173

VOM INDUSTRIERECHT

RECHTSSYSTEMATISCHE FRAGEN

VON

EUGEN ROSENSTOCK

FESTGABE

XAVER GRETENER

ZUM

FÜNFZIGJÄHRIGEN DOKTORJUBILÄUM

AM 26. APRIL 1926

DARGEBRACHT

VON DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN
FAKULTÄT DER SCHLESISCHEN
FRIEDRICH-WILHELMS-
UNIVERSITÄT

1926

VERLAG HERMANN SACK / BERLIN W 35 U. BRESLAU I

Hochgeehrter Herr Geheimrat!

Zu Ihrem goldenen Doktorjubiläum bringt Ihnen die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät die herzlichsten Glückwünsche dar. Der heutige Festtag ladet Sie selbst, wie auch uns zu einer Rückschau ein. Sie werden Ihr bisheriges Lebenswerk im Geiste an Ihrem Auge vorüberziehen lassen, wir aber wollen uns auf das besinnen, was Sie uns in den vergangenen Jahren gewesen sind, was wir Ihnen verdanken.

Ihr Leben erscheint uns als Verkörperung des Ideals eines deutschen Gelehrten: es geht auf in Forschung und Lehre und es entspricht diesem Ideal auch in der Beschränkung, in der sich erst der Meister zeigt. Von Anfang an haben Sie sich ganz in den Dienst der Strafrechtswissenschaft und der mit ihr eng verbundenen Rechtsphilosophie gestellt und sich in diesen Fächern eine besonders tiefe wissenschaftliche Ausbildung erworben. Nach der bei den juristischen Fakultäten Deutschlands herrschenden Gepflogenheit haben Sie freilich die Lehrtätigkeit später noch auf andere Fächer ausgedehnt. Die Forschung aber galt allein dem Hauptfach. Hier sind Sie den in der Jugend erkorenen Idealen der klassischen Schule stets treu geblieben. Von dem so gewonnenen Standpunkte aus erfolgten die kritischen Würdigungen der neueren Strafgesetzentwürfe Rußlands, Deutschlands und namentlich der Schweiz, wo Sie auch amtlich mitarbeiten durften. Von dem so gewonnenen Standpunkte aus nahmen Sie ferner durch Beleuchtung der neuen Horizonte teil an dem Streit der Schulen. Dieser Standpunkt tritt in Ihren sämtlichen Werken hervor. Deshalb steht die wichtigste Frage der Strafrechtswissenschaft — die Zurechnungsfähigkeit — stets im Mittelpunkt Ihrer Forschung; deshalb war Ihnen die Auseinandersetzung mit der soziologischen Schule immer von neuem ein Bedürfnis. Sie gehörten nie zu den Vielschreibern, sondern nahmen nur das Wort, wenn Sie etwas zu sagen hatten, und das verlieh allen Ihren Arbeiten die persönliche Note.

Aber nicht bloß die Lebensarbeit, sondern auch die Lebensführung mit der bescheidenen Zurückstellung der eigenen Persönlichkeit entsprach dem Ideal des deutschen Gelehrten. Auf Ihren eigenen Wunsch

hin mußte seinerzeit Ihre Wahl zum höchsten Amte der Universität, muß heute jede festliche Veranstaltung unterbleiben. Sie haben nie darnach gestrebt, sich ins Licht zu setzen, Sie haben sich deshalb nicht nur unsere Achtung, sondern auch unsere Liebe erworben. Und nicht nur die Liebe Ihrer Kollegen, sondern auch die Ihrer Schüler, an deren Schicksalen Sie ein das gewöhnliche Maß weit übersteigendes persönliches Interesse nahmen, und so vieler anderer, denen Sie in aller Stille Gutes taten.

Die Trennung von der Heimat und die Einfühlung in das norddeutsche Wesen sind Ihnen, dem Schweizer, nicht leicht geworden. Gerade deshalb muß es unvergessen bleiben, wie treu Sie in den schweren Kriegsjahren zu uns standen. Leider konnte Ihnen diese Treue nicht gelohnt werden. Wir aber danken Ihnen am heutigen Tage für das Vorbild, das Sie uns geworden sind. Als äußeres Zeichen unseres Dankes und als Festgabe überreichen wir Ihnen die nachfolgende Arbeit. Mit dem Rückblick in die Vergangenheit wollen wir aber zum Schluß auch den Gedanken an die Zukunft verbinden: mögen Ihnen noch lange Jahre schönen Familienglücks und rüstigen Schaffens vergönnt sein!

Breslau, den 26. April 1926.

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität.

VOM INDUSTRIERECHT

RECHTSSYSTEMATISCHE
FRAGEN

VON

EUGEN ROSENSTOCK

Inhaltsübersicht

I. Industrierecht als Sonderrecht oder als Prinzip 9

II. Der Begriff des Betriebes 17

III. Die Zweigherrschaft 33

IV. Die Räte in der Industrie 47

V. Mächte, Kräfte, Namen und juristische Personen 76

VI. Absicht und Grenzen des neuzeitlichen Rechtssystems. Zur Dogmengeschichte 103

A. Die Motive der neuzeitlichen Willenslehre 107

B. Der idealistische Zeitbegriff und der Wille des Gesetzgebers . 119

C. Der Vertragswille der Parteien und die richterliche Entscheidung 136

1. Der Aktivismus der neuzeitlichen Vertragslehre 136

2. Ehe und Arbeit unter der Figur des Vertrages 140

3. Die Funktion der Rechtswissenschaft seit der Rezeption . . . 146

a) Das Paradox der Beweislastregeln 146

b) Zur Soziologie des Juristenstandes 154

D. Zeitbahn und Freiwilligkeit 170

I. Einleitung;
Industrierecht als Sonderrecht oder als Prinzip?

Das Handelsrecht ist der Motor der Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts. Der Weg der Rechtseinheit führt vom Wechselrecht zum allgemeinen Handelsgesetzbuch, vom Reichsoberhandelsgericht zum Reichsgericht, vom kleindeutschen Zollverein zum kleindeutschen Reich, vom Zollparlament zum Deutschen Reichstag. Die meisten belebenden Elemente für das Bürgerliche Gesetzbuch sind diesem aus dem Handelsrecht zugeflossen (Treu und Glauben, Stellvertretung, Willenslehre u. dgl. m.)[1]). „Bei einer streng begrifflichen Betrachtung kann es kaum noch zweifelhaft sein, daß das Handelsrecht der Sache nach im bürgerlichen Recht aufgegangen ist[2])." Auch war der Kaufmann der einzige, der im Zeitalter der Gleichheit aller vor dem Gesetz sich in den Kammern für Handelssachen eine wirkliche Pairskammer erhielt und schuf. Der Grundsatz: Jedermann kann nur von seinesgleichen beurteilt werden, galt nur für ihn, ein ungeheures Privileg.

Dem Handelsrecht wurden die alten Wirtschaftsstände angenähert als Minderkaufleute oder gegenübergestellt als Nichtkaufleute kraft eines besonderen und heute schon fragwürdig werdenden Vorbehalts. Die neuen Arbeitsformen der Unternehmen aber wurden eingekleidet in Formen des Handelsrechts; als Gesellschaften des Handelsrechts, als Firmen mit Prokuristen und kaufmännischen Bilanzen traten die Eisenbahnen, die Banken, die Hütten und Gruben auf den Plan[3]).

Wie der Handel und der Geist des Handels die Industrie „gegründet" hat, so hat also die Industrie in den rechtlichen Kleidern des Kaufmanns sich zuerst vorgefunden. In den Handelskammern suchte sie ihre Vertretung. Im Jahre 1897 wagte man „den Sprung ins Dunkle", schlechthin die Industriellen rechtlich zu Kaufleuten zu machen.

Heute *ist* die Industrie gegründet; schon deuten viele Anzeichen darauf hin, daß dem Handelsrecht seine führende Rolle verloren-

---

[1]) Vgl. hierzu Karl Lehmann, Zts. für das ges. Handelsrecht 52, 22 ff., auch meinen Aufsatz „Des Kaufmanns Dienst am Volke", RMV. vom 6. Aug. 1924.

[2]) Nußbaum, Die Auflösung des Handelsrechtsbegriffs, Zts. für das ges. Handelsrecht 76 (1915), 332.

[3]) Vgl. dazu meinen Aufsatz: „Die philosophischen Grundlagen des Arbeitsrechts", Jur. Wochenschrift 1922, 561 f.

geht für die Rechtsentwicklung[4]). Der Industrielle ist „Kaufmann" im Rechtssinne geworden. Aber sein angestelltes Personal ist mitnichten zum kaufmännischen Angestellten aufgerückt. Im Gegenteil: der Handelsstand gab und gibt seine „Angestellten" an das für die Industrie sich entfaltende Arbeitsrecht ab. Das Recht des „Unternehmens" weicht aus den gebahnten Wegen des Handelsrechts. Konzerne und Kartelle kleiden sich in Rechtsformen, die aus dem Handelsrecht herausfallen. „Die Industrie" umschließt auch die werbenden Betriebe des Reichs, der Länder und der Gemeinden, wenn sie durch das Industriebelastungsgesetz als Einheit erfaßt wird[5]). Die Angehörigen dieses Körpers Industrie werden bereits in drei Stufen gegliedert: in Kleinbetriebe und Arbeitskräfte, an denen das Gesetz vorbeiblickt, in die Unternehmer mit mehr als 50 000 ℳ Betriebsvermögen, in die Großmächte mit schätzungsweise mehr als 13 Millionen Betriebsvermögen. Diese letzteren allein werden als Reichsunmittelbare mit dem Recht ausgestattet, gegen ihre Belastung vor einer Reichsspruchkammer zu prozessieren[6])! Welcher Gedankenbereich des Rechts übernimmt aber nun wohl die Führung? Wenn man auf die Literatur des abgelaufenen Jahrzehnts blickt, so könnte man meinen: das Wirtschaftsrecht oder das Arbeitsrecht oder beide. Die Kriegswirtschaft hatte gewaltige gemeinwirtschaftliche Tätigkeiten aufgebaut, deren schwacher Abglanz die Sozialisierungsgelüste der Demobilmachungsepoche geblieben sind[7]). Eingriffe in das Mietrecht, das Geldwesen, den Baumarkt werden als Wirtschaftsrecht

---

[4]) Nußbaum spricht ja von einer „Auflösung" des Handelsrechtsbegriffs in Zts. für das ges. Handelsrecht 76, 325 ff.

[5]) Gesetz zur Aufbringung der Industriebelastung vom 30. August 1924 (RGBl. II, 269)„ § 2, Ziffer 2: „Industrielle oder gewerbliche Betriebe im Sinne dieses Gesetzes sind auch die werbenden Betriebe des Reichs, der Länder und der Gemeinden (Gemeindeverbände) ..."

[6]) Gesetz über die Industriebelastung § 13: Der Treuhänder ist befugt, von den Einzelobligationen der Unternehmer, die für die Vermögenssteuer des Jahres 1924 mit den größten Betriebsvermögen veranlagt sind und deren Belastung zusammen den Betrag von 1,5 Milliarden Goldmark erreicht, einen Betrag im Nennwert von 500 Millionen Goldmark ... zu veräußern. § 15: Der betroffene Unternehmer kann ... beantragen, daß der Wert des Betriebsvermögens ... durch eine besondere Spruchkammer nachgeprüft wird. § 5 hingegen sagt für die übrigen Unternehmer, daß der Bescheid über die Umlegung endgültig ist!

[7]) Dazu Ernst Heymann, Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft, Marburg 1921; Gieseke, Rechtsverhältnisse der gemeinwirtschaftlichen Organisationen, Jena 1922.

ausgegeben[8]). Ein Reichswirtschaftsrat, ein Wirtschaftsgericht entstanden und mußten den Eindruck verstärken, es handele sich hier um originelle Rechtsgüter neuer Art, die zu schützen seien[9]).

Es bedarf kaum des Hinweises auf die Parallele des Arbeitsrechts, da die Schlagworte der „Arbeitsgemeinschaft" eines Arbeitsgesetzbuches, einer arbeitsrechtlichen Wissenschaft in der breitesten Öffentlichkeit diskutiert worden sind.

Beide Rechtsgebiete haben gewiß ihren natürlichen Bereich. Aber es sind bisher keine ihnen eigenen Rechtsvorstellungen nachzuweisen, die für die übrigen Rechtsgebiete sonderlich bedeutsam wären. Vor allem beim Wirtschaftsrecht handelt es sich nur um Auswirkungen von Vorkriegs- und Kriegserscheinungen, deren rückläufige Bewegung nicht zu verkennen ist[10]).

Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht als solche weisen keine Gedankenreihen auf, die das gesamte Recht zu organisieren, voranzutreiben oder zu wandeln imstande wären. Das Arbeitsrecht ist sozusagen die bloße Antithese zum Handelsrecht. Es wird fast durchweg als Arbeiterrecht konstruiert, auch dort, wo man es Arbeitsrecht nennt. Als Regelung der Rechtstellung des Arbeiters faßt es z. B. selbst Kaskel[11]). Dagegen wird das Wirtschaftsrecht eine Generalbezeichnung für handelsrechtsähnliche Vorgänge allgemeinerer Natur. Beide setzen voraus, daß doch der Kaufmann und sein Recht weiter die Pionierstellung beibehalten haben.

Der Begriff des Industrierechtes beruht dagegen auf einer tieferliegenden Entwicklung, die sich jetzt nach der ja auch geistigen „Inflation" der letzten zwölf Jahre abzuzeichnen beginnt. Das Ausland kennt diesen Begriff im Sinne von Arbeitsrecht (England) und von Gewerberecht (Italien). Vor dem Kriege schien auch bei uns das Patent- und Warenzeichenrecht zu einem Industrierecht zusammen-

---

[8]) Nußbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, eine systematische Übersicht über die Entwicklung des Privatrechts und der benachbarten Rechtsgebiete seit Ausbruch des Weltkriegs. 2. Aufl. Berlin 1922. Dieser Untertitel ist charakteristisch.

[9]) Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht 1922.

[10]) So mit Recht Hausmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim 1926, S. 16 ff.

[11]) Arbeitsrecht, Berlin 1925, S. 3. Den Mystizismus des „Berufsstandes" läßt Kaskel hier erfreulicherweise aus. Vgl. aber S. 2, 31 ff. Die Verwechslung von Klasse und Stand hindert die einheitliche Systematik in Kaskels Buch. Noch skeptischer mit Recht Stier-Somlo in Hwb. der Rechtswissenschaft I (1926), S. 280.

zuwachsen[12]). Auch ein erneuerter Begriff des Industrierechts wird diese beiden Gebiete daher nicht ausschließen können. Aber er wird doch hervorgetrieben durch weitergreifende Schicksale unserer Politik und unserer Arbeitsverfassung. Ein Industrierecht ist ja zunächst in dem Augenblick formal gegeben, wo ein Industriebelastungsgesetz eigentümliche Vertretungen der Industriezweige schafft — wie die in § 12 bestellten Vertreter der Bahnen und der Schiffahrtsgesellschaften oder die in § 70 bestimmten „Vertreter der Unternehmer" —, wo ferner durch Abstufung innerhalb der Industrie jene erstaunliche „Reichsunmittelbarkeit" hergestellt wird, von der oben (S. 10) schon die Rede war.

Aber diese formale Betrachtung würde nichts beweisen über die Fruchtbarkeit oder Wichtigkeit des Gebietes. Indessen die Vorstellungen des industriellen Rechtslebens heben an, auf andere Rechtsgebiete überzugreifen. Gebilde des Handels und des öffentlichen Lebens lassen sich heute mit dem Geist der Industrie sättigen[13]). Deutschland wird heute geistig industrialisiert.

Ob es zur Bildung eines besonderen Industrierechtes kommen muß, kann dahingestellt bleiben. Die Fülle der Rechtsmaterien um

---

[12]) Seit 1904 erscheint in Berlin eine „Zeitschrift für Industrierecht", herausgegeben von einem Patentanwalt und dem bekannten Spezialisten für gewerbliche Schutzrechte, Paul Alexander Katz. Sie greift nirgends über dies enge Gebiet hinaus.

[13]) Höchst lehrreich ist der Einzug dieser Vorstellungen 1900 etwa in die Kontore, heute in die — dem Handelsrecht bisher ja entrückte — Landwirtschaft. In einer Sitzung der Arbeitsgemeinschaft „Technik in der Landwirtschaft" sprach voriges Jahr ein Gutsbesitzer über Industrialisierung. Er führte aus (Blunk, Fabrikmäßig betriebene Landwirtschaft, Berlin 1926, S. 9f.): „Mechanisieren ist nicht Industrialisieren, Industriebetriebe angliedern ist nicht Industrialisieren. Wenn überhaupt die Industrialisierung der Landwirtschaft kommen soll, dann muß eben die Landwirtschaft industrialisiert werden. Und unter Landwirtschaft versteht man Acker, Wiese, Weide und Vieh." Als ihm ein Hochschulprofessor (!) vorhält (S. 44f.), die herrschenden Begriffsbestimmungen unterschieden „ganz säuberlich" (!) Landwirtschaft, Industrie und Handel, „weil eben die Landwirtschaft nicht Industrie ist und niemals Industrie werden kann", weist der Landwirt dieses grobe Mißverständnis zurück mit einer für diesen Zusammenprall von statischer Begriffsbildung und dynamischer Verwandlungskraft bezeichnenden Wendung: „Im übrigen fehlen für manche der neuen Dinge, die ich Ihnen vorgetragen habe, noch die zutreffenden Ausdrücke." (S. 46.) Dazu Theodor Hackert, Industrialisierung der Landwirtschaft, Berlin 1926: Weder sei Mechanisierung schon Industrialisierung, noch seien Industrie und Landwirtschaft die Gegensätze, als die sie gelten.

eine weitere zu vermehren, könnte nur im Notfalle befürwortet werden. Unsere Betrachtung geht in anderer Richtung. Es könnte nämlich sein, daß aus dem Wesen der Industrie Rechtsvorstellungen und Rechtsgüter in den Vordergrund drängen, die geeignet sind, eine Anzahl zerspaltener, fragmentarischer Rechtsgebiete zusammenzuschließen. Industrie heißt Kraftwirtschaft. Industriewirtschaftliche Mächte und Kräfte sind daher etwas anderes sowohl als Personen wie als Sachen, etwas anderes als Rechtssubjekte und -objekte, etwas anderes als Waren und Kapitalien. Mächte und Kräfte, so habe ich es einmal ausgedrückt[14]), haben nicht Ansprüche und sind doch auch nicht Gegenstände. Sie funktionieren unter „Bedingungen".

Auf der höheren Stufe der Kräftevereinigungen wiederholt sich dieser Unterschied. Kräftevereinigung ist Macht. Kräftevereinigungen sind also Mächte. Mächte sind etwas anderes denn Personalgesellschaften sowohl als Kapitalgesellschaften. Mächte sind nicht dasselbe wie juristische Personen und ebensowenig sind sie Gesamthänderschaften. Kräfte und Mächte haben ihre Zeit. Die juristische Person ist unsterblich[15]); Waren und Geld als solche scheinen zeitlos, sie bleiben liegen. Kräfte brauchen in erster Linie Zeitbahnen, auf denen sie ablaufen, sich auswirken und aufbrauchen. Kräfteordnungen sind zeitliche, nicht räumliche Ordnungen. Die Gesichtspunkte eines Industrierechts anwenden bedeutet also, die Ordnung der Kräfte, ihre Zeitbahnen, Rechtslagen in den Vordergrund rücken[16])

[14]) J. W. 1922, 561.

[15]) Dieser wichtige Gegensatz ist neuerdings in ganz anderem Zusammenhang von Erich Kaufmann schön formuliert worden (Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, Tübingen 1921): „Nur die lebendige Form ermöglicht das Leben, und nur sie teilt das Schicksal des Lebens, sterben zu können. Die abstrakte, nur durch rationales Denken gewonnene Form aber ist hart und starr, und sie kann nicht sterben, weil sie tot ist." (S. 37.)

[16]) James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage. Berlin 1925. Motto und Vorrede, S. 212 ff., S. 246 ff., S. 516 ff. Goldschmidt geht für das Prozeßrecht den umgekehrten Weg, indem er als erste Erkenntnis die „Rechtslage" setzt und von ihr aus die Lasten, Möglichkeiten, Kraftsteigerungen und Kraftverluste (Lasten, Aussichten) und Krafterzielung begreiflich macht. Die Elemente seiner Betrachtung aber sind die gleichen. Es ist bezeichnend, daß sich in dem Prozeß diese Betrachtung besonders aufdrängt, wo die Parteien als Kräfte die Macht des Staates bedrängen. Vgl. auch meinen (im Felde geschriebenen) Entwurf „Der ewige Prozeß des Rechts gegen den Staat", Leipzig 1919. Der Prozeß vor Gericht ist also nur ein Gleichnis der Rechtsordnung selbst als einer Ordnung von Lagen und Kräften. S. unten Abschnitt VI bei Anm. 175 ff.

gegenüber den Dingen, Personen und Ansprüchen, von denen die Welt des Kaufmanns ausgeht, und deshalb auch das Recht dieser Kapitalwirtschaft.

Als organisierendes, vereinfachendes Prinzip könnte also das Recht der Industrie auch dann eine wertvolle Rolle spielen, wenn es zur Ausbildung eines „Industrierechts" nicht käme. Ja, vielleicht gerade dann würde aus einem Recht der Geldwirtschaft ein Recht der Kraftwirtschaft am ehesten sich bilden, wenn die Isolierung eines Industriesonderrechts vermieden würde.

Kraftwirtschaft ist schon lange Gegenstand der Aufmerksamkeit von Wirtschaftswissenschaftlern gewesen. Sie faßten es als umfassenden Begriff, als neuordnenden Gesichtspunkt für alle wirtschaftlichen Bedingungen[17]). In dieser Bedeutung faßte es auch der erste Weltkongreß für Kraftwirtschaft in London 1925. In diesem Sinne habe ich 1922 das Arbeitsrecht eingebettet wissen wollen[18]) in ein Recht der deutschen Kraftwirtschaft. In der Tat ist es nun beim Arbeitsrecht am leichtesten, zu zeigen, daß der Rechtsgedanke, der sich hier durchsetzen will, die Ordnung von Kräften statt von Personen und von Vermögensinteressen zum Ziele hat. Alle Versuche, die Ware Arbeitskraft als Ware auf dem Arbeitsmarkt, als Gegenstand zu behandeln, soweit man sie getrieben hat, sind fehlgeschlagen[19]). Die Reaktion gegen diese Versuche ging dahin, die Arbeitskraft als Persönlichkeit, als Staatsbürger, als Rechtssubjekt zu konstruieren, sind ebenfalls fehlgeschlagen[20]). Beide haben die Wirtschaft und den Staat zum Weißbluten gebracht. Sollte daran nicht die sonderbare Hartnäckigkeit schuld sein, mit der wir Juristen dort die Etikette Ware

---

[17]) Dies Verdienst kommt vor allem Richard Ehrenberg und seinem Thünen-Archiv zu. Noch von seinem Sterbelager ließ er mir eine Abhandlung über deutsche Kraftwirtschaft und Kraftkultur zugehen.

[18]) Die philosophischen Grundlagen des Arbeitsrechtes. Jur. Wochenschr. 1922, 561.

[19]) Emil Wehrle, Der Warencharakter der Arbeit und das heutige Recht, Mannheim 1925; Rosenstock, Die nackte Arbeit, Beilage zur Augsburger Postztg. 1924, März; derselbe in Riedels Arbeitskunde, S. 81; Lebensarbeit in der Industrie, S. 14 ff.

[20]) Typisch für diesen Standpunkt ist das Schrifttum Heinz Potthoffs, der den „Vorrang des lebendigen Menschen vor Vermögensinteressen" proklamiert. Vgl. seine letzte Schrift: Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, Leipzig 1925. Vgl. auch R. Schott: Der Mensch und die Arbeit im Recht der Zeiten. Breslauer Rektoratsrede 1917. Zwischen „Mensch" und „Vermögen" kennt diese Betrachtungsweise nichts rechtlich bedeutsames Drittes.

oder Sache, hier die Etikette Mensch oder Person auf etwas geklebt haben, was sich selbst ja als etwas Drittes, als Kraft, als Arbeitskraft bezeichnete[21])?

Weil hier schon längst von Kräften die Rede ist, wenden auch wir uns in dieser Studie zuerst der Ordnung der Arbeitskräfte, aber im Sinne eines Teils einer umfassenden Kräfteordnung, zu. Die Eigenart der Arbeitskraft als Rechtsgut am schärfsten herausgestellt hat bisher, soviel ich sehe, Lutz Richter in seiner vorzüglichen Studie „Arbeitsrecht als Rechtsbegriff"[22]). Praktisch kommt zu der von mir prinzipiell abgeleiteten Lehre von den Bedingungen der Arbeitskraft auch Hans Kreller[23]). Aber der Begriff der Arbeitskraft ist nur ein Unterfall eines Vorgangs, von dem man sagen konnte: „Dabei mußte sich allmählich ... eine Dekommerzialisierung des Handelsrechts ergeben[24])."

Ein augenscheinliches Zeichen aber für diese umfassende „Dekommerzialisierung" des Rechtes, für die Zurückdrängung des Handelsrechts mit seinem Begriff des „Geschäfts" ist die unaufhaltsame Ausbreitung des Wortes und der Vorstellung „Betrieb" auf die Bureaus und Kontore des Handels. Ja, die Amtsstellen und Institutionen von Staat und Kirche werden mehr und mehr unter dem Begriff des Betriebes mit verstanden[25]). Dieser von der Industrie in die Welt gebrachte Aufbau des Betriebes durchdringt unwiderstehlich heute unsere Vorstellungen von der Gesellschaft.

---

[21]) Das Wort Arbeitskraft, vor allem in der Mehrzahl Arbeitskräfte, setzt sich überall in der Literatur heute durch. Ein köstliches Beispiel bietet Josef Winschuh, Praktische Werkspolitik (1923, S. 10): „Man berücksichtigt den Menschen, meint aber letzten Endes die Arbeitskraft." Dies — völlig harmlos gemeinte — Buch ist eine verblüffende Parallele zu Machiavells „Fürsten".

[22]) In derselben von Erwin Jacobi herausgegebenen Schriftenreihe des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, in der auch die Potthoffsche Schrift (Anm. 20) erschienen ist.

[23]) Archiv für die zivilistische Praxis. Neue Folge II (1924), 1 ff., III (1925), 264 ff.

[24]) A. Nußbaum, Ztschr. für das ges. Handelsrecht 76, 331.

[25]) Max Rümelin hielt 1913 seine Tübinger Festrede bereits über „Haftung im klinischen Betrieb". Max Weber setzt (Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der Sozialökonomik III, 1921, 28) fest: „Betrieb soll ein kontinuierliches Zweckhandeln bestimmter Art" heißen. „Unter den Begriff des ‚Betriebs' fällt natürlich (sic) auch der Vollzug von politischen, hierurgischen, Vereinsgeschäften usw. ..." Also, Staat, Kirche und Kultur als Betriebe!

Unsere Anordnung dieser Studien zu einem Industrierecht wird also durch das rechtssystematische Interesse bestimmt. Der Begriff des Betriebes (Abschnitt II) bildet den Ausgangspunkt der Untersuchung, weil sich hier Handels- und Gewerberecht einerseits, Arbeitsrecht anderseits berühren. Denn dabei muß sich zeigen, ob die handelsrechtlichen und bürgerlichen Begriffe ausreichen oder nicht.

Die Berührung des Industrierechts mit den Interessen der Öffentlichkeit und damit auch des öffentlichen Rechts soll im nächsten Abschnitt: Die Zweigherrschaft (III) zur Sprache kommen. Auch hier muß sich zeigen, ob sich Prinzipien des Industrierechts durchsetzen gegenüber älteren Rechtsschichten.

Weil hier wie dort gleichartige oder doch zusammengehörige Vorgänge erkennbar werden, soll dann drittens (Die Räte in der Industrie IV) ein Beispiel die industrierechtliche Einheitssituation verdeutlichen.

Aus diesen drei rein industrierechtlichen Abschnitten werden sich eine Fülle dogmatischer Fragen in das bisherige Rechtssystem hinein ergeben. Sie alle erheben sich auf Grund der Geschlossenheit des Funktionsraums für alle Erscheinungen industrieller Machtwirtschaft gegenüber dem „freien Spiel der Kräfte" des bisherigen gesellschaftlichen Raums. Abschnitt V (Mächte, Kräfte, Namen und juristische Personen) zeigt das an der abstrakten, statischen Behandlung des Personenbegriffs im bisherigen Recht, der gegenüber eine konkrete, funktionelle, dynamische bereits überall sich ankündigt.

Um aber dem neuzeitlichen System und der Größe seiner Leistung gerecht zu werden, muß man sich seine Aufgabe vergegenwärtigen. Dann erhellt allerdings zugleich der Grund seiner begrenzten Gültigkeit und der tiefere Grund der gegenwärtigen Wandlung im juristischen Weltbild (VI. Absicht und Grenzen des neuzeitlichen Rechtssystems).

Der Verfasser ist sich lebhaft dessen bewußt, daß an einer großen Zahl weiterer Probleme gleichfalls die Wandlung des Systems aufgezeigt werden kann und auch von anderen schon dargetan worden ist. Er glaubte aber, mit diesen Studien nicht so sehr Neues als vielmehr durch den Begriff des Industrierechts als Prinzip eine Art Stützpunkt für die überall bereits im Vorgehen befindliche Schützenlinie bieten zu sollen. Gerade deshalb scheint eine Konzentration auf einige Hauptfragen zweckmäßig und gestattet.

II. Der Begriff des Betriebes[1]).

Das Wort Betrieb findet sich überall da, wo in dauernder Ordnung zusammengearbeitet, gesellschaftlich gearbeitet wird. Dieser Tatbestand ist sowohl von der häuslichen Arbeitsgemeinschaft wie von der „wirtschaftlichen Tätigkeit" des Handelsrechts und der Wirtschaftswissenschaft unterschieden. Der neueste, an sich höchst verdienstliche und stoffreiche Versuch Passows, den Betriebsbegriff zu klären[2]), beruht leider gerade darauf, daß er ihn seines industriellen Ursprungs entkleidet und als Sonderfall der „wirtschaftlichen Tätigkeit" von Personen, Rechtssubjekten also, zu erfassen versucht. Er geht eben von der dem „Kaufmann" zugeordneten ökonomischen Theorie aus. Wir gehen von der Welt der Industrie aus, und da zeigt sich folgendes:

Die Industrie braucht eine Betriebsverfassung dort, wo der Kaufmann früher mit „Gehilfen" und „Dienstен" auskommen zu können glaubte[3]). Die Industrie sieht nicht in dem einen Menschen den Helfer des anderen, sondern sie betrachtet beide Menschen als Kräfte eines Produktionsprozesses. In diesem Produktionsprozeß werden Kräfte aller Art verwertet, Naturkräfte, Geisteskräfte, Arbeitskräfte. Die Zusammenordnung dieser Kräfte, soweit sie einheitlich bewußt und dauernd geschieht, ist der Betrieb. Das Wort Betrieb ist ganz jungen Datums. In Grimms Wörterbuch 1854 steht es ausschließlich in der Bedeutung von Betreiben[4]). Dieser „verbale" Gebrauch wirkt nach in einer Fülle gesetzlicher Bestimmungen. Charakteristisch ist der § 1 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen, weil er relativ jungen Datums ist[5]). Im BGB. findet

---

[1]) Pisko in Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts II, 195 ff.; Molitor bei Hueck Molitor Riezler, Arbeitsvertrag, S. 71; Flatow, Betriebsrätegesetzkommentar, 6. Aufl., 36 ff. Müller-Erzbach, Handelsrecht 84 ff.

[2]) Passow: Betrieb, Unternehmung, Konzern, Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen, Heft 11, Jena 1925.

[3]) Das Handwerk entsprechend mit Lehrling und Gesellen. Beidemal sind auf den Prinzipal oder Meister hin potentiell alle ihre Mitarbeiter angelegt, auch wenn sie virtuell es nie dahin bringen.

[4]) Band I, 1714. Genau ebenso kennt es Bierling auch einzig im Jahre 1894, wenn er Tätigkeit und Betrieb synonym verwendet (Jur. Prinzipienlehre I, 266 f.).

[5]) Vom 12. Mai 1901. § 1: „Privatunternehmungen, welche den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstand haben."

sich das Wort dreizehnmal. In § 98 werden die bei einer Mühle, einer Schmiede, einem Brauhaus, einer Fabrik „zu dem Betrieb bestimmten Maschinen und Gerätschaften" erwähnt. Die konkreten Namen Mühle, Fabrik usw. erscheinen noch erforderlich, um das „Betreiben" zu erläutern. Vorher ist von einem Gebäude die Rede, das für einen Betrieb dauernd eingerichtet ist. Der ausdrückliche Zusatz „dauernd" zeigt, daß noch dem Betrieb selbst die „Dauer" nicht unzweifelhaft beigelegt wird, sondern in ihm die Tätigkeit, das Zeitwort, durchtönt.

In § 112 ist der Betrieb eines Erwerbsgeschäftes verbal zu verstehen, ebenso § 560 kommt ein Vorfall „im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts" in Frage. Entsprechendes gilt von §§ 701, 1367, 1405, 1452, 1524, 1537, 1651, 1655 (neben „betreiben"), 1822 Z. 3, 1825, Einführungsgesetz Art. 36 I. 105. In Artikel 42 § 9 ist von „Betrieb der Anlage" die Rede.

Etwas abweichend ist der Sprachgebrauch bereits im Artikel 106, wo im Gegensatz zum Betrieb der Anlage von einem Unternehmer der Anlage **oder** des Betriebes gesprochen wird. Ebenso handelt § 1822 BGB. Ziff. 4 von einem Pachtvertrag über einen gewerblichen Betrieb und stellt dabei diesen gewerblichen Betrieb neben ein Landgut.

Der Gewerbebetrieb der Reichsgewerbeordnung, dieses seit 1869 so unendlich oft ausgebesserten und fortgeschriebenen Gesetzes schillert ebenfalls zwischen Verbal- und Substanzbegriff[6]).

In Nebengesetzen gewann der „Betrieb" an Klarheit, z. B. in der „Anleitung betreffend die Anmeldung unfallversicherungspflichtiger Seeschiffahrts- und verwandter **Betriebe**" vom 21. Juli 1887. Das Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 sprach in § 83 noch von **Fabrikgeheimnis**, im nächsten § 84 aber bereits von **Betriebsgeheimnis**! Dieser Begriff des Betriebsgeheimnisses drang durch (vgl. §§ 142, 880 RVO.). Betriebseinrichtungen und Betriebsweisen

[6]) Ein weiteres klassisches Zeugnis für dies Schillern hat Viktor Ehrenberg, Handbuch d. ges. Handelsr. II, 64, Abs. 4, in dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ans Licht gestellt: „Das Wort ‚Betrieb' wird im **objektiven** Sinne gebraucht in den §§ 12 II („Angestellte eines geschäftlichen Betriebes"), 13 III („Inhaber des Betriebes"), 15, Abs. 2, 17 I („Angestellte eines Geschäftsbetriebes"), dagegen im **subjektiven** Sinne in den §§ 14 I („den Betrieb **des Geschäfts** oder den Kredit des Inhabers schädigen"), 15, Abs. I (also im § 15 in verschiedener Bedeutung), 17 I („Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse", also im Gegensatz zum „Geschäft"); hier wird in **demselben** Satze das Wort in verschiedener Bedeutung gebraucht."

können „Betriebsgeheimnisse" sein. Der Sachverständige der Berufsgenossenschaft beschwor, sie geheimzuhalten — ohne daß der Betrieb definiert war!

Eine Erfassung des Betriebes als der industriellen Verfassungsform schlechthin drängte sich erst auf im Verfolg der Gesetze über Betriebsräte, Betriebsabbrüche, Betriebsstillegung und im Zusammenhang mit den Aufgaben der Statistik und der steuerlichen Erfassung.

Der Betrieb ist das räumlich und zeitlich gegenüber anderen Lebensbetätigungen ausgesonderte und spezialisierte Arbeitsgefüge. Der Betrieb erfaßt jeden, der in ihn eingeht, und alles, das in ihm wirkt, nur weil und soweit dies alles in eine Kräfteordnung als Kraft eingeht. Der Betrieb ist keine Lebens-, Wohn-, Tisch- oder Geistesgemeinschaft[7]). Diese Negativa sind notwendige Kriterien[8])! Auf der anderen Seite ist Betrieb jede Arbeitskräfteordnung, auch die nicht auf Erwerb abzielende. Für die Zugehörigkeit zu einem Betriebe kommt es nicht darauf an, ob wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Auch das Bureau eines gemeinnützigen Vereins kann ein Betrieb sein[9]). Auch die Familienangehörigen des Unternehmers gehen, weil und soweit sie Arbeitskräfte darstellen, ein in den Betrieb[10]). Die Gewalt des Betriebes reicht überall hin, wo Kräfte für die Arbeit bewältigt, eingesetzt, verteilt und geleistet werden müssen[11]). Es gibt daher eine Betriebsgewalt, die auf anderer Grundlage sich erhebt, als die Hausgewalt des Hausherrn oder die Eigentumsgewalt des Grundeigentümers. Wer den Betrieb leitet — mag er auch weder Eigentümer noch Besitzer des Grundstückes noch Familienoberhaupt sein —, bedarf einer Gewalt, um die Kräfte des Betriebes zusammen zu ordnen. Er kann ihn auf fremdem Boden als Eindringling mit gestohlenen Maschinen und geraubtem Geld betreiben. Es ist trotzdem sein Betrieb. Auch eine Falschmünzerwerkstatt ist ein Betrieb. Der Betrieb darf daher nicht verwechselt werden mit seinem materiellen Substrat, den Betriebsstätten. Denn er ist grundsätzlich be-

---

[7]) Rosenstock, Sozialpolitik und Arbeitsrecht in Riedels Arbeitskunde 1925, S. 64 ff.

[8]) Insofern hat Hasbach, Schmollers Jahrb. 1902, S. 1015, recht; die Spezialisierung auf den Erwerb freilich ist nicht entscheidend.

[9]) Beispiele bei Passow, S. 15.

[10]) Begründung zum Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, S. 14. Näheres unten.

[11]) Auch die Beteiligung am Bittgang bei einem bayerischen Landwirtschaftsbetrieb: Urteil des OberVA. Augsburg vom 3. Februar 1915, zitiert bei Passow, S. 8, Anm.

müht, den Raum zu überwinden. Ein einheitlicher Betrieb kann durch eine Mehrzahl von Orten und Stätten bestehen. Gerade das ist das Neue am Betriebe der Industrie und aller industrialisierten gesellschaftlichen Arbeit gegenüber dem Landgut und der Handwerkerwerkstatt. Deshalb ist es sinnvoll, die Werkstätten oder Heimwerker dem Betriebe des Unternehmens zuzurechnen, wie das kraft positiver Gesetzbestimmung geschehen ist.

Es bedarf kaum des Hinweises, daß wie das Wort Betrieb, so auch Wortverbindungen mit „Kraft" täglich in der Rechtssprache häufiger werden. RGZ. 110, 212 nennt die Beamten der Reichsbahn „Betriebskräfte". Ein Antrag Rönneburg, Dietrich und Genossen vom 17. Februar 1926 (Drucks. des Reichstags Nr. 1915) spricht von „Haushaltungen, die ... mit Familienkräften wirtschaften". Ihnen werden „fremde Arbeitskräfte" gegenübergestellt (z. B. ebenda Nr. 1927). In einer Interpellation zur „Arbeitsmarktlage" (Lemmer, Koch-Kieser, Drucks. vom 12. Februar 1926 Nr. 1865) wird von „der Zufuhr polnischer Arbeitskräfte" gesprochen.

Gegen die Definition, wonach der Betrieb eine Mehrzahl von Kräften ordnet, hat sich der Einwand erhoben, es gebe doch Betriebe, in denen nicht mehr als ein Mensch tätig sei. Ja, man hat aus Anlaß des Gesetzes über die Betriebsabbrüche auch von Betrieben ohne Personal gesprochen.

Durch die Erkenntnis, daß der Betrieb Naturkräfte und Arbeitskräfte zusammenordnet, schlichtet sich dieser Streit. Ein Betrieb erfaßt nämlich nie den Menschen als Menschen, als Person im Vollsinn, sondern fügt die Kraft dieses Menschen in ein Kräftegefüge ein! Wo in einer Lichtstation ein Arbeiter eine große Maschine allein bedient, besteht also allerdings ein Betrieb. Denn eine Arbeitskraft verbindet sich mit „Pferdekräften". Niemals aber kann eine menschliche Arbeitskraft an und für sich, ohne solche Kräfte der Natur, der Technik, der Verkehrsmittel, einen Betrieb bilden. Eine Telephonistin in einer Fernsprechzentrale bildet möglicherweise mit ihren Apparaten usw. zusammen einen Betrieb. Wenn sie in Schichtwechsel mit einer zweiten Telephonistin arbeitet, so wird die Einfügung dieser Kräfte in den Betrieb besonders deutlich. Denn die Verselbständigung der zeitlichen Kräftesymphonie ist dem Betrieb ebenso charakteristisch wie die räumliche Arbeitsspezialisierung. Das „persönliche" und „eigene" Leben der Kräfte wird aus dem Fahrplan des Betriebes sorgfältig ausgeschaltet.

Umgekehrt kann eine Mehrzahl menschlicher Arbeitskräfte, eine

Kolonne, auch ohne Einsatz anderer Kräfte, wie Maschinen usw., einen regelrechten Betrieb bilden. In beiden Fällen: a) eine menschliche Arbeitskraft + Naturkraft und b) mehrere Arbeitskräfte ohne außermenschliche Kraft, erweist sich der Begriff des Betriebes als Ordnung von Kräften als zutreffend[12]).

Aus diesem Wesen des Betriebes folgen die Grenzen für die Betriebsgewalt[13]) und für die Bestimmung darüber, wo der Eintritt in den Betrieb beginnt und aufhört. Nicht wird die Leistung selbst abhängiger als z. B. bei Arzt oder Anwalt. Auf der anderen Seite wird auch nicht die Person organisiert wie in Familie und Staat. Sondern organisiert wird etwas Drittes: die Arbeitskraft. Die Rechte auf Türkontrolle und Leibesvisitation seitens der Betriebsleitung, die in der letzten Zeit viel umstritten worden sind[13a]), können niemals aus dem Arbeitsvertrag oder aus stillschweigenden Erklärungen oder aus Tarifabreden allein bestimmt werden. Wenn der Betrieb dauernde Kräfteordnung ist, so kann die Betriebsleitung nur die Gewalt beanspruchen, die dazu vonnöten ist. Ob Leibesvisitation und Türkontrolle zur ordnungsmäßigen Leitung des Betriebes beansprucht werden müssen, ist danach Tatfrage. Es kann Betriebe geben (Edelmetallbetriebe), in denen sich dergleichen bejahen läßt. Im ganzen wird die Frage entschieden zu verneinen sein, weil die Betriebsgewalt keinerlei persönliche Abhängigkeit außerhalb des Krafteinsatzes für die Arbeit im Betriebe begründen kann. Und hier wird die Grenze gegen den vorindividualistischen Patriarchalismus deutlich. Gierke z. B. hatte mit großartiger Kraft die Funktion des Dienstvertrages formuliert: „Die Funktion des Dienstvertrages ist Organisation der Arbeit durch ihre Einfügung in

---

[12]) Die Betriebswissenschaft operiert entsprechend mit der völligen Gleichordnung „organischer" und „Natur"kräfte. Joh. Riedel, Grundlagen der Arbeitsorganisation im Betriebe (Dresdener Diss. 1919), z. B. S. 32 f. unterscheidet bei jeder Arbeitsleistung I. den organischen Kraftaufwand (darunter versteht er den Kraftverbrauch „des" Arbeiters, d. h. der zu einer Leistung erforderlichen Arbeiter!), II. den Verbrauch von Naturkraft, Stoff. S. 33: „Jedenfalls brauchen wir dringend (!) eine einfache Methode zur Bestimmung der aufgewendeten Muskel- und (von Riedel gesperrt!) Nervenkraft."

[13]) Vgl. dazu prinzipiell Ernst Herz in seinem Aufsatz Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag, Iherings Jhb. 74 (1924), 34 ff.

[13a]) Rosenstock, Lebensarbeit in der Industrie und Aufgaben einer europäischen Arbeitsfront 1926, S. 16.

ein herrschaftlich geleitetes Ganze[14])." Er hatte erkannt, daß im Betrieb auch dann eine „Gemeinschaft" vorliegt, wenn der Arbeiter noch so sehr als „Objekt" behandelt wird. Aber die Abgrenzung der „Arbeit" gegen die Persönlichkeitssphäre des Beherrschten bleibt bei ihm verschwommen. Es fehlt an dem Kriterium, wieweit der Arbeitgeber die Persönlichkeitssphäre beherrschen darf[15]). Der Begriff des Betriebes allein kann die moderne Arbeitsverfassung scharf absetzen gegen jeden Patriarchalismus. Das Problem der Werkswohnungen[16]), der auf ein Werk beschränkten Wohlfahrtseinrichtungen usw. gründet hier. Wir werden bald sehen, wie die Beschränkung des Betriebes darauf, Kräfteordnung und nicht Personenorganisation zu sein, auch andere Verhältnisse klarstellt. Vielleicht darf man schon hier sagen: In der eingerissenen Unsicherheit bei einem Problem wie der Torkontrolle rächt sich die Unklarheit über die eigenartige weder personenrechtliche noch sachenrechtliche Art einer Arbeitskräfteordnung, die der Betrieb verkörpert. Die Erfassung des Betriebsbegriffs deckt aber auch auf, weshalb ohne ihn die Tatbestände der Einstellung und Anstellung, Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft undeutlich bleiben. Der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes[17]) z. B. umgeht schon in seinem unglücklichen Namen den Begriff des Betriebes, der für ihn hätte grundlegend sein müssen.

Das gesamte Arbeitsrecht hat sich eben zunächst neben der Betriebsverfassung aufzubauen versucht. Denn das zivilistische System glaubte, es als Beziehungen zwischen Individuen erfassen zu können (§ 105 GewO.; § 611 BGB.), die Koalitionen aber kämpften um Kollektivregelung. Beide Rechtsquellen: bürgerliches Recht und autonome Satzung, hatten kein Interesse am Erfassen des Tatbestandes „Betrieb", der auf das Verwaltungsrecht abgewälzt wurde. Die persönliche Zusammensetzung der Kommission, die das Arbeitsgesetzbuch vorbereiten sollte, spiegelt gut diese eigenartige Festlegung der Rechtsanschauungen auf den Gegensatz: bürgerliches oder Tarifrecht wider. Halbheiten und Widersprüche des Entwurfs wären vermieden worden bei Zugrundelegung des Betriebsbegriffes. In § 1 wird als entscheiden-

---

[14]) Die Wurzeln des Dienstvertrages in der Festschrift für Brunner, 1914, S. 49, Anm. 4.

[15]) Gierke, Dtsch. Privatrecht I, § 79 f.

[16]) Dazu vgl. den kommunistischen Antrag Stoecker, Hoellein und Genossen vom 19. Februar 1926, Drucks. des Reichstags, III. Wahlperiode, Nr. 1922.

[17]) Vorarbeiten zum Arbeitsgesetzbuch in zwangloser Folge, 28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt, 2. Stück, 1923.

der Vorgang für die Anwendung des Gesetzes die „Anstellung" bezeichnet. Man strebte durch den Gebrauch dieses Wortes heraus aus der abstrakten „Dienstverpflichtung" des bürgerlichen Rechts hinüber in die konkrete Arbeitsleistung an bestimmter „Stelle". Aber die menschliche Arbeitskraft ohne eigene Produktionsmittel kann, wie wir gesehen haben, nur in einem Gefüge von Kräften sinnvoll arbeiten. Sie muß also nicht angestellt, sondern „eingestellt" werden. Dies ist in der Kritik des Entwurfs von vielen Seiten betont worden und dürfte heute überwiegende Ansicht sein[18]). In § 21 werden auch nicht in eigener Person zu leistende Dienste als Gegenstand eines Arbeitsvertrags zugelassen. Das heißt, der Entwurf will auch den sogenannten Dienstverschaffungsvertrag u. U. regeln. Das ist ein Widerspruch zu § 1, der doch auf die konkrete Anstellung im Betriebe, nicht auf den abstrakten Vertrag über Dienste oder Dienstverschaffung, abstellt.

Nach § 110 werden alle Arbeitskräfte Arbeitskräfte des Arbeitgebers, auch wenn ein Zwischenmeister mit ihnen abschließt. Mit Recht, soweit sie in seinen Betrieb eintreten. Wo das fehlt, wäre es nur nötig, für die Pflichten der Lohnzahlung usw. den Unternehmer heranzuziehen, so wie die Reichsversicherung verfährt. Sie faßt Mittelspersonen, sogenannte Kleinakkordanten, als Arbeitnehmer auf[19]). Nach § 119 aber werden Hilfskräfte einer Eigengruppe von Arbeitskräften schlechthin nicht Arbeitnehmer des Unternehmens. Wieder ist die konkrete Betriebsvorstellung zurückgedrängt von schuldrechtlichen, d. h. abstrakten Vertragsschließungsbegriffen. Nach diesen kommt es allerdings auf die Willensbeziehungen der verschiedenen Personen an. Aber im Industriebetrieb entscheidet über das Recht wie über das Schicksal die Mitwirkung im Betrieb. Hilfskräfte einer Eigengruppe, z. B. Familienangehörige von Gruppenmitgliedern, die in den Betrieb eingestellt werden, müssen daher der Betriebsleitung rechtlich verbunden werden, andere Hilfskräfte hingegen nicht. Der Begriff des „Betriebsinhabers" ist also schwerlich zu entbehren[20]). Hat man doch z. B. mit Recht gefordert, es müsse der Geschäftsführer einer G. m. b. H., der zugleich über ihre sämtlichen

[18]) Anders anscheinend Hugo Arnheim, Der Begriff des Arbeitsvertrages in dem Entwurf eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes, Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für Max Fuchs, Berlin 1926, S. 49 ff.

[19]) Vgl. Eckert, Schulz, Sauerborn, Zschimmer, Die Reichsversicherungsordnung in ihrer jetzigen Fassung, Berlin 1925, zu § 633, S. 280.

[20]) Vgl. Königsberger, Betrieb und Betriebsinhaber, Neue Ztschr. für Arbeitsrecht 1923, S. 299.

Anteile verfüge, für Lohn- und Gehaltsforderungen aus seinem Betriebe auch persönlich haftbar gemacht werden können. Hier haben wir also die umgekehrte Lage wie beim Kleinakkordanten: der scheinbare Vertreter ist selbst Betriebsinhaber[21]).

Aber die Wirkungen, die aus der Verhüllung eines „Betriebseinstellungsgesetzes" in ein Arbeitsvertragsgesetz sich ergeben, reichen viel weiter. Sie führen zu einer falschen Reihenfolge der Pflichten der Arbeitskraft. In den §§ 15—17 des Entwurfs werden die Sorgfaltsregeln für die konkrete Arbeitsleistung des Arbeitnehmers aufgestellt. In §§ 18 und 19 erfahren wir plötzlich, daß sich diese Leistungen „nach Betriebsüblichkeit" und nach den Erfordernissen des „Betriebes" richten, ohne daß vorher von der Tatsache, daß der Arbeitnehmer durch die „Anstellung" in einen Betrieb eintritt, auch nur mit einer Silbe die Rede gewesen wäre.

Und doch wird heute nicht eine abgesonderte, in sich ruhende konkrete Arbeitsleistung vom Betriebsangehörigen verlangt, die sozusagen zufällig in einem Betrieb sich abspielt, sondern es besteht in jedem Betrieb gerade umgekehrt für jede Leistung eine gewisse Variationsbreite je nach den Aufgaben, die der Betrieb jeweils als ganzer zu bewältigen hat. Der eingestellte Arbeitnehmer verpflichtet sich zur Teilnahme an dieser Bewältigungsaufgabe. Bei fast allen Arbeitseinstellungen ist der Leitung das Recht vorbehalten, wechselnde Arbeitsaufgaben innerhalb ein und desselben „Arbeitsvertrages" der Arbeitskraft zu übertragen. Ohne einen solchen Wechsel wäre kein Betrieb lebensfähig. Wie wir gleich unten noch sehen werden, ist diese Möglichkeit dem Betrieb begriffsnotwendig.

Tatsächlich macht auch der Entwurf hinterher von dieser Denkfigur einer dem Betrieb und seiner wechselnden Bewältigungsaufgabe angepaßten Arbeitsleistung selber Gebrauch, wenn er in § 20 sogar eine größere Variationsbreite der Arbeitsleistung, als sie der Arbeitnehmer zunächst vertraglich auf sich genommen hat, durch die Betriebsleitung in Notfällen anzuordnen erlaubt. Und ebenso führt er den Begriff der Betriebsgemeinschaft, ja der Produktionszweiggemeinschaft, d. h. eines personenrechtlichen Bandes zwischen den Arbeitskräften eines Betriebes oder eines Produktionszweiges ein: §§ 21, 76. Dieser durch eine bekannte Reichsgerichtsentscheidung[22]) anerkannte

[21]) Darüber unten in Abschn. V, bei Fall 3 nochmals.

[22]) RGZ. 106, 275 ff. Dasselbe gilt vom Begriff der Betriebsorganisation. Vgl. Roland Freisler, Grundsätzliches über die Betriebsorganisation, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, herausgeg. von Prof. J. W. Hedemann, Heft 3, 1922.

Begriff ist aber nur vom Oberbegriff des Betriebes her zu fassen. Dennoch kennt diesen der Entwurf nicht als einheitliche Quelle der Ordnung so wenig wie die meiste Literatur[23]).

Entsprechend steht die Pflicht zum Empfang des Arbeitswerkzeugs usw. „im Zweifel in der Betriebsstätte" in § 22, die entsprechende zur Zahlung des Entgelts „an der Betriebsstätte, soweit sich aus Vereinbarung, Art des Entgelts oder sonstigen Umständen nichts anderes ergibt", in merkwürdig verschiedener Stilisierung weit entfernt in § 73! Der § 86, also wieder eine entfernte Stelle, durchlöchert übrigens diese „Betriebsregel" durch die Bestimmung, daß der Arbeitnehmer Scheck- oder Banküberweisung annehmen muß, wenn es vorher vereinbart oder üblich ist. Dieser Zusatz steht unter „Sicherungen"! Die Kommission denkt nur an das Problem der Bar- oder Nichtbarzahlung, wo für den Betriebsangehörigen sehr andere Zusammenhänge (Warten, Anstehen) im Vordergrunde stehen.

Eine Hauptpflicht innerhalb des modernen Betriebes wird vom Entwurf nicht erfaßt. Und doch kann man sagen, daß sie der Nerv der Betriebsorganisation ist: die persönliche Rechenschafts- und Verantwortungspflicht jedes Betriebsangehörigen. Hier wird nämlich buchstäblich die Nervenprobe in der „Untergebenheit" gemacht, wenn der Generalgewaltige, der Chef, das Recht hat, jeden, den Reisenden, den Monteur von draußen so gut wie den letzten Handlanger drinnen, zu zitieren. Dies leibhaftige Zitationsrecht folgt nicht notwendig aus der Dienstleistung. Denn an sich „kann" auch telephonisch, brieflich und an der Betriebsstätte selbst, vor allem durch die Hierarchie über Meister, Ingenieur usw., alles Nötige geregelt werden. Das Zitationsrecht vor jeden Vorgesetzten und vor den Chef selbst ist nur durch die Betriebsgewalt, durch die Einstellung in einen einheitlichen Betrieb gegeben. Alle Dezentralisation, alle Selbständigmachung von Betriebsbevollmächtigten bleibt unter der Bedachung dieses Zitationsrechts, an dem die Praxis nicht zweifelt. Auch bildet ja diese Ladungsbefugnis die Grundlage für ihr Widerspiel in dem Gehörsrecht, dem Erscheinungsrecht des Betriebsrates. Nur aus jener Befugnis der Betriebsleitung erklärt sich die Reaktion darauf in Form des Audienzrechtes[24]). Der Unterschied von Ge-

---

[23]) Die rote Kartothek des Arbeitsrechts hat kein Stichwort „Betrieb"!

[24]) Über das Audienzrecht, Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts 1921, S. 36. Rosenstock, Werkstattaussiedlung 1922, S. 181.

dingevertrag (Akkord) und Werkvertrag z. B. wird durch das Zitationsrecht gut erläutert. Von Gedingearbeit kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, wann er will, abrufen; der Vergeber eines Werkes hat diese Befugnis nicht. Dabei kann der Arbeiter auch im Akkord durchaus „selbständig" bei Anfertigung des Werkstückes selber bleiben (z. B. der Monteur auf Montage). Nicht seine Arbeitsleistung ist fremdbestimmt oder abhängig, sondern er als Arbeitskraft[25])! Hoeniger läßt bekanntlich das Arbeitsrecht durch fremdbestimmte Arbeit charakterisiert sein. Er sagt: „Durch Weisungen dirigiert werden kann nur Arbeitsleistung, die nicht so individualisiert im Arbeitsvertrage versprochen ist, daß eben noch etwas unbestimmt und daher zu bestimmen übrigbleibt." Es brauchen aber nicht Weisungen hinsichtlich der Arbeitsleistung zu sein, die sich der Betriebsleiter vorbehält. Oberhalb der Leistung, die durchaus konkret sein kann, bleibt das Direktionsprinzip als ein „Recht der freien Betriebsgestaltung" dem Arbeitgeber[27]). Es erstreckt sich z. B. auf Vorladung, auf Rede- und Antwortstehen über Betriebsvorfälle, Befragung über Beobachtungen und Wahrnehmungen, die für den Betrieb wesentlich sind, auf Lob und Tadel, auf Bestellung und Abbestellung, die sich auf die Arbeitskräfte selber, nicht auf ihre Leistungen beziehen! Das Ladungsrecht ist das Minimum an Residenzpflicht, das jedem Betriebsangehörigen, auch dem abgeschichteten, obliegt. „Für diese Residenzpflicht der Arbeit, daß sie nämlich auf Minute und Maschine festliegt, wird ein erheblicher Teil der Lohnquote gezahlt[28])."

In diesem Direktionsrecht der Arbeitskraft (aber nicht der Arbeitsleistung und nicht des Arbeitnehmers) haben wir die Wurzel der

---

[25]) Rosenstock in Riedels Arbeitskunde 1925, S. 81 ff. Derselbe, Lebensarbeit in der Industrie 1926, S. 18. Dies Recht hält genau die Mitte zwischen Bestimmung der Leistung und einem allgemeinen Gehorsamssystem und wird deshalb mit dieser und jener zusammengeworfen. Es ist aber etwas Drittes. Daher nicht ausreichend Stier-Somlo, Hwtb. der Rechtswissensch. I, 303 a: „Eine allgemeine Gehorsamspflicht, eine über die Arbeitsleistung hinausgehende persönliche Unterordnung wird nicht mehr angenommen." Sie geht über die Arbeitsleistung hinaus, ist aber trotzdem nicht persönlich. Das ist der Zivilistik (Abschn. VI, Anm. 13) unfaßlich.

[27]) So nennt es Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag I, Leipzig 1907, S. 7.

[28]) Rosenstock, Industrievolk, 2. Aufl., 1924, S. 33.

modernen Betriebsherrschaft[29]). Der Betriebssitz[30]) ist nur dadurch Herrschaftsmittelpunkt[31]). Dies Kriterium unterscheidet auch m. E. den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers von dem des Beamten. Der Beamte kann aus dem Urlaub zurückgerufen werden, weil er in einem persönlichen Treueverhältnis steht. Der Arbeitnehmer, der auf Urlaub geschickt wird, braucht seine Arbeitskraft zur Einordnung in den Betrieb nicht bereitzustellen. Umgekehrt hat dafür der Beamte ein qualifizierteres Recht, die Urlaubsdaten selbst zu bestimmen (Gerichtsferien!), als der Arbeitnehmer. Denn die Betriebsleitung allein kann die Lücken in ihren Betriebskräften verantworten. Die Konkretisierung des abstrakten Urlaubsanspruchs nimmt also der Arbeitgeber vor.

Von diesem Quellpunkt her, der die Rechte und Pflichten unter dem Einstellungsvertrage normiert, erheben sich auch Bedenken gegen die Fassung der Bestimmungen des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes über den persönlichen Charakter der Arbeit.

Der Entwurf hält die Arbeit auf der Seite des Arbeitnehmers immer und allemal für unvererblich. Das ist selbstverständlich. Die wechselnde Einordnung der Arbeitskraft heute hier und morgen da nimmt ja sogar ihrer eigenen Arbeitsleistung die innere „Erblichkeit", wie wir oben sahen. Die Unvererblichkeit der Arbeitsleistung ist auf allen Stufen der Volksordnung durchgedrungen. Aber ist deshalb nicht schon manches Keimlein einer anderen Folge erkennbar, eines Näherrechts zum Betrieb? Bei den Sächsischen Staatsbahnen hatten die langjährigen Arbeiter durch Verwaltungsvorschrift das Anrecht, für ihre Söhne eine bevorzugte Annahme als Lehrlinge zu verlangen. Eine gleiche Übung besteht in anderen Betrieben der Privatindustrie. Es war diese Entwicklung bis 1918 schon erheblich weit gediehen. Die Einführung der Psychotechnik hat dies keimende Gewohnheitsrecht vielerorts zerstört[32]). Aber das erste Wüten der Psychotechnik

---

[29]) Über sie vgl. Götz Briefs, Das gewerbliche Proletariat im Grundriß der Sozialökonomik IX, 1 (1926), S. 236, Anm. 1.

[30]) Vgl. Reichsversicherungsordnung § 156, § 963/964 über diesen Begriff des Betriebssitzes in der Landwirtschaft: Der Betriebsangehörige wird diesen Sitz danach oft nicht einmal kennen, bis er — zitiert wird.

[31]) Ein „Entlausungsbetrieb" läßt die Desinfektoren, die in ihrer Arbeit völlig selbständig sind, etwa alle 14 Tage zur Berichterstattung an den Betriebssitz kommen. Vgl. die bekannten Streitfragen über die Einheit des Versicherungsbetriebes, Rote Kartothek des Arbeitsrechts s. v.

[32]) Über diesen Kampf siehe den Aufsatz von Seiler in Daimler Werkzeitung II (1920), Nr. 2—4. (Psychotechnisches Sonderheft.)

ist vorüber. Und es bedarf mindestens sorgfältiger Erwägung, ob nicht ein solches Recht auf Annahme eines Sohnes, durch lange Dienstzeit erworben, in geeigneten Fällen auch rechtlich erkennbar wird[33]). Selbst wenn es zur Formulierung noch nicht reif sein sollte, würde es eben vom Gesetzgeber schon dadurch gefördert werden, daß er die selbstverständliche und überflüssige Formel von der Unvererblichkeit der Arbeitsleistung fallen ließe und durch eine klare Sprache Raum schüfe für eine Nachfolgeordnung der Arbeitskräfte in den Betrieb!

