Bolk reich und glücklich machen werbe. Recht für alle bedeutete aber bekanntlich dem großen Schotten nicht gleiche Anteilsrechte aller an ben Gutern biefer Belt. Es follten nur alle Normen weggeräumt werben, die den Angehörigen eines Standes einen Borfprung im Bettbewerb gewährten und bamit bie Mitglieder anderer Stände benachteiligten. Dagegen follte die bestebende Rechtsordnung, soweit sie für alle Menschen dieselben Bestimmungen traf und der wirtschaftlichen Freiheit nicht unnötige Beschränkungen auferlegte, unangetaftet bleiben, obwohl fie zu großer Berfchiedenheit ber Lebensausstattungen geführt hatte und weiter führen mußte. Arm und reich, Gläubiger und Schuldner, Gigentumer und Rächter follte und mußte es auch weiterhin geben: bas erschien dem schottischen Philosophen nicht bloß gut, sondern selbst= verständlich - das war ihm durch ein ewiges Naturrecht fest= gelegt. Denn die Nationalöfonomie Abam Smiths, des Brofeffors ber Moralphilosophie, ist aus der Naturrechtsphilosophie hervor=

gewachsen. Frei von jeder Fesselung und Beschränkung durch menscheliche Satung soll das wirtschaftliche Leben seinen Lauf nehmen, aber der Moralphilosoph setzt dabei, als jedem Zweisel entrückt, voraus, daß die Rechtsordnung underührt bleibt, die ihm durch die Natur selbst begründet und deshalb gegen Umsturz oder gegen Erschütterung durch menschliche Satung gesichert erscheint. Woher ihm die Naturrechtsordnung kam, die ihm die seste Grundlage für das volksewirtschaftliche System des laissez kaire abgibt, dürste nach den Unterzuchungen von Hasdach ziemlich sicher sein. Es war in der Hauptsache die Naturrechtslehre des deutschen Juristen Pusendorf.

In Deutschland von vielen wie ein Evangelium aufgenommen, vielleicht nicht zum wenigsten beswegen, weil man vertraute Grundztöne heraushörte, kehrten die Lehren Adam Smiths zunächst ihre bestruktive Seite hervor. Hatte man doch in Deutschland noch mehr als in England unter der Nechtsverschiedenheit für Abel, Bürger und Bauern, für Zünftige und Unzünftige zu leiden gehabt, waren doch hier ganz anders als dort die Lasten, die der Bauernstand in Zehnten und Fronden zu tragen hatte, als drückend und als gemeinsschädlich empsunden worden. Die dem Mittelalter und dem Polizeisstaat entstammenden Satungen zu beseitigen, ist dem Liberalismus in langwierigen Kämpsen, in denen man auch vor Eingriffen in wohlerwordene Privatrechte nicht zurückschete, gelungen. Zu den überwundenen Gegnern gehörte in gewissem Sinne Savigny.

Aber je näher ber ötonomische Liberalismus diesem Erfolge rückte, desto mehr gewann seine andere, man möchte sagen, konservative Seite Bedeutung. Der Rechtsstoff, den er als naturrechtlich sakrosankt betrachtete, war freilich in Deutschland nicht genau derselbe wie für Adam Smith. Allerdings war schon der naturrechtliche Boden, auf dem Adam Smith fußte, von römischen Selementen stark durchsetz, odwohl das römische Recht dem Briten nicht aus dem Leben bekannt sein konnte. Aber das naturrechtliche Fundament war ja für Adam Smith von Samuel Pusendorf zubereitet, und Pusendorf hatte sein Naturrechtssystem, mehr noch als viele andere Naturrechtler, dewußt oder undewußt an das römische Recht angelehnt. Indessen mußte das römische Recht in Deutschland, wo es seit Jahrbunderten galt, eine weit höhere Bedeutung gewinnen.

