

VII-1936 - Bei

WPS–1.432

Die Interessenjurisprudenz

und ihre neuen Gegner

Von

Philipp Heck

Wydz. Bibl. Prawnicza
1806137891

BIBL. SEMIN. PRAW. N.
Inw: 1418
Dział: I 139
w: ... t: ... eg:

Staatsbibliothek Krakau

1936

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


I-41; 17889

Aus Archiv für die civiliſtiſche Praxis .Neue Folge
Band 22 Heft 2 und 3. Der ganzen Folge 142. Band



Druck von H. Laupp jr in Tübingen

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Probleme und Stellungnahme. § 1. S. 130.

Erſter Teil: Die Kritik von Julius Binder. Erſtes Kapitel: Die Dogmengeſchichte. A. Die Auffaſſung des Methodenſtreits. § 2. S. 139. B. Der alte Irrtum. § 3. S. 149. — Zweites Kapitel: Die Generalkritik. A. Aufbau der Vorwürfe. § 4. S. 156. B. Die einzelnen Erbfehler. § 5. S. 158. C. Der Individualismus. § 6. S. 173. D. Zwei Folgen des Individualismus. § 7. S. 179. — Drittes Kapitel: Die logiſche Widerlegung. A. Allgemeines. § 8. S. 191. B. Das Hauptargument. § 9. S. 194. C. Das Endergebnis. § 10. S. 198. D. Die Löſung der drei Rätſel. § 11. S. 199.

Zweiter Teil: Sonſtige Stellungnahmen. A. Karl Larenz. § 12. S. 297. B. Erich Genzmer. § 13. S. 310. C. Wolfgang Siebert. § 14. S. 316. —

Schlußbetrachtung: Die Urſachen der Mißverſtändniſſe. § 15. S. 324.

Abkürzungen: Auf meine Arbeiten beziehen ſich folgende Abkürzungen: „Auslegung“ = Geſetzesauslegung und Intereſſenjurisprudenz, dieſes Archiv 112 S. 11 f., 1914. „Begriffsbildung“ = Begriffsbildung und Intereſſenjurisprudenz, 1932. „Beſprechung“ = Beſprechung von Binders Rechtsphiloſophie, dieſes Archiv 128 S. 112 ff. „Grundlagen“ = Grundlagen des Rechts in A. Bauſer, Deutſche Staatsbürgerkunde, 1922, S. 137 ff. „Grundriß“ = Grundriß des Schuldrechts, 1929. „Intereſſenjurisprudenz“ = Intereſſenjurisprudenz (Gaſtvorleſung) in „Recht und Staat“, Nr. 97, 1933. Weitere Abkürzungen ſind: Binder, „Kritik“ = Julius Binder, „Bemerkungen zum Methodenſtreite in der Privatrechts-

Einleitung.

Probleme und Stellungnahme. § 1.

Der derzeitige Stand der juristischen Methodenlehre stellt den Vertretern der Interessenjurisprudenz drei Aufgaben, denen ich drei Abhandlungen widmen will, die der Reihe nach erscheinen sollen.

a) Die erste Aufgabe ist die Auseinandersetzung mit den immer wieder laut werdenden Beanstandungen der Interessenjurisprudenz. Unsere Methode ist bereits in großem Umfange durchgedrungen [1]), wenn auch noch nicht vollständig [2]) und mehr im Hinblick auf die Normgewinnung als in bezug auf die wissenschaftliche Arbeit, die Bildung von Begriff und System. Aber immer noch werden von verschiedenen Seiten Einwendungen erhoben. Die wichtigsten dieser Einwendungen sollen in meiner ersten, jetzt vorliegenden Abhandlung nachgeprüft werden.

b) Wir leben in einer Zeit der Rechtserneuerung, die durch den Nationalsozialismus gefordert wird. Ist unsere schon alte Me-

---

wissenschaft", Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 100 S. 4—83, 1934. Binder, Rechtsphilosophie = Julius Binder, „Philosophie des Rechts", 1925. Grundfragen = „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft" von Georg Dahm u. a., Professoren in Kiel, 1935. Larenz = Karl Larenz, „Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart" [2], 1935. Müller-Erzbach, „Interessenjurisprudenz" = „Wohin führt die Interessenjurisprudenz?" 1932. Vers., „Sicherung" = „Läßt sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? 1932. Rümelin, „Erlebte Wandlungen" = Max Rümelin, „Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre", Kanzlerrede 1930. Schaffstein = Friedrich Schaffstein, „Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht", 1934. Stoll = Heinrich Stoll, Juristische Methode, praktische Grundforderungen der Interessenjurisprudenz und ihre Bedeutung in unserer Zeit", 1934. Stoll, „Begriff" = Heinrich Stoll, „Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz", dieses Archiv 133 a S. 60 ff., Festschrift für Ph. Heck, Max Rümelin und A. B. Schmidt 1931.

1) Vgl. das Urteil der vereinigten Strafsenate unten § 2 Nr. 3 a. E.

2) Selbst die Normgewinnung durch Konstruktion von Rechtsbegriffen, die sonst allgemein aufgegeben ist, hat noch neuerdings in Kretschmar einen Verteidiger gefunden. Beiträge zur Erfüllungslehre, Jher. Jahrb. 85 S. 184 ff.

thode auch für diese Aufgabe geeignet? Im Schrifttum gehen die Ansichten auseinander. Von gewichtiger Seite wird ein ganz neuer Denktyp gefordert (Carl Schmitt) und dementsprechend eine ganz neue Rechtswissenschaft (Kieler Richtung). Deshalb bedarf das Verhältnis unserer Methode zum Nationalsozialismus und zu der neuen Wissenschaft einer sorgfältigen Untersuchung, die in einer zweiten Abhandlung erfolgen wird [3]).

c) Von seiten mancher Rechtsphilosophen wird unserer Methode der Mangel philosophischer Begründung vorgeworfen. Sie verlangen die Leitung unserer Methode und damit der ganzen praktischen Rechtswissenschaft. Larenz hat neuerdings die Überwindung der Jurisprudenz durch die Rechtsphilosophie, also den Ersatz der dogmatischen Rechtswissenschaft durch die Rechtsphilosophie gefordert [4]). Bei diesem Verlangen handelt es sich um eine Grundfrage der Methodenlehre, mit der sich meine dritte Abhandlung beschäftigen wird [5]).

2. Diese drei Untersuchungen haben, um das Endergebnis vorwegzunehmen, mir keine Veranlassung gegeben, meine methodischen Ansichten zu ändern.

a) Die Nachprüfung der wichtigsten gegen uns gerichteten Angriffe ergibt, daß sie alle auf Mißverständnissen unserer Methode beruhen. Das ist so weitgehend der Fall, daß ich in der Versuchung war, für diese meine erste Abhandlung die Überschrift „Mißverständnisse" zu wählen.

b) Unsere Methode ist auch für die Rechtserneuerung des Nationalsozialismus geeignet und einzig möglich. Ihre Grundregeln für Normgewinnung sind von dem nationalsozialistischen Staate bereits gebilligt. Der neue Denktyp von Carl Schmitt ist sachlich nichts anderes, als dasjenige Denken, das unsere Methode fordert. Diesen Zusammenhang muß auch jede neue Rechtswissenschaft wahren.

---

3) Die Abhandlung soll den Titel tragen: Die Rechtserneuerung und die juristische Methode.

4) S. 168 ff. Larenz will als Elemente der Rechtswissenschaft außer der Rechtsphilosophie nur noch Rechtsgeschichte und Politik gelten lassen. S. 191 ff.

5) „Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz."

c) Der Rechtsphilosophie gegenüber ist die Selbständigkeit unserer Methode und der praktischen Rechtswissenschaft überhaupt festzuhalten. Die Rechtsphilosophie ist eine Nachbarwissenschaft, deren Berücksichtigung uns wertvolle Förderung bringt. Aber die Leitung unserer Wissenschaft gebührt ihr nicht. Die Unterwerfung unter eine rechtsphilosophische Leitung würde diejenigen Fortschritte zur Lebensnähe wieder rückgängig machen, die unsere Wissenschaft in den letzten Jahrzehnten gemacht hat und die der Nationalsozialismus erst recht fordert. Die rechtsphilosophische Leitung würde die Gefahr einer neuen Begriffsjurisprudenz herbeiführen.

3. Die erste Abhandlung hat einen größeren Umfang, weil mich bei der Stellungnahme zu den Angriffen eine doppelte Absicht leitete: Ich wollte die zugrunde liegenden Mißverständnisse aufklären und ihrer weiteren Verbreitung entgegentreten. Ich hoffte aber auch etwas zu lernen, eigene Fehler zu erkennen, zu berichtigen und Lücken auszufüllen. Berichtigungen sind nicht notwendig geworden. Aber Erläuterungen habe ich auch in großem Umfange gegeben. Der Aufsatz ist nicht nur eine Verteidigungsschrift, sondern zugleich eine Erläuterungsschrift, eine Art Rechenschaftslegung, eine weitere Auskunft über die Ziele, die Wege und die Grenzen unserer Methodenlehre.

4. In dieser ersten Abhandlung steht die Auseinandersetzung mit denjenigen Einwendungen im Vordergrunde, welche Julius Binder erhoben hat [6]). Sie sollte ursprünglich den einzigen Inhalt dieser Arbeit bilden und beansprucht ihre größere Hälfte. Die Auseinandersetzung mit Binder ist mir deshalb besonders wichtig, weil ich Binder als Rechtsphilosophen und als Dogmatiker sehr hoch einschätze und weil die Angriffe, die Binder gegen

6) Julius Binder, „Bemerkungen zum Methodenstreite in der Privatrechtswissenschaft". Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 100 S. 4—83, 1934 (angeführt: Binder, Kritik, a. a. O.). Die Abhandlung ist ungeachtet der allgemeinen Überschrift im Endziele nur gegen mich gerichtet. Sie will „gleichzeitig als Anzeige meines Schuldrechts genommen werden", obgleich sie von meinem Schuldrechte kaum mehr behandelt, als die ersten zwei Seiten des Anhangs.

unsere Methode und gegen mich erhoben hat, tatsächlich sehr schwer sind.

Am schwersten empfinde ich den Vorwurf des Individualismus. Binder sagt [7]) von den Vertretern unserer Richtung:

„Sie denken, als Kinder des liberalen Geistes des 19. Jahrhunderts, individualistisch, und der Individualismus kann den Begriff des Rechts nicht erfassen. Indem er, wie sein Name sagt, alle sozialen und rechtlichen Gegebenheiten und Verhältnisse auf das abstrakte, d. h. aus allen Lebenszusammenhängen herausgelöste Individuum zurückführt, stellt er es dem Rechte, dem Staat und seinem Gesetz als sein Anderes gegenüber; so wird es möglich, Sonderinteressen und Gemeinschaftsinteressen nicht nur zu unterscheiden, sondern zueinander in Gegensatz zu stellen, sie als sich widerstreitend vorzustellen und nach einem Ausgleich dieser Gegensätze zu suchen. Das ist der eigentliche Mangel der Interessentheorie“ [8]).

Der Vorwurf erhält durch die Verhältnisse der Gegenwart ein besonderes Gewicht und auch einen gewissen politischen Einschlag. Wir erkennen heute die schwere Schädigung, die unser Volksleben durch diejenige Geistesrichtung der Vergangenheit erfahren hat, die wir in der Sprache des Alltags als „Individualismus“ bezeichnen. Durch die Kennzeichnung Binders wird unsere Richtung mit einer Mitverantwortung für diese Schädigung belastet [9]).

---

7) Kritik S. 64.

8) Schon an dieser Stelle muß ich bemerken, daß eine so weitgehende Beschränktheit der Einsicht, wie sie Binder unter „Individualismus“ versteht und mir zum Vorwurfe macht, nach meiner Erfahrung im rechtswissenschaftlichen Schrifttume überhaupt nicht vorkommt. Sie wird nicht durch das „Wort“ erwiesen, weil seine Bedeutung eine viel unbestimmtere ist, als Binder annimmt. Wegen der Mehrdeutigkeit des Wortes versagt auch das Selbstzeugnis Binders. Binder erklärt zwar in der Vorrede zu seiner Rechtsphilosophie S. IX, daß er früher selbst „Individualist“ gewesen sei. Aber so beschränkt, wie es seiner Begriffsbestimmung des Individualismus entsprechen würde und wie er mich sieht, kann Binder m. E. niemals gewesen sein.

9) Das hebt Binder auch hervor. Er sagt am Schluß seiner Erörterung: „Dieses Ergebnis aber ist für die heutige Zeit besonders lehrreich. Das individualistische Denken, das wir als ein böses Erbe aus der Aufklärungszeit bewahrt haben, hat seinen verheerenden Einfluß auf Recht, Staat und Politik bis in die unmittelbarste Gegenwart ausgeübt“, a. a. O. S. 83.

Zu dem Vorwurfe des Individualismus treten noch andere Vorwürfe allgemeinen Inhalts (Positivismus, Materialismus usw.), die in einer Art Generalkritik (unten § 4—7) zusammengefaßt sind. Außerdem bringt Binder eine logische Widerlegung (unten § 8—11). Er erklärt die Unterscheidung von Rechtsbegriffen und Interessenbegriffen, die unsere Methode nicht entbehren kann, für „logisch unrichtig" und nicht durchführbar.

Alle diese Mängel werden auf eine gemeinsame Ursache zurückgeführt, nämlich darauf, daß wir unsere Lehre nicht auf der Rechtsphilosophie Binders aufbauen. Die Untersuchung dieser Ursache soll der dritten Abhandlung vorbehalten bleiben. Die Frage nach der Ursache ist nur dann berechtigt, wenn die vermeintlichen Folgemängel überhaupt vorhanden sind.

5. Die eingehende Nachprüfung führt nun zu dem etwas überraschenden Ergebnis, daß alle diese Vorwürfe, ohne Ausnahme, unbegründet sind.

Dies gilt vor allem von dem Vorwurfe des Individualismus. Ich glaube mich vollständig rechtfertigen zu können, denn ich war niemals in irgendeiner Hinsicht Anhänger eines Individualismus, geschweige denn der extremen Form, die Binder mir unterstellt. Ich bin nicht nur Methodenforscher, sondern auch Rechtshistoriker. Ich war von alters her Alldeutscher, Kämpfer für die Stählung des nationalen Willens und für das völkische Ideal, das heute zur Geltung gelangt ist und zu dem auch Binder sich bekennt [10]).

Auch der sonstige Inhalt der Generalkritik ist nirgends haltbar. Erst recht gilt dies für die logische Widerlegung.

Die Mißverständnisse Binders sind mannigfach und gehen auf verschiedene Gründe zurück. Aber in der Hauptsache beruhen sie auf einer unzureichenden Benutzung unserer Schriften. Binder hat in seiner Rechtsphilosophie die Interessenjurisprudenz nirgends erwähnt. Daraus und aus anderen Anhaltspunkten ergibt sich, daß ihm damals (1925) die Schriften unserer Richtung

10) Vgl. des näheren unten § 6.

noch nicht bekannt waren. Er hat diese Beobachtungslücke inzwischen ergänzt, aber leider nur teilweise. Besonders bedauerlich ist die unzulängliche Kenntnisnahme meines Buches über „Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz“ [11]), namentlich bei der „logischen Kritik“ meiner Begriffsbildung. Ferner scheinen die für das Verständnis unserer Lehre sehr wichtigen Kanzlerreden meines verstorbenen Freundes und Mitbegründers der Methode, Max Rümelin, Binder größtenteils unbekannt geblieben zu sein [12]). Auch meine Besprechung der Rechtsphilosophie Binders wird nirgends berücksichtigt. Die Tragweite dieser Lesefücken ist eine so große, daß ich bei aller Hochachtung vor der wissenschaftlichen Persönlichkeit Binders es nicht vermeiden kann, sie nachdrücklich zu betonen.

Wenn man die Mißverständnisse beseitigt, dann verschwindet im Grunde jeder Unterschied zwischen unseren Ansichten über die Praxis der Rechtsgewinnung. Die Ablehnung Binders gilt gar nicht unserer wirklichen Methode, sondern sie gilt Irrtumsbildern. Mit unserer wirklichen Methode ist Binder einverstanden. Sie entspricht durchaus seiner eigenen Methode. Deshalb würde ich mich, wenn ich von dem Philosophiestreite absehen könnte, freuen, in Binder einen neuen Vertreter der Interessenjurisprudenz zu begrüßen, wenn auch einen zur Zeit noch unbewußten.

---

11) Vgl. z. B. unten § 3 Nr. 10 a. E., § 9 Nr. 6, § 11 Nr. 6 usw. Meine zweite Hauptschrift, die Auslegung, wird zwar gelobt und gelegentlich angeführt. Aber der Hauptinhalt ist doch unbekannt geblieben. Ein immer wieder hervorgehobener Grundgedanke ist bei mir die Unterscheidung des „normativen“ Willensbegriffs von dem „empirischen“. Binder meint, daß es mir als Positivisten überhaupt nicht möglich gewesen sei, einen solchen Unterschied zu machen und belehrt mich nachdrücklich über die durch die Rechtsphilosophie gegebene Möglichkeit meiner eigenen Ansicht. Vgl. unten § 7 III a. E.

12) Binder erwähnt nur die Rede über Windscheid 1907. Die Reden Rümelins sind eine Ergänzung meiner eigenen methodischen Schriften. Wir waren uns über die Methode einig. Deshalb habe ich bewußt diejenigen Probleme zurückgestellt, mit denen sich Rümelin schon beschäftigt hatte. Dies gilt z. B. von den Begriffen der Gerechtigkeit und der Billigkeit.

6. Die Generalkritik Binders ist von Karl Larenz übernommen und noch verschärft worden. Zusammenhänge finden sich auch in den Beurteilungen von Erich Genzmer und Wolfgang Siebert. Deshalb werde ich in dem zweiten Teile meiner Abhandlung auch zu diesen Forschern Stellung nehmen. Die Zahl der Gegner ist mit diesen Namen noch nicht erschöpft. Weiteren Angriffen werden wir in den beiden späteren Abhandlungen begegnen. Eine Vollständigkeit hinsichtlich aller im Schrifttume geäußerter Bedenken ist kaum erreichbar und von mir nicht erstrebt worden [13]).

7. Bevor ich zu den Einzelerörterungen übergehe, will ich einen gemeinsamen Einwand vortragen, auf den ich ein gewisses Gewicht lege, nämlich den Einwand, daß meine Gegner die praktische Bewährung meiner Methode durch ihre Anwendung bei richterlichen Fallentscheidungen nicht richtig würdigen.

a) Unsere Lehre ist eine Methodenlehre der praktischen Rechtswissenschaft und will nichts weiter sein. Sie soll die Rechtsprechung zu lebensrichtigen Ergebnissen führen. Deshalb ist ihre kritische Bewertung von der Richtigkeit ihrer Ergebnisse abhängig. Für eine solche Methode gilt der Leitspruch: „An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen." Dieser Maßstab hat mir von vornherein und dauernd vorgeschwebt. Deshalb habe ich mich niemals auf die Theorie beschränkt. Schon in meiner Programmschrift von 1889 habe ich meine Methode an einer umfangreichen Monographie erprobt und diese Prüfung habe ich auch seitdem in Monographien, Besprechungen und Gutachten fortgesetzt. Namentlich habe ich in meinen beiden Grundrissen meine Methode für zwei große Rechtsgebiete folgerichtig durchgeführt und mich bestrebt, die zahlreichen Einzelprobleme genau nach den Grundsätzen dieser Methode zu lösen. Niemals hat sich mir ein Zweifel an der Richtigkeit des Verfahrens ergeben. Eine solche praktische Handhabung findet sich auch

13) Die Normgewinnung durch Begriffskonstruktion habe ich so oft behandelt (zuletzt Begriffsbildung S. 91 ff. und Interessenjurisprudenz S. 15 ff., 21 ff.), daß mir eine nochmalige Auseinandersetzung mit Kretschmar (oben Anm. 2) entbehrlich erscheint.

bei den anderen Vertretern unserer Methode, z. B. bei Rümelin, Stoll und in großem Umfange bei Müller-Erzbach.

b) Diese konkreten Anwendungsfälle sollten auch für die Kritiker unserer Methode bedeutsam sein. Auch für sie sollte die Art der Ergebnisse einen Maßstab liefern, aber zugleich auch einen Schutz gegen Mißverständnisse. Die konkreten Anwendungsfälle sind zwar etwas mühsam nachzuprüfen, aber sie sind auch weniger Mißverständnissen ausgesetzt als bloß theoretische Anweisungen. Bei der Ausarbeitung meiner Grundrisse hegte ich die Absicht, meinen zukünftigen Kritikern die Beurteilung zu erleichtern. Ich hoffte, daß jede eingehendere Beurteilung meiner Methode mit einer beispielsweisen Nachprüfung meiner Einzelergebnisse verbunden sein würde [14]). Aber diese Hoffnung hat sich nicht erfüllt. Mit einer einzigen Ausnahme [15]) hat es keiner der Gegner [16]), zu denen ich in dieser Arbeit Stellung nehme, für notwendig gehalten, die behaupteten Mängel meiner Methode an ihren konkreten Ergebnissen nachzuweisen. Die Beurteilung nach den Früchten ist nicht vorgenommen worden, sondern das übliche Schema ist das Umgekehrte: Meine praktischen Arbeiten werden gelobt. Die Früchte der Methode gelten als gut bis sehr gut. Nur die Methode selbst ist schlecht. Besonders deutlich tritt diese Scheidung bei

---

14) Dieser Erwartung hat auch Raape in seiner Besprechung meiner Grundrisse in dem Zentralblatt für die juristische Praxis 79 S. 691 ff. Ausdruck gegeben. Raape sagt: „Alle Methodisten werden sich künftig in diesen Werken ihre Waffen holen, viele für, manche vielleicht auch gegen diese Methode. So wird dieses Werk eine Art methodischen Arsenals werden." Raapes Erwartung hat sich leider als Illusion erwiesen.

15) Diese einzige Ausnahme bietet die Kritik einer Stellungnahme von „Norbert Magis", die Wolfgang Siebert in einem besonderen Aufsatze durchgeführt hat. Vgl. unten § 15 Nr. 5. Die Absicht des Versuches ist lobenswert, aber das Mittel erweist sich als untauglich. Die Wahl von Norbert Magis war nicht glücklich. Sie ist um so mehr zu bedauern, als es doch genügend Forscher gibt, die unsere Methode wirklich vertreten und auch als Vertreter bekannt sind. Ihre Berichtigung hätte eine größere Wirkung gehabt.

16) Erich Genzmer hat mein Schuldrecht durchgearbeitet, aber er ist auch kein Gegner unserer Methode.

Binder hervor [16a]). Er will meine Ergebnisse nicht beanstanden, sondern nur ihren „theoretischen Unterbau". Derselbe Gegensatz findet sich bei Larenz und schimmert auch sonst durch. Dieser Gegensatz zwischen der Fehlerhaftigkeit meiner Methode und der Richtigkeit ihrer Ergebnisse hätte meinen Gegnern einen Anlaß zu Zweifeln geben sollen. Denn in der Regel hängen die Ergebnisse von der Methode ab. Es erscheint als Rätsel, daß ein Forscher auf Grund einer ganz unrichtigen, nach Binder „logisch unmöglichen Methode", zu richtigen Ergebnissen gelangt ist, und zwar nicht gelegentlich, sondern während eines langen Lebens in sehr verschiedenartigen, auch umfangreichen Arbeiten. Ein solches Rätsel gestattet nur zwei Lösungen: Die eine Lösung würde sein, daß der Kritiker sich geirrt und die Methode nicht verstanden hat. Die zweite Lösung würde dahin gehen, daß bei all den zu beurteilenden Arbeiten Fehlerkompensationen vorliegen, daß der methodische Fehler durch andere Fehler ausgeglichen wurde. Die zweite Lösung ist allerdings um so unwahrscheinlicher, je größer Umfang und Verschiedenheit der im Ergebnisse gebilligten Arbeiten sind. Es müßten z. B. bei mir die verschiedenartigsten Fehler immer wieder ausgleichend gewirkt haben. Der Nachweis der Fehlerkompensationen hätte tieferes Eindringen gefordert, aber auch für die Selbstkritik ein wertvolles Kontrollmittel geboten und im Falle des Gelingens eine wichtige Bestätigung der Kritik erbracht. Der Nachweis mußte deshalb für einen arbeitswilligen Kritiker verlockend erscheinen. Persönlich hätte ich mir in dem umgekehrten Falle eine solche Möglichkeit nicht entgehen lassen [17]). Aber die oben genannten Kritiker haben auf dieses Mittel verzichtet. Der Nachweis der Fehlerkompensation ist für keinen einzigen meiner Anwendungsfälle versucht worden.

c) In Wirklichkeit löst sich das Rätsel durch die andere Alternative. In meinen Arbeiten ist meine wirkliche Methode zur Anwendung gekommen. Diese wirkliche Methode wird gar nicht an-

16a) Kritik S. 5, 59.

17) Als Beispiel verweise ich auf meine Lösung eines analogen „Rätsels" in der logischen Widerlegung Binders, unten § 10 Nr. 3 und § 11.

gegriffen. Sondern die Angriffe beruhen alle auf Mißverständnissen. Meine Gegner greifen ihre eigenen Irrtumsprodukte an. Diese Irrtumslehren konnten in meinen praktischen Arbeiten nicht aufgespürt und nachgeprüft werden, weil ich sie niemals gehandhabt habe. Deshalb hätte ein ernstliches Suchen nach Fehlerkompensation meine Kritiker über ihre Mißverständnisse aufgeklärt. Aber es ist unterlassen worden und die Mißverständnisse sind bestehen geblieben.

Erster Teil.

Die Kritik von Julius Binder.

Erstes Kapitel.

Die Dogmengeschichte.

A. Die Auffassung des Methodenstreits. § 2.

1. Die Abhandlung Binders ist in sechs Abschnitte gegliedert. Die drei ersten (S. 4—57) geben eine geschichtliche Darstellung des Methodenstreits. Dann folgt in IV (S. 57—68) die Generalkritik und in V (S. 69—71) die logische Widerlegung. Die Ergebnisse werden in VI (S. 71—83) zusammengefaßt. Bei der Nachprüfung werde ich dieser Ordnung folgen.

Die Dogmengeschichte des Methodenstreits beansprucht bei Binder den größeren Teil der Arbeit (53 S. von 83). Ich habe viel einzuwenden, will mich aber auf Hauptfragen beschränken. Der Kritik ist ein Hinweis auf den wirklichen Sachverhalt vorauszuschicken.

2. Der Methodenstreit läßt sich zusammenfassen als die Beanstandung und heute in der Hauptsache gelungene Verdrängung einer älteren Richtung unserer Wissenschaft, die man kurz als Begriffsjurisprudenz und genauer als technische oder falsche Begriffs-

jurisprudenz bezeichnet [18]). Die Methode der falschen Begriffsjurisprudenz ist schon alt und mittelbar auf die Rezeption des römischen Rechts zurückzuführen [19]). Sie ist durch gewisse Lehren der historischen Rechtsschule gefördert worden [20]), nach dem Siege dieser Lehre zur Herrschaft gelangt und hat diese Herrschaft, wenn auch nicht ohne Widerspruch, während des 19. Jahrhunderts bis in die ersten Jahrzehnte des 20. behauptet. Sie ist heute nur in Resten vorhanden und kann daher auch als die alte Begriffsjurisprudenz bezeichnet werden. Ihre Kerngedanken waren die Beschränkung des Richters auf die Subsumtion unter die durch Gesetz oder Gewohnheit geschaffenen Normen (Positivismus) [21]). Dieser Beschränkung entsprach die Lehre von der Geschlossenheit der Rechtsordnung. Fehlende Normen wurden als Folgerungen aus der Konstruktion von Begriffen gewonnen (Inversionsmethode oder Formelverwertung) [22]). Weitere Folgen waren die Konzentration der Wissenschaft auf genaue Begriffsbestimmungen, eine Fülle endloser Konstruktionskontroversen und ein Zurücktreten der Lebensforschung.

3. Diese ältere Methode ist nun im Laufe der Zeit durch ein anderes Verfahren bekämpft und heute eigentlich schon verdrängt worden, das man als „Zweckjurisprudenz" oder häufiger noch mit einem Fremdworte als „teleologische Richtung" bezeichnet [23]).

18) Gleichbedeutend wird auch von konstruktiver oder Konstruktionsjurisprudenz geredet, gelegentlich auch von Pandektologie (E. Fuchs) oder auch von Begriffskultus (Baumgarten). Bisher nicht gebraucht, aber im Tiefsten treffend, wäre die Bezeichnung „Wortjurisprudenz".

19) Vgl. über den Zusammenhang mit der Eigenart des Corpus iuris Rechtsgewinnung S. 15, 16.

20) Vgl. z. B. Rümelin, Wandlungen, S. 30.

21) Daß Savigny den Positivismus der Normgewinnung vertreten habe, wird bestritten (Manigk), ist aber für Theorie und Praxis zu bejahen (vgl. in erster Hinsicht den Ausspruch System I S. 225 C).

22) Das Verfahren und seine Folgen sind oft genug geschildert worden. Vgl. z. B. Rechtsgewinnung S. 9 ff., Begriffsbildung S. 72 ff., 91 ff., 127, 163 ff. Rümelin, Wandlungen, S. 20 ff.

23) Vgl. über andere z. T. umfassendere Bezeichnungen, Rechtsgewinnung S. 1 und Grundriß S. 473 Anm. 1. Im Grundrisse habe ich auf die Möglichkeit

Diese Richtung erstrebt eine größere Lebensnähe der Rechtsprechung, als es die alte Methode ermöglichte. Die neue Methode geht von zwei Grundlagen aus, die man als den „Gemeinschaftsdienst des Rechts" und als die „Lückenschau" bezeichnen kann. Das Recht hat die Aufgabe die Lebensbedürfnisse der Gemeinschaft zu befriedigen. Die Gesetze erstreben dies Ziel. Aber die Beobachtung zeigt, daß der Gesetzgeber nicht in der Lage ist, für alle unendlich mannigfachen und stets wechselnden Lebensaufgaben die jeweils richtige Lösung im voraus zu sehen und vorzuschreiben. Deshalb kann der Positivismus den Anforderungen des Lebens nicht genügen. Er ist auch, von Ausnahmegebieten abgesehen, nicht gesetzlich angeordnet und ist daher aufzugeben. Die alte Inversionsmethode, die Formelverwertung, bietet kein geeignetes Mittel der Lückenergänzung. Sie beruht auf dem Trugschlusse der Begriffsvertauschung, erbringt keine lebensrichtigen Normen und die Begründung solcher Urteile ist dem Laien unverständlich. Deshalb fordert diese neue Richtung den Verzicht auf die Inversionsmethode und an Stelle des alten Verfahrens die stete Berücksichtigung der Lebensverhältnisse und Gesetzeszwecke und in ihren fortgeschritteneren Formen Ergänzung der Lücken durch die richterliche Rechtsschöpfung auf Grund der Lebenswürdigung. Zu dieser teleologischen Methode bekennt sich auch Binder[24]), wenngleich mit unrichtiger Begründung[25]). Er hat schon in seiner Rechtsphilosophie die alte formalistische Begriffsjurisprudenz scharf abgelehnt[26]) und ist für die richterliche Lückenergänzung durch Normschaffung eingetreten. Die teleologische Richtung ist, wie gesagt, heute zur Herrschaft gelangt. Als eine Art Abschluß läßt

---

hingewiesen, statt von Interessenjurisprudenz von „wertender Jurisprudenz" zu reden. Dieser Vorschlag ist von anderer Seite aufgenommen und befürwortet worden. Vgl. Stoll, Begriff, S. 67 Anm. 1 und Schaffstein, S. 10 und 11. Aber auch dieser Vorschlag begegnet Bedenken. Begriffsbildung S. 50 Anm. 4.

24) Kritik S. 88.

25) Vgl. unten Nr. 9.

26) Rechtsphilosophie S. 838 ff., 941 ff., 987 ff. und passim.

sich die Entscheidung der Vereinigten Strafsenate vom 2. Mai 1934 [27]) anführen, in der unser höchstes Gericht sich mit klaren Worten zu der Ansicht bekennt, daß es dem Richter zukomme, „zur Ergänzung von Gesetzeslücken rechtsschöpferisch tätig zu werden". Er müsse bei dieser Rechtsfindung gleich dem Gesetzgeber wirken. Diese Entscheidung ist um so höher zu bewerten, als sie von den Strafsenaten gefällt ist und das Strafrecht bis vor kurzem die feste Burg des Positivismus war.

4. Unsere Interessenjurisprudenz ist eine Unterart der teleologischen Richtung, und zwar eine besonders früh aufgetretene und eine besonders weitgehende. Die Lehre von der richterlichen Rechtsschöpfung, die in Art. 1 des Schweiz. ZGB. gesetzliche und in dem oben erwähnten Plenarbeschlusse des Reichsgerichts richterliche Anerkennung gefunden hat, nämlich die Lehre, daß der Richter die Lücke so zu ergänzen hat, wie er als Gesetzgeber entscheiden würde, ist zuerst (1889) [28]) von der Interessenjurisprudenz aufgestellt worden. Diese Lehre ist wohl heute Gemeingut der teleologischen Richtung geworden und deshalb nicht mehr ein unsere Richtung von anderen teleologischen Lehren unterscheidendes Merkmal. Ein Unterschied ist hinsichtlich der Normgewinnung dadurch vorhanden, daß wir als Hilfsbegriffe nicht nur Zweckbegriffe, sondern auch die durch feinere Zergliederung entstehenden Interessenbegriffe verwenden [29]). Diejenige Unterart der teleologischen Rich-

---

27) RGStr. 68, S. 257 ff. JW. 1934 S. 2049 ff. Vgl. dazu die Anmerkung von Schaffstein, der mit Recht auf die große Tragweite des Urteils hinweist.

