

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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 72 (1953)

Artikel: Eine "Weltgeschichte des Rechts"

Autor: Gutzwiller, M.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896105>

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 22.10.2025

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

Eine «Weltgeschichte des Rechts»

1941 erschien in den Vereinigten Staaten ein großangelegtes Buch mit dem Titel *The Quest for Law*, also: die Suche, das Forschen, die Jagd nach dem Recht. Der Verfasser ist ein amerikanischer Rechtsanwalt von besonderem Format: aufgeschlossen und von zupackender Intelligenz. Mit 30 Jahren (1928) juristischer Redaktor der gewaltigen «Encyclopedia of Social Sciences» und seit 1934 Leiter der Rechtsabteilung des «Petroleum Labor Board», wird er zum Nachdenken über das Recht aufgerufen. Er schickt sich nun an, dessen geschichtlichen Erscheinungsformen und Entwicklungsstufen, Wirkmöglichkeiten und Bedingungen, Hoffnungen und Ergebnissen nachzuspüren: *franchement* und *droitement, naïvement*.

Der Becksche Verlag in München erwirbt sich ein Verdienst, wenn er dies echt amerikanische Geisteswerk dem deutschen Sprachgebiet zugänglich macht*. Unter einem Titel, der insofern gerechtfertigt erscheint, als der Verfasser von Hammurapi bis Lenin kaum eine maßgebende Episode unberücksichtigt läßt. Indessen ist die «Weltgeschichte des Rechts» weder sein Ziel noch der eigentliche Gegenstand seiner Darstellung. Auch ist, was uns den Verfasser nahebringt, was uns schließlich immer wieder für ihn einnimmt, in erster Linie sein echtes, sein leidenschaftliches Ringen um die *prima elementa iuris*; um das Recht als *artisan de l'organisation étatique*, als Ordnungsprinzip und Kulturträger. Wozu als wesentlich hinzukommt, daß Seagle all diese

* William Seagle. Weltgeschichte des Rechts. Eine Einführung in die Probleme und Erscheinungsformen des Rechts. Aus dem Amerikanischen übertragen von Herbert Thiele-Fredersdorf. München und Berlin 1951 (C. H. Beck). VIII und 569 S. Gr. 8°. Fr. 34.30.

grundsätzlichen Positionen aus dem Gesichtswinkel des *common law-system* und außerdem noch vom Standpunkt eines gebildeten Durchschnittsamerikaners betrachtet.

Das Recht; Primitives Recht; Archaisches Recht; Die Reife des Rechts; Der Horizont der Jurisprudenz: das sind die fünf großen Kapitel. Sie alle werden mit ungebrochener Denkeenergie in Angriff genommen, und es wimmelt in ihnen von höchst originellen *appréciations* und Fragestellungen.

Es soll einen Versuch geben, den Anteil des Rechts am menschlichen Leben festzustellen: Matthew Arnold schätzte ihn auf weniger als $\frac{7}{8}$, aber mehr als $\frac{2}{3}$, also auf etwa $\frac{3}{4}$ (eine Bewertung, welche zugleich die gesellschaftliche Orientierung des *american citizen* trefflich beleuchtet). Dennoch ist die Feststellung dessen, was «Recht» in seiner allgemeinen Wirklichkeit und nicht nur im formalen Sinne einer bestimmten Rechtsordnung bedeutet, äußerst schwierig. «Diese wirkliche Bedeutung kann nur durch logische Analyse der Phänomene aller Rechtssysteme gefunden werden» (S. 32). Jeremy Bentham hat das Recht als die Totalsumme aus der Addition der zahlreichen einzelnen Rechtsätze definieren wollen. Von diesem rein empiristischen Boden aus viel folgerichtiger ist die These des berühmten Richters O. W. Holmes: «Die Voraussage, wie die Gerichte tatsächlich entscheiden werden und nichts anderes ist, was ich unter Recht verstehe.» Für K. Llewellyn etwa, einen der Protagonisten dieser Richtung, besteht das Recht schlechthin in dem, «was die beamteten Richter in einem Streitfall entscheiden». Seagle ist für einen solchen Positivismus der *jurisdiction*, für eine solche Monarchie *eius qui ius dicit*, keineswegs blind; seines (nicht unseres, M. G.) Erachtens ignorieren sie den imperativen Charakter des Rechts; doch meint er, es sei das Verdienst dieser «Realisten», «daß sie sich bemühten, nicht nur das in den Büchern fixierte statische Recht in den Begriff einzubeziehen, sondern auch das dynamische Element seines praktischen Betriebes»: denn das Recht sei wie der Fluß des