Dieser Gedanke trägt aber weiter. Er beleuchtet die Einheit des Schicksals aller Betriebsangehörigen, einschließlich des Leiters, einschließlich des Unternehmers, der selbst Betriebsleiter ist oder soweit er Betriebsleiter ist. Die Nachfolge in dem Betrieb ist kein Problem der Vererblichkeit der Arbeitsleistung, sondern des Nach- und Einrückens von Arbeitskräften; die Nachfolge in die Betriebsleitung ist dann aber auch kein Problem der Vererblichkeit des Vermögens, hier des Unternehmens. Das übersieht der Entwurf. Er sagt in § 24: „Wird ein Unternehmen vererbt, so gehen Ansprüche auf Arbeitsleistung im Zweifel auf den Erben über." Hier fehlt die Angabe der Art des Überganges. Soll der durch Erbschein legitimierte Erbe das Recht haben, an der Betriebsleitung vorbei einen Möbeltischler aus der Fabrik zu sich zu bestellen und ihn fristlos entlassen dürfen, weil der Tischler sich nicht einfindet? Das Vorweisen des Erbscheins würde offenbar den verpflichten, der nur obligationenrechtlich etwas dem Erblasser schuldete. Aber es kann nicht den binden, der nur durch den Umweg über eine Kräfteordnung „Betrieb" dem Unternehmer des Betriebs zur Arbeitsleistung des Tischlerns verpflichtet ist. Unser Tischler braucht offenbar nur den Weisungen der Betriebsleitung zu folgen, bis der Erbe von der Leitung des Betriebes durch Amtsantritt sozusagen Besitz ergriffen hat, d. h. in unserm Beispiele so lange, bis der Tischler gesehen und gehört hat, daß seine Vorgesetzten im Betriebe den Erben als Leiter anerkennen! Charakteristisch ist der Ausruf des Arbeiters, der den Kündigungs-

---

[33]) Ein solcher erleichterter Zutritt des „Lufton" — wie er bei den Freimaurern heißt — findet sich regelmäßig in allen „stabilisierten" Verhältnissen (Zünften, Grundherrschaften, Offizierkorps, Bureaukratie). Darüber aber, daß wir heute in eine Ära der Stabilisation eintreten, vgl. die amerikanisch-englischen Zitate im Vorwort meiner „Lebensarbeit in der Industrie" und Waldemar Mitscherlich, Der moderne Wirtschaftsmensch, Weltwirtschaftliches Archiv XX, 1924, S. 38 ff.

schein liest[34]): „Da las ich auch die Unterschrift: Boos. Die Schockschwerenot, was war denn das? ich hatte gedacht, der Meister hätte mir gekündigt ... Boos — den kenne ich ja gar nicht, der kennt mich ja auch nicht, der hat ja keine Ahnung von mir, daß ich überhaupt auf der Welt bin, was ist denn das für ein Held, der mir hier kündigt. So eine Art. Mit Ausnahme von ein oder zwei Mann und ein paar Maurern habe ich das ganze Stahlwerk mit seiner sämtlichen Beamten- und Arbeiterschaft vom ersten bis zum letzten ankommen sehen ... und nun kommt der ..." Die privatrechtliche Erbfolge deckt mithin nicht sämtliche Funktionen der Nachfolge und des Einrückens in die Machtstellung im Betriebe. Dies Einrücken umfaßt alle Grade der Betriebsangehörigen. Man wird das vielleicht nicht gleich zugeben. Aber wie lange ist die Einordnung der Arbeitskraft in eine bestimmte Stufe des Betriebes durchaus nicht als Bestandteil des Arbeits„antrittes" angesehen worden[35]). Leider hat das Wort Vertrag, Vertragsschluß — ebenso wie Arbeit — eine verdunkelnde Wirkung geübt.

Unsere Definition des Betriebes ermöglicht nun auch eine Abgrenzung des Betriebes gegen andere Betriebe, vielleicht desselben Unternehmens. Ein einheitlicher Betrieb kann seine Einheitlichkeit nicht durch räumlich-dinghafte oder rechtliche Gründe erweisen. Er kann nur von seiner Eigenart als Kräfteordnung her seine Einheit zeigen. Mindestens eine seiner „Kräfte" muß an beliebiger Stelle dieses Betriebes eingesetzt werden können. Ein Betrieb ist an sich der Bereich, innerhalb dessen Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung hin und her beordert werden können. Also ist die Grenze für die Einheit des Betriebes, daß mindestens noch die Stelle einer Arbeitskraft an die strittige Grenze von einem beliebigen anderen Punkte des Betriebes her „ohne weiteres", d. h. ohne Abschluß eines Vertrages, verlegt werden kann. Jeder, der in einem Betrieb eingestellt wird, hat sich dort eine gewisse Anweisung örtlicher, zeitlicher und qualitativer

---

[34]) Vgl. die Schilderung der Hierarchie bei Fischer, Denkwürdigkeiten, herausgeg. von Göhre, S. 377 ff., dazu Richard Ehrenberg, Thünen-Archiv I (1905), 334 ff., 356.

[35]) Klar erkannt schon von Klöppel in Rassow und Küntzels Beiträgen 1889, 632. Allgemeingut der Nationalökonomen wurde der Tatbestand spätestens 1905 durch die denkwürdige Tagung des Vereins für Sozialpolitik. Die Juristen sind hingegen viel mehr durch die politischen Strömungen auf den „Kollektivvertrag" hingelenkt worden, der aus der prinzipiell personalistischen (wie oben I, Anm. 19 gezeigt) und damit „subjektiven" Gedankenwelt der Arbeiterschaft stammt.

Art für seine Verwendung als Kraft gefallen zu lassen. Immerhin läßt diese Anweisung beim Ingenieur, Meister, Buchhalter, Konstrukteur, gelernten Arbeiter einen begrenzten Spielraum. Je höher die Leistung, desto differenzierter die Arbeitsstelle. Ganz frei beweglich ist nur der ungelernte Arbeiter, der Handlanger, Bote usw. Es wird in der Regel die unterste Schicht der Arbeitnehmer sein, die sich die umfassendste Verschiebung gefallen lassen muß. Eben sie bestimmt deshalb in der Regel, wieweit ein und derselbe Betrieb reicht. Demnach dürfte ein Betrieb in dem Ausmaß vorliegen, in dem mindestens *ein* Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung hin und her beordert werden kann[36]).

Wo die Zustimmung der Arbeitskräfte zum Eingesetztwerden neu eingeholt werden muß, ist die Betriebseinheit überschritten. Die „Betriebe" sind natürlich in dauernder Wandlung dieser ihrer Grenzen begriffen. Die Betriebsabteilung, der Nebenbetrieb usw. treten hinzu, bei jener hat die Abgrenzung der menschlichen Arbeitskräfte den Vorrang, bei dieser sprechen die nicht menschlichen Kraftquellen das entscheidende Wort. Die Beachtung des dynamischen Elementes aber, das Freihalten von jeder rein dinglichen Begrenzung, sichert auch hier eine der Eigenart *industrieller* Betriebsbildung, Betriebsleitung und Betriebsgliederung angepaßte Entscheidung.

Dem Begriff des Betriebes scheint sich der einer Zweigniederlassung, einer „Filiale", oft zu verbinden. Und doch ist von unserem Begriff aus die Grenze wenigstens theoretisch und für die Bildung der Rechtssätze scharf ziehbar. Der Betrieb ist nicht Ordnung wirtschaftlicher Tätigkeit, sondern Arbeitskräfteordnung. Die *Entfesselung* der im Betrieb geordneten Kräfte geschieht nicht im Betriebe selbst. Der Betrieb ist der einmal entfesselten Kräfte bleibende, wiederkehrende Ordnung. Die erfolgte *Virtualisierung* von Kräften durch anhaltendes Betreiben schlägt sich im Betrieb nieder. Die potentielle Entfesselung aber erfolgt im Unternehmen. Das Unternehmen läßt die *Möglichkeit* entstehen, aus der im Betrieb Wirklichkeit wird. Der Gesetzgeber (vgl. oben Anm. 5) drückt das erkenntnistheoretisch sehr exakt so aus, daß „die Unternehmung den Betrieb zum Gegenstand habe". Wenn die Tätigkeit des Betreibens zum Gegenstand gemacht wird, nimmt sie naturgemäß Gegenstandscharakter, Objektsfestigkeit an. „Die Methode erzeugt sich ihren Gegenstand." Umgekehrt ist jene anfänglich nur Objekt der Unter-

---

[36]) So schon in meiner Lebensarbeit in der Industrie 1926, S. 17 mit Anm.

nehmung, der Betrieb entsteht nur als Objekt des Subjekts Unternehmung[37]). Aber der entstandene Betrieb folgt dann eigenen Gesetzen. Das Unternehmen hingegen bleibt auch nach der Ausbildung von Betrieben Macht zur Entfesselung von Betriebskräften; „Chancen" sind dem Unternehmen wesentlich, dem Betrieb nicht. Und Chancen sind eben Möglichkeiten, noch nicht virtualisierte Potenzen. Eine Zweigniederlassung zum Unterschied von einem bloßen Betriebe liegt also nur da vor, wo die Filiale „Chancen" zur Ausdehnung, Ausnutzung von unvorhergesehenen Dingen usw. eingeräumt erhält. Denn nur hier besteht eine Unternehmertätigkeit irgendwelcher Art. Die bloße Verbesserung der Arbeitsmethoden innerhalb des Betriebes stempelt ihn noch nicht zur Filiale. Nur das Recht, den Betrieb zu vergrößern oder zu verkleinern, d. h. über die Entfesselung von Kräften zu entscheiden, gibt der Filiale Anteil an der Macht des Unternehmens.

Der Betrieb ist nicht nur ein Gegenstand des Unternehmens, wenigstens nicht des Unternehmens in der Form, in der es formalrechtlich nach außen erscheint. Wenn ein Geschäftsführer alle Anteile einer G. m. b. H. besitzt, so ist der Betrieb sein Betrieb[38]), das Unternehmen hat ihn zum Organ. Eine Produktivgenossenschaft kann einen Betrieb haben, der andere Mitglieder hat als die Genossenschaft[39]). Ein Konzern hat heute sehr oft Betriebe, ebenso Schachtelgesellschaften. Die Zwischenschaltung von mehreren Stockwerken rechtlicher Unternehmensformen kann den Betriebsinhaber nicht verdunkeln dürfen[40]). Wo die Unternehmen noch rechtlich klaffen, kann doch schon ein Betriebsinhaber walten. Und auf die Waltung, nicht auf das Vermögensrecht kommt es an[41]).

Ein anderer Vorgang zeigt heute, wie stark das Bedürfnis ist, selbst durch komplizierte Rechtsformen zwischen Betrieb und Unter-

---

[37]) Wenn ich Kaskel, Arbeitsrecht 1925, S. 240 ff., richtig verstehe, leugnet er jedes objektive Kriterium für die Grenze des Betriebes wegen dieser Entstehungsweise des Betriebes aus der Subjektivität der Unternehmung. Aber schon Bierling, Juristische Prinzipienlehre I, 266 f., hat bemerkt, daß zwischen Subjekt und Objekt die gestaltete Tätigkeit des Betriebs etwas Eigenes bedeuten könne.

[38]) Oben S. 23 f.

[39]) Das gibt auch Trumpler zu. Neue Ztschr. für Arbeitsrecht 1923, 618 f.

[40]) Vgl. Hausmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, S. 85 ff.

[41]) Anderer Ansicht anscheinend Passow, Betrieb, Unternehmung, 1925. S. 7.

nehmen zu sondern. Es ist das die Bildung der Zwillingsgesellschaften für gemischtwirtschaftliche Unternehmen. Man stellt dann scheinbar als „Zwilling" nebeneinander eine Eigentums- und eine Pachtgesellschaft meist mit entgegengesetzten Beteiligungsverhältnissen. In Wirklichkeit spiegelt die Eigentumsgesellschaft mehr die Unternehmens-, die Pachtgesellschaft die Betriebsseite des Industriegebildes, das da entstehen soll. Ein Stück Betriebsgewalt bleibt allerdings der Eigentumsgesellschaft, ein Teil der „Chancen" verbleibt meist der Betriebsgesellschaft. Entscheidend aber ist die Subordination. Die „Zwillinge" sind nicht gleichgeschaltet. Sondern es liegt ein Herrschaftsverhältnis vor mit Machtabspaltung, Belehnung des Vasallen für den Zweck der Betriebsführung. Daß man einer juristischen Person den Betrieb überträgt, zeigt allerdings deutlich, wie sehr alle physischen Personen im Zeitalter der Industrie in die Betriebsverfassung absinken als bloße „Kräfte", die nur innerhalb des Betriebes sich auswirken können, nicht aber den Betrieb selbst lenken. Das Gebilde der Betriebsgesellschaften und die ihm sich beugende Tendenz der Zeit machen es erklärlich, daß der Entwurf für ein Arbeitsvertragsgesetz (Betriebsgesetz) in § 4 Z. 1 die Vorstandsmitglieder juristischer Personen auch als Arbeitnehmer (d. h. Arbeitskräfte) behandelt wissen will. Doch ist ein Bedenken nicht zu unterdrücken. Die Grenze zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer läuft heute offenbar durch die Gruppe der leitenden Angestellten des Betriebes und der Vorstandsmitglieder juristischer Personen mitten hindurch. Durch die Schachtelformen der modernen Unternehmung kann nämlich das Vorstandsmitglied einer juristischen Person bald noch freie Chancen, bald nur einen Betrieb zu betreuen haben[42])!

---

[42]) Darüber handelt nochmals der fünfte Abschnitt.

III. Die Zweigherrschaft.

Der Begriff des Unternehmens als Macht zur Einsetzung von Wirtschaftskräften, als Einsatz von Chancen, Kapital und Arbeit zu ungemessenem Gewinn bedarf für ein Industrierecht naturgemäß nicht nur der Abgrenzung gegen den Betrieb, sondern auch gegen die höchsten Industriegebilde. Welches sind nun die Gebilde höchster Ordnung? Gewöhnlich faßt man darunter Kartelle, Monopole, Trusts mit den Konzernen zusammen, vom Standpunkt eines Kraftwirtschaftsrechts wohl nicht mit Recht.

Die Kartellverordnung vom Herbst 1923 hat ja jene dem bisherigen Handelsrecht entfremdeten Gebilde der Kartelldoppelgesellschaften, der Kartelle als Gesellschaften oder Vereine des BGB. heimgeholt und mit den nach handelsrechtlichem Gesellschaftsrecht (Aktiengesellschaft und G.m.b.H.) errichteten Kartellen zusammengefaßt[1]). Das Kartell ist damit zu einem Rechtsbegriff geworden, dem keinerlei besondere rechtliche Form zu entsprechen braucht, außer denen der Kartellverordnung selbst. Die Kartellverordnung aber nennt zwar als Mindestform die schriftliche, so daß also § 126 BGB. Platz griffe, aber in einer neuen Entscheidung vom 19. Mai 1925 hat das Kartellgericht eine besondere Kartellschriftlichkeit im Wege des indirekten Briefwechsels und konkludenter Handlungen anerkannt[1a]). Die Kartelle sind daher in keiner Weise den Unternehmen zu vergleichen. Denn ein Unternehmen muß auf dem Markt in gewissen Formen tätig werden, um als solches anerkannt zu werden. Beim Kartell tritt an die Stelle der Form, an der jedes Unternehmen auf dem Markt als kapitalistisch wirtschaftendes Individuum erkannt werden soll, die Eigenschaft, ein entscheidender Machtfaktor auf dem Warenmarkt zu sein! Auch das Unternehmen will auf den Markt, an den Markt heran, aber nicht als Herrscher, sondern als Genosse. Dazu werden ihm Formen auferlegt als Vorbedingung, sozusagen als Suspensivbedingungen. Das Kartell ist auf dem Markt, ist geeignet,

---

[1]) Die mehr öffentlich-rechtlich gebauten Zwangssyndikate sollen durch die bevorstehende Änderung der KV. ebenfalls dem Kartellrecht unterstellt werden. Heilfron, Zentralblatt f. Handelsrecht I (1926), 32.

[1a]) Zitiert bei Nikodem Caro, Die Kartellgerichtspraxis und ihre Auswirkungen, Münchener jur. Vorträge 1925, S. 23; dazu Wiedersum, Zentralblatt f. Handelsr. I, 106.

den Markt zu beherrschen. Dazu werden ihm Nachbedingungen auferlegt, sozusagen Resolutivbedingungen! Diese Resolutivbedingungen setzen ihrerseits eine dauernde Macht des Kartells auf dem Markt voraus. An dem Unternehmen interessiert den Gesetzgeber der Wille zum Risiko auf dem Markt. Am Kartell aber der Wille zur Herrschaft. Das Kartell geht also im Grundsatz vom Markt aus und verhält sich daher abstrakt gegen die einzelnen Unternehmungen, die es als 1 + 1 + 1 . . . bis alle zum letzten zu vereinigen sucht. Weil es vom konkreten Marktzweig auf die Unternehmungen als auf seine Bruchteile zugeht, deshalb ist ihm praktisch der Zusammenfall mit einem möglichst großen Wirtschaftsgebiet ebenso wesentlich wie die Existenz eines oder des Außenseiters.

Deshalb mußte die Kartellverordnung dem Kartellgericht den denkbar größten Radius geben, es also als Reichskartellgericht errichten. Das deutsche Kartellgericht ist eben bei der Internationalität der Kartelle gerade eben das unterste noch zweckmäßige Forum [2]).

Auf der anderen Seite ist angesichts des Daseins der Außenseiter die Erhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit auch der kartellierten Unternehmen für das Kartell Rechtspflicht. Das Interesse an den Kartellen und Konzernen hat nun die Klärung des prinzipiell dem Unternehmen übergeordneten Gebildes erschwert. Die Kartelle bilden nur einen Unterfall einer einheitlichen Gattung von Gebilden. Zunächst ist unbestritten, daß wirtschaftlich Monopole dem Kartell gleichstehen als Herrscher auf dem Warenmarkt. Ebenso natürlich der Trust. Alle drei sind geeignete Verkaufskraft dem Kunden gegenüber. Sie müssen also mindestens über eine Warengattung, über ein Produkt, monopolistisch verfügen können. Das Wort Kartell sagt gerade nicht, was kartelliert wird. Soll also eine besondere Machtstellung gegenüber der Macht des Unternehmens und gegenüber der Gewalt des Betriebes mit dem Begriff verknüpft werden, so ist das Wort Kartell wenig brauchbar und Monopol, Alleinverkäufer besser. Noch richtiger aber scheint mir eine mit Hilfe des Wortes Branche [3]) oder Produktionszweig gewählte Benennung. Nur wenn ein Produktionszweig

---

[2]) Obgleich das Reichswirtschaftsgericht zum Eingreifen nur „mindestens eine örtliche Machtstellung" verlangt. So z. B. Urteil vom 22. Okt. 1925, D. J.-Z. 1926, 175.

[3]) Das Wort Branche erscheint auch in der Rechtssprache. Ein kommunistischer Antrag vom 21. Januar 1926 (Reichstagsdrucksachen III. Wahlperiode, Nr. 1773) spricht sogar von „Gewerkschaften der betreffenden Branche".

geeint auf dem Markte erscheint und nur solange und soweit er sich als ein Produktionszweig darstellt, ist er im Besitz der Warenmarktherrschaft. Soweit z. B. Baumwolle und Leinen wechselweise vom Käufer verwendet werden können, stellt ein Leinenkartell keinen wirklichen Produktionszweig dar. Soweit aber ein Produktionszweig einer Käuferschicht mit ausschließlicher Lieferungsgewalt gegenübersteht, liegt dieselbe Rechtslage vor wie bei ausdrücklichen Kartellen und klar als Monopol auftretenden Monopolen. Wenn die Firma Thyssen (nach gütiger Mitteilung von Prof. Götz Briefs) bereits 12000 Werkswohnungen besitzt, so liegt hier Produktionszweigherrschaft über die Wohnungen im Bezirk vor. Da das Wort „Branche" ja nicht mehr besagt wie Zweig, so möchte ich vorschlagen, alle solche Bildungen einheitlich Zweigherrschaften zu nennen. Sie beherrschen in ihrem Zweige durch Geschlossenheit den Produktenmarkt. Man gebraucht ja das Wort Herrschaft ungern. „Position", „Machtstellung" usw. werden bevorzugt. Aber der Ausdruck Zweigherrschaft scheint mir diesen schillernden Ausdrücken vorzuziehen. Er meint geeinte Verkaufskraft gegenüber der Käuferschaft. Insofern würden also die Gewerkschaften — wenn auch durch die industrielle Reservearmee behindert — versuchen, Zweigherrschaften für die Produktionszweige der Arbeitskräfte darzustellen, was offenbar den Vorgang bei ihnen richtig wiedergibt. Aber wichtiger scheint mir eine andere Analogie, die bisher durch die Vorherrschaft des Wortes Kartell unterblieb. Neben den Kartellen beherrschen die moderne Industriewirtschaft noch andere Gebilde, die meistens in diesem Zusammenhang übergangen werden, wie mir scheint, zu Unrecht. Der Ausdruck deckt auch alle Monopolbetriebe. Deutschland ist übersät mit einem Netz lokaler Monopolbetriebe, den Versorgungsbetrieben der Kommunen, vor allem für Gas, Wasser und Elektrizität. Diese beherrschen den örtlichen Markt ausschließlich und konkurrenzlos[4]). Daß sie ihren „Bürgern" oder „Einwohnern" diese Güter ohne wirtschaftliche Erwerbsabsichten lieferten, ist eine Fiktion. Dank dem Auseinandertreten von Arbeitsgemeinde und Wohngemeinde für viele Millionen, dank der Zusammensetzung der Stadtparlamente ist die Handhabung dieser Unternehmen weitgehend Ermessenssache der einzelnen Kommunen geworden. Diese örtlichen Monopolbetriebe nun genießen auch nach

---

[4]) Es gibt rund 2500 Kartelle in Deutschland, wieviel örtliche Monopole gibt es?

der neuen Steuergesetzgebung alle Privilegien des öffentlichen Rechts, vor allem hinsichtlich ihrer Betriebsverfassung, hinsichtlich der Steuerfreiheit und hinsichtlich ihrer Anerkennung als lebenswichtig. Durch diese drei Kriterien erweisen sie sich als privilegierte Industriezweige. Es ist bezeichnend, daß die neuen Steuergesetze dies Privileg nur den „Versorgungsbetrieben" zuerkennen[5]), d. h. jenen Betrieben im wesentlichen, die ihrer Funktion nach den Kartellen ähnlich auf dem Markt sich auswirken. Hingegen verlieren alle übrigen Kommunalbetriebe das Steuerprivileg vom Standpunkt eines vordringenden Industrierechts mit Fug und Recht. Denn während im vorindustrierechtlichen Zeitalter der Hauptunterschied ist, ob ein Kaufmann oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ein Gewerbe betreibt, wird es heute rechtlich wichtig, wo im Aufbau der Produktion die einzelne Industrietätigkeit steht: ob sie Marktzwang ausübt, ob sie marktunmittelbares Unternehmen ist oder ob sie Betrieb, Arbeitserfassung, darstellt. Der Kommunalbetrieb ist Zweigherrschaft. Oft ist das einzige, was die Kommune in das gemischtwirtschaftliche Unternehmen einwirft, das Betreibungsmonopol für fünfzig Jahre oder die Lieferungsverträge, die ein Kreis mit seinen Gemeinden geschlossen hat[6]). Der inländische Gesetzgeber hat, wie erwähnt, diese Monopolbetriebe im wesentlichen steuerfrei gelassen. Die Zweigherrschaften auf dem Kaufkraftmarkt befinden sich nämlich in anderer Lage als das Unternehmen auf dem Kreditmarkt oder als die Arbeitskräfte auf dem Arbeitsmarkt. Auch hier scheint mir die kraftwirtschaftliche Beurteilung gewisse Rechtssätze zu verdeutlichen, die sonst unverständlich wären.

Auf dem Kreditmarkt, an der Wertpapierbörse, auf dem Geldmarkt

---

[5]) Körperschaftssteuergesetz vom 10. August 1925, § 2, Nr. 3b, § 7. Diese viel umstrittene Neuerung wird am schärfsten von den Kommunisten bekämpft. Vgl. die beiden Reichstagsdrucksachen der III. Wahlperiode, Nr. 1380 und 1933.

[6]) Das Ausschlußrecht, das sich die Gesellschaft für elektrische Unternehmungen und die Kraftwerke gewähren lassen, ist sehr fein spezialisiert; z. B. hinsichtlich des Eintrittsrechts in die Verträge wird eine Ausübungsvollmacht subsidiär neben die evtl. unübertragbare Stellung als Vertragspartei gesetzt. Der Kreis gestattet die ausschließliche Benutzung der von ihm unterhaltenen Chausseen zur Fortleitung von Gas, Wasser und Elektrizität in jeder Form. (Nur Eisenbahndämme bieten dann die Möglichkeit, das Monopol zu brechen!) Der Kreis verpflichtet sich, „alle Möglichkeiten zu erschöpfen, um sämtliche Hausbesitzer zum Anschluß zu veranlassen".

und im Wechselverkehr richtet sich der Preis ausschließlich nach Angebot und Nachfrage. Der Grund ist der, daß an einem einzelnen Unternehmen nichts gelegen ist. Bekommt es keinen Kredit, oder verliert es den, den es hatte, so geht es in Konkurs, es wird im Wettkampf vernichtet. Der Käufer auf dem Kapitalsmarkt, das Unternehmen ist sterblich. Daher ist nur hier der wirtschaftliche Kampf rein wirtschaftlicher Kampf. Nur hier gelten die Gesetze der klassischen Ökonomie wirklich, und selbst hier gelten sie nur so lange, als die Unternehmen mit dem Kredit stehen und fallen. Der Handel lebt vom Vertrauen. Sobald er von anderen Kräften (Verstaatlichung, Zuschüssen, Moratorien, Geschäftsaufsicht) lebt, gelten die aus der reinen Ökonomie des Vertrauens geborenen wirtschaftlichen Gesetze nicht mehr.

Die Zweigherrschaften auf dem Warenmarkt haben sich gegenüber Kunden, die durch die Verweigerung der Ware genau umgekehrt wie die „moralischen" Personen bei Kreditverweigerung nicht moralisch, sondern „physisch" sterben. Der Preis auf dem Warenmarkt richtet sich deshalb nicht nur nach Angebot und Nachfrage. Dafür ist der erste Beweis die steuerliche Privilegierung der Versorgungsbetriebe. Der Kunde soll und muß diese Dinge billiger kaufen können als bei freier Preisbildung. Der zweite Beweis ist das Schicksal des Wohnungsmarktes in den letzten Jahren. Auch die Zweigherrschaft der Ware Wohnung muß mit der Kaufkraftstärke rechnen, wie sie nun einmal ist. Nicht die Gütermenge wird durch die Niedrighaltung der Mieten rationiert — obwohl das indirekt auch geschieht —, sondern in erster Linie die Kaufkraftmenge. Auf dem Kreditmarkt wird der Verkäufer geschont, auf dem Warenmarkt der Käufer, weil dort der Tod des Unternehmens in Kauf genommen werden kann, auf dem Warenmarkt der des Käufers nicht.

Die Belieferung der Käufer mit geistigen Kräften und Gütern durch das öffentliche Schulwesen, die Krankenpflege, die Rechtspflege steht vom kraftwirtschaftlichen Standpunkt unter den Gesetzen, die alle Zweigherrschaften des Warenmarktes respektieren müssen: die Unverzichtbarkeit der Bedürfnisse des Käufers diktiert hier die Preise.

Wieder anders liegen die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt. Hier ist weder Verkäufer noch Käufer schutzbedürftig, sondern das gekaufte Gut! Die Arbeitskraft selbst hat einen Wert. Wenn ich für Nichtarbeit bezahlt werde, wie wenn ich arbeite, so ist mitnichten die Kraft schon hinreichend zu ihrem Recht gekommen. Der Verkäufer der Arbeitskraft, der Arbeitnehmer also, der seinen Lohn er-

hält, ist befriedigt. Die Arbeitskraft aber hat brachgelegen. Ein Sänger kann deshalb auf Beschäftigung klagen. Aber ein Arbeiter, der durch Annahmeverzug des Arbeitgebers zu Hause sitzt, hat gemeiniglich keinen Anspruch auf Beschäftigung[7]).

Daher empfiehlt es sich, das Recht auf Erwerbslosenfürsorge nicht von der öffentlichen Gewalt her, noch vom Arbeitnehmer als leistungsbedingten Anspruch zu beurteilen. Der Schutz der Arbeitskraft im Sinne der sittlichen und personalen Ganzheit setzt einer Erwerbslosenfürsorge meines Erachtens Ziel und Grenzen. Sonst handelt es sich eben um Einstellung in einen Lohnbetrieb. Und eine einheitliche Behandlung mit der Lage bei Annahmeverzug des Arbeitgebers eröffnet Möglichkeiten, aus dem Dilemma herauszukommen, in dem wir uns heute bei dieser Frage befinden, weil der Anspruch auf Einfügung in eine sinnvolle Kräfteordnung beide Male gelöst werden muß unabhängig von Lohn und Unterstützung. Ein ungelernter Arbeiter ist z. B. ja auch nicht verpflichtet, schlechterdings sinnlose Arbeiten, die ihm die Laune eines Vorgesetzten zumutet, auszuführen, etwa wie die Arbeiten auf Stube waren, die dem Rekruten anbefohlen wurden. Die „Arbeitskraft" ist eine auf Entfaltung, Steigerung, Höherentwicklung angelegte Kraft.

Der Unterschied der drei Märkte ist also der, daß die Ware, die „Produkt" ist, verbraucht werden darf und soll, die Ware Arbeitskraft darf nicht nur verbraucht werden, die Ware Vertrauen soll realisiert, in klingende Münze umgesetzt werden.

Die Arbeitskraft ist auf dem Arbeitsmarkt schutzwürdig, nicht ihr Verkäufer und nicht ihr Käufer. Das ergibt sich auch aus der Regelung, der sich der Betrieb gegenübersieht, wenn er nichtmenschliche, natürliche Arbeitskräfte kaufen, d. h. einbeziehen will in seinen Produktionsprozeß. Dann wird ihm nämlich Raubbau untersagt, Sparsamkeit vorgeschrieben und Ausnutzung zugemutet. Der Betriebszwang im Bergbau ist ja uraltes Recht. Der Zwang, nur sinnvoll die Kräfte zu nutzen, die jemand mit Beschlag belegt, sucht sich immer zum Rechtszwang zu steigern.

Diese Hinweise sollen alle nur den einheitlichen Gesichtspunkt in den Vordergrund rücken, der für das Industrierecht maßgebend sein muß: die Bahnen der Kräfte führen alle über Märkte. Die Märkte der Ware, des Kredits und der Arbeit sind durch den Wechsel des schutzwürdigen Interesses sorgfältig zu sondern. Hingegen muß alles,

[7]) Wir behandeln das Brachliegen der Arbeitskraft bei Arbeitslosigkeit zusammen mit diesem Anspruch in IV.

was den einzelnen Markt angeht, wirklich zusammen gesehen und gemeinsam geordnet werden.

Betrachtet man z. B. mittels dieser Zusammenordnung die auf den verschiedenen Märkten auftretenden Käufer, so wie wir eben die verschiedenen Marktgüter verglichen haben, so fällt hier umgekehrt vom Arbeitsmarkt und Kreditmarkt her Licht auf den Warenmarkt. Weder auf dem Arbeitsmarkt noch auf dem Kreditmarkt ist der Käufer ein Individuum; dort kauft der Betrieb; hier kauft das Unternehmen. Auf dem Warenmarkt scheint der Verbrauch „individuell" stattzufinden, aber dies scheint nur so unter dem Aspekt des Handelsrechts. Vom Standpunkt des kraftwirtschaftlichen Rechts wird es möglich, als Verbraucher auf dem deutschen Warenmarkt statt der 62 Millionen Deutsche die 9 bis 10 Millionen Haushalte und haushaltsähnlichen Gebilde zu erkennen, die unter dem Druck der Warenmarktsverhältnisse als Verbrauchergruppen rechtlich gebildet werden!

Die Erwerbslosenfürsorge hat nämlich ganz unabhängig vom Begriff der Familie des BGB. im Anschluß an den statistischen Begriff des Haushalts einen neuen Begriff der Familie geschaffen. Sie unterscheidet „Hauptunterstützungsempfänger" und „alleinstehende" Erwerbslose.

Zunächst sagt § 3 der Verordnung über Erwerbslosenfürsorge[8]) (vom 16. Februar 1924): „Angehörigen eines unterstützten Erwerbslosen, die gegen diesen einen familienrechtlichen Unterhaltungs(!)anspruch haben oder im Falle seiner Leistungsfähigkeit haben würden und bis zum Eintritt der Unterstützungsbedürftigkeit von ihm ganz oder in der Hauptsache unterhalten worden sind, darf keine selbständige Erwerbslosenfürsorge gewährt werden. In solchen Fällen ist vielmehr die Unterstützung angemessen zu erhöhen (Familienzuschläge)." Offenbar meint dieser Satz nur die Angehörigen aus § 1603 II, 1360, 1578/79 BGB., da ein Empfänger von Erwerbslosenunterstützung nur dem Ehegatten, minderjährigen unverheirateten Kindern und vielleicht dem geschiedenen Ehegatten gegenüber unterhaltspflichtig ist.

Dieser Familienkreis also wurde zunächst als Einheit vom Gesetzgeber erfaßt. Schon durch Rundschreiben vom 26. Juli 1921 wurde dieser Familienkreis aber erweitert durch den Zusatz: „Stief- und Pflegekinder eines unterstützten Erwerbslosen stehen seinen Angehörigen, die einen familienrechtlichen Unterhaltsanspruch gegen ihn

---

[8]) = § 6 der Verordnung vom 26. Januar 1920.

haben, gleich, wenn sie bis zum Eintritt der Unterstützungsbedürftigkeit ganz oder in der Hauptsache unentgeltlich von ihm unterhalten worden sind."

Diese Familienzuschläge dürfen insgesamt das Zweifache der ihm gewährten Unterstützung nicht übersteigen[9]). Es wird also hier für den Konsumentenhaushalt ein Pauschale gebildet, ohne daß aber hier vom „Haushalt" die Rede ist, sondern die familienrechtlichen Bindungen allerdings schon in Erweiterung auf verwandtschaftliche Verhältnisse (Stief- und Pflegekinder) den Grund abzugeben schienen.

Wie wenig das indessen der Sinn der Bestimmung ist, wie sehr der moderne Konsumentenhaushalt getroffen werden soll, zeigt die Ziffer 4 des § 10[10]): „Die selbständigen Unterstützungen, die mehrere in einem gemeinschaftlichen Haushalt lebende Familienmitglieder erhalten, dürfen in ihrer Summe das Dreifache der Unterstützung nicht übersteigen, die dem höchstunterstützten Mitglied der Familie für seine Person zusteht. Der Vorstand der Familie gilt im Sinne dieser Bestimmung als ihr Mitglied."

Hier also besteht eine weitere Familie, deren Grenze durch den gemeinsamen Hausstand und das Vorhandensein eines Familienvorstandes gekennzeichnet wird. Sie umfaßt also alle Mitglieder des gemeinsamen Hausstandes, die miteinander verwandt sind. Oder was sonst sind Familienmitglieder? Was ist ein Familienvorstand? Drei Schwestern bilden eine solche Gruppe. Auch drei Vettern? Die für den Zivilisten unlöslichen Schwierigkeiten dieses Zwitters klären sich etwas, wenn man die praktischen Folgen dieser Regelung erfährt: sie bewirkt nämlich, daß von den Betroffenen die Eheschließung vielfach unterlassen wird! Das Paar, das dann mit seinen Kindern zusammen in gemeinschaftlichem Hausstand lebt, ist ja keine Familie! Die Regeln für das Pauschale gelten also nicht! Der Gesetzgeber aber ist offenbar nur hilflos; er weiß nicht, wie er den Tatbestand juristisch formulieren soll, der ihn hier interessiert. Mit Legitimität und Standesamt hat dieser offensichtlich herzlich wenig zu tun. Der Gesetzgeber zielt auf die Herd- und Tischgemeinschaft des einheitlichen Konsumentenhaushalts[11]), der ja

---

[9]) § 10 Z. 3.

[10]) Urspr. Schlußabsatz des § 6 der VO. vom 26. Januar 1920.

[11]) In einem Antrag Kling und Genossen vom 16. Februar 1926 (Reichstagsdrucksache III. Wahlperiode Nr. 1886) zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes heißt es: „Als Eigenverbrauch ist der Verzehr aller land-

genau so zahlreich außerfamilienrechtliche Gemeinschaften (zwei Freunde also ebensogut wie zwei Schwestern) betrifft. Die vom Gesetzgeber natürlich nicht gewollte, aber ständige Durchlöcherung des Rechtssatzes durch die Wirklichkeit, in der einfach der Eheschluß unterbleibt, muß meines Erachtens mit dem Rechtssatz zusammengehalten werden, um zu zeigen, wohin die Reise geht: zur Anerkennung von Hausständen auch ohne familienrechtliches Band[12]), nach Art also etwa der Klöster und klosterähnlichen Gemeinschaften (vgl. § 172 Ziff. 4 RVersO.). Diese respektiert der Gesetzgeber auch dort, wo sie heute noch außer Konsumtionsgemeinschaften auch Produktionsgemeinschaften sind. Heute ist die Lage die, daß auch Tausende von Kriegerwitwen nicht offiziell heiraten, weil sie sonst ihr Einkommen, nämlich ihre Rente, verlieren! Sie leben in „wilder" Ehe. Die Kommunen ihrerseits behandeln wilde Ehen contra legem (!) vielfach hinsichtlich der Unterstützungen wie legitime Ehen; gemeinsamer Haushalt genügt ihnen, aus begreiflichem Ersparniswunsche!

Die Brotkarte und die Bezugsscheine im Kriege haben ja die Konsumentengemeinschaft als etwas sehr Wesentliches schon fühlbar gemacht. Die Marken und Bezugsscheine hätten nämlich ohne die Ausgleichsmöglichkeiten innerhalb der Hausstände selbst den Einfluß auf die „Bezüge" nicht ausüben können, der doch von ihnen ausgegangen ist. Aber man hat damals im wesentlichen ebenso an dem Hausstand vorbeiorganisiert wie beim Arbeitsvertrag am Betriebe[13]). Der Hausstand als Verbrauchereinheit wird m. E. ökonomisch, nicht rein familienrechtlich künftig definiert werden müssen[14]). Ein Recht, das bei gleichem äußeren Tatbestand eine Prämie für die wilde Ehe aussetzt, weil es von Familie redet, wo es

---

wirtschaftlichen Erzeugnisse der eigenen Wirtschaft zu betrachten, die zur Verpflegung der hauseigenen Personen... verbraucht werden."

[12]) Hierzu Eugen Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1925, S. 308.

[13]) Vgl. oben S. 22.

[14]) Von der Rechtsgeschichte dieser Umwandlung des Produktionshaushaltes in den Konsumtionshaushalt handelt meine Abhandlung „Protestantismus und Volksbildung", Berlin 1925. Der Gebrauch des Wortes „Familie" ist eben ein Rezeptionselement der letzten vier Jahrhunderte und hat bei der mindestens dreifachen Bedeutung von „Familie" eine wahrhaft tragische Geschichte gehabt und gewirkt. Dank diesem Wort konnten der engere und weitere Erbenkreis und Haus- und Blutsgemeinschaft durcheinandergewirrt werden.

den Hausstand meint, das einen Familienvorstand erfinden muß, weil die Statistik Haushaltungsvorstände kennt, zeigt seine Zersetzung. Die Engländer entdecken ebenfalls zur Zeit „the economic family" aus Anlaß der Erwerbslosenfürsorge[15]). Vorbereitet ist eine genaue Erfassung dieses Tatbestandes durch Bestimmungen der Reichsversicherungsordnung, vor allem durch die Auslegung des § 1270 f.[16]). Die Angestelltenversicherung schafft in §§ 61, 65 für Geschwister, die in häuslicher Gemeinschaft leben, einen Rückerstattungsanspruch, der sowohl von Unterhaltsansprüchen wie von erbrechtlichen Ansprüchen völlig getrennt sich offenbar auf die gemeinsame Wirtschaftsführung während der Zeit, für die Beträge geleistet worden sind, gründet. (Die Parallele zu diesen gemeinsam Wirtschaftenden bilden die, „die wesentlich aus dem Arbeitsverdienst der Verstorbenen unterhalten worden sind".) Die Vermutungen der §§ 1429, 1618 BGB. zugunsten einer Naturalobligation der in Gütertrennung lebenden Ehefrau und der volljährigen Hauskinder werden z. B. sinngemäßer Anwendung auf solche häusliche Gemeinschaften bedürfen. Das bisherige Recht zieht den Trennungsstrich nur zwischen Ehe einerseits und allen nichtehelichen Verhältnissen anderseits. Diese Haltung — die mit dem in Abschnitt VI uns noch beschäftigenden Vertragsprinzip innig zusammenhängt — scheint sehr „moralisch", wirkt aber gerade unsittlich. Denn der Konsumentenhaushalt ist ein selbständiger schutzwürdiger Wert; wie etwa der Betrieb verdient er Pflege und Erhaltung mit und ohne Standesamt. Diesen Wert besitzen z. B. die Ehen nicht, die zum Schein um Jahre vorweg von Brautpaaren vor dem Standesbeamten geschlossen werden, um eine frühere Nummer beim Wohnungsamt zu erlisten. (Auch hier handelt es sich um Zehntausende von Fällen.) Die Trennungslinie

---

[15]) Eleanor Ratebone, The disinherited family 1925, und M. Stocks, The economic family and the economic man, The Hibbert Journal XXIV (1926), 270 ff.

[16]) „Die Versicherungsanstalt kann insbesondere den Erkrankten in einem Krankenhaus oder in einer Anstalt für Genesende unterbringen.

Ist er verheiratet und lebt er mit seiner Familie zusammen, oder hat er einen eigenen Haushalt oder ist er Mitglied des Haushalts seiner Familie, so bedarf es seiner Zustimmung."

Dazu sagt H. Schulz (6. Aufl. 1925): „Einen eigenen Haushalt hat der Versicherte, wenn er eine eigene Wohnung hat, in der er selbst oder mit Hilfe anderer eine eigene Wirtschaft führt, durch die insbesondere auch seine Beköstigung in Krankheitsfällen sichergestellt wird." Vgl. § 43 AngVersGes.

läuft für die Massen der modernen Wirtschaftsordnung nicht zwischen Ehe und Konkubinat, sondern zwischen jeder bewährten Lebensgemeinschaft einerseits und flüchtigem Geschlechtsgenuß anderseits. Ein Konkubinat mit Kindern, wenn Lebensgemeinschaft betätigt wird, ist schutzwürdiger als eine Ehe mit Kinderverhütung. Eine Usus-Ehe ist hier im Entstehen, die neben Confarreatio- (sakramentale) und Coëmptio- (zivile) Ehen tritt. Die Verwaltung rechnet bereits mit ihr. Sie gründet tief in der Wirtschaftsordnung vermögensloser, nur vom Einkommen lebender Ehegatten. Und so hat sie ihr Recht, auch wenn sie es bislang nur praeter, ja contra legem findet, als Recht der vollkommensten Verbrauchergemeinschaft.

Die reine Herausarbeitung der Verbrauchsgemeinschaft würde auch dazu beitragen können, die viel umstrittenen, gründlich verwirrten Begriffe der Haus- und Heimarbeiter zu klären. Wir greifen hier auf unsere Ausführungen über den „Betrieb" zurück. Z. B. war lange „rechtlich-definitorisch" — aber nicht tatsächlich — ein großer Lohnfärbereibetrieb „Hausgewerbe"[17]). Aber das neue Hausarbeitsgesetz vom 27. Juni 1923 hat treffend in § 1 solche „Betriebe" — eben weil sie einen den Werkstattbetrieb leitenden Arbeitgeber haben — nach der einen Seite ausgeschlossen. Aber auch die selbstversorgende Werkstattarbeit wird beiseitegelassen. Hausarbeit sind nur die in dem Hausstand und den häuslichen Gemeinschaften enthaltenen Elemente „betrieblicher" Produktion. Diese mußten und müssen zunehmend gesondert werden von denen der Konsumtion. Schutzbedürftige Hausarbeit liegt daher vor, wo noch in einem Hausstande oder einer hausähnlichen Gemeinschaft Produktion und Konsumtion örtlich und persönlich vereinigt sind, wo aber die Produktion im Rahmen einer — dem Arbeitsmarkt eingegliederten — Betriebsorganisation erfolgt[18]). Von der Hausarbeit gilt also, was wir vom Konzern sagten: die Spannung zwischen Erscheinungsform und Wirklichkeit ist ihr we-

---

[17]) Käte Gäbel, Der Begriff des Hausgewerbetreibenden, Hausarbeiters, Heimarbeiters. Neue Ztschr. für Arbeitsrecht 1923, 531 ff., bes. 540.

[18]) Dieser Gesichtspunkt ist m. E. auch verwertbar für die Beurteilung „unentgeltlicher Dienstleistungen", da es wenig passend erscheint, sie als Schenkungen aufzufassen, wie das mit rein vermögensrechtlicher Beurteilung Enneccerus, Lehrbuch I, 2 (17. Aufl.), 423, Anm. 9, will. Ebenso wie Enneccerus Hugo Arnheim, Der Begriff des Arbeitsvertrages in dem Entwurf des Allg. Arbeitsvertragsgesetzes, Festgabe für Max Fuchs 1926, S. 55. Nicht die Schenkung, sondern die Mitwirkung entweder in einem Eigen- oder Freundesheim oder in einem Fremdbereich (Betrieb oder fremdes Haus) steht in Frage.

sentlich. Der Konsumentenhaushalt liegt schon tatsächlich vor, weil der Arbeitsmarkt seine Produktionsseite, der Warenmarkt seine Konsumseite beherrscht, der Markt für produktive Kredite aber diese Stätte nicht berührt. Sie ist also einerseits Betriebs- und anderseits Heimstätte, nicht Unternehmen, aber auch nicht Hauswirtschaft im alten Sinne teilweiser Selbstversorgung.

Nun diktieren die Märkte heute die Zusammenhänge für alle Glieder des einzelnen Marktsystems. Dadurch wird das alte Haus auseinandergesprengt in Verbrauchsgemeinschaft und Betriebsstätte, selbst dort, wo noch das alte Haus äußerlich weiterbesteht. Die Hausangehörigenarbeit wird Betriebsarbeit[19]). Man lese etwa folgenden Antrag im Reichstag[20]): „Bei bäuerlichen Betrieben, die in der Regel ohne fremde Arbeitskräfte bewirtschaftet werden (Familienbetriebe), sind ... in Abzug zu bringen ... je 720 Reichsmark für jedes über 18 Jahre alte Kind, das im landwirtschaftlichen Betrieb eine volle Arbeitskraft ersetzt..." Wie also heute z. B. das Recht der Eltern vielfach nach dem des Vormunds modifiziert wird, so wird hier die Arbeit des Kindes als Ersatz einer Betriebskraft aufgefaßt. D. h. die Verbindungen blutmäßiger Art werden den Regeln der geistigen Verbindungen unterstellt, die einst als ihr Ersatz aufgetreten sind. Die Wucht des zentripetalen Schwungs um den Markt wirkt unwiderstehlich für die Umgruppierung, gerade wie umgekehrt der echte Konzern unter dem Druck des Kreditproblems zustande kommt, auch ohne äußerliche Aufhebung der getrennten Formen. Die Kräfte und Mächte kreisen um ihre Märkte. Hausarbeit und Konzern sind Belege für die Macht dieses Kreisschwunges, gerade weil sie ihm in ihrer äußeren Gestalt noch nicht völlig erlegen sind. Das Recht strebt dann an ihrer äußeren Gestalt vorbei auf den neuen Zusammenhang zu.

Zusammen gehören Versorgungsbetrieb und Kartell als Zweigherrschaften, zusammen gehören alle Formen der Kreditbeziehungen zu produktiven Zwecken, ganz gleich, ob Aktiengesellschaften oder

---

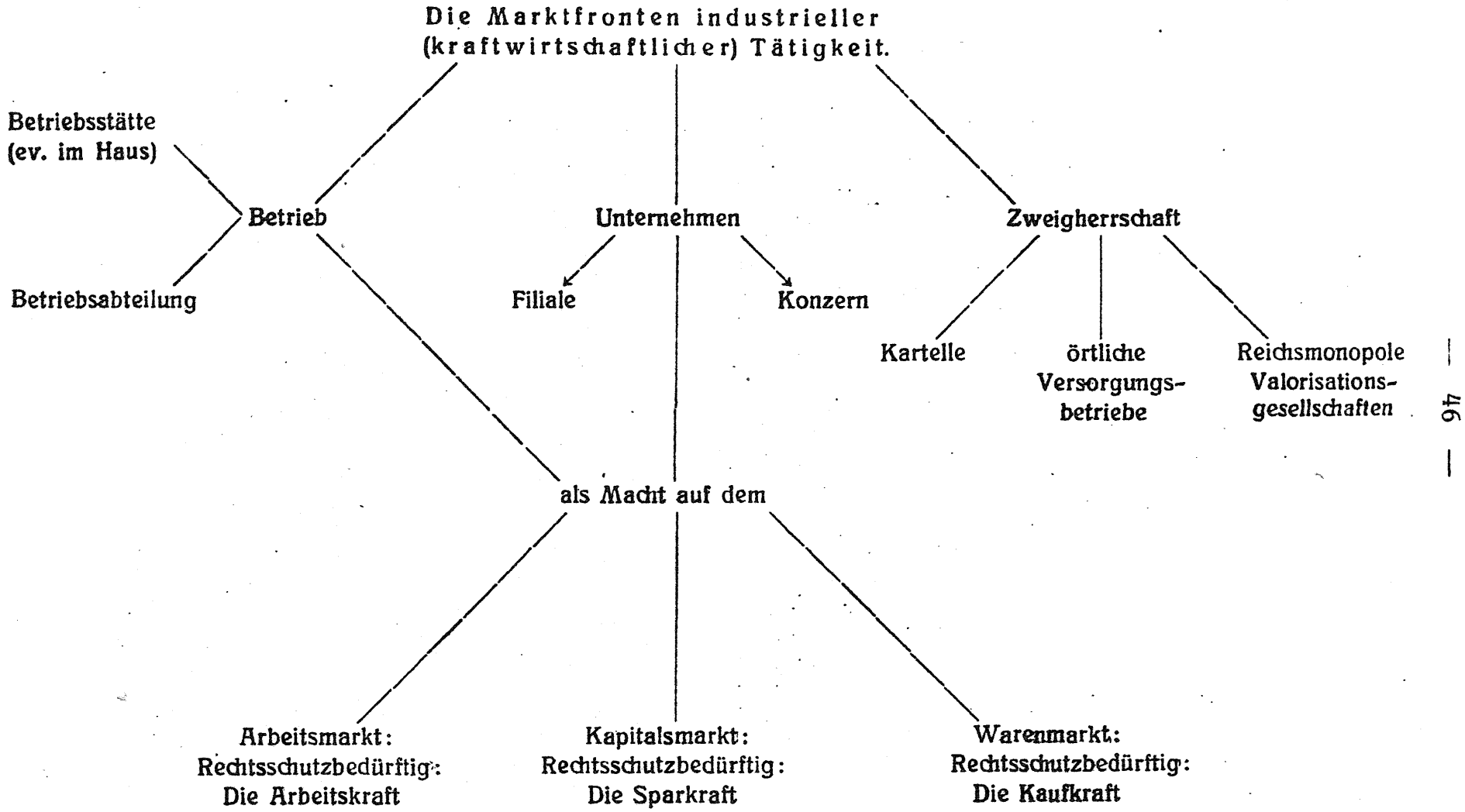
[19]) Vgl. z. B. § 52 I des Einkommensteuergesetzes vom 10. August 1925 in der Fassung des Antrags Oberfohren, Gereke und Genossen (Drucksachen des Reichstags, III. Wahlperiode Nr. 1845): „Vom Einkommen bleiben für den steuerpflichtigen Haushaltungsvorstand und die im Betriebe des Haushaltsvorstandes arbeitenden Familienangehörigen je 960 Reichsmark einkommensteuerfrei.

[20]) Antrag Stoecker-Neubauer zu § 16 desselben Gesetzes, Drucksachen des Reichstags, III. Wahlperiode Nr. 1927.

Aktionäre, Zwillingsgesellschaften, Schachtelgesellschaften, öffentliche Körperschaften usw. als Käufer auf dem Kreditmarkt auftreten. (Über die Folgen dieser einheitlichen Auffassung für das Recht des Aufsichtsrats unten.) Zusammen gehören die Beschäftigung des in einem Betrieb eingestellten und die Beschäftigung des nicht eingestellten (erwerbslosen) Arbeitnehmers. Der Betriebsinhaber ist zu fassen ohne jede Rücksicht auf die Konstruktion der Unternehmen, die gleichgeschaltet oder in Überordnung zueinander die im Betriebe wirkende Kraftwirtschaft auf den anderen Märkten repräsentieren. Denn es handelt sich um die Erkenntnis, daß es sich bei unseren Ausführungen nicht um willkürliche Definitionen handelt, sondern um die notwendig verschiedenen Formen aller industriellen Tätigkeit in bezug auf die drei verschiedenen Märkte. Ein einheitlicher wirtschaftlicher Wille erscheint in diesen drei verschiedenen Kräftefiguren auf den verschiedenen Schlachtfeldern, auf denen er kämpft.

Eine industrielle Tätigkeit ist Betrieb, soweit sie ihr Gesicht dem Markt der Produktions- und Arbeitskräfte zukehrt, sie ist Unternehmen, soweit sie ihren Namen und Kredit auf dem Markt des Vertrauens einsetzt. Sie ist Zweigherrschaft, soweit sie an der Beherrschung des Marktes für den Absatz ihrer Erzeugnisse Anteil nimmt.

Die einheitliche industrielle Tätigkeit, die produktive Kraftentfaltung durch Mächte auf den Märkten der Arbeit, des Kredits und des Konsums, läßt sich am Schlusse dieses Rundganges in einem Schema ordnen.


Die Marktfronten industrieller (kraftwirtschaftlicher) Tätigkeit.
Betriebsstätte (ev. im Haus)
Betrieb
Betriebsabteilung
Unternehmen
Filiale
Konzern
Zweigherrschaft
Kartelle
örtliche Versorgungs-betriebe
Reichsmonopole Valorisations-gesellschaften
als Macht auf dem
Arbeitsmarkt: Rechtsschutzbedürftig: Die Arbeitskraft
Kapitalsmarkt: Rechtsschutzbedürftig: Die Sparkraft
Warenmarkt: Rechtsschutzbedürftig: Die Kaufkraft

IV. Die Räte in der Industrie.

Die industrielle Tätigkeit ist nicht als Addition von Rechtsgeschäften zwischen Personen, ist in keinem Augenblick atomistisch denkbar. Wenn ein Student sich 100 Mark borgt, so wird er sie oft als Konsumtionskredit verjubeln. Dann ist das Rechtsatomismus. Dann sind wir also im bürgerlichen Recht zwischen Personen. Schon dann, wenn er sein Studium daraus bestreitet, ist er mit der Inanspruchnahme dieses Kredits eingetreten in eine Kraftwirtschaft übergeordneter Art, in die hinein er seine Kräfte zu entfalten hofft. Die produktiven Tätigkeiten der Betriebsleitung, des Unternehmertums und der Zweigherrschaften sind erst recht nur als Bahnen im Gesamtleben der Kraftwirtschaft sinnvoll zu ordnen. Der Überblick am Ende des vorigen Abschnitts versuchte das zu verdeutlichen, indem er die auf jeder dieser Bahnen durch den Eigenwillen des Bahnelements bedrohte Kraft angibt.

Betrieb, Unternehmen, Zweigherrschaft würden durch ihre Schwerkraft Arbeitskraft, Sparkraft, Kaufkraft leicht vergewaltigen. Deshalb wird ihnen von den verschiedenen Zentren her, um die sie rotieren, ein Gegenspieler zugeordnet, der sie berät. Dieser Gegenspieler heißt Rat. „Vis consilii expers mole ruit sua." Der Rat wirkt als Gegengewicht gegen die Eigenkraft!

Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt zunächst die Struktur des Rats bei den Zweigherrschaften. Es gibt bei jeder lokalen Zweigherrschaft einen Beirat der Verbraucher in Form kommunaler Vertrauensleute. Es gab ihn sogar bei der verstaatlichten Eisenbahn in Form der Beiräte. Es gibt ihn heute für die Kartelle zwar noch nicht als Kartellrat der Käufer. Aber alle Rechte eines solchen Rats sind in eigenartiger Weise durch ein Zusammenwirken dreier Instanzen gewährleistet.

1. Die Länder haben nach § 15 der Kartellverordnung das Recht, den Reichswirtschaftsminister zur Prüfung der Kartellmaßnahmen aufzufordern. Sie können schon nach 14 Tagen bei Untätigkeit des Reichswirtschaftsministers Entscheidung des Kartellgerichts fordern.

2. Der Reichswirtschaftsminister hat drei Grade der Einwirkung auf die Kartellgebarung: a) ein Veto, b) ein Lösungsrecht für Kartellglieder, c) ein aufschiebend wirkendes Informationsrecht (§ 4 ff.).

3. Dem Vorsitzenden des Kartellgerichts gibt § 9 die Befugnis, scharfe Maßnahmen der Kartelleitung zu verhindern.

Man findet hier, durch die Einheit des Reichs als des einheitlichen Wirtschaftsgebiets der meisten Kartelle bedingt[1]), einige Reichsorgane im Besitz von Befugnissen, die an Befugnisse des Aufsichtsrats erinnern. Jedenfalls sollen sie das schutzwürdige Interesse auf dem Warenmarkt, die Kaufkraft, schützen, wie in dem grundlegenden Schlußabsatz des § 4 klar zum Ausdruck kommt: „Die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl ist insbesondere dann als gefährdet anzusehen, wenn in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise die Erzeugung oder der Absatz eingeschränkt, die Preise gesteigert oder herabgehalten oder im Falle wertbeständiger Preisstellung Zuschläge für Wagnisse (Risiken) eingerechnet werden oder wenn die wirtschaftliche Freiheit durch Sperren im Einkauf oder Verkauf oder durch Festsetzung unterschiedlicher Preise oder Bedingungen unbillig beeinträchtigt wird." Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl sind nur allgemeine Wendungen. Anderwärts verwendet man daher sogar die ganz abstrakte Wendung „die Allgemeinheit": das Konkrete ist Kaufkraftschutz[1a]).

Das Eigenartige der Regelung ist nun, daß diese Vertretung der „Gegenseite", der Kaufkraft, bei den mehr als 2000 Kartellen in eine Hand gelegt ist. Als Kartellräte fungieren zwei Reichsstellen in ungeheurer Ämterkumulation. Bei den Zwangssyndikaten hat man andere Wege eingeschlagen, indem man die Verbraucher, also bei jeder Zweigherrschaft andere Personen, herangezogen hat. Der Grundsatz der Ämterhäufung für den Zweigherrschaftsrat findet sich hingegen ebenfalls bei den kommunalen Monopolbetrieben. Der Stadtkämmerer pflegt hier — ähnlich wie der Reichswirtschaftsminister — in allen örtlichen Monopolbetrieben Sitz und Stimme als Ratsperson zu haben. Juristisch handelt es sich hier gleichfalls um Ämterkumulation, wenngleich die Zahl der Zweigherrschaften, in denen die Kommune vertreten ist, natürlich ein Bruchteilchen der im Reich gegebenen Kartellmenge beträgt. Der rechtliche Unterschied zwischen der Ratsposition der lokalen Wirtschaftsminister des Magistrats, des Kreises, der Provinz und der im Kartellrecht vorgesehenen

---

[1]) Für kleinere Wirtschaftsgebiete eines Kartells sieht § 9 IV KartellVO. andere Ratspersonen vor.

[1a]) Vgl. die Untersuchung von Tschierschky über diese Begriffe in Isay/Tschierschky, Kartellverordnung 1925, S. 65 ff., mit ihrem stark einschränkenden Ergebnis und Isay, Anm. 6 zu § 4, S. 163 f.

liegt in der Entstehung. Der Reichswirtschaftsminister ist geborener Kartellrat; die lokalen Minister gekorene. Dieser Unterschied ist aber weniger beträchtlich, als er scheint. Denn das Prinzip, sich die Rechtsposition zu sichern, steht für die Kommunen genau so fest, und die tatsächliche Macht dazu haben sie gleichfalls. Nur die formelle Selbstbindung der Kommune liegt nicht vor; materiell kann sie gar nicht wagen, anders vorzugehen, als indem sie einen solchen Verwaltungsanteil sich zusichert. Die Analogie erstreckt sich natürlich nur auf die durch die Kartellverordnung geschaffene Kartellverwaltung. Die eigentliche Kartellgerichtsbarkeit ist zwar in der Verordnung mit der Verwaltung zusammen abgehandelt, hat aber juristisch eine andere Bedeutung, obschon nicht zu vergessen ist, daß auch das Kartellgericht als solches nicht nur als Prozeßgericht wirkt.

Für diese systematische Untersuchung genügt das Bisherige, um bei der Zweigherrschaft einheitlich trotz verschiedenster Rechtsgewandung einen Verwaltungsrat als Vertreter von Kaufkraftinteressen aufzuzeigen, also von Vertretern des auf dem Warenmarkt, wie wir schon wissen, schutzwürdigen Interesses.

Dasselbe finden wir bei der zweiten Gegenspielereinschaltung in Gestalt eines Rats, beim Betriebsrat. Betriebsrat und Betriebsrätegesetz mußten ja kommen, um den Begriff des Betriebes, z. B. gegenüber anderen Betrieben desselben Unternehmens, bedeutsam zu machen. Der Betriebsrat vertritt nun offensichtlich nicht einfach „Betriebsinteressen". Er läßt sich nicht als eine die Betriebsleitung harmonisch unterstützende „demokratische" Mitarbeit konstruieren („zur Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke", BRG. § 1). Er ist Arbeiterausschuß. Er soll die Stimme und die Stimmungen „des" Arbeiters im Betriebe zu Gehör bringen. Ebensowenig aber ist der Betriebsrat schlechthin Organ der Gewerkschaften, d. h. der Verkäufer auf dem Arbeitsmarkt. Auch das ist versucht worden durchzuführen. Und der § 31 gibt immerhin einen gewissen Fingerzeig dafür, daß dieser Wunsch rege war. Aber § 31 geradesogut wie § 1 zeigen, daß der Wunsch durchaus nicht zur Erfüllung gelangt ist. Der Betriebsrat wird nach § 1 errichtet in erster Linie „zur Wahrnehmung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber" und die „Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke" folgt nur als zweiter Punkt[2]). Und § 31 sagt nur:

[2]) Vgl. dazu dann die Liste BRG. § 66. Über das Versagen des § 70 unten S. 71.

„Auf Antrag von einem Viertel der Mitglieder des Betriebsrats ist je ein Beauftragter der im Betriebsrat vertretenen wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeitnehmer zu den Sitzungen mit beratender Stimme zuzuziehen [3])."

Der Verkäufer auf dem Arbeitsmarkt, die tarifschließenden Gewerkschaften, gelten also als „vertreten". Das wird durch die Wahlordnung unterstrichen (§ 3 II, §§ 5, 6 Wahlordnung BRG.), weil der Zwang zur Einreichung von Vorschlagslisten und das Verhältniswahlrecht die Verteilung der Betriebsratsmitglieder auf die gewerkschaftlichen Richtung fördert. In dieser Richtung wirkt vor allem auch die Zusammenfassung aller Arbeiter des Betriebes und aller Angestellten des Betriebes zu je einem Wahlkörper. Damit ist die Ausbildung von Betriebsstätten zu örtlichen Wahlkreisen verhindert. Für den größeren Betrieb bedeutet das aber, daß bei sieben verschiedenen Werkstätten z. B. sieben Betriebsräte von jeweils den sechs Werkstätten gewählt werden können, die den betreffenden Kandidaten persönlich weder kennen noch zu beurteilen vermögen [4]). Für eine solche Liste kann nur die programmatische Bindung der Kandidaten eine wirksame Grundlage bilden. Diese programmatische Bindung kann ja im Einzelfalle eine antigewerkschaftliche, z. B. eine „gelbe" oder „syndikalistische", sein. Immer aber bringt sie auch dann den Kandidaten in eine geistige Beziehung (wenn auch in eine antithetische) zu der Verkäuferpartei auf dem Arbeitsmarkt. So wird der Geist der Gewerkschaften, der Arbeiterschaft „als solcher" allerdings im Betriebsrat entsprechend § 31 „vertreten" — oder aber ausdrücklich abgelehnt — sein.

Trotzdem wäre es verkehrt, diese Vertretung zu übertreiben. Die Gewerkschaften haben eben nur geistige Verbindung mit den Betriebsratsmitgliedern; sie haben auch vielleicht geistige Gewalt über sie [5]). Aber sie haben keine rechtliche Gewalt über den Betriebsrat. Sie sind im Betriebsrat vertreten, aber der Betriebsrat vertritt sie nicht.

---

[3]) Vgl. auch § 47. Rosenstock, Werkstattaussiedlung, Untersuchungen über den Lebensraum des Industriearbeiters, Sozialpsych. Forschungen, herausgeg. von Willy Hellpach, II (1922), S. 119 ff., 172, 281.

