

Title	Strengrecht und Billigkeitsrecht
Sub Title	
Author	Sternberg, Theodor
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1934
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.13, No.1 (1934. 3) ,p.225 (16)- 240 (1)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19340330-0225

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

Strengrecht und Billigkeitsrecht

von

Theodor Sternberg

1. Billigkeit zu üben ist die Hauptaufgabe des Rechts. Dies kann freilich bestritten werden. Und es ist oft nicht gewußt, oft verkannt und ist oft bestritten worden. Die Ansicht ist immer wieder vertreten und auch geglaubt worden, und auch einfach unterstellt, daß Strenge die Hauptaufgabe des Rechtes sei. Härte des Wollens sei sein Hauptcharakterzug. Also moralische Strenge, harte Gesetze, dura lex, also Begriff und Idee des Rechtes überhaupt (der drakonische Gesichtspunkt)¹⁾ und damit zugleich was man „logische Strenge“ oder logische Schärfe genannt hat,²⁾ ein Verharren in seiner Regel und seinem System ohne Rücksicht auf regelwidrige Wendungen in den ihm unterstellten Tatsachen und Ereignissen.

2. Diese aber gehören dem Leben an, und gar dem über alles bloß biologische Leben hinaus weit complicierten und activen, beweglichen, veränderlichen, individualisierenden Kulturleben, und dies Leben hat sich bisher noch nie in einem vorausgedachten System und einem Planen vollständig erschöpfen lassen. Glücklicherweise nicht.³⁾ Und je mehr die Menschheit vorgeschritten

1) Hier als das ganze Recht betreffend. Im Strafrecht hat der Drakonismus noch eine besondere Bedeutung, die hier nicht in Betracht fällt.

2) Zur Einleitung einer Kritik dieser Bezeichnung Sternberg. Allg. Rechtslehre 1904 I;

3) Denn es muß immer wieder ungeahntes entstehen, wenn die Welt wirklich vorwärts kommen soll. (Jungfräuliche Geburt des Logos!) Das gilt auch dann, wenn das Planen und Voraussehen in wünschenswerter Weise zu einer ganz anderen Vollkommenheit aufgestiegen sein wird als es heute besitzt. Bereits der heutige Grad davon ist weit höher als in allen früheren Zeiten.

ist, um so weniger. Denn um so mehr differenzierte, specialisierte und individualisierte sich ihr Leben, ihr Tun, ihr Empfinden, Wollen und Streben; diese Variabilität wie überall in der Natur gerade die Entwicklung sichernd und bereitend, offenbar deren Bedingung; und um so mehr beschleunigte sich die Entwicklung. Sie accelerierte und sie variierte immer weiter. Noch ist nicht einmal die Natur, und in ihr namentlich das Leben (rein zoobiologisch begriffen) nach ihrer sehr ersichtlichen und leicht¹⁾ studierbaren Gesetzlichkeit von uns in einem vollkommenen System erkannt und verstanden, noch weniger ist das möglich mit der Kultur. Oder richtiger—denn es besteht nicht nur Erkenntnis—sondern auch Tatsachenverschiedenheit—: die Natur ist von einer relativ (früher meinte man absolut) vollkommenen oder geschlossenen Gesetzlichkeit, eben der Naturgesetzlichkeit, allerdings beherrscht. Von der Kultur aber gilt dies nicht, und noch viel weniger von dem Geiste.

3. Das Recht kann also mit einer starren Norm, die nichts als Strenge hat, der Kultur²⁾ nicht gerecht werden, Norm, die dann oft zumal da besonders Strenge sein will, wo sie nicht paßt. Sie hat sich freilich, in den der Billigkeit skeptisch und ablehnend gegenüberstehenden Richtungen, gerade hierauf viel zu gute getan und mit selbstgerechtem Wohlgefühl ihre geistige Unzulänglichkeit durch erhöhte Strenge auszugleichen gesucht.

4. Das darf nicht sein. Gerade die Strenge des Rechts kann nur durch seine Billigkeit gerechtfertigt werden. Man spricht von Recht und Billigkeit, aber Recht und Billigkeit sind darum nicht zwei verschiedene Größen.³⁾ Wenn man Billigkeit definieren will, so kommt man sehr bald dazu, zu sagen, Billigkeit sei

1) Gedanke der Leichtigkeit der Naturwissenschaft (der Mathematik) in Comtes Stufenbau der Wissenschaften.

2) Ausser in den allerfrühesten Anfängen oder Vorstadien.

