

Moderne Bewegungen in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts

Rede

beim Antritt des Rektorats
der Ludwig-Maximilians-Universität

gehalten am 30. November 1912

von

Dr. Karl Gareis



München 1912

Kgl. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn


Moderne Bewegungen in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts

Rede
beim Antritt des Rektorats
der Ludwig-Maximilians-Universität

gehalten am 30. November 1912

von

Dr. Karl Gareis



München 1912

Kgl. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn

Alte und neue Verordnungen in der
Rechtsprechung des Reichs
Verwaltungs

Heft

beim Eintritt des Reichs
in den Krieg

am 20. November 1918

von

Dr. Carl Oetzel

Verlag

Verlag des Reichs-Verwaltungsamts

Hochansehnliche Versammlung!

Nicht weil es ein altes Statut vorschreibt oder die Gewohnheit erheischt, sondern weil es angemessen ist, ergreife ich vor dieser hochansehnlichen Versammlung das Wort, anständig und zweckmäßig muß es erscheinen, daß der neugewählte Rektor der Universität sich denjenigen, die es angeht, in geziemender Weise vorstelle und sich mit einer Ansprache vor ihnen einführe. Gerne entnehme ich das Thema zu dieser Ansprache aus dem Fache, welches ich zu vertreten habe, aus der Wissenschaft des deutschen Privatrechts; denn von dieser Stelle aus ist mit keinem Worte im letzten halben Jahrhundert von dieser Wissenschaft gesprochen worden, und es hat sich doch so Vieles, und ich darf sagen, so Großes und Bedeutendes auf dem Gebiete des deutschen Privatrechts zugefragt, seit wir Deutsche geeint sind im neuen Deutschen Reiche.

Man hat das neunzehnte Jahrhundert ein stolzes und reiches Jahrhundert genannt, und in der Tat: es darf stolz sein auf die gewaltigen Fortschritte, welche es in allen, das äußere Leben fördernden Dingen gemacht hat, es ist reich an Errungenschaften auf den Gebieten der Naturwissenschaften, es hat das Verkehrswesen durch die

Nusnützung der Erfindung des Dampfes und der Entdeckung der Elektrizität geradezu umgestaltet, und die siegreiche Durchdringung des Gesetzes geschichtlicher Entwicklung auf zahlreichen Gebieten der sogen. Geisteswissenschaften hat diesen letzteren im Laufe des neunzehnten Jahrhunderts den charakterisierenden Stempel aufgedrückt.

Hat die Rechtswissenschaft diesen Werdegang mitgemacht? Hat sie teilgenommen an dem Aufschwunge, den einerseits die Naturwissenschaften und an der Hand dieser das Verkehrswesen genommen und den andererseits auf den weiten Gebieten der sogen. Geisteswissenschaften die Anerkennung des Gesetzes vom Werden und Wachsen hervorgerufen hat?

Man braucht nur die Namen Savigny und Eichhorn zu nennen, um die Wahrheit des Letztgesagten zu begründen, die historische Schule ist in der Jurisprudenz herrschend geworden und bis zum heutigen Tage in der Hauptsache herrschend geblieben.

Anderere, nämlich praktische Aufgaben stellte und stellt der Rechtswissenschaft der andere Fortschritt, der Fortschritt im äußeren Leben, zumal hier — im äußeren Leben — neben den Aufschwung der Naturwissenschaften und den notwendigen Einfluß dieses auf die Rechtsbildung — in steigendem Maße der soziale Gedanke, die Berücksichtigung der Gesellschaftsinteressen neben den unter der Herrschaft des römischen Rechts vorwiegend herrschenden Individualismus getreten war; auf diesen Gebieten erwuchs der Rechtswissenschaft als Aufgabe vor allem die rechtspolitische Teilnahme an der Rechtsbildung. Zwar verlangt ein großer Teil der neuen Errungenschaften im Gebiete der fortschreitenden Naturwissenschaften keine neuen Rechts-

sätze, sondern es genügt, das vorhandene Recht auf die neuen Verhältnisse anzuwenden, — darauf beruht ja ein großartiger Vorzug des römischen bürgerlichen Rechts, wenigstens des im Laufe der Jahrhunderte durch Wissenschaft und Praxis so gewordenen römischen Rechts, daß es sich, weil es ein universelles und auf große Gedanken aufgebautes Recht ist, anpassen läßt an vorher nicht gekannte Lebensverhältnisse.¹⁾ Aber dies gilt doch nur von einem Teile dieser Verhältnisse. Ist mindestens für diesen Teil nicht zutreffend, was kürzlich ein freilich sehr moderner geistvoller Jurist ausgesprochen hat: „Der Glaube, daß wir mit dem Rechte auskommen können, welches zu den Zeiten friedlichen Waltens und Schaltens mit dem jahrhundertlang gehüteten Kapital von Kenntnissen bestand, ist nichts als ein Aberglaube;“²⁾ so müssen demnach neue Rechtsnormen aufgestellt werden, wenn und soweit aus den bereits vorhandenen nicht das für die neuen Verhältnisse Passende entnommen werden kann; denn das Recht ist, wie sprachlich, so auch seinem Wesen nach, das in gehörige Richtung Gebrachte, das geordnete Lebensverhältnis, das in der richtigen Richtung Befindliche, das Geradgerichtete,³⁾ und die Rechtsnormen sind also die Vorschriften, welche darauf abzielen, daß das im Leben äußerlich Vorhandene in dieser geordneten Lage sei oder in diese richtige Richtung gebracht werde, soweit menschliche Handlungen dieses zu erreichen vermögen. Wohlthätig, wie des Feuers Macht, sind die Erfindungen, wenn sie der Mensch bezähmt, bewacht, — dieses Bezähmen und Bewachen ist eben die Sache der Rechtsentwicklung, und hierin gibt es für diese letztere ebensowenig einen Stillstand wie für die Erfindungen;⁴⁾ vor allem das Völkerrecht muß in dieser Hinsicht seine Aufgabe er-

füllen, nämlich die Betätigung der rechtlichen Sorgfalt für die Interessen der Menschheit und der Menschlichkeit; im gleichen Interesse hat aber auch die Staatsverwaltung zu wirken und ist das Verwaltungsrecht demgemäß zu gestalten, und daß sich in dieser Richtung auch die Privatrechtsentwicklung der Zukunft zum Besten der Menschheit im ganzen und der deutschen Nation im besonderen bewegen muß, hat vor kurzem mit ganz besonderer Schärfe ein Gelehrter ausgesprochen, dessen hervorragendste Leistungen gerade auf dem Gebiete der Rechtsgeschichte und zwar der römischen Rechtsgeschichte zu bewundern sind.⁵⁾ Indem so die Rechtsbildung jeden Fortschritt der Technik begleitet, haben wir ein Eisenbahnrecht, ein Telegraphenrecht, eine Umgestaltung des Seehandelsrechts,⁶⁾ ein Gesetz über die elektrischen Maße geschaffen;⁷⁾ kaum war die drahtlose Telegraphie erfunden, hat ein internationaler Vertrag, zu welchem sich die 25 ersten Kulturstaaten der Erde geeint haben, den Verkehr der Funkentelegraphie öffentlich-rechtlich geregelt;⁸⁾ kaum war die kinematographische Darstellung zu einiger Verbreitung befähigt geworden, als die Kulturstaaten Europas sich zu einer die Urheberrechte an solchen Darstellungen währenden Revision der bestehenden Literarkonvention einigten;⁹⁾ kaum war das Automobil einigermaßen in den Verkehr eingeführt, als sich die europäischen Kulturstaaten zum völkerrechtlichen Abkommen zusammengetan haben, welches den Verkehr mit Kraftfahrzeugen international regelt;¹⁰⁾ und während man nun schon daran ist, einen internationalen Vertrag über die Luftschiffahrt¹¹⁾ zu vereinbaren, haben die einzelnen Staaten reichlich zu tun, die Ausführung der schon bestehenden erwähnten und anderen Verträge durch ihre Gesetzgebungen, in zahlreichen Verordnungen — auch

unter Umgestaltung des bürgerlichen Rechts — zu sichern und zu regeln. So entstehen mit der Lösung eines jeden in die Außenwelt tretenden und die äußeren Beziehungen der Menschen untereinander berührenden Problems der Technik oder der Naturwissenschaften für Fortbildung des Rechts neue Aufgaben,¹²⁾ wie unser Patentgesetz allen neuen Erfindungen Schutz zu gewähren sucht, wie dem Völkerrecht durch die unterseeischen Kabel und Kontaktminen, so in Zukunft etwa durch den Bau unterseeischer Kanäle, durch die technische Ausnützung der Wärme im Erdinnern, oder die der Sonnenstrahlen oder durch die des Radiums; ja der Phantasie reichste unter den jetzt lebenden deutschen Juristen spricht sogar schon von jenen dem Rechte entstehenden neuen, aber sicher von der Rechtsbildung bewältigten Aufgaben, „wenn es uns nach tausend Jahren möglich sein sollte, uns über die Erde zu erheben und mit Hilfe der Sauerstoffmaske und des Motors den Ätherraum zu durchfliegen, bis wir in das Luftmeer eines anderen Planeten gelangen.“¹³⁾

