

## Savigny und Adam Smith<sup>1</sup>

Von Alexander Leist-Gießen

**Inhaltsverzeichnis:** Vorstellung: Öffentliches Recht, öffentliches Leben — Privatrecht, Privatleben; deshalb nicht zu öffentlichen Zwecken privatrechtliches Gesetz S. 135—138. — Herkunft? S. 139. — Savigny S. 140—145. Adam Smith S. 146. — Naturrecht und Romantismus S. 147—148. — Eine Pandektenstelle S. 149—151.

**D**as Privatrecht hat es zu tun mit den Rechten und Pflichten zwischen Privatleuten, Menschen, von denen keiner dem anderen in einem obrigkeitlichen Kleid gegenübertritt. Das öffentliche Recht regelt dagegen die Beziehungen der öffentlichen Verbände und ihrer Organe zueinander und zu den Verbandsmitgliedern.

Daraus folgt, daß das Privatrecht das Privatleben, das öffentliche 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 Recht suchen.

So wird man Vorstellungen zusammenfassen dürfen, die unsere heutige Jurisprudenz und die moderne Gesetzgebung 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 Käufer vom Verkäufer verlangen kann, wenn die Ware sich mangelhaft erweist oder im gekauften Hause sich der Schwamm findet, das kann für das Privatleben der Beteiligten 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 verbieten kann, daß er mir die Fenster verbaut oder auf seinem Grundstück eine übelriechende Seifenfabrik anlegt, 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 Sklaverei, das Eigentum am Menschen, gehört sicherlich dem Privatrecht an, denn es handelt sich um Beziehungen zwischen Menschen, von denen keiner in obrigkeitlichem Gewand auftritt.

<sup>1</sup> Ein Vortrag als Prolegomenon zu Untersuchungen unter dem Titel: „Privatrecht und Sozialpolitik. Studien zur Rechtsgeschichte Deutschlands im 19. Jahrhundert.“

Wird die Sklaverei abgeschafft und durch das Lohnvertragrecht ersetzt, so übt das zweifellos 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 Änderung des Privatrechts die Aristokratie der Südstaaten durch das Yankeetum überwunden wäre.

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

Das Erbrecht, selbstverständlich ein Teil des Privatrechts, bestimmt in verschiedenen Teilen Deutschlands verschieden darüber, was beim Tod des Bauern aus seinem Gut wird. Hier teilen die Kinder das Vermögen des Vaters zu gleichen Teilen, dort bekommt der älteste oder der jüngste Sohn den Hof; und die anderen Kinder werden abgefunden. Die Wirkungen dieses Unterschieds treten nicht bloß in den Lebensschicksalen der Individuen zutage. Den Bauernhäusern kann man ansehen, ob in der Gegend die Gleichteilung des römischen und französischen Rechts oder deutsches Anerbenrecht gilt. Die Art des bürgerlichen Betriebs, die Produktivität der Landwirtschaft hängen davon ab, die gesellschaftliche und politische Rolle des Bauernstandes ist dadurch bedingt. Auch für die Ausdehnung des Proletariats und damit für die Entwicklung der Industrie ist es von einschneidender Bedeutung, ob das eine oder andere System die bürgerliche Erbfolge regelt. Und ähnlich wie das bürgerliche Erbrecht über den Bereich individueller Interessen hinaus weitreichende Wirkungen auf volkswirtschaftliche, soziale und politische Verhältnisse ausübt, entscheidet das Erbrecht über die Ehre und Macht des grundbesitzenden Adels. Um den bourbonischen Adel Frankreichs zu entwurzeln, hat Napoleon I. im Code civil den römischen Grundsatz, daß der Nachlaß des Vaters unter seine Kinder zu gleichen Teilen zu verteilen ist, zu der Vorschrift steigern lassen, daß jedes Kind ein gleiches Stück vom Grundbesitz des Vaters verlangen kann, und um dieser Vorschrift willen hat er seinem Bruder Joseph die Einführung des Code civil in Neapel besonders empfohlen, weil durch sie die Machtstellung des dortigen Adels unterhöhl werden würde. Als es aber einige Jahre später Napoleon darauf ankam, seiner Dynastie in einem neuen Hochadel feste Stützen zu geben, hat er zugunsten seiner Her-

zöge und Fürsten das Erbrecht des Code civil durch das privat-rechtliche Institut des Familienfideikommisses ersetzt.

