

**Kritische Beleuchtung**  
der Übergriffe  
der  
**historischen Schule und der Philosophie**  
in der Rechtswissenschaft.

Von

**Richard Goldschmidt,**

Landrichter in Bosen.

**Berlin und Leipzig.**

Verlag von J. Guttentag

(D. Colfin).

1886.



## Vorwort.

Der Titel meiner Abhandlung klingt so, als wenn ich das Bedürfnis fühlte, etwas wesentlich Neues zu sagen. Darin liegt bei dem hohen Standpunkt unserer Wissenschaft, ihrem Alter, der literarischen Ueberproduktion unserer Zeit eine mir selber unheimliche Kühnheit. Ich mag diese Kühnheit jedoch weder verleugnen noch bemänteln und während ich es geduldig ertragen will, wenn man meine Schrift nicht lobt, sie widerlegt oder unbeachtet läßt, beanspruche ich für den Muth meines Unternehmens die Devise: Honny soit, qui mal y pense. Die Verbreitung des Ganges, die literarischen Erscheinungen selbst und nicht nur über dieselben zu lesen, steht auf leicht erklärliche Weise im umgekehrten Verhältnisse zu der Fülle der literarischen Produktion. Jeder Autor ist es sich deshalb selbst schuldig, den Kompilatoren und Kritikern, soweit sie von seiner Schrift Notiz nehmen wollen, die schwierige Aufgabe zu erleichtern, die Tendenz der Schrift in kurzen Worten wiederzugeben. Zu diesem Zwecke habe ich meinem Titel nur Weniges hinzuzufügen. Wenn ich in demselben von den Uebergriffen der historischen Schule spreche, so sind solche nach meiner Auffassung nur auf dem Gebiete des Civilrechts zu suchen. Ich weiß es wohl, daß viele tüchtige Juristen von einer Beeinträchtigung der nach ihrer Ansicht ganz unproduktiven Philosophie durch die historische Schule nichts wissen wollen. Ich spreche aber

nicht von jener Philosophie, die in schwer verständlichen Worten zu erklären sucht, was der unbefangenen Denkweise offenkundig ist und in noch schwerer verständlichen Spekulationen zu entdecken trachtet, was dem tiefsten menschlichen Denken verschlossen bleiben muß. Vielleicht werden jene Juristen anders gestimmt, wenn sie sehen, daß die Philosophie, von der ich spreche, sich mehr oder weniger in unserer Wissenschaft schon längst breit gemacht hat, durch den Einfluß der historischen Schule aber nicht als solche anerkannt wird und deshalb an Unklarheit leidet. Fast noch mehr hoffe ich für meine Tendenz von dem an erster Stelle versuchten Nachweis, daß auch die römischen Juristen sich bei Darstellung ihres Rechts von solchen philosophischen Betrachtungen nicht freigehalten haben, wir sie aber hierin nur deshalb nicht verstehen konnten, weil uns die Berechtigung solcher philosophischen Betrachtungen nicht zum Bewußtsein gekommen ist und wir aus diesem Grunde am wenigsten darauf vorbereitet waren, dieselben bei den Römern zu vermuthen. Wenn das, was mir im Geiste lebt, sich bewahrheitet, so wird einst der allgemeine Theil eines Lehrbuchs des Civilrechts das einzelne positive Recht nur zur Exemplifikation heranziehen und werden dadurch die juristischen Begriffe keinen Abbruch erdulden, sondern gefördert werden. —