[4]) Dies „delokalisierte" Wahlsystem unterscheidet den deutschen Betriebsrat von allen freiwillig eingeführten Betriebsverfassungen z. B. in England. Immer wählt hier das shop, die Werkstatt, je einen aus ihrer Mitte.

[5]) Vgl. die Formulierung dieser „Gewalt" in RGZ. 110, 202, die Arbeitnehmer seien „Objekte politischer Machtausübung" seitens der Gewerkschaften.

Die rechtliche Stellung des Betriebsrats macht ihn nicht zum Vertreter der Verkäuferpartei auf dem Arbeitsmarkt, sondern der Arbeitskräfte im Betriebe! Die Sprache nennt die Kräfte mit einem treffenden Worte: Belegschaft[6]). Dies Wort gewinnt täglich an Verbreitung. Nun ist das Bezeichnende an „Belegschaft" seine passivische Bildung. Diese entspricht dem Begriff einer Kräfteordnung, wie sie Abschnitt II für den Betrieb entwickelt hat. Um diese Arbeitskräfte, diese Belegschaft vertreten zu können, braucht der Rat allerdings die moralische Verbindung mit beiden Parteien des Arbeitsmarktes. Und der Versuch des Betriebsrätegesetzes ist dahin gegangen, ihn mit diesen beiden Parteien in moralische Beziehungen zu setzen. Für diesen Versuch nach der Seite des Arbeitgebers hin sind die §§ 66 Z. 1, 52, 29 II, 30 II BRG. charakteristisch.

Aber fruchtbar geworden für die rechtliche Tätigkeit des Betriebsrats sind nicht diese Bestimmungen, die durchweg bloße Voraussetzungen für sein Tun festlegen und deren Versagen daher in der Praxis den Betriebsrat kraftlos macht, ohne ihn doch rechtlich zu vernichten[7]).

Die Wirksamkeit des Betriebsrats ist wichtig geworden nur in der Vertretung der Belegschaftsinteressen. Wenn die Teilräte nach § 78 darüber zu wachen haben, „daß in dem Betriebe die zugunsten der Arbeitnehmer gegebenen gesetzlichen Vorschriften und die maßgebenden Tarifverträge sowie die von den Beteiligten anerkannten Schiedssprüche ... durchgeführt werden", so ist hier sehr deutlich gesagt, daß „die Beteiligten", die Subjekte, an die sich diese Gesetze, Tarifsatzungen und Schiedssprüche als Normen richten, an sich der Arbeitgeber und die Gewerkschaften sind. Die sozialpolitischen Normen des Staates haben eben „an sich" zum Adressaten die Betriebsleitung. Und die tariflichen Kollektivabmachungen desgleichen. Soweit sie aber „zugunsten der Arbeitnehmer (wir sagen deutlicher: der Belegschaft) gegeben sind, soweit hat der Betriebsrat „darüber zu wachen". Er wirkt als die zugunsten der Arbeitskräfte eingeschaltete Hemmung. Er ist ein Verwaltungsrat, der „wacht" und dies „Wachen" nun in Form von Beschwerden, Audienzen, Anrufungen auswirkt. Entsprechend schützt er die Belegschaft vor ungerechter Ent-

---

[6]) Grimm, Dtsch. Wörterbuch I (1854), 1441 f., kennt das Wort noch nicht; er hat nur (altertümlich) „ein Bergwerk belegen", d. h. betreiben, und ein Dorf mit Einquartierung belegen.

[7]) Z. B. der Mißbrauch von § 29 II durch den Arbeitgeber hat so gewirkt.

lassung und vor ungerechtfertigten Neueinstellungen (§ 78, 8, § 81 ff. BRG.). Jedermann weiß, daß in diesen Tätigkeitsrichtungen allein Erfolge des Betriebsrats zu verzeichnen gewesen sind.

Wo der Gesetzgeber dem Betriebsrat andere Aufgaben zugewiesen hat, war ein trauriges Fiasko die Folge. Die Gründe für dies Fiasko werden uns übrigens noch deutlicher werden, nachdem wir uns, wie wir jetzt tun wollen, mit dem dritten Rat industrieller Tätigkeit näher beschäftigt haben.

Der Industrierat des Unternehmens heißt nicht Unternehmensrat. Er ist durch Gesetz nur für bestimmte Unternehmergruppen, für die Aktiengesellschaften, vorgeschrieben, für andere, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ist er zugelassen. Er findet sich faktisch als Delegationsrat oder unter ähnlichem Namen bei den Konzernen fast regelmäßig, und wie der Betriebsrat durch einen Obmann ersetzt werden kann, der Kartellbeirat durch den Reichswirtschaftsminister, so ist beim Privatunternehmer fast durchweg die Bank, an der das Unternehmen durch seine Kreditgebarung hängt, in der Rolle eines Unternehmensbeirats tätig. Daß die Bank, auch wo nicht gleich zur Diskontierung der Buchforderungen, zur Lombardierung usw. geschritten wird, sich in dieser Rolle befindet, wird wohl nirgends geleugnet. Eine einheitliche rechtliche Ausgestaltung dieses Verhältnisses hat zu Unrecht bisher nicht einmal versuchsweise stattgefunden.

Wir befinden uns beim „Unternehmen" auf der dem Kreditmarkte zugewandten Seite industrieller, produktiver Tätigkeit. Das Unternehmen kauft Vertrauen. Vertrauen ist nur käuflich durch Beziehungen und gegen Beziehungen. Der Schutz des oder der Kapitalisten erfolgt daher in Form solcher rechtlich tragfähiger Beziehungen. Vom ersten Tage an ist ein Unternehmen nichts Isoliertes, nicht individualisiert denkbar[8]). Seine Isolation wird fingiert. „Die Peitsche der Dividende", die Abhängigkeit vom Kapital, sie besagen, daß jedes „Unternehmen" vom Kreditmarkt her allein lebensfähig ist und bleibt. Ein „Produktionszweig" erlischt, wenn niemand seine Produktion kauft; ein „Be-

[8]) Vgl. zu diesen Problemen beispielsweise H. G. Haenel, Wertbeeinflussung und Unternehmertätigkeit, Jena 1922; Gerhard Schacher, Die Kapitalbeschaffung der Aktiengesellschaften an den Märkten des In- und Auslandes, Frankenstein, E. Philipps, 1925. Der theoretische Kampf der Universalisten wie Spann mit ihren Gegnern um die prinzipielle Tragweite dieser Einsicht kann hier füglich übergangen werden.

trieb", wenn er keine geeigneten Arbeitskräfte bekommt; kein „Unternehmen" kann bestehen, ohne dem Kreditmarkt angeschlossen zu sein. Daß Handel und Finanz die Industrie gründen, ist jedem geläufig. Daß sich das in jedem Unternehmen niederschlägt, niederschlagen muß durch „Verbindungen", bleibt unausgesprochen.

Und dieser Anschluß vollzieht sich in Form der Bankverbindung, der Interessenahme, der Einflußnahme und wie die Worte alle dafür heißen. Damit rückt das Problem des Aufsichtsrats bei der Aktiengesellschaft in ein neues Licht. Denn wenn die Existenz auf oder „an" dem Kreditmarkt jedes Unternehmen charakterisiert und wenn die „Verbindung" zum Kreditgeber immer der Preis für Vertrauen ist, so verliert der Aufsichtsrat seine Sonderstellung.

Der „Aufsichtsrat" ist also richtiger zu charakterisieren als der am schärfsten ausgebildete Fall des Kreditverwaltungsbeirats, des Unternehmensrats. Ein gutes Beispiel gibt etwa das Statut einer G. m. b. H.:. „Es wird ein Aufsichtsrat ... gebildet ... Solange die Kreditbank B. Gläubigerin ist, hat sie das Recht, einen der vier Aufsichtsratsmitglieder zu bestimmen[9])." Die einheitliche Verfügung über den Kredit, über die Vertrauenskräfte kennzeichnet die Einheit des „Unternehmens". Daher ist der Konzerndelegationsrat imstande, die Aufsichtsräte der an ihm beteiligten Aktiengesellschaften lahmzulegen. Ein Blick auf den Konzern ist heute, wo diese Gebilde im Vordergrunde des Interesses stehen, empfehlenswert. Die Konzentration vollzieht sich, man darf sagen: überwiegend, unter dem Druck des Geldgebers, der Banken! Sie erzwingen die Konzentration, um ihr Vertrauensrisiko zu verkleinern. Die Vergrößerung des Unternehmens durch Konzernbildung hat also sehr oft nichts mit dem Kampf um den Absatz der Produkte zu tun. Dieser gehört niemals zum Wesen des Konzerns (bei vertikaler Konzern-

---

[9]) Beispiel aus Hans Käferlein, Der Bankkredit und seine Sicherungen, 5. Aufl., Nürnberg 1925, S. 528 ff., Nr. 112. Vgl. Gesetz über die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft § 8: „Kreditaufnahme. Die Gesellschaft hat das Recht, selbständig Kredite aufzunehmen ... und dafür das Reichseisenbahnvermögen hypothekarisch zu belasten. Solche Hypotheken stehen der Reparationshypothek im Range nach; dabei sind die Bestimmungen in § 9 der Gesellschaftssatzung zu beachten." Dieser aber lautet: „Andere ... Anleihen darf die Gesellschaft nur auf Grund eines Beschlusses des Verwaltungsrats ausgeben, der mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen gefaßt ist. Für die Ausgabe müssen mindestens zwei ausländische Mitglieder gestimmt haben." Solche Verhältnisse sind faktisch in der Privatwirtschaft gang und gäbe.

bildung versteht sich das von selbst). Der Konzern verändert die Kreditgrundlage des Unternehmens! Der Konzern ist also gerade kein neuer Rechtsbegriff wie das Kartell, sondern er bedeutet umgekehrt ungelöste Spannung zwischen Rechtsform und Wirklichkeit. Alle Versuche, den Konzern juristisch positiv zu definieren, müssen meines Erachtens scheitern. Man kann doch nur vom Sinn der Konzernbildung ausgehen: Verkleinerung des Vertrauensrisikos, Verbreiterung der Kreditgrundlage. Dann gibt es aber nur eine negative Definition, die aber praktisch ausreichen dürfte: wirtschaftliche und (oder) betriebliche Vereinheitlichungsvorgänge, die vor der Einheit der rechtlichen Unternehmensform noch haltmachen[10]). Ein Konzern kann also ein Kartell oder Monopol und kann einen Betrieb darstellen, aber es müssen juristisch noch mindestens zwei Unternehmen da sein[11]). Die Unstimmigkeit zwischen Form und Wirklichkeit der Unternehmen braucht keine Wirkungen gegenüber dem Betrieb zu haben und ebensowenig gegenüber den Fragen der „Branche". Hier kann der Konzern schon als Einheit gelten, ganz gleich, ob gleichgeschaltet oder übergeordnet wird.

Während das Kartell vom Warenmarkt her mit dem Ziel der Zweigherrschaft die abstrakte Gesamtheit aller Unternehmen auf diesem Markte im Sinne einer Reihe $^1/_{16}+{}^1/_{15}+{}^1/_{14}+{}^1/_{13}$ usw. (d. h. der Quoten) mit der Summe 1 = dem Monopol auf diesem Markte, umfassen will, geht der Konzern konkret von dem Unternehmen a oder 1 und dem Unternehmen b oder 2 und dem Unternehmen c oder 3 aus. Wo also dort Brüche von 1 stehen, stehen hier ganze Zahlen. Der Konzern geht daher aus von der einheitlichen Gewinnverteilung und einheitlichem Kreditgebrauch, die Zweigherrschaft von der Kontingentierung der Auftragsquoten. Der Konzern geht aus von der Stärkung bestimmter Unternehmen; er rüstet diese Unternehmen mit stärkerem Rüstzeug an Vertrauen, Kapital usw. aus; diese stärkere Widerstandskraft ist nicht notwendig aggressiv wirksam. Die Kraft des Kartells ist immer aggressiv. Für den Rechtsbegriff des Konzerns gibt es keinen „Außenseiter". Der Außenseiter ist dem Kartellbegriff (KartVer. 4, 2; §§ 8, 10) so wesentlich, daß die Mög-

---

[10]) Haussmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen 1925, S. 93 ff.

[11]) Friedländer, Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung 1921, S. 46 ff., zeigt, wie sehr die bleibende Konzentration im Vordergrund steht, so daß unser Ausdruck „noch" nicht unbegründet erscheint.

lichkeit seines Daseins oder seines Wieder-ins-Dasein-Tretens als der einzige Unterschied des Konzerns vom Monopol (und Trust) ausgesprochen werden kann und daß der Gesetzgeber die Möglichkeit des Wiederauflebens von Außenseitern geradezu sicherstellt. Denn der Außenseiter bedeutet ihm Schutz der Kaufkraft, Erhaltung eines echten Marktverkehrs.

An der Erhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Konzernmitglieder nimmt das Recht kein oder kaum ein Interesse. Und eben deshalb schützt er den Aufsichtsrat des Einzelunternehmens nicht gegen seine Lahmlegung durch den Konzernsrat. Die Frage hat die größte praktische Bedeutung. Denn die Minoritäten konzentrierter Unternehmungen werden ja oft um ihre Gewinnaussichten, um volle Dividendenausschüttung betrogen [12]). Aber gerade hier enthüllt sich deutlich die Wandlung vom Handelsrechtszeitalter. Nach dem Handelsrecht ist die einzelne Aktiengesellschaft oder G. m. b. H. oder Firma Individuum, einzeln im Kampf ums Dasein. Der Aufsichtsrat — erst recht die Generalversammlung — werden vorgestellt als Organe, um die Individualität zu erhalten und beschützen. Man nahm aus diesem Grunde früher an, daß eine Aktiengesellschaft nicht Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft werden könne. In klassischer Weise formuliert die frühkapitalistischen, d. h. Handelsrechtsgesichtspunkte das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 31. Januar 1899 [13]).

---

[12]) Haussmann, Grundlegung, S. 54 ff., 152 ff.

[13]) „Das Wesen der Aktiengesellschaft steht deren Beteiligung an einer Offenen Handelsgesellschaft entgegen. Die Aktiengesellschaft ist eine Handelsgesellschaft, die das Recht mit der juristischen Persönlichkeit ausgestattet hat. Eine juristische Person besteht nur kraft der Form, die das Gesetz für sie vorschreibt, sie kann auch nur in dieser Form am Rechtsverkehr teilnehmen. Die Folge ist, daß die Aktiengesellschaft das den Gegenstand ihres Unternehmens bildende Gewerbe nur in der ihr nach dem Gesetze eigenen Form betreiben und nicht dabei zugleich Träger einer anderen Handelsgesellschaft sein kann. Schon dies hindert ihre Beteiligung an einer Offenen Handelsgesellschaft. Denn die Offene Handelsgesellschaft kann zwar unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, und ihr Vermögen ist eine besondere, durch den Geschäftsbetrieb gebundene Masse, die nicht bloß tatsächlich, sondern auch rechtlich von dem Privatvermögen der Gesellschafter geschieden ist, sie ist aber keine juristische Person; Eigentümer des Gesellschaftsvermögens und Träger der Gesellschaft sind die einzelnen Gesellschafter, von denen ein jeder die Gesellschaft kraft Gesetzes vertritt und andererseits unbeschränkt mit seinem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden haftet, so daß die Gesellschaft

Das Urteil ist vorzüglich begründet und schwer widerleglich[14]). Aus diesem Gedankenkreis nun stammt der zähe Kampf, den ein erheblicher Teil der öffentlichen Meinung gegen die verräterischen Aufsichtsräte, die Großaktionäre und die Geldmänner von Einzelunternehmungen, insbesondere der Einzelaktiengesellschaft, führt[15]).

---

insoweit voll in der Person jedes einzelnen der nicht von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaft aufgeht.

Hierzu tritt der innere Aufbau der Aktiengesellschaft, wonach zu ihrem Wesen die Generalversammlung der Aktionäre als herrschendes Organ, der Vorstand als ausführendes Organ sowie die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens gehört. Alles dies verträgt sich nicht mit der Beteiligung der Aktiengesellschaft an einer Offenen Handelsgesellschaft. Die Generalversammlung der Aktionäre darf zufolge der ihr nach dem Gesetze gebührenden Stellung in ihren Entschließungen nicht durch den Widerspruch einer anderen Person eingeengt sein, wie dies nach Art. 102, Abs. 2, HGB. bei der Offenen Handelsgesellschaft in Ansehung der einzelnen Gesellschafter der Fall ist. Und wenn der Vorstand einer Aktiengesellschaft nach außen unbeschränkte Verfügungsmacht hat, so ist er doch nicht nur nach innen an die Weisungen der Generalversammlung sowie meist auch des Aufsichtsrats gebunden, sondern vor allem ist er unter Umständen auch strafrechtlich verantwortlich. Der Schutz, der hierdurch geflissentlich für das Gesellschaftsvermögen geschaffen ist, würde vollständig hinfällig werden, wenn die Aktiengesellschaft an einer Offenen Handelsgesellschaft beteiligt wäre, da solchenfalls der andere Gesellschafter, der in keiner Weise gebunden ist, durch die ihm zustehende Vertretungsmacht in der Lage sein würde, mittelbar zugleich über das Vermögen der Aktiengesellschaft zu verfügen und dasselbe so den Gläubigern dieser Gesellschaft zu entziehen.

Die Sache liegt insofern wesentlich anders als bei der Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft, an einer Aktiengesellschaft oder an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Beteiligung als Kommanditist oder Aktionär oder als Gesellschafter an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bringt lediglich die Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Vermögenseinlage mit sich, nicht aber ergreift sie das ganze Vermögen der sich beteiligenden Person, und weiter wird dabei die betreffende Person durch die Beteiligung nicht zum Träger der Gesellschaft, sondern erlangt lediglich die Eigenschaft eines Mitgliedes derselben, eine Eigenschaft, die mit der Verfassung der Aktiengesellschaft nicht grundsätzlich unvereinbar ist. Während deshalb eine solche Beteiligung der Aktiengesellschaft gestattet sein muß, ist ihre Beteiligung an einer Offenen Handelsgesellschaft für ausgeschlossen zu erachten. Seufferts Archiv 55 (1900), Nr. 85, S. 172 ff.

[14]) Das RG. sagt zur Widerlegung mit bezeichnender Kürze: „Diese wirtschaftliche Entwicklung zu hemmen liegt kein ausreichender Grund vor. Die Gerichte sind nur dann in der Lage, ihr entgegenzutreten, wenn sie aus Gründen des Gemeinwohls zu verwerfen wäre oder mit dem geltenden Recht in Widerspruch stände." RGZ. 105, 104.

[15]) Statt aller Sontag, Die Aktiengesellschaft im Kampf zwischen Macht

Ein endloser Streit um die Sünden der Aufsichtsratsmitglieder paart sich mit Haß gegen die Häufung von Aufsichtsratssitzen in einer Hand und gegen diese und jede andere Weise, kraft der die „Verbindung" dieses Einzelunternehmens mit anderen Teilen der Wirtschaft seinem Eigenleben vorangestellt wird.

Es ist aber kein Zufall, daß alle Klagen der Kleinaktionäre erfolglos geblieben sind[16]). Wäre die Aktiengesellschaft eine reine Kapitalsgesellschaft, so müßte allerdings das Interesse des herbeigelockten Aktionärs allem anderen vorgehen. So nach Handelsrecht des Frühkapitalismus, wo die Aktionäre vielleicht noch aus dem „Privat"publikum stammen. Schon in der Zeit, wo der Gesetzgeber den „Aufsichtsrat" schuf, war das Publikum, aus dem der Aktionär sich zur Zeichnung oder zum Kauf von Aktien einfand, Banken- oder sogar Börsenpublikum. Das heißt, er erwarb seine Mitgliedschaft an diesem Unternehmen im Rahmen der Zugehörigkeit und Geltung, in der dieses Unternehmen auf dem Kapitalsmarkt stand. Sein Interesse stand also schon beim Eintritt in seine Machtposition unter dem Drucke jener Marktbindung[17]). Umgekehrt genoß und genießt der Aktionär, der eine Aktie auf dem Kapitalsmarkt verkauft, das außerordentliche Privileg, den Kredit eben dieses Unternehmens beeinflussen zu dürfen. Kursändernde Aktienverkäufe an der Börse haben in der Mehrzahl der Fälle Einfluß auf den Kredit des Unternehmens[18]). Hier liegt das eigentliche Privileg des Kleinkapitalisten, ob es sich nun um die legitime oder ob es sich um die schwarze Börse handelt. Daß er trotz seiner Mitgliedschaft kreditschädigend

---

und Recht 1922. Übergangen muß hier wegen der Konzentration auf das Räteproblem werden die Entwicklung der Schutz- und Vorratsaktien, obschon auch hier die Mißbräuche teilweise durch die verkehrte Konstruktion der GV. entstanden sind. Vgl. dazu „Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen", herausgeg. von Nußbaum, H. I, Hugo Horrwitz, Schutz- und Vorratsaktien 1926.

[16]) Mit erfreulicher Entschiedenheit jetzt RGZ. 111, 29 f.: „Die Entwicklung des Aktienverkehrs ist dem Kleinaktienbesitz nicht günstig. Der Aktienmarkt ist nicht für Kleinsparer gedacht... Wer Aktien erwirbt, hat sich den für die Aktiengesellschaften bestehenden Vorschriften anzupassen; wer das nicht kann oder will, soll dem Aktienverkehr fernbleiben; für ihn paßt eine Vermögensanlage in Aktien nicht."

[17]) In demselben Reichsgerichtsurteil heißt es: „Die Aktiengesellschaften haben ein Interesse daran, Aktien zu besitzen, die für den börsenmäßigen Verkehr möglichst geeignet sind..."

[18]) Vgl. dazu die Einzelheiten bei Nußbaum in Ehrenbergs Hb. IV, 2. (1918) 553.

auf das Unternehmen wirken darf, ist ein Privileg, das weit über die alte Kuxenlossagung hinausgeht. Die hier verzeichnete Bahnung nähert seinen „Kapitalsanteil" einer Kredithergabe an, die mit allem Risiko einer solchen, dafür aber mit einem vorzugsweisen Rücknahmerecht ausgestattet ist. Der Kleinaktionär kann sozusagen jederzeit seine Kredite fristlos mittels des Börsenhandels auf andere übertragen. Dies ist die außerordentliche Bevorzugung für ihn. Hingegen wird es eine im Zeitalter der Kraftwirtschaft unverständliche Fiktion, das Vermögen eines Unternehmens durch Addition von Tausendmarkscheinen entstanden zu denken. Diese juristische Atomistik geht von Dingen, Einzelsachen aus, „aus denen" sich ein Vermögen bilde. Die Tausendmarkscheine aber, die der Zeichner einzahlt, haben ihren Sinn nur im Rahmen der Macht des Unternehmens, Vertrauenskräfte zu mobilisieren, zu kaufen, zu „binden". „Geld ist Dreck", hat man mit Recht gesagt, wo es nicht Vertrauenssymbol, objektivierte „Währung" mehr ist. Daß die Banken die Aktien ihrer Kunden in den Generalversammlungen vertreten, ist nicht ungerechtfertigt, weil eben gewöhnlich die Bahn, auf welcher die 1000 Mark des Kunden „organisiert" worden sind, die Bank ist. Der „Kunde", der Aktionär ist, sollte sich m. E. an die Bank halten dürfen, die einen Vertreter im Aufsichtsrat hat. Eine Vorverzinsung seiner Aktie ließe sich so am ehesten sicherstellen[19]). Eine vernünftige Mediatisierung des Kleinaktionärs ist besser als die unvernünftige, brutale jetzt. Dazu gehört auch eine andere Regelung der Art, wie juristische Personen im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft vertreten werden. Heute sind zwar die Aufsichtsratsmitglieder dem Aktionär haftbar, aber nur sie sind haftbar, nicht die Mächte, als deren Organe sie im Aufsichtsrat sitzen. Dies ist eine ebenso dem Individualismus entspringende Fiktion wie die Souveränität der einzelnen Aktionäre. Und so ist allerdings hier eine Lücke, die ja auch sonst als Erschwerung für die Bestellung empfunden wird. Nicht nur die physischen Personen, die im Aufsichtsrat sitzen, sollten als Haftungsträger gelten[20]).

Heute ist sowohl die Vorschrift über die „fünf Gründer" einer

---

[19]) Sie schlägt vor J. Goldschmidt, Gesetzesdämmerung, Jur. Woch. 1924, S. 246. Vgl. jetzt auch Albert Pinner, Vom Berufe unserer Zeit zur Reform des Aktienrechts, Zentralblatt für Handelsrecht I (1926), 3 ff.

[20]) Bei unerlaubten Handlungen würde ja nach ständiger Praxis des RG. der Bankvertreter neben der Bank haften. RGZ. 91, 75, Kartellrundschau 21 (1923), 28 ff. (Urteil des RG. vom 24. April 1922).

Aktiengesellschaft wie die über die persönlichen Mandate des Aufsichtsrats eine dem Individualismus der „Gründerzeit" zuliebe noch gespielte Farce. Wenn Stadt und Privatfirma eine Aktiengesellschaft gründen, sagt die Privatfirma zur Stadt: „Ich stelle die Gründer." Die „Gründer" sind auch sonst nicht die Gründer. Auf der anderen Seite aber wird an dieser einen Stelle der juristischen Person die Gleichstellung mit der Person verweigert, einer der wenigen Stellen, wo diese Übertragung der Befugnisse keine Verkehrung der Institution ins Gegenteil bewirkt. Einen Nießbrauch kann die juristische Person erwerben und damit ein höchst persönliches Recht verewigen; einen Aufsichtsratssitz nicht. Dabei würde es genügen, wenn die Generalversammlung einer juristischen Person das Recht verleihen dürfte, ein (wechselndes) Mitglied des Aufsichtsrats zu bestellen. Die persönliche Haftung dieses Mitgliedes kann ja neben der seines Mandanten fortbestehen. Heute braucht es dazu alle möglichen Tricks. Z. B. steht im Gesellschaftsvertrag des „Verbandes sozialer Baubetriebe G. m. b. H." § 9: „Die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat erlischt, wenn die Gewerkschaft, bei der ein Aufsichtsrat zur Zeit der Wahl ein Amt bekleidet, die Niederlegung des Amts als Aufsichtsrat verlangt." (!) Und das Reichsgericht stellt die unmittelbare Beziehung des Aufsichtsratsmitglieds zu der Gesellschaft, in deren Aufsichtsrat er sitzt, doch reichlich weit zurück, wenn es dem Direktor einer Aktiengesellschaft erlaubt, „Aufsichtsratsstellen für seine Gesellschaft" zu übernehmen [21]).

Wir sind nun gerüstet, die Stellung des Aufsichtsrats zu klären. Unter industrierechtlichem Gesichtspunkt ist die Hineinbindung des Einzelunternehmens in die Gesamtwirtschaft nach oben, in den Produktionsprozeß nach unten ebenso Voraussetzung für seine Existenz wie die Auseinandersetzung mit dem kapitalanlegenden Publikum. Der Aufsichtsrat ist nicht Aufsichts-Rat im Sinne einer Beaufsichtigung. Er ist Gründerrat gegenüber den beteiligten Zeichnern in dem Sinne, wie bei der Zwillingsgesellschaft die Kommune die Mehrheit im Aufsichtsrat der Eigentumsgesellschaft sich vorbehält. Er ist Verbindungsrat nach außen, um die Unternehmen mit dem Kreditmarkt und nötigenfalls mit einer möglichst großen Zahl anderer Unternehmen zu verbinden. Entsprechend bedarf der § 243 HGB. der Änderung. Es muß möglich sein, durch Statut bestimmte Gemeinwesen, Nachbarunternehmungen usw. mit Sitzen im Aufsichtsrat auszustatten. Die Erkennt-

---

[21]) RGZ. 105, 395.

nis des Aufsichtsrats als Verbindungsrat zeigt, daß auch die Häufung von Aufsichtsratsposten in einer Hand zum Wesen der Sache gehört. Die Ämterkumulation kehrt beim Kartell und beim Betriebsrat (bei diesem durch die beratende Teilnahme der Koalitionsvertreter) wieder. Der Kleinaktionär hat keinen Anspruch auf unmittelbare Vertretung in diesem Rat. Der Plan des Proportionalwahlrechts würde den Aufsichtsrat ruinieren, wie er das Parlament ruiniert. Proporz ist immer das Begräbnis einer Institution; dafür natürlich sehr heilsam. Die Entscheidungskraft geht verloren. Formale „Gerechtigkeit", die abstrakt auf individuelle Ansprüche und Zahlengruppen bezogen wird, triumphiert über die Kraft zur Verkörperung der „Dezision".

Diese Sehweise erklärt, warum nicht die Wirtschaft durch Wirtschaftsräte beim Staat Vertretung braucht, sondern der Staat Vertretung durch Reichsräte und Staats- und Magistratsräte in der Industrie erhalten muß. Wie bekannt, ist dies auch der Weg, der bei Errichtung der Reichsbahn-A.-G. eingeschlagen worden ist. Die Aufdeckung der industrierechtlichen Entwicklungstendenz macht ohne weiteres verständlich, daß die so notwendige Vereinfachung der politisch staatlichen „Betriebsführung" in der Industrialisierung der Unternehmen unter Einschaltung staatlicher Verbindungsräte gesucht werden muß. Bei der Reichsbahn hat ein besonderes Reichsgesetz den § 243 HGB. umgangen[22]). Interessant ist das Verhalten der Reichsregierung vor dem Kriege bei einer ähnlichen Frage. Man kann hier im Abstand die ganze Lage gut verdeutlichen. Im Jahre 1910 schlug der Petersburger Großkaufmann Georg Spies die Bildung einer unter Reichskontrolle stehenden Regie- oder Betriebsgesellschaft für Petroleum vor. Die Regierung legte nun den Entwurf eines Gesetzes über den Verkehr mit Petroleum vor. In der Begründung sagte sie dazu, es sei untunlich, „der Reichsverwaltung eine Verantwortung für geschäftliche Unternehmungen aufzubürden". Sie wolle daher einen „Reichskommissar" durch § 3 des Entwurfs schaffen. Spies veröffentlichte nun eine schlagende Kritik dieses Vorschlags und entwickelte einen Weg, durch eine andere Zusammensetzung des Aufsichtsrats das Petroleummonopol wirksam zu kontrollieren, ohne der „Reichsverwaltung" Dinge aufzuladen, die sie nicht verstehe[23]).

---

[22]) Reichsbahngesetz § 18; Satzung der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft § 11 ff.

[23]) Georg Spies, Zwei Denkschriften zum Petroleummonopol, Berlin 1913, S. 128 ff. „Als ich in meiner Denkschrift die Bildung einer ‚unter Reichskontrolle stehenden Regie- oder Betriebsgesellschaft' vorschlug, und zwar

Seine Vorschläge klingen wie eine Prophetie, indem sie die Indienststellung von Persönlichkeiten der deutschen Wirtschaft als Kon-

---

aus dem Grunde, weil diese Form allein eine kaufmännische Geschäftsführung ermöglichen würde, hatte ich das Wort ‚Kontrolle' in dem weiteren im Geschäftsleben gebrauchten Sinne, also gleichbedeutend mit ‚bestimmendem Einfluß' gemeint und nicht im engeren, dem deutschen Sprachgebrauche mehr entsprechenden Sinne von ‚Aufsicht'. In der Person des Reichskommissars (§ 3) wird aber nur eine für die praktische Geschäftsführung recht unwirksame Aufsichtsbehörde geschaffen, die zwar Gesetzwidrigkeiten verhindern, im übrigen aber nicht einmal in der Lage sein wird, einen ernst zu nehmenden Einfluß auf die Einkaufspolitik auszuüben. Der Reichskommissar wird ebenso ehrfurchtsvoll behandelt werden, wie solches in Österreich, wo eine solche Institution obligatorisch für eine jede Aktiengesellschaft besteht, geschieht, aber ebenso selbstverständlich wird ihm von den Vertrauensleuten der die Betriebsgesellschaft kontrollierenden Gruppe nur dasjenige gezeigt und gesagt werden können, was sie zu zeigen und zu sagen für richtig halten werden.

Er hat das Recht, in alle Schriften und Bücher einzusehen; aber nicht alle Geschäfte werden durch Briefe und Telegramme eingeleitet, und namentlich wäre solches bei Transaktionen denkbar, die für die Vertriebsgesellschaft besser nicht abgeschlossen worden wären. Es k a n n einfach ein fait accompli vorbereitet werden, denn es bedarf für einen tüchtigen Direktor keineswegs einer besonderen Geschicklichkeit, um die Dinge so zu lenken, daß auch die Aufsichtsratsmitglieder sich überzeugen lassen, daß das Geschäft gerade so abgeschlossen werden muß, wie es der Direktor zum Vorschlag bringt. Wie soll der Reichskommissar erfahren können, was seitens des Direktors in London oder Petersburg oder in New York, oder nicht einmal seitens dieses Direktors selbst, sondern seitens eines Herrn der die Gesellschaft kontrollierenden Gruppe vertraulich bei einem Frühstück verabredet werden kann?

Eure Exzellenz sehen, daß gegenüber im Geschäftsleben — und in der Diplomatie — nun einmal anwendbaren Methoden der Reichskommissar eine ganz unwirksame und dabei wenig beneidenswerte Rolle spielen würde.

Die Wahl des Aufsichtsrates und innerhalb desselben die Wahl des Vorsitzenden und seiner Stellvertreter, endlich die Wahl des Vorstandes bedürfen nach § 4,2 der Bestätigung durch den Herrn Reichskanzler. Dies ist eine Bestimmung, die nur warm begrüßt werden kann, weil sie wenigstens einen gewissen Schutz bietet; sie genügt aber nicht, um die Vertriebsgesellschaft vor durch eine Geltendmachung der Lieferanteninteressen drohenden Gefahren zu bewahren.

Die Deutsche Bank hat dem deutschen Volke einen unschätzbaren Dienst dadurch geleistet, daß sie 1903 Petroleum aufnahm und dadurch die Petroleumfrage überhaupt in Fluß brachte. Es ist nur recht, daß sie nach Einführung des Leuchtölmonopols als Leuchtölproduzent wie jeder andere Produzent den großen Vorteil genießen wird, zu vernünftigen Preisen ihre ganze Produktion an einen sichern und ihr wohlwollend gesinnten Käufer

sumentenvertreter fordern. So ist ja der Aufsichtsrat der Deutschen Reichsbahn zusammengesetzt worden, „ohne der Reichsverwal-

---

abgeben zu können, und daß sie außerdem 1. die in den deutschen Verteilungsanlagen investierten recht großen Geldmittel der Deutschen Petroleum-Verkaufsgesellschaft m. b. H., die durch die amerikanische Konkurrenz ernstlich und jetzt mehr denn je bedroht sind, mittels der von der Vertriebsgesellschaft zu zahlenden Entschädigungen zurückerstattet erhält, und 2. von den im deutschen Petroleumgeschäft unvermeidlichen Verlusten in Zukunft verwahrt bleiben wird. Die Lage ihrer Petroleumunternehmungen wird also nach Durchführung des Monopols eine glänzende werden. Kein vernünftiger Mensch wird ihr einen solchen glücklichen Ausgang ihres Unternehmens nicht gönnen wollen. Aber es wird wohl nur wenige Menschen geben, die wünschen würden, daß die geplante Vertriebsgesellschaft einfach ein Instrument in Händen der Deutschen Bank werde.

Alle die Schwierigkeiten und schiefen Positionen, die der Gegenstand der Besprechung in diesem Abschnitte gewesen sind, lassen sich sehr einfach mittels Übernahme der 10 Millionen Mark Namensaktien durch das Reich vermeiden. Der Betrag ist ein so unbedeutender (und zudem produktiv angelegter), daß wohl nicht seine Investierung, sondern wohl nur die aus einer solchen Anlage der Reichsverwaltung angeblich erwachsende größere Verantwortung Eure Exzellenz bestimmen könnte, sich nur zögernd mit diesem Auswege zu befreunden. Ich bitte daher Eure Exzellenz um die Erlaubnis, darlegen zu dürfen, wie ich mir die Sache denke.

Das Reich, als Besitzerin aller Namensaktien, würde die Hälfte aller Mitglieder des Aufsichtsrates wählen, welcher Hälfte der Vorsitzende und dessen Stellvertreter angehören müssen. Die Besitzer der Inhaberaktien wählen die andere Hälfte. Das Bestätigungsrecht des Herrn Reichskanzlers bleibt aufrechterhalten.

Auf diese Weise wird schon im Aufsichtsrate eine dem wirklichen Interessengewicht der beiden Teile entsprechende Interessenvertretung geschaffen. Das Reich, welches neben den 10 Millionen Mark den bei weitem wertvollsten Teil, nämlich das Monopolrecht, einbringt, hat, dank dem Vorsitz, den es durch seinen Vertreter ausübt, den prävalierenden Einfluß im Aufsichtsrat; die übrigen Aktionäre, die doch nur Geld einbringen, für welches ihnen eine gute und sichere Verzinsung gesichert ist, erhalten durch die andere Hälfte der von ihnen zu wählenden Mitglieder eine außerordentlich starke und ihren berechtigten Interessen genügende Vertretung im Aufsichtsrat. Unter diesen letzteren werden sich, wie zu erwarten steht, Männer der Praxis, Bankiers, Kaufleute, Juristen befinden, deren Mitwirkungen bei den Beratungen nur von größtem Nutzen sein und dem Unternehmen seinen kaufmännischen Charakter bewahren wird.

Niemand wird ferner die Reichsverwaltung daran hindern können, für die von den Namensaktien zu wählenden Mitglieder neben einigen Reichsbeamten, die speziell Wirtschaftspolitiker sind, Kaufleute, Bankiers und Industrielle, zu denen sie ein besonderes Vertrauen hat, wählen zu las-

tung Dinge aufzubürden, die sie nicht versteht". § 11 der Satzung der Deutschen Reichsbahn lautet: „Der Verwaltungsrat besteht aus 18 Mitgliedern. Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden zur Hälfte von der Reichsregierung, zur Hälfte von dem Treuhänder als dem Vertreter der Gläubiger der Reparationsschuldverschreibungen ernannt." § 12 aber schaltet die Politik und die Bureaukratie so aus, wie es Spies verlangt hatte: „Die Mitglieder des Verwaltungsrats müssen erfahrene Kenner des Wirtschaftslebens oder Eisenbahnsachverständige sein. Sie dürfen nicht Mitglied des Reichstags, eines Landtags, der Reichsregierung oder einer Landesregierung sein[24])."

Und die der kraftwirtschaftlichen Souveränität, die § 2 des Reichsbahngesetzes verleiht: „Die Gesellschaft hat ihren Betrieb unter Wahrung der Interessen der deutschen Volkswirtschaft nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen", wird in § 12 der Satzung eigenartig verankert durch das Privileg für die Mitglieder des Verwaltungsrats: „Sie sind zur unbedingten Verschwiegenheit über die Angelegenheiten der Gesellschaft verpflichtet." Der wirtschaftliche Zusammenbruch wird eine radikale „Verindustrialisierung" der Staatsbetriebe bringen. Nicht zu Bezirkswirtschaftsräten und Reichswirtschaftsräten geht die Reise, wie das „Wirtschaftsrecht" zu prophezeien schien, sondern zu Kommunal- und Staatsräten in einer In-

---

sen. Es gibt in keinem kontinentalen Lande Europas so viele tüchtige und weitblickende Kaufleute und Industrielle, die gerne an einer nationalen Aufgabe mitarbeiten würden, wie gerade in Deutschland. Eine Auswahl kann daher nicht schwierig sein.

Durch eine derartige Zusammensetzung des Aufsichtsrats kommt der kaufmännische Charakter des Unternehmens in vollkommenster Weise zum Ausdruck; daneben werden der Finanzmann und Wirtschaftspolitiker zum Wort kommen, und nicht zum wenigsten wird das Verantwortlichkeitsgefühl eines jeden Aufsichtsratsmitgliedes ganz anders geweckt werden, als wenn der Betreffende nur einer der vielen ist, welche von der das Unternehmen beherrschenden Gruppe ernannt worden sind. Er ist dann nicht der Vertrauensmann einer Gruppe, die ihm durch Ausgabe eines mot d'ordre die Abstimmung leicht macht, sondern er ist Vertrauensmann sei es der Regierung, sei es der Privataktionäre, die mit der Reichsregierung und den Konsumenten gleiche Interessen teilen; er wird demgemäß bei der Abstimmung handeln."

[24]) Anders der § 3 des Reichspostfinanzgesetzes vom 18. März 1924, der ausdrücklich neun Reichstagsabgeordnete in den Verwaltungsrat beruft. Vgl. dazu auch den Entwurf eines Reichsgesetzes zur Änderung des § 3 vom 9. Februar 1926 (Drucksachen des Reichstags III. Wahlperiode Nr. 1898) mitsamt der Begründung der Reichsregierung.

dustriewirtschaft, die für die Steuern, für den Verkehr, für Licht usw. verantwortlich werden wird.

Der sogenannte Aufsichtsrat ist Gründerrat, sagten wir. Er ist Verbindungsrat. Er ist schließlich naturgemäß dadurch auch Verwaltungsrat. Aber immer ist er Rat der Unternehmensseite, nicht der Betriebsseite industrieller Tätigkeit.

Dies liefert nun den Schlüssel zu der Erkenntnis, weshalb das Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat notwendig ein Fehlschlag werden mußte.

Über die Tatsache des Fehlschlages ist man sich wohl einig. Aber dies Verhältnis muß sich immer wieder herstellen, wenn Betriebskräfte eine Rolle übernehmen wollen, die wir als Rolle gerade eines von außen dem Unternehmen auf dem Kapitalmarkt begegnenden Gegenspielers erkannt haben. Der Griff der Arbeiterbewegung nach dem Aufsichtsrat ist nur erklärlich, weil über das Wesen des Aufsichtsrats die Vorstellung überwog: er sei ein Organ des Unternehmens „an und für sich", also eine individualistische oder besser atomistische Ansicht, die ja durch gewisse Gesetzesbestimmungen begründet wird. Als Organ des Unternehmens, d. h. soweit er als solches wirkt, hat sich der Aufsichtsrat den Betriebsratsmitgliedern ohne großen Widerstand erschlossen. Als Unternehmensrat im Sinne der Kreditvertretung ist er in die sofort gebildeten Kommissionen abgewandert. Neue Statuten pflegen den Satz zu enthalten: „Der Aufsichtsrat kann eines oder mehrere seiner Mitglieder zu bestimmten Geschäften abordnen, auch aus seiner Mitte einen ständigen Ausschuß einsetzen und diesem eine ganze Gruppe von Geschäften übertragen."

So wird heute der wirkliche Unternehmensrat durch ein indirektes Verfahren gebildet, für das der Aufsichtsrat das Wahlmänner- und Kandidatenkollegium zugleich ist.

Nur deshalb ist es auch nicht notwendig gewesen, die Befugnisse dieses „wirklichen" Unternehmensrats von denen des „Aufsichtsrats" zu sondern. Bei der Deutschen Rentenbank ist es aber zu einer solchen Sonderung bereits gekommen. Die Satzung unterscheidet hier den Aufsichtsrat und den aus ihm gebildeten engeren Verwaltungsrat[24a]).

[24a]) Satzung der dtsch. Rentenbank, gültig seit 24. Oktober 1924. § 17: „Die 11 Mitglieder des Verwaltungsrats werden von dem Aufsichtsrat aus seiner Mitte gewählt." Über die Kompetenzen beider vgl. § 18 mit § 14.

Die Erkenntnis von den einheitlichen Funktionen industrieller Räte in Betrieb, Unternehmen und Zweigherrschaft stößt bei allen Beteiligten auf Schwierigkeiten. Es wäre aber viel gewonnen, wenn darüber wachsende Klarheit erzielt würde, indem die Funktionen dieser Räte sich offenbar nur dann rechtlich erfolgreich bestimmen lassen.

Die Schwierigkeiten liegen in der Abneigung begründet, die Einbettung aller industriellen Tätigkeit in Marktvorgänge und ferner die Einwirkung einer bewußten rechtlichen Organisation dieser Vorgänge auf die Lage auf dem Markt zuzugeben.

Der Kampf der Arbeiterschaft um Berechtigungen, die politischen Ansprüche hatten auf dem Boden des Handelsrechtszeitalters notwendig etwas Uferloses. Denn der „Warencharakter" der Arbeit wurde damals notwendig hervorgekehrt. Und auch das Geld erschien statt als Kredit mehr als Ware. So flossen die drei Märkte der Waren, des Geldes und der Arbeit scheinbar zusammen in einen. Und die Arbeiterforderungen richteten sich in verworrener Fülle auf die Beteiligung an allen dreien. Die Rechtsgüter des Industrierechts sondern sich deutlich erkennbar als Kräfte. Der Geldmarkt und der Warenmarkt rücken auseinander. Der Warenmarkt ist Kaufkraftmarkt. Und über die Kaufkraft entscheidet keineswegs nur der Besitz. Es gibt Bedürfnisse des Warenmarkts, es gibt Kaufkraft auch ohne Geld und Kapital. Beweis dafür ist das Schicksal des Wohnungsmarktes. Auch die Behandlung der Drucksachen durch die Post gehört hierher. Sie sind um $^2/_3$ billiger als Briefe. Auch eine im Interesse der Entente oder als Kaufmann arbeitende Post würde nicht anders verfahren können, weil die „Ware" Verkehr von Drucknachrichten eine unabänderliche Grundlage der modernen Kräftewirtschaft ist. Es ist unmöglich, diese Ware zu verteuern. Die Kaufkraft diktiert die Preise notwendiger Güter, auch im Mißverhältnis zu den Kosten. Keine Rentabilitätsrechnung kann an diesem Axiom vorbei, durch das dafür gesorgt wird, daß die Privatwirtschaft nun eben doch nicht die Gesetze des Warenmarktes bestimmt. Die Kraftwirtschaft gliedert die Märkte. Und weder Arbeitsmarkt noch Warenmarkt sind in Wahrheit privatwirtschaftlich organisierbar. Der Geldmarkt umgekehrt ist nicht einfach als Markt der Ware Geld aufzufassen. Er ist Markt des Vertrauens, des Kredits, also moralischer Kräfte. Die Probleme des Kapitalmarktes sind nicht einfach Geldprobleme, sondern das Geld ist nur eine der Erscheinungsformen bewährten Vertrauens, kraft der ihm innewohnenden Währung. Treten die beiden

Märkte der Kaufkraft und der Kreditkraft scharf auseinander und ist die Kreditmarktseite des Unternehmens deutlich unterschieden von der Warenmarktsseite des Produktionszweiges, so kann drittens der Arbeitnehmer für die Bedingungen des Arbeitsmarktes vom Kaufmann und Verbraucher besseres Verständnis fordern.

Der Betrieb wendet dem Arbeitsmarkt das Gesicht zu. Der Arbeitsmarkt scheint zunächst durch Angebot und Nachfrage beherrscht. Im Hintergrund lauert aber die Reservearmee der Arbeitslosen und hindert eine wirksame Kartellierung der Arbeitskräfte. Die Gewerkschaften sind daher nie echte Kartelle und können daher nicht wie Kartelle rechtlich behandelt werden. Erst wenn durch Eingriffe menschlicher Organisation aus dem Arbeitsmarkt die Arbeitsbörse wird, ändert sich die Lage. Der heutige Arbeitsnachweis ist Arbeitsbörse und heißt in anderen Sprachen entsprechend. Der Unterschied von Markt und Börse ist nämlich nicht etwas Äußerliches — wie die Anwesenheit oder Abwesenheit der Güter —, sondern bedeutet die Industrialisierung des Handels durch Meisterung des Zeitmoments im Kräftespiel. Das Zusammenwirken und Aufeinanderwirken der Kurse verschiedener Börsentage, Stellage, Eskomptieren, Prolongieren, Terminhandel, macht die Börsenmäßigkeit eines Geschäftes aus. Jedes Kassageschäft nimmt ja an den Vorteilen des zur Börse umorganisierten Marktes teil[25]), weil — selbst ohne Termingeschäft — durch die Kurskurve ein Zusammenhang aller Tageskurse durch die Zeit sichergestellt ist. Das Fehlen des eigentlichen Zeitgeschäfts z. B. in New York hat diese Verwebung aller einzelnen „Markt"tage in die einheitliche Melodie der Börsenspekulation nicht gehindert. Und „zur vollkommenen Börse gehört das Zeitgeschäft" [26]) selbst hinzu, aber eben deshalb, weil es auch das Kassageschäft mitträgt.

Die Stelle der Zeitgeschäfte nimmt auf dem Arbeitsmarkt die Arbeitslosenunterstützung ein. Sie bringt das „Kassageschäft" des Nachweises einer einzelnen Arbeitsstelle in Zusammenhang mit den Chancen des „flottierenden Materials". Gewiß drückt sie damit den Höchstkurs dieser Arbeitsstelle — wie der Terminhandel die über-

---

[25]) Vgl. Göppert, Das Wesen der Börse im Rechtssinne in Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann 1923; H. W. Promies, Der Rechtsbegriff der Börse, Breslauer jur. Diss. 1925, S. 49 ff. Das zusammenhängende, dies Zeitmoment beachtende „Engagement" ist daher dem Börsengeschäft übergeordnet. Nußbaum bei Ehrenberg, Handbuch IV, 2, 545 f.

[26]) So Rehm in Rehm-Trumpler-Dove, Kom. z. Börsengesetz 1909, S. 8.

großen Schwankungen der Tageskurse herabdrückt. Aber die Baisse, die sie hervorruft, ist durch die Einfügung der Arbeitslosenunterstützung nun nicht mehr grenzenlos! Auf dem bloßen Arbeitsmarkt, vor Organisation der Arbeitsbörse, war die industrielle Reservearmee eine unerfaßbare gespenstische Erwartung. Der Markt stand dauernd unter ihrem Druck, ohne sie je klar fassen oder gar rational einbeziehen zu können.

Die Arbeitslosenunterstützung und ihre Verlegung in die Arbeitsnachweise ist daher ein revolutionärer Vorgang. Im Lande der reinsten Arbeitsmarktwirtschaft, in England, wird er auch so empfunden. Das Wirtschaftsgebiet des Arbeitsmarktes wird durch diese Organisation aller vorhandenen Arbeitskraft übersehbar, geschlossen, rationalisiert. Die Kosten unverwendeter Arbeitskraft der Arbeitslosigkeit werden neben den Preisen für die Verwendung von Arbeitskraft sichtbar. Der Arbeitsnachweis als Arbeitsbörse — wie er auch in der ganzen außerdeutschen Welt heißt[27])! — spiegelt die Spannung zwischen sofortigem Bedarf nach Arbeitskräften und den „Lagerungs"kosten bei nicht sofortigem Bedarf. Die Roheit all der vorstehenden Ausdrücke soll dazu dienen, die Größe des Vorgangs anschaulich zu machen. Der heutige Schrei nach produktiver Erwerbslosenfürsorge, nach Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ist erst durch die Umwandlung des Arbeitsmarktes in eine Arbeitsbörse möglich geworden. Rechtlich organisiert worden ist diese Arbeitsbörse durch das Gesetz über die Arbeitsnachweise einerseits, die Verordnungen über die Erwerbslosenunterstützung anderseits und dadurch, daß diese Unterstützungen von den paritätischen Arbeitsnachweisen aus geleistet werden.

Wir haben angesichts dieser Lage die Pflicht, der einheitlichen Durchdenkung der Arbeitskraft vom Arbeitsmarkt bis in die Betriebe und an die Betriebsstätte und wieder zurück auf den Arbeitsmarkt mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Beispiele dieser Zusammenhänge einer „Zeitbahn" erörtert unser Schlußkapitel[28]). Ein Beispiel für solchen Zusammenhang auch da, wo er heute nicht angenommen wird, sei aber hier noch entwickelt, bevor dann die Abgrenzung der „Arbeitsmarktinteressen" gegen die des Kapitalmarktes gegeben werden kann.

---

[27]) To go to the Exchange heißt englisch, was der deutsche Arbeiter „stempeln gehen" nennt. Über die Arbeitsbörse in Rußland vgl. Ztschr. f. osteurop. Recht I (1925), 27.

[28]) Unten in VI, C. 2.

Wir meinen das Recht auf Beschäftigung[29]). Das Recht auf Beschäftigung ist zunächst brennend geworden für den, der Karriere machen will, den Sänger, die Schauspielerin, den Filmstar. Wie der Lehrling ein Recht auf Ausbildung hat, so gab man dem künstlerischen Menschen ein Recht auf Vollendung der steilsten Leistungskurve, die seine Laufbahn durch seinen eigenen Genius würde erreichen können.

Es ist sehr bezeichnend, daß dieser Ausspruch, beim „Genie", beim genialischen Menschen dem 19. Jahrhundert vertraut geworden, zuerst den Schauspielern zugute kam. Im 18. Jahrhundert zu den Zeiten der Neuberin hätte man über diesen Anspruch des Mitgliedes einer Theatertruppe schlechterdings gelacht. Anders das 19. Jahrhundert, das im geistigen, künstlerischen, biographischen Gebiet Neuland erschließt. Wer noch eine Laufbahnsteigerung zu erwarten hat, muß beschäftigt werden.

Der neue Arbeitsvertragsgesetzentwurf sucht nun die Rechte, die sich der Pionier, der schaffende Mensch im Laufe des 19. Jahrhunderts erworben hat, auch den nicht schöpferischen Arbeitern in angemessener Weise zugänglich zu machen. Dieser Weg vom geistigen Schöpfer zum gewöhnlichen Sterblichen erscheint rechtsgeschichtlich als der Weg vom 19. ins 20. Jahrhundert bedeutsam[30]). Die Schätzung des Genius im Urheberrechte steigert sich seit Goethes damals als juristisches Wunder wirkender Privilegierung[31]) durch das ganze Jahrhundert. Der Schauspielerstand in seiner Mittelstellung zwischen schöpferischem Wert und reproduktiver Mitwirkung im Theater„betrieb" leistet vielfach den Brückenschlag zwischen den beiden Welten der freien, niemandem verantwortlichen Schöpfung und des gebundenen, aber verantwortlichen Schaffens. So ist auch der Beschäftigungsanspruch gerade für den Schauspieler recht vornehmlich entwickelt worden[31a]). Schon vor dem neuen Arbeits-

---

[29]) Oertmann, NZ. f. AR. 1921, 461; Kaskel, Arbeitsrecht 1925, S. 116.

[30]) Das hierin sich offenbarende Gesetz ist noch wenig beachtet. Vgl. meine Lebensarbeit in der Industrie, S. 8.

[31]) Goethe an die deutsche Bundesversammlung 7.—11. Januar 1825. Eduard Gans, Rückblicke auf Personen und Zustände, Berlin 1836, S. 314 ff.

[31a]) Normalvertrag für d. Solopersonal zwischen Dtsch. Bühnenverein und der Genossensch. dtsch. Bühnenangehöriger § 6: „Der Unternehmer hat die Dienste des Mitgliedes abzunehmen; er hat das Mitglied angemessen zu beschäftigen. Als angemessen ist die Beschäftigung anzusehen, die sich im Rahmen des vertraglichen Rollengebiets hält." Dazu Rosenmeyer und Aßmann, Bühnenvertragsrecht 1926, S. 59 ff.

vertragsentwurf war aber anerkannt, daß eine Schädigung durch Nichtbeschäftigung jeden Arbeitnehmer so sehr bedrohen kann, daß sie zur widerrechtlichen wird. Die Trennung von den Produktionsmitteln wird eine immer radikalere, so daß die Arbeitskraft außerhalb des Betriebs sinnvolle Beschäftigung sich immer schwerer verschaffen kann. Der Stand des Rechts ist etwa der folgende:

„Ein sogenanntes ‚Recht auf Arbeit', d. h. auf fortlaufende Beschäftigung, ist bestritten. Schikanöses Verhalten ist anzunehmen, wenn der Arbeitgeber den Arbeiter keinen Dienst verrichten, sondern ihn die ganze Arbeitszeit oder eine erhebliche Zeit lang untätig sein läßt. Im übrigen wird neuerdings für den Zeitarbeitsvertrag im Zweifel ein Recht tätig sein, lediglich dann angenommen, wenn sonst eine Minderung der Leistungsfähigkeit eintreten oder Rechte und Anwartschaften entgehen würden[32])."

Der Entwurf nun bestimmt in § 46 eine Beschäftigungsverpflichtung in eigenartiger Form. Der Arbeitgeber ist auch ohne ausdrückliche Vereinbarung verpflichtet, den Arbeitnehmer angemessen zu beschäftigen, wenn dieser ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat. Das gilt namentlich, wenn die Nichtbeschäftigung geeignet ist, die Entwicklung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers in erheblichem Maße zu beeinträchtigen oder sein Fortkommen wesentlich zu erschweren[33]).

Ein Fortschritt ist nun bei dem Entwurf gewiß dadurch erreicht, daß der Beschäftigungsanspruch, den die „Kraft" hat, soweit er anerkannt wird, vom Vertragsschluß absolut getrennt wird. Es geschieht das noch mit einem hörbaren Ruck gegen die Vergangenheit[34]). Die

---

[32]) Stier-Somlo in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo und Elster, Berlin 1926, I, 303 a.

[33]) Die nächsten, abschwächenden Absätze lauten: „Die Verpflichtung entfällt, auch wenn sie vereinbart ist, soweit der Arbeitgeber einen richtigen Grund hat, die Beschäftigung abzulehnen.

Im Falle der Verurteilung zur Beschäftigung findet § 888 I ZPO. keine Anwendung."

Der Schauspieler verliert hier, was der Arbeitnehmer gewinnt. Auch dieser Ausgleich ist bezeichnend.

[34]) Man hört ihn noch heraus aus dem „auch ohne ausdrückliche Vereinbarung". Dieser Zusatz hat nämlich nur Interesse für die Psychologie des Gesetzgebers. Berief sich doch eine grundlegende Entscheidung des Thür. Oberlandesgerichts (Seufferts Archiv 66 [1911], Nr. 115, S. 228) für die Anerkennung des Beschäftigungsanspruchs eines Hofkapellmeisters auf „den das Recht der Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit"! Vgl. auch Kreller, Archiv für die ziv. Praxis, N. F. V. (1926), 84.

positive Festigung des Rechtssatzes, daß nun nicht nur die außerordentliche, d. h. die künstlerische Kraft, sondern jede wirken darf, wird dadurch gewinnen, wenn man die Abtrennung vom Willen der vertragschließenden Parteien recht nachdrücklich auch zu begreifen und als sachlich wohl begründet erhärten kann. Und da glaube ich, auch hier dringt die Erkenntnis, daß die Arbeitskraft, nicht der Arbeitnehmer schutzbedürftig ist, weiter. Sie läßt nämlich Zusammenhänge erkennen, deren formulierende Erfassung rechtspolitisch gerade in unserer augenblicklichen Lage nicht unwichtig erscheint.

Wenn man beim Beschäftigungsanspruch nicht den Arbeitnehmer als Vertragskontrahent, sondern die Arbeitskraft als schutzbedürftig erfaßt, werden die großen Schwierigkeiten der mit öliger Moral oft geforderten und ebensooft leidenschaftlich bekämpften „Arbeitsverpflichtung" der Erwerbslosen einsehbar und rücken in den allgemeineren Zusammenhang eines durchgehenden Elements aller abhängigen Arbeit. Bekanntlich drückt sich die Verordnung über Erwerbslosenfürsorge sehr vorsichtig über diese Arbeitspflicht aus. Sie hat m. E. die Frage taktvoll gelöst.

§§ 14, 15, 2 sagen: „Unbeschadet der Vorschrift des § 13 hat der Verwaltungsausschuß des öffentlichen Arbeitsnachweises, soweit die Gelegenheit dazu besteht, die Unterstützung von einer Arbeitsleistung abhängig zu machen. Die Arbeiten dürfen nur gemeinnützigen Charakter tragen. Als Arbeitsleistung kann auch eine Tätigkeit bei öffentlichen Notstandsarbeiten verlangt werden. Der Verwaltungsausschuß kann über die Dauer der Arbeitsleistung Bestimmungen treffen und hat dafür zu sorgen, daß den Erwerbslosen nur solche Arbeiten zugewiesen werden, die gemeinnützigen Charakter tragen und ihnen nach ihrem körperlichen Zustand zugemutet werden können.

Der Verwaltungsausschuß kann die Unterstützung auch für Erwerbslose über 18 Jahre von der Teilnahme an Veranstaltungen, die der beruflichen Fortbildung oder Umschulung oder Allgemeinbildung dienen, abhängig machen, soweit sie nicht von einer Arbeitsleistung abhängig gemacht ist."

Der nicht eingestellte Arbeitnehmer hat Anspruch — durch die Umschaffung des Arbeitsmarktes in organisierte Arbeitsbörsen — auf die Erwerbslosenunterstützung, wie der eingestellte Arbeitnehmer auf Lohn. Beim Mitgliede einer Betriebsbelegschaft gehört die Beschäftigung nicht zum Entgelt. So gehört entsprechend beim arbeitslosen Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht zu den positiven Ansprüchen der Arbeitsbörse an den Arbeitnehmer; nur kann die Unter-

stützung abhängig gemacht werden. Der „betriebslose" Arbeitnehmer läuft Gefahr, seine Kräfte zu vergeuden. So wird diesen Kräften ein Beschäftigungsbereich geistiger oder manueller Art zugewiesen. Der eingestellte Arbeitnehmer hat umgekehrt das Seine getan. Die Gefahr einer Kraftvergeudung besteht hier bei „Annahmeverzug" des Arbeitgebers. M. E. besteht dann die Pflicht für den Arbeitgeber, die Arbeitskraft an allen Betriebseinrichtungen (Bibliothek, Lesehalle, Schwimmbad, Sportplätze u. dgl.) teilnehmen zu lassen, ihm also, weil er auch ohne Beschäftigung „eingestellt" bleibt, Beschäftigungsersatz im Sinne des § 15 VO. Erwerbslosenfürsorge nach dem Maß der Betriebsmöglichkeiten zu gewähren.

Insoweit ist es ungerechtfertigt, dem Anspruch keine Vollstreckbarkeit aus § 888 I ZPO. zu gewähren, wie der Entwurf tut. Nur die konkrete Beschäftigung bleibt mit Recht unerzwingbar, weil die Betriebsverantwortung dem Betriebsinhaber allein verbleiben muß. Aber dafür muß der Betriebsinhaber auch das volle Betriebsrisiko tragen. Das verkennt der Entwurf, wenn er trotz der Unvollstreckbarkeit z. B. bei Ablehnung des Schauspielers durch das Publikum auf den Schauspieler dieses Betriebsrisiko legt, indem durch „wichtigen" Grund der Arbeitgeber die Beschäftigung hier ablehnen darf[35]).

Umgekehrt sollte man den § 46 des Arbeitsvertragsentwurfs für die Auslegung des § 14 VO. Erwerbslosenfürsorge verwerten. Der Nachweis einer die Entwicklung der Leistungsfähigkeit mindernden oder sein späteres Fortkommen schädigenden Tätigkeit muß zulässig bleiben. Die Zusammengehörigkeit aller die Arbeitskraft in und außerhalb des Betriebes betreuenden Vorschriften zu betonen, scheint mir daher kein müßiges Spiel, sondern eine industrierechtlich notwendige Konstruktion.

Danach läßt sich der Rechtsbereich abgrenzen, nach deren verantwortlicher Beherrschung die Arbeitsverbände sinnvoll streben können: vom einzelnen Arbeiter bis zum Arbeitsmarkt.

Im Unternehmensrat werden sie also nicht sinnvoll walten können, hingegen ist der Vorstand als Betriebsinhaber ein ihnen viel näherliegendes Gebiet, und zwar in zwiefacher Weise.

Kann die Arbeitnehmerschaft selbst im Vorstand der Unternehmung Vertretung beanspruchen? Diese Frage ist z. B. in Amerika selbst von hartgesottenen Geldmännern wie Rockefeller bejaht worden! "It would be his wish that those who work with their hands

---

[35]) Dies Beispiel gibt die Entwurfsbegründung selbst, S. 17 b.

be given representation upon the Board of Directors, so that they might come to have a closer knowledge of the problems with which the management of the corporation is confronted[36])."

