

Letzten beiden Seiten nur
als Fragment erhalten (trotzdem
kopiert)

UNIVERSITÄTSBIBLIOTHEK FREIBURG I. BR.

79016 |
POSTF

DA22/4791

1x ganz (ohne letzte Zs.)
↳ nach mir bitt. desabgen

Best.-Nr.:

N12<103906882025

Von mir auf dem Umschlag



06.12.2005/20:20:36

65 0027 26

Philipp Hecke
Tü, (25.2.) 1912

ver
im
Ge
nic
St
ve
ge
st
Le
st
H
B
fe

UNIVERSITÄT TÜBINGEN
REDE AM GEBURTSTAGE DES KÖNIGS 1912

Das
Problem der Rechtsgewinnung

VON

Philipp Heck



Tübingen

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)

1912

DA

22

4791

Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung. Der Methodenstreit	5
I. Das Problem der Rechtsgewinnung	7
II. Die Begriffsjurisprudenz.	
a) Die Lückenergänzung durch Begriffskonstruktion	13
b) Die Bedeutung für die wissenschaftliche Arbeit	21
III. Die teleologische Jurisprudenz.	
a) Die neueren Anschauungen	22
b) Die Freirechtsbewegung	25
c) Die Interessenjurisprudenz	28
d) Die Bedeutung für die wissenschaftliche Arbeit	36
IV. Die Fortbildung des Privatrechts im Wege der Rechtsverordnung	40
Anhang. I. Literaturverzeichnis	48
II. Belegstellen	49

Hochansehnliche Versammlung!

Die Methode der deutschen Rechtswissenschaft ist seit einigen Jahrzehnten in einer grundlegenden Umgestaltung begriffen. Eine ältere Richtung, welche von ihren Gegnern als konstruktive Begriffsjurisprudenz bezeichnet wird, behandelte die Rechtssätze als Konsequenzen juristischer Allgemeinvorstellungen, der Rechtsbegriffe und legte daher das Hauptgewicht auf die Untersuchung und systematische Ordnung dieser Rechtsbegriffe. Die Aufgabe des Richters galt als eine reine Erkenntnistätigkeit. Er war darauf beschränkt den Rechtsfall unter die Rechtsbegriffe zu subsumieren. Eine rechtsschöpferische Tätigkeit war ihm versagt. Dieser Methode ist unter der bahnbrechenden Führung Rudolphs von Ihering eine neuere Richtung entgegengetreten, die den Zusammenhang des Rechts mit den Interessen des Lebens, den Zweck im Recht betont und das teleologische Element in den Vordergrund stellt. Sie wird als Wirklichkeitsjurisprudenz, Lebensjurisprudenz, Interessenjurisprudenz und neuerdings noch mit anderen Ausdrücken bezeichnet. Die Konsequenz dieser Richtung führt dazu, dass der Richter Gesetzeslücken nach teleologischen Gesichtspunkten ergänzt, dass er also nicht nur unter Gebote zu subsumieren sondern auch subsidiär Gebote zu schaffen hat.

In der akademischen Antrittsrede, die ich vor 10 Jahren in Ihrer Mitte hielt¹⁾, habe ich auf den Gegensatz dieser beiden Richtungen hingewiesen, mich als Anhänger der neuen bekannt und zugleich betont, dass die Konsequenzen der neuen Richtung noch nicht allgemein anerkannt seien, namentlich nicht hinsichtlich der Lückenergänzung durch

1) Archiv f. civil. Praxis 1902 S. 438 ff.

Interessenprüfung. Das seitdem vergangene Jahrzehnt hat der Rechtswissenschaft eine Hochflut methodischer Erörterungen¹⁾ gebracht, und das Problem der Lücken und ihrer Ergänzung in den Mittelpunkt der wissenschaftlichen Diskussion gerückt. Wir haben zur Zeit eine Richtung in unserer Literatur, die sich als juristischen Modernismus, zum Teil auch als Freirechtsbewegung bezeichnet und eine völlige Neugestaltung der rechtswissenschaftlichen Methode fordert. Die Polemik wird sehr lebhaft geführt und die bisher bestehende Rechtswissenschaft mit sehr scharfen Wendungen bekämpft. An ihre Stelle oder neben sie soll eine psychologische oder soziologische Rechtswissenschaft treten. Der Modernismus ist nun, wenn man ihn genauer prüft, nicht so neu, wie seine Anhänger meinen. Es handelt sich im Grunde um denselben methodischen Gegensatz, den ich soeben erwähnte. Die Angriffe treffen Gegner, die schon im Rückzuge begriffen sind. Sachlich neu sind gewisse Folgerungen aus der Grundanschauung für die Stellung des Richters zum Gesetze, die grosses Aufsehen erregt und allgemeinen Widerspruch gefunden haben. Formell neu ist die Form der Polemik, die zum Teil mit erheblichen Uebertreibungen und unzulässigen Verallgemeinerungen arbeitet. Ueber diesen Erscheinungen darf nicht übersehen werden, dass die neu aufgenommene Polemik gegen die Begriffsjurisprudenz sachlich berechtigt ist und sich auf grundlegende Fragen der Rechtswissenschaft bezieht. Auch sind die Nachwirkungen der älteren Methode zur Zeit noch genügend lebendig, um eine prinzipielle Auseinandersetzung zu rechtfertigen. Die Probleme, um die es sich handelt, sind in unserem Kreise nicht neu. Kollege von Rümelin hat sie in seinen Reden bereits mehrfach behandelt, namentlich in der Rektoratsrede über Windscheid und in der Rede über das Schweizer Zivilgesetzbuch²⁾. Aber ich glaube, dass diese Gegensätze so wichtig sind, so sehr das eigent-

1) Die wichtigsten Schriften sind im Anhang 1 nach den Erscheinungsjahren und innerhalb der Jahre in alphabetischer Ordnung angeführt. Diese Schriften werden mit dem Jahre zitiert werden.

2) 1907 und 1908.

liche Glaubensbekenntnis des heutigen Juristen berühren, dass es sich rechtfertigt, sie Ihnen nochmals im Zusammenhang vorzuführen¹⁾. Dabei will ich meinen Vortrag in 4 Teile gliedern. Ich will zuerst das Centralproblem dieser Gegensätze, die Frage nach der Gewinnung des Rechts durch den Richter, in derjenigen Form darlegen, in der es heute der Wissenschaft gestellt ist. Dann werde ich die beiden oben erwähnten Grundrichtungen der Methode der Reihe nach schildern. Zum Schluss will ich auf einige legislative Vorschläge eingehen, welche den Zweck verfolgen, durch eine Abänderung der gesetzlichen Rechtsbildung die richterliche Rechtsgewinnung zu fördern.

I. Das Problem der Rechtsgewinnung durch Richterspruch steht im Mittelpunkt der juristischen Methodenlehre. Die Rechtswissenschaft ist nach ihrer historischen Entwicklung und ihrer gegenwärtigen Gestalt²⁾ eine normative und praktische Wissenschaft, wie die Medizin. Das gemeinsame Endziel ist nicht die Befriedigung des Erkenntnistriebs; sondern wir wollen die Wege finden, durch die dem biologischen Rechtsbedürfnisse genügt und ein Recht gewonnen wird, wie es das Leben fordert. Das für das Leben bedeutsame Recht ist nun dasjenige, das in dem Richterspruch verwirklicht wird. Das Gesetzesrecht erlangt nur durch den Richterspruch die autoritative Macht, die dem Rechte seinen Wert gibt. Das Gesetz wirkt zwar heute auch unmittelbar, aber nur weil man erwartet, dass der Richterspruch ihm folgen wird. Die Bedeutung des Richteramts für das Rechtsleben ist der richtige Grundgedanke des berühmt gewordenen Vortrags, den mein Vorgänger im Rektoramt von Bülow vor 26 Jahren an dieser Stelle gehalten hat³⁾.

1) In sachlicher Hinsicht beschränkt sich die Erörterung auf die zivilistische Methodenlehre.

2) Die Einzelwissenschaften sind Individualbegriffe im Sinne Rickerts. Eine Untersuchung des Rechts mit anderem Endzwecke ist natürlich möglich aber sie wird etwas anderes ergeben, als diejenige Wissenschaft, die wir Rechtswissenschaft nennen und sie wird die praktische Rechtswissenschaft nicht entbehrlich machen. Vgl. aber Thoma J. d. öff. R. 1910, S. 215.

3) Gesetz und Richteramt. 1885.

Das Gesetz, von dem man weiss, dass das Gericht es nicht anwendet, würde seine Bedeutung für das Leben verlieren. Die Grundsätze der richterlichen Fallentscheidung sind ein Gegenstand der Rechtswissenschaft, aber sie sind rückwirkend von Einfluss auf den ganzen wissenschaftlichen Betrieb. Die Wissenschaft des geltenden Rechts will die Tätigkeit des Richters dadurch vorbereiten, dass sie die allgemeinen, nomologischen Grundlagen des Urteils erforscht und systematisch geordnet darstellt. Komplexe von Vorfragen können sich mehr oder weniger aus dem Zusammenhang lösen und zu selbständigen Wissenschaften werden, wie dies bei der Rechtsgeschichte der Fall ist. Soweit aber der Zusammenhang gewahrt bleibt, wird auch die Vorstellung von der schliesslichen Verwertung durch den Richter für die Methode der vorbereitenden Tätigkeit bestimmend sein. Dieser Schluss wird durch die Erfahrung bestätigt.

Das Problem der richterlichen Rechtsgewinnung erhält seine gegenwärtige Form durch folgende Umstände: Wir haben auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts eine umfangreiche aber übersehbare Gesetzgebung modernen Ursprungs. Unsere Gerichtsorganisation beruht auf dem Grundsatz, dass das Gesetz den Richter bindet, so weit es ihn binden will. Es fehlt an weiteren allgemeinen Vorschriften über Gesetzesanwendung. Das B.G.B. hat zwar für sachliche Einzelgebiete dem Richter Verhaltensmassregeln gegeben und vielfach durch allgemeine Ausdrücke, wie Treu und Glauben, gute Sitten, wichtiger Grund, auf wertende Urteile des Richters verwiesen. Aber es gibt keine allgemeine Vorschriften. Namentlich ist nicht entschieden, ob der Richter nur dazu berufen ist, Lebenslagen unter vorhandene Gesetzesgebote zu subsumieren oder ob er befugt ist, Gesetzeslücken durch eigene Gebote zu ergänzen. Man hat auf solche Vorschriften verzichtet, um für Wissenschaft und Praxis freie Bahn zu geben. Damit ist uns die Aufgabe gestellt, das richtige Recht der Rechtsgewinnung selbst erst zu gewinnen. Solche Aufgaben sind von der Wissenschaft durch verstandesgemässe, rationale Erwägung auf Grund

der Erfahrung zu lösen. Wir haben uns die vorhandenen Bedürfnisse zu vergegenwärtigen und ebenso die möglichen Formen der Befriedigung.

In dem modernen Leben der Kulturstaaten zeigt sich ein Bedürfnis nach Rechtsnormen, das auf weiten Lebensgebieten und in grosser Intensität auftritt. Das Vertrauen auf den mächtigen Schutz des Rechts ist ja die Grundlage, auf der wir alle uns sicher bewegen, in den Geschäften des Alltags wie bei grossen Unternehmungen. Dieses Rechtsbedürfnis geht nun zunächst darauf, dass jeder mögliche Konflikt durch eine bestimmte und im Voraus erkennbare Norm entschieden wird. Wer Geld und Kraft einem Unternehmen weihet, will vorher wissen, ob ihm die Früchte auch durch das Recht gesichert sind. Wer einen Vertrag schliesst, will wissen, ob das Recht ihm die Erfüllung gewährleistet. In solchen Fällen braucht und erwartet das Leben eine bestimmte und autoritative Antwort. Oft ist es dabei mehr oder weniger gleichgültig, welchen Inhalt die Norm hat; man kann sich nach ihr richten, man will nur gesichert sein und Streit vermeiden. Oft aber stellt das Leben bestimmte Anforderungen an den Inhalt des Rechts. Das sind diejenigen Fälle, in denen der Laie auch als Unparteiischer zu einem bestimmten Urteil darüber gelangt, was Recht sein sollte. Diese Rechtsgewinnung des Laien ist für uns von Interesse. Der Laie gelangt zu seiner Entscheidung entweder auf Grund einer normativen Ueberlegung oder intuitiv auf Grund seines Rechtsgefühls. Die normative Ueberlegung vollzieht sich dadurch, dass der Beurteiler sich die Wirkung der in Frage stehenden Entscheidungen auf die Lebensverhältnisse vorstellt, die Wirkungen nach Lebensidealen bewertet und daraufhin die Auswahl trifft. Der Inhalt der Norm, die durch das Rechtsgefühl gefordert wird ist nichts angeborenes, sondern der Niederschlag früherer Erfahrungen und Ueberlegungen, bei deren Zustandekommen und Eigenart freilich angeborene, individuelle Eigenschaften eine Rolle spielen. Zu betonen ist, dass der Gegensatz der beiden Urteilsformen ein durchaus relativer ist. Auch die normative Ueberlegung

führt stets auf gefühlsmässig gewonnene Grundlagen zurück. Dies gilt sowohl von der Anschauung der Wirkungen, wie namentlich von den Massstäben und Lebensidealen, deren Aufbau einer endgültigen verstandsmässigen Zergliederung meist widerstrebt, und auf individueller Eigentümlichkeit beruht. Der Beurteiler gleicht einem Wanderer, der mit der Laterne durch die Nacht geht. Er kann Licht verbreiten, wo er tritt, aber im Hintergrund steht immer die dunkle Wand. Das Urteil verschiedener Laien wird daher nur übereinstimmen, soweit die Gemeinschaft der Erfahrung und der biologischen Ideale reicht, aber es muss auseinandergehen, sobald die individuellen Verschiedenheiten eingreifen. Jedermann weiss, wie sehr das kritische Rechtsurteil über denselben Fall nach der Persönlichkeit, der Klassenzugehörigkeit und der Lebenserfahrung zu wechseln pflegt. Für diejenigen Fälle nun, in denen ein übereinstimmendes Urteil zustande kommt, wird verlangt, dass die autoritative Norm diesem Urteil entspricht. Es sind somit zwei verschiedene Anforderungen, die das Leben an die Rechtsordnung stellt, zwei Ideale, nach denen die Rechtsbildung streben soll. Das eine ist das Ideal der vollen Bestimmtheit und das andere das Ideal der vollen Angemessenheit.

Der Gesetzgeber¹⁾ ist nicht imstande, beiden Idealen durch seine eigenen Vorschriften zu genügen. Einmal ist sein Anschauungsvermögen unzulänglich. Er will seine Vorschriften für die Zukunft treffen. Aber die Zukunft ist nicht übersehbar. Die Mannigfaltigkeit des modernen Lebens ist fast unendlich. Die Lebensbedingungen und Lebensprobleme sind fortlaufendem Wechsel unterworfen. Zweitens aber sind die Ausdrucksmittel des Gesetzgebers beschränkt. Wenn ein Gesetzgeber die Fälle des Lebens überschauen könnte, so würde er doch nicht imstande sein, seine Gedanken unzweideutig und vollständig wiederzugeben. Die Folge dieser Schwierigkeiten ist, dass auch das beste Gesetz zahllose Lücken aufweist, dass dem Richter Lebenslagen

1) Auch Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte sind lückenhaft und unbestimmt. Sie müssen bei allen selteneren und bei allen neueren Problemen versagen.

begegnen, die nach den Lebensbedürfnissen und auch nach den allgemeinen Absichten des Gesetzgebers eine rechtliche Regelung finden sollten, bei denen aber keine Gesetzesvorschrift vorliegt oder doch keine bestimmte Entscheidung erkennbar ist¹⁾. Wie soll sich der Richter verhalten? Die verstandesmäßige Erwägung stellt drei Hauptformen des Vorgehens zur Auswahl. Das freie Ermessen, die Beschränkung auf Subsumtion und die sinngemässe abhängige Gebotsergänzung.

