



Review: RECHTSBEGRIFF UND JURISTISCHE FIKTION

Author(s): FRANZ WIEACKER

Review by: FRANZ WIEACKER

Source: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 102, H. 1. (1942), pp. 176-184

Published by: [Mohr Siebeck GmbH & Co. KG](#)

Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/40747121>

Accessed: 20-12-2015 08:26 UTC

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp>

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.



Mohr Siebeck GmbH & Co. KG is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*.

<http://www.jstor.org>

gesetzte Recht zu bändigen. Auch die politische Wirklichkeit des 19. Jahrhunderts ist eben dadurch gekennzeichnet, daß der Staat und die Bildungswelt nicht zueinander fanden — daß die Kluft zwischen »Geist und Macht« sich immer mehr vertiefte. Das alles ist in häufiger und gelegentlich wohl auch überbetonter und verzerrter Kritik dem Liberalismus des 19. Jahrhunderts vorgehalten worden und brauchte deshalb hier nicht wiederholt zu werden, wenn es nicht in *Ritters* Buch so gänzlich ignoriert wäre. Erst im harten Geschehen des Weltkrieges sei dieser Gegensatz von Macht und Sittlichkeit wieder bewußt geworden, aber nur — so scheint es nach *Ritters* Schlußsätzen — um in den neuen Staaten der totalen Volksgemeinschaft erneut vergessen zu werden. Die knappen Andeutungen, auf die *Ritter* sich hier beschränkt, lassen die Frage offen, wie der in diesen Staaten unternommene Versuch, Macht und Sittlichkeit zu vereinen, zu bewerten ist: ob als bloß ideologische Verbrämung der Macht oder als echte Verbindung dialektischer Momente zur Einheit eines neuen und höheren Prinzips. Und wenn *Ritter* sein Buch mit einem ethischen Appell an die Macht schließt (S. 143), so bleibt unklar, ob er sich nicht damit in Widerspruch zu seiner eigenen Auffassung begibt, da er doch Machiavells Lehre vom notwendig amoralischen Charakter der Macht »überzeitliche Gültigkeit« zuerkannt hat.

Es ist der Sinn dieser Hinweise, darauf aufmerksam zu machen, daß *Ritters* Buch nicht nur eine geistesgeschichtliche Untersuchung bedeutet, sondern zugleich einen Beitrag zu einer allgemeinen Staats- und Rechtstheorie enthält. Daß ein solcher Beitrag heute Gegenstand kritischer Auseinandersetzungen sein muß, da alle Fragen der politischen Theorie neu gestellt sind, ist selbstverständlich. Es ist ein Zeichen für den Wert des Buches, daß es eine solche Aussprache anregt, und es braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß die überlegene Sachkunde wie die hohe Darstellungsgabe des Verfassers dem Werk auch da seinen Rang sichern, wo man aus anderer Sicht der Zusammenhänge andere Lösungen, als sie hier vorgeschlagen sind, für möglich hält.

RECHTSBEGRIFF UND JURISTISCHE FIKTION

Eine Besprechung *)

Von

FRANZ WIEACKER

I. Der Gegenstand dieser eigentümlichen und gedankenreichen Schrift ist ein doppelter: die juristische Fiktion in der Gesetzgebungstechnik und in der Rechtsdogmatik.

*) Zu: *Esser, Josef*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts. (Frankfurter Wissenschaftliche Beiträge. Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Reihe, Bd. 4.) Frankfurt a. M. 1940. Vittorio Klostermann. 209 S. RM. 6.50.

