

Amerikanische Rechtsauffassung und die neueren amerikanischen Theorien der Rechtssoziologie und des Rechtsrealismus

Dr. Angèle Auburtin, Assistentin am Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

I.

»Ordnung, Maß und Zweckmäßigkeit durchdringen das Universum. Um uns sehen wir, in uns fühlen wir, über uns bewundern wir eine Regel, von der eine Abweichung nicht geschehen kann, nicht geschehen darf und nicht geschehen wird¹⁾.« Mit diesen beiden Sätzen leitet James Wilson, einer der »Väter« der amerikanischen Verfassung und Richter am Obersten Bundesgericht, den Abschnitt seiner Rechtsvorlesungen über die »allgemeinen Prinzipien des Rechts und der Pflicht« ein, die er vor einem illustren Publikum, unter dem sich auch George Washington, der erste Präsident des neuen Bundesstaates, befand, im Jahre 1790—91 im »College of Philadelphia« hielt. Der Inhalt dieser Sätze hatte amerikanische Geschichte gemacht. Im Glauben an eine solche natürliche Ordnung, unter Berufung auf ewige transzendente Rechtsprinzipien hatte sich in der Unabhängigkeitserklärung von 1776 die Loslösung vom Mutterlande England und damit die Geburt der amerikanischen Nation vollzogen. Diese absoluten Rechtsprinzipien sind es gewesen, die in den »Bill of Rights«, den Grundrechten der Verfassungen der Einzelstaaten, die »substance of government«, die Substanz des Staates, ausmachen sollten, denen gegenüber die übrigen Verfassungsbestimmungen nur das »frame of government«, die Form, den Rahmen für den Staat, darstellen. Diese beiden mit der amerikanischen Geschichte aufs engste verknüpften Sätze sind nicht nur das Fundament der ersten amerikanischen Rechtslehre, als die man Wilsons später veröffentlichte Vorlesungen wohl ansprechen darf, sondern sind die Grundlage für eine Jahrzehnte, fast ein Jahrhundert lang in Theorie und Praxis der Ver-

¹⁾ Wilson, James: *The Works of the Honourable . . .* published under the direction of Bird Wilson. Philadelphia 1804. 3 v. Bd. I S. 55.

Die Übersetzungen aus dem Englischen stammen von der Verfasserin, sofern sich nicht aus der Quellenangabe etwas anderes ergibt.

einigten Staaten herrschende Rechtsauffassung. Von diesem in den beiden Sätzen zum Ausdruck kommenden Glauben an ein absolutes rationales Naturrecht, das in Gott seine letzte Ursache findet, das »reason«, Vernunft, schlechthin ist, das, obgleich in seiner Geltung transzendent, den ganzen Kosmos im Sinne einer prästabilierten Harmonie durchdringt, muß jede Erkenntnis amerikanischen Rechtsdenkens ausgehen.

Diese ewigen absoluten Gesetze hat nach amerikanischer Auffassung der Mensch nur vermöge seiner »reason« zu entdecken und auf die sich im irdischen Leben ergebenden Streitfälle in Anwendung zu bringen. Vom Gesetzgeber geschaffene positive Gesetze, die diesen Normen widersprechen, sind nach amerikanischer Lehre nicht Recht, sondern ein »Nichts«²⁾. Immer wieder haben die Gerichte gelegentlich der konkreten Streitfälle inzidenter zu prüfen, ob das positive Gesetzesrecht mit den naturrechtlichen fundamentalen Rechtsprinzipien, wie sie in der Verfassung niedergelegt sind³⁾, im Einklang steht, immer wieder haben sie die spezifisch richterliche Funktion, zwischen zwei widerstreitenden Ansprüchen, dem Geltungsanspruch des Gesetzes und dem der Verfassung, zu entscheiden, auszuüben und als dessen Konsequenz dem einfachen Gesetz im Konfliktsfalle mit der höheren Norm die Anwendung zu versagen⁴⁾.

So wird der Richter in Amerika zum Hüter des Naturrechts, insbesondere der Verfassung als seines vornehmsten Niederschlags. Er wird zum Ausleger des Rechts, zu seinem entscheidenden Organ. Denn überall, wo der Glaube an absolute Normen besteht und das äußere

2) 1886 sagt der Richter Field in einer Bundesentscheidung *Norton v. Shelby County*, 118 U. S. 425, 442 »An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed«.

3) Es würde zu weit führen, auf die Streitfrage einzugehen, ob ein Gesetz bereits als verfassungswidrig von den Gerichten nicht beachtet wird, wenn es mit dem ungeschriebenen Naturrecht unvereinbar ist, oder ob es gegen eine positive Verfassungsvorschrift verstoßen muß. Es muß hier genügen, auf den berühmten Fall *Calder v. Bull*, 3 Dallas 386 (1798) hinzuweisen, in dem schon damals die beiden Auffassungen sich antithetisch gegenüberstehen, und zusammenfassend zu sagen, daß die Tendenz jetzt dahin geht, eine positive Verfassungsverletzung zur Voraussetzung zu machen, daß aber das Überwiegen dieser positiv-rechtlichen Auffassung im Ergebnis keine starke Abweichung von der naturrechtlichen Auffassung zur Folge hat, da man jetzt positiven Bestimmungen der Verfassung, insbesondere der *Due process of law* Klausel eine weite, naturrechtliche Prinzipien umfassende Auslegung gegeben hat. Die Verfasserin wird dies demnächst in einer Arbeit über die amerikanischen Grundrechte näher belegen.

4) So heißt es bereits 1796 in der *South Carolina* Entscheidung *Robert Lindsay v. The Commissioners*, 2 Bay 38, 61 »If an act of the legislature is held void, it is not because the judges have any control over the legislative power, but because the act is forbidden by the constitution, and because the will of the people, which is therein declared, is paramount to that of their representatives, expressed in any law«.

soziale Zusammenleben mit ihnen im Einklang stehen soll, muß eine Stelle vorhanden sein, die die authentische Interpretation dieser Normen gibt. »Living oracles«, lebendige Orakel, nennt Blackstone die Richter 5). In dieser Hinsicht ist die Stellung des amerikanischen Richters mit der des Papstes in der Katholischen Kirche verwandt. Beider Dezi- sion ist nicht ein Macht-, sondern ein Wahrspruch. Beide schaffen nicht Recht bzw. Dogma. Sie formulieren nur autoritativ über ihnen stehende ewige Normen. Der Unterschied ist nur der, daß die Dezi- sion des Papstes wegen des geglaubten unmittelbaren Waltens des Heiligen Geistes als unfehlbar gilt, während die des Richters, dessen »reason« fehlbar ist, Recht sozusagen nur im Rahmen des richtigen Rechts ist. Dieser Auf- fassung zufolge ist nach traditioneller amerikanischer Lehre die richter- liche Entscheidung nicht Recht, sondern nur »evidence of law« 6), Zeugnis des Rechts, und zwar lediglich ein »prima facie evidence« 7). Ein Abweichen von der Entscheidung ist, wenn sie auf Irrtum beruhte, im Gegensatz zu englischer richterlicher Praxis trotz des auch in den Vereinigten Staaten geltenden Prinzips von »stare decisis«, der Bindung des Richters an frühere Entscheidungen, Pflicht. Diese sich aus dem Naturrecht für den amerikanischen Richter ergebende Würde, aber auch zugleich Beschränkung, hat man als Grundposition anzunehmen, wenn man von dem amerikanischen Case Law als einem richterlichen Recht, als einem »judge made law« spricht. Die Justiz besitzt, wie es im Federalist, dem klassischen politischen Werk über die Verfassung aus dem Jahre 1787/8 heißt, »weder Macht noch Wille, sondern nur Urteils- vermögen (judgment)« 8). Von dieser ursprünglichen grundlegenden Auf- fassung aus gesehen ist das Recht vom Richter ebensowenig wie vom Gesetzgeber »gemacht«. Beide sind sie nur Geburtshelfer für den Eintritt des Rechts aus dem Mutterschoße des überweltlichen Reiches der abso- luten Normenordnung in das irdische Leben.

5) Blackstone, William: Commentaries on the Laws of England, Oxford 1765, 4 v. Bd. I S. 69.

6) Für die Bundesjudikatur ist führend Swift v. Tyson, 16 Peters 1, 18 (1842) »In the ordinary use of language it will hardly be contended that the decisions of Courts constitute laws. They are, at most, evidence of what the laws are, and are not of them- selves laws«.

7) Falconer v. Simmons, 51 W. Va. 172, 41 S. E. 193, 194 (1902), will die recht- liche Wertung der Entscheidung nur auf ein prima facie evidence, kein schlüssiges herab- drücken »I hope we shall consider what a decision really is, and treat it accordingly; not as the law, nor as giving the law, but simply evidence of the law, and not conclusive evidence, but only prima facie evidence of what the law is.« zitierend Henry v. Bank, 5 Hill 535, eine Entscheidung des Staates New York aus dem Jahre 1843.

8) The Federalist, a Commentary on the Constitution of the United States Being a Collection of Essays Written by Alexander Hamilton, James Madison and John Jay with an introduction by E. G. Bourne, Washington & London 1901, 2 v., Nr. 78, Bd. II, S. 99.

Das amerikanische Recht ist nach traditioneller Auffassung »judge made law« nicht in dem formellen Sinne, daß es vom Richter geschaffen ist, sondern lediglich im materiellen Sinne, daß das positive Recht im wesentlichen Case Law ist, nämlich die Summe der einzelnen Entscheidungssätze, wie sie die Notwendigkeit der Praxis des gegenwärtigen Augenblickes ergab, hinter dem das Statute Law, das für die Zukunft in systematischer Weise menschliches Verhalten regeln will, als unwesentlich zurücktritt. Diese Eigenart des amerikanischen wie des englischen Rechts, ein Case Law zu sein, beruht wohl auf der praktischen, Theorie und Systematik geringschätzenden Mentalität der Angelsachsen, auf einer gewissen Denkökonomie, die eine Formulierung, eine Positivierung des Rechts nur dann vornehmen will, wenn es unbedingt nötig ist, wenn die bestehende Harmonie bereits tatsächlich gefährdet ist. Hinzu kommen in den Vereinigten Staaten vielleicht noch als besondere Ursachen für diese Eigenart sowohl die Abneigung des ländlichen »Frontiers«, des Grenzers, gegen ein mehr oder weniger wissenschaftliches Gesetzesrecht, als auch die Auflehnung des auf sich selbst gestellten Pioniers und das Mißtrauen des von der Macht der Erbsünde durchdrungenen Puritaners gegen die Staatsautorität, die nur dann dem Naturrecht ihre Sanktion verleihen soll, wenn ein Streitfall bereits eingetreten ist 9). Das amerikanische Case Law, das so aus der Praxis für die Praxis, gemäß den Bedürfnissen des Augenblicks entstanden ist, ist als solches betrachtet von atomistischer Struktur. Es ist die Summe der jetzt bereits Tausende von Bänden der Reports des Bundes und der Einzelstaaten füllenden Entscheidungen, von denen jede noch gleichsam mit den Eierschalen der Spezialität des konkreten Tatbestandes, aus dem sie hervorgegangen ist, behaftet ist. Es ist ein Recht, dessen Wachsen unter der Eigengesetzlichkeit spezieller technischer Prozeßregeln steht, wie der Verfahrensvorschriften über die Writs, über Estoppel usw. und insbesondere der Grundsätze über die Anwendung des Prinzips von Stare Decisis. Durch diese letzte Regel wird dem Case Law der ihm als solchen eigene Charakter des Zufälligen und Chaotischen genommen. Durch das Prinzip von Stare Decisis trägt jedes Urteil gleichsam einen Januskopf, der halb zur Entscheidung des konkreten Streitfalles in die Vergangenheit schaut, halb zur Schaffung des abstrakten Präjudizes in die Zukunft gerichtet ist, wird die Entscheidung selbst über den konkreten Fall hinausgehoben, gewissermaßen objektiviert, so daß nicht bloß die streitenden Parteien auf die Rechtskraft des speziellen Urteils vertrauen können, sondern auch die Allgemeinheit auf eine gleiche Entscheidung im gleichen Falle rechnen darf, und kann das Recht induktiv aus den Präjudizien erkannt werden. Diese Prozeßregel von Stare Decisis

9) Vgl. darüber Pound, Roscoe: *The Spirit of the Common Law*, Boston 1921; insbesondere Kap. V »The Pioneers and the Law« S. 112 ff.

ist es übrigens auch, unter deren Deckmantel durch oft meisterhaft angewandte Kunstgriffe, wie die Unterscheidungen (*distinctions*), die geschickte Gruppierung mehrerer Entscheidungen, die verschiedene Auswertung der sogenannten *Dicta*, die oft beabsichtigte unscharfe Fassung der Urteilsbegründungen, das amerikanische Recht bei formellem Festhalten an der früheren Rechtsprechung den veränderten Zeitbedürfnissen angepaßt wird und so der Ausgleich zwischen den oft unvereinbaren Forderungen von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit vom Richter nach den Bedürfnissen der Stunde vollzogen werden kann. Ein näheres Eingehen auf diese Eigenart des amerikanischen *Case Law* und Präjudizienwesens führt tief in das Leben und Wachsen des amerikanischen Rechts hinein. Hier, wo die Dogmatik des amerikanischen Rechts zur Untersuchung steht, muß darauf verzichtet werden, mehr als diese Andeutung zu geben.

Dieses atomistische, pragmatische, einer besonderen technischen Eigengesetzlichkeit unterliegende *Case Law* ist aber, wie bereits eingangs ausgeführt wurde, vor dem Hintergrunde des in sich geschlossenen Systems eines absoluten Naturrechts zu sehen, in dem Sinne, daß nach traditioneller amerikanischer Auffassung das Recht, das heißt das *Case Law*, nur eine Projektion des Naturrechts durch das Medium des Richters ist¹⁰⁾. Dieser Relation von *Case Law* und Naturrecht liegt zugrunde die optimistische Auffassung von einer mechanischen Ordnung, einer statischen Harmonie der konkreten Beziehungen der Menschen untereinander, aus der heraus die verschiedenen Einzelansprüche im Verhältnis zueinander im Streitfalle restlos aufgehen und vom Richter rational entschieden werden können¹¹⁾.

Mit dem Differenzierterwerden der menschlichen Verhältnisse mußte jedoch der optimistische Glaube an eine statische prästabilisierte Harmonie und das verstandesmäßig errechenbare Aufgehen der menschlichen Beziehungen zueinander und gegeneinander fallen. Eine wach-

¹⁰⁾ Bishop: *Non-contract Law*, 1889 §§ 85—86, zitiert bei Dickinson, John: *The Law Behind Law*, 29 *Columbia Law Review* 113ff. 285ff. (1929) S. 141f. »The combined decisions and statutes are often, for convenience, and without practical misleading, spoken of as the law. Yet, in truth, beyond them may lie, invisible except to the illumined understanding, what in more accurate language is termed the law, whereof they are but particular manifestations«. Vgl. auch Pound, Roscoe: *The Theory of Judicial Decision*, 36 *Harvard Law Review* 641ff., 802ff., 940ff. (1923) S. 808 »... the doctrine that a court proceeded, not on a given body of legal precepts as such, but on an ideal universal body of rational principles of which actual legal precepts were at most but declaratory...«

¹¹⁾ Darauf, daß eine justizmäßige Beurteilung abstrakter Freiheitsrechte nur möglich ist, wo mit unmittelbarer Überzeugungskraft entschieden wird, was eine homogene Gesellschaft voraussetzt, hat hingewiesen Kaufmann, Erich: *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika. Eine rechtsvergleichende Studie über die Grundlagen des amerikanischen und deutschen Verfassungsrechts. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen Bd. 7, H. 1, Leipzig 1908, S. 187.*

sende Inkongruenz zwischen den Forderungen der Zeit und den Urteilen der Richter auf Grund eines Naturrechts, das sie reaktionär in den Dienst des Schutzes des bestehenden wirtschaftlichen Systems und der bestehenden Reichumsverteilung stellten, machte sich fühlbar¹²⁾. Damit waren die historischen Voraussetzungen für eine neue Rechtsauffassung gegeben, obwohl bei der Neigung der Amerikaner zum Festhalten an alten Ideen einerseits, ihrer Zurückhaltung in der theoretischen Erfassung der rechtlichen Praxis andererseits die traditionelle Auffassung noch lange, ja bis auf den heutigen Tag, vertreten wurde und wird, trotzdem längst schon ihre natürlichen Voraussetzungen einfacher übersehbarer Lebensverhältnisse nicht mehr vorliegen.

