



Gesetzeszwang und Richterfreiheit.

REDE
beim Antritt des Prorektorates

der

Königlich Bayerischen

Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

am 4. November 1908 gehalten

von

Dr. Paul Oertmann,

K. ordentl. Professor des deutschen bürgerlichen Rechts, des römischen Zivilrechts und des Zivilprozessrechts.

ERLANGEN.

K. B. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Junge & Sohn.

1908.



B.

Hochansehnliche Versammlung! Kollegen! Kommilitonen!

Unter all' dem Gewirr mannigfacher Stimmungen und Strömungen, die das Geistesleben unserer Zeit mehr oder minder erfreulich durchziehen, tritt eine, wie mir scheint, in überragender Stärke hervor: überall klingt schließlich die Leitidee hindurch, die man am treffendsten mit dem Schlagworte des „Individualismus“ kennzeichnet. Allerwärts wird das Anrecht des Einzelnen auf Ausleben seiner Eigenart gegenüber dem Schema der überlieferten Einerleiheit gepredigt und vielleicht nur zu häufig im Leben betätigt. Der Individualismus beherrscht die bildende Kunst, die schöne Literatur; er hält seinen Einzug in Ethik und Pädagogik. Selbst in der religiösen Auffassung treten entsprechende Ideen bedeutsam hervor. Ist doch auch jene mächtige Bewegung in Politik und Wirtschaftsleben, die wir als die sozialistische bezeichnen, in ihrem letzten Streben dem Individualismus so nahe verwandt, wie nur zwei feindliche Brüder verwandt sein können: gerade in ihren besten Vertretern vermeint sie — mit Unrecht zwar, wie wir Gegner annehmen — in dem Kampf wider die Abhängigkeitsverhältnisse des modernen Wirtschaftslebens die hauptsächlichsten Hemmnisse niederreißen zu können, die einer Vollentfaltung reinen Menschentums, freier Persönlichkeiten bisher im Wege stehen.

Wir alle haben uns längst daran gewöhnt, aus der anscheinend zufälligen Vielheit der Erscheinungen allen Kulturlebens eine letzte Einheit herauszuhören. Und so kann es uns nicht Wunder nehmen, daß auch die Wissenschaft des Rechts von diesem Geiste des Individualismus nicht verschont geblieben ist. Jedem einzelnen Rechtsfall, so wähnen derzeit manche ihrer Jünger, soll seine besondere, ungeschriebene Ordnung gewissermaßen von Gottes Gnaden gesetzt sein, und die Aufgabe der richtenden Staatsorgane soll im Grunde nur darin bestehen, dieses eigene Recht des Einzelfalles in richtiger Intuition zu erfassen und im „Erkenntnis“ zur äußeren Anerkennung zu bringen. Das Strafgesetz kann sich, wenn man mit dieser Auffassung vollsten Ernst macht, auf den einen Satz beschränken: „Alle Schurken werden nach der Schwere ihrer Tat bestraft“, wie vor einigen Jahren jemand allen Ernstes vorge schlagen hat. Solchen frisch, fromm, fröhlichen Radikalismus vernimmt man freilich

zum Glück nur vereinzelt. Aber schon mancher Parteigänger der neuen Lehre ist jüngstens im überschäumenden Siegesbewußtsein jugendlicher Kraft ausgezogen zum Kampf gegen die ältere Auffassung, die im Recht allüberall eine objektive, mehr oder minder allgemeine Ordnung erblickte. Von dieser „Freirechtsschule“ will ich heute im Rahmen des kurzen Vortrags handeln. Ich will den Nachweis versuchen, wie bereits das geltende Recht uns in weitem Umfang in den Stand setzt, den Sonderfall auch gesondert zu behandeln; wie aber darüber hinaus die Lehre der Freirechtler nur Unheil für unser Rechtsleben heraufbeschwören kann und es gilt, ihren Lockrufen als denen falscher Propheten die Ohren zu verstopfen.

Es sei gestattet, von einem bekannten Einzelfall den Ausgang zu nehmen. Als unlängst ein übelberufenes Mädchen die Ermordung ihres Verlobten auf dem Schaffot büßen mußte, da rauschte es laut durch den deutschen Blätterwald. Gewisse Preßorgane ereiferten sich mal wieder, wie über die Todesstrafe überhaupt, so über den Mangel einer Möglichkeit für den Richter, die Strafe des Mordes den besonderen Umständen des Falles anzupassen, oder doch wenigstens auf Grund „mildernder Umstände“ herabzusetzen. Gewiß erschienen solche sentimentalen Ergüsse gerade für den Fall, auf den ich anspiele, so unangebracht wie möglich. Aber grundsätzlich mutet uns in der Tat die mechanisch-gleichförmige Strafandrohung, die auf die „vorsätzliche Tötung eines Menschen mit Überlegung“ gesetzt ist, einigermaßen seltsam an. Ob der Täter aus ungezügelter Hab- oder Rachsucht sein Opfer niedergestreckt, ob er umgekehrt wie ein Wilhelm Tell aus dem menschlich schönen Überschwang eines glühenden Vaterlands- oder Freiheitsgefühls, ob er als Rächer seiner beleidigten Gattenehre zur Waffe gegriffen hat: unterschiedslos verdient er „nach des Gesetzes Wort den Tod“. Allein die freiwaltende Gnade des Herrschers, nicht der Spruch des nach Recht und Gesetz urteilenden Richters vermag dem Beile des Henkers noch Einhalt zu gebieten.

Wie anders bei den weitaus meisten Missetaten! So wird dem Diebe nach § 242, dem Betrüger nach § 263 RStGB. allgemein „eine Gefängnisstrafe“ angedroht, deren Höhe — nach § 16 — zwischen einem Tage und 5 Jahren schwanken kann. Der Meineid ist ein Verbrechen, das unserer ethischen Abwertung verhältnismäßig wenig Spielraum läßt — und doch schwankt auch ihm gegenüber die Strafandrohung (StGB. § 153) zwischen einem und 10 Jahren Zuchthaus. Hier und in hundert anderen Fällen hat der Beurteiler den weitesten Spielraum. Freilich ist das Ermessen, nach dem er die Strafe zwischen dem Höchst- und Mindestmaß ansetzen darf, nicht das souveräne *sic volo, sic iubeo* eines unumschränkten Despoten — zur Ehren-, ja Amtspflicht des Richters gehört es, alle für die Abwertung des Falles bedeutsamen Umstände zu untersuchen und beim Strafansatz in Rechnung zu ziehen: so etwa die objektive Schwere der Tat, ihre Gefährlichkeit für das menschliche Gemeinleben; andererseits den Bildungsgrad, das Triebleben des Täters; die ihn bestimmenden Motive;

sein Raffinement oder seine außergewöhnliche Naivität. Ja, in manchen Fällen setzt das Gesetz von vornherein wegen besonderer, den Täter moralisch entlastender „mildernder“ Umstände die Strafe unter das sonst vorgesehene Mindestmaß herab, und die Entscheidungsfreiheit des Richters beschränkt sich, wenn er derartige Umstände festgestellt hat, auf die Strafzumessung im Rahmen der gerade für solche Fälle vorgesehenen engeren Grenzen.

Ein formeller Zwang, innerhalb der gesetzlichen Strafsanktion gerade das sachlich gerechtfertigte Maß einzuhalten, liegt dem Richter dagegen nicht ob: setzt er aus allzu schroffem sittlichem Rigorismus oder gar aus pharisäischem Tugenddünkel die Strafe in einer Höhe fest, die ein milder denkender Beurteiler vielleicht als barbarisch schelten möchte, so bedeutet das zwar ein sachlich verfehltes Urteil, aber keine Verletzung des Gesetzes. Natürlich: der Richter hat sich ja innerhalb der Grenze gehalten, die das Gesetz ihm offengelassen hat; er hat dieses mit Ausfüllung des leeren Raumes für den Einzelfall angewendet, nicht verletzt. Zur Abhilfe steht dann nur ein Rechtsmittel zu Gebote, das einer sachlichen Nachprüfung Raum gibt, nicht ein solches, das nur zur Aufhebung des gescholtenen Urteils wegen einer Verfehlung bei Anwendung des Gesetzes führen kann: also nur Berufung, nicht Revision.

Einen ähnlichen Gegensatz zeigt das bürgerliche Recht. Zwar ist die Rechtsfolge für die behandelten Fälle hier in der Regel fest bestimmt: Eintritt der Volljährigkeit, der elterlichen Gewalt, des Rechtes auf Ehescheidung, der Verjährung, des Eigentumserwerbes oder -verlustes. Aber es fehlt auch im Privatrecht nicht an Fällen, wo sich Art oder Umfang der Rechtsfolge individualisierend nach der Besonderheit des Einzelfalles bestimmen soll: so ist laut BGB. § 242 die geschuldete Leistung vom Schuldner so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Treu und Glauben stufen aber ihre Anforderungen nach den Besonderheiten des Einzelfalles ab, und daher gibt uns § 242 als Leitprinzip unseres gesamten Schuldrechts einen Rechtssatz, der an Elastizität, an Rücksichtnahme auf die individuellen Verhältnisse noch weit über die obigen Strafrechtssätze hinausgeht. Daß die Vorschrift sich nicht, wie diese, an den Richter, sondern auch, ja zunächst an die beteiligten Parteien wendet: der Schuldner hat nach Treu und Glauben und nur so zu leisten, der Gläubiger darf danach und nur danach die Leistung von ihm fordern, macht für die hier interessierende Frage natürlich keinen Unterschied.