Heraklit: niemals seiend, immer werdend. Es mag dem Laien schwerfallen, sich damit abzufinden, daß nicht alle Streitfälle nach vorausbestimmten Regeln entschieden werden können. Allein «die Sehnsucht nach einem definitiven und eindeutigen Recht war nicht immer so allgemein. Sie ist nur ein Reflex der modernen demokratischen Zivilisation, für die das Streben nach Sicherheit der Person und des Vermögens symptomatisch ist» (S. 38).

Jeremy Bentham, wiederum, erblickte in der Jurisprudenz jene Kunst, mit Methode zu ignorieren, was jeder mann wisse. Seagle betrachtet unter solchem Vorzeichen die bedeutendsten theoretischen Ausgangspunkte; wobei er als «fraglos» führend in der modernen Rechtswissenschaft die soziologische Schule heraushebt und als ihre jüngste Phase die amerikanischen Realisten: Llewellyn, Frank, Powell, Oliphant, Moore, Radin, Yntema, Hale, Hutchinson, Patterson, Robinson. Ihr geistiger Vater ist Jhering, «der das Augenmerk von den logischen Analysen abstrakter Rechtsfragen zu einer Beobachtung ihres Zweckes hinleitete» (S. 46): «Law as the means to an End»; das Recht als eine Funktion geschichtlicher Gegebenheiten. Immerhin «wäre es eine seltsame Rechtsgeschichte, die den Einfluß der Moral nicht in Rechnung stellt», obwohl diese beiden Mächte «bis auf den heutigen Tag... an vielen Orten noch immer in wilder Ehe leben» (S. 44f.).

Nun vertritt aber Seagle nicht nur das Postulat einer kritischen Wesensschau der gesellschaftlichen Phänomene; als Anwalt, d.h. als Diener der Rechtsverwirklichung, setzt er dabei den Akzent auf die Rechtsprechung. Primitives Recht sieht er da, wo eine irgendwie geartete Ordnung des Gemeinlebens noch keine Gerichtsbarkeit entwickelt hat. Für ihn ist «das große und allesbeherrschende Prinzip des primitiven Rechts das Dogma von der Einheit der Sippe». Das gesamte Rechtssystem beruht dann auf kollektiver Verantwortung; jedermann ist seines Bruders Hüter. Eine (transpersonale) «politische Gesellschaft», einen

«Staat» gibt es noch nicht; alles (nach der Unterscheidung von Sir Henri Maine) ist bloße «Verwandtschaft». Die Sippenorganisation ist identisch mit der Rechtsorganisation. Mit andern Worten: «Das zentrale Problem bei der Diskussion über das primitive Recht kann man in der Frage sehen, ob gewisse Verhaltensmaßregeln von der gestaltlosen Masse des Brauchtums als wenigstens im Keime legal unterschieden werden können.» Die für diese primitive Entwicklungsstufe charakteristische Gruppensolidarität zeigt sich in erster Linie bei der Reaktion auf Missetaten; außerdem ist sie «bei der Gestaltung der vermögensrechtlichen Beziehungen von entscheidendem Einfluß». Hier rückt dann die berüchtigte Frage nach dem Ursprung, der Rechtsnatur und dem Umfang des primitiven Eigentums in das richtige Licht. Ist dieser Ursprung «kommunistisch»? «Auch in einer modernen Familie ist es oft schwierig zu sagen, wem das Sofa, der Radioapparat oder Teller und Tassen gehören» (S. 83).