Ich kann nun nicht versuchen darzulegen, in welchem Umfang das Privatrecht nach geschichtlicher Erfahrung in das öffentliche Leben eingreift. Dafür fehlt der Raum, dazu ist auch die Zeit noch nicht gekommen. Denn wir wissen über diese Zusammenhänge noch sehr wenig. An einigen Punkten drängen sie sich schon dem oberflächlichen Blicke auf, an anderen sind wir über sie durch Untersuchungen von Wirtschafts- und Rechtshistorikern unterrichtet. Aber umfassende und auf die Einzelheiten eingehende Untersuchungen mangeln. Deshalb kann sich die Ansicht erhalten, daß nur von wenigen Teilen und Hauptgrundsätzen des Privatrechts ein Einfluß auf die Wirtschaft, die Gliederung, das gesamte politische und Kulturleben der Nation ausgehe, daß dagegen an der großen Masse des Privatrechts die Öffentlichkeit nur insofern interessiert sei, als sie zur Erhaltung von Ruhe und Ordnung irgendeine Regelung, gleichviel welchen Inhalts, wünschen müsse, etwa wie für den öffentlichen Verkehr eine Vorschrift, daß die Wagen einander rechts oder links ausweichen sollen, Bedürfnis, aber gleichgültig ist, ob das Ausweichen nach rechts oder links vorgeschrieben wird. Würde das Privatrecht bis in seine feinsten Verzweigungen darauf geprüft, wie es sich zu dem öffentlichen Leben verhält, so würde sich, glaube ich, im Gegenteil ergeben, daß für das öffentliche Leben der Inhalt der Privatrechtsordnung nur an wenigen Stellen irrelevant ist. Man darf nur von Änderungen des Privatrechts nicht plötzliche und auffällige Wandlungen des Volkslebens erwarten. Neuerungen im Staatsrecht oder Strafrecht mögen dem Strom des Volkslebens in gleicher Weise eine neue Bahn weisen wie Bergstürze oder Erdbeben einem Fluß. Änderungen des Privatrechts pflegen erst nach Jahrzehnten sich mit Hilfe der Rechtsprechung bemerklich zu machen.

Wie dem sei, die gefällige Scheidung: Privatrecht, Privatleben — öffentliches Recht, öffentliches 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 häufig gesagt wird, daß Privatrecht oder bürgerlicher Recht 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

der *salus publica* den Zweck und die Rechtfertigung aller Normen, und den Unterschied von Privatrecht und öffentlichem Recht nur in der Verschiedenheit der zu dem gleichen Zwecke angewandten Mittel zu suchen. Jedenfalls kann sich der Grundsatz, daß die Gesetzgebung sich zur Förderung des öffentlichen Lebens nur des öffentlichen, nicht auch des Privatrechts bedienen dürfe, nicht einfach als logische Folgerung aus dem Wesensunterschied beider Rechtsarten legitimieren, sobald anerkannt wird, daß privatrechtliche Normen, wenn auch nur nebenbei, das öffentliche Leben beeinflussen. Man wird sagen dürfen, daß der Heizstoff *Koks* das Hauptprodukt der Verkokung von Kohle ist, und man nennt wohl andere bei der Verkokung gewonnene Stoffe Nebenprodukte. Nun geschieht es, daß solche Nebenprodukte besonders wertvoll und wertvoller als der Heizstoff werden. Wird es jemand einfallen zu sagen: weil ein etwa zur Munitionsherstellung erforderlicher Stoff nur ein Nebenprodukt der Verkokung darstellt, darf diese nicht zu dem Zwecke vorgenommen werden, jenes Nebenprodukt zu gewinnen? Hauptzweck und Hauptwirkung der Eisenbahnen ist gewiß die Förderung des Personen- und Güterverkehrs. Folgt daraus, daß man strategische Eisenbahnen nicht bauen darf? Sollte man mit größerem Recht sagen dürfen: weil wir die Beeinflussung des öffentlichen Lebens nur als eine Nebenwirkung der privatrechtlichen Gesetzgebung ansehen, darf diese nicht um dieser Nebenwirkung willen gebraucht werden?