Die im Titel erwähnten Uebergriffe der Philosophie finde ich jedoch wiederum umgekehrt nur im Strafrechte vor. Bei derartig entgegengesetzten Angriffen möchte ich mich vor dem Verdachte wahren, daß weniger der Mangel unserer wissenschaftlichen Methode als das Gefallen an der Opposition gegen dieselbe meiner Abhandlung die Tendenz gegeben hat. Das im strafrechtlichen Theile der Abhandlung erörterte Thema soll darthun, daß man im Strafrechte an die philosophischen Rechtsbetrachtungen, die außerhalb des einzelnen positiven Rechts stehen, die unerfüllbare Zumuthung gestellt hat, aus sogenannten inneren Gründen der Willkür unterworfenes positives Recht zu schaffen. Als Prinzip ergiebt sich aber auch hier wie beim Civilrecht, daß wir unbewußt jenen

philosophischen Betrachtungen in unserer Wissenschaft mehr und mehr verfallen, das Wesen derselben aber geradezu verkennen und sie, sit venia verbo, mit nicht verlässlichen Prämissen erörtern. Um dieses letztere zu erweisen, habe ich zu zeigen versucht, daß der erhabenste Gerichtshof Deutschlands, welcher unbestritten dessen größte juristische Leistungsfähigkeit repräsentirt, indem er sich in jene Betrachtungen verliert, zu Konsequenzen gelangt, welche unser Denkvermögen der Kausalität der Möglichkeit berauben würden.

Schließlich muß ich noch erwähnen, daß ich der abstrakten Tendenz meiner Arbeit durch konkrete Beispiele zu nützen glaubte und sich deshalb die Darstellung aus Beispielen, deren Wahl mehr oder weniger willkürlich getroffen ist, zusammensetzt.

# Inhaltsverzeichnis.

| A. Civilrecht.   |  | Seite |
|--|--|-------|
| Einleitung . . . . .   |  | 1     |
| Kapitel I. Entstehung der Obligationen als Beispiel eines philosophischen Rechtsproblems. . . . .  |  | 4     |
| § 1. Historische Uebersicht über die Auffassung der Begriffe Quasi-Kontrakt und Quasi-Delikt. . . . .  |  | 4     |
| § 2. Kritik des heutigen Standpunkts bezüglich der Entstehung der Obligationen. . . . .  |  | 10    |
| § 3. Kritik des römischen Standpunkts. . . . .   |  | 12    |
| § 3a. Fortsetzung der Kritik des römischen Standpunkts. Erklärung der Quasi-Kontrakte und Quasi-Delikte. . . . .   |  | 15    |
| Kapitel II. Rechtsprobleme, welche innerhalb der systematischen Darstellung des positiven Rechts stehen, aber für jedes Rechtssystem gleiche Bedeutung haben und nicht dogmatisch, sondern dialektisch zu entwickeln sind. |  | 25    |
| § 4. Versuch einer prinzipiellen Ableitung der gewissermaßen internationalen Rechtsprobleme. . . . .   |  | 25    |
| § 5. Die Fiktion. . . . .  |  | 30    |
| § 6. Andeutung des allgemeinen Begriffs der juristischen Person, des Eigentums und des Pfandrechts. . . . .  |  | 33    |
| B. Strafrecht.   |  |       |
| Kritik der Reichsgerichtsentscheidungen über die Strafbarkeit des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln und am absolut untauglichen Objekte. . . . .   |  | 45    |

## A. Civilrecht.

---

### Einleitung.

Als das römische Recht in Deutschland recipirt wurde, herrschte die Meinung, daß jeder Satz desselben auf logischer Nothwendigkeit beruhe. Als man des Irrthums gewahr wurde, tauchte der Versuch auf, an Stelle des römischen Rechts ein philosophisches zu konstruiren. Die historische Schule hat diesen Versuch anscheinend zur allgemeinen Zufriedenheit glücklich beseitigt und dennoch muß es erlaubt sein, in Frage zu ziehen, ob die Methode für unsere Wissenschaft unabänderlich feststehend ist.