Ein anderes Beispiel bietet BGB. § 829. Wer einen anderen schuldhaft und widerrechtlich beschädigt hat, muß dafür gemäß §§ 823 ff. aufkommen. Hat er im Zustande der Bewußtlosigkeit, der Geisteskrankheit, als Kind unter sieben Jahren gehandelt, so entfällt grundsätzlich die Ersatzpflicht. Das wird uns meist als gerecht, möglicherweise aber auch als höchst unbillig erscheinen. Ich entsinne mich aus meiner Heimat eines Falles, wo der sechsjährige Sohn eines Millionärs einem wenig begüterten Kameraden im Spiel ein Auge ausschlug. Soll das keine Haftpflicht begründen? Das Gesetz verweist wieder auf die Eigenart des Einzelfalles: der übrigens unverantwort-

liche Täter muß den Schaden, der auf andere Weise nicht ausgeglichen werden kann, insoweit ersetzen, „als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert“.

Alle bisher besprochenen Fälle haben ein Gemeinsames: Der Inhalt oder das Maß der an einen Tatbestand vom Gesetz geknüpften Rechtsfolge soll sich nach den Umständen des Falles richten; also gegebenenfalls vom Richter ihnen entsprechend festgestellt werden. Aber dabei macht das Prinzip der, wie ich sie nennen möchte, elastischen oder individualisierenden Rechtssätze nicht Halt. Jeder Rechtssatz besteht bekanntlich darin, daß an einen hypothetisch vorgestellten Tatbestand irgend eine Rechtsfolge angeknüpft wird. Wie die Beschaffenheit der Rechtsfolge, so kann folgerecht auch die des Tatbestandes, der sie hervorrufen soll, vom Gesetz entweder ein für allemal, schematisch, bestimmt oder in ihrer Feststellung der Beurteilung des Einzelfalles überlassen werden.

Ein Beispiel: unter den Scheidungsgründen erwähnt das BGB. in § 1565 an erster Stelle den Ehebruch. Er wird als Scheidungsgrund absolut aufgestellt; für eine unterscheidende Beurteilung nach dem Mehr oder Minder der Unmoralität des Ehebrechers bleibt nicht der mindeste Spielraum. Wie ganz anders der § 1568: „Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß dem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann“. Wann ist das eine und das andere der Fall? Das Gesetz kommt uns zu Hilfe, indem es „grobe Mißhandlung“ als schwere Verletzung der Pflichten erklärt. Übrigens bleibt alles fließend, unbestimmt, der abwertenden Beurteilung des Einzelfalles überlassen: nach ihm erst ergibt sich, ob eine solche Pflichtverletzung u. s. w. vorgelegen, aber auch — dies selbst im Fall der festgestellten Mißhandlung — ob sie den vom Gesetz verlangten Zerrüttungserfolg gehabt habe.

Beispiele solcher im Tatbestande elastischen Sätze bietet unser Bürgerliches Gesetzbuch in Hülle und Fülle: so ist ein „gegen die guten Sitten verstößendes Geschäft“ nichtig, § 138; so ist der Schuldner fahrlässig und eventuell ersatzpflichtig, wenn er „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt“, § 276; so kann eine „unverhältnismäßig hohe“ Vertragsstrafe durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt, § 343, eine Schenkung wegen „groben Undanks“ des Beschenkten widerrufen, § 530, ein Dienst- wie ein Gesellschaftsverhältnis aus einem „wichtigen Grunde“ gekündigt werden, §§ 626, 723. Es fehlt aber auch nicht an Sätzen mit genau bestimmtem Tatbestand. So tritt das Volljährigkeitsalter ein für allemal mit der Vollendung des 21. Lebensjahres ein, § 2, kann der Pflichtteil einem Abkömmlinge aus bestimmten tatsächlichen Gründen, z. B. wegen Lebensgefährdung, Mißhandlung, entzogen werden, § 2333; macht sich der Erbe in nicht minder bestimmten Fällen der Erbschaft unwürdig und setzt sich infolgedessen ihrer Entziehung aus, § 2339.

Der hier entwickelte Gegensatz, für mein Thema von grundsätzlicher Bedeutung, wird nicht immer klar erkannt. Er hat nichts zu tun mit der Frage, ob der Richter die ihm von den Parteien vorgetragenen Tatsachen nach festen Beweisregeln oder auf Grund freier Beweiswürdigung festzustellen habe. Denn es handelt sich für uns nicht um die Feststellung, was für Tatsachen vorliegen, sondern um die andere, ob die in ihrer Tatsächlichkeit festgestellten der gesetzlichen Vorschrift Genüge leisten, zur Auslösung der im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolge geeignet seien.

Ebensowenig fällt unser Gegensatz mit dem allerdings damit verwandten zwischen sogen. kasuistischen und nicht kasuistischen Gesetzen zusammen. Wenn der Gesetzgeber sich bemüht, alle im Leben häufiger vorkommenden, nach ihrer typischen Eigenart einer bestimmten Beurteilung würdig erscheinenden Tatbestandsgruppen besonders zu regeln, so werden freilich die geregelten Typen meist mehr oder minder genau umschrieben sein, während eine solche bestimmte Feststellung des hypothetischen Tatbestandes da in der Regel nicht möglich sein wird, wo der Gesetzgeber sich mit einer abstrahierenden Generalformel begnügt. Aber nötig ist das nicht: so findet sich unter den in § 2333 kasuistisch geregelten Enterbungsgründen als letzter der Fall, daß „der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt“, ein Fall also, dessen Feststellung durchaus individualisierend, auf Grund besonderer Abwertung, erfolgen muß. Ja, die kasuistische Behandlungsweise verfolgt sogar im Grunde verwandte Zwecke wie die individualisierende: sie versucht der Besonderheit der Fälle ihre entsprechende Sonderbehandlung zuteil werden zu lassen. Nur stellt sie dabei nicht auf die individuelle Besonderheit des konkreten Falles ab, sondern auf die typische Besonderheit einer engeren, aus der Allgemeinheit ausgeschiedenen, vorgestellten Gruppe von Fällen. Man spricht bei einer derartigen Sonderbehandlung bestimmter Falltypen gegenüber den allgemeinen Rechtsgrundsätzen von einem System abstrakter Billigkeit, im Gegensatz zum „konkreten Billigkeitsprinzip“, bei dem es auf die individuelle Besonderheit des einzelnen Falles ankommen soll.

Unser Gegensatz beruht vielmehr einzig und allein darauf, ob das Gesetz die vorgesehene Rechtsfolge auf einen Tatbestand als solchen setzt, oder aber auf ein Werturteil, das für einen in seiner konkreten Wesenheit wie immer beschaffenen Tatbestand zutrifft; auf die Anwendbarkeit eines im Gesetz aufgeführten Wertbegriffs für einen Tatbestand. So ist es eine Tatsache, eine Erscheinung des wirklichen, historischen Geschehens, wenn der Beschenkte dem Schenker nach dem Leben trachtet oder gegen ihn tötlich wird, und wenn das römische Recht dem Schenker wegen solcher Vorkommnisse ein Widerrufsrecht gab, so blieb dabei für eine Abwertung des besonderen Tatbestandes, soweit jene Tatsachen einmal erwiesen waren, weiter kein Raum. Ob aber, wie es unser Recht jetzt verlangt, der Beschenkte sich eines „groben Undanks“ gegen den Schenker schuldig gemacht hat, das hat noch niemals jemand sinnfällig wahrgenommen — handelt es sich doch

dabei nicht sowohl um ein Geschehen als solches, als vielmehr um die ethische Beurteilung eines Geschehens!