Anders im «archaischen Recht». Schon in der Ilias des Homer tritt uns ein Gerichtshof entgegen, «der den Unterworfenen seine Jurisdiktion aufzwingen konnte» (S. 94). «Das Gericht unternimmt etwas, was kein Schiedsrichter jemals tat: es nimmt für sich in Anspruch, zu erklären, was Recht ist» (S. 96). Das große Kriterium des Wesens des Gerichts «ist und bleibt die Sanktion der Gewalt»: eine Feststellung wiederum, welche aufs engste zusammenfällt mit der Entstehung des Staates; denn «den Gerichten verdankt der ‚Staat‘ eigentlich seine Existenz» (S. 101). Wobei sich das frühe Recht veränderten Bedürfnissen durch den Gebrauch von Fiktionen anzupassen pflegte. Die berühmtesten solcher Fiktionen waren die Vorstellung des Staates «als einer außerhalb liegenden Macht» und die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz: «eine Fiktion, die in ihrer Ungeheuerlichkeit nur von der Unterstellung übertroffen wird, daß alle Menschen von Natur gleich seien» (S. 104).

Und nun wieder typisch: die größte «aller Fiktionen be-

steht in der Annahme, daß die Gesellschaft an den privaten Rechtsstreitigkeiten kein unmittelbares Interesse habe». Wo doch der Prozeß in Wirklichkeit ein unblutiges Duell darstellt und «die Geschichte des Prozeßrechts praktisch die Geschichte des Kampfes um die Wiederherstellung des Prozeßduells in seiner ursprünglichen Schlichtheit und Gradlinigkeit» bedeutet. Ja sogar: «die Rechtsgeschichte wird noch immer um die Gerichte herum geschrieben, wo sie doch besser um die Anwälte herum geschrieben werden sollte, die den Gerichten das Recht fast aus den Händen gerissen haben» (S. 195). Auf solchem Hintergrunde wird, seltsam genug, das Kapitel über «die Glanzleistung des römischen Rechts» (S. 194—221) zu einer Apotheose des *avvocato*. «In Wirklichkeit» verrät nämlich «die römische Rechtsgeschichte nichts, was auf eine hervorragende oder einzigartige Berufung für die Rechtswissenschaft schließen ließe. Die Römer hatten keine Dikasterien, aber ihre Magistraten hatten eine weitgehende Entscheidungsgewalt. Tatsächlich bestand die Größe, die das römische Recht ausmachte, in der Ausbildung eines professionellen Juristenstandes» (S. 201).

Auch die Religion wirkt in diesem rechtsgeschichtlichen Kolonialidyll störend, obgleich in einem besonderen Kapitel Hammurapi, der Pentateuch, die Gesetze des Manu und die griechischen Tragödien in feierlicher Parade aufmarschieren. «Die Theorie vom religiösen Ursprung des Rechts verdeckt notwendigerweise die primitiven Einrichtungen» (S. 177). Viele von den archaischen Gesetzbüchern sind «von eifrigen Schreiberlingen verfälscht worden». Außerdem ist es «auch eine Tatsache, daß, je primitiver ein Gesetzbuch ist, um so weniger Bezugnahmen auf religiöse Doktrinen und Vorstellungen darin enthalten sind» (S. 178). Ähnlich ergeht es einem anderen Requisit der *histoire primitive*, dem Gewohnheitsrecht. Denn seine Anerkennung würde Seagles These von der vorstaatlichen Sippensolidarität mit bloßem «Brauchtum» hinfällig machen. «Der größte Mythos, der sich an die Entstehung der archaischen Ge-

setzbücher knüpft, ist ganz modernen Ursprungs. Das ist der Mythos, der von Sir Henri Maine volkstümlich gemacht wurde und noch heute von vielen Rechtshistorikern geglaubt wird, nämlich, daß die *Codices* lediglich eine Niederschrift schon zuvor bestehenden Gewohnheitsrechts darstellen» (S. 159).

