

Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre

Rede

gehalten bei der akademischen Preisverteilung
am 6. November 1930

von

Prof. Dr. Max Rümelin

Kanzler der Universität Tübingen



1 9 3 0

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

Alle Rechte vorbehalten
Printed in Germany

Druck von H. Laupp jr in Tübingen

Es ist heute das letzte Mal, daß ich von dieser Stelle aus zu Ihnen spreche, im ganzen das 20. Mal, wenn ich zu den 17 Preisverteilungsreden die Antrittsrede, die Rektoratsrede und die Rede zum 25 jährigen Regierungsjubiläum unseres allverehrten letzten Königs hinzurechne. Ein Zufall will es, daß ich damit genau dieselbe Zahl erreicht habe, wie dereinst mein Vater. Die 20. Rede im Jahr 1889 hat er zwar noch verfaßt, sie zu halten ist ihm nicht mehr vergönnt gewesen.

Beim Abschluß einer akademischen Laufbahn liegt es nahe, Rückschau zu halten auf das, was man in ihr erfahren und erlebt hat. Ich darf dabei wohl bis auf das Jahr 1878 zurückgreifen, neben der mehr als 44 jährigen Lehrtätigkeit auch die Zeit des Rechtsstudiums und der Vorbereitung für den akademischen Beruf mit heranziehen. Das Bild der Wissenschaft, wie es die Lehrer entworfen haben, haftet wie alle Jugendeindrücke deutlich genug im Gedächtnis, um einen Anhaltspunkt für später angestellte Vergleichen zu bieten, wenn auch die in der Studentenzeit selbst geübte, beim schwäbischen Studenten niemals ganz fehlende, Kritik nur einen sehr beschränkten Wert hat.

Nicht von meinen persönlichen Erlebnissen will ich heute berichten, ich habe das an anderer Stelle getan¹⁾. Ein starker subjektiver Einschlag wird jedoch nicht zu vermeiden sein, wenn ich zu schildern versuche, wie die Entwicklung von Wissenschaft und Lehre²⁾ in dem letzten halben Jahrhundert sich in meiner

¹⁾ In meiner Selbstbiographie, erschienen bei Felix Meiner: Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen 1925.

²⁾ Beides hängt untrennbar zusammen. Nur die eigentliche Unterrichtstechnik läßt sich zu besonderer Betrachtung ausscheiden, wie im folgenden gesehen soll. Die Wechselwirkung zwischen Doktrin und

Erinnerung widerspiegelt und zu welchen grundsätzlichen Anschauungen ich dabei gelangt bin. Solche Zusammenfassungen tragen stets zugleich Bekenntnischarakter. Daß ich dabei den Ausgangspunkt von meinen Sächern, Privatrecht und Zivilprozeß nehme, wird man mir zugestehen, um so mehr als vor 50 Jahren die Methodik des Zivilrechts auf dem gesamten Rechtsgebiet führend war und auch noch heute, trotz der Entfaltung der Strafrechtstheorie und der Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Sächer zu voller Selbständigkeit und Ebenbürtigkeit, ihr Einfluß ein sehr starker ist.

Vor 50 Jahren stand die Zivilrechtswissenschaft im Zeichen der Pandekten. Das Pandektenrecht war der Mutterboden, in dem auch die Partikularrechte wurzelten, mochten sie immerhin bald mehr bald weniger anderweite Bestandteile in sich aufgenommen haben, die Pandektenlehre das gemeinsame Band, das um alle deutschen Juristen sich schlang, und das außerdem auch eine Verständigung mit der Rechtswissenschaft anderer Länder ermöglichte, in ähnlicher Weise wie früher das Latein als internationale Gelehrtensprache gegolten hatte. So bildeten denn auch die Pandekten das Kernstück des zivilistischen Unterrichts und der juristischen Prüfungen. Das Partikularrecht wurde selbst da, wo Kodifikationen ergangen waren (geschweige denn in den Gebieten der Land- und Stadtrechte), als Ergänzung und Zusatz behandelt. Und nicht viel anders stand es mit dem deutschen Recht, das nicht als selbständiges geschlossenes Ganzes in die Erscheinung trat, wegen seiner Zersplitterung auch nicht leicht so vorgetragen werden konnte, vielmehr in Lehrbuch und Vortrag in das Pandektensystem eingefügt oder angelehnt und vielfach durch den Kontrast mit den Sätzen des römischen Rechts begreiflich zu machen gesucht wurde¹⁾.

Praxis wird zwar berührt werden müssen. Es soll dies aber nicht der eigentliche Gegenstand meines Vortrags sein.

¹⁾ War ja doch die Wissenschaft des deutschen Privatrechts im 19. Jahrhundert aus dem Stamm der zunächst romanistisch eingestellten historischen Schule herausgewachsen.

Dieses Pandektenrecht war keineswegs ein System des römischen Rechts¹⁾. „Kein römisches (und wie man hinzufügen darf, nicht einmal ein byzantinischer) Jurist würde darin sein Recht wiedererkannt haben“²⁾. Es knüpfte zwar an an das Corpus juris Justinians und an die römische und byzantinische Begriffsbildung, enthielt aber sowohl in Beziehung auf den Stoff, als in Beziehung auf die Denkformen eine Masse Neues. Der Stoff war zum Teil aus dem deutschen Recht geschöpft, zum Teil aus den Lebensbedürfnissen heraus entstanden. Auf die Begriffsbildung und Methode hatten nacheinander die verschiedensten Richtungen Einfluß gehabt. Vor allem waren es die Scholastik der Postglossatoren und die Naturrechtslehre, die ihre Spuren hinterlassen haben, während der Humanismus sich mehr in der Richtung auf die rechtsgeschichtliche Forschung auswirkte. Je nach der zeitweise vorherrschenden Geistesrichtung wurden die römischen Quellen selbst bald mehr in den Vordergrund gerückt, bald mehr zurückgedrängt.

In der Zeit vor 50 Jahren herrschte die von Savigny und Puchta begründete historische Schule, die zwar die humanistische Richtung wieder aufgenommen und zunächst die Lösung ausgegeben hatte, zurück zu den römischen Quellen, die aber trotzdem in ihrer Systematik, so namentlich in bezug auf die allgemeinen Grundbegriffe, subjektives Recht, Rechtsgeschäft, Willenserklärung usw. noch immer auf den Schultern der Naturrechtslehre stand³⁾. Am Ruder war damals die jüngere Richtung der historischen Schule, wie sie durch die beiden Namen Hering und Windscheid und durch das Programm „Durch das römische Recht über das römische Recht hinaus“ gekennzeichnet wird. Die nahezu ausschließliche

¹⁾ S. darüber und zum Folgenden die vortreffliche Abhandlung von Andreas Berthalan Schwarz, Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium in der Festschrift zum schweizerischen Juristentag 1928. (Schulthess u. Co. Zürich 1928.)

²⁾ Schwarz a. a. O. S. 11.

³⁾ Schwarz a. a. O. S. 13–15.

Konzentration der Kräfte auf die Erforschung des reinen römischen Rechts, wie sie die ältere Schule gekennzeichnet hatte, war verschwunden, und es gab eine in ihrer Art der Praxis des geltenden Rechts zugewendete Dogmatik.

Von den Dogmatikern wurde das rechtsgeschichtliche Material im wesentlichen nur unter dem Gesichtspunkt behandelt, was ist notwendig zu wissen, um das Corpus juris zu verstehen und von welchen römischen Begriffen aus lassen sich Brücken zum heutigen Recht schlagen und wie können diese geschlagen werden¹⁾. Die Folge war eine vorzugsweise dogmengeschichtliche Betrachtungsweise. Vom Herauswachsen der Rechtsfäße aus dem Leben und von ihrer Rückwirkung auf das Leben war trotz des Programms der historischen Schule wenig die Rede. In dem Unterricht, den ich genoß, habe ich davon nichts vernommen. Nur wenn man Iherings Schriften, vor allem den Geist des römischen Rechts, zur Hand nahm, wurde man auf solche Gedankengänge geführt.

Daneben gab es eine, freilich den Studenten jener Zeit wenig berührende, reine, durch keine dogmatischen Zwecke geleitete historisch-philologische Forschung, die sogar in der Zeit nach der Gründung des Deutschen Reichs eine Blüteperiode aufzuweisen hatte und sich zu ihrem Vorteil von der dogmatischen Wissenschaft abhob. Es genügt, an die Leistungen Mommsens und seiner Schüler, unter anderen an Alfred Pernice, zu erinnern. Aus dem Boden der Mommsenschen Schule, deren Hauptverdienst neben der Textkritik und der Herstellung einwandfreier Editionen, die Verwertung des Inschriften- und Urkundenmaterials als vorzüglichster Quelle bildet, sind auch die Begründer der modernen rechtsgeschichtlichen Wissenschaft in Deutschland: Lenel, Mitteis, Wlassak, Gradenwitz hervorgegangen. Seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts hat sich die sog.

¹⁾ Typisch dafür ist die berühmte Windscheidsche Schrift über die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts (1856). S. auch die Rede über die Aufgabe der Rechtswissenschaft. Gef. Reden u. Abhandl. S. 209.

Interpolationenkunde, d. h. die Herauslösung des echten Römerrechts aus der byzantinischen Umhüllung zu einem besonderen Wissenschaftszweig entwickelt. Es wurde ferner, angeregt durch die Erforschung der in großer Zahl aufgefundenen Papyrusurkunden und in Zusammenarbeit mit der ausländischen, vor allem französischen und italienischen, Romanistik die römische Rechtsgeschichte in den Rahmen einer antiken Gesamtrechtsgeschichte eingestellt, und es sind die Rechtseinrichtungen der alten Welt nicht nur dogmengeschichtlich, sondern auch in ihren soziologischen Zusammenhängen untersucht worden¹⁾. Die volle Entfaltung der rechtsgeschichtlichen Forschung erfolgte, nachdem die Tage der Gesetzeskraft des Corpus juris gezählt waren und damit die sog. Pandektenharmonistik, der oft verzweiflungsvolle Versuch, die römischen Quellenstellen miteinander in solchen Einklang zu bringen, daß das geltende Recht daraus abgeleitet werden konnte, ihren Sinn verloren hatte.

Mit dem Übergang zum kodifizierten Recht, zum deutschen BGB., so heilbringend er für die Wissenschaft war, mußte notwendigerweise eine Krise für den Unterricht im römischen Recht und zwar nach seiner historischen wie nach seiner dogmatischen Seite hin eintreten. Klar war, daß die Pandektenvorlesung in ihrer bisherigen Gestalt zu fallen hatte²⁾, und daß der Unterricht im römischen Recht nur in den Dienst des geltenden Rechts gestellt werden konnte.

Ob dies überhaupt geschehen, das römische Recht für den praktischen Juristen als Pflicht- und Prüfungsfach beibehalten

¹⁾ Alle diese Errungenschaften konnten ausgiebig auch für die Kritik der modernen Systematik verwertet werden, wobei sich vor allem die soziologische Wendung als fruchtbringend erwies.

²⁾ Über ihren Ersatz durch eine für den gereiften Juristen bestimmte auf dogmengeschichtlicher rechtsvergleichender und soziologischer Grundlage aufgebaute Vorlesung, s. einerseits A. B. Schwarz a. a. O., andererseits E. F. Bruck, Römisches Recht und Rechtsprobleme der Gegenwart (Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1930).

werden soll, ist bis heute umstritten. Zeitweise regnete es von Angriffen, die teils von einem romantisch-nationalen, teils von einem pädagogisch-technischen oder ökonomischen Standpunkt ausgehend, zum Teil auch nur einer — sich zu Unrecht auf Niehsche berufenden¹⁾ — antihistorischen Modeströmung folgend, im Gegensatz zu dem was überall sonst, in Österreich, der Schweiz, Italien, Frankreich, selbst in England geübt wird, die volle Beseitigung verlangten. Hier ist das Erforderliche schon längst in eindringlichster und vortrefflichster Weise gesagt worden, so daß mir nichts hinzuzufügen bleibt²⁾. Erfreulicherweise tritt denn auch die Denkschrift des preußischen Volksbildungsministeriums über die Studienreform klar und deutlich dem auf weitere Beschränkung der rechtsgeschichtlichen Vorlesungen gerichteten Bestreben entgegen, und diese Auffassung wird von hervorragenden Praktikern geteilt³⁾.

¹⁾ Niehsche sagt gleich zu Beginn seiner bekannten „unzeitgemäßen Betrachtung“ vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben: „Das Unhistorische und das Historische ist gleichermaßen für die Gesundheit eines Einzelnen, eines Volkes und einer Kultur nötig.“

²⁾ S. A. B. Schwarz und E. F. Bruck a. a. O. (der letztere auch in Jur. Wochenschr. 1929 S. 185). Ferner J. Partsch vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität (Bonn, Fr. Cohen 1920), der nur den Gedanken „das römische oder speziell das justinianische Recht als Warnungstafel“ überspannt und m. E. auch den formalen Bildungswert der Digestenrezepte unterschätzt, G. Radbruch, Sozialethische Monatshefte März 1929 S. 201.

³⁾ So vor allem die vortrefflichen Ausführungen des Präsidenten des Juristischen Landesprüfungsamts in Preußen, Schwister in Jur. Wochenschrift 1930. Sp. 1278. (S. auch Jur. Wochenschrift 1929 S. 1840); die von Bruck a. a. O. S. 17 mitgeteilte Äußerung des Präsidenten des hanseatischen Oberlandesgerichts Kieselbach; Justizrat Magnus in dem Nachruf an Ernst Suchs, Jur. Wochenschrift 1929 Sp. 1722. Als Theoretiker und Praktiker zugleich ist anzusprechen H. Jäq, der in seiner Schrift Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens Berlin 1924 eine Lanze für das römische Recht bricht.

Die Verwertung des römischen Rechts für die Ausbildung im geltenden Recht kann in doppelter Weise erfolgen. Das „System des römischen Rechts“ kann, wie eine langjährige Erfahrung — nicht allein in Deutschland — zeigte, eine Einführung in das geltende Recht bilden. Dadurch wird, wie von Partsch¹⁾ mit Recht hervorgehoben wurde, dem Anfänger von vornherein klargemacht, „daß eine Wissenschaft des Privatrechts auch außerhalb des BGB. besteht“. Man vermag gleich zu Beginn einen Damm aufzurichten gegenüber der positivistischen Auffassung, daß der Inhalt der Kodifikation aller Weisheit letzter Schluß sei, und man ist zunächst einmal frei von den lehrbuchartig und abstrakt gefaßten Gesetzesparagrafen²⁾. Man kann aber auch durch eine wissenschaftlich vertiefte Darstellung der rechtshistorischen und der rechtsvergleichenden Probleme das Verständnis des geltenden Rechts zu fördern suchen. Wer diesen Zweck voranstellt, wird dafür eintreten müssen, daß das römische Recht in die letzten Semester verlegt wird. So ist es recht wohl zu verstehen, daß hervorragende Lehrer des römischen Rechts, wie z. B. Ernst Zitelmann³⁾, sich für eine solche Zurückverlegung

¹⁾ A. a. O. S. 19.

²⁾ Stellt man die Vorlesung über das System an den Beginn des Studiums, so liegt es aus verschiedenen Gründen (vor allem um die systematische Vorlesung entlasten und Wiederholungen vermeiden zu können) nahe, die Vorlesung über römische Rechtsgeschichte ebenfalls als Vorlesung für die ersten Semester auszugestalten, wie dies auch in der Regel geschieht.

³⁾ In der Schrift Neugestaltung des Rechtsstudiums 1921, (s. auch Deutsche Juristenzeitung 1920 S. 22). Denselben Standpunkt vertritt, freilich wohl ohne genauere Kenntnis dessen, was heute in einer römisch-rechtlichen Einführungsvorlesung geleistet wird und was den systematischen Vorlesungen über das Recht des BGB. von historischer Einleitung zugemutet werden kann, Ministerialrat Jonas in der Jur. Wochenschrift 1929 S. 1838. Sehr an der Oberfläche haften die Ausführungen von Fr. Gschneizer im Zentralblatt für die jur. Praxis (begründet von Leo Geller) Jahrgang 1929 S. 904 ff. So einfach liegen die

erklärt haben. Es fragt sich nur, und das spricht, wie ich glaube, entscheidend gegen die zweite Auffassung, wo dann noch die Dinge denn doch nicht. Sätze wie: „Nur zu gern (!) erfaßt den Begriff der Stellvertretung nie wer zuerst die indirekte und die sogenannte Stellvertretung durch Sklaven und Hauskinder lernt“, oder: „Beginne ich den Unterricht in der französischen Sprache mit ihrer Geschichte oder gar mit der Geschichte des Lateinischen als ihrer Muttersprache? Wir Juristen tun aber noch Absurderes: wir lernen die Geschichte des römischen Rechts als eine Einführung in unser deutsches Recht“, sind bedauerliche Entgleisungen. Dem ersten Satz könnte man mit Zug den andern gegenüberstellen: Die direkte Stellvertretung wird niemand ganz erfassen, der sie nicht mit der institutorischen Vertretung zu vergleichen vermag. Und nun gar der einseitige Gesetzespositivismus auf S. 906 Abs. 3, als ob der junge Jurist nicht früh genug auf die Paragraphenwortklauberei festgenagelt werden könnte.

Für die Einstellung des römischen Rechts in den Anfängerunterricht spricht sich mit guten Gründen Partsch a. a. O. S. 19 ff. aus. Das Beste wäre natürlich, wenn man beides haben könnte, eine Anfängervorlesung und eine solche für Fortgeschrittene. Da es für das Gros der juristischen Studierenden infolge der Stoffüberlastung eine untragbare Zumutung bedeuten würde, wenn man von ihnen einen doppelten Kursus im römischen Recht verlangen wollte, wird man eben versuchen müssen, die Vertiefung in die Exegetik, die allerdings wie in Württemberg obligatorisch sein sollte (es wird bei der Prüfung eine Digestenexegetik als Klausurarbeit verlangt) zu verlegen. Außerdem sollte, was jedenfalls an großen Universitäten mit reichlichem Lehrpersonal geschehen könnte, eine Vorlesung für Vorgerücktere zur Wahl gestellt werden. Dann müssen die systematischen Vorlesungen über das BGB. durch eine Einführung in das bürgerliche Recht (Grundzüge des bürgerl. Rechts) vorbereitet werden. Für die lateinlosen Real-
schulabiturienten, die zunächst noch ihr Latinum zu absolvieren haben, ist eine solche Vorlesung, die außerdem auch wegen der Diplomvolkswirte gehalten werden muß, ohnedies notwendig. Wer in dieser Weise in das BGB. eingeführt wurde, hat das Bedürfnis nach einer vertieften Vorlesung über römisches Recht. Er muß zahlreiche Wiederholungen über sich ergehen lassen, wenn er genötigt wird, die römisch-rechtliche Vorlesung als Anfängervorlesung zu hören. An kleinen Uni-

Zeit bleibt für das Wertvollste, was uns das Studium des römischen Rechts zu bieten vermag, für die Digestenrezepte. Sie kann, im Gegensatz zu den römisch-rechtlichen Anfängerübungen, die man wohl tut, mit der theoretischen Vorlesung zu verbinden, mit Erfolg nur betrieben werden mit Hörern, die einen Überblick über das römische und das heute geltende Recht schon gewonnen haben. Dann vermag sie allerdings einen Gipfelpunkt der juristischen Ausbildung abzugeben und, namentlich wenn man außer dem deutschen BGB. auch noch andere moderne Rechte heranzieht, zu zeigen, wie und inwiefern das römische Recht noch heute eine Grundlage der europäischen Rechtsentwicklung bildet ¹⁾.

Daß bei allem rechtsgeschichtlichen Unterricht der Bogen nicht überspannt werden darf, mag nur im Vorübergehen erwähnt werden. Dem jungen Juristen ²⁾ kann man nur einen begrenzten, für ihn bestimmten Ausschnitt aus dem ungeheuren Forschungsgebiet vortragen ³⁾, wobei das Augenmerk in erster Linie darauf zu richten ist, daß die Abhängigkeit der Rechtsätze einmal von den wirtschaftlichen Verhältnissen, andererseits von den

verhältnissen muß man sich für die eine oder andere Alternative entscheiden. Dabei wird es keineswegs möglich sein, auf die Veranlagung und Einstellung des einzelnen Dozenten abzuheben, wie Bruch a. a. O. S. 1852 2. Sp. will. Es muß doch ein bestimmter Lehrplan durchgeführt werden.

¹⁾ S. auch meine Bemerkung zu Jsa η, Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens in Arch. f. d. civ. Pr. II. S. Bd. 5 S. 225 II. 7.

²⁾ Früher vergaß man bisweilen, daß man Juristen (keine Philosophen oder Historiker) vor sich hatte. Es wurden uns Dinge vorgebracht (z. B. die Streitfrage über die Gesetze, die die Gleichstellung der Plebizite mit den leges herbeigeführt haben sollen), die uns nichts angingen und denen wir keinerlei Interesse entgegenbrachten.

³⁾ Eine Orientierung über die Methoden rechtsgeschichtlicher Forschung und über das erforderliche Handwerkszeug muß natürlich stattfinden und ein Einblick in die Interpolationenkritik muß in der Eregese verschafft werden. Papyrologie dagegen gehört in ein ausdrückliches dafür bestimmtes Seminar.

staatlichen Zuständen und den Kulturanschauungen herausgearbeitet wird. Die Behandlung des rechtshistorischen Stoffs in der Prüfung ist eine Sache für sich.

Von sehr viel größerer Bedeutung als die Behandlung des römischen Rechts und seiner geschichtlichen Entwicklung im Unterricht ist für unser heutiges Rechtsleben die Frage nach der Systematik und Methodik der damaligen Pandektenwissenschaft. Wie war sie beschaffen, was ist aus ihr geworden, inwieweit ist sie von uns übernommen?