Bei der Lösung der sonach stets neuen Aufgaben der Rechtsentwicklung ist die Wissenschaft vom Rechte mitschaffend beteiligt, es ist eine praktische Arbeit der Juristen, aber nicht dieser allein, mitzuwirken bei der Aufstellung der nötig werdenden neuen Rechtsnormen, sei es in Gesetzen oder Verordnungen, sei es in internationalen Verträgen, und somit also auch bei der Schaffung neuer Rechtsgüter.¹⁴⁾

Aber eine andere, eine mindestens ebenso wichtige und in gewissem Sinn die schönere oder edlere Aufgabe der Rechtswissenschaft hebt an, wenn das neue Recht jeweils fertig vorliegt; dann hat sie die Pflicht, aus den Vorschriften (Normen) des positiven Rechts, welche

von der Rechtspolitik (Gesetzgebungs- und Vertragspolitik) geschaffen worden, die Rechtsdogmen, die Lehrsätze zu entwickeln und die Rechtsgüter systematisch darzustellen, die nichts anderes sind als die durch die Gebote und Verbote der Rechtsordnung geschützten Interessen; auf dieser Seite der Rechtswissenschaft, auf der Höhe der Dogmatik wird das System der Lehrsätze induktiv und deduktiv gefunden und das von der praktischen Rechtspolitik geschaffene positive Recht zum System im ganzen und im einzelnen ausgearbeitet.¹⁵⁾

So hat auch die Wissenschaft vom deutschen Privatrechte redlich mitgearbeitet an dem größten deutschen Gesetzgebungswerke unserer Zeit, dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, und so verarbeitet sie nun auch das im Bürgerlichen Gesetzbuche gebotene Material in den Kommentaren und in zahlreichen Einzelabhandlungen.

Noch ist das Urteil über dieses Gesetzgebungswerk nicht abgeschlossen; in den Ländern des preußischen Rechts und in den Gebieten des französischen Zivilrechts ist es, während in den gemeinrechtlichen Ländern das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch fast durchweg mit freudigem Jubel begrüßt worden ist, vielfach mit etwas mißtrauender Resignation aufgenommen worden. Gewiß hat das am 1. Januar 1900 in Wirksamkeit getretene große Werk nicht alle Wünsche¹⁶⁾ oder Hoffnungen erfüllt, die etwa gehegt wurden, und sicher ist, daß es nicht den Fortschritt bedeutet, welchen seinerzeit das preußische Landrecht von 1794 oder der französische Code Napoléon gegenüber den diesen Gesetzeswerken vorangegangenen Rechtszuständen bedeutet. Auch soll nicht verkannt und nicht geleugnet werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nicht durchaus von gleichem Wert ist, daß vielmehr manche

Paragraphen, ja ganze Abschnitte als mehr oder weniger mißlungen anzusehen sind. Aber es nimmt alles Brauchbare aus dem preußischen und dem französischen Rechte, überhaupt aus den Landesrechten in sich auf und ist schon darum auch diesen Rechten gegenüber ein Fortschritt, vor allem aber schafft das auf solchem Eklektizismus beruhende Gesetzbuch Einheit in den Grundlagen des bürgerlichen Rechts, schon darum müssen wir daran festhalten und uns des neuen Rechts, des deutschen Rechts, freuen. Auch hat die Praxis das neue Recht ohne alle Störung in der Rechtspflege in dem abgelaufenen Jahrzehnt eingeführt — selbst diejenigen Rechtsinstitute, die in vielen Gegenden unseres deutschen Vaterlandes neu gewesen sind — und damit ist gewiß schon Etwas erreicht und mehr noch bewiesen. Von dem neuen schweizerischen Zivilgesetzbuch, dessen Vorzüge vielfach vor dem unsrigen gerühmt werden, wird man dieses erst — und hoffentlich wohl auch — sagen können,¹⁷⁾ denn dieses am 1. Januar 1912 in Kraft getretene in allem Wesentlichen germanisch-bodenständige Recht ist unmittelbar unter dem Einflusse der Wissenschaft von dem in den schweizerischen Kantonen geltenden heimischen Recht entstanden, und gerade dieses letztere läßt sich analog von dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche sagen: auch dieses ist aus den von der Wissenschaft des deutschen Privatrechts ermittelten und vermittelten und systematisch ausgebauten Landesrechten hervorgegangen und bedeutet, wie einer unserer ersten Juristen sich begeistert ausdrückt, „geschichtlich den Sieg der deutschen Landesrechte über das im 16. Jahrhundert rezipierte Pandektenrecht“.

Zwar ist der technische Aufbau des Bürgerlichen Gesetzbuchs, was nicht verkannt werden darf, aus der Wissenschaft des gemeinen

römischen Rechts geschaffen, aber in sehr vielen Rechtsinstituten weht eine andere Luft, es ist der Hauch des deutschen Geistes und ist einheimisches deutsches Recht zur anerkennenden Geltung gebracht. Man braucht, um dieses zu beweisen, nur die Schlagworte Grundbuchrecht, eheliches Güterrecht, Erbvertrag und Erbanfallrecht zu nennen, und nicht minder sind dem deutschen, in den Landesrechten seither erhaltenen deutschen Privatrechte der Begriff des Gesamteigentums, wie der der Genossenschaft und der Gesellschaft, von „Treu und Glauben“, von „Kauf bricht Miete“, der Vertrag zu Gunsten Dritter, das Fundrecht, die Altersgrenzen, die Todeserklärung, die Reallasten, die Verjährungsfristen, das neue Besitzrecht, das Faustpfand, die Mundschaft, die Testamentsvollstreckung und so vieles andere Einheimischrechtliche entnommen.¹⁸⁾

In allen diesen Beziehungen hat die Wissenschaft des deutschen Privatrechts dem jetzt geltenden Bürgerlichen Gesetzbuche seit hundert Jahren auf das Ersprießlichste vorgearbeitet, so daß man gerade in der Entstehung und Entwicklung der Wissenschaft des deutschen Privatrechts, welche das von den Landesrechten seit dem Mittelalter angesammelte deutsche Recht dargestellt, die gedeihlichste Vorarbeit für das Bürgerliche Gesetzbuch erblicken und dankbar anerkennen muß.¹⁹⁾ So ist es nicht wunder zu nehmen, wenn die Literatur des deutschen Privatrechts im Menschenalter vor der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein ganz anderes, ein viel erfreulicheres Bild bietet als die Literatur des römischen Zivilrechts. Man braucht nicht vollständig das pessimistische Urteil eines hervorragenden Kenners des letzteren zu unterschreiben, das dieser vor 18 Jahren von dieser Stelle aus

gefällt hat,²⁰⁾ im Gegenteil: wir sind heute auch der Wissenschaft vom römischen Rechte dankbar, daß sie viele ersprießliche Vorarbeiten unserem neuen Rechte geliefert hat, aber die Hauptarbeit für letzteres hat doch die Wissenschaft vom deutschen Privatrecht geleistet.

Zwar liegt vieles, was geleistet worden, außerhalb des Bereiches des Bürgerlichen Gesetzbuchs und vieles muß noch geleistet werden, auch von der Wissenschaft des deutschen Privatrechts. Im Mittelpunkt aller von letzterer zu unternehmenden Forschungen steht jedoch — ich sehe nun ab von den rein rechtsgeschichtlichen Untersuchungen sowie von den gewiß auch höchst bedeutenden Fortschritten der Wissenschaft auf den Gebieten der Spezialrechte, wie des Handelsrechts, des Versicherungsrechts u. a. — ganz unzweifelhaft das Bürgerliche Gesetzbuch, das als ein liberales und dem sozialen Gedanken Rechnung tragendes Gesetzbuch gerühmt wird: „Freiheit und Gleichheit ist der Grundgedanke des im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Personenrechts.“²¹⁾

Nun ist gesagt worden: in unserer Zeit hat der Geist Feuerbachs — der das Recht vorzugsweise von der Gesetzgebung schaffen läßt — den Geist Savignys — der das Recht unbewußt wachsen läßt — siegreich überwunden;²²⁾ in der Tat: gegenüber den gewaltigen Anforderungen, welche einerseits die Fortschritte in den Naturwissenschaften, die Erfindungen und Entdeckungen auf allen diesen Gebieten und andererseits der soziale Gedanke kategorisch an die Rechtsbildung stellen, schwindet die Bedeutung der bekannten von Savigny aufgeworfenen und verneinten Frage, ob unsere Zeit den Beruf zur Gesetzgebung habe, — sie muß ihn haben, die Menschheit

braucht neue Rechtsnormen, und insoferne hat ja der Geist Feuerbachs wirklich gesiegt, aber darum darf man doch nicht von einer Niederlage der Anschauung Savignys sprechen: denn wenn es sich um die Auslegung des neuen Rechts handelt, so bieten freilich das nächstfliegende Interpretationsmaterial die Motive und parlamentarischen Verhandlungen, aber — und hiemit berühre ich allerdings eine bedeutende Streitfrage — auch die Rechte älteren Datums müssen hierbei berücksichtigt werden, aus denen vermöge jenes vom deutschen Gesetzgeber, wie erwähnt, befolgten Eklektizismus die neuen Normen geschöpft sind, es ist dem trefflichen Juristen vollkommen beizustimmen, welcher sagt: „Obschon man zurzeit überwiegend gewohnt ist, unser Bürgerliches Gesetzbuch lediglich aus sich heraus zu erklären, so wird sich diese Methode für die Dauer doch nicht festhalten lassen. Auch das neue Bürgerliche Gesetzbuch ist ein Produkt historischer Entwicklung und ein sehr großer Teil dessen, was darin steht, beruht auf dem Rezeptionsprozeß, dessen Nachweis für das Verständnis des Gesetzes mitunter förderlicher sein kann als ein von der Gedankenwelt, aus welcher heraus die Bestimmungen des Gesetzes entstanden sind, sich isolierendes Paragraphenschachspiel.“²³⁾ Hierin darf man zweifellos nicht einen Sieg, sondern die Ausöhnung Savignys mit Feuerbach, einen für beide Teile ehrenvollen und für die Wissenschaft wie Praxis ersprießlichen Friedensschluß erblicken.