Ebenso beim unsittlichen Geschäft: wir können wahrnehmen, daß A dem B ein übelberüchtigtes Haus verkauft, vermietet; daß C dem D verspricht, einen unliebsamen Dozenten oder Schauspieler niederzuzischen. Aber „unsittlich“ erscheint die Abrede erst unserer abwertenden Beurteilung, und wenn wir uns einen Zustand der menschlichen Gesellschaft denken, der aller ethischen Empfindungen und daher auch aller mißbilligenden Werturteile bar wäre, so hätte der Begriff des unsittlichen Geschäfts seinen Inhalt vollauf verloren. „An sich ist nichts weder gut noch böse,“ sagt Hamlet (II, 2), „das Denken macht es erst dazu.“

Ein Ergebnis der Abwertung, wenn auch nicht gerade auf ethischer, so doch auf allgemein gesellschaftlicher Grundlage, ist nicht minder die Feststellung, ob jemand die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt habe: wir können wissen, tatsächlich feststellen, daß A dem B einen verkauften Wertgegenstand unversichert zugesandt, daß der Student C ein von der Universitätsbibliothek entliehenes Buch im Kollegienhause liegen gelassen habe. Aber keine tatsächliche Feststellung der Welt kann als solche ohne ein dazwischentretendes Werturteil ermitteln, ob dadurch gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verstoßen sei oder nicht. Diese eigentlich handgreifliche Wahrheit wird für die gewöhnliche Betrachtung leider verdunkelt: zahlreiche ethische und gesellschaftliche Begriffe sind uns so selbstverständlich geworden, daß wir mit ihnen wie mit realen Größen zu rechnen pflegen, und erst die philosophische Betrachtung uns daran erinnern muß, wie dabei ein Wertbegriff in im Grunde unstatthafter Weise als ein Dingbegriff behandelt werde.

Knüpft nun der Gesetzgeber die vorgesehene Rechtsfolge an einen nach seinen tatsächlichen Merkmalen bestimmten Tatbestand, so bleibt für eine individuelle Abwertung durch den einzelnen Beurteiler weder Raum noch Bedürfnis. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Abwertung des von ihm typisch vorgestellten Tatbestandes — etwa Mord, Lebensnachstellung, Ehebruch — bereits selbst vorgenommen; sie bildet das rechtspolitische Motiv des aufgestellten Satzes. Überläßt aber der Gesetzgeber die Konkretisierung des nach dem Rechtssatze zu beurteilenden Tatbestandes dem Richter, so begnügt er sich mit Aufstellung eines abstrakten Wertbegriffs; das Werturteil dagegen, die Feststellung, ob der Einzeltatbestand unter dem Begriff falle, wird den Beteiligten, zuletzt dem Richter, überlassen. Die Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgeber und Richter verschiebt sich damit in bedeutsamer Weise zugunsten des letzteren, und die öfters gehörte Auffassung, die das richterliche Urteil einem für den Einzelfall erlassenen Gesetze vergleicht, gewinnt insofern in der Tat eine Berechtigung.

Freilich tritt der geschilderte Gegensatz nicht immer unvermittelt auf: Einmal müssen auch innerhalb solcher Tatbestände, die das Gesetz übrigens genau umschrieben hat, nicht selten Werturteile zur Feststellung einzelner Momente abgegeben werden. Genauerer Betrachtung erweist sich das sogar als außerordentlich häufig. Man

denke etwa an die Fälle, wo eine „Mißhandlung“, eine „schwere Körperverletzung“ in Frage steht. Und zahllose andere mehr. So erwähnt Zitelmann aus seiner praktischen Tätigkeit einen Fall, wo jemand einem Schulkinde das Frühstück abgenommen und dabei einen Stock mit sich geführt hatte. War das ein Raub unter Beisichführen einer Waffe (StrGB. § 250 Z. 1)? Nichts scheint dem Laien leichter, als festzustellen, was eine Waffe sei — sie ist ein zum Angriff oder zur Verteidigung geeigneter Gegenstand. Aber welche Gegenstände sind dazu geeignet? Logisch wird sich das nie in zwingender Weise feststellen lassen — der Begriff ist ja aus der Zweckbetrachtung entnommen, und so läßt sich auch das, was darunter fällt, ohne teleologische Erwägung, d. h. ohne Werturteil, nicht bestimmen. Werturteile aber müssen nach Art, Zeit, beteiligten Personen grundverschieden ausfallen. — was dem herkulischen Helden des Zirkus gegenüber ein harmloses Spielzeug ist, kann einem Kinde gegenüber als furchtbare Waffe wirken, und ein Götzenbild, das als Kuriosität unseren Schreibtisch ziert oder verunziert, mag einen fetischanbetenden Kongoneger leicht in den Staub werfen.

Andrerseits ist die den Beteiligten offengelassene individuelle Abwertung der Tatbestände nicht immer schrankenlos. So führt das Gesetz bisweilen gewisse Umstände an, die bei der Beurteilung überall in einem bestimmten Sinne verstanden werden müssen. So in § 138 Abs. 2 BGB., wo das wucherische Geschäft dem unsittlichen gleichgestellt wird. Der Feststellung dessen, was inhaltlich gegen die guten Sitten verstoße, greift das Gesetz zwar im übrigen nicht vor — läßt aber jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung eine den Umständen nach unverhältnismäßig hohe Gegenleistung versprechen oder gewähren, so soll das Geschäft ein für allemal als unsittlich gelten. In § 1568 ferner wird, wie wir bereits sahen, die grobe Mißhandlung schlechthin als schwere Verletzung der ehelichen Pflichten aufgestellt, so daß insofern, freilich nur insofern, für eine besondere Abwertung kein Raum bleibt.

Aber auch da, wo dem Richter die Bildung des Werturteils vollauf überlassen wird, bedeutet das nicht die Auslieferung der Parteien an seine Willkür oder doch seine rein subjektiven Überzeugungen. Freilich gibt es Fälle, wo der Richter das Werturteil allgemein auf sein Ermessen zu stützen imstande ist — so, wie wir bereits wissen, bei Feststellung des Strafmaßes innerhalb des gesetzlichen Rahmens, bisweilen auch bei Konkretisierung des Tatbestandes. Beispielsweise kann das Gericht (ZPO. § 264) die sonst zunächst unstatthafte Klageänderung insoweit zulassen, als dadurch „nach seinem Ermessen“ die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird. In solchen und ähnlichen Fällen legt das Gesetz dem richterlichen Werturteil keinerlei inhaltliche Schranken auf, soweit sie sich nicht aus der allgemeinen Amtspflicht ergeben. Wie immer der Richter von seinem Ermessen Gebrauch mache: dem Buchstaben des Gesetzes hat er Genüge geleistet, und für eine Revision wegen Gesetzesverletzung ist auf Grund einer etwa sachlich bedenklichen Ausübung des Ermessens kein Raum.

Weitaus häufiger aber wird dem Beurteiler für den Inhalt des zu fällenden Werturteils eine inhaltliche Schranke gewiesen. Zwar die Entscheidung dahin, ob der vom Gesetz als maßgebend aufgestellte Wertbegriff im vorliegenden Fall zutreffe, gebührt ihm. Ist aber diese Frage einmal bejahend entschieden, so entfällt die weitere Beurteilungsfreiheit des Richters: hat er z. B. festgestellt, daß der Beschenkte sich eines groben Undanks schuldig gemacht habe, so muß er den vollzogenen Schenkwiderruf schlechthin als rechtmäßig anerkennen, auch wenn er die Ausübung des Widerrufsrechtes im allgemeinen oder nach den besonderen Umständen — etwa wegen der großen Dürftigkeit des Beschenkten — für unbillig oder unanständig erachten sollte. Das Gegenteil enthielte eine bare Gesetzesverletzung.

Das richterliche Werturteil kann sich also nur darauf beziehen, ob der bestimmte Wertbegriff des Gesetzes — Undank, Unsittlichkeit, Sorgfaltsverletzung — vorliege. Aber ist es wenigstens innerhalb dieser Grenzen frei? Kann der Richter die Frage, ob Unsittlichkeit in dem festgestellten Verhalten der Parteien zu finden sei, ob die nachgewiesene Verweigerung der ehelichen Beiwohnung eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten bedeute, rein nach seinem persönlichen Sittlichkeitsideal, nach seiner vielleicht rein geistigen Auffassung vom Wesen der Ehe beantworten? Die Frage aufwerfen, heißt sie m. E. verneinen. Das kann ich freilich an dieser Stelle nicht näher begründen. Aber ich bin des Beweises auch wohl überhoben, da Theorie und Praxis in seltener Einmütigkeit von jeher diesen Standpunkt eingenommen haben. Das Reichsgericht insbesondere hat sich höchst selten gescheut, Urteile im Wege der Revision aufzuheben, die auf der Anwendung eines inhaltlich verfehlt angewandten Wertbegriffes beruht hatten. Zugunsten der Gegenmeinung lassen sich weder auf Grundlage unserer Gesetze noch von einem allgemeinen Standpunkt aus irgendwie zureichende Gründe anführen. Sie würde zur Herrschaft eines ungemessenen Subjektivismus führen und den von unseren Gesetzen sorgsam gepflegten Gegensatz zwischen den Fällen in der Sache fast völlig verwischen, wo der Richter sein Werturteil nach freiem Ermessen und wo er es nach einem bestimmten Wertbegriff abzugeben hat. Für sie ließe sich nur die Schwierigkeit anführen, objektive, allgemeingültige Grundlagen der zu fällenden Werturteile aufzufinden. Diese Schwierigkeit ist aber nicht unüberwindlich, nicht unüberwindlicher jedenfalls als in zahllosen anderen Fällen, wo menschlicher Urteilskraft die Abgabe eines maßgeblichen Werturteils zugemutet wird. Hat der Richter z. B. über eine Frage des Verkehrslebens — Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, „wichtiger Grund“ zur Kündigung eines Dienstverhältnisses — zu urteilen, so wird ihn die auch ihm als Mitglied der menschlichen Gesellschaft in weitem Maße zugängliche Kenntnis gesellschaftlicher Vorgänge zur Abgabe eines sachgemäßen Urteils befähigen. Fehlt sie ihm aus eigener Anschauung, so mag er sich des Beirates eines Sachverständigen bedienen. Und wenn das moderne Recht in anscheinend noch immer steigendem Maße in solchen Fällen, die ihrer allgemeinen Eigenart nach Werturteile auf Grund besonderer Sachkunde zu erfordern pflegen, dem Berufsrichter

in Form von Laienrichtern ein für allemal sachverständige Beiräte zur Seite stellt, so wird sich dagegen grundsätzlich nicht viel erinnern lassen.