28) In der Großen Havarei wird auf S. 589 die Lückenhaftigkeit des Rechts dargelegt und dann hinzugefügt: „Der Richter und ebenso der vorarbeitende Forscher muß die Lücken durch eigene Schöpfung ausfüllen. Er hat de lege ferenda zu entscheiden, sobald die lex lata die Antwort versagt." Dieses Verfahren wird dann weiterhin dahin bestimmt, daß der Richter bei der „Erfindung von Normen" nicht so frei stehe wie der Gesetzgeber, sondern an das für ihn geltende Recht gebunden sei. Nochmals abgedruckt, Rechtsgewinnung, 2. Aufl. S. 50 Nr. 3.

29) Vgl. Rechtsgewinnung S. 31 ff. Begriffsbildung S. 5, 6 und namentlich die Auseinandersetzung mit Hegler S. 43 ff. und S. 165 ff. Nr. 9. Interessenjurisprudenz S. 8, 14.

tung, welche sich mit Zweckbegriffen begnügen will, kann man als die „reine Zwecktheorie" unserer Interessentheorie gegenüberstellen. Diese reine Zwecktheorie ist nach meiner Überzeugung nur eine Zwischenform auf dem Wege zu unserer Lehre. Jede Vertiefung bringt die Notwendigkeit, die Zweckbegriffe durch die Interessenbegriffe zu ergänzen. Unsere Sonderstellung beschränkt sich auf die Gliederungstiefe. Diese Gliederungstiefe wird von Binder nicht beanstandet, sondern gebilligt [30]).

Als zweiter Unterschied ist allenfalls zu verzeichnen, daß wir aus dem Verfahren der Normgewinnung Folgerungen für die wissenschaftliche Arbeit, für Begriff und System, ziehen [31]), die, wie es scheint, noch nicht gemeinsames Gut der ganzen teleologischen Richtung geworden sind. Allerdings bestehen diese Folgerungen nicht darin, daß wir logisch neue Begriffsarten fordern und die früheren Begriffsarten verdrängen wollen [32]). Wir wollen auch nicht etwa den Ersatz abstrakter Begriffe durch konkrete. Wie die alte Lehre abstrakte und konkrete Begriffe bildete, so tun es auch wir. Wir streben natürlich im Endziele nach der Wirkung auf das konkrete Leben, die nur durch konkrete Begriffe (Urteil) erzielt wird. Aber die alte Lehre hatte schließlich dasselbe Endziel. Auch sie kannte die Rechtskonkreta (Rechtsverhältnisse). Nur haben die wissenschaftlichen Allgemeinbegriffe für uns eine andere, geringere Bedeutung. Die allgemeinen Gebotsbegriffe (subjektives Recht, Rechtsgeschäfte usw.) sind für uns nicht kausale Grundlagen der Normen, sondern sie sind für uns nur Ordnungsbegriffe, Mittel der Übersicht. Die Grundlage ist für uns das Leben in seiner ganzen Fülle, die nur in konkreten Begriffen erfaßt werden kann. Deshalb wäre es zwar unrichtig zu sagen, daß wir die abstrakten Begriffe verdrängen wollen, wohl aber besteht in der Verwendung ein gradueller Unterschied. Die konkrete Wirklichkeit spielt eine größere Rolle als früher,

30) Ebenso von Schaffstein S. 9, 10.

31) Begriffsbildung S. 126 ff., Interessenjurisprudenz S. 25 ff.

32) Auf die Übereinstimmung der Begriffe beider Methoden in ihrer logischen Eigenart habe ich nachdrücklich hingewiesen. Begriffsbildung S. 65, 161 ff.

während die wissenschaftlichen Allgemeinbegriffe nicht verschwinden, aber zurücktreten [33]).

5. Hervorzuheben ist, daß wir Vertreter der Interessenjurisprudenz die Bildung und den Gebrauch von Rechtsbegriffen überhaupt niemals beanstandet haben, sondern ganz allein den Mißbrauch in der Inversionsmethode und seine Folgewirkungen. Als diejenige Begriffsjurisprudenz, welche wir von unserer Jurisprudenz unterscheiden, haben wir nur das falsche, auch von Binder bekämpfte Verfahren hingestellt. Unsere Vorstellung von der Beziehung zwischen Rechtsbegriffen und Interessenbegriffen läßt sich durch ein Gleichnis veranschaulichen. In den Rechtsgeboten und daher auch in den Rechtsbegriffen sehen wir gleichsam die Taten des Rechts und in den Interessen das Motiv dieser Taten. Die Erkenntnis der Motive ist uns notwendig um die Taten zu verstehen und durch neue Taten zu ergänzen. Aber unsere Motivforschung würde ihren Sinn verlieren, wenn wir die Taten ausschalten wollten. Wer daher mit „Begriffsjurisprudenz" jede Rechtsbegriffe bildende Jurisprudenz bezeichnet, muß feststellen, daß unsere Interessenjurisprudenz von vornherein auch als Begriffe bildend und daher zugleich als Begriffsjurisprudenz aufgetreten ist, und zwar für das ganze Rechtsgebiet [34]).

---

33) Den Unterschied habe ich, wie folgt, gekennzeichnet: „Die ältere ‚Darstellung' habe als eigentlichen Gegenstand ‚die vorhandenen Rechtsnormen' behandelt. ‚Dem Interessenjuristen' sei ‚der Gegenstand seiner Wissenschaft' — ‚das Leben unter der Herrschaft des Gesetzes'." Begriffsbildung S. 130 II Zusatz 1.

34) Den Vorschlag Oertmanns (Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, 1931), Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz als zwei voneinander verschiedene, aber berechtigte Methoden mit getrennten Arbeitsgebieten nebeneinander zuzulassen, habe ich mit folgenden Worten zurückgewiesen (Begriffsbildung S. 13): „Die Interessenjurisprudenz will nicht eine zweite Arbeitsweise als Interessenabwägung an die Stelle oder neben die juristische Begriffsbildung stellen, sondern sie will die wissenschaftliche Begriffsbildung leiten und ausdehnen. Wir haben nie daran gedacht, uns gegen die Bildung juristischer Begriffe zu wenden, sondern wir bekämpfen nur eine bestimmte Art der Verwendung bestimmter Begriffe, nämlich die Verwendung von wissenschaftlichen Ordnungsbegriffen zur Normgewinnung, mit den sich aus ihr ergeben-

6. Außer von der Interessenjurisprudenz wurde die alte Begriffsjurisprudenz noch von zwei anderen Richtungen angegriffen, nämlich von der Freirechtslehre und von der soziologischen Schule [35]). Diese Angriffe gingen über die Forderungen der Interessenjurisprudenz nach zwei Richtungen weit hinaus. Sie beanstandeten einmal die Bindung des Richters an das Gesetz, an der wir durchaus festhielten, und sie beanstandeten wenigstens zum Teil auch die Bildung von Rechtsbegriffen, die wir, wie eben hervorgehoben, für ganz unentbehrlich erklärten. Verschieden war auch der Erfolg. Während die Grundgedanken der Interessenjurisprudenz als teleologische Richtung in Theorie und Praxis ganz überwiegend durchdrangen, sind die beiden anderen Richtungen auf wenige Vertreter (heute Isay) beschränkt geblieben.

7. Von der vorstehenden Darstellung des Methodenstreits, die der herrschenden Ansicht entspricht, unterscheidet sich die Dogmengeschichte Binders durch zwei Abweichungen, durch eine andere Datierung der falschen Begriffsjurisprudenz und durch die logische Erklärung der Methodenverschiedenheit.

8. Binder beginnt mit einer Verteidigung der gemeinrechtlichen Wissenschaft. Er gibt zu, daß formalistische Verstöße vorgekommen sind, aber schreibt sie nicht der historischen Rechtsschule zu, sondern erst ihren Nachfolgern, dem philosophiefreien Positivismus, und er sieht in diesen Verstößen Gelegenheitsfehler und nicht das Ergebnis einer unrichtigen Methode. Eine allgemeinere Verbreitung des falschen Verfahrens ist nach Binder erst später entstanden, nämlich erst nach Einführung des BGB., und zwar dadurch, „daß die traditionelle Rechtswissen-

den Folgen. Diese technische Begriffsjurisprudenz, gegen die wir uns allein richten, soll nicht etwa in ihrem Anwendungsgebiete eingeschränkt werden, sondern sie soll verschwinden. Es handelt sich bei dem Methodenstreit nicht, wie Oertmann meint, um ein ‚Mehr' oder ‚Minder', sondern um ‚richtig' oder ‚falsch'."

35) Vgl. Rechtsgewinnung S. 22 und über die Wiedererneuerung durch Hermann Isay, Begriffsbildung S. 116 ff., sowie meinen Aufsatz „Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay", dieses Archiv 137 S. 47 ff.

schaft eine Methode, die für das gemeine Recht ihre Berechtigung hatte, noch unter der Herrschaft des BGB. festhielt“ [36]).

Diese neue Datierung wird vorgetragen, ohne zu erwähnen, daß bisher die falsche Begriffsjurisprudenz schon in die Zeit der historischen Schule verlegt wurde. Aber die frühere Datierung ist sicher richtig. Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß die falsche Begriffsjurisprudenz nicht erst nach der Einführung des BGB. entstanden ist, sondern viel früher herrschte und nicht nur bei der Anwendung römischer Quellen, sondern ganz allgemein, auch bei der Behandlung deutschrechtlicher und modernrechtlicher Probleme (juristische Natur der Reallasten und der Inhaberpapiere). Jhering hat seine klassische Schilderung der falschen Begriffsjurisprudenz in seinem Geiste des römischen Rechts 1856 gedruckt und 1858 veröffentlicht. Er hat mit seiner Polemik schon 1861/62 begonnen (Briefe). Auch die Grundsätze meiner eigenen Methode habe ich vor dem BGB., nämlich 1889 und in den nächsten Jahren dargelegt. Die Wissenschaft des BGB. hat die alte Methode nur überkommen, zum Teil umgestaltet, um sie schließlich abzulegen.

9. Zweitens hat Binder den Gegensatz der beiden Methoden und den Gegenstand des Methodenstreits als einen Streit um Begriffe aufgefaßt. Er führt den Gegensatz der beiden Methoden auf die logische Verschiedenheit der von ihnen gebildeten Begriffe zurück und sieht in der teleologischen Richtung den Kampf „um die Ersetzung verfehlter formaler Begriffe durch den richtigen Begriff“ [37]).

Aus der Rechtsphilosophie [38]) ergibt sich, daß Binder unter dem „richtigen Begriff“ den „konkreten Begriff“ versteht, den die teleologische Richtung zu bilden habe [39]). Binder erklärt den

---

36) Kritik S. 8, 26 und passim.

37) Kritik S. 58. 38) S. 888 ff.

39) Daß Binder diese logische Forderung auch uns zuschreibt, ergibt sich u. a. aus seiner Zustimmung zu Schönfeld. Schönfeld hatte uns zum Vorwurfe gemacht, daß wir „den abstrakten Begriff mit dem abstrakten Begriffe bekämpfen“ (D. Literaturzeitung 1933, Sp. 1956). Binder sieht

Gegensatz der beiden Methoden dadurch, daß der philosophiefreie Positivismus generalisierende und infolgedessen wertfreie und abstrakte Begriffe gebildet hätte, während die richtige Rechtsphilosophie dazu führe, individualisierte, wertbezogene und konkrete Begriffe zu bilden. Diejenige Unterscheidung der Begriffsarten, die Rickert gemacht hat, wird auf den Gegensatz der beiden Methoden übertragen. Deshalb fordert Binder den Ersatz der abstrakten Begriffe durch die konkreten, wodurch sich die teleologische Methode der Normgewinnung ergebe.

Binders Ausführungen haben eine weitgehende Wirkung geübt [40]). Aber ich kann ihnen doch nicht zustimmen. Zunächst einmal ist es sicher, daß derjenige Methodenstreit, an dem wir beteiligt sind und über den Binder berichtet, sich auf das praktische Problem der Normgewinnung bezieht und nicht auf das logische Problem der Begriffsbildung. Zweitens beruht der Unterschied der beiden Methoden in Wirklichkeit auf der Verschiedenheit der Normgewinnung, aber nicht der logischen Eigenart ihrer Begriffe. Diese logische Eigenart war in der alten Begriffsjurisprudenz dieselbe wie bei uns. Nur die Bewertung und Verwendung dieser Begriffsarten ist eine verschiedene. Die logische Deutung des Methodenstreits habe ich schon früher bekämpft [41]) und muß den Widerspruch auch Binder gegenüber aufrechterhalten [42]). Die Ausführun-

in diesem Vorwurf „eine ausgezeichnete Formulierung des Kerns der Frage" (Kritik S. 82 Anm. 71). Beide Rechtsphilosophen sehen also den Kern unserer Lehre in einer Forderung, die wir nicht aufgestellt, sondern bei anderen vorgefunden und abgelehnt haben.

40) Larenz erklärt z. B., daß Binder die Forderung nach dem konkreten Begriffe zuerst ausführlich begründet habe. Grundfragen S. 226 Anm. 2. Mit dem Begriffe des konkreten Denkens werden wir uns in der zweiten Abhandlung noch eingehender zu beschäftigen haben.

41) Vgl. meine Ausführungen gegen Schwinge, „Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft", 1930, in „Begriffsbildung" S. 5 ff., 65 VIII, 161 Nr. 13 und 14. Die Lehre Schwinges hat auch im Strafrechte Widerspruch gefunden, vgl. Dahm, Monatsschrift für Krim.Psych. 22 S. 766; Engisch, a. a. O. 25 S. 65 und Schaffstein, a. a. O. S. 8 ff.

42) Die Umdeutung des Methodenstreits in einen Begriffsstreit kann auf die Nachwirkung begriffsjuristischer Anschauungen zurückgehen. Bedeutsamer ist

gen Binders sind m. E. erkenntnistheoretisch nicht haltbar. Es ist unzulässig, die teleologische Lehre von der Normgewinnung aus der Rechtsphilosophie oder der Logik abzuleiten [43]). Wir haben ja auch heute Gebiete des „starren Rechts", auf denen die Freiheit des Richters beschränkt ist. Die Rechtsphilosophie, auch die idealistische, ist mit dem Positivismus durchaus vereinbar. Der alte Positivismus war lebenswidrig, aber nicht unlogisch. Auch die Begründung seiner Forderung des konkreten Begriffs durch Binder halte ich nicht für schlüssig. Auch abstrakte Begriffe können wertbezogen sein [44]), sie waren es auch in der alten Methode. Dies wird auch nicht durch die Zweckpolemik widerlegt, auf die sich Binder beruft [45]), die aber anders aufzufassen ist [46]).

10. Die beiden Fehlgriffe Binders stehen im Zusammenhange. Binder billigt die Begriffsbildung der historischen Schule und schreibt die falsche Begriffsjurisprudenz erst dem späteren, philosophiefreien, Positivismus zu. Hätte er erkannt, daß die Begriffsjurisprudenz bereits zur Zeit der historischen Rechtsschule entstanden war, so wäre seine logische Deutung nicht möglich gewesen. Vielleicht hat im Unterbewußtsein der Wunsch eingewirkt, die Unentbehrlichkeit der idealistischen Rechtsphilosophie für die juristische Methode nachzuweisen. Denn in der Darstellung Binders ist die falsche Begriffsjurisprudenz durch das Verschwinden der Rechtsphilosophie ermöglicht und durch die Erneue-

---

wohl eine gewisse Einseitigkeit, die sich bei Rechtsphilosophen findet. Der Rechtsphilosoph sucht nach der Einfügung des Rechts in das allgemeine Weltbild und deshalb nach seiner Darstellung in den Systembegriffen. Dafür, daß für andere Forscher die Wirkung auf das Leben das Endziel ist und die Darstellung in der Lehre nur als Mittel in Betracht kommt, fehlt manchmal das richtige Verständnis. Für diese Betrachtungsweise konnte unser Streit um die Normgewinnung zu einem Streit um die Begriffe werden.

43) Wir werden zu den Versuchen, die juristische Methodenlehre rechtsphilosophisch zu begründen, noch in der dritten Abhandlung eingehender Stellung nehmen.

44) Begriffsbildung S. 25 Anm. 3 a. E. und S. 161 Nr. 13.

45) Rechtsphilosophie S. 239 und passim.

46) Begriffsbildung S. 161 Nr. 14.

rung der Rechtsphiloſophie wieder beſeitigt worden. Aber dieſe Darſtellung ſcheitert an der geſchichtlichen Wirklichkeit. Die idealiſtiſche Rechtsphiloſophie der hiſtoriſchen Schule hat weder den Poſitivismus noch die falſche Begriffsjurisprudenz verhindert und die Befreiung danken wir nicht der neuen Rechtsphiloſophie. Sie würde vielmehr, wenn wir gewiſſen Anſprüchen auf Leitung folgen wollten, uns eine zweite Begriffsjurisprudenz bringen. Wie dem auch ſein mag, es iſt einleuchtend, daß dieſe beiden Fehlbeurteilungen des Methodenſtreits es Binder erſchweren mußten, unſere Beſtrebungen richtig zu würdigen.

Zu dieſen beiden perſönlichen Irrtümern treten aber noch Nachwirkungen eines weiter verbreiteten und ſchon alten Irrtums.

B. Der alte Irrtum. § 3.

1. Die oben geſchilderte Stellung der Intereſſenjurisprudenz in dem Methodenſtreite iſt ſchon früh und immer wieder dadurch verkannt worden, daß man unſere Methode von den beiden anderen Richtungen nicht unterſchied, namentlich uns als Anhänger der Freirechtslehre auffaßte und infolgedeſſen uns Meinungen unterſtellte, die wohl anderwärts Vertretung gefunden hatten, aber nicht bei uns. Dahin gehört die Anzweiflung unſerer Geſetzestreue, aber auch, was für dieſe Erörterung beſonders wichtig iſt, die Anſicht, daß wir die Bildung von Rechtsbegriffen ablehnten und glaubten, allein mit Intereſſenbegriffen auskommen zu können. Man kann dieſe uns unterſtellte Meinung als die Lehre von der „begriffsfreien Intereſſenjurisprudenz“ bezeichnen [47]). Dieſe Meinung iſt ein alter [47]), aber immer wieder auftauchender und anſcheinend nicht ausrottbarer Irrtum. Er bedarf eines Kennworts und deshalb will ich ihn als den alten Irrtum, oder noch genauer, als den Konfuſionsirrtum bezeichnen. Er beruht nur auf der

47) Die große Verbreitung dieſer Meinung geht wohl darauf zurück, daß ein ſehr angeſehener Forſcher, Rudolf Sohm, an einer leicht zugänglichen Stelle (DJZ. 1909, S. 1019) uns zugleich mit der Freirechtslehre als Gegner der Rechtsbegriffe behandelt hat.

Unkenntnis unserer Schriften und darauf, daß die beiden anderen Lehren durch die Maßlosigkeit ihrer Angriffe (E. Fuchs) und durch die Schroffheit ihrer Ansichten der Öffentlichkeit mehr in die Augen fielen als unsere gemäßigten und nüchternen Arbeiten. Wir haben in unseren Schriften nicht den geringsten Anlaß zu dieser Verkoppelung gegeben. Wir haben sofort und immer wieder Verwahrung eingelegt [48]). Bis jetzt allerdings vergeblich [49]). Natürlich werden wir nicht aufhören, den Kampf gegen den Konfusionsirrtum weiter zu führen. Eigentlich sollte die Beschaffenheit unserer praktischen Arbeiten genügen. Wer z. B. meine Grundrisse liest, kann gar nicht dazu gelangen, meine Gesetzestreue anzuzweifeln oder auch mein Verhalten als Feindschaft gegen die Rechtsbegriffe aufzufassen, die ich überall anwende und nirgends bekämpfe. Gleiches gilt von den Arbeiten von Max Rümelin, Müller-Erzbach, Heinrich Stoll und allen anderen Vertretern unserer Richtung. Aber es ist eben das Nichtlesen, aus dem der alte Irrtum neue Kraft gewinnt, wie Antäus aus der Berührung mit der Erde.

2. Noch vor kurzem ist aus dem Konfusionsirrtum eine bedeutsame, aber unrichtige Folgerung gezogen worden. In der Juristischen Wochenschrift [50]) findet sich die Behauptung, daß die

48) Gegen Sohm habe ich in demselben Bande der DJZ. Widerspruch erhoben. „Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?", a. a. O. S. 1457. Vgl. ferner Rechtsgewinnung [2] S. 38 Anm. 4, Begriffsbildung S. 9 und 13, oben S. 144 Anm. 34. Dieses Archiv 138 S. 138 ff. Rümelin, Erlebte Wandlungen, S. 19. Stoll, Begriff, S. 76 u. a. a. O.

49) Selbst ein so hervorragend zuständiger Forscher, wie Manigk, ist von dem Einflusse dieses Irrtums nicht frei. Er findet bezeichnenderweise, daß ich in meinen Grundrissen fortwährend „begriffsjuristisch" arbeite, wenn ich meiner Methode entsprechend Gesetzesbegriffe anwende. Vgl. Manigk, Begriffs- und Interessenjurisprudenz, Zentralblatt für die juristische Praxis Bd. 51 S. 676, 72 (1933). Hinsichtlich des Problems des zinsbaren Darlehens, auf das Manigk eingeht, möchte ich darauf hinweisen, daß Oertmann soeben seine frühere Ansicht berichtigt und sich in der Hauptsache meiner Beurteilung als gegenseitigen Vertrag angeschlossen hat. Vgl. „Der junge Rechtsgelehrte" Bd. 12 S. 17 (1936), „Zur Lehre vom Darlehen".

50) 1935, S. 1370. Rübke, „Erb- und Rassenpflege in Gesetzgebung und Rechtsprechung im dritten Reiche".

Interessenjurisprudenz eine jüdische Richtung sei, denn ihr Hauptvertreter, Kantorowicz, sei Jude. Letzteres ist richtig, aber Kantorowicz ist ein Hauptvertreter der Freirechtslehre und nicht der Interessenjurisprudenz. Er hat die Interessenjurisprudenz von vornherein bekämpft und ist von uns ohne Zeitverlust und mit aller Entschiedenheit abgelehnt worden [51]). Es ist nur der alte Konfusionsirrtum, durch den wir unter die Nichtarier versetzt werden. Aber sehr zu Unrecht, wie ich bei dieser Gelegenheit feststellen möchte. Der Sachverhalt ist der entgegengesetzte. Nur die anderen Richtungen haben für die Nichtarier anziehend gewirkt. Der letzte Gegner der teleologischen Methode, Hans Kelsen, ist Nichtarier und gleiches gilt für verschiedene Vertreter der freien Rechtslehre und der soziologischen Schule, nicht nur für Kantorowicz, sondern auch für Ehrlich, E. Fuchs, Sinzheimer u. a. Dagegen sind alle ausgesprochenen Vertreter unserer Richtung Arier. Das gilt für Max Rümelin, Müller-Erzbach, Heinrich Stoll, Ulmer, Kreller, Locher, de Boor und, soviel ich weiß, für alle mir bekannten Methodengenossen [52]). Auch ich selbst kann den Ariernachweis erbringen.

3. Die Dogmengeschichte Binders zeigt einen nicht ausgeglichenen Zwiespalt. Bei der Kennzeichnung der Interessenjurisprudenz finden wir die richtige Einsicht in die Verschiedenheit von den beiden anderen Richtungen [53]). Binder sieht nicht nur unsere Gesetzestreue, sondern hebt auch hervor, daß wir nicht „jede" Begriffsbildung bekämpfen, sondern nur die unrichtige. Aber neben dieser zutreffenden Einsicht finden sich doch Stellungnahmen, die eigentlich nur als Einflüsse des alten Irrtums verständlich sind. Der Leser gewinnt den Eindruck, daß die richtige Einsicht erst nachträglich gewonnen und nicht so weit verarbeitet worden ist, um alle Nachwirkungen und Ausläufer eines früheren Irrtums zu beseitigen.

51) Rechtsgewinnung [2] S. 29 ff.

52) Es scheint, daß der Radikalismus der Freirechtslehre auf Nichtarier anziehender gewirkt hat, als unsere gemäßigte und nüchterne Lehre.

53) S. 53 ff.

4. Eine Nachwirkung des alten Irrtums scheint mir schon die Hauptordnung zu sein, in der Binder die verschiedenen Richtungen einander gegenüber- und unter sich zusammenstellt. Als die beiden Hauptgruppen erscheinen bei Binder die traditionelle Jurisprudenz einerseits und der Modernismus, den Binder auch als revolutionäre Strömung bezeichnet, anderseits. Zu der traditionellen Jurisprudenz rechnet Binder sowohl die alte technische Begriffsjurisprudenz, die er ebenso ablehnt, wie ich es tue, als auch die neue teleologische Richtung, zu der sich Binder selbst rechnet. In dem gegenübergestellten Modernismus werden drei Richtungen zusammengefaßt: die Freirechtslehre [54]), die soziologische Schule und als dritte: unsere Interessenjurisprudenz.

Diese Gegenüberstellung halte ich für unrichtig und irreführend. Es hat eine Zeit gegeben, die allerdings noch nicht lange zurückliegt, in der die Bezeichnungen: „Modernismus" und „revolutionär" für unsere Richtung passend waren. Das war die Zeit, in der die alte technische Begriffsjurisprudenz herrschte. Da wir heute als teleologische Richtung in der Hauptsache durchgedrungen sind, so sind diese Bezeichnungen schon veraltet. Wir sind Revolutionäre nicht von heute, sondern „von gestern". Aber wer jene Ausdrücke früher gebrauchen wollte und heute noch gebrauchen will, der darf als diejenige Richtung, welche wir reformieren wollen, gegen deren Herrschaft sich unsere Revolution richtete, nur die alte technische Begriffsjurisprudenz bezeichnen, und nicht auch die neuere teleologische Richtung. Der muß andererseits in den Modernismus, in die revolutionäre Bewegung die gesamte teleologische Richtung, auch Binder selbst, einstellen, nicht nur die eine Spielart der Interessenjurisprudenz. Sonst entsteht ein grundfalsches Bild. Nach der Darstellung Binders richtet sich unser Angriff auch gegen die teleologische Richtung. Aber das ist ja gerade nicht der Fall. Für die teleologische Richtung sind wir nicht An-

54) Binder bezeichnet die Freirechtslehre als die älteste der drei Richtungen. Das ist ein entschiedener Irrtum. Vgl. Begriffsbildung S. 200. Unsere Richtung ist älter.

greifer und überhaupt nicht Gegner, sondern wir sind ihre Mitgründer und eifrigsten Bahnbrecher, ihre Fahnenträger, gleichsam die ältesten Parteigenossen. Die Zerschneidung dieses Zusammenhangs ist ein schwerer Fehler Binders. Dieser Zerschneidung entspricht auf der anderen Seite die ebenso unrichtige Verkoppelung unserer Richtung mit Freirechtslehre und soziologischer Schule. Wir stehen diesen Bestrebungen nicht näher als andere Spielarten der teleologischen Richtung, nicht näher als Binder selbst. Die Zusammenkoppelung vermittelt wiederum einen unrichtigen Eindruck. Sie dürfte eine Nachwirkung des alten Irrtums sein und hat ihrerseits zur Folge gehabt, daß Binder nach manchen Richtungen hin die drei Gruppen auch als Einheit behandelt und deshalb solche Urteile und Aussagen, die nur für die angekoppelten Lehren, aber nicht für uns, richtig sind, auf uns überträgt.

5. Binder erhebt gegen die Vertreter seines Modernismus und damit auch gegen uns den Vorwurf, daß sie die konstruktive Jurisprudenz auf das schärfste angegriffen und mit Unwerturteilen überhäuft hätten, ohne das angegriffene Verfahren zu erforschen, das Wesen der Konstruktion zu untersuchen. Diese Vorwürfe werden gegen den ganzen Modernismus und deshalb auch gegen unsere Schriften erhoben. Aber in Wirklichkeit sind sie nur gegen einen Mann voll zutreffend, nämlich gegen einen Vertreter der soziologischen Methode, den Karlsruher Rechtsanwalt Ernst Fuchs. Seine Arbeiten tragen allerdings das Gepräge, das Binder rügt, sind aber gerade in dieser Hinsicht auch von der Interessenjurisprudenz beanstandet worden, von mir in einer Besprechung [55]) und ebenso von Rümelin [56]). Die Kennzeichnung gilt nicht einmal für alle Soziologen, namentlich nicht für Ehrlich [57]). Aber sie paßt auf unsere Schriften überhaupt nicht. Ich möchte diejenige meiner Schriften sehen, in der ich Unwerturteile und Schmähungen häufe, ohne das angegriffene Verfahren zu untersuchen. In

55) Vgl. JW. 1917 H. 5 S. 120.

56) Z. B. von Rümelin, Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre, 1930.

57) Dieses Archiv 115 S. 125 ff. (1917).

Wirklichkeit liegt der umgekehrte Tatbestand vor. Ich schildere dasjenige Verfahren, das ich beanstande. Die Unrichtigkeit der Ergebnisse muß ich natürlich betonen. Aber ich glaube dies überall in sachlicher und ruhiger Form getan zu haben und gleiches gilt von den anderen Vertretern unserer Richtung. Als Beispiel möchte ich auf die ausgezeichnete Darstellung hinweisen, die Rümelin in seiner Kanzlerrede „Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre", 1930, gegeben hat. Sie enthält eine ausführliche Besprechung der früheren Methoden und strebt überall nach Verständnis und Rechtfertigung. Aber es scheint, daß Binder diese Rede Rümelins überhaupt nicht kennt.

6. Eine Sonderstellung nimmt der Vorwurf ein, daß wir die Eigenart der „Konstruktion" nicht untersucht hätten. Dieser Vorwurf wird nicht nur gegen die drei zusammengekoppelten Lehren, sondern noch zum zweitenmal (S. 39) mit besonderer Beziehung auf die Interessenjurisprudenz ausgesprochen. Er beruht daher nicht nur auf der Verkoppelung, sondern auf einem bedauerlichen Mangel an Information. Die vermißten Ausführungen sind vorhanden und nur Binder unbekannt geblieben. Er gibt an der zweiten Stelle Literatur an, aber von unserer Seite nur die Rede Rümelins über Windscheid (1907) und mein Problem der Rechtsgewinnung (1912, S. 13 ff.). Tatsächlich hat sich Rümelin in seinen späteren Reden noch eingehender geäußert, so in der oben erwähnten Rede über die Wandlungen (1930). Er hat außerdem in Arch. f. R.- u. W.Phil. 16, S. 393 (1923), eine besondere Abhandlung veröffentlicht „Die Lehre von der juristischen Konstruktion". Meine ausführliche Stellungnahme findet sich nicht in der „Rechtsgewinnung", sondern in der „Begriffsbildung" § 6: „Die Konstruktion" S. 66 ff. Wenn Binder diese Stellungnahmen gekannt hätte, so würde er sie angeführt oder, was ich für wahrscheinlicher halte, den grundlosen Angriff unterlassen haben.

7. Auf einer Nachwirkung des alten Irrtums dürfte auch die Meinung Binders beruhen, daß er unsere Polemik gegen die alte Lehre zum Teil widerlegt habe, so daß wir nur teilweise Recht behielten. Binders Darstellung zeigt folgende Gliederung. Der

erste Abschnitt schildert die Rechtswissenschaft vor dem BGB. Das Hauptgewicht liegt auf der Ausführung, daß eine Bildung von Rechtsbegriffen durch die Beschaffenheit der Quellen gerechtfertigt gewesen sei, was wir niemals beanstandet haben. In dem zweiten Abschnitt wird ausgeführt, daß die traditionelle Rechtswissenschaft dieses Verfahren zu Unrecht auch unter der Herrschaft des BGB. beibehalten habe [58]). Der dritte Abschnitt schildert den Modernismus. Im vierten beginnt die Kritik unter Voranstellung der Interessenjurisprudenz. Binder verweist dabei auf den ersten Abschnitt mit den Worten:

„Schon in meinen einleitenden Ausführungen habe ich zu zeigen versucht, daß der juristische Modernismus, gleichviel welcher Richtung, wenn er seine Pfeile gegen die konstruktive Jurisprudenz abschoß, dabei nicht durchaus das Recht auf seiner Seite hatte, und es ist, wie ich glaube, jetzt an der Zeit, zu dieser Angelegenheit zurückzukehren" [59]).

Dieses Fehlen einer vollen Berechtigung ergebe sich auch daraus, daß sonst nicht zu verstehen wäre:

„daß dem Modernismus nicht der sofortige Sieg in den Schoß gefallen ist, vielmehr die alte Methode sich hartnäckig seinen Angriffen entgegenstellte" [60]).

Dieser Widerstand erkläre sich eben aus der Unentbehrlichkeit der Rechtsbegriffe. Die Meinung Binders, uns durch seinen ersten Abschnitt teilweise widerlegt zu haben, ist eine Illusion. Denn diejenige Begriffsbildung, die er als berechtigt hinstellt, ist wohl von Vertretern der angekoppelten Richtungen, aber nicht von uns beanstandet worden. Auch der Schluß aus dem lange dauernden Widerstande ist haltlos. Der Widerstand wurde den beiden anderen Richtungen geleistet, die zuerst weiten Kreisen bekannt wurden. Der Konfusionsirrtum hat diese Ablehnung auf unsere nicht näher gekannte Lehre ausgedehnt. Wie langsam unsere Lehre bekannt wurde, hat ja Binder selbst dadurch bewiesen, daß er sie in seiner Rechtsphilosophie (1925) vollständig übergangen hat [61]).

58) Vgl. über die Unrichtigkeit der Datierung oben S. 145 ff.

59) S. 59. 60) S. 60/61.