Es ist kein Zufall, daß in der Rechtsprechung das Neue sich gerade bei der Diskussion eines sozialpolitischen Gesetzes — eines Gesetzes, das den Zehnstundentag für Bäckereien im Staate New York einführen wollte — bemerkbar machte, bei einem Fragenkomplex, der nach einer Lösung drängte, und bei dem eine billige Entscheidung nicht mehr aus einer ein für alle mal bestehenden Grenzziehung zwischen Staats- und Individualsphäre ableitbar war. Es ist Justice O. W. Holmes' berühmter Dissent im Falle *Lochner v. New York*¹³⁾, in dem er sich dagegen wandte, daß das XIV. Amendement der Verfassung nicht Spencer's »Social Statics« zum Gesetz erhebe, den man als den Einsatzpunkt einer neuen Rechtsauffassung betrachten kann. »Allgemeine Theorien entscheiden nicht konkrete Fälle«, so sagt er. »Die Entscheidung wird von einem Urteil oder einer Intuition abhängen, die subtiler ist, als ein klar auszusprechender Obersatz (more subtle than any articulate major premise).« In diesem Satz kündigt sich eine Revolution an. Die Verfassung ist danach nicht mehr die bestimmte, endgültige Abgrenzung der Lebenssphären von Individuum und Staat und die richterliche Entscheidung nicht mehr die logische Ableitung aus in ihr festgelegten Rechtsgrundsätzen. Der Richter, der die Verfassung schützen soll, bestimmt sie nach dieser Auffassung im konkreten Fall nicht mehr zwingend auf Grund eines logischen Schlusses, sondern durch Intuition und durch Erwägungen der Zweckmäßigkeit. So reizvoll und wichtig es wäre, dieser neuen Auffassung in der amerikanischen Judikatur¹⁴⁾

¹²⁾ Haines, Ch. G.: *The Revival of Natural Law Concepts A Study of the Establishment and of the Interpretation of Limits on Legislatures with special reference to the Development of certain phases of American Constitutional Law*, Harvard Studies in Jurisprudence IV, 1930, S. 72.

¹³⁾ 198 U. S. 45, 76 (1905).

¹⁴⁾ Vgl. die in Teil II dieser Nummer der Zeitschrift auf Seite 637 ff. abgedruckte Entscheidung *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* 53 S. Ct. 145 (1932), in der das Oberste Bundesgericht sowohl die Auffassung eines Naturrechts als auch die eines richterlichen Rechts als Grundlage für das Präjudizienrecht der Einzelstaaten anerkennt.

nachzugehen, können die folgenden Ausführungen nur auf die Äußerungen in der Literatur eingehen, eine Beschränkung, die gerade in bezug auf die zu behandelnden theoretischen Richtungen nicht ein falsches Bild amerikanischer Auffassung vom Recht, das ja im wesentlichen durch die Rechtsprechung bestimmt wird, bewirkt, da die führenden literarischen Vertreter dieser neuen Rechtsschule einflußreiche Stellungen in der Justiz inne haben.

II.

Als Vertreter einer neuen Rechtsauffassung, wie sie sich notwendigerweise ergab, als die geschichtlichen Voraussetzungen der alten naturrechtlichen Anschauungen sich gewandelt hatten, sollen im folgenden die sogenannte »Soziologische« Schule und die sogenannte »Realistische« Schule einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Beide Rechtstheorien stehen in einer inneren Beziehung zueinander, indem jene das Fundament der neuen Richtung legt, diese aus jener teils radikalere Schlußfolgerungen, teils lediglich die methodischen Konsequenzen zieht. Auf der sogenannten Soziologischen Schule muß daher das Schwergewicht dieser Untersuchung ruhen.

Die literarischen Hauptvertreter der sogenannten *Soziologischen Schule* ¹⁵⁾ sind Roscoe Pound, der Dekan der Harvard Law School, Oliver Wendell Holmes, der bis vor kurzem das Amt eines Richters beim Obersten Bundesgericht bekleidet hat, und der als Richter der Dissenting Opinions, jener klassischen, von persönlicher Wärme und hoher geistiger Kultur zeugenden Dokumente amerikanischer Judikatur, dem amerikanischen Recht neue Wege gewiesen hat, und Benjamin N. Cardozo, der frühere Oberrichter eines der wichtigsten Staaten des Bundes, New York, der jetzt als Nachfolger Holmes zum Obersten Bundesgericht berufen ist. Es kann hier nicht versucht werden, eine vollständige Dogmengeschichte der neuen Rechtsauffassung zu geben. Es soll nur erwähnt werden, daß ihre Vertreter sich viel auf europäische Vorläufer, von deutschen insbesondere auf Ihering und Stammler berufen und daß die Beziehung zu Eugen Ehrlich besonders eng ist. Dagegen ist die Verbindung mit der amerikanischen Philosophie des Pragmatismus, wie sie insbesondere von William James und John Dewey vertreten wird, eine so offensichtliche und auch eine von der Schule selbst so häufig angegebene ¹⁶⁾, und ist ferner diese Philosophie an sich für das

¹⁵⁾ Es ist zu beachten, daß die Bezeichnung »soziologisch« nur als das von der Schule für ihre Rechtsauffassung selbst gewählte Etikett verstanden werden darf. Aus den folgenden Darlegungen wird hervorgehen, daß sich der so charakterisierte Inhalt nicht mit dem deckt, was man in Deutschland mit »soziologisch« zu bezeichnen pflegt.

¹⁶⁾ Cardozo, B. N.: *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1. Aufl. 1921, 5. Aufl. 1925, S. 102. Cardozo, B. N.: *The Growth of the Law*, New Haven 1924,

amerikanische Denken so aufschlußreich und in Deutschland so vielfach mißverstanden, daß sie hier nicht ganz übergangen werden darf.

Wie der Pragmatismus sein Hauptcharakteristikum darin findet, daß er die Philosophie, die Theorien und Begriffe nicht als Antwort auf die Rätsel des Lebens, sondern als Werkzeuge für die Gestaltung der konkreten Wirklichkeit¹⁷⁾, daß er die Wahrheit nur »instrumental«¹⁸⁾, als ein Gattungsname für Arbeitswerte in der Erfahrung¹⁹⁾ auffaßt, so kommt es auch der sogenannten Soziologischen Rechtsschule nicht auf die Natur des Rechts, sondern seinen Zweck an. Nicht mehr die Substanz ist das Wichtige beim Recht, sondern seine Funktionen²⁰⁾. Damit hängt es zusammen, daß jetzt der Prozeß noch mehr als es ohnehin schon bei einem Recht, das ein Case Law ist, der Fall ist, als das Wesentliche für das Recht aufgefaßt wird, und daß Holmes in ausdrücklicher Ableitung aus der Mentalität des schlechten Menschen, der sich nur um die äußeren Konsequenzen seiner Handlungsweise bekümmert, definieren kann: »die Prophezeiung dessen, was die Richter tatsächlich tun werden, und nichts Anmaßenderes ist das, was ich unter Recht verstehe«²¹⁾.

S. 127. Pound, Roscoe: Mechanical Jurisprudence, 8 Columbia Law Review 605 ff. (1908) S. 609. Darüber, daß Holmes in seiner Jugend in enger Verbindung mit den Begründern des Pragmatismus, Pierce und James, stand vgl. Frankfurter, Felix: The Early Writings of O. W. Holmes jr., 44 Harvard Law Review 717 ff. (1931) S. 721.

¹⁷⁾ James, William: Der Pragmatismus, ein neuer Name für alte Denkmethode. Volkstümliche philosophische Vorlesungen. Aus dem Englischen übersetzt von W. Jerusalem, Philosophisch-soziologische Bücherei Bd. 1, Leipzig 1908, S. 33.

¹⁸⁾ James: Pragmatismus a. a. O. S. 37. Dewey, John: Reconstruction in Philosophy, London 1921, S. 118, spricht von idea als »instrumentality of action«.

¹⁹⁾ James: Pragmatismus a. a. O. S. 43.

²⁰⁾ Pound, Roscoe: An Introduction to the Philosophy of Law, New Haven 1922, S. 91 »Attention was turned from the nature of law to its purpose, and a functional attitude, a tendency to measure legal rules and doctrines and institutions by the extent to which they further or achieve the ends for which law exists, began to replace the older method of judging law by criteria drawn from itself«. Vgl. die philosophische Parallele James, William: Some Problems of Philosophy a Beginning of an Introduction to Philosophy, London 1911, S. 61 »... we neglect the substantive content of the concept, and follow its function only«.

²¹⁾ Holmes, O. W.: The Path of the Law, 10 Harvard Law Review 457 ff. (1897), auch in Collected Legal Papers, London 1920, S. 173 im Gegensatz zu Theoretikern, die das Recht für etwas von den Entscheidungen Verschiedenes halten, für ein System der Vernunft, das von Prinzipien und Axiomen abgeleitet wird. Vgl. ferner Holmes, O. W.: Natural Law, 32 Harvard Law Review 40 ff. (1918), Collected a. a. O. S. 313: »I see no *a priori* duty to live with others and in that way, but simply a statement of what I must do if I wish to remain alive. . . . But for legal purposes a right is only the hypostasis of a prophecy — the imagination of a substance supporting the fact that the public force will be brought to bear upon those who do things said to contravene it — just as we talk of the force of gravitation accounting for the conduct of bodies in space. One phrase adds no more than the other to what we know without it«. Dewey, John: The Public and its Problems, London 1926, S. 55 »What happens is that certain conditions

Die »soziale Nützlichkeit« wird das Ziel des Rechts²²⁾. Wie die Philosophie des Pragmatismus nach Abstoßung der traditionellen philosophischen Probleme, nach Aufgabe des Monopols, sich mit dem Absoluten zu befassen, sich ganz darauf konzentrieren will, eine Methode des Verstehens und Korrigierens spezifischer sozialer Übel zu sein²³⁾, so faßt die sogenannte Soziologische Rechtsschule ihre Funktion auf als eine »soziale Ingenieurkunst«, die nicht abstrakt menschliche Willensäußerungen harmonisieren will, sondern konkret menschliche Interessen sichern und verwirklichen will, und zwar ganz wirtschaftstechnisch nach dem Prinzip des kleinsten Mittels²⁴⁾. »Die geheimen Wurzeln, aus denen das Recht all seine Lebensäfte zieht«, sind »Erwägungen dessen, was für die Gemeinschaft, die davon berührt wird, nützlich ist. Jedes wichtige Prinzip, welches im Streitfall entwickelt wird, ist tatsächlich und im Grunde genommen die Folgerung aus mehr oder weniger genau verstandenen Ansichten über öffentliche Politik«²⁵⁾.

Das Recht ist nach dieser Auffassung ein Werturteil über Konflikte, ein Abwägen sozialer Vorteile²⁶⁾. »Hinter der logischen Form liegt ein Urteil über den relativen Wert und die relative Wichtigkeit sich widerstreitender legislativer Gründe²⁷⁾.« Hier geht wieder die sogenannte Soziologische Rechtsphilosophie mit dem Pragmatismus zusammen, der auch die Philosophie aus einem Aneinanderprallen von sozialen Zielen und aus dem Konflikt zwischen ererbten Institutionen und mit ihnen unvereinbaren zeitgenössischen Tendenzen herleiten will²⁸⁾.

Indem das Wesen des Rechts in das Leben der Gesellschaft selbst gesetzt wird, leugnet die sogenannte Soziologische Schule seine un-

are set such that if a person conform to them, he can count on certain consequences, while if he fails to do so he cannot forecast consequences«. Vgl. auch Commons, John R.: Legal Foundations of Capitalism, New York 1924, S. 140. Er spricht von Rechten als »Working Rules«, die historischem Wandel unterworfen sind »That which entitles them to the name of a rule of action is the principle of anticipation with its sanctions of confidence and caution in view of the expected decisions that will be made in interpreting the rule«.

²²⁾ Pound: Philosophy a. a. O. S. 56 »We are asked to measure rules and doctrines and institutions and to guide the application of law by reference to the end of law and to think of them in terms of social utility.« Ebenso Pound, Roscoe: The Spirit of the Common Law, Boston 1921, S. 205 »... the conception of law as a means toward social ends...«. »Social utilitarianism«.

²³⁾ Dewey: Reconstruction a. a. O. S. 124, ähnlich S. 26f.

²⁴⁾ Pound: Spirit a. a. O. S. 195f.; ebenso Pound: Judicial Decision a. a. O. S. 954f. Das Prinzip des kleinsten Mittels auch in Pound: Philosophy a. a. O. S. 98f.

²⁵⁾ Holmes, O. W.: The Common Law, London 1881, S. 35.

²⁶⁾ Holmes: Path of the Law a. a. O. S. 184.

²⁷⁾ Ebenda S. 181.

²⁸⁾ Dewey: Reconstruction a. a. O. S. 26.

abhängige, a prioriische Existenz²⁹⁾. Sie macht es zur Pflicht von der Auffassung fortzukommen, »daß das Recht fest und unveränderlich ist, daß die Schlußfolgerung, die der Richter erklärt, eine echte Präexistenz habe, statt daß sie selbst eine mehr oder weniger versuchsweise aufgestellte Hypothese ist, eine annäherungsweise Formulierung einer Einheitlichkeit und einer Ordnung, die induktiv erfaßt ist«³⁰⁾.

Wie aus dem letzten Zitat hervorgeht, hat die neue Auffassung mit dem rationalen Naturrecht auch den Glauben an eine absolute Geltung, eine adäquate menschliche Erkenntnis des Rechts aufgegeben und damit »den Fluch der Fluidität, einer immer die Richtung ändernden Approximation« auf sich genommen³¹⁾. Wie es sich beim Pragmatismus nicht um Kategorien, sondern immer nur um hypothetische Propositionen³²⁾, um Annäherungsformeln³³⁾ handelt, so handelt es sich auch in der sogenannten Soziologischen Rechtsphilosophie nur um Kompromisse zwischen widerstreitenden und sich überschneidenden menschlichen Ansprüchen, Begierden und Wünschen³⁴⁾, um Hypothesen³⁵⁾, um eine Logik der Wahrscheinlichkeiten, nicht der Sicherheiten³⁶⁾, um eine Theorie des »als ob«³⁷⁾, um eine Fiktion³⁸⁾. Wie der Pragmatismus das Entscheidende nicht im Sein, sondern im Werden sieht³⁹⁾, so wird auch das Recht zu etwas Fließendem, zu einer Verbindung schwankender Punkte⁴⁰⁾, zum mindestens, wie Pound⁴¹⁾ es einschränkt, soweit es sich nicht auf Eigentum und Handelsgeschäfte

29) Pound, Roscoe: Courts and Legislation, in Science of Legal Method. The Modern Legal Philosophical Series, New York 1921, S. 202ff., 206f.

30) Cardozo: Growth a. a. O. S. 53 f.

31) Cardozo: Growth a. a. O. S. 68.

32) James: Philosophy a. a. O. S. 229.

33) James: Pragmatismus a. a. O. S. 35.

34) Pound, Roscoe: Theory of Judicial Decision a. a. O. S. 954, ebenso Philosophy a. a. O. S. 93.

35) Cardozo: Growth a. a. O. S. 54.

36) Cardozo: Growth a. a. O. S. 33: »... law, like other branches of social science, must be satisfied to test the validity of its conclusions by the logic of probabilities rather than the logic of certainty. . . . a degree of probability as to lead to a reasonable assurance that a given conclusion ought to be and will be embodied in a judgment. . . .«

37) Cardozo: »The Paradoxes of Legal Science« New York 1928, S. 33.

38) Ebenda S. 34.

