

PHILIPP HECK

Das Problem der Rechtsgewinnung

Mohr Siebeck

PHILIPP HECK

**Das Problem
der Rechtsgewinnung**

Zweite Auflage



Das Problem der Rechtsgewinnung

Von

Dr. Philipp Geß
Professor in Tübingen

Zweite Auflage



Tübingen 1932

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

Alle Rechte vorbehalten
Printed in Germany

Druck von H. Laupp jr., Ulbingen

eISBN 978-3-16-168485-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

Vorwort.

Die nachfolgend abgedruckte Rede ist in Tübingen am 6. Februar 1912 bei der Feier des Geburtstags des damaligen Königs gehalten worden und damals als Universitätschrift erschienen. Sie enthält eine programmatische Zusammenfassung meiner methodischen Ansichten. Diese Ansichten habe ich später ausführlicher begründet, in meinen Abhandlungen „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz“, Ziv.Arch. 112, S. 1 ff (114) (zit. Gesetzesauslegung) und „Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft“, Ziv.Arch. 122, S. 173 (Rechtslehre), in meinem Beitrage „Die Grundlagen des Rechts“ in *Bauers* Sammelwerk „Deutsche Staatsbürgerkunde“ 1922, S. 139 ff. (Grundlagen), in der jetzt erscheinenden Schrift „Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz“ (Begriffsbildung) und in meinen beiden Grundrissen über „Schuldrecht“ (1929) und über „Sachenrecht“ (1930). Aber ihre Tragweite als programmatische Zusammenfassung hat die Rede behalten. Da die Auflage vergriffen ist, soll eine Neuauflage erscheinen.

Die Auflage wird eine unveränderte sein. An meinen Ansichten habe ich nichts zu ändern. Auch nichts hinzuzufügen, was in den Rahmen einer Zusammenfassung gehören würde. Eine Auseinandersetzung mit der inzwischen erschienen, sehr umfangreichen Literatur, würde der programmatischen Zusammenfassung ihren Charakter nehmen. Deshalb will ich mich darauf beschränken auf einige meiner späteren Ausführungen zu verweisen. Die Brauchbarkeit soll durch eine übersichtlichere Gliederung gemehrt werden. Hinzufügen will ich, daß mein damaliger Vorschlag, die Fortbildung des Privatrechts dem Wege der

Verordnung als Ersatz des parlamentarischen Gesetzes zu übertragen, durch den Gebrauch, den die Gegenwart von der Notverordnung macht, der Verwirklichung näher gerückt zu sein scheint.

Die Worte, mit denen ich am Schlusse meiner Rede des damaligen Königs gedachte, entsprechen auch heute dem Andenken, das ich dem Verstorbenen in Ehrfurcht bewahre.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Einleitung. Der Methodenstreit § 1	1
I. Das Problem der Rechtsgewinnung § 2	3
a) Zentrale Bedeutung S. 3. – b) Gegenwärtige Form (Gesetz) S. 4. – c) Die Bedürfnisse der Gegenwart S. 5. – d) Die Ergänzung der Lücken S. 6: 1. Freies Ermessen S. 7. – 2. Schußbeschränkung S. 8. – 3. Abhängige Gebotsergänzung S. 8.	
II. Die Begriffsjurisprudenz.	
a) Die Lückenergänzung durch Begriffskonstruktion § 3	9
1. Verfahren S. 9. – 2. Jherings höhere Jurisprudenz S. 11. – 3. Kritik S. 12. – 4. Entstehung S. 14. – 5. Verbreitung und Nebenrichtungen S. 16.	
b) Beeinflussung der Wissenschaft § 4	18
1. Zurücdrängung des Lebenszusammenhangs S. 18. – 2. Überschätzung der Begriffskonstruktionen S. 18.	
III. Die teleologische Jurisprudenz.	
a) Die neueren Anschauungen § 5	20
b) Die Freirechtslehre § 6	22
c) Die Interessenjurisprudenz § 7	26
1. Hilfsbegriffe S. 26. – 2. Fallentscheidung S. 29. – 3. Zweckbegriff S. 31.	
d) Die Bedeutung für die wissenschaftliche Arbeit § 8	34
1. Ausdehnung der normativen Arbeit S. 34. – 2. Darstellungszweck und Systembildung S. 37.	
IV. Die Fortbildung des Rechts im Wege der Rechtsverordnung § 9	38
a) Begrenzte Wirkung der Methodenreform S. 38. – b) Belastung des Parlaments mit politischen Aufgaben S. 39. – c) Reformvorschläge: 1. Richterfreiheit S. 40. – 2. Verordnung mit Einspruchszrecht für unpolitische Fortbildung S. 41. – 3. Gerichtshof für Auslegung S. 42. – 4. Vorzüge der Verordnung S. 43.	
A n h a n g	
I. Literaturverzeichnis	47
II. Belegstellen	49