61) Unsere Methode ist auch heute nicht allgemein bekannt. Karl Michaelis veröffentlichte 1935 in den „Grundfragen" eine Abhandlung „Wand-

Die genauere Kenntnisnahme unserer Schriften hat den Widerstand beseitigt. Auch Binder ist ja im Grunde unserer Meinung, und nicht nur teilweise. Das, was wir bekämpfen, hält auch Binder für unrichtig. Diejenige Begriffsbildung, die er für berechtigt hält, haben wir nicht bekämpft. Wir haben nicht zum Teile Recht, zum Teile Unrecht, sondern wir haben überall Recht.

8. Die Fehlgriffe Binders in der Auffassung des Methodenstreits treten nicht nur in der Dogmengeschichte hervor, sondern haben seine ganze kritische Stellungnahme beeinflußt:

a) Auf der Verkennung unserer Zugehörigkeit zu der teleologischen Richtung beruht die Generalkritik Binders. Nur durch diesen Irrtum ist es möglich geworden, daß Binder uns Fehler vorhält, von denen wir völlig frei sind.

b) Der Fehlstoß, den die logische Widerlegung darstellt, wird nur dadurch verständlich, daß Binder unter dem Einflusse des alten Irrtums das Phantom einer von Rechtsbegriffen absehenden Interessenjurisprudenz vor sich zu sehen glaubte und zum Gegenstande seiner Polemik machte. Die logische Widerlegung ist, wie sich zweifellos erweisen läßt [62]), eine unmittelbare Nachwirkung jenes alten Irrtums.

Zweites Kapitel.

Die Generalkritik (Binder S. 57—67).

A. Der Aufbau der Vorwürfe § 4 — B. Die einzelnen Erbfehler § 5 — C. Der Individualismus § 6 — D. Zwei Folgen des Individualismus § 7.

A. Der Aufbau der Vorwürfe. § 4.

1. Binder hat in seinem Abschnitt IV den ganzen Modernismus unter besonderer Hervorhebung unserer Richtung einer

lungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des fremden Rechts", S. 9—61. Die Arbeit dient nach dem Vorworte in erster Linie „der Besinnung auf die gegenwärtige Lage und Aufgabe der deutschen Rechtswissenschaft". Die Freirechtslehre, die heute kaum vertreten ist, wird genannt (S. 58). Aber unsere Interessenjurisprudenz wird überhaupt nicht erwähnt.

62) Vgl. unten § 11.

ſcharfen Kritik unterworfen. Im Anfang wird auf die Dogmengeſchichte Bezug genommen. Den Schluß (S. 67) bildet eine Ablehnung des Unterſchieds zwiſchen geſchichtlicher und objektiver Geſetzesauslegung. Den ganzen mittleren Abſchnitt (S. 61—67) nimmt eine allgemeine Verurteilung ein, die mit großem Temperamente vorgetragen wird.

2. Die Allgemeinheit dieſer Vorwürfe brachte mich in eine gewiſſe Verlegenheit, als ich dieſen Sturzbach zum erſtenmal über mich ergehen ließ. Ich ſuchte nach denjenigen meiner Ausſprüche, die Veranlaſſung gegeben hatten, nach den konkreten Beobachtungen Binders und ich fand dieſe Belegſtellen nicht. Erſt nachträglich habe ich erkannt, weshalb mein Suchen vergeblich war. Es war deshalb vergeblich, weil Binder überhaupt nicht von beſtimmten Beobachtungen ausgegangen iſt. Er kennt ja auch unſere Schriften nur unvollſtändig. Seine Philippika iſt in anderer Weiſe entſtanden:

Binder hat aus nicht angegebenen, wahrſcheinlich nur chronologiſchen Gründen angenommen, daß alle drei zuſammengekoppelten Richtungen Kinder des Poſitivismus ſind [63]). Da er in dem Poſitivismus die Wurzel aller Übel ſieht, ſo hat er aus der Filiationstheorie gefolgert, daß wir eine ſchlechte Erbmaſſe beſitzen und gewiſſe Mängel zeigen müſſen, die Binder als Eigenſchaften des Poſitivismus anſieht. Dieſe Folgerung erſetzt ihm die Beobachtung und hat ihm genügt, uns alle dieſe Mängel in feurigen Worten vorzuwerfen.

3. Das Verfahren Binders läßt ſich methodologiſch als konſtruktive Geiſtesgeſchichte beſtimmen. Diejenige

63) Binder ſagt S. 61: „Wir müſſen uns vergegenwärtigen, daß der geſamte Modernismus aus der Gedankenwelt des Poſitivismus ſtammt, und daß er daher von den Vorausſetzungen dieſer Richtung abhängt und ſeine Forderungen mit dieſen Vorausſetzungen hinfällig werden müſſen. Als der Gegner des Idealismus iſt der Poſitivismus ideenfremd; ſein Standpunkt iſt realiſtiſch, naturaliſtiſch, materialiſtiſch, und die Wendung Jherings zu ſeiner Theorie vom Rechtszweck zeigt den Einfluß des hiſtoriſchen und wirtſchaftlichen Materialismus.“ Das Sündenregiſter wird noch weiter fortgeſetzt.

Richtung, die Binder beurteilen will, wird zunächst auf Grund ganz unsicherer Vermutungen in einen bestimmten Begriff, Positivismus, Individualismus, eingeordnet. Dieser Begriff erweist sich als produktiv [64]). Denn der Begriff ergibt nun diejenigen Ansichten, welche die Vertreter dieser Richtung notwendigerweise haben müssen.

4. Das Vorgehen Binders halte ich weder für erkenntniskritisch richtig noch für gerecht. Auch der wissenschaftliche Urteiler soll zuerst den Angeklagten hören, d. h. er soll seine Schriften lesen und zusehen, ob sie einen etwaigen Verdacht rechtfertigen. Erst auf Grund solcher konkreter Beobachtungen darf er sein Urteil fällen. Wenn Binder in dieser Weise vorgegangen wäre, dann hätte er gefunden, daß die von ihm vermuteten Erbfehler sich überhaupt nicht beobachten lassen. Dann würde er auch erkannt haben, daß die ganze Filiationstheorie irrig ist und daß es recht eigentlich seine eigene Methode ist, die er als Interessenjurisprudenz mit seiner Entrüstung überschüttet.

5. Nachdem ich zu diesem Verständnis gelangt war, habe ich mich entschlossen, diejenige Beobachtungsarbeit nachzuholen, die Binder unterlassen hat. Ich werde untersuchen, ob die wichtigsten derjenigen Fehler, die Binder als Erbfehler vermutet, überhaupt bei uns vorhanden sind, und dann auf die Filiationshypothese selbst eingehen. Den schwersten dieser Vorwürfe, den Vorwurf des Individualismus, werde ich zunächst ausscheiden, um ihn wegen seiner großen Tragweite einer besonderen Nachprüfung zu unterziehen.

B. Die einzelnen Erbfehler. § 5.

1. Von den Eigenschaften, die unsere Abkunft uns verliehen haben soll, will ich hier der Reihe nach untersuchen: 1. den juristi-

64) Die Produktivität des Begriffs erinnert an die juristische Inversionsmethode. Nur erfolgt die Einordnung bei Binder schon vor der Beobachtung der beurteilten Schriften, also ohne „Deckung durch den positiven Stoff".

schen Positivismus, 2. den Materialismus, 3. den Rationalismus und 4. die Unfähigkeit zu einem Rechtsbegriffe emporzusteigen.

Dabei werde ich die Worte Positivismus usw. in dem bei Juristen und dem Alltage üblichen Sinne nehmen. Binder gebraucht die Worte teils in einem philosophischen, daneben aber auch im juristischen und Alltagssinne. Da er für Juristen schreibt, so will er auch in diesem Sinne verstanden werden.

2. (Positivismus). Der allgemeine Sprachgebrauch der Rechtswissenschaft versteht unter Positivismus diejenige Auffassung von dem Werden des Rechts, diejenige Rechtstheorie, welche in Ablehnung des Naturrechts entstanden ist und die Schaffung jeder Rechtsnorm der Rechtsgemeinschaft vorbehält. Recht soll nur sein, was die Rechtsgemeinschaft durch Gesetz oder durch Gewohnheit als Recht schafft. Als Gegensatz gegen den Positivismus gelten diejenigen Rechtstheorien, welche richterliche Rechtsschöpfung anerkennen, sei es primär oder subsidiär. Auch Binder sieht in seiner Rechtsphilosophie in der Freirechtslehre und in der soziologischen Richtung und schließlich auch in seiner eigenen teleologischen Methode einen Gegensatz zum Positivismus [65]). Er huldigte also damals dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch.

Bei dieser Einteilung ist unsere Interessenjurisprudenz nicht dem Positivismus einzuordnen, sondern zu den entschiedenen Gegnern zu stellen. Denn wir haben von Anfang an die Unzulänglichkeit des positiven Rechts für die Aufgabe des Gemeinschaftsdienstes, seine Lückenhaftigkeit und die Notwendigkeit der Lückenergänzung durch richterliche Rechtsschöpfung betont. Der Richter soll nicht nur diejenigen Gemeinschaftsinteressen [66]) schützen, deren

65) Rechtsphilosophie, z. B. S. 998. „Als eigentlicher Begründer dieser Lehre (Freirechtslehre) gilt Adickes, der dem durch die historische Schule herrschend gewordenen Positivismus den Krieg erklärte."

66) Die grundlegende Bedeutung der Gemeinschaftsinteressen für unsere Lehre wird zwar von unseren Gegnern bestritten (vgl. § 6 Nr. 5 und § 12 Nr. V), aber von anderen, neutralen Beobachtern erkannt und hervorgehoben. Stanislaus Dnistrjanski, „Beiträge zur juristischen Methodik", dieses Arch. 141 S. 129 ff., kennzeichnet z. B. auf S. 142 meine Methode mit den Worten: „Seine (Hecks) Methode ist auf Gemeinschaftsinteressen aufgebaut."

Schutz schon durch die Gemeinschaft (Gesetz oder Gewohnheit) vorgeschrieben ist, sondern auch diejenigen, die weder anerkannt noch abgelehnt, aber nach seiner eigenen Rechtsüberzeugung (Eigenwertung) schutzwürdig sind. Die berühmte Vorschrift in Art. 1 des Schweizer Zivilgesetzbuchs, daß der Richter bei Versagen des Gesetzes diejenige Rechtsnorm seiner Entscheidung zugrunde zu legen habe, die er als Gesetzgeber treffen würde, ist, wie oben erwähnt [67]), zuerst von der Interessenjurisprudenz aufgestellt worden. Es geht sicher zu weit, wenn gelegentlich die Meinung geäußert worden ist, daß meine Methode nur in der Lehre von den Lücken und ihrer Ergänzung bestehe [68]). Daß aber diese Lehre in unserer Methode einen bedeutsamen Platz einnimmt und von Anfang an mit Nachdruck hervorgehoben wurde, das sollte nicht bezweifelt werden. Binder hat unsere Lückentheorie zwar nicht übersehen [69]), aber anscheinend ihre Tragweite doch unterschätzt. Er sagt, daß bei uns „das Gesetz die einzige Richtschnur für den Richter" sei [70]). Das ist zweifellos unrichtig. Er gibt zu, daß wir „von dem strengen Positivismus abgerückt" seien. Das ist zu wenig. Wir sind von dem Positivismus genau so weit abgerückt, wie Binder selbst. Auch Binder stellt dem Positivismus als Gegensatz gegenüber die Lückenergänzung durch Richterrecht nach Gesetzgeberart und scheint nur nicht zu wissen, daß sein Rezept aus unserer Küche stammt. Aber das ist der Fall. Wenn Binder sich nicht zu dem Positivismus bekennt, so darf er auch uns keinen Positivismus zuschreiben.

Weitere Unterschiede meiner Ansicht von dem Positivismus ergeben sich dadurch, daß die Wissenschaft des Positivismus die Arbeit de lege ferenda ausschaltete, ja zum Teil als Naturrecht verurteilte (Bergbohm), während ich von vornherein für diese Aufgabe der Wissenschaft eingetreten bin [71]), sowie durch meine

67) Vgl. S. 142, Anm. 28.

68) So Müller-Erzbach, vgl. dieses Archiv 140 S. 260 ff.

69) A. a. O. S. 55.

70) A. a. O. S. 54.

71) Vgl. Begriffsbildung S. 136 Anm. 7 und unten § 7 Nr. III c.

Anerkennung der irrationalen Elemente der Rechtsgewinnung (unten Nr. 4).

3. (Materialismus). Auf ein anderes Merkmal wird die Beurteilung abgestellt, wenn unsere Lehre als „materialistisch" bezeichnet wird. Damit wird nach dem landläufigen Sinne des Wortes [72]) gesagt, daß wir die äußeren Güter in den Vordergrund stellen und die idealen zurücksetzen. Den Gegensatz zu einer materialistischen Rechtstheorie würde man als eine ideal gesinnte bezeichnen können.

Der Vorwurf der materialistischen Gesinnung wird nur aus der vermeintlichen Beobachtung abgeleitet, daß die von uns verwendeten Kennworte, Zweck und Interesse (Belang), im Sprachgebrauche des Alltags nicht für die Beziehung zu ethischen Gütern verwendet würden. Ein solcher Sprachgebrauch des Alltags würde, wenn er bestände, für den Inhalt unserer Lehre nicht in Betracht kommen. Denn wir haben nicht auf die Alltagsbedeutung Bezug genommen, sondern diejenigen Begriffe, die wir mit unseren Kennworten verbinden, unzweideutig dahin bestimmt [73]), daß wir in die Bezeichnungen schlechthin alle Güter, insbesondere auch

72) Auch wenn man das Wort in philosophischem Sinne gleich „Realismus" nehmen wollte, so würde die Kennzeichnung für unsere Lehre nicht zutreffen, wie ich in dieser meiner dritten Abhandlung ausführen werde.

73) Rechtsgewinnung S. 27 wird zunächst erklärt: „Dabei gebrauchen wir das Wort Interesse für jede kulturelle Begehrungsdisposition, ohne Rücksicht auf die besondere Art des begehrten Objekts. Wir reden heute nicht nur von materiellen, sondern ebenso von idealen, religiösen, nationalen, ethischen Interessen." Dann weise ich darauf hin, daß das Wort im Alltage mehrdeutig gebraucht werde, daß aber ein Forscher das Recht habe, seine Kennworte selbst zu bilden, daß die Einbeziehung idealer Güter auch sprachlich zulässig sei und füge hinzu: „Die Interessenjurisprudenz gebraucht das Wort Interesse in dem weitesten Sinne, in dem es heute üblich ist. Nur in diesem weitesten Sinne unter Einbeziehung der idealen Interessen ist das Wort für die methodischen Zwecke der Rechtswissenschaft verwendbar und nur in diesem Sinne ist es auch verwendet worden. Ich muß das nachdrücklich bemerken, weil jede qualitative Einschränkung zu einem vollständigen Mißverständnis dieser Methode führen muß und schon geführt hat" (S. 29). Man sollte eigentlich meinen, daß diese schon 1912 abgegebenen Erklärungen an Deutlichkeit nichts zu wünschen lassen.

idealen, einbeziehen. Den Umfang dieser Bedeutung haben wir immer wieder betont [74]). Ein loyaler Kritiker ist verpflichtet, bei der Bestimmung des Inhalts unserer Lehre unsere Worte in demjenigen Sinne zu verstehen, den wir ihnen beilegen. Deshalb ist die materialistische Deutung unzulässig. Ebensowenig darf der Kritiker einen mittelbaren Schluß auf materialistische Gesinnung daraus ziehen, daß wir diese neutralen Kennworte gewählt haben und nicht Worte mit ethischem Gehalte. Natürlich gibt es solche Bezeichnungen, welche auf die Begehrung idealer Güter hinweisen. Man könnte von Lebensidealen reden, von Gerechtigkeits- oder Gewissensforderungen. Aber für unsere Arbeit war die Wahl neutraler Worte geboten und die Wahl ethisch gehaltvoller ausgeschlossen. Die Wahl ethischer Bezeichnungen ist nur bei solchen Aussagen berechtigt, die sich auf die Begehrungen ethischer Güter beschränken und nicht zugleich auf materielle Interessen erstrecken. Aber nicht alle Rechtsfragen sind ethischen Inhalts, Gerechtigkeits- oder Gewissensfragen. Es gibt auch sog. technische Rechtsfragen, bei denen dieses Merkmal nicht zutrifft. Unsere Methode wurde in erster Linie an dem Privatrechte entwickelt und dargelegt. Auf dem Gebiete des Privatrechts sind die technischen Rechtsfragen diejenigen, welche die Gerichte am häufigsten beschäftigen [75]). Unsere Lehren sollen auch für die Behandlung der technischen Rechtsfragen gelten. Wenn wir statt von Zweck und Interesse nur von Gerechtigkeits- und Gewissensforderungen gesprochen hätten, so würden wir vielleicht die Sympathien mancher Rechtsphilosophen erworben haben, aber auf Kosten der schlichten Wahrheit, also im Grunde durch eine Heuchelei. Ferner mußten wir für unsere Methode eine Bezeichnung wählen, die den Gegensatz zu der Begriffsjurisprudenz zum Ausdruck brachte, gegen die wir ankämpften. Die

74) Auslegung S. 11; Begriffsbildung S. 28, 40 oben, 219; Interessenjurisprudenz S. 10.

75) Für das statistische Verhältnis der technischen Rechtsfragen zu den Fragen mit ethischem Gehalte hat eine Stichprobe aus der offiziellen Sammlung der Entscheidungen des RG. in Zivilsachen ein Zahlenverhältnis von 40: 1 zugunsten der technischen Rechtsfragen ergeben.

Wahl einer Bezeichnung mit ethischem Gehalt, z. B. Gerechtigkeitsjurisprudenz, würde gegen die alte Lehre den Vorwurf des Materialismus erhoben haben, der nicht zutraf. Wir würden dasselbe Unrecht begangen haben, das uns zugefügt wird und das wir mit gutem Grunde verurteilen. Der gegen uns erhobene Vorwurf würde deshalb nicht berechtigt sein, auch wenn die Beziehung der Worte Zweck und Interesse (Belang) auf ideale Güter dem allgemeinen Sprachgebrauche widersprechen würde. Aber das ist nicht entfernt der Fall. Die Wortverbindungen: ideale, ethische, sittliche, nationale, religiöse Interessen oder Zwecke sind allgemein üblich und werden nicht als sprachwidrig empfunden. Das ist einfach notorisch [76]) und keines besonderen Beweises bedürftig. Nur zum Überflusse will ich mich auf zwei Gewährsmänner berufen. Das Werk von Heinrich Maier, „Die Psychologie des emotionalen Denkens", 1910, genießt allgemeines Ansehen. Maier gebraucht die Worte „Zweck" [77]) und „Interesse" [78]) auch für die Begehrungen idealer Güter. Auch bei seiner Darstellung des ethischen Denkens [79]). Sein Buch würde sinnlos werden, wenn man die Beziehung auf ideale Güter als sprachwidrig ausschließen wollte. Diese Beziehung wird von Maier unterstellt, aber nicht irgendwie hervorgehoben. Der vermeintlich engere Sprachgebrauch ist dem Spezialforscher Maier offenbar ebenso unbekannt geblieben, wie mir selbst. Mein zweiter Gewährsmann ist Hitler. Hitler will durch seine Politik den höchsten Idealen dienen. Aber er betont immer wieder, daß jede Politik „zweckmäßig" sein müsse. Er gebraucht die Worte „Interesse" und „Belang" ganz unterschiedslos mit Beziehung auf die höchsten Güter unseres Volkes [80]). Natürlich

76) Der weitere Sprachgebrauch war schon in dem Schrifttume des gemeinen Rechts allgemein. Er findet sich z. B. bei Jhering und bei Windscheid (§ 251, 257, 6 usw.).

77) A. a. O. S. 240 ff., 562, 68.

78) A. a. O. S. 564, 704 ff.

79) Vgl. z. B. S. 763: „Zweckbeziehung das Ursprüngliche im sittlichen Leben", S. 727: „Die Entwicklung der sittlichen Endzweckvorstellung und das Normensystem" und S. 782: „Die Struktur der sittlichen Zweckvorstellungen".

80) Vgl. z. B. die Karlsruher Rede vom 12. März dieses Jahres.

ist die Sprache Hitlers für die Wissenschaft noch nicht maßgebend. Aber wenn eine wissenschaftliche Lehre Arbeitsbegriffe bildet, die Hitler in seinen Reden verwendet, so sollte sie gegen den Vorwurf der Sprachwidrigkeit geschützt sein. Die Übereinstimmung der Wortwahl scheint mir übrigens nicht auf Zufall zu beruhen, sondern auf einem psychologischen Grunde (vgl. unten § 15 Nr. 3 a. E.).

Auf andere Anhaltspunkte als auf die Wahl unserer Arbeitsworte ist der Vorwurf des Materialismus nicht gegründet worden. Er beruht nur auf einem Mißverständnisse. Wir haben von jeher die höchsten Lebensideale einbezogen. Auch das Ideal der Gerechtigkeit gehört zu ihnen. Deshalb ist der alte Einwand Stammlers, mit der Betonung der Zweckmäßigkeit sei das Problem nicht zu Ende gedacht, den auch Binder gegen unsere Lehre geltend macht, für sie nicht im mindesten zutreffend. Wir reden nirgends von einer Zweckmäßigkeit in dem äußerlichen Sinne des Worts. Sondern wir verlangen ein Recht, das dem ganzen Leben angemessen sei, den Lebensforderungen genüge. Angemessen in diesem Sinne ist nur das Recht, das als gerecht empfunden wird [81]). Auch wir streben nach der Gerechtigkeit [82]). Allerdings begnügen wir uns nicht damit, das Ziel der Gerechtigkeit zu nennen, sondern wir suchen nach den Wegen, es, soweit als möglich, zu erreichen. Deshalb bleiben wir nicht bei dem Worte stehen, sondern fragen nach den verschiedenen Vorstellungen, die mit ihm verbunden sein können, sowie nach den nächststehenden Begriffen: Rechtsgefühl, Rechtsbewußtsein, Billigkeit. Gerade deshalb betonen wir die Notwendigkeit der Erforschung und Abwägung der Lebensinteressen, weil wir überzeugt sind, daß erst durch die Kenntnis der am Einzelfalle beteiligten Lebensforderungen das intuitive

81) Vgl. „Begriffsbildung" S. 260, S. 40: „Die letzthin wirksamen Interessen lassen sich als Lebensinteressen und die Berücksichtigung als materielle Gerechtigkeit bezeichnen."

82) Vgl. auch das Schlußwort in der Programmrede Triepels, Staatsrecht und Politik, 1927, S. 40: „Auch für die Interessenjurisprudenz bleibt der oberste Leitstern die Rechtsidee, die ewige Gerechtigkeit."

Urteil dem Gerechtigkeitsideale genähert werden kann. Als durchschlagendes Zeugnis für unser Ringen um Gerechtigkeit kann ich die Kanzlerreden Rümelins anführen. In erster Linie die Reden über die Gerechtigkeit [83]), über die Billigkeit im Recht [84]), über Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein [85]) und über Gleichheit vor dem Gesetz [86]). Aber auch in den anderen Reden tritt die Einstellung auf die letzten Probleme bedeutsam hervor. Wer diese Reden kennt, wird schwerlich auf den Gedanken kommen, unserer Richtung eine materialistische Weltanschauung vorzuwerfen. Ob Binder sie genügend kennt, ist mir allerdings sehr zweifelhaft [87]). Denn er hat sie nicht berücksichtigt.

Die Meinung Binders, daß wir die idealen Güter geringer bewerten, als er es tut, muß ich mit Entschiedenheit als völlig grundlos zurückweisen.

4. (Rationalismus). Ein dritter Vorwurf betrifft unseren Rationalismus. Unter Rationalismus einer Rechtstheorie versteht man üblicherweise die Meinung, daß die Tätigkeit des Verstandes ausreiche, um jede Rechtsentscheidung zu gewinnen. In diesem Sinne war die alte Begriffsjurisprudenz eine rationalistische Theorie [88]). Die Gegner des Rationalismus setzen dem Verstandeserfolge Grenzen. Sie vertreten die Gewinnung von Rechtsnormen durch das Gefühl, als unmittelbares Ergebnis der Anschauung des Lebens einschließlich des Eigenlebens. Die Ablehnung des Rationalismus kann in verschiedener Weise gedacht und bezeichnet werden. Man kann von einer Gefühlstheorie, einer metaphysischen Theorie oder einer irrationalen Rechtsgewinnung reden. Zu dieser Gruppe, wenn auch nicht zu den extremen Richtungen,

83) 1920, namentlich S. 56, 57.

84) 1921.

85) 1925 S. 56, 57.

86) 1928, insbesondere S. 79 ff.

87) Ich habe auch sonst den Eindruck, daß die Reden Rümelins bei manchen jüngeren Forschern nicht die verdiente Beachtung finden.

88) Vgl. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der Sozialökonomik III 2 Kap. VII S. 397. Die Stelle ist abgedruckt Begriffsbildung S. 3 Anm. 1.

gehört auch die Interessenjurisprudenz. Wir betonen allerdings die Notwendigkeit verstandesmäßiger Arbeit bei der Erforschung des Lebens. Aber das tut jeder. Wir fordern ein rationelles Verstehen des Gesetzes. Andernfalls wäre die Gesetzestreue des Richters gar nicht zu verwirklichen (vgl. Isay). Aber wir erkennen, daß dem Erfolge der verstandesmäßigen Tätigkeit Grenzen gesetzt sind. Das Leben und seine Forderungen bleiben im tiefsten Grunde ein Geheimnis. Auch die Weltanschauung ist nicht verstandesmäßig erweisbar [89]). Deshalb beruht auch die Rechtsgewinnung mit auf intuitiven, gefühlsmäßigen Grundlagen. Die Entscheidung wird zuerst durch das Gefühl gefunden. Dann folgt die normative Überlegung [90]). Aber sie ergibt nicht immer einen Erfolg. Es gibt Fälle, in denen der Richter auf die „Eigenwertung" angewiesen ist, die Entscheidung aus seinem eigenen Gewissen schöpft [91]). Und auch die normative Überlegung ist nicht restlos verstandesmäßig. Das habe ich schon in meiner Rechtsgewinnung betont:

„Auch die normative Überlegung führt stets auf gefühlsmäßig gewonnene Grundlagen zurück. Dies gilt sowohl von der Anschauung der Wirkungen, wie namentlich von den Maßstäben und Lebensidealen, deren Aufbau einer endgültigen verstandesmäßigen Zergliederung meist widerstrebt und auf individueller Eigentümlichkeit beruht. Der Beurteiler gleicht einem Wanderer, der mit der Laterne durch die Nacht geht. Er kann Licht verbreiten, wo er hintritt, aber im Hintergrund steht immer die dunkle Wand" (Laternengleichnis) [92]).

89) Vgl. auch Grundlagen S. 147: „Der logische Nachweis einer Weltanschauung ist nicht möglich. Dem einzelnen bleibt nur übrig, seine Ideale gewissenhaft und mit Bewußtsein der Unsicherheit menschlicher Erkenntnis zu prüfen und dann für seine Überzeugung mannhaft einzutreten."

90) Vgl. über die intuitive Rechtsfindung Rechtsgewinnung S. 5, Auslegung S. 102, S. 243 ff., Grundlagen S. 145 ff., Begriffsbildung S. 111 und meine Ausführungen gegen Isay, dieses Archiv 137 S. 60.

91) Vgl. über Eigenwertung, Auslegung S. 238, Grundlagen S. 146 f., Rümelin, dieses Archiv 132 S. 265, dieses Archiv 137 S. 63 (gegen Isay), aber auch Rezension von E. M. Mayer, dieses Archiv 121 S. 132 ff. und Besprechung von Binder, dieses Archiv 128 S. 116, sowie meinen Nekrolog für Rümelin, dieses Archiv 134 S. 270.

92) Rechtsgewinnung S. 6. Die Wand gilt nur für die verstandesmäßige Erfassung. In dem verstandesmäßig dunklen Raume kann immer noch für das Gefühl das helle Licht unmittelbarer Gewißheit leuchten.

Zu der dunklen Wand gehört vor allem das irrationale Leben. Die Interessen, nach denen wir fragen, sind Teile des Lebens und ebensowenig restlos erforschbar wie das Ganze. Aus diesen Gründen läßt sich unsere Lehre nicht als rationalistisch und auch nicht als Erzeugnis des Rationalismus bezeichnen. Man könnte allenfalls sagen; begrenzt rational, wenn dieser Ausdruck nicht zu nichtssagend wäre, oder etwa eine rationale Theorie mit metaphysischem Hintergrunde. Wenn man von der Bedeutung ausgeht, welche die neuere Philosophie dem Worte dialektisch beilegt [93]), so erscheint die Bezeichnung „dialektische Rechtstheorie" als möglich. Irgendein grundsätzlicher Unterschied gegenüber der Einstellung Binders liegt m. E. nicht vor.

Unsere Hinweise auf die irrationalen Elemente sind in erster Linie für die Fallentscheidung des Richters gegeben, aber auf jede Beurteilung und auch auf die Wissenschaft ausgedehnt worden [94]). Neuerdings wird gegen die Interessentheorie geltend gemacht, daß sie nicht imstande sei, auch irrationale Wertungen einzubeziehen [95]), die im Rechte doch wirksam werden. Aus dem vorher Gesagten ergibt sich, daß dies nicht zutrifft. Mein Interessenbegriff umfaßt

---

93) Arthur Liebert, Erkenntnistheorie, 1932, kennzeichnet S. 155 die Theorie des dialektischen Idealismus als eine Verbindung von Rationalismus und Irrationalismus. Das menschliche Bewußtsein erfasse die Welt rational, aber gelange nie zum Endziele, weil das Irrationale stets entzogen bleibe. Auch dieser Vorgang könnte durch mein Laternengleichnis wiedergegeben werden.

94) Grundlagen S. 145 Nr. 5, Begriffsbildung S. 158 Nr. 11.

95) Die Frage ist besonders für das Strafrecht erörtert worden. Vgl. Engisch, Monatsschrift für krim. Psych. 25 S. 65 ff. (1934) und Schaffstein S. 6 ff. Die Einbeziehung irrationaler Wertungsursachen in den Begriff Interesse ist m. E. unbedenklich und auch für das Strafrecht geboten. Das Strafrecht muß den Grund der Strafe in einer Mißbilligung der Tat durch die Volksgemeinschaft, einem Unwerturteile, erblicken und zwar ohne daß es Unterschiede ergibt, ob man den Anlaß der Mißbilligung in einer Rechtsgüterverletzung, in einer Pflicht- oder Treuverletzung sieht oder ein Ineinandergreifen verschiedener Gründe feststellt. Immer wird das Bedürfnis bestehen, für die möglichen Ursachen der Mißbilligung seitens der Gemeinschaft einen Oberbegriff zu bilden, und als Bezeichnung für diesen Oberbegriff ist m. E. das Wort „Interesse" geeignet und nicht ersetzbar.

alle Wertbegehrungen und Begehrungsdispositionen, alle Ursachen der Werturteile und der Unwerturteile, gleichgültig, ob sie für uns sich verstandesmäßig erklären oder irrational bleiben [96]). Wie fern mir die Beschränkung auf die rationalen gelegen hat, zeigt mein Laternengleichnis. Wenn Schaffstein es als Aufgabe der Zukunft bezeichnet, die bisher bestehende Verbindung zwischen Teleologie und Rationalismus zu lösen, so muß ich darauf hinweisen, daß bei mir diese Verbindung überhaupt nicht bestanden hat.

5. (Rechtsbegriff). Schließlich muß ich auf den Vorwurf eingehen, daß uns ein Begriff vom Rechte überhaupt fehle. Wir hätten nicht den „Rechtssinn", der ihn bilden könnte. Dieser Vorwurf ist ebenso grundlos wie die andern. Ein Forscher, der die Erfolge unserer Methode so sehr anerkennt, wie Binder, sollte ihn eigentlich nicht erheben. In der Tat verfügen wir über Begriffe vom Recht [97]), und zwar bilden wir für den Zweck der zusammenfassenden Übersicht denselben Begriff, den Binder vertritt. Das Merkmal, an dem wir das Vorliegen einer Rechtsaufgabe erkennen, ist, wie bei Binder, die Forderung einer Zwangsnorm durch die Gemeinschaftsinteressen [98]). Die Gemeinschaftsinteressen sind uns das niemals fehlende Element jeder staatlichen Rechtsnorm. Unser „Rechtssinn" ist in letzter Linie das Rechtsgefühl, das in solchen Lebenslagen wach wird und die normative Überlegung nach sich zieht.

Richtig ist, daß wir in unseren methodischen Schriften keine Definition des Rechtes in der üblichen Form vorausschicken, um

96) In meinem Grundriß S. 14 Nr. 6 verweise ich den Richter auf die Beachtung auch solcher Werturteile, die „im Unterbewußtsein der Rechtsgenossen" gegeben sind. Mit dieser Verweisung wäre die Beschränkung auf rational völlig geklärte Werturteile nicht vereinbar.

97) Je nach dem Zusammenhange lassen sich verschiedene Begriffe bilden. Es gibt keine absolute Definition. Auslegung S. 14 Anm. 35.