Aber damit wird doch nur ein Teilfriede geschaffen, auf einer anderen — benachbarten — Front tobt ein erbitterter Kampf. Schon seit etwa einem Menschenalter geht durch unsere Wissenschaft eine Bewegung, welche sich von der Betrachtungsweise der historischen Schule

abzumenden scheint, es ist die Bewegung für Anerkennung des sogen. „freien Rechts“, das sich neben dem staatlichen und insbesondere durch die staatliche Gesetzgebung geschaffenen Recht, ja sogar gegen dieses jetzt Geltung zu verschaffen sucht. Die Vertreter dieser Richtung gehen davon aus, daß die bisherige Rechtsprechung dem Volksrechtsbewußtsein nicht genüge; man spricht daher von einer „Entfremdung“ zwischen dem Volke und dem Recht oder der Rechtspflege, und sieht den Grund hievon sowohl in der „Weltfremdheit der Berufsrichter“, die einer „unpopulären Buchstabenjurisprudenz“ huldigen, als auch in den Gesetzen selbst, in welchen Lücken klaffen und das soziologische Moment fehle, welches auch die Berufsrichter viel zu wenig oder gar nicht heranziehen, um jene Lücken auszufüllen, oder, wie andere sagen wollen, die Gesetze selbst zu verbessern. Die darob murrende Unzufriedenheit soll, so rühmt die sogen. Freirechtslehre, bekämpft und beseitigt werden durch das „freie Recht“. ²⁴⁾ Dieses entspreche und blühe kraftvoll in der Brust eines jeden das Leben kennenden Richters; seine Wissenschaft verlangt oder kennt vor allem keine rechtsgeschichtliche Grundlage, keinen historischen Unterricht, der von den Vertretern dieser Lehre mit dem schärfsten Hohne angegriffen wird: „Das Recht, das wir als ein lebendiges in uns fühlen, brauchen wir uns nicht noch einmal in der historischen Reforte vorzaubern zu lassen, so wenig wie wir Sanskrit zu lernen brauchen, um deutsch zu reden.“ ²⁵⁾

So spricht ein extremer Vertreter der Freirechtsbewegung, ich sage ein extremer, denn es gibt selbstverständlich eine große Anzahl von Variationen innerhalb dieser Lehre, von der man im großen und ganzen sagen muß: was an ihr richtig ist, ist nicht neu, und was neu

daran ist, ist nicht richtig. Da es selbstverständlich ganz unmöglich ist, in der kurzen Spanne Zeit, während welcher ich hier sprechen darf und will, auch nur annähernd jene zahlreichen Unterarten der Freirechtsbewegung zu schildern oder auch nur zu überblicken, muß ich mich hier damit begnügen, die Hauptrichtungen kurz darzulegen und einen Protest gegen das Unrichtige unter aller Anerkennung des Richtigen auszusprechen.²⁶⁾

Die Freirechtsschule will einerseits *(de lege ferenda)* die richterliche Tätigkeit und Macht durch die Gesetzgebung erweitern lassen (und deshalb auch den juristischen Unterricht umgestalten), andererseits *(de lege lata)* die Art, wie die Lücken eines Gesetzes, welche nach den Regeln der alten Schule — der sogen. konstruktiven Jurisprudenz — hauptsächlich durch ausdehnende Interpretation, juristische Konstruktion und Analogie ausgefüllt worden sind und werden, ergänzt und das bestehende Gesetz ausgelegt werden soll, mehr oder weniger radikal ändern. Stets soll — auch bei der Anwendung des schon existierenden Rechts — so meinen die einen, das zu schützende Interesse entscheiden („die Interessentheorie“ in verschiedenartiger Begründung und Ausdehnung),²⁷⁾ andere behaupten, die Lücken und Zweifel müßten stets durch die Berücksichtigung der sozialen Gesichtspunkte nach richterlich freiem Ermessen in Übereinstimmung mit den ethischen und wirtschaftlichen Momenten beseitigt werden (soziologische Methode),²⁸⁾ wieder andere lassen dem weltmännisch, nicht weltfremd²⁹⁾ gebildeten Richter mindestens bei der Lückenausfüllung den freiesten Spielraum, im Extrem sogar soweit, daß er auch gegen das — etwa veraltete — Gesetz entscheiden solle, in allen Fällen aber so die Lücken

ausfüllen müsse, wie er dies als Gesetzgeber tun würde. Für diese letztere Meinung soll, so meinen wieder andere, das Gesetz sogar absichtlich Raum schaffen, die Gesetze sollen so sein, daß der Richter seinem Ermessen möglichst weite Geltung verschaffen könne. Um dieses zu ermöglichen, soll nach einer Meinung dem größten Teil unseres Privatrechtes die Gesetzeskraft genommen, das Bürgerliche Gesetzbuch z. B. also auf die Bedeutung eines Lehrbuchs herabgedrückt werden, dem der Richter folgen kann, wenn er will, aber nicht muß; nach anderer Meinung soll das Privatrecht nur durch Verordnungen (des Reichs oder der Einzelstaaten) fortgebildet werden, nicht durch Gesetz, letzteres aber durch die parlamentarische Kontrolle ersetzt werden.³⁰⁾

Sind damit die verschiedenen Arten oder Richtungen der Freiheitsbewegung auch keineswegs erschöpft und ist es auch ganz unmöglich, in einem nur kurzen Vortrage zu allen jenen Meinungen Stellung zu nehmen, so möchte ich letzteres doch wenigstens in einigen Hauptpunkten tun. Das soll zunächst gegenüber dem zuletzt erwähnten Vorschlage der parlamentarisch kontrollierten Rechtsordnung geschehen. Dieser Vorschlag scheitert an der zu Grunde gelegten Unterscheidung zwischen politischen und unpolitischen Gesetzgebungsproblemen, denn diese Unterscheidung ist praktisch unmöglich. Jedes Gesetzgebungsproblem ist politisch; wer hätte geglaubt, daß bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches die Frage des Ersatzes des durch Hasen verursachten Wildschadens zwei namentliche Abstimmungen im Reichstage hervorrufen würde!³¹⁾ Gerade dieses Beispiel mögen freilich Vertreter der bezeichneten Rechtsverordnung für das Zweckmäßige ihres Vorschlags anführen, aber stehen sich hierin nicht Großgrundbesitzer

und Kleinbesitzer, Interessenten von rechts und links gegenüber? Zurückschrauben läßt sich in unserer Zeit die parlamentarische Mitwirkung nicht. Man kann die Zusammensetzung der Volksvertretungen vielleicht ändern, nicht aber ihre Mitwirkung auf eine bloße Kontrollbefugnis oder ein Einspruchsrecht herabsetzen, wenn auch ein solches etwa schon von einer sehr kleinen Minorität soll ausgeübt werden können.

Wie schon an anderer Stelle³²⁾ ausgesprochen und dargelegt wurde, ist der ganzen Theorie des freien Rechtes direkt zu widersprechen, wo sie den Subjektivismus über den Gemeinwesenwillen stellen will; denn das Recht ist nun einmal Gemeinwesens-, nicht Individual-sache, eine soziale oder Massensekretion und nicht was ich für Recht halte, sondern was das Gemeinwesen, dem ich angehöre, für Recht hält ist Recht;³³⁾ so einfach sind unsere Lebensverhältnisse längst nicht mehr, daß sie wie bei den Germanen vor König Eurichs Zeit lediglich nach den Sitten und der Gewohnheit geregelt oder von der Erbklugheit eines arabischen Scheiks entschieden werden könnten. Schon einmal haben die Deutschen — das lehrt die leichtthin und oft verdammte Rechtsgeschichte — eine Herrschaft des „freien Rechts“ durchgemacht, nämlich im Strafrecht des deutschen Mittelalters, vom Ausgang der Karolingerzeit bis zum 16. Jahrhundert: da war die ganze Strafrechtspflege derartig roh und verwildert geworden, daß sogar die harte Halsgerichtsordnung Karl V. als Wohltat und Rettung erschien und gepriesen worden ist.