Hatte sich ber Angriff bes beutschen Liberalismus gegen bie auf bem beutschen Boben bes Mittelalters erwachsenen Sonbersberechtigungen ber Stänbe und gegen bie Willkur bes Polizeistaatsgerichtet, so fand er das dem Ideal ber Rechtsgleichheit entsprechende,

10*

von Naturrechts wegen jeder Erschütterung entzogene Fundament im römisch en Recht. Freilich hatte auch bieses zu seiner Zeit manche Rechtsungleichheiten fanktioniert, Freie und Sklaven, römische Bürger, Latini und Beregrinen, Soldaten und Zivilisten, Vornehme und Geringe verschieden behandelt. Aber biefe Rechtsungleichheiten maren von dem römischen Recht schon auf dem langen Weg, den es guruckgelegt hatte, ehe es in Deutschland Ruß faßte, abgefallen. Als es zu uns kam, verkündete es wirklich gleiches Recht für alle. bas Corpus juris bestimmte, ließ sich, zumal es der Auslegung größere Freiheit gewährte als die Paragraphen eines modernen Gefetbuches, ohne große Schwierigkeiten auf die deutschen Verhältnisse bes 19. Sahrhunderts anwenden. Denn aus dem bäuerlich-nationalen Recht bes alten Rom war schon in den Zeiten bes römischen Weltreichs und bes fpätrömischen Despotismus ein merkwürdig ausgeglichenes. aber farblofes, nach ber Eigenart von Klima, Boden und Einwohnern wenig fragendes Recht geworben. Diefes römische Allerweltsrecht, weniastens in seinen Grundzügen, mit naturrechtlicher Weihe auszustatten, mar nichts Neues. Das hatten, da leiber auch das römische Recht diejenigen, die sich mit ihm beschäftigen, nicht gegen Borniert= heit schützt, viele Romanisten seit der Rezeption getan. Aber folde Romanisten — Savigny gehörte gang gewiß nicht zu ihnen — hätten nicht die romanistische Strömung hervorrufen können, die um die Mitte des 19. Jahrhunderts bis in die Tiefen der juristischen Praxis eindrang. Rest erst erlangten bei den Gerichten die Grundfäte des römischen Rechts, wie sie in den Pandektenvorlefungen und Pandektenlehrbüchern vorgetragen murben, die Geltung ewiger und beshalb gegen Gingriffe ber Gesetzgebung gefeiter Rechtswahrheiten, und mas nicht mit den Mitteln des römischen Rechtes konstruiert werden konnte. galt als rechtlich unmöglich. Das war nicht bas Werk ber hiftorischen Schule. Sie hätte gar nicht die Macht gehabt, diesen Anschauungen zur Herrschaft zu verhelfen. Aber diese Anschauungen waren auch gar nicht die ihrigen. Denn sie leugnete ein immer und überall maßgebendes Vernunft= oder Naturrecht und konnte deshalb, wenn fie sich treu bleiben wollte, auch das römische Recht nicht als Vernunft= ober Naturrecht proklamieren. Das war vielmehr das Werk bes beutschen Liberalismus.

Das Pandektenrecht, in bessen Prinzipien der deutsche Liberalis= mus die seinem Ideal des gleichen Rechts für alle entsprechende naturgegebene und darum unantastbare Grundlage des freien Wett= bewerds fand, war nun Privatrecht. Was die Rezeption des römischen Rechts an Normen öffentlichrechtlichen Charakters in bas römische Reich beutscher Nation getragen hatte, ist mit der Aussbildung der Territorialgewalten ausgeschaltet worden. Außer dem Privatrecht römischer Herkunft waren den Pandekten von den zahlereichen Disziplinen, die sich im Lauf der Zeit von ihnen abgezweigt hatten, nur einige allgemeine Rechtsfragen und Rechtsbegriffe zur Erörterung belassen worden.

So kommt es zunächst, daß sich unter dem Ginfluß des Liberalismus die Ansicht, die Gesetzgebung habe sich nicht schöpferisch, sondern nur feststellend und klärend zu betätigen, auf das Privat = recht beschränkt, das Savigny zwar vorzugsweise, aber doch nicht ausschließlich im Auge gehabt hatte, als er diese Ansicht aufstellte.