Bei Werturteilen von mehr ethischem Inhalt — Undank, Unsittlichkeit — sind es die herrschenden sittlichen Gesamtanschauungen, aus denen der Richter den Stoff für seine abwertende Beurteilung zu entnehmen hat. Daß es solche Gesamtanschauungen — zum Glück — trotz des modernen ethischen Individualismus noch gibt, das zeigt uns schlagend der Vorgang des modernen Staates, der bei aller Selbstverständlichkeit der Gewissensfreiheit materiell noch immer das Prädikat eines christlichen für sich in Anspruch nimmt.

Das Material für seine Werturteile hat der Richter also den herrschenden objektiven, gesellschaftlichen und ethischen Anschauungen, nicht zum wenigsten daneben auch den von Stein so verdienstlich geschilderten Erfahrungssätzen, zu entnehmen.

Aber auch nicht mehr als das! Ganz verfehlt ist die bisweilen schüchtern hervortretende Annahme, als ob der Richter Werturteile bestimmten Inhalts für jeden Einzelfall in den Sitten- und Verkehrsanschauungen bereits fix und fertig vorfände, als ob er sie nur, wie aus einem Schubkästchen, hervorzusuchen brauchte, um sie anzuwenden. Das spricht jeder unbefangenen Anschauung Hohn. Tausend- und abertausendfach, wie die Individualitäten der Menschen, sind auch die der Geschehnisse des Lebens, und unmöglich kann die Verkehrsanschauung für jedes von ihnen ein bestimmtes Rezept in Vorrat haben. Sie leiht dem Beurteiler schätzbarstes Material dar für sein Werturteil — aber dieses selbst ist rein individuell, ist jedesmal eine besondere Schaffenstat.

Eine Schaffenstat! Damit trete ich in den schärfsten Widerspruch zu dem Lieblingssatze aller Formaljuristen, die der richterlichen Tätigkeit nur die Bedeutung eines logischen Schließens, eines Syllogismus, zugestehen wollen.

Freilich: daß zum richterlichen Erkenntnis ein Schließen aus Obersatz und Untersatz gehöre — wer möchte es bezweifeln:

Wer einen anderen vorsätzlich mit Überlegung tötet, wird wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

H. hat die M. . . . getötet.

Folglich wird H. mit dem Tode bestraft.

Aber die Annahme einer rein logischen Natur des Urteils ist, wie Bülow nachgewiesen hat, selbst für die Fälle unzulänglich, wo das Gesetz — der Obersatz — direkt auf den Tatbestand des Untersatzes abstellt. Denn sie vergißt, daß das Wesen des richterlichen Urteils nicht in einer theoretischen Betrachtung des Falles besteht, wie sie auch jedem Privatmann ohne verbindliche Wirkung möglich ist. Es beruht vielmehr auf der Rechtskraft, der Unantastbarkeit des konkreten Staatsbefehls, für dessen Erlaß logische Operationen lediglich einen zureichenden Grund abgeben.

Aber davon ganz abgesehen: die Annahme eines rein logischen Gehaltes der richterlichen Urteile leidet völlig Schiffbruch da, wo der gesetzliche Obersatz gar nicht auf einen Tatbestand gerichtet ist. Der Obersatz (Rechtssatz): „Eine Schenkung kann wegen groben Undankes widerrufen werden,“ und der Untersatz (Tatbestand) „X hat den Y, der ihn beschenkt hatte, körperlich schwer mißhandelt“, sind zu einem logischen Schlusse schlechthin unbrauchbar. Denn es fehlt ja die Gemeinsamkeit des Mittelbegriffes. Erst der Richter kann diese Gemeinsamkeit durch sein Werturteil herstellen, indem er den Wertbegriff des Gesetzes „grober Undank“ abwertend auf den vorliegenden Tatbestand anwendet. „Schwere Mißhandlung von der hier festgestellten Art ist als grober Undank anzusehen“. Jetzt erst ist die Gemeinsamkeit des Mittelbegriffs gewonnen, die den Syllogismus ermöglicht.

Sehen wir genauer zu, so zeigt sich eine abwertende, also alogische Tätigkeit des Richters sogar bei der Feststellung der Ober- und Untersätze, der Rechtssätze und Tatbestände selbst.

Der Rechtssätze: Daß ihr Inhalt sich nicht überall, ja nicht einmal an erster Stelle mit Hilfe rein logischer Operationen in seiner wahren Bedeutung feststellen läßt, das wird heute kaum noch ernsthaft bestritten. Es ist das Verdienst der schönen Freiburger Rektoratsrede von G. Rümelin, den Anteil erwiesen zu haben, den „Werturteile und Willensentscheidungen“ bei der Gesetzesauslegung fast allüberall haben. Andere sind ihm gefolgt. Im Grunde besagt aber dasselbe auch schon die alte Schulregel, wonach bei der Auslegung des Gesetzes insbesondere auf den — rechtspolitischen — Wert des Ergebnisses gesehen werden muß. Denn auch damit wird uns bereits ein alogischer, teleologischer Leitgedanke für die Auslegung gewiesen. Ihm werden wir nimmer die Folge versagen, solange für uns der herrliche Satz des Celons (l. 17 D. I. 3) Wahrheit behält: *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*.

Nur ein Beispiel aus jüngster Zeit möge das Gesagte beleuchten: Nach BGB. § 2231 Z. 2 kann ein Testament errichtet werden schon durch eine private, von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung. Muß nun das beigefügte Datum auch das richtige sein, oder genügt die Beifügung irgend eines formell möglichen Datums? Rein logische Auslegungsgrundsätze lassen sich für die strengere wie für die mildere Meinung anführen. Faßt man aber abwertend den gesetzgeberischen Zweck der Vorschrift ins Auge, so kann m. E. die Entscheidung nicht zweifelhaft bleiben: Das Erfordernis der Datierung soll offenbar ein Urteil darüber ermöglichen, wann der Erblasser das Testament errichtet habe — denn nur die Kenntnis des Zeitpunktes läßt in der Regel ermitteln, ob der Erblasser damals bereits oder noch die zur Testamentserrichtung nötigen persönlichen Eigenschaften besessen habe; welche von mehreren etwa vorliegenden Verfügungen die jüngere und daher im Widerspruchsfalle vergehende sei. Solchen Zwecken genügt nur ein richtiges Datum, und an seinem Erfordernis werden wir daher mit der herrschenden Meinung festzuhalten haben.

Noch unerläßlicher werden Werturteile anstelle bloß logischer Auslegungen, wenn das Gesetz eine unmittelbar anwendbare Vorschrift überhaupt nicht enthält. Jeder Jurist weiß, wie unendlich häufig das — leider — ist; wie auch das beste Gesetz aus der schier unendlichen Fülle der Verhältnisse nur einen höchst lückenhaften Ausschnitt behandeln kann, wie es vollends gegenüber dem ständigen Fortschritt der Kulturentwicklung immer lückenhafter wird. Wie soll sich der Richter bei Beurteilung der nicht geregelten Fälle helfen? Daß er seine Entscheidung nicht verweigern darf, ist auch da selbstverständlich, wo es nicht, wie in dem berühmten Art. 4 des französischen Code civil, ausdrücklich ausgesprochen wird. Wir reden hier von Rechtsanwendung oder -fortbildung durch Analogie. Auch sie sollte sich nach der früher vorherrschenden Auffassung wesentlich nach logischen Gesichtspunkten — nach der formaljuristischen Ähnlichkeit der zu beurteilenden Verhältnisse mit den im Gesetz behandelten — vollziehen. Aber auch hier hat in der jüngeren Zeit die teleologische Betrachtungsweise immermehr an Einfluß gewonnen. Nicht auf die formelle Ähnlichkeit des im Gesetz behandelten mit dem zu beurteilenden Fall kommt es danach an, sondern darauf, ob der erkennbare gesetzgeberische Grund der Vorschrift auch für letzteren Platz greift. So hat Theorie und Praxis — ein Beispiel aus allerneuester Zeit — mit steigender Entschiedenheit auf dem Wege der Analogie die Haftung des Schuldners für sogen. positive Vertragsverletzungen anerkannt. Das Gesetz legt dem Schuldner eine Ersatzpflicht auf, wenn er die Leistung schuldhaft verzögert, nicht minder, wenn er sie schuldhaft unmöglich macht; es beachtet aber nicht den denkbar dritten Fall, daß er zwar leistet, aber — schuldhaft — in einer Weise, die dem Gläubiger einen Schaden verursacht; z. B. der Verkäufer liefert dem Käufer angefaulte Äpfel, krankes Vieh und bewirkt dadurch eine Infektion der eigenen Bestände des Käufers. Rechtsidee und Verkehrsbedürfnisse erfordern hier gebieterisch eine Haftung des Schuldners, und die Gründe, die dafür in den beiden ersten Fällen maßgebend waren, treffen auch für diesen dritten zu: der Schuldner darf das ihm pflichtmäßig obliegende Verhalten nicht so einrichten, daß der Gläubiger dadurch geschädigt wird.