Der Betriebsbelegschaft dringendstes Interesse ist, am Betrieb teilzuhaben, d. h. an der Arbeitskräfteordnung. Das geschieht in Form des Arbeiterausschusses, Betriebsrat genannt. Sie hat zweitens ein offenbares Interesse daran, auf die Besetzung der Betriebsleitung Einfluß zu gewinnen oder gewisse Mindestforderungen für die Besetzung dieser Posten zu erheben: die Auslieferung der Betriebsleitung an psychologisch ungeschulte, von einer Technischen Schule dressierte Ingenieure ist vom Standpunkt des Industrierechts gesehen aus Unrecht. Denn das Industrierecht erkennt ja der Betriebsleitung eine Betriebsgewalt zu. Für alle Macht- und Gewalthaberstellen aber kann und muß das Recht Erziehung, Vorbildung und Auslese fordern. Die Frage der Nachfolge in der Betriebsgewalt liegt heute völlig im mystischen Dunkel privaten Erbrechts und nepotischer Willkür. Das Industrierecht zieht sie ans Licht, weil der Betrieb Gewalt über Arbeitskräfte verleiht.

Die Arbeitnehmerschaft sieht diese Rechtsfrage nicht, weil sie ja durch den Sozialismus rein kapitalistisch eingestellt ist. Ich will an einem Beispiel erläutern, wie wenig es länger angeht, Betriebsinhaberschaft und Nachfolge in sie[37]) mit Erbfolge im Unternehmen und Vermögen zu identifizieren.

Die Einstellung in den Betrieb entscheidet heute praktisch mehr über das Schicksal des Betroffenen als ein Strafurteil. Sechs Monate Gefängnis werden über einen Wilderer verhängt. Die Strafe ist belanglos gegenüber der Entscheidung seines Arbeitgebers, ob er ihn nach der Verbüßung wieder nimmt oder nicht. Verlust der Heimat, der Freundschaft, der Geliebten bedeutet die Nichteinstellung; alle Folgen der alten Gerichtsacht treten hier ein. Es gehört ein gutes Teil formaler Sicherheit dazu, um diesen Tatbestand als „rein privatrechtlich" von dem Staatshoheitsakt des Strafvollzugs so zu trennen, als sei nicht eben Strafe und Entlassungsrisiko wegen der Strafe erst die Gesamtstrafe[38]). Und es ist untragbar, die Ausübung einer sol-

---

[36]) John D. Rockefeller jun., The Personal Relationship in Industry, Boni and Liveright, New York 1923, S. 110f.

[37]) Vgl. meine Werkstattaussiedlung Kapitel 6, Gesetze der Nachfolge, S. 136—152; ferner „Macht und Schranken der Industrialisierung" in „Der Arbeitgeber" XVI (1926), 133f.

[38]) „Mit der Aufnahme in meine Fabrik entscheide ich über das Lebens-

chen Gewalt an die Vermögensrechte statt an eine Erzieher- und Führerstellung zu knüpfen. Praktisch streben ja die Vermögensrechte und die Pflichten der Betriebspolitik seit langem und unaufhaltsam auseinander. Die „private" Erbfolge in dem Betrieb beizubehalten heißt, das private Erbrecht an dem Vermögen unterwühlen. Die Fähigkeit zum Dienstadel des Betriebes muß selbständig von den Geburtsrechten auf das Vermögen erworben werden. Geblütsrecht und Dienstrecht treten auseinander. Ich habe schon oft auf die große Parallele des Lehnrechts hingewiesen. Als Barbarossa seine Söhne 1184 wie die von Unfreien stammenden Reitersknechte zu Rittern schlagen ließ, da bedeutete das etwa dieselbe Reform, die heute von den Unternehmern gefordert werden muß, daß sie nur den ihrer Söhne nachfolgen lassen können, der im Betriebsleiterhandwerk erzogen und bewährt ist.

Aber dazu gilt es, die Welt der Arbeit als Einheit, die Gesetze des Arbeitsmarktes und die Möglichkeiten der Arbeitsbörse auch gedanklich und juristisch-didaktisch in den Vordergrund zu rücken vor aller bürgerlich-rechtlichen Atomstruktur. „Wir glauben, daß für absehbare Zeit der Markt die Achse ist, um welche sich die Wirtschaft dreht[39])."

Die Zusammenfassung aller Volkskräfte in einer Kraftwirtschaft zwingt den Juristen zu der materiellen Fragestellung: Wie ist diese Beherrschung, diese Betriebsgewalt, diese Sukzession in die Leitung, diese Versorgung, diese Reichsräteschaft im Rahmen einer Friedensordnung der Arbeits-, Kapitals- und Monopolskräfte zu regeln? Wo läuft die Grenze für die Autonomie dieser Kräfte? Und vielleicht wird sich dann ergeben, daß die Mitwirkung von Staatsvertretern an den autonomen Satzungen der Industrie in Kartellen, Gesellschaftsverträgen und Tarifverträgen der eigenartige Umweg ist, auf dem allein die Quellen des Industrierechts auch künftig mit einem Tropfen staatlichen Rechts gefärbt und in ihrer Schärfe gemildert werden können.

Es liegt nahe, noch anderen Rechtsfragen nachzugehen, z. B. der Auflösung des Sacheigentums durch die doppelte Durchbildung des § 950 BGB., einmal nach der Seite des einzelnen, spezifizierenden

---

schicksal des einzelnen Mannes", zitiert in meiner Werkstattaussiedlung, S. 179, und dazu die pessimistische Beurteilung des Arbeitgebers als Auskunftsperson bei Alice Salomon, Die soziale Diagnose 1926, S. 33 f.

[39]) Ernst Herz, Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag, Iherings Jahrbücher 74 (1924), S. 67.

Arbeitnehmers[40]), das andere Mal nach der Seite der einzelnen Produktionsstufe[41]), ferner die Systematik eines eventuell das Handelsrecht mit aufzehrenden Industrierechts[42]). Sehr nahe liegt auch die Frage nach den Quellen des Industrierechts (die nur bedingt mit dem einzelstaatlichen Bereich nach unten [Autonomie!] wie nach oben [zwischenstaatliches Recht!] sich decken). Diese Skizzen haben genug getan, wenn sie die gesellschaftlichen Funktionen, die „das Rechtsgut" des Industrierechts bilden, klarstellen. Für diesen Zweck müssen wir noch eine bedeutsame Frage aufwerfen: Wenn wir Märkte und Mächte jetzt „transpersonalistisch"[43]) ordnen müssen, wie steht es dann mit der Lehre von den juristischen Personen? Was hat es mit

---

[40]) E. Herz a. a. O.; Rosenstock, Lebensarbeit in der Industrie 1926, S. 10. Müller-Erzbach, Rechtsbildung durch Wertschöpfung, Zt. f. d. gs. Handelsrecht 88 (1925), 216 ff.

[41]) Der „Entwurf eines Gesetzes über die Bestellung von Pfandrechten an im Bau befindlichen Schiffen" vom 17. Dez. 1925 und der als Antrag Keinath u. Gen. (Drucks. des Reichstags III. Wahlper., Nr. 1811) eingebrachte „Entwurf eines Gesetzes betreffend Einführung des Registerpfandrechts" wollen den Beschluß des Dtsch. Juristentages von 1921 verwirklichen, wonach die im Veredelungsverkehr erzeugte Ware in allen Stadien der Veredelung für den Veredelungskredit trotz § 950 BGB. haftet! § 950 soll nur gelten, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren; praktisch heißt das: die Spezifikation mit Willen des Eigentümers verliert ihre eigentumsändernde Kraft! Diese Beschränkung dürfte übrigens nur den historischen Geltungsbereich des Rechtssatzes wiederherstellen.

[42]) Nußbaum, Die Auflösung des Handelsrechtsbegriffs, Ztschr. für das ges. Handelsrecht 74 (1915), 333, spricht von dem „Gewerbeprivatrecht", sagt aber 334 selbst dazu: „Vorwiegend wird in Deutschland das Gewerberecht vom öffentlich-rechtlichen Standpunkt aus betrachtet." Er weist dem Gewerbeprivatrecht zu: „die Lehren von der Einheit des gewerblichen Betriebes (Gewerbenamen, Veräußerung eines gewerblichen Betriebes usw.), von den Kartellen und Trusts, von den gewerblichen Arbeitsverhältnissen einschließlich der Tarifverträge, von den Boykotts und Sperren, vom Wettbewerb und von den Warenzeichen." Dazu sollen dann Teile des Handelsrechts treten. Einen positiven Namen für das neuzubildende Gebiet vermeidet Nußbaum, weil er wohl Wert darauf legte, seinem Thema „Auflösung" treu zu bleiben. Neuerdings betont Klausing in seiner Besprechung von Müller-Erzbach, Dtsch. Handelsrecht, Archiv f. z. Pr. NF. V (1926), S. 245 f., daß beide Materien: Handels- und Gewerbeprivatrecht, nach einer Ergänzung durch Hereinnahme gemischter und öffentlich-rechtlicher Formen rufen.

[43]) E. Herz, Iherings Jahrb. 74 (1924), S. 61; S. 66 gebraucht diesen aus der sozialistischen Literatur stammenden Ausdruck mit eingehender Begründung.

diesen nach der einen Meinung „aus einer Mehrzahl von Individuen" gebildeten Fiktionen oder nach der anderen mit diesen realen Verbandspersonen auf sich? Fallen sie zusammen mit dem, was hier Mächte heißen sollte? Oder wenn nicht, warum nicht? Denn ohne eine Klärung dieser Frage würde eine Verbindung des Industrierechts mit dem bisherigen Entwicklungsgang der Lehre von den Personen überhaupt, d. h. dem Kern des neuzeitlichen Systems, schwerlich einleuchtend zu machen sein. Die Antwort hierauf sei in doppelter Weise zu geben versucht. Einmal durch Skizzierung der heutigen Lage, das andere Mal durch eine zusammenfassende dogmengeschichtliche Fragestellung. Dieser Rückblick auf die Absicht des neuzeitlichen Rechtssystems wird auch für die bisherigen Abschnitte entwicklungsgeschichtliche Gesichtspunkte beibringen.

V. Mächte, Kräfte, Namen und juristische Personen.

Einige Beispiele mögen die Lage beleuchten.

1. Kartelle, so haben wir gesehen, können neuerdings vor ein Kartellgericht geladen werden, ganz gleich, ob sie juristische Personen (Aktiengesellschaft, G.m.b.H.)[1]) sind oder nicht. Der Gesetzgeber hat den Wettlauf mit der Wirtschaft also aufgegeben. Er zwingt Wirtschaftsmächte nicht mehr zu dem Umweg über die Personenwerdung, um sich mit ihnen von Amts wegen zu befassen.

2. Die Gewerkschaften sind noch heute, trotz der Änderung des § 61 BGB. durch Art. 124 der Reichsverfassung, nicht rechtsfähige Vereine. Trotzdem leiten sie den Arbeitsmarkt mit und trotzdem genießen sie und ihre Organe eine Fülle öffentlich-rechtlicher Rücksichten, ja Befugnisse[2]).

3. Es hat sich arbeitsrechtlich als notwendig herausgestellt, eine Änderung des G.-m.-b.-H.-Gesetzes ins Auge zu fassen[3]); der alle Gesellschaftsanteile selbst besitzende „Geschäftsführer" haftet bisher naturgemäß nicht für die Gehaltsforderungen der Arbeitnehmer. Dies hatte vor allem 1924 katastrophale Folgen.

Man wird Gesellschafter und Geschäftsführer für den Lohn des Betriebspersonals haftbar machen müssen. D. h. die G.m.b.H. ist, ob-

---

[1]) Kartellgerichtshof, erstes Urteil, abgedruckt in Jur. Wochenschr. 1924, 235; RGZ. 111, 274ff.; H. Buchholz, Die Nebenleistungspflichten bei der G. m. b. H.; Iherings Jahrb. 74, 260ff.; ferner Günther, Kartelle in Form von rechtsfähigen Vereinen, Mannheim 1920. Zentralblatt für Handelsrecht I (1926), 114f.

[2]) Vgl. Kurt Braun, Die Konzentration der Berufsvereine der deutschen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und ihre rechtliche Bedeutung, Berlin 1923, besonders S. 70ff.: Die privatrechtliche Bedeutung der Organisation; Paula Mothes-Günther, Das Recht der Tarifschiedsgerichte; Schriften des Inst. f. Arbeitsrecht, Leipzig 8, 1926, S. 19ff., Koalitionen und Koalitionskampfmittel, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge, herausgeg. von Kaskel, 1925.

[3]) Krönig, Oberamtsrichter und Vorsitzender des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts Hamburg, Eine arbeitsrechtlich notwendige Abänderung des G. m. b. H.-Gesetzes, Neue Ztschr. f. Arbeitsrecht V (1925), 449. Die sehr wertvolle und stoffreiche Abhandlung von Heinrich Friedländer, Die Einmanngesellschaft, in Zentralblatt für Handelsrecht I (1926), S. 22ff., berührt dieses Problem nicht.

wohl juristische Person, nicht imstande, ihre Organe von einer vermögensrechtlichen Haftung für Organhandlungen zu befreien.

4. Das Reichsgericht billigt Firmen, juristischen Personen den Schutz des Namens zu, der in § 12 BGB. Personen zugebilligt wird. Auf diese Weise, so hat Alexander Latz überzeugend nachgewiesen, hat es bisher die Frage hinausgeschoben, die sich gebieterisch erhebt, ob nicht die wirtschaftliche Macht (die „Position", sagt Katz) eines Unternehmens als solche rechtlich schutzbedürftig ist, auch wenn die „privaten" Namen von beiden Parteien zu Recht geführt werden. Es erhebt sich ein Konflikt zwischen Namensrecht und Positionsrecht, in dem das Reichsgericht — wenn auch ohne haltbare Begründung — das Positionsrecht der älteren Firma zutreffend bevorzugt hat[4]).

5. Eine G.m.b.H., gegründet im Jahre 1892, verpachtet 1910 ihre Grundstücke an eine Kommanditgesellschaft. Diese Kommanditgesellschaft erhält als einziges Vermögen die Geschäftsanteile der G.m.b.H. Die Pächterin und Betriebsgesellschaft Kommanditgesellschaft verpachtet 1922 die von ihr betriebene gewerbliche Unternehmung aus steuerlichen Gründen zurück an die G.m.b.H. Der Reichsfinanzhof billigt das (Sammlung XVI [1925] Nr. 5, 15 ff.). Die Beteiligten würden zu bestimmten Rechtsformen lediglich aus steuerlichen Gründen gedrängt und gingen von einer zur anderen Rechtsform über, ohne im inneren betriebswirtschaftlichen Aufbau ihres Unternehmens etwas zu ändern oder auch nur ändern zu wollen. „Das ist vom Standpunkt der Volkswirtschaft und damit letzten Endes auch vom Standpunkt des Steuerfiskus aus ein ungesunder Zustand." „Diese unerwünschten Folgeerscheinungen" haben „indes ihren Grund im bestehenden Rechte".

6. Kartelle nehmen die Rechtsformen der bürgerlichen Gesellschaft an. Das durch das BGB. eingeführte Kleid der Gesamthand ist nicht für solche Vereinigung von juristischen Personen geschneidert worden[5]). Aber niemand hat die Rechtsform der Kartellbildung unter diesem Gesichtspunkt der Inadäquatheit beanstandet, bis das Kartellgericht kam und für solche Kinder des bürgerlichen Rechts einen privilegierten Gerichtsstand und für die Pflichten der Gesellschafter ein Sonderrecht schuf, ohne an der „bürgerlichen Gesellschaft" als solcher irgend etwas zu ändern.

---

[4]) G. Alexander Katz, Das Persönlichkeitsrecht an der wirtschaftlichen Position, Jur. Rundschau I, 1925, 1159 ff.

[5]) Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 221.

7. Offene Handelsgesellschaften können von physischen Personen gegründet werden. Sie können auch von juristischen Personen gegründet werden. Ja, sie können auch von G.m.b.H. und Aktiengesellschaften gegründet werden, so daß man die Rechtsfigur „G.m.b.H. & Co., Kommanditgesellschaft" anzuerkennen hat. Die Form der Offenen Handelsgesellschaft wird in ihr Gegenteil verkehrt, denn der persönlich haftende Gesellschafter haftet nur beschränkt, genauer, es wird eigens eine haftungsbeschränkende juristische Person geschaffen, die dann „unbeschränkt" haften mag[6]).

Alle diese Fälle deuten doch m. E. darauf hin, daß die Rechtslehre diese Gebilde als Personen allein nicht mehr auffassen darf. Die Anwendung des Personenrechts genügt nicht. Diese Gebilde sind noch etwas anderes. Sie sind Mächte und müssen verpflichtet werden, auch wenn sie pflichtbefreiende Formen der juristischen Person annehmen. Und sie müssen umgekehrt bisweilen berechtigt werden, auch wenn sie diese Form anzunehmen sich weigern. Die „juristische Person"-stellung ist nur ein Teil ihres Daseins.

Nach diesen vorläufigen Bemerkungen noch ein Blick auf die theoretische Lage.

Die Benennung als juristische Person, Verband, Persönlichkeit, die in der Rechtsphilosophie und in der speziellen Rechtswissenschaft durchgeführt worden ist, unterscheidet nicht immer zwischen den zwei Problemen der Benennung als juristische Person und der Namengebung dieser juristischen Person als Macht der Wirklichkeit. Sie vermischt damit einen Vorgang der Gesetzgebung und Wissenschaft mit einem anderen, an dem die Gerichte allerdings auch beteiligt sind, aber nicht als normsetzende Staatsinstitutionen, sondern als gesellschaftlich eingegliederte Institutionen des Volkslebens.

Grenzen wir das Problem von verschiedenen Ausgangspunkten her ab.

Der Streit um die juristische Person, um ihr „Wesen", hat aufgehört, ein Streit der Germanisten und Romanisten zu sein. Geblieben ist aber der Streit der Fiktionstheorie mit der Lehre von der realen Verbandspersönlichkeit[7]). Die Fiktionstheorie sucht das erlösende Wort der Rechtsordnung zuzuschreiben; diese erst ruft die Rechts-

---

[6]) Heintzeler, Die G. m. b. H. & Co., Stuttgart 1923; Brodmann, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Gewerbe- und Industriekommentar I) 1924, S. 60.

[7]) Ich darf hier an meine älteren Ausführungen anknüpfen, Werkstattaussiedlung 1922, 257 ff.

person ins Leben. Die Lehre kann sich darauf beziehen, daß auch der Mensch, die natürliche Person, erst vom Recht her Person ist. Also verdanken alle Personen erst dem Recht ihr Dasein: es gibt nur „juristische" Personen. Die Rechtsordnung kann zur Person machen, wen sie dazu machen will. Diese Lehre kann der Lehre von der realen Verbandspersönlichkeit ferner entgegenstellen, daß diese unlogisch sei. Real sei gerade nicht die — von der Rechtsordnung verliehene — Rechtspersönlichkeit: denn auch der Organtheoretiker leugne nicht die tatsächliche Macht der Rechtsordnung, die Verbandspersönlichkeit zur Persönlichkeit im Rechtssinn zu „erheben". Das Reale an ihr sei also bestimmt nicht die Rechtspersönlichkeit, sondern irgendein anderes Substrat. Ein solches reales Substrat aber: Vermögen, Personenmehrheit, Gesamtwille, leugnet auch die Fiktionstheorie nicht. Nur ist dies Substrat eben vor- oder unterpersönlich im Rechtssinn.

So folgerichtig diese Lehre erscheint, so verlegt sie doch nur die Frage um eine Stufe zurück. Denn da die Rechtsordnung offenbar nicht nach Laune, sondern nach Vernunft, Kriterien, Erkennbarkeiten handeln soll, so muß ihrer Willkür Einhalt geboten werden können. Sie muß sich genötigt sehen, gewisse reale Substrate als Personen anzuerkennen, sie muß umgekehrt in absurden Fällen, beim Hamburger Testament, bei der hereditas iacens, ein Kriterium der Übertreibung, des Fluches der Lächerlichkeit besitzen, der sie abhält, zu wollen, was sie formell kann. Denn wo nichts ist, hat der Kaiser sein Recht verloren; wo nichts ist, kann die Rechtsverordnung höchstens vorübergehend etwas daraus machen. Der Pfeil springt also auf den Schützen, der die „Realisten" erlegt zu haben meint, zurück. Gerade der Fiktionstheoretiker muß nun das Kriterium des realen Substrats zu erforschen suchen! In der umgekehrten Lage ist der Organtheoretiker. Er muß sich mit dem Einwand der Gegner auseinandersetzen. An einem Punkte stimmt die Gierkesche Darstellung offenbar nicht: die Art der Mitwirkung der Rechtsordnung an der Realität des menschlichen Verbandes muß aufgezeigt werden. Diese Mitwirkung darf aber nicht einfach zusammenfallen mit der Verleihung, mit der willkürlichen „Erhebung" zur juristischen Person, sondern die Rechtsordnung muß hier tätig werden in sozial gebundener Weise, nicht so sehr als Hoheitsträger, denn als Faktor des gesellschaftlichen Lebens.

Damit haben beide Parteien offenbar einen Frontwechsel vollzogen. Denn nun muß gerade der Fiktionstheoretiker das Kriterium

der Realität, der Organtheoretiker das Kriterium der Mitwirkung des Rechts an den sozialen Tatbeständen aufsuchen. Diese methodische Kehrtwendung auf beiden Seiten eines Gegensatzpaars stellt nun geistesgeschichtlich immer die günstigste Konstellation für die Synthese dar und verheißt daher schon an sich die Möglichkeit eines Fortschrittes.

Dieser Fortschritt ist aber auch unentbehrlich durch die innere Spaltung, die sich innerhalb der Rechtswissenschaft zwischen Publizisten und Zivilisten aufgetan hat. Beide nennen juristische Person etwas Verschiedenes oder genauer: der Publizist fügt dem Begriff der juristischen Person des Zivilrechts ein bestimmtes Kriterium hinzu, ohne nun aber sich klar zu sein, weshalb die geborenen juristischen Personen des öffentlichen Rechts: Staat, Gemeinde usw., dann den vom Zivilrecht entwickelten Kriterien sich fügen müssen und vor allem, ob sie in die Figur der juristischen Person des Zivilrechts — mit dem einen publizistischen Zusatzmerkmal der Beitreibungsgewalt — restlos eingehen können und sollen oder nicht[7a]).

Dem Gefühl für die Bedenklichkeit dieses Gedankenganges entspringt wohl das verzweifelte Auskunftsmittel, auf das die Rechtslehre derzeit verfallen ist: sie sagt, die juristische Person ist eine Eigenschaft, nichts weiter. Es gibt keine juristische Person als solche. Es handelt sich vielmehr nur um die Eigenschaft der Rechtsfähigkeit. Dankbar glaubt man nun den gewaltigen Gierkeschen Werken, den unerschöpflichen Diskussionen über das Wesen der juristischen Person auf den Grund zu sehen: Wie konnte man sich bloß foppen lassen durch die mystische Suche nach Personen, Wesenheiten. Um eine Eigenschaft handelt es sich, nichts weiter. Nur beim Abschied fragt man vielleicht noch verloren, wie denn nun die Eigenschaft der Rechtsfähigkeit bestimmt werde. „Rechtsfähig sein heißt, Träger von Rechten und Verbindlichkeiten sein können." Die „Eigenschaft" hatte die Mystik der „Person" vernichtet. Schade, hinter ihr tut sich das Wunderland des „Trägers" auf. Auch hier ist das Problem nur zurückverlegt. Das Wesen des Trägers von Rechten und Verbindlichkeiten ist ja nur auf deutsch — allerdings auf gut deutsch — das Wesen der juristischen Person.

Hier sind wir also am Ausgangspunkt wieder angelangt, wenn auch mit Vokabeltausch.

[7a]) Vgl. über die jur. Person des öffentl. Rechts neuerdings Hans Otto de Boor, Die Deutsche Rentenbank und das Privatrecht 1924, S. 52 ff.

Wir bleiben aber am Ausgangspunkt auch dann, wenn wir die Vokabel aus erkenntnistheoretischer Einsicht nicht tauschen, sondern entwerten. Dies ist die Leistung des Relativismus. Es ist gewiß außerordentlich förderlich, wenn Wieland ausführt, daß der Gegensatz zwischen juristischer Person und Gesamthand oder Gesellschaft zu Unrecht „als einander ausschließende Gegensätze gedacht werden, als wurzelten beide in der Welt des Realen unabhängig von der subjektiven Betrachtungsweise". Demgegenüber zeigt er, daß ein und dasselbe Gebilde unter bestimmtem Aspekt als selbständiger Rechtsträger, unter anderem hingegen als Gesellschaft oder als Gemeinschaft erscheine. Ein Gebilde der Wirklichkeit sei also nie real Person.

Ein Entweder-Oder: Person oder Nichtperson, komme nie in Betracht. Es sei das Gedankenbild der Einheit bald zweckmäßig, bald unzweckmäßig. Man muß also aufhören, „ein zunächst nur begriffliches Verhältnis von Anfang an wie ein Verhältnis von Gegenständen[8]) zu behandeln.

Diese erkenntnistheoretisch geschulte Betrachtung nimmt dem Rechtsbegriff der juristischen Person sein Pathos[9]). Aber auch hier ist die Frage nach den Kriterien der Begriffsbildung die gleiche Frage wie die nach dem Wesen der juristischen Person. Nur ist sie von den Objekten in die Subjekte hinüberverlegt. Aber diese Subjekte sind nicht frei in ihrer Erkenntnis. Sie brauchen ein Kriterium für die Vernünftigkeit ihrer Begriffsbildung. Da zu den Zwecken, um derentwillen wir Begriffe bilden, auch der Erkenntniszweck selber gehört, so ist die Begriffsbildung nie von bereits durchschauten, bereits rational gewordenen Zwecken allein beherrscht. Vielmehr sichert die Aufnahme des Erkenntniszwecks unter die übrigen — schon bekannten und durchschauten Zwecke — einen Einschuß von überraschendem, übersubjektivem, d. h. vernünftigem „Begreifen" bei der Begriffsbildung. Wir wollen nicht begreifen, sondern wir müssen begreifen. Dem Juristen ist das definire lebensnotwendig. Ohne Begriff kein Recht. Daher ihm definire necesse est, vivere non necesse. Die Erhebung der „Begriffsbildung" zu einer dira necessitas gibt also der vom Relativismus aus der Realität der Objektswelt erfolgreich Vertriebenen die ganze Würde eines notwendigen Verhaltens wieder. Und Notwendigkeiten sind am Kriterium der Not er-

[8]) Weizsäcker bei Wieland, Handelsrecht I, 429, Anm. 79.

[9]) Entsprechend Otto Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien 1925, S. 12 ff. „Von der Rechtsnatur privatrechtlicher Körperschaften..."

kennbar. Man kann sich ihrer eben nicht ungestraft entschlagen, bei Gefahr, daß das Notwendige nicht geschieht, daß also Unordnung statt Rechtsordnung einzieht. So führt gerade der Relativismus, der die Gegenstände, auf die sich der Geist richtet, frei macht von ihm, bei folgerechter Durchführung zur Anerkennung, daß der Geist umgekehrt ein Glied der geschöpflichen Welt ist, angerufen durch Not, nur geschickt für das Notwendige, aber seinen Beruf verfehlend, wo er willkürlich ohne Not begreift oder Begriffe bilden wollte. Seine Gegenstände draußen in der Realität bleiben von seinen Disjunktionen frei. Die Welt hat keine rationale Struktur[10]). Aber er selbst ist in seiner Aufgabe nicht frei, sondern von ihr her ist er selbst ein Stück Realität, das Stück Weg nämlich vom Chaos zur Ordnung, von der Not zur Notwendigkeit. Also ist die Begriffsbildung selbst heilende Ordnung und bedarf also des Eingehens in die realen Kräfte des Chaos und ihres sorgfältigen Studiums. Damit ist aber gesagt: Welche dieser Kräfte der heilenden, ordnenden Begriffsbildung „Rechtsträger", „juristische Person" verlangen können, bedarf durchaus, ja nun erst recht sorgfältiger Untersuchung, gerade wenn der Begriff von uns wie eine Arznei auswählend vergeben und angewendet werden soll und seine Verwendung keine eindeutige, sondern nur von uns zu verantwortende, an sich sehr zweideutige geistige Entscheidung darstellt!

Bevor wir weitergehen, empfiehlt es sich noch, zu fragen, ob nicht diese Frage bereits von den Philosophen beantwortet worden ist. Der Philosoph wird allerdings fragen, was den Juristen dazu führt, Einzelmenschen und menschliche Gesamtheiten, aber unter Umständen auch durch Menschen betreute Sachgesamtheiten unter einem Namen zusammenzufassen. Er wird dem Träger oder der Person das Kriterium der Ganzheit und Einheit zusprechen. Hiermit ist aber das Kennzeichen des Lebendigen, Menschlichen, Persönlichen noch nicht gegeben. Dies findet der Philosoph im Selbstbewußtsein. Cogito, ergo sum ist — allerdings in sehr wechselnder Formulierung — der Grundsatz der philosophisch angeschauten Persönlichkeit. Der Philosoph hält also dem Juristen als Erklärungsmittel entgegen: die in sich einige Ganzheit, die sich selbst denken oder setzen könne, sei Person. Person ist, was zu sich Ich sagen kann und an einer vernünftigen Ordnung, einer Gemeinschaft teilhat.

Auch in dieser feinsten, letzten, jüngsten Gestalt ist aber die philo-

---

[10]) Über diese Frage unten S. 109.

sophische Erklärung dem Juristen nichts nütze. Denn die Lehre von der Verbandsperson muß für den Juristen den Stockwerkbau der Personen verständlich machen, inwiefern Personen, die zu sich Ich sagen (natürliche Personen), dazu kommen, in sich selbst ein zweites Ich zuzulassen, in dem sie außerdem als Glieder, Mitglieder, Organe, Träger funktionieren. Ohne dies Ineinandergreifen der verschiedenen Personen, d. h. wenn nicht natürliche Personen in den juristischen Personen sich vorfänden, wäre die Frage nach ihrem Wesen allerdings vom Philosophen beantwortbar. Er versagt niemals gegenüber reinen und isolierten Phänomenen. Aber die Wirklichkeit in Raum und Zeit: des Bürgermeisters in der Stadt, des Vorstandes im Verein, des Einzelstaates im Bundesstaat — kurz, die soziale oder soziologische Sphäre des „Ineinander" all dieser Personen entzieht sich den grundsätzlich und bewußt nur außer Zeit und Raum zuständigen Begriffswerkzeugen echter Philosophie, weil die Personen sich selbst in proteusartiger Verwandlung bald als Amts-, bald als physische Personen darleben[11]). Weshalb die Menschen nach Verpersönlichung streben, in immer größeren Ballungen „den großen Menschen" (Paracelsus) statt der vielen kleinen zu erzeugen, weshalb also das qualitativ in jede Person gesetzte Selbstbewußtsein trotzdem nie und nirgendwo genügt, weshalb das denkende Individuum nicht das reinste Atom der Rechtswelt darstellt, sondern mehr dazu erfordert wird als Vernünftigkeit, nämlich eine Macht in Raum und Zeit, ist die juristische Krux? Der Philosoph setzt eine andere Person als der Jurist[12]).

Das Ineinandergreifen verschiedener Personen in Raum und Zeit, in Über- und Unterordnung, also in soziologischer Struktur, stempelt daher das Problem zu einem nicht philosophischen, zu einem juristischen Problem. Der Jurist ist immer in der sozialen Sphäre begreifend tätig, der Philosoph nie! Daß beide begreifen und begrifflich denken, verbindet sie. Aber was und wo sie begrifflich denken, das hält beide ewig getrennt. Der Jurist muß Rechte und Pflichten zuerkennen, weil die äußere Welt sonst entordnet wird.

Er lebt in der Sphäre von Furcht und Hoffnung, Verfall und Reform, Gut und Böse, er schlichtet Leidenschaften, nicht Möglichkeiten der Erkenntnis.

---

[11]) Näheres meine Soziologie I, 222 ff.

[12]) Darüber weiteres unten S. 125 f.

In dieser sozialen Sphäre also muß sich die geistige Not finden, die uns erlaubt, das Siegel der Notwendigkeit auf den Begriff juristische Person aufzudrücken. Auf welchen Anruf antwortet der Rechtsbegriff?

Welcher Art kann dieser Anruf sein? In Begriffen kann er sich nicht äußern; sie gehören nicht der außerjuristischen Sozialsphäre an, sie sind nicht in der sozialen Welt als solcher beheimatet. In der Welt beheimatet ist hingegen das geistige Werkzeug „Sprache". Ein Kurzschluß könnte nun dazu verführen, die Jurisprudenz ohne weiteres von den Begriffen hinüber an die Sprache zu weisen, also an die Worte. Die Anrede durch die Parteien, die Wünsche der Laien: sind sie etwa jener Anruf? Wie oft ist nicht von dem engen Verband von Recht und Sprache gehandelt worden, seitdem Jacob Grimm ihn beredt gefeiert hat. Es soll also wohl der Jurist sich nur eben an die Sprache des gemeinen Mannes halten, sein Juristenrecht sein lassen und sich Volksrecht, Volksdeutsch von den Worten einflößen lassen, die ihm aus dem Außenraum der mit Sprache gefüllten Welt entgegenströmen. Das hieße also, daß er abdankt, daß jeder Laie, jeder nicht Denkende deshalb, weil er nur spricht, besser denken soll als der — Denkende. Sacrifizio d'intelletto, Abdankung der Vernunft, das Eintauschen des Scheines für die Sache, des Wortgeklingels für die begriffliche Durchdringung — es bedarf keiner Ausführung dieser Stichworte, um diesen Weg abzulehnen[13]). Gewiß, die Sprache erfüllt den Sozialraum. Aber ihre Worte wogen „an sich" ungeschieden, „ungewaschen", ungewertet durcheinander. Die Worte, der Sprachgebrauch der bloßen Weltkinder und Weltleute — hoch und nieder — birgt ungesiebt Spreu und Weizen, Täuschung und Lauterkeit. Mit Worten, mit bloßen Worten kann der Jurist nichts anfangen, „denn gerade, wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein". Auf der anderen Seite muß diese ewige Empörung des „Lebens" oder „im Namen des Lebens" gegen die Begriffsjurisprudenz irgendeinen tieferen Grund haben. Es muß etwas mehr noch als das bloße Wort, als das einfache, ungesonderte objektive Gut Sprache vorhanden sein, dessen Dasein diesen Anklagen des „Volks" Nachdruck verleiht. Ständen sich nur die objektiven Wortmassen der Laien und die subjektiven Begriffsmassen der Ju-

[13]) Das sogenannte Rechtsgefühl der Menge ist ja sehr oft ein Wortgefühl. Die Untersuchungen über das Rechtsgefühl pflegen das nicht genauer herauszuheben. Vgl. zuletzt Rümelin, Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein, Tübingen 1925.

risten gegenüber, so wäre die Heftigkeit schwer erklärlich, mit der alle — Juristen in ihren schwachen Stunden einbegriffen — unter diesem Zwiespalt leiden und litten.

Die Frage spitzt sich damit zu. Sie lautet nun so: Begriffe sind das spezielle Handwerkszeug des juristischen Bereichs. Worte sind das allgemeine Instrumentarium des Bereichs Menschenwelt schlechthin. Gibt es dazwischen noch eine dritte Ordnung geistiger Art, in der sich beide treffen, durch die hindurch beide zueinander finden. Gibt es einen Veredelungsprozeß, durch den Worte so wertvoll werden, daß sie vom Recht ernst genommen und definiert, begriffen werden müssen?

Diesen Bereich gibt es allerdings. Zwischen Worten = verba und Begriffen = Definitionen, liegt noch der Bereich, innerhalb dessen der Geist geschichtlich wird: der Bereich der Namengebung und Namenempfängnis, des Heißens und Geheißenwerdens. Hier wird die Spreu vom Weizen gesondert. Hier wird aus dem allgemeinsten Weltraum der geschichtliche Raum des einzelnen Volks mit seiner eigenen historischen Zeit, und hier allein treten dem Juristen geistige Mächte gebietend entgegen, die ihm den unentziehbaren Auftrag zur Begriffsbildung erteilen. Die geschichtlichen Namen treten autoritär und verheißungsvoll zugleich, ergiebig und Aufgabe in einem vor ihn, so daß er in der Tat „der Not gehorchend, nicht dem eigenen Triebe" sie begreifen, sie zu begreifen und zu bewältigen trachten muß [14]).

Was das „Leben" zu Unrecht von ihm fordert, die Laienwelt mit ihrem Volksdeutsch und Wortschwall, das fordert die geschichtlich gewordene, fordert die namentliche Ordnung der Dinge mit Recht von ihm: begriffen, denn das heißt bewältigt, zu werden.

Den Unterschied von Wortbereich und Namenbereich, von äußerer naturhafter, menschlicher Sprachwelt und geschichtlicher, namentlicher Volksordnung gilt es scharf zu erfassen. Denn er vor allem ist bisher vernachlässigt worden, weil man nur Sprechen und Begreifen gegenübergestellt hat.

Damit entschwand das Gefühl dafür, daß diese geschichtliche Welt mitnichten so lange, bis er sie begreift, eine bloße naturhafte Objektswelt für den Juristen bedeuten darf wie die Natur. Sie bedeutet schon vorher etwas.

---

[14]) Dazu meine Soziologie I, 9: „Über die Brücke des Namens treten die Mächte des geschichtlichen Lebens in mein Bewußtsein, bekannte wie unbekannte ..."

Wo der Staat und wo die Organe der Rechtsordnung als Glieder des gesellschaftlichen Prozesses handeln[15]), umwogen sie die Namen, die ihnen entgegenschallen und entgegengetragen werden. Diese Namen sind keine Naturtatsachen, aber auch keine Rechtstatsachen. Der „Anspruch" auf diesen Namen ist ja noch ungeprüft. Trotzdem wirkt der Name bereits auch auf die Organe der Rechtsordnung, weil der Name unvermeidlich Kräfte bindet und löst. Furcht oder Hoffnung, Sympathie oder Antipathie erregt. Der Name wirkt suggestiv, auch wo er ein rechtswidriges oder ein rechtlich nicht vorausgesehenes Faktum ist.

Eine Aktiengesellschaft wird juristische Person erst mit der Eintragung ins Handelsregister. Sie hatte aber möglicherweise ihren Namen im Kreise der Gründer längst vorher. Der Regierungspräsident muß auf diese wirkende Macht längst vorher aufmerken, er kann es aber erst, wenn man von ihr spricht. Von „ihr" sprechen wieder kann man nur, wenn „sie" als sie schon genannt wird. Auch der Arbeiter, der sich „ihr" verdingt, will mit „ihr" kontrahieren. Daß er gegen alle Gründer auf den Lohn klagen darf, übt nur einen Druck aus auf sie, damit sie fertig gründen.

Jener Geschäftsführer der G.m.b.H., der ihre Anteile hat, hat fertig gegründet. Aber dem Arbeiter seines Betriebes bleibt er der Namensträger. Der Name der G. m. b. H. vermag sich — soziologisch — nicht zwischen ihn und den Arbeiter zu schieben. Er kontrahiert im eigenen Namen. - Nur bekommt das „Im eigenen Namen" hier die Kraft, die Rechtsmaske des Namens der juristischen Person durchsichtig zu machen; aber eben nicht für jeden, nur für den, der von dem Mann im Betriebe als Geschäftsführer täglich hört und von ihm Weisungen empfängt, wird die Formulierung von BGB. 164 erleichtert[16]).

Die Koalitionen haben einen Namen. Damit sind sie nicht nur passiv angreifbar (§ 54 BGB.). Sondern sie sind passiv angreifbar, weil sie auch als wirkende Macht gegeben sind, weil von dem Namen Abscheu, Furcht, Sympathie ausstrahlt, weil Menschen in ihrem Namen handeln. Die Gewerkschaften sind auch wirkende

---

[15]) Vgl. dazu mein Ewiger Prozeß des Rechts gegen den Staat 1919, S. 3. Carl Schmitt, Politische Theologie, vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität 1922, S. 32 f.

[16]) Oben Fall 3. Otto Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1925, will die Maskierung (RGZ. 68, 173 ff., und 85, 380 ff.) auch im reinen Vermögensrecht angreifbar gestalten. Das ist mir zweifelhaft.

Macht für den Staat, nur gerade juristische Personen des Privatrechts sind sie nicht[17]).

Aber von Mächten muß das Recht Notiz nehmen, auch abgesehen von der Anerkennung ihres Namens[18]). So kommt es zu der Kartellverordnung, so zu dem Recht der alten Firma, die schon einen Namen als Element ihrer Macht hat, gegen einen neuen Namensträger, auch wenn dieser auf den Namen an sich Anspruch hat als Rechtssubjekt[19]). Aber als Macht im Wirtschaftsleben hat er ihn nicht, weil ihm jemand anderes zuvorgekommen ist. Der zeitliche Prozeß, in dem alle namentlichen Mächte stehen, zeitigt Überholungen, Präventionen. Mächte sind zeitliche geschichtliche Mächte, weil und soweit sie Namensträger sind.

Ganz anders die von der Justiz mitaufgebaute Rechtsmaske der Firma. Wenn in dem Fall Malsmann (oben 4) die Firma noch zu Recht bestände, aber das „Handelsgewerbe" am Erliegen, in Liquidation wäre, dann wäre es unsinnig, die ältere Firma zu schützen. Wir sehen hier ganz davon ab, daß die Übertragung des Namensrechts auf juristische Personen des Handelsrechts schwersten Bedenken an sich unterliegt[20]). Denn unser Fall liegt ja so, daß die jüngere Firma das Recht auf den Namen auch hat. Worauf es nur ankommt, ist zu erkennen, daß keinesfalls der Name der juristischen Person im Register an sich, sondern der Name des sozialen Namensbereiches, der Name der Macht geschützt wird. Es ist ja eine

---

[17]) Das Reichsgericht hingegen sagt Band 111, 355: „So viel erhellt..., daß tariffähig nur eine Vereinigung von Personen ist, die sich in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber in irgendeiner Rechtsform zusammengeschlossen haben..." Das „in irgendeiner Rechtsform" setzt den juristischen statt des soziologischen Tatbestandes m. E. einen Akt zu früh ein. Denn der Zusammenschluß kann z. B. ausschließlich im Tarifvertrag selbst konkludent zu finden sein. Ist das noch „irgendeine Rechtsform"?

[18]) In RGZ. 111, 192ff., ist der Fall behandelt, daß das Zeichen Goldina durch die Tätigkeit der Beklagten seit Jahren in den beteiligten Kreisen zum Kenn- und Schlagwort für ihr ganzes Unternehmen geworden sei, derart, daß sie schließlich ihr Zeichen als Firmenname aufgenommen habe.

[19]) Alexander Katz in Jur. Rundschau 1925, 1159, RG. vom 22. Mai 1925 in DJZ. 1926, 169 f.

[20]) Die herrschende Meinung gibt ja das Namensrecht. Literatur und Judikatur bei Warneyer, Kommentar zum BGB. I, 1923, S. 27, Anm. 34. Vgl. dazu auch Viktor Ehrenberg, Handbuch II, 77; 108; vor allem S. 10, Anm. 18.

Fiktion des Juristen, zu sagen, jede Person habe nur einen Namen. Sie hat in immer weiteren konzentrischen Kreisen mehrere Namen.

Es ist wohl nicht wertlos, sich das einmal zu verdeutlichen.

Der Name, unter dem mich das Gericht verantwortlich macht, hat immer einen Kollektivcharakter. Ich, wie ich wirklich als Mensch vor Gott stehe, werde nie vor Gericht gerufen. Immer deckt meine „Person" irgendeinen Verantwortungsbereich in der Welt, in Raum und Zeit mit. Für Vergangenheit und Fremde liegt das auf der Hand. In alter Zeit haftete ein Bürger für alle Schulden seiner Vaterstadt vor dem auswärtigen Gericht. Bei der Ruhrbesetzung haftete jeder „deutsche" Kaufmann für das Deutsche Reich. Jeder Deutsche in der Welt[21]) wird in Wahrheit als deutscher Paria und nur innerhalb dieses Gattungsbegriffs nach seiner Person verantwortlich gemacht, weil man wohl ohne Ansehen, aber nicht ohne Anhören der Person rechtlich entscheiden kann.

Aber weniger leuchtet es ein, daß auch der einheimische Rechtsname noch Gruppenname, Kollektivname ist, daß auch hier die Person für einen objektiven Bereich verantwortlich gemacht wird, ganz gleich, ob sie ihn je ganz erfüllt hat oder erfüllen konnte. Der Scheinkaufmann, der verschollene Ehegatte, jeder aufgebotene Namensträger, dessen Recht durch das vergebliche Aufgebot erlischt, wird nicht als „er selbst", sondern als verantwortlicher Träger eines Machtbereiches mit Namen gerufen. Der Name im Falle 4, der Name der „bekannten Zigarettenfirma", ist sozusagen — um das Problem deutlich zu machen — als Vorname dieser Firma anzusehen, mit dem sie unter Brüdern genannt wird. Erst der nächsthöhere, abstrakte Name gegenüber dem Vornamen ist der Name, mit dem uns der Staat anredet: das Militär z. B. kannte keine Vornamen, nur den Familiennamen, also schon dieser Name ist ein Kollektivum, und auf die engere, auf die soziale Gemeinschaft wirkt er „unpersönlich", „erkältend", während er verpersönlichend wirkt in der Rechtssphäre. Wenn man die juristischen Personen in alle und jede Stellung der physischen Person einrücken läßt, muß man die Unfähigkeit des Rechts erkennen, den vollen Namen, den dieses Gebilde im Leben wirklich trägt, schon dadurch zu haben, daß der im

---

[21]) In Whitakers Peerage, Jahrgang 1917, ist von S. XXIII—XXVI eine Liste „British firms with foreign Names" veröffentlicht. Ähnliches ist vielfach auch bei uns geschehen. Nicht der Name als Personen-, sondern als Gruppenname wirkt hier. Vgl. auch Giesker-Zeller, Der Name im internationalen Privatrecht, Festschrift für Georg Cohn, Zürich 1915, 167 ff.

Rechtsverkehr mit den Behörden gültige Name allein für wirklich erklärt wird. Quod non in actis, non est in mundo. Das kann der Registerrichter so halten, die Ziviljustiz kann es ihm nachtun. Aber die Rechtsordnung als Ganzes kann es nicht. Sie kann es nicht wegen der höchst praktischen Folgen, die für ihr eigenes Dasein an dem Mitwissen und Mitgebrauch der Namen hängen. Im Wesen der Namengebung, nicht in dem der Begriffsbildung liegt der Unterschied philosophischer und juristischer Deduktion. Der Philosoph kann nämlich von den Namen erfolgreich abstrahieren, und das ist sein eigentliches Geschäft. Der Jurist kann das nicht!

Die Mehrzahl der Namen verflicht die „Menschen" und die „juristischen" Personen. Das Ineinander vieler „Personen" aber enthält das eigentliche Problem. Die Menschen kennen sich selbst mit einem anderen Namen, als der ist, mit dem die Welt sie nennt. Die Anreden von außen: Europäer, Deutscher, Preuße, Berliner, Berliner Aktiengesellschaft, Chemiker in Moabit, Dr. Friedrich Schultze, stoßen durch Kollektivringe zum Kern vor, bis der ausländische Gläubiger dem Mann einen Brief schreiben kann. Der „eigene" Name umgekehrt setzt möglichst soviel Ringe nach außen an (vom häuslichen Kosenamen über den Vornamen zum Familiennamen, zum Titel und zur Firma), bis er die erstrebte Geltung findet.

Die vom Recht anerkannten Namen stellen den Ausgleich zwischen zwei Tendenzen der Namengebung dar, die in entgegengesetzter Richtung vordringen. Das Individuum strebt nach Namhaftigkeit, Rang, Würde, Deckung und Schutz unter machtvollen, d. h. unter generellen Namen. Die Gesellschaft umgekehrt strebt nach Bewältigung einer durch einen generellen Namen sie bedrohenden, ihr gefährlichen oder mindestens unheimlichen Macht durch immer sorgfältigere, immer individuellere Zurechnung. Der Name, den das Individuum selbstbewußt vor sich her trägt, soll immer allgemeinere Bedeutung erhalten und damit unangreifbar werden. Umgekehrt soll der Zurechnungsträger, den die Gesellschaft hinter dem Namen zu fassen sucht, immer spezieller, immer angreifbarer werden.

Das Individuum erstrebt durch Zulegung von Namen gesellschaftliche Macht; die Gesellschaft erstrebt durch Zurechnung der Verantwortung individuelle Bewältigung!

Die Namen im Gesellschaftsleben sind also nicht atomistisch, sondern in Wechselwirkung gegliedert. Jeder Name einer gesellschaftlichen Macht gibt mindestens einen Menschen

frei, der dafür nicht selbst genannt wird. Jede Persönlichkeitsverleihung an eine gesellschaftliche Macht bindet mindestens einen Menschen, der nun erst hinter ihr erfaßt werden kann.

Diese Wechselwirkung zwischen physischen und „juristischen" Personen kann bei der üblichen isolierten und bloß begrifflichen Definition leider nicht erkannt werden. Die Namengebung aber bindet die abstrakten Träger von Rechten und Verbindlichkeiten in die geschichtliche Wirklichkeit. Und hier ist nun jeder Gewinn auf der Seite der juristischen Personen ein Verlust auf der Seite der physischen Personen, jeder Zuwachs hier eine Abwanderung dort! Die Verleihung der Rechtspersönlichkeit durch das Recht fixiert in diesem unablässigen Austauschverhältnis von Mächten und Menschen gewisse Kreuzungspunkte beider. Sie hält beide, Mächte und Individuen, auf gewissen Reifestufen ihrer geschichtlichen Individualisierung fest, indem sie erklärt, sie fortan bei diesem bestimmten Namen gleichmäßig, sowohl als Kläger wie als Beklagten, behandeln zu wollen. Die Qualität „Juristische Person" ist mithin (und zwar sowohl für die physische als auch für die Verbandsperson) eine Art Indifferenzpunkt zweier entgegengesetzter Strebungen — der individualisierenden der Gesellschaft aus Furcht vor der Macht und der generalisierenden des Individuums aus Wille zur Macht. Von hier aus wird es z. B. begreiflich, weshalb die „Einmanngesellschaft" auf Schwierigkeiten stößt. Es fehlte die eine der beiden Tendenzen, um deren Ausgleich es sich handelt, die Furcht der Gesellschaft, weil sie das Individuum schon ohnehin erfaßt hat.

Die Wechselwirkung wird besonders deutlich dort, wo die Erreichung dieses Indifferenzpunktes auf Schwierigkeiten stößt. Und auf diese Schwierigkeiten stößt der Fixierungsprozeß naturgemäß dort, wo der Staat selbst als Faktor der Gesellschaft Furcht und Abneigung oder Zuneigung und Sympathie für andere gesellschaftliche Mächte empfindet.

Das große Beispiel hierfür ist die Geschichte der Koalitionen. Sie beginnt mit der Koalitionsfreiheit. Das heißt, zunächst glaubt der Machtstaat, er könne den Individuen ohne jede Gefahr für die eigene Macht diese Freiheit der Verbandsbildung gewähren. Dieser Standpunkt ist klassisch in dem Wort Condorcets verkörpert, der Staat habe so sehr alle politische Macht an sich gebracht, daß er nun daran denken könne, den völlig machtlos gewordenen Individuen etwas mehr Macht zu gewähren. Ihn, den Staat selber, schienen die Koalitionen nichts weiter anzugehen.

Was aber ist eingetreten? Die Koalitionen hatten es nicht eilig, sich als juristische Personen „fassen" und angreifen und haften zu lassen. Aber es kam der Tag, wo diese großen gesellschaftlichen Mächte und die Suggestivkraft ihres Namens „Gewerkschaft" dem Staat wertvoll wurde um seiner Selbstbehauptung willen. Der Staat kann jeden Arbeiter mit Namen anreden. Aber der Arbeiter hört dann nicht auf ihn, den Staat. Wenn aber der Staat ihn anspricht als Glied der Gewerkschaft, so hört der Arbeiter auf ihn. Die Arbeiter wollen unter dem Namen und auf den Namen ihrer Gewerkschaft angeredet werden. Und deshalb, weil der Staat mit ihnen und zu ihnen reden mußte, weil er den Arbeitern gut zureden wollte, deshalb mußte er den sozialen Namenswirkungen nachsinnen und nachgeben. Und darauf beruht die Machtstellung der Gewerkschaften[21a]). Die anderweit in die Rechtsordnung nicht hineinwollenden Arbeiter werden durch das Zauberwort des Kollektivums gebunden. Die juristische Folge ist, daß sie durch die Gewerkschaft nicht vertreten werden. Die Gewerkschaft erstrebt eben deshalb keine Rechtspersönlichkeit des Privatrechts. Sie handelt nicht im eigenen Namen. Sie handelt aber auch nicht im Namen von soundso viel tausend oder zehntausend Lokomotivführern, Arbeitern, Professoren. Denn diese organisierte Masse hört nur so lange durch das Sprachrohr „Gewerkschaft", als sie nur durch dies Sprachrohr angeredet wird. Die Gewerkschaft soll sie gerade davor schützen, auf anderem Wege namentlich angeredet zu werden. Und weil moderne Masse gefährlich ist, deshalb muß der Gesetzgeber gern oder ungern die Sprachrohre zur Masse trotz ihrer „zivilrechtlichen" Unbrauchbarkeit benutzen, wie sie sind. Und die wirtschaftlichen Verbände tragen ja den deutschen Staat, der seit dem 15. November 1918 auf ihrem Boden steht (und nicht etwa, wie die abgedroschene Phrase meistens lautet, umgekehrt!)[22]).

Die Arbeitnehmer wollen mit ihrem Namen nicht rechtlich haften

---

[21a]) Bei der Neubestellung der Beisitzer des Verwaltungsausschusses eines Landesamts für Arbeitsvermittlung heißt es: „Ich fordere diejenigen wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, deren Tätigkeit für das Landesamt Bedeutung hat und die Anspruch auf Vertretung im Verwaltungsausschuß erheben, auf, dem Landesamt .... Vorschlagslisten einzureichen." Die Macht als Rechtsgrund, die Macht über die Gemüter!

[22]) Vgl. über diesen Tatbestand meine „Sozialpolitik und Arbeitsrecht" in Riedels Arbeitskunde 1925, S. 76.

für die Gewerkschaftshandlungen, die Gewerkschaften wollen ebensowenig für ihre Leute haften. Wenn wir an die Worte Belegschaft, Arbeitskraft, Betrieb zurückdenken, wird uns der Grund klar. Die ohnmächtige Person, die bloße vermögenslose Kraft des Menschen wird durch die Organisation geschützt. Eine Kräfteorganisation ist aber etwas anderes als eine Personenvereinigung[22a]). Die Gewerkschaft ist in der Tat keine Personenvereinigung im Sinne des Zivilrechts. Sie ist das Sammelbecken der über den Arbeitsmarkt hin und her geworfenen Arbeitskräfte. Der wirtschaftlich ohnmächtige Mensch ist nicht Person; das frühere Wort vom bürgerlichen Tod drückte das sehr gut aus, daß der Mensch ohne Vermögen nicht Person sei. Also nicht das Subjekt von Rechten geht in die Gewerkschaft, freilich ebensowenig das sogenannte „Objekt der Gesetzgebung", sondern eine zwischen Subjekt und Objekt die Mitte haltende Kraft. Sie ist weder Subjekt, noch ist sie Objekt, weil und insoweit sie unaufhaltsam wirken muß! Denn Personen und Sachen werden von uns außerhalb ihres Wirkens, vor ihrem Tun oder Getanwerden, vorgestellt. Die Arbeitskraft aber kann einerseits nicht frei tun oder lassen, wie das von jeder Person vorausgesetzt wird. Eine Person, die tun muß, nicht auch unterlassen kann, widerspricht sich selbst; denn die Person hat einen freien Wirkungskreis[23]). Anderseits muß die Arbeitskraft nicht unbedingt, wie das die Sachen, die Gegenstände, die Objekte müssen, die von außen erworben, betrieben, übergeben, bearbeitet werden.

[22a]) Gut formuliert im Rechenschaftsbericht des Deutschnationalen Handlungsgehilfenverbandes für 1925, S. 99.

[23]) Über die charakteristische Bedeutung des Unterlassens als eigentlicher Beweis der Freiheit der Person vgl. auch die schöne Schrift eines im Kriege Gefallenen, Hans Jacobsohn, Die Unterlassungsklage, Berlin 1913. Er weist (S. 91 ff.) nach, daß im gemeinen Recht — im Gegensatz zur Lehre des Bartolus — nur die privatrechtlichen Unterlassungsklagen zugelassen werden. Und diese Privatrechte umfassen nun bezeichnenderweise die Personen-, Persönlichkeits- und Vermögensrechte, aber ein Recht an der Arbeitskraft wird gegen Riezler „Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit in ihrer privatrechtlichen Bedeutung" (Archiv f. bürgerl. Recht 27, 219 ff.) von Jacobsohn geleugnet (165), so hält sein Buch die Endlage eines immer reiner „privatrechtlich" gewordenen Zeitalters in zwei charakteristischen Fragen: „Unterlassung" und „Persönlichkeit", prägnant fest. Die „Arbeitskraft" ist eben kein der „Person" zustehendes Rechtsgut, wie Abschnitt II schon dargelegt hat, sondern ist der Mensch, der anderweit Person ist, in einem anderen Aggregatzustande.

Sondern die Arbeitskraft muß unter allen Umständen wollen, kann aber unter Umständen bedingt wollen. Sie muß unaufhaltsam, aber nicht in jeder Gestalt wirken. Und diese Eigenart eines bedingenden, die Arbeitsbedingungen ausbedingenden Willens, der sich doch auf das unentrinnbar Notwendige, auf die Arbeit richtet, die sie nicht ebensogut unterlassen kann (wie die Person!), führt zu einer Spaltung der Arbeitskraft in koalierte und einzelne Kraft. Weil Kräfte in der modernen Arbeitswelt unaufhaltsam ihrer Bestimmung zueilen müssen, treibt es sie in die Gewerkschaft, um trotz der Unaufhaltsamkeit doch bei den Bedingungen zu Worte zu kommen. Denn nur eine bedingte Unaufhaltsamkeit ist nicht stummer Zwang. Nur sie setzt eine geordnete Bahnung an die Stelle des blinden Zufalls. Um menschlich zu arbeiten, muß die Arbeitskraft bedingt arbeiten. Die Arbeit ein Muß, die Bedingungen frei: diese Dialektik bringt der neue Arbeitsvertragsgesetzentwurf dadurch zu rechtlicher Formulierung, daß § 8 lautet: „Ist ein Teil des Arbeitsvertrags nichtig, so bleibt im Zweifel der übrige Vertrag gültig[24])." Damit wird die Regel des bürgerlichen Rechts preisgegeben. Das Muß zur Arbeit wird berücksichtigt. Arbeitswilligkeit und Bedingungen treten auseinander. Und auf dieser Trennung beruht der Gewerkschaftsgedanke! Die Bedingungen des Arbeiters teilt die Gewerkschaft mit. Dabei ist es viel wichtiger, daß die Gewerkschaft mitteilt, als was sie mitteilt. An der Gewerkschaft ist wichtiger, daß durch sie die Arbeitskraft sich mitreden hört, als was geredet wird.

Eine Vereinigung von Kräften spottet sonach des Bemühens, sie dem Recht der Personen zu unterstellen. Die Gewerkschaft soll gar nicht im Namen der Arbeiter kontrahieren. Kontrahieren will jeder Arbeiter für sich. Die Gewerkschaft soll nur die Bedingungen des Vertrags setzen nach Art etwa des Vormundschaftsgerichts, wenn es den Vormund unterstützt und berät. Der Arbeitnehmer steht wie der Vormund zu seiner Arbeitskraft. Die Gewerkschaft leistet nun dem Arbeitgeber den ungeheuren Dienst, die Stimmung der Massen faßbar, diskutabel zu formulieren und so als Klärbassin zu wirken, indem eine Masse bloßer Wünsche und Träume zu Boden fallen. Nur das in Bedingungen Faßbare übermittelt der Tarifvertrag[25]). Der Tarifvertrag heißt mit Fug unabdingbar, weil er

---

[24]) Vgl. dazu Molitor bei Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag 1925, S. 87 f.; Kreller, Archiv f. d. ziv. Pr. NF. 2 (1924), 23 f.

[25]) Über die Wichtigkeit des Begriffs der Arbeitsbedingungen vgl. J. W. 1922, 562; Kreller, a. a. O., 24 ff.

die Vertragsbedingungen setzt, nicht die Verträge schließt[26]). Aber wegen dieser Leistung haben die Gewerkschaften ein Recht, in dieser Tätigkeit privilegiert zu bleiben, also ohne vermögensrechtliche Haftung! — Aber diese selbe Gewerkschaft sollte Person sein können in ihren anderen Beziehungen, also gegenüber ihrem Hauswirt, ihrem Verleger, ihrem Angestellten usw. Die größten Schwierigkeiten hat die Gewerkschaft heute im Wirtschaftsleben auf dem Kreditmarkt, wenn sie gründen will. Würde man zwischen Person des Zivilrechts und Macht, bedingungssetzender Macht auf dem Arbeitsmarkt sondern, so würde sich ihre doppelt gerichtete Tätigkeit viel glatter abwickeln. Der Deutsche Bauarbeiterverband hat sich zu helfen gewußt. Er hat eine „Vermögensverwaltung des Deutschen Bauarbeiterverbandes G.m.b.H." gegründet. Hieraus sieht man genau, daß die Gewerkschaft auf dem Kapitalmarkt Persönlichkeit erstrebt. Als die Gewerkschaften zusammentraten und den Verband sozialer Baubetriebe G.m.b.H. ins Leben rufen wollten, da war die Vermögensverwaltung des Bauarbeiterverbandes in der Lage, „persönlich" Gesellschafter Nr. 1 zu werden. Für die „Vertreter" der übrigen Gewerkschaften mußte ein Protokoll als Element des Gründungsvertrages aufgenommen werden folgenden Wortlauts: „Die Gesellschafter zu Ziffer 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 12 usw. erklären, daß sie bei Vorstehendem zwar im eigenen Namen Erklärungen abgeben, daß sie aber hierbei zugleich als Treuhänder der bei ihrem Namen angegebenen Organisationen handeln und daß diese ihnen die Mittel zu den oben erwähnten Stammeinlagen zur Verfügung gestellt haben. Infolgedessen üben sie gemäß dem mit ihren Organisationen abgeschlossenen Übereinkommen alle Rechte und Pflichten aus der Übernahme dieser Stammanteile und der Zugehörigkeit zur Gesellschaft nur als Treuhänder dieser Organisationen aus. Sie verpflichten sich dabei, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden." (Diese Bestimmung soll also die Vertreter des nichtrechtsfähigen Vereins unter das Handelsrecht bringen, dem ja die Personen auf dem Kapitalsmarkt zu unterstehen pflegen.)

„Sie haben sich den genannten Organisationen und der Gesellschaft gegenüber ferner verpflichtet, jederzeit, insbesondere bei ihrem Ausscheiden aus den genannten Organisationen, auf Verlangen dieser Organisationen oder deren Organe oder dieser Gesellschaft den Stammanteil an eine andere von diesen Organisationen zu benennende

---

[26]) Darüber noch einmal in geschichtlichem Rahmen unten in VI, C 2.

Person entschädigungslos zu übertragen und alles auf Grund der Beteiligung an der Gesellschaft von der Gesellschaft ihnen Zukommende ihren Organisationen herauszugeben.

Im Falle der Abtretung dieser Stammanteile an andere Personen gilt diese Verpflichtung auch für den Rechtsnachfolger, so daß diese Stammanteile nur mit dieser Belastung abgetreten werden können und sich jeweils in den Händen eines Vertrauensmannes der genannten Organisationen befinden.

Die Erben des jeweiligen formellen Inhabers dieser Stammanteile sind ohne Rücksicht auf sonstige letztwillige Verfügungen ihres Erblassers von der Gesellschaft ausgeschlossen. Rechtsnachfolger bezüglich dieser Stammanteile im Todesfalle des jeweiligen formellen Inhabers ist die von den entsprechenden Organisationen bezeichnete Vertrauensperson."