Dennoch denken so Juristen, Philosophen und Nationalökonomen, wenn sie auch das anscheinend Selbstverständliche nur selten aussprechen, und unsere Gesetzgebung huldigt dem Grundsatz, daß man die Mittel zu öffentlichen Zwecken nicht im Privatrecht, sondern nur im öffentlichen Recht zu suchen habe. Wahlgesetze und Verwaltungsreformen sollen das politische Leben bessern, Zoll- und Steuergesetze der Volkswirtschaft aufhelfen, Arbeiterversicherung und Arbeiterschutzgesetze die sozialen Gebrechen heilen. Hier und da erlaubt sich freilich unsere Gesetzgebung Ausnahmen. Aber wo man in den Motiven privatrechtlicher Gesetze Erwägungen wirtschafts- und sozialpolitischer Art findet, da handelt es sich durchweg nur um schüchterne Versuche, kleinere Schäden unserer wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zustände zu beseitigen, und nicht selten verraten Anzeichen eines schlechten Gewissens, daß die Gesetzgeber, indem sie zu öffentlichen Zwecken privatrechtliche Mittel verwenden, etwas zu tun glauben, was sich eigentlich nicht gehört. Liegen privatrechtliche Mittel zur Befriedigung öffentlicher Bedürfnisse bequem zur Hand, so 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 Hebung der Volkswirtschaft und zur Gesundung des politischen und gesellschaftlichen Lebens wirksame Mittel bieten kann. Wäre es anders, so hätte vermutlich unsere Wirtschafts- und Sozialpolitik bessere Erfolge erzielt, als sie bisher aufzuweisen hat.

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

Ich frage nicht etwa: Seit wann greift die Gesetzgebung zu öffentlichen Zwecken vorzugsweise zu öffentlich rechtlichen Mitteln? Darauf würde ich keine bestimmte Antwort zu geben. Das ist wohl, seit in den deutschen Städten und Territorien die Gesetzgebung zu Kräften kam, immer so gewesen. Immer hat man, wenn öffentliche Mißstände ein Eingreifen der Gesetzgebung notwendig machten, mit Straf- und Polizeigesetzen zu helfen gesucht und an das Privatrecht wenig gedacht. Das war für den Polizeistaat des 18. Jahrhunderts fast selbstverständlich. Das war auch für die Juristen selbstverständlich, die zu allen Zeiten in ihrer Mehrzahl daraus, daß das Privatrecht individuelle Interessensphären abgrenzt, den Schluß zogen, daß es über die individuellen Interessen nicht hinauswirken könne. Kann das Privatrecht die öffentlichen Verhältnisse nicht beeinflussen, so kommt natürlich gar nicht in Frage, ob sich die Gesetzgebung seiner zu öffentlichen Zwecken bedienen darf. Aber es hat doch seit Jahrhunderten und in steigender Zahl Leute gegeben, die aus praktischer Beobachtung oder aus der Geschichte die Lehre entnahmen, daß die Gestaltung des Privatrechts, sei es auch nur in einzelnen Partien und secundario, wie man früher sagte, sich im öffentlichen Leben geltend macht. Woher kommt — darum soll es sich hier handeln — die auch sie beherrschende Meinung, daß die Gesetzgebung die Mittel zu öffentlichen Zwecken im öffentlichen Recht zu suchen hat?

Man wird selten 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 Gesetzgebung, 1815 leitete er seine Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft mit einem Programm-

auffaß ein, 1816 ergänzte er diese beiden Bekennnißschriften 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 der Universität berufen. Das war die Zeit der Hardenbergschen Gesetzgebung. Es galt, die Kassen des bei Jena niedergeschlagenen, verarmten und verkleinerten Staats zu füllen, um dringlichsten Anforderungen genügen zu können. Dazu sollten neben dem Verkauf von Domänen und Kirchengütern neue Steuern unter Aufhebung der Steuerprivilegien des Adels dienen. Es galt aber weiter, wie Hardenberg aussprach, den allgemeinen Wohlstand zu erhöhen, um das Volk in den Stand zu setzen, die neuen Lasten zu tragen, und die Aussicht in eine glücklichere Zukunft zu eröffnen. Schon Stein hatte im Oktoberedikt von 1807 den König sagen lassen, es sei ebensowohl den unerlässlichen Forderungen der Gerechtigkeit als den Grundsäcken einer wohlgeordneten Staatswirtschaft gemäß, alles zu entfernen, was den Einzelnen bisher hindert, den Wohlstand zu erlangen, den er nach dem Maße seiner Kräfte zu erreichen fähig ist. Schon damals wurde die Gutsuntertänigkeit der Bauern mit ihrer Beschränkung der Eheschließungen und der Freizügigkeit und mit dem Gesinde Dienstzwang, der bisher dem grundbesitzenden Adel die Arbeitskräfte gestellt hatte, wegdekretiert, die persönliche Freiheit aller proklamiert. Jetzt ging Hardenberg weiter. Das neue System — so verkündete er — beruht darauf, daß jeder Einwohner des Staats, persönlich frei, seine Kräfte auch frei entwickeln und benutzen könne, ohne durch die Willkür eines anderen daran behindert zu werden, und daß das Verdienst, in welchem Stande es sich finde, ungehindert emporstreben könne. Dazu soll dem Gewerbe und der Landwirtschaft volle Freiheit gewährt werden. Der Bauer soll nicht bloß persönlich frei sein, sondern er soll auch wenigstens einen Teil des bisher dem adeligen Herrn gehörenden Bodens zu freiem Eigentum erhalten, und er soll die Früchte seines Eigentums und seiner Arbeit unverkürzt durch Dienste und Abgaben an den Guts herrn genießen, um dafür dem Staat reichlichere Steuern zahlen zu können.