98) Vgl. Grundlagen S. 140, Grundriß S. 472 Nr. 2 b: Die Rechtsnormen schützen die Interessen der Gemeinschaft und sichern dadurch ihre Lebensbedingungen. Zu den Interessen der Gemeinschaft gehören auch die Interessen ihrer Mitglieder. Begriffsbildung S. 79. Weitere Nachweisungen unter § 12 V.

dann aus ihr unsere Regeln abzuleiten, den Richter auf die logische Einordnung des Sachverhalts zu verweisen. Wir halten ein solches Vorgehen für ungenügend. Die Richter sollen ihr Recht dem Leben entnehmen und nicht einer Definition, und zwar dem ganzen Leben, den Gesetzen, den mittelbar anerkannten Lebensbedürfnissen und der Eigenwertung. Auf diese Aufgaben haben wir immer hingewiesen [99]). Dabei soll der Richter sich nicht auf Einzelbilder beschränken. Immer wieder habe ich betont, daß der Richter bei der Fallentscheidung nicht eine Einzelnorm anzuwenden hat, sondern jederzeit das ganze Recht. Ich habe diesen Grundsatz als die Maxime der Generalbeobachtung oder Generalbeachtung bezeichnet [100]). Man könnte besser das deutsche Wort „Gesamtschau" [101]) anwenden. Die Gesamtheit der Lebensaufgaben ist zu erfassen in der sich aus dem Zusammenwirken der Lebensideale ergebenden Rangordnung. Diese Gesamtheit der Aufgaben ist dasjenige, was Binder als seine Rechtsidee bezeichnet. Wir haben die Definition des Rechtes nicht vorausgeschickt, aber kommen von unserer Grundlage aus zu derselben Begriffsbestimmung wie Binder. Ich habe diese Formulierung schon früher vertreten [102]) und in meiner Besprechung mein Einverständnis mit Binder erklärt [103]).

Auch der Vorwurf Binders, daß uns der Rechtsbegriff fehle, entbehrt der Begründung.

6. Die vorstehenden Erörterungen haben gezeigt, daß die Vorwürfe, die Binder aus seiner Abstammungslehre ableitet, für

99) Begriffsbildung S. 17 ff.

100) Vgl. Begriffsbildung S. 107: „Natürlich unter Würdigung aller legislativen Interessen und unter gleichzeitiger Auffassung und Beachtung der ganzen Rechtsordnung. Der Richter hat alle Normen und Wertideen gleichmäßig zu berücksichtigen, nicht nur einzelne, etwa die von den Parteien angeführten Normen. Er hat zwar den Einzelfall zu entscheiden, aber unter Anwendung der ganzen Rechtsordnung. Deshalb gilt für ihn die ‚Maxime der Generalbeobachtung'."

101) „Einzelhaftes Denken", das uns manchmal unterstellt wird, würde das Gegenteil dieser Gesamtschau sein. Vgl. auch Auslegung S. 94.

102) Grundlagen (1923) S. 146.

103) Besprechung S. 114 ff., insbesondere Anm. 5 und 6 auf S. 114.

uns nicht zutreffen. Die vermuteten Erbfehler sind nicht vorhanden. Vielmehr entspricht unsere Lehre in allen diesen Merkmalen den eigenen Ansichten Binders. Nun hat allerdings Binder in seiner Rechtsphilosophie der philosophischen Rechtsidee eine normative Funktion für die Rechtswissenschaft zugewiesen und damit die Möglichkeit vertreten aus rechtsphilosophischen Formeln Rechtsnormen abzuleiten und er hat auch in seiner Kritik von dieser Formelverwertung Gebrauch gemacht (§ 7 II. N. 10 und III. a. E.). In meiner dritten Abhandlung werde ich aber auf die Wahrscheinlichkeit hinweisen, daß Binder neuestens (1935) diese Meinung aufgegeben hat. Sollte diese Auslegung zutreffen, so würde kein sachlicher Unterschied zwischen seiner Lehre von der Normgewinnung und meiner eigenen bestehen.

Binder behauptet, daß unsere Methode „aus der Gedankenwelt des Positivismus stammt" und daß sie daher „von den Voraussetzungen dieser Richtung abhängt und unsere Forderungen „mit diesen Voraussetzungen hinfällig werden müssen". Diese Behauptungen sind alle willkürlich und unrichtig. Unsere Methode entstammt keiner philosophischen Lehre und hängt in keiner Hinsicht von einer philosophischen Lehre ab. Sondern unsere Methode ist, wie ich immer wieder betonen muß, aus der Anschauung des Lebens erwachsen, aus zahllosen Erfahrungen, welche Theorie und Praxis hinsichtlich der Normgewinnung gemacht und die uns gezeigt haben, daß unser Verfahren eine lebensrichtigere Rechtspflege bringt als das von uns bekämpfte [104]). Dies gilt sowohl für die genetische Interessentheorie Jherings als für die Fortbildung in der produktiven Richtung.

7. Bei Jhering können wir den Umschwung beobachten. Er hat die genetische Begriffstheorie seiner ersten Zeit mit der genetischen Interessentheorie vertauscht. Daß Wandlungen seiner philosophischen Anschauung gleichzeitig stattgefunden haben, ist richtig. Aber es ist m. E. ausgeschlossen, daß sie für seine juristische Anschauung entscheidend gewesen sind. Jhering hat selbst

104) Vgl. über den Ursprung „Begriffsbildung" S. 31 ff.

hervorgehoben, daß seine philosophische Durchbildung mangelhaft sei. Aber gerade deshalb ist es ausgeschlossen, daß er seine ganze juristische Lehre auf philosophische Meinungen gestützt hätte, hinsichtlich deren er sich eigene Erkenntnis nicht zutraute. Wer die juristische Entwicklung Jherings genauer verfolgt, kann nicht daran zweifeln, daß es die Erfahrungen in seiner eigenen wissenschaftlichen Arbeit gewesen sind, die den Umschwung bewirkt haben. Die genetische Begriffstheorie versagte, während ihm die genetische Interessentheorie Erfolg zu bringen schien [105]). Der philosophische Rationalismus ist nicht die Ursache, sondern eine Begleiterscheinung [106]). Die materialistische und rationalistische Auffassung des Rechts, die Jhering zugeschrieben wird, lag ihm meiner Überzeugung nach im letzten Grunde fern. Er rechtfertigt z. B. den Übergang zu seiner Interessentheorie mit folgenden Worten:

„Über dem bloß Formalen der juristischen Logik steht als Höheres und Höchstes die substantielle Idee der Gerechtigkeit und Sittlichkeit, und eine Vertiefung in sie, d. h. wie sie in den einzelnen Rechtsinstituten und Rechtssätzen zum Ausdruck und zur Verwirklichung gelangt, ist nach meinem Dafürhalten die schönste und erhabenste Aufgabe, welche die Wissenschaft sich stellen kann“ [107]).

Jhering sah in der Interessenprüfung ebenso wie wir es tun, das Mittel zur Verwirklichung der Gerechtigkeit, wennschon er diesen Grundgedanken in seinen späteren Schriften nicht genügend hervorhob.

---

105) Vgl. Rümelin, „Rudolf von Ihering“, Kanzlerrede 1922 S. 52 ff. S. 58 ff., 61, S. 63.

106) Bei aller Verehrung und Dankbarkeit, die ich Jhering zolle, habe ich mich bei dem Lesen seiner letzten Arbeiten manchmal gefragt, wie der gelegentlich auftretende Abstieg zur Trivialität möglich war. Jhering hat m. E. über der Freude an dem gefundenen Erklärungsprinzip die großen Schwierigkeiten unterschätzt, die der Interessenforschung namentlich auf geschichtlichem Gebiete entgegenstehen. Was Binder a. a. O. S. 37 Anm. 55 über die großen Schwierigkeiten der Interessenforschung sagt, entspricht durchaus meiner Ansicht. Bei Jhering scheinen mir auch seine großen Erfolge zu einer Abschwächung der Selbstkritik geführt zu haben.

107) Geist des römischen Rechts, II S. 362 Anm. 506.

8. Der Ursprung aus der Rechtserfahrung ist auch für die produktive Interessenjurisprudenz sicher, die ja Ihering noch fremd war. Für ihre Unabhängigkeit von dem erkenntnistheoretischen Realismus will ich zwei Zeugen anführen.

Als erster will ich selbst die Zeugenbank betreten. Ich weiß ganz genau, wie ich zu meiner Ansicht über Lückenergänzung gelangt bin. Maßgebend war für mich der unmittelbare Eindruck einer Gerichtsverhandlung, bei der einer allseits als lebensrichtig erkannten Ergänzung einer offenbaren Lücke das Veto „unkonstruierbar" entgegengesetzt wurde. Die Lebensschädigung durch eine solche Behandlung hat in mir den Gedanken geweckt [108]), an Stelle der Lückenergänzung durch Konstruktion die lebensrichtige Normfindung zu setzen. Der erkenntnistheoretische Realismus hat mich weder in diesem Augenblicke noch bei irgendeiner späteren Stellungnahme beeinflußt. Er konnte es überhaupt nicht, weil ich schon damals von dem erkenntnistheoretischen Idealismus überzeugt war. Wenn es notwendig wäre, meine eigene Ansicht auf eine Philosophie zurückzuführen, so müßte sie ein Kind des Idealismus sein und nicht des Realismus. Aber ich habe es niemals für richtig gehalten, aus dieser Erkenntnistheorie Vorschriften für die Gewinnung von Rechtsnormen abzuleiten. Ein solches Verfahren wäre mir als Widerspruch mit dieser Erkenntnistheorie selbst erschienen [109]).

9. Als zweiten Zeugen rufe ich das neu hervorgetretene Mitglied unserer Methodengemeinde auf, meinen verehrten Gegner Julius Binder. Seit seiner wahrscheinlichen Ansichtsänderung [110]) unterscheidet sich seine Methode der Normgewinnung in nichts von der meinen. Sie ist Interessenjurisprudenz. Und sie ist bei Binder nicht etwa ein Überrest aus dem Realismus und Materialismus, dem er früher gehuldigt hatte, sondern sie ist in ihrem vollen Umfange erst durch diejenige Weiterführung der idealistischen Philosophie erzielt worden, zu der Binder in

108) Begriffsbildung S. 33.

109) Auf diese Frage werde ich in meiner dritten Abhandlung näher eingehen.

110) Vgl. oben S. 170.

seiner Grundlegung gelangt (1935) ist. Aus dem Gesagten ergibt sich m. E. deutlich, daß unsere Methodenlehre in gar keinem Zusammenhange mit den erkenntnistheoretischen Problemen steht. Sie ist dem erkenntnistheoretischen Idealisten ebenso zugänglich wie dem erkenntnistheoretischen Realisten.

10. Die Filiationsbehauptung Binders ist ein geistesgeschichtlicher Irrtum. Durch welche Umstände ist dieser Irrtum bei Binder entstanden? Bei Binder fehlt jede wirkliche Begründung. Das einzige, was an eine Begründung anklingt, sind die oben angeführten Hinweise auf Jhering, die nichts beweisen. Deshalb glaube ich, daß ein besonderer Vorgang eingreift, den ich als „Blickstörung des Neubekehrten" bezeichnen möchte. Er tritt bei dem Individualismus noch deutlicher hervor und soll bei dieser Gelegenheit näher erörtert werden.

C. Der Individualismus. § 6.

1. Der Vorwurf des Individualismus, den Binder besonders betont (vgl. oben S. 133), umfaßt nach der üblichen Deutung, die auch bei Binder hervortritt, zwei Elemente, die man als den Beobachtungsvorwurf und den Wertungsvorwurf unterscheiden kann. Der Beobachtungsvorwurf besagt, daß wir nur „das abstrakte, aus allen Lebenszusammenhängen losgelöste Individuum" vor uns sehen. Gelegentlich wird dieser Vorwurf verallgemeinert, auf das „einzelhafte Denken" gerichtet und ihm das richtige Verhalten als die Gesamtschau oder als „ganzheitliches Denken" entgegengesetzt. Der Wertungsvorwurf geht auf eine Bevorzugung der Individualinteressen vor den Gemeinschaftsinteressen, also auf eine Verletzung des Grundsatzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz".

2. Beide Vorwürfe werden gegen unsere Methode gerichtet, können sie aber schon deshalb nicht treffen, weil unsere Methode gerade eine Gesamtschau fordert und sich auf die zweite Frage gar nicht bezieht.

Wir verlangen von dem Normgewinner, daß er das ganze

Leben beobachtet. Darin liegt schon die Forderung einer Gesamtschau. Allerdings darüber, welche Teile im Einzelfalle wichtiger sind als andere, darüber besagt unsere Methode nichts. Das gehört zu den Problemen der Anwendung.

Wir betonen, daß bei jeder Normgewinnung Interessen der Gemeinschaft beteiligt sind [111]), und daß bei vielen Tatbeständen Interessen einzelner Individuen beteiligt sein können. Aber über die Bewertung der gemeinschaftlichen Interessen im Verhältnis zu den beteiligten Individualinteressen gibt unsere Methode selbst keinen Aufschluß. Wir müssen auf die Lebensideale und die Lage des Einzelproblems verweisen.

Sollten Arbeiten, die unserer Richtung angehören, nach der einen oder der anderen Seite Mängel aufweisen, so würden diese Mängel nicht der Methode zur Last zu legen sein, sondern ihren jeweiligen Vertretern.

3. Binder hat seine Vorwürfe gegen die Methode gerichtet, aber zugleich gegen ihre Vertreter und in erster Linie gegen mich. Deshalb will ich auch nicht nur die Methode, sondern mich selbst verteidigen [112]). Binder hat keinerlei Belege für meinen Individualismus beigebracht. Solche Belege sind auch nicht vorhanden und können nicht vorhanden sein, weil mir die individualistische Denkweise zeitlebens fremd gewesen ist. Meine Einstellung war immer die gegenteilige. Den Beweis glaube ich für beide Unterprobleme zunächst aus meinen Schriften erbringen zu können.

4. Die Meinung, daß ich das Individuum nur losgelöst aus seinem Zusammenhange sehen könne, wird im Grunde durch meine rechtsgeschichtlichen Arbeiten widerlegt. Auch Binder wird wohl wissen, daß ich nicht nur Methodenforscher und Dogmatiker,

---

111) Vgl. oben S. 168.

112) Die Verteidigung würde natürlich in demselben Umfange auch für die anderen Vertreter möglich sein. Die Kanzlerreden von Max Rümelin sind von jeder Einzelhaftigkeit des Denkens frei, sie zeigen überall eine Gesamtschau. Gleiches gilt von Müller-Erzbach, Stoll und von allen anderen Vertretern unserer Richtung. Nirgends werden die Rechtsnormen auf das abstrakte, aus allem Lebenszusammenhang herausgelöste Individuum zurückgeführt.

sondern zugleich Rechtshistoriker bin, der sich namentlich mit der Geschichte der Stände, also nicht mit isolierten Individuen, beschäftigt hat. Meine rechtsgeschichtlichen Arbeiten haben viele Angriffe erfahren. Aber daß ich die Individuen nur isoliert und nicht als Mitglieder eines Standes gesehen habe, das hat noch keiner meiner Kritiker entdeckt [113]). Auch meine methodischen und dogmatischen Arbeiten sind nicht derart, daß man mir die Isolierung der Individuen oder überhaupt eine Einzelhaftigkeit des Denkens vorwerfen kann. In meiner Methodenlehre betone ich die Notwendigkeit der Generalbeobachtung, also einer Gesamtschau [114]). In derselben Weise bestimme ich in meiner „Begriffsbildung" die Aufgabe der Wissenschaft [115]). Auch in den dogmatischen Arbeiten fehlt es an der Gesamtschau nicht. Wer sich die Mühe macht, meine Theorie der Gemeinschaft einzusehen, die ich Große Haverei S. 553 ff. und abgekürzt Schuldrecht S. 366 ff. gegeben habe, wird den Vorwurf der Einzelhaftigkeit einer mosaikhaften Auffassung nicht aufrechterhalten, und entsprechende Überblicke finden sich auch sonst.

Eine Beschränkung des Blicks auf das einzelne Individuum verbot sich mir schon deswegen, weil ich ebenso wie B i n d e r den Schutz der Individualinteressen nur darauf zurückführe, daß sie zugleich Gemeinschaftsinteressen sind [116]). Diese Worte ent-

113) Bekanntlich war im alten deutschen Recht nur der Volksgenosse rechtsfähig. Jeder Fremde war rechtlos. Wie sollte ich als Ständehistoriker das losgelöste Individuum allein berücksichtigt haben.

114) Vgl. oben S. 169.

115) Vgl. Begriffsbildung S. 132 a.

116) Die Einordnung der geschützten Privatinteressen unter die Gemeinschaftsinteressen tritt z. B. Grundriß S. 472 Nr. 2 b hervor, wenn ich sage: „Die Rechtsnormen schützen die Interessen der menschlichen Gemeinschaft und sichern dadurch ihre Lebensbedingungen. Zu den Interessen der Gemeinschaft gehören a u c h die Interessen ihrer Mitglieder. Das Recht ordnet die in der Gemeinschaft verbundenen Privatinteressen, es grenzt sie gegeneinander und gegen die u n m i t t e l b a r e n Gemeininteressen ab." Es ist m. E. klar, daß ich zwischen den Gemeinschaftsinteressen im weiteren Sinne und den unmittelbaren Gemeinschaftsinteressen unterscheide und die Privatinteressen nur zu dem engeren Kreise in Gegensatz stelle, dagegen in den allgemeineren Begriff einbeziehe. Ebenso schon

sprechen genau der Auffassung Binders in seiner Rechtsphilosophie, der sie zum Teil zeitlich vorangingen. Sie enthalten denjenigen Gedanken über das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft, von dem Binder glaubt, daß mir die Erfassung unmöglich sei.

5. Über die gegenseitige Bewertung von Individualinteressen und Gemeinschaftsinteressen habe ich mich in meiner Besprechung von Binders Rechtsphilosophie ganz allgemein ausgesprochen. Binder hatte die Staatsgesinnung auf die Lösung des philosophischen Realitätsproblems durch die Formel „Transpersonalismus" zurückgeführt. Ich habe diese Formelverwertung beanstandet, aber am Schlusse hinzugefügt:

„Durch die vorstehenden Ausführungen sollte das starke Gemeinschaftsbewußtsein, das in den Ausführungen Binders zum Ausdruck kommt, nicht irgendwie beanstandet werden. In der steten Betonung der Gemeinschaftsbeziehungen sehe ich einen Hauptvorzug des Gesamtbildes. Der Referent teilt auch die überall hervortretende Staatsbejahung in vollem Maße und steht auch dem politischen Standpunkte Binders nicht sehr fern. Aber es sind empirische und zeitlich wandelbare Gründe, welche die Betonung der Gemeinschaftsbeziehungen und die Staatsbejahung rechtfertigen. Eine metaphysische Begründung scheint dem Referenten weder notwendig noch möglich zu sein" [117]).

Als ich diese Worte schrieb, bestand noch der Gegensatz zwischen unseren Methoden, der sich aus der normativen Funktion der Rechtsidee ergab. Dieser Gegensatz ist jetzt vielleicht weggefallen [118]). Aber schon damals war meine Wertung der Gemeininteressen dieselbe, wie die Binders. Wenn Binder nicht Individualist ist, so kann ich es ebensowenig sein.

6. Aus dem Dargelegten folgt, daß der Vorwurf Binders meiner wirklichen Stellungnahme durchaus widerspricht. Wie ist

früher in Grundlagen S. 144: „Die staatlichen Rechtsgebote sind dazu bestimmt, die Interessen der staatlichen Gemeinschaft zu wahren, ihre Lebensbedingungen zu sichern. Dazu gehört auch die Sicherung ihrer Mitglieder. Das Recht ordnet die in der Gemeinschaft verbundenen Interessen und grenzt sie gegeneinander und gegen die unmittelbaren Gemeininteressen ab." Vgl. auch Begriffsbildung S. 39 und unten § 7 Nr. 4, § 12 V.

117) Besprechung S. 119/120.

118) Vgl. oben S. 170.

dieser Widerspruch zu erklären? Daß der mitgeteilte Inhalt meiner Ausführungen Binder nicht gehindert hat, ist verständlich, da er von ihm keine Kenntnis gewonnen hat. Aber wo ist die positive Begründung, die Binder zu seiner Geschichtskonstruktion und dadurch zu einer Beschuldigung geführt hat, die in seinen Augen ebenso schwer wiegt wie in meinen? Die analoge Frage ist schon oben S. 173 bei dem Vorwurfe des Positivismus aufgeworfen worden. Beide Irrtümer scheinen mir damit zusammenzuhängen, daß Binder die frühere Verbreitung der von ihm bekämpften Irrtümer sehr überschätzt. Schon in meiner Besprechung hatte ich Einspruch erhoben [119]). Es ist eine neue Übertreibung, wenn Binder sagt [120]), daß

„bis in die unmittelbarste Gegenwart" es nur „wenige Menschen" gewesen sind, „die seine (des Individualismus) Einseitigkeit und Fehlerhaftigkeit erkannt und bekämpft haben".

Diese unzweifelhaften Übertreibungen [121]) werden m. E. nur aus der eigenen Entwicklung Binders verständlich. Binder sagt im Vorworte zu seiner Rechtsphilosophie (S. IX):

„In den Anschauungen des Individualismus aufgewachsen, hatte ich in meinen juristischen und rechtsphilosophischen Arbeiten bis vor wenig Jahren einem naiven und unkritischen Individualismus gehuldigt."

Binder ist also in dieser Hinsicht ein Neubekehrter. Solche Neubekehrte pflegen erfahrungsgemäß ganz unbewußt die frühere Verbreitung der überwundenen Irrtümer zu überschätzen. Denn

119) S. 119 Anm. 14. „Nicht einverstanden bin ich mit dem Urteile, das Binder über unsere Zustände in der Zeit vor dem Weltkriege fällt (S. 336 ff.). Binder sieht in dem Wilhelminischen Zeitalter eine neue Zeit vollendeter Sündhaftigkeit im „Sinne Fichtes", „das Gemeinschaftsbewußtsein" sei „verschwunden" gewesen. M. E. ist gerade in der Wilhelminischen Zeit das Gemeinschaftsbewußtsein in einer Deutlichkeit und in einer Stärke hervorgetreten, wie in keiner anderen Epoche der deutschen Geschichte, nämlich in dem opferwilligen, der Ethik Fichtes durchaus entsprechenden Verhalten des deutschen Volkes im Weltkriege."

120) Kritik S. 82.

121) Sobald man erwägt, welchen extremen Inhalt Binder seinem Individualismus beilegt (oben S. 133 Anm. 7), dann muß man sagen, daß diese Übertreibung ein ganz ungewöhnliches Ausmaß aufweist.

eine solche Allgemeinheit ist geeignet, ihre eigene Vergangenheit zu entlasten. Deshalb sind sie Irrtümern ausgesetzt. Man kann von einer „Blickstörung der Neubekehrten" reden. Bei Binder ist die Verallgemeinerung so weit gegangen, daß er seine früheren Ansichten bei einem allerdings älteren Forscher nicht nur vermutet, sondern ohne weitere Prüfung als genügend festgestellt erachtet, um daraufhin schwere Vorwürfe zu erheben.

Tatsächlich trifft seine Vermutung auf mich nicht zu.

Mein Entwicklungsgang war ein ganz anderer als der Binders. Ich bin als Auslandsdeutscher im ehemaligen St. Petersburg geboren und habe dort meine Kindheit verlebt, und zwar in Kreisen, die mehr oder weniger von einem Aufgehen in das russische Volkstum bedroht oder ergriffen waren. Ich bin deshalb nicht im Individualismus aufgewachsen, sondern in steter Anschauung völkischer Bedingtheit des Einzelnen und der Stärke der völkischen Gegensätze. Dementsprechend habe ich mir mein ganzes Leben hindurch eine sehr entschiedene völkische und staatliche Gesinnung bewahrt. Einer individualistischen Weltanschauung habe ich nie angehört, auch nicht in meiner Studentenzeit. Politisch und geschichtlich war ich ein begeisterter Anhänger Treitschkes. In wirtschaftlicher Hinsicht fühlte ich mich zu den Kathedersozialisten hingezogen. Adolf Wagner war mein bevorzugter Lehrer. Noch stärker waren die literarischen Einflüsse von Albert Schäffle. Sein großes Werk „Leben und Bau des sozialen Körpers" war für mich lange die maßgebende Darstellung. Sie vermittelte mir das Verständnis für den Zusammenhang, für die Gesamtschau, heute würde man sprachlich unschön sagen „für die Ganzheit" [122]). Das war diejenige Gedankenwelt, die mich beherrschte, als ich meine methodischen Arbeiten in Angriff nahm [123]). Politisch habe ich mich zu dem rechten Flügel

122) Vgl. auch die Bezugnahme in Schuldrecht § 1 Nr. 3 Anm. und Sachenrecht § 1 Nr. 7 Anm. 3.

123) Die Beziehung dieser Einstellung zu meiner wissenschaftlichen Arbeit war eine zweifache. Durch meine methodischen Bestrebungen um eine lebensnahe Rechtsprechung glaubte ich meinem völkischen Ideale auf demjenigen Gebiete zu

der Nationalliberalen Partei gehalten, deren ständiges Eintreten für die Gesamtinteressen zwar heute vielfach verkannt wird, aber erlebte Tatsache ist. An den Bestrebungen für die Gesamtinteressen habe ich immer teilgenommen. Als Mitgründer des deutschen Kolonialvereins (Frankfurt a. M. 1882) und als Mitglied der verschiedensten nationalen Vereine. An den Orten meines längeren Verweilens, Halle a. d. S. und Tübingen, bin ich lange Jahre hindurch Vorsitzender der betreffenden Ortsgruppe des Alldeutschen Verbands[124]) gewesen. Aus dieser Gesinnung heraus habe ich im Kriege ungeachtet pessimistischer Lagebeurteilung den ersten Vorsitz in der württembergischen Vaterlandspartei übernommen, den mir nationalgesinnte Kreise des Landes anboten, in dem ich bekannt war.

Diese Angaben werden, so hoffe ich, auch Binder davon überzeugen, daß der Vorwurf des Individualismus, noch dazu in extremer Ausprägung und mit politischer Bedeutung, jeder Begründung entbehrt und daß ich seine Erhebung als eine schwere Verletzung empfinde.

D. Zwei Folgen des Individualismus. § 7.

I. Als Folgen meines Individualismus beanstandet Binder zwei Inhalte meiner Methodenlehre, die bei richtiger Gemeinschaftswürdigung wegfallen müßten. Der erste Inhalt ist die Vorstellung, daß Privatinteressen und Gemeinschaftsinteressen zu-

dienen, das mir vorgezeichnet schien. Andererseits drängte mich meine völkische Gesinnung zu der Vergangenheit meines Volkes. Dadurch erklärt sich das Nebeneinanderstehen der beiden Gebiete in meiner wissenschaftlichen Arbeit, der Methodenlehre und der Rechtsgeschichte, deren Verbindung sonst auffallend erscheinen könnte. Außerdem hat meine Einstellung mich, wie ich hoffe, vor einer einzelhaften oder mosaikartigen Behandlungsweise geschützt und mir die Gesamtschau gesichert (vgl. oben S. 169).

124) Der Alldeutsche Verband war niemals ein Vertreter derjenigen Vorstellungswelt, die Binder als Individualismus bekämpft, sondern er war immer ihr Gegner. Er war ein Vorläufer der jetzt zur Herrschaft gelangten völkischen Anschauung.

einander in Gegensatz, in Widerstreit, treten können. Ich will diese Vorstellung kurz als „Konfliktsschau" bezeichnen. Der zweite Inhalt ist die Unterscheidung der geschichtlichen und der objektiven Gesetzesauslegung. Die beiden Beanstandungen sind für den Gegensatz unserer methodischen Auffassungen sehr bezeichnend. Denn nach meiner Überzeugung handelt es sich beidemal nicht um einen Mangel infolge des Individualismus, sondern es sind zwei für die praktische Rechtswissenschaft richtige und unentbehrliche Einsichten, die von Binder nur durch eine methodisch unzulässige Verwertung philosophischer Formeln ausgeschaltet werden. Wegen dieser methodischen Bedeutung sollen beide Beanstandungen näher ins Auge gefaßt werden.

II. 1. Die Konfliktsvorstellung wird von Binder besonders scharf verurteilt [125]). Er sieht in der Möglichkeit dieser Vorstellung „den eigentlichen Mangel der Interessentheorie". Larenz ist ihm in der Beanstandung beigetreten [126]). Die Vorstellung eines solchen Interessenkonfliktes spielt in der Tat in meiner Methodenlehre eine sehr erhebliche Rolle. Aber es handelt sich um eine jedem geläufige Vorstellung, deren Möglichkeit nicht dem mindesten Zweifel unterliegen kann. Bei dem Ausdrucke „Interessenkonflikt" denke ich nicht an etwas besonders Eigenartiges, namentlich nicht an einen Kampf feindlicher Interessen, wie dies z. B. Larenz mir zu Unrecht unterstellt. Sondern ich denke nur an die leidige, jedem aus Erfahrung bekannte Lebenslage, in der es nicht möglich ist, alle bestehenden Wünsche zugleich zu befriedigen, so daß die Notwendigkeit eintritt, auf gewisse Wünsche zugunsten anderer zu verzichten. Auch im Alltagsleben pflegt man in solchen Fällen von einem Konflikte der Interessen oder von widerstreitenden Interessen zu reden. Ein derartiger Widerstreit kann sich für einen Handelnden hinsichtlich seiner eigenen Interessen ergeben. Man pflegt da von einem „inneren Konflikte" zu sprechen. Wie oft haben wir nicht in der letzten Zeit den Ruf ge-

125) Vgl. die vollständige Anführung oben S. 133 zu Anm. 7.
126) Vgl. unten § 12.

hört: Wir müßten wählen zwischen Fettversorgung und Arbeitsbeschaffung, zwischen Fettversorgung und Wehrhaftmachung. Dieser Ruf war ein Hinweis auf einen inneren Interessenkonflikt, in dem sich unsere Volksgemeinschaft befindet. Solche inneren Konflikte ergeben sich auch, und zwar eigentlich fortlaufend, für den Gesetzgeber und die Verwalter der Gemeinschaftsinteressen. Immer wieder ergibt sich z. B. ein starker Widerstreit zwischen den finanziellen Interessen der Gemeinschaft und anderen Bedürfnissen, den Bedürfnissen der Wehrhaftigkeit, der Kultur usw.

2. Entsprechende Gegensätze begegnen uns auch dann, wenn die Träger der Interessen voneinander verschieden sind. Man kann dann von einem äußeren Konflikte reden. Die Fettnot der jüngsten Vergangenheit stellte unsere Regierung vor die Wahl zwischen den Interessen der Konsumenten einerseits, denen der Industrie und den Gemeinschaftsinteressen der Wehrhaftigkeit andererseits. Welche Gruppe sollte sie vorziehen? Das Verhalten, das wir zu sehen schienen, läßt sich nach dem Sprachgebrauch des Alltags als Ausgleich bezeichnen. Man suchte nach einer vermittelnden Linie, welche die Opfer verteilt. Jeder Blick in die wirkliche Welt zeigt, daß sie von dem Widerstreit der Interessen, von Interessenkonflikten erfüllt ist. Auch in den Schriften und Reden Hitlers wird immer wieder auf den Widerstreit der Interessen hingewiesen [127]). Das Recht greift nur dort ein, wo Gemeinschaftsinteressen beteiligt sind [128]). Die Beteiligung begegnet uns in verschiedenen Formen [129]). Für die Auseinandersetzung mit Binder spielt nur

127) Vgl. z. B. Mein Kampf II S. 687 und die Karlsruher Rede vom 12. März dieses Jahres.

128) Ausgangspunkt ist für mich immer die Erkenntnis gewesen, die ich für ganz selbstverständlich halte, daß jede Norm des staatlichen Rechts den Gemeinschaftsinteressen dient. Vgl. oben S. 166, 175, Anm. 116.

129) Begriffsbildung S. 39 Anm. 2: „In Hinsicht auf die Beteiligung der öffentlichen Interessen lassen sich drei Konfliktstypen unterscheiden und durch Kennworte bezeichnen: Diese drei Typen sind: a) Der Privatkonflikt. Der Gesetzgeber sieht eine Kollision von Privatinteressen vor sich, die er abwägt. Seine eigenen Interessen kommen nur als Normierungsgrund und als Maßstab in Betracht (z. B. dispositive Normen des Privatrechts). b) Der innere Konflikt

diejenige Form eine Rolle, in der Gemeinschaftsinteressen und Privatinteressen zueinander in Widerspruch treten, also Nr. 3 der in Anm. 129 gegebenen Zusammenstellung. Ich hatte sie früher als Zwangskonflikt bezeichnet, werde aber jetzt den treffenderen Ausdruck „Sozialkonflikt" gebrauchen. Das Vorkommen solcher Konflikte ist m. E. ein ganz unmittelbares, nicht bestreitbares Lebenswissen eines jeden.

3. Anschauliche Beispiele bietet das Steuerwesen. Die finanziellen Bedürfnisse des Staates können mit starken Privatinteressen in Widerspruch treten, die man als „Steuerscheu" bezeichnet. Man denke nur an die Vorgänge, die im konstitutionellen und parlamentarischen Staate sich abspielten, wenn eine sog. Finanzreform in Aussicht stand. Daß die finanziellen Gemeinschaftsinteressen mit ihrem Steuerbedarf auf Gegeninteressen stießen, sollte niemand verkennen, der diese Vorgänge miterlebt hat. Sobald die Notwendigkeit einer neuen Steuer erkennbar war, setzte eine eifrige Agitation der verschiedenen Interessentengruppen ein, um die notwendige Steuer möglichst von sich und auf andere abzuwälzen. Die Steuerscheu trat in vollster Deutlichkeit hervor und auch nach Erlaß des Gesetzes pflegt sie nicht zu verschwinden. Die Steuerhinterziehungen und die Devisenschiebungen beweisen doch einem jeden die Möglichkeit eines Widerstreites zwischen den schon durch Gesetz geschützten Gemeininteressen und egoistischen Privatinteressen.