Zu welch seltsamen Ergebnissen man kommt, wenn man die Anwendung gesetzlicher Vorschriften auf die unmittelbar geregelten Fälle beschränkt, zeigt ein amüsanter Vorkommnis aus meiner westfälischen Heimat: ein etwas exzentrischer Gutsbesitzer erhielt einen Strafbefehl, weil er beim Spazieren auf der Hauptstraße der Provinzialhauptstadt seinen Hund einer lokalen Polizeiverordnung zuwider nicht an der Leine geführt hatte. Entrüstet erhob er Einspruch, weil der „Hund“ in Wahrheit ein — Wolf gewesen sei, und die Verordnung sich auf Wölfe nicht beziehe.

So handelt es sich bei der Analogie allerdings wieder um Werturteile. Aber zu Unrecht berufen sich die Verfechter der freien richterlichen Rechtsfindung auf sie. Nicht sein eigenes, subjektives Empfinden oder Ermessen legt der Richter der analogen Rechtsanwendung zugrunde, sondern die im geltenden Gesetze bereits anerkannten, also objektiv geltenden Rechtsgedanken.

Das gilt schließlich auch in den — selteneren — Fällen, wo das positive Recht überhaupt keine, auch keine durch Analogie gewinnbare, Entscheidungsnorm bietet. Die Ausfüllung solcher „echten“ Lücken steht nötigenfalls dem Richter zu, und er muß dazu wiederum Werturteile verwenden. Aber den Stoff dazu bieten ihm ebensowenig, wie in den bisherigen Fällen, rein subjektive Erwägungen, die Lückenausfüllung hat sich vielmehr ausschließlich auf Grund dessen zu vollziehen, was man etwa mit dem Geiste der Rechtsordnung bezeichnen kann. Auch hier steht der abwertende Richter unter, nicht über der Rechtsordnung: indem diese ihn entweder, wie der Code, ausdrücklich, oder doch mindestens stillschweigend zur Entscheidung aller, nicht nur der unmittelbar geregelten, Streitfälle beruft und verpflichtet, gibt sie ihm zugleich die Vollmacht, Fälle solcher Art auf Grund individueller Werturteile zu entscheiden. Solche Werturteile gehen über die bisher besprochenen im Grunde nur dadurch hinaus, daß sie sich auf Tatbestand und Rechtsfolge zugleich beziehen und nicht in die Grenze eines vom Gesetze aufgestellten bestimmten Wertbegriffs gebannt sind.

Endlich treten uns richterliche Werturteile auch bei der bloßen Feststellung des zu beurteilenden Tatbestandes als solchen entgegen. Ist die Behauptung des Klägers, er habe dem Beklagten ein Pferd verkauft, die Behauptung des Beklagten, er habe die empfangene Darlehenssumme bereits zurückbezahlt, für erwiesen zu erachten oder nicht? Frühere Zeiten, besonders der einstens bei uns geltende sogen. Gemeine Prozeß, waren mit einer schematischen Antwort bei der Hand. Zweier Zeugen Mund, heißt es ja im Faust, tut alleweil die Wahrheit kund: hatten zwei Personen die zu beweisende Tatsache bezeugt, so galt sie als erwiesen, andernfalls nicht. Für eine individualisierende Abwertung der Aussage blieb gar kein Raum. Wie anders jetzt: nach ZPO. § 286 hat das Gericht „unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei“. An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den besonders bezeichneten Fällen gebunden — so beim Parteieid, der noch als ehrwürdiger, aber etwas baufälliger Überrest aus der grauen Vorzeit in das freie, individualisierende Beweisrecht der Gegenwart hineinragt. Nach ZPO. § 464 bewirkt die Eidesleistung durch die Partei ein für allemal vollen Beweis der beschworenen Tatsache.

So zeigt uns die neuzeitliche Entwicklung unseres Rechts überall einen ungeheuren Fortschritt der individualisierenden Behandlungsweise gegenüber dem hölzernen Schematismus vergangener Zeiten. Sie bietet in der Tat ihm gegenüber so unschätzbare Vorzüge, daß wir sie, wenn nicht alles täuscht, als einen gesicherten Besitz für alle Zeiten betrachten können. Erst sie ermöglicht es dem Beurteiler, selbst den feinsten Besonderheiten des Einzelfalles gerecht zu werden; sie verhindert, daß das Einerlei der Regel über das Mancherlei des Lebens, der Buchstabe über den Geist

triumphiert. Für den elastischen und damit der Billigkeit Raum lassenden Rechtssatz gilt nicht mehr das böse Wort „fiat iustitia, pereat mundus“, sondern der prächtige Satz des Celsus: „ius est ars boni et aequi“.

Und damit nicht genug! Die Verkehrs-, Kulturbegriffe, an die das Gesetz in seinen oben geschilderten elastischen Sätzen anknüpft — ausnahmslos wandeln sie sich im Inhalt mit dem Wandel der Zeiten, denen die Beurteiler angehören. Unsittlich ist im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht nur und nicht gerade das, was die Volksanschauung zur Zeit des 1. Januar 1900 dafür hielt, sondern was jeweils von der herrschenden Moral als unsittlich gewertet wird. Der Richter darf, ja er muß in seinen Willensentscheidungen als Verkündiger seiner Zeit, ihrer Anschauungen und Bedürfnisse auftreten, darf seine Werturteile nicht in den Bann vergangener Zeiten stellen.

Hat der Gesetzgeber aus einem seine Zeit beherrschenden Sittlichkeitsideal bestimmte Rechtssätze abgeleitet, so muß deren Inhalt mit dem Wechsel der ethischen Anschauung notwendig veralten. Er entgeht dieser Gefahr, wenn er die Entscheidung nur von einem Wertbegriff abhängig macht und dem Richter das Urteil überläßt, wann der Begriff im Einzelfall gegeben sei, wann nicht. Als Justinian aus der die Römer beherrschenden Auffassung von der Unanständigkeit des Schauspielertums heraus den Eintritt des Kindes in diesen Beruf für die Eltern zum Enterbungsgrund erhob, da schuf er einen festen Satz, für den jene Auffassung nichts war als ein gesetzgeberisches Motiv. Der Wandel des öffentlichen Urteils über die sittliche Bedeutung der Bühnenkunst konnte daran nichts ändern, so lange das römische Recht seine Geltung behauptete, und so bildete jener Satz neben manchen anderen, aus ähnlicher veralteter Ethik entstammenden noch unlängst den Gegenstand billigen Spottes bei allen denen, die uns „rückständigen“ Juristen gern etwas am Zeuge flicken. Hätte der Kaiser dagegen, wie jetzt unser BGB. § 2333 Z. 5, als Enterbungsgrund allgemein das Führen „eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels“ durch den Abkömmling aufgestellt, so würde das zwar ein Richter in Byzanz vermutlich auch einer jungen Schauspielerin gegenüber ohne weiteres angewendet haben — aber ebenso sicher würde sich ein Richter der Gegenwart scheuen, auf sie nur um ihres Berufes willen den Vorwurf unsittlichen Verhaltens für zutreffend zu erklären.

Noch viel weniger ist der Inhalt reiner Verkehrsbegriffe gefeit gegen den Wechsel der Zeiten. So bei der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“. Wer noch vor wenigen Jahren einem Luftschiffer eine wichtige Briefsendung anvertraut hätte — kaum würde er sich des Vorwurfs schwerer Sorgfaltsverletzung haben erwehren können. Aber gilt das noch heute? Lange wird's keinesfalls mehr dauern, bis uns Beförderungen auf solchem dann nicht mehr ungewöhnlichen Wege so sachgemäß erscheinen, daß auch der sorgsamste Hausvater mit ihnen rechnen darf und muß.

Aber nun die Kehrseite! Zahlreiche Schranken und Bedenken stehen — leider — einer unterschiedslosen Verwendung unserer individualisierenden Rechtssätze entgegen, werden ihr wohl für alle Zukunft entgegenstehen.