Die historische Schule stand, ihrem ganzen Dogma von der Wandelbarkeit des Rechts und seinem Hervorwachsen aus dem Volksgeist entsprechend, auf positivistischem Standpunkt. Als Rechtsquellen galten Gesetz und Gewohnheit. Indessen konzentrierte sich die wissenschaftliche Tätigkeit auf die Bearbeitung des als Gesetz des Kaisers Justinian aufgefaßten Corpus juris. Aus dessen positiven Bestimmungen und aus den ihnen zugrunde liegenden „Prinzipien“ glaubte man ungezählte Einzelentscheidungen und sogar unter Zuhilfenahme des zwar hochgepriesenen tatsächlich aber wenig beachteten Gewohnheitsrechts¹⁾ sogar ein lückenloses Rechtssystem gewinnen zu können. Die Gesetzesauslegung war im Gegensatz zu der von den Postglossatoren und den deutschen Praktikern des *usus modernus* gehandhabten objektiven Auslegungsmethode²⁾ eine historische. Das Corpus juris sollte

¹⁾ Man brauchte es wohl um die Rezeption oder Rechtsinstitute, wie die direkte Stellvertretung, den Vertrag zugunsten Dritter, die Umgestaltung von Fesslon und Schuldübernahme, die Erbverträge u. a. zu rechtfertigen, aber im ganzen genommen führte es, namentlich in der Rechtsprechung, doch ein sehr bescheidenes Dasein.

²⁾ Zweifellos konnte man mit der damals gehandhabten Methode jeden beliebigen Sinn den Quellen unterlegen, was, sofern nicht Gewohnheitsrecht eingriff, zur vollendeten Rechtsunsicherheit führen mußte. Seither ist ja freilich die objektive Auslegungstheorie wiederholt und in den verschiedensten Varianten vertreten worden. Es war dies eine Reaktion gegen einen unverständigen Kultus der Gesetzmaterialien, wie er nach jeder Kodifikation einzusehen pflegt.

jedenfalls einmal zunächst ausgelegt werden im Sinne Justinians¹⁾. Die Untersuchung, ob dieses Recht nicht durch den Volksgeist späterer Zeiten fortgebildet und umgewandelt worden sei, hätte zwar ebenfalls dem Programm der historischen Schule entsprochen. Allein diese Aufgabe trat auch noch bei der jüngeren historischen Schule, insbesondere bei Windscheid²⁾, zurück. Gewandelte Anschauungen wurden nur da berücksichtigt, wo sie sich zum Gewohnheitsrecht verdichtet hatten. So ergab sich ein romanistischer Quellenpositivismus, der bisweilen seltsame Blüten trieb. Es entstand u. a. ein Typus von Romanisten, den Thering gelegentlich einmal als den Typus des Pandektenhengstes bezeichnet hat, des Rassepferds, das, wenn es eine Pandektenstelle wittert, die Kandare zwischen die Zähne nimmt und ohne nach rechts und links zu blicken in gestreckter Gang-

Obwohl man bezweifeln kann, ob nicht die objektive Theorie heutzutage die überwiegende geworden ist, halte ich doch die historische Auslegungstheorie in der Ausprägung, die ihr Heck gegeben hat (Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz im civ. Arch. Bd. 112 S. 1-313), für die richtige. (S. auch meine Ausf. civ. Arch. N. F. Bd. 2 S. 268-277). Der Kernpunkt dieser Theorie scheint mir folgender zu sein. Die historisch feststellbare Interessenwertung seitens der Mächte, die man zusammenfassend als den Gesetzgeber bezeichnet, muß für die Auslegung i. e. S. maßgebend sein. (Läßt sich eine solche nicht feststellen, so ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber etwas für seine Zeit möglichst Vernünftiges habe sagen wollen, wozu auch gehören kann, daß er eine durch wechselnde Wertungen auszufüllende Blankettbestimmung gibt.) Eine 2. Frage ist die Frage der Fortbildung des Rechts (bisweilen Auslegung im weiteren Sinn genannt): inwieweit ist der Richter in der Lage, die Gesetze einer früheren Zeit der Gegenwart anzupassen? Durch Zusammenwerfen beider Fragen entsteht methodologische Unsicherheit und wird gegen das Interesse der Kontinuität der Rechtsordnung verstoßen.

¹⁾ Damit ist keineswegs auf eine psychologische Gedankenforschung abgestellt. Die historische Interessenwertungsforchung Hecks ist mit den Gedankengängen der historischen Schule durchaus vereinbar.

²⁾ Darauf beruht der bekannte Konservatismus Windscheids.

art darauf losstürzt. „Quellenarbeit!“ so lautete im Gegensatz zur Rechtsunsicherheit der vorangegangenen Naturrechtsperiode die allgemeine Lösung¹⁾. Verpönt waren alle nicht auf „römisch-rechtliche Prinzipien“ gegründeten rationalistischen, und bis zum Beginn der Kodifikationsarbeiten auch alle gesetzgebungspolitischen Erwägungen. Das galt als unwissenschaftlicher Dilettantismus und Subjektivismus oder, wie gewöhnlich das Verdikt lautete, als Naturrechtlerei.

In der Ablehnung des Naturrechts war die herkömmliche Lehre der historischen Schule einig. Zu derselben Zeit am Beginn jedes Semesters wurde von nahezu allen Pandektenlehrkanzeln des Deutschen Reichs nicht der Kreuzzug gegen das Naturrecht gepredigt, vielmehr dieses als eine vollständig abgetane Sache behandelt. Eine erkenntniskritische Auseinandersetzung fand nicht statt. Soweit man sich auf eine Widerlegung der naturrechtlichen Auffassung einließ, suchte man sie durch den Nachweis zu erbringen, in welchem Umfang die Postulate der rationalistischen Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts, zunächst durch die Aufklärungsphilosophie und sodann durch die Interessen des in der französischen Revolution zum Sieg gelangenden 3. Standes bedingt gewesen sind. Oder es wurde ausgeführt, daß man bei dem Versuch, ein für alle Zeiten und unter allen Umständen richtiges Recht festzustellen notwendig scheitern müsse, weil nicht bloß die Lebensbedürfnisse, sondern auch die ethischen Ideale bei den einzelnen Völkern einer fortlaufenden Entwicklung unterworfen seien. Von einem Naturrecht mit wechselndem Inhalt hörte man so wenig, wie von der Frage, ob nicht bei allem

¹⁾ Als ich nach bestandener Doktorprüfung eine andere Aufgabe wissenschaftlicher Forschung überlegte und meinem Lehrer Degenkolb die gemischten Verträge als ein mich interessierendes Thema nannte, sagte er: ja wohl, ganz schön, aber nur Quellenarbeit, also Corpus juris darauf durchsehen. Da mich nun das Problem an sich und nicht speziell seine Lösung innerhalb des römischen Aktionensystems interessierte, stellte ich das Thema zurück.

Wechsel im Einzelnen doch aus der Natur des Menschen und seinem Bedürfnis nach einem Gemeinschaftsleben sich gewisse allgemeine Grundsätze ableiten lassen, die überall zur Geltung kommen müssen, wie etwa das Gleichheits- oder das Vergeltungsprinzip. Auf diese Fragestellung hätte schon eine Beschäftigung mit der katholischen Naturrechtslehre hinweisen müssen. Von ihr war jedoch in jener Zeit, in der die liberalistische Weltanschauung die Geisteswissenschaften beherrschte (jedenfalls in den Vorlesungen, die ich gehört habe), nicht die Rede. Da die wissenschaftliche Diskussion infolge der konfessionell-dogmatischen Gebundenheit dieser Lehre auf Hindernisse stieß, versäumte man es, sie auf ihren vom Dogma unabhängigen Gehalt zu prüfen.

Und doch hatte der Naturrechtsteufel die meisten Anhänger der historischen Schule beim Kragen, ohne daß sie es ahnten. Nicht bloß die Begriffs- und Systembildung beruhte weithin teils auf der Scholastik, teils auf dem rationalistischen Naturrecht¹⁾, sondern auch die praktische Handhabung fügte sich, wie längst erkannt, niemals der allgemein verkündeten Lehre. Für die Rechtsprechung war es ja ganz undenkbar, daß man mit dem römischen Quellenpositivismus wirklich hätte auskommen können. Die Grundlage für die keineswegs schlechte, sondern m. E. der ersten Handhabung des BGB. vielfach überlegene Praxis bildeten in jenem Zeitraum die Lehrbücher, vor allem das Windscheidsche, und die Entscheidungssammlungen, unter denen Seufferts Archiv, später, seit dem Jahre 1879, die amtliche Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen die erste Stelle einnahmen²⁾. Dabei konnte es gar nicht anders sein, als daß im weitesten Umfange auf das, was unter den gegebenen Verhältnissen als

¹⁾ S. darüber A. B. Schwarz a. a. O. S. 14—15 und oben S. 7.

²⁾ Das Zittern römischer Quellenstellen (oder gar Beweisführungen aus ihnen) bildete bei den Amtsgerichten und Landgerichten eine seltene Ausnahme und spielte vor allem in den Proberelationen der Referendare eine Rolle.

das Angemessene erschien, abgestellt wurde. Vielfach, so namentlich auf dem Gebiet des Schuldrechts, fiel dies zusammen mit den Ergebnissen, zu denen die römischen Juristen gelangt waren. Im übrigen galt es, bei den neu sich ergebenden Interessenkonflikten, deren Methode der *bonae fidei interpretatio*, d. h. die Rechtsfindung auf Grund der Lebensverhältnisse und der im Volk oder den beteiligten Kreisen vorhandenen Wertungen, zur Anwendung zu bringen. Hier waren es die Begriffe des Vernünftigen, Billigen, der Natur der Sache Entsprechenden, die stets wiederkehrten, wie sie auch heute noch wiederzukehren pflegen. Ist man sich über einen bestimmten Zweck oder allgemeiner gesprochen, über eine bestimmte Interessenwertung einig, und es handelt sich nur um die Mittel, den Zweck zu verwirklichen, den als schutzwürdig befundenen Interessen den erforderlichen Schutz zu gewähren, so ist es wohl möglich, auf Grund der menschlichen Erfahrung festzustellen, was angemessen, d. h. das taugliche Mittel, ist. Die Schwierigkeiten setzen erst dann ein, wenn über die maßgebenden Interessenwertungen Meinungsverschiedenheiten bestehen, vor allem, wo das Rechtsbewußtsein des Volkes durch Klassengegenätze gespalten ist. Alsdann tritt stets das Bedürfnis nach einem festen Anhalt im Gesetz oder im Gewohnheitsrecht hervor. Die richterliche Rechtsfindung für sich allein vermag in solchen Fällen nicht zu einem gesicherten Ergebnis zu gelangen.

Dies ist der entscheidende und durchschlagende Grund gegen alle absoluten Naturrechtstheorien, den die historische Schule richtig gefühlt hat. Ob man in den Fällen, in denen die richterliche Rechtsfindung auf übereinstimmende Wertungen sich stützen kann, von einem Naturrecht mit wechselndem Inhalt sprechen soll, ist im letzten Grund nur eine Bezeichnungsfrage von untergeordneter Bedeutung. In der Theorie der historischen Schule, so wie sie mir und meinen Altersgenossen entgegentrat, geschah dies zweifellos nicht. Soweit man sich überhaupt Gedanken darüber machte, welche Bewandnis es mit solchen Begriffen wie

acquitas, bonum et aequum, naturalis ratio usw. habe, betrachtete man sie als positivrechtliche und verwies auf ihre Handhabung durch die römischen Juristen.

Auf naturrechtlichem Boden gewachsen, aber von dem bisher allein ins Auge gefaßten wertenden Naturrecht wohl zu unterscheiden, ist das, was *Ihering* Begriffsjurisprudenz genannt hat, und was man jetzt häufig als konstruktive Jurisprudenz oder (so *Ernst Fuhs*) als Pandektologie zu bezeichnen pflegt.

Wenn man von Begriffsjurisprudenz im Sinne eines Vorwurfs spricht, so meint man selbstverständlich nicht, daß die Jurisprudenz sich nicht des Mittels der begrifflichen Zusammenfassung bedienen solle. Das wäre ja ein ganz unsinniges Verlangen¹⁾. Man denkt vielmehr, was *Ihering* freilich noch nicht deutlich erkannte, was aber inzwischen klar herausgearbeitet sein dürfte²⁾, an eine

¹⁾ Trotzdem muß man sich gegen dieses Mißverständnis immer wieder zur Wehr setzen. Dies gilt auch in Beziehung auf die Ausführungen von *W. Schönfeld* (s. sofort unten S. 20 II. 2).

²⁾ *S. Heck*: Rektoratsrede über das Problem der Rechtsgewinnung (1912) und im Grundriß des Schuldrechts (1929) Anhang § 1—4, ferner Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz in *Arch. f. civ. Pr.* Bd. 112 (1914) namentlich S. 308 ff. und deutsche Juristenzeitung im 10. Jahrgang (1905) S. 1140, 14. Jahrgang (1909) S. 1457. *M. Rümelin*: *B. Windscheid* und sein Einfluß auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft, Rektoratsrede 1907; das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns. (Preisverteilungsrede 1908) S. 30. 31; *Rudolf v. Ihering* (Preisverteilungsrede 1922) S. 39 ff.; *Eugen Huber* (Preisverteilungsrede 1923) S. 57 ff. zur Lehre von der jur. Konstruktion *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* Bd. 16 (Zitelmannfestschrift 1923) S. 343 ff.; Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung in *civ. A. N. S.* Bd. 2 S. 281 ff.; Rede über Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein (1925) S. 77. 78; Rede über die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts (1929 S. 36 und 37 (II. 1), außerdem zahlreiche Rezensionen in *Arch. f. civ. Pr. N. S.* (3. B. *J. Goldschmidt*, *Der Prozeß als Rechtslage*, *Rosenberg*, *Zivilprozeßlehrbuch*, *Binder*, *Prozeß und Recht*, *Wertmann*, *Schuldrecht* u. a.).

bestimmte Art der Rechtsprechung, die in gelegentlichen Ansätzen schon bei den römischen Juristen vorhanden, über Scholastik und Naturrecht hinweg zur historischen Schule gelangt ist und dort eine eigentümliche Ausprägung erfahren hat.

Man kann den Fehler vielleicht im Anschluß an Stammler¹⁾ zusammenfassend dahin bestimmen, daß man „Begriffe, die nichts anderes sind als Reproduktionen von geschichtlich gegebenem Stoff, als reine Begriffe, wie die der Mathematik, behandelte“, daß man aus den die Reproduktion versuchenden Formulierungen und Klassifikationen weitere Rechtsinhalte abzuleiten suchte, die bei der reproduzierenden Begriffsbildung noch nicht berücksichtigt waren²⁾. Mit dem ersten Fehler hängt ein zweiter

¹⁾ Rechtsphilosophie § 115. II. 6.

²⁾ Der Vermischung reiner und empirisch bedingter Rechtsbegriffe verfällt m. E. auch Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut im Licht des Reichsgerichts. (Seltgabe der jurist. Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts Bd. II S. 191 ff.), wenn er auch den (im Text geschilderten) Fehler des Inversionsverfahrens vermeidet, weil er seine (übrigens meist von vornherein nur auf den Systemaufbau und nicht auf die Gewinnung von Entscheidungsnormen zugeschnittenen) Begriffsbestimmungen stets auf eine Gesamtchau, d. h. auf eine Berücksichtigung sämtlicher nicht bloß schon vollzogener, sondern möglicherweise in Betracht kommender Wertungen zu gründen sucht. Er übersieht dabei m. E. nur, daß dies bei empirisch bedingten Rechtsinhalten nicht möglich ist, daß die Begriffsbildungen und Klassifikationen, die sich auf Einrichtungen des positiven Rechts beziehen, stets nur vorläufige sind. Er will wie Binder und andere Hegelianer ein System aller denkbaren auf das Recht bezogenen Bewußtseinsinhalte aufstellen. (S. darüber Stammler Rechtsphilosophie § 133 II. 2). So kommt es, daß er glaubt, nicht bloß Begriffe wie Rechtssubjekt und Rechtsobjekt, sondern auch Treuhand und Gesamthand, Unternehmen im Rechtsinn, den Gegensatz von Verbandsperson und Personenverband, den mehrdeutigen Ausdruck subjektives Recht, ein für allemal bestimmen und festlegen zu können. (S. Stammler a. a. O. § 133 II. 6.) Dabei wird (ganz abgesehen von dem mit den Begriffen „Einheit und Vielheit“ sowie „außen“ und „innen“ getriebenen Spiel) in Verkennung

ganz unmittelbar zusammen. Die Verkenntung der reproduzierenden Begriffsbildung bewirkte, daß man um Formulierungsprobleme kämpfte, wie wenn sie Erkenntnisprobleme wären und daß man nicht sah, wie oft verschiedene Formulierungen nebeneinander möglich sind, bei denen man nur über die größere oder geringere Angemessenheit aber nicht um Richtig oder Falsch streiten kann¹⁾.

Die Hauptgefahr lag in der fehlerhaften Rechtsfindungsmethode, wenn auch die falsch geführten Formulierungskontroversen viele Kräfte von einer nützlicheren Beschäftigung abhielten und ebenfalls mit dazu beitrugen, die deutsche Zivilrechtsdogmatik weithin bei den Vertretern anderer Wissenschaftszweige und bei den Juristen des Auslandes in schlechten Ruf zu bringen²⁾.

der Unbestimmtheit usuellen Wortsinns, der verschiedenen Bedeutungen, die einem und demselben Wort je nach dem Zusammenhang zukommen können, viel zu großes Gewicht auf sprachliche Ausdrucksformen gelegt. (S. B.: „haben kann man nur etwas, was außerhalb des Subjekts liegt.“ „Das haben selbst kann man nicht haben. Kraft subjektiven Rechts hat man einen Gegenstand. Das subjektive Recht selbst kann man nicht haben. Persönlichkeit oder Rechte an der eigenen Person kann man nicht haben“ usw.).

Den zum Ausdruck gelangenden Wertungen des Verf.s, sei es, daß er sie selbst vornimmt, sei es, daß er sie als im Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes vorhanden feststellt, wird man beinahe immer zustimmen können. Es ist stets ein hohes Kulturniveau, von dem aus gesprochen wird. Auch sind die Ausführungen stets geistvoll im besten Sinn des Worts. Nach meiner Auffassung schwebt nur der Geist, um ein Zitat des Verf.s selbst zu gebrauchen, manchmal zu sehr „über den Wassern“.

¹⁾ S. Heck, Grundriß des Schuldrechts Anhang § 2 Z. 8 lit. b. Gerade hier muß Schönfeld infolge seiner in der letzten Note geschilderten und bekämpften Auffassung zu ganz andern Ergebnissen kommen.

²⁾ Es liegt mir natürlich gänzlich fern, überhaupt den Wert einer klar und widerspruchlos durchgeführten Begriffs- und Systembildung

Der Schaden, den die begriffsjuristische Rechtsgewinnung angerichtet hat, muß sehr hoch veranschlagt werden. Er tritt vielleicht in der Rechtsprechung weniger hervor als man glauben sollte, weil das Beispiel der römischen Juristen und der gesunde praktische Takt unserer Richter stets ein Gegengewicht bildeten und weil die Dehnbarkeit der in Frage kommenden Begriffe meist eine den Lebensbedürfnissen entsprechende Handhabung ermöglichte¹⁾. Der Hauptübelstand war, daß die Verfasser des BGB. ganz im Bann dieser Anschauungen standen, und daß dies bei der Abfassung des Gesetzes in einer Weise zum Ausdruck kam, die notwendig dessen Handhabung beeinflussen mußte²⁾.

Vor nahezu 24 Jahren habe ich in einer Rektoratsrede über Bernhard Windscheid und seinen Einfluß auf die Privat-

bei einem bedingten Rechtssystem (s. Stammler, Rechtsphilosophie § 135) bestreiten zu wollen. Von der Klarheit und Übersichtlichkeit des Systems ist das rasche Sichzurechtfinden im Einzelfall wesentlich abhängig. Verlangt muß nur werden, daß man sich über Sinn und Bedeutung dieser Begriffsbildungen selbst im Klaren ist, daß man nicht Erkenntnis- und Formulierungsprobleme verwechselt.

¹⁾ S. Heck a. a. O. Anhang § 2 Z. 8 a. Die Praxis half sich hier mit dem Verfahren, das Ernst Fuhs als Kryptozoologie bezeichnet, einem Verfahren, das zwar praktisch vielfach zu brauchbaren Ergebnissen führt, aber doch verwerflich ist, weil die wirklich maßgebenden Erwägungen verdeckt bleiben, dem intuitiv urteilenden Richter selbst nicht bewußt werden und nicht nach außen hervortreten, so daß sie keiner Kontrolle unterliegen.

²⁾ Begriffsjuristische Rechtsgewinnung und begriffsjuristischer Formulierungstreit haben sich vom Zivilrecht aus auf andere Rechtsgebiete, Prozeßrecht, Staatsrecht, Völkerrecht und Verwaltungsrecht, auch Strafrecht, ausgedehnt und haben sich dort noch zäher behauptet, als auf dem Ursprungsgebiet selbst. (S. bezüglich des öffentlichen Rechtes Triepel in seiner Rektoratsrede über Staatsrecht und Politik, über das Zivilprozeßrecht meine Rede über Rechtspolitik und Doktrin in der bürgerl. Rechtspflege und verschiedene meiner Rezensionen im Arch. f. civ. Praxis II. S.).

rechtswissenschaft versucht, die mehrfachen Formen falscher begriffsjuristischer Rechtsgewinnung unterscheidend zu kennzeichnen.

Die erste Form ist die Schlussfolgerung aus einer in der zivilrechtlichen Systematik verwendeten eigentümlichen Darstellungsweise.

Seit der Zeit der Naturrechtslehre ist man gewohnt, anknüpfend an römische Ausdrucksformen, übrigens auch im Einklang mit dem populären Denken, den Begriff des subjektiven Rechts in den Mittelpunkt des Privatrechtssystems zu rücken.