Eine Einleitung grenzt die Rechtsfiktion gegen die »philosophische«, d. h. erkenntnistheoretische Fiktion ab und bestimmt den Inhalt dieses Begriffs. Aus der Gebotsstruktur des Rechts leitet *Esse* mit grundsätzlicher Berechtigung eine strenge Autonomie der Rechtsfiktion gegenüber der erkenntnistheoretischen Fiktion ab (S. 26 ff.). Die Grundfigur der juristischen Fiktion ist daher nicht die Aussage: $B = A$, sondern die Norm: an den Tatbestand B werden die gleichen Verhaltensbefehle geknüpft wie an den Tatbestand A. In ihrer reinen Form stellt sich also die Gesetzesfiktion als »Kurzform der Verweisung«, also als gesetzgebungstechnisches Ausdrucksmittel dar, dessen Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit sich ausschließlich nach gesetzgebungspolitischen Werten bestimmen, wie etwa der Anschaulichkeit, Plastizität, Genauigkeit oder Volkstümlichkeit einer Gesetzesnorm. Die Gefahren dieses Ausdrucksmittels beginnen für eine Gesetzgebung, die sich als Dienerin der völkischen Wirklichkeit fühlt, offenbar genau dort, wo eine solche Verweisung den anschaulichen Ausdruck der Norm entstellt. Hierüber ist noch näher zu sprechen.

Der Ort der Fiktion im Rahmen einer streng rationalen Gesetzgebung wäre damit erschöpft. Aber in der Geschichte und in der Theorie des Rechts hat die Fiktion tiefere Ursprünge, die im Wesen der Wirklichkeit des Rechtes selbst gründen, wo immer Recht und Gesetz nicht einfach gleichgesetzt werden. Die moderne Fiktion ist gleichsam der dürrtige Nachfahr großer Ahnen in der Geschichte des Rechtsdenkens. Diese andere Seite der Fiktion tritt zumal in der Geschichte kasuistischer Rechtskulturen zutage wie vor allem in der vorklassischen und klassischen römischen Rechtskunde; sie ist aber auch dem deutschen Rechte vor der Rezeption, ja sie ist selbst der Gegenwart nicht fremd. In diesen Bereichen ist die Fiktion nichts Geringeres als das Vehikel, mit dem eine überlieferungsgebundene und formhörige Fachkunst sich neue Wirklichkeitsräume erschließt, vergleichbar etwa der Analogie in den modernen Rechtskulturen. So ist die Fiktion das große Rechtsschöpfungsorgan der vorklassischen Formularjurisprudenz und des prätorischen Edikts geworden und damit eine der Ursachen der Größe der römischen Rechtskunst.

Versuchen wir den Sinn dieses Vorgangs aufzuklären. Wo die Lebensformen einer Gemeinschaft im ganzen und die Rechtsanwendung im besonderen unter der Botmäßigkeit überkommener Sätze und Darstellungsmittel stehen, ist die freie rationale Rechtsschöpfung, die uns Heutigen selbstverständlich ist, nicht denkbar. Der Durchbruch der Rechtsüberlieferung in neue Anwendungsbereiche gelingt nur auf dem Umweg über eine assoziative Denkhilfe: die Gleichsetzung eines zu regelnden mit einem bereits ausgeformten Tatbestand. So wird etwa die Rechtsverteidigung des gutgläubigen Besitzers, der vom Nichtberechtigten gekauft hatte, durch die Fiktion ermöglicht, er habe schon ein Jahr die Sache besessen und also Eigentum ersonnen (*actio Publiciana*). Dies Verfahren steht der gleichfalls assoziativen und induktiven *Rechtsanalogie* nahe; auch diese ist ohne die Hilfe einer annähernden Anschauung (»Rechtsähnlichkeit«) nicht vollziehbar. Aber

der Geltungsgrund der Fiktion ist ein anderer als derjenige der Analogie. Während beim Analogieschluß durch die Anschauung einer Rechtsähnlichkeit ein im übrigen rechtslogisch schließendes Verfahren lediglich angeregt wird, beruht die Fiktion in der römischen Sakraltechnik und in der vorklassischen Jurisprudenz auf der Voraussetzung einer eigenständigen, durch präkausale Geltungsbeziehungen verknüpften Formenwelt des Rechts: *simulacra pro veris accipiuntur*. Wir brauchen hierbei nicht gleich von einem »mythischen« oder gar »magischen« Denken zu sprechen, so altertümlich dies Denken immerhin ist. In dieser Rechtswelt ist es für die gleiche Rechtswirkung erforderlich und genügend, daß die *gleiche* Rechtsform auf einen anderen Tatbestand angewendet wird, dessen »Rechtsähnlichkeit« nicht gefordert wird. Die altrömische Sakral- und Rechtsfiktion ist also eine ontologische Fiktion; sie meint *Identität* des fingierten mit dem wahren Tatbestand ($B = A$); sie ist keine Verweisung (B soll gerechterweise wie A behandelt werden), wie *Esser* (S. 20 ff., bes. S. 23) unter dem Einfluß der älteren Arbeit von *Demelius* meint. Aus der vorklassischen Rechtstechnik der Römer ist die Fiktion dann in das Rüstzeug der überlieferten Kunstgriffe der klassischen Rechtskunde übernommen worden, so wenig diese Jurisprudenz im übrigen noch etwa einer archaischen Vorstellungswelt hörig ist.