3) Gerade in der deutschen Formel „Recht u. Billigkeit“ sind die Begriffe eigentlich eher identifiziert, das „Und“ ist mehr ein verschleifendes als ein disjunctives. In den anderen Sprachen ist dies nicht so; sie trennen mehr. Dieser Unterschied entspricht vielleicht einem Unterschied der Rechtsidee u. historischen Rechtsentwicklung bei den Deutschen und den anderen Völkern.

eigentlich Gerechtigkeit. Das ist keine Unbeholfenheit. Das ist richtig. Wenn man Gerechtigkeit definieren will, geht es einem alsbald ebenso. Wieder ohne Irrtum. (Dagegen sind Strenge und Recht keineswegs Wechselbegriffe.) Die Gerechtigkeit ist Billigkeit, und die Billigkeit ist Gerechtigkeit. Gerechtigkeit ist Billigkeit, und also ist die Billigkeit das Recht.

5. Das konnte anders sein nur als das Recht erst in seinen Uranfängen war, weil damals im Recht eben aber erst nur ein sehr schwaches und überhaupt noch kaum erkanntes Bedürfnis nach Gerechtigkeit herrschte; damals an der Grenze, dem Übergang zum Recht von dem vor ihm allein herrschenden Kampf, genügte, daß es Ordnung schaffe ohne Billigkeit. Es brauchte kein wesentlich gerechtes Recht. Wenn es nur die Horde vor Zersplitterung wahrte und so nach außen schützte. Dies beleuchtet sich immer wieder noch heut im Kriegszustand. Das Recht des Kriegszustandes ist ein (vergleichsweise) strenges; die Billigkeiten treten zurück und zurück tritt die Gerechtigkeit. 1)

Das Recht ist Billigkeit, und die Billigkeit ist das Recht. Es ist also ganz falsch zu sagen, die Billigkeit sei das Ideal des Rechts. Über solchen primitiven Zustand sind wir hinaus. Es soll nicht bestritten werden, daß ein solcher Zustand war. Im Gegenteil. Wie schon aus dem Gesagten hervorgeht. Die Macht der Billigkeit war anfangs klein und ihr Gebiet und Umfang ebenso. Ein Recht herrschte, das von Billigkeit nichts wußte. Und dann eins, das wenig von ihr wußte, und noch weniger von ihr wissen wollte. Sich des wenigen, was es von ihr wußte, schämte. Auf dritter Stufe endlich wird die Billigkeit, wenn auch als ein notwendiges Übel und vereinzelt nicht ganz loszuwerdende Erscheinung, endlich anerkannt; auf vierter Stufe erringt sie Gleichberechtigung mit dem strengen Rechte und gelangt oft zu einem System, auf der fünften endlich verschmilzt die Billigkeit mit dem Recht.

1) Hier steht natürlich das Problem, wie und warum das Gerechtigkeitsempfinden schließlich doch entstand. Es zu erörtern ist nicht Aufgabe dieser Stelle.

Die Billigkeit hat sich also ihren Platz als das Recht erst erkämpfen müssen. Obwohl sie doch die Gerechtigkeit war. Dieser Kampf dauert heut noch fort. Indes wir dürfen uns als auf der fünften Stufe angelangt betrachten.

Manche halten den Kampf für einen notwendig immerwährenden. Ja dies ist wohl noch die herrschende Meinung.

In jenen Kämpfen tritt namentlich jene Verschämtheit der Concessionen an das vordringende Billigkeitsrecht immer wieder auf und manche andere Phänomene früherer Stufen, die eigentlich hätten überwunden sein sollen.¹⁾

Heut ist die Billigkeit das Recht.

6. Aber trotzdem muß die Billigkeit schließlich definiert werden. Wenn auch heutzutage jeder sich sagt, daß er wisse, was Billigkeit sei und daß eine Definition garnicht erforderlich und garnicht möglich sei. Indes: so ist es heutzutage. Aber es gab doch eine Zeit, da niemand etwas ahnte von Billigkeit.

Billigkeit ist die Rechtshandhabung, die individuell verfährt, die dem concreten Fall sein Recht sichert.

Das aber soll geschehen, so urteilen wir heute.

Diese Wahrung des Rechts des concreten Falls kann oft geschehen im Rahmen der abstracten Norm, der nur das typische Interesse, nicht das specielle berücksichtigenden Regel, die das strenge Recht ist. Sie kann aber auch geschehen im offenen Gegensatz zu dieser Regel. Endlich drittens in Fällen, für die eine Norm gar nicht vorgedacht ist. Verfechter des Strengrechts haben in diesem letzten Fall immer wieder den schönen Wunsch vertreten, unter den vorhandenen Normen, da man eine passende nicht hat, eine der nicht passenden anzuwenden, und sie nennen

1) Kampf gegen diese Rückstandsphänomene heut die Freirechtsschule; innerhalb ihrer ganz besonders auf diesen Punkt gerichtet, im Angriff auch gegen manche Freirechtsvertreter selbst, Ernst Fuchs, Gemeenschädlichkeit der constructiven Jurisprudenz u. a. (Der Titel dieses ausgezeichneten Buchs nebst seinen Consequenzen ganz abwegig. Alles Recht construirt. Auch das freieste Billigkeitsrecht. Interesswägung und Construction sind keine Gegensätze.)

solches „strenges Recht“, *sumum ius*.