Die Ergänzung der Lücken durch das freie Ermessen des Richters, durch die völlig freie Schaffung der Rechtsnorm ist praktisch denkbar. Der Richter kann den Einzelfall in derselben Weise entscheiden wie der Laie. Und es ist möglich, dass seine Entscheidung, wenn sie durch keine Rücksicht auf das generelle Gesetz gehemmt ist, der Eigenart des Falls besonders gut gerecht wird. Aber die Ergebnisse dieser vollkommen freien Rechtsfindung sind ebenso individuell bedingt wie beim Laien, ebenso abhängig von persönlicher Erfahrung und Lebensanschauung. Das freie Ermessen des Richters bietet daher keine Garantien für die Gleichförmigkeit der Entscheidungen mehrerer Richter und für die von dem Leben geforderte Bestimmtheit des Rechts.

Die zweite Alternative, die Beschränkung des Richters auf Subsumtion würde darin bestehen, dass der Richter jeden Anspruch ablehnt, der nicht durch ein bestimmt erkanntes Gesetzesgebot getragen ist²⁾. Das Lückenproblem wird ignoriert. Interessen, denen kein Gebot zur Seite steht, gelten als Interessen, die der Gesetzgeber nicht schützen will. Sie fallen, wie man gesagt hat, in den rechts-

1) Vgl. über den Begriff der Lücken die Ausführungen von M. Rümelin, Schweiz. Zivilgesetz. 1908. S. 27 ff. Die Polemik von Somlo (1911) beruht auf einer Beschränkung der Fragestellung.

2) Vgl. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I (1892) S. 372 ff. Brinz, Krit. Vjschr. 15 S. 164. Anschütz (134). Zitelmann (1903) bezeichnet die Theorie von Brinz als einen Gedankenblitz, der zu spät gezündet habe. Aber er nimmt selbst an, dass der Richter die Befugnis habe, den negativen Grundsatz „abzuändern“.

leeren Raum. Dieses Verfahren wird im Interesse der Rechtssicherheit empfohlen. Aber es würde sehr unbillig wirken. Zahlreiche Interessen, die allgemein als schutzbedürftig anerkannt sind, würden schutzlos bleiben.

Die dritte Form, die sinngemässe Gebotsergänzung beschränkt den Richter nicht auf die Verwirklichung der erkannten Gebote, sondern gestattet ihm die fehlenden Gebote zu ergänzen, den unbestimmten die mangelnde Bestimmtheit zu verleihen. Aber er soll dabei nicht nach Eigenwertung vorgehen, sondern er soll gebunden sein an die Absichten des Gesetzgebers, an diejenige Wertung der Lebensideale und Lebensinteressen, die den gesetzlichen Geboten zu Grunde liegt. Auf diesem Wege kann eine angemessene Behandlung der Lückenfälle ermöglicht werden, ohne die Rechtssicherheit allzusehr zu gefährden. Die Wirkung der gesetzlichen Wertungen bei der Lückenergänzung sichert bis zu einem gewissen Grade eine gleichförmige Behandlung. Eine völlige Ausschaltung des individuellen Faktors, der Eigenwertung des Richters ist freilich nicht zu erreichen. Die objektiven Wertungen sind oft unsicher oder einander widersprechend, während das Leben eine Entscheidung fordert. In solchem Falle werden die eigenen Lebensideale des Richters bei der Entscheidung einwirken. Auch die abhängige Gebotsergänzung kann als rechtsschaffende Tätigkeit bezeichnet werden ¹⁾.

Diese drei Alternativen, das freie Ermessen, die Beschränkung auf die Subsumtion und die sinngemässe Gebotsergänzung werden in der Jurisprudenz der Gegenwart alle drei befürwortet. Die konservativen Elemente vertreten die Beschränkung des Richters auf die Subsumtion. Die neuere Richtung spricht ihm die Befugnis der abhängigen, wertenden Gebotsergänzung zu. Anhänger der Freirechtsbewegung bevorzugen die Entscheidung nach freiem Ermessen.

II. Die ältere Methodenlehre des gemeinen Rechts hatte den Richter, wie oben hervorgehoben, auf die Subsumtion unter Rechtsgebote, auf

1) Vgl. Rümelin (1907) S. 28 ff.

die Anwendung objektiver Rechtsnormen beschränkt und jede Befugnis zur Gebotsergänzung verneint. Tatsächlich wurde aber die abhängige Gebotsergänzung geübt, in der Form der Gesetzes- und der Rechtsanalogie. In dieser Form wurde auch die wertende Ergänzung in grossem Umfange gehandhabt. Neben und über ihr stand aber als besonderes Verfahren die Lückenergänzung durch Konstruktion von Rechtsbegriffen¹⁾, die man auch als technische Begriffsjurisprudenz oder als Inversionsmethode bezeichnet.

Dieses Verfahren bestand darin, dass man die Allgemeinvorstellungen, welche die Wissenschaft aus den einzelnen Gesetzesgeboten abstrahierte, als Quelle für die Gewinnung fehlender Gebote verwendete. Die Wissenschaft ordnet den überlieferten Gesetzesinhalt zu Zwecken der Uebersicht in ein System. Die gemeinsamen Elemente werden zu allgemeinen und immer allgemeineren Begriffen zusammengefasst. Diese Begriffe werden genau definiert. So wird z. B. aus den einzelnen, vom Rechte als wirksam anerkannten Geschäften, der allgemeine Begriff des Rechtsgeschäfts gebildet. Diese Begriffe wurden nun zur Ausfüllung von Lücken verwendet, indem man aus der Definition die Entscheidung des neuen Falls ableitete. Deshalb kann man dies Verfahren auch als Inversionsmethode bezeichnen. Das Verhältnis des Speziellen zum Allgemeinen wird bei der Lückenergänzung umgekehrt. Ein gesetzlich nicht besonders geregeltes Geschäft wurde z. B. als wirksam anerkannt, wenn es der aufgestellten Definition von Rechtsgeschäft entsprach, sonst nicht. Die Bedürfnisse des Lebens wurden weder bei der Bildung des Begriffs, noch bei der nachfolgenden Subsumtion berücksichtigt. Auf diese Weise konnte eine Fortbildung des Rechtes durch rein logische Operationen bewirkt werden ohne Bedürfnis- und Zweckberücksichtigung. Die Eigenart dieses Verfahrens wird Ihnen vielleicht am deutlichsten werden, wenn ich eine

1) Vgl. über die konstruktive Begriffsjurisprudenz und über die verschiedenen Formen: M. Rümelin (1907) S. 40 ff., ferner Brütt (1907) S. 73 ff.

Analogie aus dem politischen Leben¹⁾ heranziehe. Die Parteien pflegen konkrete politische Wünsche in Programmsätze, auch in Schlagworte zusammenzufassen. Die Beobachtung zeigt nun, dass diese Programmsätze und Schlagworte leicht eine selbständige produktive Bedeutung erlangen, und dass ganz neu auftauchende, ursprünglich nicht berücksichtigte Fragen, von manchen Parteigenossen nicht auf ihre Bedeutung für die Lebensideale neu geprüft, sondern nach ihrer Vereinbarkeit mit dem formulierten Programm beurteilt werden. Die einmal acceptierte Formel dient nicht nur zur Zusammenfassung vorher gebildeter Wünsche, sondern sie produziert neue Stellungnahmen. Die Lückenergänzung durch Begriffskonstruktion ist nun im Grunde Schlagwortverwertung, erhoben zur wissenschaftlichen Methode.

Die anschaulichste Schilderung dieses Verfahrens hat Ihering in seinem „Geiste des römischen Rechtes“ gegeben²⁾, und zwar nicht in Ablehnung, sondern in begeisterter Anerkennung. Es ist in hohem Grade bezeichnend für die Herrschaft dieser Methode in unserer Rechtswissenschaft, dass selbst Ihering, der dem Interessenbegriffe zur Anerkennung verhalf, und mit Nachdruck die Ueberschätzung des logischen Elements in der Jurisprudenz bekämpfte, doch nicht imstande war, sich von dem Banne der überlieferten Methode frei zu machen.

Ihering unterscheidet zwei Formen der Jurisprudenz, eine niedere und eine höhere. Die niedere Jurisprudenz beschäftigt sich mit der Interpretation der Rechtsgebote, der Klarlegung ihres Inhalts, der Hebung der Dunkelheiten und Unbestimmtheiten, der Hervorhebung der Prinzipien und der Ableitung der Konsequenzen, und endlich mit der Zusammenfassung des Stoffes durch Ordnungsbegriffe. Die Denk-

1) Politische Betätigung ist nichts anderes als Teilnahme an der Rechtsbildung. Allerdings bei besonders wichtigen Fragen. Aber gerade solche Haupt- und Staatsaktionen haben für den Sozialpsychologen eine besondere Bedeutung. Sie zeigen die normalen Vorgänge in Vergrößerung und ersetzen einigermaßen das Mikroskop.

2) Geist des römischen Rechts II, 1 S. 357 ff. (3. Aufl.). Wenn Rumpff (1906) S. 35 ff. meint, dass die Polemik der neueren Richtung sich nicht gegen diese Konstruktion im Sinne Iherings richte, so ist dies ein Irrtum.

operationen dieser Art seien logisch nicht verschieden von den Operationen anderer Wissenschaften, die sich mit der Deutung menschlicher Aeusserungen beschäftigen.

Die höhere Jurisprudenz, die Eigenart des juristischen Denkens, beginnt nach Ihering mit der Verselbständigung der Rechtsbegriffe, mit ihrer Behandlung als „juristische Körper“. Durch diese Verselbständigung werden die Rechtsinstitute aus Zusammenfassungen von Rechtsätzen oder Rechtssatzelementen zu Existenzen, logischen Individualitäten, die mit der Vorstellung des individuellen Seins und Lebens erfüllt werden. Die weiteren Aufgaben der höheren Jurisprudenz bestehen dann in der genauen Untersuchung der Struktur, der Eigenschaften und Beziehungen der juristischen Körper, die aus den zusammengefassten Rechtssätzen entnommen werden. Als Beispiele solcher Strukturuntersuchungen nennt Ihering u. a. zwei einstmals viel erörterte Probleme, die Frage, ob bei dem Miteigentum mehrerer Personen an derselben Sache, die Sache oder das Recht, oder der Inhalt des Rechtes als geteilt zu denken sei, und ob bei dem römischen Gesamtschuldverhältnis der Korrealität das Verhältnis vorzustellen sei als mehrere Obligationen mit demselben Inhalt, oder als eine Obligation mit mehreren Subjekten. Das Ergebnis solcher Strukturuntersuchungen wird nun in der Begriffsbestimmung, der Definition, konzentriert zum Ausdrucke gebracht. Für diese Operationen stellt Ihering besondere Gesetze auf: das Gesetz der Deckung des positiven Stoffes, das Gesetz des Nichtwiderspruches und das der juristischen Schönheit. Der Endzweck dieser Operationen besteht nun nach Ihering darin, dass die einmal gewonnene Formel unverrückbar festgehalten, der Anwendung des Rechts und namentlich auch der Ausfüllung von Lücken zu Grunde gelegt wird. Nach der gewonnenen Formel sind die Rechtsfälle zu entscheiden. Ihering hebt selbst hervor, dass ein solches Verfahren von dem Standpunkte der niederen Jurisprudenz aus gar nicht zu begründen sei. Für die höhere Jurisprudenz ergebe es sich als notwendige Konsequenz. Man müsse mit der Selbständigkeit der Begriffe ernst machen. Ihre

Natur und innere Dialektik liefere dann das Material zur Ergänzung. Deshalb feiert Ihering das Ergebnis dieser Konstruktionen, das System, als eine unversiegbare Quelle neuen Stoffes. Diese Lehre von der höheren Jurisprudenz hat Ihering auch in den späteren Auflagen des Werkes festgehalten und nur dahin modifiziert, dass die Begriffskonsequenz vor Utilitätsrücksichten Halt machen solle. An der grundsätzlichen Zulässigkeit der Lückenergänzung durch Begriffskonstruktion hat Ihering nie gezweifelt.

Ungeachtet der Autorität Iherings, und ungeachtet der umfassenden Anwendung, welche das geschilderte Verfahren gefunden hat und auch heute noch findet, ist es doch sicher, dass diese Verkörperung der Rechtsbegriffe und ihre Verwertung durchaus abzulehnen sind. Es ist ein eigentümlicher Wandel der Anschauungen, dass wir diejenige Betätigung, die Ihering mit einer gewissen Nichtachtung als niedere Jurisprudenz bezeichnet, heute allein als Wissenschaft anerkennen und in der höheren Jurisprudenz nur eine Verirrung sehen. Der Fehler des Verfahrens besteht nun nicht allein, wie fast allgemein angenommen wird, in einem scholastischen Begriffsrealismus. Gewiss handelt es sich bei vielen Vertretern dieser Richtung, und namentlich bei den getreuen Anhängern der historischen Schule um wirklichen Begriffsrealismus. Aber Ihering und die neueren Juristen, die dieses Verfahren handhaben, denken nicht daran, den dogmatischen Begriffen eine vorwissenschaftliche Existenz zuzuschreiben. Die Verkörperung der Begriffe ist bei ihm nicht ein auf irrtümlichen Vorstellungen beruhender Erkenntnisversuch, sondern ein bewusst schaffender Vorgang, eine Methode der Rechtsgewinnung, der richterlichen Fallentscheidung und ihrer wissenschaftlichen Vorbereitung. Die Methode ist deshalb auch nicht zu beurteilen nach den Kriterien der Wahrheit, sondern nach den Forderungen, die an die richterliche Rechtsgewinnung zu stellen sind. Diesen Anforderungen entspricht sie nicht. Sie entspricht nicht dem Postulate der Angemessenheit, denn diejenigen Lebensbedürfnisse, welche bei der Ergänzung der Lücke in Frage kommen, werden bei keiner der beiden

Operationen berücksichtigt. Deshalb entscheidet bei konsequentem Vorgehen nur der Zufall darüber, ob das Ergebnis den Bedürfnissen entspricht oder nicht. Die Methode genügt aber ebensowenig dem Postulate der Rechtssicherheit. Die Erfahrung zeigt, dass sehr verschiedene Konstruktionen möglich sind, und die nähere Untersuchung der juristischen Begriffsbildung, auf die ich hier nicht eingehen kann, ergibt, dass bei der systematischen Ordnung und Darstellung der Rechtsgebote in besonders hohem Grade freies Ermessen mitspielt. Der einzige Vorzug, den diese Methode bietet, ist die Illusion eines ganz objektiven Verfahrens, die dem gläubigen Richter zu teil wird. Die schwierige und verantwortungsvolle Erforschung des sachlich richtigen wird erspart. Es ist das ein Vorzug, der in ähnlicher Weise auch der Verwertung politischer Schlagworte zur Lösung neuer Fragen nachgerühmt werden kann. Dieser Vorzug darf nicht dazu führen, an der Methode festzuhalten, denn er verschwindet für denjenigen, der die Schwächen der Methode erkannt hat. Die Begriffsjurisprudenz gleicht einem Zauber, der nur demjenigen hilft, der an ihn glaubt¹⁾.