So kommt es aber auch weiter, daß sich diese Ansicht zu bem Dogma entwickelt, die Gesetzgebung durfe sich bes Privatrechts nicht zu öffentlichen Zwecken bedienen.

Wie ich schon oben sagte, war der Pandektenvorlesung, als sich im Lehrbetrieb der deutschen Universitäten die Vorlesungen über Staatsrecht, dann über Strafrecht und Prozeß, endlich auch über Verwaltungsrecht absonderten, außer der Hauptaufgabe, das geltende Privatrecht römischen Ursprungs darzustellen, die Rebenaufgabe verblieben, die Grundbegriffe des geltenden Rechts überhaupt bekannt zu geben. Selbstverständlich suchte der Pandektenprofessor auch bei der Erfüllung dieser Nebenaufgabe die Grundlage in seinem Corpus juris. Da fand er gleich im Anfang der Digesten Justinians als eine Außerung des Juristen Ulpian folgenden Saß mitgeteilt:

Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.

Da stand also schwarz auf weiß zu lesen, daß das Privatrecht im Gegensatzum öffentlichen Necht mit dem Gemeinwohl nichts zu tun hat, sondern nur auf das Wohl der Individuen schaut. Ist das unansechtbar, dann ist allerdings gegen den Schluß, daß die Gesezgebung das Privatrecht nicht zur Förderung des Gemeinwohls gesbrauchen darf, nichts mehr einzuwenden.

Nun ist freilich in neuerer Zeit, wenn nicht bewiesen, so doch wahrscheinlich gemacht worden, daß der Verfasser der berühmten Digestenstelle, aus der den modernen Sprachen die Wörter Staat, etat, stato usw. zugestossen sind, unter Privatrecht und öffentlichem Recht etwas ganz anderes verstand. Wir nennen ja Privatrecht das Recht, das die Verhältnisse der Privatpersonen ordnet, öffentliches Recht das Recht, das die Beziehungen der öffentlichen Verbände und

ihrer Organe zueinander und zu den Verbandsmitaliedern regelt. Uns unterscheiden sich also die privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Normen nach ihrem Inhalt. Der römische Jurift verstand dagegen vermutlich unter ius privatum das Recht, das ohne Mitwirkung einer politischen ober religiösen Autorität sich gehilbet hat, vom Staat anerkannt, aber nicht geschaffen ist - unter ius publicum bas Recht, bas unabhängig von folder Bilbung aus bem schöpferischen Willen einer politischen ober religiösen Gewalt hervorgeht. Ihm handelte es sich danach um einen Unterschied der Rechtsnormen nach ihrer Entftehung. In biefem Ginne aufgefaßt, enthält der Ausspruch Ulpians geschichtliche Wahrheit. Auch die Erfahrungen neuerer Zeiten bestätigen ja leider, daß die Rechtsbildungen bes fich felbst überlassenen Verkehrs ben Individualinteressen ber Beteiligten, nicht aber ber Gesundheit ober Gesundung von Staat und Gesellschaft Rechnung tragen. Bas für das ius publicum und privatum in ber römischen Bebeutung biefer Worte richtig ift, bas ift aber gewiß nicht ohne Beweis als richtig anzuerkennen für das öffent= liche und Privatrecht in bem anderen Sinn, ben wir bamit verbinden.

Wenn man, statt biesen Beweis zu versuchen, auf die Autoristät des Corpus juris hin behauptete, daß das Privatrecht nur den Privatinteressen, nicht dem Gemeinwohl diene und dienen dürse, so entsprach das nicht den Grundsäten der historischen Schule. Denn diese hat, wenn es auch an Fehltritten nicht fehlte, immer wieder betont, daß — so lange überhaupt römisches Recht bei uns galt — autoritative Bedeutung nur den rezipierten Normen des römischen Rechts, nicht auch den Lehrsäten der römischen Juristen zuskomme. Die deutschen Anhänger Adam Smiths waren von solchen Strupeln frei. Ihnen war der Sat, daß das Privatrecht im Gegenssatz zum öffentlichen Recht nur auf die utilitas singulorum Rücksicht zu nehmen hat, als ein Stück der Pandektenlehre mit der Autorität des Naturrechts ausgestattet. Und in dieser Sigenschaft wurde ihnen die Pandektenstelle sehr wertvoll.