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

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 sollte, konnte doch die Rücksichtslosigkeit nicht billigen, mit der der Hannoveraner die Grundlagen der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ordnung Preußens erschütterte. Gegenüber Hardenbergs stürmischem und gewalttätigem Nationalismus verbindet sich mit der Interessopolitik die Romantik. Seinen Ausdruck findet dieses Bündnis in Berlin in der christlich-deutschen Tischgesellschaft. Sie fand in Heinrich v. Kleists Berliner Abendblättern ein unscheinbares, aber einflussreiches Organ, das freilich der Staatskanzler bald durch die Zensur ums Leben bringen ließ. Die ständische Opposition hatte er schon vorher unterdrückt, indem er ihre Führer ohne Urteil und Recht auf der Festung Spandau gefangen setzte.

Aber wozu erinnere ich hier an das, was besser und ausführlicher in Meusels „Marwitz“ und Steigs Buch über Heinrich v. Kleists Berliner Kämpfe 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 Adel, aber der in Frankfurt geborene Sohn eines alten lothringischen Rittergeschlechts hatte mit dem frondierenden brandenburgischen Junkertum keine Gemeinschaft. Zu den Interessopolitikern 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 Verständnis damals in akademischen Kreisen noch weniger verbreitet waren als heutzutage, verwundert, zu sehen, wie vollständig sie in bewegten Tagen mit wissenschaftlichen Größen und Berufungsfragen ausgestattet sind. Und als Savigny später preußischer Minister wurde, da hat er ausgiebig erwiesen, wie sehr dem großen Forsther und Lehrer das Zeug zum praktischen Politiker fehlte.

Savigny war auch kein eigentlicher Romantiker. Bettina v. Arnim hat gelegentlich erkennen lassen, wie schlecht sich ihre schwärmerisch-aufgeregte Romantik mit Savignys vornehm-gelassener Wissenschaftlichkeit vertrug. Ihr Bruder Clemens Brentano wandte sich einmal, als ihn die Lust anwandte, 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. Äußerungen Savignys über sein Verhältnis zur Romantik sind mir nicht bekannt. Aber Savigny, der als einer der ersten Rankes 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 Adam Müller jene christlich-deutsche Tischgesellschaft gründete, und daß aus der konservativ-romantischen Opposition gegen Hardenbergs absolutistischen Nationalismus das Programm der historischen Schule erwachsen ist.

Die Quelle des Gedankens, daß das Recht nicht aus dem teleologisch bestimmten Willen des Gesetzgebers hervorgehen darf, daß der Gesetzgeber nur festzustellen und klarzustellen hat, was der notwendig durch die gesamte Vergangenheit bestimmte Geist der Nation zum Recht gebildet hat, ist auf diesem Boden zu suchen, und die Beschaffenheit des Bodens ist maßgebend für die Fassung in der die Quelle das Wasser zutage fördert. Die Adern, die der Quelle das Wasser zuleiten, führen weit ab. Der Widerwillen gegen alle Versuche, die Welt durch Gesetze nach einem volksbeglückenden Plan umzugestalten, möchten sie von oben oder unten kommen, hat Savigny nicht erst in Berlin erfüllt. Die französische Revolution und der Despotismus, den Savigny in dem Bayern des Grafen Mongelas am Werke gesehen hatte, hatten das schon vorher besorgt, persönliche 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 gesetzreiche Spätzeit zu verachten, die ältere Entwicklung des römischen Rechts hochzu schätzen, in der das Gesetz ebenso wie im deutschen Mittelalter eine geringe Rolle spielte. In der Verwerfung des Naturrechts, in dem man seit Jahrhunderten die für die Gesetzgebung maßgebenden Grundideen, aber auch die Schranken der gesetzgebenden Gewalt gefunden hatte, waren ihm andere vorausgegangen. Die Betonung des Werdens gegenüber dem spontanen, zielbewußten Schaffen war ihm von Männern sehr verschiedener Art zugetragen, von dem Historiker Spittler, dem katholischen Theologen Sailer, dem Staatsmann Rehberg, im Hintergrund wohl auch durch Montesquieu,