Die Methode der Begriffsjurisprudenz lässt sich nicht durch rationale Erwägungen rechtfertigen. Sie ist auch nicht durch solche Erwägungen entstanden, sondern geschichtlich zu erklären. Ihre Entstehung wird meistens der historischen Rechtsschule zur Last gelegt. Es ist auch sicher, dass die Lehre der historischen Rechtsschule von der Entstehung des Rechtes aus dem Volksgeiste die Begriffsjurisprudenz sehr begünstigt hat. Der Volksgeist ist für die Begründer dieser Schule nicht eine kollektive Bezeichnung für die übereinstimmenden und sich gegenseitig beeinflussenden Bewusstseinsinhalte der das Volk bildenden Individuen, sondern eine psychische Einheit höherer Art. Als naturgemässer Ausdruck des Volksgeistes erscheint das Gewohnheitsrecht

1) Deshalb wird sie auch nicht durch den Schein der Objektivität gerechtfertigt, den sie dem Urteile für das Publikum verleihen kann und der von Wurzel (1904) und Bundstein (1910) S. 37 gerühmt wird. Kein Richter wird wissentlich Gründe anführen, die er als unzutreffend erkannt hat.

und auch der Gesetzgeber und die Wissenschaft sind Organe des Volksgeistes. Der Bewusstseinsinhalt dieses Volksgeistes wird nun nicht beschränkt auf Wertideen oder gefühlsmässige Werturteile, wie wir sie im Bewusstsein der Laien finden, sondern der Volksgeist soll auch juristische Vorstellungen bilden, Rechtsbegriffe, wie Eigentum, Obligation, Rechtsgeschäft usw. Die Wissenschaft fördere durch ihre Begriffs- und Systembildung diese Anschauungen nur in deutlicher Form zu tage. Durch solche Auffassungen konnte es gerechtfertigt erscheinen, die wissenschaftlichen Begriffe als kausale Realitäten aufzufassen und als Grundlage der Lückenergänzung zu verwerten. Gerade die Begründer der historischen Rechtsschule haben diese Ergänzung der Lücken aus dem System theoretisch vertreten¹⁾ und praktisch gehandhabt. Sie sind für die Verbreitung des Verfahrens mit verantwortlich.

Aber die Methode der Begriffsjurisprudenz selbst wurzelt doch tiefer und ist auch älter als die historische Rechtsschule. Ihre tieferen Wurzeln sind einmal eine allgemein menschliche Neigung zur Formelverwertung und zweitens die besondere Form, welche das Problem der Rechtsgewinnung durch die Rezeption des römischen Rechtes erhalten hatte²⁾. Die römischen Juristen selbst haben die Bedürfnisse des Lebens in freier Weise berücksichtigt, aber recipiert wurde nicht die Methode der römischen Juristen, sondern das Gesetzbuch Justinians. Und Justinian hatte sich selbst die Auslegung vorbehalten. Von der Anerkennung einer richterlichen Ergänzungsbefugnis konnte nicht die Rede sein. Dazu kam die eigenartige Beschaffenheit des recipierten Gesetzbuchs. Die allgemeinen Regeln und Begriffe, die das römische Recht bildeten, werden nur zum geringsten Teile in allgemeiner Fassung und abstrakter Form überliefert. Ganz überwiegend liegen nur einzelne

1) Vgl. Savigny, System I § 42 S. 262 ff. § 46 vgl. aber auch S. 214, S. 217. Bezeichnend ist auch, dass Savigny bei der Auslegung die Beachtung des inneren Wertes der Ergebnisse als „besonders gefährlich“ bezeichnet. Vgl. S. 225, 238, 40. Die Gesamtwürdigung, die Savigny bei Kantorowicz gefunden hat, (Recht und Wirtschaft I H. 2 u. 3) kann ich freilich nicht billigen.

2) Vgl. Kiss (1910).

Entscheidungen vor, Responsa der Juristen, Reskripte der Kaiser. Deshalb musste die richterliche Fallentscheidung bei Anwendung des Corpus juris in der Regel in zwei Operationen zerfallen. Zuerst war es notwendig, von den erhaltenen Einzelentscheidungen ausgehend, die allgemeinen Regeln und Begriffe zu rekonstruieren, die einstens in der empirischen Wirklichkeit des römischen Lebens die erhaltenen Responsa und Reskripte verursacht hatten. Dann erst konnten die so rekonstruierten Regeln und Begriffe absteigend die Norm für den Entscheidungsfall ergeben. Dieser Dualismus der Induktion und Deduktion geht den Denkopoperationen bei der konstruktiven Lückenergänzung parallel. Die Methode der Begriffsjurisprudenz ist daher zu verstehen als die unberechtigte Verallgemeinerung eines für bestimmte Aufgaben berechtigten Verfahrens. Die Verallgemeinerung lag um so näher, als der Umfang des rekonstruierbaren römischen Rechts sehr schwer zu übersehen war, sehr viel schwerer als bei einem modernen Gesetzbuche. Es ist kein Zufall, dass die Methode der Begriffsjurisprudenz gerade auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes ihre Ausbildung erfahren hat.

Die höhere Jurisprudenz Iherings hat sich tatsächlich das ganze 19. Jahrhundert hindurch einer weitgehenden Anwendung erfreut. Aber keiner Alleinherrschaft. Neben ihr hat stets eine starke Nebenströmung bestanden, welche die praktischen Resultate, den Lebenswert der Ergebnisse im Auge behielt. Ein Mittel dazu bot die Analogie, die Anwendung eines Rechtssatzes auf ähnliche Fälle. Da die Merkmale der Aehnlichkeit in der Theorie nicht genau bestimmt waren, so konnte das Ergebnis der Begriffskonsequenz entsprechen oder den Lebensbedürfnissen dienen, je nachdem man das Gewicht auf die Möglichkeit der Subsumtion unter einen gemeinsamen Oberbegriff oder auf die Uebereinstimmung der Interessenlage legte. Diese praktische Strömung liess sich mit der konstruktiven Methode auch dadurch vereinigen, dass man von mehreren möglichen Formulierungen diejenige wählte, deren Konsequenzen zweckmässig erschienen. In diesem Falle war die Begriffsjurisprudenz nur das äussere Kleid, in dem die teleologische Gebots-

ergänzung auftrat. Trotz dieser Nebenströmung war die Einwirkung der Begriffsjurisprudenz eine sehr bedeutsame. Sie hat in einer grossen Zahl von Fällen die angemessene Anwendung und Ausbildung unseres Rechts verhindert oder doch erschwert. Als Beispiel nenne ich die Streitfrage über die bindende Kraft der Offerte. Nehmen wir den Fall, dass ein Verkäufer ein briefliches Angebot macht und hinzufügt, dass er sich 8 Tage lang für gebunden erachte, kann er trotzdem sofort widerrufen mit der Wirkung, dass der Vertrag nicht zu Stande kommt, selbst wenn der Käufer vor Empfang des Widerrufs seine Annahmeerklärung abgeschickt hat, so dass sich Widerruf und Annahmefrist kreuzen? Ich glaube, dass jeder Laie die Geltung des Vertrages für die einzig angemessene Lösung erklären und hinzufügen wird, dass ein Widerruf während der Wartefrist überhaupt wirkungslos sein sollte. Die römischen Quellen boten kein Hindernis für diese Lösung, weil sie den Vertragsschluss unter Abwesenden überhaupt nicht speziell erörtern. Trotzdem ist es in der Theorie des gemeinen Rechts nicht gelungen, die Anerkennung der bindenden Kraft der Offerte durchzusetzen. Das Haupthindernis bot die begriffliche Vorstellung von den Merkmalen des Vertrags. Uebereinstimmung der beiden Willen wurde gefordert. Das Merkmal schien aber zu fehlen, wenn der Annahmewille erst wirklich wurde, nachdem der Wille des Offerenten weggefallen war. Das Dogma von der Widerruflichkeit der Offerte blieb bestehen, auch nachdem das A.D.H.G.B. die bindende Kraft der Offerte für den Bereich des Handels gesetzlich anerkannt hatte. Brinz, ein hervorragender Vertreter der gemeinrechtlichen Wissenschaft, bemerkt dazu¹⁾, das H.G.B. habe „in der Tat zu Wege gebracht, den Offerenten zu binden.“ Aber es sei nicht zu verkennen, „dass diese gesetzliche Bestimmung die Bindung bloss (!) als Mittel zum Zweck verwende.“ Der Zweck sei die Regelung der Frage in einer allen Bedürfnissen entsprechenden Weise, was keine Theorie erreiche. Auf diesem Wege sei dem H.G.B. nicht zu folgen. Sie sehen: Selbst der Gesetzgeber erhält

1) Brinz, Pandekten (2. Auflage) Bd. 4, S. 306 ff.

einen leisen Tadel dafür, dass er eine allen Bedürfnissen entsprechende Regelung getroffen hat, statt aus einem wissenschaftlichen Begriffe weniger praktische Folgerungen zu ziehen.

Die technische Begriffsjurisprudenz hat nun aber auch auf die Methode der dogmatischen Rechtswissenschaft einen fühlbaren und ungünstigen Einfluss ausgeübt. Ich will zwei Wirkungen hervorheben:

Bei der Darstellung des geltenden Rechts ist die Betrachtung und Darstellung des Gebotsgehalts zu sehr in den Vordergrund getreten. Dagegen ist die Erforschung der Gebotszwecke und vor allem der Rechtswirkung, der funktionellen Seite des Rechtes vor Ihering stiefmütterlich behandelt worden. Gleiches gilt für die Erforschung der Lebensverhältnisse und Lebensprobleme. Gewiss hat die praktische Unterströmung auch auf diesen Gebieten vieles geleistet. Aber für das Gesamtbild der gemeinrechtlichen Wissenschaft ist dieser Mangel bezeichnend. Mit ihm steht in Zusammenhang, dass die Arbeit *de lege ferenda* stark vernachlässigt wurde¹⁾. Es ist beschämend, wie gering die Vorarbeiten sind, welche die gemeinrechtliche Wissenschaft für das B.G.B. vor der Publikation des ersten Entwurfes geliefert hatte.

Zweitens hat die unberechtigte Bedeutung, welche die höhere Jurisprudenz der Bildung und der Formulierung der Begriffe für die Rechtsgewinnung beilegt, zu einer Ueberschätzung und einer unrichtigen Behandlung der Begriffsbildung und Begriffsbestimmung geführt. Die Aufgaben der normativen Entscheidung, der Erkenntnis ihrer empirischen Grundlagen und schliesslich der Darstellung der Ergebnisse durch begriffliche Zusammenfassung und Formung sind drei erkenntnistheoretisch scharf zu scheidende Probleme. Die Inversionsmethode hat die Verschiedenheit verdeckt und zu einer häufig vorkommenden Verwechslung geführt. Die Schriftsteller, welche die „juristische Natur“ eines Rechtsinstituts untersuchten, wie der Kunstausdruck lautete, wurden sich vielfach nicht darüber klar, welche Art der Aufgabe sie lösen wollten. Durch diesen Mangel an methodischer Selbstbesinnung entstanden end-

1) M. Rümelin (1907) S. 20, 21.

lose Streitfragen, an deren Lösung viel Scharfsinn vergeblich verbraucht wurde. Es darf nicht verschwiegen werden, dass manche zu ihrer Zeit hoch angesehene Untersuchungen der gemeinrechtlichen Literatur für die Vertreter der neueren Richtung unverwendbar geworden sind, nicht nur so weit die gesetzlichen Grundlagen des Rechtes sich verändert haben, sondern darüber hinaus, weil wir die ganze Fragestellung und Arbeitsmethode ablehnen müssen. Ich nenne als Beispiel die umfangreiche Literatur über die juristische Natur der Reallast.

Als unparteiischen Zeugen für die Verbreitung und die Dauer dieser begriffsjuristischen Methode kann ich Wilhelm Wundt¹⁾ anführen. Wundt gibt in seiner Logik eine Schilderung der juristischen Methode die vorwiegend an der Begriffsjurisprudenz orientiert ist. Wundt verweist auf die Schilderung der Methode durch Ihering ohne sie zu beanstanden und bemerkt, dass bei der juristischen Definition eine „Verdichtung der Begriffe“ stattfindet, bei der zahlreiche neue Rechtssätze zu Tage gefördert werden. Wundt²⁾ hebt andererseits hervor, dass die Rechtswissenschaft über der logischen Aufgabe ihre übrigen Aufgaben verabsäumt habe, so dass ein einseitig dialektischer und formalistischer Betrieb entstanden sei und er fügt hinzu: „Wenn nicht alle Anzeichen trügen, so hat für diesen Zustand die Stunde geschlagen. Wenn sie erst wirklich gekommen ist, dann dürfte es sich ereignen, dass die Rechtswissenschaft nicht mehr wie es heute namentlich bei denen geschieht, die sich ihr widmen wollen, als die leichteste, sondern als eine der schwersten Wissenschaften gelten wird, weil sie in Wahrheit vielleicht die umfassendsten realen Kenntnisse voraussetzt.“

III. Die Umwandlung der juristischen Methode, welche Wundt erwartete, ist nun tatsächlich in erheblichem Umfange eingetreten, wenn schon die theoretischen Anschauungen noch ziemlich weit auseinandergehen. In der Hauptsache ist die immer vorhandene praktische Strömung zur Vorherrschaft gelangt. Es darf heute bereits als überwiegende

1) Wundt, Logik. 3. Aufl. III. S. 568 ff., 617, 18, 621.

2) Wundt a. a. O. 595.

Meinung gelten, dass das Gesetz nicht nur Blankette, Delegationen an den Richter enthält, sondern auch zahlreiche ungewollte Lücken, in denen der Richter das fehlende Gebot nach praktischen, d. h. teleologischen Gesichtspunkten zu ergänzen und insoweit die Rechtsnorm zu schaffen hat.