Diese geschichtliche Vorbemerkung ist nicht bedeutungslos. In der Fiktion birgt sich also neben der rationalen Kurzverweisung ein ewiges Element des Rechtes selbst: seine Einwurzelung in die sinnenhafte Anschauung rechtshaltiger Wirklichkeiten. In frühen, anschauungsgeprägten Rechtskulturen wiegt daher die Fiktion vor; in rationalen Rechtskulturen, wie den modernen des europäischen Kontinents, verkümmert sie, ohne jemals ganz zu fehlen, wie noch heute die weite Verbreitung der Analogie als einer Restform anschauender Rechtskenntnis bezeugt. Und zuweilen dringt diese tiefere Schicht der Fiktion auch in modernen Rechten vor, so vor allem in der »naturhistorischen Methode« der Begriffsjurisprudenz, welche die Rechtswirkungen nach dem Bilde der natürlichen Körperwelt betrachtet und von »Erlöschen«, »Entstehung«, »Verdrängen« und »Übergehen« der Rechte spricht. Wir werden später noch zu fragen haben, ob nicht gerade in dieser vorrationalen Schicht des wissenschaftlichen Denkens, über die *Esser* im zweiten Teil seines Buches so streng zu Gericht sitzt, mißbrauchte schöpferische Werte liegen, die nur der Meisterung harren, nämlich der Rückgriff auf die Verwurzelung alles fruchtbaren Denkens in den Wirklichkeiten der Anschauung des schöpferischen Geistes. Das ist ein Vermögen, welches der normativistische und der materialistische Positivismus, Kinder eines rationalen und anschauungsarmen Zeitalters, so gerne verleugnen. Für diese Möglichkeit mag schon hier sprechen, wie gern sich die fruchtbarste Rechtschöpfung aller Zeiten, das Edikt des römischen Prätors, der Fiktion bedient hat.

So ist, worauf kürzlich *Brandt* zutreffend hingewiesen hat¹⁾, die un-

1) Wert und Unwert der Fiktion. Zur geistigen Lage der heutigen Privatrechtsdogmatik in Dt. Recht 1941, 1379.

scheinbare Rechtsfiktion der Schauplatz einer großen Auseinandersetzung zwischen jenen Strömungen, die innere Form und Anschauung zu den wesentlichen Elementen der Existenz des Rechtes in der Wirklichkeit rechnen und der rationalen Denkart, welcher der Positivismus aller Arten hörig ist; sei es die Spielart des Gesetzespositivismus, des Normpositivismus (z. B. »Reine Rechtslehre«) oder des soziologischen Positivismus (z. B. »Freirechtsschule«). Es begründet den Rang des besprochenen Buchs, diese prinzipielle Bedeutung der Fiktion gesehen zu haben, und es ist zugleich seine Grenze, eine klare Entscheidung zwischen diesen beiden Fronten nicht vollzogen zu haben.