Einleitung.

Der Methodenstreit. § 1.

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

In der akademischen Antrittsrede, die ich vor zehn Jahren in Ihrer Mitte hielt ¹⁾, habe ich auf den Gegensatz dieser beiden Richtungen hingewiesen, mich als Anhänger der neuen bekannt und zugleich betont, daß die Konsequenzen der neuen Richtung

1) Archiv f. civil. Praxis (1902) 92. S. 438 ff.

noch nicht allgemein anerkannt seien, namentlich nicht hinsichtlich der Lückenergänzung durch Interessenprüfung. Das seitdem vergangene Jahrzehnt hat der Rechtswissenschaft eine Hochflut methodischer Erörterungen ¹⁾ gebracht, und das Problem der Lücken und ihrer Ergänzung in den Mittelpunkt der wissenschaftlichen Diskussion gerückt. Wir haben zur Zeit eine Richtung in unserer Literatur, die sich als juristischen Modernismus, zum Teil auch als Freirechtsbewegung bezeichnet und eine völlige Neugestaltung der rechtswissenschaftlichen Methode fordert. Die Polemik wird sehr lebhaft geführt und die bisher bestehende Rechtswissenschaft mit sehr scharfen Wendungen bekämpft. An ihre Stelle oder neben sie soll eine psychologische oder soziologische Rechtswissenschaft treten. Der Modernismus ist nun, wenn man ihn genauer prüft, nicht so neu, wie seine Anhänger meinen. Es handelt sich im Grunde um denselben methodischen Gegensatz, den ich soeben erwähnte. Die Angriffe treffen Gegner, die schon im Rückzuge begriffen sind. Sachlich neu sind gewisse Folgerungen aus der Grundanschauung für die Stellung des Richters zum Gesetze, die großes Aufsehen erregt und allgemeinen Widerspruch gefunden haben. Formell neu ist die Form der Polemik, die zum Teil mit erheblichen Übertreibungen und unzulässigen Verallgemeinerungen arbeitet. Über diesen Erscheinungen darf nicht übersehen werden, daß die neu aufgenommene Polemik gegen die Begriffsjurisprudenz sachlich berechtigt ist und sich auf grundlegende Fragen der Rechtswissenschaft bezieht. Auch sind die Nachwirkungen der älteren Methode zur Zeit noch genügend lebendig, um eine prinzipielle Auseinandersetzung zu rechtfertigen. Die Probleme, um die es sich handelt, sind in unserem Kreise nicht neu. Kollege v o n R ü m e l i n hat sie in seinen Reden bereits mehrfach behandelt, namentlich in der Rektoratsrede über W i n d s c h e i d und in der Rede über das Schweizer Zivilgesetzbuch ²⁾.

1) Die wichtigsten Schriften [bis Anfang 1912] sind im Anhang I nach den Erscheinungsjahren und innerhalb der Jahre in alphabetischer Ordnung angeführt. Diese Schriften werden mit dem Jahre zitiert werden.