In diesem Begriff und seinen Unterbegriffen, wie Eigentum, Nießbrauchsrecht, Grundgerechtigkeit, Pfandrecht, Sorderungsrecht, Urheberrecht, elterliche Gewalt usw. werden ganze Gruppen von Rechtsnormen zusammengefaßt. Mit dem Begriff des Eigentums z. B. verbindet sich die Vorstellung, daß der Eigentümer die ihm gehörigen Sachen nützen und über sie verfügen, Dritte davon ausschließen kann, soweit nicht die Rechtsordnung ihm besondere Schranken auferlegt. Er kann daher gegen jeden, der ihm die Sachen vorenthält, auf Herausgabe, gegen jeden Störer auf Unterlassung der Störung klagen. Diese subjektiven Rechte denkt man sich in einer Art Kausalverhältnis zu den Tatbeständen stehend. Sie entstehen, gehen unter, werden übertragen¹⁾ oder sonstigen Änderungen unterworfen. *Jhering*, der den Vorgang zuerst genauer untersucht hat, spricht von einer Behandlung des Rechts als Körper und demgemäß von einer naturhistorischen Methode im Recht²⁾. Neuerdings pflegt man unter Preisgabe des verfehlten Ausdrucks „naturwissenschaftliche Methode“ von einem Transpositions- oder Transformationsverfahren zu reden³⁾.

Die geschilderte Darstellungs- und Ausdrucksweise, die in der

¹⁾ Auch die Bilder des Ruhens und der Hemmung werden gebraucht.

²⁾ *Geist d. r. R.s* II, 2 S. 358 ff.

³⁾ So vor allem *R. Baumgarten*, *Die Wissenschaft vom Recht* I S. 364—401, II S. 630 ff. Ferner *Heck*, *Grundriß des Schuldrechts*, Anhang § 2.

hat eine große Vereinfachung der Darstellung mit sich bringt, ist allgemein eingebürgert, in die Sprache der Gesetze übergegangen und schwer durch eine andere zu ersetzen. Sie ist auch unschädlich, solange man sich bewußt bleibt, daß es sich um eine bloße Darstellungsform handelt, daß aus den Gleichnissen und Bildern keine Schlüsse für die Entwicklung neuer Rechtsätze gezogen werden dürfen.

Gerade dies wurde jedoch von Ihering angenommen, der mit seiner naturhistorischen Methode blutigen Ernst machte, indem er meinte, daß wie in der Chemie die Körper so in der Rechtswissenschaft die Rechtsbegriffe in ihre Bestandteile zerlegt und diese Bestandteile wieder neu zusammengesetzt werden könnten¹⁾. Auch er verfiel dabei in den Fehler, aus den zu Darstellungszwecken gebildeten Begriffen Folgerungen zu ziehen, an die man bei der Aufstellung des Begriffs nicht gedacht hatte. Diese Gefahr ist besonders groß bei solchen Bedeutungsübertragungen, weil man unwillkürlich geneigt ist, die bei der Übertragung ausgeschalteten Darstellungselemente im entscheidenden Moment wieder unterzuschieben²⁾. Damit ist alsdann die Begriffsvertauschung (quaternio terminorum) vollzogen³⁾.

Sehr viel häufiger und gefährlicher als diese Schlußfolgerungen aus einer bloß zu Darstellungszwecken erfolgten Formulierung ist die Ableitung neuer Rechtsätze aus einer Klassifikation oder Begriffssubsumtion, die man entweder auf Grund noch nicht vollständiger Beobachtung vorläufig vollzogen, oder aber in anderem Zusammenhang und zu anderen Zwecken angenommen hat.

¹⁾ S. meine Rede über Rudolf v. Ihering (1922) S. 41 ff.

²⁾ S. Heck, Grundriß Anhang § 2 S. 476. 477.

³⁾ Ein Fall solcher fehlerhafter Schlußfolgerung aus dem Transpositionsverfahren ist der von der herrschenden Lehre heute noch festgehaltene Satz: ein nichtiges Rechtsgeschäft kann nicht anfechtbar sein (angeführt zuerst von Kipp in seinem Aufsatz über Doppelwirkungen im Recht in der *Martius-Festschrift* 1911, und von K. Peter im *Civ. Archiv N. F.* Bd. 12 S. 3 ff.). Ein anderer typischer Fall (s. Heck a. a. O. S. 477) ist die Behandlung der Wahlobligationen.

Wenn sich im Leben neue Interessenlagerungen und Interessenkonflikte ausbilden, die noch keine unmittelbare Regelung oder doch nur eine unvollständige in Gesetz oder Gewohnheitsrecht gefunden haben, wird man stets zunächst versuchen müssen, diese Erscheinungen an das schon vorhandene Recht anzugliedern. Diesem Zweck dient vor allem das Analogieverfahren, das im bisherigen Recht enthaltene Wertungen auf die neuen Fälle überträgt¹⁾. Statt nun diesen allein richtigen Weg einzuschlagen, verfährt man vielfach anders. Nachdem man gesehen hat, daß eine Reihe von Rechtsfolgen mit denen eines schon geregelten und unter einen geläufigen Begriff gebrachten Tatbestands übereinstimmen, sei es, daß das Gesetz die Rechtsfolge ausdrücklich verordnet hat, sei es, daß man durch Analogieschluß zu einer Gleichstellung gelangt ist, nimmt man einfach eine Unterordnung der neuen Erscheinung unter den bekannten Begriff vor, gegebenenfalls unter Hervorhebung einzelner beobachteter Abweichungen. So bezeichnet man z. B. den durch Fernsprecher abgeschlossenen Vertrag als einen Vertrag unter Anwesenden, die Aktiengesellschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, oder die eingetragenen Genossenschaften als juristische Personen²⁾. In zahlreichen Fällen entstanden hier freilich Streitfragen, wie leicht zu erklären, da man überall, wo einzelne Abweichungen sich

¹⁾ S. darüber meine Abhandlung im Arch. f. civ. Pr. II. 5. Bd. 2, S. 283. 284. Dasselbe Verfahren kommt zur Anwendung, wenn vom Gesetz gebrauchte elastische Begriffe (wie z. B. Waffen, Gebäude, Bauwerke u. a.) näher bestimmt werden sollen.

²⁾ Die Bestimmungen des Gesetzes lauten nur dahin, daß die betreffenden Verbände als solche selbständige Rechte und Pflichten haben, klagen und verklagt werden können. Bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft wird übrigens die juristische Persönlichkeit gelugnet, obwohl auch sie „unter ihrer Firma“ Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden können (§GB. 124, 161 Abs. 2). Da man mehrfache Abweichungen von der Rechtslage der juristischen Person beobachtete, unterstellte man sie dem Begriff des Gesamthandverhältnisses (bestritten).

ergeben, in diesen ein Hindernis für die Einordnung erblicken kann. So wurde z. B. darüber gestritten, ob bei den Ordre- und Inhaberpapieren die Schuldverpflichtung des Ausstellers auf einen Vertrag oder auf ein einseitiges Versprechen, enthalten schon in der Ausstellung des Papiers, zurückzuführen sei.

Sobald man aus einer derartigen vorläufigen Subsumtion Rechtsätze ableitet, die man vor der Subsumtion nicht schon in Rechnung gezogen hat, entsteht ein logischer Fehler. Allerdings können die vorläufigen Begriffs-subsumtionen, die man mit Vorliebe auch Konstruktionen nennt¹⁾, als Analogiehypothesen sich bewähren. Die Übereinstimmung der Rechtsfolgen in den beobachteten Fällen legt die Vermutung nahe, daß auch noch andere Gleichheiten sich finden werden, und in der Tat haben schon vielfach die aus den Subsumtionen abgeleiteten Folgerungen auch vom Standpunkt der Interessenwertung aus sich als gerechtfertigt erwiesen. Allein offensichtlich ist die Vermutung widerlegbar. Es muß stets eine Nachprüfung nach den Grundsätzen des Analogieverfahrens stattfinden. Geschieht das nicht, wird die Subsumtion als endgültige behandelt, so kann das ganze die wirkliche Sachlage verdeckende Verfahren nur Unheil stiften.

Noch viel schlimmer ist es, wenn eine Begriffs-subsumtion unter Dehnung eines elastischen Begriffs oder unter Verschiebung eines mehrdeutigen Ausdrucks vollzogen wird, um ein gewünschtes Ergebnis daraus abzuleiten, oder wenn eine zu bestimmtem Zweck vorgenommene, an sich mögliche, Klassifikation dazu benützt wird, um Rechtsätze zu gewinnen, an die man bei Vornahme der Klassifikation noch nicht gedacht hat. Beides kommt in Schrifttum und Rechtsprechung häufiger vor, als man für möglich halten sollte. Ein typisches Beispiel für das erste Verfahren ist die Art und Weise, wie das Reichsgericht (nach dem Muster Gierkes) bei Störungen gewerblicher Tätigkeit einen vom Verschulden

¹⁾ S. darüber meine Abhandlung in der Zitelmannfestschrift (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. XVI Heft 4) S. 350, 354.

des Störenden unabhängigen Unterlassungsanspruch zu begründen sucht. Statt daß man den als wünschenswert erachteten Schutz aus Wertungen des Gesetzes oder des Volksbewußtseins abgeleitet hätte, wurde ein subjektives Recht auf den eingerichteten Gewerbebetrieb konstruiert und darauf der Unterlassungsanspruch, entsprechend dem negatorischen Anspruch des Eigentümers, gegründet, während doch offensichtlich die Frage, ob ein subjektives Recht angenommen werden kann, von dem gewährten Schutz abhängt. Ein besonders krasser Fall von Klassifikationsmißbrauch liegt vor, wenn der Verfasser eines Lehrbuchs, den Handkauf (bei dem sofort mit Abschluß des Vertrags die Ware übergeben wird) vom Versprechenskauf (bei dem zunächst nur eine Einigung über den später zu vollziehenden Austausch erfolgt), unterscheidet und daraus schließt, daß der Verkäufer einer gestohlenen Sache dem Käufer nicht zum Schadenseratz für die Entwehrung verpflichtet sein könne, weil er ja doch keine Verpflichtung zur Lieferung übernommen habe ¹⁾.

Ein anderer Fall solchen Mißbrauchs dehnbarer oder in verschiedenem Sinn verwendbarer Allgemeinbegriffe lag vor, wenn man aus angeblicher Identität oder Neuheit, Einheit oder Vielheit Rechtsätze ableiten wollte. So z. B. wenn man darüber stritt, ob ein Forderungsrecht oder eine Schuld durch Rechtsgeschäft auf einen andern Gläubiger oder Schuldner übertragen oder nur ein neues Schuldverhältnis an Stelle des alten begründet werden könne (bzw. der Gläubiger einen anderen ermächtigen könne, sein Forderungsrecht auszuüben und den Betrag zu behalten), oder darüber, ob man innerhalb der Gesamtschuldverhältnisse zwei Gruppen darnach zu unterscheiden vermöge, ob eine Obligation mit Mehrheit der subjektiven Beziehungen

¹⁾ So Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts S. 87, 88). (S. dazu Heck, Grundriß des Schuldrechts § 80 Z. 6 S. 247.) Die möglicherweise beim Verf. zugrunde liegende Annahme, daß dies im Zweifel dem Parteiwillen entspreche, ist nicht zutreffend, jedenfalls in keiner Weise dargelegt.

oder von Haus aus mehrere Obligationen vorliegen. Es war dies ein Tiefstand der gemeinrechtlichen Wissenschaft, den wir instinktiv schon als Schüler empfunden haben. Es ist ja doch offensichtlich, daß die Aussage, es liegt etwas Neues vor, das mit einem vorher Dagewesenen gewisse Merkmale gemeinsam hat, und die andere Aussage, es ist noch derselbe Gegenstand nur mit diesen oder jenen Abänderungen, in allen Fällen teilweiser Übereinstimmung logisch in gleicher Weise möglich sind, und daß man bei allen getrennt beobachtbaren aber doch zusammenhängenden Erscheinungen sowohl von einer Einheits- als von einer Mehrheitsvorstellung ausgehen kann. Ich kann ebensogut sagen, das ist ein kleiner Tannenwald oder ein Obstgut, als, es sind 60 zusammenstehende Tannen oder Obstbäume, ebensowohl, das ist ein Berg mit zwei Kuppen oder Spizen, als es sind zwei zusammenhängende Berge eines Massivs¹⁾. Welche Darstellungs- und Ausdrucksweise gewählt wird, ist teils von quantitativen Momenten, teils von den Zwecken des Ausagenden und den Umständen, unter denen die Aussage gemacht wird, abhängig.

Zum Teil waren diese unerquicklichen Auseinandersetzungen durch die Lage der römischen Quellen bedingt, sei es dadurch, daß sich die historische Entwicklung einer Rechtseinrichtung noch in der Darstellung der späteren Juristen abspiegelt²⁾, sei es dadurch, daß diese (vielleicht zum Teil erst die Byzantiner) sich solcher Darstellungsformen von Einheit und Vielheit oder Wesensgleichheit gelegentlich bedienten³⁾. Während nun aber die Römer nicht daran dachten, aus diesen überkommenen Formulierungen oder gelegentlichen Bemerkungen praktische Folgerungen zu ziehen⁴⁾, suchte die gemeinrechtliche Jurisprudenz darin den

¹⁾ Ein Beispiel Hecks. S. Grundriß des Schuldrechts S. 481 II. 1.

²⁾ So bei Session und Schuldübernahme.

³⁾ S. 3. B. D. 2, 14, 19 usw.; 45, 2, 13 § 1, auf der anderen Seite, D. 45, 2, 13 usw., 19 § 3, 113; D. 46, 1, 15 (andere zweifelhafte Stellen können beiseite bleiben).

⁴⁾ Das ergibt sich schon daraus, daß sie je nach dem augenblicklich

maßgebenden Gesichtspunkt für die rechtliche Behandlung und entnahm daraus einen Entscheidungsgrund für bestimmte in den Quellen nicht oder nicht in zweifelsfreier Weise entschiedene Einzelfragen ¹⁾.

Dieses ganze begriffsjuristische Verfahren in allen den geschilderten Formen führt in letzter Linie zurück auf das mehr oder weniger bewußte Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Objektivität, oder auf das Bestreben, mindestens den Anschein einer solchen zu erregen. Daher die große Zähigkeit, mit der sich das Verfahren behauptet hat. Man scheut sich vor den stets mit einem bald größeren bald geringeren Maß von Subjektivität belasteten Wertungen oder will doch nicht mit solchen offen hervortreten, da sie in ganz anderem Maß dem Widerspruch der Interessenten ausgesetzt sind als wirkliche oder vermeintliche logische Deduktionen ²⁾.

versolgten Darstellungszweck, bald von *una obligatio* bald von *plures obligationes* reden, ebenso wie sie bei der *hereditas jacens* je nach Bedarf sagen: *defuncti* oder *heredis personam sustinet*, bald *personae vice fungitur*.

¹⁾ So handelte es sich z. B. bei dem Streit darüber, ob der *cessio-*nar nur das Recht des *cedenten* ausübe oder ein eigenes Recht geltend mache, nicht bloß um eine Formulierungsfrage, sondern auch darum, ob die aus der geschichtlichen Entwicklung des römischen Rechts zu erklärenden Sätze (z. B. bezüglich des Übergangs von rein persönlichen Einreden und von Nebenrechten) beizubehalten seien. Freilich wurden diese Fragen von der Formulierungsfrage, ob und inwieweit man von einer Rechtsnachfolge sprechen könne, nicht klar unterschieden. Dies scheint mir in der Darstellung von *Heck* (Grundriß des Schuldrechts § 69) zu wenig hervorzutreten. Zu beanstanden dürfte auch sein, daß dort in Beziehung auf die Frage der Rechtsnachfolge *Cessio* und *Aktiodelegation* zusammengefaßt werden.

²⁾ Mit Recht hat *E. Jung* in *Rechtsregel und Rechtsgewissen* (im *Arch.* Bd. 118 S. 120) darauf hingewiesen, daß in einer Rechtsgemeinschaft, der die innere völkische Einheitlichkeit abgeht, wie das in der römischen Kaiserzeit der Fall war, die Berufung auf gemeinsame Wertungen besonders unsicher erscheint. Daher z. B. der Ertrag inter-

Welches im Einzelnen die Gedankengänge waren, durch die die Juristen zu den verschiedenen Zeiten, die römischen Klassiker, die byzantinischen Professoren, die Scholastiker des Mittelalters und die Naturrechtslehrer des 17. und 18. Jahrhunderts zu ihrer Begriffsjurisprudenz geführt wurden, inwieweit sie an die logische Schlüssigkeit ihres Ableitungsverfahrens wirklich glaubten (ob sie bewußt oder unbewußt kryptozojologisch verfahren) wird sich schwer feststellen lassen und kann hier jedenfalls nicht näher untersucht werden¹⁾. Die Begriffsjurisprudenz der historischen Schule, mit der wir es hier zu tun haben, wurzelt in einer eigentümlichen Wendung, die die Grundanschauung von der Rechtserzeugung durch den Volksgeist von Anfang an, schon bei Savigny und Puchta, genommen hat. Es wurde davon ausgegangen, daß der in Zeiten fortgeschrittener Rechtsentwicklung in den Juristen verkörperte Volksgeist unter anderem, oder sogar in erster Linie, solche grundlegenden Vorstellungen, „Grundbegriffe“ hervorbringe, aus denen sich die Einzelheiten ableiten ließen. Daraus wurde weiter gefolgert, daß die aus dem Corpus juris ersichtlichen Begriffsbildungen und Konstruktionen für uns maßgebend seien, da ja der deutsche Volksgeist diese Produkte des römischen in der Rezeption sich angeeignet habe. Diese Auffassung ist ein verhängnisvoller Fehler, der verhängnisvollste,

essenwertender Entscheidungen durch (vermeintliche oder vorgeschützte?) naturphilosophische Deduktionen bei der Frage des Eigentumserwerbs durch Spezifikation oder des Eigentumserwerbs an eingepflanzten und eingesäten Sachen oder bei der Behandlung des Irrtums über wesentliche Eigenschaften beim Kauf (sog. error in substantia). Inwieweit man es dabei mit byzantinischer Jurisprudenz zu tun hat muß hier offenbleiben. (S. über den error in substantia Lenel im civ. Archiv II. F. Bd. 3 S. 173 ff., m. E. nicht durchweg überzeugend.)

¹⁾ Bei den römischen Juristen halte ich es nicht für ausgeschlossen, daß sie, z. B. bei der Lehre vom error in substantia, doch in Wirklichkeit von Interessenwertungen ausgingen und die philosophische Spekulation nur vorgeschützten, also nicht nur unbewußte sondern bewußte Kryptozojologie trieben.

den die historische Schule gemacht hat. Bezweifeln kann man schon die Annahme, daß der Volksgeist in solcher Weise in den Anschauungen der Juristen zum Ausdruck gelange. Das ist zwar insofern richtig, als auch der Jurist ein Mitglied seines Volkes ist, und dessen Wertungen sich in seinem Bewußtsein regelmäßig wiederfinden werden. Der Jurist entwickelt aber auch rein technische Gedankenreihen, die mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes nichts mehr zu tun haben. Diese Technik kann auch die Wertungen beeinflussen, so daß eine Entfremdung gegenüber dem Volksbewußtsein stattfindet. Bei einem gelehrten Berufsrichtertum liegt, zumal wenn seine Ausbildung in einem fremden, nicht bodenständigen, Recht erfolgt, die Gefahr, daß dies geschieht, nahe genug¹⁾. Jedenfalls aber vollzieht sich die Rechtsproduktion beim Volk und bei den Juristen regelmäßig nicht in der Weise, daß von solchen Allgemeinvorstellungen und Begriffsbildungen ausgegangen wird. Das Rechtsbewußtsein des Volkes wertet, auch da wo es sich in überlieferten bildlichen und begrifflichen Vorstellungen bewegt, doch immer in erster Linie die Interessen, und unter normalen Verhältnissen steht es beim Richter nicht anders. Selbst wenn eine begriffsjuristische Verbildung eingefügt hat, wird sich der Fehler nur in vereinzelten Fällen geltend machen. In der Regel werden immer wieder die Wertungen des Rechtsgefühls (der gesunde Menschenverstand) sich Bahn brechen.

Gewiß bringt das Volksbewußtsein auch Gebotsvorstellungen und Gebotsbegriffe hervor: „Dies muß verboten, unter Umständen mit Strafe belegt, jenes gestattet werden“ gegebenenfalls unter Auferlegung einer Haftung für die durch das erlaubte Handeln hervorgerufenen Schädigungen und Gefährdungen²⁾. Nur ge-

¹⁾ Darauf gründet sich die Opposition Beselers gegen Puchta in seiner bedeutsamen Schrift *Volksrecht und Juristenrecht*. Daß selbst das Recht, das die römischen Kaiserjuristen schufen, in vielen Teilen des römischen Reichs nicht bodenständig sein konnte, liegt auf der Hand.

²⁾ Gerade solche Vorstellungen über Verantwortlichkeit i. w. S., über das Einstehenmüssen für den eigenen Machtbereich, bilden sich

schließt dies stets auf der Grundlage von Interessenwertungen. Die Gebotsvorstellung ist verdichtete Interessenwertung. Die aus den Geboten abgezogenen Klassifikations- und Ordnungsbegriffe werden dabei, so weit sie bekannt und unbestritten sind, zum Zweck vereinfachter Ausdrucksweise ebenso wie von seiten des Gesetzgebers verwendet, aber sie bilden nicht den unmittelbaren Gegenstand der rechtschaffenden Tätigkeit.