II. Im ersten Abschnitt des Hauptteils (S. 37—91) handelt der Verfasser zunächst vom Wert der Fiktion in der Gesetzgebung der Gegenwart. Er prüft hier zuerst die Oberflächenschicht des Problems: die Fiktion als Mittel der Gesetzgebungstechnik. Sie diene hier als Kurzverweisung (z. B. §§ 894 ff. ZPO.), zur Abschneidung von Zweifelsfragen (z. B. 2306 BGB.) oder zum Zweck plastischer Darstellung des Gesetzesinhalts (z. B. §§ 1978 Abs. I; § 1978 I BGB.). Die sorgfältige Durchleuchtung des technischen Gesetzesausdrucks — der ja für die Wirkung des Gesetzes auf die Gemeinschaft so viel bedeutet — entspricht gerade heute einem dringenden Bedürfnis. Über Anwendung oder Ablehnung der Fiktion geben hier die Rechtswerte der Deutlichkeit, Klarheit und Wahrhaftigkeit ausschließlich den Ausschlag. Man wird die Fiktion überall unbedingt verwerfen müssen, wo diese Werte geschädigt werden. So ist z. B. die unanschauliche Fiktion noch schädlicher als die berüchtigte ausdrückliche Verweisung. Die Gefahrenzone sehe ich im Gegensatz zum Verfasser (S. 114 ff.) schon in der Fiktion des § 1589 Abs. I überschritten, nach dem das Kind als mit dem außerehelichen Vater nicht verwandt gilt. Diese Fiktion zerstört das Bewußtsein, daß die physische Blutsverwandtschaft zwischen Erzeuger und Kind sich in einer Rechtsstellung ausdrückt — die freilich eine andere ist als die des ehelichen Kindes —, und führt daher auf unrichtige Konstruktionen, z. B. des Unterhaltsanspruchs.

Leider tritt Verfasser auch den bekannten Fiktionen oder unwiderleglichen Vermutungen nicht genügend entgegen, die zur Herbeiführung eines Rechtserfolges einen rechtsgeschäftlichen Parteiwillen fingieren oder unwiderleglich vermuten (S. 50 ff.). Schon *Brandt* wendet zutreffend ein, daß diese Kunstgriffe nur den Durchbruch zu neuen Geltungsgrundlagen des Privatrechts verdecken; so verbirgt die Fiktion des Parteiwillens oft den Übergang von der unbeschränkten Vertragsautonomie zur sachgemäßen Ableitung der Vertragspflichten aus der objektiven Vertragsordnung. Dies ist um so verhängnisvoller, als die Rechtsprechung diese verdeckende Betrachtung ins Ungemessene ausdehnt, wie die bekannten Beispiele der Haftung bei Gefälligkeiten oder die Konstruktionen zu § 278 lehren. Wer in diesen Vorgängen die Wandlung der unbeschränkten Privatautonomie zur Sachnatur der Vertragsordnung erkennt, wird diese Fiktionen nicht so angemessen finden wie *Esser* und ihren schleunigen Abbau in Gesetz, Rechtsprechung und Wissenschaft fordern.

III. Diese Gruppe leitet schon zu einem Tiefenproblem über: Die Fiktion als Werkzeug geheimer Durchbrechung und Sabotierung unhaltbar gewordener Obersätze (S. 81—127). Indessen rechnet *Esser* hierzu auch Fälle, denen der Schleichwegcharakter der »geheimen« Durchbrechung durchaus fehlt, wie insbesondere die sog. »historische« Fiktion (S. 81 ff.). Diese ist, wie zuvor gesagt (I), Ausdruck der Sinngebung durch ein Denken in Urbildern, das sich auf der Brücke der Fiktion in neuentdeckte soziale Wirklichkeiten vorkämpft (Arrogation zur Fortsetzung des Hauskults für den Kinderlosen; Emanzipation durch Scheinverkauf)¹⁾.

Wir kehren zur dogmatischen Fiktion zurück. Soweit bei dieser die »heimliche« Durchbrechung in Wahrheit nur eine unbewußte ist, ist sie oft eine dem Rechtsdenken durchaus angemessene Form, weit entfernt von stumpfer Rechtstücke oder barbarischer Unbeholfenheit. Sie ist hier ähnlich wie die Analogie ein Mittel der geistigen Anschauung, der notwendige Weg, auf dem Wesenszusammenhänge begriffen werden, anstatt in schleppender Logik deduziert zu werden. So ist sie nicht nur eine »Reparatur« (S. 50 ff., 89), wie sie der rationalistischen Abwertung erscheint. Freilich stimmen wir dem Urteil des Verfassers über die Grenzen der Berechtigung dieser Fiktion praktisch meist zu. Einmal ist sie nie eine reine Form des dogmatischen Ausdrucks, sondern nur eine relativ berechtigte Durchgangsstufe, da sich Rechtserkenntnis ihrem Gegenstand nach stets wandelt. Die dogmatische Fiktion wird vollends zur unerträglichen Rückständigkeit, wo sich das neue Rechtsprinzip bereits, wie die Blüte aus dem Kelchblatt, völlig entfaltet hat. Die gegenwärtige Rechtswissenschaft muß noch viele solcher Schlangenhäute abstreifen.