Es muß freilich nicht immer und nicht gerade die Form des Gesetzes sein, in der das für Recht und Unrecht maßgebende herrschende

Gemeinwesen sein bestimmendes Urteil darüber abgibt, was dem Gemeinwohl entsprechend, also Recht, und was ihm schädlich ist, also Unrecht sein und deshalb unterdrückt werden soll: auch außerhalb der Gesetzgebung findet das Rechtsempfinden des Volkes im Staate, das Empfinden des herrschenden Gemeinwesens Mittel und Wege, sich mit dem tatsächlichen Anspruche auf Geltung (Verwirklichungstrieb) zu äußern, es gibt mit anderen Worten wirklich, auch heutzutage noch, freies Recht, freies Recht auf Gebieten, auf denen der Gesetzgeber den Richter im Stiche läßt, selbst zurücktritt oder zurückgedrängt ist vor oder von der Macht der Tatsachen.

Letzteres ist vor allem der Fall, wo sich Gewohnheitsrecht (in autonomen Kreisen Observanz) gebildet hat oder noch bildet; die Geltung des Gewohnheitsrechts ist unbestritten, wo es zur Lückenausfüllung dient, aber es darf auch die derogierende Kraft der Gewohnheit nicht geleugnet werden.³⁴⁾ Nur müssen selbstverständlich die schon seither allgemein aufgestellten Erfordernisse der Bildung geltenden Gewohnheitsrechts erfüllt sein³⁵⁾ und es darf andererseits das Gewohnheitsrecht auch nicht überschätzt und als das allein geltende Recht angesehen werden.³⁶⁾ Selbstverständlich kann man das Gewohnheitsrecht auch als ein „freies“ Recht bezeichnen, nur darf nicht angenommen werden, daß es subjektiv (d. i. etwa vom Richter allein) empfundenes Gerechtigkeitsgefühl sei, was die Gewohnheitsrechtsnormen erzeugt oder heiligt.

Und auch abgesehen von der durch das Gerechtigkeitsgefühl getragenen Gewohnheitsrechtsbildung ist freies Recht bereits längst, bevor die eine der modernen Theorien des Freirechts aufgestellt worden

ist, als geltendes Recht anerkannt und angewandt, wo das richterliche Ermessen³⁷⁾ nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes oder des Gewohnheitsrechts maßgebend sein muß oder wo das Gesetz unter mehreren Auslegungen oder Anwendungen die brauchbare, d. h. zu einem dem Gemeinwesens-Rechtsgefühl angemessenen Resultat führende allein zuläßt (sogen. eingebautes freies Recht). Wie dem Richter in unserem Strafgesetzbuch oft überlassen ist, zwischen Geld- und Freiheitsstrafe, oder zwischen Festungs- und Gefängnisstrafe oder zwischen langjähriger Zuchthausstrafe und viel kürzerer Gefängnisstrafe im konkreten Falle zu wählen, so gestattet auch das bürgerliche Recht, auch das Bürgerliche Gesetzbuch des Deutschen Reiches dem eingebauten freien Rechte nicht weniger häufig den Zutritt und die Herrschaft; unzweifelhaft überall da, wo das Gesetz die „Sitte“ oder die „Verkehrssitte“ oder die „Angemessenheit“ oder die „Billigkeit“ ausdrücklich als maßgebend bezeichnet, aber auch überall da, wo der Wissenschaft oder dem Richter die Feststellung von Begriffen überlassen ist, wie man sich auszudrücken pflegt, so nicht bloß wo von „Treu und Glauben“ die Rede ist, sondern auch vom „Wesen der Ehe“, „Mißbrauch eines Ehegattenrechts“, Ehrlosigkeit, Undank, Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses u. dergl. In allen diesen und so zahlreichen anderen Fällen wird also bereits immer und längst „freies“ Recht angewandt von jedem deutschen Richter und insbesondere dem bayerischen Richter, der tatsächlich niemals so weltfremd ist, als er gemacht wird, der heutzutage ja auch die moderne, auch volkswirtschaftliche und sozialpolitische Bildung mindestens so reichlich genossen hat, wie die meisten Laien und auch Theoretiker der Freirechtsschule. So muß der

Richter, nicht von seinem subjektiven Empfinden sondern von dem, was man „sozialen Instinkt“³⁸⁾ nennt, geleitet, das eingebaute freie Recht zur Anwendung bringen;³⁹⁾ ⁴⁰⁾ wenn die — übrigens sowohl in ihrem Begriffe wie in vielen Einzelheiten so viel umstrittene — Soziologie als ein Mittel zur Auslegung und Lückenausfüllung gegenüber dem positiven Recht herangezogen werden soll, so ist dies demnach nur im Rahmen des sogen. eingebauten freien Rechts möglich, nicht darüber hinaus, während selbstverständlich die Resultate der Lehre von den Gesellschaftsinteressen⁴¹⁾ (im Unterschied von den Staatsinteressen einerseits und den Individualinteressen andererseits) sowohl in Gesetzgebungsfragen⁴²⁾ (de lege ferenda also) als auch in geschichtlichen Untersuchungen⁴³⁾ von der allergrößten Wichtigkeit sind.

Kann sonach in der sogen. Freirechtslehre kein ersprießlicher Fortschritt erblickt werden und müssen wir demnach die Gesetzeslücken durch die hergebrachten Mittel der konstruktiven Jurisprudenz ausfüllen, so bietet die sich täglich mehrende Anerkennung und Aufnahme einer anderen modernen Bewegung in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts ein weit erfreulicheres Bild, ich meine die Bewegung zu Gunsten der Annahme der sogen. Persönlichkeits- oder Individualitätsrechte.⁴⁴⁾ Das juristische Wesen dieser Rechte⁴⁵⁾ ist das rechtlich geschützte Interesse eines Subjekts, seine Wesenheit und Individualität anerkannt zu sehen.⁴⁶⁾ Man rechnet hieher das Recht auf körperliche Unverletztheit,⁴⁷⁾ Freiheit⁴⁸⁾ und Betätigung,⁴⁹⁾ das Recht an der eigenen Person,⁵⁰⁾ wie man auch sagt, das sich hieraus ergebende Recht am eigenen Körper,⁵¹⁾ ferner das Recht am Namen,⁵²⁾ an der Firma⁵³⁾ und das Recht am guten Namen, der Ehre⁵⁴⁾ sowie das

damit zusammenhängende Recht am eigenen Bilde⁵⁵⁾ wie die Befugnis, von der Presse Berichtigung einer die Ehre antastenden Nachricht zu verlangen.⁵⁶⁾ Man rechnet aber außer diesen, dem berechtigten Subjekt einen gewissen Bestand oder Zustand schützenden Rechten noch eine andere Gruppe von Rechten hieher, nämlich das Recht an einer eigenartigen (individuellen) Betätigung⁵⁷⁾ und an den Resultaten einer solchen individuell gestalteten Betätigung, das sind die Autor- oder Urheberrechte,⁵⁸⁾ das literarische,⁵⁹⁾ das künstlerische⁶⁰⁾ und das technische Urheberrecht (Erfinderschutzrecht);⁶¹⁾ ob man diese zweite Gruppe allein oder auch die erstere als Immaterialgüterrecht bezeichnen soll, mag hier dahingestellt bleiben, die Meinungen gehen hierin sowie über vieles Einzelne an dieser ganzen Lehre noch ziemlich weit auseinander. Die ganze Kategorie dieser Rechte und zwar beider Gruppen derselben gehört in ihrer Anerkennung durchaus dem letzten Menschenalter an, es ist daher nicht bloß diese eben erwähnte Meinungsverschiedenheit, sondern auch die Ablehnung der ganzen Kategorie durch manche an der älteren Systematik des Privatrechts festhaltenden Juristen sowie der Streit über viele Einzelheiten im eigenen Lager der Vertreter der modernen Systematik sehr wohl begreiflich. Ich wähle absichtlich das Wort „Systematik“, denn die Anerkennung der Kategorie der Persönlichkeitsrechte trifft direkt das System des Privatrechts. Vor dieser Anerkennung waren die einzelnen Rechte, soweit man sie kannte oder erkannte, ohne einen logisch eingeräumten Platz, sozusagen heimatlos, und man hat daher auch gemeint, die ganze Klasse der Persönlichkeitsrechte sei nur eine Verlegenheitskategorie.⁶²⁾ Dies wäre eine dem Werte der hier in Betracht kommenden Rechte, welche die höchsten