Die Begriffe Billigkeit und strenges Recht unterscheiden sich also nach dem Gegensatze: Individualisierung und Typicität.

Man erkennt nach dem Finden einer Billigkeitsentscheidung aber oft, daß der concrete Fall doch typisch auftritt, und die als einzeln, neu und außerordentlich empfundene Billigkeit dieses Falles wird dann gemeines Recht und oft im Verlauf weiterer Kulturverfeinerung, der gegenüber sie selbst rückständig wird, unbilliges Recht. Neue Billigkeit muß sich über sie lagern.

Die Billigkeit ist selber Recht. Sie ist nichts anderes als Recht. Man hat sie, auf Seiten ihrer Gegner nicht nur, sondern auch auf Seiten ihrer Vertreter als etwas anderes, Außerordentliches ansehen wollen. Das trifft nicht zu, die Billigkeit ist selber Recht.

Wir sprechen also zutreffend von Billigkeitsrecht, nicht bloß Billigkeit, von *ius aequum*, nicht *blo*s *aequitas*.

Wo man das Billigkeitsrecht (auf der vierten Stufe) zu einem besonderen System gefaßt hat neben dem strengen Recht (*ius strictum*), ein in sich geschlossenes Billigkeitssystem neben ein in sich geschlossenes Strengrechtssystem (oder gar „Rechtssystem“) gestellt hat, wie das namentlich in Rom und England geschehen ist, da war dies freilich ein Fehler. Und es tat das die vierte Stufe auch garnicht einseitig und aufrichtig, um damit die Gleichberechtigung der Billigkeit nun anzuerkennen, sie wies ihr damit gleichzeitig ein Ghetto zu.

Deshalb mußte diese Sonderung beim Übergang von der vierten Stufe zu der fünften fallen.

Die Bedeutung der vierten Stufe war, dass sie das bis dahin Ausserordentliche und Nebensächliche allmählich fest als Ordentliches und Hauptsächliches etabliert.

Doch sind in England die Spuren und nachteiligen Nachwirkungen der veralteten Sondersystematisierung der Billigkeit noch nicht verschwunden.—

Wenn heut noch meist die Lehrbücher, selbst in Deutschland, von einer Gleichberechtigung des Strengrechts und billigen Rechts oder gar des Rechts und der Billigkeit reden, so ist das

eine verfehlte Wendung und Vorstellung, die aus der 4. Stufe her verblieben ist und viel Schaden anrichtet. In Wirklichkeit ist heut die Billigkeit das Recht. Das darf der Jurist nie vergessen, und das muß dem Volk eingeprägt werden. Sonst kann ein Vertrauen des Volks zum Recht nicht gedeihen. Sonst kann die Rechtsfremdheit des Volks in dem Grade, wie es doch möglich ist, nicht überwunden werden.¹⁾

7. 8. Nun ist das Strengrecht, das *ius strictum*, bis heut nicht ausgerottet, und es wird wohl nicht ausgerottet werden, solange Rechtsordnung überhaupt existiert. Strengrecht das wir nicht entbehren können, ist z. B. das Wechselrecht. Soweit ist also das Prinzip und Bestehen einer Doppelten Rechtsordnung aus Strengrecht und Billigkeitsordnung ewig wenigstens noch für den Höchstkapitalismus.²⁾

Aber die Formulierung ist doch in der Form eine veraltete. Wir müssen sagen: eine Rechtsordnung, die Billigkeitsordnung, mit darin verbliebenem Strengrechtsrudiment. Manches, vieles von dem letzteren Bestande könnte und wird vielleicht sogar noch wegfallen, so gerade auch möglicherweise der vornehmste der noch übrigen Repräsentanten des Strengrechts in unserer modernen Welt, das Wechselrecht, wenn eine socialistische Gesellschaftsordnung schulgerecht nach den Gedanken des Communismus durchgeführt würde.³⁾ Gleichwohl ist kaum anzunehmen,

1) In den Darstellungen des Obligationenrechts, da wo von *obl. bonae fidei* und *stricti iuris* die Rede ist, wird das immer ganz richtig bemerkt, aber die Darstellung des allgemeinen Teils läßt stets zu wünschen übrig. Die Systematik muß organischer werden. Die Römer sind an dem Mangel nicht ganz schuld, denn sie pflegten die Begriffe *actiones str. iur* und *bonae fidei*, *negotia str. iuris* und *bonae fidei*. Da ist unsere Wissenschaft auf dem Wege von den Institutionen und Pandekten zum BGB etwas zurückgekommen.

2) Wie sich das Verhältnis im Socialismus gestalten wird, steht zur Debatte. Manche Socialisten nehmen eine noch weitere Stufe an, auf der alles Strengrecht überhaupt verschwindet und die Rechtsordnung Reines Billigkeitsrecht wird. Wie sie im Anfang reines Strengrecht war.