Das allmähliche Fortschreiten dieser Erkenntnis konnte man in den letzten 50 Jahren deutlich beobachten. Sie hat schon zu Zeiten des gemeinen Rechts eingesetzt und ist seit dem Inkrafttreten des BGB. mehr und mehr durchgedrungen¹⁾. Vor allem war es *Jhering*, der, ursprünglich ganz in den Vorstellungen der historischen Schule befangen, sich zu einer teleologischen Betrachtungsweise durchgerungen und bahnbrechend für diese gewirkt hat. Er gelangte zu der, seither oft wiederholten, wenig befriedigenden Formulierung, daß die Begriffskonsequenz in den Bedürfnissen des Lebens ihre Schranken finden müsse²⁾. Seither sind eine ganze Reihe von Schriftstellern unmittelbar oder mit-

häufig innerhalb des Volksbewußtseins, wie z. B. die Geschichte der Haftung für gewaltunterworfenen Personen und der Tierhalterhaftung beweist. — Wenn *Heck*, Grundriß des Schuldrechts S. 474 §. 3 sagt: Den Ausgangspunkt bildet die Annahme der historischen Schule, daß die allgemeinen Gebotsbegriffe sich im Volksgeist bilden und ihrerseits die Rechtsgebote erzeugen, und im weiteren Verlauf zu einer Ablehnung dieser Auffassungen gelangt, so müssen dabei die Worte „die allgemeinen“ betont werden. Dies geht aus den in II. 1 aufgeführten Beispielen hervor. Vielleicht wäre es besser, zwischen Gebotsbegriffen (d. h. im Rechtsgebot unmittelbar verwendeten Begriffen) und Ordnungs- oder Klassifikationsbegriffen, (allenfalls auch Strukturbegriffen, wie *Heck* sagt) zu unterscheiden. Die letzteren werden allerdings nicht vom Volksgeist hervorgebracht.

¹⁾ Über mein persönliches Erleben in dieser Beziehung s. meine Selbstbiographie (*Selig Meiner*, Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen) S. 21. 22.

²⁾ S. meine Rede über *Rudolf v. Jhering* (1922).

telbar in der gleichen Richtung wirksam gewesen. Einige, wie G. Fr. Wächter, legten, ohne sich auf die Methodenfrage näher einzulassen, tatsächlich in ihren Arbeiten allen Nachdruck auf die *ratio legis*, den Interessengehalt der Bestimmungen. Andere, z. B. mein Vorgänger im Amt Gustav Hartmann, betonten nach dem Vorbild der römischen Juristen die alles beherrschende gute Treue, oder sie lehrten, wie der lebenserfahrene Friedrich Dernburg eine Rechtsprechung aus der Natur der Sache, worunter man im Gegensatz zum Naturrecht die jeweils aus der historischen Entwicklung sich ergebenden Lebensbedürfnisse verstand. Eine richtige methodologische Erkenntnis lag bei meinem verstorbenen Kollegen und Freund Otto Wendt zu Grund, wenn er versuchte, durch eine Unterscheidung der wirklichen Rechtsätze und der bloßen Dogmen dem üblichen Konstruktionsverfahren und auch gewissen begriffsjuristischen Verirrungen der Gesetzgebung entgegenzutreten¹⁾. Verdienste um die Erskütterung der herkömmlichen Begriffsdogmatik hat sich auch Oskar Bülow (trotz seiner Befangenheit in der konstruktiven Betrachtungsweise und seiner vorzugsweisen Beschäftigung mit Formulierungsfragen) mit seiner Tübinger Rektoratsrede vom Jahr 1881 über Gesetz und Richteramt erworben, dadurch daß er die rechtschöpferische Tätigkeit des Richters im Gegensatz zur bloßen Gesetzessubsumtion ins richtige Licht setzte²⁾. Noch bedeutamer in dieser Richtung ist die Tätigkeit meines Bruders G. Rümelin gewesen, der in seiner Rektoratsrede „über Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht“ vom Jahr 1891 den Gesichtspunkt der Wertung innerhalb der richterlichen Rechtsfindung scharf hervorhob³⁾, und der auch sonst in einer Reihe von Fällen die logischen Fehler

¹⁾ S. meine Rede zum Gedächtnis Otto Wendts, abgedruckt im civ. Archiv Bd. 108 S. 3 ff.

²⁾ S. meinen Nekrolog im civ. Archiv Bd. 103 S. 1 ff. (1905).

³⁾ Die Art und Weise der rechtsfindenden Tätigkeit war von Bülow nicht näher zu bestimmen versucht worden.

in dem konstruktiven Verfahren aufdeckte, vor allem erkannte, wo bloße Formulierungsfragen vorliegen¹⁾.

Wie man sieht hat seit geraumer Zeit eine Reihe in Tübingen wirkender oder doch in Tübingen geschulter Gelehrter mit Erfolg am Fortschritt der Rechtsfindungsmethoden gearbeitet. Das Hauptverdienst an der Begründung einer gesicherten Theorie darf aber — ich glaube hier trotz der Kollegenschaft meiner Überzeugung Ausdruck geben zu dürfen — mit Zug Philipp Heck zugesprochen werden, der von seiner 1889 erschienenen Habilitationsschrift über die große Haverei an unablässig sich mit diesen grundlegenden Fragen beschäftigt, in seiner Rektoratsrede im Jahre 1912 über das Problem der Rechtsgewinnung und in einer kurz darauf (1912) erschienenen großen Abhandlung im Archiv für zivilistische Praxis über Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz seine Methode eingehend begründet und kürzlich in einem Grundriß des Schuldrechts, dem demnächst ein solcher des Sachenrechts folgen wird, die Probe aufs Exempel gemacht hat. Die von ihm so getaufte Interessenjurisprudenz²⁾ ist mit Hilfe der noch weitere Ziele verfolgenden aber in der Kritik der Begriffsjurisprudenz mit ihr einig gehenden Freirechtswegung³⁾ und unterstützt durch die Rechtsphilosophie Stammers⁴⁾ insofern zum Sieg gelangt, als die Unhaltbarkeit des bisher geschilderten Verfahrens, das aus wissenschaftlichen Darstellungsformen und Begriffsbildungen, Einzelentschei-

¹⁾ S. vor allem das Rektoratsprogramm „Methodisches über juristische Personen“ 1891; den Beitrag zur Thering-Festschrift „Zweckvermögen und Genossenschaft“ 1892; die bei Eintritt in die Freiburger Fakultät verfaßte Antrittsschrift „Juristische Begriffsbildung“.

²⁾ Auch diese Bezeichnung hat mancherlei Mißverständnisse hervorgerufen, namentlich in der Richtung, als ob nur die privatwirtschaftlichen Interessen der Parteien gewertet werden sollten.

³⁾ S. darüber unten S. 39 ff.

⁴⁾ Stammler, vornehmlich in Theorie der Rechtswissenschaft 1911, Rechtsphilosophie, 1. Aufl. 1921, 3. Auflage 1928.

dungen abzuleiten versucht¹⁾, grundsätzlich anerkannt und damit zugleich der Glaube an ein lückenloses Begriffssystem, das dem Richter als sichere Handhabe bei seiner Tätigkeit dienen könnte, widerlegt ist²⁾. Dafür ist mit dem Inkrafttreten des BGB. eine Abart der Begriffsjurisprudenz, man könnte sie die gesetzepositivistische nennen, entstanden, die zwar mit der Begriffsjurisprudenz der historischen Schule in engem Zusammenhang steht und auf ihr beruht, die aber daneben noch eine selbständige Grundlage hat.

Die Entstehung des Gesetzes fiel in eine Zeit, in der man an die Lückenlosigkeit des gemeinrechtlichen Systems und an die Möglichkeit glaubte, nach dessen Muster ein entsprechendes System auf dem Wege der Gesetzgebung aufstellen zu können. Um dies Ziel zu erreichen und eine möglichst weitgehende Rechtssicherheit herbeizuführen bediente man sich der Methode der sog. abstrakten Kasuistik, d. h. man suchte unter Verwendung der in der gemeinrechtlichen Lehre entwickelten Allgemeinbegriffe durch abstrakt gefaßte, begrifflich scharf fixierte Normen eine möglichst große Zahl von Einzelentscheidungen zu treffen, an die der Richter gebunden sein sollte. Freilich hatte man so viel Einsicht in den Reichtum und in die Wandelbarkeit der Lebensgestaltungen, daß man im Anschluß an die *bonae fidei interpretatio* und die Verweisung auf die *boni mores* im römischen Recht eine Reihe von Blankettbegriffen wie Treu und Glauben, gute Sitten, Billigkeit u. a. einstellte, die der richterlichen Rechtsfindung Raum ließen.

¹⁾ Heck nennt das alles zusammen Inversionsverfahren. Vielleicht beschränkt man diesen Ausdruck besser auf die Fälle, in denen der Begriff zu dem Zweck gebildet wird, um ein gewünschtes Ergebnis daraus ableiten zu können.

²⁾ Einen ganz anderen Sinn hat es natürlich, wenn man (wie z. B. W. Burckhardt) innerhalb des Privatrechts von einem geschlossenen Rechtssystem insofern spricht, als bei jeder entstehenden Interessenkollision der Richter eine Entscheidung fällen muß, nicht mit einem *non liquet* antworten darf.

Dieser Auffassung der mit der Gesetzesredaktion beauftragten Juristen entsprach in der ersten Zeit die Handhabung des Gesetzes. Man ging davon aus, daß der Richter an die Formulierungen und Abstraktionen, die ja nunmehr im Gesetz standen, schlechthin gebunden sei. Die buchstabens- und begriffsgläubige Rechtsprechung, die daraus entstand, hat eine lebhaftere, immer mehr sich verstärkende Gegenbewegung hervorgerufen.

Es galt, sich darauf zu besinnen, was letzten Endes der Sinn und Zweck jeder Gesetzgebung ist, der auch dem Gesetzgeber, — das sind nicht die Redaktionsjuristen sondern die Repräsentanten des Volkes, Regierung und Volksvertretung, — unterstellt werden muß. Dieser Sinn ist: angemessene Regelung der Lebensverhältnisse des Volkes. Eine solche erfolgt durch Abgrenzung geschützter Interessensphären auf Grund einer Wertung der einander gegenüberstehenden Interessen vom Standpunkt des Gemeinwohl aus. An diese Wertungen ist der Richter gebunden. Sie gilt es aus den Formulierungen und Begriffsbildungen herauszuholen, die ihrerseits nur Mittel zum Zweck sind.

Nun ist ja unbestreitbar, daß das Gesetz, wenn es sich der zur Zeit seines Entstehens ausgebildeten Begriffe bedient, damit die mit dem Begriff verbundenen und in ihm zum Ausdruck gelangenden Interessenwertungen sanktionieren will. (In den technischen Begriffen der gemeinrechtlichen Lehre war eine große Zahl solcher Interessenwertungen enthalten.) Aber dies bezieht sich doch nur auf schon vollzogene, bekannte und unbestrittene Wertungen. Für neue noch nicht bedachte Interessenkonflikte ist aus der Fassung des Gesetzes nichts zu entnehmen. Bei solchen ist zu untersuchen, ob nicht aus dem sonstigen Inhalt des Gesetzes die Wertung entnommen werden kann. Wo das nicht der Fall, muß richterliche Wertung, wenn möglich auf Grund der im Rechtsbewußtsein des Volkes vorhandenen Maßstäbe eintreten¹⁾.

¹⁾ S. dazu meine früheren Ausführungen vor allem im civ. Arch. II. S. Bd. 1 S. 285 ff., Rede über Rechtsgefühl und Rechtsbemessungen S. 63 ff.

Schwierig zu entscheiden ist dabei folgende Frage: Muß nicht der Zivilrichter¹⁾ im Fall nicht überschaubarer Interessenkonflikte im Interesse der Rechtsicherheit davon ausgehen, daß bei Gleichgewichtslage der einander gegenüberstehenden Interessen oder bei Zwiespalt verschiedener im Rechtsbewußtsein des Volkes vorhandener Wertungstendenzen die gesetzliche Konstruktion²⁾ den Ausschlag gibt? Es ist dies der Punkt, den Arthur Baumgarten in seinem sorgfältig durchdachten Werk über die Wissenschaft vom Recht aufgegriffen hat³⁾.

Die Frage kann jedenfalls nicht einheitlich für alle Zeiten und alle Gesetzbücher gelöst werden. Inhalt und Tendenz der Gesetzgebungen wechseln und das Gut der Rechtsicherheit wird nicht immer in gleicher Weise gewertet⁴⁾. Für das gegenwärtige deutsche Recht scheint mir der Satz, daß bei Gleichgewicht der Interessen im Zweifel die gesetzliche Konstruktion entscheidet, richtig zu sein⁵⁾. Allzu große Bedeutung wird ihm indessen

¹⁾ Im öffentlichen Recht und im Strafrecht ist insofern eine andere Sachlage vorhanden, als das Einschreiten einer Behörde, sowie speziell eine Bestrafung, immer zu unterbleiben hat, wenn die Befugnis nicht zweifelsfrei feststeht. (S. dazu W. Burkhardt, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung 1905).

²⁾ Eine entsprechende Frage könnte auch bei geschichtlich überkommenen aber nicht in das Gesetz aufgenommenen (gewohnheitsrechtlichen) Konstruktionen gestellt werden.

³⁾ I. Bd. Tübingen (J. C. B. Mohr [Paul Siebeck]) 1920 II, Bd. 1922.

⁴⁾ S. darüber meine Rede über die Rechtsicherheit (1924) S. 48 ff.

⁵⁾ Ich habe mich zu diesem Grundsatz schon 1906 in meiner Abhandlung über Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse (Ziv. Arch. Bd. 98 S. 330) bekannt. Anderer Ansicht, wie es scheint, Heck Grundriß des Schuldrechts Anhang § 23. 7 (S. 477, insbesondere II. 2), der freilich nur vom Transpositionsverfahren spricht und den Fall, daß aus einer gesetzlichen Begriffsbildung geschlossen wird, nicht speziell ins Auge faßt. Er will innerhalb des Schuldrechts in solchen Fällen den Grundsatz in dubio pro reo zur Anwendung bringen. Dies mag für den Fall, daß verschiedene Wertungen einander gegenüberstehen, vor allem für

schwerlich zukommen. Denn, je mehr der Blick auf die Interessenwertungen gelenkt ist, desto seltener werden die Fälle solcher Gleichgewichtslagen vorkommen, mag man auch immerhin bei ganz unbedeutendem Übergewicht den Grundsatz *minima non curat praetor* zur Anwendung bringen¹⁾.

Heute, so kann man wohl behaupten, ist auch die gesetzpositivistische Begriffsjurisprudenz grundsätzlich überwunden, wenn es auch verständlich ist, daß man sich von einer gewohnten Denkweise nicht mit einem Schläge loslösen kann und daher immer noch zahlreiche Rückfälle vorkommen. Die Reichsgerichtspraxis jedenfalls hat sich immer mehr zur interessewertenden Gesetzesauslegung bekannt²⁾. Es ist sogar zur Zeit die Gefahr vorhan-

den Fall des Klassengegensatzes zutreffen, dagegen nicht für die Indifferenzfälle. Jedenfalls wird man (auch auf dem Gebiet des Schuldrechts) nicht immer mit ihm durchkommen. Man braucht nur an den Fall zu denken, daß ein Gläubigeranspruch sicher begründet erscheint, der auf die Leistung a oder b gehen kann, von denen keine den Schuldner stärker belastet.

¹⁾ Zu beachten ist, daß bei der zunächst Ausschlag gebenden Interessenwertung nicht bloß die Gläubiger- und Schuldnerinteressen (erstere einschließlich des Vertrauensinteresses des auf den Wortlaut des Gesetzes sich stützenden Gläubigers) sondern auch das Allgemeininteresse an der möglichststen Bestimmtheit der Rechtsätze und an der Rechtskontinuität in die Waagschale geworfen werden muß. Das Kontinuitätsinteresse kann unter Umständen gerade bei der Übernahme gemeinrechtlicher Konstruktionen den Ausschlag geben. In die Interessenwertung kann vor allem auch die Erwägung einbezogen werden, daß trotz nicht überschaubarer Interessenkonflikte die Bindung an die gesetzliche Konstruktion im Sinn der Rechtsicherheit liege. (An solche Fälle hat wohl A. Baumgarten in erster Linie gedacht). Die Feststellung, ob dies angenommen werden darf, kann freilich eine recht schwierige sein, wie überall wo zwischen Rechtsicherheit und konkreter Angemessenheit eine Entscheidung getroffen werden muß.

²⁾ S. dazu neuestens Lobe, „Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsgericht“ in: „Fünfzig Jahre Reichsgericht“, Berlin und Leipzig

den, daß die Rechtsprechung sich allzusehr vom Boden des Gesetzes loszulösen, daß man an Stelle des Dogmas von der Allmacht des Gesetzgebers, das andere von der Allmacht des Richters zu stellen sucht. Dies steht im Zusammenhang mit den in der Theorie hervorgetretenen Bestrebungen, die Bindung des Richters an das Gesetz, und zwar auch an die Interessenwertungen des Gesetzes, so weit als möglich zu lockern.

Obwohl eine solche gesetzesfeindliche Stimmung schon bei Savigny und zahlreichen Angehörigen seiner Schule vorhanden war, in der Gewohnheitsrechtslehre und mehrfach auch in der schon seit dem 19. Jahrhundert vertretenen Theorie von der objektiven Auslegung der Gesetze hervortrat¹⁾, ist sie doch am deutlichsten zum Ausdruck gelangt in der sog. Freirechtswegung²⁾.

Bei ihrem ersten Auftreten hat diese Bewegung die Gemüter mächtig und nachhaltig erregt³⁾. Mit temperamentvoller Einseitigkeit⁴⁾, zum Teil mit leidenschaftlicher Heftigkeit und in agitator-

(Walter de Gruyter) 1929, zum 50jährigen Jubiläum des Reichsgerichts erschienen. Die Zusammenstellung Lobes beweist freilich auch die zahlreichen Rücksälle und häufiges Schwanken. Lobe selbst untersucht die Entscheidungen nur unter dem Gesichtspunkt, ob in ihnen „Das Rechtsgefühl“ bzw. „Das Volksrecht“ zum Ausdruck gelange, gleichgültig welche Mittel zur Anwendung kommen, um das nach seiner Meinung wünschenswerte Ergebnis zu erreichen.

¹⁾ S. o. S. 14 ff. 2. Durchaus nicht bei allen Vertretern dieser Theorie, unter denen sich die namhaftesten Gelehrten, wie Wach, Binding, Kohler u. a. befinden.

²⁾ Von einer Schule zu reden ist nicht angebracht.

³⁾ Länger als seinerzeit der Angriff v. Kirchmanns im Jahre 1848 in seiner Schrift über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, von dem in den Vorlesungen, die ich hörte, schon nicht mehr gesprochen wurde. Erst neuerdings wird, wie auch die Neuherausgabe durch Schröder 1919 beweist, die Schrift wieder mehr beachtet und im Kampf gegen den Gesetzespositivismus verwendet.

⁴⁾ So H. Kantorowicz in Gnäus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft 1906.

rischem, die dem höchsten Gericht geschuldete Achtung bisweilen gröblich verlegendem Volkstribunent¹⁾, wurden Rechtsprechung und hergebrachte Lehre angegriffen, vielleicht nicht mit dem Zweck, aber doch mit dem Erfolg, auch das Laienpublikum gegen sie mobil zu machen. Kein Zweifel, daß diese Art der Propaganda wirksam war. Schon in den letzten Jahrzehnten vor dem großen Krieg war, wie in der Politik so auch in Kunst und Wissenschaft, die Übung aufgekommen, möglichst laut zu schreien, wenn man etwas erreichen wollte. Bei ruhigerer Tonart und bei Beschränkung der Diskussion auf die Kreise der Sachverständigen hätte es vermutlich länger gedauert bis die berechtigten Ziele, die gewiß in der Bewegung enthalten waren, sich durchsetzten. Das Vorgehen hatte jedoch auch seine großen Schattenseiten. Der Ton, in dem das Ganze vorgebracht wurde, rief eine entsprechende Schärfe der Abwehr hervor und verhinderte die ruhige und unvoreingenommene Prüfung der erhobenen Vorwürfe²⁾. Außerdem hat die Form der Polemik nicht

¹⁾ Der Protagonist in dieser Beziehung war der kürzlich verstorbene Karlsruher Rechtsanwalt Ernst Fuchs in zahlreichen Schriften, unter denen Recht und Wahrheit, juristischer Kulturkampf, Schreibjustiz und Richterkrönigtum, die Gemeingefährlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, besonders hervorzuheben sind. In der heiligen Überzeugung von der Gerechtigkeit seiner Sache und vielleicht auch in einer gewissen Nervosität der ganzen Veranlagung mag eine Entschuldigung für das Vorgehen gefunden werden. An der großen intellektuellen Befähigung, dem tiefdringenden praktischen Blick kann kein Zweifel sein, wenn es auch eine offensichtliche Übertreibung und Ungereimtheit ist, ihn auf eine Linie mit Nießsche, dessen begeisterter Anhänger er war, und den er nachzuahmen suchte, auf eine Linie zu stellen. (So Obergerichtsrat Dr. Meß im Türmer 32. Jahrgang S. 423—425). Nicht auf gleicher Höhe mit der Intuition stand die methodische Klarheit des Denkens. Daher auch die grimmige Opposition gegen logische Schulung und alles, was diese fördert, wie römisches Recht und Unterricht in den alten Sprachen.

²⁾ S. 3. B. Düringer, „Eine neue Methode der Rechtsprechung

unerheblich zu der Vertrauenskrise beigetragen, in der zur Zeit Rechtsprechung und Rechtswissenschaft sich befinden. Inzwischen haben sich in den Fachkreisen die Gemüter einigermaßen beruhigt und man ist weitgehend zu einer Verständigung gelangt. Zur Klärung und Befriedung hat auch beigetragen, daß vielfach der mehrdeutige und mißverständliche Ausdruck „Freirecht“¹⁾ fallen gelassen und durch die Bezeichnung „soziologische Jurisprudenz“ ersetzt wurde.