Justus Möser, Herder und Goethes Schwager Schlosser. In Berlin kam der Einfluß Schellings und vor allem Niebuhrs hinzu. Aber der im Stillen gesammelten Kraft hat doch erst der Gegensatz zu der rationalistischen Gesetzgebung Hardenbergs zum Durchbruch verholfen, in dem sich Savigny mit dem Konservatismus und der Romantik zusammenfand. Aus dieser Verbindung sind die Bekennnisschriften der historischen Schule hervorgegangen. Ganz richtig hat kürzlich ein Nationalökonom von der Entstehung der historischen Juristenschule gesagt:

Lebendige 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 Verstimmungen 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 Gegensatz zum öffentlich-rechtlichen nicht als Mittel zu volkswirtschaftlichen, sozialen und politischen Zwecken nach dem Willen des Gesetzgebers gebraucht werden dürfe, so ist das durch das Gesagte noch nicht begründet.

Allerdings, wenn das *privatrechtliche* Gesetz nur Wege ausbauen darf, die bereits der Verkehr eingeschlagen hat, so bedeutet das, daß die *privatrechtliche* Gesetzgebung auf die Befriedigung volkswirtschaftlicher, sozialer und politischer Bedürfnisse nicht ausgehen darf — ebenso wie der Grundsatz, daß die Eisenbahnen den bisherigen Verkehrswegen zu folgen haben, den Bau von Eisenbahnen zu Zwecken der Landesverteidigung oder zur Hebung verkehrssarmer Gegenden ausschließen würde. Denn wie die Wege, die sich zwischen den Städten, Dörfern und Höfen durch das Gehn 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 Gewohnheitsrecht geschaffenen Normen des Privatrechts selten auf das

Wohl der Gesamtheit orientiert und nur durch Zufall tauglich, im wirtschaftlichen, sozialen und politischen Leben des Volkes Fortschritte herbeizuführen oder zu ermöglichen. Ginge Savignys Lehre dahin, daß das *privatrechtliche* Gesetz nur das Gewohnheitsrecht zur Ausführung zu bringen habe, so möchte es unbedenklich erscheinen, mit ihr den Grundsatz, daß die *privatrechtliche* Gesetzgebung sich nicht vermesssen soll, in öffentlichen Angelegenheiten einen Einfluß anzustreben, in Verbindung 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 muß 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 solcher in erster Linie auf den Teil des Rechts hingewiesen, den wir heute bürgerliches Recht oder Privatrecht zu nennen pflegen.

Die Schrift vom „Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung“ war gerichtet gegen eine Broschüre des Heidelberger Pandekten 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 Kodifizierende Gesetzgebung und gegen Eingriffe der Gesetzgebung überhaupt zu verteidigen.

Thibaut hatte aber zum bürgerlichen Recht auch das Strafrecht und Prozeßrecht gerechnet, die wir heute dem öffentlichen Recht zu teilen. 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 Recht und Privatrecht waren vom Mittelalter her vielfach ununterscheidbar miteinander vermengt. Auch in den gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnissen, die Hardenbergs Gesetzgebung angriff, mischten sich Privatrecht und öffentliches Recht.

Es ist also in gleichem Maße verständlich, daß Savigny hauptsächlich an das Privatrecht denkt 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 Aufsatz der „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ ganz allgemein: „Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des

Rechts sei durch die gesamte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkür, 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 Zeitalters aber — insbesondere das Geschäft der Gesetzgebung — müsse darauf gerichtet sein, diesen mit innerer Notwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu verjüngen und frisch zu erhalten." Nirgends ist von einem Gegensatz 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 zurückgeblieben ist, so ist auf die Gesetzmäßigkeit, die in ihm herrscht, durchaus keine Anwendung von Ideen und höchstens die eines mechanischen Scharffinns möglich, um die empirischen Gründe derselben in einzelnen Fällen darzutun oder streitige Fälle nach jenen zu entscheiden.“

Wie sollte danach in Savignys Schriften der Grundstein für die heute herrschende Lehre zu finden sein, daß der Gesetzgebung für öffentliche Zwecke nur das öffentliche Recht, 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 alsbald fast allseitige Zustimmung gefunden. Das ist aber nicht zutreffend. Preußische Politiker konservativer Richtung, wie Ancillon, Stahl, Radowitz, haben sie gegen konstitutionelle Neuerungen — also auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts — zu verwerten gesucht. Auf den Kathedern hat sie auch außerhalb Preußens Anhänger gewonnen; in der Kodifikationsfrage läßt sich eine Einwirkung zum Beispiel auf Regierung und Stände von Württemberg nachweisen. Ein Professor hat sie sogar in Romanen popularisiert. In weiterem Kreise ist sie indessen nicht bekannt geworden, geschweige denn zu Verständnis und Einfluß gelangt. Hier und da mag sie etwas dazu beigetragen haben, die Gesetzgebung, gegen die sie sich wandte, ein

wenig aufzuhalten, aber sie hat nicht vermocht, ihr den schließlichen Erfolg streitig zu machen. In ganz Deutschland sind, entgegen dem 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 allgemeinen Meinung wirksam sein?