3) Vgl. Bebel, Die Frau und der Socialismus.

daß alles Strenge recht überhaupt verschwinden werde. 1)

Nur ist die Entwicklungslinie so, daß bei fortschreitender Kultur das Billigkeitsrecht vordringt und das Strenge recht immer mehr zurücktritt. 2)

Das Ergebnis aber ist: die Billigkeit herrscht als Recht, sie ist das Recht und von dem Strenge recht macht sie nur als von einem Instrument zu bestimmten Zwecken ihren Gebrauch.

Es ist also das die wichtige Entwicklung: das Strenge recht wird aus dem Herrn der Rechtsordnung (Le Droit c'est moi! sprechend) zu einem Mittel der Rechtsordnung: die Instrumentalisierung des Strenge rechts.

Wenn man nach der Quelle des Billigkeitsrechts fragt, so ist es eigentümlich zu sehen, in welchem Gegensatz die populäre Meinung zu der factischen und historischen Wahrheit steht. Diese Meinung sieht die unentwegten Träger starren Strenge rechts in den Juristen und nimmt das gar als ihren Beruf, und alles Heil der Billigkeit komme aus der unbefangenen und wohlwollenden Seele des Volks. In bemerkenswürdiger Paradoxie meint und will diese Auffassung den Juristen als den Träger der Billigkeitslosigkeit, als den sie ihn gleichzeitig moralisch verwirft. Diese Paradoxie ist ja nun im wesentlichen nur eine Unklarheit der Nichtrechtskenner über die Juristen und über sich selbst.

Tatsächlich ist nicht das Billigkeitsrecht Volksrecht und das Strenge recht Juristenrecht.

1) Vielfach wird gegen den Socialismus eingewandt, daß er des Strenge rechts zuviel einzuführen drohe. Die Stichhaltigkeit dieses Einwands ist hier nicht zu erörtern. Der Erörterung müßten auch noch Begriffsschärfungen vorausgehen. Jedoch beruht ganz sicher die sehr verbreitete Auffassung vom Socialismus als einer neuen reinen Strenge rechtsordnung („Zuchthausstaat“), also eines Rückfalls in Primitivismus, auf einer verkehrten völlig unwissenden Vorstellung vom Marxismus, die sich bei vielen namhaften „Gelehrten“ findet. Nur in älteren unvollkommenen theokratisierenden und (anderen) utopistischen Socialismen gibt es solches; sie aber spielen keine Rolle.

2) In welchen Verhältnissen dabei intellectuelle, moralische und wirtschaftliche Factoren (Reichtumsteigerung! Productionssteigerung!) zusammenwirken, könnte noch mehr als bisher geklärt werden.

Tatsächlich weiß der Mann aus dem Volke, vor die Aufgabe einer Rechtsentscheidung gestellt, diese gewöhnlich nur höchstens mit gleicher Fähigkeit im Sinne schöner und zweckvoller Billigkeit zu lösen wie der Jurist. Meist nur dann, wenn die Jurisprudenz oder Gesetzgebung einen Fehler gemacht hat, zeigt sich die billigkeitsfindende Überlegenheit des Nichtjuristen.¹⁾ Es ist also wesentlich nur eine epikritische Fähigkeit; das Klügersein dessen, der vom Rathaus kommt gegenüber dem, der erst hingeht. Und auch dann versagt sie öfter als sie wirkt.

Noch weit schärfer beleuchtet sich diese Unrichtigkeit der Inanspruchnahme des Billigkeitsrechts als Volksrecht beim Blick auf die Geschichte.

Die Rechtsgeschichte ist Geschichte der Billigkeit. Wie es die vorangehenden Ausführungen ergeben haben. Die Rechtsgeschichte aber ist doch eben ganz wesentlich von den Juristen gemacht. Wie die Entwicklung des Hauses von den Architekten und des Schuhs von den Schuhmachern. (Die Kleider und Schneider, die dem Recht und Juristen fast näher stehen als Hausbauer und Schuhmacher, nicht zu vergessen). Das Billigkeitsrecht ist in Wirklichkeit Juristenrecht.

Die entgegengesetzte, unrichtige Vorstellung beruht nicht nur auf urwüchsig populärer Selbsttäuschung allein: früh am Anfang seiner Schulbildung, als Gymnasiast, lernt der Jurist, daß in Rom dem Rechtsbrecher, der vom Richter nach dem Gesetz verurteilt war, die Berufung an das Volk, *provocatio ad populum* freistand; das Volk als Gnadenträger erscheint so im Licht der Barmherzigkeit und der höheren Weisheit. Aber dies ist eben, mehr als je eine andere, gerade die Ausnahme, die die Regel bestätigt. Diese Funktion höherer Rechtsvernunft des Volkes bleibt sehr allein. Zudem ist zwar die Gnade allerdings ein wesentlicher Ausdruck der Billigkeitsidee,²⁾ steht aber und stand namentlich in allen

|||

1) Falls sie nicht darauf beruht, daß er an Sachverständnis den Juristen überragt.