Unter dem Namen Freirecht wurde Verschiedenartiges zusammengefaßt, wie ja bei dem vielsinnigen Wort „frei“ nicht anders zu erwarten war. Soweit man Freiheit von begriffsjuristischer Bindung anstrebte²⁾, waren Freiheitslehre und Interessenjurisprudenz Bundesgenossen. Die Interessenjurisprudenz hat von der Stofkraft der jüngeren Bewegung Nutzen gehabt, ist aber auch, da vielfach beides in einen Topf geworfen wurde, von der Reaktion gegen das Freirecht mit betroffen worden. Außerdem aber, man wird wohl sagen dürfen in erster Linie, war das Bestreben der Freirechtsbewegung auf eine weitgehende Befreiung von der gesetzlichen Bindung gerichtet. Diese Tendenz kam in verschiedenen Formen zum Ausdruck, zum Teil dadurch, daß man die Geltungskraft des Gesetzes von Haus aus von seiner tatsächlichen Durchführung abhängig machen wollte³⁾ oder

und deren Kritik“ im Recht 1908 Nr. 7. Derselbe, „Richter und Rechtsprechung“ Leipzig, (Veit) 1910, *Verhaus*, Deutsche Juristenzeitung 1909 S. 1169 (s. auch 1273).

¹⁾ Der Name Freirecht ist auf den Vortrag von *E. Ehrlich*, „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft“ 1903 zurückzuführen und ist später vor allen Dingen von *Stampe* und anfänglich von *Kantorowicz* gebraucht worden.

²⁾ Diese Tendenz bildete nicht den Ausgangspunkt der Bewegung (namentlich nicht bei *Ehrlich* s. vorige Note) sie war eine Folgeerscheinung des Kampfs um die richterliche Rechtsfindung.

³⁾ So vor allem *Eugen Ehrlich* a. a. O. und in Grundlagen der Soziologie des Rechts. (S. u. S. 48 II. 2).

dadurch, daß man von der Theorie der objektiven Auslegung ausgehend, den Gesetzesinhalt auf „den klaren und unzweideutigen Wortlaut“ beschränkte¹⁾. Zum Teil gelangte man zu dem freilich nicht von allen Freirechtslehrern²⁾ und nicht von ihnen allein³⁾ gelehrten Satz, daß der Richter dem Gesetz unter Umständen den Gehorsam verweigern oder wie manchmal (noch unpassender) gesagt wurde, das Gesetz abändern dürfe.

Hier liegt jedenfalls eine unglückliche Formulierung vor⁴⁾. Denn wenn man ein Recht des Richters zum Ungehorsam verkündet (sei es auch unter bestimmten Beschränkungen), so schlägt dies dem im modernen Rechtsstaat grundsätzlich anerkannten Prinzip der Unterordnung der richterlichen unter die gesetzgebende Ge-

¹⁾ So wiederum Ehrlich und ihm folgend eine ganze Reihe von Schriftstellern (z. B. Wüstenbörfner in „Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt“. Arch. für civ. Praxis Bd. 110 S. 219 ff.).

²⁾ So hat z. B. Kantorowicz, dessen Äußerungen in Gnäus Flavius S. 41 mißverstanden werden konnten, später lebhaften Widerspruch dagegen erhoben, daß ihm diese Meinung unterstellt werde (die Contra-legen-Sabel: Deutsche Richterzeitung 3, S. 256 ff., Rechtswissenschaft und Soziologie 1911 S. 11 ff.). Auch Eugen Ehrlich und Ernst Fuhs haben die Befugnis zur Gesetzesänderung ausdrücklich abgelehnt. Unzweideutig vertreten jedoch das Contra legem-Urteilen Sta m p e, Gesetz und Richtermacht in der Jur. Ztg. 1905 S. 1017, unsere Rechts- und Begriffsbildung, Freirechtswegung; ferner E. Jung, Positives Recht 1906 S. 32 ff., Festschrift für die Gießener Fakultät 1907 S. 471 ff. (vor allem 513) und auch noch in Problem des natürlichen Rechts (1912) S. 16, 17, nicht mehr in Civ. Arch. Bd. 118 S. 1 ff. (1920); sodann Rump f, Gesetz u. Richter S. 17 u. 183 und vor allem H. Reichel, Gesetz und Richterspruch S. 122 u. 152, Wüstenbörfner, Arch. f. civ. Praxis Bd. 110 S. 333 ff.

³⁾ So z. B. auch Zitelmann, Lücken im Recht (1903) S. 24 Anm. 14. Der von Heck im Archiv 112 S. 197 weiter angeführte T o s a c k hat sich inzwischen ausdrücklich als Anhänger der Freirechtslehre bekannt (f. 8. Aufl. § 10 Z. 1. 2 b).

⁴⁾ S. zum Folgenden Heck, civ. Arch. Bd. 112 S. 196—224.

walt ins Gesicht¹⁾. Sieht man indessen von dem Formulierungsfehler ab, so wird man finden, daß die sachlichen Meinungsverschiedenheiten nicht so weittragend sind, als jene zugespitzte Formel zunächst erwarten ließ.

Allgemein anerkannt ist die Befugnis des Richters zu einer sinngemäßen Auslegung des Gesetzes. Auf den Gedanken, in diesem Fall von einer Änderung des Gesetzes zu sprechen, kann man nur kommen, wenn man ungereimterweise den Gesetzesinhalt mit dem nächstliegenden Wortlaut gleichstellt. Ebenso sollte man es nicht als Ungehörjam gegen das Gesetz bezeichnen, wenn der Richter eine sog. Gebotsberichtigung vornimmt, d. h. zur Durchführung bringt, was der Gesetzgeber selbst bei vollständiger Übersicht über die möglichen Interessenlagen, bei Berücksichtigung des gerade vorliegenden ihm unbekannt gebliebenen Interessenkonflikts angeordnet haben würde. Dieses, wie jetzt allgemein anerkannt, zulässige und von jeher geübte Verfahren, läßt sich (mit Hecks) unter den Begriff des „denkenden Gehorjams“ bringen²⁾. Schwierigkeiten entstehen, wenn es sich

¹⁾ Man wird nicht ohne weiteres mit Hecks sagen können, daß in der bekämpften Lehre ein Verstoß gegen die Souveränität der Rechtsgemeinschaft liege. Denn das würde voraussetzen, daß der Wille der Rechtsgemeinschaft mit dem Gesetzesinhalt gleichzusetzen sei. Dies trifft nicht immer zu (man denke — abgesehen vom Gewohnheitsrecht — an eine dem Richter eingeräumte Befugnis zum corrigere des jus civile, wie sie der römische praetor hatte), und wird von der Gegenmeinung gerade in den Fällen, in denen sie eine Abweichung vom Gesetz zulassen will, bestritten.

²⁾ Gegen die Analogie des Dienerverhältnisses wendet Alf Roß, Theorie der Rechtsquellen S. 320 und 321 ein, daß darin eine auf (rechts-)politischer Einstellung beruhende petitio principii liege. (Rechtspolitik ist bekanntlich nach der Kelsen'schule etwas, was die Rechtslehre nichts angeht.) Die Meinung Hecks ist natürlich, daß nach den unserem Verfassungsrecht zugrundeliegenden allgemeinen Anschauungen das Verhältnis der richterlichen zugehörigen Gewalt so

um die Stellung des Richters zu einem veralteten Gesetz handelt. Zwar liegen auch hier die Fälle einfach, in denen der Grundsatz zur Anwendung kommt, daß ein späteres Gesetz frühere Gesetze aufhebt, soweit es in Widerspruch zu ihnen tritt, oder in denen eine das frühere Gesetz ablehnende Volksüberzeugung eingreift, also Gewohnheitsrecht entstanden ist¹⁾. Darf man aber noch weitergehen, und die Nichtanwendung des Gesetzes schon dann zulassen, wenn es nach der Auffassung des Richters in Widerspruch oder in besonders krassem Widerspruch zu dem „Rechtbewußtsein der Gegenwart“ steht? ²⁾ Dies ist die eigentliche Streitfrage. Mit dem Hinweis auf die Unterstellung der richterlichen unter die gesetzgebende Gewalt läßt sie sich nicht erledigen. Denn dagegen kann man einwenden, daß der Richter nicht dem Gesetzgeber früherer Zeiten, sondern der gegenwärtigen Staatsgewalt unterworfen sei und in deren Sinn zu urteilen habe³⁾. Es läßt

ausgestaltet sei, daß es sich mit dem Dienerverhältnis vergleichen lasse. Die Parallele wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß Dienst-anweisungen widerruflich sind (W. Burckhardt, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung S. 72 zu N. 1). Die nicht wider-rufene Dienst-anweisung ist doch in denkendem Gehorsam zu befolgen.

¹⁾ S. meine Rede über die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts (1929) S. 36 ff., insbes. S. 41. 42.

²⁾ Die Formulierungen lauten verschieden: Reichel, Gesetz und Richteramt S. 142 verlangt, „daß die Vorschrift mit dem sittlichen Empfinden (?) der Allgemeinheit dergestalt im Widerspruch stehe, daß durch deren Einhaltung die Autorität von Gesetz und Recht erheblich ärger (!) gefährdet sein würde als durch die Außerachtlassung.“ (Es sei schon hier darauf hingewiesen, daß Reichel zwischen veralteten und neuen Gesetzen nicht unterscheidet.) Ähnlich die Formulierung bei Jung in der Festschrift für die Gießener Fak. S. 513. Wieder etwas anders (nicht glücklich!) Wüstenböcker im civ. Arch. Bd. 110 S. 348: „ein deutlich erkennbares Werturteil der führenden Kulturschicht des Volkes bzw. der betreffenden Volksgruppe, muß ihm (dem Richter) die dringende soziale Notwendigkeit des Schrittes vor das Auge rücken.“

³⁾ Was natürlich mit dem Auslegungsfehler (Danz, Gmür) der

sich auch nicht verkennen, daß über die Fälle hinaus, in denen ein abänderndes Gewohnheitsrecht nachweisbar ist, die Möglichkeit eines Abweichens von der früheren gesetzlichen Wertung dringend wünschenswert erscheinen kann. Was der Anerkennung einer solchen Befugnis des Richters entgegensteht, ist die Gefahr des Subjektivismus¹⁾. Um diese Gefahr zu bannen, genügt es noch nicht, auf die zu erwartende Zustimmung der Sachgenossen abzustellen²⁾. Denn es gibt auch einen kollektiven Richtersubjektivismus, hervorgerufen durch Standesanschauungen und gemeinsame Interessen. Aus diesem Grunde blieb die früher herrschende, auch noch von Heck festgehaltene, Meinung dabei stehen, daß nur im Fall des Gewohnheitsrechts vom Gesetz abgewichen werden dürfe. Man verstand sich eher dazu, die Anforderungen an die Entstehung eines solchen herabzusetzen, als dem Subjektivismus eine Schleufe zu öffnen. Eine neue im siegreichen Vordringen begriffene Strömung neigt dazu, im Fall des Notstands dem Richter die Befugnis zur Abweichung vom Gesetz zu geben. Wird die Notstandschränke und zugleich das meistens aufgestellte Gebot äußerster Zurückhaltung gewissenhaft eingehalten, so

zeitlichen Transponierung der Gesetzesworte nichts zu tun hat. (S. Heck, civ. Arch. 112 S. 270 ff.)

¹⁾ Auch von Reichel a. a. O. zugegeben.

²⁾ So Reichel a. a. O. S. 144, in Anlehnung an eine Formulierung C. Schmitts in „Gesetz und Urteil“ (1912). Ähnlich neuestens Grünhut „Über die methodische Grundlage der heutigen Strafrechtswissenschaft“ (Frankfestschrift Bd. I S. 13), der mit dem Ausdruck „Sungibilität“, wenn ich ihn recht verstehe, das Erfordernis bezeichnet, daß andere Beurteiler sich in gleicher Weise verhalten werden. — Daß in gewissen Fällen, z. B. bei Wertung des Interesses an der Kontinuität einer längere Zeit hindurch fortgesetzten Rechtsprechung nur auf das übereinstimmende Urteil der Richter abgestellt werden kann, wird zuzugeben sein. (S. meine Rede über die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts S. 49. 50.)

wird sich gegen die neue Lehre nichts Stichthaltiges vorbringen lassen¹⁾.

Wesentlich anders ist die Stellung des Richters zu einem neuen, von der Volksvertretung verfassungsmäßig beschlossenen Gesetz zu beurteilen²⁾. Hier handelt es sich ja zweifellos um die Unterordnung des Richters unter die gegenwärtige gesetzgebende Gewalt. Bekanntlich ist neuestens, ausgelöst durch mehrfache Eingriffe der parlamentarischen Gesetzgebung in wohlerworbene Rechte, eine sehr lebhafte Bewegung gegen die Überspannung der gesetzgeberischen Macht entfesselt worden. Man suchte Schutz gegenüber der Parlamentsherrschaft nicht bloß, was zunächst lag, in den durch die Verfassung gewährleisteten Grundrechten, in die nur unter erschwerten Bedingungen eingegriffen werden kann, sondern in Schranken, die keine Gesetzgebung, auch nicht das verfassungsändernde Gesetz, überschreiten können. Ich habe diese Frage vor zwei Jahren in meiner Rede über die Gleichheit vor dem Gesetz behandelt und möchte auf das damals Gesagte, an dem ich festhalte, verweisen³⁾.

Wenn auch die der gesetzgebenden Gewalt von der Rechtsgemeinschaft der Volksgenossen übertragene Befugnis keine schrankenlose ist, und die Gesetze, um Recht zu schaffen, noch die

¹⁾ S. auch meine Rede über das Gewohnheitsrecht S. 52 N. 1 und S. 31 N. 1, wo ein Fall solch dringenden Notstands (Aufwertungsfrage) angeführt ist.

²⁾ Diese Frage ist von der anderen nach der Handhabung eines veralteten Gesetzes nicht immer genügend geschieden worden (S. o. S. 44 N. 2). Für die Frage, ob ein „veraltetes“ Gesetz vorliegt, ist selbstverständlich die Länge der Zeit, die seit dem Erlaß vergangen, nicht entscheidend. Bei Umwälzungen, wie wir sie kürzlich erlebt haben, kann das Veralten sehr rasch eintreten.

³⁾ S. dajelbst S. 69—80. S. zu der Frage neuerdings Otto Mainzger, Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht (Berlin, Springer 1929) und die Kritiken dazu: von Anschütz, Jur. Wochenschr. 1930 S. 2915 und von Morstein Marg, Zeitschr. für die gesamte Staatswissenschaft 1930, 89. Bd. S. 361 ff.

grundsätzliche Richtung auf Rechtsidee und Gemeinwohl haben müssen, so kann dieser Vorbehalt doch niemals dazu führen, daß man die Geltungskraft der Gesetze von ihrer Übereinstimmung mit dem Rechtsgefühl der Mehrheit der Volksgenossen¹⁾ abhängig macht und dem Richter die Prüfung überläßt, ob diese Übereinstimmung bestehe. Alle jene, wie sie sagen, auf Überwindung eines in Deutschland übersteigerten Positivismus abzielenden, zum Teil (wenn auch unbewußt) nicht rechtspolitisch sondern parteipolitisch eingestellten Theorien unterschätzen die Gefahren des Richtersubjektivismus²⁾ und der damit verbundenen Politisierung des Richtertums³⁾. Sie gehen von falschen Vorstellungen über die Einheitlichkeit des Rechtsgefühls der Volksgenossen in der Gegenwart aus. Sie verkennen das mit dem Fortschreiten der Kultur wachsende Bedürfnis nach einer Instanz, die in den Fällen widerstreitender Vorstellungen über das, was recht und billig ist, durch Aufstellung einer festen Ordnung Frieden zu stiften oder wenigstens vorläufig einen modus vivendi zu schaffen vermag. Diese Instanz kann nicht die Rechtsprechung, sondern nur die Gesetzgebung sein.

Daselbe gilt von allen den nicht bloß gegen das Gesetz, sondern gegen das Regelrecht überhaupt gerichteten Auffassungen, die in einer durch Regeln nicht gebundenen Entscheidung der Einzelfälle nicht bloß den historischen Ausgangspunkt aller Rechtsschöpfung und eine unentbehrliche Ergänzung des Regelrechts, sondern das Ideal der Rechtsprechung, im Rechtsgefühl des

¹⁾ Nach Duguit, *Droit constitutionnel* Bd. I S. 26—99, 460 ff., Bd. VII S. 547 ff. soll man als wahres Recht nur anerkennen, was dem Rechtsgefühl der Volksgenossen entspricht. Ihm folgen eine Reihe deutscher Schriftsteller. (S. meine zitierte Rede.)

²⁾ S. o. S. 45.

³⁾ Über dies alles und über die Unbrauchbarkeit der gewöhnlich benützten beschränkenden Klauseln (z. B. Abstellung auf die Willkür des Gesetzgebers) s. meine Rede.

Richters (das gewöhnlich als mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes übereinstimmend gedacht wird)¹⁾ die ursprünglichste und oberste Rechtsquelle sehen.

Daß diese Art der Rechtsprechung am Beginn jedes Gemeinschaftslebens stehen muß, weil die Regelbildung und vor allem die gesetzliche Formulierung der Regeln ein nur bei hoher Kultur entwickeltes Abstraktionsvermögen voraussetzt, ist ja unbestreitbar. Gewiß ist auch, daß das Bedürfnis nach einer durch Regeln nicht gebundenen Rechtsprechung sich zu allen Zeiten geltend macht. Der Appell an das Rechtsgefühl und die Vernunft (oder den gesunden Menschenverstand) besitzt stets eine große Werbekraft. Außerdem lehrt die Erfahrung, daß der gute Richter vielfach den Einzelfall am besten entscheiden kann, wenn er ihn ohne Bindung an feste Regeln ganz in seiner Eigenart würdigen darf. Daher kommt es denn auch, daß gerade unter unsern hervorragenden Sachgenossen so manche sind, die ganz unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zur Freirechtsbewegung²⁾ als Gegner des Regelrechts und als Anhänger einer der

¹⁾ S. darüber meine Rede über Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein (1925).

²⁾ Die Freirechtslehrer selbst nahmen zu der Frage des Regelrechts und zu den Rechtsgefühlstheorien verschiedene Stellung ein, wenn ihnen auch die Betonung der rechtschöpferischen Tätigkeit des Richters und die möglichste Zurückdrängung des Staatsgebots gemeinsam ist. Ehrlich in „Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft“ sowie „in Grundlagen der Soziologie“ (S. 153) strebt möglichste Freiheit von einer äußeren Bindung durch staatliche fest formulierte Rechtsätze an, indem er den Staatsgeboten in Beziehung auf die von ihm sog. Organisationsformen der Gesellschaft nur eine modifizierende keine produktive Funktion zuerkennt, und die Geltungskraft der sog. „Entscheidungsnormen“ von ihrer tatsächlichen Durchsetzung abhängig macht (ähnlich schon O. Bülow, Gesetz und Richteramt S. 45), das kodifizierte Juristenrecht nur als eine Belehrung über geltendes Recht auffaßt. (Gegen den in diesen Ausführungen

verschiedenen Rechtsgefühlstheorien auftreten. Trotzdem gilt es, Übertreibungen zurückzuweisen.

zum Vorschein kommenden Methodensynkretismus (s. Alf. Roth, Theorie der Rechtsquellen S. 224, 226, 305, 307). Eine Bindung an Regeln der Sittlichkeit, Sitte, Gewöhnung, Tradition nimmt er in weitem Umfang an. Dem Rechtsgefühl des Richters will er (Grundl. d. Soziologie d. Rechts S. 162, 161) eine ausschlaggebende Funktion nur bei gleichen oder annähernd gleichen Gerechtigkeitsströmungen innerhalb der Gesellschaft zuerkennen.

Von einer doppelten Rechtsordnung, einem Regelrecht und einem Billigkeitsrecht geht E. Jung aus (am eingehendsten ausgeführt in Arch. f. civ. Pr. 118 S. 1 ff.). Er verkennt das Bedürfnis der Regelbildung nicht, hebt es sogar nachdrücklich hervor, sieht aber den Geltungsgrund alles Rechts in der Verankerung im persönlichen Richter-gewissen, so daß er auch die Verbindlichkeit des Regelrechts auf das Billigkeitsempfinden zurückzuführen sucht.

Am stärksten in den Vordergrund stellt das am Einzelfall orientierte Rechtsgefühl des Richters Joh. Gmelin in »Quousque?« (Hannover 1910). Er will das Rechtsgefühl entscheiden lassen „soweit nicht das positive Gesetz entgegensteht“ und geht dabei stets vom subjektiven Rechtsgefühl des Richters aus, das wohl als ein instinktiv das Richtige treffendes gedacht ist.

A. Lobe in „50 Jahre Reichsgericht“ S. 239—243 unterstellt nach Art der historischen Schule und Duguits (s. o. S. 47 II. 1) ein Rechtsgefühl des Volkes, dem er offensichtlich den Vorrang vor den auf bloßem Machtgebot beruhenden Gesetzesnormen einräumt. Er glaubt mit Hilfe der Treu- und Glaubenparagrafen (242 u. 157) positive Bestimmungen, die mit diesem Rechtsgefühl in Widerspruch stehen, außer Kraft setzen zu können (so wie es auch in der bekannten Eingabe des Richtervereins beim Reichsgericht vom 8. Jan. 1924 als möglich angenommen wurde). Dabei betont er freilich, daß der Gerichtshof selbst nicht auf diesem Standpunkt steht.

Das „sozialwissenschaftlich geklärte Rechtsgefühl“ Wüstendörfers (Arch. f. civ. Pr. Bd. 110 S. 10, 229) entbehrt so sehr der näheren Bestimmungen, daß es zweifelhaft ist, inwieweit man ihn überhaupt noch zu den Gefühlsjuristen zu rechnen hat (s. meine Rede S. 43 II. 1).