Knies hat in ber zweiten Auflage seiner "Politischen Ökonomie vom geschichtlichen Standpunkt" 1883 von Abam Smiths Lehre ber klassischen Nationalökonomie gesagt:

Wohl stand im Vorbergrund, daß die "von Natur gleichen und gleichberechtigten" Individuen wie in ihrer Bereinzelung, so in ihrem interpersonalen Verkehr und in ihren freien "gesellschaftlichen" Bereinigungen dem sie bevormundenden Banne und ausnutzenden Iwange der Staatsverwaltung entzogen werden sollten. Allein dem

heftigen Verlangen nach voller Befreiung der Einzelnen und der Gesellschaft von dem politischen Druck mußte doch nicht minder auch die Beschränkung auf bem ber Verwaltungswillfür entzogenen Bege der Gesetgebung und durch die gesetlichen Rechtseinrichtungen wie eine feindliche Gewalt erscheinen. So begründete fich bie Forderung, daß nicht bloß die staatliche Regierung von allen Berwaltungsmaßregeln zur Leitung ber privatwirtschaftlichen Tätigfeiten abstehen folle, fondern auch die staatliche Gefengebung auf jenes unvermeibliche Minimum von Vorschriften zu befchränken fei, burch welche die Freiheit ber Berjon und ber Schut bes Eigentums gesichert werbe. Und eben diesen Rest von als notwendig bezeichneten gesetlichen Borschriften erachtetete bzw. behandelte man bann als einen Bestand von Einrichtungen, die dauernd und überall in gang bestimmter Form vorhanden fein mußten, und fette stillschweigend voraus, baß sie ihrerseits ohne jeden Ginfluß auf die Geftaltung bes ökonomischen Erwerbs und auf die Berteilung bes mirtschaftlichen Besitzums feien.

Daß die volle Grundlosigkeit dieser letteren Voraussetzung klar erkannt werbe, ist von größter Bedeutung.

Der hier richtig aufgewiesene Grundirrtum der klassischen Nationalsökonomie gewann in dem Ausspruch Ulpians eine anscheinend unzerbrechliche Stütze. Denn wenn das Privatrecht nur den Nutzen des Einzelnen im Auge hat, so ist in dem Privatrecht jenes für die Volkswirtschaft des laissez faire unentbehrliche, naturgegebene Minimum von Vorschriften gefunden, denen jeder Einsluß auf die Gestaltung des ökonomischen Erwerds und auf die Verteilung des wirtschaftlichen Vesitztums — also auf Volkswirtschaft und Sozialpolitik — abgeht. —

Ich wollte in Kürze zeigen, wie die Meinung entstanden und zur Herrschaft gelangt ist, daß die Gesetzgebung sich zu öffentslichen Zwecken des Privatrechts nicht bedienen darf. Savignys Prospramm der historischen Schule, Abam Smiths Lehre der klassischen Nationalökonomie, der Glaube an ein Naturrecht waren die Komsponenten, eine Pandektenstelle die Stütze. Savignys Programm zählt heute nicht mehr viele Bekenner, Adam Smiths Lehre ist außer Kursgekommen, das Naturrecht zählt nur noch wenige Gläubige, die Pandektenstelle ist als misverstanden erkannt. Wie es zugeht, daß trotzem jene Meinung auch heute noch herrscht, das ist eine Frage, deren Beantwortung ein weiteres umfängliches Kapitel in der Gestschichte der großen Irrtümer füllen könnte.