2) 1907 und 1908.

Aber ich glaube, daß diese Gegensätze so wichtig sind, so sehr das eigentliche Glaubensbekenntnis des heutigen Juristen berühren, daß es sich rechtfertigt, sie Ihnen nochmals im Zusammenhang vorzuführen ¹⁾. Dabei will ich meinen Vortrag in vier Teile gliedern. Ich will zuerst das Zentralproblem dieser Gegensätze, die Frage nach der Gewinnung des Rechts durch den Richter, in derjenigen Form darlegen, in der es heute der Wissenschaft gestellt ist. Dann werde ich die beiden oben erwähnten Grundrichtungen der Methode der Reihe nach schildern. Zum Schluß will ich auf einige legislative Vorschläge eingehen, welche den Zweck verfolgen, durch eine Abänderung der gesetzlichen Rechtsbildung die richterliche Rechtsgewinnung zu fördern.

I. Das Problem der Rechtsgewinnung. § 2.

a) Zentrale Bedeutung. – b) Gegenwärtige Form (Gesetz). – c) Die Bedürfnisse der Gegenwart. – d) Vorschläge für die Ergänzung der Lücken: 1. Freies Ermessen. – 2. Schutzbeschränkung. – 3. Abhängige Gebotsergänzung.

a) Das Problem der Rechtsgewinnung durch Richterspruch steht im Mittelpunkt der juristischen Methodenlehre. Die Rechtswissenschaft ist nach ihrer historischen Entwicklung und ihrer gegenwärtigen Gestalt ²⁾ eine normative und praktische Wissenschaft, wie die Medizin. Das gemeinsame Endziel ist nicht die Befriedigung des Erkenntnistriebs; sondern wir wollen die Wege finden, durch die dem biologischen Rechtsbedürfnisse genügt und ein Recht ge-

1) In sachlicher Hinsicht beschränkt sich die Erörterung auf die zivilistische Methodenlehre. [Über das Vorliegen desselben methodischen Gegensatzes auf anderen Rechtsgebieten, namentlich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, vgl. Begriffsbildung § 1 Nr. 3.]

2) Die Einzelwissenschaften sind Individualbegriffe im Sinne R i d e r t s. Eine Untersuchung des Rechts mit anderem Endzweck ist natürlich möglich, aber sie wird etwas anderes ergeben, als diejenige Wissenschaft, die wir Rechtswissenschaft nennen und sie wird die praktische Rechtswissenschaft nicht entbehrlich machen. Vgl. aber T h o m a , J. d. öff. R. 1910, S. 215. [Vgl. über das Endziel der Rechtswissenschaft Begriffsbildung § 2.]

wonnen wird, wie es das Leben fordert. Das für das Leben bedeutsame Recht ist nun dasjenige, das in dem Richterspruch verwirklicht wird. Das Gesetzesrecht erlangt nur durch den Richterspruch die autoritative Macht, die dem Rechte seinen Wert gibt. Das Gesetz wirkt zwar heute auch unmittelbar, aber nur weil man erwartet, daß der Richterspruch ihm folgen wird. Die Bedeutung des Richteramts für das Rechtsleben ist der richtige Grundgedanke des berühmt gewordenen Vortrags, den mein Vorgänger im Rektoramt, v o n B ü l o w, vor 26 Jahren an dieser Stelle gehalten hat ¹⁾. Das Gesetz, von dem man weiß, daß das Gericht es nicht anwendet, würde seine Bedeutung für das Leben verlieren. Die Grundsätze der richterlichen Fallentscheidung sind ein Gegenstand der Rechtswissenschaft, aber sie sind rückwirkend von Einfluß auf den ganzen wissenschaftlichen Betrieb. Die Wissenschaft des geltenden Rechts will die Tätigkeit des Richters dadurch vorbereiten, daß sie die allgemeinen, nomologischen Grundlagen des Urteils erforscht und systematisch geordnet darstellt. Komplexe von Vorfragen können sich mehr oder weniger aus dem Zusammenhang lösen und zu selbständigen Wissenschaften werden, wie dies bei der Rechtsgeschichte der Fall ist. Soweit aber der Zusammenhang gewahrt bleibt, wird auch die Vorstellung von der schließlich Verwertung durch den Richter für die Methode der vorbereitenden Tätigkeit bestimmend sein. Dieser Schluß wird durch die Erfahrung bestätigt.