Eine solcher Mittel bedürftige Rechtslage ruft nach einer Vereinfachung. Nur wenn der Januscharakter der in der modernen Wirtschaft auf den verschiedenen Märkten wirkenden Kräfte und Mächte anerkannt wird, läßt sich diese Rechtsform für die Gewerkschaften finden. Umgekehrt kann auch eine juristische Person bloße Kraft sein im Betriebe und in der Organisation eine andere. Die G.m.b.H. ist im Fall 3 bloße Kraft des Geschäftsführers, der alle ihre Anteile hat, für die Betriebsführung; hingegen ist sie für den Bereich, für den der Gesetzgeber vorgesorgt hat, für das Zivilrecht, nicht Organ, sondern Person, und der Geschäftsführer umgekehrt ist ihr Organ.

All die modernen Tochter-, Zwillings-, Schachtelgesellschaften sind zwar nicht „Organe", außer im Steuerrechtssinn[27]), aber Kräfte im Betriebe ihrer herrschenden Organisationen. Die Ausdehnung dieses Problems der herrschenden und dienenden juristischen Personen wächst bekanntlich jeden Tag. Ob man an „Gestionsgesellschaften" nach Aktienrecht, ob man an die Zusammenfassung der Genossenschaften in riesigen Verbänden mit ganz anderer juristischer Struktur denkt, ob an die holding companies, ob an die Eigengruppe im Be-

---

[27]) Die Praxis des Reichsfinanzhofs geht dahin, als „anerkannt zu betrachten, daß eine juristische Person zu einer anderen juristischen oder nichtjuristischen (sic) Person im Innenverhältnis eines Angestellten stehen könne". Urteil vom 23. Januar 1925, II A 1022/24, mitgeteilt von Mirre, „Organgesellschaften und Kapitalverkehrssteuer", Deutsche Steuerzeitung 1926, 15. Die Lehre ist entwickelt worden seit den Entscheidungen Reichsfinanzhof III, 231; 290 und IV, 172.

trieb oder an die von mir vorgeschlagenen Betriebs- und Mitarbeitsvereine[28]) — überall schichten sich hier „Personen" des Rechts herrschend und dienend übereinander, die herrschenden als Mächte, die dienenden als Kräfte.

Es werden solche Gesellschaften zunächst ihr Subordinationsverhältnis durch den Ausschluß des Rechtsweges für ihre Streitigkeiten verdeutlichen. Im übrigen lassen sich bisher wirklich durchschlagende Kriterien anscheinend nicht allgemein angeben. Aber an der Bedeutung der Tatsache dieser neuen Lehenspyramide und Heerschildordnung der Wirtschaft kann man nicht vorbeisehen. In einem Formular der Gesellschaft für elektrische Unternehmungen heißt es: „Die Ewag (Betriebsgesellschaft) ist verpflichtet, der Mivag (Eigentumsgesellschaft) alle Mittel zur Verfügung zu stellen, deren die Mivag zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verpflichtungen bedarf, z. B. Steuern, Zinsen von Darlehen und sonstige Handlungsunkosten, ferner sämtliche Abschreibungen, die nach dem HGB. vorgenommen werden müssen, einschließlich der dem gesetzlichen Reservefonds zuzuführenden Beträge. Daneben verpflichtet sich die Ewag, als Entschädigung für die Überlassung der Bewirtschaftung der Anlagen der Mivag eine Summe zu entrichten, welche die Mivag instand setzt, auf ihr jeweiliges Aktienkapital die gleiche prozentuale Dividende zu verteilen, wie die Ewag sie auf ihr jeweiliges Stammkapital ausschüttet, zuzüglich desjenigen Betrages, der erforderlich ist, um auf dieser Grundlage die dem Aufsichtsrat der Mivag satzungsmäßig gebührende Tantieme zu entrichten."

Die gesperrt gedruckten Worte täuschen eine Gegenleistung vor. Sie sind natürlich belanglos und dürfen nicht den Tatbestand verschleiern. Der Tatbestand aber ist, daß die Betriebsgesellschaft die Unternehmensgesellschaft trägt, ihr also nicht nur familienrechtlichen Unterhalt, ja nicht nur standesgemäßen Unterhalt, sondern sogar den im BGB. nur dem minderjährigen unverheirateten Kind zuerkannten gleichmäßigen Unterhalt zu gewähren hat. Hier ist es unmöglich, selbständig sich gegenüberstehende Personen anzunehmen, so wenig wie bei einem Vater, der für Person und Vermögen des Säuglings zu sorgen hat, diese Selbständigkeit

---

[28]) Werkstattaussiedlung 257 ff. Wie willkürlich oder wohl richtiger superstitiös gegen den Begriff Juristische Person ist es, daß der Arbeitsrechtsentwurf nur die Form der Gesamthand für die Eigengruppe dulden will.

außer in Sonderfällen hervortritt. Prinzipiell wird man hier nur sagen können, daß die Präsumptionen sich umkehren. Im Zweifel sind Personen selbständig gegeneinander. Diese dienende juristische Person soll im Zweifel nicht selbständig sein. Es ist bei ihr also gerade umgekehrt, wie das oben zitierte[28a]) individualistische Urteil des Oberlandesgerichts Dresden für „das Wesen der Aktiengesellschaft" ausgeführt hat. Diese dienenden Aktiengesellschaften werden sehr oft unbeschränkt für andere Gesellschaften haften[29]). Dazu werden sie ja gerade gegründet. Der Richter ist also auch hier genötigt, die Funktion statt des Wesens dieser Aktiengesellschaft in Rechnung zu ziehen und diese Funktion ist eine wechselnde.

Das geltende Recht hingegen verbietet es dem Richter vielfach, so zu verfahren. Es geht von einem Wesen der Personen aus, es bevorzugt die Kapitalsgesellschaften vor den Personengesellschaften hinsichtlich der Besteuerung, indem es jenen größere Rücklagen erleichtert, diesen nicht. Und nun stürzen sich die Wirtschaftsmächte auf diese zu Wesen gestempelten, steuerlich privilegierten Formen. Und sie müssen es, weil sie auf dem Markte sind! Der Jurist wird ja dazu neigen, alle aus steuerlichen Gründen erfolgten Gesellschaftsformen als in fraudem legis gewählte anzusehen. Er nennt das „einen Mißbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts", dem die Reichsabgabenordnung in § 5 die Wirkung abspricht[30]). Man suchte so den Standpunkt festzuhalten, der bei der Schaffung dieser Gestaltungsmöglichkeiten geherrscht und bei der Staffelung der Steuern sich ausgewirkt hatte. Dieser Standpunkt ist aber der atomistische: Jede Person ist für sich ein staatsbürgerliches Individuum und hat daher in Erfüllung seiner staatsbürgerlichen Pflicht nicht das Recht, die Rechtsformen zu bloßen Masken im Kampf ums Dasein gegen den Steuerfiskus zu entweihen[31]). Wenn man es so

---

[28a]) S. 55, Anm. 13.

[29]) Daß den Aktiengesellschaften die Beteiligung an bürgerlich-rechtlichen Gesellschaften (Kartellen!) erlaubt sei, scheint nie in Frage gezogen worden zu sein. Für die societas des gemeinen Rechts ist das begreiflich. Aber für die deutschrechtliche Konstruktion des BGB. mit ihren §§ 710 und 712 ist das sicher nicht so selbstverständlich, wie eine der juristischen Person Tür und Tor öffnende Zeitströmung meinen mußte.

[30]) AO. vom 13. Dezember 1919, bereits elfmal geändert, zitiert nach der Ausgabe des Reichsfinanzministeriums Berlin 1926. § 5 (1): „Durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts kann die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemindert werden."

[31]) „Ein Mißbrauch im Sinne des Abs. 1 liegt vor, wenn 1. in Fällen, wo

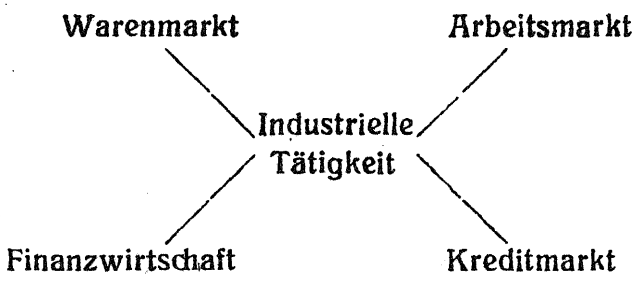
hört, möchte es leidlich scheinen. Aber die wirtschaftenden Unternehmen sind nicht allein. Sie sind Marktmächte. Und so wird der § 5 Reichsabgabenordnung vom Reichsfinanzhof im Fall 5 nicht angewendet mit dieser die Marktbahn eines solchen Unternehmens zugrunde legenden Begründung[32]): „Der in einem Gewerbebetrieb erzielte Geschäftsgewinn wird je nach der Rechtsform, in der das Unternehmen betrieben wird, grundsätzlich verschieden besteuert ... Die Aktiengesellschaften und Gesellschaften m.b.H. sind ... besser daran ... und (das) wird die Wahl der Aktiengesellschaften und Gesellschaften m.b.H. als Unternehmungsformen von vornherein begünstigen. Diese steuerliche Schonung ... kann aber auch ... dazu führen, daß erst später zu einer dieser Betriebsformen übergegangen wird, etwa deshalb, weil das bisher als Offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft geführte Unternehmen in dieser Rechtsform nicht mehr im Wettbewerbe mit den steuerlich begünstigten Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht bestehen könnte. Diese letzteren Gesellschaften haben es ja völlig in der Hand, durch eine entsprechende Ausschüttungspolitik den Gewinn möglichst aufzuspeichern und das, was sie dadurch an Einkommensteuer ersparen, zur Bekämpfung des wirtschaftlich nicht so günstig gestellten Gegners zu verwerten, indem sie ihn unterbieten und so lahmlegen ... Solange für die Besteuerung der Betriebe alles auf die Rechtsform abgestellt ist, kann der Gebrauch dieser Rechtsformen und insbesondere auch ein Wechsel dieser Formen kein Mißbrauch im Sinne des Gesetzes sein." Diese Entscheidung spricht für sich selbst. Die in ihr diagnostizierten Mißstände sind inzwischen erkannt und werden behoben. Aber wie sind sie entstanden? Doch nur, weil man durch die Einteilung aller Kollegheft des Handelsrechts an den

---

das Gesetz wirtschaftliche Vorgänge, Tatsachen und Verhältnisse in der ihnen entsprechenden rechtlichen Gestaltung einer Steuer unterwirft, zur Umgehung der Steuer ihnen nicht entsprechende, ungewöhnliche Rechtsformen gewählt oder Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, und 2. nach Lage der Verhältnisse und nach der Art, wie verfahren wird oder verfahren werden soll, wirtschaftlich für die Beteiligten im wesentlichen derselbe Erfolg erzielt wird, der erzielt wäre, wenn eine den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen entsprechende rechtliche Gestaltung gewählt wird."

[32]) Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofes XVI, 16 ff.

Unterschied von Kapitals- und Personengesellschaften im metaphysischen Sinne „glaubte", weil man die Rückwirkungen des Steuerrechts auf die Marktlage verkannte und weil man die einzelne Person dem Fiskus gegenüber als in existentieller Ruhelage, als isolierten Staatsbürger statt als kommunizierende Röhren vorstellte. Deshalb gehört auch diese vierte Seite industrieller Tätigkeit als Ergänzung in unser Schema ihrer Bahngestaltungen. Auch die „Nähe", „Begünstigung" oder „Bedrückung" durch den Staat ist eine selbständige Lebensrichtung industrieller Tätigkeit, die so nach allen Seiten ausstrahlt, von den Wirbeln der verschiedenen Märkte ergriffen und dadurch wechselnd gestaltet wird.



Weder der Arbeitsmarkt noch die Staatsfinanzen, also weder Arbeitsrecht noch Steuerrecht sind an dem Zivil- und handelsrechtlichen Begriff der „Person" interessiert. Wie steht es aber mit dem Leben der Zweigherrschaften auf dem Warenmarkt? Auch hier ist die Lage anders als auf dem Kreditmarkt.

Bei der Zweigherrschaft stellt sich dasselbe Problem. Auch hier muß zwischen Person und Macht entschieden werden, wie anderweit zwischen Person und Kraft. Der Kartellrichter zieht Vereinigungen ohne Personenqualität vor sein Gericht, und er schützt die Gesellschafter eines Kartells, das in der Form einer Nebenleistungs-G.m.b.H. gegründet ist[33]), notwendig, so wie er Nicht„mitglieder" einer loseren Verbindung schützt. Es wird aber nicht angehen, diese richterlichen Eingriffe auf Kartelle zu beschränken; alle Zweigherrschaften, also auch die lokalen Versorgungsbetriebe, müssen einer wirksamen Kontrolle ihres Ausschlußrechtes unterworfen werden können. Hier bedarf es einer Abwendung der Gefahren, die aus der zunehmenden Erwerbswirtschaft der Kommunen sich täglich wachsend auftun. Das öffentlich-rechtliche Gewand eines solchen Unternehmens kann es davor nicht schützen. Gegen Monopole als solche muß ein Rechtsschutzanspruch geschaffen werden, wenn die Funktionen sich

[33]) RGZ. 111, 275; Jur. Woch. 1924, 235, besprochen von Curtius.

auf dem Warenmarkt auswirken. Im Postzwang und im Beförderungszwang der Eisenbahnen ist dies Recht ja bereits angelegt.

So hat ein und dasselbe Gebilde verschiedene Funktionen auf den verschiedenen Märkten. Die erkennende Tätigkeit der Rechtsprechung wirkt also mit, um den juristischen Personen ihre wechselnde Stellung in der Wirtschaft zuzuweisen. Auf diesem Wege wird das Emporwuchern der juristischen Person, diese täglich zunehmende Maskierung alles gesellschaftlichen Lebens sich meistern lassen[34]). Die juristischen Personen sind weder an sich „Organismen", reale Verbandspersönlichkeiten, noch sind sie umgekehrt fiktive, vom Gesetzgeber geschaffene Gebilde, sondern die Rechtsordnung in allen ihren Trägern (öffentliche Meinung, Wissenschaft, Gericht, Gesetz) ist als Organ des Soziallebens an ihrer Gestaltung dauernd mittätig. Die Rechtsordnung spricht mit[35]). Denn das Recht ist nicht einfach erklärter (Perfektum!) Gemeinwille, wie man gern sagt, sondern ein sich unausgesetzt klärender und erklärender Gemeinsinn, ist mitwirkende und mitsprechende Gegenwart.

Eine veränderte Haltung der Fragen der juristischen Person erschließt nach meiner Überzeugung auch die Möglichkeit, den bloßen „Kräften" in der Wirtschaft die Schutzhülle dieser Rechtsform in steigendem Maße zuzuwenden. Ich glaube, daß wir in der Lage sind, das Arbeitsverhältnis durch Ausnutzung auch der juristischen Person im Sinne einer dienenden Kraft zu veredeln. Geiler ist von ganz anderen Gesichtspunkten her zu den gleichen Gedanken gekommen[36]). Nicht im Individualrecht für „den" Menschen, sondern

---

[34]) „Man muß sich doch klar darüber sein, daß gegenüber dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGB. das Wirtschaftsleben durch Gesellschaften, Konzerne, Syndikate, Kartelle und andere Zusammenschlüsse aller Art Formen angenommen hat, in denen der Name der einzelnen Person immer mehr freiwillig im Geschäftsverkehr aufgegeben wird." Günther Alexander-Katz, Jur. Rundschau I, 1925, S. 1162.

[35]) Werkstattaussiedlung 271: „Wir Heutigen müssen diese Revolution zu Ende führen ... Die Rechtstheorie in diesem revolutionären Jahrhundert sucht den Organismus in der vorrechtlichen Welt, die Fiktion in den staatlichen Gesetzen. Aber nur wenn der Gesellschaft täglich ihr Recht gesprochen ... wird, bewegt sie sich in organischen Bahnen ..."

[36]) Geiler, Der genossenschaftliche Gedanke und seine stärkere Verwirklichung im heutigen Wirtschaftsrecht; Gruchots Beiträge 1921, 134 ff.; Rosenstock, Werkstattaussiedlung 1922, 257—277; „Werkstattkommandite". Reichsarbeitsblatt 1925, 615 ff.; Lebensarbeit 1926, S. 26 ff., 69 ff.

im Korporationsrecht liegen die Möglichkeit, Anstalt, Herrschaft und Genossenschaft, in eigenartigen neuen Formen zu verknüpfen. Die Freisetzung des politischen und des religiösen Menschen ist geleistet. Die Freisetzung der Arbeitskraft steht noch aus. Sie kann in Form einer wirklichen Vergesellschaftung der Arbeitsformen geschehen, nämlich in einer erneuerten Heranziehung der die menschlichen Kräfte korporativ vertretenden „juristischen Person", der jeweils das Recht ihren Sinn als Macht, Kraft oder Person je nach ihrer Funktion zuerkennt.

Nähere Bestimmungen aber über das Kriterium, mit dessen Hilfe diese Funktionen sich abgrenzen lassen, werden sich uns erst am Ende der nächsten Studie (VI D) ergeben. Hier sei nur auf eine wichtige Entwicklungslinie hingewiesen, die parallel auf soziologischem Gebiet sich gerade heute zu ähnlicher Formulierung verdichtet. Berühmt ist die Einteilung der Funktionen allen menschlichen Gruppenlebens in „Gesellschaft" und „Gemeinschaft", die von Ferdinand Tönnies herrührt[37]). Soeben hat nun Siegfried Marck aus ihr heraus erkannt, daß sich das Recht offenbar nur mit der gesellschaftlichen, der aktiven Willensseite des Gruppenlebens befasse. Er zieht daraus den weiteren Schluß, daß „die juristischen Personen" Verarmungen gegenüber der sozialen Wirklichkeit bedeuten[38]). Sie füllen nur einen, den willens- und zweckhaften Faktor des Gebildes aus, an dem Name und Bedeutung im sozialen Bereich haften. Inzwischen habe ich für die Soziologie die Kategorien „Gesellschaft" und „Gemeinschaft" als perplexe Größen zu erweisen und mehrere rationale, d. h. rechtlich bestimmbare, und eine irrationale Strebung an ihre Stelle zu setzen gesucht[39]). Unsere Untersuchung hier ist ganz unabhängig zu verwandtem Ergebnis gelangt, wenn sie Kraft, Macht und Person in jeder gesellschaftlichen Erscheinung funktionell sondert.

Wir sind offenbar genötigt, uns der gesellschaftlichen Wirklichkeit von verschiedenen Gesichtspunkten her zu nähern. Zwei Methoden, die des öffentlichen und die des privaten Rechts, hat der Jurist ja von je geübt. Man wird sagen können, daß dort die „Macht", hier

---

[37]) Ferdinand Tönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft, 1. Aufl. 1887, jetzt 6. Aufl. 1925.

[38]) Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen 1925, S. 99 ff.

[39]) Soziologie I, Die Kräfte der Gemeinschaft 1925, S. 228 ff.

die „Person“ begriffen worden sind. Das Neue ist also nur zweierlei: Nicht mehr in getrennten Bereichen, sondern auf ein und demselben Gebiet, dem der Wirtschaft, erscheinen gesellschaftliche Gebilde in verschiedener Bedeutung. Und ferner sind es Kräfte, Personen und Mächte, also drei verschiedene Sinnzusammenhänge, die in der Arbeits-, Kredit- und Konsumregelung Beachtung fordern.

VI. Absicht und Grenzen des neuzeitlichen Rechtssystems. Zur Dogmengeschichte.

Mehrmals sind wir bisher auf Begriffe gestoßen, die dem Juristen erst die Statistik geradezu aufgedrängt hat: z. B. Betrieb[1]), Arbeitsmarkt[2]), Haushaltungsvorstand[3]), Kartell[4]) sind von der eigentlichen und zünftigen Rechtswissenschaft, gelinde gesagt, peripherisch behandelt worden; am längsten gemieden hat man den Begriff des Arbeitsmarkts. Die dynamische Betrachtung, die vom Arbeitsmarkt her an Sach- und Personenbegriffen vorbei auf Funktionen von Kräften ausgeht, hat in einer Systematik, die vom bürgerlichen Recht ausgeht, nur eine Aushilfsstellung. Industrierechtlich gesehen, schafft sie und nur sie das System für den einheitlich aufgefaßten Funktionsraum der Kraftwirtschaft. Und überall würde sich das Verhältnis von Regel und Ausnahme nun umdrehen. Die Lehren von der Willenserklärung, vom Prozeß, von der sogenannten Vertragsfreiheit werden wohl nicht aufrechtzuerhalten sein, wenn doch alle Personen und Sachen in eine unentrinnbare einheitliche Kraftwirtschaft als Mächte und Kräfte einzubetten sind. Verfasser hat auf die Herkunft jener doch im wesentlichen auch heute die juristische Ausbildung beherrschenden Schulformen unseres wissenschaftlichen Denkens aus der Aufklärung schon unabhängig von dem vorliegenden Zusammenhang hingewiesen[5]). Es scheint aber ratsam, diese dogmengeschichtlichen Fragen hier zum Schlusse aufzunehmen, um die bisherigen Ausführungen nach rückwärts sicherzustellen.

---

[1]) Reiche Belege bei Passow, Betrieb, Unternehmen, Konzern, S. 1 ff.

[2]) Vgl. z. B. oben S. 91, Anm. 21 a und jetzt RG. Arb.-Nachw. vom 22. Juli 1922, § 2, Absatz 2, § 15, Absatz 2: Die Landesämter „haben den Arbeitsmarkt zu beobachten . . ."

[3]) Oben S. 40.

[4]) Dies durch die Kartellenquete 1903—1906. Flechtheims Buch erschien in der ersten Auflage fast zehn Jahre später!

[5]) „Das Naturrecht des 17. Jahrhunderts und unser Recht", Vortrag in der Schles. Gesellschaft f. vaterl. Kultur 1924. Der Mitarbeit von Mitgliedern meines rechtsgeschichtlichen Seminars verdanke ich einige wertvolle Belege.

Die neuen Fragen des Industrierechts lassen sich von einem einzelnen heute noch nicht mit Sicherheit beantworten, auch die Fragestellungen an die Geschichte nicht. Trotzdem muß man anfangen, so zu fragen. „Kein Fortschritt in der Erkenntnis — das gilt für alle Wissenschaften — ... wird ohne ein gewisses Risiko erkauft[6])."

Wir werden folgendermaßen vorgehen.

In den vorhergehenden Abschnitten ergab sich wiederholt eine Veränderung der funktionellen Bedeutung von Gebilden durch die Mitwirkung des Rechts. Das Recht erschien nicht als geformte Vergangenheit, die Rechtsordnung nicht als erklärter Gemeinwille, die Rechtssubjekte nicht als vorbedenkende, die Objekte nicht als vorbedachte „Wesen". Überall tritt im Industrierecht das Präsens an die Stelle des Perfektums. Das Recht ist mitwirkende Gestaltungsmacht, das „Richten" in seiner verbalen Kraft wird erhöht wirksam. Die Rechtsordnung ist nicht ein erklärter Gemeinwille; es nützt also nichts, oder doch nicht in letzter Linie, den „Willen" des Gesetzgebers zu erforschen. Sie ist der sich in der Erklärung erst klärende und entscheidende Gemeinsinn. Die Menschen und Dinge sind nichts, sondern werdend bedingen sie einander, und bedingt, wie sie werden, wirken sie sich aus in einer „Situation", die auch die Rechtsverwirklichung gleich mitumfaßt[7]).

Dies alles sind im einzelnen heute keine besonders kühnen oder ketzerischen Gedanken mehr. Die eine oder die andere Behauptung wird vielfach laut. Aber sie widerstreiten in ihrer Gesamtheit auf das entschiedenste den Prinzipien, auf die sich eine deutsche Rechtswissenschaft seit ihrer Ausbildung im 16. Jahrhundert je und je berufen hat. Als Grundsätze werden diese Prinzipien vielleicht heute schon verleugnet. Als Motivation des Unterrichts, des Räsonnements, der Polemik, der Entscheidungen sind sie in allem und jedem, was wir Juristen entscheiden, noch wirksam. Abgestorbene Grundsätze, die noch überall in der Gliederung nachwirken, sind schädlich. Dem notwendigen und bereits geschehenden Tun im einzelnen das gute Gewissen der rechten, freien Entscheidung zu verleihen, ist Pflicht der Wissenschaft. Daher gilt es, den Zweckbereich jener zwar praktisch schon verleugneten, aber noch mächtig wirksamen Prinzipien scharf abzugrenzen. Sie haben eine Welt zu ordnen unternommen, die sich

---

[6]) So Alice Salomon, „Soziale Diagnose", Berlin 1926, S. 14, eine methodisch auch für den Juristen anregende Schrift.

[7]) Vgl. Carl Schmitt, Politische Theologie, S. 13.

grundsätzlich von der unseren unterscheidet. Sie alle bilden in stilistischer Einheit ein Gefüge, das von der historischen Rechtsschule zwar schon einmal restauriert worden ist, das aber heute im ganzen und nicht in einzelnen seiner Teile unwirksam wird. Es gilt nicht länger, es zu widerlegen. Es gilt im Gegenteil, seinen einheitlichen Sinn zu erfassen. Denn sobald das geschieht, wird seine Unanwendbarkeit für unsere Rechtswirklichkeit ohne weiteres — also ohne eigentliche Polemik und ohne sogenannte, doch bloß logische Widerlegung — klar.

Solange aber innerhalb der Schulen des Rechts sich die Fechter in Germanisten und Romanisten teilten, war eine solche Sinnerfassung erschwert. Denn so lange traten die Gegensätze innerhalb der Neuzeit stärker hervor als ihre Einheit. Wenn z. B. Schloßmann im Jahr 1876 seinen Vorstoß gegen „das Dogma von der bindenden Kraft des Willens" unternahm, so glaubte er noch, im wesentlichen gegen die oder über die römischen Rechtssätze polemisieren zu sollen[8]). In zwei Anmerkungen nur verweist er auf Hugo Grotius[9]). Natürlich gehört Grotius in den Text und die römischen Juristen in die Anmerkungen. Die Antike ist das Kostüm der Zeit von 1500 bis 1900; Germanisten und Romanisten „agieren" als germanische und romanische Antiquitätenträger. Aber was sie agieren und weshalb sie agieren, ist durch fast nichts mit Rom und Germanien verknüpft, ist die Gegenwart der europäischen Staatenwelt mit ihrer Staatsräson, ihrem neuen Staatsbegriff seit dem 16. Jahrhundert. Es ist ein berühmtes Wort: „Anders lesen Knaben den Terenz, anders Grotius[9a])", d. h. für Grotius ist die Antike die Rüstkammer und das Arsenal. Er belegt ja seine *Lehren mit Livius- und Sophokleszitaten.* Das aber behauptet sich zäh. Jede Doktordissertation, die scheingeschichtlich ihr Thema mit einer Darstellung des „römischen Rechts" beginnt, um dann 1500 Jahre zu überspringen, verfährt noch ebenso[10]). Aber diese historischen Waffen, der Schild und das Schwert decken zwar die „Akteurs", sind aber nicht die Akteurs selbst. Die sogenannte römische Rechtswissenschaft geht uns nur als Wandschmuck des Raumes Neu-

---

[8]) Der Vertrag 1876, § 11, S. 80—140.

[9]) S. 100 A. 1 und S. 135 A. 1.

[9a]) Vgl. Goethe, Zahme Xenien IV, 23.

[10]) Deshalb steht ja dort, wo die Geschichte statt der Antiquität hätte kommen müssen, bei Savigny die rein literarische Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter.

zeit an. Die zentralen Prinzipien der Neuzeit sind nicht römisch-rechtlich oder germanisch, sondern sie sind neuzeitlich. Der Bau, in dessen Schulzimmern alle Wände voll mit lateinischen und germanischen Quellen stehen, ist selbst mitnichten lateinisch oder germanisch. Wir können daher nicht polemisieren gegen römische oder deutsche Rechtsprinzipien. Wir können aber auch nicht statt dessen etwa von den Prinzipien des „Naturrechts" sprechen. Denn auch das „Naturrecht" findet sich ja in den antiken Quellen. Es findet sich ferner im Mittelalter. Es behauptet sich in eigentümlicher Verquickung mit dem römischen Recht im katholischen Kirchenrecht und es wird eben jetzt nach seiner unsterblichen „Idee" neu gewürdigt[11]). Auch scheint es einen Gegensatz zu bilden zum Positivismus eines Bergbohm oder zur historischen Genialität eines Savigny.

Uns aber interessiert die Einheit und Einigkeit zwischen Romanisten, Naturrechtlern und Germanisten in gewissen Zentrallehren, die so nur und ausschließlich der Neuzeit als Gesamtepoche angehören[12]). Diese Einigkeit selbst wird heute mit der epochalen Wende des Geisteslebens übersehbar und zugleich unanwendbar.

Das Zentrum dieser neuzeitlichen Lehren aber erblicken wir allerdings auch im „Dogma" der Willenslehre, daneben und daraus folgend in der Lehre vom öffentlichen und privaten Recht, von Personen und Sachen, von der Formfreiheit der Verträge und der Stellung des Richters zum Recht.

Doch läßt sich alles dies zusammen sehen, wenn das gesamte System der Rechtswissenschaft von 1600 bis 1900 als Stileinheit, die aus der einen Willenslehre herauswächst, empfunden wird. Um diese Stilempfindung aber zu verstärken, muß fast jede Heranziehung römisch-rechtlicher Sätze der Antike oder kirchlich-naturrechtlicher Sätze des Mittelalters außer zu Zwecken der Kontrastierung im folgenden unterbleiben.

Die Neuzeit hat allen den in ihren Quellen schon anklingenden

---

[11]) Manigk, Die Idee des Naturrechts in der Stammlerfestschrift 1926, 1—30.

[12]) So auch Manigk, Savigny und der Modernismus 1914, S. 20: „Wer heute das Wirken der historischen Rechtsauffassung und ihren Einfluß auf das heutige Rechtsleben kritisch beurteilen will, steht vor einer schwierigen Aufgabe. Die Grenzen zwischen jener Auffassung und den anderen Methoden sind flüssig. Die Naturrechtler waren ja auch Rechtshistoriker, und Savigny arbeitete ... teilweise auch naturrechtlich. Der Rationalismus ist heute noch lebendig ..."

Tönen eine einzigartige Klangfarbe verliehen. Es gibt daher zwar vorneuzeitliche geschichtliche Quellen für ihre Formulierungen, aber keine für ihre Sinngebung!

Wir werden daher die Motive besprechen müssen, die Leitmotive für die Gesellschaft der Neuzeit darstellen. Dazu eignet sich am besten die Personenlehre (Abschnitt A). Von ihr aus läßt sich dann die Dialektik des modernen Systems hinein in öffentliches und privates Recht aufrollen (Abschnitt B und C). Die Struktur, die sich heute durchsetzt, faßt Abschnitt D kurz zusammen.

A. Die Motive der neuzeitlichen Willenslehre.

Die Sinngebung des neuzeitlichen Denkens fließt aus dem Raumdenken der Naturwissenschaft. Die gesamte Willenslehre des Naturrechts entrückt die Rechtssubjekte der Raumwelt und läßt sie frei in diesen Raum hineinwirken. Was im Raum ist, hat keinen Willen, was von draußen als ein wahrer Archimedes auf diese Raumwelt wirkt, hat einen Willen. Dieses Wirkende heißt Person, jenes Bewirkte heißt Sache. Tertium non datur[13]). Die juristischen Personen müssen daher einen Willen haben. Naturgemäß entzündet sich an ihnen der Streit, ob sie einen realen Verbandswillen haben — dann haben sie teil an der außerräumlichen idealen Heimat — oder ob sie nur als Sachen im Raum existieren; dann sind sie offenbar — wie die hereditas iacens klärlich — Fiktionen eines Verbandswillens.

Wir müssen nach der Herkunft und nach dem Sinn dieser Lehre fragen. Zuvor aber sei der naheliegende Zweifel abgewehrt, ob denn ein einheitlicher Willens„stil" existieren könne angesichts des Streits zwischen Deterministen und Indeterministen in der Willenslehre. Dieser Streit ist gerade so zu beurteilen wie der zwischen Germanisten und Romanisten. Niemand wird über der Spaltung des Historismus in die beiden Schulen übersehen können, daß beide zusammen gerade das Monopol des Historismus in der Rechtsgelehrsamkeit des 19. Jahrhunderts verkörpern. Alfred Dove hat einmal gesagt, weil es Dominikaner und Franziskaner beide gab, deshalb

[13]) Diese Ausschließlichkeit ist das Bezeichnende, nicht die Einteilung selbst. In des Thomasiusschülers Georg Beyer beliebter Delineatio juris civilis secundum Institut. et Pandectas (1. Aufl. 1704, 2. Aufl. 1711) heißt es in I, 3, 1, Ius nostrum versatur vel circa personas vel circa res. I, 3, 2: [Primum juris objectum] Persona est homo consideratus cum certo aliquo statu. Buch II beginnt (1, 1): Secundum iuris objectum sunt res, quae hic denotant omne id quod non est persona neque actio judicialis.

habe man sich im 13. Jahrhundert nicht gefragt: Soll ich Bettelmönch werden? Sondern man habe nur gefragt: Soll ich Dominikaner oder soll ich Franziskaner werden? Mit anderen Worten, gerade die Dialektik einer solchen polaren Spannung führt die volle unentrinnbare Herrschaft einer Idee herauf. Dies nun gilt auch für den Streit um die Willensfreiheit. Die Leugnung der Willensfreiheit durch Hobbes und ihre emphatische Verteidigung durch Descartes, der Kampf der Deterministen und Indeterministen bedeutet nichts für das Axiom, dem beide Willenslehren blind vertrauen[14]). Dies Axiom aber lautet, daß der Mensch weiß, was er will; daß er wissen soll und wissen muß, was er will. Daß wir zweckhaft, final handelnde und kausal wollende kluge Tiere sind. „Aktivismus" ist die wachsende und zunehmende, von 1600 bis 1900 immer anschwellende Willensaxiomatik der Neuzeit.

Diese Willenslehre haftet am zähesten. Schon der treffliche Paul Klöppel sagte 1888 warnend: „Alles an den Willen Geheftete ist so sehr Gemeingut, daß niemand daran denkt, wie arglos diese Ausdrücke eins der tiefsten philosophischen Probleme als durch den Scharfsinn der römischen Juristen gelöst behandeln[15])." Sie kann aber heute bestattet werden, weil ihre willkürlichen Wurzeln klar zutage liegen. Der philosophische Geist der Neuzeit ist als Konkurrent der Theologie erstarkt. Nur als Konkurrent ist er verständlich. Soweit also die Rechtswissenschaft diesem über Welt und Ideen in Konkurrenz mit der Theologie räsonnierenden Geiste dient, teilt sie seine Vergänglichkeit. Sie überträgt die kirchlich-theologischen Lehren von der Seele im Gnadenstande auf den Menschen im Rechtsverkehr. Sie ist, wie die meisten Lehrbegriffe der Neuzeit, säkularisierte Theologie[16]). Für das forum internum der Kirchen-

---

[14]) So auch schon Schloßmann, Vertrag, S. 80 ff.

[15]) Grudiots Beiträge 32 (1888), 611 ff. Klöppel wußte noch nicht, daß hier nicht römisches Recht, sondern Naturrecht der Aufklärung herrscht. Für das Kirchenrecht siehe Sohms klassische Darstellung der „Aufklärung" von Böhmer bis Stutz (Kirchenrecht II, 1923, 1 ff.), die seine öffentlichen Kritiker durchweg nicht verstanden haben. Vgl. meine „Epochen des Kirchenrechts", Hochland 1919, und Josef Wittig, Die Kirche als Verwirklichung der christlichen Seele, Kirche und Wirklichkeit 1923, 194 f.: „Wenn die Juristen und Historiker ... von der Kirche reden, ... reden (sie) davon wie von der Gründung irgendeines Vereins."

[16]) Vgl. Carl Schmitt, Politische Theologie 1922, S. 37: „Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe."

lehre des Mittelalters war der Mensch ja nicht als irdischer Machtträger, sondern als ohnmächtige Seele in seinem Verhältnis zu Gott wichtig. Die Brücke von der seelischen Ohnmacht zur Freiheit hat der Theologe zu schlagen! Wir Juristen aber hätten die umgekehrte Aufgabe, die Brücke von der weltlichen Macht zur Freiheit zu schlagen! Was muß die Folge sein, wenn das übersehen wird? Die theologische Brücke des Thomas ist ganz folgerichtig die „ratio". Der Mensch hat trotz alles äußeren Anscheins den freien Willen, weil er ja Vernunft hat; „pro tanto necesse est, quod homo sit liberi arbitrii ex hoc ipso quod rationalis est[17])". Die Gleichung zu Gott bestimmt dies Urteil über Gottes Ebenbild. Mit Gott verhält es sich ja ebenso so: et sic oportet in deo esse voluntatem cum sit in eo intellectus[18]). Und die Vernunft kann die Welt erkennen, weil diese nicht Chaos ist. Die Welt wird aristotelisch für erkenntnisgemäß gestaltet, für ohnmächtig gehalten. Der Kosmos hat rationale Struktur[19]). Dieser ebenso grandiose wie folgenschwere Irrtum der Scholastik verbindet ihr Heidentum mit dem der Aufklärung.

Die Haltung der Seele ist also, daß sie sich den übernatürlichen Wahrheiten von oben trotz ihrer Ohnmacht öffnen kann, weil sie Vernunft hat; diese Haltung überträgt der Calvinismus nun aus dem forum internum auf die Haltung des Christenmenschen in der sozialen, politischen Welt. Auch hier wird das Individuum des Privatrechts als ohnmächtig angesehen[20]). Macht hat nur der „Leviathan", der Staat. So ist Wirtschaft als Macht unerkannt! Die

---

[17]) Summa theologica I q. 83 art. 1.

[18]) I q. 19 art. 1, dazu art. 10.

[19]) Im MA. galt also das Umgekehrte von dem, was wir S. 82, bei Anm. 10, formulieren mußten. Durchschlagend jetzt Johannes Hessen, Die Weltanschauung des Thomas von Aquin, Stuttgart 1926, S. 122 ff. Die Motive der Scholastik für diese Haltung sind allerdings andere als die des kosmosgläubigen antiken Menschen: Rosenstock, Ostfalens Rechtsliteratur unter Friedrich II., Weimar 1912, S. 137: „Das Mittelalter will sich allein an den schon einmal gedanklich geformten und bewerteten Stoff halten und erfährt so die Welt nur aus zweiter Hand."

[20]) „Erst der Protestantismus hat durch die Auseinanderreißung von Gnade und Natur den Menschen zur Ohnmacht verurteilt, und er spricht damit nur im Religiösen aus, was die Losung der Epoche überhaupt geworden ist...! Ein Verzicht in der Sphäre des wirkenden Willens... ist die Askese, die der gegenwärtigen Phase Europas zugrunde liegt, weil sie die Voraussetzung ist für die Organisierung der Natur!" Wilhelm Haas, Die Einheit Europas, Erlangen 1925, S. 37.

Subjekte des Privatrechts sind nur noch vernünftige Seelen. Aus dieser vernünftigen Haltung der ohnmächtigen Seele in der Welt der Sünde, eine Lage, durch die unsere Seele empfänglich für den Glauben wird (Calvinismus), macht das Naturrecht durch Säkularisation der Begriffe die ohnmächtige, aber vernünftige, zweckmäßige Haltung der geistigen (nicht seelischen!) Subjekte, der Personen des Privatrechts in der Gesellschaft[21]). Und diese Vernünftigkeit der Geister bei ihren wirtschaftlichen Zweckhandlungen führt zur Lehre von der freien Willenserklärung als dem Atom des Vertragsmoleküls und der gesamten Rechtsmaterie.

Aber sie führt erst dazu[22])! Denn man braucht sie nun, um in einer neuen Welt atmen zu können. Es muß hier aber gleich haltgemacht werden, um festzustellen, weshalb und inwiefern das 16. und 17. Jahrhundert die Schaffung der Privatpersonen erst zu leisten haben. Wir stehen so radikal im Banne der Aufklärung, daß wir nicht leicht begreifen, daß die Privatperson, die hier am Ende der Feudalzeit und am Beginn der Neuzeit gegenüber dem Staat ins Leben geworfen wird, ein Minus ist gegenüber dem älteren Personenbegriff. Es ist etwas Neues, daß auch der bloße Vermögensträger Person, Rechtsstandschaft hat[23]). Bis ins 16. Jahrhundert hat nur der mit dem ökonomischen zugleich das politische Machtmittel be-

---

[21]) Samuel Rachel (1628—1691). Dieser Institutionum Jurisprudentiae libri Quatuor jus universale et Romanum certa Methodo et utriusque capita ex genuinis Principiis arcessita exhibentes, Kiel und Frankfurt 1681, bietet ein Muster dieser Verquickung und Übertragung des Theologischen ins Juristische. I, X, § 3, S. 26, wird προαιρεσις voluntas und liberum arbitrium ausdrücklich identifiziert. I, XIV, § 5, S. 49, wird aber dem liberum arbitrium alle seine theologische Würde gelassen! Damit werden nun die Naturrechtssätze über die Geschäfte der voluntas oder der προαιρεσις auch für das Seelenheil wichtig!!: „Homo quidam praeditus est libero arbitrio quo in agendo ubitur . . . Deus illi certum finem constituit, ad quem actiones destinat; certumque modum praefinivit, quo observato illum adsequatur. Hunc finem modumque ex legibus naturalibus per rectae rationis ministerium et promulgationem cognoscit simulque intelligit se ad hunc finem modumque honestate circumdatum esse omnino obligatum." Mit Tönnies zu reden: Die Identifizierung von „Kürwille" und „Wesenswille" ist das Charakteristikum aller philosophischen Schulen der Neuzeit. Vgl. die soziologische These demgegenüber unten bei Anm. 181.

[22]) Vgl. beispielsweise Ernst Landsberg, Gesch. d. dtsch. Rechtsw. I, 38 über Rachels Willenslehre.

[23]) Vgl. zum folgenden den Überblick über die Rechtsgeschichte, besonders des 16. Jahrhunderts in meiner Schrift Protestantismus und Volksbildung, Berlin 1925.

sitzende Mensch, der Mensch als politischer Verantwortungsträger, als obrigkeitlicher Gewalthaber Rechtspersönlichkeit. Ein im kanonischen und Zivilrecht bewanderter Mann, Melchior Kling, schickt im 16. Jahrhundert in seiner Landrechtsdarstellung[24]) dem Buche über den Prozeß ein Buch „Personen" voraus. Dies Buch Personen behandelt aber nicht etwa die „privatrechtlichen" Statusverhältnisse, sondern die Stufenleiter der Gerichtsherren vom Kaiser bis zum untersten Heerschilde! Der belehnte Richter ist für das Mittelalter „physische" und „juristische" Person in einem unzerlegt und alle anderen Rechtsträger sind in der Feudalzeit nur Personen kraft dieser unzerspaltenen Einheit ihrer bürgerlichen und ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung, vom Hausvater bis zum Inhaber des Reichs[25]). Noch Justus Möser hält an dieser vorneuzeitlichen Auffassung des Statusbegriffs der Persönlichkeit fest[26]). Es gibt nur Amtspersonen[27])! Es ist die Leistung der Wissenschaft seit 1550 gewesen, diesen Knoten zu zerhauen. Es hielt schwer. Denn dazu mußte das Lehnrecht selbst, d.h. es mußte das Kernstück des mittelalterlichen Systems gewaltsam in ein öffentliches und ein privates Lehnrecht zerlegt werden. Diese Aufgabe ist nur schrittweise und nicht ohne Restbestände gelöst worden. Der am Ausgang des Mittelalters neugebildete Begriff der feuda extra curtem bleibt als Zeuge und Rest der alten feudalen Systematik bis 1806 übrig[28]). Es kann

---

[24]) Das ganze sächsische Landrecht mit Text und Gloss in eine richtige Ordnung gebracht 1572, dazu Stobbe, Rechtsquellen II, 147ff., Stintzing, Gesch. d. Rechtsw. I (1880), 305—309.

[25]) Gierke, Genossenschaftsrecht II, 30ff.; Rosenstock, Königshaus und Stämme in Deutschland zwischen 911 und 1250 (1914), S. 3f., S. 21, 391.

[26]) Patriotische Phantasien Nr. 49 (Werke I 1912, 235).

[27]) Für den Begriff der Person als der „Amtsperson" oder des „Würdenträgers" im MA. darf auch eine Stelle des Thomas v. Aquin herangezogen werden (Summa theologica I, 29, 3). Thomas erörtert hier, ob es nicht unanständig sei, Gott als Person zu bezeichnen, da doch nach Boethius die Schauspieler zunächst so hießen, und sagt zugunsten des Wortes Person: „Quia enium in comoediis et tragoediis repraesentabantur aliqui homines famosi, impositum est hoc nomen ‚persona' ad significandum aliquos dignitatem habentes. Unde consueverunt dici Personae in Ecclesiis, quae habent aliquam dignitatem. Propter quod quidam definiunt personam dicentes, quod persona est hypostasis proprietate distincta ad dignitatem pertinente."

[28]) Das feudum extra curtem des langob. Lehnrechts (Vulgata I, 5, 9) hat mit diesem neuen Begriff nur den Namen gemein. Erst im 16. Jahrhundert findet er eingehende Behandlung, soweit die Durcharbeitung der auf der

nicht unsere Aufgabe hier sein, diese Entwicklung im einzelnen zu verfolgen. Denn hier kommt es nur darauf an, daß die Fragestellung nach der Entstehung des rein privatrechtlichen Personenbegriffs in ihrer Wichtigkeit erkannt[29]), ja, daß sie überhaupt zugelassen und nicht länger lächerlich gemacht wird. Sowohl Rudolf Sohms als meine Forschungen sind mit Hohn überschüttet worden oder mit Stillschweigen übergangen, weil sie aus dem Fehlen dieses Begriffs der Person für das Mittelalter die systematischen Konsequenzen zu ziehen versuchen. Die despotische Herrschaft der Aufklärung über die rein negativ oder rein deskriptiv eingestellte Forschung hat für das Fach der deutschen Rechtsgeschichte trotz Gierkes Feststellung immer wieder unbekümmert das privatrechtliche Individuum vorausgesetzt, statt seine Herausbildung gleichzeitig mit dem Staat als die Leistung des kapitalistischen Zeitalters zu würdigen. Heute, wo das kapitalistische Zeitalter sich selbst überwinden muß, gehört aber dazu die Erkenntnis von der historisch begrenzten Funktion des privatrechtlichen Personenbegriffs. Für die heutigen Aufklärungshistoriker gilt Goethes Axiom: „Der Professor ist eine Person; Gott ist keine[29a])." Für die mittelalterliche Welt gilt das genau Umgekehrte: Nur Gott ist Person! — Der Personenbegriff ist von Gott her ins Dogma gekommen. Der Mensch ist nicht „an sich", wie heute jeder zu sein postuliert wird, Persönlichkeit[30]). Ein Bei-

---

Bibliothek des Reichsgerichts in Leipzig befindlichen Quellen, die ich im Jahre 1919 vornahm, ergeben hat. Im 18. Jahrhundert folgen Monographien: Aug. Chr. Rehfeld, de feudis in curte et extra curtem Argent. 1697, C. O. Meldi. Pfister, de iudice feudorum extra curtem, Bamb. 1789, Gribneri und Struvii Diss. de dominio directo in territorio alieno ed. Francke, Lips. 1743, in 4°. Sehr vieles, das die prinzipielle Bedeutung erläutert, bei Karl Gottlob Günther, Europ. Völkerrecht I (Altenburg 1787), 135 f., II (ebenda 1792), S. 206; 167, 361; 330. G. Beyer sagt in seiner Delineatio juris feudalis ablehnend, weil er das systematische Problem nicht zu würdigen weiß (2. Auflage, Leipzig 1711) II, § 101: . . . feudum proprium a situ dividitur quod sit vel in curte vel extra curtem . . . § 105: Id est si verum fateamur, usus huius divisionis est nullus. Zum Ausgang 1806 vgl. Richard Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl., bearbeitet von v. Künssberg, S. 880. M. de Koch und F. Schoell, Histoire abrégée des histoires de paix entre les puissances de l'Europe depuis la paix de Westphalie, Paris 1817, VIII, 217 und 237. Eichhorn, Einltg. in das deutsche Privatrecht, 4. Aufl., 1836, S. 563, Wiener Congress Acte Art. 19.

[29]) Rosenstock, Königshaus und Stämme, S. 385 ff.

[29a]) Zahme Xenien 7, 11.

[30]) Diese Erkenntnis schimmert bei Friedrich Julius Stahl durch und gibt ihm das Pathos gegenüber den Lehren eines rein humanistischen Zeitalters.

spiel: „Weder Alcuin noch Paulin denken daran, daß der Mensch Christus vor dem Gottmenschen Person gewesen sei. Er hat ja seine Person von Anfang an an dem Gottsohn gehabt ... Die Menschlichkeit ist nur wie ein Unpersönliches zu dieser Einheit der Person des Gottessohnes hinzugekommen ...“ Man kann sagen, „daß kein einziger (karolingischer Theologe) daran gedacht hat, daß die Persönlichkeit zur Vollständigkeit des menschlichen Wesens gehöre, sondern daß sie das entschiedene Gegenteil gelehrt haben“ [31]). Und Thomas v. Aquin sagt: „Die menschliche Natur in Christus ist nicht Person [32])“.

Die Leistung der Jahrhunderte von 1100 bis 1500 war es nun, auf dem theologischen — kirchlichen Wege —, nicht etwa auf dem Wege des Land- und Lehnrechts schon — den Personenbegriff (rationabilis naturae individua substantia) den germanischen Völkern nahezubringen, sie zu individualisieren [33])! Aber eben deshalb kennt die mittelalterliche Rechtsordnung des weltlichen Schwerts diese Person noch nicht. Erst die von der Kirche mit herbeigeführten Gottes- und Landfrieden, die an den Christenmenschen appellieren, bewirken diesen Individualisierungsprozeß [34]). Im ewigen Landfrieden von 1495 wird der Gruppencharakter des in Haus und Sippe und Stamm gebundenen Menschen für das Strafrecht endgültig überwunden. Die Sippe, die Trägerin des politischen Handelns, wird erst in den Fehden der letzten Ritter, Hutten und Sickingen, begraben [35]). Seit 1600

Er sagt z. B. (Die Philosophie des Rechts II², 1845, 26): „Der Zug der Schöpfung geht nach dem Persönlichen ... Die Schöpfung strebt in die Stufe des Göttlichen und Gott ist Geist und ist Person.“

[31]) Harnack, Dogmengeschichte III³, 267, Anm. 3. Vgl. Heinrich Boehmer, Das germanische Christentum, theologische Studien und Kritiken (Gotha 1913), 178 f.; Hans v. Schubert, Geschichte der christlichen Kirche im Frühmittelalter 1921, S. 688 ff. im Verhältnis zu 380 ff.

[32]) Summa theologica Pars Prima Quaestio XXIX, Art. I: „humana enim natura in Christo non est persona; quia est assumpta a digniori, scilicet a Verbo Dei.“

[33]) Welche Schwierigkeiten das macht, zeigt die Quaestio 29 im ersten Buch der Summa des Aquinaten: 1. Die Engel sind Personen! 2. Die Definition der Person wird zunächst widerlegt. „Sed contra est auctoritas praedicta Boethii.“ (Art. I.) 3. Thomas selbst stützt die Zuerkennung der Persönlichkeit an den Menschen — die Seele hat ja keine! — auf jenen Gedanken der dignitas (Art. III, ad secundum!). Oben Anm. 27.

[34]) G. C. W. Görris, De Denkbelden over orloog en de Bemoeingen voor Frede in de Elfde Eeuw Nijmegen 1912.

[35]) Paul Kalkoff, Hutten und die Reformation 1920, S. 53, 464—489.

wird das „Gelichter“ und die Sippschaft in dem heutigen üblen Nebensinne mißverstanden[36]). Die seit 1500 mit dem römischen Recht langsam zugelassene Testierfreiheit zerstört die Hausfolge der sechs nächsten Hände[37]). Die Sippeeheschließung und die Sippevormundschaft werden bekämpft[38]). Die Lehnvasallen werden zu bloßen Gutsbesitzern. Überall ist die neue entpolitisierte Privatpersönlichkeit ein Novum gegenüber dem Mittelalter[39]), und zwar ein Novum, das als schwächer erscheint wie die „Personen“ der Lehnspyramide und auch schwächer ist[40]).

Diese Entlassung der Personen ins Privatrecht muß also den Geschwächten wenigstens ein Pathos mitgeben, und dies Pathos verleihen Vernunft und Wille! Wenigstens den vernünftigen Willen behalten diese ihrer politischen Geltung beraubten Personen, denen ein absoluter, von Jahrzehnt zu Jahrzehnt sich steigernder Staatswille die völlige Abdankung als Obrigkeit auferlegt. Man muß bei Calvin oder Luther lesen, wie unbedingt und schrankenlos diese Abdankung ist[41]). Dann begreift man, daß sich die Individuen mit

---

[36]) Grimm, Wtb. IV. 2, 3016. Die Ausrottung des Sipperechts geht bis ins 16. Jahrhundert. Grimm R. A. II (1899), 212.

[37]) Vgl. Samuel Stryk, Specimen ad XXVIII, 1,1 Pand. De testamentorum usu in Germania: fuit Germania satis beata sine testamenti ... Transivit itaque usus testamentorum in Germaniam potissimum auctoritate juris canonici, et robur ingens postea accepit ex receptione iuris Romani ... Ceterum non ubique locorum per Germaniam liberrimus testamentorum usus receptus sed hic inde restrictus est.“

[38]) Protestantisches und katholisches Eherecht des 16. Jahrhunderts ziehen beide an einem Strang, insofern beide die Sippe erst jetzt endgültig in die Verlobung abdrängen. Seitdem wird das Volksempfinden unsicher und abgestumpft. Hans Bächtold, Die Verlobung im Volks- und Rechtsbrauch. Mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz vergleichend historisch dargestellt. Baseler phil. Diss. 1913, 154 (218 des Buchs).

[39]) Vgl. dazu Meinecke, Die Idee der Staatsräson, 2. Aufl. 1925, S. 93.

[40]) Auch der Begriff der Person des kanonischen Rechts ist ganz fernzuhalten. Daß sie für das frühmittelalterlich-kanonische (bis 1200) System keine Bedeutung erlangt hat, sondern nur als Vokabel dem ganz anders gebauten System aufgeklebt wurde, hat Rudolf Sohm nachgewiesen. Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians in der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Adolf Wach 1918, S. 16 f., S. 586 f. Solche Entdeckungen nennt die Aufklärung „Sommernachtstraum“. Ein Gelehrter, dessen intellektualistischer Nihilismus nur von seiner seelischen Grobheit überboten wird, verfemt das Zitieren derartiger Bücher usw. usw.

[41]) Calvin Institutio Christiana IV, 20. v. 31: „nobis autem summopere cavendum ne illam plenam venerandae majestatis magistratum auctoritatem

einer wahren Hingebung auf das ihnen gelassene Feld wirtschaftlicher Betätigung stürzen. Es sind arme Menschen, die in der Flucht vor der Härte ihres politischen Schicksals einen Trost an dem Hohenlied des Vernunftglaubens finden. Es ist leicht, nachträglich die Irrtümer des Naturrechts zu durchschauen. Zu seiner Zeit hat es den verengten Persönlichkeitsbereich der nur noch wirtschaftenden Privatmenschen, die kein Recht gegen den „Magistrat" mehr haben[42]), geadelt und verklärt. Deshalb stürzt sich die Zeit auf die Lehre von der Macht des Geistes[43]).

„Überall leben (im 17. und 18. Jahrhundert . . .) Forscher und Gebildete in dem Bewußtsein der Souveränität des Geistes, kraft der Herrschaft des Verstandes, der jedes Ding, jeden gesellschaftlichen Zustand, jede Überlieferung der Untersuchung unterwerfen kann[44])." Die „libertas naturalis"[45]) der Privatpersonen bedeutet in der Zeit der absoluten Fürstenmacht den einzigen Rückhalt des einzelnen[46]).

---

quam Deus gravissimis edictis sanxit, etiamsi apud indignissimos resideat et qui eam sua nequitia quantum in se est, polluunt, spernamus aut violemus; neque enim si ultio Domini est effrenatae dominationis correctio, ideo promandatum nobis arbitremur: quibus nullum aliud quam parendi et patiendi datum est mandatum.

[42]) Calvin Institutio IV, 20, 17. Vgl. auch die Schrift von Baron, Staatslehre Calvins, München 1925.

[43]) „Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten." § 16 des österr. ABGB. von 1811 (das ganz im 18. Jahrhundert wurzelt).

[44]) Dilthey, Schriften VI, 291. Vgl. dazu z. B. Ernst Landsberg über Thomasius (Gesch. d. dtsch. Rechtsw. I, 72): „Aus diesem elementaren Erlebnis (Lektüre Pufendorfs) entsprang der feste Entschluß, fortab sich nur noch auf den eigenen Verstand zu verlassen, diesen als Maßstab an alle Dinge zu legen, sich durch keine noch so gefestigte Schulmeinung, durch keine noch so alte Überlieferung, durch kein noch so tief gewurzeltes Vorurteil bestimmen zu lassen." — Das Motto der Delineatio juris civ. seines Schülers Georg Beyer lautet: „Legem quaerere ubi est ratio naturalis, est infirmitas intellectus!" Es stammt von J. P. Surdus aus dem Anfang des 17. Jahrhunderts.

[45]) Mevius Decisiones pars VII Nr. 204 vgl. Pars I Nr. 56.

[46]) „Als oberstes Prinzip des Naturrechts wird die natürliche Freiheit angeführt." Wellspacher in der Festschrift z. J. des ABGB., Wien 1911, I, 176. Wenn Wellspacher ebenda 177 den Satz des ABGB. 5 I, 2, ironisiert: „Die Freiheit ist dahero eine natürliche Befugnis, zu tun, was jedem beliebet, er werde dann durch Gewalt oder Recht davon abgehalten," so ist ihm entgangen, daß nur Inst. I, 3, 1, damit übersetzt werden: „Et libertas quidem est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid

Nur durch sie kann, wer keine öffentliche Person mehr ist, doch noch Persönlichkeit zu werden hoffen[47]). Die Wirtschaft ist eben selbst erst werdende, schwer ringende Individualmacht. Die aus der theologischen Welt stammende Reihenfolge

Ohnmacht
|
freier Vernunftgebrauch
|
freier Wille

scheint für die soziale Welt des werdenden Kapitalismus noch nichts Unzutreffendes zu enthalten, für ein Zeitalter, in dem jeder Bürger gehalten ist, Hab und Gut durch den Herrscher zum Nutzen des Staates konfiszieren zu lassen[48]).

Deshalb also stellt man wenigstens die ökonomischen Verträge als positive Akte der Privaten hin. Denn die Neuzeit gibt diesen hier „frei wollenden Menschen" dafür im Staat einen rein negativen Platz. Die Staatsvertragslehren jener Jahrhunderte sind unendlich oft untersucht worden. Indessen würdigt man bei so isolierter Betrachtung nicht ganz ihr Pathos. Sie sind nämlich jenes positive Freiheitsrecht des frühkapitalistischen Individuums mit negativem Vorzeichen; der Staatsvertrag ist die Aporie der Willenslehre oder andersgewendet die Übertragung der Willenslehre auf das öffentliche Recht. Der Wille der Individuen ist so frei, daß er dialektisch umschlagend die restlose Unterwerfung, die Willenslosigkeit wollen kann. Der Unterwerfungsvertrag enthält als einzigen Inhalt der Kontrahenten: nihil volo[49]). Es ist nur formell Vertrag. Materiell

---

vi aut jure prohibetur." Die alten Drucke der Institutionen bringen nämlich den hier weggelassenen Relativsatz „ex qua etiam liberi vocantur" in Klammern.

[47]) Deshalb entspringt hier auch der gesteigerte Begriff des Persönlichkeitsrechts. „Die Anerkennung von Rechten zum Schutze der Persönlichkeit ... geht ... — da das römische Recht zwar einen Schutz, nicht aber ein Recht der Persönlichkeit gekannt hat — auf das Naturrecht zurück. Daß wir ihr hier begegnen, ... kann bei einem Rechtssystem nicht wundernehmen, das sich auf dem Rechte des Individuums aufbaut." Emanuel Adler, Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. Wien 1911, Band II, 175 f.

[48]) Thomasius, Dissertatio Juridica de praescriptione Regalium 1696 § 10; vgl. auch Rudolf Hoffmann, Die individuelle Rechtssphäre bei Thomasius und Leyser, Leipziger Diss. 1918.

[49]) Gierke, Althusius[2] S. 81 ff. „Durch den genialen Kunstgriff, daß die Macht des Inhabers der Staatsgewalt nicht etwa, wie man sonst lehrte, auf

ist er Verzicht auf eigenen Willen[50])! Jesuiten und philosophische Naturrechtler ziehen im Aufbau dieser Dialektik zwischen öffentlichen und Privatrechten an einem Strang, nur wird dort der Kadavergehorsam gegen die Kirche, hier gegen die Respublica abgeleitet.

Dieses Rechtssystem lebt also von einer echten Dialektik (nicht von einer bloßen Antithese) zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Und diese Dialektik erneut sich ewig am Quell der Willenslehre! Sämtliche Obrigkeiten danken ab zugunsten des Staates. Aber sie erwerben gegen diese Negation eine Position. Die Neuerung zugunsten ihres wirtschaftlichen Handelns ist die Verantwortungslosigkeit für die Menschen, mit denen sie wirtschaften[51]). Sämtliche Sätze des öffentlichen Rechts richten sich an passive Individuen, die auf ihren vor- oder außerstaatlichen Willen verzichtet haben. Sämtliche Verhältnisse des Privatrechts gehen aus aktiver Setzung der vertragschließenden Teile hervor. Die Entsprechung ist sowohl theoretisch wie praktisch von 1600 bis 1900 immer schroffer durchgedacht und zugespitzt worden. Die drei Jahrhunderte bilden für diese Dialektik eine unlösliche Einheit, trotz der historischen Schule. Für unsere Frage gilt York v. Wartenburgs Satz, den er an Dilthey schreibt: „Denke ich mich Ihrer Aufgabe gegenüber, so ginge ich davon aus, daß das Zeitalter des Mechanismus: Galilei, Descartes, Hobbes, virtuell Gegenwart ist.

---

einem Vertrage, den er selber mit dem Volke abgeschlossen hat, sondern auf einem Vertrage, den jeder mit jedem schließt, beruhen müsse, gelang es ihm, den Inhaber der Staatsgewalt von allen vertragsmäßigen Pflichten und Schranken zu befreien und mit einer beinahe unbegrenzten Machtfülle auszustatten, den Leviathan zum ‚sterblichen Gotte' zu erheben." Meinecke, Idee der Staatsräson[2] 1925, S. 264. Vgl. Tönnies, Thomas Hobbes, 3. Aufl. 1925, S. 202 ff.

[50]) Tönnies, Hobbes S. 218: „Die durchgehende Lehre ist diese: der Mensch kann auf ein Recht, das er besitzt — also auch auf das ursprüngliche schrankenlose Recht (auf alles) —, verzichten; sei es schlechthin oder zugunsten eines andern."

[51]) „Die kapitalistische Wirtschaft ist eine Ordnung, die das wirtschaftende Individuum grundsätzlich von der politischen Sorge um die Rechtsordnung und von der Herrschaft über die von ihr verwandten Arbeitskräfte befreit... Wegen dieser Entlastung des individuellen Unternehmens von außerwirtschaftlicher Verantwortung beruht die moderne Wirtschaft auf dem Zusammenspiel von den das Privatrecht hütenden Staaten und der aus privater Tätigkeit sich zusammenschließenden Gesellschaft... In den Einzelstaaten erzogene und behütete und von den Einzelstaaten entlassene und frei gelassene Individuen bilden diese moderne Gesellschaft im mehrstaatlichen Raum." Rosenstock, Lebensarbeit in der Industrie 1926, S. 30 f.