39) Dewey: Reconstruction a. a. O. S. 177 »Not perfection as a final goal, but the ever-enduring process of perfecting, maturing, refining is the aim in living. . . . Growth itself is the only moral "end".«

40) Cardozo: Paradoxes a. a. O. S. 11: »Law defines a relation not always between fixed points, but often, indeed oftenest, between points of varying position«. Cardozo: Growth a. a. O. S. 86: »Justice itself, which we are wont to appeal to as a test as well as an ideal, may mean different things to different minds and at different times.«

41) Pound: Judicial Decision a. a. O. S. 825. Pound: Philosophy a. a. O. S. 139ff.

bezieht. Seine Wahrheit wird relativ⁴²⁾. Statt einen zwingenden Schluß zu ziehen, hat der Richter jetzt eine Wahl zu treffen⁴³⁾. Von der Rolle des selbstbewußten »living oracle« resigniert er zu der eines Experimentators, der nach der Methode von »trial and error«, Versuch und Irrtum, verfährt⁴⁴⁾ und der nie frei wird von der Qual des Zweifels⁴⁵⁾. In Zweifel und harter Arbeit wird das Recht so geboren und trägt nach der Auffassung dieser Schule dieses Geburtsmal sein ganzes Leben lang mit sich herum⁴⁶⁾.

Von einem anderen Blickpunkt aus gesehen erhöht diese neue Auffassung jedoch die Stellung des Richters, indem er jetzt zum Schöpfer des Rechts wird. »Bei einer Auffassung von der richterlichen Entscheidung als Teil eines weiteren Prozesses sozialer Ingenieurskunst« sagt Pound »werden im gewissen Sinne Gesetzgebung und Rechtsprechung auf die gleiche Stufe gestellt. Beide sind oder können schöpferisch sein⁴⁷⁾.« Das amerikanische Recht ist dann nicht bloß Case Law, ein Recht der richterlichen Entscheidungen, sondern in seines Wortes wahrster Bedeutung »judge made law«, ein Recht, das vom Richter als dem für die schwere Kunst des sozialen Ausgleichs Berufenen geschaffen ist⁴⁸⁾.

Das Wissen um die Wichtigkeit der Funktion des Richters für die schöpferische Weiterentwicklung des Rechts, das Wissen um die Kompliziertheit des Vorgangs der Urteilsbildung, wobei man nicht, wie die alte »mechanistische« Jurisprudenz glaubte, bloß den Tatbestand in den Automaten des richterlichen Hirns hineinzuwurfen und auf den Knopf des passenden Rechtsprinzips zu drücken braucht, damit die fertige

42) Cardozo: Judicial Process a. a. O. S. 102.

43) Cardozo: Growth a. a. O. S. 67: »There is nothing that can relieve us of "the pain of choosing at every step"«. Holmes, O. W.: Law in Science and Science in Law, 12 Harvard Law Review S. 443 ff. 1899 S. 461, Collected a. a. O. S. 239: »Where there is doubt the simple tool of logic does not suffice, and even if it is disguised and unconscious, the judges are called on to exercise the sovereign prerogative of choice«.

44) Cardozo: Growth a. a. O. S. 55.

45) Cardozo: Paradoxes a. a. O. S. 79 ff.

46) Cardozo: Growth a. a. O. S. 69 f.: »The principle or the precedent was the outcome of a quest for probabilities: Principles and precedents, thus generated, carry throughout their lives the birthmarks of their origin. They are in truth provisional hypotheses, born in doubt and travail, expressing the adjustment which commended itself at the moment between competing possibilities«.

47) Pound: Theory of Judicial Decision a. a. O. S. 955.

48) Es kann hier nicht darauf eingegangen werden, daß die amerikanische Rechtsliteratur auch noch auf einem anderen Wege als durch die soziologisch-pragmatische Schule zur Auffassung eines »judge made law« gekommen ist, nämlich in Anlehnung an die Rechtstheorie des Engländers Austin, die das Recht vom staatlichen Befehl ableitet. In diesen Gedankengängen bewegt sich das wichtige Buch Gray, John Chipman: The Nature and Sources of the Law, New York 1924, insbes. S. 98 ff.

Entscheidung herauskommt 49), hat das Bedürfnis nach Analysen dieses Vorgangs wach gerufen. In verdienstvoller Weise hat man sich gerade in den letzten Jahren um die Erfassung dieses Problems, insbesondere um die Erfassung der mitspielenden irrationalen Momente bemüht und wertvolle Arbeiten über richterliche Rechtsfindung geschaffen, unter denen wiederum die Untersuchungen Pound's und Cardozo's einen hervorragenden Platz einnehmen.

Aufschlußreich in diesen Untersuchungen über richterliche Rechtsfindung ist die Erörterung der Rolle der Logik. Wenn es auch ganz im Sinne des Pragmatismus heißt, daß das Leben des Rechts nicht Logik, sondern Erfahrung sei 50), so soll damit keineswegs die Logik als Faktor der Rechtsbildung völlig ausgeschlossen werden 51). Die Logik ist nach Cardozo *eine* der Entwicklungslinien des Rechts, *ein* Organon unter vielen 52), etwas, das als Methode nur dann zum Verhängnis wird, wenn man sie als Selbstzweck und als etwas Endgültiges betrachtet 53), eine Entwicklungsreihe, der der Richter auswählend folgen soll, wenn es das Ziel, die soziale Wohlfahrt, zu der auch Sicherheit und Ordnung gehören, erfordert 53), während sie in gewissem Sinne auch, wie er später ergänzt, als das Werkzeug aller Methoden anzusehen ist 54). Hierbei ist allerdings zu erwägen, ob aus der ganzen Geisteshaltung dieser Richtung heraus der Begriff der Ratio und der Logik nicht pragmatisch umgedeutet werden kann. Dies ist konsequent bei Dewey der Fall, wenn er von dem System des Rechts als der »Verkörperung der Vernunft« nur in bezug auf seine Funktionen, nämlich in bezug auf ihre Geeignetheit, das Beabsichtigte zu erreichen, und nicht von der Ratio als einer Ursache des Rechts spricht 55). Nach echt »Case« methodischer Denkungsweise wird die Logik für diesen Philosophen etwas induktiv aus

49) Vgl. über diese Auffassung Pound: Courts and Legislation a. a. O. S. 206.

50) Holmes: Common Law a. a. O. S. 1.

51) Cardozo: Judicial Process a. a. O. S. 46.

52) Ebenda S. 36. Er scheidet S. 30 f. erstens die Linie des logischen Fortschreitens, die Regel der Analogie, die philosophische Methode; zweitens die Linie der historischen Entwicklung, die Methode der Evolution; drittens die Linie der Gewohnheiten der Gemeinschaft, die Methode der Tradition; viertens die Linie der Gerechtigkeit, Moral und sozialer Wohlfahrt, die soziologische Methode. Vgl. auch Cardozo: Growth a. a. O. S. 62.

53) Cardozo: Judicial Process a. a. O. S. 66f., Growth a. a. O. S. 79.

54) Cardozo: Growth a. a. O. S. 62f.

55) Dewey: The Public a. a. O. S. 57 »Upon this theory, the law as "embodied reason" means a formulated generalization of means and procedures in behavior which are adapted to secure what is wanted. Reason expresses a function, not a causal origin. Law is reasonable as a man is sensible who selects and arranges conditions adapted to produce the ends he regards as desirable.«

dem Rohmaterial der Entscheidungen Gewonnenes⁵⁶⁾ und ist der Forderung der Rechtssicherheit durch Präjudizienstrenge der Vorrang vor der nach Dewey absurden Forderung der Rechtslogik eines Case-Systems zu geben⁵⁷⁾. Er kommt so zu einer Logik, die sich auf Konsequenzen statt auf Antezedentien bezieht, zu einer Logik als Voraussage von Wahrscheinlichkeiten, statt einer Deduktion aus Sicherheiten⁵⁸⁾. Ob Cardozo und Pound selbst so weit gehen — von Holmes' Auffassung der Logik als Syllogismus scheidet sich Dewey ausdrücklich⁵⁹⁾ — mag unerörtert bleiben. Auf jeden Fall haben sie die Logik nur als *ein* Moment der Rechtsbildung betrachtet, das nicht als etwas Letztes, meist als etwas Untergeordnetes bezeichnet wird. Die Urteilsbildung gehe in der Weise vor sich, daß der Richter zuerst den logischen Pfad zu gehen habe, bis sich dann die Wege scheiden und er eine Wahl zu treffen habe⁶⁰⁾. Diese erfolge nach dem, was Holmes das »inarticulate major premise« genannt hat⁶¹⁾. Man sucht wie Cardozo dieses letzte unaussprechbare Prinzip aufzählend zu fassen als Geschichte, Brauch, soziale Nützlichkeit, irgend ein zwingendes Gefühl der Gerechtigkeit, eine halb intuitive Erfassung des das Recht durchdringenden Geistes⁶²⁾, oder anders formuliert, als die gebräuchlichen Formen des Gesellschaftslebens und der Gemeinschaft, die überwiegenden Überzeugungen von Billigkeit und Gerechtigkeit, ein Inbegriff des Glaubens und der Praxis, den man die »Mores« des Tages nennt⁶³⁾, oder man möchte es zusammen-

⁵⁶⁾ Dewey, John: *Logical Method and Law*, 10 *Cornell Law Quarterly* 17 ff. (1924) S. 19 »It is most important that rules of law should form as coherent generalized logical systems as possible. But these logical systematizations of law in any field, whether of crime, contracts, or torts, with their reduction of a multitude of decisions to a few general principles that are logically consistent with one another while it may be an end in itself for a particular student, is clearly in last resort subservient to the economical and effective reaching of decisions in particular cases. It follows that logic is ultimately an empirical and concrete discipline. Men first employ certain ways of investigating, and of collecting, recording and using data in reaching conclusions, in making decisions; . . . These different ways constitute the empirical raw material of logical theory. The latter thus comes into existence without any conscious thought of logic, just as forms of speech take place without conscious reference to rules of syntax or rhetorical propriety.«

⁵⁷⁾ Dewey: *Logical Method* a. a. O. S. 25 »There is a wide gap separating the reasonable proposition that judicial decisions should possess the maximum possible regularity in order to enable persons in planning their conduct to foresee the legal import of their acts, and the absurd because impossible proposition that every decision should flow with formal logical necessity from antecedently known premises.«

⁵⁸⁾ Dewey: *Logical Method* a. a. O. S. 26: » . . . it must be a logic *relative to consequences rather than to antecedents*, a logic of prediction of probabilities rather than one of deduction of certainties.«

⁵⁹⁾ Dewey: *Logical Method* a. a. O. S. 20f.

⁶⁰⁾ Cardozo: *Judicial Process* a. a. O. S. 43.

⁶¹⁾ *Lochner v. New York* 198 U. S. 45 (1905) S. 76; siehe S. 534.

⁶²⁾ Cardozo: *Judicial Process* a. a. O. S. 43, s. a. S. 19, 72.

⁶³⁾ Cardozo: *Growth* a. a. O. S. 52f.

fassen unter dem Begriffe der Kultur, wenn ihn, wie er sagt, nicht die neuere Geschichte in Mißkredit gebracht hätte⁶⁴⁾; oder man nennt es mit Holmes einen Inbegriff von empfangenen Idealen des Rechts, das was man im Sinne hat, wenn man vom Recht als etwas Universalem und in ewigen Wahrheiten Verwurzeltem spricht⁶⁵⁾; oder man umschreibt es mit James als das »unbewußte Gefühl für den Gesamtstoß und Drang des Kosmos«⁶⁶⁾. Zur Erfassung dieses Letzten könnten dem Richter die Erfahrung und das Studium der Sozialwissenschaften helfen⁶⁷⁾. Letzten Endes beruhe die Rechtsfindung, wenn es etwas wirklich Neues zu entscheiden gäbe, auf einem »hunch«⁶⁸⁾, auf Intuitionen, auf dem inneren Aufleuchten einer Einsicht, die die bloße Erfahrung übersteigt und umbildet⁶⁹⁾. Sie beruhe auf der Gnade, die dann und wann den Erwählten jedes Berufes zuteil werde⁷⁰⁾. In apokalyptischen Momenten erfolge die schöpferische Rechtsbildung⁷¹⁾.

⁶⁴⁾ Cardozo: *Judicial Process* a. a. O. S. 72.

⁶⁵⁾ Pound, Roscoe: *The Revival of Comparative Law*, 5 *Tulane Law Review* 1 ff. (1930) S. 14. Vgl. auch Pound, Roscoe: *The Ideal Element in American Judicial Decision*, 45 *Harvard Law Review* 136 ff. (1931).

⁶⁶⁾ Cardozo: *Judicial Process* a. a. O. S. 12. Vgl. auch *Paradoxes* a. a. O. S. 17 »The moral code of each generation, this amalgam of custom and philosophy and many an intermediate grade of conduct and belief, supplies a norm or standard of behavior which struggles to make itself articulate in law. The sanction or source of obligation for moral rules, . . . is the pressure of society on the individual mind. The same pressure is ever at work in the making of the law declared by courts.«

⁶⁷⁾ Cardozo: *Growth* a. a. O. S. 85 f. »In the present state of our knowledge, the estimate of the comparative value of one social interest and another, when they come, two or more of them, into collision, will be shaped for the judge, as it is for the legislator, in accordance with an act of judgment in which many elements cooperate. It will be shaped by his experience of life; his understanding of the prevailing canons of justice and morality; his study of the social sciences; at times, in the end, by his intuitions, his guesses, even his ignorance or prejudice.« Pound: *Philosophy* a. a. O. S. 127 »They insist that application of law is not a purely mechanical process. They contend that it involves not logic only but moral judgments as to particular situations and courses of conduct in view of the special circumstances which are never exactly alike. They insist that such judgments involve intuitions based upon experience and are not to be expressed in definitely formulated rules.«

⁶⁸⁾ Hutcheson jr., Joseph C.: *The Judgment Intuitive: The Function of the „Hunch“ in Judicial Decision*, 14 *Cornell Law Quarterly* 274 ff. (1929) S. 278 » . . . the hunch — that intuitive flash of understanding which makes the jump-spark connection between question and decision, and at the point where the path is darkest for the judicial feet, sheds its light along the way« — S. 280 »Some call it „intuition“ — some, „imagination“, this sensitiveness to new ideas, this power to range when the track is cold, this power to cast in ever widening circles to find a fresh scent, instead of standing baying where the track was lost.«

⁶⁹⁾ Cardozo: *Growth* a. a. O. S. 89.

⁷⁰⁾ Cardozo: *Judicial Process* a. a. O. S. 163.

⁷¹⁾ Cardozo: *Paradoxes* a. a. O. S. 60.

Nicht Willkür sei die Wahl des Richters ⁷²⁾, nicht seine eigene Wertung sei das Maßgebende ⁷³⁾, nicht Impressionismus, sondern der kategorische Imperativ läge der Entscheidung zugrunde ⁷⁴⁾. »Solche richterlichen Intuitionen und die Begründungen, erleuchtet und erwärmt von dem Gefühl, das sie hervorgebracht hat, sind es, die nicht nur Gerechtigkeit im Streitfall verschaffen, sondern wie ein großer weißer Pfad den Weg des Herrn in der Wildnis eben machen, auf daß der Fuß des Richters ihm folge« ⁷⁵⁾.

Wenn bei der Betrachtung der sogenannten Soziologischen Rechtsauffassung der Übergang vom absoluten, transzendenten aber konkretisierbaren, in Gott seine letzte Ursache und Ziel findenden Naturrecht zu einer relativen, diesseitigen, nie vollkommen seine nach Ursache und Ziel im Irdischen liegenden Aufgaben erfüllenden Rechtsauffassung deutlich geworden ist, so zeigten bereits die letzten Ausführungen, daß diese Abkehr vom Naturrecht, die Wendung von der Ratio zur Empirie, von der Absolutheit zur Relativität der Werte nicht in die Richtung eines krassen Materialismus, eines metaphysischen Wertnihilismus hinausläuft. Die revolutionäre Wendung liegt mehr in der Methode als in der Wesensauffassung des Rechts. Auch die Philosophie des Pragmatismus betont ja immer wieder, daß sie nur eine Methode geben will ⁷⁶⁾, wobei sie oft allerdings an Fragen kommt, wo, wie sie selbst zugibt, die neue Methode zu einer neuen Wesensschau wird ⁷⁷⁾. Die sogenannte Soziologische Rechtsschule faßt den Unterschied zwischen der naturrechtlichen und der eigenen Rechtsauffassung selbst gelegentlich nur als einen Unterschied im Ausgangspunkt auf ⁷⁸⁾. Man leugnet das Absolute, die reine Vernunft nicht, aber man nennt beides, soweit es sich nicht mit Gesetz und Entscheidung deckt, nicht mehr Recht ⁷⁹⁾. Man stellt das Absolute als ein nie zu erreichendes Ideal hin ⁸⁰⁾ und

72) Cardozo: Paradoxes a. a. O. S. 55.