Die Gründe dieses Umschwungs sind zum Teil schon in den Fortschritten der Sozialwissenschaften zu suchen, welche die Lehre der historischen Schule von der rechtsbildenden Kraft des Volksgeistes wenigstens in einer für die Begriffsjurisprudenz relevanten Form beseitigt haben. Bedeutsamer war wohl der Eindruck der grossen legislativen Arbeiten des 19. Jahrhunderts, namentlich der Abfassung des B.G.B., an der die Wissenschaft und der ganze Juristenstand seit der Veröffentlichung des ersten Entwurfes regen Anteil genommen hat. Diese legislativen Vorgänge haben zwei Erkenntnissen allgemeine Verbreitung verschafft. Der moderne Gesetzgeber findet für die Probleme, die er zu lösen hat, keine Rechtsbegriffe vor, die er einfach zu ihren Folgerungen entwickelt, er sucht nach denjenigen Normen, die nach richtiger Erwägung geeignet sind, die geschichtlich gegebenen, auch durch intuitive Faktoren bedingten Lebensbedürfnisse zu befriedigen. Aber er kann dieses Ziel nur unvollständig erreichen. Das legislative Denken ist notwendigerweise ungenügend, namentlich dann, wenn es sich um die neue Codification eines grossen Gebietes handelt. Auch das beste Gesetz zeigt Lücken und Widersprüche, welche eine ergänzende Tätigkeit fordern. Für die Art der Ergänzung war bedeutsam, dass unser B.G.B. in grossem Umfange auf das richterliche Ermessen verweist, ausdrücklich durch Blankettgesetze oder durch den Gebrauch von Blankettbegriffen, allgemeinen Begriffen, „Treu und Glauben, gute Sitten, wichtiger Grund, Missbrauch des Rechtes“ u. a. Es läge nahe anzunehmen, dass ein Gesetzgeber, der dem Richter bei so zahlreichen Aufgaben ein weit gehendes Vertrauen schenkt, auch die Ergänzung ungewollter Lücken durch richterliche Wertung wünschen würde. Ebenso bedeutsam wurde der Umstand, dass das neueste und

wohl am besten gelungene Zivilgesetzbuch, das Schweizer Zivilgesetzbuch in Artikel 1 die Befugnisse des Rechtes zur Gebotsergänzung ausdrücklich anerkennt. An der Spitze des Gesetzes steht der Grundsatz:

„Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht richten und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen wird.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung.“

Das B.G.B. enthält keine entsprechende Vorschrift, aber es mehrten sich die Stimmen dafür, dass der deutsche Richter die gleiche Norm zu beobachten hat¹⁾.

Der allgemeine Gedanke der teleologischen Gebotsergänzung hat Raum für Richtungen, die unter sich sehr verschieden sind und namentlich auch für Möglichkeiten praktisch verschiedenen Verhaltens. Sehr oft tritt z. B. die Frage auf, ob ein durch Gebot nicht gedecktes, nach den allgemeinen Rechtsanschauungen schutzwürdiges Interesse deshalb ungedeckt ist, weil eine Lücke vorliegt oder aber deshalb, weil es durch streng positives Recht den Interessen der Rechtssicherheit geopfert ist. Die Ideale der Rechtssicherheit und der Angemessenheit sind in Einzelfällen sehr schwer gegen einander abzuwägen. Eine Betrachtung aller der verschiedenen Ansichtsformen muss ich mir versagen. Namentlich ist es mir nicht möglich, mich heute mit Stammler auseinanderzusetzen. Stammler hat in gross angelegten Werken das Problem der Rechtsgewinnung behandelt, er gibt eine Logik der normativen Ueber-

1) Der zweite deutsche Richtertag hat auf Grund eines ausgezeichneten Referats von Oberlandesgerichtsrat Staff el (1911) folgenden Beschluss gefasst. „Die richterliche Gewalt ist dem Gesetz unterworfen. Der Richter hat deshalb niemals die Befugnis vom Gesetz abzuweichen. Die Zweifelhaftigkeit des Gesetzes berechtigt den Richter nicht, nach seinem Ermessen zu entscheiden, vielmehr ist der Zweifel durch Auslegung und zutreffendenfalls durch Analogie zu lösen. Ist ein Gesetz verschiedener Auslegung fähig, so ist der Richter ermächtigt, derjenigen Auslegung, welche dem Rechtsbewusstsein und dem Verkehrsbedürfnis am besten entspricht, den Vorzug zu geben. Eine Entscheidung dieser Art soll der Richter offen mit der Bevorzugung begründen. Er soll vermeiden, die wahren Gründe durch künstliche Argumentation zu verdecken.“

legung, aber bei aller Achtung vor seiner geistigen Kraft, kann ich doch den Ergebnissen nicht zustimmen. Etwas näher eingehen will ich auf zwei Richtungen: auf die Freirechtsbewegung und auf die Interessenjurisprudenz.

Als Vertreter der Freirechtsbewegung bezeichnen sich Forscher verschiedener Anschauung¹⁾, weil das gemeinsame Lösungswort in verschiedenem Sinne genommen wird. Das Wort „freie Rechtsfindung“ ist von dem Oestreicher Ehrlich geprägt worden, um die von dem Gesetze nicht geleitete Fallentscheidung zu bezeichnen²⁾. Spätere haben eine Begriffsübertragung vorgenommen und die Bezeichnung „Freirechtsmethode“ der ganzen erheblich älteren teleologischen Jurisprudenz beigelegt³⁾. Im Interesse der Klarheit empfiehlt es sich, die ursprüngliche, dem Wortsinne allein entsprechende Bedeutung beizubehalten. Die Freirechtsbewegung in diesem Sinne ist somit durch die Tendenz charakterisiert den bisherigen Einfluss des Gesetzes *de lege ferenda* oder *de lege lata*, allgemein oder unter gewissen Bedingungen zu Gunsten des richterlichen Ermessens zurückzudrängen.

Diese Tendenz tritt in der Untersuchung Ehrlichs, die den Ausgangspunkt dieser Bewegung bildet, deutlich hervor. Ehrlich geht von der Grundanschauung aus, dass der Einzelfall am besten entschieden wird, wenn ihn der Richter ungebunden durch generelle Vorschriften nur in seiner Eigenart würdigen kann. Diese originäre Form der Rechtssprechung allein bezeichnet Ehrlich als „freie Rechtsfindung“. Die Polemik gegen die technische

1) Die Zahl der mit grösseren Arbeiten hervorgetretenen Forscher, die ihre eigene Methode technisch als Freirechtsmethode bezeichnen ist gering. Es sind dies Kantorowicz (1907 und 1911), Stampe (1907, 11) und Berolzheimer (1911). Fuchs bezeichnet seine Methode als „soziologisch“.

2) Die Negation, die in dem Worte „frei“ enthalten ist, bezieht sich bei Ehrlich auf die bindende Gesetzeswirkung, nicht auf die Begriffskonsequenz der Inversionsmethode.

3) Diese Übertragung hat Kantorowicz vorgenommen (1907). Stampe ist ihm gefolgt (1911). Einen dritten abweichenden Inhalt hat Berolzheimer (1911) dem Worte beigelegt (Korrektur des Gesetzes durch die Idee der Freiheit).

Begriffsjurisprudenz spielt bei ihm keine Rolle. Die grundsätzliche Bevorzugung der freien Rechtsfindung vor der gesetzlichen Regelung klingt auch durch bei Fuchs, Schmölder (1907), Gmelin (1910) und wird besonders unvorsichtig ausgedrückt bei Kulemann¹⁾, wobei allerdings bei Fuchs die Bekämpfung der Begriffsjurisprudenz im Vordergrund steht. Der Hinweis Ehrlichs auf die Möglichkeit und die Verbreitung einer solchen Fallentscheidung ist sehr verdienstlich. Aber ich glaube doch, dass er den Lebenswert der freien Rechtsfindung zu hoch, den Lebenswert der gesetzlichen Regelung zu gering einschätzt. Es ist richtig, dass das Gesetz wie jede Ordnung auch zu Härten führen kann, und zuzugeben, dass ein freigestellter idealer Richter in vielen Fällen eine angemessenere Entscheidung finden könnte. Aber wir können die Rechtsvorschriften nur für die normalen, die Regel bildenden Verhältnisse treffen. Und in den Regelfällen dürfte die sinn-gemässe Anwendung und Ergänzung des Gesetzes doch zu angemesseneren Ergebnissen führen, als die völlig freie Rechtsgewinnung. Der weitschauende Richterkönig ist nicht die Regel, und der mächtige Eindruck des Einzelfalls hat auch seine Gefahren. Besonders dann, wenn auf den fraglichen Lebensgebieten innerhalb der Bevölkerung gegensätzliche Anschauungen vertreten sind²⁾. Der normale Richter wird Gefahr laufen, partiisch zu werden oder partiisch zu scheinen. Sodann aber ist das Ideal der Angemessenheit nicht das einzige Ideal der Rechtspflege. Auf vielen Lebensgebieten ist die Rechtssicherheit weit wichtiger, die Streitvermeidung noch wünschenswerter als die richtige Streitentscheidung³⁾. Deshalb ist die prinzipielle Bevorzugung des freien

1) Wirtschaft und Recht I S. 145 ff. Er fordert de lege ferenda die Umgestaltung der Gerichte aus lediglich rechtschaffenden Behörden zu Organen der Rechtsschaffung in grundsätzlicher Gleichstellung mit dem Gesetzgeber. Gemeint ist wohl nur die Erweiterung der richterlichen Gebotsergänzung und nicht die Befugnis der Gesetzesablehnung oder Aufhebung, die eigentlich in den Worten mit eingeschlossen sein würde.

2) Diese Gefahren werden mit Recht betont von Rundstein (1910) S. 32 ff.

3) Die Erzeugnisse der Cautelarjurisprudenz, Vertragsformulare und Geschäftsbedingungen, enthalten durchweg viel ausführlichere Regelungen, als das Gesetz. Nirgends tritt

Ermessens m. E. abzulehnen. Die Vorzüge der Einzelwürdigung und der gesetzlichen, typischen Regelung lassen sich nur für die einzelnen Lebensgebiete abwägen.

Das Verhalten des Richters nach geltendem Recht wird bei Ehrlich nur gestreift. Er will freie Rechtsfindung eintreten lassen, soweit keine klare Entscheidung des Gesetzes vorliegt¹⁾. Dem entspricht die anderwärts vertretene Formel, dass der Richter an den bestimmten Wortlaut gebunden ist, jenseits desselben aber freies Ermessen eingreift²⁾. Kantorowicz³⁾ und Stampe⁴⁾ sind dahin verstanden worden, dass sie dem Richter die Befugnis zur Gesetzesänderung zusprechen. Kantorowicz hat diese Auffassung als unrichtig bezeichnet⁵⁾, Stampe aber die Forderung auch in seiner neuesten Schrift vertreten⁶⁾. Ein Recht des Richters auf Abänderung des Gesetzes ist nun mit dem Postulate der Rechtssicherheit und mit der Autonomie der Rechtsgemein-

das Bestreben hervor, durch ersatzlose Beseitigung der dispositiven Gesetzesvorschriften Spielraum für die freie Würdigung des Einzelfalls zu beschaffen.

1) Das Problem des geltenden Rechts ist nicht eingehender behandelt. Die Regel wird S. 21 aufgestellt, dabei ist aber die Analogie abgelehnt, vgl. S. 20, ferner S. 25 u. 29.

2) Vgl. z. B. Gmelin (1910).

3) Vgl. Gnaeus Flavius (1906) S. 41. „Von diesem (dem Gesetz) darf und soll er (der Richter) absehen erstens, sobald das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint; zweitens, wenn er seiner freien und gewissenhaften Ueberzeugung nach, nicht wahrscheinlich ist, dass die zur Zeit der Entscheidung bestehende Staatsgewalt die Entscheidung so getroffen haben würde, wie es das Gesetz verlangt. In beiden Fällen soll er die Entscheidung treffen, die, seiner Ueberzeugung nach, die gegenwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde. Vermag er sich eine solche Ueberzeugung nicht herzustellen, so soll er nach freiem Recht entscheiden. Endlich in verzweifelt verwickelten oder nur quantitativ fraglichen Fällen, wie Schadensersatz für immateriellen Schaden soll — und muss er — nach Willkür entscheiden.“ Die Anweisung kann anders verstanden werden als Kantorowicz gemeint hat. Es ist nicht nur wahrscheinlich, sondern m. E. sicher, dass „die zur Zeit bestehende Reichsgewalt“ das Problem der Reichsfinanzreform anders gelöst hätte, als es gelöst ist. Nach dem objektiven Sinne der Anweisung würden die Organe der Rechtsanwendung vor einer ganzen Reihe „verzweifelt verwickelter Fälle“ stehen.

4) 1905 u. 1907.

5) 1911 und deutsche Richterzeitung III, S. 258, Die contra legem fabula.

6) Stampe (1911). Stampe hält es z. B. für wünschenswert, dass die Mobiliarhypothek im Wege der Rechtsprechung durch das Reichsgericht wieder eingeführt werde.

schaft nicht vereinbar. Die Forderung hat auch so allgemeinen Widerspruch¹⁾ gefunden, dass eine eingehendere Polemik überflüssig ist. Aber auch die zu zweit erwähnte Formel ist zu verwerfen²⁾.

Soweit die Forscher, die sich der Freirechtsschule zurechnen, nichts anderes wollen, als teleologische aber gesetzestreue Jurisprudenz³⁾, ist ihnen in sachlicher Hinsicht zuzustimmen. Aber es bleibt noch zu wünschen, dass sie die neue Bezeichnung für diese schon früher vorhandene Richtung wieder fallen lassen. Das Schlagwort „Freirechtsmethode“ ist nicht geeignet, diejenige Rechtssprechung zu kennzeichnen, welche auch den mittelbaren Gesetzesinhalt beachtet und sich bei der Gebotsergänzung nach den gesetzlichen Werten richtet. Diese Gebotsergänzung ist eine gebundene, fortdauernd durch das Gesetz beeinflusste. Deshalb ist der Ausdruck freie Rechtsfindung ebensowenig passend wie die gleichfalls gebrauchte Bezeichnung „judiciren sine lege“⁴⁾.

Die Interessenjurisprudenz i. e. S., auf die ich nunmehr eingehe, ist eine schon ältere⁵⁾ Form der teleologischen Jurisprudenz. Sie wird auf dem Gebiet des Privatrechts von M. Rümelin, Stampe und von mir, ausserdem neuerdings von einer Reihe jüngerer Forscher⁶⁾,

1) Auch der 2. deutsche Richtertag hat sich mit voller Entschiedenheit ausgesprochen. Vgl. oben S. 24, Anm. 1.

2) Sie gibt einerseits zu viel, andererseits zu wenig. Der Richter muss auch bei der Gebotsergänzung an die im Gesetze enthaltenen Wertungen gebunden sein. Dies fordern die Autonomie der Rechtsgemeinschaft, die Rechtssicherheit und das Postulat der Gleichbehandlung gleich liegender Fälle. Andererseits ist es nicht Willkür, sondern sinngemässe Gebotsausführung, wenn die herrschende Lehre auch ein Abgehen von dem Wortlaute, dem Ergebnisse rein sprachlicher Auslegung, gestattet. Es kann dies notwendig werden bei Eingreifen der sonstigen Mittel historischer Auslegung (Zusammenhang, Entstehungsgeschichte), bei Gebotsfehlern und bei dem Wechsel relevanter Zeitumstände. Die Grenzen sind oft schwer zu ziehen, aber niemals nach der oben erwähnten Formel.

3) Dies gilt von Kantorowicz nach seinen neueren Ausführungen (1911), zum Teil auch von Stampe (1911).

4) Kantorowicz (1911).

5) Vgl. Anhang II.