«Der Jurist hat eine Vorliebe für das geschriebene Wort. In den Zeiten allgemeinen Analphabetentums gab es ihm eine unschätzbare Überlegenheit über den Laien, und bis auf den heutigen Tag hilft es ihm, aus dem Recht ein Geschäftsgeheimnis zu machen» (S. 223). Aus aufgezeichneten Responsen, aus Kommentaren und Abhandlungen entsteht die «Jurisprudenz». Man beginnt zu schreiben. «Die ersten Versuche einer systematischen Erfassung des Rechts kennzeichnen den Fortschritt der Rechtswissenschaft und die Reife des Rechts.» Es folgen Spekulationen über dessen Wesen und über die Eigenart der verschiedenen Rechtssysteme. «Vor allem aber mußte der Geist des *common law* und der Geist des kontinentalen Zivilrechts entdeckt werden, da die Systeme des *common law* und des Zivilrechts sich in die Herrschaft über die moderne Welt teilen. Der Kult, der mit der *Lady of Common Law* getrieben wird, ist vielleicht extravaganter und leidenschaftlicher als der um das Zivilrecht, doch ist er keine Einzelercheinung; es wäre irrig, ihn der englischen Insellage zuzuschreiben. Auch das Zivilrecht, obgleich es kosmopolitischer ist, hat seine passionierten Anbeter.» Die bedeutendsten unter ihnen sind, Seagle zufolge, Rudolf von Jhering und Otto von Gierke, während als die berühmtesten Tenöre, welche das *common law* «besangen» (S. 229), Sir Frederick Pollock (Oxford) und Roscoe Pound (*Harvard Law School*) angesprochen werden. Das *common law* birgt eine «ewige Mentalität und Stimmung» (Pollock). Nach Pound eignen ihm besondere Eigenschaften. Zunächst «die Idee der personenrechtlichen Beziehungen» (welche, im Gegensatz zu den abstrakt unpersönlichen Rechtsgeschäften des römischen Rechts, die Verhältnisse zwischen *landlord* und

tenant, master und servant, husband und wife usw. in «feudaler Weise» typisch und konkret regeln). Sodann die Methode der Präjudizien, d.h. die Verbindlichkeit der Vorentscheidungen, welche «neben dem Geschworenengericht als größte technische Ruhmestat des *common law* gelten» muß. Sie «reflektiert den kasuistischen Ansatz»: die Abneigung gegen das abschließend Geformte, gegen theoretische Prinzipien, Abstraktionen und Begriffe. Endlich die Lehre vom «Vorrang des Rechts» (*rule of law*): wonach die Normen, welche in andern Ländern gewöhnlich Bestandteile der Verfassungsurkunde bilden, in England nicht als Quelle der bürgerlichen Grundrechte, sondern als deren Konsequenz betrachtet werden (so die Formulierung des bekannten englischen Dogmatikers A.V. Dicey: Seagle S. 231, 233, 328): die Freiheitssphäre des Individuums bzw. die entsprechende Begrenzung der Krone und ihrer Diener sind primär; sie werden durch die Gerichte und durch das Parlament definiert; diese Definitionen wären für eine «geschriebene» Verfassung bereits verbindlich. Aus dieser Ehrfurcht vor der «Herrschaft des Rechts» hat Pollock gefolgert, daß, wenn es eine Tugend des *common law* gebe, dann sei es die, «daß Freiheit seine Schwester ist».

Also die verschiedenen «Rechtssysteme»! Aber nun ist es in Wirklichkeit nicht so, daß dem *common law* einfach das («römische») «Zivilrecht» des «Kontinents» gegenüberstünde: denn die wiederum auf dem «Kontinent» von altersher sich begegnenden Anschauungen der romanistischen und der germanistischen Welt waren unter sich mindestens ebenso verschieden wie England und «Rom». Ganz abgesehen von dem besonderen Charakter des russischen Rechts, von der eigenständigen Entwicklung in den skandinavischen Ländern und von der weiteren Verzweigung durch die großen (europäischen und außereuropäischen) Kodifikationen seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts. Abgesehen auch von der nicht unerheblichen Intoxikation der hochehrwürdigen «Lady of the common law» durch roma-

nisierende Denkformen, Maximen und *termini technici* schon zu Glanvills und Bractons Zeiten: «in using Roman and Romanesque language to adorn and supplement the meagre substance of the English law»¹⁾).

