

wäre, die Treue seiner Amtsführung während desselben zu beschwören: so würde dieses teils das Gewissen mehr in Bewegung bringen, als der Versprechungseid, welcher hinterher noch immer den inneren Vorwand übrig läßt, man habe, bei dem besten Vorsatz, die Beschwerden nicht voraus gesehen, die man nur nachher während der Amtsverwaltung erfahren habe, und die Pflichtübertretungen würden auch, wenn ihre Summierung durch Aufmerker bevorstände, mehr Besorgnis der Anklage wegen erregen, als wenn sie bloß eine nach der anderen (über welche die vorigen vergessen sind) gerügt würden. – Was aber das Beschwören des Glaubens (de credulitate) betrifft, so kann dieses gar nicht von einem Gericht verlangt werden. Denn erstlich enthält es in sich selbst einen Widerspruch: dieses Mittelding zwischen Meinen und Wissen, weil es so etwas ist, worauf man wohl zu wetten, keinesweges aber darauf zu schwören sich getrauen kann. Zweitens begehrt der Richter, der solchen Glaubenseid dem Parten ansinnete, um etwas zu seiner Absicht Gehöriges, gesetzt es sei auch das gemeine Beste, auszumitteln, einen großen Verstoß an der Gewissenhaftigkeit des Eidleistenden, teils durch den Leichtsinn, zu dem er verleitet *und wodurch der Richter seine eigene Absicht vereitelt*<sup>1</sup>, teils durch Gewissensbisse, die ein Mensch fühlen muß, der heute eine Sache, aus einem gewissen Gesichtspunkt betrachtet, sehr wahrscheinlich, morgen aber, aus einem anderen, ganz unwahrscheinlich finden kann, und lädiert also denjenigen, den er zu einer solchen Eidesleistung nötigt.

ÜBERGANG VON DEM MEIN UND DEIN IM NATURZUSTANDE  
ZU DEM IM RECHTLICHEN ZUSTANDE ÜBERHAUPT

§ 41

Der rechtliche Zustand ist dasjenige Verhältnis der Menschen unter einander, welches die Bedingungen ent

<sup>1</sup> Fehlt in B.

unter denen allein jeder seines Rechts teilhaftig werden kann, und das formale Prinzip der Möglichkeit desselben, nach der Idee eines allgemein gesetzgebenden Willens betrachtet, heißt die öffentliche Gerechtigkeit, welche in Beziehung, entweder auf die Möglichkeit, oder Wirklichkeit, oder Notwendigkeit des Besitzes der Gegenstände (als der Materie der Willkür) nach Gesetzen in die beschützende (iustitia tutatrix), die wechselseitig erwerbende (iustitia commutativa) und die austeilende Gerechtigkeit (iustitia distributiva) eingeteilt werden kann. – Das Gesetz sagt hiebei erstens bloß, welches Verhalten innerlich der Form nach recht ist (lex iusti); zweitens, was als Materie noch auch äußerlich gesetzfähig<sup>1</sup>, d. i. dessen Besitzstand rechtlich ist (lex iuridica); drittens, was und wovon der Ausspruch vor einem Gerichtshofe in einem besonderen Falle unter dem gegebenen Gesetze diesem gemäß, d. i. Rechtens ist (lex iustitiae), wo man denn auch jenen Gerichtshof selbst die Gerechtigkeit eines Landes nennt, und, ob eine solche sei oder nicht sei, als die wichtigste unter allen rechtlichen Angelegenheiten gefragt werden kann.

Der nicht-rechtliche Zustand, d. i. derjenige, in welchem keine austeilende Gerechtigkeit ist, heißt der natürliche Zustand (status naturalis). Ihm wird nicht der gesellschaftliche Zustand (wie Achenwall meint), und der ein künstlicher (status artificialis) heißen könnte, sondern der bürgerliche (status civilis) einer unter einer distributiven Gerechtigkeit stehenden Gesellschaft entgegen gesetzt; denn es kann auch im Naturzustande rechtmäßige Gesellschaften (z. B. eheliche, väterliche, häusliche überhaupt und andere beliebige mehr) geben, von denen kein Gesetz a priori gilt: »du sollst in diesen Zustand treten«, wie es wohl vom rechtlichen Zustande gesagt werden kann, daß alle Menschen, die mit einander (auch unwillkürlich) in Rechtsverhältnisse kommen können, in diesen Zustand treten sollen.

Man kann den ersteren und zweiten Zustand den des Privatrechts, den letzteren und dritten aber den des

<sup>1</sup> Akad.-Ausg. erwägt: »was der Materie nach auch äußerlich gesetzmäßig«.