2) Vgl. auch Stammler, in „Wirtschaft und Recht.“

früheren Zeiten, eben bis auf die jüngste Gegenwart, als etwas Besonderes außerhalb ihrer.¹⁾

Später hört man wenig von wirklich billigkeitsschöpferischer Volkswisheit. Erst die Kaufmanns- und Gewerbeberichte könnten wieder in Betracht kommen. Doch auch da tun das meiste die Juristen. Volkssinn in der Rechtsbildung schafft eher neue Rechtsinstitute als neue Billigkeit. Porzia (Shakespeares) ist eine Märchengestalt, man vergesse es nicht. Und ihre Billigkeit ist ja auch eine arge.

Es bleibt dabei, die Rechtsgeschichte der Billigkeit ist gemacht von den Juristen. Sie sind schließlich doch die besseren Christen gewesen.

Und—vgl. auch die folgenden, Erörterungen—solange das Volk allein arbeitete, wollte das Recht gar nicht aus dem Zustande des reinen Strengrechts herauskommen. Das freiere Recht, das Billigkeitsrecht kommt erst mit den ersten Keimen des Juristentums. Namentlich wenn es als solches sich vom Priestertum löst. Das Priesterrecht kommt ja nicht ganz so schwer vom Strengrecht los wie das Volksrecht. Aber doch schwerer als das Recht der Juristen. Die Arbeitsteilung macht sich geltend gerade in der Leistung des Billigkeitsrechts. Da genügt der Theolog der (juristischen) Aufgabe nicht mehr. Es braucht den Juristen.

Wenn vom Rechte das mit uns geboren ist, die Rede ist, so ist zu sagen, daß es mit den Juristen geboren ist.

9. Die wahre Finderin des Billigkeitsrechts ist die Wissenschaft. Zuerst in ihrer Gestalt als Praxis, & mehr und mehr auch in der Theorie. Finden des Billigkeitsrechts ist ihre eigentliche Aufgabe. Modernes Recht ist Wissenschaftsrecht, weil und sofern es Billigkeitsrecht, freies Recht ist.²⁾ Und wir brauchen

1) Daß sie diese Besonderheit gerade jetzt stark eingebüßt hat, beruht auf modernsten Erörterungen der Billigkeitsidee, die auch auf dem Boden des Strafrechts Fortschritte macht und gerade die bisher einzelstehende Begnadigung sich mehr oder minder einverleibt.

2) Einf. in d. Rechtswiss. 1912/1920 27 I

heutzutage so viel Wissenschaft, weil wir so viel Billigkeit brauchen

10. Auch die Wissenschaft des Rechts rechtfertigt sich aus der Billigkeit.

Ein wichtiger Faktor, aus dem das Billigkeitsrecht hervorgeht, ist endlich der Staat. Erst da die amorphe Volksmasse zum Staat consolidiert, kommt das Billigkeitsrecht. Der entstehende Staat gründet sich sehr wesentlich, ja ganz besonders auf Billigkeitsrecht. Er ist Billigkeitsorganisation was das staatlich amorphe Vorstadium, die Volksgemeine, nicht zu sein vermochte und wagt. (Im einzelnen ist hier natürlich sehr vieles modificiert.)

Das Billigkeitsrecht entspringt aus durchgeführter zu dauerndem Wirken organisierter und zu regulärem Dienst entwickelter Zentralverwaltung.

Es ist staatliches Recht; es ist Amtsrecht—ius honorarium.¹⁾

Die Volksgenossen besitzen weder die Gewandtheit, noch die Systematische Übersicht ihres eigenen Rechtsdenkens und-Schaffens, noch die Autorität, um neues Recht in merkbarem Maß: einführen zu können; auch dann noch kaum, als an Stelle der Vollversammlungen der Gemeinde Urteiler-Ausschüsse getreten sind. Sind diese weniger schwerfaellig, so misstraut ihnen nur, als Einzelnen, der Bauer & nagelt sie an's Herkommen fest. Auf's „alte gute Recht.“ Auf's common law. Soweit er dieses nicht vergessen hat: im Rechtsirrtum öffnet sich so neues Recht.

So wenig nur wie die fränkischen Rachineburgen und deutschen Schöffen, die englischen jurors, die attischen Heliasten hat selbst der römische iudex (in Gestalt von Ausschüssen der Centum viri und Decem viri entscheidend) das Recht erneut.

1) Es erfließt aus den honores. honor wird traditionell übersetzt: „Ehre, Amt.“ Man muß übersetzen „Ehre, Zentralamt.“ Das Billigkeitsrecht, das dem altgeheiligten ius Quiritium adiuvandi, corrigendi, supplendi causa gegenüberzutreten sich unterfangen darf, erfließt aus den Stellen, denen das römische Volk seine Gesamtangelegenheiten anvertraut hat. Auch die Anerkennung rechtsschöpferischer Kraft, die man dem englischen Gericht so viel deutlicher als den continentalen zugebilligt hat, hängt damit zusammen, daß es wie die Praetur Zentralgericht, Reichsgericht ist.