Bei Seagle erscheinen diese Komplikationen naturgemäß in stark vereinfachter Perspektive. Dennoch wird man seinen stets originellen Glossemen über «die wechselseitige Angleichung der westlichen Rechtssysteme», über «die Suche nach dem billigen Recht», über das «Naturrecht», über die «Doktrin von der Herrschaft des Rechts» und über «das Zeitalter der Kodifikationen» mit der Anteilnahme folgen, die man dem Mutigen gerne zollt. «Das meistgefeierte Rechtssystem der Welt beginnt, so wie es endet — mit einem Gesetzbuch» (Henri Maine). «Die Kodices breiteten sich aus über ganz Europa und drangen sogar in die entlegensten Teile Asiens; doch niemals gelang es ihnen, die schmale Rechtsstraße von Dover zu kreuzen» (S. 435). «Von einer modernen Kodifikation erwartete man einen Apparat von vier Gesetzbüchern: ein bürgerliches und ein Strafgesetzbuch und je ein Gesetzbuch, das das entsprechende Prozeßrecht enthält. In ein Programm gekleidet heißt das: so wie jede bürgerliche Familie ihre konventionelle Möbeleinrichtung haben muß, so soll jeder bürgerliche Staat seine Ausstattung mit Gesetzbüchern besitzen» (S. 414). «Das Billigkeitsrecht bedeutete den ersten systematischen Versuch..., die Substanz über die Form... zu stellen sowie ganz allgemein dem Mißbrauch von Rechten zu steuern. Auf diese Art diente es letzten Endes der Politik des allgemeinen Strebens nach Gewinn.» «In unserer Zeit hat das Billigkeitsrecht alle Möglichkeiten seiner Entwicklung erschöpft, und seine Mission ist in andere Hände übergegangen; die Rolle des Prätors und des Kanzlers ist ausgespielt» (S. 291). «Aus den *Common Law*-Rechten der Engländer entstanden die natürlichen Rechte der ganzen

¹⁾ Vgl. C. H. S. Fifoot, *History and sources of the Common Law*, London 1949, S. 218; W. J. V. Windeyer, *Lectures on legal history*, Australia 1938, p. 68 f.

Menschheit» (Roscoe Pound). «Das Naturrecht der Aufklärung war nichts anderes als das rechtliche und politische Programm der aufsteigenden Bourgeoisie» (S. 302). «Der *Common Law*-Jurist, nach dessen Ansicht das Recht nur von Vorentscheidungen bestimmt und geschaffen wird, spottet über die naturrechtlichen Anschauungen» (S. 308).

Wer den weit ausgreifenden Bewegungen im Leben der amerikanischen Nation seit Beginn unseres Jahrhunderts gefolgt ist, wird ein so durchaus soziologisch orientiertes Weltbild wie dasjenige Seagles leichter verstehen. «Die ganze Geschichte des Kriminalrechts», heißt es in dem Kapitel über das «Monopol der Gewalt», «besteht aus der Wechselwirkung zweier Prinzipien. Zuerst wurde ein Strafrecht geschaffen, das einer wilden Katze glich. Und dann machte man sich an die etwas schwierigere Aufgabe, der Katze eine Schelle anzuhängen» (S. 341). «Die klassische Strafrechtswissenschaft ist eine Absurdität im Lichte der Wissenschaft. Die positivistische Kriminologie dagegen ist eine Absurdität im Lichte der Wirklichkeit» (S. 370). Ganz analog wird aber auch das Privatrecht hergenommen. Die «Allmacht des Vertrages», die «Willensjurisprudenz» verbürgen «gigantischen Korporationen mit ungeheurer Kapitalanhäufung» volle Freiheit bei der Kontrolle aller Menschen in der Rechtsgemeinschaft und lassen sie dergestalt mächtiger werden als der Staat (S. 397).

Unter solchen Auspizien ist der «Horizont der Jurisprudenz», wie er im Schlußteil unserer «Weltgeschichte» umrissen wird, bereits erkennbar. Sieht man vom letzten — wohldokumentierten und inhaltsreichen — Kapitel über das Völkerrecht als dem «logischen Höhepunkt im Schauspiel des Rechts» ab (S. 513), so bleibt ein Hauptanliegen, um das dem Verfasser innerlichst zu tun ist: «das Supremat des Rechts», «das absolute Regiment des Rechts» (S. 441 ff., 503 ff.). Er versteht darunter im Grunde jene drei berühmten Maximen, welche wir mit den Stichworten «Gewalten-trennung», «Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung» und «Gesetzmaßigkeit der Verwaltung» zu bezeichnen pflegen,