Dennoch bleibe ich dabei: auf Savignys Programmschriften von 1814—1816 geht das Vorurteil zurück, das gegenwärtig die privatrechtliche Gesetzgebung von der Pflege öffentlicher Interessen ausschließt. Wie das zugegangen ist, will ich, so gut es in der gebotenen Kürze angeht, andeuten.

Savigny wandte sich gegen die Gesetzgebung Hardenbergs, aber hinter dieser stand der ökonomische Liberalismus Adam Smiths. Adam Smiths Lehre forderte von der Gesetzgebung die rücksichtslose Befreiung der dem freien Spiel der Kräfte entgegenstehenden Hindernisse. Darum verlangten seine Anhänger in Deutschland, darunter viele preußische Beamte, vor allem die Aufhebung der die Bauern belastenden und ihre Landwirtschaft hemmenden gutsherrlichen und grundherrlichen Privilegien, gleichviel, ob sie sich zu Privatrechten oder öffentlichen Rechten gestaltet hatten. Möchte dabei vielfach das individualistische Streben nach Gerechtigkeit für den bedrückten Bauern hineinspielen, die treibende Kraft der großen Bewegung, die in der Agrarreform der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts zum Siege gelangte, war doch der optimistische Glaube, daß gleiches Recht für alle das ganze Volk reich und glücklich machen werde. Gleiches Recht für alle bedeutete aber bekanntlich dem großen Schotten nicht gleiche Anteilsrechte aller an den Gütern dieser Welt. Es sollten nur alle Normen weggeräumt werden, die den Angehörigen eines Standes einen Vorsprung im Wettbewerb gewährten und damit die Mitglieder anderer Stände benachteiligten. Dagegen sollte die bestehende Rechtsordnung, soweit sie für alle Menschen dieselben Bestimmungen traf und der wirtschaftlichen Freiheit nicht unnötige Beschränkungen auferlegte, unangetastet bleiben, obwohl sie zu großer Verschiedenheit der Lebensausstattungen geführt hatte und weiter führen mußte. Arm und reich, Gläubiger und Schuldner, Eigentümer und Pächter sollte und mußte es auch weiterhin geben; das erschien dem schottischen Philosophen nicht bloß gut, sondern selbstverständlich — das war ihm durch ein ewiges Naturrecht festgelegt. Denn die Nationalökonomie Adam Smiths, des Professors der Moralphilosophie, ist aus der Naturrechtsphilosophie hervor-

gewachsen. Frei von jeder Fesselung und Beschränkung durch menschliche Satzung soll das wirtschaftliche Leben seinen Lauf nehmen, aber der Moralphilosoph setzt dabei, als jedem Zweifel entrückt, voraus, daß die Rechtsordnung unberührt bleibt, die ihm durch die Natur selbst begründet und deshalb gegen Umsturz oder gegen Er schütterung durch menschliche Satzung gesichert erscheint. Woher ihm die Naturrechtsordnung kam, die ihm die feste Grundlage für das volkswirtschaftliche System des *laissez faire* abgibt, dürfte nach den Untersuchungen von Hasbach ziemlich sicher sein. Es war in der Haupt sache die Naturrechtslehre des deutschen Juristen Pufendorf.

In Deutschland von vielen wie ein Evangelium aufgenommen, vielleicht nicht zum wenigsten deswegen, weil man vertraute Grund töne heraushörte, kehrten die Lehren Adam Smiths zunächst ihre destruktive Seite hervor. Hatte man doch in Deutschland noch mehr als in England unter der Rechtsverschiedenheit für Adel, 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 gemein schädlich empfunden worden. Die dem Mittelalter und dem Polizeistaat entstammenden Satzungen zu beseitigen, ist dem Liberalismus in langwierigen Kämpfen, in denen man auch vor Eingriffen in wohl erworbene Privatrechte nicht zurück schaute, gelungen. Zu den überwundenen Gegnern gehörte in gewissem Sinne Savigny.