4. Die Sozialkonflikte können unter sich verschieden, auch verschieden stark sein. Von einem „ausschließlichen" Gegensatze, wie Binder und Larenz mir als meiner Lehre unterstellen, habe

---

des Gesetzgebers. Er hat zwischen verschiedenen legislativen Idealen zu wählen. Besonders oft zwischen dem Ideale der sachlichen Angemessenheit und dem der Praktikabilität (starre Normen des Privatrechts). c) Der Zwangskonflikt. Öffentliche Interessen und Privatinteressen stehen zueinander im Gegensatze und sind abzuwägen. Das Problem geht dahin, ob und inwieweit die Privatinteressen den öffentlichen zu opfern sind (Zwangsnormen des Privatrechts — Strafrecht). Diese Typen sind durch Mischformen verbunden." Die Hervorhebungen habe ich nachträglich vorgenommen.

ich nie gesprochen. Mit dem Vorliegen eines Gegensatzes ist es vereinbar, daß zugleich gewisse Übereinstimmung der Interessen, eine Interesseneinheit oder Harmonie vorliegt. Und zwar können wir von einer Abschwächung des Gegensatzes im doppelten Sinne reden.

a) Der Einzelne ist Glied des Volkes und mit ihm untrennbar verbunden. Die Volksinteressen sind zugleich objektive Interessen eines jeden Einzelnen. Aber trotzdem kann ein Widerstreit subjektiver Einzelinteressen bestehen, einmal deshalb, weil es Einzelne gibt, denen Einsicht und Gefühl für die Volksverbundenheit fehlen, vor allem aber deshalb, weil die von dem Einzelnen erkannten Volksinteressen nur fordern, daß das Opfer gebracht wird und in großem Umfange auch gewahrt werden können, wenn das Opfer nicht von dem Egoisten, sondern an seiner Stelle von einem anderen Volksgenossen gebracht wird. Deshalb wird der subjektive Widerstreit der Egoisten durch die Volksverbundenheit noch nicht aus der Welt geschafft, wie die Beobachtung der Steuervorgänge fortdauernd zeigt.

b) Jede Rechtsnorm dient den Gemeinschaftsinteressen. Zu den Interessen der Gemeinschaft gehört auch das Gedeihen der Mitglieder. Nur *deshalb* erhalten Privatinteressen Rechtsschutz. Die geschützten Privatinteressen sind zugleich (mittelbare) Gemeinschaftsinteressen [130]). Aber auch dieser Zusammenhang schließt die Sozialkonflikte nicht aus. Es gibt eben verschiedene Gemeinschaftsinteressen. Die geschützten Privatinteressen sind mittelbare Gemeinschaftsinteressen, aber sie können zu unmittelbaren, z. B. zu Finanzinteressen, in Widerspruch treten. Ein solcher Gegensatz würde z. B. bei der Einführung oder Erhöhung einer Grundsteuer vorliegen und ist auch bei anderen Steuergesetzen in der Regel vorhanden. Zweitens aber sind nicht alle Privatinteressen zugleich Gemeininteressen und daher geschützt. Es gibt auch ungeschützte, vollkommen widersprechende Interessen, die man aller-

130) Dies ist natürlich von mir niemals übersehen, sondern deutlich betont worden. Vgl. z. B. die Belegstellen oben S. 175 Anm. 116.

dings als feindlich bezeichnen kann. Sie werden nicht geschützt, sondern bekämpft. Dies gilt z. B. für diejenige Steuerscheu, die darauf gerichtet ist, die gesetzliche Steuerpflicht nicht zu erfüllen. Solche feindlichen Interessen sind namentlich Anlaß zu den Strafgesetzen.

5. Die Häufigkeit der Sozialkonflikte ist eine unmittelbar einleuchtende Erscheinung des Lebens. Ihre Erkenntnis, die Konfliktsschau, ist sowohl für den Gesetzgeber wie für den Richter ganz unentbehrlich, eine Beobachtung von höchster Bedeutung. Wiederum will ich als Beispiel die Steuerscheu heranziehen. Es ist ein banaler Leitsatz, daß der Gesetzgeber bei dem Erlasse eines Steuergesetzes auch die Interessen der Steuerzahler zu beachten hat. Gemeint sind damit die schutzwürdigen Gegeninteressen. Sie werden in der Tat immer beachtet. Auf dieser Beachtung beruhen diejenigen Normen, welche das einzelne Steuergesetz von anderen unterscheidet. Das Endziel ist ja immer dasselbe, die Befriedigung des Staatsbedarfs. Aber die Rücksicht auf die Gegeninteressen bestimmt das Steuerobjekt und die Einzelheiten, z. B. die Eigenart eines Gesetzes als Einkommensteuergesetz, dann die Grenzen der Steuerpflicht, die Abstufung der Steuer, die Steuerermäßigungen und Steuerbefreiungen. Durch diese Einzelnormen werden die schutzwürdigen Gegeninteressen geschont. Aber auch an die feindliche Steuerscheu muß der Gesetzgeber denken. Er muß sich diese Konfliktsfälle als möglich vorstellen, um bei ihnen die Gemeinschaftsinteressen zu wahren. Er tut dies auch durch Vorschriften, welche die Steuerhinterziehung erschweren und bestrafen.

Die Konfliktsschau ist für den Gesetzgeber wesentlich, aber ebenso für die ausführenden Staatsorgane. Das Steuergesetz kann gar nicht richtig ausgelegt werden, wenn der Ausleger diejenigen Interessenkonflikte nicht erkennt, an welche der Gesetzgeber bei seinen Bestimmungen gedacht hat. Wie soll eine Befreiungsvorschrift ohne Vorstellung der befreiten Interessen richtig abgegrenzt werden?

In der Notwendigkeit, die kausalen Konflikte ins Auge zu fassen, besteht die sog. Konfliktstheorie, die sich bei Weiterbildung

der teleologischen Richtung ergibt. Die Zweckerkenntnis reicht nicht aus. Es muß der ganze Interessenkonflikt gesehen werden [131]). Die Konfliktstheorie läßt sich daher auch bezeichnen als die Forderung einer Gesamtschau hinsichtlich der beteiligten Interessen.

6. Das Vorkommen der Sozialkonflikte wird von uns nur als ein Teil der Lebensbeobachtung vertreten, deren Notwendigkeit für die praktische Rechtswissenschaft ein wesentliches Element unserer Methode ist. Deshalb ist es noch niemanden von uns eingefallen, den hervortretenden Egoismus zu billigen. Ebensowenig haben wir uns über die Einordnung der Sozialkonflikte in ein philosophisches Weltbild geäußert. Wir behaupten nur die Unentbehrlichkeit der Konfliktsschau für die praktische Rechtswissenschaft und darin haben wir zweifellos recht.

7. Binder erklärt unseren Hinweis auf derartige Konfliktsfälle für einen schweren Mangel, der aus unserem Individualismus hervorgehe. Nach ihm sollten wir zeigen:

131) Ich habe die Konfliktstheorie „Begriffsbildung" S. 46 wie folgt begründet: „Es ist m. E. nicht möglich, den Inhalt einer Gesetzesnorm nur aus ihrem Zwecke zu erklären. Das Gesetz ist, wie jede Handlung, die Resultante, gleichsam die Kraftdiagonale ringender Faktoren, deren Wirkung wir nur als Interessenkonflikt erfassen können. Der Zweck ist die Förderung der überwiegenden Interessen. Nur diese Interessen lassen sich in ihrer Richtung aus dem Zweck erkennen. Aber der Inhalt der Norm, der Grad der Zweckverwirklichung ist auch von der Stärke der überwundenen Gegeninteressen abhängig. Der Inhalt der Rechtsnorm kann nur „begriffen" werden, wenn auch diese Gegeninteressen erkannt sind. Diese Notwendigkeit besteht auch dann, wenn öffentliche Interessen beteiligt sind. Deshalb ist ein volles Inhaltsverständnis nur möglich, wenn die Forschung nicht nur den Zweck beachtet, sondern auf die zugrunde liegenden Gegensätze zurückgreift und diese Gegensätze lassen sich eben nur unter Verwendung des weiteren Interessenbegriffs als Interessenkonflikte erkennen." Vgl. auch S. 41 Anm. 2: „Der Schutz von Interessen durch das Gesetz vollzieht sich nicht im leeren Raume, sondern in der interessenerfüllten Welt und daher stets zum Nachteile anderer Interessen. Die Einsicht, daß jede Rechtsnorm einen Interessenkonflikt entscheidet, ist von grundlegender Bedeutung." Ebenso Stoll S. 11: „Jeder selbständige Rechtssatz entscheidet einen Interessenkonflikt. Er spricht ein Werturteil über diese von ihm erkannten Interessen nach bestimmten Wertideen, den Wertmaßstäben aus. Ein Rechtssatz ist nicht verstanden, solange sein Interessengehalt nicht erkannt ist."

„daß Gemeininteresse und Einzelinteresse trotz ihrer Unterschiedenheit nicht in dem vorausgesetzten Gegensatz zueinander stehen, daß auch die einander anscheinend widerstreitenden Interessen der Parteien in Wahrheit eine Einheit bilden, die darin anerkannt ist, daß das Gesetz nur berechtigte Interessen anerkennt und schützt." ... Die Konsequenz wäre dann gewesen, daß die Einzelinteressen dieser oder jener Partei nicht dem Gemeininteresse zu weichen hätten, nicht ihm untergeordnet wären, sondern mit ihm eins sind und nur kraft dieser Einheit gelten und durchgesetzt werden können. Diese Einheit ist freilich nicht die abstrakte Einerleiheit, sondern konkrete Einheit, d. h. Einheit in der Unterschiedenheit, so daß es freilich möglich und sogar notwendig ist, diese Einheit, um sie zu begreifen, in ihre Momente, Gesamtwille und Einzelwille, Gemeininteresse und Sonderinteresse, auseinanderzulegen; aber über dieser Unterscheidung darf die Einheit nicht vergessen werden, die vielmehr als entwickelte, als konkrete Einheit aus diesen unterschiedenen Momenten wieder hergestellt werden muß [132]).

Diese Aufforderungen enthalten die Behauptung, daß der von uns beobachtete Widerstreit ein scheinbarer ist und in Wirklichkeit eine Harmonie vorliegt. Sie würde auf die Steuer bezogen besagen, daß ein Widerstreit zwischen den Privatinteressen der Steuerzahler und den fiskalischen Interessen in Wirklichkeit nicht besteht. Wir könnten diesen vermeintlichen Zustand als die allgemeine Steuerharmonie bezeichnen.

Daß der Widerspruch Binders gegen unsere Konfliktsbeobachtungen unberechtigt ist, liegt auf der Hand. Das Vorkommen der Konflikte ist jedem offensichtlich. Die Verneinung durch Binder läßt sich als Konfliktblindheit bezeichnen. Aber wie ist Binder überhaupt zu seinem Widerspruche und zu seiner Lehre von der Interessenharmonie gekommen? Wie mir scheint durch drei Fehler, die hinter der nicht ganz durchsichtigen Beanstandung stehen.

8. Der erste Fehler dürfte ein Beobachtungsfehler sein. Es sind wieder unrichtige Folgerungen aus dem Begriffe Individualismus, die Binder zieht. Die Konfliktsschau, wie wir sie vertreten, ist nicht Folge eines kurzsichtigen Individualismus, sondern sie ergibt sich für jeden, der überhaupt das Leben sieht. Der Kämp-

132) A. a. O. S. 65/67.

fer für völkische Gesinnung wird die Steuerscheu verurteilen und bekämpfen, aber er muß sie *sehen*, wenn er seine Ideale durchführen will. Ja, er muß sie heute schon gesehen haben und im Gedächtnis haben. Wer als national gesinnter Mann die Vorgänge bei den verschiedenen Finanzreformen erlebt hat, dem hat sich das Bild dieser schimpflichen Steuerscheu unauslöschlich eingeprägt. *Binder* folgert ferner aus seiner Vorstellung, daß mein Individualismus mich daran verhindert habe, die Zugehörigkeit der geschützten Privatinteressen zu den Gemeininteressen zu erfassen. Aber ich habe sie natürlich gesehen und selbst in dem kleinen Teile meiner methodischen Ausführungen, die *Binder* benutzt hat, in meinem Grundrisse, ganz deutlich hervorgehoben [133]). Wiederum ist *Binder* durch sein Schlagwort „Individualismus" an der Erkenntnis meiner Ansichten verhindert worden.

9. Ein zweiter Fehler *Binders* besteht darin, daß er aus der Möglichkeit, sich die geschützten Privatinteressen als Gemeininteressen vorzustellen, den Schluß zieht, daß die Vorstellung eines Sozialkonflikts überhaupt nicht möglich sei. Wie oben [134]) ausgeführt, ist das durchaus nicht der Fall. Nicht einmal bei den geschützten Privatinteressen. Denn es gibt eben Gemeinschaftsinteressen in verschiedenem Sinne. Bei der Einordnung gebrauchen wir den weiteren Begriff, bei der Gegenüberstellung den engeren der unmittelbaren Gemeinschaftsinteressen. Nur eine Begriffsvertauschung kann zu der Verneinung solcher Sozialkonflikte führen. Außerdem aber gibt es, wie oben [135]) bemerkt, Konflikte mit feindlichen Privatinteressen, die nicht zu den Gemeininteressen gehören. Die Verneinung solcher Konflikte ergibt sich aus den Gedankengängen *Binders* nicht.

10. Der dritte Fehler besteht darin, daß *Binder* seine philosophische Formel, die dialektische Aufhebung der Sozialkonflikte, unserer Methodenlehre, also der praktischen Rechtswissenschaft aufdrängen will. Wir sind es, die auf die Konfliktsschau verzichten sollen. Diese Forderung enthält die Verwertung einer

133) Vgl. oben S. 175 Anm. 116. 134) Vgl. oben S. 181.
135) S. 183 unten.

rechtsphilosophischen Formel für die Rechtsgewinnung. Dieser dritte Fehler ist m. E. der schwerste. Die grundsätzliche Frage nach der Berechtigung einer solchen rechtsphilosophischen Leitung wird in meiner dritten Abhandlung untersucht werden. Aber ich will schon an dieser Stelle darauf hinweisen, daß der vorliegende Fall besonders geeignet ist, die praktischen Nachteile der Formelverwertung zu veranschaulichen. Die Wirkung, welche die Unterlassung der Konfliktsschau für das Rechtsleben haben würde, wäre geradezu verhängnisvoll. Nehmen wir wiederum das Steuerwesen. Wenn der Steuergesetzgeber sein Auge vor den etwaigen Gegeninteressen verschließen würde, so würde kein lebensrichtiges Steuergesetz zustande kommen. Ein zustande gekommenes Steuergesetz könnte nicht richtig angewendet werden, wenn Finanzamt und Richter sich zu Binders Konfliktsblindheit bekehren würden. Wenn es in der Welt keine Steuerscheu gäbe, so würden alle Steuerhinterziehungen und Devisenschiebungen nur als Handlungen Geisteskranker denkbar und deshalb straflos sein. Für Steuerhinterzieher und Devisenschieber würde ein goldenes Zeitalter anbrechen, sobald sich die praktische Rechtswissenschaft von der philosophischen Formel Binders leiten ließe. Und die gleiche Wirkung würde auf andern Gebieten eintreten.

III. Auch der Angriff Binders gegen meine Lehre von der Gesetzesauslegung trägt dasselbe Gepräge.

1. Eine in der praktischen Rechtswissenschaft viel erörterte Frage geht bekanntlich dahin, ob der Richter bei der Auslegung des Gesetzes die Entstehungsgeschichte zu beachten hat (geschichtliche Theorie) oder nicht (objektive Theorie). Diese Frage habe ich sehr eingehend behandelt und bin zu dem Ergebnisse gelangt, daß die Beachtung der Entstehungsgeschichte geboten sei im Sinne einer historischen Interessenforschung [136]), und zwar deshalb, weil dadurch die Treffsicherheit des Gesetzes und durch sie die Wahrung der Gemeinschaftsinteressen besser gewährleistet sei als bei Nichtbeachtung [137]). Es ist daher nicht entfernt irgendeine Art

136) Auslegung S. 8, 59 ff. Begriffsbildung S. 107.

137) A. a. O. S. 8, 60 und passim z. B. S. 268.

von Individualismus, sondern es ist die Rücksicht auf die Gemeinschaftsinteressen, auf der meine Lehre beruht. Allerdings ist bei mir die Feststellung des geschichtlichen Inhalts noch nicht das Endergebnis. Vielmehr halte ich eine emotionale Fortbildung, eine zeitliche Anpassung für notwendig. Auf Grund einer Gesamtschau sei zu prüfen, ob nicht eingetretene Änderungen z. B. der Wertideale der Rechtsgemeinschaft zu einer Umgestaltung des geschichtlichen Inhalts führen müssen [138]) (Veralten des Gesetzes) [139]). Es sind wohl im Schrifttume verschiedene Meinungen über die Stellungnahme zu der Frage vorhanden, aber darüber, daß die Frage überhaupt besteht, daß die erwähnten Verfahren der subjektiven und der objektiven Deutung im Einzelfalle zu verschiedenen Ergebnissen führen können und daß deshalb der Richter Auskunft darüber braucht, wie er zu handeln hat, darüber bestand bisher kein Zweifel.

2. Wiederum will Binder den erwähnten Gegensatz unter Bezugnahme auf meine Arbeit dialektisch aufheben. Er sagt [140]):

„Die Frage wird bedeutungslos", „indem wir das Recht als die konkrete Einheit des allgemeinen und des besonderen Willens denken"

und daß

„dieser Gegensatz (der Auslegungsarten) wieder nur für ein individualistisches Denken möglich ist, das für uns heute keine Geltung mehr haben kann".

Sein eigenes Ergebnis formt er wie folgt:

„Natürlich kommt es im letzten Grunde auch nicht eigentlich darauf an, was nun dieser oder jener Wille wirklich, im empirischen Sinne, gewollt hat oder will:

---

138) A. a. O. S. 8, 26, 38, 55, 65, 101 (Nr. 9), 176, 179, 211 ff. Begriffsbildung S. 107, 108.

139) Für die Gegenwart ist die Trennung des geschichtlichen Inhalts und der emotionalen Fortbildung angesichts der großen Umgestaltung unserer Gemeinschaftsideale besonders wichtig. Darauf werde ich in meiner zweiten Abhandlung bei der Beziehung zu dem Nationalsozialismus noch näher eingehen.

140) Kritik S. 88. Auch in der Rechtsphilosophie (S. 913 ff.) wird die Streitfrage für „gegenstandslos" erklärt.

denn dieser Wille, des Gesetzgebers oder des Gesetzes, ist überhaupt kein empirischer Wille, was der Positivismus freilich auch nicht begreifen kann, sondern ist ein normativer Wille, Idee des Wollens: es kann ausschließlich darauf ankommen, was dieser Wille, als Wirklichkeit der praktischen Vernunft, vernünftigerweise gewollt haben muß, d. h. was er gewollt haben muß, damit sein Gesetz als Ausdruck der praktischen Vernunft Geltung als Recht beanspruchen kann. Und zwar natürlich nicht in abstracto, sondern unter gewissen vorgestellten tatsächlichen, sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen Verhältnissen, worin es gerade begründet ist, daß ein Gesetz auch veralten kann."

3. Diese Berichtigung ist vielleicht für die Verschiedenheit unserer Arbeitsziele und Arbeitsart besonders bezeichnend. Ich suche die praktischen Fragen zu sehen und sie möglichst lebensrichtig zu lösen. Binder kümmert sich um die praktischen Fragen überhaupt nicht, ja er scheint anzunehmen, daß auch für mich irgendeine Formel Endziel gewesen sei. Binder selbst begnügt sich mit einer Formel, ohne zu prüfen, ob sie die praktischen Fragen überhaupt beantwortet. Denn das ist bei seiner Formel nicht der Fall. Man mache den Versuch: Welche Verhaltungsregel kann der Richter daraus entnehmen, daß wir das Recht als „die konkrete Einheit des allgemeinen und des besonderen Willens" denken? Offenbar gar keine. Und ebenso unergiebig ist die Schlußformel. Binder verweist auf „gewisse Verhältnisse". Die praktische Frage ist aber, ob zu diesen Verhältnissen auch die Entstehungsgeschichte gehört oder nicht. Wo Binder schließt, da fängt meine Untersuchung erst an.

4. Die Außerachtlassung der praktischen Bedürfnisse würde ich niemals beanstanden, wenn Binder seine Formel nur für seine Rechtsphilosophie verwendet hätte. Es wäre durchaus unbillig und erkenntnistheoretisch falsch, wenn ich von den Formeln der Rechtsphilosophie praktische Verwendbarkeit verlangen wollte. Sie werden für andere Zwecke geprägt. Aber gegen zwei Dinge muß ich Widerspruch erheben. Einmal gegen die Verwertung der philosophischen Formel für die praktische Rechtswissenschaft, also dagegen, daß Binder glaubt, meine Untersuchung durch seine Formel ersetzen zu können. Zweitens aber dagegen, daß Binder auch bei dieser Gelegenheit über den Inhalt meiner Arbeit

urteilt, ohne ihn zu kennen. Die Meinung Binders, daß es mir „als Positivisten" nicht möglich gewesen sei, zwischen zwei Vorstellungen, die wir mit dem Worte „Willen" verbinden können, zwischen dem empirischen oder psychologischen Willen und dem normativen Willen zu unterscheiden, steht mit dem Inhalte meiner Untersuchung in vollem Widerspruch [141]).

Drittes Kapitel.

Die logische Widerlegung (Binder S. 67—79).

A. Allgemeines § 8 — B. Das Hauptargument § 9 — C. Das Schlußergebnis Binders § 10 — D. Die Lösung der drei Rätsel § 11.

A. Allgemeines. § 8.

1. Binder hat meine Bemerkungen über Begriffsbildung, die ich in meinem Grundrisse gebe, einer logischen Kritik unterworfen. Das Hauptergebnis geht dahin, daß eine Unterscheidung von Rechtsbegriffen und Interessenbegriffen, wie ich sie unterstelle, logisch nicht möglich sei. Dem Rechtsbegriffe sei der Zweck immanent (S. 75)

141) Die Unterscheidung wird von mir immer wieder betont und bildet einen Grundgedanken meiner Arbeit. Nur die Hauptbelege sollen erwähnt werden. Ich hebe den Unterschied schon in dem Programm S. 8 hervor: „Die alte Formel ‚Wille des Gesetzgebers' hat einen Realgehalt. Aber der Willensbegriff ist kein psychologischer, sondern ein normativer, ein Interessenbegriff. Der ‚Gesetzgeber' ist kein Phantom, sondern die zusammenfassende Bezeichnung für die kausalen Interessen." Dann sage ich bei der Erörterung der Gebotsauslegung im Alltage: „Deshalb ist die scharfe Scheidung dieser ‚normativen Willensfrage' und des ‚normativen Willens' von den gleich benannten psychologischen Begriffen für unser ganzes Problem von grundlegender Bedeutung. Entsprechend stelle ich auf S. 53 ff. den normativen Willen dem psychologischen Willen gegenüber. In § 6 Nr. 7 wird dann auf den Willen des Gesetzgebers eingegangen und ausgeführt, daß dieser Begriff dem normativen Willen des Alltags entspricht und keinem psychologischen Willen (S. 64). Schließlich bekämpfe ich in § 8 Nr. 2 und Nr. 5 S. 72 und 77 das sog. Willensargument, dessen Fehler gerade in der Vertauschung der beiden Willensbegriffe beruht.

„und muß daher der Gebotsbegriff mit dem Interessenbegriff notwendig zusammenfallen".

Ich will dieses Argument als das „Hauptargument" bezeichnen (vgl. die Besprechung in § 9).

2. Das Hauptargument erhält nun auf den ersten Blick ein besonderes Gewicht dadurch, daß dieselbe Beanstandung ganz unabhängig von Binder schon von Hönigswald erhoben worden ist [142]). Dadurch wird die Überzeugungskraft verstärkt. Es wird der Gedanke nahegelegt: „Wenn zwei Vertreter der Rechtsphilosophie unabhängig voneinander in bestimmten Teilen einer Methodenlehre denselben logischen Fehler finden, dann dürfte dies doch nicht grundlos sein. Es ist doch unwahrscheinlich, daß eine logisch saubere, einwandfreie Erörterung zweimal zu Unrecht beanstandet wird."

3. Aber dieser erste Eindruck würde in unserem Falle doch unrichtig sein. Das, was ich über die Trennung von Rechtsbegriffen und Interessenbegriffen wirklich gesagt habe, ist nicht nur richtig, sondern ganz selbstverständlich und jeder Beanstandung entzogen. Meine Ausführungen sind auch vollkommen klar. Der von den beiden Rechtsphilosophen erhobene Einwand beruht bei beiden auf demselben Fehler, auf der mangelnden Bekanntschaft mit der beurteilten Methodenlehre. Beide Angriffe sind nicht gegen unsere wirkliche Lehre gerichtet, sondern gegen eine irrtümlich angenommene Ansicht. Deshalb erweist sich die logische Widerlegung in beiden Fällen als derselbe Fehlstoß.

4. Die logische Kritik Binders beschränkt sich nicht auf den Versuch der Widerlegung. Daneben steht eine große Zahl von Gelegenheitsrügen. Meine Wendungen werden immer wieder als erkenntnistheoretisch unhaltbar beanstandet. Keine der Rügen ist berechtigt. Die Nachprüfung ergibt, daß sie auf drei Ursachen beruhen. Die eine Ursache ist ein erkenntnistheoretischer Purismus Binders. Er verkennt, daß ich in der Sprache des Alltags und

142) Hönigswald, „Begriff" und „Interesse". Eine methodologische Skizze. Dieses Archiv 138 S. 1 ff. Dazu meine Erwiderung a. a. O. S. 129 ff.

des praktischen Juristen rede und reden muß und fordert deshalb Erkenntnistheorie dort, wo sie nicht hinpaßt. Die zweite Ursache ist die Unkenntnis meines Buches über „Begriffsbildung". Dadurch ergeben sich immer wieder Mißverständnisse. Als dritte Ursache kommen logische Irrtümer in Betracht, die nicht mir, sondern Binder zur Last fallen.

Da diese logischen Einzelrügen für die Beurteilung meiner Methode im Grunde nicht erheblich sind, so will ich sie aus dieser Abhandlung ausschalten und nur in der dritten einzelne von ihnen als Beispiel dafür verwerten, wie sich Binder die philosophische Ausstattung einer juristischen Methodenlehre vorstellt [143]).

5. Der Nachprüfung der logischen Widerlegung will ich eine terminologische Bemerkung vorausschicken: Das Wort „Begriff" ist vieldeutig. Ich habe den Alltagssinn verwendet und ihn wie folgt bestimmt:

„I. Unter ‚Begriff' versteht der Sprachgebrauch des Alltags gedanklich bearbeitete, an Worte gebundene Bewußtseinsinhalte allgemeiner Tragweite, also Vorstellungen bestimmter Art. Der Sprachgebrauch ist natürlich wie bei den meisten Worten des Alltags kein fest abgegrenzter, doch dürften die hervorgehobenen Merkmale in der Regel vorliegen und den Kern des usuellen Wortsinns treffen" [144]).

Einen philosophischen Begriff habe ich schon deswegen nicht verwenden können, weil es ihrer zu viele gibt [145]). Auch Hönigswald [146]) betont die Unbestimmtheit des Wortes und entscheidet sich dafür, „das in seiner Bestimmtheit Gedachte" „Begriff" zu nennen. Binder gebraucht bei seiner Kritik das Wort „Begriff" in der philosophischen Bedeutung, die es bei Hegel hat, ohne zu beachten, daß ich etwas ganz anderes meine. Das ist ein

143) Dabei wird sich auch Gelegenheit ergeben, gegen gewisse logische Fehlgriffe Binders Einspruch zu erheben.

144) Begriffsbildung S. 52.

145) Ein neuerer Logiker zählt 17 philosophische Begriffe des Wortes „Begriff" auf. Infolge dessen verzichtet er auf dieses Wort und verwendet für seine Darstellung das Fremdwort „Notion".

146) A. a. O. S. 4, 5.

unrichtiges Vorgehen. Wenn ich bei einem so vieldeutigen Worte erkläre, in welchem Sinne ich es gebrauche, so darf ich fordern, daß ein Kritiker diese Erläuterung bei seiner Beurteilung meiner Ansichten auch benutzt. Aber freilich auch diese Forderung setzt einen Kritiker voraus, der mein Buch gelesen hat.

B. Das Hauptargument. § 9.

1. Um die Bedeutung des Hauptarguments zu erkennen, will ich zunächst nach der bei Rechtsgeschäften geübten juristischen Methode den objektiven Sinn von Rede und Gegenrede ermitteln, also feststellen, was ich wirklich gesagt habe und welcher Sinn den gegen mich gerichteten Ausführungen von Binder zukommt.

Was ich gesagt habe, läßt sich in das Schlagwort zusammenfassen: Unterscheidbarkeit von Rechtsbegriffen und Interessenbegriffen. Ich will[147]) „die in der Rechtswissenschaft" vorkommenden „Begriffe" (also nicht nur Rechtsbegriffe) behandeln und sage, daß sich diese Begriffe nach verschiedenen Merkmalen einteilen lassen. Bei der Unterscheidung nach dem Merkmale des Inhalts hebe ich zwei Gruppen hervor. Ich führe aus, daß die Rechtswissenschaft „Rechtsbegriffe" bildet und von ihnen verschiedene Interessenbegriffe. Wir unterscheiden von dem Gesetze selbst den Zweck des Gesetzes, von einem Rechtsgebote selbst die menschlichen Interessen, die es schützen will, und diejenigen, die es opfert. In dieser Weise habe ich oben Steuergesetz und Steuerscheu als zwei Worte für verschiedene Begriffe gebraucht, ohne dadurch unverständlich zu werden. Die Rechtsbegriffe unterscheiden sich von dem Interessenbegriffe dadurch, daß sie Gebotsinhalt haben. Deshalb bezeichne ich sie auch als Gebotsbegriffe. Die Rechtsbegriffe zerfallen wieder in zwei Gruppen. Es gibt reine Gebotsbegriffe, die nur Gebotsgehalt haben, und andere, bei denen wir zugleich an die Interessen-

147) Begriffsbildung § 5 „Die Begriffe der Rechtswissenschaft" S. 52 ff.

wirkung denken und die ich als „Totalbegriffe" oder „Gesamtbegriffe" bezeichne [148]).

2. Bei dem Hinweis auf das Vorkommen von Rechtsbegriffen und von ihnen unterscheidbaren Interessenbegriffen lag es mir völlig fern, eine neue Entdeckung oder eine besonders wichtige Einsicht vorzutragen, sondern ich wollte nur auf eine m. E. allbekannte Erscheinung hindeuten, weil der Zusammenhang dies forderte und ich weitere Ausführungen anknüpfen wollte. Auch nach dem Widerspruche von Hönigswald und Binder steht mir die Offenkundigkeit außer Zweifel. Nicht nur jeder Jurist, sondern auch jeder Laie weiß, daß er von der Vorstellung eines Gesetzes (Rechtsbegriff) den Zweck des Gesetzes (Interessenbegriff) unterscheiden kann, auch die Vorstellung derjenigen Interessen, die das Gesetz schützt, und derjenigen Interessen, die es benachteiligt. Er kann diese voneinander verschiedenen Vorstellungen bilden, mit besonderen Worten ausdrücken und dadurch verschiedene Begriffe erhalten. Wie wir die Taten eines Einzelnen von seinen Motiven unterscheiden und mit getrennten Begriffen erfassen können, ohne gegen die Logik zu verstoßen, so ist dies auch bei den Rechtstaten und deren Motiven (oben S. 144) möglich. Diese Möglichkeit und gar nichts anderes ist es, auf das ich als Unterscheidbarkeit von Rechtsbegriffen und Interessenbegriffen hingewiesen habe.

3. Dieser Sinn meiner Erklärung ist auch in meinen Darstellungen völlig klar zum Ausdruck gelangt. Er ist ihr objektiver Sinn. Am deutlichsten ist natürlich mein Buch „Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz". Aber den gleichen Inhalt hat alles, was ich

148) Begriffsbildung S. 54 f. Die Aufzählung der Arten geht natürlich weiter. Ich sage S. 55 Nr. 2: „Selbstverständlich sind die Vorstellungsinhalte der Rechtswissenschaft durch die beiden hervorgehobenen Gruppen nicht erschöpft. Es treten noch Begriffe anderen und sehr mannigfaltigen Inhalts auf. Beispiele sind: a) Geschichtliche Begriffe, z. B. Vorstellungen über die Entstehung des BGB., die verschiedenen Stadien, die dabei beteiligten Faktoren usw. b) Begriffe der Methodenlehre, logische Subsumtion, Lückenergänzung, Inversion, Interessenprüfung usw. c) Begriffe bestimmter Ansichten, Meinungsbegriffe. Dahin gehören die verschiedenen Theorien, Interessenjurisprudenz und Begriffsjurisprudenz, Vertragstheorie und Kreationstheorie bei den Zirkulationspapieren usw."

sonst über die Begriffe aussage. Nirgends findet sich die geringste Andeutung dafür, daß ich etwa gemeint hätte, die Interessenjurisprudenz wolle nur mit Interessen ohne Rechtsbegriffe auskommen. Wo ich diesem Irrtum begegnet bin, habe ich ihn stets bekämpft [149]). Auch die kurzen Bemerkungen in meinem Grundrisse sind in dieser Hinsicht vollkommen unzweideutig. An dieser Stelle habe ich als Beispiele von Begriffen der Interessenseite angeführt [150]): „Interessenlagen, Interessenkonflikte, Werturteile, Wertideen". Die Möglichkeit Begriffe solchen Inhalts zu bilden liegt auf der Hand und ebenso, daß ich mit der Unterscheidbarkeit der Rechtsbegriffe und der Interessenbegriffe gar nichts anderes bezeichne, als diese Möglichkeit.