6) Die Abgrenzung ist ausserordentlich schwer zu ziehen, da eine gelegentliche Verwendung der Interessenbegriffe sich bei jedem Vertreter der teleologischen Jurisprudenz

theoretisch vertreten und wird tatsächlich in grossem Umfange geübt. Die unterscheidende Eigenart dieser Richtung besteht darin, dass sie den Interessenbegriff und die mit ihm zusammenhängenden Vorstellungsreihen: Interessenabwägung, Interessenlage, Interessengehalt u. a. als methodische Hilfsbegriffe verwendet. Sie braucht diese Begriffe bei der Analyse der normativen Probleme und bei dem Aufbau der normativen Ueberlegung. Die Verwendung dieser Hilfsbegriffe ist nun meines Erachtens für tieferes Eindringen nicht zu entbehren. Zu Eingang meines Vortrages habe ich von den Forderungen gesprochen, die das Leben an die Rechtsgewinnung stellt. Diese Wendung ist natürlich ungenau. Das Leben ist nur ein zusammenfassender Ausdruck für die lebenden Individuen. Aber auch der Ausdruck Forderungen ist ungenau. Die Individuen haben anderes zu tun, als fortdauernd zu fordern. Wenn es möglich wäre, ein photographisches Momentbild aufzunehmen, das den Bewusstseinsinhalt aller Individuen wiedergäbe, so würden wir auf der Platte nur in wenigen Fällen präsenste Forderungen dieses Inhalts finden. Die Forderungen sind nichts dauerndes. Dauernd sind nur Begehrungsdispositionen, praktisch ausgedrückt: latente Wünsche oder Neigungen, die nicht fortdauernd in unserem Bewusstsein gegenwärtig sind, aber durch irgend welche Reizvorgänge wachgerufen ein aktuelles Begehren erzeugen. Das Begehren selbst ist ein psychischer Vorgang, der jedem bekannt ist und dessen weitere Zurückführung auf noch genauer bekannte Vorstellungen weder möglich noch notwendig ist. Die Begehrungsdispositionen können wir nicht unmittelbar beobachten. Wir erschliessen sie nur aus den verursachten Handlungen oder daraus, dass soziale Grundlagen vorhanden sind, die nach der Erfahrung des Lebens solche Dispositionen zu erzeugen pflegen. Der Sprachgebrauch der Gegenwart bezeichnet nun diese Begehrungsdispositionen, soweit sie sich auf Kulturgüter beziehen, und die begleitenden Vorstellungen,

findet. Besonders betont wird sie wohl von Hedemann, Mauczka, Müller-Erbach, Reichel und Wüstendörfer.

die Grundlagen und die Objekte, als Interessen. Dabei gebrauchen wir das Wort Interesse für jede kulturelle Begehrungsdisposition, ohne Rücksicht auf die besondere Art des begehrten Objekts. Wir reden heute nicht nur von materiellen, sondern ebenso von idealen, religiösen, nationalen, ethischen Interessen. Die sachliche Besonderheit der Interessenjurisprudenz besteht in dem grundsätzlichen Bestreben, die Gebotsvorstellungen, die das Recht bilden, auf das Ineinandergreifen dieser Begehrungsdispositionen zurückzuführen und die Lücken unter Berücksichtigung aller berührten Begehrungsdispositionen auszufüllen. Dieses sachliche Bestreben rechtfertigt sich dadurch, dass die Rechtsbildung empirisch durch Begehrungsdispositionen bestimmt wird¹⁾ und die Rechtsprechung danach strebt den im Leben auftretenden Begehrungen zu genügen. In formeller Hinsicht ist für diese Richtung der Gebrauch des Wortes Interesse und seiner Ableitungen bezeichnend. Natürlich ist ohne weiteres zuzugeben, dass das Wort Interesse im Alltag mehrdeutig gebraucht wird. Dies gilt aber für alle Worte der Alltagssprache und ganz besonders für diejenigen, welche psychische Elemente bezeichnen. Die Wissenschaft muss überall die Unbestimmtheit des sprachlichen Materials durch Zusammenfügungen und Zusätze beseitigen und sie kann es auch. Das Wort Interesse bietet vor allen anderen den Vorzug, dass es die Elemente, auf die es uns ankommt, mit umfasst und in dieser Beziehung schon Bürgerrecht hat. Andere besser geeignete Ausdrücke bieten sich nicht. Bedürfnis, Bestrebung, Wert und Zweck betonen viel zu sehr das aktuelle Element. Namentlich können wir das Wort Zweck, ohne den Sprachgebrauch zu vergewaltigen und Missverständnisse zu wecken, nur für das bei einer Handlung vorgestellte Begehrungsobjekt gebrauchen, nicht für die einzelnen bei der Ueberlegung

1) Die nähere Bestimmung und Begrenzung dieser These kann an dieser Stelle nicht gegeben werden. Sie gilt nicht nur für das Gesetz, sondern auch für die Gewohnheit, für die gefühlsmässige Bildung wie für die normative Ueberlegung. Deshalb kann die Interestheorie nicht darum abgelehnt werden, weil das Recht ein Produkt des Rechtsgefühls sei (Löning 1907) oder der Volksvernunft (Gierke). Sie ist beiden Thesen gegenüber neutral.

einwirkenden Begehrungstendenzen. Bezeichnend ist wiederum eine Alltagserfahrung auf dem politischen Gebiet. Ich glaube nicht, dass es irgend eine Schilderung politischer Vorgänge und Betrachtungen gibt, bei der nicht von Interessen die Rede ist. Diejenigen, welche gegen die Interessenpolitik sich wenden, wollen auch nicht, dass die Berücksichtigung von Interessen oder die Berufung auf Interessen aufhören solle, sondern nur, dass die Sonderinteressen bestimmter Gruppenklassen vor gemeinsamen Interessen zurücktreten. Wenn wir berechtigt sind, in politischen Vorgängen die soziale Vergrößerung des psychischen Vorgangs der Rechtsgewinnung zu erblicken, so lässt die Verwendung des Interessenbegriffs auf diesem Gebiete darauf schliessen, dass sie auch bei der feineren Analyse anderer Fälle der Rechtsgewinnung sich als unentbehrlich herausstellen wird¹⁾. Bei diesem Sprachgebrauch werden natürlich Begehrungen der verschiedensten Art mit berücksichtigt. Die Interessenjurisprudenz gebraucht das Wort Interesse in dem weitesten Sinne, in dem es heute üblich ist. Nur in diesem weitesten Sinne unter Einbeziehung der idealen Interessen ist das Wort für die methodischen Zwecke der Rechtswissenschaft verwendbar und nur in diesem Sinne ist es auch verwendet worden. Ich muss das nachdrücklich bemerken, weil jede qualitative Einschränkung zu einem vollständigen Missverständnis dieser Methode führen muss und schon geführt hat.

Die Verwendung der Interessenbegriffe für die richterliche Fallentscheidung kann an dieser Stelle nicht näher geschildert werden. Ich will mich auf einzelne Züge beschränken, um Missverständnissen entgegenzutreten²⁾. Hervorzuheben ist, dass jede Fallentscheidung als

1) Die Probleme der Rechtsbildung politischer Bedeutung sind nicht durch einen schrofferen Gegensatz der beteiligten Interessen, sondern dadurch ausgezeichnet, dass diese Interessen mit Bevölkerungskreisen dauernd verbunden sind. Bei dem Vertragsschlusse unter Abwesenden stehen sich die Interessen des Offerenten und des Acceptanten so schroff wie möglich gegenüber. Aber in dem Zeitpunkte der Normgebung kann Niemand wissen, ob er von der Norm dereinst als Offerent oder als Acceptant betroffen wird.

2) Besonders auffallend sind die Missverständnisse bei Kantorowicz (1911)

eine Abgrenzung einander gegenüberstehender Interessen aufzufassen und durch eine Abwägung dieser Interessen¹⁾ nach Werturteilen und Wertideen zu gewinnen ist. Diese Regel gilt von dem Laienurteil und der freien Rechtsfindung ebenso wie von der Gesetzesanwendung und der abhängigen Gebotsergänzung. Der Unterschied besteht nur darin, dass bei der völlig freien Rechtsfindung es die eigenen Wertideen und Werturteile der Laien oder des Richters sind, die den Massstab für die Abwägung liefern, während bei der Gesetzesanwendung und der abhängigen Gebotsergänzung der Richter an diejenigen Werturteile gebunden ist, die sich aus dem Gesetz ergeben und eventuell an diejenigen, die in der Rechtsgemeinschaft herrschen, so dass die Eigenwertung des Richters nur ganz subsidiär eingreift. Die Uebertragung des Werturteils vollzieht sich durch eine Vergleichung des entscheidungsbedürftigen Interessenkonfliktes mit dem autoritativ entschiedenen. Deshalb hat der Richter nicht die konkreten Interessen in der Gesamtheit des wirklichen Bestandes zu erfassen, sondern diejenigen Merkmale herauszuheben, welche in der Rechtsordnung gewertet sind. Nicht die quantitative Messung entscheidet, sondern die Einordnung in die durch das Gesetz beachteten Typen²⁾. Auch die abhängige Ergänzung von

S. 17. Sie haben ihn an der Erkenntnis verhindert, dass die Grundgedanken der Methodenlehre, die er als Freirechtslehre jetzt vorträgt, namentlich auch die Lehre von der Schaffung von Rechtsnormen durch den Richter, schon seit längerer Zeit von der Interessenjurisprudenz vertreten und betätigt werden. Dabei arbeitet Kantorowicz an einer Dogmengeschichte der modernen Richtung, die nächstens erscheinen soll.

1) Kantorowicz meint die Interessenabwägung, die Heck, Rümelin u. a. vertreten, gehöre in das „Gebiet der Tatfrage“ a. a. O. S. 18. Nun ist natürlich Voraussetzung jeder Fallentscheidung die Vorstellung eines Tatbestandes. Aber diese Notwendigkeit ist von der Methode der Rechtsgewinnung ganz unabhängig und gibt nicht das geringste Recht dazu, die Fallentscheidung nach den Grundsätzen der Interessenjurisprudenz der Tatfrage zuzuweisen und etwa die Fallentscheidung im Wege der freien Rechtsfindung der Rechtsfrage.

2) Kantorowicz sagt, die Vertreter der Interessenjurisprudenz meinten eine Art Interessentenwägung. „Aber auch die beiden dann gegebenen Möglichkeiten“ seien „abzulehnen“. Die beiden Möglichkeiten sollen sein der generelle Vorzug des sozial Schwächeren und der generelle Vorzug des sozial Stärkeren. Als „richtige Antwort“ wird gegenübergestellt „die Beurteilung der Interessen darauf

Gebotslücken durch Interessenabwägung vollzieht sich logisch gewürdigt durch einen Subsumtionsschluss¹⁾. Nur werden nicht die den Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers entsprechenden Merkmale aufgesucht, sondern es werden Interessenlagen verglichen. Der einfachste Fall der Lückenergänzung durch Interessenabwägung nach gesetzlichem Werturteil ist bei der analogen Gesetzesanwendung gegeben, sobald man die aufzufindende Rechtsähnlichkeit in der Uebereinstimmung der beiden Interessenlagen erkennt. Daneben können sich auch andere erheblich kompliziertere Probleme der Lückenergänzung ergeben²⁾. Das Eigenartige des Vorgehens besteht immer in der Interessenforschung, der Konzentration der Aufmerksamkeit auf die Interessenlage bei der Auffassung der konkreten Sachlage wie bei der Auffassung des Gesetzesinhalts.

Die Prüfung der Gesetze auf ihren Gehalt an Interessenabwägungen hat selbstredend den Zweck des einzelnen Gesetzes ins Auge zu fassen. Die Zweckvorstellung geht immer auf Begehrungsdispositionen zurück. Aber die Interessenforschung fällt nicht mit der Frage nach dem Gesetzeszweck zusammen, sofern man Zweck in dem gewöhnlichen und dem psychologischen Sinne des Worts auffasst. Vielmehr geht die Interessenforschung tiefer. Sie sucht die einzelnen Elemente herauszuheben, deren Zusammenwirken die Zweckvorstellung

hin, in wie weit die Förderung des einen oder des anderen den Zwecken der Rechtsordnung gemäss sei.“ Die uns zugeschriebene „Interessentenwägung“ ist lediglich Phantasieprodukt. Weder bei Rümelin noch bei mir noch bei einem anderen deutschen Vertreter der Richtung findet sich der geringste Anhaltspunkt für diese Auffassung. Die „richtige Antwort“ haben wir vor Kantorowicz gehabt.

1) Kantorowicz betont (a. a. O. S. 18), dass die Interessenabwägung (Fallentscheidung) zu unterscheiden sei von der Untersuchung der Rechtsnormen auf ihren Interessengehalt (Zweckforschung). Das ist ebenso richtig wie elementar. Wenn aber Kantorowicz hinzufügt, „was bisher nicht geschieht“, so ist das unrichtig. In den zahlreichen Arbeiten der Interessenjurisprudenz findet sich nirgends eine Verwechslung. Dafür sind beide Operationen getrennt aufgeführt bei Heck (1909, IV und V, 1).

2) Als Beispiele der Lückenergänzung durch Interessenabwägung auf dem Gebiete des B.G.B. nenne ich meine Ausführungen in dem Aufsätze „Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel“, Festschrift für Gierke, S. 331 ff., S. 340 ff.

des Gesetzgebers und die Wahl seiner Mittel, die Gebotsvorstellungen, bewirkt haben. Deshalb ist sie besonders auf dem Gebiete des Privatrechts weit ergiebiger als die Zweckforschung. Der Zweck des Gesetzes ist bei vielen inhaltlich verschiedenen Geboten derselbe. Es gibt zahllose Fälle, in denen die Interessen der Rechtsgemeinschaft sich darauf beschränken, dass überhaupt eine Entscheidungsnorm vorhanden ist. Dahin gehören z. B. die meisten dispositiven Bestimmungen des Rechts der Rechtsgeschäfte. Als Zweck dieser Vorschriften lässt sich nur der allgemeine Ordnungszweck bezeichnen. Die Verschiedenheit des Inhalts der einzelnen Gesetzesgebote beruht auf der Verschiedenheit der Interessen, die gegen einander abzugrenzen sind. Nicht die Zweckbetrachtung, sondern nur die Interessenforschung bietet in diesen Fällen Werturteile, die für die Ergänzung und Fortbildung des Rechts verwendbar sind. Auch bei den privatrechtlichen Gesetzesvorschriften beschränkt sich die Zergliederung nicht auf den Nachweis der privaten Interessen, die durch die Entscheidung gegen einander abgewogen werden, sondern erstreckt sich auf die mitwirkenden Gemeinschaftsinteressen, insbesondere auch die Interessen an der Praktikabilität des Rechts. Auch die Positivität einzelner Vorschriften beruht auf Gemeinschaftsinteressen, sie ist bei der Untersuchung aufzuweisen und als Hindernis analoger Ausdehnung zu beachten¹⁾. Auch sonst können die Ergebnisse manigfach sein. Es kann sich herausstellen, dass ein Gesetzesgebot nicht auf selbständiger Abwägung der Lebensinteressen beruht, sondern aus fremdem oder früherem Rechte übernommen ist. Auch

1) Es ist deshalb völlig unberechtigt, wenn die Interessenjurisprudenz als „Gefühljurisprudenz“ bekämpft wird, wie dies z. B. bei Brütt (1907) S. 104 und bei Berolzheimer (1911) geschieht. Die relative Einschätzung der Postulate der Rechtssicherheit und der Angemessenheit ist von dem Prinzip der Interessenforschung unabhängig. Die Verwendung derselben Hilfsbegriffe schliesst prinzipiell verschiedene Stellungnahmen zu diesen Fragen nicht aus. Stampe gehört seiner Begriffsbildung nach zu der Richtung der Interessenjurisprudenz, während er die Bindung des Richters ganz anders beurteilt, als es diejenigen Vertreter dieser Richtungen tun, die sich zu der Frage geäußert haben. Vgl. Heck D. J.-Z. (1905).

in diesen Fällen ist die Interessenfrage weiter zu verfolgen. Die übernommene Vorschrift ist auf ihren Interessengehalt zu prüfen und das Uebnahmeinteresse in seiner etwaigen Eigenart festzustellen. Die Untersuchung kann weiter ergeben, dass der Gesetzgeber sich nicht durch Abwägung von Interessen, sondern durch Konsequenzen aus rezipierten Gebotsvorstellungen hat leiten lassen. Auch der Gesetzgeber ist der Schlagwortwirkung ausgesetzt. Dann hat der Richter nicht noch weitere Konsequenzen zu ziehen, sondern nur den Interessengehalt der in der Begriffsverwendung enthalten sein kann, zu verwerten¹⁾. Die Kausalfrage kann endlich wie jede historische Untersuchung zu unsicheren Ergebnissen führen oder ganz ergebnislos bleiben. Ein Argument gegen die Methode lässt sich daraus nicht entnehmen. Wenn sich nicht erkennen lässt, welche Interessenlagen gewertet sind, so bleibt das betreffende Gebot für die Ergänzung des Rechts ausser Betracht. Ein völliges Versagen der Interessenfrage bildet übrigens bei modernen Gesetzen eine seltene Ausnahme.