Zweifellos gibt es zu allen Zeiten eine Unzahl von Fällen, in denen die Entscheidung nicht aus einer schon vorher bekannten Regel abgeleitet werden kann und in denen, wo auch mittelbarer Gesetzesinhalt und Gewohnheitsrecht versagen, auf das Rechtsbewußtsein der Volksgemeinschaft und schließlich auf eine unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls nach den sittlichen Idealen des Richters und den Prinzipien der Gleichheit und gerechten Vergeltung vorgenommene Eigenwertung des Richters, also auf das subjektive Rechtsgefühl, zurückgegriffen werden muß¹⁾. Zweifellos ist aber auch, daß das Stehenbleiben bei dem Eindruck des Einzelfalls, an dem diese Wertungen zunächst in der Regel haften²⁾, dem auf Ordnung der Gedanken gerichteten menschlichen Geist nicht genügt, daß man unwillkürlich sich getrieben fühlt, durch Zergliederung des zu beurteilenden Sachverhalts, Auseinanderlegung der verschiedenen in Frage kommenden und miteinander ringenden Interessen, zu einer bewußten Wertung zu gelangen³⁾. Ferner drängt das ebenfalls aus dem Ordnungstrieb entspringende Gerechtigkeitsprinzip der Gleichbehandlung gleicher Fälle mit aller Macht auf eine bewußt teleologische Betrachtung hin. Nur auf diese Weise gelingt es unsachliche Be-

Gegen diese wendet sich energisch E. Fuhs, jur. Kulturkampf S. 37 ff. (Seine Polemik bezog sich allerdings unmittelbar auf die „Krypto-soziologen“, mittelbar aber doch auf alle, die eine instinktmäßige Rechtsprechung vertreten.) Auf der anderen Seite betont er bei seiner Kritik ihm unrichtig erscheinender Entscheidungen sehr stark die Gefühlsseite.

Kantorowicz u. Radbruch (s. d. Zitate in meiner Rede über Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein S. 47 N. 1) betrachten die Abstellung auf das von ihnen rein subjektivistisch und individualistisch aufgefaßte Rechtsgefühl nur als einen durch das Wesen aller Wertungen uns aufgenötigten Verzicht.

¹⁾ S. Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein S. 59. 65.

²⁾ A. a. O. S. 54. 55.

³⁾ Man spricht hier auch von einer „Konstruktion“ des Falls.

weggründe, wie Zuneigung oder Abneigung gegen eine der Parteien, Standes- und Klassenvorurteile, auszuschalten, ohne Ansehen der Person die Entscheidung zu fällen¹⁾. Dies ist gemeint, wenn der A. 1 des Schweizerischen OGB. vorschreibt, der Richter solle in Ermanglung eines Anhalts an Gesetz oder Gewohnheitsrecht nach der Regel urteilen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Darauf weist auch der in unserm deutschen Recht anerkannte²⁾ Grundsatz hin, daß der Richter eine

¹⁾ Daran denkt Düringer, wenn er (Richter und Rechtsprechung) bemerkt: „Was hat das Mitleid mit der Revisionsinstanz zu schaffen?“ Gedacht ist dabei natürlich an die Ausschcheidung von gefühlmäßigen Beweggründen, die lediglich in dem Eindruck des konkreten Falls ihre Wurzel haben. (Ungerechtfertigt daher die Polemik von Gmelin a. a. O. S. 77. 78).

²⁾ Der Grundsatz ist natürlich nicht in erster Linie auf § 313 Z. 4 der ZPO. zu stützen, der nur auf die äußerliche Abfassung des Urteils sich bezieht (eher auf § 1041 Z. 5; § 551 Z. 7; § 286 ZPO.). Er entspricht außerdem einer so feststehenden, auch in der Gerichtspraxis anerkannten Anschauung, daß man geradezu von einer gewohnheitsrechtlichen Geltung sprechen kann. Die *Scävola*-ausprüche: »secundum ea quae proponuntur — teneri«, oder »non teneri«, oder entsprechende Entscheidungen englischer Oberrichter sind bei uns niemals eingeführt gewesen und hätten dem deutschen Rechtsbewußtsein niemals entsprochen. Das RG. hat solche Begründungen ebenso wie die Begründung der Beweiswürdigung auf den Eindruck, den die Verhandlung gemacht habe, wiederholt abgelehnt. Wo eine Rechtsordnung solches gestattet, muß der betreffende Richter eine Autorität besitzen, wie sie wohl die römischen Kronjuristen und die englischen hohen Richter hatten, wie sie aber dem deutschen Richter nicht im Volksbewußtsein zuerkannt war. — Wenn ich in meiner Rede über Bernhard Windscheid 1907 (S. 37) gesagt habe, der Richter müsse nach einer allgemeinen Regel suchen, möge sie im gegebenen Recht begründet sein oder von ihm selbst in gesetzgebungsähnlicher Arbeit aufgestellt werden, so war das nicht anders gedacht als in A. 1 Schw. OGB., also natürlich nicht in dem Sinn, daß der Richter eine formu-

begründete Entscheidung zu fällen habe, wobei als Begründung sicher nicht die Behauptung genügt, daß nach den gesamten Umständen des Falls das Urteil richtig oder billig erscheine¹⁾. Wenn es nicht gelingt, zu solcher Klarheit zu gelangen, so wird dies stets als ein durch die Unübersehbarkeit der Lebensverhältnisse und der Interessenverwicklungen und durch die Unvollkommenheit der menschlichen Natur verursachter Mangel empfunden. Tatsächlich wird es wohl häufig genug vorkommen, vielleicht sogar die Regel bilden, daß eine restlose Auflösung in die Urteilelemente gerade in den Fällen, in denen Eigenwertungen eingreifen, nicht gelingt und daß man bei der „intuitiven Grundlage“ stehen bleiben muß. Die Anforderungen, die man an den im Drang der Geschäfte stehenden Richter stellen kann, sind nicht unbegrenzt. So wird man sich allerdings bisweilen bei dem Gedanken beruhigen können und müssen, daß der vom Streben nach Gerechtigkeit durchdrungene Richter nicht allzusehr irren, die ganz hochstehende Richterpersönlichkeit durch intuitives Urteilen vielfach das allgemeine Rechtsbewußtsein beeinflussen und zu sich herüberziehen werde. Daß das Bedürfnis nach Regelbildung auch beim Publikum allgemein vorhanden ist, beweist die Tatsache, daß noch jedes Billigkeitsrecht zur Aufstellung von Billigkeitsgrundsätzen geführt hat

lierte Regel aufzustellen oder gar auszusprechen hätte. Es muß für ihn und andere erhellen, welche Interessen er in Erwägung gezogen und warum er dem einen Interesse vor dem andern den Vorzug gegeben hat. Diese Entscheidung wird dann stets Verallgemeinerungsfähigkeit besitzen (worauf Gmelin Quousque in N. 2 zu S. 67 bei seiner Polemik gegen mich allein abstellen will).

¹⁾ Über den besonderen Fall, daß in gleitende Übergänge feste Grenzlinien eingezogen werden müssen, siehe meine Rede über die Billigkeit S. 60 und Arch. für die civ. Praxis N. S. Bb. 13, S. 237, 238. Dies sind wohl die „ganz individuellen Fälle“, in denen nach Gmelin (s. vorige Note) „der Gesichtspunkt der Verallgemeinerung überhaupt nicht in Betracht kommt“.

und daß überall, wo es an festen gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Regeln fehlt, das Rechtssicherheitsbedürfnis dazu drängt, auf dem Weg der Vereinbarung solche zu schaffen.

Ich habe die Wandlungen der Anschauungen über die Methoden der Rechtsgewinnung in den Mittelpunkt gestellt, weil ich darin den größten Fortschritt sehe, den ich erlebt habe. Einige andere Errungenschaften, die zum Teil damit in Zusammenhang stehen, kann ich nur kurz streifen.

Die gesetzgebungspolitische Arbeit, die bei der Abfassung des BGB. zu leisten war, die Erfahrungen, die man mit dem fertigen Werk machte¹⁾, haben zu einer ganz anderen Pflege der dogmatischen Rechtsvergleichung²⁾ Anlaß gegeben, als man sie vorher gewohnt war, und die Nachkriegszeit mit ihren internationalen Schiedsgerichten und Völkerbundsverhandlungen stellte das Bedürfnis nach einer Beschäftigung mit dem Recht anderer Völker, vor allem der gegen uns verbundenen Mächte, in einer Weise heraus, daß es gar nicht mehr zu übersehen war. Wohl hat es auch schon früher eine ganze Anzahl Gelehrte gegeben, die, wie z. B. Josef Kohler oder Eugen Huber (schon vor Beginn seiner gesetzgeberischen Tätigkeit), eine umfassende Kenntnis fremder Rechte besaßen. Wohl war ferner auf dem Gebiet des Handelsrechts und des internationalen Privatrechts die Rechtsvergleichung stets von Nöten und stets im Gange gewesen. Heutzutage, nach dem Durchdringen der Interessenjurisprudenz³⁾, ist sie überall als unumgänglich notwendiger Bestandteil der Rechtsdogmatik anerkannt. Man verlangt bei jeder dogmatischen Arbeit, die sich nicht lediglich mit der Einzeltechnik des einheimischen Ge-

¹⁾ Namentlich im Vergleich mit dem das BGB. überholenden Schweizerischen Zivilgesetzbuch.

²⁾ Im Gegensatz zur historischen.

³⁾ Es ist einleuchtend, daß die Vergleichung der Interessenwertungen größere Bedeutung hat als die Vergleichung der technischen Mittel und Ausdrucksformen.

setzes befaßt, sondern grundlegende Fragen, sei es der Methodologie, sei es der Interessenwertung in Angriff nimmt, die rechtsvergleichende Orientierung. Infolgedessen dehnt sich die Untersuchung auch auf die Einzelheiten der fremden Rechte aus und es werden möglichst viele Rechtsordnungen, auch die slawischen, in den Umkreis der Betrachtungen gezogen ¹⁾. Während noch vor kurzem im Rückblick auf die vergangene Zeit von einer Isolierung des deutschen Rechtsdenkens ²⁾ gesprochen werden konnte, dürfte heute der deutsche Jurist seinen englischen, französischen oder italienischen Kollegen in Hinsicht auf das beobachtete positivrechtliche Material schwerlich mehr unterlegen sein.

Ein zweiter Fortschritt liegt in dem großen Aufschwung, den die von der historischen Schule lange zurückgedrängte rechtsphilosophische Betrachtungsweise genommen hat. Der Streit über die Methoden der Rechtsfindung mußte notwendig zur Erkenntnistheorie und Rechtsphilosophie führen. In derselben Richtung hat, wie schon oft, die Bewegung gewirkt, in die die Geister durch die Stürme des Kriegs und der Revolution versetzt wurden. Im Sturm sucht man nach einem Ankerplatz und, wenn so manche Gebäude hergebrachter Wertungen ins Wanken kommen, nach einem festen Baugrund. Freilich wirbelt der Sturm auch immer viel Kehrlicht auf, und in Zeiten der Bedrängnis pflegen stets auch die Quacksalber und Kurpfuscher, die ihre allein wirksamen Mittel anpreisen, bei der Hand zu sein. So konnte es nicht fehlen, daß in dem rechtsphilosophischen Schrifttum der Nachkriegsperiode auch manches Minderwertige enthalten war. Im ganzen aber ist doch die Saat aufgegangen, die vor dem Krieg ausgeworfen ward, und das verstärkte Interesse, das diesen Fragen entgegengebracht

¹⁾ Dabei handelt es sich allerdings vielfach nur um vorbereitende Stoffsammlungen, wie E. Henmann in der Schmidt-Ott-Festschrift (1930) S. 129, 130 richtig bemerkt.

²⁾ S. Jsaq, Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens (Vortrag gehalten in der Berliner jur. Gesellschaft) 1924 und meine Rezension im civ. Arch. N. F. Bd. 5 (125) S. 222—226.

wurde, hat zu einem Zustrom neuer Kräfte und zu erhöhten Anforderungen an die philosophierenden Juristen geführt. Mit dem Dilettantismus früherer Zeiten, der sich häufig auf einen allein auserkorenen Philosophen festlegte, kommt man nicht mehr durch. Blickt man auf den ganzen Zeitraum der letzten 50 Jahre zurück, so läßt sich nicht verkennen, daß wir eine reiche Ernte aus Juristenarbeit hervorgegangener Früchte eingebracht haben, von den Zeiten Iherings und Kohlers an, durch Stammers Lebenswerk hindurch bis zu Gustav Radbruch, Arthur Baumgarten, Julius Binder, Wilhelm Sauer und nicht zuletzt Hans Kelsen, dessen erkenntnistheoretisch begründete Methodenlehre man gewiß der Rechtsphilosophie im weiteren Sinn zurechnen darf. Es konnte nicht fehlen, daß die verschiedenen philosophischen Systeme sich auch in den rechtsphilosophischen und methodologischen Schriften der Juristen widerspiegeln. Die Spuren Kants, Hegels, Schopenhauers, der Windelband-Rickertschen Schule, der Phänomenologie, des marxistischen Materialismus, des Positivismus und Pragmatismus lassen sich weithin erkennen. Am stärksten ist zweifellos die Einwirkung Kants und Hegels gewesen. Es gibt heute eine neukantianische und eine neuhegelianische Richtung. Die erstere ist verkörpert in den Werken Stammers. Auf Hegelscher Grundlage beruht die auch die dialektische Methode aufnehmende Rechtsphilosophie J. Binders. Die südwestdeutsche Philosophie, vor allem die Rickertsche, hat in dem Streit um die Methoden der Rechtsfindung eine Rolle gespielt, und ist von Schriftstellern wie Kantorowicz, Radbruch, auch Ph. Heck verschiedentlich herangezogen worden. Die Phänomenologie ist über die ersten Versuche rechtsphilosophischer und methodologischer Verwertung (Reinach, G. Husserl)¹⁾ noch nicht hinausgekommen. Unstreitig stand lange Zeit hindurch die Stammer'sche neukantianische Rechtsphilosophie

¹⁾ Über letzteren s. Alf Roth, Theorie der Rechtsquellen S. 214. 215.

im Mittelpunkt des allgemeinen Interesses. War er ja doch mit seinen durch logische Schärfe, umfassendste rechtswissenschaftliche und philosophische Bildung sowie durch die im ganzen Aufbau sich kundgebende Energie des zu einheitlicher Erkenntnis strebenden Willens gleich ausgezeichneten Werken der erste Bahnbrecher für die erhöhte Wertschätzung rechtsphilosophischer Betätigung und standen doch seine Untersuchungen, vor allem über das „richtige Recht“, in unmittelbarem Zusammenhang mit der für den Juristen grundlegenden Frage der Rechtsfindung. Erst in neuester Zeit tritt die allerdings schon von Kohler vertretene hegelianische Richtung wieder stärker hervor. Es wird abzuwarten sein, was sie noch zu Tag zu fördern vermag. In der Binderschen Rechtsphilosophie vermag ich, trotz aller Anerkennung der großen geistigen Leistung und trotz vielfacher Zustimmung im Einzelnen, einen Beweis dafür, daß die weitere Entwicklung der Rechtsphilosophie im Zeichen Hegels stehen wird, nicht zu erblicken. Schon die metaphysische Begründung des konservativen Parteiprogramms erregt Bedenken¹⁾. Die Möglichkeit, daß sich der Hegelschen Philosophie noch weitere für die Grundlegung der Rechtswissenschaft fruchtbare Gedanken abgewinnen lassen, soll trotz der mehrfach schädlichen Wirkungen, die sie schon ausgeübt hat, nicht bestritten werden.

Die Wendung zur Interessenjurisprudenz brachte es schließlich mit sich, daß ein engeres Band zwischen Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre geschlungen wurde, was jetzt an den meisten Universitäten durch die Zusammenfassung in einer Fakultät auch äußerlich sichtbar wird. Zu Beginn meiner Laufbahn standen sich die beiden Wissenschaftszweige wenn nicht als feindliche Brüder, doch mindestens kühl bis ans Herz hinan, gegenüber. Wohl fand man sich, das konnte ja nicht anders sein, zusammen auf dem Gebiet der Rechts- und der Wirtschaftsgeichte.

¹⁾ Ich schließe mich hier durchaus der Beurteilung Hegas im civ. Arch. N. 5. Bd. 8 S. 112—120 an.

Aber der Volkswirtschaftslehrer wußte mit der damaligen juristischen Begriffsdogmatik wenig anzufangen und betrachtete sie als sterile Scholastik. Er beschwerte sich, nicht mit Unrecht, über die Abgewandtheit vieler Juristen vom Leben der Gegenwart. Der Jurist seinerseits nahm Anstoß an der bei der Jugend der Wissenschaft begreiflichen Unsicherheit der Methode und der Ergebnisse, an den oft auf Belanglosigkeiten gerichteten Arbeiten der historischen Schule und den bisweilen ohne genügende Beherrschung der juristischen Technik gemachten, aus reiner Ideologie entsprungenen gesetzgebungspolitischen Vorschlägen. Oft war es auch die Abneigung speziell gegen den Kathedersozialismus, die die Stellungnahme beeinflusste, die z. B. Ausgang der 80er Jahre einen Juristen sagen ließ: „Die Nationalökonomie ist keine Wissenschaft, sondern ein Unglück.“ Das ist inzwischen ganz anders geworden. Obwohl der Volkswirtschaftslehre noch immer eine gewisse Unsicherheit als Symptom ihrer Jugendlichkeit anhaftet und sie aus diesem Grund sowie infolge der Vorherrschaft des Historismus im Krieg und in der Inflationszeit nicht auf der Höhe der Situation stand, so hat doch, wie auf anderen Gebieten der Wissenschaft, die Arbeitsteilung und Spezialisierung zu einem großen Grundstock gesicherten Besitzes geführt, freilich dadurch auch die zu beherrschende Stoffmasse ins Ungemessene gesteigert. Ferner hat der Nationalökonom inzwischen längst eingesehen — das ist als Verdienst der Schmoller'schen historischen Schule zu buchen, — daß die Mächte, die bei der Rechtsbildung neben dem wirtschaftlichen Egoismus sich geltend machen, wie Rechtsstabilitäts- und Kontinuitätsinteresse, sowie die ethischen Quellen des Gerechtigkeitspostulats, auch für ihn von Bedeutung sind¹⁾. Und er hat sich auch der Erkenntnis nicht verschlossen, daß eine gewisse Kenntnis nicht bloß des

¹⁾ Die isolierte Betrachtung der Auswirkungen des wirtschaftlichen Egoismus bleibt deshalb doch, ähnlich wie das entsprechende Isolierungsverfahren innerhalb der experimentierenden Naturwissenschaften, ein fruchtbringendes Arbeitsprinzip.

öffentlichen Rechts, was von jeher anerkannt war¹⁾, sondern auch des Privatrechts, zum mindesten dringend wünschenswert für ihn ist. Wirken ja doch die wirtschaftlichen Mächte, wie Stammeler (in Recht und Wirtschaft) klar ausgeführt hat, immer auf dem Boden einer durch das Privatrecht geordneten Güterverteilung. Vor allem aber mußte der Jurist sich sagen, daß Interessenwertung ohne Kenntnis der zugrund liegenden Lebensverhältnisse unmöglich ist. Die soziologische Jurisprudenz führt notwendig zur Tatsachenforschung. Damit ist die Brücke zu den Wirtschaftswissenschaften geschlagen. Denn die Erforschung der wirtschaftlichen Tatsachen ist in erster Linie Aufgabe von Volkswirtschaftslehre und Privatwirtschaftslehre. So wenig der Richter in einer großen Anzahl von Fällen das Sachverständigen-gutachten entbehren kann, so wenig ist die Rechtswissenschaft als Ganzes in der Lage, das weitverzweigte Gebiet der oft sehr verwickelten wirtschaftlichen Vorgänge zu beherrschen. Das nötigt zur Zusammenarbeit und freundschaftlichen Unterstützung. Dieses Bedürfnis wird jetzt allgemein anerkannt. Ebenso anerkannt ist, daß zur juristischen Ausbildung eine wirtschaftswissenschaftliche Orientierung unbedingt notwendig ist.

Und nun zum Schluß noch ein Wort über die äußere technische Ausgestaltung des Rechtsunterrichts, eine zur Zeit sehr brennende Frage. Es ist nicht meine Absicht, die Denkschrift des preussischen Ministeriums für Volksbildung zur Reform des Rechtsstudiums im Einzelnen zu kritisieren. Das ist reichlich geschehen²⁾.

¹⁾ Es wurden ja gewisse Teile des Verwaltungsrechts, wie z. B. das Gewerberecht, lange Zeit vorwiegend oder ausschließlich von den Nationalökonomen behandelt.

²⁾ Zu vergleichen in Deutsche Jur.-Ztg. v. 1930: S. 717 (Gerlan d); S. 747 (Vorstand der Vereinigung Deutscher Zivilprozeßlehrer; S. 793, 795, 798, 801 (Baumbach, Kisch, Eggen v. Terlan, Henmann); 862 (R. Schmidt), 990 (Levin). Jur. Wochenschrift 1930: S. 1218 (Jonas), 1278 (Schwister), [beide noch nicht auf den Entwurf sondern nur auf die Reformfrage bezüglich. S. auch

Nur einige grundsätzliche Bemerkungen mögen gestattet sein. Aus ihnen wird sich freilich ergeben, daß ich bei allem Verständnis für die schwierige Lage, in der man sich gegenüber dem Andrängen starker Strömungen und gegenüber den einem andern Vorgehen entgegenstehenden Hindernissen befand, und trotz der Zustimmung zu einigen Einzelheiten, doch den Geist, der in ihr zutage tritt, ablehne.