4. Wenn wir uns nunmehr den Ausführungen Binders zuwenden, so kann kein Zweifel daran bestehen, daß er meine Aussagen bestreiten will. Er hält es für „unmöglich, in der Weise des Verf. den Ordnungsbegriff des Rechts von dem Interessenbegriffe zu trennen" [151]). Er will einen „gewichtigen Einwand gegen seine (meine) Unterscheidung der beiden Rechtsbegriffe" [152]) vorbringen und sagt im Laufe der Erörterung, wie schon oben bemerkt:

„So ist also dem Rechtsbegriffe dieser Zweck immanent und muß daher der Gebotsbegriff mit dem Interessenbegriff völlig zusammenfallen."

Er schließt mit der Feststellung:

„Dieser teleologische Rechtsbegriff also, der nach dem Gesagten nur einer sein kann, hat als solcher alle Funktionen des Begriffes, und vor allem die Bedeutung, ‚Interessenbegriff' und ‚Gebotsbegriff' im Sinne des Verfassers in einem zu sein."

5. Die Worte Binders ergeben in ihrer Beziehung auf meine Rede den objektiven Sinn, daß Binder die von mir behauptete Unterscheidbarkeit von Rechtsbegriff und Interessenbegriff leugnet. Dieser objektive Sinn würde aber ein Unsinn sein,

149) Vgl. die Anführungen oben S. 150 Anm. 8.
150) Grundriß S. 472 Nr. 3.
151) S. 74.
152) A. a. O. S. 75.

den Binder niemals gewollt haben kann. Meine Aussage, daß außer den Rechtsbegriffen auch Interessenbegriffe gebildet und gebraucht werden, die nicht Rechtsbegriffe sind, ist ganz selbstverständlich. Kein Mensch wird verkennen, daß wir Gesetzesinhalt und Gesetzeszweck, dispositio und ratio legis, unterscheiden können, daß wir von einer Verkehrssicherheit, von Kontinuitätsinteresse usw. reden, ohne damit Rechtsbegriffe zu meinen. Ich würde Binder schweres Unrecht tun, wenn ich einen Augenblick annehmen wollte, daß Binder solche Lebenstatsachen in Abrede stellen wollte. Er hat dies nach dem objektiven Sinne seiner Rede getan. Aber deshalb ist es sicher, daß er das Gesagte nicht gedacht hat. Es liegt ein Erklärungsirrtum vor. Das Hauptargument Binders ist eine Fehlbehauptung. Wir haben den umgekehrten Fall vor uns, wie in dem bekannten Falle des versteckten Dissenses bei einem Vertrage. Was bei Binder vorliegt, ist ein versteckter Konsens. Binder hätte auch seinerseits meiner wirklichen Aussage zugestimmt und hat sie nur deshalb bestritten, weil er sie falsch verstanden hat. Aber wie ist dieses Mißverständnis zustande gekommen?

6. Gewisse Irrtumsbilder sind deutlich erkennbar. Ich hatte darauf hingewiesen, daß wir mit demselben Rechtsworte, z. B. mit Gesellschaft, Staat usw., verschiedenartige Begriffe verbinden können [153]). Binder hat infolge eines Leseversehens geglaubt, daß ich von mehreren Begriffen desselben Gegenstandes rede und die Zulässigkeit dieses Sprachgebrauchs in sehr anfechtbarer Weise bestritten. Er hat infolge Unkenntnis meiner Begriffsbildung [154]) übersehen, daß ich als eine Art der Rechtsbegriffe auch Gesamtbegriffe kenne (Gebots- und Interessengehalt), die namentlich bei der Systembildung in Anwendung kommen. Er hat mir deshalb

153) Grundriß S. 472, 3 und eingehender „Begriffsbildung" S. 57 ff.

154) Binder beruft sich S. 74 auf meine „Auslegung", um mittelbar nachzuweisen, daß ich solche Begriffe anerkennen müsse. Wenn er meine Begriffsbildung gelesen hätte (S. 56, 57, 180, 181), so hätte er dort diese Gesamtbegriffe in genauer Kennzeichnung vorgefunden und nicht notwendig gehabt, sie aus Gedankengängen der Auslegung zu folgern.

berichtigend entgegengehalten, daß der Rechtsbegriff, bei dem er nur an den Systembegriff denkt, auch eine Interessenseite einschließe. Das sind Irrtümer. Aber sie sind nicht geeignet, den großen Erklärungsirrtum verständlich zu machen. Sein Zustandekommen ist das erste Rätsel, das uns die logische Widerlegung bietet.

C. Das Endergebnis Binders. § 10.

1. Auf denjenigen, der mit dem Methodenstreite vertraut der logischen Kritik gefolgt ist, muß das Endergebnis, zu dem Binder gelangt, überraschend wirken. Das Ergebnis wird zunächst auf S. 79 dahin bestimmt:

„daß der von der neuen Richtung behauptete Gegensatz von Begriffs- und Interessenjurisprudenz nur dann einen Sinn hat, wenn die Begriffsjurisprudenz ihre Aufgabe verkennt, wenn sie sich der abstrakten Logik zur Bildung ihrer Begriffe bedient, was nach dem Gesagten ganz unmöglich ist".

Im Schlußsatze S. 82 wird zusammenfassend gesagt, daß es einer wesentlichen Berichtigung der Interessenjurisprudenz bedürfe, und

„dann wird es sich zeigen, daß auch der behauptete Gegensatz zwischen Begriffs- und Interessenjurisprudenz in Wahrheit nicht besteht".

Dieses Ergebnis ist aus zwei Gründen überraschend: a) wegen der Inhaltslosigkeit der Berichtigung, b) wegen des Fehlens eines Zusammenhangs mit dem Hauptargument. Es sind zwei neue Rätsel, die auftauchen.

2. Die Inhaltslosigkeit der Berichtigung ergibt sich aus folgender Erwägung. Wie oben [155]) ausgeführt, hat unsere Methode nur gegen die unrichtige Begriffsjurisprudenz gekämpft und eine Rechtswissenschaft gefordert, welche mit der Bildung von Rechtsbegriffen die Interessenforschung verbindet, und daher als eine Verbindung von Begriffs- und Interessenjurisprudenz bezeichnet werden kann. Binder hat das selbst an anderer Stelle [156]) an-

155) S. 144 und S. 149 ff.

156) A. a. O. S. 53. Vgl. oben S. 151.

erkannt und ausgeführt, daß wir nur die falsche Begriffsjurisprudenz bekämpfen und die richtige Begriffsbildung und Anwendung vertreten. Das Schlußergebnis Binders ist also nichts anderes als eine Bestätigung unserer eigenen Stellungnahme. Aber Binder hält an dieser Stelle die Bestätigung für eine noch dazu wesentliche Berichtigung. Das ist ein merkwürdiges Schlußergebnis. Wenn es gestattet wäre, ein alttestamentliches Gleichnis zu gebrauchen, so ließe sich Binder mit dem biblischen Bileam vergleichen, der auszog, um zu fluchen und schließlich gesegnet hat [157]). Beachtenswert ist, daß Binder die Identität der richtigen Begriffsjurisprudenz nicht mit der teleologischen, sondern mit der Interessenjurisprudenz behauptet. Dadurch hat er sich auch in dem Unterprobleme der Gliederungstiefe (oben S. 142) auf unsere Seite gestellt, so daß sich die volle Zugehörigkeit zu unserer Richtung ergibt.

Diese Auffassung der vollen Bestätigung als wesentliche Berichtigung, das ist das zweite Rätsel, das uns die logische Widerlegung aufgibt.

3. Das Schlußergebnis Binders ist keine Berichtigung, aber ist sachlich durchaus richtig. Dasjenige Hauptargument, aus dem Binder seine richtige Ansicht folgert, haben wir oben [158]) als Fehlbehauptung erkannt. Wie kann ein Forscher von einer so unrichtigen Grundlage aus zu einem richtigen Ergebnisse gelangen? Das ist das dritte Rätsel.

D. Die Lösung der drei Rätsel. § 11.

1. Bei der Lösung der drei Rätsel ist von dem Endergebnisse Binders auszugehen. Binder will eine Behauptung berichtigen, die er uns zuschreibt, die wir aber nicht aufgestellt haben. Welchen Inhalt hat er dieser Behauptung zugeschrieben? Das ergibt sich aus dem Gegensatze. Der Gegensatz besagt, daß die richtige

157) Mos. 4 § 22 ff. Allerdings hatte es Bileam mit dem Volk Israel zu tun, Binder aber mit einer rein arischen Forschergruppe. Vgl. oben S. 150 Nr. 2.

158) Oben S. 114 ff.

Wissenschaft zugleich Rechtsbegriffe bilden und Interessenjurisprudenz sein muß. Daraus folgt, daß Binder bei der Formung seines Schlußsatzes uns die Meinung zugeschrieben hat, daß einer Wissenschaft, die Rechtsbegriffe bildet, eine andere Wissenschaft gegenüberzustellen sei, die mit Interessenbegriffen auskomme. Diese Meinung haben wir nie vertreten, aber sie ist uns zugeschrieben worden durch den alten Irrtum, den wir früher [159]) erörtert haben, durch das Phantom der begriffsfreien Interessenjurisprudenz. Daraus folgt, daß Binder, als er dieses Endergebnis niederschrieb, noch in jenem alten Irrtume befangen war.

2. Die gefundene Lösung wird nun dadurch bestätigt, daß sie auch das Hauptargument verständlich macht. Die Behauptung der Untrennbarkeit von Rechtsbegriff und von Interessenbegriff ist bezogen auf unsere wirkliche Ansicht vollkommen unsinnig. Aber sie erhält sofort einen guten Sinn, wenn man ihr den alten Irrtum gegenüberstellt, daß wir eine von den Rechtsbegriffen befreite Interessenjurisprudenz für möglich hielten und diese Wissenschaft an die Stelle der bisherigen Rechtsbegriffe bildenden Wissenschaft setzen wollten. Eine Trennung der beiden Begriffsarten im Sinne einer Ausschaltung der Rechtsbegriffe aus unserer Wissenschaft wäre allerdings eine unmögliche Forderung. Ihr gegenüber würde die Behauptung der Untrennbarkeit, wie sie Binder aufstellt und näher begründet, nicht mehr als Fehlbehauptung, sondern als zutreffende Widerlegung zu beurteilen sein.

3. Zugleich mit den beiden ersten Rätseln löst sich auch das dritte. Der fehlende Zusammenhang zwischen Hauptargument und Endergebnis stellt sich ein. Wenn dem gedachten Irrtume durch das Hauptargument die Grundlage entzogen wird, dann muß die vermeintliche Unterscheidung der beiden Wissenschaften wegfallen.

4. Bei unserer Annahme hat also Binder ursprünglich unter der Einwirkung des alten Irrtums gestanden, aber durchaus folgerichtig gearbeitet. Er hat die vorgestellte Irrlehre mit dem zu-

159) Vgl. oben S. 145 ff.

treffenden Argumente bekämpft und sie durch den richtigen Gegensatz berichtigt. Aber es war eben ein Phantom, nicht unsere Ansicht, auf die Binders Polemik eingestellt war. Binder hat dann später sich mit der Interessenjurisprudenz näher beschäftigt und die richtige Einsicht gewonnen. Aber er hat es leider versäumt, die Folgerung für seine Polemik zu ziehen, ihre Gestalt dieser Einsicht anzupassen. Dadurch hat seine Polemik einen neuen Gegner erhalten, auf den sie nicht berechnet war und auf den sie auch nicht paßt. Das Fehlen dieser Anpassung hat die drei Rätsel ergeben, die sich gleichzeitig lösen.

5. Die vorstehende Erklärung ist möglich, aber sie ist auch die einzige, die zutrifft. Zu ihren Gunsten spricht, daß Binder in seiner Rechtsphilosophie (1925) unsere Methode noch gar nicht kannte und daß sich auch sonst wie oben (S. 151 ff.) ausgeführt, Nachwirkungen des alten Irrtums erkennen lassen. Eine weitere Bestätigung ergibt sich dadurch, daß ich dasselbe Ergebnis bei Hönigswald auf denselben Irrtum zurückführen mußte [160]). Wenn Binder die vollen Folgen aus seiner späteren richtigen Beurteilung unserer Lehre gezogen hätte, so hätte er seinen Schlußsatz als Bestätigung aufgefaßt, deshalb seine logische Widerlegung gestrichen und sich vielleicht überhaupt als den Methodengenossen unserer Richtung erkannt, der er in Wirklichkeit ist.

6. Nicht ganz verständlich bleibt mir zweierlei: Einmal der Umstand, daß Binder nicht selbst die Widersprüche seiner Darstellung gesehen hat. Diese Widersprüche sind ja ganz offensichtlich. Zweitens kann ich es nicht recht begreifen, weshalb Binder mein Buch über die Begriffsbildung nicht berücksichtigt. Binder will die Ansichten der Interessenjurisprudenz über Begriffsbildung und Begriffsarten als logisch unrichtig beanstanden. Aber er begnügt sich mit den wenigen Seiten im Anhange meines Grundrisses. Es scheint mir, daß einem Forscher, der sich mit Binders Absicht trug, schon der Titel meines späteren Buches „Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz" den Gedanken nahe-

160) Dieses Archiv 138 S. 149.

legen mußte, daß dieses Buch etwas für ihn Wichtiges enthalten könnte.

Wie dem auch sein mag, so viel ist sicher, daß die logische Widerlegung unserer Methode ebenso ausschließlich auf Mißverständnissen aufgebaut ist, wie die Generalkritik. Die in Wirklichkeit von uns vertretene Lehre wird von keiner der Einwendungen überhaupt berührt. Dieses Urteil, das ich zu Beginn meiner Ausführungen S. 134, 35 vorgetragen hatte, dürfte jetzt erwiesen sein. Wir können uns anderen Gegnern zuwenden.

Einleitung: Probleme und Stellungnahme. § 1. S. 130 ff. — Erster Teil: Die Kritik von Julius Binder. S. 139—202. — Zweiter Teil: Sonstige Stellungnahmen. A. Karl Larenz. § 12. S. 297. B. Erich Genzmer. § 13. S 310. C. Wolfgang Siebert. § 14 S. 316.— Schlußbetrachtung: Die Ursachen der Mißverständnisse. § 15. S. 324.

Zweiter Teil.

Sonstige Stellungnahmen.

A. Karl Larenz. § 12.

I. Allgemeines. — II. Gruppenbildung. — III. Einordnung in den Positivismus. — IV. Polemik gegen meine Konfliktstheorie. — V. Polemik gegen die Abwägung von Interessen. — VI. Sonderbeurteilung von Stoll. — VII. Die Normgewinnung nach Larenz.

Abkürzungen: Oben S. 129. Außerdem: DRW. = Deutsche Rechtswissenschaft, im Auftrage des Reichs- und Preußischen Ministers für Wissenschaft Bernhard Rust und des Reichsministers Dr. jur. Hans Frank, hrsg. von Karl August Eckhardt, 1. Band, 1. Heft, Januar 1936. Rechtserneuerung = Heck, „Rechtserneuerung und juristische Methode" in „Recht und Staat", Nr. 118, 1936.

I. Nach Binder hat Larenz[161]) zur Interessenjurisprudenz Stellung genommen. Auch Larenz ist ein Rechts-

161) K. Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. Berlin 1935, S. 20 ff.

philosoph, den ich hoch einschätze. Aber seiner Darstellung und Beurteilung unserer Lehre muß ich auf das Bestimmteste widersprechen. Die Übereinstimmungen mit Binder sind weitgehend. Wiederum finden wir eine sehr warme Anerkennung meiner praktischen Ergebnisse und eine scharfe Ablehnung meiner Methode. Wiederum fehlt die Berücksichtigung meines Buches über Begriffsbildung [162]). Wiederum begegnen uns die Verkoppelung mit der soziologischen Lehre, die Einreihung unserer Lehre in den Positivismus, die Beanstandung der Konfliktsschau und der Vorwurf, daß uns ein Maßstab für die Abwägung der Interessen fehle. Auch Larenz ist Anhänger der teleologischen Methode und gelangt infolge seiner Mißverständnisse in seiner Rechtsphilosophie dazu, die Grundgedanken unserer abgelehnten Richtung als wichtigste Ergebnisse seiner eigenen Rechtsphilosophie vorzutragen.

II. Die Vereinigung mit der soziologischen Lehre ist vielleicht noch enger als bei Binder. Die soziologische Lehre Ehrlichs erscheint mit unserer Methode zusammen unter der gemeinsamen Überschrift „Interessenjurisprudenz", und zwar unter der höheren Rubrik „Rechtsphilosophie als Wissenschaftslehre". Gegen diese Darstellung muß ich einen doppelten Widerspruch erheben. Es ist unzulässig, unsere Methode als Rechtsphilosophie zu beurteilen. Wir haben niemals den Anspruch erhoben, eine Rechtsphilosophie zu geben oder die Rechtsphilosophie ersetzen zu wollen. Vielmehr habe ich immer betont, daß die Interessenjurisprudenz nichts sein will als eine Methodenlehre der praktischen Rechtswissenschaft und daß die Rechtsphilosophie als besondere Wissenschaft neben der praktischen Rechtswissenschaft stehe, für die sie

---

162) Larenz bedauert, daß die Angaben des Schrifttums über die Entstehung der Interessenjurisprudenz „sehr dürftig" seien. Er hätte die vermißten Angaben in meiner „Begriffsbildung" S. 30 ff. gefunden. Auch in dem Schriftenverzeichnisse, das Larenz diesem Abschnitte beifügt, wird nur meine Auslegung angeführt. Die Begriffsbildung, die für Larenz noch wichtiger war, fehlt. Das Übersehen ist bei dem Umfange des Schrifttums begreiflich, war aber doch geeignet, Irrtümer zu ermöglichen.

wertvolle Belehrung bieten könne [163]). Ich halte es für ungerecht, wenn uns ein anderes Ziel untergelegt wird, als wir verfolgen, um uns dann die Nichterreichung dieses uns fremden Zieles vorzuwerfen. Zweitens muß ich die Zusammenstellung mit der soziologischen Lehre beanstanden. Larenz sagt:

„Mit dem Aufkommen der rechtssoziologischen Bestrebungen hängt eine methodische Richtung innerhalb der Rechtswissenschaft zusammen, die unbestreitbar große Verdienste um die Reform der Rechtswissenschaft hat: die Interessenjurisprudenz."

Die Annahme des Zusammenhangs ist ein Irrtum. Meine Methode ist älter als die Rechtssoziologie [164]). Wir berühren uns mit Ehrlich nur darin, daß wir die alte Begriffsjurisprudenz bekämpfen, aber unsere eigenen Ansichten über die Rechtsgewinnung gehen weit auseinander.

III. Die Einordnung in den Positivismus, und zwar in den juristischen Positivismus, wird noch bestimmter vertreten als bei Binder. Larenz kommt zu dem Schlusse, daß unsere Richtung „neben der Begriffsjurisprudenz die andere Form des juristischen Positivismus darstellt" (S. 24). Die m. E. offenliegenden Gegengründe werden gar nicht berücksichtigt. a) Unsere Lehre von der Lückenergänzung durch richterliche Rechtsschöpfung mit Eingreifen irrationaler Elemente wird merkwürdigerweise nirgends erwähnt. Daher wird auch nicht der große Gegensatz gesehen, der uns in dieser Hinsicht von dem Positivismus trennt. b) Eine andere Seite des Positivismus wird stark betont. Auf S. 151 sagt Larenz:

„Die Abkehr der neuen deutschen Rechtswissenschaft vom Positivismus kommt vielleicht in nichts deutlicher zum Ausdruck als in der Forderung, die Rechtswissenschaft solle eine bewußt ‚politische Wissenschaft' werden."

„Auf nichts legte der Positivist der vergangenen Jahrzehnte größeren Wert als darauf, in seiner Wissenschaft ‚unpolitisch' zu erscheinen, sich des eigenen wertenden Urteils zu entschlagen, um desto reiner die Wertungen der ‚tonangebenden Schicht' oder des jeweiligen Gesetzgebers zu befolgen. Daß die Wissenschaft nicht nur einen jeweilig vorhandenen Rechtszustand abbilden, sondern an der Ge-

163) Begriffsbildung S. 28, Ziv. Arch. 137 S. 63, Interessenjurisprudenz S. 7, 8, ebenso Stoll, Juristische Methode S. 2 ff.

164) Vgl. oben S. 152 Anm. 54.

staltung des völkischen Rechtsgeistes schöpferisch und verantwortlich mitwirken solle, widerspricht seiner Grundanschauung durchaus. Eben das aber begreift die heutige deutsche Rechtswissenschaft als ihre eigentliche Aufgabe."

Von unserer Stellungnahme zu dieser Frage wird nichts erwähnt. Tatsächlich habe ich schon in meiner Programmschrift „Die große Haverei" 1889 im Vorworte gesagt, daß ich mir zwei Aufgaben stelle, die Darstellung des geltenden Rechts und seine Kritik. Zur Begründung dieser zweiten Aufgabe füge ich hinzu:

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

Dieses Programm habe ich im einzelnen [165]) durchgeführt und dementsprechend meine Arbeit mit zwei Gesetzentwürfen abgeschlossen [166]). Es scheint mir klar zu sein, daß Larenz mich schon in Hinblick auf diese Stellungnahme nicht als einen Positivisten bezeichnen durfte, sondern als einen frühen Vorläufer der heutigen deutschen Rechtswissenschaft. Auch Triepel, der für die „politische Methode" besonders nachdrücklich eingetreten ist [167], gebraucht das Wort gleichbedeutend mit Interessenjurisprudenz. c) Mein Hinweis auf das Eingreifen irrationaler Elemente der Eigenwertung, der dialektische Zug meiner Rechtstheorie (oben S. 165), wird von Larenz in das Gegenteil verkehrt [168]). Auch die Auffassung der alten Begriffsjurisprudenz als zweite Unterabteilung des Positivismus ist unrichtig [168a]).

---

165) Ein wesentliches Hilfsmittel der Rechtspolitik ist die Rechtsvergleichung. Deshalb habe ich in meiner großen Haverei die Rechtsvergleichung in besonders großem Umfange gehandhabt.

166) Auf diese Seite meiner Methode habe ich auch später nachdrücklich hingewiesen. Vgl. Begriffsbildung S. 136 Nr. 7.

167) „Staatsrecht und Politik", Berliner Rektoratsrede 1927, S. 40, auch S. 20, 21, 25. Näheres Begriffsbildung S. 6, 7.

168) A. a. O. S. 24.

168a) Diese Einordnung ist doppelt unrichtig: Einmal hat es einen strengen, philosophiefreien Positivismus gegeben, der die Inversionsmethode ablehnte (z. B. Bergbohm, Kelsen), vgl. Rechtsgewinnung S. 8 Nr. 2. Zweitens ist die technische Begriffsjurisprudenz nicht erst mit dem philosophiefreien Positivismus

IV. An diese unrichtige Grundauffassung schließt sich eine scharfe Polemik gegen meine Methode, die sowohl gegen die genetische Interessentheorie (Konfliktstheorie der Rechtsnorm) als gegen die produktive Seite (Rechtsfindung) gerichtet ist. Nach beiden Richtungen begegnen uns wiederum unrichtige und irreführende Angaben über meine Ansichten. Wir wollen zunächst die Kritik der genetischen Interessentheorie ins Auge fassen.

1. Die genetische Interessentheorie ist von Jhering begründet worden und besteht in der Einsicht, daß das Recht durch die kausale Einwirkung von menschlichen Interessen, also Wertbegehrungen oder Lebensidealen entstanden ist. Dieser Ansicht habe ich in einem Leitsatze Ausdruck gegeben, den Larenz anführt:

„Die Gesetze sind die Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenübertretenden und um Anerkennung ringenden Interessen materieller, nationaler, religiöser und ethischer Richtung“ [169]).

Die Interessen können sehr verschiedener Art sein. Eine Sonderstellung räume ich den Gemeinschaftsinteressen ein, und zwar aus zwei Gründen: 1. Sie sind immer beteiligt. Es gibt keine Rechtsnorm, die nicht durch die Gemeinschaftsinteressen gefordert wird [170]). 2. Sie ergeben den Maßstab für die Abwägung der

aufgekommen und nicht von dem Philosophiemangel abhängig, sondern sie war schon während der idealistischen Philosophie der historischen Rechtsschule vorhanden (vgl. oben S. 140, 148, 149). Ja es droht uns zur Zeit eine Erneuerung der Begriffsjurisprudenz, und zwar gerade durch die Rechtsphilosophie selbst, die Karl Larenz vertritt. Die Überwindung der Jurisprudenz durch die Rechtsphilosophie, die von Larenz angestrebt wird (Rechtsphilosophie S. 168 ff.), würde die Wiederkehr einer Begriffsjurisprudenz mit allen Nachteilen der Vergangenheit zur Folge haben.

169) Auslegung S. 17. Begriffsbildung S. 74, ebenso Stoll S. 8: „Die neue Richtung leugnet die Kausalität der Begriffe und setzt an ihre Stelle die Kausalität der Interessen. Weil die Rechtssätze sich nicht auf Begriffe zurückführen lassen, sondern aus Interessenwirkung entstanden sind, verwirft die Interessenjurisprudenz die begriffsjuristische Kausaldarstellung des Rechts und verlangt eine Erklärung der Gesetzesnormen aus der Anschauung des Lebens und aus den Lebensverhältnissen.“

170) Begriffsbildung S. 89. Vgl. die oben S. 180 abgedruckte Anmerkung 129.

übrigen Interessen [171]). Ich habe sie deshalb früher gelegentlich als die Entscheidungsinteressen bezeichnet [172]) und möchte auf dieses Kennwort in der Erörterung mit Larenz hinweisen, weil es meinen von Larenz verkannten Standpunkt deutlich zum Ausdruck bringt.

2. Die genetische Interessentheorie Jherings habe ich näher bestimmt und fortgebildet durch meine „Konfliktstheorie". Ihren Inhalt habe ich oben S. 180 eingehend erläutert und will nur zweierlei hinzufügen: 1. Die Konfliktstheorie wird nicht nur von mir selbst, sondern auch von den anderen Vertretern unserer Methode, beispielsweise von Heinrich Stoll [173]) als Grundlage der Normgewinnung anerkannt. 2. Die Konfliktstheorie ist aber auch wesentlich für das Verständnis und die Durchführung des inneren Systems [174]). Sie beruht auf der Beobachtung der Lebensvorgänge bei der Entstehung einer Rechtsnorm. Ich habe

---

171) Vgl. Grundlagen S. 150 f. „Wie die Rechtsordnung als Ganzes gewürdigt eine Ordnung und Wahrung der menschlichen Interessen darstellt, so beruht auch jedes einzelne Rechtsgebot auf einer Abwägung von Interessen. Handelt es sich um einen Konflikt privater Interessen, so ergibt sich der Maßstab aus dem Werturteile, das in der Gemeinschaft zur Herrschaft gelangt ist und das seinerseits auf Gemeinschaftsinteressen beruht."

172) Z. B. Auslegung S. 232 Anm. 357: „Die Abwägung einander gegenüberstehender Interessen beruht ... auf dem Eingreifen von Entscheidungsinteressen, tiefer liegenden Gemeinschaftsinteressen, die das Werturteil bestimmen, ist also auch wieder Interessenberücksichtigung. Nur handelt es sich bei den Entscheidungsinteressen auch auf dem Gebiete des Privatrechts in letzter Linie um Gesamtinteressen der Gemeinschaft." Die Hervorhebung habe ich nachträglich vorgenommen.

173) Vgl. Stoll S. 13: „Wir sind daher gewohnt zu verlangen, daß Sinn und Zweck des Gesetzes zu erforschen sind. Aber auch damit begnügt sich die Interessenjurisprudenz nicht: der Zweck des Gesetzes ist nur ein Ergebnis der Interessenwertung. Nicht nur der Zweck des Gesetzes, sondern vor allem der ihm zugrunde liegende Interessenkonflikt muß klar erkannt werden. Der Richter prüft: welche Interessen hat das Gesetz vor Augen gehabt, wie und aus welchem Grunde hat es sie gewürdigt und den Interessenkonflikt entschieden?"

174) Begriffsbildung S. 148 ff.

sie mehr als 45 Jahre lang auf den verschiedenen Rechtsgebieten erprobt und überall als zutreffend befunden.

3. Der Bericht, den Larenz gibt, weist verschiedene Unrichtigkeiten auf. Larenz beurteilt meine Konfliktstheorie mit den Worten:

„Das Recht als kausales Produkt gesellschaftlicher Interessen betrachten, heißt, ihm seine sittliche Überlegenheit abzusprechen; es ist Positivismus wie die ‚Allgemeine Rechtslehre'." (a. a. O. S. 24 oben).

Von einem Produkte gesellschaftlicher Interessen habe ich aber nie gesprochen. Diese Wortfassung würde gerade diejenigen Interessen ausschließen, die ich als Entscheidungsinteressen betrachte, nämlich die Gemeinschaftsinteressen und mit ihnen das Interesse an der Gerechtigkeit der Norm, auf die unsere Lehre der Sache nach ebensoviel Gewicht legt wie die Rechtsphilosophie[175]). Larenz sagt ferner, daß nach unserer Ansicht das Recht

„es ausschließlich oder doch ganz vorwiegend mit der Regelung von Interessenkonflikten zu tun habe, daß sich also immer zwei Interessen feindlich gegenüberständen, von denen das eine stärker, das andere weniger zu berücksichtigen sei". (a. a. O. S. 22).

Von einem feindlichen Gegensatz habe ich wiederum nie gesprochen. Der Ausdruck würde auf die Sozialkonflikte nicht zutreffen und ebensowenig auf die inneren Konflikte des Gesetzgebers[175a]). Erst recht irrtümlich ist die Beschränkung der Anteilnahme auf zwei Interessen (der Zahlenirrtum von Larenz). Eine solche Zahlenbeschränkung hat mir völlig ferngelegen. Sie ist auch für das Obligationenrecht durch das ausnahmslose[175b]) Eingreifen von Gemeinschaftsinteressen ausgeschlossen und kann für die Normen der absoluten Rechte (Sachenrecht, Urheberrecht, Familienrecht), durch die nach meiner Lehre gleichfalls Interessenkonflikte entschieden werden, gar nicht in Frage kommen. In meinen Schriften findet sich die Zahlenbeschränkung niemals. Das Mißverständnis von Larenz wird durch nichts gerechtfertigt.

175) Vgl. oben S. 164.

175a) Vgl. oben S. 182 Nr. 4.

175b) Vgl. oben S. 168 Anm. 98, 175, Anm. 116, 187, Anm. 128.

Auch wenn man diese Mißverständnisse von Larenz in Betracht zieht, so wirkt sein Gesamturteil doch überraschend:

4. Larenz faßt sein Urteil über meine Konfliktsschau wie folgt zusammen:

„Diese Vorstellung trifft eigentlich nur auf das Obligationenrecht in seiner gemeinrechtlichen Zuspitzung zu, in dem sich in der Tat immer Gläubiger und Schuldner miteinander entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen. Sie paßt nicht auf alle vom Recht geordneten Gemeinschaftsverhältnisse, in denen der Gemeinschaftsgedanke den vielleicht einander widerstreitenden Interessen der einzelnen überlegen oder aber ein Interessenwiderstreit gar nicht vorhanden ist. So paßt die Vorstellung des Interessenkonflikts nicht auf die Regelung der Ehe, der Kindschaft, der Genossenschaften und Verbände, ja nicht einmal auf die Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts, kurz auf das ganze von Otto von Gierke so genannte Sozialrecht. Sie paßt heute nicht mehr auf die Betriebsgemeinschaft, auf die Regelung des Anerbenrechts und vieler anderer Rechtsverhältnisse. Der Anerbe erhält den Hof nicht, weil sein Interesse das stärkere wäre, sondern um der Sippe und der völkischen Aufgabe des Bauerntums wegen. Die ‚Interessen' der ‚weichenden Erben' treten zwar, oberflächlich gesehen, hinter das Gesamtinteresse der Sippe und des Volkes zurück, aber dies ‚Gesamtinteresse' steht zu ihrem Interesse in keinem ausschließlichen Gegensatz, da sie ja selbst Glieder ihrer Sippe und ihres Volkes sind. Der Gemeinschaftsgedanke überwindet also den Interessen gegensatz."

5. Das Endergebnis von Larenz geht also dahin, daß diejenigen Interessenkonflikte, deren allgemeine Verbreitung von unserer Methode angenommen wird, sich nur auf dem Gebiete des Obligationenrechts und auch auf ihm nur teilweise finden. Dieses Ergebnis würde, wenn es richtig wäre, für unsere Methode vernichtend sein. Vernichtend auch für die Bewertung meiner wissenschaftlichen Arbeit. Nach Larenz habe ich 45 Jahre lang auf Grund einer vermeintlichen Lebenserscheinung gearbeitet, die Larenz als Phantom erwiesen hat. Das Ergebnis von Larenz würde aber noch weiter wirken. Es würde jede lebensrichtige Rechtspflege ausschließen. Denn der Praktiker, der richtig arbeitet, fragt ganz von selbst nach allen durch das Gesetz berücksichtigten und abgewogenen Lebensinteressen, auch wenn er von unserer Methodenlehre gar nichts weiß. Das Endergebnis von Larenz würde also verhängnisvoll wirken, wenn es richtig wäre. Aber es

ist ganz sicher unrichtig. Die Interessenkonflikte sind überall vorhanden. Jede Rechtsnorm beruht auf der Entscheidung eines Interessenkonflikts. Larenz hat diese Lebenserscheinung nur nicht gesehen, und zwar aus verschiedenen Gründen.