73) Cardozo: Judicial Process a. a. O. S. 141.

74) Cardozo: Judicial Process a. a. O. S. 139.

75) Hutcheson: Judgment Intuitive a. a. O. S. 287f.

76) James: Pragmatismus a. a. O. S. 32.

77) James: Pragmatismus a. a. O. S. 34, 165.

78) Pound, Roscoe: The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, 24 Harvard Law Review 591ff. (1911), S. 618.

79) Cardozo: Growth a. a. O. S. 47: »I am not concerned to inquire whether back of these uniformities which have their flower and fruit in judgments, there may be others still higher and broader, revelations of a social order, norms of right and justice, to which the lower and narrower uniformities must conform, and after which they must be patterned, if they are to be effective and enduring. I doubt whether these types or patterns, except to the extent that they are consistent with statute or decision, should receive the name of law...«

80) Cardozo: Judicial Process a. a. O. S. 168f. »I do not doubt the grandeur of the conception which lifts them into the realm of pure reason, above and beyond the

begnügt sich mit dem Relativen als einer Arbeitsregel⁸¹⁾. Aber wie es mit dem empirisch nicht faßbaren Begriff der Gnade als Quelle der Entscheidung bereits angedeutet war, leugnet die sogenannte Soziologische Auffassung nicht, daß es »unsere kleinen Blicke in das Letzte, unser Spähen in das Emyreum, wo Philosophie und Recht ihre ewige Wesenheit herleiten«, sind, die den Richter mit Glauben und Kraft erfüllen⁸²⁾. Das »soziale Interesse«, das als das Ziel des Rechts dargestellt wird, ist auch gar nicht eng materialistisch etwa im Sinne der Befriedigung gemeiner Bedürfnisse gefaßt. Es wird in dem »sozialen Interesse« unter anderem einbegriffen die Sicherheit der sozialen, nämlich der familienrechtlichen, der religiösen und politischen Institute, die Erhaltung der allgemeinen Moral, das Interesse am allgemeinen wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Fortschritt⁸³⁾. Die sogenannte Soziologische Rechtsschule will auch nicht das Recht von der Moral völlig trennen, wenn sie es auch nicht wie die naturrechtliche Rechtstheorie mit ihr zusammenfallen lassen will⁸⁴⁾. Wenn die sich selbst pragmatisch nennende Soziologische Rechtsauffassung von der Gerechtigkeit, der das Recht entsprechen soll, sagt: »die Gerechtigkeit in diesem Sinne ist bei weitem subtiler und unbestimmter als irgend etwas, das durch bloße Beobachtung einer Regel befolgt werden kann. Es bleibt in gewisser Beziehung, wenn alles gesagt und getan worden ist, das Synonym eines Strebens, ein Wort leidenschaftlicher Erregung, ein Sehnen nach dem, was schön und erhaben ist« und wenn sie bei Gerechtigkeit etwas im Sinne haben, was seinem Wesen nach Liebe (charity) ist⁸⁵⁾, so ist das etwas anderes als was man gemeinhin in Deutschland mit einem meist negativen Werturteil als »pragmatisch« abtut.

Es ist eine Haltung, die trotz, ja vielleicht wegen ihrer Beschränkung auf das Empirische ihres Pathos nicht entbehrt. Es ist die Ehrfurcht

sweep of perturbing and deflecting forces. None the less, . . . they do not stand aloof on these chill and distant heights; and we shall not help the cause of truth by acting and speaking as if they do. . . . That is an ideal of objective truth toward which every system of jurisprudence tends. . . . but it can never be more than partly true.«

⁸¹⁾ Cardozo: Growth a. a. O. S. 46 f. »The reality that is absolute and unconditioned may exist, but man must know it, if at all, through its manifestations in the conditioned and the relative. Pragmatism is at least a working rule by which truth is to be tested, and its attainment known.« In diesem Sinne will Cardozo mit Comte sagen »Tout est relatif, voilà le seul principe absolu.«

⁸²⁾ Cardozo: Growth a. a. O. S. 142.

⁸³⁾ Pound: Spirit a. a. O. S. 208 f.

⁸⁴⁾ Pound, Roscoe: Law and Morals. Chapel Hill 1924, S. 77. Cardozo: Judicial Process a. a. O. S. 133 f. » . . . the judge is under a duty, within the limits of his power of innovation, to maintain a relation between law and morals, between the precepts of jurisprudence and those of reason and good conscience.« Cardozo: Paradoxes a. a. O. S. 35.

⁸⁵⁾ Cardozo: Growth a. a. O. S. 87.

und bewußte Wendung zur »insuperability of sensation«⁸⁶⁾, zur unendlichen Vielgestaltigkeit des Wirklichen, »das förmlich überkocht von Aktivität und Veränderung«⁸⁷⁾, dessen Dynamik durch die Statik rationaler Begriffe nicht faßbar ist⁸⁸⁾, ein Bekenntnis zum Leben, das man auskosten und bejahren will, auch wenn in seinem Becher ein Bodensatz vorhanden ist⁸⁹⁾.

Sie ist getragen von einem hohen persönlichen Verantwortungsgefühl, das aus einem Glauben an die Verbesserbarkeit der Welt die Ordnung, das Letzte der Welt, schöpferisch mitgestalten will⁹⁰⁾, das die alte naturrechtliche Auffassung als zu intellektualistisch⁹¹⁾, zu »vornehm«⁹²⁾ ablehnt und das echt kalvinistisch⁹³⁾ seiner Pflicht trotz der Ungewißheit des Erfolges, der nicht von dem einzelnen allein abhängt, nachkommen will⁹⁴⁾. Es ist eine geistige Haltung, die sich die »Verheißung«⁹⁵⁾ des Metaphysischen nur als »moralische Ferien«⁹⁶⁾ gönnt, eine Haltung, die, wie sie selbst sagen, nur für die »tough-minded«, die harten nicht für die »tender-minded«, die zarten Naturen tragbar ist⁹⁷⁾. »Lieber will der Jurist mit einigen Philosophen selbst lernen, in Mäßigung seines Ehrgeizes seine Auffassung von der Philosophie bis zu einem gewissen Grade neu zu formen und sie als Mittel zu einer wahreren Schätzung der Werte und der besseren Ordnung des Lebens anzusehen«⁹⁸⁾.

⁸⁶⁾ James: *Philosophy* a. a. O. S. 79.

⁸⁷⁾ James: *Philosophy* a. a. O. S. 85.

⁸⁸⁾ James: *Philosophy* a. a. O. S. 81.

⁸⁹⁾ James: *Pragmatismus* a. a. O. S. 190.

⁹⁰⁾ James: *Philosophy* a. a. O. S. 110 »The belief in the genuineness of each particular moment in which we feel the squeeze of this world's life, as we actually do work here, or work is done upon us, is an Eden from which rationalists seek in vain to expel us, . . .«.

⁹¹⁾ James: *Pragmatismus* a. a. O. S. 44.

⁹²⁾ James: *Pragmatismus* a. a. O. S. 45.

⁹³⁾ James: *Pragmatismus* a. a. O. S. 191 »Die Puritaner, die auf die Frage, ob sie bereit seien, für den Ruhm Gottes die ewige Verdammnis auf sich zu nehmen, mit »ja« antworten, die befanden sich in diesem objektiven und großherzigen Gemütszustande«.

⁹⁴⁾ Vgl. die schöne Stelle bei James: *Philosophy* a. a. O. S. 228—230.

⁹⁵⁾ James: *Pragmatismus* a. a. O. S. 76.

⁹⁶⁾ James: *Pragmatismus* a. a. O. S. 47, 50.

⁹⁷⁾ James: *Pragmatismus* a. a. O. S. 7.

⁹⁸⁾ Cardozo: *Paradoxes* a. a. O. S. 135, vgl. auch Dickinson, John: *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*, Cambridge 1927, S. 119 »If we have not identities to work upon, we have at least resemblances; and on their basis can be constructed a legal system which, although far from attaining the inexorable and absolute certainty once thought possible, yet introduces a degree of beneficial order into a world that would be much worse off without it. . . . Those perplexities mean that law is a human instrument, the product of minds whose static categories can snatch at but not grasp the universe that flows across it.«

Man könnte diese Haltung, das Leben nicht zu hassen, auch wenn nicht alle Blütenräume reiften, mit der geistigen Einstellung des Goetheschen Prometheus vergleichen, wenn sie nicht mit Bescheidenheit und Selbstbeschränkung zusammenginge⁹⁹⁾. Ihre Vertreter wollen als Handwerker sich auch mit weniger als dem Vollkommenen und dem Idealen zufrieden geben¹⁰⁰⁾. Sie sehen keine Veranlassung, den Superlativ zu fordern und unzufrieden zu sein, wenn man nicht sicher ist, daß die eigene Wahrheit kosmische Wahrheit ist¹⁰¹⁾. Sie beugen sich demütig »vor dem Unausdenkbaren, für das jedes Prädikat eine Anmaßung ist«¹⁰²⁾, und überlassen dem Unbekannten die letzte Wertung für das, was jedenfalls für sie selbst Wert hat¹⁰³⁾. Es ist ein kindlich gläubiges Vertrauen gewissermaßen in der Umkehrung der Vorschrift der Bergpredigt: Suchet das Reich Gottes zu erlangen, alles andere wird euch dazugegeben werden. Es ist der Glaube, daß, wenn man sich auch als ein bloßes Ganglion der Welt fühlt, man doch das Unendliche hinter sich hat, daß in der täglichen Pflichterfüllung im Bereich des Irdischen das »andere« ungezwungen als Blüten des Lebens »dazugegeben« wird¹⁰⁴⁾.

So ist also das, was in der sogenannten Soziologischen Rechtsschule äußerlich, der Methode nach, in ihrer teleologischen Rechtsbetrachtung im Verhältnis zum alten Naturrecht als eine Umkehrung der Werte erschienen ist, seinem letzten Sinn nach, wenn man das hinzuzieht, was bei ihnen als »Glaube« noch hinter der exakten Rechtswissenschaft, hinter der Praxis der Rechtsanwendung steht, nicht die völlige Verbrennung dessen, was man einst angebetet hat. Aus dem

⁹⁹⁾ James: *Philosophy* a. a. O. S. 99f.: »Empiricist philosophy thus renounces the pretension to an all-inclusive vision.«

¹⁰⁰⁾ Cardozo: *Growth* a. a. O. S. 127.

¹⁰¹⁾ Holmes: *Natural Law, Collected* a. a. O. S. 314f.

¹⁰²⁾ Holmes: *Natural Law, Collected* a. a. O. S. 315f.

¹⁰³⁾ Holmes: *Natural Law, Collected* a. a. O. S. 316.

¹⁰⁴⁾ Holmes: *Natural Law, Collected* a. a. O. S. 316. Dewey: *Reconstruction* a. a. O. S. 212f.: »When philosophy shall have co-operated with the course of events and made clear and coherent the meaning of the daily detail, science and emotion will interpenetrate, practice and imagination will embrace. Poetry and religious feeling will be the unforced flowers of life. To further this articulation and revelation of the meanings of the current course of events is the task and problem of philosophy in days of transition.« James: *Pragmatismus* a. a. O. S. 192f.: »Ich glaube durchaus nicht, daß unsere menschliche Erfahrung die höchste Form der Erfahrung ist, die es in der Welt gibt. Ich glaube vielmehr, daß wir zu dem Ganzen der Welt etwa in derselben Beziehung stehen wie unsere Schoßhunde und unsere Zimmerkatzen zu dem Ganzen des menschlichen Lebens... Ebenso sind wir selbst Tangenten zu den Kurven des höheren Lebens. Aber so wie viele von den Idealen unserer Hunde und Katzen mit unseren Idealen zusammenfallen, ... so dürfen wohl auch wir auf Grund der von der religiösen Erfahrung gelieferten Beweise glauben, daß es höhere Mächte gibt und daß sie am Werke sind, die Welt in derjenigen idealen Richtung zu erlösen, die unseren Idealen entspricht.«

zuletzt Angeführten wird es auch verständlich, wenn die Schule von ihrer Lehre selbst gelegentlich als einem Wiederaufleben des Naturrechts spricht ¹⁰⁵⁾, das im Gegensatz zum alten ein realistisches ¹⁰⁶⁾, ein schöpferisches ¹⁰⁵⁾, ein dynamisches ¹⁰⁷⁾ geworden ist. Die sogenannte Soziologische Schule gibt selbst zu, daß bei ihnen über die letzten Fragen noch keine völlige Einheitlichkeit und Klarheit ¹⁰⁸⁾ herrscht. Die Geisteshaltung wird als die einer Übergangszeit ¹⁰⁹⁾ bezeichnet. Aus dieser Situation, aus der Möglichkeit einer Weiterentwicklung heraus könnte man bedingt die Bezeichnung »neues Naturrecht« annehmen. Man kann aus dem bereits Vorhandenen vermuten, daß das amerikanische Rechtsdenken, das in seiner sogenannten Soziologischen Schule sich von dem Naturrecht in aller Entschiedenheit auf das ihm entgegengesetzte Ufer geschwungen hat, vielleicht einmal die Brücke zum verlassenen Ufer schlagen wird, mit dem es vorläufig nur in der Sehnsucht, im Glauben verbunden ist. In diesem Sinne entbehrt die Bezeichnung »neues Naturrecht« nicht jeder Berechtigung, selbst wenn die sogenannte Soziologische Rechtsschule zu einem Teil auch den Boden für eine sich in entgegengesetzter Richtung bewegende, alle Beziehungen zum Naturrecht lösende Rechtsauffassung, von der im folgenden die Rede sein wird, bereitet hat.

III.

Die Resignation der neueren amerikanischen Rechtsphilosophie auf einen praktischen Relativismus in bezug auf das Recht, der, wie oben dargelegt, bei der sogenannten Soziologischen Schule durchaus mit der gläubigen Bejahung eines Absoluten vereinbar ist, hat noch zum Aufkommen einer anderen Rechtsschule geführt, zu der des »Legal Realism«. Wie bereits zu Beginn des vorigen Abschnitts angedeutet worden ist, fußt der *Rechtsrealismus* auf der Rechtsphilosophie der sogenannten Soziologischen Schule und ist das Wesentliche, was über

¹⁰⁵⁾ Pound: *Philosophy* a. a. O. S. 56; Pound: *Law and Morals* a. a. O. S. 87: »Already there is a revival of natural law — not of the natural law that would have imposed upon us an idealized version of the law of the past as something from which we might never escape, but of a creative natural law that would enable us to make of our received legal materials, as systematized by the legal science of the last century, a living instrument of justice in the society of today and of tomorrow.«

¹⁰⁶⁾ Cardozo: *Paradoxes* a. a. O. S. 122f., zitiert Norman Wilde: *The Ethical Basis of the State*, Princeton 1924, S. 83.

¹⁰⁷⁾ Cardozo: *Judicial Process* a. a. O. S. 132: »The law of nature is no longer conceived of as something static and eternal. It does not override human or positive law. It is the stuff out of which human or positive law is to be woven, when other sources fail.«

¹⁰⁸⁾ Cardozo: *Growth* a. a. O. S. 144.

¹⁰⁹⁾ Dewey: *Reconstruction* a. a. O. S. 213 siehe S. 546 Anm. 104.

die neue, das alte Naturrecht ablösende Auffassung zu sagen ist, bereits oben dargelegt worden. Aber dieser neue Seitenzweig hat ein so besonderes Gepräge und tritt selbst mit dem Anspruch einer gewissen Selbständigkeit auf, daß er eine besondere Darlegung verdient, die, selbst wenn sie in einigen Punkten Wiederholungen enthält, wegen der besonderen Ausdrucksform der Gedanken dem von der neuen Rechtsauffassung bisher gewonnenen Bild andere Nüancen und Perspektiven zu verleihen imstande sein kann.