Wo endlich die Fiktion der absichtlichen Zerstörung preisgegebener Obersätze dient, wie die vom Verfasser (S. 98 ff.) sog. definitorische Fiktion, da widerspricht sie unbedingt einem höchsten Leitwert der Dogmatik und der Gesetzgebung: der Wahrhaftigkeit und Wirklichkeitsgerechtigkeit der Rechtsgestaltung. Solche Fiktionen, die der Verfasser höchst eindrucksvoll am Muster einiger Geschäftsbedingungen erläutern kann (S. 103 Anm. 58), sind schlechthin zu verwerfen.

IV. Der nächste Abschnitt betrifft Bereiche der allgemeinen Rechtstheorie: »juristische Begriffsbildung und juristische Logik« (S. 128—140), »Rechtslogik« und vermeintliche Eigengesetzlichkeit der juristischen Tatsachen (S. 141—170) und »irrtümlich vorausgesetzte Gegenständlichkeit der Rechtsbegriffe« (S. 171—198). Dem Verfasser wird hier die Fiktion zum Anlaß, den durch *Fritz v. Hippel* begonnenen Kampf gegen die »Verwechselung des natürlichen Sachverhalts mit seiner rechtlichen Wertung«, gegen die »Normpersonifikationen«, gegen »Begriffspositivismus« und »dogmatische Axiomatik« fortzusetzen. Es liegt im Wesen einer Besprechung, daß sie auch die schwachen Punkte eines solchen verdienstvollen Kämpfens scharf ins Auge fassen muß.

1) Verf. folgt übrigens einem wenig glücklichen Einfall *Jherings*, wenn er die »historische« neben die »dogmatische« Fiktion setzt, als handle es sich um zwei verschiedene und nebengeordnete Unterfälle des Begriffs Fiktion.

Man könnte zunächst nach dem Zusammenhang dieser grundsätzlichen Fragen mit der Fiktion fragen. Vom Standpunkt des Verfassers ist dieser Zusammenhang eine Notwendigkeit. Der normativistische Rationalismus (von dem sich der Verfasser bei Beginn seiner Fragestellung noch nicht gelöst hat) wird notwendig alle komplexen Vorstellungsbilder des volkstümlichen und des wissenschaftlichen Rechtsdenkens (Eigentum, Pfandrecht, Verein, Körperschaft, ja selbst Rechtspersönlichkeit, Ehe, Verwandtschaft) rücksichtslos in »Normenkomplexe« auflösen; sie würden ja sonst die methodischen Ansprüche des Rationalismus Lügen strafen. Es ist mehr vernünftig als folgerichtig, wenn *Esser* (S. 130 Anm. 120) den Staat selbst ausdrücklich gegen dieses Verfahren in Schutz nimmt. Von diesem Standpunkt aus läuft schließlich jede in Normen nicht mehr auflösbare geistige oder soziale Wirklichkeit Gefahr, als Fiktion verdächtigt zu werden: gegenüber der allein anerkannten Wirklichkeit der reinen Normenordnung sinkt am Ende jede empirische und soziale Wirklichkeit in das Scheinreich der Fiktionen ab.

Natürlich ist dies nicht der Standpunkt des Verfassers, der sich vielmehr wiederholt gegen den absoluten Normpositivismus, z. B. des Neukantianismus oder der reinen Rechtslehre verwahrt und überhaupt gleichsam mit seinem besseren Selbst die Wesenhaftigkeit der rechtlichen Wirklichkeitsgefüge nicht verkennt. Gleichwohl neigt er gelegentlich zu Formeln, die mit dieser Verwahrung kaum in Einklang stehen; so erscheint die Rechtspersönlichkeit als »Gegenstand objektivrechtlicher Zuordnung«, der Verein, das Pfandrecht, der Nießbrauch als »Normenkomplexe«, Begriffe, die der Gesetzgeber offenbar der sozialen Wirklichkeit entlehnt hat (wie die »Jagdbarkeit«), als »reine Rechtsbegriffe«.