Auch entsteht durch das Auftreten des Billigkeitsrechts neben dem alten starren Volksrecht, da dieses, offiziell immer als feste Grundlage des nationalen Rechtes, als das *ius civile*, als das *common law* geltend, gesetzgeberisch nicht beseitigt werden kann, eine doppelte Rechtsordnung, und die *Conflicte*, die davon entstehen, zu schlichten, hat selbstverständlich nur Zentralgewalt, Staatsgewalt, die erforderliche Macht; das Volksrecht und Volksgericht, das sich nur auf Intelligenz, Autorität und guten Willen einer Gemeinde stützen kann, versagt da.

11. Die Continuität sozialtechnischer Tätigkeit, die in den zentralen Amtsstellen, neben der Auswahl der Besten aus dem ganzen Lande, die erforderliche geistige Tüchtigkeit, Schulung, Methodik erzeugt, beruht nicht in erster Linie in ihrer Justiztätigkeit, sondern darin, daß sie eine laufende Verwaltung führen, von der gerade bei ihnen die Justiztätigkeit zuerst nur ein Anhängsel ist. Durch ihre Verwaltungstätigkeit lernen sie die Fragen, die der Gerichtstag zwar regelmäßig, aber in abrupto bringt, prinzipiell und unter rationellem Gesichtspunkt des Gemeinwohls erfassen.¹⁾ Nicht damals nur; immer wieder hat das Billigkeitsrecht aus der Verwaltung sich Licht und Kraft geholt, die Werte der höheren, spezialisierenden wie von hoher Warte verallgemeinernden Zweckmässigkeit.

Beim Entstehen des Billigkeitsrechts werden somit seine Gaben sein: Eindringen der Verwaltungsroutine und Konsequenz in das Recht.²⁾ Systematik und allgemeine Gültigkeit für den Staat: das Billigkeitsrecht ist in erhöhtem Maße objektives Recht. Damit erscheint denn auch rationale Rechtswissenschaft, während die Rechtswissenschaft unter Allein- und Vorherrschaft

1) Unter ähnlichem Gesichtspunkt hat man die Kaufmanns- und Gewerbegerichte den Gemeinden zugewiesen, die dann den Vorsitz städtischen Verwaltungsbeamten übertragen, was im Sinn des Billigkeitsrechts gedacht war und sich so auch vollkommen bewährt hat.

2) Die mit Hilfe zugleich des Verwaltungszwanges u. a. den Prozeß verbessert, was sehr wichtig ist. Endloser Prozeß kommt nicht leicht auf bei Billigkeitsgerichten, die nicht lediglich mit reinen Juristen besetzt sind.

des strengen Rechts mehr bloß descriptiv-feststellend, traditionalistisch historisch gewesen ist. Damit erst kommt sie (wie man auch in unsern Tagen wieder sieht) wirklich zu sich selbst. Das Strengrecht erzeugte eine falsche Idee der Rechtswissenschaft. Eine primitive. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist nicht exact zu sein, sondern schöpferisch.

Das Amt, die Zentralbehörde der Staatsverwaltung, von der das Billigkeitsrecht erfloß, war in Rom der Prätor (neben ihm für Marktsachen der Aedil, für gewisse mehr nebensächliche Dinge der Quaestor), in England des Königs Kanzler.

12. Daß alsdann die Wissenschaft an der Schöpfung des Billigkeitsrechts ihren Anteil hat, wurde oben bemerkt. Sie hat schließlich den hauptsächlichen. Wie hätte dies gerade in Rom anders sein sollen? Schöpften wir doch bis auf die jüngste Zeit unsere Kenntnis von der Erarbeitung von Billigkeitsrecht vor allem aus der römischen Rechtswissenschaft.¹⁾ Wichtig, wie nun selbst diese als schöpferisch und kühn vor allen andern — mit Recht oder Unrecht, aber sie konnte doch jedenfalls in dieser Geltung stehen — angesehene Wissenschaft jene Verschämtheit und Subreption bei der Herstellung neuen billigen Rechts geübt hat. Viel zaghafter darin als der Praetor — immer bis heut der Fehler der Wissenschaft. Die doch frei sein soll. Die es doch nicht nötig hat.

Keineswegs machte die Zeit der römischen klassischen Juristen dem altnationalen Rechte bloß ceremonielle Reverenz, sondern sie arbeitete noch praktisch mit ihm. So manche spezifisch römische Formen wurden erhalten oder wiederbelebt; die quasiromantische Strömung des Romanismus, die zeitweise in Reaction gegen den Hellenismus einsetzte,²⁾ tat dazu das ihrige. Die kommentatorische Tätigkeit der Klassiker und noch ihrer Nachfolger beschränkte sich nicht auf das prätorische (ädilicische)

1) Heute suchen wir sie zu übertreffen, Eine vergleichende Geschichte, Universalgeschichte des Billigkeitsrechts fehlt noch.