Nur ist dabei zu beachten, dass allein die Gesetzesgebote auf selbständigen Interessenabwägungen beruhen. Die Masse der Rechtssätze besteht nicht aus Geboten, sondern aus Rechtsaussagen, aus näheren Bestimmungen von Gebotselementen²⁾. Diese Rechtsaussagen enthalten auch nur Bestandteile von Interessenabwägungen. Ihr Interessengehalt ist nur zu erkennen, wenn man sie transponiert, in die erläuterten Gebote einsetzt³⁾. Solche Transponierungen sind sehr oft notwendig und ein unentbehrliches Hilfsmittel der Interessenforschung.

1) Das Hypothekenrecht des B.G.B. ist z. B. von der Vorstellung beeinflusst, dass die Hypothek ein accessorisches Recht sei. Diese Vorstellung hat dazu geführt, dass nach § 1153 ff. das Gesetz nur eine Abtretung der Forderung kennt und die Hypothek selbst nicht als Gegenstand des Abtretungsgeschäfts behandelt. Es wäre verfehlt, daraus zu folgern, dass bei einer solchen Abtretung ein Irrtum über die Hypothek nicht als Irrtum über den Inhalt der Erklärung zu behandeln ist. Eine neue Abwägung der bei der Irrtumsanfechtung beteiligten Interessen ist durch die gesetzliche Konstruktion der Hypotheken-Abtretung nicht beabsichtigt worden. Vgl. über die Bedeutung der gesetzlichen Begriffsverwendung im allgemeinen Rümelin (1907) S. 47.

2) Für den Gesamtkomplex des Rechts ist die Gebotstheorie festzuhalten.

3) § 100 B.G.B. bestimmt: „Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts

Die Veränderung, welche die Auffassung der richterlichen Fallentscheidung erfahren hat, muss natürlich auch die Methode der wissenschaftlichen Arbeit beeinflussen¹⁾. Die Konsequenzen sind freilich noch nicht alle gezogen. Auch fehlt es noch vielfach an einer scharfen Unterscheidung der normativen Aufgaben von den Erkenntnisproblemen einerseits, den Darstellungsproblemen andererseits.

Die praktische Rechtswissenschaft hat in weitem Umfange normative Aufgaben²⁾. Wenn der Richter nicht nur Tatbestände unter vorhandene Gebotsvorstellungen logisch zu subsumieren, sondern diese Gebote nach Werturteilen zu ergänzen hat, dann muss ihm die Rechtswissenschaft diese schwierige Aufgabe dadurch erleichtern, dass sie die Lücken voraussieht, die Ergänzung vorschlägt und dem Richter die massgebenden Erwägungen unterbreitet. Eine Kasuistik³⁾ in diesem Sinn

sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt.“ So lange man diesen Rechtssatz isoliert betrachtet, lässt sich schlechterdings nicht sagen, welche Interessen bei seiner Entstehung gegen einander abgewogen wurden. Aber dieser Anspruch würde auch kein juristisches Interesse bieten, keine praktische Bedeutung besitzen, wenn nicht das Gesetz in anderen Vorschriften von Nutzungen redete. Das ist natürlich der Fall. § 987 verpflichtet z. B. den Besitzer einer fremden Sache, dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eindrucke der Rechtshängigkeit zieht. Wenn man den Inhalt des § 100 in § 987 einsetzt, dann erhält § 100 praktische Bedeutung. Dann wird aber auch deutlich, dass § 100 bei derjenigen Interessenabgrenzung mitwirkt, die durch § 987 vollzogen wird.

1) Die Umgestaltung wird m. E. nicht richtig gekennzeichnet, wenn Wieland (1911) die Methode der Geschichtswissenschaft nach der Auffassung Rieckerts als Vorbild aufstellt. Eine „wertbeziehende“ Wissenschaft ist die Rechtswissenschaft immer gewesen. Aber die neuere Richtung geht darüber hinaus und stellt neben die Wertbeziehung noch die Aufgabe selbständiger Wertung. Die Auffassung Wielands ist durch die objektive Theorie der Gesetzesauslegung bedingt.

2) Vgl. Anhang II Nr. 2.

3) Die Kasuistik kann von zwei sehr verschiedenen Standpunkten aus entbehrlich erscheinen. Die ältere Richtung konnte sich mit der Feststellung der allgemeinen Begriffe begnügen, weil die kognitive Subsumtion als eine einfache Aufgabe galt, die der Praxis zu überlassen war. Aber auch vom Standpunkte der Freirechtbewegung aus kann die Vorarbeit als untunlich erscheinen, weil der Richter aus der Totalität des Einzelfalls sein Recht gewinnt und die Totalität nicht voraussehbar ist. Es ist daher konsequent, wenn Ehrlich 1903 (S. 38) von der freien Wissenschaft sagt: „Gewiss ist es nicht Sache der Wissenschaft nach Art der hergebrachten zivilistischen Monographie, dem Richter die Ent-

ist nicht, wie manchmal geglaubt wird, ein Mangel), sondern ein Vorzug der wissenschaftlichen Monographie¹⁾.

Die kognitive Tätigkeit, die zur Erreichung des normativen Ziels erforderlich ist, hat zunächst einen doppelten Gegenstand. Einmal ist das geltende Recht zu erkennen. Aber nicht nur in Hinsicht auf den Inhalt der massgebenden Gebotsvorstellungen. Vielmehr muss mit besonderem Nachdruck gefordert werden, dass die Wissenschaft die Wertungen des Gesetzes, die Interessengrundlage der gesetzlichen Bestimmungen erforsche und hervorhebe. Jeder Rechtssatz ist auf seinen Interessengehalt zu prüfen. Zweitens ist aber zu fordern, dass die Rechtswissenschaft auch das Leben erforsche, die Lebenslagen und Lebensbedürfnisse, die Wirkung des Rechtes auf das Leben, die funktionelle Seite der Rechtsinstitute. Weitere Förderung können die normativen Aufgaben erfahren durch Rechtsgeschichte, durch Rechtsvergleichung und durch legislative Kritik (Erörterung de lege ferenda)²⁾.

In der Betonung der Interessenforschung bei Rechtserkenntnis und Lebenserkenntnis liegt der berechtigte Kern des stark betonten Verlangens nach einer soziologischen Rechtswissenschaft, einer Rechtssoziologie oder einer die dogmatische Rechtswissenschaft ergänzenden soziologischen Rechtswissenschaft. Diesen berechtigten Kern umgeben allerdings verschiedene unklare Wünsche³⁾. Eine Unklarheit scheint

scheidung eines jeden einzelnen Falles vorzukauen, der etwa an ihn herantreten könnte. Den einzelnen Fall wird in den meisten Fällen der Richter viel besser beurteilen können als der Schriftsteller.“ Teilen kann ich diese Ansicht freilich nicht.

1) Die Grenzen lassen sich nicht generell ziehen. Meiner grossen Haverei ist der Vorwurf gemacht worden, dass sie zu ausführlich sei. Dabei wird der methodische Zweck nicht gewürdigt. Es musste mir darauf ankommen, die Ergänzungsbedürftigkeit des Gesetzesinhalts und die Verwendbarkeit der teleologischen Gesichtspunkte für ein konkretes Gebiet in möglichstem Umfange nachzuweisen.

2) Die drei Hilfsgebiete, auch die Rechtsvergleichung, sind in meiner Darstellung der grossen Haverei berücksichtigt worden.

3) Dahin gehört der Wunsch nach einem Ersatz der Rechtswissenschaft durch eine Soziologie oder nach der unmittelbaren Verwendung des von einer allgemeinen Soziologie erbrachten Materials. Die Rechtswissenschaft verfolgt normative Endziele und nur der Jurist kann das für seine Endziele wesentliche aus der Fülle der Wirklichkeit aussondern. Den

mir auch darin zu liegen, dass gerade die Vertreter des Modernismus¹⁾ die objektive Theorie der Gesetzesauslegung vertreten, die Forderung, dass der Ausleger nicht nach dem empirischen Willen der gesetzgebenden Menschen zu forschen habe, sondern dass er das Gesetz auffassen solle nach dem Sprachgebrauch und den Bedürfnissen der Anwendungszeit. Dieser verbreiteten Ansicht kann ich nicht zustimmen. Wenn wir mit der Unterwerfung des Richters unter den Willen der Gemeinschaft Ernst machen wollen, dann müssen wir auch nach den empirischen, wirklichen Vorstellungen der mit der Gesetzgebung beauftragten Menschen fragen. Jede andere Behandlung würde die Treffsicherheit der Gesetzgebung mindern und damit die Aufgabe der Gesetzgebung wesentlich erschweren. Die Theorie der objektiven Auslegung verschmilzt kognitive und normative Aufgaben, sie ist methodengeschichtlich aufzufassen²⁾ als ein Surrogat der Lehre von der Gebotsergänzung, als ein Versuch, das Dogma von der Beschränkung des Richters auf die Subsumtion mit der Erkenntnis in Einklang zu bringen, dass die empirisch wirklichen Gedanken der Gesetzgeber nicht ausreichen, um ihre Aufgabe zu lösen.

richtigen Standpunkt vertritt Kantorowicz (1911). Es ist ihm beizustimmen, wenn er eine von der allgemeinen Soziologie verschiedene „Rechtssoziologie“ fordert. Diese Rechtssoziologie entspricht der im Text als zweite kognitive Aufgabe bezeichneten Lebensforschung. Kornfeld (1911) will die Rechtswissenschaft ihres normativen Charakters entkleiden und zu einer Soziologie des Rechts umgestalten. Die Lösung der normativen Aufgaben will er als Technik bezeichnen. Gegen die Ausarbeitung einer Soziologie des Rechts ist nichts einzuwenden, aber der Vorschlag der Namensänderung abzulehnen. Die normativen Aufgaben sind so wichtig und so umfassend, dass ihre Theorie stets den Rang einer Wissenschaft behaupten wird.

1) Vgl. Kantorowicz (1911), Stampe (1911), Wieland, Fuchs u. a. Die objektive Theorie der Gesetzesauslegung hat in der Theorie, nicht in der Praxis sehr weitgehende Anerkennung gefunden. Um so erfreulicher ist es, dass sich neuerdings gewichtige Stimmen gegen diese Theorie ausgesprochen haben. Vgl. M. Rümelin (1908) S. 37, Bierling (1911) S. 256 ff., Staffel (1911) S. 737.

2) Die Rücksicht auf den Standpunkt der Laien (Kraus, Grünhuts Zschr. 32 S. 610) ist für die Theorie nicht kausal gewesen und fällt nicht ins Gewicht. Die isolierte Gesetzesvorschrift kann einen objektiven Laiensinn haben, aber nicht das Gesetz in seinem Zusammenhange.

Was die Darstellung anbetrifft, so ist eine grundlegende Umgestaltung der systematischen Anordnung, in der wir das bürgerliche Recht behandeln, nicht zu erwarten. So wichtig auch die funktionelle Betrachtung der Institute, ihrer Wirkungen und legislativen Aufgaben auch ist, so dürfte doch für die Anordnung des Stoffes die bisherige Gliederung, wenn auch nicht unverändert, den Vorzug verdienen. Unser heutiges System beruht in seinen letzten Grundlagen auf Bedürfnissen der Orientierung, die von den Veränderungen der Methode unberührt bleiben. Wohl ist aber zu verlangen, dass die Ergebnisse der Interessenforschung, die soziologischen Elemente fortdauernd in die Darstellung eingearbeitet werden. Der Zusammenhang des Rechtes mit den Lebensinteressen muss überall auf das Nachdrücklichste betont werden. Ferner ist zu erwarten und zu wünschen, dass der Darstellungszweck bei der systematischen Einordnung und bei der Definition bestimmter im Auge behalten wird, als dies bisher manchmal geschehen ist. Bei monographischer Bearbeitung eines Instituts ist die Einordnung in das System der Gebotsbegriffe nicht der Beginn, sondern der Schlussstein der wissenschaftlichen Arbeit¹⁾. Auch die ergänzenden Normen, die während der Arbeit gewonnen werden, sind mit zu berücksichtigen. Die gleichen Anforderungen gelten für die zusammenfassende Definition²⁾.

Mit besonderem Nachdrucke ist vor der Meinung zu warnen, als ob die neuere Richtung dazu führe, die Anforderungen an die Klarheit der juristischen Begriffsbildung herabzusetzen³⁾. Das Gegenteil ist der Fall. Dadurch, dass man die verschiedenen Aufgaben der Rechts-

1) Vgl. die Anordnung bei der grossen Haverei Anhang II und bei den Gesellschaftsbeschlüssen (Festschrift für Gierke).

2) Den schroffsten Gegensatz zu den im Texte vertretenen Anschauungen bilden die Ansichten von Kelsen über die Gesetze der juristischen Konstruktion (1911). Kelsen steht noch durchaus im Banne der älteren Auffassung.

3) Sohm (1910) vermutet, dass ich die Rechtsbegriffe durch „nationalökonomische Begriffe“ ersetzen wolle. Ich kann weder einsehen, wie dies möglich sein sollte, noch auch inwiefern meine Arbeiten zu einer solchen Vermutung Anlass gegeben haben können.

ergänzung, der Erkenntnis und der Darstellung scharf auseinanderhält, wird es erst möglich jede einzelne von ihnen methodisch richtig zu behandeln.