Dem entspricht es, wenn der Verfasser geschichtliche Höchstleistungen der juristischen Anschauungskraft, wie die Verliegenschaftung beweglicher Sachen und anderer Gegenstände in deutschen, griechischen und anderen Rechten, zu unberechtigten »Fiktionen« abwertet. Anders ist es nicht zu begreifen, wenn er die trotz ihrer etwas spröden Fassung sehr vernünftige Gleichsetzung des Erbbaurechts mit dem Grundstück als »begrifflichen Unfug« geißelt. Die Konsequenz dieser Betrachtung würde notwendig zu der Forderung führen, die Rechtswissenschaft müßte auf jede nicht auf Normen zurückführbare Anschauung ihres Gegenstandes verzichten.

Wer sich dagegen dazu bekennt, daß die Rechtswissenschaft nicht reine Normbezüge in einer absoluten Rechtswelt, sondern immanent rechtshaltige Wirklichkeitsgefüge zu ihrem Gegenstand hat und daher in ihrer Methode wirklichkeitsbestimmt ist, wird eine prinzipielle Scheidung zwischen »bloßen Tatsachen« und »reinen Rechtsbegriffen« in *diesem* Sinn nicht für möglich halten. Er wird vielmehr in den großen Urgestalten des vorwissenschaftlichen Rechtsdenkens wie Eigentum, Vertrag, Verein, Körperschaft, Persönlichkeit, Ehe, Staat, Volk objektive Wirklichkeiten höherer Ordnung sehen, die als solche auch schon geistige Wirklichkeiten sind; Wirklichkeiten, an denen das Recht nicht nur empirisch erscheint, sondern an die seine Existenz dem Wesen

nach gebunden ist. Begriffe dieser Art sind Wirklichkeiten des Geistes und des menschlichen Lebens zugleich. All diese Begriffe sind als Wirklichkeiten der Anschauung zugänglich und bedürftig, und das Mittel dieser Anschauung ist das fruchtbare Bild. So ist es in Wahrheit die alte große Schlacht zwischen Realismus und Nominalismus, die sich hier erneut.

Folgerichtig holt daher *Esser* von seinem entgegengesetzten Standpunkt aus nunmehr zu einem Generalangriff gegen die »Begriffsjurisprudenz«, die »juristische Logik« aus (S. 128 ff.). Es ist bekanntlich ein Verdienst *Fritz v. Hippels*, mit starkem Wahrheitssinn vor einer methodisch reichlich unbefangenen Wissenschaft die Berechtigung einer »juristischen Bildersprache«, des »Begriffsformalismus«, der »körperlichen Betrachtung« und ähnlicher Verfahren in Frage gestellt zu haben. *Esser* nimmt diese Kritik auf; er meint, in der Fiktion den eigentlichen Kunstgriff entlarvt zu haben, der die Unzulässigkeit dieser Verfahren verdeckt, und versucht, dies an der bekannten Axiomatik der Konfusion, des Identitätsgrundsatzes (z. B. beim Erlöschen der Pfandrechte mit der Forderung), des Prinzips »*memo plus iuris* . . .«, des Erlöschens und der Übertragung von Rechten zu zeigen.

Diese Angriffe sind zu einem guten Teil berechtigt. Auch wir verteidigen nicht die Schlußfolgerungen einer Scheinaxiomatik, die in der eingeborenen Struktur des Rechts und seines notwendigen bildlichen Ausdrucks in Gedanken und Wort nicht begründet ist. Dies gilt etwa für die vom Verfasser sog. »rückwirkende Fiktion« (S. 171 ff.), wie etwa die oft sachwidrige und ungerechte *ex tunc*-Wirkung. Niemand wird die Schädlichkeit eines naiven oder bornierten Begriffspiels verkennen, das die Rechenpfennige für lauterer Gold hält.