2) Wendland, Zeitalter des Hellenismus, 1907.

Edict, sondern auch die XII Tafeln wurden nach wie vor häufig und eingehend kommentiert.

Ein Dualismus des Strengrechts- und Billigkeitsrechtssystems besteht also immerhin und läßt das Bild eines im Billigkeitsprinzip rein aufgegangenen modernistischen Rechtssystems nie zustande kommen. Es bleiben zwei der Quelle nach getrennte und unterschiedene Rechtssysteme. Und dieser systematische Dualismus oder „Systemdualismus“ zeigt auch deutliche Ansätze zu dem, was Organ-Dualismus des Strengrechts und Billigkeitsrechts genannt sei, nämlich Verkörperung des Dualismus in gesonderten Organen der Emanation. Das Strengrecht, das *ius civile* wird nicht nur von einer pietätvollen Wissenschaft als eigenes Rechtssystem gepflegt, es wird auch von der Gesetzgebung noch weiter behandelt. Schon das sichert ihm organisches Leben in Gesellschaft und Staat. Überdies jedoch finden sich für beide Systeme zeitweise gesonderte Gerichte, noch verstaerkt in der Zeit, als die Sondergerichtsbarkeit, die *extraordinaria cognitio* des Kaisers neben der ordentlichen Gerichtsbarkeit der Magistrate, dem *ordo iudiciorum* des prätorischen Geschworenengerichts wirkt.

Schon vorher war bei dem Praetor der Fremdengerichtsbarkeit, dem *praetor peregrinus*, mehr und spezifischer Billigkeitsrecht zu finden gewesen als bei dem *praetor urbanus*.

13. Rom und England sind die klassischen Stätten der ursprünglichen Entwicklung des Billigkeitsrechts.

Im fränkischen Reiche, von dem die Normannen und dadurch die Engländer lernten, schuf Amtsrecht der König mit seinem Protonotarius, Referendarius am Hof, mit den Missi und selbst mit den Grafen im Land. Die Reife systematischer Organisation und Continuität erreichte diese Emanation von Amtsrecht nicht

14. In Deutschland hinderte die Auszehrung der Zentralgewalt den Aufbau des Amtsrechtsapparates, und die Emanation zentralen Billigkeitsrechts versiegte. Für die Kraft und Entwicklung des Rechtsbewußtseins im Volk und für die gesamte Kultur

des Volkes ein unermesslicher Schade. Bis heut nicht gut gemacht. Und da das deutsche Recht nicht genug Billigkeit schuf, musste man sie sich schliesslich aus dem antiken holen.

15. Das Billigkeitsrecht bezeichnet eine Mutation¹⁾ des gesamten Rechtswesens. Es bringt der Rechtsordnung seine — gewaltig regenerierenden — Vorzüge zu, die im vorigen und gegenwärtigen Abschnitt seiner Schilderung hervorgetreten sind, und die hier noch einmal, in etwas conventionellerer Art, zusammengefaßt seien: ein praktikabler und, namentlich hinsichtlich der Belangbarkeit²⁾ rationalisierter Prozeß, eine unendlich gehobene Geschmeidigkeit, Gerechtigkeit und dabei Sicherheit des Rechts;— diese 3 Eigenschaften, in denen das unbeholfene Strengrecht nur Gegensätze sieht, die sich aneinander reiben und hoffnungslos hemmen und in ihrem Widerstreit das Recht kränken, (so daß man schließlich am besten tue, sich der Sicherheit hinzugeben und ihrem Zorn die Geschmeidigkeit und Gerechtigkeit wo immer pietätvoll fromm zu opfern), diese alle drei sind gleichzeitig unendlich erhöht! Der scheinbar kindisch ungereimte Wunsch der Gerechtigkeit, Geschmeidigkeit und Sicherheit gleichzeitig haben zu wollen und ihr Bedürfnis, ihr Schrei danach hat sich erwiesen als erhabener Wunsch, und seine Verwirklichung wie bereits seine Conception als überlegnen unbegriffnen Geistes geniale Tat. Tact, Geschmeidigkeit und Sicherheit des Rechts, Promptheit und Zuverlässigkeit des Rechtsgangs sind verstärkt. . . . da werden

1) Ich übernehme den biologischen Begriff der Mutation in der durch Hugo De Vries begründeten Anwendung. Er nimmt an, daß durch die unendlich langsam wirkenden Mächte der Anpassung und Selektion und der Vererbung wie Lamarck, Darwin sie lehren, die Fülle der zu unendlich verschiedenen Graden der Entwicklung gediehenen Lebensformen sich nicht erklären ließe und, mit guten Gründen, daß jede besondere Art der Wesen Perioden habe, in denen plötzliche überschießende Entwicklungsenergie ihre Eigenart fortentwickele etwa so wie die Pubertät schnell fortentwickelnd und umbildend wirkt; solche Wandlung, die die gewöhnliche allmähliche unterbricht oder vielmehr unendlich intensiviert, nennt er Mutation. Sie schafft nach ihm recht eigentlich die neuen Arten der Wesen.