6. Als Ausgangspunkt will ich das von Larenz hervorgehobene Gegenbeispiel des Anerbenrechts wählen.

Larenz lehnt zunächst die Auffassung ab, daß der Anerbe wegen der Stärke seiner Interessen bevorzugt werde. Natürlich habe ich den Gedanken an eine quantitative Abwägung niemals gehegt, sondern dieses Mißverständnis schon früher abgelehnt [176]). Im übrigen hat auch Larenz gesehen, daß sich bei der Norm eine Einwirkung auf Gegeninteressen beobachten läßt, nämlich das Zurücktreten der Interessen der weichenden Erben vor dem Gesamtinteresse der Sippe und des Volkes. Aber er erklärt diese Beobachtung als „oberflächlich gesehen" und schließt mit den Worten:

„Der Gemeinschaftsgedanke überwindet also den Interessengegensatz."

Nun schließt die Mitbeteiligung der weichenden Erben an dem Volksinteresse nicht aus, daß für den konkreten Erbfall ihr egoistisches Interesse größer ist, wie wir dies oben [177]) für die Steuerkonflikte ausgeführt haben. Auch Larenz kann dies nicht verkannt haben [178]). Deshalb ist, wie auch spätere Ausführungen beweisen, der wahre Grund für die Verneinung des Interessenkonflikts ein anderer. Es ist derselbe Grund, den wir oben S. 187 bei Binder gefunden haben, die dialektische Aufhebung des Gegensatzes durch die Synthese der Gemeinschaft. Es handelt sich also bei Larenz wie bei Binder um die Verdrängung der Konfliktsbeobachtung durch die philosophische Konstruktion einer Interessenseinheit.

---

176) Der Irrtum von Larenz findet sich schon bei Kantorowicz. Vgl. Rechtsgewinnung S. 69 Anm. 2 und meine Zurückweisung im Texte.

177) S. 183, a.

178) Allerdings ist es möglich, daß seine Vorstellung, ich fordere „feindliche" Interessen, die Stellungnahme beeinflußt hat. Von einem ausschließlichen Interessengegensatz habe ich niemals geredet.

Die Leugnung der Interessenkonflikte für das ganze Gebiet des Sozialrechts beruht offenbar auf der gleichen Grundlage und fällt zusammen, sobald wir an der Lebensschau festhalten.

Das Bedeutsame ist nun, daß Larenz diese Forderung in eine Kritik unserer Methode einstellt. Er richtet sich ganz unmittelbar an die praktische Rechtswissenschaft. Er verlangt, daß wir die Vorstellung der Sozialkonflikte aufgeben. Auf das Steuerrecht übertragen würde die Forderung von Larenz dahin gehen, daß die Steuerpraktiker ihre bisherige Vorstellung, es könne hinsichtlich der Steuerzahlung ein Widerstreit zwischen den fiskalischen Interessen und den Privatinteressen der Steuerzahler vorkommen, als „oberflächlich gesehen" fallen lassen und statt ihrer die philosophische Lehre von der ausnahmslosen Steuerharmonie ihrer Praxis zugrunde legen. Die philosophische Konstruktion soll für die Praxis an die Stelle der Lebensbeobachtung treten.

7. Neben der philosophischen Konstruktion haben allerdings noch andere Gründe mitgewirkt. Besonders deutlich ist die Einwirkung des Zahlenirrtums (nur zwei Interessen). Auf diesem Irrtume beruht die Sonderstellung, die Larenz dem Gebiete des Schuldrechts einräumt und die auch für dieses Gebiet, dort, wo Larenz das Eingreifen der Gemeinschaftsinteressen erkennt, vorgesehene Beschränkung. Ferner scheint Larenz übersehen zu haben, daß meine Konfliktstheorie sich nur auf die einzelne Rechtsnorm, das Rechtsgebot, bezieht. Es ist mir niemals eingefallen, ganze Institute, z. B. die Ehe, als Entscheidung eines Interessenkonfliktes anzusehen, während Larenz mir gerade „Institute" als Gegenbeweis entgegenhält. Aber zu diesen besonderen Irrtümern tritt noch ein allgemeinerer Grund, welcher allein ihre Möglichkeit erklärt. Dieser allgemeine Grund ist ein weitgehender Mangel an Lebensbeobachtung. Larenz hat die Konfliktstheorie nicht genügend ausgeprobt und von meinen Belegen nicht genügend Kenntnis genommen, sonst wären seine Irrtümer gar nicht möglich gewesen. Er hätte zwar die zweigliedrigen Interessenkonflikte, die er fälschlich sucht, nicht gefunden, aber dafür diejenigen Konfliktsformen, die wir wirklich meinen. Larenz

bestreitet das Vorkommen von Interessenkonflikten auf dem Gebiete des Sachenrechts. Wer meinen Grundriß des Sachenrechts [179]) auch nur flüchtig auf dieses Problem hin durchsieht, kann auf den Gedanken von Larenz gar nicht kommen. Ich habe meine Grundrisse in der Absicht geschrieben, den Kritikern meiner Methode Gelegenheit zur Nachprüfung zu geben. Dieser Zweck wird allerdings verfehlt, wenn die Kritiker davon absehen, meine Schriften zu lesen.

V. Auch die Einwendungen von Larenz gegen unsere Interessenabwägung beruhen auf Mißverständnissen. Larenz meint, daß ich die Gemeinschaftsinteressen nur neben andere Interessen stelle und sagt (S. 23 Abs. 2):

„Gerade daß sie (die Interessenjurisprudenz) die nationalen und ethischen Werte als ‚kausale Interessen' auf die gleiche Stufe mit den materiellen Interessen und neben sie stellt, macht die Unzulänglichkeit der Interessenjurisprudenz deutlich. Sie sieht nicht, daß die nationalen und gemeinschaftsmäßigen Werte gerade den höheren Maßstab bilden, vor denen sich alle bloßen Interessen auf ihre Berechtigung hin ausweisen müssen."

In Wirklichkeit habe ich die Gemeinschaftsinteressen nicht neben, sondern immer über die Privatinteressen gestellt. Ich gebrauche für ihre Stellung gerade dasjenige Wort „Maßstab" [180]), das Larenz bei mir vermißt. Deshalb nenne ich sie „Entscheidungsinteressen". Die Einsicht, die Larenz bei mir nicht findet, habe ich von Anfang an [181]) gehabt und immer wieder hervorgehoben. Auch in meiner Rechtsgewinnung sage ich S. 30,

179) Grundriß des Sachenrechts, z. B. S. 215 ff., 72 ff., 122 ff., 128 und eigentlich überall.

180) Vgl. oben S. 181.

181) So schon in „Große Haverei" S. 590, vgl. oben S. 142, ebenso ZfHR. Bd. 37 S. 278 (1890): „Die Ergänzung (der Lücken) muß erfolgen durch Prüfung der beteiligten Interessen und bei Konflikt derselben durch Abwägung ihres legislativen Wertes. Allerdings unter Berücksichtigung des feststehenden Rechtes. Denn fast jede Norm enthält die Entscheidung eines Interessenkonflikts, somit ein Werturteil, welches der Übertragung auf andere gleichliegende Konfliktsfälle fähig und bedürftig ist."

daß nach meiner Methode im Unterschiede von der Freirechtslehre „der Richter an diejenigen Werturteile gebunden ist, die sich aus dem Gesetz ergeben und eventuell an diejenigen, die in der Rechtsgemeinschaft herrschen, so daß die Eigenwertung des Richters nur ganz subsidiär eingreift".

In der Auslegung bezeichne ich S. 230 als Leitsatz der Lückenergänzung:

„daß der Richter bei der Gebotsbildung an die im Gesetze enthaltenen Werturteile gebunden ist, daß er die Lücken zu ergänzen hat im Sinne des Gesetzgebers".

In der Begriffsbildung sage ich S. 106 zunächst:

„Ausgangspunkt ist die Erwägung, daß der Gesetzgeber die menschlichen Interessen nach Werturteilen gegeneinander abgrenzen will und daß der Richter die Aufgabe hat, dieses Endziel durch seine Fallentscheidungen zu verwirklichen."

Dann behandle ich die verschiedenen Fallgestaltungen und unter Nr. 3 den Lückenfall mit folgenden Worten:

„Das Ergebnis kann sein, daß eine Lücke vorliegt, eine nicht gewollte Unbestimmtheit des Gesetzes oder ein Fehlen der anwendbaren Gebote. Auch diese Lücke ist durch Interessenabgrenzung unter Bindung an die Werturteile des Gesetzgebers und unter subsidiärem Eingreifen der Eigenwertung auszufüllen.

Die gleiche Maxime findet sich in meinem Schuldrechte (S. 411 Nr. 6) und in der Interessenjurisprudenz S. 29, 30).

Die Vorstellung von Larenz, daß mir die entscheidende Bedeutung der gesetzlichen Werturteile entgangen sei, ist ein weitgehendes Mißverständnis.

VI. Einen weiteren Beleg für das Mißverstehen meiner Ansichten bietet auch die Stellung, die Larenz zu Stoll einnimmt. Er sagt S. 24 unten:

„Stoll faßt die Rechtssätze nicht selbst als bloße Produkte kausaler Interessenstrebungen auf, sondern betont lediglich, daß jeder Rechtssatz bestimmte Interessen bewerte. Der Richter hat das dem Rechtssatz zugrunde liegende Werturteil zu ermitteln und danach selbständig in dem ihm vorliegenden Fall die Interessen der Parteien zu bewerten. Stoll will deshalb statt von „Interessenjurisprudenz" auch lieber von „Wertungsjurisprudenz" sprechen.

Deshalb entferne sich diese Auffassung durchaus von dem positivistischen Rechtsbegriffe. Sie ließe sich innerhalb gewisser

Grenzen sehr wohl mit der idealistischen Rechtsauffassung vereinigen.

Die Sonderbeurteilung Stolls beruht auf zwei Irrtümern: Einmal unterscheidet sich die Methodenlehre Stolls in nichts von der meinigen. Stoll teilt meine Konfliktstheorie [182]) und hat die Bedeutung der gesetzlichen Werturteile nicht hinzufügen wollen, sondern schon bei mir gefunden [183]). Er kennt mich eben genauer als Larenz. Zweitens hat Stoll die Bezeichnung „wertende Jurisprudenz" nicht vorgeschlagen, um seine Lehre von meiner zu unterscheiden, sondern er hat diesen von mir schon früher [184]) als möglich bezeichneten Namen für unsere gemeinsame Methode in Anregung gebracht [185]), um solche Mißverständnisse zu vermeiden, wie wir sie bei Larenz finden.

Wenn nun Stoll kein Positivist ist, so kann ich es ebensowenig sein. Die Meinung, daß Stolls Methode mit der idealistischen Rechtsauffassung vereinbar sei, ist richtig, gilt aber ebenso für meine eigene Ansicht. Die Vereinbarkeit gilt auch bei der umgekehrten Fragestellung. Ich habe schon früher erklärt [186]), daß meine juristischen Ansichten mich nicht hindern würden, der Rechtsphilosophie Schönfelds beizutreten.

VII. Larenz ist selbst Anhänger der teleologischen Methode der Normgewinnung. Er hat unter Behandlung eines Rechtsfalls die Ansicht vertreten, daß die idealistische Auffassung des Rechts die teleologische Methode der Normgewinnung fordere [187]). Er hat in seiner Rechtsphilosophie auf dem Begriffe des Rechts eine juristische Methodenlehre aufgebaut, die inhaltlich, wenn schon nicht in der Begründung, unserer Lehre nahesteht. Larenz ist

182) Vgl. oben S. 302, Anm. 173.

183) Vgl. oben S. 306.

184) Vgl. Grundriß S. 473 Anm. 1: „Man könnte auch von ‚wertender Jurisprudenz' reden, denn die Interessen sind eben Güterbegehrungen, sie richten sich auf Werte. Der Interessenschutz ist Zubilligung von Werten."

185) Stoll, Begriff S. 67 Anm. 1 a. E.

186) Begriffsbildung S. 20 Anm. 2.

187) „Die soziologische Beziehung im Verhältnis von Haupt- und Nebenansprüchen. Ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre", dieses Archiv 129 S. 67 ff.

noch nicht selbst Interessenjurist, aber auf dem Wege es zu werden. Denn die Interessenjurisprudenz ist, wie ich immer wieder betonen muß, nichts anderes als die vertiefte Fortbildung der teleologischen Methode. Die Erforschung der Zwecke ist das Anfangsstadium, auf das die Interessenforschung folgt. Die Erkenntnis des Endzwecks genügt allein noch nicht, um eine lebensrichtige Gesetzesanwendung zu erreichen. Der Inhalt eines Gesetzes wird nicht nur durch den Zweck bestimmt, sondern auch durch die entgegenstehenden und mitberücksichtigten Interessen. Der Zweck des Erbhofgesetzes ist im Gesetze selbst hervorgehoben. Aber bei den Einzelheiten der Durchführung wurde auch auf weichende Interessen Rücksicht genommen (vgl. § 30 ff.). Solche Einzelheiten kann der Ausleger nur verstehen, wenn er sich diese Interessen vorstellt. Deshalb muß der Teleologe bei der praktischen Durchführung nach den Interessen fragen. Und diese Interessenforschung führt zur Konfliktsschau. Der Weg, den Larenz betreten hat, führt notwendig zu der Erkenntnis jener Konflikte, deren Vorstellung er zur Zeit noch bekämpft. Eine philosophische Konfliktsblindheit würde sich in die Praxis übertragen als Rechtsblindheit auswirken.

B. Erich Genzmer. § 13.

I. Genzmer ist durchaus kein Gegner der Interessenjurisprudenz. Er billigt unsere Methode für die Gegenwart. Aber auch nur für die Gegenwart. Er hat ihr eine Stellung in der Geistesgeschichte zugewiesen, die ich nicht für richtig halte [188]). In der Auffassung Genzmers sind drei Leitsätze zu unterscheiden:

1. Genzmer [189]) führt die alte Lehre von der Geschlossenheit der Rechtsordnung mit ihren Folgewirkungen auf die mittelalterlich-christliche Scholastik zurück, welche die ganze Rechtsordnung als göttlichen Ursprungs auffaßte und dadurch, wie Genzmer annimmt, die Möglichkeit von Lücken ausschloß. Die Einheit der Weltanschauung sei heute verschwunden:

188) Besprechung meines Schuldrechts. Dieses Archiv 137 S. 24 ff.
189) A. a. O. S. 242.

„Die weltanschauliche Zerrissenheit der Gegenwart ist die Rechtfertigung der Interessenjurisprudenz und zugleich der unterbewußte Grund der Abneigung bei den Gegnern."

2. Die Folge dieser Zersplitterung und deshalb wohl der Inhalt der Interessenjurisprudenz wird, wie folgt, gekennzeichnet:

„So sieht unsere Zeit sich gezwungen, als wirklich allein die positiven Rechtssätze anzusehen und die Autorität des Rechts als einer aus menschlichen Bedürfnissen entspringenden, durch menschliche Machtentwicklung ins Leben tretenden Einrichtung auf die Autorität der Gemeinschaft, des Staates, des Gesetzgebers zu gründen; höher reichendes Beziehen findet Anerkennung nur im Kreise der jeweiligen Gesinnungsgefährten."

3. Die Interessenjurisprudenz sei das für unsere Zeit notwendige Verfahren, notwendig bis zu dem Erwerb einer einheitlichen Weltanschauung,

„bis der langsame und gewaltige Pendelschlag der Geistesgeschichte wieder nach der anderen Seite gehen wird".

II. Die Auffassung Genzmers ist gewiß großzügig, aber ich kann mich ihr doch nicht anschließen. Derjenige Methodenstreit, an dem wir teilnehmen, bezieht sich auf technische Fragen der Normgewinnung und steht mit dem Wechsel der Weltanschauung, auf die Genzmer hinweist, in keinem Zusammenhange. Jeder der drei Leitsätze Genzmers löst mir Bedenken aus.

1. Unrichtig ist schon die Meinung, daß die einheitliche Weltanschauung früherer Zeiten die Begriffsjurisprudenz gefordert und unser Zweckdenken behindert habe.

Die Methode der alten Begriffsjurisprudenz ist nach meiner Überzeugung [190]) ein Teil der unheilvollen Entfremdung zwischen Recht und Leben, die unserem Volke durch die Rezeption des römischen Rechtes gebracht wurde. Dagegen scheint mir die Meinung, daß der Glaube an den göttlichen Ursprung des Rechts auch zu der Annahme einer Geschlossenheit der weltlichen Rechtsordnung und einer Unzulässigkeit richterlicher Ergänzung geführt hätte, mit den möglichen Beobachtungen nicht vereinbar zu sein.

190) Vgl. Rechtsgewinnung [2] S. 15 f.

Wenn man die Vorstellung der Geschlossenheit und Lückenlosigkeit der Rechtsordnung vom 19. Jahrhundert zurück bis zu den Glossatoren verfolgt, so findet man immer mehr den Hinweis auf die Aussprüche Justinians, aber nicht den Hinweis auf den göttlichen Ursprung. Das ist m. E. begreiflich. Das Christentum hat die Lehre nicht aufgestellt, daß für jede einzelne Frage des irdischen Rechtslebens eine göttliche Antwort offenbart sei. Sonst hätte es ja gar kein weltliches Recht geben können, während doch das Bestehen und auch die kirchliche Anerkennung eines weltlichen Rechts im Mittelalter wie in der Neuzeit überall bezeugt ist (Zweischwertertheorie). Die Vorstellung von dem göttlichen Ursprunge alles Rechtes schloß die Erkenntnis nicht aus, daß Gott durch Menschen wirke und daß Menschen, z. B. Justinian oder Karl der Große, die Gesetze geschaffen haben. Diese Erkenntnis war immer Gemeingut. Dann konnte es aber auch dem göttlichen Ursprunge nicht widersprechen, daß dieses Menschenwerk Lücken hatte und andere Menschen, auch Richter, die Lücken ergänzten. Diese Erkenntnis ergibt sich aus den Beobachtungen. Die Vorstellung des göttlichen Ursprungs war schon vor der Rezeption allgemein. Sie galt z. B. auch im mittelalterlichen Friesland. Dessenungeachtet werden die Rechtsvorschriften in den mittelalterlichen Quellen dieses Gebiets immer als Menschenwerk hingestellt. Die Rechtsnormen werden „gesetzt", „gekoren", „geschaffen". Ja, es findet sich die sehr nüchterne Wendung „gemacht" [191]). Die gleiche Beobachtung läßt sich auch für die übrigen Gebiete der deutschen Stammesrechte machen. Dementsprechend hat jene Vorstellung nicht verhindert, daß unsere deutschen Quellen Lücken annehmen und ihre Ausfüllung durch Menschen vorsehen [192]). Die Vorstellung göttlichen Ursprungs herrschte auch in denjenigen Ländern, die das römische Recht nicht aufgenommen haben, z. B.

191) Vgl. von Richthofen, Wörterbuch zu makia 4.

192) Vgl. z. B. die Anordnung des friesischen Brokmer-Briefs (Ende des 13. Jahrhunderts) § 174 (v. Richthofen, Fries. Rechtsqu. S. 175, 14): „Wird eine Klage erhoben, von der in dem Briefe nichts steht, so sollen die Redjeven sie endigen nach der Leute (Gerichtsgemeinde) Entscheidung." (skiffene.)

in Skandinavien und in England. Aber zu der Ausbildung einer Begriffsjurisprudenz, wie wir sie hatten, ist es in diesen Ländern nicht gekommen. Es fehlte das römische Recht und deshalb die Eigenart der römischen Quellen.

2. Unrichtig ist auch die Meinung, daß schon der Zerfall der Weltanschauung die Begriffsjurisprudenz beseitigt und der Interessenjurisprudenz die Bahn geöffnet habe.

Diejenige Auffassung des Rechts, die Genzmer auf die Zerrissenheit der Weltanschauung zurückführt und dadurch als Interessenjurisprudenz hinstellt, ist nicht unsere Auffassung, sondern die des Positivismus, den wir bekämpfen. Wir betonen ja gerade, daß die Rechtsgewinnung nicht auf „die Autorität der Gemeinschaft, des Staates, des Gesetzgebers" zu beschränken sei, sondern daß darüber hinaus der Richter ein Recht aus den angeschauten Forderungen des Lebens heraus selbst zu schaffen habe. Genzmer hat die Kerngedanken unserer Methode doch etwas verkannt. Deshalb scheitert seine Standortbestimmung an ganz sicheren Beobachtungen. Die Zerrissenheit der Weltanschauung bestand schon im 19. Jahrhundert, also in der Blütezeit der Begriffsjurisprudenz. Auch in der Sache fehlt der Zusammenhang. Man braucht nur einen Blick auf die Darstellung Jherings zu werfen, um zu erkennen, daß diese „Lückenergänzung durch Konstruktion" etwas ganz anderes ist, als die Ableitung der Norm aus einer göttlichen Anordnung. Diese frühere Normgewinnung beruhte nur auf dem Denkfehler der Begriffsvertauschung [192a]) und nicht auf einer Weltanschauung. So zahlreich die Urteile sind, die diesen Fehler aufweisen, so ist mir doch kein einziger Fall bekannt, in den die weltanschauliche Stellungnahme eingegriffen hat [192b]). Ich kenne überhaupt kein Gerichtsurteil aus moderner Zeit, das sich in

192a) Dies dürfte heute anerkannt sein. Vgl. Rechtsgewinnung S. 17 ff., Grundriß S. 473 ff., Begriffsbildung S. 96, 1, Interessenjurisprudenz S. 10 ff.

192b) Vgl. z. B. die Behandlung der Verfügungen von Todes wegen durch Vertrag zugunsten Dritter, Interessenjurisprudenz S. 21 ff., 25. Der Gegensatz der beiden Methoden tritt deutlich hervor, aber von einer weltanschaulichen Differenz kann nicht die Rede sein.

einer rein weltlichen Sache auf eine göttliche Anordnung berufen hätte.

3. Wegen dieser Verkennung ist auch die Meinung abzulehnen, daß die Interessenjurisprudenz entbehrlich würde, sobald wir zu einer einheitlichen Weltanschauung gelangen sollten. Wir haben uns heute seit der Herrschaft des neuen Reiches der Gemeinsamkeit der Lebensideale sehr erheblich genähert. Aber gerade zu ihrer Verwirklichung wird sich das Verfahren der Interessenjurisprudenz als unentbehrlich erweisen. Die Rechtserneuerung, in der wir stehen, läßt sich nur durch unsere Methode durchführen [193]).

III. Die allgemeine geisteswissenschaftliche Stellung der Interessenjurisprudenz ist eine andere, als Genzmer annimmt. Genzmer hat zwei Fehler begangen, die wir schon bei Larenz fanden. Genzmer hat unsere Methode als Rechtsphilosophie beurteilt und nicht als die praktische Methodenlehre, die sie ist und sein will, und er hat sie ebenfalls zu Unrecht in den Positivismus eingestellt. Seine Kennzeichnung trifft einigermaßen für den früheren rechtsphilosophischen Positivismus zu, aber nicht für unsere Methode der Normgewinnung. Eine Einordnung unserer wirklichen Lehre in große geistesgeschichtliche Zusammenhänge [194]) bietet sich m. E. in anderer, und zwar in doppelter Richtung:

1. Unsere Methode ist einmal einzureihen in die Kämpfe des Lebens gegen ihm entfremdete Sozialgebilde. Das Leben erzeugt Sozialgebilde, die seinen Bedürfnissen genügen sollen. Die Geschichte zeigt aber, daß immer wieder solche Sozialgebilde eine Ausgestaltung erfahren, die sie ihrem ursprünglichen Ziele entfremdet. Man kann in vielen Fällen von einer Verkünstelung reden oder einer Verselbständigung. Eine solche Entfremdung tritt besonders leicht ein, wenn eine Rezeption aus fremdem Gute stattgefunden hat, bedeutsame Einrichtungen von einem anderen Volke übernommen wurden. Wenn die Lebensentfremdung einen höheren Grad erreicht, dann kommt es vor, daß die Lebensbedürf-

193) Vgl. den näheren Nachweis in meiner Abhandlung „Die Rechtserneuerung".

194) Vgl. über andere Zusammenhänge Begriffsbildung S. 221 ff.

nisse eine Beseitigung dieser Sozialgebilde oder ihre Umgestaltung fordern, eine Abkehr von der verkünstelten Form zu größerer Lebensnähe. Man kann hier von Lebensreformen oder Lebensrevolten reden. Solche Vorgänge vollziehen sich auf den verschiedensten Lebensgebieten, auf politischen, kirchlichen, wissenschaftlichen und künstlerischen Gebieten. Auch auf dem des Rechtes. Aus neuerer Zeit sind auf dem Gebiete des Rechts zwei solche Vorgänge zu verzeichnen. Die Bewegung des Naturrechts und unsere teleologische Richtung. Das Naturrecht hat veraltete, das Leben beengende Gesetze beseitigt. Unsere Bewegung galt der verkünstelten Rechtspflege und Rechtswissenschaft, den verhängnisvollen Wirkungen, zu denen die Rezeption des römischen Rechts geführt hatte [195]).

Als Gegensatz erstreben wir eine lebensnahe Rechtsprechung. Wir wollen Urteile, welche dem Rechtsbewußtsein des Volkes entsprechen und deren Begründung für den Laien verständlich ist.

Der Nationalsozialismus hat uns eine umfassende Lebensreform gebracht. Auf den verschiedensten Gebieten werden die tiefstliegenden Bedingungen unseres Volkslebens erkannt. Auf dem Gebiete des Rechtslebens ergibt sich jene Forderung der Lebensnähe, die unsere Methode schon aufgestellt hatte.

2. Der zweite Zusammenhang ist mehr technisch, aber auch noch umfassender. Unser Kampf gegen Begriffsjurisprudenz und Inversionsmethode ist eine nicht unwichtige Episode in dem ewigen Kampfe des Denkens gegen die Wortgefahren. Auf diesen Zusammenhang habe ich bei anderer Gelegenheit hingewiesen [195a]).

195) Von verschiedenen Seiten ist beobachtet worden, daß in der Gegenwart ein starker Widerspruch gegen Verkünstelung des Lebens hervortritt. Man hat geradezu von einer „Primitivierung" gesprochen (Diesel). In diesem Zusammenhange ließe sich unsere Methode als eine berechtigte Primitivierung der Rechtspflege bezeichnen.

195a) Rechtserneuerung S. 40 N. 6.

C. Wolfgang Siebert. § 14.

1. Als entschiedener Gegner unserer Methode ist neuerdings Wolfgang Siebert[196]) aufgetreten. Siebert ist in seinen scharfsinnigen Arbeiten bestrebt, auf Grundlage der sogenannten Generalklauseln (§ 226, § 242 usw.), die ich als Delegationsnormen bezeichne, zu einer freien Rechtsfindung und dadurch zu einer Anpassung unseres Rechts an die nationalsozialistischen Lebensideale zu gelangen. Bei der Untersuchung des Rechtsmißbrauchs wirft er die Frage auf, ob unsere Methode einen Weg zu diesem Ziele biete und verneint sie. Er will zwar zu unserer Methode nicht im ganzen Stellung nehmen, sondern nur in Ansehung dieses Problems. Aber das ist eine protestatio facto contraria. Denn seine Einwendungen würden unsere Methode überhaupt vernichten, wenn sie in dieser wichtigen Frage berechtigt wären. Siebert verneint die Eignung aus drei Gründen: 1. wegen unserer Feindschaft gegen die Verwendung der Generalklauseln, 2. wegen unserer Unfähigkeit zu einer ganzheitlichen Auffassung, 3. deshalb, weil wir von Interessen der Individuen ausgingen und die volle Tragweite der Gemeinschaftsinteressen nicht würdigen könnten.

In der Zeitschrift Deutsche Rechtswissenschaft hat Siebert die Ablehnung nochmals ausgesprochen[197]) und dann in einem besonderen Aufsatze die Unverwendbarkeit unserer Methode an einem Einzelbeispiele nachzuweisen gesucht[198]).

Die Kritik Sieberts beruht auf einer Verbindung von Mißverständnissen unserer Methode mit unrichtigen Vorstellungen von den Notwendigkeiten des nationalsozialistischen Staates. Auch sind begriffsjuristische Gedankengänge erkennbar[199]). Das soeben

196) Wolfgang Siebert, „Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, über die konkrete Gestaltung der Rechte", in „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft" von Georg Dahm u. A. Professoren in Kiel 1935 S. 205 ff.

197) DRW. S. 25 ff. „Subjektives Recht usw."

198) DRW. S. 81 ff. „Schutz der Ehe als Interessenschutz."

199) De Boor hat in dem Aufsatze „Methodisches zur Dogmatik und Rechtsvergleichung", dieses Archiv 147, S. 265 ff. ausgeführt, daß die Schrift von

ausgesprochene Urteil rechtfertigt sich, wenn wir Siebert s Einwendungen einzeln ins Auge fassen.

2. Die Ansicht, daß unsere Methode der freien Rechtsfindung auf Grund der Generalklauseln feindlich gegenüberstehe, ist ein Beobachtungsirrtum, der den wirklichen Sachverhalt in sein Gegenteil verkehrt. Mit der Berufung auf die Generalklauseln meint Siebert eine Spielart unserer teleologischen Richtung, die man auch als „Treu- und Glaubensjurisprudenz" bezeichnet hat [199a]), als „Theorie der Generaldelegation" bezeichnen könnte und die unsere gemeinsame Forderung nach einer freieren Stellung des Richters in positivistischer Art unmittelbar aus dem Gesetze ableiten will. Sie entnimmt aus den Blanketten und Generalklauseln des BGB. eine allgemeine Delegation, wie sie Art. 1 des Schweizer ZGB. enthält, für unser BGB. aber abgelehnt worden ist. In bezug auf die Rechtsfindung des Richters besteht zwischen uns und diesen Bestrebungen Übereinstimmung. Nur ein Teil der Begründung ist etwas anders. Wir erstreben schon lange diejenige freiere Richterstellung, die Siebert will, allerdings nicht nur auf Grund der Klauseln, sondern auf einer breiteren Grundlage, aber zugleich auch auf Grund der Klauseln. Diese Übereinstimmung hat Siebert nicht gesehen, weil er unsere Methode nicht genügend kennt. Er betont die Tragweite des § 242 BGB., aber kennt offenbar den Abschnitt über Rechtsfindung nach § 242 in meinem Schuldrechte § 4 S. 11 ff. nicht. Aus diesem Abschnitte würde er ersehen haben, daß ich den § 242 ebenso umfassend auslege und für ebenso bedeutsam halte, wie dies Siebert

Siebert „Verwirkung, Unzulässigkeit der Rechtsanwendung" 1934 die alte Methode der Begriffsjurisprudenz verwendet. Diesem Urteile kann ich nur zustimmen. Es wird durch die beiden oben angeführten Arbeiten bestätigt. Vgl. unten Nr. 8.

199a) Vgl. E. Hermann Schmitt, „Treu und Glauben im Verwaltungsrecht", zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre", 1935, namentlich S. 26, 27 ff. Die Richtung ist dadurch besonders bekannt geworden, daß Hedemann sie angegriffen, dabei ihre Bedeutung überschätzt und unsere Methode gar nicht erwähnt hat. Vgl. meine Besprechung von Hedemann JW. 1933 S. 1448.

tut [200]) und daß ich auch sonst die Delegationsnormen nicht anders handhabe als Siebert. Die Ausführungen von Müller-Erzbach [201]) über den Rechtsmißbrauch nach französischem Rechte hat Siebert nicht richtig verstanden. Müller-Erzbach beanstandet nicht die Begrenzung des Eigentums in der französischen Rechtsprechung, sondern fordert eine umfassendere Anwendung derselben Grundgedanken durch unsere Methode. Als Hauptgegner der Generalklauseln ist bekanntlich Hedemann aufgetreten [202]). In meiner Besprechung seines Buches, in der JW. 1933 S. 1448, habe ich die Generalklauseln verteidigt und auf ihren Zusammenhang mit unseren Grundgedanken hingewiesen. Wir kämpfen daher nicht gegen die Generalklauseln, sondern stehen auf derselben Seite wie Siebert.

3. Die Unfähigkeit zur Ganzheitsschau wird auf den Rationalismus, die Einzelhaftigkeit und das analytische Gepräge unserer Methode begründet. Unser Denken sei „ein gewissermaßen konkret-individualistisches Denken" [202a]). Diese kritische Beurteilung wird nicht näher ausgeführt. Sie stammt anscheinend aus der Generalkritik Binders und ist oben widerlegt worden. Ich will

200) Über die Normgewinnung auf Grund des § 242 sage ich Schuldrecht S. 14: „6. Die Normengewinnung durch den Richter zeigt analoge psychologische Vorgänge, wie die Ordnung durch den Gesetzgeber. Auch die Gesetzesnormen beruhen auf der Anschauung der verschiedenen Interessenkonflikte, die das Leben bringt, und der Wertung der beteiligten Interessen. Der Richter braucht die gleiche Anschauung und hat gleiches zu tun. Allerdings steht er nicht frei, sondern ist bei der Abwägung an die Werturteile gebunden, die im Gesetz enthalten oder in der Rechtsgemeinschaft auch im Unterbewußtsein der Rechtsgenossen gegeben sind."

201) „Wohin führt die Interessenjurisprudenz?" 1932 S. 67 ff. Ebenso Müller-Erzbach, Sicherung S. 12. Die Bemerkung Handelsrecht S. 284, auf die Siebert gleichfalls verweist, enthält überhaupt keine allgemeine Stellungnahme, sondern bezieht sich nur auf die vom Reichsgericht gegebene Begründung bestimmter Entscheidungen und kann nicht als Gegnerschaft gegen die Generalklauseln gedeutet werden.