Einmal ist sie aus technischen Gründen nicht überall durchführbar. So nicht bei der rechtlichen Normierung von Massenerscheinungen. Ich denke z. B. an den Eintritt der Volljährigkeit, Ehemündigkeit, des aktiven und passiven Wahlrechts. Die gelegentlichen Versuche früherer Zeiten, die Volljährigkeit an die individuelle Feststellung körperlicher Reife zu knüpfen, mußten notwendig scheitern, sobald die unübersehbar gewordene Menge der Volksgenossen die Sonderbehandlung jedes Einzelfalles undurchführbar gemacht hatte.

Alle elastischen Normen leiden ferner an erheblicher Unsicherheit in der tatsächlichen Anwendung und erscheinen folgerecht überall da vom Übel, wo das Interesse an einer sicheren, gleichmäßigen Behandlung an erster Stelle Beachtung heischt. So etwa im Grundbuchrecht, bei der Testamentserrichtung. Je fester, mechanischer ein Rechtssatz ist, desto sicherer wird die Prognose des demnächst ergehenden Spruches. Und umgekehrt. Wenn man gelegentlich das bittere Wort hören muß, jeder Prozeß sei im Grunde ein Lotteriespiel, so enthält das unter der Herrschaft elastischer Rechtssätze die karrikierende Übertreibung einer nicht wegzuleugnenden Gefahr. Nur wenn die starre Logik gebietet, gibt es „Zwangsmöglichkeit einer Annahme“; für die ihrer Natur nach alogischen Werturteile aber gilt mit Notwendigkeit das Prinzip der Freiheit mit all ihren Willkürlichkeiten. Wo Mißtrauen herrscht gegen das Können oder den guten Willen des Richterstandes, da hat sich noch immer das Volk, von den Zeiten des altrömischen Volkstribunats an, viel lieber mit dem selbst strengen Spruch fester Rechtsvorschriften befreundet, als mit der Unberechenbarkeit richterlicher Werturteile. Und wo der Wert eines Gesetzes an erster Stelle von der Stärke seines Einflusses auf das tatsächliche Verhalten der Volksgenossen, von seiner motivationspolitischen Wirkung, abhängt, da wird der fest-mechanischen Vorschrift wiederum der Vorrang gebühren: psychologisch macht der feste Umriß eines bestimmt redenden Rechtssatzes natürlich ungleich mehr Eindruck, als die verschwimmenden Konturen eines abgeblaßten Wertbegriffs.

Der Unsicherheit elastischer Sätze für das Publikum entspricht die Schwierigkeit ihrer Anwendung für den Richter. Je weiter der Spielraum für das ihm überlassene Werturteil, desto schöner und ehrenvoller, aber auch desto schwieriger und verantwortungsreicher wird die dem Richter überlassene Aufgabe. So schwierig, daß schon manchem Richter vor der Gottähnlichkeit seiner Entscheidungsfreiheit bange geworden ist, daß mancher sich nach der unscheinbaren Tätigkeit eines bloßen Feststellers fest bestimmter Tatbestände zurückgesehnt hat.

Wenn irgendwo, so fehlt bei der abwertenden Tätigkeit des Richters jede sichere Antwort auf die resignierte Frage: „Was ist Wahrheit?“ Oder vielmehr, die Frage kann ernstlich gar nicht aufgeworfen werden. Anders als das logische Urteil, kann das Werturteil mehr oder minder sachgemäß, angemessen, vernünftig sein — es falsch zu schelten, dazu fehlt nicht weniger als jede Handhabe.

Ein angemessenes, „dem richtigen Recht“ entsprechendes Werturteil aber abzugeben, dazu befähigt den Richter nicht allein, nicht einmal vernämlich die formell-

juristische Schulung, die Logik des starren ergo ergo. Nicht entraten sollen wir ihrer — ich bin der letzte, über den unschätzbaren Wert scharfer formaljuristischer Ausbildung den Stab zu brechen. Aber mit gleichem Ernst, in gleicher Wichtigkeit sollen wir ihr das an die Seite stellen, was ich materielle Schulung nennen möchte: die rechte ethische Gesinnung und das volle Verständnis für die Erscheinungen des Verkehrs, die wirtschaftlichen Grundlagen des Rechtslebens. Die Folgerungen, die sich daraus für die sachgemäße Gestaltung des Rechtsstudiums ergeben, sind zu handgreiflich, um noch der Hervorhebung zu bedürfen.

Doch wo bleibt, wird vielleicht mancher fragen, die verheißene Kritik der Freirechtsschule? Wer meinen Ausführungen aufmerksam gefolgt ist, für den bedarf es nur noch weniger zusammenfassender Worte.

Die Freirechtsschule hat Recht, wenn sie sich mit größerer Entschiedenheit, als bisher üblich, gegen den ausschließlichen Kultus der reinen Logik in Rechtslehre und Rechtspflege wendet, auf die Bedeutung der „Werturteile“ und „Interessenabwägungen“ wieder und wieder hinweist. Insoweit ist sie nichts weniger als revolutionär, sondern nur die getreue Verkünderin der Grundsätze, die bereits im geltenden Recht größtenteils, wenn auch vielleicht nicht lückenlos, verwirklicht sind.

Anders aber wird unser Urteil, soweit die Freirechtsschule überall da, wo dem Richter Werturteile zustehen, das subjektive Rechtsgefühl, das ungehemmte freie Ermessen auf den Thron erheben will, oder gar dem Richter die bewußte Nichtbeachtung des Gesetzes gestattet. Daß das nicht dem geltenden Recht entspreche, nicht einmal da, wo der Richter Lücken des positiven Gesetzes auszufüllen hat, diesem Nachweis war ein guter Teil meines ganzen Vortrages gewidmet. Jeder Versuch, das Gegenteil zu beweisen, muß schon an dem ersten Satze unseres Gerichtsverfassungsgesetzes scheitern, wo der sonstigen Unabhängigkeit der Richter ihre Unterworfenheit unter das Gesetz an die Seite gestellt wird. Ich bezweifle freilich nicht den Anteil, der Rechtslehre und Rechtssprechung an der ständigen Fortentwicklung des geltenden Rechts, an der Ausschaltung oder Umgestaltung veralteter Sätze haben. Denn wie alles Leben, so ist auch alles Recht Fortschritt, Entwicklung. Aber diese schöpferische Kraft der Jurisprudenz betätigt sich unbewußt, durch die zwingende Kraft des auch im Richter lebenden fortgeschrittenen Rechtsgefühls, nicht unter bewußter Überhebung über die Vorschriften des positiven Rechts.

Einer solchen richterlichen Überhebung kann ich auch für die Zukunft nicht das Wort reden. Sie entspricht am allerwenigsten unserem vaterländischen Ideal der Rechtspflege. Sie mag angemessen sein für ein Land, wo wie in England nur verhältnismäßig wenige, zum Teil fürstlich gestellte Richter ihres Amtes walten, wo man daher — vielleicht, vielleicht auch nicht — ohne weiteres berechtigt ist, bei jedem Richter die Genialität zu unterstellen, die uns allein die Überfülle seiner Entscheidungsfreiheit

erträglich erscheinen läßt. Doch dies System des „Richterkönigtums“ — oder soll ich es lieber, weniger wohlklingend, Kadijustiz nennen? — ist bei unseren Vettern jenseits des Kanals erkaufte um einen hohen Preis: um den Preis der tatsächlichen Rechtlosigkeit aller der Personen und Sachen, die die ungeheure Kostenlast des englischen Gerichtsverfahrens nicht ertragen können. Und dieser Preis wird jedem sozial empfindenden Zeitalter zu hoch erscheinen, um schließlich nur in der Richterallmacht auf anderem Gebiete das zurückzugewinnen, was man einst im Verfassungsrecht auszurollen des Schweißes und selbst Blutes der Edlen für wert hielt: das System des Absolutismus!

Vom Gesetz und vom Richter handelte mein Vortrag. Gesetz und Richtertum sind heute wie nur je das sicherste Palladium der Freiheit, eine Grundlage unserer gesicherten Existenz. Daß wir uns ihrer erfreuen können, das verdanken wir der Fürsorge des Staates. Ihm und seinem Leiter, unserem allverehrten Prinz-Regenten Luitpold, gilt daher zum Schluß unser Dank. Mit Liebe und Verehrung gedenken wir am heutigen Festtage des Rector magnificentissimus unserer Hochschule, in unwandelbarer Treue bringen wir ihm nach alter guter Sitte unsere Huldigung dar.

Bericht über das Studienjahr 1907/08

erstattet von

Prorektor Professor Dr. Gustav Hauser.

Hochansehnliche Versammlung!
Kollegen! Kommilitonen!

Bevor ich das Amt des Prorektorates meinem Nachfolger übergebe, habe ich noch einen kurzen Bericht über die wichtigsten Ereignisse des abgelaufenen Jahres zu erstatten.

Die Pietät gebietet, zunächst der Toten zu gedenken.