Güter der Menschheit zu schützen bestimmt sind, nicht würdige Auffassung; ich sage, die höchsten Güter der Menschheit: Ehre und Freiheit und jede geistige Leistung sind doch gewiß ungleich wertvoller als eine Wegegervitut oder die Heimzahlung eines Darlehens. Und gerade vom Standpunkte des Rechtssystems aus wäre jene Auffassung zu verwerfen: die Anerkennung der Persönlichkeitsrechte hängt unlöslich mit dem ganzen System zusammen. Setzt man nämlich als das Wesen eines bürgerlichen Rechts im subjektiven Sinne das geschützte Interesse, wie verdienstvoll genug schon R. v. Ihering es getan hat, so ist nur noch die Frage zu beantworten: Woran kann der Mensch ein Interesse haben, das von der Rechtsordnung geschützt werden kann? Ein solches Interesse kann der Mensch aber nicht bloß an Sachen haben (Sachenrecht), sondern auch an Personen, sei es an einzelnen bestimmten nach Vertrag oder kraft Gesetz geschuldeten Handlungen (Schuldrecht) oder sei es an einem durch das vor allem ethisch wirkende Familienleben verlangten Verhalten fremder Personen (Familienrecht), und ein solches Interesse hat der Mensch auch an der eigenen Person, ihrer Betätigung, Ehre u. s. w. Und so entsteht diese ganze Kategorie, logisch, weil man jedes Recht, welches im Zustande der Verletztheit anerkannt ist, sich auch im Zustande der Unverletztheit denken kann, folgerweise also auch alle Rechte an der eigenen Person einschließlich der Urheberrechte.⁶³⁾ Ohne hier mehr auf diese dem edelsten Wesensteile der Menschheit Rechnung tragenden Kategorie einzugehen, möchte ich heute nur den einen Vorwurf zurückweisen, daß die Anerkennung dieser Kategorie einen Rückfall in das Naturrecht bedeute.⁶⁴⁾ Diese Meinung ist wohl dadurch entstanden, daß man diese Rechte auch „angeborene“ Rechte

genannt hat, ein Ausdruck, der auch für die sogen. allgemeinen Menschenrechte gebräuchlich ist, für politische Rechte, wie die Gewissensfreiheit, Freizügigkeit u. dergl.; mit solchen programmatisch als angeborne Rechte bezeichneten Befugnissen hat die hier besprochene Kategorie nichts zu tun: die Persönlichkeitsrechte bestehen nur, wenn und soweit das positive Recht sie anerkennt, ja erschafft. Die ganz unerlässliche positivrechtliche Anerkennung⁶⁵⁾ dieser Gruppen von Rechten liegt einerseits in Maßnahmen, welche zur Feststellung, Konstatierung oder Konstituierung dieser Rechte, mitunter auch mittelbar zum vorsorglichen Schutze derselben dienen (wie öffentliche Register, Eintragsrollen u. dergl.), andererseits in gesetzlichen Maßregeln, welche deren Reaktion gegen die Verletzungen, ja schon gegen Bedrohungen des jenen Rechten entsprechenden Zustandes eintreten lassen und regeln, so die Androhung von Strafen und Entschädigungspflichten und die Zulassung der Selbsthilfe zum Schutze dieser Rechte im Falle der Notwehr und des Nothstandes; es können ferner hieher gestellt werden jene gesetzlichen Bestimmungen, nach denen man wenigstens teilweise über diese Rechte geschäftlich verfügen (Negotiabilität dieser Rechte), sie übertragen, einschränken, auch vererben kann.

Solche positivrechtlichen Anhaltspunkte müssen vorhanden sein, genügen dann aber auch dazu, wenn die Rechtswissenschaft ein neues Rechtsgut anerkennen soll. Für uns Juristen sind die in den Gesetzen und auch im Gewohnheitsrecht enthaltenen Vorschriften das Material, aus welchem wir, wie der Naturforscher aus den Erscheinungen der Natur, induktiv die Theorie und so auch die Theorie der Persönlichkeits- oder Individualitätsrechte ableiten, — dies ist die

richtige konstruktive Methode, die sich auch gegenüber der Freiheitslehre lebendig erhalten wird, so lange unsere Wissenschaft bestehen wird.

Die Persönlichkeitsrechte, deren Umkreis sowohl von der modernen Gesetzgebung als auch von der Theorie heutzutage bald enger bald weiter gezogen wird,⁶⁶⁾ stehen in einer bestimmten Beziehung zu einer andern modernen Bewegung, die das Schuldrecht durchzieht, zum Teil aber auch das Sachenrecht berührt, nämlich zur Anerkennung der Unterscheidung von Schuld und Haftung; ist diese Unterscheidung auch rechtsgeschichtlichen Ursprungs,⁶⁷⁾ so entbehrt sie keineswegs der dogmatischen und zugleich praktischen Bedeutung für das geltende Recht.⁶⁸⁾ Schuldig sein heißt: leisten sollen, und Haften heißt: einstehen dafür, daß etwas geleistet wird, also dem Gläubiger verfallen, wenn nicht das Geschuldete geleistet wird. Haften kann sowohl eine Person oder auch eine Sache (letztere z. B. wenn die Sache verpfändet ist), leisten kann nur eine Person, es kann aber dieselbe Person, welche leisten muß, auch haften (Haftung einer Person und Schuld fallen in regelmäßigen Fällen zusammen), es kann aber auch eine fremde Person für die Schuld einer anderen haften (z. B. bei der Bürgschaft) und es kann die Haftung einer Person oder einer Sache länger dauern als die Schuld oder an andere Bedingungen geknüpft sein als diese. Die Beziehung dieser Unterscheidung zu dem Persönlichkeitsrecht aber ist die: es verlangt der Berechtigte von dem Verpflichteten kraft der Schuld, daß letzterer eines seiner Persönlichkeitsrechte betätige, und kraft der Haftung: daß er ein Persönlichkeitsrecht nicht betätige, selbst wenn er seine Persönlichkeit oder ein Recht der-

selben oder ein Vermögensstück einsetzen sollte, also er oder eine Sache des Haftenden angegriffen würde.⁶⁹⁾

Es ließen sich noch der Konsequenzen jener Unterscheidung viele erörtern; es ließen sich ebenso noch manche andere neuzeitige Bewegungen auf dem Gebiete der Wissenschaft des deutschen Privatrechts⁷⁰⁾ anführen, wenn sie auch weniger nutzbringend oder eingreifend sind, wie die besprochenen. So scheint es, daß die heutige dogmatische Auffassung vom Wesen der juristischen Person⁷¹⁾ einer Zersetzung oder Umgestaltung entgegen geht, daß die Theorie der Willenserklärungen auf neue Grundlagen gestellt,⁷²⁾ das juristische Wesen der Wertpapiere,⁷³⁾ dann der Traditionspapiere⁷⁴⁾ anders gefaßt oder die beschränkte Vermögenshaftung verschieden erklärt oder gedeutet wird⁷⁵⁾ als seither, daß neue Vertragsarten, wie z. B. die Energieverträge,⁷⁶⁾ auch die sogen. „gemischten Verträge“⁷⁷⁾ zur Anerkennung und dogmatischen Entwicklung gebracht werden, — gewiß sind diese und noch manche andere Errungenschaft unserer Wissenschaft von Bedeutung; die Zeit fehlt hier, auf sie einzugehen, wie auch die auf dem Grenzgebiete der deutschen Rechtsgeschichte und den Spezialgebieten des Handelsrechts, Gesellschafts-, Schiffahrts-, Wechsel-, Versicherungs- und Schecksrechts neuerdings gefundenen Lehrsätze zu prüfen oder auch nur zu erwähnen; noch weniger gelingt es, die bedeutenden Neuerungen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, des Völkerrechts, des internationalen, des Staats- und Gesellschaftsrechts zu überblicken, denn wenn die menschliche Kultur fortschreitet, so schreitet mit ihr, von der Wissenschaft gefolgt oder sogar geführt, das Recht fort, weil die Rechtswissenschaft, wie der Begründer unseres modernen

Handelsrechts sagt,⁷⁸⁾ nichts anderes als „civilis sapientia ist, die praktische Philosophie der bürgerlichen Gesellschaft; sie geht sicherlich nicht auf in der Interpretation der Texte, noch auch nur in der Bildung der Rechtsbegriffe; ihre höchste Aufgabe ist, die richtige, d. h. jeder Zeit und jeder Kulturlage entsprechende rechtliche Gestaltung des menschlichen Gemeinwesens zu finden und möglichst sicher festzustellen.“ Und an diesen großen Gedanken reihe ich gern ein gewaltiges Wort des Romanisten, der das letzte und für unsere Zeit einflussreichste deutsche Pandektenlehrbuch geschrieben hat: „Die höchsten Ziele der Menschheit werden nur durch freien Aufschwung der Kräfte erreicht; aber dieser Aufschwung wäre nicht möglich ohne das Recht. Das Recht ist es, welches den Boden bereitet für alle menschliche Kultur.“⁷⁹⁾

Und nun möchte ich zum Schluß ein Wort an die akademische Jugend richten, an meine jungen Freunde, Kommilitonen!

Moderne Bewegungen in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts habe ich im heutigen Vortrage zu besprechen versucht; Sie haben gehört, welche Bewegungen, Errungenschaften und Bestrebungen auf diesem Gebiete nun zu beobachten sind, solche Bewegungen gibt es auf allen Gebieten der Rechtswissenschaft und nicht bloß dieser, sondern aller Wissenschaften ohne Ausnahme in unseren Tagen. Nicht alles was neu ist, muß auch gut, wahr und ein brauchbarer Baustein zum Weiterbau der Wissenschaft sein, und auch das Alte, meist vom Neuen in den Hintergrund gedrängt, birgt manches, das von dauerndem Werte, gut und brauchbar ist. Sie, meine lieben jungen Freunde,

denen ja die Zukunft gehört, haben als wissenschaftlich gebildete Männer dereinst zu entscheiden, was Sie von dem Neuen annehmen oder verwerfen, von dem Alten bewahren und festhalten wollen. Diese nicht leichte Unterscheidung können Sie nur treffen nach harter Arbeit, Arbeit harret Ihrer beim Eintritt in jede Wissenschaft, Arbeit bei der Fortbildung, bei der wünschenswerten Ausbildung; ohne Arbeit ist keine wissenschaftliche Leistung, kein Schaffen und Wirken am großen Bau der Wissenschaften und in der auf ihn gegründeten Praxis möglich. Aber diese Arbeit ist für den gebildeten Mann auch ein wertvoller Genuß. Versagen Sie sich nicht zu lange diesen Genuß, nicht zu lange den Segen, den erhaltenden, den erhebenden und — ich habe es ja auch erfahren müssen — den tröstenden Segen der richtigen Arbeit, und reichen göttlichen Segen wünsche ich Ihrer guten Arbeit.