Aber damit ist die ernstere Frage nach dem echten Sinn rechtlicher Begriffsschöpfung noch nicht abgetan, nämlich die Frage, wie denn überhaupt die Darstellung des Rechts als eines existierenden Gegenstandes abgelöst werden kann von den Vorstellungs- und Sprachmitteln, welche Rechtsvorgänge und Rechtswirkungen im Bilde natürlichen Geschehens fassen müssen. Viele Gegner der Begriffsjurisprudenz geben sich von dieser Notwendigkeit keine genügende Rechenschaft. Da das Recht und die menschlichen Vorstellungen über das Recht unauflöslich in die empirische Wirklichkeit des menschlichen Lebens eingewoben sind und kein menschliches Vorstellen, Sprechen und Mitteilen der Voraussetzung dieser Wirklichkeit entraten kann, so ist jede Rechtskunde oder Rechtswissenschaft notwendig auf die allgemeinen Anschauungsformen angewiesen, die dem Bilde des äußeren Geschehens entnommen sind, und tut recht daran, sie zu verwenden. Nicht anders drückt der moderne Physiker seine schöpferische Erkenntnis im Atommodell aus, ohne es als empirische Wirklichkeit zu nehmen.

»Der Verein A hat seine Rechte auf die Gesellschaft B übertragen«, »ich kann dir diese Ware nicht mehr verkaufen, weil ich sie schon dem X verkauft habe«, »das Gut rinnt wie das Blut«, »der Tote erbt den Lebendigen«: diese Aussagen sind gewiß nicht Zeugen eines fiktiven

Begriffsrealismus oder wissenschaftliche Mystifikationen, sondern uralte und täglich neue Redeweisen, also Ausdrucksformen der kollektiven Anschauung der Volksgenossen von existierenden Sachverhalten. Die Begriffssprache der Jurisprudenz ist, solange sie sich nicht vom Weg verliert, nur die wissenschaftliche Überformung dieser in der Gemeinschaft objektiv vorgegebenen Anschauungen von rechtlicher Wirklichkeit. »Normpersonifikationen«, wie Verein, Gesellschaft, Staat, und »juristische Vergegenständlichungen«, wie Eigentum, Pfandrecht und Nießbrauch, sind also in Wahrheit notwendige Urformen, in denen menschliches Denken die objektive Wirklichkeit des Rechts erfährt und in der Sprache ausdrückt. Sie sind so wenig »fiktive Vergegenständlichungen« wie Volk, Ehre, Krieg, Gesinnung und ähnliche höchste Grundtatsachen unserer Existenz.

Ähnliches gilt auch für einen Teil der »körperweltlichen Scheinaxiome« wie z. B. die »Übertragung«, das »Entstehen« oder »Erlöschen« von Rechten. So wahr Zeit, Raum und Kausalität Kategorien der reinen Anschauung sind, so notwendig ist in gewissem Grade die von *Esser* und seiner Richtung beklagte »Körperhaftigkeit« und »Quasi-kausalität« der Rechtsbegriffe für jede Bezeichnung, d. h. aber auch für jede Wahrnehmung, Mitteilung und Setzung des in der Wirklichkeit des völkischen Rechtslebens aufleuchtenden Rechtsgehalts. Diese methodischen Wahrheiten werden nicht mehr bestritten werden, sobald überwundene Zeitströmungen wie der Neukantianismus, der Normativismus und andere Positivismen aller Spielarten auch in der Rechtswissenschaft ganz abgeklungen sind und der Blick auf die wahrhaft wirklichen Sachverhalte wie Gemeinschaft und Staat, aber auch »Eigentum«, »Schuld« und »Körperschaft« wieder ganz frei geworden ist. Irren wir nicht, so würde auch der Verfasser der Notwendigkeit dieser Wendung nicht widersprechen; denn auch er kennt eine »Natur der Dinge«, eine »natürliche Ordnung«, natürlich »vorgegebene Anschauungen« (S. 109, 49, 117 und dazu *Brandt* a. a. O.).