Daß die allgemeine Justizkrise auch den Rechtsunterricht in Mitleidenschaft ziehen mußte, war selbstverständlich. Ist man mit der Rechtsprechung unzufrieden, so ist es ohne weiteres verständlich, daß man die Ausbildung der Richter dafür verantwortlich macht. Es lagen auch, das muß unumwunden zugegeben werden, Fehler in der Ausbildung vor, die mit der Herrschaft der Begriffsjurisprudenz, wie ich sie geschildert habe, zusammenhängen. Diese Sünden der Väter werden nun, wie schon Heck mit Recht hervorgehoben hat, heute an uns heimgejagt. Wie oft hat man im politischen wie im kulturellen Leben schon beobachten können, daß stürmische Reaktionen gerade dann auftreten, wenn die Reform schon im Gange war.

von denselben Verfassern Jahrg. 1929 S. 1835. 1839 und Klaujng S 1851. Deutscher Anwaltsverein S. 1883], S. 2170 (Peters), 2172 (H. Lehmann), 2175 (Kisch), 2178 (Bruch), 2182 (Fr. Leonhard), 2183 (Stier-Somlo), 2189 (Referendar Dr. Hegendorf und G. v. Waldheim), 2836 (Gerland), 2840 (Reichsanwalt Dr. Feisenberger), Gerland in Archiv f. d. civ. Pr. N. S. Bd. 13 S. 1 ff., Radbruch in Justiz 1930, S. 731 ff. Dazu unveröffentlicht: eine Reihe von Gutachten preussischer und außerpreussischer Fakultäten, eine Erklärung des Deutschen Hochschulverbands (abgedruckt Jur. W.-Schr. 1930 S. 2836 N. 1, Erklärung der Vertreter der nichtpreussischen Fakultäten, Entschließung des Tübinger akademischen Senats (ein Auszug daraus wiedergegeben in J. W.-Schr. 1930 S. 2766). Gegen den Entwurf haben sich ausgesprochen Gerland, Richard Schmidt, Kisch, Eggen von Terlan, Stier-Somlo (wie man sieht, befinden sich darunter pädagogisch hervorragend bewährte Kräfte) von Praktikern Baumbach, Levin, Feisenberger.

Man darf nur nicht vergessen, daß in Fragen des Geisteslebens eine wirkliche Reform nur von innen heraus erfolgen kann. Mischen sich die politischen Mächte ein oder werden die Fragen gar in die Massen getragen, so wird nur allzuleicht diese Wahrheit verkannt, und man glaubt durch äußere Mittel abhelfen zu können und zu sollen. Da will man Einrichtungen beseitigen oder abändern, vermeintlich schuldige Personen durch andere ersetzen oder wenigstens ergänzen und auffrischen, ohne zu bedenken, daß ein in einer wissenschaftlichen Methode liegender Fehler, soweit er noch vorhanden ist, auf diesem Wege niemals gebessert werden kann.

Sind aber nicht auch in den Einrichtungen Mängel vorhanden, die in der Tat durch Regierungsmaßnahmen behoben werden können?

Sieht man die Gestaltung des jur. Unterrichts in den letzten 50 Jahren ins Auge, so findet man eine zwar langsame aber stetige Fortentwicklung auf denselben Grundlagen. Zwar ist die seit der Zeit der Naturrechtslehre in den Mittelpunkt getretene zusammenfassende systematische Vorlesung bis jetzt festgehalten worden. Daneben sind aber in immer reicherer Auswahl praktische Übungen für alle Fächer und für jedes Stadium der Ausbildung getreten¹⁾, unter Aufrechterhaltung der althergebrachten Exegesen und wissenschaftlichen Seminare. Diese praktischen Übungen erfreuen sich auch da, wo nicht durch das Erfordernis von Praktikantenscheinen ihr Besuch erzwungen wird, eines immer mehr sich steigernden Zulaufs. Während in meiner Studienzeit es noch zahlreiche Juristen gab, die sich niemals an

¹⁾ Bei Beginn meiner akademischen Laufbahn (von 1886 an) handelte es sich darum, Anfängerübungen im römischen und bürgerlichen Recht einzuführen und so neben die theoretische Vorlesung, womöglich vom 1. Semester an, einen auf Mitarbeiten des Studenten gegründeten konversatorischen Unterricht zu stellen. Ich habe mich zuerst neben *S i t e l m a n n*, später neben *S t a m m l e r*, sehr lebhaft für die Durchführung dieser Übungen eingesetzt und von meinen ersten Dozenten-
semestern an solche gehalten.

einem Praktikum beteiligten, im besten Fall eine Digestenergeße gehört hatten, muß jetzt schon eher vor einem Zuviel in dieser Beziehung gewarnt werden. Es hat sich die keineswegs empfehlenswerte Sitte ausgebildet, in einem Semester sich nicht bloß an 1–2, sondern an 3, 4 oder noch mehr solcher Übungen zu beteiligen, wodurch natürlich das Mitarbeiten Not leiden muß und aus der einzelnen Übung nicht der volle Nutzen gezogen werden kann¹⁾. Außerdem haben sich die an vielen Universitäten schon seit langem, meist von Privatdozenten, gepflegten Repetitorien erhalten. Sie sind in der letzten Zeit dadurch weiter ausgebaut worden, daß man den unentbehrlich gewordenen Assistenten die Verpflichtung auferlegte, solche Wiederholungskurse abzuhalten. Dazu trat in neuerer Zeit in immer größerem Umfang die hybride Form der Konversatorien. So weit ich sehen kann, wird unter diesem Namen sehr verschiedenes zusammengefaßt. Bald nähern sie sich den Repetitorien und werden nur nicht so genannt, weil der planmäßig angestellte Professor diesen Namen zu meiden sucht, bald handelt es sich um Fallbesprechun-

¹⁾ Es ist sicherlich nichts dagegen einzuwenden, daß ältere Semester, vor allem kurz vor der Prüfung stehende Kandidaten, um zu repetieren oder sich auf dem Laufenden zu erhalten, zu einer solchen Häufung greifen und dann nur solche Arbeiten machen, deren Gegenstand sie besonders interessiert. Der Grund liegt aber vielfach auch in dem Bestreben, sich in möglichst kurzer Zeit die erforderlichen Praktikantenscheine zu erwerben. Dann läßt man, sobald die Vorbedingungen für einen solchen Schein in der einen Übung erfüllt sind (die Anforderungen können ja, namentlich in Anfängerübungen, nicht allzu hoch geschraubt werden), diese im Stich und wendet sich einer andern zu. Daß das verfehlt ist, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Beim ersten Hören der Übung sollte voll mitgearbeitet werden, wie man sich überhaupt darüber klar sein sollte, daß der Wert des gesamten konversatorischen Unterrichts, wenn er nicht in ein Einpacken ausmünden soll, von der Mitarbeit des Studenten abhängig ist und daß diese Mitarbeit auf Beschäftigung mit dem Gegenstand außerhalb der Vorlesungsstunde beruhen muß.

gen ohne schriftliche Arbeiten, vielfach anknüpfend an Reichsgerichtsentscheidungen. Zum Teil sind es auch den Seminaristen nähernde wissenschaftliche Besprechungen, die sich von diesen einmal wiederum durch den Wegfall der schriftlichen Ausarbeitung bzw. des an deren Stelle tretenden ausgearbeiteten Vortrags, sowie durch das Fehlen besonderer Aufnahmebestimmungen und der zahlenmäßigen Beschränkung unterscheiden¹⁾. Von jeher standen sodann neben den großen ganzen Rechtsdisziplinen umfassenden Vorlesungen, solche über Spezialgebiete und über ausgewählte schwierigere Materien aus einer Disziplin. Will man den letzteren einen wohlklingenden Namen geben, so kann man sie — das ist Geschmackssache — Vertiefungsvorlesungen nennen, während diese Bezeichnung bei Vorlesungen über Spezialgebiete, die für das Studium nicht unbedingt notwendig, wohl aber, wie es ähnlich bei den Apokryphen des Alten Testaments heißt, „gut und nützlich zu hören sind“, ganz unangebracht ist. — Man sollte meinen, daß durch dies alles reichlich für die verschiedensten Bedürfnisse gesorgt sei. Worauf beruhen also die Angriffe auf die vorhandenen Einrichtungen?

Sehen wir dabei ab von den Vorwürfen, die sich auf unliebsame Erfahrungen mit einzelnen Lehrern gründen. Dozenten mit mangelhafter rednerischer Begabung und geringem pädagogischem Geschick wird es immer geben, auch wenn man, wie dies in der Gegenwart in immer wachsendem Maß geschieht, bei den Berufungen den allergrößten Nachdruck auf die Dozenteneigenschaften legt und unzweifelhaft ein großer Fortschritt in Beziehung auf das Durchschnittsniveau zu verzeichnen ist. Zu beachten ist dabei, daß unter Umständen ein rednerisch und viel-

¹⁾ Seit dem Krieg kommen noch weiter hinzu die aus der Initiative der Studenten entsprungenen sog. Arbeitsgemeinschaften, bei denen ein Dozent freiwillig und außeramtlich die Leitung oder wenigstens Aufsicht und Beratung übernimmt. Die Form, in der sich diese Arbeitsgemeinschaften betätigen, ist gewöhnlich die des Vortrags eines Mitglieds und daran sich anschließender Diskussion.

leicht auch pädagogisch weniger begabter Dozent durch die Originalität seiner Gedanken gerade die Besten unter seinen Zuhörern mehr fördern kann, als ein guter Redner, der auf die große Masse wirkt.

Im übrigen bewegen sich die Angriffe in zwei Richtungen. Auf der einen Seite sind es die großen systematischen Vorlesungen, die den Stein des Anstoßes bilden. Sie werden als veraltet und durch die Erfahrungen der modernen Pädagogik überholt bezeichnet, wobei auf das Beispiel anderer Wissenschaften und anderer Völker, vor allem der Engländer und Amerikaner, hingewiesen wird. Auf der anderen Seite wird geklagt über den mangelnden Zusammenhang zwischen Lehrer und Schüler, den Massenbetrieb in den praktischen Übungen, die selbst an kleinen Universitäten bisweilen über 300 Zuhörer, an den großen oft das Doppelte, umfassen und damit jede individuelle Behandlung ausschließen. Gewöhnlich pflegt man als Folgeerscheinungen des unzureichenden Unterrichts hervorzuheben die Abwanderung aus den Hörsälen zum privaten Repetitor, eine im wesentlichen preuhische Angelegenheit, und die Examensnot der Kandidaten. Beides wird den Professoren in die Schuhe geschoben, denen man zuruft: „Ihr laßt den Armen schuldig werden.“

Es ist wahr, die Prüfungsnot ist vorhanden und sie hat, wie die Statistik beweist, zugenommen. Die Gründe liegen aber anderswo als in der Beschaffenheit des akademischen Unterrichts. Zum Teil ist es die unzureichende Vorbildung und die mangelhafte Auslese bei der Zulassung zur Universität, was die schlechten Ergebnisse zeitigt, zu einem anderen Teil die Vergeudung der ersten Semester, die einer alten Gewohnheit zufolge, den erhöhten Anforderungen und dem Ernst der Zeit zum Trotz noch vielfach festgehalten wird. Es ist aber auch eine Prüfungsnot des begabten und gewissenhaften jungen Mannes vorhanden, die leider nicht geleugnet werden kann, und die uns am meisten am Herzen liegen muß. Sie ist begründet in der Häufung des Lernstoffs und in den Prüfungseinrichtungen. Die Zunahme des Stoffs ist eine zwangs-

läufige Folge der Weiterentwicklung der Rechtseinrichtungen und der Rechtswissenschaft. Daran läßt sich nichts ändern. Was man allein ändern kann, das ist die Meinung, daß der einzelne Kopf dieselbe Expansionsfähigkeit wie die Wissenschaft besitze, und daß man ihn beliebig mit Gedächtnisstoff anfüllen könne. Gewiß ist es unsinnig, wenn man von dem jungen Juristen verlangt, er solle zu einem bestimmten Zeitpunkt ein präsentenes Wissen auf allen den weitverzweigten Gebieten des modernen Rechts, wie es kein Dozent und kein Praktiker besitzt, und dazu noch eine methodisch vertiefte Auffassung sowie Überblick und Verständnis für die historische Entwicklung haben. Es bricht sich auch mehr und mehr die Erkenntnis Bahn, daß man mit der amtlichen Weisung, es solle auf gewissen Gebieten nur eine Orientierung über das Wichtigste verlangt werden, oder mit der andern, es solle nicht auf das Gedächtnis, sondern auf das Verständnis hin geprüft werden, nicht viel erreicht. Denn was hält der Sachmann auf seinem Spezialgebiet nicht für wichtig¹⁾ und wie soll man auf das Verständnis prüfen, ohne daß man ein bestimmtes Maß von Kenntnissen voraussetzt²⁾? Nach beiden Richtungen hin hängt alles von der Auswahl und von der Selbstbesinnung der Examinatoren ab. Von äußeren Maßregeln könnte nur eine Beschränkung der Prüfungsgegenstände und Prüfungsfächer helfen. Allein dies ist offenbar leichter gesagt als getan. Bei allen Prüfungs-

¹⁾ Man könnte hinzufügen: wie soll der Kandidat wissen, was sein Examinator für besonders wichtig hält? Dieses Bedenken tritt natürlich zurück, wenn die Kandidaten von ihren Lehrern geprüft werden, wie das in Württemberg der Fall ist. In Preußen ist bekanntlich eine Fakultätsprüfung aus hier nicht zu erörternden Gründen nicht zu erreichen.

²⁾ Wohl kann man einem Kandidaten gelegentlich einmal eine ihm bis dahin unbekannte Gesetzesbestimmung vorlegen und sehen, wie er sich damit zurechtfindet. Dies geschieht auch häufig genug. Aber man wird sich doch darüber klar sein müssen, daß darin gegenüber der Handhabung vertrauter Sätze stets eine Erschwerung liegt.

reformen der letzten Zeit hat eine weitere Häufung des Stoffs stattgefunden. Dabei wurde durchaus nicht immer dem Drängen der Vertreter von Spezialfächern nachgegeben, die, natürlich in der Überzeugung von deren Wichtigkeit, einen Zwang zum Hören ihrer Vorlesungen ausüben wollten, noch auf das landläufige Gerede gehört, das im Publikum und in der Presse so häufig einsetzt, wenn von einem Gericht oder von einem Anwalt ein Fehler auf irgendeinem Spezialgebiet gemacht worden ist: „Das hätte nicht kommen können, wenn der betreffende Gegenstand auf der Universität gehört und geprüft worden wäre.“ Bis zu einem gewissen Grad müssen die Prüfungsordnungen sich dem Wandel des Rechts anpassen. Man kann z. B. die Ausdehnung des öffentlichen Rechts, das Entstehen eines besonderen Arbeitsrechts, nicht einfach außer Betracht lassen. Worauf man acht haben muß, ist nur, daß nicht Unfertiges, noch allzusehr im Fluß Befindliches ¹⁾, und nicht allzu Positivistisches ²⁾ zum Prüfungsfach erhoben wird. Sehr beachtenswert ist der von der preußischen Denkschrift durch das Nebeneinanderstellen wahlweise zu belegender Vorlesungen angeregte, von verschiedenen Seiten aufgenommene Gedanke, auch bei der Prüfung in gewissem Umfang Wahlfächer zuzulassen. Spruchreif ist die Frage noch nicht, aber es wäre zu wünschen, daß sie von den Justizverwaltungen einer eingehenden Prüfung unterzogen wird.

Jede Einschränkung der Prüfungsfächer, so auch das System der Wahlfächer, führt zu der Erwägung, ob nicht dafür gesorgt werden kann, daß der Jurist sich auf der Universität auch mit Fächern, in denen er nicht geprüft wird, beschäftigt. Damit stößt man auf die Frage der Pflichtvorlesungen und weiter auf das Recht der Lernfreiheit, das so häufig als eine Art Gegenstück zu der in Art. 142 der Reichsverfassung gewährleisteten Lehrfreiheit verkündet wird. Obwohl von einer Gleichstellung mit der Lehrfreiheit keine Rede sein kann, ist doch in dem Postu-

¹⁾ z. B. Wirtschaftsrecht.

²⁾ Etwa die Spezialitäten des Verwaltungsrechts.

lat der Lernfreiheit der wertvolle ethische Gedanke enthalten, daß die auf der Universität auszubildenden Führer zur Selbstverantwortlichkeit erzogen werden sollen, und es ist insofern ein Gedankenzusammenhang mit der Lehrfreiheit vorhanden, als hier wie dort die Vorstellung zugrunde liegt, der Verbreitung wissenschaftlicher Wahrheit dürfen keine äußeren Hindernisse entgegengesetzt werden. Tatsächlich wurde aus dem Grundsatz der Lernfreiheit abgeleitet, der Studierende müsse sich seine Lehrer in möglichst weitem Umfang auswählen dürfen. Daraus ergab sich der bisher hochgehaltene Grundsatz der Freizügigkeit zwischen den deutschen Universitäten. Man hätte vielleicht weiter folgern können, daß der Einzelne die Wahl haben sollte, ob und inwieweit er sich seine wissenschaftliche Bildung durch Anhören von Vorlesungen oder Beteiligung an Übungen, inwieweit durch Lesen von Büchern verschaffen will. Die Individualitäten sind gewiß in dieser Beziehung verschieden veranlagt ¹⁾. Diese Konsequenz konnte man jedoch nicht ohne weiteres ziehen, wenn man nicht Gefahr laufen wollte, ein Recht zum Nichtlernen, mit anderen Worten ein Faulheitsprivileg, anzuerkennen. Das Buchstudium entzieht sich jeglicher Kontrolle, und vernünftigerweise kann man dem Staat nicht zumuten, daß er ruhig zusieht, wenn seine künftigen Diener einen Teil der besten Lernjahre gänzlich in den Wind schlagen. So sind gewisse Grenzen zu allen Seiten aufgestellt, ist ein Minimum von Beteiligung an dem Lehrbetrieb der Universität immer verlangt worden, teils in

¹⁾ Eine entsprechende Tendenz tritt vor allem bei dem republikanischen Richterbund hervor, der den Universitäten das Monopol der Wissenschaft bestreitet (ein solches ist wohl niemals in Anspruch genommen worden!) und glaubt, daß die für die erste Prüfung erforderliche auch durch Privatunterricht, Selbststudium, Hörserschaft an den geplanten Abenduniversitäten u. dgl. (?) in den geeigneten Fällen und unter den nötigen Garantien sollte erworben werden können. Da erhebt sich nur die Frage, was sind „geeignete Fälle“ und wie sind die nötigen Garantien zu denken.

den Prüfungsordnungen teils von der Universität selbst. Die Zulassung zu den Staatsprüfungen wurde von dem Nachweis des Belegens¹⁾ bestimmter Vorlesungen und der erfolgreichen Beteiligung an bestimmten Übungen abhängig gemacht, meistens schon seit längerer Zeit²⁾. Der Umfang solcher Maßregeln wird wechseln, je nach den Zeitverhältnissen. Es können Mißbräuche entstehen, die dringend der Abhilfe bedürfen, und es ändern sich die geistigen Strömungen innerhalb des Volkes. Gegenwärtig hat in Deutschland allenthalben die Bevormundungsströmung Oberwasser. Jede Notlage hat die Zielrichtung, nicht nur der individuellen Willkür sondern auch der Selbstentfaltung der Eigenpersönlichkeit enge Schranken zu ziehen. Der Einzelne soll seine Kräfte so entwickeln, wie es der Dienst am Ganzen verlangt. Trotzdem wird gerade im Bildungs- und Unterrichtswesen vom Gedankengut des Liberalismus eines festzuhalten sein, das Streben nach Erziehung zu starken ihrer Verantwortung sich selbst und dem Volk gegenüber eingedenken und diese freudig übernehmenden Persönlichkeiten. Dies wird, so lange es noch Universitäten und nicht bloße Fachschulen gibt, stets das vornehmste Ziel ihres Unterrichts bilden müssen. Daraus folgt, daß die Zwangsmäßregeln gegen den Lernenden nicht weiter gehen

¹⁾ Bei den Vorlesungen kann sich der Nachweis, so wie unsere Universitätseinrichtungen einmal sind, immer nur auf das Belegen beziehen, mag die Prüfungsordnung vom Hören oder vom Belegen sprechen.

²⁾ Württemberg ist zu diesem System der Pflicht-Vorlesungen und -Übungen erst in diesem Jahr übergegangen. Bis dahin hatte das Justizministerium frei darüber zu befinden, ob noch ein ordnungsgemäßes Studium vorliege, wobei sehr liberal verfahren wurde. Entscheidend für den Übergang war das Bestreben, die zu große Häufung der Prüfungsfächer zu vermeiden und dabei doch für eine Beschäftigung der Studierenden mit dem neu hinzugetretenen oder in seiner Bedeutung gesteigerten Stoff zu sorgen. Erhob man solche Vorlesungen zu Pflichtvorlesungen (wobei man natürlich eine sorgfältige Auslese treffen mußte), so mußte dies auch, damit kein falsches Bild entstehe, bei den alten grundlegenden Vorlesungen geschehen.

sollten als unbedingt notwendig ist, und daß diese Maßregeln, soweit man sie nicht entbehren kann, stets in einer jenem obersten Ziel entsprechenden Weise zu handhaben sind¹⁾.

Ist demnach schon eine innerhalb vernünftiger Grenzen sich bewegende Lernfreiheit ein wesentliches Stück des Universitätslebens, so stehen und fallen die Universitäten in ihrer ganzen bisherigen Bedeutung mit der Lehrfreiheit. Freilich darf man nicht in die Übertreibung verfallen, auf Grund des A. 142 der Reichsverfassung oder auf Grund des historisch entwickelten Selbstverwaltungsrechts der Universitäten dem Staat jede Befugnis zur Einmischung bestreiten oder ihn auf ein bloßes Aufsichtsrecht zum Zweck der Abstellung von Mißbräuchen beschränken zu wollen. Die juristischen Fakultäten haben neben ihrer Aufgabe, die Wissenschaft zu pflegen, auch die Pflicht, die für den Staat unentbehrlichen Rechtspflegeorgane, Richter und Anwälte, auszubilden. Darüber, was zu diesem Zweck notwendig ist, muß der Staat Bestimmungen treffen, er muß die Gebiete bezeichnen können, die als Gegenstand des Unterrichts in Betracht kommen. Das wird man zugeben haben, auch wenn man den Standpunkt festhält, daß die Ausbildung für Leben und Beruf zu erfolgen hat und die Universität nicht zu einer Einpaukanstalt für das Referendarexamen herabgewürdigt werden darf²⁾.