2) Es gibt mehr Klagearten u. s. w.

die **Gegnerpaare** auch in Zukunft in dem Gleichgewichte bleiben, das die Gerechtigkeit trägt.

Das die Form.

Inhaltlich bringt das ursprüngliche **Billigkeitsrecht** nichts geringeres als die Umbildung des reinen Geschlechterrechts¹⁾ in die ständische und dann in die bürgerliche Rechtsordnung. Es reformiert die Landbesitzordnung im Sinn der Zulassung individuellen veräußerlichen Grundeigentums. Es gibt dem Mobiliarsachenrecht die Form, die es vergrößertem Verkehr dienlich macht. Es ermöglicht damit den Zustand der Kultur, in dem der Gebrauch von Erzeugnissen des Gewerbleißes unentbehrliches Gemeingut aller ist. Es ermöglicht zugleich den Handel. Das besagt: es schafft ein durchgebildetes für den Tag praktikables Obligationsrecht und anständiges Pfandrecht. Letzteres auch im Sinn der Landbesitzordnung. Es löst den starr allmächtigen und schwerfällig militärischen Agnatenverband der Sippe (*gens, clan*) auf²⁾, hebt und humanisiert, das cognatische Verwandtschafts- und Erbrechtssystem zur Geltung bringend, in den sich demilitarisierenden breiten Volksschichten die Familie und das Individuum, die Träger intensiver fruchtbringender friedlicher Guetererzeugung. Es bedeutet eine Stufe eminent hoeherer Gesittung. Es erscheint und hat sich durchzukaempfen anfangs als ein Frevel am Goettlichen. Doch es hat das Recht defetischisiert und vergoettlicht.

Es ist das Recht dicht gewordener Bevoelkerung. Das Recht intensiver Production. Das Recht, in dem das nuetzliche Ergebnis (*actiones utiles*!) wichtiger geworden ist als die Vergeltung; in dem die Wirtschaft sich ruehmt wider das Recht. Es nuetzt dem Individuum, der Persoenlichkeit, ohne etwa, wie man

1) Im Sinne Lorenz v. Steins. Die Rechtskultur der Sippen-Ordnung, des gentilischen Stadiums der Gesellschaftskultur. Vgl. von Steins Werken namentlich Zukunft der Rechtswissenschaft in Deutschland 1876. Dies Buch enthält eine glänzende Schilderung des Sippenrechts als Rechts des Vor- und Frühmittelaltersstadiums überhaupt.

2) Gleichwohl liegen die Sippen-Interessen keineswegs bloß im Kampf mit dem Billigkeitsrecht, benutzen es vielmehr und schaffen es oft gerade für sich.

irrig gemeint — oder besser: nur gesagt — hat, auf die Gesamtheit weniger Ruecksicht zu nehmen als das strenge Recht. Im Gegenteil, die buergerliche ist eine hoehere, staerkere, intensivere, festere Gesellschaftsform als die feudalistische und gemeinbaeuertliche und verdankt diese Qualitaet gerade dem Billigkeitsrecht. Aus dem sie besteht. Oder das doch ihr Halt ist. Die Unzahl der Rechtsregeln, die eine solche intensivierte arbeitsteilige Gesellschaft und Kultur verlangt, liesse sich mit blossen Strengrechtsregeln garnicht herstellen. Das Billigkeitsrecht fuehrt zum Rechtssystem. Das Billigkeitsrechts ist die Rechtswissenschaft. Es ist das Rechtsdenken. Es ist die Rechtsmethode.

16. Das Billigkeitsrecht begleitet den Uebergang aus der feudalistischen in die arbeitsteilige kapitalistische Wirtschaft. Das Billigkeitsrecht ist endlich die erzieherische Vorstufe zu dem Gueterecht, das beim Uebergang des Kapitalismus in den Socialismus entsteht; heut vor unsern Augen in der einst fuer unmoeglich gehaltenen Bedingten Verurteilung, im sovietrussischen 1) Erziehungsstrafvollzug, dem Concursabwendungsrecht, und allumfassendem Ausbau civil-verwaltungs-processualen Gueterechtsverfahrens entwickelt, von welchem letzterem die freiwillige ebenso segens- wie arbeitsreiche Vermittlungs-Guete-Praxis der japanischen Staatsanwaltschaft innerhalb der buergerlichen Kultur die schoenste und fortgeschrittenste Biuete ist. 2)

1) Anderwaerts hie und da schwach nachgeahmt

2) Ueber ihn soll in einer andern Arbeit berichtet werden.