Am 12. November 1907 wurde S. Kgl. Hoheit, unser Prinzregent Luitpold durch den Tod seines Sohnes, S. Kgl. Hoheit des Prinzen Arnulph in tiefe Trauer versetzt. Die Universität wurde durch diesen schweren Schicksalsschlag, von welchem ihr greiser Rector magnificentissimus heimgesucht worden ist, tief schmerzlich berührt, und sie ließ ihre innige Teilnahme durch den Prorektor zum Ausdruck bringen.

Noch kurz vor Schluß des zu Ende gehenden Prorektoratsjahres starb in München unser ehemaliger Kollege Professor der Philosophie Dr. Gustav Class. Er hat unserer Hochschule von 1878—1901 angehört, in welchem Jahre er wegen Kränklichkeit in den dauernden Ruhestand getreten ist. In Class ist ein ernster Forscher, ein erfolgreicher akademischer Lehrer und ein edler Mensch dahingegangen. Von Schleiermacher ausgehend, später von Hegel, Sigwart und Eucken beeinflusst, mit einem an den großen Linien seiner geliebten Bergwelt geschulten Blick für das Bedeutende, hat er sehr wertvolle und eigenartige Beiträge zur Lehre vom Wesen des Geistes und seiner Entfaltung in Kultur und Geschichte geliefert, die er in stiller, beharrlicher Denkarbeit ausreifen ließ und unter denen besonders die 1896 erschienenen schönen „Untersuchungen“ einer dauernden Beachtung sicher sind. Als äußerst gewissenhafter Lehrer hat er es verstanden, seine zahlreichen Hörer für philosophische Fragen nachhaltig zu erwärmen; es ist ihm recht schwer geworden, um der Schonung seiner

Gesundheit willen dieser segensreichen Lehrwirksamkeit zu entsagen. Bei seiner etwas zurückhaltenden Natur konnten sich die menschlichen Vorzüge des vortrefflichen Mannes erst den Näherstehenden voll erschließen; diese beglückte die Reinheit und Treue seines Charakters. Seine großen Verdienste sichern dem verstorbenen Kollegen für alle Zeiten ein ehrendes und dankbares Gedenken.

Auch an unserer Universität selbst hat der Tod im vergangenen Jahre reiche Ernte gehalten. Schon kurz nach Anfang des W.-S., am 2. Dezember 1907, verschied unser wegen seines vortrefflichen Charakters allgemein beliebter und hochgeachteter Syndikus, Herr Universitätsrat Eduard Rentsch unerwartet schnell an einem Schlaganfall. Die Universität wird dem pflichttreuen Beamten, welcher in unermüdlichem Eifer stets seine ganze Kraft in den Dienst der Universität gestellt hat, ebenfalls für immer ein dankbares Andenken bewahren.

Am 30. Dezember starb der cand. med. Hermann Rugel in seiner Heimat Dietenheim a./Iller, am 17. Januar d. J. in Erlangen der cand. med. Paul Werner aus Lemgo und am 5. März der cand. chem. Joseph Zehetmayr aus Unterhaching im hiesigen Universitätskrankenhaus.

Im S.-S. starben noch in ihrer Heimat am 17. August der cand. chem. Christian Münch in Bruck bei Erlangen und am 16. September der cand. jur. Johannes Zander in Reichenbach in Schlesien.

Bevor ich zu den im akademischen Lehrkörper erfolgten Veränderungen übergehe, habe ich zu berichten, daß am 1. Februar d. J. der bisherige Referent für die Landesuniversitäten am kgl. Staatsministerium, S. Exzellenz Herr Staatsrat Dr. Ritter Karl von Bumm zu unserm tiefsten Bedauern aus Rücksicht auf seine durch jahrelange angestrengteste Arbeit erschütterte Gesundheit in den Ruhestand getreten ist. Dem um das ganze bayrische Universitätswesen hochverdienten vortrefflichen Manne, welchem auch die Förderung unserer Hochschule stets am Herzen lag, sei unser aufrichtiger, inniger Dank, welcher ihm im Auftrage des akademischen Senates schon bei der Niederlegung seines Amtes erstattet worden ist, auch an dieser Stelle nochmals ausgesprochen.

Als Nachfolger S. Exzellenz Dr. Karl von Bumm wurde Herr Ministerialrat Dr. Knilling zum Referenten für die Universitäten ernannt.

Die im vergangenen Jahre im akademischen Lehrkörper erfolgten Veränderungen sind folgende:

Zunächst haben wir den Verlust von zwei hochgeschätzten Kollegen zu beklagen.

Am 1. April folgte der o. Professor für Geburtshilfe und Frauenheilkunde Dr. Karl Menge einem ehrenvollen Rufe nach Heidelberg; obwohl er nur wenige Jahre an unserer Universität wirkte, so hat er sich doch durch den ganz nach seinen Angaben errichteten Neubau der gynäkologischen Klinik, welcher geradezu als muster-gültig zu bezeichnen ist, ein bleibendes Denkmal gesetzt und dauernden Anspruch auf unseren Dank erworben.

Ferner hat der o. Professor der Archäologie Dr. Heinrich Bulle einen ehrenvollen Ruf ebenfalls bereits für das vergangene S.-S. nach Würzburg erhalten. Wir sind Herrn Kollegen Bulle zu großem Danke verpflichtet, daß er gleichwohl für das S.-S. noch der unsrige geblieben ist und so eine Vakanz des Lehrstuhles für Archäologie vermieden werden konnte.

Der o. Professor der Theologie, Dr. Walter Caspari wurde am 23. August auf Ansuchen seiner Funktion als Universitätsprediger enthoben, nachdem er dieses Amt 23 Jahre lang versehen hat. Es sei ihm auch an dieser Stelle für seine langjährigen treuen und segensreichen Dienste der Dank der Universität zum Ausdruck gebracht.

Der Privatdozent Dr. Wilhelm Caspari wurde für das S.-S. 1908 beurlaubt, um für diese Zeit an der Universität Rostock aushilfsweise die Abhaltung von Vorlesungen zu übernehmen.

Am 16. November wurde der bisherige Privatdozent in Berlin, Dr. Alfred Schittenhelm, zum a. o. Professor der klinischen Propädeutik und der Geschichte der Medizin ernannt. Die o. Professur für Geburtshilfe und Gynäkologie wurde mit Beginn des S.-S. dem bisherigen Privatdozenten in Greifswald, Professor Dr. Philipp Jung übertragen, während der bisherige Privatdozent und Kustos am Museum für Gipsabgüsse klassischer Bildwerke in München, Dr. Ludwig Curtius, am 1. Oktober zum Nachfolger Bulles ernannt worden ist. Am 1. September wurde zu unserer großen Freude der um die Wissenschaft hochverdiente bisherige a.-o. Professor der Geographie Dr. Pechuel-Lösche zum Ordinarius ernannt, womit gleichzeitig auch der geographischen Wissenschaft die ihr gebührende Stellung eingeräumt ist.

Am 16. Februar wurde an Stelle des verstorbenen Herrn Universitätsrates Rentsch der bisherige Oberamtsrichter in Erlangen, Hans Rhomberg zum Syndikus der Universität ernannt.

Am 1. Januar wurde den bisherigen Privatdozenten Dr. Friedrich Haack und Dr. Eduard Jordis, am 25. September den Privatdozenten Dr. Richard Fuchs, Dr. August Gebhardt und Dr. Hermann Leser der Titel und Rang eines a. o. Professors verliehen.

Am 19. Januar wurden der Oberarzt und I. Assistent an der medizinischen Klinik Dr. Hermann Königer als Privatdozent in die medizinische Fakultät, am 26. April Dr. Emil Hilb als Privatdozent in die philosophische Fakultät aufgenommen.

Am 23. Juni feierte der frühere Privatdozent der Philosophie Dr. Rabus sein 50jähriges Doktorjubiläum, am 10. Oktober Herr Geheimer Hofrat und o. Professor der Theologie Dr. Theodor von Zahn seinen 70. Geburtstag. Beiden Herren wurden im Namen des akademischen Senates von der kleinen Deputation die wärmsten Glückwünsche zum Ausdruck gebracht. Die überaus rege Beteiligung von nah und fern an dem Jubeltage unseres Herrn Kollegen von Zahn war ein beredtes, glänzendes Zeugnis von der außerordentlichen Wertschätzung, welche er als Gelehrter, akademischer Lehrer und Mensch in den weitesten Kreisen und weit über die Grenzen unseres Vaterlandes hinaus genießt.

Zu Neujahr 1908 verlieh S. Kgl. Hoheit der Prinzregent Herrn Professor Dr. Otto Fischer den Verdienstorden vom heiligen Michael III. Klasse, den Professoren Dr. Paul Ewald, Dr. Philipp Allfeld und Dr. Karl Paal, sowie dem derzeitigen Prorektor den Verdienstorden vom heiligen Michael IV. Klasse.