Anmerkungen.

¹⁾ Vergl. R. Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts (8. Aufl. 1909) S. 6 Anm. 1. u. 2 und die daselbst angegebene Literatur, namentlich die überaus wertvollen Feststellungen von Heinrich Brunner und L. Goldschmidt.

²⁾ J. Kohler, Einfluß der Erfindungen auf die Rechtsentwicklung, Deutsche Juristen-Zeitung 1912, (XVII. Jahrg.) S. 26.

³⁾ R. v. Amira, Grundriß des Germanischen Rechts (der zweiten verbesserten Auflage zweiter Abdruck), aus Pauls Grundriß der Germanischen Philologie, Straßburg 1901) S. 7.

⁴⁾ R. Gareis, Vom Einfluß der Erfindungen auf die Rechtsentwicklung, Deutsche Juristen-Zeitung (XV. Jahrg.) 1910 Nr. 1 S. 35 ff. und J. Kohler in der in Anm. 2 angeführten Abhandlung (D. J. Ztg. 1912 S. 25—31).

⁵⁾ Mitteis in der D. J. Ztg. 1909 S. 1040.

⁶⁾ R. Gareis in der D. J. Ztg. 1910 S. 36.

⁷⁾ Reichsgesetz vom 1. Juni 1898 (RGBl. 1898 S. 905); vergl. auch Reichsgesetz vom 9. April 1900 (RGBl. 1900 S. 228). Vgl. hierzu A. Schleich, Das Recht der Elektrizität. 1906.

⁸⁾ Internationaler Funkentelegraphenvertrag vom 3. November 1906 (RGBl. 1908 S. 411 bis 462), vergl. R. Gareis, Vierzehn der wichtigsten völkerrechtlichen Verträge der neuesten Zeit, zugleich ein Anhang zu R. Gareis, Institutionen des Völkerrechts (Gießen, Emil Roth, 1912) S. 52—58.

⁹⁾ Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, vom 13. November 1908, RGBl. 1910 S. 965 ff., R. Gareis, Vierzehn der wichtigsten völkerrechtlichen Verträge der neuesten Zeit u. s. w. (s. Anm. 8) S. 64.

¹⁰⁾ Internationale Automobilkonvention (Pariser Abkommen über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen) vom 11. Oktober 1909, RGBl. 1910 S. 603 ff., R. Gareis, Vierzehn der wichtigsten völkerrechtlichen Verträge der neuesten Zeit u. s. w. (s. Anm. 8) S. 59—63.

¹¹⁾ Max Fleischmann, Grundgedanken eines Luftrechts. (München 1910.)

R. Gareis, Juristische Ausblicke in die Zukunft des Luftschiffahrtsbetriebs. Beilage der Münch. N. Nachr. 1909, 17. Februar.

F. Meili, Allg. Ztg. 1908, Nr. 19, 20, 21; Derselbe, Das Luftschiff im internen Recht und Völkerrecht (Zürich 1908); Derselbe, Ballons, Flugmaschinen und die Jurisprudenz (Zürich 1909).

Chr. Meurer, Annalen des Deutschen Reichs 1909, S. 181 ff. (auch separat).

Hans Sperl, Luftschiffahrt vom Standpunkte der Rechtswissenschaft 1911. Derselbe, Allg. österr. Gerichtsztg. 1910, Nr. 48.

E. Zitelmann, Luftschiffahrtsrecht (Meyers Zeitschr. f. internat. Privat- u. öffentl. Recht) 1910 und die übrigen zahlreichen von Diesen, namentlich Zitelmann und Sperl angeführten Schriftstellern.

¹²⁾ R. Gareis an der in Anm. 4 angegebenen Stelle.

¹³⁾ J. Kohler in der Deutschen Juristenztg. XVII. Jahrg. (1912) S. 26.

¹⁴⁾ Gg. Cohn, Neue Rechtsgüter (Zürcher Rektoratsrede am 29. April 1902).

¹⁵⁾ R. Gareis, Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft (Einleitung in die Rechtswissenschaft), Gießen, Verlag von Emil Roth, 4. Aufl. 1912 S. 9, 11.

¹⁶⁾ Vergl. Otto Gierke, Der (I.) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig, 1889.

¹⁷⁾ Sehr beifallswürdig sagt L. Wenger gegenüber dem übertriebenen Lobe des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs: „Daß es etwas wesentlich anderes ist, ein Gesetz für die Kantone der Schweiz als für ein Weltreich zu formulieren, wird leicht vergessen. Auch wäre es angebracht, erst die Erprobung des jüngsten Gesetzbuchs abzuwarten, ehe man über das ältere, schon ein Jahrzehnt erprobte kurzerhand den Stab bricht. Gegen Übertreibungen in diesen Werturteilen darf ich mich auf Zeugnisse berufen, die nicht leicht abgetan werden können: Strohal, Leipz. Zeitschr. 1909 S. 610; Kabel, D. J. Ztg. 1910 S. 29 f. und ausführlich Rhein. Zeitschr. II S. 312 ff.“ So L. Wenger in der Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht LXX. Bd. S. 552.

¹⁸⁾ Hierüber siehe im einzelnen meine Artikel in der (Mugsburger) „Allgemeinen Zeitung“ vom 28., 29. und 30. November 1895, betitelt: Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch von Karl Gareis (Königsberg), I, II u. III.

¹⁹⁾ Rudolf Cohn in „Kultur der Gegenwart“, herausgegeben von Paul Hinneberg. Teil II Abteilung VIII: Bürgerliches Recht (1906) S. 13.

²⁰⁾ „Es wird sich nicht leugnen lassen, daß sich seit längerer Zeit unsere zivilistische Rechtswissenschaft keineswegs in einem beneidenswerten Zustande befindet. Die unsterblichen, von Lehrbuch zu Lehrbuch und von Monographie zu Monographie sich fortziehenden Interpretationen unerklärbarer Stellen und Lösungsversuche unlösbarer Widersprüche, die mit allen Argumenten pro et contra längst erschöpft und doch immer von neuem wiederkehrenden Kontroversen nicht nur über Geringfügiges, sondern leider zum Teil auch über sehr Fundamentales machen den Eindruck der Zerfahrenheit und Ziellosigkeit und sind wohl geeignet, auf manche Kraft, die sich Jahre lang selbst an dieser Danaiden-Arbeit beteiligt hat, allmählich einen lähmenden und entmutigenden Eindruck auszuüben.“ So Aug. v. Bechmann, Feuerbach und Savigny, Münchener Rektoratsrede vom 15. Dezember 1894, S. 18.

²¹⁾ R. Cohn an der in Anm. 19 angegebenen Stelle. Vergl. hiemit auch Arthur Benno Schmidt (Gießen): „Das BGB. als Erzieher unseres Volkes“ (Gießener Rektoratsrede von 1901), insbesondere S. 17 ff.

²²⁾ Aug. v. Bechmann a. a. O. (Anm. 20) Rektoratsrede S. 18 u. 19.

²³⁾ E. Strohal, Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf die zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung (Thering's Jahrbücher f. d. Dogmatik, 61. Bd., S. 59 ff., hier S. 67).

L. Wenger, Das „sonstige Recht“ in § 823 BGB. und der Münchener Papyrus 102. Kohler-Berolzheimer's Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie Bd. VI (1912) S. 169.

²⁴⁾ Die hauptsächlichsten der die Freirechtstheorie darstellenden und vertretenden Schriften sind zusammengestellt bei Philipp Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung (Universität Tübingen, Rede am Geburtstage des Königs 1912, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr [Paul Siebeck] 1912) S. 48, 49; hinzuzufügen wäre etwa noch, außer dieser eben genannten Schrift von Heck, die übrigen ebenda S. 51 und 52 angeführten Schriften von Ph. Heck, dann R. Gareis, Blätter für Rechtsanwendung 75. Jahrg. (1910) S. 7—16, ferner Siegfried von der Trenck, Urteile mit rechtsschöpferischer Kraft, zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Lehre des Rechts und zur positiven Kritik der freien Rechtsfindung (Berlin, Fr. Vahlen, 1912).

²⁵⁾ Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (Heidelberg 1906). Noch weiter geht die neueste Schrift von Ernst Fuchs, Juristischer Kulturkampf (Karlsruhe 1912), wo u. a. S. 80 gesagt ist: „Die ganzen Werke der gelehrten Jurisprudenz, einschließlich ihrer berühmten Besißliteratur, sind nicht das Papier wert, auf das sie gedruckt sind.“

²⁶⁾ Neukamp, Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung. (D. J. Ztg. XVII. Jahrg. 1912 Nr. 1 S. 44 ff.)