IV. Die Umwandlung der juristischen Methode, die wir besprochen haben, wird, m. E., dazu führen, die Ergebnisse der Rechtssprechung dem Bedürfnisse des Lebens in höherem Grade anzupassen als es bisher der Fall war. Aber eine vollständige Anpassung kann nicht erreicht werden. Der Richter bleibt an das Gesetz gebunden, auch wo es verfehlt ist. Und an solchen verfehlten Bestimmungen fehlt es nirgends. Namentlich ist das B.G.B. reich an unzureichenden Normen, zumal der erste Entwurf unter dem Einfluss der klassischen Schule redigiert worden ist. Ebensowenig gibt irgend eine Methode der Rechtssprechung eine vollständige Garantie für die Gleichmässigkeit und Vorausschbarkeit der richterlichen Entscheidungen. Wenn die Vertreter der soziologischen Jurisprudenz es als einen Mangel der älteren Methode bezeichnen, dass selbst die Entscheidungen des Reichsgerichts oft nur Mehrheitsbeschlüsse sind, die von der Minderheit dauernd missbilligt werden¹⁾, so wird sich dieser Mangel durch keine Aenderung der Methode heben lassen. Auch über die Ergebnisse der wertenden Rechtsfindung, auch bei der Interessenwägung nach Wertideen werden stets Meinungsverschiedenheit bestehen. Denn im Hintergrund der normativen Ueberlegung stehen Elemente der Eigenwertung, die individuell bedingt sind. Ja das Ideal der Rechtssicherheit kann eher gefährdet erscheinen, weil die bewusste Gebotsergänzung besonders grosse Anforderungen an die Umsicht und geistige Freiheit des Richters stellt und diese Eigenschaften in individuell verschiedenem Grade vertreten sind. Gewiss ist zu erwarten, dass die Praxis des Reichsgerichts die Zweifel einschränken wird. Aber das Eingreifen des Reichsgerichts ist vom Zufall abhängig. Zahlreiche und in ihrer Gesamtheit wichtige Streitfragen gelangen überhaupt nicht vor das Reichsgericht, weil es sich um Lebensverhältnisse handelt, bei denen hohe Revisionssummen nicht vorkommen. Und zu einer Aenderung

1) Kantorowicz (1911) S. 17 oben, Fuchs (1911) S. 87 und passim.

der unangemessenen Gesetzesnorm ist das Reichsgericht nicht befugt. Eine Abhilfe kann auch nicht von dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung erwartet werden. Der Apparat der parlamentarischen Gesetzgebung ist so kompliziert, dass er nur für besonders wichtige Angelegenheiten in Bewegung gesetzt werden kann. Die Parlamente sind aber für absehbare Zeit mit wichtigen Angelegenheiten überlastet. Dagegen handelt es sich bei den Normen des Privatrechts regelmässig um an sich unwichtige Einzelheiten, um Detailfehler, die gar keine politische Bedeutung haben, isoliert betrachtet, unwichtig sind, aber doch in ihrer Gesamtheit die Leistungen erheblich beeinträchtigen, die das Leben von unserer Rechtsordnung fordert. Es würde Vergeudung von Staatskräften sein, wenn man wegen solcher Filigranarbeit denselben Apparat in Bewegung setzen wollte, der bei politischen Angelegenheiten notwendig und gerechtfertigt ist. Auch sind unsere Parlamente für solche juristische Detailarbeit gar nicht geeignet. Bei unseren modernen Gesetzen sind es vielfach gerade die Aenderungen, welche der Entwurf in der parlamentarischen Beratung erfahren hat, die der Rechtsanwendung besondere Schwierigkeiten bereiten.

Diese Erwägungen haben dazu geführt, dass von den Vertretern der Reformbewegung auch Vorschläge gemacht worden sind, die auf eine Umgestaltung der autoritativen Rechtsgewinnung gerichtet sind. Es sind drei verschiedene Gedanken, die Vertretung gefunden haben. Einmal ist von Vertretern der Freirechtsbewegung vorgeschlagen worden, dem grössten Teil unseres Privatrechts die Gesetzeskraft zu nehmen, das B.G.B., wie man sich ausgedrückt hat, auf die Bedeutung eines Lehrbuchs herabzudrücken. Zweitens habe ich in einem Vortrage in der juristischen Gesellschaft in Berlin am 7. Februar 1906 vorgeschlagen, die Fortbildung des Privatrechts im Wege der parlamentarisch kontrollierten Rechtsverordnung zu gestatten¹⁾. Mit diesem Gedanken berührt

1) Die Wiedergabe meines Vortrags in dem Jahresbericht ist so sehr durch Druckfehler und Auslassungen entstellt, dass sie vielfach keinen Sinn gibt.

sich die Schaffung eines Reichsamts für Auslegung, die von Zeiler seit 1907 in mehreren Aufsätzen befürwortet wird¹⁾.

Auf den ersten Vorschlag will ich nicht näher eingehen. Er kommt darauf hinaus, die vollkommen freie Rechtsfindung mit Befugnis der Abänderung von Gesetzeswertungen gesetzlich einzuführen und scheidet an dem Postulate der Rechtssicherheit, wie bereits früher dargelegt wurde.

Mein eigener Vorschlag gründet sich auf die Unterscheidung der politischen und der unpolitischen Gesetzgebungsprobleme, auf die ich schon hingewiesen habe²⁾. Für die politischen Probleme, bei denen die Interessen an bestimmte Bevölkerungskreise gebunden einander gegenüberstehen, ist der Weg der parlamentarischen Gesetzgebung bestimmt und geeignet. Er soll ihnen unverkürzt erhalten bleiben. Nur für die unpolitischen Probleme, die technischen Aufgaben, die juristische Filigranarbeit, deren Gelingen allen Kreisen gleichmässig nützt, soll ein einfacherer Weg der Lösung eröffnet werden. Zum Teil ist dies bereits geschehen. Auch auf dem Gebiet des Privatrechts mehren sich die Fälle in denen die Fortbildung des Rechts und seine Ausgestaltung im Einzelnen dem Verordnungsweg überlassen wird³⁾. Aber die einfache Ueberweisung ist nur zulässig, wo der unpolitische Charakter schon durch die Beschaffenheit der Probleme ganz zweifellos gegeben ist. Diese Voraussetzung trifft aber in sehr vielen Fällen nicht zu. Oft ist es erst der Inhalt der legislativen Anordnung, der erkennen lässt, ob die Anordnung politische Interessen berührt oder nicht. Für solche Fälle bietet sich der naturgemässe Ausweg, dass die beabsichtigte Aenderung zunächst von einer Behörde zu publizieren ist und dass sie erst dann wirksam wird, wenn im Laufe einer Prüfungsfrist kein Einspruch im Parlamente erhoben ist. Wird sie beanstandet, so fällt sie zusammen und es bleibt beim alten Rechte. Dieses Recht der

1) Zusammengefasst in der Abhandlung von A. Zeiler Ein Gerichtshof bindende Gesetzesauslegung. 1911.

2) Vgl. oben S. 31, Anm. 1.

3) Vgl. z. B. Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. 5. 1908 § 188.

Beanstandung ist jedenfalls schon einer kleinen Minorität von Abgeordneten, z. B. 5 Reichstagsabgeordneten zu geben. Daneben könnten noch andere Instanzen in Frage kommen, etwa die ständige Deputation des Juristentags. Doch dürfte schon das erste Einspruchsrecht genügen, um alle Aenderungen politischer Tragweite auszuschliessen. Die Parlamente sollen nicht in ihrem Einflusse geschwächt, sondern in ihrer Leistungsfähigkeit dadurch gekräftigt werden, dass ihnen gewissermassen die Möglichkeit einer stillschweigenden Gesetzgebung gewährt wird. Die Einrichtung würde kein vollständiges Novum darstellen. Sie enthält einmal eine Anpassung der römischen Einrichtung des prätorischen Edikts an moderne Verhältnisse. Sie findet aber auch ein Vorbild in England. Der Zivilprozess ist dort nur in ganz geringem Umfange durch parlamentarisch beratenes Gesetz geregelt. In der Hauptsache erfolgt die Regelung durch Normen, rules, welche von einer Kommission vorgeschlagen werden und Gesetzeskraft behalten, wenn vom Parlamente kein Widerspruch erhoben wird¹⁾.

Der Vorschlag von Zeiler geht dahin, einer neu zu schaffenden Reichsbehörde die Befugnis zu bindender Gesetzesauslegung zu geben. Dabei ist nicht beabsichtigt, eine Befragung des Amtes im laufenden Prozesse vorzuschreiben. Sondern das Amt soll abstrakte Rechtsbelehrung erteilen, gewissermassen moderne Weistümer, die aber nach ihrer Publikation die Gerichte binden sollen. Der Unterschied von meinem Gedanken besteht darin, dass einerseits die Befugnis zur Gesetzesänderung andererseits die Einspruchskontrolle wegfällt. Ich kann mich nicht davon überzeugen, dass diese Abweichungen zu billigen sind. Sicher ist, dass sie die Wirksamkeit der Einrichtung schwächen. Jeder misslungene Gesetzesparagraph wird seine störende Wirkung auf die Dauer beibehalten. Sodann aber unterschätzt Zeiler die grossen Schwierigkeiten zwischen Gesetzesauslegung und Gesetzesänderung reinlich zu scheiden. Die Grenzen sind durchaus flüchtig. Wer soll entscheiden, ob ein konkretes Weistum eine Auslegung oder eine Aenderung enthält. Sollte der Richter,

1) Gerland, Englische Gerichtsverfassung S. 285 ff.

der das Weistum anwendet, seine Gültigkeit prüfen müssen, so wird ihm eine Aufgabe zugemutet, die kaum zu lösen ist und die Sicherheit der Rechtssprechung wird wieder gefährdet. Nimmt man dem Richter das Prüfungsrecht, so hat das Amt, wenn auch nicht das Recht, so doch die Macht der Gesetzesänderung. Und diese Macht kann ihm ohne parlamentarische Kontrolle nicht zugestanden werden. Mit der parlamentarischen Kontrolle ist aber auch das Recht der Gesetzesänderung bedenkenfrei. Deshalb glaube ich, dass der frühere Vorschlag den Vorzug verdient.

Die Handhabung des Ordnungsrechts denke ich mir nicht in der Weise, dass das Reichsjustizamt materiell und ausschliesslich oder vorzugsweis die Initiative zu den Rechtsvorschlägen üben soll. Die grosse Aufgabe der allmählichen Vervollkommnung unseres Rechts soll nicht von einer Behörde gelöst werden, sondern durch das Zusammenwirken aller im Volke vorhandenen Kräfte. Das Reichsjustizamt soll nur den Schlüssel zu einem Thore halten, durch welches unzweifelhafte Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung und praktischer Erfahrung, unabweisliche Forderungen veränderter Lebensverhältnisse in unsere Rechtsordnung eindringen können. Das Reichsjustizamt soll eine Sammelstelle sein, bei der die Vorschläge einlaufen gesichtet, geprüft und eventuell formuliert werden.

Als sachliches Bedenken gegen den Vorschlag könnte nur geltend gemacht werden, dass er die Stabilität des Rechts gefährden würde. Die Beständigkeit des Rechts ist nun sicher ein hohes Gut. Ein Wechsel des Rechts ist, wenn man von der Wertung der beiden Rechte absieht, sicher ein Missstand. Ferner genügt nicht, dass ein gutes Recht besteht, es muss auch bekannt sein. Es bedarf der literarischen Bearbeitung. Die Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs hat auch die Schattenseiten einer Uebergangszeit deutlich hervortreten lassen. Und nun wird anscheinend vorgeschlagen, diese Zustände zu verewigen, den fortlaufenden Wechsel des Rechts zum System zu erheben. Wenn mein Vorschlag diese Wirkung haben könnte, würde ich ihn nicht vertreten. Aber es handelt sich eben nicht um eine Gesamtkodifikation,

sondern um eine allmähliche Ausfeilung des Rechts, um Ausbau wie er auch jetzt durch Judikatur und Wissenschaft vollzogen wird, nur weniger vollkommen und weniger regelmässig. Jeder Jurist muss auch heute der Rechtssprechung des Reichsgerichts folgen und aus den Fallentscheidungen die Ergänzungsnormen herausarbeiten. Die Verordnungen des Reichsjustizamts würden in derselben Weise nachzutragen sein. Dafür würde die ermöglichte Verbesserung des Gesetzes auch entlastend wirken und gerade die unerquicklichen Streitfragen beseitigen, die durch missglückte Gesetzesfassung entstehen. Je genauer die Rechtsordnung dem Lebensbedürfnisse sich anpasst, um so selbstverständlicher und klarer erscheint sie. Einer allzu rührigen Reformtätigkeit wird schon durch das Einspruchsrecht und dadurch vorgebeugt, dass die Aufgabe dem Reichsjustizamt und nicht einer besonderen Behörde übertragen wird. Ein besonderes Reichsamt würde leicht die Verpflichtung fühlen, seine Existenzberechtigung durch Reformvorschläge zu beweisen. Eine solche amtliche Unruhe ist beim Reichsjustizamte nicht zu befürchten. Das Reichsjustizamt ist durchaus in der Lage, die Vorzüge der Stabilität und der neu in Aussicht genommenen Aenderung sachlich richtig abzuwägen. Einen besonders gewichtigen Gegengrund gegen das Stabilitätsbedenken bieten die Erfahrungen, die bisher auf den Gebieten vereinfachter Rechtsbildung gemacht worden sind. Die englischen Rules haben sich durchaus bewährt. Niemand denkt an ihren Ersatz durch ein parlamentarisches Gesetz. Und auch auf denjenigen Gebieten, die heute durch Verordnung z. B. durch die Eisenbahnverkehrsordnung oder wie dies z. B. auf dem Gebiete der Seeversicherung der Fall ist, durch Vereinbarungen der Interessenten geregelt werden, ist von einer störenden Unruhe nirgends wahrzunehmen.

Die Vorteile, die ich von dem Vorschlage erwarte, bestehen einmal in der Aussicht für die Gewinnung eines technisch möglichst vollkommenen Gesetzesrechts. Die angemessene und völlig klare Fassung von Gebotsvorschriften lässt sich nur durch allmähliche Feilung und stete Hebung hervortretender Mängel erreichen. Das zeigt die Geschichte eines

jeden Entwurfs und das zeigen die historischen Vorbilder namentlich auch das prätorische Edikt. Zudem aber bietet dieser Weg auch die besten Garantien für die Förderung der Rechtswissenschaft und der Technik der richterlichen Fallentscheidung. Es ist alte Weisheit, dass derjenige sich in Gehorsam zu üben hat, der später befehlen soll. Aber man kann den Spruch auch umkehren. Die Arbeit de lege ferenda ist die beste Schule für das Verständnis und die Ergänzung der lex lata. Nun steht es ja heute auch auf dem Gebiete des Privatrechts jedem frei, Vorschläge de lege ferenda auszuarbeiten. Aber wir haben keine Aussicht, dass solche Vorschläge zur Verwirklichung gelangen. Diese Resignation hat in der Vergangenheit lähmend gewirkt und wird es auch in der Zukunft tun, wenn wir nicht einen leichteren Weg der Rechtsfortbildung eröffnen. Tun wir dies, dann dürfen wir erwarten, dass der frische Zug, den die Codifikation des bürgerlichen Rechts in unsere Wissenschaft gebracht hat, dauernd erhalten bleibt. Was wir brauchen ist nicht die völlig freie Rechtsfindung des Richters, sondern ein technisch vollendetes, zeitgemässes Gesetz, eine sinngemässe Anwendung und eine methodisch klare Wissenschaft, welche auch die Kritik und die Fortbildung des Rechts in den Kreis ihrer Aufgaben einbezieht.

Das Ideal einer vollkommen angemessenen und vollkommen bestimmten Rechtsgewinnung können wir nicht erreichen aber wir können uns diesem Ideale noch erheblich nähern.

Hochansehnliche Versammlung!

Unsere Betrachtung hat uns mehrfach an die Grenzen des juristischen Könnens geführt. Aber diese Grenzen sind noch enger zu ziehen. Das letzte Ziel des Rechts, die Sicherung der Lebensgüter, die Verbindung der Menschen zu streitlosem Zusammenwirken, lässt sich mit den Mitteln des Rechts allein nicht erreichen. Dazu bedarf es des Eingreifens ethischer Faktoren, die in der Tiefe der Persönlichkeit wurzeln.