202) Hedemann, „Die Flucht in die Generalklauseln, eine Gefahr für Recht und Staat", 1933.

202a) DRW. S. 25.

nur zwei Zusätze hinzufügen: Siebert zieht aus der vermeintlichen Unfähigkeit zum ganzheitlichen Denken die Folgerung:

„Als Kraft für eine neue inhaltliche Gestaltung der Rechte und Rechtsverhältnisse vermag dann aber der Begriff des Interesses nicht das zu leisten, was der Gedanke der konkreten Ordnung und Gemeinschaft verlangt."

Dieser Einwurf beruht auf einer Verkennung unserer Ansichten und auch der Wege der Normgewinnung. Der Begriff des Interesses ist uns ebensowenig eine Kraft wie irgendein anderer Allgemeinbegriff. Sondern das Wort „Interesse" ist uns eine notwendige Bezeichnung für das Streben nach Zielen, aber es bezeichnet uns nicht den Inhalt der Lebensideale selbst. Die Lebensideale der Volksgemeinschaft sollen nicht durch unsere Methode bestimmt werden. Sie fließen aus anderen Quellen. Heute hat uns der Nationalsozialismus Ideale der Volksgemeinschaft gegeben. Aber ihre Verwirklichung fordert allerdings die Anwendung unserer Methode, schon deshalb, weil es eben keinen anderen Weg gibt. Das ganzheitliche Denken, die Gesamtschau, ist notwendig und auch von uns immer betont worden [203]). Aber es genügt allein noch nicht. Eine teleologische Methode, die Gewinnung lebensrichtiger Normen, ist nur möglich, wenn die konkreten Lebensteile, auf welche die Norm einwirken soll, in ihren Einzelheiten erkannt sind. Nicht dadurch kann man unserer Volksgemeinschaft dienen, daß man von „Gemeinschaft" redet und aus dem Wortsinne Folgerungen zieht, sondern nur dadurch, daß man die Lebensbedürfnisse unseres Volkes vollständig, also sowohl in ihren großen Zusammenhängen, als auch in ihren Verschiedenheiten, erkennt. Vorbild in dieser Hinsicht ist gerade der nationalsozialistische Staat. Er hat nicht nur von der Volksgemeinschaft geredet und sich nicht einfach auf eine Gesetzesvorschrift beschränkt: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz", sondern er hat die Lebensbedürfnisse der Volksgemeinschaft im einzelnen ins Auge gefaßt, ebenso die entgegenstehenden Hindernisse und dann durch Einzelgesetze die mögliche Befriedigung vorgeschrieben. Auf diesem Wege

203) Vgl. oben S. 169.

sind lebensrichtige Gesetze entstanden. Dieses Verfahren ist aber nichts anderes als die von Siebert verpönte analytische Methode, und auch nichts anderes als diejenige Interessenschau im ganzen wie im einzelnen, die unsere Methode fordert. Die Gesetzgebung ist natürlich nicht durch unsere Methodenlehre geleitet worden, sondern dadurch, daß eben kein anderer Weg als die Interessenbeachtung zu der lebensrichtigen Interessenwahrung führt [203a]). Was für den Gesetzgeber geboten ist, muß auch für die Rechtspflege gelten.

4. An dritter Stelle glaubt Siebert, daß in dem Falle des Rechtsmißbrauchs für unsere Methode der Rechtsinhaber, also das Individuum, den „gewissermaßen isolierten Ausgangspunkt" bildet und deshalb unsere Abwägung den Gemeinschaftsinteressen nicht gerecht werden könne. Dazu ist folgendes zu sagen: Das Interesse des Berechtigten wird nicht durch unsere Methode als Ausgangspunkt bestimmt, sondern durch diejenige begriffliche Formung des Problems, von der Siebert im Anschluß an die gesetzliche Fassung ausgeht. Siebert [204]) gelangt selbst zu dem Ergebnisse, daß die Frage auch auf die Erkenntnis des zugebilligten Rechtsinhalts abgestellt werden kann. Dieses Ergebnis halte ich ebenso für richtig, wie dies De Boor tut [205]). In der Tat handelt es sich um zwei äquivalente Konstruktionen. Nur der Begriffsjurist wird der gesetzlichen Konstruktion den entscheidenden Einfluß auf die Fallentscheidung einräumen. Gerade unsere Methode lehnt dies Verfahren ab. Wir gerade sind in der Lage, den Interessenkonflikt ungehemmt durch die gesetzliche Konstruktion nach den Lebensinteressen der Gemeinschaft zu entscheiden. Deshalb ist der gewählte Ausgangspunkt für das Ergebnis der vollendeten Interessenschau und Abwägung gleichgültig. Das Entscheidende ist nur die Gesamtschau der beteiligten Interessen und die Erkenntnis richtiger Wertideale. Die Delegation ist in den Fällen des Rechtsmißbrauchs ganz in derselben Weise von dem Richter auszuführen

203a) Rechtserneuerung § 2.

204) S. 211. (Der Sperrdruck findet sich schon bei Siebert.)

205) A. a. O. S. 208.

wie in den Fällen von „Treu und Glauben“ usw.[206]). Siebert zieht aus seiner unrichtigen Beurteilung die nachfolgende Folgerung, die er in Sperrdruck gibt:

„Die Interessenlehre verbindet nicht, sondern stellt gegenüber, sie gestaltet nicht, sondern sie gleicht allenfalls aus.“

Diese Behauptung entbehrt jeder Begründung. Sie ist reine Willkür. Der Inhalt der Rechtsnorm, die nach unserer Methode gewonnen werden soll, ist von uns niemals inhaltlich beschränkt worden. Es ist jede Norm zu bilden, die dem Ergebnisse der Interessenabwägung entspricht. Was Siebert mit „gestalten“ und „verbinden“ meint, ist nicht ganz klar, aber auch gleichgültig, weil jede Wirkung durch unsere Methode erreicht werden kann[207]).

5. Siebert will durch ein Beispiel die „Unvereinbarkeit des Interessendenkens“[208]) mit dem konkreten Gemeinschaftsdenken bestätigen. Vorsorglich erklärt er dabei, daß er die Hauptvertreter der Interessentheorie nicht verantwortlich machen wolle für „Übertreibungen oder mißbräuchliche Auslegungen dieser Lehre“. Aber dies ist doch wieder eine protestatio facto contraria. Ohne Interessendenken ist die Lehre nicht möglich, für die wir verantwortlich sind. Wenn das Beispiel die Unzulässigkeit eines solchen Denkens ergeben sollte, so würde eben unsere Lehre widerlegt sein. Auch kann die Veröffentlichung dieses Beispiels, um mit den Worten des § 226 BGB. zu reden, „gar keinen anderen Zweck haben“, als unsere Lehre zu bekämpfen.

Siebert beruft sich auf eine einzige Ausführung in einer Schrift von Norbert Magis[209]). Magis bejaht die An-

206) oben S. 317.

207) Was man auch als Verbindung bezeichnen mag, die richterliche Gestaltung einer „Zweckgemeinschaft“ zwischen Realanspruch und persönlichem Anspruch, wie ich sie vertrete, z. B. Sachenrecht S. 382, 83, muß unter den Begriff der verbindenden Norm fallen.

208) DRW. S. 81 ff.

209) Norbert Magis, Schadens- und Unterlassungsanspruch bei Verletzung ehelicher Treue. Bonner Rechtswiss. Abhandlungen Bd. 32, Bonn 1935.

wendung des § 823, 1 BGB auf die Verletzung der ehelichen Treue und geht bei der Begründung in folgender Weise vor: Er bestimmt zunächst den Begriff des subjektiven Rechts als das Vorhandensein überwiegender Interessen. Die Anwendbarkeit dieses Begriffs bei der Verletzung ehelicher Treue wird dann durch folgende Ausführungen begründet [210]):

„Die Interessen, die hier gegeneinander abzugrenzen sind, sind ohne weiteres erkennbar: es ist auf der einen Seite das individuelle Interesse eines Ehegatten an der Integrität der Ehe und auf der anderen Seite das allgemeine Freiheitsinteresse, hier das Interesse an ungehinderter Aufnahme von Geschlechtsbeziehungen mit verheirateten Personen.

Die Feststellung des überwiegenden Interesses stößt auf keinerlei Schwierigkeiten. Das Freiheitsinteresse Dritter wird hier, wo es sich gegen eine Ehe richtet, nach allgemein herrschender Auffassung zu einem unsittlichen. Das Interesse des Gatten an der Integrität der Ehe dagegen steht unter besonderem Schutze des Staates. Daß ein unsittliches Interesse in der Rechtsordnung überhaupt eine Beachtung nicht finden kann, versteht sich ohne weiteres, besonders aber dann, wenn es mit einem sittlich anerkannten kollidiert.

Es darf als ein Zeichen für die Tiefe und Logik unseres Rechtssystems und gleichzeitig auch für die Richtigkeit der hier angestellten Überlegungen angesehen werden, daß sich hier am Kernpunkte der Fragestellung nach der Rechtsnatur des Treuerechts, unmittelbar die rechtsbildende Kraft der Sitte (§ 1353 Abs. 2) wie von selbst als das entscheidende Moment in die Beweisführung einschaltet."

Siebert bemerkt dazu: „Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß diese Begründung mit dem Wesen der Ehe in unserem völkischen Gemeinschaftsrechte völlig unvereinbar ist." Das ist richtig, aber ebenso richtig ist es, daß die Rechtsfindung von Magis nach der alten Methode vollzogen ist und gar keine Anwendung unserer Methode enthält, weder eine richtige, noch gar eine Übertreibung. Es ist ja typische Begriffsjurisprudenz, die vorliegt. Erst wird der Begriff des subjektiven Rechts bestimmt. Dann wird gefragt, ob sich die Begriffsmerkmale in dem Lebensvorgange finden. Daraus ergibt sich die Entscheidung. Daß in diesem Falle Interessen als Begriffsmerkmale erscheinen, macht aus dieser logischen Subsumtion noch nicht eine Anwendung unserer Methode. Wir würden, ebenso wie Siebert, die Gemeinschaftsinteressen

210) A. a. O. S. 24/25.

an dem Bestehen einer idealgemäßen Ehe in den Vordergrund stellen. Der alten Methode entspricht auch die Hochschätzung für die Logik unseres Rechtssystems und die Kennzeichnung des Problems als Streit um die „Rechtsnatur" des Treurechts.

Die Begründung von Magis ist also sicher zu tadeln. Sie beruht auf falscher Methode. Aber noch verfehlter erscheint mir der Versuch von Siebert, aus dieser begriffsjuristischen Entgleisung einen Gegengrund gegen unsere Lehre zu entnehmen.

Die erste Frage bei der Würdigung dieses Unternehmens geht dahin: „Wer ist denn dieser Norbert Magis, der uns bloßgestellt haben soll?" Norbert Magis ist ein Referendar, der am 1. Mai 1932 sein erstes Staatsexamen und am 20. Mai 1934 sein Doktorexamen in Bonn bestanden hat. Die von Siebert zur Polemik verwendete Arbeit ist eine Bonner Dissertation. Referenten waren Dölle und Kipp. Wenn man diese Dissertation als Ganzes auf ihre Methode durchprüft, dann zeigt sie wie an der angeführten Stelle auch sonst das typische Gepräge der alten konstruktiven Methode. Von methodischen Gesichtspunkten ist gar nichts zu sehen. Dementsprechend wird unsere Lehre überhaupt nicht erwähnt. Das Wort Interessenjurisprudenz kommt gar nicht vor. Das Literaturverzeichnis umfaßt 6 Seiten. Aber es wird keine einzige Schrift angeführt, die sich auf den Methodenstreit bezieht. Mein Name findet sich überhaupt nicht; obgleich der Verfasser auch Fragen des Schuldrechts behandelt, zu denen ich eingehend Stellung genommen habe, so wird doch mein Schuldrecht nicht berücksichtigt. Der Inhalt der Schrift gestattet keinen Zweifel daran, daß der Verfasser von dem Methodenstreit überhaupt nichts gewußt hat und infolgedessen nicht entfernt durch unsere Lehre beeinflußt ist.

Aus diesen Gründen ist es völlig klar, daß das Beispiel Sieberts nicht geeignet ist, den leisesten Beweis für einen Mangel unserer Methode zu erbringen. Die angeführte Arbeit beruht auf alter Methode und geht uns gar nichts an. Dagegen ist das Beispiel allerdings geeignet, einen anderen Beweis zu erbringen. Es zeigt, wie wenig Siebert mit dem Inhalte unserer Lehre vertraut

ist. Nur diese Unkenntnis hat es ermöglicht, daß er die Begriffsjurisprudenz von Magis unserer Methode zur Last legt.

6. Die Ablehnung der Interessenjurisprudenz durch Siebert beruht auf ungenügender Bekanntschaft mit unserer Methode. Siebert hat das Kernproblem des Methodenstreits nicht erfaßt und steht deshalb noch unter starken Einflüssen der Begriffsjurisprudenz. Auf der anderen Seite sind die Endziele, die Siebert verfolgt, auch die unseren. Dadurch wird er ganz unbewußt auf unsere Wege gedrängt. Denn es gibt keine anderen, die zu einer lebensrichtigen Rechtsprechung führen. Diese Übereinstimmung tritt darin hervor, daß Siebert die Ausdehnung der Generalklauseln verteidigt, für die teleologische Auslegung eintritt[211]), und sich mit Entschiedenheit als Anhänger des neuen Denktyps bekennt, der von Carl Schmitt gefordert wird, als Anhänger des konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens. Die nähere Nachprüfung dieses Denktyps in meiner Rechtserneuerung hat ergeben, daß er sachlich nichts anderes ist, als die teleologische Methode und daher das Denken unserer Interessenjurisprudenz. In Siebert ringen noch die alte und die neue Methode miteinander. Der Obsieg kann nicht zweifelhaft sein. Die allgemeine Entwicklung unserer Wissenschaft, die Verdrängung der Begriffsjurisprudenz durch unsere Methode, wird sich auch bei Siebert wiederholen. Ich glaube die Hoffnung hegen zu können, daß Siebert dereinst unsere Methode, nicht nur wie jetzt, unbewußt und teilweise, handhaben wird, sondern in Reinheit und im Bewußtsein der Methodengemeinschaft.

Schlußbetrachtung.

Die Ursachen der Mißverständnisse. § 15.

1. In den vorstehenden Ausführungen glaube ich erwiesen zu haben, daß die Einwendungen Binders und der anderen For-

211) A. a. O. S. 24 Anm. 50 a unter Bezugnahme auf den § 6 des Steuervorauszahlungsgesetzes vom 16. Oktober 1934.

scher, deren Stellungnahme wir besprochen haben, auf Mißverständnissen unserer Methodenlehre beruhen. Dabei hat sich die eigentümliche Beobachtung ergeben, daß die Gegner ihre eigenen Irrtumsprodukte bekämpfen, aber meine wirkliche Lehre ganz oder in der Hauptsache selbst vertreten.

Zum Schluß soll die Frage aufgeworfen werden, auf welche Ursachen diese verbreiteten Mißverständnisse zurückgehen.

2. Nicht als Ursache können Mängel und Unklarheiten unserer methodischen Schriften in Frage kommen. Ich glaube für jede verkannte Meinung klare Belege beigebracht zu haben. Dadurch ergibt sich zugleich als Hauptursache die ungenügende Kenntnisnahme unserer Ausführungen. Die Zahl und die Schwere der Lesefehler ist unbestreitbar. Dazu kommt ein schon im Eingange hervorgehobener Mangel. Die Kritiker unserer Methode haben es unterlassen, ihre Bewährung an den praktischen Anwendungen nachzuprüfen, die in so großem Umfange vorliegen. Der einzige Versuch, der gemacht worden ist, die Kritik von Norbert Magis durch Siebert[212]), hat sich als ungenügend erwiesen. Die beiden Unterlassungen waren sicher kausal. Aber es würde gegen die Gerechtigkeit verstoßen, wenn ich verkennen wollte, daß auch allgemeine Ursachen mitgewirkt und die Entstehung der Mißverständnisse erleichtert haben. Diese Ursachen sind moderne Zeitströmungen und die gegenwärtige Lage der juristischen Methode.

3. In der Gegenwart wird in großem Umfange von der Wissenschaft Synthese, Weltanschauung und Gefühlseindruck gefordert. Die verstandesmäßig kühle Spezialforschung stößt auf Ablehnung.

Diesen modernen Wünschen entspricht unsere Methodenlehre allerdings nicht. Wir haben uns ein begrenztes Ziel gesetzt, die Lehre von der Gewinnung lebensrichtiger Normen, und wir suchen dieses Ziel durch Anrufung des Verstandes zu erreichen. Die Beschränktheit unserer Ziele haben wir immer bekannt. Wir haben immer erklärt, daß wir weder eine Rechtsphilosophie geben noch

212) Oben S. 321.

eine Weltanschauungslehre [213]). Wir führen den Richter bis zu dem Eingreifen einer Weltanschauung, ohne sie ihm beizulegen. Wir geben ihm keine Endziele, sondern nur die Mittel, seine Ziele zu erreichen. Diese Begrenzung beruht nicht auf einer Geringschätzung der ausgeschalteten Probleme der Rechtsphilosophie oder der Weltanschauung, sondern umgekehrt auf der besonderen Hochschätzung dieser Aufgaben und deshalb auch auf der Überzeugung, daß es nicht möglich ist, diese Aufgaben als Unterfragen einer anderen Arbeit zu lösen. Auf die Berechtigung des Verzichts werde ich in meiner dritten Abhandlung zurückkommen. Ob berechtigt oder nicht, die Selbstbeschränkung ist deutlich erklärt und wir durften daher erwarten, daß sie bei der Auslegung unserer Lehre beachtet wurde. Das ist vielfach nicht geschehen. Wir werden in die rechtsphilosophischen Systeme eingeordnet (Larenz) und nach dem Maßstabe einer Rechtsphilosophie beurteilt. Eine solche Verkennung muß zu Mißverständnissen führen.

Eine entsprechende Verkennung fördert auch die Angriffe gegen unsere Arbeitsbegriffe „Zweck" und „Interesse". Auch ein Kenner unserer Methode, Schaffstein, erklärt die Beanstandung für berechtigt [213]). Er sagt:

„Anlaß zu den Bedenken gegen die Worte Interesse und Zweck gibt insbesondere auch die utilitaristische oder gar materialistische Färbung, die jenen Worten nun einmal eigen ist."

Schaffstein meint dementsprechend, die Auffassung des Rechts als Interessenwahrung stehe mit seiner „Würde als Träger der Gerechtigkeit" in Widerspruch. Der Widerspruch scheint mir zu verschwinden, wenn man den Zweck unserer Darstellung ins Auge faßt. Auch wir achten die Würde des Rechts nicht geringer als andere Forscher. Aber wir rechnen die Betonung dieser Würde nicht zu den Gegenständen unserer Arbeit. Auch wir wollen die Ehrfurcht vor der Gerechtigkeit wecken, aber nicht in dem Fühlen unserer Leser, sondern in dem Fühlen derjenigen Volksgenossen, die von der Rechtsprechung berührt werden. Unseren Lesern wollen wir nur die Mittel zu diesem Ziele weisen. Die Beurteilung des Mittelproblems

213) A. a. O. S. 10, 11.

ist Sache des Verstandes. Deshalb wollen wir auf den Verstand unserer Leser wirken und deshalb müssen Darstellung und Arbeitsbegriffe rational, verstandeskühl, sein. Wer seinen Willen darauf anspannt, auf den Verstand anderer zu wirken, das Höchstmaß logischer Eindringlichkeit zu erreichen, der wird ganz von selbst dazu kommen, gefühlsbetonte Worte als störend zu vermeiden und sich einer nüchternen, ruhigen, Sprache zu bedienen. Mit gutem Grunde gebraucht Hitler dort, wo er sich an den Verstand richtet, die Worte „zweckmäßig" und „Interesse" ebenso ständig, wie wir es tun. In dem Ringen um verstandesmäßige Klarheit liegt der psychologische Grund für die Übereinstimmung in der Wortwahl. Wenn bei uns aus dem Rationalismus der Ausdrücke ein Schluß auf den Rationalismus der Weltanschauung gezogen wird, so ist dies ebenso unzulässig, wie es bei Hitler sein würde.

4. Diejenige Lage der juristischen Methode, welche die Mißverständnisse unserer Lehre begünstigt hat, kann man mit den Schlagworten „Erfolgsverdrängung" und „Begründungskonkurrenz" bezeichnen. Der Hintergrund der allgemeinen Meinung, von dem sich unsere Methode abhebt, ist heute ein ganz anderer, als er zur Zeit ihrer Entstehung war [214]). Die richtige Beurteilung unserer Bestrebungen wird gerade dadurch behindert, daß der erstrebte Erfolg, einschließlich der richterlichen Rechtschöpfung im Lückenfalle [215]), schon eingetreten ist. Diese Wirkung, die Erfolgsverdrängung, wird verständlich, wenn wir die Ursachen ins Auge fassen, die zu dem Siege der teleologischen Richtung geführt haben.

5. Diejenige Normgewinnung, die wir vertreten, darf heute, wie gesagt, als herrschend angesehen werden. Aber es wäre eine starke Illusion, wenn wir diese Herrschaft allein oder in der Hauptsache der unmittelbaren Wirkung unserer Schriften und unserer Lehrtätigkeit [216]) zuschreiben wollten. Es sind noch andere Umstände, die gewirkt haben.

---

214) Auf die Änderung der historischen Situation hat schon Ulmer hingewiesen, dieses Archiv 135 S. 219.

215) Vgl. oben S. 142.

216) Da ich mich mit einem methodischen Programme habilitierte, so war

Die teleologische Behandlung ist die nächstliegende Stellung zum Recht, die, wenn ich so sagen darf, natürliche Behandlung, die sich schon dem Laien durch die Erfahrungen des Alltags bei Gebot und Ausführung aufdrängt. Diese lebensnahe Behandlung war in der alten, falschen Begriffsjurisprudenz durch eine Kunstlehre verdrängt worden, die durch besondere Umstände zur Herrschaft gelangt war, aber dauernd mit der Gegenströmung einer lebensnahen Rechtsbehandlung zu ringen hatte [217]). Die Autorität dieser Kunstlehre war schon durch die Angriffe Jherings in seiner späteren Zeit erschüttert worden. Weitere Erschütterungen ergaben sich durch die Erfahrungen, die man bei der Entstehung des BGB. machen konnte und gemacht hat, durch die Verweisungen auf die richterliche Normgewinnung, die das BGB. enthält (Generalklauseln), durch die Angriffe der Freirechtslehre und der soziologischen Schule und endlich durch das Vorbild des Schweizer Zivilgesetzbuchs (Art. 1).

Die Forderungen der beiden extremen Richtungen fanden in der Alltagserfahrung keine Stütze und boten dem Richter keine brauchbare Lehre der Rechtsfindung. Sie haben sich deshalb in der Rechtsprechung nicht durchgesetzt. Aber sie haben auf unsere Wissenschaft stark eingewirkt. Sie haben die Kritik geweckt, zur Selbstprüfung angeregt und eine große Zahl methodischer Erörterungen veranlaßt. Mit der Preisgabe der Lehre von der Geschlossenheit der Rechtsordnung und der technischen Begriffsjurisprudenz mußte die durch sie zurückgedrängte teleologische Richtung frei werden und in die Lücke einrücken. Es trat eine Zeit ein, in der sie gewissermaßen „in der Luft lag"!

ich auch von Anfang an bestrebt, durch meine Vorlesungen und durch Beratung von Doktoranden für meine Methode zu wirken. Gleiches gilt für Rümelin, Es ist mir eine Freude, auch in dem Schrifttume Zeugnisse für den Lehrerfolg zu finden. Vgl. Arthur Baumgarten, Die Wissenschaft vom Rechte, Vorrede zu Bd. II S. VIII und besonders Ulmer, dieses Archiv 135 S. 124.

217) Die Werke von Dernburg, auch die älteren, entsprechen ohne theoretische Auseinandersetzung doch der teleologischen Richtung.

6. Die Aufnahme des Zweckdenkens ist ganz allmählich [218]) und in verschiedenen Graden erfolgt. Verschieden sind auch die Wege, die zu der Aufnahme führten. Vier Wege lassen sich mit Sicherheit feststellen:

a) Die Zweckjurisprudenz ergab sich nach Preisgabe der Begriffsjurisprudenz zum Teil schon durch die unmittelbare Lebensbeobachtung und Lebenserfahrung ohne besondere methodische Überlegung und Rechtfertigung.

b) Einen Weg der Rechtfertigung bot die Verallgemeinerung der Generalklauseln und des in ihnen gewiesenen Weges auf das ganze Gebiet der Rechtsfindung. Das führte zu jener Abart unserer Methode, die man gelegentlich als „Treu- und Glaubensjurisprudenz" bezeichnet und die wir oben bei der Auseinandersetzung mit Siebert besprochen haben.

c) Ferner gelangte auch die moderne Rechtsphilosophie mit Hilfe logischer Analysen zu der Forderung einer teleologischen Methode [219]).

d) Endlich hat der nationalsozialistische Staat die Forderung nach einer Lebensnähe der Rechtsprechung erhoben. Mit dieser Forderung ist die alte Begriffsjurisprudenz unvereinbar. Nur die Grundsätze unserer Methode sind geeignet, sie zu verwirklichen. Deshalb erscheint ihr Inhalt als Forderung des Nationalsozialismus, wenn auch unter anderen Bezeichnungen [220]).

7. Auf diesen Wegen ist eine große Zahl von Juristen zu der Handhabung des teleologischen Denkens gelangt, ohne

---

218) Die einzelnen Rechtsgebiete zeigen zeitliche Verschiedenheiten. Das Privatrecht ging voran. Auf diesem Gebiete hatte die alte Begriffsjurisprudenz sich besonders entwickelt. Dann folgte das öffentliche Recht, zum Teil als Reaktion gegen die Lehre Kelsens, die den Positivismus bis zur offensichtlichen Unmöglichkeit gesteigert hatte. Diese „deductio ad absurdum" ist das ungewollte Verdienst Kelsens. Zur Zeit ist das Strafrecht an der Reihe, das von der eigentlichen Inversionsmethode ziemlich verschont geblieben war.

219) Vgl. über die logische Deutung des Methodenstreits oben S. 146 N. 9 und über meine frühere Stellungnahme daselbst Anm. 41.

220) Vgl. über das konkrete Ordnungsdenken von C. Schmitt meine „Rechtserneuerung" S. 26—34.

die Schriften der Interessenjurisprudenz zu kennen oder durch unsere Lehrtätigkeit beeinflußt zu sein. Wie konnte sich nun die Stellung solcher Anhänger der teleologischen Richtung zu unserer Methode gestalten? Die Erkenntnis der sachlichen Übereinstimmung und unserer Vorarbeit hätte Kenntnis unserer Schriften sowie der Dogmengeschichte gefordert. Bei Fehlen dieser Vorbedingungen war es möglich, daß die neuen Meinungsgenossen unsere Methode falsch verstanden und ablehnten. Dieser Vorgang konnte sich in verschiedenen Formen vollziehen:

8. Wer aus der Arbeit heraus ohne methodische Überlegung zu dem richtigen Verfahren gelangt war und nun mittelbar erfuhr, daß wir eine besondere Methode forderten, der konnte geneigt sein, bei uns ein anderes Verfahren zu vermuten, als er schon übte und auch wir wollten. Wenn er außerdem von den extremen Forderungen der Freirechtsschule und der Soziologen Kenntnis erhielt, die auch gegen die Begriffsjurisprudenz kämpften, so lag es nahe, aus den von uns gebrauchten Kennworten „Begriffsjurisprudenz" und „Interessenjurisprudenz" zu folgern, daß wir denselben Kampf führten wie jene lauten Rufer und die Rechtsbegriffe durch Interessenbegriffe ersetzen wollten. Auf diese Weise ist wohl jener alte Irrtum zu der Verbreitung gelangt, die wir früher [221]) feststellen mußten.

9. Ein anderer Gedanke ergab sich für denjenigen Forscher, der sich von sachlichen Mißverständnissen frei hielt, aber mit der Dogmengeschichte nicht vertraut war. Er konnte zu dem Ergebnisse gelangen, daß wir überhaupt nichts Neues bringen, eine Methode der Interessenjurisprudenz mit besonderem Inhalt gar nicht bestehe. Diesen Standpunkt hat Isay [222]) vertreten. Er gibt zu, daß unsere Methode im Kampfe gegen die Begriffsjurisprudenz sich Verdienste erworben habe. Aber das hält Isay für gering-

221) Vgl. oben S. 149 ff.

222) Vgl. den Aufsatz „Die Methode der Interessenjurisprudenz, eine kritische Betrachtung", dieses Archiv 137 S. 33 ff. Dazu meine Entgegnung „Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay, eine Erwiderung", a. a. O. S. 47 ff.

fügig. Einen eigenen Inhalt habe unsere Lehre überhaupt nicht. Isay hat dieses Urteil auch nach meiner Entgegnung aufrecht erhalten [223]) und in einer Weise begründet, die den Zusammenhang deutlich erkennen läßt.

Isay führt als schlagenden Beweis dafür, daß ich nichts Eigenes bringe, an, daß ich die Lückenergänzung durch Richternorm hervorhebe, während sich diese Lehre schon in dem Lehrbuche von Enneccerus von 1908 findet! Isay vergleicht daher die Rechtsfindung um 1908 als alte [224]) teleologische Methode mit unseren vermeintlichen Neuerungen und vermißt bei uns einen wesentlichen Fortschritt. Aber Isay befindet sich in einem chronologischen Irrtume. Die Rechtsfindung um 1908 ist nicht älter, sondern erheblich jünger als meine Methode. Isay übersieht, daß ich den Grundsatz einer Lückenergänzung durch Richterrecht nicht erst nach 1908, sondern schon 1889 aufgestellt habe [225]). Damals war der Gedanke richterlicher Rechtsschöpfung nicht etwa selbstverständlich, sondern eine arge Ketzerei. Von der damals herrschenden Lehre hat wohl Isay überhaupt keine genauere Kenntnis. Isay vermißt in meiner Lehre einen Inhalt deshalb, weil ihm der Hauptinhalt bereits als altes Gemeingut erscheint [226]). Das kann mir recht sein. Wenn ein Hauptsatz meiner Methodenlehre während der Dauer meines Lebens aus einer Ketzerei zu einer Banalität geworden ist, so kann ich auf diese Art Erfolgsverdrängung mit Befriedigung zurückschauen.

223) „Interessenjurisprudenz und Patentrecht", in „Markenschutz und Wettbewerb", 1932 S. 122 ff.

224) Diese Bezeichnung „alte" findet sich zweimal a. a. O. S. 122 Abs. 3 und S. 123 Abs. 2.

225) Vgl. oben S. 112.

226) Auf andere Unrichtigkeiten Isays will ich an dieser Stelle nicht eingehen. Von einer Ausschaltung des Rechtsgefühls durch meine Lehre kann nicht die Rede sein. Die Forderung Isays, daß der Richter ohne Bindung durch das Gesetz nur nach seinem Gefühle entscheidet, muß ich nach wie vor ablehnen. Wie sollten die Gesetze der Gegenwart, z. B. die Rassengesetzgebung, überhaupt ins Leben treten, wenn jeder Richter sie ablehnen dürfte und müßte, sobald sie seinem Gefühlsurteile widerstreben. Isays Lehre wäre das Ende für die Unabhängigkeit der Richter.

10. Besondere Mißverständnisse konnten sich für die Rechtsphilosophen ergeben, die durch begriffliche Untersuchungen zu der praktischen Forderung einer teleologischen Rechtsgewinnung gelangt waren. Sie mußten bei uns die rechtsphilosophische Begründung und die philosophische Kunstsprache vermissen. Sie fanden andere Gründe und eine andere Terminologie. Dieser Gegensatz und die Meinung, daß eine rechtsphilosophische Begründung für jede Methodenlehre notwendig sei, führte zu der Unterstellung, daß wir von einer unrichtigen Rechtsphilosophie ausgehen und deshalb zu einer unrichtigen Auffassung unserer Ansichten. Auf dieser Grundlage beruht es z. B., daß sowohl Binder wie Schönfeld uns die Absicht zuschreiben, die abstrakten Begriffe zu verdrängen [227]). Auch andere Mißverständnisse dürften auf diesem Zusammenhange beruhen.

11. Ein weiterer Irrtum war endlich für eifrige Vertreter der nationalsozialistischen Reform naheliegend. Es ist zweifellos richtig, daß im 19. Jahrhundert heute überholte weltanschauliche und politische Vorstellungen einen großen Einfluß geübt haben. Unsere Methode stammt aus dem 19. Jahrhundert. Ohne genauere Kenntnis ihres Inhalts und Werdegangs lag es nahe, sie mit den überwundenen Irrtümern ihrer Entstehungszeit in Zusammenhang zu bringen, sie infolgedessen falsch zu verstehen und sie schon wegen dieses vermeintlichen Zusammenhangs abzulehnen. Diesen Ablehnungsgrund haben wir bei Binder, Larenz und auch bei Siebert festgestellt. Er ist auch, wie ich bei anderer Gelegenheit nachgewiesen habe, für Forsthoff und Franzen maßgebend gewesen [228]).

Diese Ursachen können die Entstehung der Mißverständnisse teilweise erklären, aber nicht ihre Fortdauer rechtfertigen. Ihre Beseitigung ist um so notwendiger, als die Grundsätze unserer Lehre, sei es unter ihrer geschichtlichen oder einer neuen Bezeichnung, das Rechtsleben der Zukunft beherrschen werden [229]).

227) Vgl. oben S. 146.

228) Rechtserneuerung S. 21 ff.

229) Rechtserneuerung S. 39 ff.