b) Das Problem der richterlichen Rechtsgewinnung erhält seine gegenwärtige Form durch folgende Umstände: Wir haben auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts eine umfangreiche, aber übersehbare Gesetzgebung modernen Ursprungs. Unsere Gerichtsorganisation beruht auf dem Grundsatz, daß das Gesetz den Richter bindet, soweit es ihn binden will ²⁾. Es fehlt an weiteren allgemeinen Vorschriften über Gesetzesanwendung. Das BGB. hat zwar für sachliche Einzelgebiete dem Richter Verhaltens-

1) Gesetz und Richteramt. 1885.

[2] Vgl. über die Bindung des Richters Gesetzesauslegung § 2 Nr. 4 und den Abschnitt „Die Gebotsberichtigung“ § 15, S. 196 ff.]

maßregeln gegeben und vielfach durch allgemeine Ausdrücke, wie Treu und Glauben, gute Sitten, wichtiger Grund, auf wertende Urteile der Richter verwiesen. Aber es gibt keine allgemeinen Vorschriften. Namentlich ist nicht entschieden, ob der Richter nur dazu berufen ist, Lebenslagen unter vorhandene Gesetzesgebote zu subsumieren oder ob er befugt ist, Gesetzeslücken durch eigene Gebote zu ergänzen. Man hat auf solche Vorschriften verzichtet, um für Wissenschaft und Praxis freie Bahn zu geben. Damit ist uns die Aufgabe gestellt, das richtige Recht der Rechtsgewinnung selbst erst zu gewinnen. Solche Aufgaben sind von der Wissenschaft durch verstandesgemäße, rationale Erwägung auf Grund der Erfahrung zu lösen. Wir haben uns die vorhandenen Bedürfnisse zu vergegenwärtigen und ebenso die möglichen Formen der Befriedigung.

c) In dem modernen Leben der Kulturstaaten zeigt sich ein Bedürfnis nach Rechtsnormen, das auf weiten Lebensgebieten und in großer Intensität auftritt. Das Vertrauen auf den mächtigen Schutz des Rechts ist ja die Grundlage, auf der wir alle uns sicher bewegen, in den Geschäften des Alltags wie bei großen Unternehmungen. Dieses Rechtsbedürfnis geht nun zunächst darauf, daß jeder mögliche Konflikt durch eine bestimmte und im voraus erkennbare Norm entschieden wird. Wer Geld und Kraft einem Unternehmen weihet, will vorher wissen, ob ihm die Früchte auch durch das Recht gesichert sind. Wer einen Vertrag schließt, will wissen, ob das Recht ihm die Erfüllung gewährleistet. In solchen Fällen braucht und erwartet das Leben eine bestimmte und autoritative Antwort. Oft ist es dabei mehr oder weniger gleichgültig, welchen Inhalt die Norm hat; man kann sich nach ihr richten, man will nur gesichert sein und Streit vermeiden. Oft aber stellt das Leben bestimmte Anforderungen an den Inhalt des Rechts. Das sind diejenigen Fälle, in denen der Laie auch als Unparteiischer zu einem bestimmten Urteil darüber gelangt, was Recht sein sollte. Diese Rechtsgewinnung des Laien ist für uns von Interesse. Der Laie gelangt zu seiner Entscheidung entweder auf Grund einer normativen Überlegung oder intuitiv auf Grund