Die Darstellung kann sich hier auf genaue Daten stützen, denn die neue Richtung führte sich in die Öffentlichkeit gleich mit einer Art »Schulenstreit« ein, mit einer Auseinandersetzung zwischen Dean Pound, dem einen Führer der sogenannten Soziologischen Schule, und Professor Llewellyn von der Columbia Universität in New York, dem Sprecher der neuen Richtung. In einem sehr temperamentvollen Aufsätze — überhaupt ist der angriffslustige, stark mit amerikanischem »Slang« durchsetzte Stil ein Charakteristikum dieser Veröffentlichungen im Gegensatz zu einem gewissen Pathos, das die Schriften der Rechtssoziologen kennzeichnet —, betitelt »Some Realism about Realism«¹¹⁰⁾, verteidigt Llewellyn die neue Richtung gegen die Angriffe und angeblichen Mißdeutungen durch Pound in seinem Aufsatz »The Call for a Realist Jurisprudence«¹¹¹⁾. Llewellyn's Aufsatz ist selbst ein Musterbeispiel der realistischen Methode. Llewellyn kommt nämlich auf Grund einer schriftlichen Anfrage bei zwanzig Vertretern seiner Richtung und auf Grund einer Durcharbeitung ihrer Publikationen im Hinblick auf elf Behauptungen Pound's zu dem exakten Schluß, daß nur einer von den zwanzig drei der elf Behauptungen, drei je zwei, vier je eine der elf Behauptungen stützten, keiner aber in unzweideutiger, uneingeschränkter Weise. Es darf schon hier gesagt werden, daß trotz dieser »wissenschaftlichen« Vernichtung des Pound'schen ohne Zitatensapparat geschriebenen Aufsatzes man zu dem Ergebnis kommen wird, daß Pound's Kritik in vielen Dingen den Geist und die Richtung des Realismus richtig erfaßt hat. Gewiß war es Llewellyn leicht, Einzelsätze des Pound'schen Aufsatzes herauszunehmen und an Hand der Schriften der Realisten, die teils ausgesprochen, teils unausgesprochen, sich arbeitsökonomisch nur mit Teilproblemen des Rechts befassen, als Überspitzungen zu widerlegen. Aber es sind Überspitzungen, die von den Realisten selbst verschuldet sind, da sie häufig diese Teilprobleme in einer Weise darstellen, die beim unbefangenen Leser den Eindruck erweckt, als ob es sich um das Letzte des Rechts handele. Trotz dieser Einschränk-

¹¹⁰⁾ Llewellyn, Karl N.: Some Realism about Realism. — Responding to Dean Pound, 44 Harvard Law Review 1222ff. (1931).

¹¹¹⁾ Pound, Roscoe: The Call for a Realist Jurisprudence, 44 Harvard Law Review 697ff. (1931).

kung ist neben dem später noch besonders zu würdigenden Buche »Law and the Modern Mind«¹¹²⁾ von Frank, dem Vertreter des radikalsten Flügels, dieser Aufsatz Llewellyn's, der auf der einen Seite eine Verteidigungsschrift nach außen, auf der anderen Seite eine Art Inventuraufnahme für die Schule selbst ist, nicht zuletzt wegen der ausgezeichneten bibliographischen Angaben die aufschlußreichste Äußerung der neuen »Schule«.

Die neue Schule wehrt sich dagegen, eine »Schule« zu sein¹¹³⁾. Sie lehnt es ab, als eine Gruppe mit einem offiziell akzeptierten oder im Entstehen begriffenen Glaubensbekenntnis aufgefaßt zu werden¹¹⁴⁾. Man könne das Neue, das sie darstelle, höchstens als eine »Movement«, eine Bewegung im Denken und in der Arbeit am Recht ansprechen¹¹⁵⁾. Die Verbindung liegt nach Frank nur in dem Negativen, in dem Skeptizismus und der »Neugierde« ihrer Vertreter¹¹⁶⁾. Eine Berechtigung, die Männer, die man als Realisten zu bezeichnen beliebt, zusammenzugruppieren, liegt nach Llewellyn in der Tatsache, daß sie von gewissen gemeinsamen Ausgangspunkten sich in verschiedene Arbeitszweige verteilt haben, welche sich zu einem Ganzen aufzubauen scheinen, einem Ganzen, das von keinem geplant, von keinem vorausgesehen und vielleicht auch noch von keinem adäquat erfaßt worden ist¹¹⁷⁾.

Die Bezeichnung für diese Richtung wechselt. Neben der gebräuchlichsten »legal realism« spricht Cook von einem »scientific approach to law«, Oliphant von »objective method«, Clark von »fact-research«, Dickinson von »sceptical movement«¹¹⁸⁾. Auch die Bezeichnung »functional attitude« findet sich¹¹⁹⁾. Frank würde für diese Richtung die Namen »legal actualism«, »legal observationism«, »legal descriptionism«, »legal pragmatism« oder »legal modesty« vorziehen¹²⁰⁾. Neuerdings hat er sie unter dem Namen »non-Euclidean legal thinking« zusammengefaßt¹²¹⁾.

Der Rechtsrealismus, der sich von ausländischen Autoren zuweilen

¹¹²⁾ Frank, Jerome: *Law and the Modern Mind*, New York 1930.

¹¹³⁾ Llewellyn: *Some Realism a. a. O.* S. 1225, 1233.

¹¹⁴⁾ Llewellyn: *Some Realism a. a. O.* S. 1233f., 1256.

¹¹⁵⁾ Llewellyn: *Some Realism a. a. O.* S. 1234.

¹¹⁶⁾ Zitiert bei Llewellyn: *Some Realism a. a. O.* S. 1234.

¹¹⁷⁾ Llewellyn: *Some Realism a. a. O.* S. 1235.

¹¹⁸⁾ Llewellyn: *Some Realism a. a. O.* S. 1234 Anm. 35.

¹¹⁹⁾ O'Toole, Edward J.: *Sociology and the Law*, 5 *St. John's Law Review* 173ff. (1931) S. 184.

¹²⁰⁾ Frank, Jerome: *Are Judges Human?* 80 *University of Pennsylvania Law Review* 17ff., 233ff. (1931) S. 258 Anm. 70.

¹²¹⁾ Frank, Jerome: *Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking*, 17 *Cornell Law Quarterly* 568ff. (1932).

neben Eugen Ehrlich auf Nußbaum, Hedemann¹²²⁾ und Max Weber¹²³⁾ beruft, steht, wie bereits gesagt, im großen und ganzen auf der von der sogenannten Soziologischen Schule geschaffenen rechtsphilosophischen Grundlage. Diese Unselbständigkeit wird von seinen Vertretern auch selbst zugegeben¹²⁴⁾. Doch geht die neue Bewegung des Rechtsrealismus teilweise in der theoretischen Grundlegung noch weiter als die alte Soziologische Schule, wie zum Schlusse dieses Abschnitts gezeigt werden soll, teils lehnt sie eine eigene theoretische Fundierung ausdrücklich ab und zieht lediglich die methodischen Konsequenzen aus der sogenannten Soziologischen Rechtsauffassung. Wenn schon bei der Darstellung der sogenannten Soziologischen Schule und des Pragmatismus auf die enge wechselseitige Bedingtheit von Rechtsphilosophie und einer bestimmten Methode, auf die Tatsache, daß eine neue Methode leicht zu einer neuen Wesensschau führen kann, hingewiesen wurde, ist hier die Verbindung zwischen beiden noch eine viel offensichtlichere und sind beide für eine allgemeine Charakterisierung der Richtung nicht gut trennbar.

Mit der sogenannten Soziologischen Schule hat der Realismus als Grundlage die Auffassung gemeinsam, daß das Recht sich im Flusse befindet, daß es nicht Selbstzweck, sondern ein Mittel zur Erreichung sozialer Ziele einer selbst dem Wandel unterworfenen¹²⁵⁾ Gesellschaft ist, und daraus folgend die Auffassung vom Recht als Maschine, die nicht Trägerin von Werten ist¹²⁶⁾, sondern bei der es lediglich darauf ankommt, wie weit das Werkzeug die gewünschten Wirkungen herbeiführen kann¹²⁷⁾. Gemeinsam ist ferner die Auffassung, daß das Recht nicht begrifflich von einem System von Prinzipien ableitbar ist¹²⁸⁾.

Aus dieser Erkenntnis heraus ergeht der Ruf zu einer Wendung von »doctrines to courts«, von Rechtsregeln und Rechtsprinzipien zu

¹²²⁾ Llewellyn, Karl N.: A Realistic Jurisprudence — The Next Step, 30 Columbia Law Review 431 ff. (1930) S. 454.

¹²³⁾ Llewellyn: Realistic Jurisprudence a. a. O. S. 448.

¹²⁴⁾ Llewellyn: Some Realism a. a. O. S. 1238.

¹²⁵⁾ Llewellyn: Some Realism a. a. O. S. 1236.

¹²⁶⁾ Llewellyn: Realistic Jurisprudence a. a. O. S. 464.

¹²⁷⁾ Llewellyn: Some Realism a. a. O. S. 1237. Cook, Walter W.: Scientific Method and the Law, 13 American Bar Association Journal 303 ff. (1927) S. 308 »Underlying any scientific study of the law . . . will lie one fundamental postulate, viz., that human laws are devices, tools which society uses as one of its methods to regulate human conduct and to promote those types of it which are regarded as desirable. If so, it follows that the worth or value of a given rule of law can be determined only by finding out how it works, that is, by ascertaining, so far as that can be done, whether it promotes or retards the attainment of desired ends.«

¹²⁸⁾ Radin, Max: Legal Realism, 31 Columbia Law Review S. 824 ff. (1931) S. 826: »The inherent enemy of realism is conceptualism . . . the theory that there are a number of principles which can be stated in a schematic form.«

den Gerichten ¹²⁹⁾. Ist das amerikanische Recht als Case Law ohnehin in den Gerichtsentscheidungen, deren Summe es ausmacht, zentriert, hat die sogenannte Soziologische Schule sich das Verdienst erworben, Beziehungen des richterlichen Rechts zum Recht überhaupt ausgearbeitet und auf das Wachsen des Rechts durch die Rechtsprechung ein besonderes Augenmerk gelegt zu haben, so wendet sich jetzt die realistische Richtung mit aller Entschiedenheit den Entscheidungen als solchen zu. Sie werden als die Substanz des Rechtsgebiets bezeichnet ¹³⁰⁾, und zwar seien sie das bezeichnenderweise nur, soweit sie erzwingbar sind ¹³¹⁾. Jede Entscheidung solle als einzigartiges Ereignis betrachtet werden ¹³²⁾, nämlich, wie sie auf die Schlichtung eines gegenwärtigen Streitfalles gerichtet ist, nicht mit dem Blick in die Zukunft, der nur Teil des unerfüllbaren Wunsches nach Sicherheit und Gleichförmigkeit des Rechts sei ¹³³⁾. Das Recht solle als Tatsache erforscht werden, nicht unter dem Gesichtspunkt, wieweit es mit dem Ideal des Rechts, mit unseren eigenen Wünschen übereinstimme ¹³⁴⁾, wenn die Rechtsrealisten auch zugeben, daß die Ausscheidung des Normativen, des Bereichs des Sollens, aus der Rechtswissenschaft nur eine temporäre arbeitsökonomische Maßnahme sei ¹³⁵⁾, wodurch man den Bereich des Sollens nicht in Frage stellen wolle ¹³⁶⁾. Von dem Studium des materiellen Rechts solle man sich zum Studium des »judicial behavior« wenden, zur Erforschung dessen, wie Richter auf Handlungen von Laien reagieren ¹³⁷⁾. Dieses Studium bestehe nicht in einer Befassung

¹²⁹⁾ Arnold, Thurman: The Rôle of Substantive Law and Procedure in the Legal Process, 45 Harvard Law Review 617ff. (1932) S. 619.

¹³⁰⁾ Bingham, Joseph W.: What is the Law? 11 Michigan Law Review 1ff., 109ff. (1912) S. 18 Anm. 17.

¹³¹⁾ Frank, Jerome: What Courts Do in Fact, 26 Illinois Law Review 645ff., 761ff. (1932) S. 662.

¹³²⁾ Radin: Legal Realism a. a. O. S. 824.

¹³³⁾ Frank: Law a. a. O. S. 153ff.

¹³⁴⁾ Llewellyn: Some Realism a. a. O. S. 1224.

¹³⁵⁾ Oliphant, Herman: Facts, Opinions, and Value-Judgments, 10 Texas Law Review 127ff. (1932) S. 138f.: »One may take uniformity of conduct (good or bad) of men generally and of those in the governing group to be the subject-matter of the science of law as a venture in scientific description without denying that how men *should* act and judges *should* decide is the proper content of a legitimate but different branch of scholarly and political interest and activity.«

¹³⁶⁾ Yntema, Hessel E.: The Rational Basis of Legal Science, 31 Columbia Law Review 925ff. (1931) S. 943.

¹³⁷⁾ Llewellyn: Realistic Jurisprudence a. a. O. S. 442f.: »... that substantive rights and rules should be removed from their present position at the *focal point* of legal discussion, in favor the *area of contact* between judicial (or official) *behavior* and the *behavior* of laymen; that the substantive rights and rules should be studied not as self-existent, nor as a major point of reference, but themselves with constant reference to that area of behavior-contacts.«

mit den Urteilsbegründungen. Diese seien nur der »Rauch, der den Grad des psychischen Explosivs, das angewandt wird«, andeutet¹³⁸⁾, sie seien »ex post facto«, nachträgliche Rechtfertigungen und Rationalisierungen für einen auf anderem Wege erreichten Schluß¹³⁹⁾. Nicht auf die Worte sei das Schwergewicht zu legen¹⁴⁰⁾, sondern auf das »non-vocal behavior«, auf das »observable behavior«¹⁴¹⁾, das heißt auf das, was die Richter wirklich tun, wenn sie von dem Tatbestand, der vor ihnen liegt, stimuliert sind¹⁴²⁾.

Das Recht wird ganz realistisch als die Funktion verschiedener Variablen angesehen¹⁴³⁾. Auf die Erforschung der einzelnen Faktoren, die eine Entscheidung beeinflussen, der Stimulanzien, die zu dem Resultat des Urteils führen, kommt es dieser neuen Richtung an. Die Rechtswissenschaft wird so noch entschiedener, als es schon bei der sogenannten Soziologischen Rechtsschule der Fall war, zu einer Wissenschaft der richterlichen Urteilsfindung.

Wie bereits in der sogenannten Soziologischen Schule fungieren die Rechtsregeln und Rechtsprinzipien lediglich als Werkzeuge¹⁴⁴⁾, als eine der vielen »hunch producers«¹⁴⁵⁾, als eine der vielen »stimuli«¹⁴⁵⁾, wenn man sie nicht überhaupt nur als etwas ansieht, durch das der »hunch« nachträglich legitimiert wird¹⁴⁶⁾. Inhaltlich gelten sie als das »passed behavior«, das in der Vergangenheit liegende Verhalten der Richter¹⁴⁷⁾. Von einigen werden sie sogar als die »politischen, ökonomi-

¹³⁸⁾ Green, Leon: The Duty Problem in Negligence Cases, 28 Columbia Law Review 1014ff. (1928) S. 1022.

¹³⁹⁾ Llewellyn: Some Realism a. a. O. S. 1238f. Frank: What Courts Do in Fact, a. a. O. S. 653.

¹⁴⁰⁾ Pound, Cuthbert W.: New York Bar Association Bulletin, Sept. 1929, S. 279, 282f. nach einem Zitat bei Frank, Law a. a. O. S. 126.

¹⁴¹⁾ Llewellyn: Realistic Jurisprudence a. a. O. S. 464.

¹⁴²⁾ Oliphant, Herman: A Return to Stare Decisis, 14 American Bar Association Journal 71 ff., 159 ff. (1928), S. 159: »Not the judges' opinions, but which way they decide cases will be the dominant subject matter of any truly scientific study of law. . . . The response of their intuition of experience to the stimulus of human situations is the subject-matter having that constancy and objectivity necessary for truly scientific study.« S. 161: ». . . we have focused our attention too largely on the *vocal behavior* of judges in deciding cases. A study with more stress on their *non-vocal behavior*, i. e., what the judges actually do when stimulated by the facts of the case before them, is the approach indispensable to exploiting scientifically the wealth of material in the cases.« Llewellyn, K. N.: The Bramble Bush; some Lectures on Law and its Study, New York 1930, S. 4f.

¹⁴³⁾ Keyser, Cassius J.: On the Study of Legal Science, 38 Yale Law Journal 413 ff. (1929) S. 418f.

¹⁴⁴⁾ Cook, Walter Wheeler: The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, 33 Yale Law Journal 457 ff. (1924) S. 487.

¹⁴⁵⁾ Frank: What Courts Do in Fact a. a. O. S. 662.