Ferner wurden ausgezeichnet Herr Professor Dr. Sehling durch das Herzoglich Anhalt'sche Ritterkreuz I. Klasse des Hausordens Albrecht des Bären, Herr Professor Dr. Wiedemann durch den kgl. preußischen Kronenorden III. Klasse, Herr Professor Dr. Schulten in Anerkennung seiner Verdienste um die Ausgrabung Numantias durch das Komturkreuz des kgl. spanischen Ordens Alphons XII.

Am 27. Juni fand die Hundertjahrfeier der Societas physico medica statt, welche durch einen Redeakt in der Aula festlich begangen wurde. Bei dieser Gelegenheit erhielt der I. Vorstand der Gesellschaft Herr Professor Dr. Isidor Rosenthal den Titel und Rang eines Geheimen Hofrates, dem II. Vorstand Herrn Professor Dr. Wiedemann wurde der Verdienstorden vom heiligen Michael III. Klasse verliehen. Beiden Herren wurden ihre Auszeichnungen durch S. Exzellenz, den Regierungspräsidenten Freiherrn von Welser, welcher gleichzeitig als Vertreter des kgl. Staatsministeriums der Feier beiwohnte, persönlich übermittelt.

Zu dem Festakte waren außerdem noch eine Anzahl von Ehrengästen und Deputationen erschienen, welche der Gesellschaft ihre Glückwünsche überbrachten. Auch wurde von der medizinischen und philosophischen Fakultät eine Anzahl von Ehrenpromotionen vollzogen; und zwar ernannte die medizinische Fakultät zu Ehrendoktoren der Medizin Becquerel in Paris, Curtius in Heidelberg, welcher längere Zeit als Privatdozent an unserer Universität gewirkt hat, ferner Walter Nernst in Berlin; die philosophische Fakultät zu Doktoren der Philosophie: unseren früheren langjährigen Kollegen Wilhelm von Leube in Würzburg, Horsley in London und Johann von Kries in Freiburg.

Auch wurde von der Societas phys. med. eine Anzahl von Ehrenmitgliedern ernannt, darunter Ihre Majestät die Königin Marguerita von Italien.

Die erste vom derzeitigen Prorektor vollzogene Amtshandlung war die Übernahme der von Herrn Major a. D., Dr. Adalbert Neischl der Universität gestifteten Jurahöhle, welche von Herrn Major Neischl persönlich in feierlicher Form übergeben worden ist. Es gereicht der Universität zu freudiger Genugtuung, daß Herrn Major Neischl in Anerkennung dieser schönen Stiftung und seiner Verdienste um die Wissenschaft der Verdienstorden vom hl. Michael III. Klasse verliehen worden ist.

Auch bei den übrigen Beamten der Universität haben einige Veränderungen stattgefunden. Der bisherige Kassafunktionär am Universitätskrankenhaus Johann Fleischmann wurde zum Verwalter und Rechnungsführer an der Universitätsfrauenklinik ernannt. Der schon bisher bei der Bauinspektion angestellte Bauführer Georg Lichteneber wurde vom 1. September an in statusmäßiger Weise angestellt.

In dem Staatsbudget für die 29. Finanzperiode wurde verschiedenen dringlichen Bedürfnissen unserer Hochschule Rechnung getragen, wofür wir dem kgl. Staats-

ministerium und dem Landtage uns zu großem Dank verpflichtet fühlen. Die wichtigsten Bewilligungen betreffen den Ersatz des für das Seminargebäude — das vormals von Heinekesche Anwesen — erstatteten Kaufschillings, die Adaptierung des alten Gebäudes der Frauenklinik, die Errichtung eines Turnsaales in der chirurgischen Klinik für orthopädische Behandlung und die Errichtung eines Isoliergebäudes bei der Kinderklinik, sowie die Erhöhung des Etats verschiedener Institute, insbesondere der Frauenklinik.

Eine Anzahl von überaus wichtigen und wohl begründeten Postulaten konnten von dem kgl. Staatsministerium mit Rücksicht auf die ungünstige Finanzlage leider nicht berücksichtigt werden; es ist dies um so tiefer zu beklagen, als es sich dabei um allerdinglichste Einrichtungen handelt, welche teils im Interesse des Unterrichts gelegen sind, teils die Beseitigung gesundheitsschädlicher Zustände für unsere studierende Jugend betreffen.

Von den Instituten erfuhren auf Grund der bereits für die 28. Finanzperiode erfolgten Bewilligungen einzelne Verbesserungen und Erweiterungen; namentlich ist hervorzuheben, daß die neue Frauenklinik bald ihrer Vollendung entgegengeht.

Am 29. März wurde die im vergangenen Jahre neu errichtete Anstalt für Bienenzucht durch einen Redeakt in der Aula eingeweiht; zu demselben waren von auswärts erschienen Herr Ministerialrat Keller als Vertreter der Regierung, außerdem die Vorstandschaft und zahlreiche Mitglieder des bayrischen Imkervereins.

Am 8. und 9. Juli tagte in Erlangen gelegentlich seines 8. Landesfestes der Evangelische Bund; er wurde im Auftrage des Senates vom Prorektor und dem Herrn Prokanzler begrüßt und willkommen geheiß.

Der 10. Wiederkehr des Todestages unseres Bismarck wurde gemeinsam von Stadt und Universität durch einen würdigen Akt im Redoutensaal gedacht. Die Gedächtnisrede wurde von Herrn Professor Dr. Geiger gehalten.

Die Frequenz der Universität zeigte auch im abgelaufenen Jahre erfreulicherweise wieder eine leichte Zunahme. Im W.-S. betrug die Zahl der Studicrenden und Hörer 1102, im S.-S. 1108.

Wohl hatte sich auch in diesem Jahre der Disziplinausschuß mit Fällen von schweren Verstößen gegen Zucht und gute Sitte von seiten einzelner Studierender zu befassen und es erschien namentlich der Friede innerhalb eines Teiles der Studentenschaft durch das trotz aller wohlgemeinten Verwarnungen fortgesetzt herausfordernde Benehmen einer Verbindung derartig gefährdet, daß vom Disziplinausschuß die zeitweise Suspendierung dieser Verbindung erfolgen mußte.

Von diesen einzelnen gewiß sehr bedauerlichen Vorfällen wird jedoch das Verhalten unserer Erlanger Studentenschaft im ganzen in keiner Weise berührt; diese zeigte sich vielmehr wie immer von vortrefflichem, echt deutschem studentischem Geiste beseelt, wenn auch manchmal der jugendliche Übermut die zulässigen Schranken etwas überschritten hat. Aus dem studentischen Leben sei hervorgehoben, daß Ende Juli unsere Burschenschaft Bubenruthia, die zweitälteste Burschenschaft Deutschlands, ihr 75jähriges Stiftungsfest beging.

Sehr erfreulich ist es, daß auch im vergangenen Jahre unsere Universität mit wohlthätigen Stiftungen bedacht worden ist. Die am 18. Februar d. J. zu Augsburg verstorbene Oberingenieurswitwe Frau Mathilde Rother hat der Freitischstiftung für protestantische Theologiestudierende in Erlangen ein Vermächtnis von 15000 Mk. zugewendet. Die Universität wird der edlen Geberin für alle Zeiten ein dankbares Gedenken bewahren. Ferner stiftete Ihre Exzellenz Frau Generalstabsarztwitwe Anna von Lotzbeck zum Andenken ihres verstorbenen Mannes, des bekannten, um das Medizinalwesen der bayrischen Armee hochverdienten Generalstabsarztes Dr. Karl von Lotzbeck, welcher auch in Erlangen einen Teil seiner Studienzeit verbracht hat, für bedürftige Mediziner einen Stipendienfonds von 20000 Mk. Es sei auch an dieser Stelle der hochherzigen, edlen Stifterin der wärmste Dank der Universität ausgesprochen.

Die Verhandlungen über die bereits im Vorjahre angefallene Marth'sche Erbschaft wurden endlich zu einem glücklichen Abschluß gebracht.

Schließlich habe ich noch die Doktorpromotionen und den Wechsel des Prokanzleramtes und der Dekanate in den einzelnen Fakultäten zu erwähnen.

Promotionen fanden im ganzen statt 215 und zwar 93 in der juristischen Fakultät, 37 in der medizinischen und 85 in der philosophischen Fakultät. Der mit inbegriffenen Ehrenpromotionen wurde bereits gedacht.

Für das neue Studienjahr geht das Amt des Prokanzlers auf Herrn Professor Dr. Karl Riecker, das Dekanat der theologischen Fakultät auf Herrn Professor Dr. Paul Ewald, das der juristischen Fakultät auf Herrn Professor Dr. Heinrich Siber, das der medizinischen Fakultät auf Herrn Professor Dr. Ludwig Heim und das der philosophischen Fakultät auf Herrn Professor Dr. Eilhard Wiedemann über.

Und nunmehr richte ich an meinen hochverehrten Nachfolger, Herrn Professor Dr. Paul Oertmann die Bitte, durch Ablegung des Prorektoratseides sein Amt anzutreten.