Die Denkrichtung, die Problemstellung ist eine aktuelle. Die Modifikationen, die der Zeitverlauf gebracht hat, erscheinen mir unwesentlich; eine bloße Nebenströmung innerhalb desselben Flußbettes und nur ein Glied eines alten durchgehenden Gegensatzes repräsentierend. Der Name der historischen Schule hat etwas Täuschendes. Jene Schule war gar keine historische, sondern eine antiquarische, ästhetisch konstruierend, während die große dominierende die der mechanischen Konstruktion war. Daher war, was sie methodisch hinzubrachte, zu der Methode der Rationalität nur Gesamtgefühl[52])." Dazu paßt es auf juristischem Gebiet, daß A. B. Schwarz jüngst die Übernahme des Naturrechtssystems durch die historische Schule schlagend nachgewiesen hat[53]). Das System des BGB. ist naturrechtlicher Herkunft! Schon damit wird der Zeitraum von 1600 bis 1900 zur Einheit. Wir nun verengen die Fragestellung nochmals. Jene Dialektik zwischen dem Willen im Privatrecht und im öffentlichen Recht soll uns beschäftigen. Welche Juristen von Grotius bis Laband, von Mevius bis Stölzel man befragt: die Dialektik bleibt: rationale Willensakte vertragsschließender Partner erzeugen alle privatrechtlichen, d. h. alle rein ökonomischen Verhältnisse. Der ewige Wille des Gesetzgebers, er sei, wer er sei — Parlament, König, Rat —, regelt das öffentliche, politische Herrschaft erklärende Recht. Die kapitalistische Wirtschaftsordnung ist es, die sich mit der siegreichen Durchführung dieser Einteilung durchsetzt.

Zwei uns unerträgliche Überspitzungen enthält diese Dialektik. Lassen sich für beide Gründe rein historischer Natur aufzeigen, die heute überlebt sind, so stürzt dies ungeheure Gebäude, das auf dem liberum arbitrium der Ohnmacht aufgerichtet worden ist, zusammen. Ich glaube, beide Überspitzungen lassen sich klar belegen, bei Grotius wie bei Kelsen, bei Mevius wie bei Stölzel.

Die eine Überspitzung betrifft nämlich das öffentliche Recht, die andere das private.

Die Überspitzung für das öffentliche Recht lautet: Der Unterwerfungsvertrag bindet für immer. Nach vorwärts ist die staatliche Rechtsordnung ewig ohne jede „Einwirkung" der Privatpersonen aus sich selbst fortsetzbar[54]). Diese Selbstfortpflanzung des Staatswillens

---

[52]) Briefwechsel York-Dilthey 1923, S. 68; entsprechend 66.

[53]) Andreas Bertalan Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, Z. Savigny St. RG. Roman. Abtlg. 42, 578 ff.

[54]) „Durch die Einsetzung einer souveränen Person" hat diese dann „ihr Dasein und ihr Recht durch den Willen aller; sie ist von nun an Mandatar

nach vorwärts, abgesondert von den übrigen Lebensmächten, ist typisch für das evolutionistische Weltbild der Neuzeit, die nun lauter Gebietsgeschichten (Staatsgeschichte, Rechtsgeschichte, Kunstgeschichte, Literaturgeschichte, Wirtschaftsgeschichte) hervortreibt. Überall werden Mächte für autonom erklärt, die nun in sich zu bleiben und sich für sich zu vollenden scheinen[55]).

Die andere Überspitzung lautet: Der Wille der Parteien schafft die Vertragsinhalte. Es gibt also so viel Vertragsinhalte theoretisch, als praktisch durch Parteiwillen Verträge geschlossen werden.

Wir werden in zwei Abschnitten zuerst jene Zeitlehre (B) und danach diese Willenslehre (C) prüfen. Aber beidemal interessiert uns nicht die Lehre an sich, sondern ihre systematisch-dialektische Funktion. Das setzt dem Eingehen auf Einzelheiten enge Schranken.

B. Der idealistische Zeitbegriff und der Wille des Gesetzgebers.

Überspitzung 1 ist nicht eine Übertreibung, die wir begehen, sondern sie ist ein Grundstein der gesamten Rechtslehre seit der Rezeption. Spengler zitiert mit Recht als Wunsch des Zeitalters „ein Buch von nun an für immer“[56]). Ich habe in Gesprächen wiederholt festgestellt, daß gute Juristen nicht einmal begriffen, daß hierin ein Problem liege. Und doch versteht es sich keineswegs von selbst, daß Gesetze „an sich“ und „ohne weiteres“ in alle Zukunft gelten. Nur wir sind es bisher gewöhnt. An einem bestimmten Punkt ist die Frage ja innerhalb der Jurisprudenz akut geworden, bei der Lehre von dem zeitlichen Geltungsbereich der Gesetze[57]). Hier nämlich wurde doch erläutert, wie ein Gesetz und wie das Gewohnheitsrecht in die Zeit eingreife. Man hat aber hier durchweg nur das Problem der Rückwirkung untersucht: wohl fragte man anläßlich dieser berühmten Untersuchung zugleich, ob denn auch bloßes Gewohnheitsrecht dem Gesetzesrecht derogiere[58]). Und in dieser Frage liegt ja eine Anerkennung der Möglichkeit enthalten, daß Gesetze eine nach vor-

---

mit unbeschränktem Recht.“ Tönnies, Thomas Hobbes, S. 241. In diesem „von nun an“ steckt die Wurzel des für die ganze Neuzeit bis heute grundlegenden Irrtums.

[55]) Vgl. über diesen Gebietspolytheismus meine Soziologie I, 28 ff.

[56]) Spengler, Untergang II, 94.

[57]) Windscheid-Kipp, Pandekten I, § 18; Goeppert in Iherings Jahrbüchern XXII, 7 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht I (1895), S. 183 ff.

[58]) Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I (1899), 188—201.

wärts beschränkte Gültigkeit haben können[59]). Aber man formulierte diese Möglichkeit eben doch nicht als Eigenschaft des Gesetzes, sondern ließ lieber ein derogierendes Gewohnheitsrecht es ablösen. Diese Erörterungen wurden aber durchaus im Schatten des heller leuchtenden, viel umstrittenen Problems der Rückwirkung geführt und die Aussprache darüber flammte zuletzt anläßlich der Einführung des BGB. noch einmal auf[60]). Die Vorwirkung der Gesetze zu beschränken, überließ man dem Recht der Revolution, d. h. der Politik[61]). Die Rechtswissenschaft kannte natürlich das Recht auf Revolution so wenig wie das Widerstandsrecht. Das Recht auf Revolution blieb also eine metajuristische politische Phrase und bedrohte selbst als politische Idee in erster Linie nicht so sehr die Gesetze selbst als die Stellung des jeweiligen Gesetzgebers. Die Vorwirkung bestehender Gesetze wurde also nur indirekt von ihm befristet. Dementsprechend

---

[59]) Gierke, Deutsches Privatrecht I, 185. Ausführlich und vorzüglich Beseler System[3] 1873, § 32 und § 23a. Mit deutlichem Empfinden für die Gefahren des Positivismus Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbücher 7 (1883), 1177: „In Wahrheit wohnt vielmehr umgekehrt dem Gewohnheitsrechte ‚im Prinzip' derogatorische Kraft inne, weil es unmittelbarer Anspruch des Rechtsbewußtseins durch Rechtsübung ist und folgeweise der Substanz nach vom Gesetz sich nicht unterscheidet. Die Befehlsform des Gesetzes aber bereitet an sich der Consuetudo kein Hindernis, weil sie nur an und mit der rechtlichen Substanz des Gesetzes existiert und folgeweise mit dieser steht und fällt. Ist die Deklaration des Rechtssatzes als Aussage des Rechtsbewußtseins ein wesentliches Merkmal des Gesetzes, so muß, wenn in authentischer Weise eine widersprechende Aussage des gegenwärtigen Rechtsbewußtseins festgestellt ist, das Gesetz seine Gültigkeit verlieren. Nur ist freilich nicht zu leugnen, daß der Gesetzgeber formell befugt ist, sich allein die authentische Feststellung einer für seine Rechtsdeklaration vernichtenden Wandlung des Rechtsbewußtseins vorzubehalten. Und es ist bekannt genug, daß der moderne Gesetzgeber dies zu tun pflegt."

[60]) Habicht: Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, Jena 1900. Vgl. noch Ernst Zitelmann, Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts, Bonner Festgabe für Karl Bergbohm 1919, S. 222 f., S. 231 ff.; hier versucht Zitelmann auch, die Unterschiede, die zwischen Zeiten und Arten der Gesetzgeltung bestehen, nicht länger übersehen zu lassen.

[61]) Dies ist die verhängnisvolle, aber notwendige Dialektik jenes „von nun an" oben, Anmerkungen 56 und 59. Damit ist der Satz cessante ratione legis cessat lex ipsa preisgegeben. Ausdrücklich so z. B. Österr. ABGB. § 9, dazu R. v. Mayr, Das BGB. als Rechtsquelle einst und jetzt in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. 1911, I, 396 f.

brauchte „die zeitliche Anpassung überalteter Gesetze" meist einen neuen legislativen Akt[62]), sei es des legitimen, sei es des revolutionären Gesetzgebers.

Die französische Revolution hat zwar in einer kühnen Stunde den Krieg zwischen Vätern und Söhnen beseitigen wollen durch den kurzen Satz: Keine Generation kann der folgenden Gesetze vorschreiben. Aber die deutsche Rechtswissenschaft hat diesen Satz höchstens ironisch referiert. Und in seiner abstrakten und universalen Fassung besagt er nichts über seine praktische Bedeutung für die Rechtsordnung.

Das hat sich heute gründlich geändert. Zehn Jahre nach Einführung des BGB. erging in Deutschland das erste befristete Gesetz, das erste Gesetz also, daß sich selbst über seine Vorwirkung bewußt aussprach. Das Kaligesetz wollte ausdrücklich nur auf 15 Jahre gelten. Heute haben wir abgesehen von den Gesetzen „für die Dauer der Mobilmachung" oder „während des Kriegszustandes" mehr solcher befristeten Gesetze. Da sind zunächst die sogenannten Sperrgesetze, sozusagen Arreste des öffentlichen Rechts, ausdrücklich also als Prozeßhandlungen gedacht, die im ewigen Prozeß des Rechts gegen den Staat einstweilen nötig werden, ihrem Wesen nach aber vorübergehender Natur sind. Schon durch das Sperrgesetz werden die Interessenten vor übereilten Maßnahmen u. a. geschützt. Es wird ihnen Gelegenheit zur Einwirkung auf den Gesetzgeber gegeben. Der Gesetzgeber wird also nicht als ein in seinen Kommissionen, Ministerien, Ausschüssen und Kammern sich vorarbeitender Souverän vorgestellt, sondern er setzt sich bewußt dem Geschoßhagel der Privaten aus.

Wir haben aber auch mehr befristete Gesetze erhalten, vor allem das Reichsmietengesetz ist wichtig als befristetes Gesetz[62a]).

In den befristeten Gesetzen lebt m. E. der berechtigte Kern der zeitlich begrenzten Gesetzgebungsart des Mittelalters in geläuterter Form auf. Das Gesetz erkennt seine Sterblichkeit und Vergänglichkeit an[63]). Die Russen in Übertreibung ihrer Reaktion gegen den

---

[62]) Ausdruck Philipp Hecks in seinem glänzenden Aufsatz „Das Urteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 über die Aufwertung von Hypotheken und die Grenzen der Richtermacht", Archiv f. d. ziv. Pr. NF. II (1924), 217 ff.

[62a]) Vgl. auch jetzt § 27 des Reichsbewertungsgesetzes. Das Problem wird neuerdings auch angeschnitten von Wolff, Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie XIX (1926), 243 ff.

[63]) Vgl. dazu oben Abschnitt I, in Anm. 15 die Worte Erich Kaufmanns und meine Soziologie I, 201 ff.

Ewigkeitscharakter des Rechts rühmen sich eines „journalistischen", d. h. täglich wechselnden Rechts[64]). Diese tyrannische Kurzatmigkeit geht natürlich zu weit. Anderseits liegt aber in der Umkehrung der Vermutung für die Vorwirkung der Gesetze, wie sie durch die Befristung gegeben ist, offenbar eine große Weisheit. Es ist weise, daß der Gesetzgeber sich seiner Unsterblichkeit begibt und um seine begrenzte Lebensdauer selbst weiß. Die freien Einungen auf dem Arbeitsmarkt mit ihren kurzen Tarifperioden geben da ein Beispiel, ebenso die Zweigherrschaften mit ihren Rückfallrechten nach 50, 60 Jahren. Der staatliche Gesetzgeber wird m. E. diesen Einflüssen in noch viel höherem Maße nachgeben müssen. Die bewußt befristete Gesetzgebung scheint mir ein Ventil gegen Revolution. Denn hier muß das einzelne erneuert werden; eine Auswechslung der Teile wird zwangsläufig herbeigeführt. Und dadurch bleibt das Haus im ganzen erhalten. Die Selbstbescheidung des Gesetzgebers gibt den „privaten" Mächten also wieder Zeit. Es ist etwas sehr anderes, bestehende Gesetze zu Fall bringen zu müssen oder befristete Gesetze zu erneuern. Die Selbstfortpflanzung des spezialisierten Staatswillens weicht universalerer Haltung. Einen großen Fall des befristeten Gesetzes kennt man seit über 100 Jahren. Aber gerade dies hat man nur als Gesetz im formellen Sinne gelten lassen wollen[64a]). Ich habe anderweit darauf hingewiesen, daß diese Beiseiteschiebung des gesetzgeberischen Problems, das im Staatshaushalt steckt, ein bedenklicher Zug der restaurativen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts sei[65]). Diese „Ausnahme" zeigt nämlich gerade die Eigenschaften, die ein Kraftrecht sucht: es ist vergängliche wechselnde Bahngestaltung von Mächten und Kräften[66]). Personen und Dingen kann kein befristetes und doch objektives Recht gegeben werden. Und z. B. das BGB. lebt noch in Vorstellungen über das Wesen und die Natur der Dinge[67]).

Der tiefere Grund aber für die unbegrenzte Vorwirkung, gegen die sich heute sichtlich die Wirklichkeit auflehnt, liegt in dem mechanischen Weltbild des Zeitalters. Von 1600 bis 1900 lebt man nur

---

[64]) N. Timaschew, Der Rechtszustand von Sowjetrußland, Zeitschrift für Osteuropäisches Recht, herausgeg. vom Osteuropa-Institut in Breslau, I, 1925, 147 ff., speziell S. 150 oben und 152.

[64a]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs II[5] (1911), § 56, S. 61 ff.

[65]) Neubau der deutschen Rechtsgeschichte, Arbeitsgemeinschaft I (1919), 139.

[66]) A. a. O.

[67]) BGB. 93, 269, 1213, 1333. Vgl. oben über das „Wesen" der Personal- und Kapitalsgesellschaften, S. 97.

unter der Herrschaft einer Zeit, die so tot ist wie die Natur. Diese Zeit ist noch vorwärts wie rückwärts Fläche und Raum, sie hat keinen Rhythmus. Und sie wirkt nicht rechtsgestaltend. Wenn Kelsen die Gleichung Staat = Gott „entdeckt", so ist es nur die rechtliche Gleichgültigkeit der Zukunft für das Recht, die er damit feststellt. Nichts weist über den Staat hinaus. Er ist der letzte; er ist genau wie die Stadtgüter der antiken Polis nur mit dem Fall dieser Polis aus seiner Ewigkeit und Geltung zu verstoßen. Wenn aber die Rechtsordnung fällt, stürzt ihr Gott: das ist ja die Drohung der seit 1600 heraufziehenden „Revolution". Aber der Götzendienst, den alles Naturrecht — und mit ihm der auf das Naturrecht aufgeleimte Historismus — mit dem Staat treibt, ist unfreiwillig. Der Humanismus kann nur deshalb das antik-heidnische Staatsprinzip wieder beleben, weil die Naturwissenschaft, die geistig führende Macht, nur die astronomische, aber nicht die soziale und politische, die rhythmische Zeit kennt[68]). Sie kennt nur die weiterlaufende, die „fortschreitende" Zeit. Ich darf aus einer älteren Schrift von mir darüber anführen: „Dem Privatrecht steht in dieser Epoche ergänzend gegenüber ein zweites: das öffentliche. Hier ist nicht das Rechtsgeschäft der Sekunde der Ausgangspunkt, sondern genau umgekehrt wird hier die Zeit beinahe stillgelegt. Das öffentliche Recht geht aus von einem nach Ewigkeit strebenden Gebilde, von der Majestät der Gesetze oder gar der Verfassung. Die nordamerikanische Verfassung z.B. ist zwischen 1803 und 1909 nur während des Bürgerkrieges abgeändert worden, also während mehr als 100 Jahren nur einmal auf dem Wege der Gewalt. Hier ist die Grenze des einzelnen Menschenlebens nach oben überschritten. Auch das öffentliche Recht kümmert sich also nicht um die Kurve des einzelnen Menschenlebens ... Aber seine Gleichgültigkeit gegen die inneren Stufen der Lebenskurve hat die entgegengesetzte Ursache als das Privatrecht: der Staat ist etwas Übermenschliches. Seine Ämter und Einrichtungen überdauern die Zeit: Rom ist ewig, und so auch das Recht eines Staates.

„Das hat eine weitreichende, sehr praktische Folge für das Verhalten des Staates. Wer unsterblich, wer unverwundbar ist, der ist aus jeder moralischen Verpflichtung entlassen. Die olympischen Götter der Griechen sind ohne Moral deshalb, weil sie unsterblich in ewiger

---

[68]) Rosenstock, Neubau der dtsch. RG., Arbeitsgemeinschaft I 1919. S. 174 ff. Derselbe, Soziologie I 1925, 61 ff. Über Zeitoptima und Zeitminima derselbe, Werkstattaussiedlung 1922, S. 231. Karl Joel im Jahrbuch für Soziologie I 1925: Über den Begriff der Generation.

Jugend blühen. Nur wenn eine Schuld sich so sehr an uns rächen kann, daß sie unser Leben zu bedrohen vermag, nur dann wird sie für uns lebenswichtig. Welche Schuld sollte sich an einem Unsterblichen rächen können? Das öffentliche Recht faßt aber den Staat so auf. Bis zu unserem Zusammenbruch galt der Staat als über alle Zeitschranken erhaben: er dauere; er sei darum souverän zum Guten und zum Bösen. An diesem öffentlichen übermenschlichen Rechte des Staates hat nun der im Privatrecht für den Verkehr des einzelnen Augenblicks untermenschlich zerstückte Staatsbürger eine notwendige Ergänzung seines Wesens . . .[69])."

Daß es aber das naturwissenschaftliche Weltbild ist, das die Menschen der Aufklärung — auch die positiven Gesetzgeber — zur Konstruktion einer chinesischen Weltzeituhr verlockt, zeigt eine Stelle in der Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois[70]) Friedrichs des Großen vom 1. Dezember 1749. „Man würde in einer Sammlung vollständiger Gesetze eine derartige Einheit des Planes und genauer ineinandergreifender Regeln gewahren, daß ein durch diese Gesetze regierter Staat einem Uhrwerk gleichen würde . . .[71]), alles würde vorgesehen, alles in Einklang gebracht sein[72]) und nichts Unzuträglichkeiten unterliegen[73])." Und wo der

---

[69]) Dies Zitat datiert vom 31. Oktober 1920 und bringt mich daher hoffentlich in keinen Prioritätsstreit! Es entstammt meinem Programmaufsatz zur Gründung der Akademie der Arbeit in Frankfurt, „Arbeitsrecht und Arbeiterbildung", Frankfurter Ztg. Nr. 808, jetzt Wiederabdruck in Werner Picht und Eugen Rosenstock, Im Kampf um die Erwachsenenbildung, Leipzig 1926, Nr. 10. Vgl. Carl Schmitt, Politische Theologie 1922, S. 37 ff.

[70]) Oeuvres de Frédéric IX, 9—33, dazu Reinhold Koser, König Friedrich der Große I³ (1904), 347, Adolf Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung II (1888), 210 f.

[71]) Un État conduit par ces lois ressemblerait à une montre.

[72]) Tout serait prévu, tout serait combiné et rien ne serait sujet à des inconvénients.

[73]) Über den Uhrwerkscharakter des Staats bei Hobbes jetzt auch Meinecke, Die Idee der Staatsräson, 2. Aufl., S. 266: „Der Staat eine Persönlichkeit, aber eine künstliche, ein homo artificialis, ein Uhrwerk im Grunde." S. 268: „Es ist eben eine künstliche Seele, eine Uhrwerksfeder." Selbst Leibniz sagt von der Welt: „Allerdings setzt sich die Welt nicht aus einer begrenzten Anzahl von Atomen zusammen, sondern ist eher einer Maschine zu vergleichen, die noch in jedem ihrer Teile aus einer wahrhaft unendlichen Zahl von Kräften bestände." Erwiderung auf die Einwände Bayles, Philos. Bibl. 108, S. 384, vgl. S. 390 f. Darüber, daß auch Leibniz die menschliche Ordnung in die bloß notwendige Natur absinken läßt, auch F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts II² (1845), 36 f.

Fehler in diesem Weltbild sitzt, das diese Staaten und ihr Recht aufbauen hilft, zeigt schlagend die Quellenstelle über die Zeit, die sich bei dem Vater des Naturrechts findet, und mit ihr rundet sich die Beweisführung. Denn hier greifen wir den Irrtum des mechanisch-historischen Zeitalters mit Händen, für das die Zeit bestenfalls eine vierte Dimension des Raumes ist, eine Länge, ein Zeitraum. Grotius nämlich sagt: „Tempus enim ex suapte natura vim nullam effectricem habet; nihil enim fit a tempore quamquam nihil non fit in tempore[74])." Die Zeit besitzt aus ihrer eigenen Natur heraus keinerlei wirksame Gewalt. Denn nichts geschieht von Zeit wegen, obgleich nichts außerhalb der Zeit geschieht. Grotius läßt diesen Ausspruch ganz nebenbei fallen: er ist für ihn ein Axiom, das man nicht zu beweisen braucht — wir sind ja im Jahrhundert der reinen Raumspekulation des Descartes, der Ethik more geometrico Spinozas. Der Raum soll erkannt und gestaltet werden, die Zeit als Kategorie der „reinen Anschauung" wird selbst nach der Art des Raumes von Descartes bis in die neueste Logik hinein behandelt[75]).

Die Philosophen zwar dürfen und müssen zum Aufbau ihres kosmisch-mathematischen Weltbildes diese Einseitigkeit begehen[76]). Bei der Übertragung auf die Rechtslehre aber entsteht notwendig ein starres System ewiger dauernder Festigkeit, welches die wirkliche Zeit der Geschöpfe vergewaltigt[76a]). Da tritt an die Stelle der mittelalterlichen Herrscher mit ihrer geschöpflichen Lebensepoche der alle Regierungszeiten kontinuierlich verbindende abstrakte „Wille des Gesetzgebers".

Das ist eine Übertragung aus der Philosophie, die von den Philosophen in ihren Hauptuntersuchungen nicht begründet, aber in ihren und der Juristen rechts- und staatsphilosophischen Schriften unter dem Drucke des Zeitgeistes und der Tendenz der Staatsräson zu

---

[74]) Buch II cap. IV, § 1: Die Ungeborenen können gegen kein Opfer, das ihnen die Gegenwart auferlegt, protestieren. Ebenda § 10.

[75]) Über Descartes jetzt Al. Koyre, Descartes und die Scholastik 1923, S. 18 ff.

[76]) Leibniz, Von dem Verhängnisse (Hauptschriften zur Grundlegung, 2. Teil, herausgeg. von Ernst Cassirer). Philos. Bibliothek 108, S. 130.

[76a]) Über das heute nach Ablauf des Identitätszeitalters zwischen Kosmos und Sozialwelt notwendige Auseinandertreten der bisher identifizierten Größen der politischen und der philosophischen Zeit Rosenstock, Lehrer oder Führer? in Die Kreatur (herausgeg. von Martin Buber, v. Weizsäcker, Josef Wittig), Berlin 1926, erstes Heft.

raumhaft ewigen Ordnungen trotz ihrer Unbegründetheit unbewußt und selbstverständlich stattfindet. Leibniz sagt im Nouveaux Essais sur l'entendement humain[77]): „Unsere Perzeptionen weisen niemals eine so konstante und regelmäßige Folge auf, wie es der Idee der Zeit entspricht, die ein gleichförmiges, einfaches Kontinuum ist wie eine gerade Linie ... Unser Zeitmaß würde genauer sein, wenn man einen vergangenen Tag aufbewahren könnte, um ihn mit den künftigen Tagen zu vergleichen, wie man die räumlichen Maße aufbewahrt." Bei Pufendorfs Lehrer Erhard Weigel heißt es in kräftiger Anwendung soldier Ideen: „Damit man aber die Förmligkeit des Moralischen bloßen Standes desto deutlicher fassen möge ... so muß man auch allhier gleichwie bey der Natur einen Moralischen unbeweglichen Raum zum Fundament und Stand-Grund sich einbilden, in welchem die stets beweglichen Personen und Sachen ihre bleibende Stelle nehmen ... Es ist aber der moralische Raum nicht wie der natürliche dreymäßiges Begriffes lang breit und tief, sondern ist nur also zu reden einmäßig wie der Raum der Zeit oder die Weile ..."

So kann man „den Staat gleichsam das unbewegliche Fundament und den Stand-Grund alles würcklichen Standes der beweglichen Personen nennen"[78]).

Die Philosophen, z. B. Leibniz, fassen ihre Kategorie „Zeit" als „ideale Ordnung der Möglichkeiten, die zwar nicht miteinander bestehen, dennoch aber miteinander in Verknüpfung stehen"[79]). Die Kategorie Zeit als Faßraum der Möglichkeiten ist aber etwas völlig anderes als der wirkliche geschichtliche Zeitenlauf. „Diese Leere, welche man in der Zeit denken kann, zeigt, wie die des Raumes, daß Zeit und Raum ebensogut auf das Mögliche als auf das Wirkliche gehen[80])." Die geschichtliche Zeit enthält aber keine derartige Leere für die lebendige Menschheit. Der Mathematiker darf Zukunft mit Möglichkeitsraum verwechseln. Für die Sozialwelt ist die Zukunft nicht Möglichkeitsraum, sondern Verwandlung der Vergangenheit. Nicht Wirklichkeit und Möglichkeit im naturwissenschaftlichen Sinne, sondern Vergangenheit und Zukunft stehen einander gegenüber.

---

[77]) *Buch II, Kap. XIV. Philosophische Bibliothek Band 69, S. 137 f.*

[78]) Arithmetische Beschreibung der Moralweisheit von Personen und Sachen, worauf das gemeine Wesen bestehet ... Jena 1674, S. 61, Kap. 10, § 6. — A. a. O. § 8, S. 62.

[79]) Leibniz, Schriften zur Metaphysik III, Philos. Bibliothek 108, 401.

[80]) Derselbe, Nouveaux Essais II, § 25, Philos. Bibliothek 69, 139.

Weder die Vergangenheit noch die Zukunft enthält dabei „ideelle" Möglichkeiten. Die Weltgeschichte ist kein Theaterstück, kein Schaustück wie die Naturgeschichte. Aber Leibniz faßt sie so: „... die aber so darin erleuchtet, können sich in die Höhe schwingen und alles von oben herab, gleichsam aus den Sternen, unter sich sehen[81])."

Erhard Weigel äußert sich in demselben Sinne, nur drastischer[82]): „Es lebe der Mensch aber in dieser Zeitlichkeit, wo und wie er wolle, so lebet er in der Welt und besonders auff der Erdkugel doch mitten im Himmel, weil dessen Mittelpunkt sich in der Erden befindet und seine subtile Substanz alle Elemente von den Sternen an biß dahin durchdringet. Und dahero lebet er unter Gottes unumschränkter Regierung und Botmäßigkeit, als welcher den Menschen ... in der allersubtilesten flüchtigen Materie des Himmels als in einem unfühlbaren Meer also schwimmenden, aber mit ein wenig gröberer Luft zur Nothdurfft umwickelten Mittelpunct der Welt als auff einen Schauplatz gesetzet hat, dessen Bequemlichkeit zu genießen und dadurch den Schauplatz selbst und aus demselben das übrige des großen königlichen wundersamen Welt Pallasts mit Verstand zu betrachten, seinen Schöpffer und Herrn dadurch zu erkennen, ihme gleichsam nachzurechnen, dessen unbegriffliche Rechenkunst nur in etwas von ferne zu erblicken und in seinem Leben sich nach dem moralischen, ihme von der Natur eingeprägten Einmaleins also zubezeigen ... wovor er vor anderen Creaturen die Freude und Ehre eines verständigen Kindes Gottes und eines angenommenen Rechen-Schülers haben ... solle."

Das zeitliche, zeitgenährte Wissen um Vergangenheit und Zukunft, um unsere eigene Vergänglichkeit tritt in dieser geistigen Welt als rohe Empirie weit hinter die Raumerkenntnis zurück. Eine klassische Stelle darüber liefert in einer nachgelassenen Schrift Spinoza[83]). Er spricht unserer Erkenntnis, daß wir sterben müssen, den exakten Erkenntnischarakter ab! Er weiß nicht, daß alles Selbstbewußtsein vom Tode herrührt, daß die Todesfurcht und das vorweggenommene

---

[81]) „Von dem Verhängnisse", Schriften zur Metaphysik III, Philos. Bibliothek 108, 132.

[82]) Arithmetische Beschreibung der Moralweissheit von Personen und Sachen, zugetheilet durch Erhard Weigeln, Jena 1674, S. 3, § 4.

[83]) Tractatus de intellectus emendatione, deutsch von Carl Gebhardt, Philosophische Bibliothek Band 95, § 19, 2, S. 9.

Sterben die Wurzeln des Geisteslebens sind. „Es gibt ein Wissen, das wir durch eine unbestimmte Erfahrung (experientia vaga) erhalten haben, d. h. durch eine Erfahrung, die nicht vom Verstande bestimmt wird. Man nennt sie aber doch Erfahrung, weil sie von ungefähr so sich bietet und weil wir kein anderes Erfahrungsmoment haben, das ihr widerstreitet; deshalb gilt sie uns gleichsam als unerschütterlich . . . Das will ich durch Beispiele erläutern . . .[84]). Durch unbestimmte Erfahrung weiß ich, daß ich sterben werde. Das behaupte ich deshalb, weil ich andere mir ähnliche Wesen sterben sah, obwohl nicht alle gleichlange Zeit lebten noch auch an der gleichen Krankheit starben . . ." Was diese zweite Erkenntnisart anbelangt, so kann man auch von ihr nicht sagen, daß sie eine Idee von der (durch echte Erkenntnis zu lösenden!!) gesuchten Proportion $\left\langle \frac{x}{a} = \frac{b}{c} \right\rangle$ gebe. Abgesehen davon, daß sie eine sehr ungewisse Erfahrung ist und keinen Abschluß hat, wird niemand auf diese Art in Dingen der Natur etwas anderes als Akzidenzen begreifen. Klar erkannt werden sie nur, wenn man ihr Wesen zuvor erkannt hat. Daher ist auch diese Art (der Erkenntnis) auszuschließen[85])."

Die eigentliche Erkenntnisquelle also, das, was uns vom Tier unterscheidet, ist abschlußlose, ungewisse Erfahrung von Akzidenzen! Die ewige Wahrheit des Todes, die dem Zeitgeschehen den Rhythmus gibt, die Vergänglichkeit des saeculum im Sinne des Mittelalters, wird weggedeutet. Thomasius betrachtet es als Aufgabe, der Gesetzgebung, den Tod möglichst weit hinauszuschieben. Das Bedürfnis nach Ewigkeit aber wird ohne den ewigen Tod im Diesseits befriedigt. Leibniz sagt nicht nur: „Zeit und Raum haben die Natur ewiger Wahrheiten, die sich in gleicher Weise auf das Mögliche wie auf das Wirkliche beziehen." Er fährt fort[86]): „In der Tat stammen die Idee der Zeit und die der Ewigkeit aus derselben Quelle, denn wir können in unserem Geiste bestimmte Längen der Zeitdauer, soviel es uns gefällt, immer wieder aneinanderfügen. (Für die Ewigkeit) muß noch der Gedanke hinzutreten, daß stets derselbe Grund, weiter fortzuschreiten, bestehen bleibt." Man sieht, welches Denkinteresse führt. Übertragen auf die Welt des Rechts wird entsprechend der Ehrgeiz der Denker dahin gehen, wie wir

---

[84]) Ebenda § 20, S. 10.
[85]) Ebenda S. 13.
[86]) Nouveaux Essais II, 14, Philos. Bibliothek 69 (1915), 139 f.

schon in den Uhrwerkbeispielen gesehen haben, ein soziales Perpetuum mobile zu konstruieren, so wie Spinoza stolz von sich sagt: „Darum darf ich ohne Einschränkung behaupten, daß eine Regierung, die eine Stadt, ganz besonders aber eine solche, die mehrere Städte in Händen hat, von ewiger Dauer ist und aus keiner inneren Ursache aufgelöst oder in eine andere Form umgewandelt werden kann[87])." Eine Welt ohne die Gerichte Gottes, ohne Revolutionen ist entsprechend die alles beherrschende Vorstellung, in der die Juristen der Aufklärung genau wie die der Restauration sich einrichten möchten.

Wie Grotius die mathematische Kategorie der „reinen" Zeit ohne jeden Vorbehalt in die Rechtswissenschaft übernimmt, so sagt auch Pufendorf: „Solum enim tempus in se neque vitium tollere neque novum jus producere potest, quippe quo duntaxat continuatur vitium aut jus quod initio adfuit. Moribus autem gentium introductae et in plerisque civitatibus receptae fuerunt usucapiones et praescriptiones[88])." Die Verjährung ist also nur positiven Rechts. Prinzipiell wäre sie nicht verständlich. Weshalb denn Pufendorf auch eine weitere Seite lang die Konstruktion eines stillschweigenden Willens dessen, der sein Recht durch Verjährung verliert, erörtert.

Und wenn Pufendorf nun den Statusbegriff erörtert, so baut er ihn vollständig auf die Naturphilosophie. Zeit und Raum werden als Elemente des Spatium (Espace) gleichgesetzt. Der § 1 der Dritten Definition des Ersten Buches ist überschrieben Status analogia cum spatio. Der „Zeitraum" also wird wie der übrige Raum behandelt. „Status dicitur ens suppositivum, quia rebus moralibus positivis velut substernitur, ut in eo suam quam habent, moralem existentiam quasi ponant et actiones suas atque effectus exserant. Atque ita analogiam quandam habet cum spatio, quod ibidem rebus naturalibus velut supponitur, ut in eo suam quam habet, naturalem existentiam ponant, et motus suos physicos exerceant ... § 2. Dividi autem potest status ad analogiam spatii in Ubicativum et Quandicativum ...[89])."

---

[87]) Abhandlung vom Staate, Kap. 10, § 10, deutsch von Gebhardt 1907, S. 177.

[88]) Elementa Jurisprud. univ. I, Definitio V, § 24, An vitium adquisitionis tollatur per tempus.

[89]) Ein weiteres Beispiel der Vorherrschaft der Mathematik in der Jurisprudenz bei Samuel Rachel, Institut. Jurispr: libri Quatuor, Kiel und Frankfurt 1681, I, XIII; de Societate inter Deum et homines, wo zwar keine

Die Zeit ist also gefahrlos, weder absterbende Vergangenheit noch hereinbrechende Zukunft, sondern eben jenes Continuum der Mathematik, aus der der Begriff des spatium stammt.

Gewiß ist ein Philosoph wie Leibniz sich klarer als die Juristen, daß nur für die Mathematik die Zeit als Continuum aufgefaßt werden darf. Für die Theodizee des Universums wiederholt er gern den Satz la présence est grosse de l'avenir[90]). Aber erstens bleibt er hier im Bilde stecken, ohne daraus systematische Folgerungen zu ziehen[91]), und zweitens wirkt er mit diesen Lehren nicht unmittelbar. Der Zeitgeist reißt die juristische Arbeit in die Bahnen der Mathematik oder doch eines „reinen" Rationalismus. Die historischen Erkenntnisse bei Leibniz und später bei Thomasius wirken doch nicht auf die Systembildung selbst, sondern schränken nur den Geltungsbereich des Systems bei ihnen selber (nicht für die Schule) ein[92]). Denn die Grundlehren der Philosophie des 17. Jahrhunderts wurden eben weder im 18. noch im 19. Jahrhundert erfolgreich zurückgewiesen. Sie blieben vielmehr im Zeitgeist herrschend und entzündeten sich immer neu in den tatsächlichen Verhältnissen von Staat und Wirtschaft.

Pufendorf knüpft in vielem an seinen schon erwähnten Lehrer Erhard Weigel an, wie Landsberg nachgewiesen hat, so z. B. auch in der Lehre von den entia moralia, d. h. den juristischen Personen, denen Weigel einen „moralischen Raum" anweist! Irrig wäre es aber, wenn man diese Vorstellungen des Lehrers und Schülers nur als Formulierungen abtäte. Landsberg charakterisiert Pufendorfs Elementa treffend als „künstlich eingeschnürt in eine pseudomathematische Form, allerdings dem Zeitgeschmack entsprechend"[93]). In dem Pseudos dieser Form steckt aber die Wahrheit der mechanistischen, besser atomistisch-raumhaften Methode, die nicht etwa schon mit dem Abstreifen gewisser übertrieben mathematischer Wendungen durch die Späteren in ihrem Kern ausgerottet war.

Sondern die Vergewaltigung der Zeit durch ihre räumliche Anordnung als „Zeitraum" bleibt für die Juristen zu einem Teile sogar nach dem Siege der historischen Schule bestehen! Die historische Schule ist

---

arithmetische, aber doch eine geometrische Begründung für möglich erklärt wird!

[90]) Leibniz, Schriften zur Metaphysik III, XXXII, Erwiderung auf die Einwände Bayles, Philos. Bibliothek Band 108, 394.

[91]) Wie der räumliche Vergleich bei Anm. 80 zeigt.

[92]) Ähnlich geht es Savigny (siehe unten bei Anm. 95 ff.).

[93]) Gesch d. dtsch. Rechtswissensch. I, 12.

ja weitgehend Restauration. Die Zeit tritt zwar nun in das Bewußtsein, aber in der eigenartigen Form, daß der absterbende Ast, die Vergangenheit, begriffen wird in seiner Mächtigkeit. Nicht so sehr als absterbendes denn als goldenes Zeitalter wird Vergangenheit wichtig. Savigny sagt[94]): „Mehr als ein halbes Jahrhundert hat eine trostlose Aufklärerei den politischen wie den religiösen Glauben wankend gemacht. Nachdem sie lange Zeit durch Milde und Freundlichkeit alle Herzen gewonnen hatte, hat sie dann ... in der französischen Revolution und in Bonapartes Despotismus sich etwas herb erwiesen. Diese Revolution und die Folgen dieses Despotismus hat Deutschland großenteils auch äußerlich, weit mehr aber auf geistige Weise mit durchlebt. Und so stehen wir jetzt in allgemeiner Ungewißheit."

Die Vergänglichkeit wird als Fehlgriff, als Ausnahme hingestellt. Tod und Vergänglichkeit der Ordnungen sollten eigentlich nicht sein. Das führte zur Heiligsprechung der Geschichte, aber nur soweit sie — ancien régime — vorrevolutionären Datums war. Es gab nur „alte Geschichte"! Dieser Konsequenz ist die historische Schule erlegen. Dabei hat einem Mann wie Savigny jedes einfache „Zurückschrauben der Lebenstatbestände selber in die Vergangenheit" gewiß ferngelegen[95]). Aber die Schule als solche hat den Gedanken der einfachen, unrhythmischen Zeitkontinuität, den Kult eines toten Zeitraumbegriffs, vorwalten lassen[96]). Denn die Rechtsverhältnisse sollten eben doch nach den römischen Grundsätzen in dem Sinne beurteilt werden, den sie bei ihren römischen Urhebern hatten. Und dieser Gedanke von Savignys „Besitz" hat Schule gemacht[97]). Und der Gedanke des Absterbens war Savigny zwar für die Lebensverhältnisse erträglich, für die Ideen seiner römischen Juristen aber nicht! Der Gesetzgeber der Schweiz hat einmal ausgesprochen: „Wie die Generationen sich unmerklich in unablässiger Ineinanderschiebung folgen, so wird auch diejenige Rechtsentwicklung die befriedigendste genannt werden können, bei der ohne jede gewaltsame Störung die neue, lebendige

---

[94]) Vom Beruf, Beilage S. 110.

[95]) Das hebt Eugen Ehrlich, Grundlegung einer Soziologie des Rechts 1913, S. 258, mit Recht hervor.

[96]) Insofern hat M. Aguilléra schon recht, wenn er sagt, daß die Volksgeisttheorie „ne tient pas assez compte de l'élément de liberté et d'originalité de chaque nouvelle génération". L'Idée du droit en Allemagne depuis Kant jusqu'à nos jours 1893, S. 333.

[97]) Eugen Ehrlich a. a. O. 259. Insofern beruft sich Manigk, Modernismus 16 A. 15 doch zu Unrecht auf Ehrlich.

Welt aus der alten, absterbenden allmählich hervorwächst[98])." Wir beziehen aber heute die Ideen der Juristen ein in dieses Spannungsverhältnis der Generationen. Diese Vergänglichkeit auch des geschöpflichen Geisteslebens hat die eigentliche historische Schule nicht anerkannt.

So hat die historische Schule die eine vom Naturrecht begangene Abtötung der Zeit durch Verräumlichung, die Mißhandlung der Zeit nach rückwärts, gründlich wieder gutgemacht. Sie hat sich eben deshalb sehr über die Aufklärung erhoben. Aber sie blieb Aufklärung! Schon York hat, wie erwähnt, sie in den Mechanismus der Neuzeit einbezogen[99]). Er vermißt auch in der historischen Schule „die Zeit als psychischen Faktor"[100]). Der Grundfehler wirkte nach vorwärts so gut wie nach rückwärts. Indem man an seinem Symptome nach rückwärts herumkurierte, verbaute man sich um so mehr das Verständnis nach vorwärts durch romantische Geisteshaltung[101]). Man verwandte auf die Rechtsquellen der Vergangenheit nun all die Pietät, die bisher der Gesetzgeber beansprucht hatte. „Der Glaube an das Göttliche ist bei dem Romantiker an das Gefühl der Vergangenheit geknüpft[102])." „Wir sollen die alten Juristen ‚beleben', wir sollen uns in sie hineinlesen ... (Vom Beruf S. 120). ... Das Verhältnis zu den Rechtsanschauungen ist also demjenigen zu kultlich verehrten Wesen analog, wie überhaupt die ganze Rechtspflege im Sinne Savignys etwas von Kult an sich hat. Die letzten Rechtsgrundsätze sind schließlich eine Art mythischer Wesen, zu denen das Volk gleichsam in ein persönliches Verhältnis tritt. Das Recht ist zum Mythus, die Rechtswissenschaft zur Mythologie geworden. Die Größe der römischen Juristen beruht darauf, daß ihnen die Sätze ihrer Wissenschaft nicht durch ihre Willkür hervorgebracht erscheinen; es sind vielmehr ‚wirkliche Wesen, deren Dasein und deren Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt-

---

[98]) Eugen Huber, Über die Realien der Gesetzgebung, Zeitschrift für Rechtsphilosophie I (1914), 77, wieder abgedruckt in Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl. 1925, S. 326.

[99]) Vgl. oben S. 118, Anm. 52.

[100]) York an Dilthey, Briefwechsel 1925, S. 61.

[101]) Spengler II, 95 ff. York-Dilthey 83: „Der ‚moderne Mensch', d. h. der Mensch seit der Renaissance, ist fertig zum Begrabenwerden." 39: „‚Die Wissenschaftler' stehen den Mächten der Zeit ähnlich gegenüber wie die feinstgebildete französische Gesellschaft damaliger Revolutionsbewegung."

[102]) Alfred Baeumler, Einleitung zu Bachofen „Der Mythus von Orient und Occident. Eine Metaphysik der alten Welt", München 1926, S. CXXV.

geworden ist' (Beruf S. 29)." „‚Wirkliche Wesen', ‚Dasein', ‚Genealogie', ‚vertrauter Umgang' — wir glauben, mit Göttern zu tun zu haben; es ist aber von Rechtsgrundsätzen die Rede[103])." Damit bleibt auch für die restaurative Rechtswissenschaft der historischen Schulen die Zeit als strudelnde Gegenwart zwischen Zukunft und Vergangenheit unerkannt[104]).

Eduard Gans hat dieses Mißverständnis der historischen Schule in doch auch heute nicht widerlegten Sätzen charakterisiert; selbst wenn wir heute seinen Meister Hegel nicht gegen Savigny ausspielen können wie er[105]), so sollte doch das, was er über das Geheimnis der Zeit sagt, unvergessen bleiben[106]).

Daß wir anders zur Zeit stehen als die historische Schule — die Vergangenheit hat heute jedenfalls nicht mehr Recht als die Zukunft —, daß wir die Maße der Lebenszeit, den Rhythmus der Generationen, die Ursprünglichkeit der Jahrgänge, des Zeitgeistes, des Kampfes zwischen Vätern und Söhnen gestalten müssen — das bedarf für den Kundigen kaum der Zeugnisse[107]). Statt aller sei an Goethes Lehren in der pädagogischen Provinz erinnert: „Der größte Respekt wird allen eingeprägt für die Zeit als für die höchste Gabe Gottes . . .[108])" und „die Zeit muß an die Stelle der Vernunft treten"[109]).

Wundervolle Sätze hat der Schöpfer des Code Civil, also ein Zeitgenosse Goethes, Portalis, hierüber gesprochen: „Zu meinen, man könne nicht alles voraussehen, bedeutet weise Voraussicht[110])." „Wir urteilen, als ob die Gesetzgeber Götter wären und die Richter nicht einmal Menschen." „Wie ließe sich der Schritt der Zeit fesseln? Wie

---

[103]) Baeumler, a. a. O. S. CXXII f.

[104]) Die Zeit als vierte Dimension ist das Äußerste, was diese Epoche schließlich an Umkehrung der Wahrheit leistet (Einstein). Ein klassisches Beispiel für die Mißhandlung der „Zeit" bietet z. B. Sigwarts Logik II⁴, herausgegeben von Maier 1911, in § 68, S. 87 ff., bes. S. 92.

[105]) Vgl. Rosenstock, Hegel und unser Geschlecht, Neuer Merkur 1925, Januar.

[106]) Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung I (1824), Einleitung XIII f.

[107]) Vgl. meine Lebensarbeit in der Industrie und Aufgaben einer europäischen Arbeitsfront 1926, S. 63 ff.

[108]) Werke Ausgabe letzter Hand XXIII, 150.

[109]) Ebenda 158.

[110]) Ich zitiere die Rede Portalis' vom 23. Februar 1803 in der Übersetzung bei Hermann U. Kantorowicz, „Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre", Mannheim 1925, S. 31 f.

sich dem Fluß der Ereignisse, dem unmerklichen Gleiten der Sitten widerstehen? ... Denn die Gesetze bleiben, einmal abgefaßt, wie sie geschrieben wurden. Die Menschen hingegen rasten nie, handeln stets und diese Bewegung ... verursacht jeden Augenblick eine neue Verbindung, eine neue Tatsache, ein neues Ergebnis." Es ist nun außerordentlich bezeichnend, daß Portalis, wie Kantorowicz nachweist, theoretisch in Frankreich ein Jahrhundert lang keine Gefolgschaft gefunden hat[111]). Denn ohne eine vertiefte Erkenntnis des funktionalen Elements der Zeit bleibt geniale Intuition, was nur mit ihrer Hilfe Gemeingut einer schulmäßigen, lehrbaren Rechtskunde werden kann.

Herder hat schon früher diese Gedanken ausgesprochen[112]). Aber erst seit einem Menschenalter setzen sie sich in der wissenschaftlichen Fachbetrachtung durch. Die Philosophie der letzten dreißig Jahre, vor allem Henri Bergson, hat den Bann Platos, des zeitlosen Idealismus gebrochen. „Die gelebte konkrete Zeit darf nicht einfach dem Begriff der Entwicklung gleichgesetzt werden. Es muß zu diesem noch der Begriff der Schöpfung hinzutreten. Durée réelle (Bergson) oder temps inventeur ist deshalb schöpferische Entwicklung. Hingegen — um Bergson weiter zu folgen —: „Die Zeit, die wir denken, die wir in der Wissenschaft messen, ist Abstraktion, die aus der gelebten Zeit das Schöpferische entfernt hat." Diese (bloße) Zeitvorstellung nennt Bergson deshalb temps-longueur, um damit anzudeuten, daß wir es hier mit dem Eindringen der Raumvorstellung in die Zeit zu tun haben. Die Zeit, die unter der Form eines unbegrenzten und homogenen Mediums gedacht wird, ist nichts weiter als „le phantôme de l'espace obsédant la conscience". Wir müssen also die temps-inventeur — die gelebte Zeit[113]) — unterscheiden von der temps-longueur, der Zeitvorstellung, die wir in der Mechanik verwenden. Hier messen wir die Zeit in Form einer Linie. In der Mechanik sind zwei Zeitintervalle gleich ... Im Reich des Mechanischen, wo die Gesetze der Mechanik herrschen, hat also die Zeit keine Bedeutung ... Die Mathematik trifft hier mit dem Wesen der Realität zusammen.

---

[111]) Kantorowicz a. a. O. S. 34 f.

[112]) J. Gottfried Herder, Verstand und Erfahrung, Vernunft und Sprache. Eine Metakritik zur Kritik der reinen Vernunft I, 1799, Werke z. Ph. u. Gesch. XIV (Karlsruhe 1820), S. 62 ff., S. 72.

[113]) Ich nenne sie: die wirkliche Zeit in meiner Soziologie I, 1925. Noch deutlicher ist vielleicht „wirksame" Zeit.

Der philosophische Interpret Henri Bergsons, dem wir im vorstehenden Absatz im wesentlichen folgten[114]), fügt hinzu[115]): „Es wird immer eine der seltsamsten Tatsachen bleiben, daß die Menschheit erst nach Jahrtausenden philosophischer Gedankenentwicklung den auffallendsten Zug unserer Erfahrung — ihren zeitlichen Verlauf — in positiver Weise erfaßte ... Alle bisherige Philosophie, soweit sie auf metaphysische Ziele gerichtet war, stand unter dem Einflusse Platos, d. h. unter dem Einflusse des Zeitlosigkeitsidealismus ... Alles, was im Menschen nach Ruhe, nach Abschluß und Sicherheit drängt, hat bisher in diesem Platonismus seine Erfüllung gefunden ... Als die moderne Naturwissenschaft zu immer weiterer Erschließung des Kosmos vordrang, hat der Platonismus wiederum in den Systemen eines Descartes, Spinoza und Leibniz einen vorläufigen Stand unseres Wissens zu etwas Letztem und Absolutem festgelegt. Und selbst den Entwicklungsgedanken des 19. Jahrhunderts, wie er im historischen Bewußtsein der Romantik seine erste Form annahm, hat der Platonismus der Romantiker umgebogen zum Gedanken eines intellektuell überschaubaren Kreislaufs der Dinge."

Damit erst entfällt für uns auch der die Zukunft betreffende Teil des neuzeitlichen Zeitirrtums, dessen andere Hälfte (in Richtung auf die Ursprünge) die historische Schule bereits gesühnt hatte. Die eigentliche Verkehrung der Moderne hat ein geistvoller Engländer, Dean Inge, darin gefunden, daß sie das Bibelwort „An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen" bis auf den Grund ins Gegenteil verkehrt habe. Denn die Moderne — d. i. die Entwicklungslehre aller Grade, ob mechanische, biologische oder historische Entwicklungslehre, gilt gleichviel — lehre: „An ihren Wurzeln sollt ihr sie erkennen." In einem „raumbesessenen" Zeitalter hatte die Entdeckung zunächst nur dieses Zeitpols der Vergangenheit zu dieser Einseitigkeit verführen müssen.

Aber schon beginnen die echten Qualitäten der doppelpoligen, gleichzeitig in Zukunft und Vergangenheit hineinwirkenden Zeit allenthalben die rechtliche Praxis zu durchfluten. Im Zentrum der Theorie ist das Zeitlosigkeitsdogma auch aufgegeben. Es gilt nun,

---

[114]) J. Goldstein, Aus dem Vermächtnis des Neunzehnten Jahrhunderts, Berlin 1922, Nr. 7, „Henri Bergson und die Sozialwissenschaft", S. 77 f.

[115]) Ebenda, S. 84, 85.

die Nachwirkungen des Dogmas in der natürlich meist unbewußten Theorie der Praktiker zu überwinden. Dazu kann die Einsicht helfen, daß diese „Theorie der Praktiker" auf jener Dialektik der Willenslehre vor Jahrhunderten aufgebaut worden ist, der Dialektik des frei wollenden Individuums des Privatrechts und des durch Willensverzicht der Individuen konzentrierten zeitlos-ewigen Staatswillens im öffentlichen Recht.

Und dieser unbedingte Spannungsbogen der Dialektik, der einen öffentlich-rechtlichen zeitlosen Raum durch den Verzicht aller privaten Willen emporwölbt, wird uns etwas Bedingtes. Denn das, was wir Überspitzung 1 genannt hatten, ist durchschaubar geworden in seiner Absicht. Alles so Durchschaute aber gilt nur noch beschränkt.

Wenden wir uns nun dem entsprechenden anderen Spannungsbogen zu, dem Prinzipe des Privatrechts.

C. Der Vertragswille der Parteien und die richterliche Entscheidung.

Übersicht: 1. Der Aktivismus der neuzeitlichen Vertragslehre. 2. Ehe und Arbeit unter der Figur des Vertrages. 3. Die Funktion der Rechtswissenschaft seit der Rezeption. a) Das Paradox der Beweislastregeln. b) Zur Soziologie des Juristenstandes.

1. Der Aktivismus der neuzeitlichen Vertragslehre.

Als die umgekehrte, die entsprechende zweite Überspitzung auf dem Gebiet des Privatrechts hat sich uns schon in den früheren Abschnitten unserer Studien die Lehre vom Willen der vertragschließenden Parteien vor Augen aufgedrängt. Daß dieser Satz unser Privatrecht bis vor kurzem mindestens beherrschte, bedarf keines Beweises. Der Wille, der im Anfang steht, wird immer wieder auch im fernsten Verlauf um Auskunft darüber angegangen, was er gewollt habe. Das Recht kommt dadurch nirgends von den Anfangsvorgängen los. Das ist sehr deutlich beim Firmenrecht. Hier herrscht im Anfang das Recht der Firmenwahrheit. Von da an aber regiert die Firmenbeständigkeit. Und keine Schiebung, die nun das Prinzip der Firmenwahrheit ad absurdum führt, läßt sich abwehren. Das Prinzip des Anfangs schlägt, weil reines Momentprinzip, im Fortgang der Zeit, wenn es starr festgehalten wird, in sein Gegenteil um[116]). Ein Glei-

[116]) Wie sehr, das zeigt etwa ein Aufsatz wie der von Felix Bondi, Über die Verwendung abgeleiteter Firmen bei Neugründungen, Zentralblatt für Handelsr. I, 1926, 11 ff.

ches gilt vom Recht der Aktiengesellschaft, die ebenfalls immer auf den „Gründungsakt" zurückgeführt und festgenagelt wird. Selbstverständlich ist es jedermann, daß der erklärte Wille der Parteien für alle diese Vorkommnisse wenig Stoff zu bieten pflegt. Hier nun hilft man mit dem berühmten Heilmittel des stillschweigend erklärten Willens. Stillschweigen kann natürlich etwas bedeuten, genau wie eine Pause in einem Musikstück sogar sehr viel bedeutet. Ebenso reden Handlungen u. a. so gut wie Worte. Der Gebrauch und Mißbrauch der stillschweigenden Erklärung geht aber weit über dieses deutlich durch ausdrückliche Erklärungen vorher und nachher eindeutige Stillschweigen hinaus, dort, wo eine zeitliche Einordnung des Stillschweigens gar nicht versucht wird. Ohne diese rhythmische Einreihung verliert man jeden Boden unter den Füßen. Das Stillschweigen füllt dann nicht eine Zeitlücke aus, sondern wird in den abstrakten Vorstellungsraum an einen der leeren Plätze gestellt, deren Leerheit später zu schaffen macht. Die Willenserklärung selber wird entsprechend eher als ein Punkt im Raum vorgestellt, als Herrschaftsmacht einer Person über Gegenstände, denn als zeitbrauchender, daher in zeitlicher Folge sich abspielender Prozeß[117]). Die Willenserklärung, die in jeder Erklärung geschieht, wird übersehen. Die Erklärung erscheint als zeitbeherrschend statt als zeitgemäß und zeitbedingt. Die Willens„äußerung" erscheint als Herausstellen innerer fertiger Formulierungen[118]). Schon W. v. Humboldt hat demgegenüber betont: „Durch die gegenseitige Abhängigkeit des Gedankens und des Wortes voneinander leuchtet es klar ein, daß die Sprachen nicht eigentlich Mittel sind, die schon erkannte Wahrheit darzustellen, sondern weit mehr, die vorher unerkannte zu entdecken." Eben deshalb versagen sie oft und sind Mittel, uns über unseren eigenen Willen noch nicht endgültig zu klären[119])! Denn kein Mittel funktioniert immer, wie es soll. Eine solche Er-

---

[117]) Hier ist auch der systematische Ort für die Lehre von der Voraussetzung. Vgl. E. Stampe, Richtlinien für die Clausula Praxis, Iherings Jahrbücher 72 (1922), 348ff.; Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula Rebus sic stantibus 1911, S. 69ff.; dazu auch Otto Fischer, Der Fehlschlag von Erwartungen bei Verfügungen von Todes wegen. Iherings Jahrb. 71, 187ff., bes. 191.

[118]) Auch innen und außen sind bloße Raumvorstellungen. Dabei haben wir es hier natürlich nicht mit dem Streit zwischen Erklärungstheorie (officia circa sermonem des Thomasius) und Willenstheorie, sondern mit der beide Streitparteien beherrschenden Willens- und Personenlehre zu tun.

kenntnis würde ja aber dem Augenblick des Vertragsschlusses seine Einzigartigkeit rauben. Und eben dies droht dem freien Willen des Ohnmächtigen, den es für das Privatrecht zu retten gilt, sein „Gesetzgebungsrecht" zu nehmen. Und deshalb hat die Lehre von den Willenserklärungen als der lex contractus dreihundert Jahre geherrscht, ohne daß man übrigens über den Vorgang des gegenseitigen Verstehens beim Austausch dieser Erklärungen sich klar wurde, ja sehr oft, ohne daß man das Wunder bemerkte, das in dieser Kraft der Parteien steckt. Wenn aber der freie Wille A und der freie Wille B sich allein auf weiter Flur erklären können, so ist es ein wirkliches Wunder, daß zwei so säuberlich geschiedene Willen einen Vertrag zu schließen vermögen. $1 + 1$ gibt 2. Ein Vertrag aber kommt doch nach dem Schema $1 \times 1 = 1$, Vermählung zweier Willen zu einem Vertrag, den jetzt jeder ganz will, zustande. Also ist der Vertrag vor den beiden einzelnen Willenserklärungen da. Er diktiert die Erklärungen. Nicht kommt er durch sie zustande. Wie kam es zur heutigen Lehre?

Historische Belege geben Aufschluß über den Vorgang. Im Naturrecht tritt an die Stelle der cogitatio oder sonst eines intellektualen Vorgangs in den römischen Quellen das aktivistische Wort. Man hat längst bemerkt, daß die voluntas der römischen Quellen viel öfter Einwilligung und Bewilligung als Wille heißt. Furiosi voluntas nulla heißt also nicht nur: Der Geisteskranke hat keinen Willen, sondern seine Erklärung ist nichtig. Der Wille in reinlicher Absonderung von der Erklärung dieses Willens ist eine Erfindung des Naturrechts. Denn die voluntas wird ja identisch mit dem oder sie wird der Konkurrent zum theologischen liberum arbitrium. Die voluntas des äußeren Gehabens eines vergänglichen „zeitlichen" Elements auf dem Markt, des Bürgers, wird ersetzt durch die über Zeit und Raum erhabene freie Seele des Christen. Und die freie Seele entsendet nun in den Weltraum, in das Milieu ihren vollfreien, milieuunbefleckten

---

[119]) Siegwart, Logik, herausgeg. von Maier I[4], § 7: „Alle Wörter haben im natürlichen Verlauf des Denkens das Bestreben, ihr Gebiet zu erweitern. Ihre Grenzen sind unbestimmt und immer bereit, sich für neue verwandte Vorstellungen zu öffnen." Manigk, Savigny und der Modernismus im Recht, 1914, S. 162, Anm. 370: „Gesetz und Recht brauchen wie die populäre Sprache viele Begriffe mit dem Schein der Sicherheit, ohne daß Inhalt und Umfang derselben feststehen.... Auch dies ist ein historischer Vorgang, der den Begriffsinhalt tatsächlich der Entwicklung unterwirft." Nicht auch den Begriffsinhalt von Parteierklärungen?

Willen zurück. Die Römer sagen: Cogitationis poenam neminem mereri oder: Si puniendus est pravi ingenii. Sie sprechen neben *ingenium und cogitatio* von animus. Grotius sagt schon: Actus mere interni puniri non possunt. Das Register der von mir benutzten Ausgabe aus seinem Todesjahr[120]) macht auf die Stelle aufmerksam unter dem Stichwort: Voluntas quae punibilis. Die Klimax: cogitatio actus voluntas zeigt, daß wir mit der Neuzeit in die Epoche des Aktivismus eintreten[121]).

Ein Blick in das Savignysche System z. B. zeigt, wie sehr das aktive Element in seinen Formulierungen überwiegt.

Wir wollen nur zwei Stellen zitieren, die im Zentrum der Systembildung den Begriff des Vermögensrechts und die Dreiteilung Familien-Sachen-Obligationenrecht begründen sollen. Der Leser achte auf die von uns gesperrten Formulierungen, die nie den Dienenden, Schuldenden, Verpflichteten, Gebundenen auch nur zu erwähnen für nötig halten.

Vom Vermögensrecht heißt es[122]): „Durch beide Arten der Rechte also, das Eigentum wie die Obligationen, wird die Macht der berechtigten Person nach außen über die natürlichen Grenzen ihres Wesens hin erweitert. Die Gesamtheit der Verhältnisse nun, welche auf diese Weise die Macht eines einzelnen erweitern, nennen wir das Vermögen desselben." Und vom System sagt Savigny gleich darauf[123]): „Blicken wir nun zurück auf den Punkt, wovon diese Untersuchung ausging, so finden wir

---

[120]) Amsterdam 1646 in 4°. Grotius sagt im Text II, cap. 18: „Actus mere interni etiamsi casu aliquo puta per confessionem subsecutam, ad notitiam aliorum perveniant, puniri ab hominibus non possunt, quia ut alibi diximus naturae humanae congruum non est ut ex actibus mere internis jus aut obligatio inter homines nascatur. Et hoc sensu accipiendum est quod dictant leges Romanae: Cogitationis poenam neminem mereri. Id tamen non obstat quo minus actus interni quatenus in externos influunt in aestimationem veniant non sui proprie sed actuum externorum ..."

[121]) Klöppel (oben Anm. 15) weist bereits auf die Unterschiede der Willenslehre der Neuzeit und der Römer hin, wenn er von diesen sagt: „Im Munde der römischen Juristen ist nun auch die voluntas nur die Verallgemeinerung des sinnlichen, in der Tat erkennbaren Wollens, und darum kann das Wort überall ohne Mißverständnis durch Absicht wiedergegeben werden."

[122]) System I, 339 f.

[123]) Ebenda 344 f. Darüber, daß Vertragsfreiheit streng genommen nur im Schuldrecht gilt und inwiefern hier, siehe jetzt Siber, Schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Iherings Jahrb. 70, 223 ff.

drey Gegenstände, auf welche eine Herrschaft unseres Willens denkbar ist, und diesen Gegenständen entsprechend drey concentrische Kreise, worin unser Wille herrschen kann:

1. Das ursprüngliche Selbst. Ihm entspricht das sogenannte Urrecht, welches wir gar nicht als eigentliches Recht behandeln. („Selbst" entspräche etwa unserm „Kraft"begriff!)

2. Das in der Familie erweiterte Selbst. Die hierin mögliche Herrschaft unseres Willens gehört nur teilweise dem Rechtsgebiete an und bildet hier das Familienrecht.

3. Die äußere Welt. Die Herrschaft des Willens, die sich hierauf bezieht, fällt ganz in das Rechtsgebiet und bildet das Vermögensrecht."