Das Unterfangen der philosophischen Schule, aus den Spekulationen über Begriff und Wesen des Rechts ein lebendiges Rechtssystem abzuleiten, erscheint nicht minder kühn und vergeblich, als eine lebende Sprache aus den Spekulationen über ihr Wesen und ihren Begriff schaffen zu wollen. Praktische Resultate können solche Spekulationen direkt überhaupt niemals ergeben, nur eine täuschende Schlußfolgerung wird solche ziehen zu können vermeinen. So hat Weber in seinem berühmten Buche über natürliche Verbindlichkeiten die vielleicht verfehlte wissenschaftliche Ausdrucksweise des Quasi-Kontrakts und der Fiktion angegriffen, gleich, als wenn das geltende Recht unter diesen theoretischen Ausdrücken gewaltig leiden müßte. Und dennoch beruhen die wenigen Beispiele, welche er zum Erweise des praktischen Nachtheils aufzuführen sich abgemüht hat, auf willkürlichen Schlußfolgerungen und sind deshalb nichts beweisend. Ueberall hat die philosophische Schule nicht klar unterschieden zwischen Gebieten des wissenschaftlichen Denkens und denjenigen des thatsächlichen Inhalts des positiven Rechts, und gerade aus dieser mangelhaften Unterscheidung ist die Möglichkeit ihres

Strebens und ihres Irrthums, ein Recht aus dem reinen Denken abzuleiten, zu erklären.

Erstaunlich aber ist es, daß wir heutzutage, da doch die entgegengesetzte Richtung der historischen Schule die Alleinherrschaft besitzt, dieselben Erscheinungen finden. So ist bis in die neueste Zeit der Kampf gegen Quasi-Kontrakte und Fiktionen wach geblieben. Während die Einen immer wieder und wieder den Ruf vernehmen lassen: Fort mit den Fiktionen und Quasi-Kontrakten, halten die Andern an diesen Ausdrücken wie am hergebrachten Rechte fest. Charakteristisch hierfür ist ein beliebtes Thema für die wissenschaftliche Arbeit preussischer Juristen zur großen Staatsprüfung: Ob es nach preussischem Allgemeinen Landrecht Quasi-Kontrakte giebt? Während doch unzweifelhaft der Ausdruck des Quasi-Kontrakts in diesem Landrechte nirgends zu finden ist.

Solche Erscheinungen müssen den gegründeten Argwohn erwecken, daß die historische Schule in der Reaktion zu weit gegangen ist und dadurch bei dieser derselbe Fehler wie bei jener sich geltend macht, daß nämlich zwischen dem wissenschaftlichen Denken und dem tatsächlichen Inhalte des Rechts nicht genügend unterschieden wird; nur mit der Abweichung, daß jene die ganze Wissenschaft in das Gebiet des Denkens, diese aber in das Gebiet der historischen Gewordenheit des Rechts hineinzuziehen suchte.

Weit entfernt bin ich jedoch zu glauben, daß jene mangelhafte Unterscheidung zwischen dem wissenschaftlichen Denken und den positiven Rechtsätzen keine anderen Nachtheile mit sich bringt, als einige unfruchtbare Streitigkeiten über Fiktionen und Quasi-Kontrakte wach zu halten. Es will mir vielmehr scheinen, als wenn durch den beregten Mangel unsere Wissenschaft nothgedrungen in eine gewisse Stagnation gerathen müsse. Hierbei schweben mir zunächst die Begriffsdefinitionen vor. Um mit Beispielen zu reden, meine ich, daß es Niemanden befriedigen kann, das Eigenthum als die ausschließliche Herrschaft über eine Sache, das Pfandrecht als das dingliche Recht auf eine fremde Sache zc. definiert zu hören, da es doch Eigenthümer giebt, denen die totale Herrschaft über die Sache fehlt, ferner ein Pfandrecht an Forderungen und an der eigenen Sache existirt, anscheinend also jene Definitionen höchstens den historischen Werth für sich in Anspruch nehmen könnten, für die Rechtsinstitute des Eigenthums und Pfandrechts in vergangenen Zeiten richtig gewesen zu sein. Trotz diesen augenscheinlichen Un-