¹⁴⁶⁾ Frank, Law a. a. O. S. 130; Yntema, Hessel E.: The Hornbook Method and the Conflict of Laws, 37 Yale Law Journal 468 ff. (1928) S. 480.

¹⁴⁷⁾ Cook: Scientific Method a. a. O. S. 308.

schen und moralischen Vorurteile« der Richter bezeichnet ¹⁴⁸⁾. Die a-logischen Momente, die dem Urteilsspruch zugrunde liegen, auf deren Existenz bereits die sogenannte Soziologische Rechtsschule hingewiesen hatte, rücken jetzt in den Vordergrund des Interesses ¹⁴⁹⁾. Mit einer erstaunlichen Offenheit wird hier menschliche Fehlbarkeit, ja menschlicher böser Wille im Vorgang der richterlichen Urteilsfindung aufgedeckt. Man verwahrt sich dagegen, daß in der Beschäftigung mit diesen Faktoren etwas Unwürdiges für die Rechtswissenschaft liege ¹⁵⁰⁾. Diese Faktoren stellten nicht bloß etwas Exzeptionelles, etwas Pathologisches dar, mit dem sich die Rechtswissenschaft nebenbei auch befassen müsse, sondern solche »frailties«, Schwächen, seien normal ¹⁵¹⁾ und dürften darum nicht nur gleichsam in einer Anmerkung abgetan werden. Der Realismus bestehe darin, daß man sich bewußt werde, daß die Richter keine Realisten seien, sondern daß Vorurteile, persönliche Neigungen usw. bei der Entscheidung mitspielten ¹⁵²⁾, daß es etwas ausmache, etwa ob der Richter gut oder schlecht gefrühstückt habe ¹⁵³⁾, ob ihm die Zeugin, die Klägerin oder Beklagte gefalle, ob die »hormonic exudations« des Anwalts mit der augenblicklichen hormonischen Sensibilität, der bio-chemischen Individualität, des betreffenden Richters im Einklang stehe ¹⁵⁴⁾. Alle Faktoren, die auf die Menschheit im allgemeinen einwirkten, übten auch beim Richter ihren Einfluß auf die Entscheidung aus ¹⁵⁵⁾. Sie hänge ab von der Summe der unzähligen Stimuli, die die Persönlichkeit des Richters ausmache ¹⁵⁶⁾. Die amerikanische Rechtsprechung sei so ein verkleidetes System von Kadijustiz, eine Tatsache, die zwar bedauerlich sei, derer man sich aber bewußt werden müsse, um das System wirksamer zu gebrauchen und um es womöglich zu verbessern ¹⁵⁷⁾. Betonten die »Väter« der Verfassung mit Stolz, daß das amerikanische Staatsleben ein »government of law not of men«, eine Herrschaft des Rechts nicht von Menschen, darstelle, so rühmen sich die Urenkel jetzt der Erkenntnis, daß es »one of laws through men«, eine Herrschaft des Rechts durch Menschen, sei ¹⁵⁸⁾. Das amerikanische Recht wird nach dieser Auffassung zum

¹⁴⁸⁾ Frank: Law a. a. O. S. 105.

¹⁴⁹⁾ Llewellyn: Some Realism a. a. O. S. 1224.

¹⁵⁰⁾ Frank: Are Judges Human? a. a. O. S. 262.

¹⁵¹⁾ Frank: Law a. a. O. S. 144 ff.

¹⁵²⁾ Radin: Legal Realism a. a. O. S. 824.

¹⁵³⁾ Frank: Are Judges Human? a. a. O. S. 247.

¹⁵⁴⁾ Frank: Are Judges Human? a. a. O. S. 248, woraus allerdings Frank nicht ernstlich den Schluß ziehen will, daß ein Anwalt sich vorher über diese Frage informieren werde, ebenso wie er sein Plaidoyer vorbereite.

¹⁵⁵⁾ Green: Duty Problem a. a. O. S. 1020.

¹⁵⁶⁾ Frank: What Courts Do in Fact a. a. O. S. 655, vgl. auch S. 662.

¹⁵⁷⁾ Frank: Are Judges Human? a. a. O. S. 27, 31.

¹⁵⁸⁾ Llewellyn: Some Realism a. a. O. S. 1243.

»judge made law«¹⁵⁹⁾ im Sinne eines Rechts, das von einem Richter geschaffen ist, dem die Würde seines Amtes nichts von seiner menschlichen Schwäche zu nehmen vermag.

Dieses Studium der richterlichen Urteilsfindung geschieht nicht um des Erkenntniswertes als solchen, nicht zu dem Zwecke, Klarheit über das Entstehen und Wachsen des Rechts zu gewinnen, nicht um sich als Richter über den Vorgang der eigenen Entscheidung bewußt zu werden und dadurch vielleicht Leitpunkte für die künftige Arbeit zu gewinnen, sondern um des praktischen, pragmatischen Zieles willen, eine künftige Entscheidung voraussagen zu können. Wenn Holmes bereits das Recht von der Auffassung des schlechten Menschen aus formulierte, so wird dieser Gesichtspunkt des nur am Ausgange seines Prozesses interessierten Mandanten und des eine der beiden Parteien vertretenden Anwalts zum Charakteristikum der Realistischen Schule. Sie räumt der Erforschung der richterlichen Rechtsprechung deswegen einen solchen breiten Platz ein, weil aus deren Erkenntnis die Voraussagbarkeit einer künftigen Entscheidung, auf die allein es ja dem Anwalt ankommt, erleichtert wird¹⁶⁰⁾.

Wie der Ingenieur oder der Arzt, heißt es, befasse sich der Anwalt mit dem Versuch, künftige Ereignisse vorzusehen. Er wünsche nicht zu wissen, wie Elektronen, Atome oder Ziegelsteine sich in einer gegebenen Situation verhalten, sondern was eine Anzahl mehr oder weniger älterer Männer, die einen Gerichtshof letzter Instanz bilden, tun würden, wenn sie vor den Tatbestand des Streitfalles ihres Mandanten gestellt werden¹⁶¹⁾. So komme es für den Anwalt darauf an, zu lernen, wie man korrekt prophezeie¹⁶²⁾. Dieses Ziel kann nach Lehre der Realisten durch die »scientific method«, die wissenschaftliche Behandlung der Rechtstatsachen, verfolgt werden. Hierbei ist zu beachten, daß das englische Wort »science«, selbständig gebraucht, und seine Ableitungen nicht mit »Wissenschaft«, sondern mit »Naturwissenschaft« zu übersetzen sind. Ein Wort, das die Gesamtheit dessen, was im Deutschen unter Wissenschaft verstanden wird, umfaßt, fehlt bezeichnenderweise in

¹⁵⁹⁾ Cook: *Scientific Method* a. a. O. S. 308: »The logical situation confronting the judge in a new case being what it is, it is obvious that he must legislate, whether he will or no.« Frank: *Law* a. a. O. S. 128: »The law, therefore, consists of decisions, not of rules. If so, then whenever a judge decides a case he is making law. The most conservative or timid judge, deny it though he may, is constantly engaged in law-making; if he were to see himself objectively he would doubtless feel like Molière's M. Jourdain who was astonished to learn that all his life he had been talking prose.«

¹⁶⁰⁾ Frank gibt allerdings zu, daß der Akzent, den er und andere auf die richterliche Tätigkeit legen, ein willkürlicher sei, da der Anwalt und seine Klienten auch an dem Verhalten anderer Beamten interessiert sind. Frank, *Law* a. a. O. S. 47 Anm.

¹⁶¹⁾ Cook: *Scientific Method* a. a. O. S. 308.

¹⁶²⁾ Radin, Max: *The Permanent Problems of the Law*, 15 *Cornell Law Quarterly* 1 ff. (1930) S. 15.

der englischen Sprache. Nur für den Vorgang der Forschung existiert das umfassende Wort »research«. So wird denn immer wieder in den Schriften der Realisten die Frage erörtert, ob die Rechts- und Sozialwissenschaften einer exakten kausalen Erkenntnis wie die Naturwissenschaften zugänglich seien. Einige verneinen die Frage, indem sie den Anspruch, das Recht als »science« im Sinne einer exakten mathematischen Wissenschaft zu erforschen, als »zu präventios« ablehnen ¹⁶³⁾ oder indem sie darauf hinweisen, daß der quantitative Unterschied der Voraussagbarkeit in den beiden Wissenschaften ein qualitativer sei ¹⁶⁴⁾. In der Regel wird jedoch innerhalb dieser neuen Richtung die Frage nach der Anwendbarkeit von naturwissenschaftlichen Methoden auf die Rechtswissenschaft bejaht, und zwar mit dem Hinweis, daß auch die moderne Naturwissenschaft die Illusion der Statik, der Möglichkeit der Voraussagbarkeit auf Grund fester Gesetze, die Auffassung, daß sie ein Inbegriff allumfassender Naturgesetze sei ¹⁶⁵⁾, aufgegeben habe. Es wird eine direkte Parallele zwischen der Rechtswissenschaft und den Naturwissenschaften gezogen mit der Begründung, daß beide objektive physikalische Phänomene zum Gegenstande haben, nur daß es sich bei der Rechtswissenschaft nicht um das Studium von Elektronen und Atomen handele, sondern um das Studium vom Verhalten menschlicher Wesen ¹⁶⁶⁾. Wenn auch nicht die rationale Seite des Rechts, so sei doch seine empirische Seite wie die Prozeßtechnik wissenschaftlich zu erfassen ¹⁶⁷⁾. Man solle unbekümmert um die Tatsache, daß soziale Werte keinen festen Standard haben, mit derselben Bescheidenheit wie der Naturwissenschaftler an die Erforschung von Spezialfragen gehen ¹⁶⁸⁾.

¹⁶³⁾ Frank: Are Judges Human? a. a. O. S. 258.

¹⁶⁴⁾ Radin, Max: Scientific Method and the Law, 19 California Law Review 164 ff. (1931), insbesondere S. 170.

¹⁶⁵⁾ Cook: Scientific Method a. a. O. S. 303 ff.

¹⁶⁶⁾ Cook: Scientific Method a. a. O. S. 308; Cook: Conflict of Laws a. a. O. S. 475 »For we as lawyers, like the physical scientists, are engaged in the study of objective physical phenomena. Instead of the behavior of electrons, atoms, or planets, however, we are dealing with the behavior of human beings. As lawyers we are interested in knowing how certain officials of society — judges, legislators, and others — have behaved in the past, in order that we may make a prediction of their probable behavior in the future.«

¹⁶⁷⁾ Oliphant: Facts a. a. O. S. 135 »Thus when it is said that there can be no social science because no ultimate social values can be fixed, it is competent for one to insist that, though we cannot have absolute and ultimate bodies of doctrine on the rational side of science, we can and do have on the empirical side of social sciences some objective techniques, processes, and procedures and hence have *pro tanto* as much science in this department of human thought and experience as in any other.«

¹⁶⁸⁾ Oliphant: Facts a. a. O. S. 136 »We, for a while at least, need some of the humility of the experimental physicist or chemist, who does not spend his days worrying about the absence of ultimate and absolute rational structures but who sees that his

Sprach Holmes vom Recht als der Prophezeiung dessen, was die Gerichte entscheiden werden, so wird jetzt das Recht zu etwas Erreichbarem, wenn auch nicht im Sinne der naturrechtlichen Auffassung von der Möglichkeit eines Subsumtionsschlusses. Das Interview, der Fragebogen, die Statistik, die Analyse der Entscheidungen eines bestimmten Staates ¹⁶⁹⁾, einer bestimmten Gerichtsinstanz, ja eines bestimmten Richters ¹⁷⁰⁾, die Gruppierung von Entscheidungen in engere Kategorien ¹⁷¹⁾, die revidierte exakte Terminologie ¹⁷²⁾, die mathematische Darstellung ¹⁷³⁾, die Psychologie ¹⁷⁴⁾, oft sogar eine bestimmte Psychologie wie die Psychoanalyse ¹⁷⁵⁾, oder der Behaviorismus ¹⁷⁶⁾ werden zu Mitteln, die zukünftige Entscheidung zu einem höchstmöglichen Grade von Genauigkeit voraussagen zu können. Man gibt

and many lifetimes will be occupied on investigations markedly particular. We in law have objective methods of inquiry, plenty of problems and an abundance of material to study. As we work on these problems with these methods, we may lose much of our speculative despair as to ultimate social values.«

¹⁶⁹⁾ Interessant als methodologische Versuche in dieser Richtung sind die unter Dean Clark seit 1927 an der Universität Yale angestellten Untersuchungen. Eines der Programme dieses »Socio-Legal Research« besteht darin, daß man mehr als 50000 Entscheidungen des Staates Connecticut unter den verschiedensten Gesichtspunkten analysiert hat, um vergleichbare Elemente für statistische Gruppierungen zu erhalten, aus denen man dann die Wirksamkeit der Prozeßregeln ablesen will. Ferner versucht man, durch detaillierte, per Post an die Gemeinschuldner verschickte Fragebogen und durch persönliche Interviews der Gemeinschuldner zeitweilig in einer beim Gericht errichteten sogenannten »Clinic« die sozialen Voraussetzungen des Konkurses aufdecken zu können. In ähnlicher Weise erforscht man das Bankwesen. Näheres darüber vgl. in Clark, Charles E.: Fact Research in Law Administration, 2 Connecticut Bar Journal 211 ff. (1928); Moore, Underhill & Hope, Theodore S.: An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking, 38 Yale Law Journal 703 ff. (1929); Clark, William, Douglas, William O. & Thomas, Dorothy S.: The Business Failures Project — a Problem in Methodology, 39 Yale Law Journal 1013 ff. (1930); Moore, Underhill & Sussman, Gilbert: Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts, 40 Yale Law Journal 381 ff., 555 ff., 752 ff., 928 ff., 1055 ff. (1931); Douglas, William O. & Thomas, Dorothy S.: The Business Failures Project II, An Analysis of Methods of Investigation, 40 Yale Law Journal 1034 ff. (1931); Thomas, Dorothy S.: Some Aspects of Socio-legal Research at Yale, 37 American Journal of Sociology 213 ff. (1931); Douglas, William O.: Some Functional Aspects of Bankruptcy, 41 Yale Law Journal 329 ff. (1932).

¹⁷⁰⁾ Llewellyn: Some Realism a. a. O. S. 1242; Frank: Law a. a. O. S. 112 ff.

¹⁷¹⁾ Llewellyn: Some Realism a. a. O. S. 1237, 1240 f.

¹⁷²⁾ Radin: Legal Realism a. a. O. S. 827; Frank: Law a. a. O. S. 84 ff.; Patterson, Edwin W.: Can Law Be Scientific? 25 Illinois Law Review 121 ff. (1930) S. 130 ff.

¹⁷³⁾ Radin: Legal Realism a. a. O. S. 827; ablehnend Patterson: Can Law Be Scientific? a. a. O. S. 125 ff.

¹⁷⁴⁾ Radin: Legal Realism a. a. O. S. 827.

¹⁷⁵⁾ Frank: Law a. a. O. passim.

¹⁷⁶⁾ Moore, Underhill: Rational Basis of Legal Institutions, 23 Columbia Law Review 609 ff. (1923) passim; Moore, Underhill & Sussman, Gilbert: The Lawyer's Law, 41 Yale Law Journal 566 ff. (1932) passim.

zu, daß das Letzte bei der richterlichen Urteilsbildung dunkel sei ¹⁷⁷⁾, daß eine absolut exakte Voraussagbarkeit nie ganz erreichbar, ja wegen der Unvereinbarkeit von Voraussagbarkeit und Gerechtigkeit nicht einmal erwünscht sei ¹⁷⁸⁾, aber man will doch durch die realistische Rechtsbetrachtung, dadurch, daß man, paradox formuliert, als Realist Vermutungen darüber aufstellt, wie ein Nichtrealist sich benehmen wird ¹⁷⁹⁾, durch das Studium eines speziellen Unvoraussagbaren die Unvoraussagbarkeit vermindern ¹⁸⁰⁾, um auf diese Weise zu erreichen, daß die »guesses«, das Raten, etwas genauer werden ¹⁸¹⁾.