Die Lehre vom Willen paßt nach Savignys eigener Angabe hier restlos nur für Ziffer 3. Kein Wunder, daß die Folgen für 1 und 2 verhängnisvoll sein mußten.

2. Ehe und Arbeit unter der Figur des Vertrages.

Nicht daß es an Schwierigkeiten auf dem Gebiete des Vermögensrechts (Savignys 3) fehlte. Der Nachweis würde ja zu weit führen, und er darf auch vielleicht als zugestanden unterstellt werden, daß z. B. die Schwierigkeiten, die bei den „Verträgen zugunsten Dritter" den Juristen erwuchsen, auf der Willenslehre beruhen, die Altenteils-, Versicherungs-, Leibrentenverträge auf die abstrakten Willensträger A, B, C statt auf zusammengehörige, wirtschaftlich Verbundene aufteilen mußte. Wo der Verkehr das Recht fernab dem Schulsystem formen konnte, hat es solche Schwierigkeiten nie gegeben. Z. B. ist das „gesetzliche Rechtsverhältnis" zwischen Empfänger und Frachtführer, das durch den Frachtvertrag begründet wird, nie so zweifelnd unter die Lupe genommen worden (§ 435 ff. HGB.)[124].

Beschränken wir uns auf die Folgen des Aktivismus für Ehe und Arbeit[125].

Der dritte Band des Savignyschen Systems behandelt auf fast 400 Seiten die Willenserklärungen. Er ist der klassische Zeuge für die Neuzeit nach rückwärts wie vorwärts über diese Lehre. Nach

---

[124]) Worüber treffend Müller-Erzbach, Iherings Jahrb. 53, 331 ff. Derselbe, Deutsches Handelsrecht 1924, S. 579.

[125]) Zum Text ist hier natürlich unser Abschnitt II und S. 67, Anm. 29 ff. über die Gestalt der modernen Arbeitskrafteingliederung und S. 41 Anm. 12 ff. über die Erscheinungsformen der vermögenslosen Ehe heranzuziehen.

rückwärts. Denn Savigny weiß noch um die alte Dialektik zwischen Privat- und staatsgründendem Willen. Er weiß, daß der Vertrag — so wie sein Zeitgenosse Uhland ja gesungen hatte — ebensosehr dort wie hier zum Motor gemacht worden war. Nur diese Einheit der Denkformen, diese Denkökonomie hatte ja den Menschen des liberum arbitrium, den Protestanten, die Vertragsidee so teuer gemacht[126]). Die Restauration der Staatlichkeit, die Savigny verkörpert, zertrennt diesen Zusammenhang. Denn der Staat muß nun zum erstenmal ausdrücklich gegen die Revolution geschützt werden. Deshalb kann die gesamte nachrevolutionäre Rechtslehre den Willen aller für den Ursprung des Staates nicht länger brauchen. Hingegen kann man politische Rechte im Staat jetzt eher zubilligen (genau umgekehrt wie im 17. Jahrhundert also!); damit wird nicht die Axt an die Wurzel des Staates gelegt. Den gefährdeten Baum, dessen Krone zerbrochen war, schien nur die unbedingte Heiligsprechung seiner Wurzeln, seines Ursprungs heilen und retten zu können. Deshalb lesen wir bei Savigny: „Dagegen ist in diesem Gebiet dem Vertrag manche irrige Anwendung beigelegt worden. So bei der ursprünglichen Entstehung der Staaten, die häufig auf einen Vereinigungs- und Unterwerfungsvertrag zurückgeführt wird, da doch jede Ableitung derselben aus individueller Willkür verneint werden muß[127])." Und er hatte das begründet wie folgt[128]): „Das Volk, dem wir als einem unsichtbaren Naturganzen unbestimmte Grenzen zuschreiben mußten, besteht jedoch nirgends und in keiner Zeit auf diese abstrakte Weise. Vielmehr wirkt in ihm ein unaufhaltsamer Trieb, die unsichtbare Einheit in sichtbarer und organischer Erscheinung zu offenbaren ... Fragen wir nun nach der Entstehung des Staates, so müssen wir dieselbe in eine höhere Notwendigkeit, in eine von innen heraus bildende Kraft setzen." Damit hat Savigny den Staat von dem Vertragsgedanken befreit.

Was aber tut derselbe Savigny auf dem Gebiet des Privatrechts? Suchen wir hier den Bereich, wo gewiß auch, um ihn zu wiederholen, ein „unaufhaltsamer Trieb wirkt, die unsichtbare Einheit in sichtbarer und organischer Erscheinung zu offenbaren". Fragen wir nach dem Eherecht. Liegt es da nicht nahe, mit Savignys eigenen Worten

---

[126]) „Protestanten" sind uns hier natürlich alle dem Individualismus der Neuzeit verfallenen Denker ohne jede Rücksicht auf die Konfession.

[127]) System des heutigen römischen Rechts III, 311.

[128]) System I, § 9, S. 21 f.

zu formulieren: „Fragen wir nun nach der Entstehung der Ehe, so müssen wir dieselbe in eine höhere Notwendigkeit, in eine von innen heraus bildende Kraft setzen.“ Weit gefehlt. Hier im Privatrecht ist alles anders, denn hier sind wir (§ 52) im Reich der Freiheit. Zwar zitiert er zustimmend Fichtes etwas energischen Satz aus der Sittenlehre: „Es ist die absolute Bestimmung eines jeden Individuum beider Geschlechter, sich zu verehelichen ... Die unverheiratete Person ist nur zur Hälfte ein Mensch[129].“ Aber dieser Satz wird an ganz anderer Stelle im System zugegeben! Nämlich dort, wo Savigny sein außerjuristisches Verständnis gegenüber Hegels Angriffen beweisen möchte. Das juristische System selbst hat mit Hilfe dieser Reverenz um so mehr Freiheit, die Ehe rationalistisch zu konstruieren. In der Vertragslehre heißt es[130]: „Der Grund, der uns bei dem Staat bestimmte, das Daseyn eines Vertrages zu verneinen, fällt bei der Ehe ganz hinweg.“ Und nun kommt die dialektische Überspitzung. Dort am Staat überträgt er das Allgemeine des Staatsbegriffs auch auf den konkreten Staat, nämlich die Notwendigkeit; hier an der Ehe läßt er umgekehrt nur die Konkretisierung der Ehe gelten und den Allgemeinbegriff gar nichts bedeuten: „Bei dem Staat kann die Willkür als Entstehungsgrund nicht für Wahrheit gelten, nur für eine Fiktion; bei der Ehe ist es unzweifelhaft, daß es von der freiesten Willkür jedes der beiden Gatten abhängt, diese Ehe zu schließen oder zu unterlassen.“ Ein verliebtes Brautpaar für frei, Napoleon oder Bismarck als Vater der Novemberverträge für unfrei zu erklären, ist bestenfalls ein Streit um Worte[131]. Die Vollendung durch die Ehe ist viel „notwendiger“, als daß Waldeck und Anhalt „Staaten“ sein müssen[132].

---

[129]) System I, 341, § 53, Anm. c.

[130]) System III, 321.

[131]) Siehe den Streit um die Verlobung! Vgl. das Beispiel bei Karl Georg Wurzel, Das juristische Denken, 2. Aufl. 1924, S. 82. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, hat in § 75 bekanntlich sowohl für die Ehe wie für den Staat die Vertragsnatur geleugnet.

[132]) Sehr schön Stahl, Die Philosophie des Rechts II[2] (1845), § 48, S. 338: „Als Band persönlicher Einigung kann die Ehe nur durch die zu verbindenden Personen selbst, durch ihren Akt der Einigung, ‚die Einwilligung‘ bewirkt werden.... Um deswillen ist aber die Ehe selbst doch keineswegs ein Vertrag. Denn sie steht nicht unter den Gatten, sondern über ihnen, hat Norm, Inhalt und bindende Kraft nicht durch sie, sondern durch ihre eigene sittliche Natur und kann, wie sie nicht auf ihrem

Die Lehre von der Ehe als Vertrag hat dazu geführt, daß der Staat die Funktion, die ihm oblag, nämlich den Schutz der wirtschaftlichen Interessen beim Eheschluß, zugunsten einer Bureaukratisierung der Eheschließung selber vernachlässigt hat. Ohne Standesbeamten gibt es in Deutschland selbst in articulo mortis keine Ehe[133]). Dieser groteske Zustand besteht neben dem anderen, daß der Standesbeamte den Eheschließenden ein Gesundheitsmerkblatt aushändigt statt eines Formulars zu einem Ehevertrag[134]). Über der Behandlung der „obligatorischen" Zivilehe als Vertrag hat der Gesetzgeber den obligatorischen Vertrag vernachlässigt, den er von Rechts wegen hätte erzwingen müssen: den „Ehevertrag"! Wenn jetzt die Gütertrennung als gesetzlicher Güterstand mit Recht gefordert wird, so will man ja nur indirekt die ausdrückliche Regelung des ehelichen Güterrechts durch das besonnene Zusammenwirken der Ehegatten sicherstellen. Man vertagt also die wirtschaftliche Ordnung der Ehe, bis die Gatten so weit sind.

Die „nichtige Ehe mit ihren doch ehelichen Kindern" ist ein jurisches Konstruktionsergebnis dieser rein rationalen Regelung; die Ehe wird also gerade nicht vernichtet. Umgekehrt hat die Ehe als Vertrag zur Preisgabe der so notwendigen Unterscheidung zwischen beerbter und unbeerbter Ehe, zwischen vorehelichen und Brautkindern geführt. Und die ganze irrtümliche Kampffront des Kulturkampfes entsprang jener Vertragslehre, weil sie den Staat statt zum Garanten wirtschaftlicher, zum Protektor seelischer und geistiger Vorgänge künstlich hinaufzusteigern unternommen hatte. Um dem Staat diese Autorität sogar für diese Selbstverwirklichung der Individuen in der Ehe zu verschaffen, mußte diese schöpferische Tat der Persönlichkeiten, in der ein rechtsstiftendes, volksgründendes Ereig-

---

Willen beruht, so auch nicht durch diesen wieder aufgehoben werden. Nicht etwa bloß die sittlichen, sondern auch die rechtlichen Wirkungen der Ehe: gemeinsamer Wohnort, wechselseitige Hilfeleistung usw., sind weit entfernt, Vertragswirkungen zu sein... Ja selbst die Einwilligung (consensus), auf welcher die Schließung der Ehe beruht, unterscheidet sich von anderen Verträgen, indem sie nicht eine einzelne Gewährung unter Bewahrung des gesonderten Interesses, sondern selbst schon eine völlige Hingebung der Person enthält."

[133]) Außer bekanntlich in dem einen Fall, wenn Ehegatten nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft wieder zusammengehen. Da geht es auch ohne Standesbeamten.

[134]) Nur in Württemberg wird mindestens dazu geraten. Häfele, Württembergische Ztschr. 62, 25 ff. Enneccerus-Wolff II, 2, § 68, hinter Anm. 2.

nis — ähnlich der Staatengründung — geschieht, als Vertrag, d. h. als bloßer Vertrag der im Staat befangenen Staatsbürger konstruiert werden. Man verwechselte bürgerliches Recht und Vertragsrecht, weil, ja nun weil eben unter bürgerlichem Recht nur vom Willen der Parteien gehörtes Recht nach der Grundlegung der bürgerlichen Gesellschaft im neuzeitlichen Staat verstanden wurde. Wollte man staatliches Privatrecht, so glaubte man Vertragsrecht wollen zu müssen. Aber schon Stahl sagt[135]): „Die Betrachtung der Ehe als ‚bürgerliches Verhältnis' hat nicht das geringste gemein mit der Bezeichnung derselben als ‚Vertragsverhältnis'." So tief wurzelt der Vertragsgedanke im Zentrum des neuzeitlichen Systems, daß er Ehe und Arbeit beide mißverstehen muß, weil beide den Willensträger selbst, also die vertragschließende Person selbst verwandeln. Eine solche Verwandlung der Person ist dem zeitraumlosen Idealismus unfaßbar!

Beim Arbeitsvertrag ist die Konstruktion als „freieste Willkür jedes der beiden" ... „den Vertrag zu schließen oder zu unterlassen", ebenso verhängnisvoll geworden[136]). Der einzelne Arbeitsvertrag nämlich ist nur die temporäre Konkretisierung „der höheren Notwendigkeit", Arbeitsverträge einzugehen. Der Arbeiter steht unter dem Gesetz, fortlaufende Arbeitsverhältnisse, eines nach dem andern, einzugehen. Seine Arbeit ist deshalb legitim, auch wenn der Arbeitsvertrag nichtig ist, wie die Kinder aus nichtigen Ehen legitim sind[137]). Er ist deshalb ein notierter Wert an der Arbeitsbörse seit Einführung der Erwerbslosenfürsorge. Er lieferte aber schon vor dieser Maßnahme seine Ware Arbeitskraft de facto nicht im einzelnen Falle, sondern periodisch auf den Arbeitsmarkt. In zwei Kleinigkeiten hat der Gesetzgeber dieser Wahrheit Rechnung tragen müssen: Beide bleiben fürs System meistens unbeachtet: wenn nämlich ein Menschenkind noch nicht mündig ist und soll in Arbeit oder Dienst treten, so gilt die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung im Zweifel als allgemeine Ermächtigung „zur Eingehung

---

[135]) Stahl a. a. O. S. 339.

[136]) Daß der Arbeiter selbst gegen seinen Willen nicht aus § 950 BGB. Spezifikationseigentum herleiten kann (Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907, S. 668, Ernst Herz, Iherings Jahrb. 74, 1924, 12 ff.) ist nur ein Beispiel für die absurden Konsequenzen.

[137]) Denkschrift zum Allg. Arbeitsvertragsgesetzentwurf, 28. Sonderheft des Reichsarbeitsblatts 1923, S. 30 f.

von Verhältnissen derselben Art“ [138])! Und „nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren“ (§ 629). An dieser Bestimmung ist sogar erstaunlich, daß Bemühungen, sich nun selbständig zu machen, einen eigenen Laden aufzumachen oder dergleichen — was ja noch mehr Vorbereitung beansprucht — von § 629 nicht mitgedeckt werden. Hier hat also der Gesetzgeber gerade die eine Kette, an der die „freieste Willkür“ das Vertragschließende hängt, seine Trennung von den Produktionsmitteln berücksichtigt. Das Arbeitsverhältnis ist nur verständlich als die Nummer soundso viel einer sich folgenden Kette! Da aber die Dogmatik nur den konkreten Staat aus dem unaufhaltsamen „Triebe“ und aus der höheren „Notwendigkeit“, daß „Staat“ sein muß, Nutzen ziehen läßt (z. B. in der Lehre von der Staatensukzession), da sie nicht Ehe und Arbeit als ewige Nöte faßt, so hat schon im Zeugnisrecht der § 630 BGB. Schwierigkeiten gemacht. Es muß nämlich ein Zeugnis bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses erteilt werden. Also haben viele gesagt, nicht schon bei Kündigung, geschweige denn vor der Kündigung kann ein Zeugnis verlangt werden. Und der Arbeitnehmer, der sich unter der Hand nach einer neuen Stelle umsehen wollte, blieb und bleibt teilweise auch nach dem neuen Arbeitsvertragsgesetzentwurf ohne Zeugnisanspruch!

---

[138]) § 113 IV BGB. Die Motive I, 145, erklären von dieser Auslegungsregel, sie werde den Verhältnissen gerecht und habe sich praktisch im alten Recht bewährt! Wo aber hatte sie sich bewährt? In der preußischen Gesindeordnung von 1810! Man übertrug also eine Regel des Gesinderechts, wo die Stellen seltener und mit langer Kündigungszeit gewechselt werden (vgl. die Fassung des § 8 der pr. GesO., der übrigens nichts als eine wörtliche Wiederholung aus dem Gesinderecht des ALR., § 8 II, 5, ist) und die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft bei einer „Herrschaft“ erfolgt, als bloße Auslegungsregel auf den ganz anders gearteten freien Arbeiter, der sich heute hier, morgen da Arbeit sucht und dessen Vormund das seine getan hat, wenn er ihn mit 14 Jahren auf den Arbeitsmarkt entläßt, ohne praktisch je zu erfahren, was der Arbeitnehmer im Betriebe genau zu tun hat!

3. Die Funktion der Rechtswissenschaft seit der Rezeption.

a) Das Paradox der Beweislastregeln.

Welches ist nun der Irrtum, der hier auf der Seite der Privatrechtsdogmatik geschichtlich obwaltet? Es ist m. E. in erster Linie die Unfähigkeit, sich selbst zu sehen, die den Juristen von 1600 bis 1900 dazu zwang, in die Verträge hineinzulesen, was nicht in ihnen stand. Der Jurist des mechanischen Weltbildes hält die Jurisprudenz, die Rechtswissenschaft für Theorie. Er ist unfähig, sie als wirkende Macht in die Privatrechtsdogmatik selbst einzubauen. Er teilt diese Verkennung seiner soziologischen Leistung mit aller Wissenschaft der Zeit, die irrig Zweckfreiheit mit Gestaltungsohnmacht der Wissenschaft gleichsetzte. Durch die Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung und von der einzigartigen Bedeutung des Vertragsmoments für alle Privatrechtsverhältnisse überwälzt die Rechtswissenschaft ihre eigene Leistung in diesem Zeitalter auf die Schulter der Parteien. Sie wahrt sich die eigene Unbewußtheit über ihre Funktion. Sie will erkennende Wissenschaft sein und nicht Funktion. Im Zeitalter fast unbeschränkter Herrschaft des Juristenrechts[139]) verschweigt eine List der Vernunft den Juristen das Maß ihrer Herrschaft.

Die Funktion der Rechtswissenschaft in dieser Zeit der Vertragsfreiheit ist die Nachfolge in die Funktion der rechtsförmlichen Handlungen der formstrengen Zeit bis 1500. An die Stelle des Symbols (bei der Auflassung, Draufgabe, Weinkaufs, Gelübde usw.) tritt der „Begriff", mit dem die Juristen rechnen. Aber der Begriff übernimmt genau die Funktion des verbindlichen Symbols. Die Wirkung des Vertrags hängt am Rechtsbegriff[140]).

Dies fordert zunächst vermutlich Widerspruch heraus. Die Vertragsfreiheit, meint man, ist doch mit der Anerkennung des Satzes „Pacta sund servanda" gegeben. Dieser Satz gilt allerdings seit dem Ende des 16. Jahrhunderts[141]). Aber er wird ebenso einmütig

---

[139]) Vgl. Stintzing, Gesch. der Rechtsw. II, T. Hermann Kantorowicz, Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, S. 17, August Hegler, Die praktische Tätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts in ihrem Einfluß auf die Entwicklung des deutschen Strafrechts von Carpzov ab, Freiburg 1899, S. 18.

[140]) Ein Beispiel dafür aus dem 111. Band der Reichsgerichtsentscheidungen, S. 355 oben S. 87, Anm. 17.

[141]) Wesembeck, Parat. ad Dig. II, 14 nr. 9 („das angesehenste Lehrbuch", „seine Methode die herrschende bis in das 18. Jahrhundert hinein".

ergänzt durch den prozessualen Satz, daß der Kläger die Essentialia, der Beklagte aber die accidentalia negotii beweisen muß. Beide Sätze müssen in ihrem Zusammenwirken gewürdigt werden. Wo immer Formfreiheit anerkannt wird, tritt nämlich sogleich eine Wesenslehre verbindlich daneben. Die Begriffe, die der Richter als Jurist handhaben gelernt hat (jura novit curia)[142]), geben ihm an die Hand, was zum Wesen dieses Vertrages gehört und was nicht; genau wie der Schöffe als Stammesgenosse aus den Formen ablas, was rechtlich vor sich gegangen war. Indem nun die gesamte Prozeßgefahr durch die Scheidung in Essenz und Akzidenz bestimmt wurde, wurden selbstverständlich auch die Parteien genötigt, von den Wesensvorstellungen der Juristen sorgfältig Kenntnis zu nehmen. Sie nehmen daher in ihre Verträge dort, wo sie Berührung mit „Rechtswissenschaft" durch gelehrte Richter, Beamte, Syndizi usw. vermuten müssen, alle die Klauseln auf, durch die sie eine gefährliche oder ungünstige Essenzlehre ausdrücklich abwehren. D. h. die angeblich formlosen Verträge der Neuzeit versuchen, lauter Prozeßgefahren zu bannen, die ihnen aus der Judikatur und Rechtswissenschaft drohen. Die Klauseln sollen Erfahrungen anderer Parteien mit den Rechtsbegriffen der juristischen Welt auswerten! Wie die Währung des Staates in jeden Handel, so gehen die Begriffe seiner Juristen in jedes Geschäft mit ein. Der Vertrag wird zum Inbegriff ersparter Prozesse[143]). Man sehe sich nur die Mietsvertrags-

---

Stintzing I, 1880, S. 356 f.). An ihn anschließend die Noten von Bachovius Echtius Leyden 1649, Heinrich Hahn, Observata theoreticopractica ad Matthai Wesenbecii..., 3. Aufl. Helmstedt 1768 I, 187 sqq, 197; Joh. Brünnemann, Comm. in Pand. ad 43, 26, l. 12. Hahn I, 200, sagt: „Jure nat. et gentium etiam canonico et moribus nostris ex quolibet pacto oritur obligatio et actio." — Das Mißverständnis, die Klagbarkeit des nudum pactum auf die deutsche Treue zu gründen, durchzieht diese Literatur. Vgl. z. B. Samuel Stryk, specimen usus moderni Pandectarum zu II, 14, und zu XIX, 4, 2, beidemal „fides et candor germana"! Nüchterner sofort anschließend weist er Herkunft aus dem kanon. Recht ab, nämlich: „ex hoc vero moderno juris fundamento ubique recepto quod ex omni pacto deliberato inito hodie valida detur actio, multa Jure Romano subtiliter excogitata corruunt et ad simplicitatem juris gentium reducuntur".

[142]) Über diesen Satz Windscheid-Kipp, Pandekten I, §§ 17,2—4, 14,3, 133,2.

[143]) „Das Publikum lernt (durch die Öffentlichkeit des Verfahrens) seine eigenen Handlungen den Gesetzen konform unternehmen und einrichten."... „Es ist daher allerdings wünschenswert,

formulare, Kartellschlußtypen, Schemata für Bankkredite, Arbeitsverträge usw. an. Was gibt denn der Bank oder dem Arbeitgeber z. B. bisher die Überlegenheit, als die Kraft, alle Möglichkeiten, die der Judikatur und der Rechtswissenschaft sich entnehmen ließen, auszunutzen. Deshalb ist die Gewerkschaft der Kautelarjurist für den Arbeitnehmer; nicht nur sein Rechtsanwalt beim Rechtsstreit, sondern sein Syndikus beim Vertragsschluß.

Ist nun die Beweislast wirklich von solcher Tragweite? Denken die Parteien denn überhaupt an die Beweislast? Es wäre irrig, diese Fragen für die entscheidenden zu halten. Das Schwergewicht unserer These liegt anderswo: die Beweislastverteilung, so wie sie im Zeitalter der Formfreiheit gehandhabt werden muß, widerspricht der Grundlehre, der juristischen Doktrin dieses selben Zeitalters. Wir sind immer im Zentrum einer Lage, wenn wir den Widerspruch durchschauen, ohne den sie nicht auskommt! Soviel Verträge als Willen ist die These des Naturrechts. Der Wille ist das Atom des Privatrechts, der Vertrag das Molekül. Alle Analogien usw. berechtigen den Richter nicht dazu, den konkreten Vertrag dieser beiden Parteien anders als nach deren Willen auszulegen. „Praktisch" ist das unmöglich. „Praktisch" kann ein Richter die Menschen nie ganz, nur typisch verstehen. Die Definitionen allein geben dem Juristen die Macht, die er braucht. Mit diesen Definitionen beherrscht er auch den unstrittigen Rechtsverkehr weithin. Man kennt den Streit um die Beweislast, dessen unschuldiger Urheber Stölzel durch seine Schulung für die zivilistische Praxis geworden ist und den er in den Vorreden zu den späteren Auflagen dann durchgefochten hat[114]). Uns interessiert für die Dogmengeschichte nur, daß er nach Stölzels eigenem Geständnis dachte, das, „was sich etwa seit zwei Menschenaltern erst in der gemeinrechtlichen, dann in der preußisch-rechtlichen Praxis gegensätzlich zu einem anderen

---

daß auch diese Praxis der Gerichte zur allgemeinen Kenntnis gelange (und daß) jemand durch diese Kenntnis über sein eignes Rechtsverhältnis belehrt wird." Gutachten vom 15. Februar 1818 bei Ernst Landsberg, Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission = Publikationen der Ges. für Rhein. Geschichtskde. XXXI (1914), S. 62 und 67.

[114]) Abschließend jetzt die Darstellung in der zweiten Auflage von Leo Rosenberg, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung, Berlin 1923, S. 243 ff. Vgl. auch dazu desselben schönen Aufsatz: Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse, S. 38 ff., Ztschr. für dtsch. Zivilprozeß 49 (1925), 38 ff. Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht 1925, § 22, Die Beweislast, S. 178 ff.

Standpunkte der früheren Zeit Bahn gebrochen hat", zu lehren. Er lehrt also jene volle Individualisierung jedes Vertrages als eines Wesens sui generis als mindestens relativ neue Lehre dreihundert Jahre nach dem Einzug der Lehre von der Klagbarkeit des pactum. Dreihundert Jahre lang war mithin zwar jedes klagbar, aber nicht als individuelles — wie es die Römer verstanden —, sondern als Typus! Das Reichsgericht entschied 1904 bei der Auslegung eines Darlehensvertrages zu Stölzels Betrübnis (Vorrede zur siebenten Auflage) gegen seine Lehre. Die älteren wußten es nicht anders wie das Reichsgericht[145]); durch die Ausdehnung des Exzeptionenbegriffs auf alle accidentia umfaßte der Satz: Reus exceptionem probare tenetur[146]) die meisten atypischen Abreden. Die Lehre wird bei Savigny als unbestrittene, zugleich sehr wichtige Regel vorgetragen[147]): „Zu den wesentlichen Elementen jeder Klage gehört nur das allgemeine Daseyn der factischen Bedingungen des bestrittenen Rechts. Die gehörige regelmäßige Beschaffenheit dieser Bestimmungen versteht sich dann von selbst, und wenn diese von dem Beklagten verneint wird", so trägt er „auch hier die Last des Beweises." Savigny ist hier — wir wollen nicht mißverständlich sagen: Naturrechtler — sondern genau in der Antinomie zwischen Vertragsfreiheit und Juristenrecht, wie alle Staatsjuristen des modernen Staates. Das Privatrecht ist frei, aber im vernünftig von Juristen verwalteten Staat. Wie die Münze des Staates genommen werden muß, so auch sein Recht. Die Fungibilität des Rechts, den „Devisenverkehr" in der unübersehbaren Staatszersplitterung Europas lieferte das europäische Naturrecht. Die Rechtswissenschaft hat nicht Theorie im Sinne nachträglicher Ordnung getrieben, sondern genau wie die naturwissenschaftliche Theorie vorgreifende Setzung. Die Gesetze sind nur Ausschnitte dieser oft gewalttätigen Setzung[148]). Und diese

---

[145]) Jordan in Weiskes Rechtswörterbuch II, 1840, 134: „Klagt der Kläger aus einem reinen Vertrage, so liegt der Beweis der Bedingung dem Beklagten ob, wenn er eine solche behauptet."

[146]) Z. B. Mevius Dec. V, 227 nr. 6 IV, 316 Brunnemann in Pand. XXII, 3, 19 Bethmann Hollweg, Versuche V; 319 ff. Vgl. auch Meile, Die Beweislehre des Kanon. Prozesses, Paderborn 1925, S. 25 ff.

[147]) System V, 154 f.

[148]) Ein hervorragendes Beispiel gibt Schloßmann, Vertrag 1876, S. 235, A. 1, in seiner Analyse der 38 „Actionen" im Register von Seufferts Archiv. Ein weiteres bei Wurzel, oben Anm. 131.

Setzung der Begriffe für den Rechtsverkehr läßt sich vergleichen dem grandiosen System des Chausseebaus im 18., des Eisenbahnbaus im 19. Jahrhundert. Diese Setzung hat den Verkehr in die Bahnen der „reinen" Wirtschaft abgedrängt, hat den Privatpersonen nichts als eben die übriggelassen. Mit jeder neuen Mannigfaltigkeit im Privatrecht wurde die Freiheitssphäre des Individuums bereichert, die Machtsphäre des Staates aber entlastet. Lenkend ins „Private", ablenkend vom „Öffentlichen", unerhört gestaltend, die Vermittlerin und Übersetzerin des philosophischen Weltbildes des aufgeklärten „Staatsmannes" (ob Fürst oder Minister, ist ja gleich), hat die Rechtswissenschaft von Grotius bis heute ihre Funktion im Staat ausgeübt. Diese Herrschaft der von den Staaten dafür bestellten Hochschulen über den gesamten Nachwuchs ist eine wahre Ingenieurkunst zu nennen.

Das Naturrecht wendet sich seit 1600 radikal der gedanklichen Technik zu. Wir geben zwei Kennern das Wort. „Die Beschaffenheit der definitiven Namen ist gleichgültig, ihr Wert liegt in einer deutlich bewußten und gleichsam praktierten Übereinstimmung ... Wer belehrt sein will, muß die Definitionen, die sein Lehrer ihm gibt, annehmen ... Denken ist Rechnen[149])." Und von Hoenigswald sagt: „Keine geheimnisvolle Kraft und kein glücklicher Zufall bindet also Definition und Wirklichkeit aneinander." „Die Mathematiker rechnen mit Zahlen, die Juristen mit Begriffen" (Leibniz).

Gerade weil die Beweislastregelung unter der Herrschaft der Vertragsfreiheit ein Paradox ist, gerade deshalb darf die Vertragsfreiheit nur als Korrelat und Annex zur Ausbildung der abstrakten Rechts-

---

[149]) Ferdinand Tönnies, Thomas Hobbes (Frommanns Klassiker der Philosophie), 3. Aufl. 1925, S. 112. Genau so wie hier Tönnies es schildert, ist bekanntlich Max Weber in seinen grandiosen Werken verfahren: „x soll heißen," „y bedeute", „unter z wollen wir verstehen". Ein Beispiel oben in Abschnitt 2 seine Setzung des „Betriebs". Eins aus hundert anderen: „Unter ‚Nutzleistungen' sollen stets die von einem oder mehreren Wirtschaftenden als solche geschützten konkreten einzelnen zum Gegenstand der Fürsorge werdenden (wirklichen oder vermeintlichen) Chancen gegenwärtiger oder künftiger Verwendungsmöglichkeiten gelten, an deren geschätzter Bedeutung als Mittel für Zwecke des (oder der) Wirtschaftenden sein (oder ihr) Wirtschaften orientiert wird." Wirtschaft und Gesellschaft 1921, S. 34. Der Begriff der „Chance" beherrscht den Band, fehlt aber bezeichnenderweise im Register; er ließ sich nicht in verständlicher Weise „setzen". Der Trieb, am Anfang der Erörterung zu definieren statt am Ende, ist der eigentliche Irrtum neuzeitlichen Denkens, das eben durchaus autoritär, gesetzgeberisch, voluntaristisch verfahren möchte.

wissenschaft verstanden werden[150]). Der Satz: „Pacta sunt servanda" gilt. Aber er gilt nur innerhalb des Rahmens eines Sinnzusammenhangs wie alle Rechtssätze. Er gilt nur, weil der Prozeß um das Recht vor gelehrte Richter führt! Genau wie ja umgekehrt alle Paragraphen des BGB. eingebettet liegen in diesem unausgesprochenen Satz von der Vertragsfreiheit. Und das Erdreich, in dem er nur lebensfähig werden konnte, ist die rationale Rechtswissenschaft, die da glaubte und zeitweise glauben durfte, für alles und jedes Begriffe bereit zu halten[151]). Daher ist die Überwälzung der Funktion der Jurisprudenz auf die Vertragsparteien eine erträgliche Fiktion gewesen, solange die statische Lehre vom Wesen einer zeitlosen, unpersönlichen Erkenntnis herrschte, solange man Theorie, unwirksamen, kontemplativen Geist, reine Erkenntnis hieß, was Setzung, Regierung, Bahnung war und ist. Solange glaubten sich die Juristen selber im Besitz eines lückenlosen Definitionensystems („Pandekten" oder „Naturrechtssystems" oder „Privatrechtssystems" macht keinen Unterschied) und durften sich von Schule wegen, wenn auch nicht von Amts wegen für feste Systembesitzer halten. Alle Schule ist vorweggenommene Erfahrung. Wenn das Schulsystem sorgfältig von der Wirklichkeitserfahrung unterschieden wird, bleibt sein Sinn, Lehrer und Schüler zu verbinden, deutlich[152]). Aber die sogenannte „Praxis" allein gibt dem Richter durchaus diese Wirklichkeitserfahrung noch nicht. Das, was sich gewöhnlich Praxis nannte und nennt, war und ist die Auswirkung der Theorie und des Systems von

---

[150]) Vgl. die geistvolle Studie von Heinz Rogge, Methodologische Vorstudien zu einer Kritik des Rechts 1911, S. 14 ff.

[151]) Das taten und tun indirekt auch die, die von Lücken reden! Denn gerade sie ermöglichen, den Glauben an ein wenn auch lückenhaftes, aber doch theoretisch im Kopf zu tragendes Einheitssystem zu fristen. Vgl. demgegenüber den Satz des Leibniz (zit. bei Kantorowicz, Aus der Vorgeschichte 1925, S. 16, A. 30): „Jurisprudenz sei die Wissenschaft von dem, was in einem vorgelegten Fall oder Tatbestand Rechtens sei." Das System ist nur Mittel, daher nur bedingt richtig. Erich Jung, Von der logischen Geschlossenheit des Rechts, Gießener Festgabe für Dernburg 1900, S. 143, Anm. 1. Hans Reichel, Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915. Manigk, Festgabe für Rudolf Stammler 1926, S. 23.

[152]) Wie es zur Zeit der Pandekten war. Stölzel, Schulung, S. 33, Anm. 1. Wegen dieser Spannung hatte das gemeine Recht gegenüber dem Naturrecht unschätzbare Vorzüge und hatte Savigny recht, die gemeinrechtlichen Territorien und die Universitäten vor der Kodifikation zu schützen. Reichel, Gesetz und Richterspruch 1915, S. 15, Anm. 1.

gestern und vorgestern. Die „reinen" Praktiker sind die, denen die von ihnen gelernte Theorie so sehr in Fleisch und Blut übergegangen ist, daß sie oft außerstande sind, die eigene vertheoretisierte Dogmenstrenge zu durchschauen. Das Mittel, um den Praktiker im Banne der „Theorie" zu halten, war theoretisch das „Werkzeugdogma"[153], praktisch aber der Mechanismus der beiden „logischen" Schlüsse e contrario und per analogiam. Diese beiden Schlüsse gaben dem Mosaik ein dauernd vollständiges Aussehen[154]. Sie sind aber keine logischen Schlüsse, sondern Entscheidungen[155]. Und nur die enge Verknüpfung des Entscheidenden mit seinem Stande, mit dem Juristenstande, sollte dadurch sichergestellt werden, daß er sich anscheinend dem Gesamtdenken dieses Standes durch den Gebrauch logischer Syllogismen einordnete. Aber nicht das Recht als solches, sondern der Prozeß vor dem staatlichen Gericht, allerdings auch in der Form des ersparten Prozesses, machte diese Dialektik notwendig[156]. In dem Kampf aller gegen alle, der das Wesen der

---

[153]) Hermann Kantorowicz, Aus der Vorgeschichte des Freirechts.

[154]) „Quidquid enim mens humana scit vel principium vel ex aliquo principio collecta conclusio est." S. Rachel, Institutionum Jurisprudentiae libri Quatuor, Kiel und Frankfurt 1681, S. 8. „Eine ältere im gemeinen Recht vorherrschende Richtung ... legte der Systembildung ... eine produktive Bedeutung bei ... Als unerreichtes Ideal galt ein System, bei dem sich die Gesamtheit der Begriffe und Rechtssätze aus einem Oberbegriff ableiten ließe." Heck, Die reine Rechtslehre usw., Archiv f. d. ziv. Praxis NF. II (1924), 179. Diese Neigung begegnet auf Teilgebieten, wie dem Int. Priv.-R. immer wieder. Savigny selbst modifiziert diese Reduktionsneigung in einem hübschen Bilde. Er schreibt am 19. Juni 1839 an Bluntschli: „Ich bin jetzt damit beschäftigt, den Druck meines Systems des heutigen PR. anzuordnen ... Das Ende läßt sich nicht vorher berechnen, es hat aber allerdings keine Wahrscheinlichkeit, daß ich es erleben werde. Doch stört das meine Freude an der Arbeit nicht, da, wenn mir das Werk überhaupt gelingt, ohne Zweifel auch schon die Stücke brauchbar sein werden, in welcher Eigenschaft also das Werk mehr Ähnlichkeit mit einem Kuchen haben wird als mit einem Gefäß von Glas oder Porzellan." W. Oechsli, Briefwechsel J. K. Bluntschlis, Frauenfeld 1915, S. 59.

[155]) Mein Ewiger Prozeß des Rechts gegen den Staat 1919, S. 5 und 22. Wurzel, Das juristische Denken[2], S. 80 ff. und passim. Für den Gesetzgeber hat gegenüber den Gläubigen der Idee das „personalistische" Entscheidungsmoment überzeugend herausgearbeitet Carl Schmitt, Politische Theologie 1922.

[156]) Wurzel, Das juristische Denken[2], S. 95. Vgl. Rosenberg, Die Beweislast[2], S. 236, 253 f.

vom Staat den Privatpersonen überlassenen freien Wirtschaft ausmacht, lenken die staatlich gewordenen Gerichte das Handeln der Individuen in gewisse Bahnen und schaffen damit die notwendige Friedensordnung.

Die Leistung dieses rationalen Rechts ist der bisherigen Wirtschaftsordnung unentbehrlich gewesen. Max Weber ist nicht müde geworden, auf die funktionelle Beiordnung dieser Rechtsmethode zum „privaten" Wirtschaften hinzuweisen[157]). „Entscheidend wurde die Rezeption des römischen Rechts nur insoweit, als es das formaljuristische Denken schuf ... Die Justiz der Bureaukratie war formaljuristisch ... aber dieses formalistische Recht ist rational. Wirtschaftsgeschichtlich wurde diese Tatsache dadurch von Bedeutung, daß das Bündnis zwischen Staat und formaler Jurisprudenz indirekt dem Kapitalismus zugute kam." Dies Recht lieferte den Parteien für ihre Verträge nicht nur dauernd neue Definitionen, sondern stellte durch das Vollständigkeitssystem einen nachschlagbaren Vorrat an Möglichkeiten zur Verfügung von jedermann. Es gewährt freilich diesen Vorteil nur den Kennern, nur denen, die Zeit und Geld haben, sich bei allen Schritten über diese Rechtsbahnen vorher, rechtzeitig also!, zu orientieren. „Ignorantia iuris nocet."

„Natürlich liegt mir" — um mit Karl Georg Wurzel zu sprechen — „nichts" ferner, als die utopische Annahme, daß derartige Gedankensysteme, die im Sturm der Zeiten ihre Geltung behaupteten und praktisch angewendet wurden, nur Verirrungen, Mißverständnisse u. dgl. seien.

„Wenn die Auslegungstheorie nichts als Tatsachen des Einzelfalls und der Rechtssätze kennen will ... wenn für sie die ganze juristische Tätigkeit nur darin besteht, den richtigen, wahren Sinn der Rechtssätze zu finden und, sei es unter diesem Sinn direkt, sei es unter dessen streng logischen Folgerungen, die Tatsachen des Einzelfalls zu subsumieren; wenn sich namentlich die dieser Auffassung entsprechende juristische Ausdrucksweise seit Jahrhunderten einbürgerte ... so muß darin ... eine soziale und geschichtliche Tatsache erblickt werden, die nicht so sehr der Kritik und Reformprojekte, als der Erklärung und Zurückführung auf ihre Ursachen bedarf[158])."

---

[157]) Max Weber, Wirtschaftsgeschichte 1923, S. 292 f. Vollständiger in „Wirtschaft und Gesellschaft" 1921, Kapitel VII, S. 386—512, „Rechtssoziologie (Wirtschaft und Recht)".

[158]) K. G. Wurzel, Das juristische Denken[2], 1924, S. 93; vgl. dazu auch

b) Zur Soziologie des Juristenstandes.

Bevor wir diese Ursache noch etwas genauer besprechen, wollen wir uns klarmachen, weshalb dies Gedankensystem, diese Art Verschleierung dessen, was der Juristenstand leistet, heute nicht aufrechterhalten werden kann. Ihm widerstreiten Wandlungen sowohl der Erkenntnis wie des sozialen Verhaltens. Es ist einmal eine vertiefte Soziologie des Wissens und alles Schul- und Wissenschaftsbetriebes, die auch die Geistestätigkeit als Funktion des gesellschaftlichen Lebens wertet und dadurch die Art der Autorität des gesetzgeberischen Willens und die „logische" Auslegung des Richters durchschaut. Sie sieht nämlich in den Rechtsbegriffen nur eine Schul- und Kunstsprache. Diese Kunstsprache ist mithin allen Mängeln und Unklarheiten des Sprechens ebenso unterworfen wie die Laiensprache. Das schadet auch nichts; denn sie dient ja nur der Verständigung innerhalb des Juristenstandes. Es gibt eben Fachsprachen, sobald Fachleute unter sich sind. In den Urteilsgründen verständigt sich der Richter mit seinen Standesgenossen, um sie zu überzeugen, daß er keinen Kunstfehler gemacht hat. So wird das juristische Sprechen als das erkannt, was es ist: eine spezialisierte geistige Funktion. Es verliert aber eben damit den erhabenen Rang einer dem Sprechen übergeordneten „Denktätigkeit". Denn wir denken, um zu sprechen. Das Denken ist nur subjektiver Anlauf zum Sprechen oder subjektives Nachdenken des Besprochenen. Die Rangordnung ist also nicht

Denken			
Sprechen	sondern:	Juristensprache (Schulsprache)	Geschäftssprache (Verkehrssprache).

Die Definition selbst ist also nicht nur etwas Gedachtes, sondern auch etwas Gesprochenes, weil sie ja zwischen Lehrer und Schüler, Schreiber und Leser mitgeteilt, gegeben und genommen zu werden erfordert wie alles Sprachgut[159]). Der Richter aber funktioniert als Vermittler

---

Wurzels Schrift „Die Sozialdynamik des Rechts, die Lehre von den Eigenkräften des Rechtslebens als Verbindungsgebiet der auseinanderstrebenden Rechtstheorien". Wien 1924, K. Bondi & Sohn.

[159]) Für das Pandektensystem ist diese Leistung schon erwähnt bei Anm. 152. Bekannt sind die Sätze bei Stölzel, Schulung für d. ziv. Pr.[7], 31: „Das Pandektenheft Vangerows steht gegenwärtig noch neben meinem Schreibtische. Alles, was in dem Hefte seinen Platz gefunden hat, ist für mich mein ganzes Leben hindurch im römischen Recht das Regal gewesen, in das ich einordne, was meinem Kopfe irgendwo zum Einordnen geboten wird."

zwischen beiden Sprechweisen und Geisteswelten[160]). Er selbst spricht beide[161])! Damit fällt Licht auf beide Sprechweisen, auf die entscheidende wie auf die erkennende. Beide kommen neu zu Ehren. Zunächst die Erkenntnis. Denn es kann nicht davon die Rede sein, daß der Richter dadurch, daß wir ihn einer Kunstsprache statt eines Kunstdenkens mächtig erkennen, weniger gewissenhaft und rein zu erkennen vermöchte. Das können nur jene inhaltlosen Rechtsmathematiker wähnen, die rationale Erkenntnis mit naturwissenschaftlicher Erkenntnis gleichsetzen. Aber diese Rechtsmathematik der Neu-Wiener Schule ist nur das Symbol des Zusammenbruchs des alten Machtstaates Österreich. Kelsen, der für das machtlose Deutschösterreich die Verfassung schrieb, ist begreiflicherweise auch der Erfinder des inhaltlosen Rechts. Er neuert damit nicht[162]), sondern führt ganz im Gegenteil die mechanistische Epoche naturwissenschaftlicher mathematischer Tendenzen, wie sie seit 1600 das juristische Weltbild bestimmen[163]), radikal durch Übertreibung zu Ende. Diese Übertrumpfung der Form durch die immer noch reinere Form im Streit der Sander, Kelsen, Kaufmann geht niemanden mehr irgend etwas an[164]).

---

[160]) Savigny an Bluntschli 6. Mai 1837: „Der wissenschaftliche Mensch insbesondere hat den ungemeinen Vorteil, in zwei Welten zugleich zu leben. ich meine in zwei Welten als Schauplatz äußerer Tätigkeit (denn in anderem Sinn soll jeder Mensch in zwei Welten leben), und aus jeder Lebenskräfte zu saugen." W. Oechsli, Briefwechsel J. K. Bluntschlis, Frauenfeld 1915, S. 39.

[161]) Über die Wichtigkeit dieser Doppelpoligkeit seiner Sprache, Rosenstock, Werkstattaussiedlung 1922, S. 176 ff., S. 11 ff. Darüber, daß Sprache, Fachsprache, nicht „Denken" in Begriffen vorliegt, weil ja Mitteilung *vorausgesetzt* wird und der Denker ja *Bücher schreibt*, Rosenstock, Angewandte Seelenkunde 1924, Hans Ehrenberg, Disputation über den deutschen Idealismus, Band I, 1923, und III, 1925.

[162]) Dem Satz S. Marcks, Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie 1925, S. 10: „Die Konsequenzen ... (Kelsens) bedeuten Bruch mit aller bisherigen Rechtswissenschaft", kann ich daher nicht zustimmen. Es muß eher heißen: Der Bruch (und Zusammenbruch) bei Kelsen ist die Konsequenz der bisherigen einseitigen *Theorie* der Rechtswissenschaft und Wissenschaftstheorie überhaupt.

[163]) Oben bei Anm. 75 ff. Ein krasses Beispiel naturwissenschaftlicher Monomanie bietet das Buch eines anderen Wieners, Bernhard Stark, Die Analyse des Rechts, eine Beschreibung der Rechtsidee auf Grund der Psychophysiologie des Organismus, Wien 1916.

[164]) Vgl. an Kritikern G. A. Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, München 1914, S. 151 ff.; E. Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, dessen Untertitel lautet: Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft, Tübingen 1921.

Nein, es gibt noch eine toto coelo, davon verschiedene und dennoch wissenschaftliche Erkenntnis. Und ihre Ermittlung ist notwendig, um Rückfälle in das mathematische Weltbild, in dem man mit Begriffen rechnet oder zu dem man mindestens eine Parallele sucht, zu hintertreiben.

Das richterliche Erkennen ist nicht theoretische Erkenntnis eines „Objekts". Es ist der Irrtum aller neuzeitlichen idealistischen Methodenlehre, als einzigen Gegenstand der Erkenntnis — den „Gegenstand", das „Objekt" zu setzen. Diese angeblich einzige Art des Erkennens beschränkt sich nämlich auf die ungeformte, außerhalb des Subjekts chaotisch unerkennbare Natur, auf die Welt also, der sich das anschauende Subjekt als transzendentales Ich gegenüberstellt. Für die Methode dieser Art ist es richtig, wenn Marck sagt: „Alles Erkennen ist auf ein Sein gerichtet, will feststellen das, was ist, wendet sich dem Objekt zu ... Die Rolle des Subjekts ist die entscheidende Grenzlinie, die die einzelnen Geltungsgebiete, insbesondere das theoretische und das außertheoretische, radikal scheidet. Nur durch dieses wird die klare kantische Trennung von Sein und Sollen überhaupt ermöglicht." Dies ist aber die naturwissenschaftliche Methode. Sie läßt sich bis tief hinein in die Kulturwissenschaften erstrecken, wo immer man wertfrei über tote Gegenstände urteilt[165]). Anders dort, wo es um der Menschheit große Gegenstände geht: im Recht. Hier geht es gerade auf Tod und Leben, um die Entscheidung über Tod und Leben. Das Todesurteil im Strafprozeß ist nur scheinbar ein Grenzfall. Jedes Urteil wirkt lebenspendend oder lebenvernichtend. Der Richter wagt es darauf. Wie oft muß er töten, einfach weil ihm der Fall nur unvollkommen bekannt wurde[166])!

Kaufmann macht eben der Philosophie den Prozeß, soweit sie neuzeitlicher transzendentaler Idealismus ist.

[165]) Über diese idealistisch-naturwissenschaftliche Methode „voraussetzungsloser" Wissenschaft treffend Wilhelm Haas, Die Einheit Europas, Erlangen 1925, S. 35: „Nur das, was unabhängig von der Erfahrung und ihren Forderungen und vor ihr besteht, (kann) unbeschränkt und gültig auf sie angewandt werden. Drückt sich darin das Verhältnis der reinen Mathematik zur Natur aus, so enthält es zugleich den Gedanken der zweckfreien Wissenschaft überhaupt; das zeigt sich darin, daß es der Ehrgeiz geblieben ist, das Anwendungsgebiet der Mathematik bis in die Erscheinungen des seelischen und sozialen Lebens hinein auszudehnen."

[166]) Dies wird für die theoretische Grundlegung zu Unrecht als bloße bedauerliche Unvollkommenheit behandelt. Es läßt sich aber nicht alles Leben

Trotzdem muß er nicht nur richten, sondern unausgesetzt auch dieses Tun wissenschaftlich „unterbauen". Aber bei diesem Wissen befindet er sich nicht im Denkbereich des „Objektiven". Denn dies Wissen richtet sich auf die Erkenntnis seiner soeben oder gleichzeitig geschehenden Funktion! Der Richter, der Gesetzgeber, der Verteidiger, der Rechtsgelehrte, der Lehrer des Rechts — alle Angehörigen des Juristenstandes, soweit sie wissenschaftlich ihre Urteile klären, erkennen nichts „Objektives". Ebensowenig müssen sie aber schon deshalb, weil ihnen das Objekt fehlt, das Erkennen zweckhaft zu subjektiven, etwa zu politischen Werturteilen mißbrauchen. Diese Alternative ist nicht notwendig. Sondern etwas Drittes, zwischen objektiv und subjektiv Wißbares suchen sie zu erkennen: ihre eigene Wirkung, ihre eigene Funktion: der Richter ist „objektiv" gegen sich selbst. Die vielgerühmte richterliche Objektivität ist also nicht die Objektivität des Naturforschers. Sie ist Objektivität gegenüber den Leidenschaften in der eigenen Brust! In der Welt der Geschichte und Kultur sind wir nicht in der Welt der Objekte. Der Richter findet sich als Glied der Gemeinschaft vor und ist ihr „Spezialist für Entleidenschaftlichung", für Friedensstiftung. Die Zauberworte der Entleidenschaftlichung sind das Sich-miteinander-vertragen, das Suum cuique, das Aequum et bonum. Sie sind echte „Prinzipien", nämlich die ersten Ansätze für den Heilungsvorgang, den der Richter durch seine Funktion selber verkörpert! Er hört beide Parteien, er vernimmt Kläger und Beklagte, Ankläger und Angeklagten. Dieses gleichmäßige Gehör ist das Existenzminimum des Rechts. Läßt sich die Gleichheit bis in das Urteil hinein durchtragen, um so besser. Aber besser etwas als gar nichts. Selbst ein Fehlurteil ist — weil es unvermeidlich ist — erträglich, wenn mindestens die ersten Handlungen des Richters: Ladung, Verhör, Beweisaufnahme unparteiisch verlaufen! Die erste Bedingung der Befriedigung ist damit erfüllt. Die gleiche Behandlung beider Parteien durch den Richter ist die Wurzel aller Gleichheit. Es gibt kein „materielles" Recht, das nicht kraft der konkreten gleichmäßigen Behandlung der Parteien durch den Richter täglich neu seinen Gehalt der aequitas neu gewinnen müßte. Der österreichische Oberste Gerichtshof hat einmal schön ausgesprochen, daß es zu den „natürlichen Rechtssätzen" des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches gerechnet wer-

---

retten. Der Arzt ist auch nicht dazu da, alle Schmerzen oder gar den Tod abzuschaffen. Vgl. auch H. Rogge, S. 15 ff.

den müsse, „daß keine Partei vor der anderen begünstigt werde und daß der Schutz der Gesetze beiden und nicht bloß dem einen Kontrahenten zustatten komme[167])."

Diese Friedensbedingungen, die er selbst setzt, nachzuprüfen, ist die Erkenntnisaufgabe des Juristen. Da er sich in der Gemeinschaft wirkend vorfindet, da er wirken muß und gewirkt wird — denn die Leute kommen vor ihn und er gibt ihnen Gehör —, so kann er nur erkennen, was ihm geschieht und wie ihm geschieht. Der Jurist muß sich entscheiden, nicht etwa nur im Endurteil, sondern unablässig. Die Funktion aber und die Wirkungen dieser Entscheidungen dauernd ins Bewußtsein zu erheben, ist sein reiner Erkenntnisvorgang; und dieser Vorgang steht in der Mitte zwischen Selbsterkenntnis und Objekterkenntnis deshalb, weil weder seelische Geheimnisse des eigenen Ichs erkannt werden sollen noch außerpersönliche Gegenstände. Sondern im rechtswissenschaftlichen Erkenntnisvorgang rationalisiert sollen nur jene Vorgänge und Wirkungen werden, die den Herrn H zur Richterpersönlichkeit stempeln. Wirkend werden wir Person. Richtend wird der Richter. Daß in der Neuzeit, wo der Rationalisierungsprozeß Staat und Private ergreift, neben die Buchführung des Kaufmanns und das Budget des Staates die Gründe des Richters und die Motive des Gesetzgebers treten, ist nicht verwunderlich. Die Funktionäre des sozialen Kosmos werden zur Rechenschaftslegung auf allen Kulturgebieten angehalten.

Daraus ergibt sich der Sinn aller rechtswissenschaftlichen Haltung. Ihr Tun, die eigene Funktion zu erkennen, ist weder ein subjektiver noch ein objektiver, sondern ein Personalisierungsvorgang eines Funktionsträgers, einer Amtsperson. Die Erkenntnis ist höchstpersönlicher Art, weil sie das „einmalige Gesetz" einer geschehenden „geschichtlichen" Entscheidung, eben „die" Entscheidungsgründe, ins Bewußtsein hebt. Die eigene Wirkung erkennen zu wollen, ist die Selbstbescheidung des Gerechten. Der noch gar nicht bis zur Selbsterhebung ins Rechte Vorgedrungene, der Triebmensch, die „Partei", ist gegen die Wirkung, gegen die Rolle und Funktion, die ihr im gesellschaftlichen Ganzen aufgetragen ist, blind und deshalb gegen ihre Erkenntnis verschlossen. Sie weiß gar nicht, daß sie Träger einer geistigen Rolle, Person sein soll und sein könnte, und

[167]) Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des K. K. obersten Gerichtshofes, herausgeg. von Glaser und Unger, Neue Folge V, 1797, vom 4. März 1902, Nr. 2511, zitiert bei Stanislaus Pniestrzánski, Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB., Wien 1911, II, S. 7.

so wird sie es auch nicht! Der Gewissenhafte hingegen legt Rechenschaft ab von seinem Tun. Durch diese Rechenschaft verantwortet sich der Gerechte vor allen denen, die um seine Lage und seine Aufgabe wissen. Und so erwächst aus dieser Rechenschaft die Verbindlichkeit, die jedes einzelne Erkenntnis eines Juristen für den gesamten Juristenstand zu gewinnen vermag. Kein transzendentales Ich gewinnt sich Rechtswissenschaft. Sondern nur im Kreise der Mitwisser, der Mitträger einer Kulturaufgabe gilt die Ratio legis, die Vernünftigkeit, ohne die es keine Wissenschaft geben kann.

Mithin ergibt sich: Die Rechtswissenschaft erwächst aus der Gewissenhaftigkeit des Juristen gegen sich und seinen Stand, aus seinem Bedürfnis, sich zu verantworten. Zunächst schuldet der einzelne Richter sich selber Rechenschaft, er macht sich sein „Konzept", seinen Vers auf die Sache; alsdann dem Gericht, dem er angehört, in dessen Rahmen er sein Votum abgibt. Das Gericht schuldet Rechenschaft scheinbar den Parteien, aber nur scheinbar. Denn die Parteien können nicht mehr als sein Urteil begehren. Das Gericht ist ihnen nur die Kraft eines Urteils (Gerichtskraft, Rechtskraft) zu leihen schuldig. Die Rechenschaft der Urteilsgründe legt das Gericht nicht den Parteien, sondern den Gerichten, mit denen es im Instanzenzuge verbunden eine Urteilergemeinschaft bildet, auf. Sein Urteil ist ja nur ein Teil des endgültigen Erkenntnisses. Demnach bekennt sich das Gericht kraft seiner Gründe zur Rolle des Mitwirkenden an der Urteilsbildung. Und so ist es das Zusammenwirken zu gemeinsamer oder doch paralleler Urteilsfindung, die geistige „Kollegialität", die aus der Gewissenhaftigkeit der Einzelrichter durch gegenseitige Rechenschaftsablage eine Rechtswissenschaft hervortreibt. Auf dieser Stufe ist Roms Rechtswissenschaft stehengeblieben. Die Rechtswissenschaft der Neuzeit steht auf einer höheren Stufe. Das Neue ist, daß viele Staaten „Rom" werden wollen. Mithin treten nun auch die vielen Gesetzgeber innerhalb der europäischen Staatenwelt in die gleiche Konkurrenz ein, die im alten Rom nur für die Richter bestand. Rom war einzig! Der Staaten der Neuzeit sind viele. Die Staatsmänner beginnen, ihre Gesetzesmotive verantwortlich darlegen zu müssen vor einer öffentlichen Meinung der europäischen Rechtsgelehrten! Die zünftige Rechtswissenschaft der Universitäten als solche ist dann nur die Aussonderung dieses theoretischen Erkenntnisstrebens aller europäischen Gesetzgebung und Rechtsfindung zu Lehr- und Systemzwecken, ist nur die Verarbeitung der geschehenen Entscheidungen

zum geschichtlichen, überschaubaren Bilde für den noch ungeschichtlichen Nachwuchs. Diese Rechtswissenschaft der Hochschule ist eine Bewältigung und Fortbildung des Erkennens, damit der Neuling im Richter seine Funktionen desto leichter und schneller und deutlicher erfasse. Der Neuling im Richter — das ist natürlich nicht nur der Student, sondern jeder Richter für die Fälle, die ihm neu sind! Die Neuzeit hat sich über die römischen Rechtsgelehrten erhoben, weil sie die Fürsten Europas zu einem Wettlauf im Gesetzgeben angespornt hat, wo das alte Rom nur einen Wettlauf der Richter kannte. Aber sie hat eben deshalb die Leistung des Richters als bloßen Erkenntnisvorgang sich vorgestellt. Das ist falsch. Zwischen Gesetzgeber und Richter besteht dieser Unterschied in dieser Einfachheit nicht. Der Gesetzgeber drückte im neuzeitlichen Staat den Richter nieder, u. a. weil der Gesetzgeber genügend durch die Rivalität der europäischen Nachbarn bedrängt war. Aber für Richter wie für Gesetzgeber ist Entscheidung und Erkenntnis zu trennen. Bei beiden ist der Primat der praktischen Vernunft gegeben. Wie oft werden richtige Entscheidungen falsch begründet. Dann haben die Parteien den Vorteil, der Juristenstand hat den Schaden. Denn die Einheit seiner Erkenntnisfunktion funktioniert dann nicht. Wie oft werden falsche Entscheidungen richtig begründet! Dann haben die Parteien den Schaden, aber ohne daß der Juristenstand leidet. Denn nur die Entscheidungsfunktion funktioniert dann nicht.

Ohne das Gewissen des Richters, das beide Welten als Einheit verantwortet, gibt es weder echte Wissenschaft noch echte Gerechtigkeit. Diese Gewissenhaftigkeit verwirklicht sich im Einsatz des Richters in eine bestimmte Lage. Jedes Urteil bedarf deshalb des Datums! Das heißt, es gibt keine „Grundnormen", kein Wissen in der Rechtswissenschaft, kein Verständnis für die richterlichen Entscheidungsgründe noch für die Motive des Gesetzgebers, wenn sie „sub specie aeternitatis" gesehen werden. Es gibt sie nur, wenn Gesetz und Urteil als Einträge ins Tagebuch mit Tag und Monat und Jahr der Entscheidung gewürdigt werden. Denn sie selber sind in der Zeit geschehende, soziologisch-geschichtliche Personifizierungen und Objektivierungen. Sie stammen nicht aus der Ewigkeit der Seele oder der Vernunft. Daher ist es auch keine Schande, daß „ein Federstrich des Gesetzgebers ganze Bibliotheken der Rechtswissenschaft in Makulatur verwandelt". Das wäre nur dann ein Indiz gegen die Rechtswissenschaft, wenn der Wille des Gesetzgebers selbst wie Pallas aus dem Haupt des Zeus entspränge. Aber der

Staat ist selbst zeitgenährt. Der Gesetzgeber kann keinen Federstrich tun, den diese Rechtswissenschaft nicht vorbereitet hätte! Die Vorgeschichte des Gesetzes gehört ja zu seiner Geschichte. Im Gesetz oder in einem Urteil des Reichsgerichts läutert sich eben die Rechtswissenschaft selbst, und ein langer Gärungsprozeß ist dieser Läuterung vorhergegangen, den „der Federstrich" keineswegs entwertet.

Sagen wir damit nur, daß die Rechtswissenschaft keine Natur-, sondern Kulturtatsachen vorgelegt erhält? Das könnte als Gemeinplatz gelten. Deshalb wollen wir noch einmal betonen, weshalb unseres Erachtens dieser Satz doch in der bisherigen Formulierung nur die halbe Wahrheit sagt. Die andere Hälfte hat sich die Neuzeit von 1600 bis 1900 mit ihrer Verewigung des Gesetzes und ihrer Vertheoretisierung der Richterfunktion durchaus verschwiegen. Sie ging von einem verengten Erkenntnisbegriff aus[168]).

Alle Rechtswissenschaft empfängt einen vorgeformten Tatbestand; aber der Jurist selbst gehört mit in ihn hinein, er findet sich als in ihm mitwirkend bereits vor[169])!

Die Entscheidung ist also schon hinzugekommen; ihr Zug und ihre Forderung ist wirksam, hinzugekommen als ein Stück Zukunft. Jede Zukunft aber schafft die ihr zugehörige Vergangenheit, durch deren Geschichte sie sich heraushebt, abgrenzt und vor

---

[168]) Ein schlagendes Beispiel für die Ausstoßung gerade der Erkenntnis, auf die es dem Juristen ankommt, findet sich z. B. in Fichtes Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre 1796, Einl. I, 4: „Indem das vernünftige Wesen handelt, wird es seines Handelns sich nicht bewußt; denn es selbst ist ja sein Handeln und nichts anderes: das aber, dessen es sich bewußt wird, soll außerhalb dessen liegen, das sich bewußt wird, also außerhalb des Handelns; es soll Objekt, d. i. das Gegenteil des Handelns sein. Das Ich wird nur desjenigen sich bewußt, was ihm in diesem Handeln und durch dieses Handeln (bloß) und lediglich dadurch entsteht; und dieses ist das Objekt des Bewußtseins oder das Ding... Wer von einem anderen Dinge redet, versteht sich selbst nicht." Der von den Idealisten ausgeübte geistige Terror wird gut geschildert bei Hans Ehrenberg, Disputation, drei Bücher vom deutschen Idealismus I, Fichte (1923), S. 11 ff.

[169]) Falls Marck zum „Recht" die Entscheidung hinzurechnen will, die begründet werden soll, kann ich mit ihm einig gehen, wenn er sagt: „Die Jurisprudenz konstruiert ihren Gegenstand nicht, erzeugt nicht selbst synthetische Urteile a priori, sondern ihr fällt die Aufgabe zu, die ‚prozessiven Synthesen' des Rechts in regressiver Analyse aufzulösen und zu begreifen." S. Marck, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie 1925, S. 47. Rosenstock, Soziologie I, 52.

allen Dingen sichert. Keine Entscheidung läßt sich aus Gründen ableiten. Denn alle Gründe bleiben als „Unterkellerung" (Troeltsch) unterhalb der Basis, auf der sich alles Vollwirkliche zwischen Menschen abspielen muß. Aber jede Entscheidung wünscht Gründe, um nicht als Zufall weggeweht zu werden; sie wünscht Gründe, um sich zum Recht zu vollenden, um sich als Recht fertigzumachen, oder wie man früher kurz dafür sagen konnte: um sich zu rechtfertigen.