Die Front gegen die Begriffsjurisprudenz ist also vom rationalistischen Normpositivismus her nicht zu halten; es bestätigt sich auch hier die Erfahrung, daß es kein Schade wäre, wenn der übliche und gewiß löbliche Kampf gegen die Begriffsjurisprudenz wählerischer und behutsamer geführt würde. Kampf gegen falsche Begriffsjurisprudenz ist natürlich eine ständige Notwendigkeit unserer Wissenschaft. Wo es wahre Anschauung gibt, dort droht auch falsche Anschauung oder grundlose Phantasie oder rückständige Abkapselung überlieferter Anschauungsgehalte von der täglichen Wirklichkeit, in der allein der echte Begriff existiert und immer sich erneut¹⁾. Von solchen Übertreibungen und Abwegen der sog. »Begriffsjurisprudenz« uns befreien zu helfen, ist gewiß ein großes polemisches Verdienst *Essers* und seiner Richtung, die zur Klärung methodischer Positionen aufrief, wo der Verfall in naive Routine drohte. Der Wert der Arbeit erschöpft sich nicht in diesem allgemeinen Verdienst.

1) Zu dieser prinzipiellen Dialektik förderlich *Brandt*, a. a. O.

Esser hat das Vorfeld der gesetzgeberischen Fiktionstechnik sorgsam abgeleuchtet und dem Gesetzestechniker wesentliche, meist zutreffende Winke für den nutzbringenden Gebrauch und die Grenzen der Fiktion gegeben, denen wir dringend Beachtung wünschen. Er hat die heimliche Durchbrechung preisgegebener Obersätze durch den Kunstgriff der Fiktionen bloßgestellt und mit Recht vor diesem Schleichweg gewarnt. Endlich hat er auch den relativen Wert der Fiktion als Durchgangsstufe zu neuen Rechtsschöpfungen verdeutlicht und mit alledem ein Problem angeschnitten, in dessen Tiefe große methodische Entscheidungen fallen, und das daher zu Unrecht lange fast vergessen war.

Zu einer klaren Entscheidung zwischen den Fronten ist das Buch noch nicht gelangt. Denn soweit es sich von einem rationalen Normpositivismus leiten ließ, mußte es die tiefere Berechtigung fiktiver Begriffsbildung verurteilen. Denn für den reinen Normativismus kann es keine objektive Anschauung des Rechts, also auch keine berechtigte Fiktion geben: hier *wird* das Recht nicht, sondern es wird bloß fabriziert oder erdacht. Aber zugleich war der Verfasser einsichtig genug, die Wirklichkeiten des völkischen Rechts nicht zu übersehen, die sich weder normieren noch rationalisieren lassen. So bleibt sein Buch ein Spiegel der zeitlosen Dialektik, die zwischen den großen bestimmenden Merkmalen des Rechts auf und ab schwingt und erst in Wort und Tat des großen Rechtsschöpfers, sei er Gesetzgeber oder Richter, sich versöhnt.

Glunger, Wilhelm, *Theorie der Politik. Grundlehren einer Wissenschaft von Volk und Staat*. München und Leipzig 1939. F. u. J. Voglrieder. VIII, 744 S. RM. 28.50.

Den ersten Versuch, eine verbindliche und damit wirklichkeitsmächtige Lehre vom Wesen (Sein) des Politischen aufzustellen, hat das griechische Denken gemacht. Seitdem liegen Frageweise und Thematik der Staatslehre für den abendländischen Denkkreis fest. Ja, daß es überhaupt zu einem Fragen nach dem Politischen kommen konnte, daß es fragbar und fragwürdig geworden ist, gehört unaufhebbar mit zu diesem Ursprung der politischen Wissenschaft. Wenn auch die herkömmliche Scheidung: alle vorsokratische (vorsophistische) Philosophie ist »Natur«philosophie, alle spätere ist »Kultur«- (Sozial-) philosophie, einen modernen Schematismus anachronistisch gebraucht und daher falsch ist, so steckt doch ein Kern wesentlicher Erkenntnis darin. Es ist dieser: erst im Augenblick des Verlustes der politischen Lebens Ganzheit wurde die politische Theorie geboren.

Seitdem ist es das Schicksal aller systematischen Lehren vom Politischen, entweder nachträglich oder vorläufig zu sein. Sie erscheinen als nachträgliche Einfangung des politischen Lebensgehalts und damit zugleich immer irgendwie überflüssig, wenn sie unrevolutionäre Darstellungen des Faktischen, wie es »wirklich ist«, Überschau und Zusammenfassung geben wollen. Sie erscheinen als vorläufige Konstruk-