Wie aus dem vorhergehenden Versuch einer allgemeinen Charakterisierung der Lehre des Rechtsrealismus zu entnehmen ist, ist das Besondere dieser neuen Richtung hauptsächlich in einer bestimmten Methode, besser noch gesagt in einer bestimmten Betrachtungsweise, einem bestimmten »approach«, einem bestimmten Zugang zum Recht zu sehen, das im wesentlichen die von der sogenannten Soziologischen Rechtsschule herausgearbeitete Rechtsphilosophie als Grundlage hat. Die Verschiedenheit der Betrachtungsweise läßt sich wohl am besten erfassen, wenn man die sogenannte Soziologische Rechtsschule als die Rechtslehre des Richters, den Rechtsrealismus als die Rechtslehre des Anwalts bezeichnet, wie denn auch die Vertreter der Rechtssoziologie fast ausschließlich Richter, die des Rechtsrealismus fast ausschließlich Anwälte sind. Daß dieses verschiedene Herantreten an das Recht, einmal vom Standpunkte des Richters, dem der einzelne Streitfall immer als Ausgleich sowohl zwischen den Interessen der Parteien als auch zwischen den Parteien und der Gesamtheit (zum mindesten insofern er die Entscheidung als zukünftiges Präjudiz in Rechnung ziehen muß)

¹⁷⁷⁾ Green: Duty Problem a. a. O. S. 1022.

¹⁷⁸⁾ Radin, Max: The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think, 11 American Bar Association Journal 357 ff. (1925) S. 362; Radin: Permanent Problems a. a. O. S. 21 »If . . . we ask of a judge's judgments that they be surely predictable and also that they be just, we are asking what are strictly speaking contradictory qualities«; S. 24 »An unstandardized and unscientific sense of justice is a high price to pay for liberty — but not too high«.

¹⁷⁹⁾ Radin: Legal Realism a. a. O. S. 824.

¹⁸⁰⁾ Llewellyn: Some Realism a. a. O. S. 1241 f. » . . . there is less possibility of accurate prediction of what courts will do than the traditional rules would lead us to suppose . . . The particular kind of certainty that men have thus far thought to find in law is in good measure an illusion. Realistic workers have sometimes insisted on this truth so hard that they have been thought pleased with it . . . But announcements of fact are not appraisals of worth. The contrary holds. The immediate result of the preliminary work thus far described has been a further, varied series of endeavors; the focussing of conscious attack on discovering the factors thus far unpredictable, in good part with a view to their control . . . Close study of particular unpredictables may lessen unpredictability. It may increase the value of what remains. It certainly makes clearer what the present situation is. "Link by link is chain-mail made".«

¹⁸¹⁾ Frank: What Courts Do in Fact a. a. O. S. 761.

erscheint, ein andermal vom Standpunkte des Anwalts, dem der Streitfall lediglich unter dem Interesse seines Mandanten entgegentritt, zwar nicht notwendigerweise zu einer abweichenden philosophischen Auffassung vom Recht als solchem führt, aber doch die psychologischen Voraussetzungen dafür schafft, ist einleuchtend. So erklären zwar die Vertreter der neuen Richtung, daß der Realismus nichts mit einer bestimmten Rechtsphilosophie zu tun habe¹⁸²⁾, und in der Tat sind bei einer Reihe von Autoren irgendwelche rechtstheoretischen Besonderheiten nicht bemerkbar, aber schon die vorhergehenden Darlegungen haben Punkte berührt, wo der neue »approach«, der neue Einsatzpunkt, bei einigen Autoren Elemente einer neuen Rechtsauffassung mit sich führt. Auf diese rechtstheoretischen Abweichungen von der Rechtsphilosophie der sogenannten Soziologischen Schule beziehungsweise auf ihre Weiterführungen, wie sie sich bei einigen Realisten, insbesondere bei Frank und dem Vorläufer des Rechtsrealismus Bingham finden, soll noch kurz im folgenden eingegangen werden.

In dem für den Rechtsrealismus grundlegenden Buch »Law and the Modern Mind« von Frank ist mit der Entillusionierung und Relativierung des Rechts, wie sie von der sogenannten Soziologischen Rechtsschule angebahnt wurde, noch ein entscheidender Schritt weitergegangen worden. Frank wirft Pound vor, daß er in seinem Kampfe gegen die mechanistische Jurisprudenz, nach der der Richter die Funktion habe, auf einen bestimmten Tatbestand eine fest umrissene rechtliche Formel, die als solche vorgeschrieben oder genau von autoritativ vorgeschriebenen Prämissen ableitbar ist, anzuwenden, auf halbem Wege stehen geblieben, indem er die intuitive Methode für Eigentumstatbestände nicht in Anwendung kommen lassen wollte¹⁸³⁾. Auch Cardozo ist nach Frank zwar klarer als Pound in der Herausarbeitung der notwendigen Unsicherheit des Rechts, aber immer noch nicht konsequent genug bei seinem Sehnen nach einem absoluten ewigen rechtlichen System¹⁸⁴⁾. Was die vorliegende Untersuchung als einen wesentlichen Punkt der sogenannten Soziologischen Rechtsschule sowie der Philosophie des Pragmatismus herauszuarbeiten suchte, das was in dieser Arbeit das Naturrecht »im Glauben« genannt worden ist, die Hoffnung, daß man dereinst sich nicht bloß mit relativen Kompromissen zu begnügen brauche, sondern daß die Sehnsucht nach dem Absoluten erfüllt werde, bezeichnet Frank als ein rechtliches Paradoxon¹⁸⁵⁾. Frank be-

¹⁸²⁾ Radin: Legal Realism a. a. O. S. 824f.; Oliphant: Facts a. a. O. S. 137
 »As a general reply, it may be said that to state a position as to the here-and-now most useful angle of approach to the study of law and as to the methods of inquiry most fruitful therein is not to expound either a theory of knowledge or a philosophy of life.«

¹⁸³⁾ Frank: Law a. a. O. S. 207ff., insbes. S. 214 Anm.

¹⁸⁴⁾ Frank: Law a. a. O. S. 236ff., insbes. S. 239.

¹⁸⁵⁾ Frank: Law a. a. O. S. 239.

trachtet die Auffassung vom Recht als etwas hinter den konkreten Entscheidungen Existentes, das eine annäherungsweise Sicherheit und Beständigkeit erlangen könne, psychoanalytisch zu einem großen Teil als das Produkt eines kindlichen Sehns nach dem Ersatz für die väterliche Autorität ¹⁸⁶⁾. Diese Ansichten, die er in seinem an Schlagworten reichen Buch unter der Bezeichnung »Bealism« ¹⁸⁷⁾, »legal fundamentalism«, »legal absolutism«, »scholasticism« und »platonism« ¹⁸⁸⁾ zusammenfaßt, nennt er einen Mythos ¹⁸⁹⁾, eine Geschichte vom Weihnachtsmann ¹⁹⁰⁾, eine Selbsttäuschung, wenn nicht sogar bewußte Täuschung anderer ¹⁹¹⁾.

Nachdem Frank so entschieden das Recht von allem getrennt hat, was außerhalb der Entscheidung selbst liegt, kann er zu folgender Definition vom Standpunkt des Durchschnittsmenschen kommen: das Recht für einen speziellen Tatbestand sei eine richterliche Entscheidung über diese Tatsache, soweit sie die betreffende Person berührt. Bis ein Gericht über diese Tatsachen entschieden habe, bestünde noch kein Recht über diesen Gegenstand. Vor einer solchen Entscheidung sei das einzige verfügbare (available) Recht die Ansicht des Anwalts über das Recht in bezug auf die betreffende Person und die betreffenden Tatsachen. Eine solche Ansicht sei aber nicht wirklich (actually) Recht, sondern nur ein Raten, was das Gericht entscheiden werde. Recht in einer gegebenen Situation sei also entweder wirkliches Recht (actual), d. h. eine bereits früher gefällte Entscheidung in bezug auf diese Situation, oder wahrscheinliches (probable) Recht, d. h. ein Raten über eine zukünftige Entscheidung ¹⁹²⁾.

Es liegt nahe, daß einer solchen Rechtsauffassung des öfteren der Vorwurf des Nominalismus, der Leugnung der realen Existenz der Rechtsideen gemacht wird. Im allgemeinen verwahren sich die Realisten dagegen ¹⁹³⁾, doch hält Radin eine gewisse Toleranz gegenüber einer

¹⁸⁶⁾ Frank: Law a. a. O. S. 13ff., S. 75, S. 21: »Why do men seek unrealizable certainty in law? Because, we reply, they have not yet relinquished the childish need for an authoritative father and unconsciously have tried to find in the law a substitute for those attributes of firmness, sureness, certainty and infallibility ascribed in childhood to the father.«

¹⁸⁷⁾ Frank: Law a. a. O. S. 48ff. Beale ist der Verfasser eines in Amerika sehr anerkannten Buches »On the Conflict of Laws«, der die einzelnen Entscheidungen nicht als in sich selbst Recht betrachtet, und für den Recht etwas Unwandelbares, Sicheres ist, das zu seinem größten Teil aus einem homogenen wissenschaftlichen allumfassenden »body of principles« bestehe.

¹⁸⁸⁾ Frank: Law a. a. O. S. 48, S. 56, S. 75.

¹⁸⁹⁾ Frank: Law a. a. O. S. 12.

¹⁹⁰⁾ Frank: Law a. a. O. S. 244.

¹⁹¹⁾ Frank: Law a. a. O. S. 7.

¹⁹²⁾ Frank: Law a. a. O. S. 46.

¹⁹³⁾ Yntema: Rational Basis a. a. O. S. 937.

nominalistischen Anschauung für nützlich¹⁹⁴). Die letzten Rechtsprinzipien können nach Bingham nicht außerhalb des menschlichen Hirnes existieren. Sie beständen nur aus den verschiedenen Auffassungen der Angehörigen einer Generation, die ähnlich denen sind, wie sie zu den verschiedensten Zeiten von den Angehörigen der vorhergehenden Generationen vertreten wurden¹⁹⁵). Die letzten Begründungen für das Recht, sei es politisch auf die Staatssouveränität, religiös auf Gott, sind für Green, dem Frank im allgemeinen beipflichtet, dann nichts mehr als Redewendungen¹⁹⁶). Damit ist die Beziehung zu dem, was nach ursprünglicher amerikanischer Auffassung die immanente Systematik des Case Law ausmacht, was bei der sogenannten Soziologischen Rechtsschule zum mindesten im Glauben weiter besteht, vollkommen gelöst. Was übrig geblieben ist, ist die atomistische Masse der Entscheidungen. Die Rechtstheorie ist beim Wert nihilismus angelangt.

Es muß jedoch nochmals ausdrücklich betont werden, daß eine solche theoretische Rechtsauffassung, wie sie insbesondere Frank vertritt, nicht von allen Realisten geteilt wird. Frank's Buch »Law and the Modern Mind« hat, was diese Seite seiner Ausführungen anlangt, aus dem Kreise der Realisten selbst vielfach eine ablehnende Kritik erfahren¹⁹⁷). So wendet sich Llewellyn nicht nur gegen seine psychoanalytische Zurückführung der »Illusion« eines beständigen Rechts auf einen Vaterersatz, sondern auch dagegen, daß er im ganzen in seinem Kampf gegen »certainty« und »illusion« zu weit gehe¹⁹⁸). Recht im Sinne von Entscheidungen sei in stärkerem Maße voraussagbar und beständiger als es Frank's Darlegungen vermuten lassen. Nicht bloß die Entscheidungen als solche, sondern die Entscheidungen in ihrer

¹⁹⁴) Yntema: Rational Basis a. a. O. S. 939 »Thus, theories which would invite precipitance about the "reality" of universals or tend to canonize plausible truths, intuitively ascertained or hastily inferred from finite particulars, would presumably not be appropriate to science. In law at least, one should reflect, this danger is not remote; general principles have come to transcend specific verification so as to be regarded "as additional things floating ghost-wise in an ethereal space". This would seem perhaps to warrant a certain tolerance toward doctrines like nominalism, which accent the need of careful verification of theory.«

¹⁹⁵) Bingham: What is the Law? a. a. O. S. 4f.

¹⁹⁶) Green: Duty Problem a. a. O. S. 1016 »... law is indefinable and ungraspable. Politically its source may be sovereignty; religiously it may be God. These are nothing more than figures of speech by which to adjust the horizons of thought in those directions.«

¹⁹⁷) Vgl. die sehr aufschlußreiche Besprechung Law and the Modern Mind: a Symposium, Karl N. Llewellyn: Legal Illusion, Mortimer J. Adler: Legal Certainty, Walter Wheeler Cook: Legal Logic. 31 Columbia Law Review 82 ff. (1931).

¹⁹⁸) Llewellyn: Law and the Modern Mind: Legal Illusion a. a. O. S. 82 ff.

ungefähren Regelmäßigkeit machten den Kern des Rechts aus¹⁹⁹⁾, und die besondere Aufgabe des Rechts bestehe gerade darin, einen Wandel zu verhindern oder doch mit einem Minimum von Änderungen die Anpassung an neue Bedingungen zu vollziehen²⁰⁰⁾. Auch für den Anwalt müsse das Recht etwas Festes sein, zum mindesten das Recht, das außerhalb des Rechts liegt, das sich auf den Fall, den er gerade bearbeitet, bezieht. Und auch letzteres sei im Fluß nur in der winzigen Zeitspanne, in der er seine Theorie aufbaut, danach erstarre das Argument in eine deduktive Form, *als ob* Prämisse und Schluß immer gewesen seien²⁰¹⁾. Das Recht erscheine fest selbst in seinem Fluß, und zwar nicht auf Grund von einer Fiktion, einem Mythos, sondern durch den pragmatischen Beweis erfüllter Erwartungen²⁰²⁾. In diesem letzten Gedankengang wird es übrigens wieder deutlich, wie die neuen Rechtslehren den alten Begriffen eine pragmatische Umdeutung geben, die vielleicht, darauf wird später zurückgekommen, kritisch gesehen, nur eine Hervorkehrung bereits in ihnen verborgener Elemente darstellt, und wie so eine gewisse Kontinuität der amerikanischen Rechtsauffassung gewahrt ist.

Haben die radikalen theoretischen Schlußfolgerungen, wie sie von einigen Realisten, insbesondere von Frank gezogen wurden, im Kreise der Realisten selbst vielfach Ablehnung gefunden, so wird die ganze realistische Richtung von einer Reihe beachtlicher Autoren, wie insbesondere von Dickinson, Adler und Cohen einer Kritik unterzogen. Auf diese muß noch kurz eingegangen werden, um nicht den Eindruck zu erwecken, als ob die realistische Richtung, namentlich in ihren extremen Ausprägungen, so bezeichnend sie für vorhandene Tendenzen ist, *die* heutige amerikanische Rechtslehre wäre. Auf Pound's Stellungnahme wurde bereits oben hingewiesen. Nach seiner Ansicht darf sich eine Rechtswissenschaft nicht mit einer beschreibenden Inventarisierung begnügen, sondern muß das Material auswählen und ordnen²⁰³⁾ und muß das Sollen als ein auch die Wirklichkeit des Rechts bestimmendes

¹⁹⁹⁾ Llewellyn: *Law and the Modern Mind: Legal Illusion* a. a. O. S. 87 »Law, in the sense of decision, is in fact much more predictable, and hence more certain, than his treatment would indicate... For while we may properly proclaim that general propositions do not decide concrete cases, we none the less must recognize that *ways of deciding, ways of thinking, ways of sizing up facts* "in terms of their legal relevance" are distinctly enough marked in our courts so that we can know a lawman, by his judging-reactions, from a layman. It is not merely decisions, but decisions *in this setting* of their semi-regularity, which make up the core of law.«

²⁰⁰⁾ Llewellyn: *Law and the Modern Mind: Legal Illusion* a. a. O. S. 88.

²⁰¹⁾ Llewellyn: *Law and the Modern Mind: Legal Illusion* a. a. O. S. 89.

²⁰²⁾ Llewellyn: *Law and the Modern Mind: Legal Illusion* a. a. O. S. 88.

²⁰³⁾ Pound: *Call* a. a. O. S. 697.