²⁷⁾ So z. B. Ph. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen, Rektoratsrede am Geburtstage des Königs, 1912.

²⁸⁾ So etwa vor allem Einzheimer, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (1909).

²⁹⁾ Über die angebliche Weltfremdheit der Richter, f. R. Gareis, Blätter für Rechtsanwendung 1910, 75. Jahrg., S. 11, 15 u. a. Ferner: F. Vierhaus, Über die Methode der Rechtssprechung (Beiträge zur staats- und rechtswissenschaftlichen Fortbildung, Heft 1, Hannover 1911). S. 66, 67; Vierhaus sagt mit Recht: „Die konstruktive Jurisprudenz ist nicht gemein-schädlich“ „Die Gefahr des unbewußten Unrechts durch eine ‚freie‘ Entscheidung ist viel größer, als die einer vielleicht einmal formalistisch ausfallenden unbilligen Entscheidung.“

³⁰⁾ Ph. Hecks Vortrag in der Juristischen Gesellschaft in Berlin am 7. Februar 1906, und derselbe in der oben Anm. 24 und 27 genannten Rede, 1912.

³¹⁾ Über den Hasenschaden f. die namensliche Abstimmung über die Worte „durch Hasen“ bei BGB. § 835, stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Reichstags IX. Legislaturperiode IV. Session 1895/97 Bd. IV. Sitzung am 23. Juni 1896 S. 2850 ff., ferner Sitzung am 30. Juni 1896. S. 3064 ff.

³²⁾ R. Gareis, Vom Begriff Gerechtigkeit, f. die Festschrift für die juristische Fakultät Gießen zum Universitäts-Jubiläum (1907) S. 302, 303 (auch separat erschienen, S. 30, 31), auch R. Gareis, Freies Recht, Gesetzeszwang und Richteramt (Blätter für Rechtsanwendung, 75. Jahrg., 1910 Nr. 1 S. 7—16).

³³⁾ B. Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, Leipziger Rektoratsrede 1884 S. 7, auch B. Örtmann, Windscheids gesammelte Reden u. f. w., Leipzig 1904 S. 102.

³⁴⁾ Hierüber und namenslich über eine falsche Auslegung des Art. 2 d. Reichsverfassung f. R. Gareis, BGB. (Gießen, Verlag von Emil Roth) S. XXII, ferner R. Gareis, Kommentar zum Allg. Teil des BGB. (Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1900) C. XXXVI u. a.

³⁵⁾ Windscheid-Ripp, Lehrbuch des Pandektenrechts (8. Aufl. 1900) Bd. I S. 67, 69 ff. (§ 16).

³⁶⁾ E. Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912. Leipzig, S. 154 ff.

³⁷⁾ Lothar Seuffert, Über richterliches Ermessen (Akademische Festrede, Gießen 1880); R. Gareis, Vom Begriff Gerechtigkeit, S. 13, 31. In den Fällen, wo das Gesetz auf das richterliche Ermessen verweist, ist die Freirechtslehre, wie gesagt, anwendbar, aber nicht neu; Neukamp weist an dem in Anm. 26 angegebenen Orte mit Recht auf I. 19 D. de leg. 1, 3 und I. 67 D. de R. J. 50, 17; vergl. ferner z. B.: Arthur Benno Schmidt, Entscheidung und richterliches Ermessen (Festsache der Giesener Jur. Fak. f. H. Dernburg, 1900, insbesondere S. 14 ff.).

³⁸⁾ Über den „sozialen Instinkt“ f. Siegm. Exner (Die Moral als Waffe im Kampfe ums Dasein (Wien 1892) und R. Gareis, R.-Encyklopädie S. 5, 6, 7 (Anm. 14), 24 (Anm. 17).

³⁹⁾ Nachweisungen hiezu f. R. Gareis, Rechts-Encyklopädie, S. 30 Anm. 40—41, ferner E. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (2. Aufl. 1906), R. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897 u. a. Hierzu auch R. Gareis in Blätter für Rechtsanwendung 1910 S. 13, 14.

⁴⁰⁾ Das so angewendete Recht würden die alten Griechen vielleicht mit *ἐπίκρατος* bezeichnet haben, s. P. Vinogradoff in Kohler u. Verolzheimer's Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, Bd. IV S. 81 u. 82.

⁴¹⁾ Von den Gesellschaftsinteressen in Unterscheidung von Staats- und Individualinteressen s. Gareis, Rechtsencyklopädie § 14 S. 60, 61.

⁴²⁾ Insofern und hier also sind Sinzheimer'sche Erwägungen zulässig, ja notwendig. So auch beifallswürdig J. W. Hedemann in Jur. Lit. Bl. 1912 S. 205—206. Vergl. Gareis an dem in voriger Anm. 41 angegebenen Orte § 8 II (S. 41, 42).

⁴³⁾ So z. B. in Alexander Leifts Privatrecht und Kapitalismus im 19. Jahrhundert. Eine rechtsgeschichtliche Voruntersuchung (Tübingen 1911) und hierüber s. J. W. Hedemann in Jur. Lit. Bl. 1912 S. 205 ff.

⁴⁴⁾ Beweisend für die zunehmende Anerkennung der Individualitätsrechte ist die Literatur-Zusammenstellung bei Emanuel Adler in der Wiener Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. (II) S. 165 (Anm. 4, die Anhänger in Deutschland), S. 166 (Anm. 5, die Anhänger in der Schweiz und Anm. 6, die Anhänger in Österreich). An der Spitze der deutschen Vertreter der Persönlichkeitsrechte ist aber Otto Gierke zu nennen und im gewissen Sinne (nämlich als früherer Vertreter der Immaterialgüterrechte) auch schon Otto Stobbe: Letzterer stellt in seinem Handbuch des Deutschen Privatrechts, III. Band (1878 schon), folgendes System auf: Stobbe (Zweites Buch Sachenrecht.) Drittes Buch: Rechte an immateriellen Gütern: I § 157 Einleitung. II. Das Urheberrecht (§§ 158 bis 162). III. Das Recht am Namen und Zeichen (§ 163) Viertes Buch: Forderungsrecht u. f. w.

Otto Gierke, Deutsches Privatrecht (Bindings Systemat. Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft II 3), hat (1895) folgendes System der Persönlichkeitsrechte: Besonderer Teil des Systems: Erster Abschnitt: Personenrecht. Viertes Kapitel: Persönlichkeitsrechte. Erster Titel: Die Persönlichkeitsrechte überhaupt. § 81: Begriff und Wesen der Persönlichkeitsrechte. § 82: Arten der Persönlichkeitsrechte. Einteilung nach dem durch sie gewährleisteten Persönlichkeitsgut (S. 708), I. Leib und Leben (S. 709). II. Freiheit (S. 710). III. Ehre (S. 711). IV. Besondere Zustände (S. 712). V. Betätigung (S. 713—717). VI. Namen und Zeichen (Zweiter Titel: Namen und Zeichenrecht, §§ 83 und 84). VII. Geistesprodukte (Dritter Titel: Urheberrechte, §§ 85—93. Viertes Titel: Das Erfinderrecht, §§ 94—99.) Hierzu siehe ferner folgende Anm. 45.

⁴⁵⁾ Die Theorie des juristischen Wesens der Individualitäts- oder Persönlichkeitsrechte s. Gareis in Buschs Archiv f. N. u. WK. Bd. 35 (1877) S. 185 ff. Ferner Gareis, Kommentar des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 (Berlin, Carl Heymann Verlag 1877) und Gareis, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches bürgerliches Recht (Gießen, Emil Roth 1877) §§ 40—46. O. Gierke, Z. f. HK. Bd. 29 S. 270 ff. J. Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 18 S. 129 ff., 251 ff. J. Kohler, Recht d. Markenschutzes S. 1 ff. O. Gierke, D. Privatrecht §§ 81—99, und die übrigen in voriger Anm. 44 aufgezählten Schriften. Kunkel in der Z. f. Rechtspflege in Bayern (3. Jahrg.) 1907 Nr. 14—16. Ferner: Franz Matthias Nutzenbecher, Zur Lehre vom Persönlichkeitsrecht. Hamburg 1909 (Heidelberger Dissertation). Dungs, Lehrb. d. Urheberrechts a. W. der Lit. u. Künste. Berlin 1910. Für Deutschland kommt als neuester Anhänger in Betracht: P. Krückmann, Institutionen des BGB. 1912 (§ 7 Persönlichkeits- oder Individualrechte) S. 71 bis 93.

⁴⁶⁾ R. Gareis in Buschs Archiv a. a. O. Bd. 35 S. 196. Em. Adler, Festschrift a. a. O. (s. oben Anm. 44) S. 167.

⁴⁷⁾ O. Gierke, Deutsches Privatrecht I. S. 709. R. Gareis, R.-Encyklopädie § 18. I. S. 79. J. Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft (Leipzig 1902) S. 28, 29. Em. Adler, Wiener Festschrift. 1911. S. 191 (2. Recht der körperlichen Integrität).