Somit ist die Erkenntnis, die Ratio unserer Wissenschaft als zeitgenährt, und zwar von der Zukunft her in die Vergangenheit zurückleuchtend, dargetan. Es fällt aber von hier aus auch Licht auf die andere Sprechweise des Juristen, Richters wie Gesetzgebers, auf seine oft berufene Pflicht, deutsch zu sprechen. Wie verhält es sich damit? Auch hier gibt die Dialektik, die Übersetzungsaufgabe, vor der er steht, Aufschluß. Auch hier gibt es kein Entweder-Oder, sondern er ist Scharnier und Bindeglied zweier Welten. Das Urteil setzt eine geistige Größe neu in die Wirklichkeit ein, die nach zwei Richtungen hinweist: diese Entscheidung muß in ihrem Tenor in die Geschäftssprache des Lebens sich übersetzen lassen, in ihren Gründen aber in die Kunstsprache der Juristen zurückübersetzbar oder auflösbar sein.

Die funktionelle Behandlung des Rechts als bloßen Mitarbeiters im Kräftespiel der Gesellschaft macht es aber unerläßlich, daß die richtende Erkenntnis des Richters nur richtet und nicht zugleich selbst Schaden anrichtet! Worte sind gefährlich, wo Definitionen gefahrlos scheinen. Worte richten im Laiengemüt wie im Juristengehirn unberechenbare Wirkungen an. Die Lehre von der Jurisprudenz als reiner Begriffswissenschaft nahm auf die Wirkungen grundsätzlich keine Rücksicht, die in uns Menschen durch Worte angerichtet werden, weil sie ja im Rechtswort die sprachliche Funktion ignorierte und rein deutlerische, definitorische Wirkungen für „denkbar" hielt und hält.

Aber die gesellschaftlichen Mächte hören aus dem Richterspruch nicht, was der Richter sich, sondern was sie sich dabei denken! Und wenn sie nicht pädagogisch zum Verständnis seiner Urteile hingeleitet werden, richten die Urteile, obwohl sie richtig richten, dennoch weil sie falsch vernommen werden, Unheil an.

Der alte Klopstock hat einmal ein Gesetz vom Jahre 1603 fingiert des Inhalts: „Auf immer sollte der die Belohnung der Republik entbehren, der ein Wort aufbringt, das nur ein Jahr und nur in einer

Wissenschaft Verwirrung anrichtet", geschweige denn im Laienvolk[170]).

Soviel über den einen Grund, der es verbietet, die Funktion der „Entscheidung" für die Möglichkeit des Nachdenkens über sie, d. h. für die Entstehung von Rechtsgedanken und damit von Rechtswissenschaft zu übersehen. Wir sind des funktionellen Charakters aller Geistestätigkeit innegeworden. Denken ist nicht Selbstzweck, sondern ist der Prozeß, in dem Fachleute sich als Fachleute, als Schule konstituieren[171]).

Der zweite Grund, der die Juristen als Stand in den Vordergrund rückt und ihre Wissenschaft, ihre Theorie dieser sozialen Funktion als Berufsträger unterordnet, ist die brutale Industrialisierung der Justiz. Solange die Richter bloß zu „erkennen" scheinen, ist der Justizthron zeitentrückt, erhaben über die Gesellschaft, Ausdruck der staatlichen Hoheit. Wie aber, wenn der Staat selbst auf die Parteien nur noch den Eindruck eines gesellschaftlichen Mitarbeiters, eines Betriebes macht?

Tatsächlich erscheint das Gericht den Mächten der Gesellschaft heute als ein bloßer soziologischer Transformator, durch den gewisse Widerstände in den gesellschaftlichen Betrieb eingeschaltet werden, die mehr oder weniger stören. Ein Handbuch praktischer Werkpolitik äußert sich mit erfrischender Deutlichkeit darüber. Wir lesen dort: „Der Verkehr der Firma muß die persönliche Konstruktion des Ge-

---

[170]) Klopstock, Die deutsche Gelehrtenrepublik, Werke (Göschen 1823), 12, 95. Vgl. dazu auch in der oben, S. 147, Anm. 143, zitierten Schrift Ernst Landsbergs S. 63 ff. und zum ganzen Gedankengang meine eben deshalb als „programmatische Übersetzung" bezeichnete angewandte Seelenkunde (in Bücher der deutschen Wirklichkeit, Darmstadt 1924).

[171]) Ein klassisches Zeugnis für diese Stellung des Denkers zwischen Schule und Welt findet sich in Kants Briefwechsel an Marcus Herz nach dem 11. Mai 1781, Zählung der Akademieausgabe Nr. 127: „Schwer wird diese Art Nachforschung immer bleiben. Denn sie enthält die Metaphsik von der Metaphysik, und gleichwohl habe ich einen Plan in Gedanken, nach welchem sie auch Popularität bekommen kann, die aber im Anfange, da der Grund aufzuräumen war, übel angebracht gewesen sein würde . . ., sonst hätte ich nur von demjenigen, was ich unter dem Titel der Autonomie der r. U. vorgetragen habe, anfangen dürfen, welches in sehr blühendem Vorträge hätte geschehen können, und dem Leser Lust gemacht hätte, hinter die Quellen dieses Widerstreites zu forschen. Allein der Schule muß zuerst ihr Recht widerfahren, hernach kann man auch dahin sehen, daß man der Welt zu Gefallen lebe."

richts, gleichsam die Soziologie der Gerichtsbarkeit am Orte, genügend kennen. Er muß die Vorsitzer und ihre Eigenarten kennen, die typische Besetzung der Beisitzerstellen durch Vertreter der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Gewohnheiten der Behandlung, die Neigung des Vorsitzers zu Kompromissen und Vergleichen oder seine Bereitschaft zu kühlen, klaren Entscheidungen usw. Er muß . . . mit dem Tatsachenmaterial nach Wunsch operieren können . . . Er muß die Zeugenkette nach dem Grundsatz der Steigerung aufmarschieren lassen . . . usw. usw.[172])."

Aber auch dort, wo der Gerichtsbetrieb besser gewürdigt wird, nimmt man den Richter nicht so sehr als unnahbare Monade denn als ein Element, das soziologische Verbindungen einzugehen hat: „Sind die Richter zweiter Instanz nicht geeigneter als die der ersten, so entfällt jede Wahrscheinlichkeit, daß das Berufungsurteil mehr Garantien für eine gerechte Entscheidung in sich trage als der angegriffene Spruch . . . Hier kann nur eine sorgfältigere Personalpolitik helfen . . . Viel mehr als bisher ist darauf zu achten, daß im selben Kollegium Richter zusammentreffen, die sich in ihrer Wesensart ergänzen. Wo im selben Kollegium nur Bedenkliche oder nur Unbekümmerte, nur Formaljuristen oder nur Opportunisten zusammentreffen, verstärken sich die Fehlerquellen. Schon deshalb sollte bei den Oberlandesgerichten die Besetzung der Senate mit fünf Mitgliedern baldigst wiederhergestellt werden, weil sich alsdann verschiedene Charaktere und Temperamente besser ergänzen können[173])."

Wenn das Gericht in seiner wirklichen, soziologischen Struktur so grausam unter die Lupe genommen wird, dann muß es sich mit einer sorgfältigen Erkenntnis seiner Funktion gegen diese respektlose „Verwertung" wappnen. Definitionen sind unglaubwürdig geworden. Das Abladen auf den „Parteiwillen" wird als „kryptosoziologisch" durchschaut, von den Mächten des gesellschaftlichen Lebens durchschaut. Die „Wesenslehren" von uns Juristen glaubt uns niemand mehr unbesehen. Das Gleichgewicht zwischen dem Willen der Privatpersonen und der Theorie des gelehrten Richters ist zerstört. Die Theorie hat selbst Willensgewicht! Alles

---

[172]) Josef Winschuh, Praktische Werkspolitik 1923, „Organisation der Prozeßführung", S. 99.

[173]) Leo Pasch, Die Aufgaben der zivilprozessualen Berufungsinstanz, in Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für den Geheimen Justizrat Max Fuchs, Berlin 1926, S. 17.

geistige Erkenntnisstreben ist voluntaristisch. Die richterliche Tätigkeit ist daher nur als eine pädagogische, nicht als eine „erkennende" aufrechtzuerhalten.

Der Prozeß, künstlich abgetrennt vom materiellen Recht, gewinnt seine Bedeutung zurück. Die Beweislast ist halber Prozeßverlust. Der Kampf um den Richterwillen ist soziologische Aufgabe des Prozesses. Ein Satz wie der, mit dem Friedrich Stein im Vorwort der ersten Auflage seines Grundrisses des Zivilprozeßrechts das Fehlen rechtsphilosophischer Betrachtungen begründen konnte: „Der Prozeß ist für mich das ‚technische Recht' in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar", ist ein bedenklicher Satz. Denn der Prozeß allein hat die gesamte Rechtswissenschaft nötig gemacht, der Prozeß vor dem in der Schule eingelernten Richter. Die Rechtswissenschaft der Neuzeit ist der Prozesse vor „gemieteten Doktoren" wegen, allerdings auch der ersparten Prozesse wegen da. Nicht Volksrecht und Juristenrecht stehen einander in der Neuzeit so sehr gegenüber als Parteienrecht und Prozeßjuristen.

Nicht Lebenstatbestände, sondern Prozeßtatbestände kommen vor den Juristen. Das heißt, er sieht die Dinge in umgekehrter Reihenfolge. „Das Nachdenken über die Formen des menschlichen Lebens, also auch ihre wissenschaftliche Analyse, schlägt überhaupt einen der wirklichen Entwicklung entgegengesetzten Weg ein[174])." „Wie, wenn die Rechtsfiguren eine Funktion des Prozesses sind und so erst mittelbar die Sphäre der Gerechtigkeit tangieren — wenn insofern Rechtsfindung und Rechtsschöpfung desselben funktionellen Herkommens sind[175])?" „Wie, wenn unsere Grundbegriffe des Rechts in dem Begriff Gericht einer Korrektur bedürfen? — Wie, wenn das Grundvorurteil in unserer Auffassung, daß die Gerichte der Parteien wegen existieren? ... wenn es das individualistische Vorurteil ist, welches meint, daß es sich beim Prozesse um privatwirtschaftliche Interessen und erst mittelbar um soziale Interessen handelt?" Es ist „neben seiner Exekutivfunktion auch eine Funktion des Gerichts, in gleicher Weise wie die Gesetzgebung präventiv auf das Rechtsgefühl der Menge zu wirken, so daß dies Rechtsgefühl den wirtschaftlichen Bahnen des Lebens zu

---

[174]) Karl Marx, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie I, 7. Aufl., 1914, S. 42.

[175]) Heinz Rogge, Methodologische Vorstudien 1911, S. 15.

folgen vermag . . .[176]). Entsprechend lehrt die beste Darstellung der Beweislast heute, der Richter könne nicht von der Wirklichkeit des Lebens, sondern müsse von den „objektiven Interessen des Verkehrs, Bedürfnissen des sozialen Lebens im allgemeinen, denen er zu genügen hat", ausgehen. „Das dispositive Recht lebt nicht von der Parteien Gnade, sondern es gilt ohne Willen der Parteien, nur nicht wider erklärten Willen." „Wesen und Zweck der dispositiven Gesetze verlangen diese Beweislastverteilung[177])." „Denn die naturalia negotii sind nicht, wie vielfach gelehrt wird, Bestandteile des Geschäfts, denn dann müßten sie von den Parteien als gewollt erklärt sein, und die Annahme, sie bildeten den „stillschweigend vereinbarten Inhalt" des Geschäfts, ist eine offenbare Fiktion, da die Parteien die vom Gesetz dispositiv geregelten Punkte in den seltensten Fällen bedacht haben; sondern es sind Rechtswirkungen, die an den Abschluß eines Rechtsgeschäfts vom Gesetze geknüpft sind[178]). „Die Gegenmeinung, die den Vertrag als solchen zum Grunde der Klage macht, verkennt u. a. den springenden Punkt; denn nicht der Vertrag, sondern das objektive Recht begründet die Ansprüche der Kontrahenten, und bei der Anwendung des objektiven Rechts kommt es allein darauf an, daß die Tatsachen, von denen die Rechtswirkungen abhängen, behauptet und nötigenfalls bewiesen sind[179])." Die Rechtswissenschaft also bahnt nicht der Auslegung individueller Willenserklärungen, sondern dem vernünftigen Ablauf von Lebensverhältnissen den Weg. Wir würden also die theologisch-naturrechtlichen Sätze Samuel Rachels, die wir oben abgedruckt haben[180]), soziologisch übersetzen müssen. Rachel sagte: „Der Mensch ist mit freiem Willen begabt und gebraucht ihn bei seinem Handeln. Gott hat ihm seinen Zweck bestimmt und auf ihn soll der Mensch seine Handlungen richten. Gott hat auch die Art und Weise vorherbestimmt, durch deren Innehaltung der Mensch den Zweck erreicht. Zweck und Mittel erkennt der Mensch aus den Naturgesetzen durch den Dienst und die Äußerungen des rechten Verstandes . . ." Wir könnten sagen: Die gesellschaftlichen

---

[176]) Heinz Rogge, a. a. O. S. 22 f.

[177]) Leo Rosenberg, Die Beweislast, S. 330 f. Unser Zitat umschließt z. T. Wendungen von Stammler und Windscheid-Kipp, die der Klarheit wegen oben im Text nicht noch besonders bezeichnet sind.

[178]) Leo Rosenberg, a. a. O. S. 329.

[179]) Leo Rosenberg, a. a. O. S. 296.

[180]) Oben S. 110, Anm. 21.

Funktionsträger bestimmen in der Regel die Ziele und brechen die Bahnen, auf denen der Mensch seine Bestimmung erfüllen kann. Ziele und Bahnen für seine freiwillige Mitwirkung drängen sich dem einzelnen durch die Gesetze des Landes und die Äußerungen der öffentlichen Meinung auf. Weil alles Recht schöpferisch die Lebensverhältnisse „bahnt", deshalb wird die Vorbereitung des Rechts durch das Geistesleben von wachsender Bedeutung[181]).

Daß sich das juristische Denken für die wirtschaftlichen Folgen verantwortlich fühlen müsse, ist heute Gemeingut. Auch hier führt der Gedanke des Juristenstandes über den Methodenstreit in streitloses Gebiet. Die Kontroverse Freirecht — logische Methode oder soziologisches — kryptosoziologisches Verfahren brauchen wir dazu nicht anzurühren. Ist sie doch leider durch das Übersehen der Rolle des Richterstandes und der Rechtsschule verfälscht worden. Der einzelne Jurist läßt sich nicht „individuell" mit dem „Gesetz" unmittelbar zusammenbringen. Man kann nicht am Richterstand vorbei nur über Gesetz und Richterindividuum philosophieren. Eine „soziologische" Schule, die den eigentlichen soziologischen Tatbestand der Instanzen und des Juristenstandes hinter jenem „persönlichen" und abstrakten geistigen Verhältnis zurücktreten läßt, schlägt sich in ihrem eigenen Begriff[182]). Die Geschichte der Aufwertung mit dem Beschluß des Richtervereins am Reichsgericht[183]) ist ein klassisches Beispiel für die Soziologie des Juristenstandes[184]). „Der (einzelne) Richter" und „der Gesetzgeber" sind eben beides nur Grenzwerte innerhalb der Rechtsgelehrtenzunft. In individueller Selbständigkeit existieren beide nicht! Geist haftet nicht an physischen Menschen, nur an Funktionsträgern innerhalb eines Kraftfeldes.

---

[181]) Rogge, a. a. O. S. 23: „Die eigentliche Gesetzgebung würde sich in der Tätigkeit erschöpfen, welche zuvor gesetzgeberische Vorarbeit war." Mein Ewiger Prozeß des Rechts gegen den Staat, S. 21. Paul Kretzschmar, Über die Methode der Privatrechtswissenschaft 1914, S. 26.

[182]) Vgl. auch James Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, 156 ff., 163.

[183]) Vgl. dazu auch Goldschmidt, Jur. Woch. 1924, 245 ff.

[184]) Die Nichteinführung eines Gesetzes durch den Richterstand ist immer vorgekommen. „Das erste Gesetz (RA. von 1551, § 79) war an sich selbst unmöglich zur Vollziehung zu bringen und hat deshalb in seiner buchstäblichen Allgemeinheit keinen Gerichtsgebrauch erhalten." Runde, Grundsätze des gem. dtsch. Privatrechts[5] (1817), S. 639. Staatsjuristen wie Thomasius eifern natürlich gegen diese Kraft des Gerichtsgebrauchs und trennen ihn vom Gewohnheitsrecht möglichst weit. Landsberg, Gesch. d. dtsch. Rechtswissensch. I, 91. Anders Couring: Stintzing-Landsberg II, 31.

Aber so verfahren der Methodenstreit durch diese falsche Dialektik hie Gesetz, hie Richter eine Zeitlang schien, so einig ist sich doch der Stand der Rechtsgelehrten über den Einzug des Werturteils in die Jurisprudenz. Wir fügen ein unpolemisches Zitat hier ein. Denn in der selbstverständlichen Schlichtheit seines Tones sagt es am besten, wie völlig die logische Automatik bereits preisgegeben ist: „Die Beantwortung (ob Gemeinschädlichkeit vorliegt) stellt an den Richter keine wesentlich anderen Anforderungen, als sie sonst in der heutigen Rechtswissenschaft üblich sind. Ganz allgemein wird heute vom Richter verlangt, daß er sich bei der Auslegung des Gesetzes die volkswirtschaftlichen Folgen klarmacht und danach die Wahl zwischen verschiedenen möglichen Auslegungen trifft[185])." So tritt das Gericht ein in den zeitlichen Vorgang der Bahnung. Kein Wunder, daß diese Tatsachen des prozessualen Denkens in den Streitverfahren der Kräfte und Zweigherrschaften, d. h. im Schlichtungsverfahren und im Kartellprozeß, heute neu sich aufdrängen. Ohne sich auf diese Vorgänge im Vorfeld der Justiz ausdrücklich zu beziehen, ist soeben eine „Kritik des prozessualen Denkens" erschienen, die auf den Einsatz von Kräften (statt von Rechtssubjekten) in den Prozeß hinweist. Dieser Kräfteeinsatz mit seinen Lasten, Aussichten und Möglichkeiten richtet sich gegen die Macht des Staates, damit die Rechtskraft gewährt wird. James Goldschmidt operiert u. a. mit dem m. E. sehr glücklichen Kriesschen Begriff der „Überholung", der die wechselnde Funktion der einzelnen prozessualen Handlung gut bezeichnet[186]). Im Eherecht enthält ja die „Verzeihung" und die unter sie subsumierten Unterlassungen des „verzeihenden" Ehegatten Handlungen des „schuldigen" Ehegatten gegenüber ein ähnliches Kräftespiel mit möglichen „Überholungen"[187]). Dasselbe findet sich bei allem gesellschaftlichen Kräftespiel, z. B. bei Mitgliedschaftsverhältnissen. Die „zwischenzeitlichen"[188]) Vorgänge werden entscheidend, nicht der Vertragswille.

---

[185]) Rudolf Isay, Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht 1922, S. 60.

[186]) J. Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage 1925, S. 337, S. 520.

[187]) Vgl. RGZ. 105, 106 f. „Die Verzeihung ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern die Äußerung eines inneren Vorganges von der Art, daß der verletzte Ehegatte die Ehe nicht mehr als zerrüttet empfindet."

[188]) Entscheidung des Kartellgerichts Nr. 52 vom 13. April 1925.

Für die Schicksale des Erfinders, des bergrechtlichen Muters sind von jeher eigenartige Kollisionsnormen zeitlicher Zusammenstöße bestimmend[189]). Prägnant ist der neue Begriff der vorübergehenden und doch bedeutsamen Situation in dem Gesetz über die religiöse Kindererziehung 1921 verwertet worden. Verträge über die religiöse Erziehung werden abgeschafft (§ 4). Bestehende Verträge können — ähnlich wie die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft — u. a. durch einseitige Anrufung der Behörde seitens eines Vertragsteiles zunichte gemacht werden. Das Gesetz schafft neu den Begriff der Einigung, die eine täglich betätigte, funktionelle Übereinstimmung der Ehegatten ist, deren Wirksamkeit mit dem Tode eines Ehegatten und mit jeder Entzweiung zwischen den Lebenden erlischt[190]). Trotzdem hat diese Einigung rechtsgestaltende Bedeutung. Sie schafft eine neue Situation, an der nicht vorbeigegangen werden kann. Nicht wie bei Auflösung eines Vertrages wird fingiert, es trete nun der vorhergehende Rechtszustand wieder ein. Sondern (§ 2) trotz Entzweiung kann ein Wechsel im „bisherigen" Konfessionsstand (d. h. dem unter der Herrschaft der Einigung eingeführten) nun nicht mehr einseitig von dem Elternteil, der die Sorge für die Person des Kindes herbeigeführt werden, wie es das zu Beginn vor der Herrschaft der „Einigung" vermocht hätte. Hier sind wir in zwischenzeitlicher, vorübergehender und doch wirkender Gestaltung. Doch die enge Fessel, die jede Rechtsfigur mit dem Moment des Vertragsschlusses zu verbinden pflegt, konnte eben deshalb zerschnitten werden.

Die Problematik gegenseitig wetteifernder Zeitabläufe für die allmählich sich wandelnde Rechtsstellung der schuldlos verlassenen Ehefrau ist jüngst in einer Dissertation eines Schülers von mir untersucht worden. Die Arbeit legt dar, daß die Zeit als Funktion, nicht etwa nur als Faktor für das allmähliche Erlöschen der Schlüsselgewalt dieser Ehefrau in dem Maße, in dem sie sich auf eigene Füße stellt, in Betracht kommt[191]).

---

[189]) Engländer, Zur Theorie des Patentrechts, Iherings Jahrbücher 71, S. 50 f.

[190]) Kipp bei Enneccerus II, 2[14], 522: „Die Einigung ist frei in dem Sinne, daß sie jederzeit widerruflich ist. Sie ist nicht ein Vertrag, dessen Wirkungen, wenigstens wenn er nicht widerrufen ist, auch nach dem Tode eines der beiden Vertragschließenden bestehen bleiben; sie wirkt nur als lebendig fortbestehende Einigung."

[191]) Wolfgang Haensel, Die Rechtsstellung der gegen ihren Willen grundlos verlassenen Ehefrau, Breslauer jur. Diss. 1926 (ungedr.).

Halten wir hier einmal inne, so können wir wohl feststellen:

Zwei Dinge hat die Rechtswissenschaft von 1600 bis 1900 vergewaltigt: die menschliche Zeit und sich selber, die Wissenschaft. Gerade dadurch aber hat sie die gewaltige Leistung des in diesem Zeitraum vollbrachten Staats- und Wirtschaftsaufbaus bewältigen können. Die beiden vergewaltigten Dinge lassen sich jedoch heute nicht länger verkennen. Denn diese „Dinge" werden heute als Großmächte des Daseins in ihren Funktionen allgemein erfahren und durchlitten. Dies ist der tiefere Grund der Justizkrise, daß an die zeitlose Funktionsentrücktheit der juristischen Vorstellungswelt nur noch Funktionäre von Richtervereinen glauben. Die Zeit wird ein Faktor des öffentlichen, die Rechtslehre ein Faktor des Vertragsrechts. Das Recht erzieht die Privaten dort, wo sie frei zu sein glaubten. Die Zeit beherrscht den Staat dort, wo er als Gesetzgeber ihr entrückt zu thronen schien. Damit fällt die Dialektik zwischen beiden, es fällt endgültig der für die staatliche Seite durch die Romantik bereits beseitigte Nutzen dieses dialektischen Prozesses nun auch für das Privatrecht. Die Willenslehre erklärt nichts mehr, denn die Welt bilden nirgends mehr, auch im Privatrecht nicht, Individuen, Personen außerhalb der Geisteswelt zwingender Bahnen, Märkte, Mächte. Natürlich bleibt der logische Sinn der Einteilung in öffentliches und privates Recht unantastbar. Diese Einteilung wird so wenig sinnlos, wie die Reformation die Einteilung in geistliches und weltliches Recht sinnlos gemacht hat. Aber kraftlos wird diese Einteilung.

Das Zünglein, das zwischen den Schalen des öffentlichen und privaten Rechts die Wage hielt, wird mit diesen Schalen dahingerafft. So wird nicht mehr gewogen. Auf der Schale des staatlichen Satzungsrechts liegt nunmehr erkennbar wirksam die Vergänglichkeit und Befristung. Auf der Schale des privaten Kürrechts liegt erkennbar wirksam die Großmacht der Rechtsbegriffe. Kein Wunder, daß auch die Lehre vom Willen, die eben das Zünglein an der Wage zwischen staatlichem und privatem Recht bildete, sich wandeln muß.

D. Zeitbahn und Freiwilligkeit.

Die Willenslehre der protestantisch-individualistischen Neuzeit ist unhaltbar für das Reich des Rechts. Sie ist ein Übergriff aus dem naturwissenschaftlichen Weltbild. Für die Natur und der Natur

gegenüber hat die idealistische Philosophie recht, aus Zeit und Raum als den Kategorien der Objektivierung das transzendentale Ich herauszulassen. Der Welt als Natur gegenüber sind wir Menschen Götter. Die Konkurrenz zur Theologie ist also auf diesem Gebiet möglich und gelungen. Die Philosophie gilt als Methode der Naturwissenschaften und Technik den Naturkräften gegenüber, zu deren Erkenntnis sie entwickelt wurde, denn hier schafft allerdings die Methode den Gegenstand [192]).

Der „Wille" der Theologen und Philosophen gründet sich auf der Erkenntnis, folgt ihr immer, weil er nur durch Erkenntnis besteht; er ist außer Raum und Zeit und bricht nur in diese beiden ein. Er war der freie Wille der ohnmächtigen Seele vor Gott, unnütz zu allen guten Werken, wie es im Katechismus heißt. Als dieser Wille aus der Theologie in die Rechtswirklichkeit versetzt wird, da wird er die vernünftige Freiheit der Individuen. Individuen aber, Personen, sind alle vom öffentlichen Recht als Willensträger des Privatrechts anerkannten Gebilde, Menschen, Vermögen, Verbände, Anstalten usw. Alle diese Willensträger des Privatrechts umgekehrt empfingen kraft Unterwerfungsvertrag (und seit der historischen Schule durch die „historische Notwendigkeit") ein für allemal ihr Rechtsdasein nur vom öffentlichen Recht her. Der Staat und sein Recht sind wirkende Macht; die Privatpersonen aber sind bestenfalls frei wollende Individuen oder Vielheiten von Genossen, „Verbandspersonen" [193])!

Die Industrie, von Privatrechtsindividuen, von den „Personen" des Handelsrechts ins Leben gerufen, kennt jedoch gerade diese „Personen" als wirkende Mächte, Mächte wie der Staat, wenn auch

---

[192]) Die Willenslehre der Neuzeit und die ganze Statische Rechtslehre sind mithin, genau wie Dilthey lehrt, Übergriffe der zeitgenössischen Weltansicht. Ihre relative Richtigkeit der „Welt" gegenüber steht außer Frage. Nur auf die menschliche Gesellschaft darf sie bei Gefahr der „Weltrevolution" nicht übertragen werden. Vgl. über die dritte Wissenschaft „von Mensch zu Mensch" als notwendige Ergänzung der alles aus dem Verhältnis Gott—Seele deutenden Theologie des Mittelalters und der alles aus dem Verhältnis Mensch—Welt deutenden, daher „weltanschaulichen" Naturwissenschaft der Neuzeit meine Angewandte Seelenkunde 1924, S. 71; Rosenzweig, Das neue Denken (im „Morgen" 1925).

[193]) Richard Schmidt z. B. überschreibt den § 1 seiner „Einführung in die Rechtswissenschaft": „Rechtsordnung als wirkende Macht". Die Person hingegen ist laut § 2, 2, „stets ein Wesen, in dem sich ein Sammelpunkt menschlicher Lebenszwecke und zweckbestimmter Willenshandlungen, Bestrebungen, verkörpert." Und Person wird gleich Persönlichkeit gesetzt!!

„nur" Kapitalsmächte, und sie kennt andere „Personen" als wirkende Kräfte, nämlich die Arbeitskräfte. Es ist für die Industrie unsinnig, den „Willen" der Kapitalsmächte mit dem „Willen" der Arbeitskräfte zu identifizieren. Die Kapitalsmacht hat offenbar einen qualifizierten Willen, der den Arbeitskräften fehlt[194]). Für die Mächte des Marktes gilt in etwa die Lehre von dem Vertragswillen. Bei ihnen muß das Recht auf diesen „Willen" weitgehend abstellen. Für Kräfte, die in einer Verbrauchergemeinschaft leben, die in eine Produktionsgemeinschaft (Betrieb) eingestellt werden, ist der Augenblick des Vertragsschlusses nicht geeignet zur Betätigung eines Vertragswillens; ihr Tun bei solchem Eingehen einer Ehe, beim Eintreten in einen Betrieb ist willige Erfüllung einer ihnen bestimmten Lebensbahn, nicht Begründung eines rechtlich originellen Vertrags[194a]). So sieht die Kraftwirtschaft einerseits Mächte, von selbstbewußtem Willen geprägt, vor sich, und anderseits Kräfte, die willig oder unwillig ihre Bahnen vollenden. Und zwar ist jede „Person" des Privatrechts bald Macht, bald Kraft. Der Unternehmer ist bloße Kraft gegenüber der Kapitalsmacht, als Betriebsinhaber ist er Macht gegenüber der Arbeitskraft. Als Sparer ist der Arbeitnehmer nicht Arbeitskraft, sondern Machtträger. Als Zweigherrschaft ist die geeinte Unternehmerkraft Macht. Kräfte müssen anders bewirtschaftet werden als Mächte. Die „Person" hat eine andere Willensqualität hier und dort. Was nützt gegenüber der Abhängigkeit unserer Kräfte die Deklamation über die natürliche Freiheit der Person? — Kant sagt: „Der Mensch, der abhängt, ist nicht mehr ein Mensch, er hat seinen Rang verloren, er ist nichts als Zubehör eines anderen Menschen[195])." Gewiß richtig, aber eine leere Allgemeinheit, weil wir in dieser Zeitlichkeit unseren „Rang" unrettbar und unaufhörlich ver-

---

[194]) Man lese RGZ. 110, 212. Die Eisenbahn hafte für die Folgen des Eisenbahnerstreiks. Zwar wende die Eisenbahn ein, die Beamten seien in den Streik „als Objekte von Gedanken politischer Machtausübung" Dritter eingetreten. Aber das Gericht erklärt diese Erwägung für „abwegig, weil die Arbeitnehmer dadurch, daß sie eine Organisation bildeten und sich Führer wählten, deren Weisungen sie nachkamen, nicht aufhörten, Betriebskräfte der Bahn zu sein". „Objekte" und „Betriebskräfte" sind beides gleich klassische Formulierungen für eine Lage, in der von „Person" nicht die Rede ist!

[194a]) Ähnlich schon Hugo, Beiträge zur zivilist. Bücherkenntnis I (Berlin 1828), 377 (geschrieben 1798).

[195]) Vgl. jetzt dazu Friedrich Meyer, Kants Stellung zu Nation und Staat, Hist. Ztschr. Bd. 133 (1925), 208.

lieren. Das Problem ist nur, ihn allzeit wiederzugewinnen. Die Arbeitskraft gewinnt so ihren immer neu bedrohten Rang zurück, wenn sie sich mit Hilfe ihrer Mutter[196]), der Gewerkschaft, koalitionsmäßig erklären kann. Sehr gut sagt Heimann von diesem Aufbau: „Es werden diejenigen Bedingungen geschaffen — Erwerbswille, Marktkenntnis und Anpassungsfähigkeit —, die in der liberalen Theorie des freien Arbeitsvertrags stets als gegeben gelten und deren völlige Abwesenheit einen großen Teil des frühkapitalistischen Jammers verschuldet hatte[197])."

Von der Verschiedenheit dieser Willensstrukturen zum Abschluß noch ein Wort. Es wird aber das Zeitmoment auch hier seine Wichtigkeit bewähren. Die Abgrenzung zwischen Macht und Kraft dürfte sich juristisch formulieren lassen durch eine Rechtsfigur zeitlicher Natur, die der Rechtswissenschaft ziemlich verlorengegangen ist.

Man hat öfter und mit Recht darauf hingewiesen, daß die moderne Wirtschaft typische Massengüterwirtschaft sei[198]). Und man hat die Eigenart der modernen Handelsrechtssätze auf diesen Umstand gegründet. Es ist aber die Industrialisierung, die aus der bloßen Wirtschaft durch ihren energischen Imperativ diese Typizität herausschleift. Und die Unterstellung unter diese typischen rechtsgeschäftlichen Formen vollzieht sich in der Regel freiwillig. (Sind es befohlene Formen, so wird, wo du nicht willig bist, Gewalt angewendet.) Diese bloß angebotenen Formen stellen auf die Spontaneität der ihnen begegnenden Kräfte ab. Die zwei Millionen Kriegsfreiwillige von 1914 waren Freiwillige. Aber sie waren keine wollenden Personen. Sie hatten Erfüllungs-, nicht Gestaltungswillen! Ebenso erfolgt der Eintritt in jeden Betrieb. Der Begriff des Freiwilligen oder Willigen, der uns in so großen Beispielen vor Augen tritt und den uns die Sprache aufdrängt, betrifft die Spontaneität des *ζῶον πολιτικόν*. Sie sucht den Trieb, den freien Trieb, nicht die bewußte, zwecksetzende „Freiheit" der Theologie oder Philosophie auszudrücken. Wer auf der Eisenbahn fährt, wer sich verdingt, wer heiratet, wer kauft, wer abonniert, wer bestellt, wer auf einen Zuruf über die Straße eilt, läßt sich freiwillig in ein typisches Lebensverhältnis ein. Sein Anfangswille ist nur so weit interessant, als es sich um die Feststellung der Freiwilligkeit, der

---

[196]) Ein Wort von Jean Jaurès.

[197]) Eduard Heimann, Marktwirtschaft, Klassengesellschaft und Sozialpolitik, Kölner Sozialpolitische Vierteljahrsschr. III, 70.

[198]) Heck, Archiv f. d. ziv. Praxis, Band 92, 438 ff.

Spontaneität handelt. Denn der Mensch in Raum und Zeit, in der Gesellschaft, ist nicht wie vor Gott als Beter im ersten Augenblick im Besitz aller seiner Vernunft. Diese gottgleiche Vernunft hat nur der Selbstlose, Trieblose, Machtlose, hat nur der Philosoph oder der Heilige in uns, nicht und nie der Handelnde, mit dem es das Recht zu tun hat. Der Handelnde ist immer verblendet, kann nie „ganz" wissen, was er tut. Er muß sich einlassen. Und nur, ob er dies freiwillig tut, ist rechtlich bedeutsam.

Ein „Wille" wird mit dem Rechtsverhältnis selbst fortentwickelt. Der Inhalt, auf den er sich bejahendenfalls einläßt, ist nicht seiner Spontaneität zu entnehmen. Er konkretisiert nur das Gattungsleben in Gattungsformen; dies wenigstens ist die erste, die landläufige Art des Kontrahierens. Die Stufe der Freiwilligkeit kann aber verdrängt werden durch Einschaltung einer vorsichtig reflektierenden Bewußtseinshemmung. Die Freiwilligkeit, die rechtlichen Konsequenzen einer Situation auf sich zu nehmen, kann durch Reflexion zunichte gemacht werden. Dieses Selbstbewußtsein ist aber kritisch. Deshalb der einzige Wille, der ganz rein aus dem Innern des Menschen, der in der Welt lebt, seinen Inhalt empfangen soll, nur lauten kann: Nein. Denn er ist selbstbewußter Wille. Und das Grundwort des Selbstbewußtseins bleibt ewig Nein! Der Welt gegenüber, so daß ich ihr gegenüber meine Freiheit wahre, schützt mich als soziales Wesen nur das Bewußtsein, die Absonderung, die Enthaltung. Mich nicht einzulassen, mir mindestens „Bedenkzeit" zu nehmen, ist meine Freiheit. Ich kann verhungern, ich kann kündigen, ich kann unbeweibt bleiben, ich brauche nicht zu kaufen usw. Der „positive" Wille des Naturrechts überträgt, wie wir sahen, durch einen kühnen Sprung die Geöffnetheit der Seele für die Glaubenswahrheit auf die positive Setzung des Geistes für die Weltwirklichkeit. Der Mensch ist aber als *ζῶον πολιτικόν* weder in erster noch in zweiter Linie Gesetzgeber. Sondern er unterliegt zunächst freiwillig dem Lauf der Welt; und durch Schaden klug geworden, kann er der Welt auch unwillig, die Welt nicht wollend, widerstehen.

Der für das Recht belangreiche Ausgleich zwischen freiwilligem Ja und gewolltem Nein ist dann die ausdrückliche, zusätzliche Berichtigung des Ja durch die vom Nein erzeugten Befürchtungen, Einwände, Wünsche. Der ausdrückliche Wille setzt die Bedingungen, Stipulierungen, Klauseln, Sonder- und Nebenabreden, Fristen usw. fest, die als accidentalia negotii zu den Essentialia hinzutreten!

Diese dritte Verhaltungsweise ist die des Rechtsverkehrs der Wirt-

schaftsmächte. Die unwillige ist vor allem als das Verhalten des Beklagten, Gemahnten, Streikenden rechtlich bedeutsam. Die freiwillige ist die des Lebens der Kräfte, des sogenannten täglichen Lebens.

Eine äußerlich erkennbare Unterscheidung läßt sich, wie wir schon oben sagten, vielleicht durch Einführung der rechtlichen Figur der Bedenkzeit gewinnen. Die Bedenkzeit ist nur dann allerdings im vollen Sinne Bedenkzeit, wenn sie ermöglicht, Abänderungen, Bedingungen am „Bedachten" anzubringen. Aber sie deutet auf den wesentlichen Unterschied zwischen Macht und Kraft. Die Kraft hat keine Zeit, die Macht hat Zeit. Der Arbeiter muß sich verdingen, der Käufer muß Brot kaufen. Der Unternehmer muß Kredit haben, koste es, was es wolle. Die Kräfte können nur gerade freiwillig statt gezwungen ihr Tageswerk bewältigen. Aber das tägliche Leben überwältigt sie. Die Macht hat Zeit; mindestens dem heutigen Tage gegenüber hat sie einen Augenblick des Vorsprungs. Sie hat eben jene Bedenkzeit, in der man tun und lassen kann.

Wo der Gesetzgeber Kräften Macht geben will, gibt er ihnen Zeit. Ein gewöhnlich unbeachtetes Beispiel kann zeigen, wie selbst unter formal andersartigen Masken eine solche notwendige Machtverleihung praktisch zustande kommen kann. Wir meinen die Rolle des standesamtlichen Aufgebots vor der Eheschließung. Von der rechtlichen Konstruktion der Ehe als Vertrag der freiesten Willkür, die wir schon kennen[199]), führte kein Weg zur Bedenkzeit. Denn bei allen Verträgen wirke der frei wollende Mensch. Der Mensch galt ja als immer gleichmächtig. Die List der Vernunft half durch die scheinbare Konservierung des kirchlichen Brauchs des Aufgebots. Das kirchliche Aufgebot erfolgt mündlich von der Kanzel und ist daher in bodenständigen Verhältnissen ein unübertrefflicher Appell an die versammelten Gemeindeangehörigen, Ehehindernisse geltend zu machen. Das moderne Aufgebot hingegen erfolgt schriftlich durch Aushang statt mündlich, und weil es sich an jedermann richtet, erreicht es praktisch niemanden oder fast niemanden[200]). Seine außerordentlich wertvolle Funktion liegt nicht nach der Seite Aufbietens Dritter, sondern im Einschieben einer Bedenkzeit. Dadurch wird die Eheschließung kein Geschäft des alltäglichen Lebens, dadurch wird sie trotz der Vertragstheorie „hohe" Zeit bis zu einem

---

[199]) Oben S. 142.

[200]) Das Aufgebot erfolgt nur in der Wohnsitz- und in der Aufenthaltsgemeinde der letzten sechs Monate.

gewissen Grade selbst heute. Denn die Brautleute werden nun ihrer Sinne, Entschlüsse usw. mächtig durch die „kritische" Einschaltung der „Zwischenzeit". Der Wegfall der Aufgebotfristen bei der Mobilmachung privilegierte die „Kriegsgetrauten" scheinbar, indem er Einsprüche Dritter verhinderte. Diese „juristische" Konstruktion ist notwendig, solange man die Zeit juristisch ignoriert. Dann kann es sich ja nur um Rechte von Personen handeln, die im Krieg nicht mehr geschützt werden. Dabei wußten von zehn Kriegsgetrauten neun nichts von dieser juristischen Konstruktion. Sie empfanden nur, daß der Alltag des Lebens einer hohen Zeit Platz gemacht habe. Und sie begriffen, daß die Fristen des Alltags für „außerordentliche" Zeiten wegfallen dürften, weil auch die Versuchungen und Launen des Alltags wegfielen. Den Kriegsfreiwilligen schützte statt der Bedenkzeit die Hochstimmung, die den Menschen Macht gab, zwischen echt und unecht, sinnvoll und unsinnig wenigstens um vieles deutlicher zu unterscheiden als im Alltag. So ist unser Eherecht nur durch die Bedenkzeit, die im Aufgebot liegt, erträglich, obwohl oder gerade weil das Aufgebot seine ursprüngliche Funktion[201]) nicht mehr erfüllt. Denn für diese treten heute die Personalpapiere, Rückfragen der Behörden usw., die schon v o r dem Aufgebot erledigt sind, ein. Von diesem Beispiel kehren wir zu der Übersicht zurück:

Drei Strukturen des Willens gehen das Recht an: Freiwilligkeit der Kräfte, die keine Zeit haben, Unwilligkeit selbstbewußter, ablehnender, trotzender, zeitentrückter Individuen, Personen, bewußter Wille von Mächten, d. h. von Kräften, die Zeit haben und die Zeit anderer beherrschen.

Es gibt noch eine vierte Willensstruktur, die aber über die juristische Sphäre des Soziallebens hinausliegt, so oft sie auch von den Philosophen des Rechts hineingeholt worden ist: der gute Wille. Im gutwilligen Verhalten des freien, selbstbewußten Gliedes einer Gemeinschaft wirken Güte, Gnade, Verzeihung. Das sind aber obere Grenzwerte, auf die keine Rechtsordnung zu bauen ist. Aber ohne ihr Dasein wäre keine Rechtsordnung eine Stunde erträglich. Weshalb gehören diese Regungen nicht in die Welt des Rechts? Weil sie die Aufopferung des Selbstbewußtseins, auch und gerade des b e r e c h t i g t e n Selbstbewußtseins voraussetzen. Der gute Wille kann nie, wie Kant gemeint hat, zugleich handeln und gesetzgeben, außer in einer völlig k r a f t l o s e n und u n p e r s ö n l i c h e n Welt.

---

[201]) Die noch in § 1316, Satz 2, BGB. allein ins Auge gefaßt wird.

Denn er baut auf dem Opfer der Person sich auf[202]). Wir können immer nur für andere Gesetze geben, nie für uns selbst! Weil wir für uns selbst zu spät kämen, empfangen uns Gesetz und Ordnung[202a]). Der Richter, der nicht das Seine sucht, ist der Spender des suum cuique. Gesetzgeber kann nur sein, wer entsagt hat. Wäre der Gesetzgeber gierig nur auf Mehrung seiner Macht aus, so würde er kein gerechtes Gesetz hervorzubringen vermögen. Die vierte Willensstruktur ist also nur scheinbar nicht in der Rechtsordnung anzutreffen. Denn sie muß in den Hütern der Rechtsordnung sich finden!

Die atomistische Willenslehre schreibt dem Individualwillen geistige Positivität, Schöpferkraft zu. Sie verwechselt Aktivität mit Positivität. Sie hält daher notgedrungen die gesondert zu haltenden Stufen der Freiwilligkeit von Kräften und des bewußten formulierten Willens von Mächten und des geläuterten Willens des Machtentsagenden alle drei für identisch. So versucht sie möglichst viele Handlungen zu Willenserklärungen umzudeuten, die das Rechtsverhältnis zu beherrschen geeignet seien. Sie sieht überall Verträge, weil sie überall vollrationalen Willen sieht. Aber nur dort kann ein Vertrag beanspruchen, das Verhältnis zu beherrschen, wo er sich als „ersparter Prozeß", als Kautelarvertrag ausweist.

Die Wurzeln dieser Willenslehre stammen aus dem Verhältnis Mensch : Gott. Ihre idealistische Übertragung auf das Verhältnis Mensch : Gemeinschaft ist undurchführbar. Die in Zeit und Raum wirkenden Gesellschaftskräfte sind nicht auf ratio begründet, sondern nur der Berichtigung durch Ratio fähig. Denken ist nicht Rechnen. Vier Stufen des Verhaltens sind in jedem Augenblick sozialen Handelns lebendig.

Der einzelne nimmt erstens „bis auf weiteres" spontan, freiwillig an den Vorgängen teil, in die er Tag für Tag, Situation auf Situation versetzt wird, und nimmt ihre Rechtsfolgen auf sich. Vertrauenselement der Freiwilligkeit: Ja.

Er stutzt, wird mißtrauisch, löst sich aus der oder jener Bindung

---

[202]) Die englische Rechtssprache nennt den Verzicht auf Patente und Ausübungsrechte technisch „goodwill"!

[202a]) Über dies ewige Zuspätkommen des Willens, das in Kants kategorischem Imperativ, weil dieser zeitlos zu gelten versucht, übersehen ist, siehe V. v. Weizsäcker, Einleitung zu Kant, Der Organismus (in Frommanns philos. Taschenbüchern), und meine Soziologie I, 188 ff.

oder Situation willentlich heraus, läßt sich nicht auf alles ein. Mißtrauenselement des Selbstbewußtseins: Nein; Einschaltung der Bedenkzeit.

Er söhnt Freiwilligkeit und Willen aus durch den Zusatz und Vorbehalt, die Vertragsbedingungen. So kommt es trotzdem zum Vertrag.

Er wird unbeteiligt durch Entsagung und läßt den Dingen „seinetwegen" in Frieden ihren Lauf.

(Siehe die schematische Übersicht S. 179.)

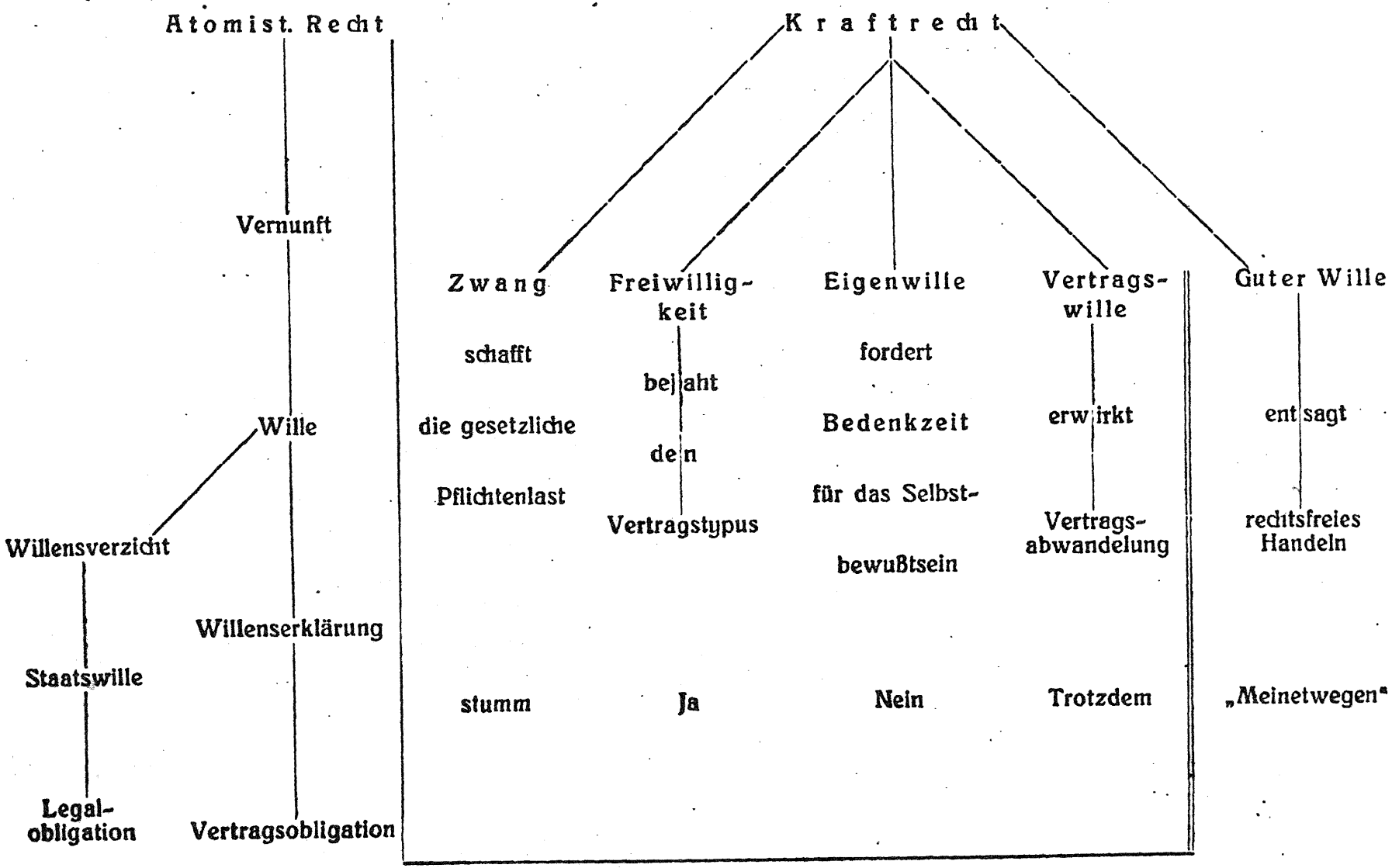
Während das atomistische Rechtssystem eine kausale Reihe von Ursachen aufstellt, werden die vom Industrierecht anerkannten Kräfte der „Seele" in vielen Fällen, ja in den meisten zusammen tätig werden. Ja, Nein, Trotzdem und Meinetwegen, also Freiwilligkeit, Trotz, Überwindung und Opfer stecken in jedem Vertrag als Rechtselemente verschiedener Bewußtseinshelligkeit.

Die Praxis des Rechts hat diesem Zusammenwirken der seelischen Kräfte immer Rechnung tragen müssen. Die moderne Praxis ist durchaus zu dem Satze des Comnanus zurückgekehrt: Ex ostentatione magis quam ex voluntate proficiscitur. Die Willenserklärung löst sich von ihrer Wurzel und wird Erklärung. Und wer freiwillig erklärt, wird auf diese typische Handlung festgelegt. Als Grundlage der Verträge des wirtschaftlichen Verkehrs sind heute also Typen anerkannt. Diese Lage hat Alfred Manigk erst jüngst in seiner Abhandlung „Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung"[203]) eingehend dargetan. „Trotz mangelnder Übereinstimmung des inneren Willens der Kontrahenten kann der Vertrag zustande kommen, wenn die Auslegung die Übereinstimmung der Erklärungen ergibt[204])." Ein infolge des Irrtums eines Kontrahenten über den Inhalt seiner eigenen Erklärung verursachtes gegenseitiges Mißverständnis bewirkt nicht die Nichtigkeit des Vertrags. „Es gibt eine Pflicht zur Prüfung der Erklärungslage, eine culpa in declarando, eine Erklärungshaftung." „Die Geschäftspartei ist danach verpflichtet, zumal in dem häufigen Fall geschäftlicher Verhandlungen durch einen Vertreter und beim Gebrauch von

---

[203]) Festschrift für Otto Fischer, Iherings Jahrb. 75 (1925), 127 ff.

[204]) Manigk, a. a. O. 141.


Atomist. Recht
Vernunft
Wille
Willensverzicht
Staatswille
Legal-obligation
Willenserklärung
Vertragsobligation
Kraftrecht
Zwang
schafft
die gesetzliche
Pflichtenlast
stumm
Freiwillig-keit
bejaht
den
Vertragstypus
Ja
Eigenwille
fordert
Bedenkzeit
für das Selbst-bewußtsein
Nein
Vertrags-wille
erwirkt
Vertrags-abwandelung
Trotzdem
Guter Wille
entsagt
rechtsfreies Handeln
„Meinetwegen"

Telegrammworten, aber überall, wo die Verkehrssitte als normativer Faktor Wert und Bedeutung des geschäftlichen Verhaltens bestimmt, ihre eigenen Erklärungen wie die Aufnahme der ihr zugehenden fremden Erklärungen nach jenen Größen zu richten[205])." Damit ist der letzte Rest der den Willen für schöpferisch haltenden Lehre auch durch die Praxis preisgegeben.

Aller Eigenwille kann also nur mitwirken; beim Vertrag sind wir nicht Gesetzgeber, sondern Zu-setzer[206]). Hierfür sei noch ein bedeutendes Beispiel verstattet:

Der Eigenwille gelangt zu freier, selbständiger, den Typen der Rechtswelt überhobener Gestaltung sozusagen nur im „letzten Willen". Das Testament, das ja eigentlich Adoptionstestament ist, hat bei den Römern übrigens den feierlichen Klang des vollkommenen Willens, der „suprema" voluntas[207]). Denn dieser Wille allerdings gibt dem Testator jene Freiheit, die das Naturrecht Roms und das Naturrecht der Neuzeit[208]) schon dem Willen des Lebenden gibt: untypisch, einzigartig, schöpferisch zu handeln. Jedes Testament ist eine wirkliche Überraschung für die Lebenden. Der einzige aber, für den es keine wäre, ist nicht mehr. Aber diese machtvolle Überraschung setzt voraus, daß kein Rest von Spontaneität, von Freiwilligkeit mehr dem Testator verblieben ist: er selber muß tot sein, aus dem Rechtsverkehr ausgeschieden. Dann ist sein Wille heilig. Auf dem Opfer des Selbst erhebt sich hier der freie Wille zu der schöpferischen Leistung der Gesetzgebung, die innerhalb des Lebens

---

[205]) Manigk, 138f. Derselbe, Artikel Auslegung im Handwtb. der Rechtswiss. I. (1926), 428ff.

[206]) Dies trat uns ja in der Trennung zwischen „williger" Arbeitskraft und der in einer Bedenkzeit die Bedingungen formulierenden Gewerkschaft oben, S. 93, eindrucksvoll vor Augen.

[207]) Die anderen Ausdrücke ultimum iudicium, ultima voluntas sind poetischer Herkunft, spät belegt und bleiben die Ausnahme. Griechisch διαθηκη heißt Verfügung schlechthin. Denn die Verfügung von Todes wegen ist eben die Verfügung κατ' ἐξοχην. Vgl. Eberhard Bruck, Zur Geschichte der Verfügungen von Todes wegen im altgriechischen Recht 1909, S. 16ff. Derselbe, Zur Entwicklungsgeschichte der Testamentsvollstreckung im Römischen Recht 1914, S. 27, Anm. 95.

[208]) Für Pufendorf z. B. ist „natürlich" sogar die gesetzliche Erbfolge nur aus dem Willen des Erblassers erklärlich; wo die Römer von „ab intestato" sprechen, da spricht er von einer „praesumta voluntas defuncti"! Elementa Jurispr. Univ. I, V, 25.

nur dem vorweggenommenen Tod[208a]), dem Opfer der Gutwilligen, gewährt wird[209]).

Dem letzten Willen bewilligt ferner die gesellschaftliche Umwelt den eigenartigen favor testamenti. Eigenartig ist dieser favor, weil der Wille des Lebenden nie so begünstigt wird. Im Favor testamenti kehren sich — steht nur fest, daß es ein Testament ist — die Regeln für das Rechtsgeschäft um. Der Tote kann so wollen, wie er will, weil er nicht für sich will[210]). Der Lebende hingegen kann mit seinem Willen nur abändern, was er freiwillig mitmeinen soll oder unwillig ablehnen darf[211]), weil er im Zweifel nicht andern seinen Platz geben, sondern sich ausdehnen will.

Mit diesen Beispielen, die von der neuzeitlichen Willenslehre her nicht erklärbar sind, sei dieser Überblick geschlossen. Was hat sich uns ergeben?

Die geltenden Regeln für die Beweislast sind richtig. Denn die Mitglieder der Gesellschaft fungieren als Kräfte zur Verwirklichung bestimmter, für das Gemeinwesen im geschichtlichen Zeitverlauf[212]) mittels der Rechtsbegriffe bereitgestellter Bahnen und Gestaltungen, die wir wiederholen. Wir reproduzieren sie, weit wir sie nicht ausdrücklich rechtskräftig abändern oder aber seelisch — nicht mehr rechtlich — hinter uns lassen.

208a) Eine Übersicht über die testamentsähnlichen, vom Tode her bestimmten Handlungen in meiner Soziologie I, 197 ff.

209) Für den Willen zur Sukzession aber entwickeln die Römer den Begriff des spatium deliberandi oder tempus deliberandi; der terminus technicus für das Recht auf „Bedenkzeit", ius deliberandi, kommt im Römischen Recht nur für den Willen eines Nachlaßberechtigten (Erbe und Vermächtnisnehmer) vor (Heumann-Seckel, [9] 132).

210) „... Die Errichtung eines Testaments ... bezieht sich zweifellos auf die Gemeinschaft, ja bekommt nur mit Rücksicht auf die Gemeinschaft einen rechtlichen Sinn. Die Erbeinsetzung beruht gewiß auf dem Willen des Erblassers; aber die Zwecke, die er verfolgt, liegen nicht in seiner Person, sondern außerhalb seiner, in der Person eines anderen, in der Familie oder wo sonst." Ernst Herz, Iherings Jahrb. 74 (1924), S. 9.

211) Das Verhältnis des Müssens, Dürfens, Könnens dürfte durch die Zuteilung zu den verschiedenen Willensstrukturen gefördert werden können.

212) Im geschichtlichen Zeitverlauf und dennoch für die Gattung gewordene Formen sind alle Formen der Kultur. Soziologie I, 183 ff. Im alten Universalienstreit fehlte das Zeitmoment der geschichtlich geschaffenen Gattung; daher gab es dort keine Lösung. Vgl. Johannes Hessen, Die Weltanschauung des Thomas von Aquin, Stuttgart 1926, S. 40 f. Dieselbe Lücke zeigte Rachels neuzeutliche Lehre, die wir oben, S. 166, wiedergegeben haben.

Ehe und Arbeit und Staatengründung, alle sind Nachfolgen in Gestaltungsbahnen, Nachfolgen mit Variationen. Neue Lebensformen entstehen nicht durch rechtliches Handeln, sondern durch außerjuristische Vorgänge, sei es bösen, zerstörenden, sei es guten Willens. Der Vertragsschluß hingegen ist die Einlassung in ein typisches Lebensverhältnis, dessen Gestaltung sich nicht aus dem Augenblick des Vertragsschlusses erklärt.

Die typischen Lebensverhältnisse sind nicht isolierte Zustände, sondern hängen ihrerseits in größeren Zeit- und Wirkzusammenhängen. Das Industrierecht sieht alle Rechtsgeschäfte auf den Märkten als marktbeeinflußt an. Oder alle Handlungen der Mitglieder als Ausflüsse solches beherrschenden gesellschaftlichen Zusammenhangs; ebenso sind die verschiedenen Arbeitsverhältnisse des Arbeitnehmers aufzufassen, die verschiedenen Lebensformen, die ein Unternehmen durchläuft.

Das Wesen der aufgebauten Industrie ist „eine Stabilisierung von Verbänden[213])". Damit tritt das Industriezeitalter in einen Gegensatz zu der Betrachtung, die sich im Zeitalter der Industriegründung aufdrängte. Dort ermutigte man das wirtschaftende Individuum. Heute hat die Wirtschaft einen transpersonalen Eigenwert.

Es konnte sich hier nur darum handeln, an Beispielen zu zeigen, daß eine industrierechtliche Denkweise nicht wertlos zu sein braucht; allerdings steht sie vor der Schwierigkeit, nicht mehr „systemgläubig" sein zu können. Deshalb sind auch hier nur die Unterschiede gegen das neuzeitliche Rechtssystem und seine Absichten scharf betont worden. Der einzelne kann hier nichts Fertiges bieten wollen. Er kann nur wahrscheinlich machen, daß bei Zusammenarbeit vieler die noch herrschende „Theorie der Praktiker", d. h. die neuzeitlichen Dogmen allmählich durchschaut und auf den ihnen zustehenden Bezirk beschränkt werden können.

Dies aber dürfen wir vielleicht hier schon sagen: Der Beitrag für die Rechtslehre, der durch ein Recht der Industrie geliefert werden könnte, scheint darin zu liegen, daß eine Fülle kasuistisch herausgebildeter Einzeltatbestände auf sehr verschiedenen Gebieten Zusammenhang gewinnen. Wir lehren heute mindestens vier verschiedene Streitverfahren, mindestens ebenso viele Mal die Grundsätze der korporativen Verfassung und parlamentarischer Beschlußformen. Der

---

[213]) Ernst Herz, Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb usw., Iherings Jahrb. 74 (1924), 61.

Rechtsstreit, die Räteverfassung, die Zeitprobleme verdienen aber eine einheitliche Behandlung.

Die bisherige reine Raumordnung des Rechts hat nach langer und gesegneter Herrschaft heute in mancher Hinsicht keine Denkökonomie mehr aufzuweisen. Das heißt, es drohen ihre Begriffe und ihre Rechtsgebiete unübersehbar zu werden. Ihre alten statischen Prinzipien und Einteilungen in Personen und Sachen, Verträge und Gesetze werden überall durch Rücksichten auf Zeiten, Kräfte, Bahnen, auf Satzungen und Mächte durchkreuzt. Und der dadurch bedingten Spaltungen scheint kein Ende.

Das „Industrierecht" als Prinzip trägt zu einer Bemeisterung von Kräften und Zeiten bei. Es geht aus von den zentralen Erkenntnissen der heutigen Wissenschaftslehre, davon also, daß die in unseren Entscheidungen gewirkte Zukunft der sie rechtfertigenden Vergangenheit bedarf, daß die größere Zeit über die kleinere herrscht, daß die Dimensionen des Raumes Verkörperungen des Zeitstromes sind. Die „wirksame" Zeit übergreift die Zeiten der Arbeitskraft und des persönlichen Lebens, der Ehe und der gesellschaftlichen Machtausübung. Und so wird man vielleicht die alte Wendung hier doppeldeutig gebrauchen dürfen: „Die Zeit sei reif." Die Zeit ist allerdings vielleicht reif, daß sie nicht als Gegenstand oder als Kategorie, sondern als tragende und wirkende Macht geschaut wird, als deren Funktion alles sich Ordnende hervortritt und in die deshalb alles Geordnete zurücksinkt, die deshalb vom Gesetzgeber eine freiwillige Vergänglichkeit fordert, vom Individuum ein freiwilliges Vollenden seiner Bestimmung. Denn willig oder unwillig, gutwillig oder böswillig werden wir von ihr in den Rhythmus der Generationen hineingezogen. „Der Körper muß, der Geist will; und wer seinem Wollen die notwendigsten Bahnen vorgeschrieben sieht, der braucht sich nicht viel zu besinnen" (Goethe).

Druckfehler-Berichtigung.

S. 69 Z. 12 von oben lies: tätig zu sein.

S. 70 Z. 4 von oben lies: auch begreifen.

S. 70 Z. 6 von oben statt „dringt“ lies: bringt.

S. 128 Z. 11 von oben lies: starben . . .“. „Was diese.

S. 128 Z. 13 von unten ist das Komma hinter ‚Aufgabe‘ zu streichen.

S. 149 Z. 5 von oben lies: zwar jedes pactum klagbar.

S. 159 Z. 19 bis 21 von oben: legt das Gericht . . . ab.