Moment mit in das Studium einbezogen werden ²⁰⁴). Er warnt unter anderem vor einer Überschätzung der Zahlen ²⁰⁵) und der Terminologie²⁰⁶), der Anwendung der naturwissenschaftlichen Methode²⁰⁷) und der Psychologie ²⁰⁸), insbesondere einer bestimmten Psychologie ²⁰⁹). Ähnliche Beanstandungen haben andere Autoren gemacht. So wird die einseitige Advokateneinstellung der Realistischen Schule getadelt ²¹⁰). Man spricht im Gegensatz zu den Realisten von fundamentalen Rechtsprinzipien, die nicht mit dem sozialen Benehmen identisch sind ²¹¹). Man spricht von einer Entdeckung, im Gegensatz zur Schaffung des Rechts durch den Richter für den Bereich des »Law in discourse« des formalen Rechts im Unterschied zum »law as official action« dem empirischen Recht ²¹²). Man wirft der »behavioristischen« Rechtstheorie vor, daß, wenn sie das ideale und das normative Element im Rechte vernachlässige, sie wieder in ein konservatives Naturrecht ver falle, in

²⁰⁴) Pound: Call a. a. O. S. 700 »Faithful portrayal of what courts and law makers and jurists do is not the whole task of a science of law. One of the conspicuous actualities of the legal order is the impossibility of divorcing what they do from the question what they ought to do or what they feel they ought to do . . . Critical portrayals of the ideal element in law, valuing of traditional ideals with respect to the actualities of the social and legal order, and the results to which they lead in the social and legal order of today, are as much in touch with reality (i. e., have to do with things of at least as much significance for the legal order) as psychological theories of the behavior of particular judges in particular cases.« S. 703 »This question of ought, turning ultimately on a theory of values, is the hardest one in jurisprudence. Those who long for an exact science analogous to mathematics or physics or astronomy have been inclined to seek exactness by excluding this hard problem from jurisprudence altogether. But such a jurisprudence has only an illusion of reality. For the significant question is the one excluded.«

²⁰⁵) Pound: Call a. a. O. S. 701 »Masses of figures do not make a piece of work scientific.«

²⁰⁶) Pound: Call a. a. O. S. 702 »None of the fundamental problems of jurisprudence is solved by terminology, while there have been signs that rigid terminology has been used to create an appearance of solution of questions which have been left untouched at the core.«

²⁰⁷) Pound: Call a. a. O. S. 703 f.

²⁰⁸) Pound: Call a. a. O. S. 704 f.

²⁰⁹) Pound: Call a. a. O. S. 705.

²¹⁰) Dickinson, John: Legal Rules: Their Function in the Process of Decision. 79 University of Pennsylvania Law Review 833 ff. (1931) S. 843 f.

²¹¹) Cohen, Morris R.: Justice Holmes and the Nature of Law, 31 Columbia Law Review 352 ff. (1931) S. 359 »But the fact that legal norms are conditioned by historical situations and depend for their very existence on certain social habits of obedience, does not make such norms identical with the uniformities of social behavior.«

²¹²) Adler: Law and the Modern Mind: Legal Certainty a. a. O. S. 104 »The judge makes law in the sense that until the decision is uttered in the particular case, the law does not exist as an instance of official action; but the judge discovers law in the sense that the proposition which his decision states cannot be expressed by him unless it is implied by some part of the set of propositions which comprise law in discourse.«

dem Gewohnheit und Trägheit zur absoluten Norm werden²¹³⁾. Man sieht in der Betrachtung der Entscheidung als »behavior« des Richters eine Verwechslung physikalisch-organischer mit sozial-teleologischen Kategorien²¹⁴⁾. Auch diese Kritiker sind sich des Irrationalen der richterlichen Urteilsbildung bewußt, aber sie betonen gegenüber den Realisten, daß das richterliche Ermessen immer nur eine Wahl zwischen widerstreitenden Rechtstheorien sei, zwischen rechtlichen Alternativen, in deren Bereich sich der »hunch« notwendigerweise auswirken müsse, wenn er nicht bloß den speziellen Streitfall erledigen, sondern einen dauernden Rechtssatz schaffen wolle²¹⁵⁾. Auch sie sind sich bewußt, daß die rechtlichen Ideale verschwommener sind als man es je zugeben will, daß das Recht Interessen zu balancieren hat, ohne einen wissenschaftlichen Maßstab für die widerstreitenden Interessen zu besitzen, ohne die Möglichkeit, sie auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, daß es philosophisch krasser Abergläube ist, anzunehmen, daß jemand durch die amtliche Stellung den Schranken seiner Intelligenz und den Vorurteilen auf Grund einer beschränkten Erfahrung entgehen kann. »Es ist romantische Torheit, zu erwarten, daß der Mensch durch sein armseliges Bemühen einen Himmel auf Erden schaffen kann. Unser Leben in der Verfolgung wertvoller, obwohl nur unvollkommen erreichbarer Ideale zu tragen, ist das Wesen menschlicher Würde. Die Betrachtung

²¹³⁾ Cohen: Justice Holmes a. a. O. S. 360 »It is the essence of positivism to view the law exclusively as uniformities of existing behavior, in total disregard of any ideals as to what should be. This, however, cannot but result in an unavowed natural law in which habit and inertia become the absolute norm or rule. Behavioristic theories are thus bound, if consistently carried out, to end where our old conservative natural-law theories did.«

²¹⁴⁾ Cohen: Justice Holmes a. a. O. S. 365 »To call a decision the behavior of the judge is to confuse physically organic with social-teleologic categories . . . Using the behaviorist formula of stimulus-response to denote the relation between the facts of a case and the judge's decision, he naturally jumps to the conclusion that the latter relation is as constant and predictable as that between physical stimulus and organic response.«

²¹⁵⁾ Adler: Law and the Modern Mind: Legal Certainty a. a. O. S. 105 »Judicial discretion is the judge's free choice among the various competing legal theories available to him; his psychological prejudices and his hunches, which are undoubtedly large factors in determining his disposition of the case, must nevertheless operate within the range of possible alternatives defined by an exhaustive analysis of the plurality of legal doctrines. Otherwise his decision, although it might temporarily dispose of the case at hand and be law in the sense of an official action done, could not be sustained as a tenable proposition of law« S. 106: »A new proposition of law is new only in the sense that it has been discovered for the first time, but it must always be and have been the logical consequence of one or another legal doctrine. The fertility of the law is thus partly due to the pluralism which makes the discrimination and definition of new fact-categories possible within the logical restrictions of deductive derivation, partly due to the correlative expansion of the connotation of general legal concepts, and partly due to the introduction of new fundamental postulates of policy into the body of legal rules.«

der Schranken des Rechts führt uns so zur Religion als der Lehre, wie wir in einer notwendig unvollkommenen Welt leben sollen ²¹⁶).«

Puritanisches Erbgut ist hier bei den behandelten Rechtslehren und auch denen ihrer Kritiker am Werke, jener Geist, der trotz oder vielmehr wegen des Durchdrungenseins von der Sündhaftigkeit des Menschen und der Unvollkommenheit alles Irdischen die große Stoßkraft für die Befassung mit den Aufgaben dieser Welt verliehen hat, jene Geisteshaltung, die sich zwar einmal klar wird über die Gesamtrelation des Menschen zu Gott, über das Verhältnis des menschlichen Willens zum göttlichen, die dann aber den göttlichen Willen nicht zu verstehen, sonden hinzunehmen, und die Aufgabe ganz im Innerweltlichen, in der nüchternen Regelung der menschlichen Beziehungen zu suchen hat ²¹⁷). So kam es, daß von Anfang an das amerikanische Recht Case Law ist, das Recht der sich aus der Zufälligkeit des praktischen irdischen Lebens ergebenden Streitfälle. Aber es war in Beziehung gebracht zu einem überweltlichen Naturrecht, das gedanklich seine immanente Systematik ausmacht, wenn das Case Law auch praktisch einer durch eine besondere Prozeßtechnik bestimmten Eigengesetzlichkeit lebte. Als man im Laufe der Entwicklung zu der Erkenntnis kam, daß man rechtstheoretisch die einzelne Entscheidung nicht mehr von einem über den einzelnen Entscheidungen stehenden Naturrecht ableiten könne, blieb diese Relation nur im Bereich des Glaubens bestehen. Aus dieser Sphäre zieht eine Befassung mit dem Recht noch überwiegend ihre Kraft, auch wenn man sich mit den Realisten auf den Boden einer Tatsachenforschung stellt und von der Unzulänglichkeit des irdischen Rechts durchdrungen ist.

IV.

Es haben sich im Laufe der Darstellung die Auffassungen der sogenannten Soziologischen Rechtsschule und ihres Seitenzweiges, des Rechtsrealismus als eine konsequente, durch die amerikanische Geschichte, die Eigentümlichkeit der amerikanischen Rechtsorganisation und die Besonderheit der amerikanischen Mentalität bedingte Weiterentwicklung der naturrechtlichen Rechtsauffassung der »Väter«zeit erwiesen, wie sie eingangs charakterisiert wurde. Zum Schluß soll noch angedeutet werden, daß die Verbindung der »traditionellen« und der »modernen« Auffassung vielleicht noch eine viel engere ist. Es ließe sich

²¹⁶) Cohen, Morris R.: Positivism and the Limits of Idealism in the Law, 27 Columbia Law Review 237 ff. (1927) S. 250.

²¹⁷) Hirsch, Immanuel: Die Reichsgottesbegriffe des neueren europäischen Denkens, Göttingen 1921, S. 4 f.

nämlich der nähere Nachweis führen ²¹⁸⁾, daß es sich im Grunde genommen bei den beiden Auffassungen nur um eine Akzentverschiebung handelt, und daß das, was das Charakteristische der neuen Auffassung darstellt, bereits in der alten Auffassung mitenthalten war, daß also, wenn man so sagen darf, das Naturrecht der Frühzeit der amerikanischen Rechts- und Verfassungsgeschichte pragmatischer war, als man zu denken gewohnt ist, und als es auch die sogenannte Soziologische Schule in Hervorhebung ihrer Eigenart darstellt.

Der kühne Versuch, in der Verfassung als der Verkörperung des Naturrechts der Staats- und Individualsphäre durch die Grundrechte eine allgemein gültige Abgrenzung zu geben, beruhte, wie sich zeigen läßt, nicht auf einem Mangel an »realism«, sondern im Gegenteil auf einem instinktsicheren Wissen um die Irrationalität und Eigenlebigkeit des Politischen und dem Wollen, dem Expansionsstreben staatlicher Macht einen Damm entgegenzusetzen, indem man das Politische in die fast privatrechtlich anmutende Formel der Grundrechte bannte. Man wird auch, wenn man der rationalen Naturrechtstheorie Wilson's, dessen Zitat diese Abhandlung eingeleitet hat, näher nachgeht, finden, daß hier in Anknüpfung an die Erkenntnistheorie Locke's und insbesondere an die der schottischen Moralphilosophie und »Common Sense«philosophie, der für diese Form des Naturrechts zentrale Begriff der »reason« sich im und durch das logische Denken nicht erschöpft, sondern, sowohl subjektiv wie objektiv gefaßt, eine Totalität darstellt, in der auch Moralisches und Teleologisches mit einbegriffen ist. Die »reason« ist hier, objektiv gesehen, nicht bloß Instrument der Wahrheit, sondern diese selbst, und zwar eine solche, die in Gott ihre letzte Ursache findet. Sie ist, subjektiv gesehen, wegen einer letztlichen Kongruenz übernatürlicher und natürlicher Werte aus den Glücksfolgen für den Einzelnen, also pragmatisch, erkennbar.

Der Ausgleich zwischen diesen im Keim bereits von Anfang an in der amerikanischen Rechtsauffassung vorhandenen Elementen, zwischen dem absoluten Naturrecht und dem relativen Pragmatismus, hat sich zunächst in der Judikatur vollzogen — man beachte die aufschlußreiche Judikatur über das Kriterium der »reasonableness« — bis er seine ausdrückliche Formulierung bei den Rechtssoziologen fand, wenn sich auch Ansätze dazu bei früheren Rechtstheoretikern zeigen, auf die einzugehen hier zu weit führen würde. Die Justiz hat sich dieser Aufgabe unterzogen, indem sie das amerikanische Case Law, das auf dem Recht der Millionen Entscheidungen konkreter Einzelstreitigkeiten und Interessenausgleiche beruht, und letztlich ja in einer pragmatischen Einstellung begründet ist, in Verbindung brachte mit dem System der

²¹⁸⁾ Die Verfasserin hofft diesen Nachweis bald in einer späteren größeren Arbeit zu führen.

objektiven Rechtsprinzipien des Naturrechts, indem sie den Ausgleich zwischen einer induktiven und einer deduktiven Methode, zwischen individueller relativer Gerechtigkeit und objektiver absoluter Gerechtigkeit schuf.

Die Verbindung dieser richterlichen Praxis mit der literarischen Theorie besteht in der Person des ehemaligen Bundesrichters am Supreme Court Holmes und seines jetzigen Nachfolgers Cardozo, eine Verbindung, die in einem Lande, wo die theoretische juristische Literatur so wenig und die Rechtsprechung so viel, ja *den* Einfluß für die Rechtsentwicklung hat, ausschlaggebend für die Bedeutung einer Rechtsauffassung ist. Eine ähnliche, wenn auch andersartige Verbindung besteht zur Rechtslehre des Anwalts, zum »legal realism«, hat doch der Anwalt in den Vereinigten Staaten eine größere Einwirkungsmöglichkeit auf den Ausgang des Prozesses als in Deutschland, und geht doch dort anders als bei uns der Richter in der Regel erst durch den Anwaltstand hindurch. So sind also sowohl die Rechtssoziologie als auch der Rechtsrealismus sozusagen repräsentative Rechtsauffassungen für das heutige Amerika.

Wenn über diese personale Verbindung der sogenannten Soziologischen Schule und des Rechtsrealismus mit der Quelle amerikanischen Rechts, wie sie zur Zeit fließt, hinaus die obige Behauptung von einem sich der Sache nach schließenden Kreise innerhalb der amerikanischen theoretischen Rechtsauffassungen aller Zeiten sich als richtig erweist, dann sind die Theorien, die Gegenstand dieses Aufsatzes gewesen sind, und die eine gewisse Verwandtschaft mit den deutschen Rechtslehren der Freirechtsschule und der Interessenjurisprudenz haben, nicht bloß für uns beliebige Bemühungen ausländischer Gelehrter, temporäre Strömungen innerhalb der Richterschaft eines fremden Landes, ein zwar verknüpftes, aber doch selbständiges Glied einer Kette von einzelnen Theorien innerhalb der Vereinigten Staaten, sondern der für unsere Gegenwart gültige Ausdruck des spezifisch amerikanischen Rechtsdenkens überhaupt.

Daß es neben ihnen noch andere Theorien und Methoden gibt und gegeben hat, die auch wichtige Beiträge zur amerikanischen Rechtswissenschaft geliefert haben, soll damit nicht geleugnet werden. Beiläufig²¹⁹⁾ wurde bereits auf die Theorien, die sich an Austin anlehnen, und die sich die analytische Richtung nennen, hingewiesen. Sofern diese nur eine Methode sein will, und nicht eine Rechtskonzeption im Sinne Austin's — Recht als Befehl — vertritt, ist sie mit ihrer exakten Analyse der juristischen Begriffe zur Herausarbeitung von Elementen rechtswissenschaftlicher Arbeit mit einem der Arbeitsprogramme der Realisten nah verwandt. Aber es scheint verfehlt, die analytische

²¹⁹⁾ S. 539, Anm. 48.

Rechtsschule und Vertreter dieser Richtung, beispielsweise Hohfeld, als Exponenten des amerikanischen Geistes darzustellen, wie es Voegelin²²⁰⁾ getan hat. Wenn man es überhaupt wagen darf, von einem so schwer faßlichen Begriff wie dem amerikanischen Geist und seinen Ausdrucksformen zu sprechen, muß man die Einzelercheinung im historischen Zusammenhang und in der Zusammenschau mit den übrigen Erscheinungen des Lebensbereiches, dem sie angehört — hier des Rechts — betrachten. Einen Versuch in diesem Sinne stellt die vorliegende Abhandlung über die sogenannte Soziologische Rechtsschule und ihren Seitenzweig, den Rechtsrealismus, dar, wenn auch diese Abhandlung, die als Teil einer größeren Arbeit über das amerikanische Recht erwachsen ist, sich oft mit Andeutungen begnügen mußte, da durch ein ausführliches, eindringendes Verfolgen der geistigen Verknüpfungen der äußere Rahmen gesprengt worden wäre.

²²⁰⁾ Voegelin, Erich: Über die Form des Amerikanischen Geistes, Tübingen 1928. S. 120 ff.