und darin das eigentliche Wesen des sog. «Rechtsstaates» erblicken. Nun gibt es zwar in den Vereinigten Staaten «die wunderbarste Tat, die zu irgendeiner Zeit menschlichen Hirnen entsprungen ist» (Gladstone), nämlich das richterliche Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze. Allein die Hüter jener «geheimnisvollen Essenz» der *constitutionality* sind «neun alte Männer», deren Eingriffe in die Legislative so häufig, so unvorsehbar und außerdem so wechselnd sind, daß die Formel von der «Zwielichtzone» aufkommen konnte, in die jede gesetzliche Regelung irgendeiner Materie *forcément* geraten muß. Die Verfassung «muß dann notwendig das bedeuten, was das höchste Tribunal durch seine Entscheidung daraus macht» (S. 475). So sind etwa «unter der Devise des *laissez faire*, die der Gerichtshof als «die Wirtschaftsdoktrin der Verfassung voller Pietät verehrte», «fast systematisch alle Ansätze zu einer Arbeits- und Sozialgesetzgebung zunichte» gemacht worden (S. 468). Ja, Seagle erlaubt sich, in diesem Zusammenhang ein *bonmot* zu zitieren, welches in den zwanziger Jahren unseres Jahrhunderts im Umlauf war: «daß der Oberste Gerichtshof ... keine Gelegenheit vorbegehen lasse, um die Unverletzlichkeit der Interessen des Kapitals zu betonen». So etwa, wenn er «alltägliche Wahrheiten geleugnet wie die, daß die *United States Steel Corporation* eine mächtigere Vertragspartei ist als ein einzelner Stahlarbeiter» (S. 476).

Zu der brennenden Sorge um das amerikanische Grundgesetz von 1786 — bekanntlich die erste «geschriebene» Verfassungsurkunde einer Nation — gesellt sich ein zweites schweres Gravamen: die Verwischung der drei konstitutionellen Gewalten in zahllosen *boards* (Ämtern) und *commissions* (Dienststellen). Diese neuen Verwaltungsbehörden erlassen Verfügungen, üben richterliche Tätigkeit und vollstrecken obendrein die von ihnen selbst getroffenen Entscheidungen. «Die angloamerikanischen Juristen haben das Verwaltungsrecht von seiner Geburt an als ein illegitimes Kind angesehen» (S. 486). Denn in den Ländern des *common*

law besitzt das *droit administratif* nicht den «festumrissenen und logischen Charakter» der Kontinentalstaaten. 1930 bis 1940 ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den USA leidenschaftlich bekämpft worden: «unter dem Terrorregiment des *New Deal*», von den unentwegten Republikanern. Dennoch ist «das Verwaltungsrecht von heute das ordentliche Recht von morgen». Die Verwaltung wird «vergerichtet». Sir Frederick Pollock hat gesagt: «Nichtordentliche Gerichtsbarkeiten haben sich dadurch durchgesetzt, daß sie zu ordentlichen Gerichtsbarkeiten geworden sind» (S. 512). «Zu allen Zeiten ist die Exekutive die erste Macht im Staate gewesen.» Heute um so mehr, als der Fachmann regiert; «das Monopol der Verwaltung, das seit unvordenklichen Zeiten die Juristen innehatten, ist gebrochen» (S. 500).

* * *

Wir «Kontinentale» würden in einer «Weltgeschichte des Rechts» die Erscheinungsformen dieses Zivilisationsfaktors ersten Ranges unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten betrachten: streng methodisch, in sog. Kulturzyklen. Einem Unternehmen solcher Art hätte eine äußerst ernsthafte grundsätzliche Besinnung vorauszugehen. Was unseren Autor bewegt, ist von vornherein nur ein Teilproblem. Seinem «Forschen nach dem Recht» liegt keine *tabula rasa* zugrunde; kein Zweifel an dessen Existenz. Seine Fragestellung ist ein Kreuzzug im Interesse der Darstellbarkeit, der Gewißheit, der Eindeutigkeit des Rechts. Dasein, Herkunft und Wesen setzt er als selbstverständlich gegeben voraus. In seiner Schlußbetrachtung heißt es: «Es ist verkehrt, von einem Zusammenbruch des Rechts in der heutigen Welt zu sprechen. Was zusammenbricht, ist das Dogma von der Gerechtigkeit gemäß den Gesetzen» (S. 547). Seine erbitterte Kritik der Gesetzbücher, seine Sympathie mit den amerikanischen «Realisten» gilt in erster Linie der Erfäßbarkeit der zu regelnden Tatbestände: ihrer Typizität, ihrer Regel-Mäßigkeit. «Die mit starrer logischer Strenge von den Juristen entwickelten

Rechtssätze lebten fast ein eigenes Leben.» Wenn sich Konflikte ergaben, stellte sich fast immer heraus, daß es konkurrierende Regeln und Prinzipien gab (S. 546).