Wie weit die rechtlichen Befugnisse des Staats, der Justizverwaltungen und Unterrichtsverwaltungen, dabei gehen, ob z. B. nur Minimalstundenzahlen für die einzelnen Vorlesungen aufgestellt werden können, oder auch Maximalzahlen, darüber mag im Einzelnen gestritten werden können. Jedenfalls entspricht es aber der historischen Entwicklung und dem Sinn der Universitätsausbildung, daß in derartigen Fragen grundsätzlich nicht ohne Einvernehmen mit den Fakultäten (als solchen) vorgegangen wird.

¹⁾ Dazu bieten die entweder den Prüfungsbehörden oder der Zentralinstanz (Justizministerium) eingeräumten Befreiungsbefugnisse reichlich Gelegenheit.

²⁾ S. Feisenberger in d. Jur. Wochenschr. 1930, S. 2840 ff.

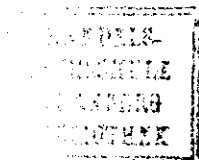
Es ist durch den Zusammenhang von Wissenschaft und Unterricht bedingt, daß die Universitätslehrer den besten Überblick über den Stoff und dessen Anwachsen haben, daher auch wissen müssen, in welcher Zeit er bewältigt werden kann. Bisher hat man das eingesehen, in Preußen auch zur Zeit des etwas cäsarisch angelegten aber eben deshalb auch die Grenzen seiner Einsicht und Macht klar überschauenden Althoff. In Württemberg ist, soweit meine Erinnerung zurückreicht, das Verhältnis der Fakultät zu Unterrichts- und Justizverwaltung stets vorbildlich gewesen ¹⁾.

Ein unbestreitbar schwerer Eingriff in die Freiheit der Lehre wäre es, wenn man den Universitätslehrern vorschreiben wollte, wie sie zu unterrichten haben, ob vortragend oder konversationsmäßig, wenn also z. B. schematisch angeordnet werden sollte, daß in der theoretischen Vorlesung je auf eine bestimmte Anzahl von Vortragsstunden eine Besprechungsstunde fallen müsse ²⁾. Daß das als bindende Vorschrift beabsichtigt sei, wird nun freilich in Abrede gezogen. Es ist auch ohne weiteres anzunehmen, daß man sich nicht unmittelbar mit dem A. 142 RD. in Widerspruch setzen wird. Es dürfte aber auch schon gegen den Geist des Gesetzes verstößen, wenn man durch Inaussichtstellen finanzieller Vorteile an die sich Sühenden die für gut befundene Unterrichtsmethode durchsetzen wollte ³⁾. Es ist überhaupt von Haus aus ein ver-

¹⁾ Bei der letzten Änderung der Prüfungsordnung hat das württ. Justizministerium nicht bloß Angehörige der Fakultät zu Berichterstattern ernannt (in Bez. auf die stärkere Berücksichtigung des öffentlichen Rechts Prof. Sartorius, im übrigen den Verfasser; daneben stand je ein Ministerialbeamter als 2. Berichterstatter), sondern auch der Fakultät selbst Gelegenheit gegeben, sich über die Vorentwürfe und den endgültig redigierten Entwurf zu äußern.

²⁾ Dabei verschlägt es natürlich nichts, wenn beschwichtigend hinzugefügt wird, daß das nicht mechanisch zu geschehen brauche (!), sondern nur im ganzen Semester das Zahlenverhältnis hergestellt sein müsse.

³⁾ Daneben bleibt ja auch der Unterrichtsverwaltung, wenn sie über so reichliche Mittel verfügt, wie die preussische, stets die Mög-



fehltes Beginnen in so umstrittenen und im Fluß befindlichen Fragen mit einem Exerzierreglement eingreifen zu wollen ¹⁾). Dadurch werden die Individualitäten der Lehrer und wird mittelbar auch die Forschung vergewaltigt. Dem einen liegt die konversatorische Methode, dem andern nicht, und zwar werden gerade die originellen Lehrer ihre Gedanken leichter in der Form des Vortrags zum Ausdruck bringen können, als in einer Diskussion mit Leuten, die, im Hergebrachten aufgewachsen, von dem Neuen noch keine Ahnung haben ²⁾). Dazu kommt, daß sich solche Dinge im Lauf der Zeit ganz von selbst regeln. Entspricht die konversatorische Methode dem Bedürfnis der Studierenden, so wird sich dies immer mehr geltend machen und alle, die dazu in der Lage sind, werden nach und nach dazu übergehen, um sich ihre Zuhörerschaft zu erhalten ³⁾).

Sucht man die Vortragsvorlesung und zwar vor allem die seit der Naturrechtsperiode bei uns eingeführte große systematische Vorlesung in ihrer Bedeutung zu würdigen, so wird man sich von vornherein darüber klar sein müssen, daß da nicht etwa eine alleinseligmachende Methode vorliegt. Die Engländer und Amerikaner haben zweifellos wissenschaftlich und praktisch ebenbürtige Erfolge erzielt, ohne die systematischen Vorlesungen in den Mittelpunkt des Unterrichts zu stellen. Die angelsächsischen

lichkeit, denen, die sich nicht fügen, einen Konkurrenten an die Seite zu setzen mit der Begründung, daß der erteilte Unterricht den Anforderungen nicht genüge.

¹⁾ Übrigens hat das militärische Exerzierreglement bekanntlich der Initiative der einzelnen Führer recht erheblichen Spielraum gelassen.

²⁾ Damit soll selbstverständlich nicht bestritten werden, daß ein solcher Dozent, nachdem er seine Auffassung einmal vorgetragen, sie mit Erfolg bei Besprechung von Rechtsfällen näher belegen und so das Verständnis dafür weitgehend fördern kann.

³⁾ Daß bei einer großen Zahl von Vorlesungen, z. B. den vorwiegend historischen, die konversatorische Methode überhaupt nichts taugt, soll nur nebenbei erwähnt werden.

Juristen sind gerade durch ihre vorwiegend praktisch-kasuistische Ausbildung von den Fehlern der Begriffsjurisprudenz im wesentlichen verschont geblieben. Auch bei den Franzosen spielen die systematischen Vorlesungen nicht dieselbe Rolle wie bei uns.

Nun kommt ja aber eine einfache Übernahme der fremden Einrichtungen nicht in Frage. (Dafür würden nicht allein die finanziellen, sondern auch die sachlichen Vorbedingungen fehlen. Ein solches Verlangen hat daher auch niemand gestellt). Vielmehr will die preußische Reform an die gegebenen Einrichtungen und Gewohnheiten anknüpfen und auf diese Weise die Kontinuität der Entwicklung wahren. Sie will nur zugleich den auswärtigen Vorbildern sich nähern. Da dürfte allerdings ein großes Fragezeichen zu machen sein. Denn bei solchen Versuchen geschieht es nur allzu leicht, daß man in Halbheiten verfällt, die Vorzüge der eigenen Einrichtungen preisgibt, ohne die Vorteile des anderen Ausbildungssystems zu erlangen. Was soll es z. B. heißen, wenn man die systematischen Vorlesungen auflockern, richtiger gesagt aushöhlen, will, indem man ihnen die Stundenzahl beschneidet¹⁾? Bei solcher Kürzung kann entweder nur eine Einführung geboten werden, die zu den ohnedies über Gebühr ins Kraut geschossenen Einführungsvorlesungen hinzutritt, oder eine grundrißartige Zusammenstellung von positivem Rechtsstoff, für die bei dem Vorhandensein zahlreicher, auch gut gearbeiteter,

¹⁾ Das Unbegreiflichste war wohl, was inzwischen wohl eingesehen wurde, die Behandlung des Zivilprozeßrechts. — Die Besprechungsstunden dürfen natürlich bei der Bemessung der erforderlichen Zeit nicht mitgerechnet werden, denn bei ihnen kommt man überhaupt nicht oder nur dann vorwärts, wenn ausnahmsweise sich ein Gegenstand wegen möglicher Anknüpfung an bekannte Lebensverhältnisse zu sofortiger konversatorischer Behandlung eignet. In der Regel werden sich die Besprechungen nur auf schon Vorgetragenes beziehen können. Denn daß die Zuhörer die Materie zuvor im Lehrbuch nachlesen, wird man nicht erwarten können.

Bücher dieser Art ¹⁾ am allerwenigsten Bedürfnis besteht, oder endlich, was noch der günstigste Fall wäre, ein unvollständiger Ausschnitt, der den Lernenden auf eine Ergänzung entweder durch Lesen solcher Grundrißbücher oder durch den Repetitor verweist. Sinn und Zweck der systematischen Vorlesung ist doch von jeher gewesen, daß mit dem Überblick über das betreffende Gebiet, bei dem die Zusammenhänge der verschiedenen Rechtsinstitute untereinander hervortreten sollen, eine Anleitung zur Rechtsanwendung und Rechtsfindung verbunden wird, die ohne Eingehen auf Einzelheiten gar nicht stattfinden kann. Es müssen praktische Rechtsfälle eingearbeitet und dabei die dem Zuhörer vielfach nicht bekannten Lebensverhältnisse dargelegt werden. Es muß, um den Hörer zum selbständigen Nachdenken zu erziehen, in gewissem Umfang eine Auseinandersetzung mit andern Auffassungen stattfinden. Daß dies in durchaus gleichmäßiger Weise geschehe, ist nicht vonnöten, der Zusammenhang von Forschung und Lehre, auf den wir bisher stets das größte Gewicht gelegt haben und der einen Kernpunkt des deutschen Unterrichtssystems bildet, wird von selbst dazu führen, daß der Dozent zur Darlegung der Methodik vor allem solche Materien wählt, in denen er selbständig gearbeitet hat ²⁾. Es dürfte auch nichts schaden, wenn einzelne Gegenstände in der Vorlesung gar nicht behandelt werden, vielmehr eine Verweisung auf Lehrbuch oder Grundriß stattfindet, so namentlich da, wo es sich vorzugsweise um positive Einzelbestimmungen handelt, zu deren Verständnis der mündliche Vortrag wenig beitragen kann ³⁾.

¹⁾ Die Grundrisse der Rechtswissenschaft, herausgegeben von der Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, zähle ich nicht hieher (das sind in Wirklichkeit kurzgefaßte Lehrbücher), noch weniger den Grundriß des Schuldrechts von Heck.

²⁾ Das braucht keineswegs zu einem einseitigen Steckenpferdreiten zu führen. (S. Reichsanwalt Dr. Feijenberger in Jur. Wochenschr. Jahrg. 1930 S. 2841.)

³⁾ Das wird z. B. im Zivilprozeßrecht in erheblichem Umfang zutreffen, z. B. beim Zustellungsverfahren, Gerichtskostenwesen, bei den

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß die systematische Vorlesung nicht in erster Linie für die Referendarprüfung, sondern für das Leben und die Praxis Vorbildung soll¹⁾. Man wird nicht bestreiten können, daß diese Aufgabe im großen und ganzen erfüllt worden ist²⁾. Die in Amt und Würden befindlichen Juristen unserer Zeit — und wie viele hervorragende gibt es unter ihnen — sind doch alle durch diese Schule gegangen. Von ihnen wird wohl mancher erklären, daß er von einzelnen Vorlesungen nichts gehabt habe, aber es wird nur wenige geben — rein praktisch eingestellte Naturen³⁾ und Opponenten um jeden Preis —, die das ganze System verwerfen. Da die pädagogische Einsicht in der neueren Zeit erheblich zugenommen hat und mit der allmählichen Ausschaltung der begriffsjuristischen Konstruktion eine Hauptfehlerquelle in Wegfall kommt, ist die Vermutung begründet, daß die systematischen Vorlesungen auch in Zukunft ein brauchbares Ausbildungsmittel sein werden. Gewiß ist die Aufgabe, eine gute systematische Vorlesung zu halten, keine leichte. Eine Hauptschwierigkeit liegt darin, daß man mit einem sehr verschieden zusammengesetzten Zuhörerkreis zu rechnen hat und sowohl den minderbegabten als den Einzelheiten des Zwangsvollstreckungsrechts, die m. E. auch niemals einen Gegenstand der Referendarprüfung bilden sollten. Der Dozent muß überhaupt damit rechnen können, daß neben der Vorlesung noch Lehrbuch oder Grundriß zu Rate gezogen wird, womöglich das erstere. Zu einem richtigen Studium gehört, daß wenn auch nicht überall, so doch bei grundlegenden Fragen, eine Vergleichung mit dem Lehrbuch stattfindet und ein eigenes Urteil zu bilden gesucht wird.

¹⁾ Dieser Gesichtspunkt wird vortrefflich hervorgehoben von Feisenberger a. a. O.

²⁾ Wie oft haben wir seiner Zeit als Referendare unsere gut geführten Kolleghefte, z. B. von Bülow, Wach, Binding, L. Goldschmidt, Hugo Meyer und H. Seeger und vor allem Gustav Mandry zu Rate gezogen.

³⁾ Über die Praktiker an den Universitäten s. Dibelius in den Mitteilungen des Hochschulverbands 10. Jahrgang Heft 5/6 S. 66.

guten Juristen etwas bieten soll¹⁾. Da wird denn je nach Individualität und Art der Lehrbegabung der einzelne Dozent mehr die eine oder andere Seite betonen. Allzu primitiv bleiben sollte man niemals, ein Zuviel nach der andern Seite schadet weniger, denn beim einigermaßen brauchbaren Dozenten wird für das Gros noch immer genug geboten werden.

Für die Mehrzahl unter den Studenten wird auch der zusammenhängende mündliche Vortrag, selbstverständlich ergänzt durch die Übungsvorlesungen, ein unentbehrliches Ausbildungsmittel bleiben. Auch für die mehr optisch als akustisch Eingestellten ist es meistens recht schwierig, sich aus den Lehrbüchern und Grundrissen den Stoff so anzueignen, daß sie bei den Übungen erfolgreich mitmachen können²⁾.

Schließlich muß noch eines Vorzugs der systematischen Vorlesungen gedacht werden, der auf den Zusammenhang von Forschung und Lehre zurückverweist. Dadurch, daß jahraus jahrein zum Zweck des Vortrags der gesamte Stoff immer wieder durchgearbeitet wird — das ist wenigstens das Ideal, dem wir zustreben, — kann der Verstrickung in festgefahrene Lehrmeinungen in ganz anderer Weise entgegengewirkt werden, als durch die Lehrbücher, mögen sie auch in noch so rascher Zeitfolge Neuauflagen erleben. Das Lehrbuch hat der Natur der Sache nach einen konservativeren Charakter als die Lehrvorträge, da man gedruckte Äußerungen nicht so leicht zurücknimmt oder modifiziert als bloß mündliche.

¹⁾ Die Schwierigkeit wird noch gesteigert, wenn, wie das bei den Vorlesungen über das BGB. häufig der Fall, neben den Anfängern auch repetierende Hörer sitzen, oder wenn in den römisch-rechtlichen Vorlesungen ältere Semester mitmachen, die das römische Recht an den Schluß ihrer Studien verlegt haben. (S. o. S. 12 in der Note.)

²⁾ Die großen Lehrbücher geben so viel Stoff, daß für den Unkundigen die Auswahl schwer wird, die kleinen Lehrbücher und die Grundrisse bieten in der Regel zu wenig. Der H e c k s c h e Grundriß, der die Mitte hält, dürfte ohne vorausgehende oder nebenherlaufende An-

Der Übelstand des Massenbetriebs in den Übungen muß rückhaltlos anerkannt werden. Man darf sich da nicht einfach mit dem Gedanken trösten wollen, daß der augenblickliche Hochstand der Frequenz bald wieder nachlassen werde. Denn es werden immer noch genug Juristen übrig bleiben, um eine Überfüllung der Praktika, namentlich der guten, herbeizuführen¹⁾. Die Frage ist ja auch schon alt. Schon lange vor dem Krieg hat man sich die Köpfe darüber zerbrochen, wie geholfen werden könnte. Es genügt ferner nicht, darauf hinzuweisen, daß auch bei den 200-entl. 300-Männerübungen dem, der lernen will und sich an den schriftlichen Arbeiten beteiligt, noch genug geboten werde. Denn gut ist gut und besser ist besser. Bei den großen Übungen wird ein persönlicher Kontakt im wesentlichen nur mit den Guten oder wenigstens Originellen hergestellt, während man sich beim mittleren und unteren Durchschnitt darauf beschränken muß, die typischen Fehler zur Besprechung zu bringen. Ein näheres Eingehen auf die Gründe der groben Irrtümer individueller Art ist meistens nicht möglich. Dazu kommt, daß bei den nur mündlich besprochenen Fällen die Masse schwer in Bewegung zu bringen ist, weil die Säue, sich bloßzustellen, im Quadrat der Zuhörerzahlen wächst²⁾.

Leitung auch nicht so ganz leicht verständlich sein. Er setzt die Ergänzung durch Lehrvortrag voraus.

¹⁾ S. dazu und zum Folgenden Feisenberger Jur. Wochenschr. Jahrg. 1930 S. 2842.

²⁾ So besonders beim Schwaben. Diese Momente müssen sich natürlich bei den in die Vorlesungen eingeschobenen Besprechungsfunden ganz in derselben Weise geltend machen, und es ist schwerverständlich (wie Gerland Jur. Wochenschr. Jahrg. 1930 S. 2838 mit Recht hervorhebt), daß man sich da auf einmal von einer Besprechung mit einer unbegrenzten Zuhörerzahl so viel verspricht. Da könnten in der Tat Szenen vorkommen wie die in der Voss'schen Zeitung Jahrg. 1930 Nr. 159 beschriebenen: der Dozent frägt ins Auditorium hinein, welches ist der gesetzliche Güterstand, und der Chorus der Eifrigen gibt zur Antwort: „das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemanns“.

Aber wie soll man helfen? Mit einer Beschränkung der Zuhörerzahlen ist es offensichtlich nicht getan. Denn was sollen die Zurückgewiesenen anfangen? Soll der Dozent seine Übungen doppelt, oder gar 3- und 4fach lesen müssen? Das würde eine unerträgliche Steigerung der ohnedies schon sehr großen Belastung bedeuten. Eine Ankündigung derselben Übung durch mehrere Dozenten ist nur da möglich, wo eine genügende Anzahl von solchen vorhanden ist. Außerdem wird, wenn die Einschätzung durch die Studenten eine sehr verschiedene ist, doch keine Abhilfe getroffen (ganz abgesehen von etwaigen unliebsamen Rückwirkungen auf das kollegiale Verhältnis), man müßte sich denn entschließen, eine zwangsweise Verteilung vorzunehmen, was aufs gröbste gegen den Grundsatz der Lernfreiheit verstoßen würde. Die einzige Abhilfe liegt in dem Ausbau des Assistentenwesens. Bei den großen Übungen müßten entsprechende Zahlen von Assistenten zur Verfügung stehen, die sowohl bei der Korrektur der schriftlichen Arbeiten Hilfe leisten, als mit den Zuhörern mündliche Besprechungen abhalten. Teilweise, z. B. in Berlin, sind solche Einrichtungen schon getroffen. Soweit Mittel nicht in ausreichendem Maß vorhanden sind, muß man sich mit dem Erreichbaren, schlimmstenfalls mit dem schon Vorhandenen, zu behelfen suchen.

Ob die preußische Reform kommen wird, vielleicht unter Abstoßung der größten Mängel, kann gegenwärtig niemand von uns sagen. Daß die Zeit des Experimentierens noch nicht vorüber ist, darf mit einiger Wahrscheinlichkeit angenommen werden. Das Wort unseres letzten Königs vom „besonnenen Fortschritt“ hallt zwar in Württemberg in vielen Herzen nach und hat, weil es der Stammesart entspricht, auch noch seine Wirkung. Im übrigen hat man jedoch gegenüber der Parole, „es muß anders werden, gleichviel wie, jedenfalls aber anders“, in Zeiten wie den unsrigen, einen schweren Stand. Es ist dies das kennzeichnende Merkmal einer Übergangsperiode. Kein Wunder, wenn die allgemeine innere Unsicherheit, die solchen

Perioden eigen ist, auch das Leben der Universitäten ergreift. Sie werden in erster Linie davon betroffen werden in ihrer Eigenschaft als Unterrichtsanstalten, da sie hier dem Einfluß der politischen Mächte in erheblichem Maß ausgesetzt sind. Bei dem engen Zusammenhang zwischen Lehre und Wissenschaft ist jedoch die Rückwirkung auf diese unvermeidlich. Tröstlich ist dabei nur, daß die Wissenschaft selbst nicht so leicht totzuschlagen ist, und daß bei der vorhandenen Wechselbeziehung auch die umgekehrte Wirkung nicht ausbleiben, das wissenschaftlich als richtig Erkannte sich über kurz oder lang doch wieder durchsetzen wird, so auch die Wahrheit, daß die Wissenschaft nur in der Freiheit gedeiht, und eine wissenschaftliche Ausbildung nur auf dieser Grundlage möglich ist. Dies hindert nicht, daß die Universitäten schweren Zeiten entgegensehen, und daß es harte Kämpfe um ihre Freiheit geben wird. Ich kann mich da nicht bei dem Gedanken beruhigen, daß mich keine unmittelbare Verantwortung mehr trifft, und ich bei dem Kampf nicht mehr in vorderer Reihe stehen werde. Solange ich lebe, wird hier für mich das tua res agitur gelten. Wohl aber erfüllt mich die Zuversicht, daß die jüngeren Kollegen, an die ich meine Waffen weitergebe, sie ebenfalls führen werden, wie ich es versucht habe, im Sinn des „besonnenen Fortschritts“.