öffentlichen Rechts nennen. Dieses enthält nicht mehr, oder andere Pflichten der Menschen unter sich, als in jenem gedacht werden können; die Materie des Privatrechts ist eben dieselbe in beiden. Die Gesetze des letzteren betreffen also nur die rechtliche Form ihres Beisammenseins (Verfassung), in Ansehung deren diese Gesetze notwendig als öffentliche gedacht werden müssen.

Selbst der bürgerliche Verein (*unio civilis*) kann nicht wohl eine Gesellschaft genannt werden; denn zwischen dem Befehlshaber (*imperans*) und dem Untertan (*subditus*) ist keine Mitgenossenschaft; sie sind nicht Gesellen, sondern einander untergeordnet, nicht beigeordnet, und die sich einander beordnen, müssen sich, eben deshalb, untereinander als gleich ansehen, so fern sie unter gemeinsamen | Gesetzen stehen. Jener Verein ist also nicht sowohl als macht vielmehr eine Gesellschaft.

## § 42

Aus dem Privatrecht im natürlichen Zustande geht nun das Postulat des öffentlichen Rechts hervor: du sollst, im Verhältnisse eines unvermeidlichen Nebeneinanderseins, mit allen anderen, aus jenem heraus, in einen rechtlichen Zustand, d. i. den einer austeilenden Gerechtigkeit, übergehen. – Der Grund davon läßt sich analytisch aus dem | Begriffe des Rechts, im äußeren Verhältnis, im Gegensatz der Gewalt (*violentia*) entwickeln.

Niemand ist verbunden, sich des Eingriffs in den Besitz des anderen zu enthalten, wenn dieser ihm nicht gleichmäßig auch Sicherheit gibt, er werde eben dieselbe Enthaltbarkeit gegen ihn beobachten. Er darf also nicht abwarten, bis er etwa durch eine traurige Erfahrung von der entgegengesetzten Gesinnung des letzteren belehrt wird; denn was sollte ihn verbinden, allererst durch Schaden klug zu werden, da er die Neigung der Menschen überhaupt über andere den Meister zu spielen (die Überlegenheit des Rechts anderer nicht zu achten, wenn sie sich, der Macht oder List nach, diesen überlegen fühlen) in sich selbst hinreichend wahrneh-

men kann, und es ist nicht nötig, die wirkliche Feindseligkeit abzuwarten; er ist zu einem Zwange gegen den befugt, der ihm schon seiner Natur nach damit droht. (*Quilibet praesumitur malus, donec securitatem dederit oppositi.*)

| Bei dem Vorsatze, in diesem Zustande äußerlich gesetzloser Freiheit zu sein und zu bleiben, tun sie einander auch gar nicht unrecht, wenn sie sich untereinander befehlen; denn was dem einen gilt, das gilt auch wechselseitig dem anderen, gleich als durch eine Übereinkunft (*uti partes de iure suo disponunt, ita ius est*): aber überhaupt tun sie im höchsten Grade daran unrecht\*, in einem | Zustande sein und bleiben zu wollen, der kein rechtlicher ist, d. i. in dem niemand des Seinen wider Gewalttätigkeit sicher ist.

\* Dieser Unterschied zwischen dem, was bloß formaliter, und dem, was auch materialiter unrecht ist, hat in der Rechtslehre mannigfaltigen Gebrauch. Der Feind, der, statt seine Kapitulation mit der Besatzung einer belagerten Festung ehrlich zu vollziehen, sie bei dieser ihrem Auszuge mißhandelt, oder sonst diesen Vertrag bricht, kann nicht über Unrecht klagen, wenn sein Gegner bei Gelegenheit ihm denselben Streich spielt. Aber sie tun überhaupt im höchsten Grade unrecht, weil sie dem Begriff des Rechts selber alle Gültigkeit nehmen, und alles der wilden Gewalt, gleichsam gesetzmäßig, überliefern, und so das Recht der Menschen überhaupt umstürzen.

doch die gesetzliche Zeit der Aufkündigung immer mit in Anschlag gebracht werden muß). Eben so wenig kann auch das Recht des Mieters, als eines solchen, auch auf seine Erben, ohne einen besonderen Vertrag übergehen; so wie er auch beim Leben beider Teile, ohne ausdrückliche Übereinkunft, keinen Aftermieter zu setzen befugt ist.