In diesem Sinne gilt Seagles Zuneigung nicht dem starren System der Kodifikationen, sondern dem unstarren des «lebendigen Rechts» (Heinsheimer), des Richterrechts. Die Gesetzbücher sind eine «merkwürdige Illusion» an eine «mechanische Sicherheit». Was not tut, ist eine pragmatische Fortbildung der «konstitutionellen» Fundamentalsätze durch einen aufgeschlossenen, in und mit der Zeit fortschreitenden — in diesem Sinne «dynamischen» — Richter. Legislative, Judikatur und Exekutive müßten, unter sorgfältiger Wahrung ihrer Wesensverschiedenheit, in der Weise kooperieren, daß die Legislative die Suprematie der Normen, die Judikatur deren Anpassung an den Alltag zu garantieren hätten, während die Exekutive den Schutz des Rechts «unter den neuen sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen» übernehmen würde: da, wo er «mit den alten und einfachen Mitteln der Gesetzgebung und der Rechtsprechung nicht mehr verwirklicht werden kann» (Elihu Root).

An jene «konkurrierenden», d.h. normwidrigen, ausnahmsweisen, indeklinablen Tatbestände muß schon Martinus de Fano (zwischen 1230 und 1270) gedacht haben, wenn er seinen Studenten ans Herz legt: «Etiam cum legitis, videte si super lege aliquam questionem formare possitis, per quem legem possitis ad inconueniens revocare (reducere) et postea rationem excusationis investigare curetis.» An diesem Punkte schneiden sich in der Tat kodifiziertes und richterliches Recht. Jedes dieser beiden Systeme dient hohen Rechtswerten: der Rechtssicherheit jenes, der konkreten Gerechtigkeit dieses. Meist wird es möglich sein, das Gesetz *ad inconueniens reducere*. Aber oft wird sich, entsprechend, das Richterrecht dem Vorwurf der Unvoraussehbarkeit aussetzen. Es muß beiden Richtungen zum Troste dienen, daß sie sich einander zusehends annähern. Während im Bereiche der großen Kodifikationen die *juris-*

prudence auf weite Strecken an Bedeutung derart zugenommen hat, daß der Gesetzestext allein nur noch als ein bloßes Skelett erscheint, wächst in den *common law*-Gebieten das Bedürfnis nach Fixierung. Spezialgesetze regeln bedeutende Teile des Handelsrechts; in den Vereinigten Staaten genießt die *Restatement*-Bewegung — eine «wissenschaftliche» Fixierung des geltenden Rechts, welche auf die Gerichte zurückwirken muß — größtes Ansehen; klassische Lehrbücher, die sich in vielen Auflagen folgen, tragen zur Stetigkeit bei.

Andererseits kennen auch wir die Krisis der Gewaltentrennung unter dem Drucke weltgeschichtlichen Notstandes. Auch wir sind ständig um die Sauberkeit unseres Verfassungslebens, um den Schutz der Bürgerrechte vor staatlicher Ingerenz, um die Freiheit der einen von den anderen und um die Idee des Rechtsstaates bemüht. Auch bei uns gibt es Große und Kleine. Insofern schaffen die analogen Entwicklungen von jenseits des großen Wassers eine natürliche Verbundenheit und liefern den Stoff zu fruchtbaren *avertissements* und Vergleichen. Um so mehr, als sich in ihnen, gerade in der vielfachen Vergrößerung, die Signatur unserer Zeit besonders scharf widerspiegelt. Aber auch das Studium der amerikanischen Literatur bzw. das Eindringen in das rauhere Klima des amerikanischen Rechts kann uns wertvolle Impulse geben. Und wenn wir bei der Darstellung unserer kontinentalen Rechts- und Dogmengeschichte die Unkenntnis wichtiger Verbindungsglieder sowie handgreifliche Willkür in der Manipulierung großer Daten kaum übersehen können, so halten wir dem Verfasser doch immer wieder den eigentlichen Anlaß zu seiner gescheiterten, temperamentvollen und kühnen Unternehmung zugute. «The Quest for Law»: in unseren Tagen ist das eine gute, eine notwendige Devise: ihr zu folgen ist *pour nous autres Européens* ein wirkliches Erlebnis.

M. Gutzwiller