Aber je näher der ökonomische Liberalismus diesem Erfolge rückte, desto mehr gewann seine andere, man möchte sagen, konser vative 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 Elementen stark durchsetzt, obwohl das römische Recht dem Briten nicht aus dem Leben bekannt sein konnte. Aber das naturrechtliche Fundament war ja für Adam Smith von Samuel Pufendorf zubereitet, und Pufendorf hatte sein Naturrechtsystem, mehr noch als viele andere Naturrechtler, bewußt oder unbewußt an das römische Recht angelehnt. Indessen mußte das römische Recht in Deutschland, wo es seit Jahr hunderten galt, eine weit höhere Bedeutung gewinnen.

Hatte sich der Angriff des deutschen Liberalismus gegen die auf dem deutschen Boden des Mittelalters erwachsenen Sonder berechtigungen der Stände und gegen die Willkür des Polizeistaats gerichtet, so fand er das dem Ideal der Rechtsgleichheit entsprechende,

von Naturrechts wegen jeder Erschütterung entzogene Fundament im römischen Recht. Freilich hatte auch dieses zu seiner Zeit manche Rechtsungleichheiten sanktioniert, Freie und Sklaven, römische Bürger, Latini und Peregrini, Soldaten und Zivilisten, Vornehme und Geringe verschieden behandelt. Aber diese Rechtsungleichheiten waren von dem römischen Recht schon auf dem langen Weg, den es zurückgelegt hatte, ehe es in Deutschland Fuß fasste, abgefallen. Als es zu uns kam, verkündete es wirklich gleiches Recht für alle. Was das Corpus juris bestimmte, ließ sich, zumal es der Auslegung größere Freiheit gewährte als die Paragraphen eines modernen Gesetzbuches, ohne große Schwierigkeiten auf die deutschen Verhältnisse des 19. Jahrhunderts anwenden. Denn aus dem bäuerlich-nationalen Recht des alten Rom war schon in den Zeiten des römischen Weltreichs und des spätromischen Despotismus ein merkwürdig ausgeglichenes, aber farbloses, nach der Eigenart von Klima, Boden und Einwohnern wenig fragendes Recht geworden. Dieses römische Allerweltsrecht, wenigstens in seinen Grundzügen, mit naturrechtlicher Weise auszustatten, war nichts Neues. Das hatten, da leider auch das römische Recht diejenigen, die sich mit ihm beschäftigen, nicht gegen Vorniertheit schützt, viele Romanisten seit der Rezeption getan. Aber solche Romanisten — Savigny gehörte ganz 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. Jetzt erst erlangten bei den Gerichten die Grundsätze des römischen Rechts, wie sie in den Pandektenvorlesungen und Pandektenlehrbüchern vorgetragen wurden, die Geltung ewiger und deshalb gegen Eingriffe der Gesetzgebung gefeiter Rechtswahrheiten, und was nicht mit den Mitteln des römischen Rechtes konstruiert werden konnte, galt als rechtlich unmöglich. Das war nicht das Werk der historischen 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 sie sich treu bleiben wollte, auch das römische Recht nicht als Vernunft- oder Naturrecht proklamieren. Das war vielmehr das Werk des deutschen Liberalismus.

Das Pandektenrecht, in dessen Prinzipien der deutsche Liberalismus die seinem Ideal des gleichen Rechts für alle entsprechende naturgegebene und darum unantastbare Grundlage des freien Wettbewerbs fand, war nun Privatrecht. Was die Rezeption des

römischen Rechts an Normen öffentlichrechtlichen Charakters in das römische Reich deutscher Nation getragen hatte, ist mit der Ausbildung der Territorialgewalten ausgeschaltet worden. Außer dem Privatrecht römischer Herkunft waren den Pandekten von den zahlreichen Disziplinen, die sich im Lauf der Zeit von ihnen abgezweigt hatten, nur einige allgemeine Rechtsfragen und Rechtsbegriffe zur Gröterung belassen worden.