Unser Württemberger Land erfreut sich glücklicher Verfassungszustände. Die Streitigkeiten zwischen der Krone und der Volksvertretung, von denen unsere Geschichte berichtet, sind längst verstummt. In vollem Einklange wirken Volk und Regierung. Wir danken dies nicht nur den Normen des Verfassungsrechts und ihrer richtigen Anwendung, sondern auch der gerechten und wohlwollenden Gesinnung unseres Monarchen. Seine Persönlichkeit hat ihm die Herzen seiner Untertanen gewonnen. Bei der Feier seiner silbernen Hochzeit in diesem Jahre ist diese Liebe und Verehrung machtvoll zu tage getreten. Auch der Universität ist er stets ein huldvoller Freund und Förderer gewesen. Der Feier des heutigen Tages, die das ganze Land in festlicher Freude begeht, schliessen auch wir uns mit vollem Herzen an.

Gott erhalte, Gott schütze unsern König und Herrn!

Anhang.

I. Literaturverzeichnis.

Aus der neueren Literatur Deutschlands sind in chronologischer Reihenfolge hervorzuheben:

1899. Geny, *Méthode d'interprétation*. 1900. Eltzbacher, *Über Rechtsbegriffe*. Jung, *Die logische Geschlossenheit des Rechts*. 1902. Stammler, *Die Lehre vom richtigen Rechte*. 1903. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Mayer, E. M., *Rechtsnormen und Kulturnormen*. Schlossmann, *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften*. Zitelmann, *Lücken im Rechte*. 1904. Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, in *Sammlung Göschen*. Wurzel, *Das juristische Denken*. Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung* in Heft 9. *Gehe St.* 1905. Müller-Erzbach, *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt*. Stampe, *Rechtsfindung durch Konstruktion. Rechtsfindung durch Interessenwägung. Gesetz und Richtermacht*. *D. J. Z.* 10, S. 417, 713, 1018. Landsberg, a. a. O. S. 920. Heck, a. a. O. S. 1140. 1906. Anschütz, G., *Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen*. *Verwaltungsarchiv* XIV. Brodmann, *Vom Wesen und Begriff des Rechts* Iherings J. S. 277 ff. Gnaeus Flavius (Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Radbruch, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung*. *Archiv f. Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Bd. 22. S. 359. Rumpf, *Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung*. Staffel, *Ueber Stammlers Lehre vom richtigen Recht*, Iherings J. 50 S. 301. Unger, *D. J.-Z.* S. 781. 1907. Bozi, *Die Weltanschauung der Jurisprudenz*. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*. E. Fuchs, *Schreibjustiz und Richterkönigtum*. Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs*. Gareis, „*Vom Begriff Gerechtigkeit*“ in *Giessener Festschrift*. Jung, *Positives Recht*. R. Löning, *Ueber Wurzel und Wesen des Rechts*. M. Rümelin, *B. Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft*, *Tübinger Rektoratsrede*. Salomon, *Das Problem der Rechtsbegriffe*. K. Schmölder, *Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts*. Stampe, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*. 1908. Danz, *Rechtssprechung nach der Volksanschauung und dem Gesetz* in Iherings J. 54 S. 2 ff. E. Fuchs, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*. H. Geffken, *Das Gesamtinteresse als Grundlage des Staats- und Völkerrechts*. Lazarsfeld, *Das Problem der Jurisprudenz*. M. Rümelin, *Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns*, *Tübinger Kanzlerrede*. Stier-Somlo, *Das freie Ermessen in Rechtssprechung und Verwaltung*. *S.A. aus der Laband-Festgabe*. 1909. *D. Jur.-Z.* 1019 ff. (Sohm, Hölder, Mitteis) dazu Heck a. a. O. S. 1457. Düringer, *Richter und Rechtssprechung*. E. Fuchs, *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Ju-*

risprudenz. Kantorowicz, Zur Lehre vom richtigen Rechte. Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit. Sinzheimer, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft. Sohm, D. J.-Z. S. 114. Spiegel, Jurisprudenz und Sozialwissenschaft in Grünhuts Zschr. 36 S. 1 ff. 1910. E. Fuchs, D. Jur.-Z. 283. Gmelin, Quo usque. 1910. Rumpf, Volk und Recht. Rundstein, Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins. Archiv f. Bürgerliches Recht Bd. 34 S. 1 ff. Verhandlungen im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 3 S. 526 ff. Wieland, Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft. 1911. Baumgarten, Die Freirechtsbewegung, D. Richterz. S. 543 ff. Berolzheimer, Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 4 S. 595 ff. Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. 4. E. Fuchs, Klassische Einwendungen gegen die soziologische Rechtslehre in Holdheims Monatsschrift für H.R. und B.W. 20 S. 82 ff. Hurwicz, Rudolf von Ihering und die deutsche Rechtswissenschaft. Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Kiss, Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht. Iherings J. 58, S. 413 ff. Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse. Oertmann, Soziologische Rechtsfindung in Holdheims Monatsschrift für H.R. u. B.W. 20 S. 1 ff. Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung. Iherings Jahrbücher 58 S. 146—174 (1911). Somlo, Die Anwendung des Rechts in Grünhuts Zschr. 38 S. 1 ff. Staffel, Die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz, besonders im Hinblick auf die Freirechtsbewegung. D. Richterzeitung S. 724 ff. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft. Stampe, Die Freirechtsbewegung. Vierhaus, Über die Methode der Rechtsprechung. 1912. Neukamp, Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung, D. J.-Z. S. 44.

Kritische Uebersichten über die Literatur hat Hedemann gegeben im Archiv f. Bürgerl. R. 31 S. 296 (1906—7) und 34 S. 114 ff. (1908 und 09). Die Behandlung der Methodenprobleme gehört ferner zum Programm der „Ver-einigung zur Förderung zeitgemässer Rechtspflege und Verwaltung“ „Recht und Wirtschaft“, als deren Organ seit Oktober 1911 eine Zeitschrift unter diesem Titel erscheint.

II. Belegstellen.

Die methodischen Grundanschauungen, die in den vorstehenden Ausführungen dargelegt sind, habe ich von Anbeginn meiner wissenschaftlichen Tätigkeit ab vertreten. Meine Ueberzeugung von ihrer Richtigkeit und ihrer weittragenden Bedeutung hat sich während meiner Lehrtätigkeit und meiner wissenschaftlichen Arbeit fortdauernd bewährt. Da meine früheren Stellungnahmen in monographischen Arbeiten zerstreut sind, so will ich einige Belegstellen geben:

1. In dem Vorworte zu meinem Buche über die grosse Haverei¹⁾ führe ich aus:

„Der nachfolgenden Arbeit war in erster Linie eine wissenschaftliche, und zwar eine methodische Aufgabe gestellt.

1) Berlin 1889.

Diejenige Auffassung des Rechts, welche seine Abhängigkeit von den menschlichen Bedürfnissen, die Bedeutung des Zweckmoments betont, ist keineswegs allgemein anerkannt und in ihren Konsequenzen gewürdigt. Der Verfasser hat sie einer eingehenden monographischen Darstellung zu Grunde gelegt, um dadurch ihren Wert nach verschiedenen Seiten auf die Probe und andererseits klar zu stellen. Die Arbeit hat ihm selbst nur Bestätigung und Bestärkung in dieser Grundanschauung gebracht. Auch das zweite Ziel würde erreicht sein, falls sie auf Andere, wenngleich in bescheidenstem Umfange ebenso wirken sollte.

Die Wahl des Themas rechtfertigt sich durch die wenig erschöpfende Behandlung, die es in der deutschen Literatur gefunden hat, sodann durch die Sicherheit, mit welcher sich jene Abhängigkeit gerade im Seerecht prüfen lässt. Die Anordnung und die Behandlung der einzelnen Fragen war durch den methodischen Standpunkt vorgezeichnet. Wer die Rechtssätze als logische Folgerungen aus allgemeinen Prinzipien auffasst, wird ihre begriffliche Konstruktion vorausschicken und dann von dem gewonnenen Ergebnisse aus die einzelnen Normen entwickeln bzw. durch Ableitung weiterer Folgerungen ergänzen. Der Verfasser musste sich an erster Stelle die praktische Bedeutung des Instituts, seine Vorzüge und seine Gefahren durch Anschauung der Verhältnisse vergegenwärtigen und die positiven Bestimmungen derart erläutern und vervollständigen, dass nach Möglichkeit die Vorteile gesichert, die Nachteile vermieden werden. Erst nach Erledigung dieser Aufgabe durfte eine begriffliche Bestimmung und systematische Einordnung sich anschliessen.“

2. Die wissenschaftliche Aufgabe bestimme ich dann näher wie folgt:

„Einmal ist eine Darstellung des geltenden Rechts in möglichst umfassender Kasuistik gegeben.

Auch auf den durch Gesetz geregelten Gebieten muss der Richter, sobald der Sinn der gesetzlichen Worte und Wendungen unsicher ist, diejenige Auslegung wählen, welche zu dem zweckmässigsten Ergebnisse führt. Ein solches Verfahren bedingt eine vollkommene Beherrschung der massgebenden Verhältnisse und Erwägungen. Es ist deshalb Aufgabe des Spezialforschers, die Zweifelfälle vorzusehen und unter Mitteilung der erheblichen Momente die Entscheidung vorzuschlagen. — Zweitens wird versucht, mit der Darstellung des geltenden Rechts eine Kritik zu verbinden.

Der Verfasser steht nicht an zu bekennen, dass ihm die wichtigste Aufgabe der Rechtswissenschaft gerade die Untersuchung de lege ferenda, die Ebnung des Bodens für eine zukünftige Gesetzgebung zu sein scheint.“

3. Bei dem Problem der analogen Ausdehnung der grossen Haverei¹⁾ führte ich die Grundanschauung im Hinblick auf die Analogie wie folgt aus:

1) a. a. O. S. 589 ff.

„Bei unserer Untersuchung sind wir davon ausgegangen, dass das Recht nicht ein lückenloses, durch Selbstentwicklung entstandenes System Rechtsbegriffen ist, oder eine durch die Natur der Sache gegebene Ordnung der Jurist bloss zu finden, bloss der Verborgenheit zu entreissen hätte, & vielmehr Versuche der Menschheit enthält, ihren Bedürfnissen entsprechende Rechtsätze aufzustellen, Versuche, die nicht im entferntesten für die vorkommenden Kombinationen ausreichen. Der Richter und ebenso der vorarbeitende Forscher muss die Lücken durch eigene Schöpfung ausfüllen. Er hat *de lege ferenda* zu entscheiden, sobald die *lex lata* die Antwort versagt. Für das Gebiet des gemeinen Rechts wird allerdings die Erkenntnis dieser Wahrheit und ihre praktische Verwertung durch die eigentümliche Beschaffenheit des *Corpus juris* ausserordentlich erschwert.

Die analoge Ausdehnung eines Rechtssatzes ist eine Unterart der Normenschaffenden Tätigkeit, und zwar diejenige, bei welcher der Richter sich an einen durch Recht oder Gewohnheit geltenden Rechtssatz anlehnt. Die Anlehnung kann aus zwei Gründen geboten sein. Der Richter steht selbstverständlich bei der Erfindung von Normen nicht so frei wie der Gesetzgeber. Auch für ihn sind die Bedürfnisse des Lebens unmittelbar massgebend. Auch bei ihrer Würdigung, bei dem Werturteil hat er sich an die Urteile zu halten, welche durch andere Bestimmungen des für ihn massgebenden Rechts gefällt sind. Nur in Ermangelung derselben entscheidet sein persönliches Empfinden. Die Billigung eines Postulats durch einen bestehenden Rechtssatz kann daher für die Befriedigung derselben Bedürfnisse in anderen Sachlagen massgebend werden. Sie wird um so mehr ins Gewicht fallen, je gleichartiger die Verhältnisse sind. Sodann kommt es nicht selten vor, dass dieselben Bedürfnisse durch verschiedene Mittel der Rechtstechnik befriedigt werden können. Dann hat sich der Richter zu Gunsten bereits angewandeter zu entscheiden. Nicht nur weil und soweit in der Anwendung ein Werturteil liegt, sondern auch deswegen, weil dieses Verfahren die notwendige Kontinuität in der Normgebung sichert.“

4. Den von Stampe mit Recht betonten Gegensatz der Lückenergänzung durch Konstruktion und durch Interessenprüfung habe ich bei einer anderen Gelegenheit¹⁾, nämlich bei Besprechung der Wertpapierkontroversen wie folgt dargestellt:

„Der erste Gegensatz betrifft die Aufgabe und die Methode der juristischen Konstruktion.

Nicht selten wird die Konstruktion dazu verwendet, um Lücken des positiven Rechts auszufüllen. Man sucht die feststehenden Rechtssätze möglichst erschöpfend in eine Formel zusammen zu fassen (Begebungsvertrag, Emission, Creation u. s. w.) und verwendet dann die gefundene Formel als Ausgangspunkt

1) Zschr. f. Handelsr. 37, S. 277 ff. (1890).

Entscheidung im positiven Rechte nicht geregelter Fragen. Ein Beispiel der Ergänzungsleistung durch Konstruktion bietet die Abhandlung Carletti im letzten Bande dieser Zeitschrift und ebenso die angezeigte Arbeit.

Referent kann diesem Verfahren nicht zustimmen. Von der Grundauffassung ausgehend, dass die juristischen Formeln und Begriffe keine reale Existenz besitzen, sondern nur dazu bestimmt sind, die realen Erscheinungen kurz zu bezeichnen und sie händlich zu ordnen, glaubt er zu dem Schluss gelangen zu müssen, dass die juristische Konstruktion die Ergänzung der Rechtslücken nicht ermöglicht, sondern voraussetzt.

Die Ergänzung selbst muss erfolgen durch Prüfung der beteiligten Interessen und bei Konflikt derselben durch Abwägung ihres legislativen Wertes. Allerdings unter Berücksichtigung des feststehenden Rechts. Denn fast jede Norm enthält die Entscheidung eines Interessenkonflikts, somit ein Werturteil, welches der Uebertragung auf andere gleichliegende Konfliktsfälle fähig und bedürftig ist.

Das Ergebnis der Konstruktion kann verschieden ausfallen, je nachdem der eine oder andere der beiden Zwecke in den Vordergrund gestellt wird.

Sucht man vor Allem nach einer Bezeichnung, so liegt es nahe, ihre Genauigkeit zu betonen. Für diese Methode, welche sich als determinative oder erschöpfende Konstruktion bezeichnen lässt, ist das Gesetz der Deckung des positiven Stoffes aufgestellt. Ihre strengsten Anhänger erkennen nur solche Formeln an, die ausnahmslos zutreffen.

Für die Einordnung in ein System ist vorzugsweise die Berücksichtigung und Hervorhebung des Normalfalls wichtig und empfiehlt sich eine mehr typische Konstruktion. Von diesem Standpunkte aus steht der Aufstellung eines Prinzips nicht im Wege, dass es in einzelnen, aber an Bedeutung zurücktretenden Fällen Modifikationen oder Ausnahmen erleidet.

Weitere Ausführungen finden sich Archiv f. Bürg. B. 4. S. 7 ff., speziell S. 41 ff., Zschr. f. Handelsrecht Bd. 38 S. 306 ff. und an den oben Anhang I und S. 5 zitierten Stellen.

N12<919771789025



Universitätsbibliothek Freiburg