#### 5. ZUSATZ ZUR ERÖRTERUNG DER BEGRIFFE DES STRAFRECHTS

Die bloße Idee einer Staatsverfassung unter Menschen führt schon den Begriff einer Strafgerechtigkeit bei sich, welche der obersten Gewalt zusteht. Es fragt sich nur, ob die Strafarten dem Gesetzgeber gleichgültig sind, wenn sie nur als Mittel dazu taugen, das Verbrechen (als Verletzung der Staatsicherheit im Besitz des Seinen eines jeden) zu entfernen, oder ob auch noch auf Achtung für die Menschheit, in der Person des Missetäters (d. i. für die Gattung), Rücksicht genommen werden müsse, und zwar aus bloßen Rechtsgründen, indem ich das *ius talionis*, der Form nach, noch immer für die einzige *a priori* bestimmende (nicht aus der Erfahrung, welche Heilmittel zu dieser Absicht die kräftigsten wären, hergenommen<sup>1</sup>) Idee als Prinzip des Strafrechts halte.\* – Wie wird es aber mit den Strafen<sup>2</sup> gehalten werden, die keine Erwidern zu-

\* In jeder Bestrafung liegt etwas das Ehrgefühl des Angeklagten (mit Recht) Kränkendes; weil sie einen bloßen einseitigen Zwang enthält und so an ihm die Würde eines Staatsbürgers, als eines solchen, in einem besonderen Fall wenigstens suspendiert ist: Da er einer äußeren Pflicht unterworfen wird, der er seiner seits keinen Widerstand entgegen setzen darf. Der Vornehme und Reiche, der auf den Beutel geklopft wird, fühlt mehr seine Erniedrigung, sich unter den Willen des geringeren Mannes beugen zu müssen, als den Geldverlust. Die Strafgerechtigkeit (*iustitia punitiva*), da nämlich das Argument der Strafbarkeit moralisch ist (*quia peccatum est*), muß hier von der Straflugheit, da es bloß pragmatisch ist (*ne peccetur*) und sich auf Erfahrung von dem gründet, was am stärksten wirkt, Verbrechen abzuhalten, unterschieden werden, und hat in der Topik der Rechtsbegriffe einen ganz anderen Ort, *locus iusti*, nicht des *Conducibilis*, oder des Zuträglichen in gewisser Absicht noch auch den des bloßen *Honesti*, dessen Ort in der Ethik aufgesucht werden muß.

<sup>1</sup> Akad.-Ausg.: »hergenommene«. – \* Akad.-Ausg. erwägt: »Strafen für Verbrechen«.

lassen; weil diese entweder an sich unmöglich, oder selbst ein strafbares Verbrechen an der Menschheit überhaupt sein würden, wie z. B. das der Notzüchtigung; imgleichen das der Päderastie, oder Bestialität. Die beiden ersteren durch Kastration (entweder wie eines weißen oder schwarzen Verschnittenen im Serail), das letztere durch Ausstoßung aus der bürgerlichen Gesellschaft auf immer, weil er sich selbst | der menschlichen unwürdig gemacht hat. – *Per quod quis peccat, per idem punitur et idem.* – Die gedachten Verbrechen heißen darum unnatürlich, weil sie an der Menschheit selbst ausgeübt werden. – Willkürlich Strafen für sie zu verhängen ist dem Begriff einer Strafgerechtigkeit buchstäblich zuwider. Nur dann kann der Verbrecher nicht klagen, daß ihm unrecht geschehe, wenn er seine Übeltat sich selbst über den Hals zieht, und ihm, wenn gleich nicht dem Buchstaben, doch dem Geiste des Strafgesetzes gemäß, das widerfährt, was er an anderen verbrochen hat.

#### 6. VOM RECHT DER ERSITZUNG

»Das Recht der Ersitzung (*usucapio*) soll, nach S. 131 ff. durchs Naturrecht begründet werden. Denn nähme man nicht an, daß durch den ehrlichen Besitz eine ideale Erwerbung, wie sie hier genannt wird, begründet werde, so wäre gar keine Erwerbung *peremptorisch* gesichert. (Aber Hr. K. nimmt ja selbst im Naturstande eine nur *provisorische* Erwerbung an, und dringt deswegen auf die juristische Notwendigkeit der bürgerlichen Verfassung. – Ich behaupte mich als ehrlicher Besitzer aber nur gegen den, der nicht beweisen kann, daß er eher als ich ehrlicher Besitzer derselben Sache war, und mit seinem Willen zu sein nicht aufgehört hat.)« – Davon ist nun hier nicht die Rede, sondern ob ich mich auch als Eigentümer behaupten kann, wenn sich gleich ein Prätendent als früherer wahrer Eigentümer der Sache melden sollte, die Erkundung aber seiner Existenz als Besitzers und seines Besitzstandes als Eigentümers schlechterdings unmöglich war; welches letztere alsdann zutrifft, wenn dieser gar kein öffentlich gültiges Zeichen seines ununterbrochenen Besitzes (es sei aus