So kommt es zunächst, daß sich unter dem Einfluß des Liberalismus die Ansicht, die Gesetzgebung habe sich nicht schöpferisch, sondern nur feststellend und klärend zu betätigen, auf das Privatrecht 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 dem Dogma entwickelt, die Gesetzgebung dürfe sich des 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 Nebenaufgabe 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 Äußerung des Juristen Ulpian folgenden Satz 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 Gegensatz zum öffentlichen Recht mit dem Gemeinwohl nichts zu tun hat, sondern nur auf das Wohl der Individuen schaut. Ist das unanfechtbar, dann ist allerdings gegen den Schluß, daß die Gesetzgebung das Privatrecht nicht zur Förderung des Gemeinwohls gebrauchen 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*, *état*, *stato* usw. zugeslossen 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 Verbandsmitgliedern regelt. Uns unterscheiden sich also die privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Normen nach ihrem Inhalt. Der römische Jurist verstand dagegen vermutlich unter *ius privatum* das Recht, das ohne Mitwirkung einer politischen oder religiösen Autorität sich gebildet hat, vom Staat anerkannt, aber nicht geschaffen ist — unter *ius publicum* das Recht, das unabhängig von solcher Bildung aus dem schöpferischen Willen einer politischen oder religiösen Gewalt hervorgeht. Ihm handelte es sich danach um einen Unterschied der Rechtsnormen nach ihrer Entstehung. In diesem Sinne aufgefaßt, enthält der Ausspruch Ulpian's geschichtliche Wahrheit. Auch die Erfahrungen neuerer Zeiten bestätigen ja leider, daß die Rechtsbildungen des sich selbst überlassenen Verkehrs den Individualinteressen der Beteiligten, nicht aber der Gesundheit oder Gesundung von Staat und Gesellschaft Rechnung tragen. Was für das *ius publicum* und *privatum* in der römischen Bedeutung dieser Worte richtig ist, das ist aber gewiß nicht ohne Beweis als richtig anzuerkennen für das öffentliche und Privatrecht in dem andern Sinn, den wir damit verbinden.

Wenn man, statt diesen Beweis zu versuchen, auf die Autorität des *Corpus juris* hin behauptete, daß das Privatrecht nur den Privatinteressen, nicht dem Gemeinwohl diene und dienen dürfe, so entsprach das nicht den Grundsätzen der historischen Schule. Denn diese hat, wenn es auch an Fehlritten 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 Lehrsätzen der römischen Juristen zukomme. Die deutschen Anhänger Adam Smiths waren von solchen Skrupeln frei. Ihnen war der Satz, daß das Privatrecht im Gegensatz 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 Eigenschaft wurde ihnen die Pandektenstelle sehr wertvoll.

Knies hat in der zweiten Auflage seiner „Politischen Ökonomie vom geschichtlichen Standpunkt“ 1883 von Adam Smiths Lehre der klassischen Nationalökonomie gesagt:

Wohl stand im Vordergrund, daß die „von Natur gleichen und gleichberechtigten“ Individuen wie in ihrer Vereinzelung, so in ihrem interpersonalen Verkehr und in ihren freien „gesellschaftlichen“ Vereinigungen dem sie bevormundenden Banne und ausnutzenden Zwange der Staatsverwaltung entzogen werden sollten. Allein dem

hestigen Verlangen nach voller Befreiung der Einzelnen und der Gesellschaft von dem politischen Druck mußte doch nicht minder auch die Beschränkung auf dem der Verwaltungswillkür entzogenen Wege der Gesetzgebung und durch die gesetzlichen Rechtseinrichtungen wie eine feindliche Gewalt erscheinen. So begründete sich die Forderung, daß nicht bloß die staatliche Regierung von allen Verwaltungsmahregeln zur Leitung der privatwirtschaftlichen Tätigkeiten abstehen solle, sondern auch die staatliche Gesetzgebung auf jenes unvermeidliche Minimum von Vorschriften zu beschränken sei, durch welche die Freiheit der Person und der Schutz des Eigentums gesichert werde. Und eben diesen Rest von als notwendig bezeichneten gesetzlichen Vorschriften erachtete bzw. behandelte man dann als einen Bestand von Einrichtungen, die dauernd und überall in ganz bestimmter Form vorhanden sein müßten, und setzte stillschweigend voraus, daß sie ihrerseits ohne jeden Einfluß auf die Gestaltung des ökonomischen Erwerbs und auf die Verteilung des wirtschaftlichen Besitztums seien.

Daß die volle Grundlosigkeit dieser letzteren Voraussetzung klar erkannt werde, ist von größter Bedeutung.

Der hier richtig aufgewiesene Grundirrtum der klassischen Nationalökonomie gewann in dem Ausspruch Ulpianos 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 Einfluß auf die Gestaltung des ökonomischen Erwerbs und auf die Verteilung des wirtschaftlichen Besitztums — 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 öffentlichen Zwecken des Privatrechts nicht bedienen darf. Savignys Programm der historischen Schule, Adam Smiths Lehre der klassischen Nationalökonomie, der Glaube an ein Naturrecht waren die Komponenten, eine Pandektenstelle die Stütze. Savignys Programm zählt heute nicht mehr viele Befenner, Adam Smiths Lehre ist außer Kurs gekommen, das Naturrecht zählt nur noch wenige Gläubige, die Pandektenstelle ist als mißverstanden erkannt. Wie es zugeht, daß trotzdem jene Meinung auch heute noch herrscht, das ist eine Frage, deren Beantwortung ein weiteres umfängliches Kapitel in der Geschichte der großen Irrtümer füllen könnte.