⁴⁸⁾ Em. Adler, Wiener Festschrift, 1911, S. 189 (1. Das Recht der Freiheit). R. Gareis a. a. O. und Grundriß u. f. w. (1877) § 41. O. Gierke, Deutsches Privatrecht I. S. 710.

⁴⁹⁾ O. Gierke, Deutsches Privatrecht I. S. 713 ff. Gareis a. a. O.

⁵⁰⁾ R. Gareis, R.-Encyklopädie S. 80.

⁵¹⁾ Gareis, „Das Recht am menschlichen Körper“ in der Festgabe der Königsberger jur. Fakultät für J. Th. Schirmer, Königsberg i. Pr. 1900 S. 61 ff. O. Gierke a. a. O. S. 709. Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation u. f. w. (Berlin 1893). Einführung in das Studium d. BGB. § 131. Fr. v. Liszt in der Zeitschr. f. ärztl. Fortbildung (Jena) 1904, Nr. 6, 7 u. 8. Gareis in den Blättern für Rechtsanwendung, 1905 (70. Jahrg. S. 308—324): Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten. Em. Adler, Wiener Festschrift, 1911, S. 175 ff.

⁵²⁾ Gierke, Deutsches Privatrecht § 83, Staudinger in Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 62, S. 161 f., Georg Cohn, Neue Rechtsgüter (Züricher Rektoratsrede v. 29. April 1902, Berlin 1902) S. 8 ff., Gareis, Grundriß § 42; Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts, § 16. Ramdohr in Gruchots Beiträgen, Bd. 43 und die von diesen angegebene Literatur. Em. Adler, Wiener Festschrift, 1911, S. 195 ff. Anton Weber, Beitrag zur Dogmatik des Namenrechts (Freiburger Dissert.) 1905.

⁵³⁾ Literatur über Firmenrecht s. die Lehrbücher des Handelsrechts, insbesondere Cosack § 16. R. Lehmann (2. Aufl.) § 32. R. Gareis HK. § 16 und die bei diesen angegebenen Schriften.

⁵⁴⁾ O. Gierke, Deutsches Privatrecht I. S. 711 ff. R. Gareis, R.-Encyklopädie S. 81. Em. Adler, Wiener Festschrift S. 193 ff.

⁵⁵⁾ Keyßner, Das Recht am eigenen Bilde. Berlin 1896. Derselbe in der D. J. Ztg. 1898, S. 486. Derselbe, Gutachten für den 26. Deutschen Juristentag Bd. I, S. 3—17. Gareis ebenda S. 72—85 und D. J. Ztg. Festnummer vom September 1902, S. 20 ff. Gg. Cohn, Neue Rechtsgüter (Züricher Rektoratsrede) 1902 S. 39 ff. H. Schuster in der Allg. Ztg. Beilage. 1902 Nr. 224. von Stenglein, D. J. Ztg. Bd. VII (1902) S. 502 ff. Vergl. auch die Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentags in Innsbruck 1904. — Ferner R. Gareis, R.-Encyklopädie S. 81, 86. Em. Adler, Wiener Festschrift S. 201 ff.

⁵⁶⁾ Kitzinger in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 27, S. 872 ff. und hiezu Em. Adler, Wiener Festschrift S. 201.

⁵⁷⁾ Hierher gehören verschiedene von Gierke, Deutsches Privatrecht I. S. 713—716 erörterte Befähigungsrechte, man kann auch die Zeichenrechte (O. Gierke, ebenda S. 726—748) und die Rechte auf Geheimhaltung (Geheimnisrechte) hierher stellen; über letztere s. Giesker, Das Recht der Privaten an der eigenen Geheimphäre, 1910, Em. Adler, Wiener Festschrift S. 175, 198 ff.

⁵⁸⁾ Gerade mit Rücksicht auf die Urheberrechte ist der Name Individual- oder Individualitätsrecht gewählt worden, weil diese Rechte insgesamt nur in der Voraussetzung und nur insoweit anerkannt und als besondere Rechte geschützt sind, daß und als die Individualität der Urheber in ihnen zum Ausdruck gebracht ist, die Werke, z. B. das „Schriftwerk“, in diesem Sinne eben individuelle oder individualisierte Werke sind. Daraus erklären sich auch die trotz eines Verlagsvertrags dem Urheber verbleibenden Rechte, die erbrechtliche, ferner die exekutionsrechtliche Behandlung dieser Rechte u. a.

⁵⁹⁾ R. Gareis, R.-Encyklopädie § 18. IV. S. 82 ff. und die dort angegebenen Werke von Blunfschli, Dahn, Allfeld, Daude u. a.

⁶⁰⁾ Gareis a. a. O. § 18 IV. Nr. 3 S. 86, 87 und die dort angegebene Literatur.

⁶¹⁾ O. Gierke, Deutsches Privatrecht. §§ 94—99. Gareis, R.-Encyklopädie § 18 V. S. 87, 88.

⁶²⁾ Vergl. Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 31 S. 398.

⁶³⁾ Deshalb gehören die Persönlichkeitsrechte auch zu den „sonstigen Rechten“ des BGB. § 823, worüber freilich Streit herrscht und eine gewaltige Literatur besteht; vergl. hierzu L. Wenger, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. VI, Heft 1 (1912).

⁶⁴⁾ Auf die streng positivrechtliche Umgrenzung und Wesenheit der Individualitätsrechte habe ich von Anfang an ausdrücklich aufmerksam gemacht und sie dadurch scharf von subjektiven naturrechtlichen Gebilden getrennt; man vergleiche meine Abhandlung in Buschs Archiv für Handels- und Wechselrecht Bd. 35 (schon im Jahre 1877) S. 185 ff.; ferner meinen (ebenfalls im Jahre 1877) erschienenen Kommentar des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 (Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1877) und meinen Grundriß zu Vorträgen über deutsches bürgerliches Recht (Gießen, Emil Roth, 1877) §§ 40—46. In letzterer Stelle ist auch angedeutet, weshalb das römische Recht, welches die actio injuriarum zum Schutze von Persönlichkeitsrechten anwenden läßt, diese Rechte nicht dem Namen und System nach kennt; hierüber siehe übrigens auch meine Abhandlung: „Das Recht am menschlichen Körper“ in der Festgabe der Königsberger Jur. Fakultät für Th. Schirmer (1900) S. 61 ff.

⁶⁵⁾ Geboren wird das Kind einer Sklavin genau so wie das einer Freien, auf welches § 1 des BGB. anwendbar ist; aber jenes hat kein einziges Recht, natürlich auch kein Persönlichkeitsrecht, auch sein Leben, seine Gesundheit ist nicht geschützt, ist kein Rechtsgut. Aber das Kind einer Freien genießt vom ersten Augenblick an diejenigen Rechte, welche ihm ohne sein Zutun entstehen, wie das Recht auf körperliche Unantastbarkeit u. s. w., also gewisse Persönlichkeitsrechte; andere Rechte dieser Kategorie setzen allerdings eine Tätigkeit voraus, wie das literarische Urheberrecht, und wieder andere hievon eine Anmeldung oder ein ausdrückliches Privilegium, wie das Erfinderrecht nach den Patentgesetzen. Man kann nun freilich diejenigen Persönlichkeitsrechte, welche ohne irgend welche Tätigkeit des geschützten Subjekts entstehen und geschützt werden, angeborene Rechte nennen, aber mit der Geburt als solcher hat dies nichts zu tun, es ist immer das positive Recht, welches die Berechtigungen schafft, allerdings auch unter Anknüpfung an natürliche Vorgänge, wie die Geburt es auch sein kann.

⁶⁶⁾ J. Biermann, Bürgerliches Recht Bd. I (1908) § 35 S. 104, 105, § 125 II S. 458, wo geleugnet wird, daß das BGB. außer dem Namenrecht überhaupt ein Persönlichkeitsrecht anerkenne, unter dem „sonstigen Recht“ das BGB. § 823 also nicht ein Persönlichkeitsrecht zu verstehen sei. Allein Biermann fügt hinzu, daß dieser Standpunkt des BGB. unserm Rechtsbewußtsein nicht entspricht: „es ist sicherlich mehr als seltsam, zwar ein Recht auf den Namen anzuerkennen, aber nicht ein Recht auf die soviel höheren Güter des Lebens und der Ehre.“ Ich nehme — zur Ehrenrettung des BGB. — aber an, daß das BGB. die Persönlichkeitsrechte, wie oben dargestellt, anerkennt, was soll sonst unter dem vom BGB. genannten „sonstigen Recht“ (in erster Linie wenigstens) verstanden werden? (s. oben Anm. 63 (Wenger).)

⁶⁷⁾ Über diese Unterscheidung ist in neuester Zeit eine bedeutende Literatur erschienen, sie hebt aber voran mit R. von Amira, Nordgermanisches Obligationsrecht, I. Altschwedisches Obligationsrecht (1882) S. 22 ff., S. 32 ff., S. 39 ff., II. Westnordisches Obligationsrecht (1895) S. 60 ff., 65 ff., 193 ff. Ferner R. von Amira, Grundriß (s. oben Anm. 3 S. 27) 2. Aufl. S. 131 ff.

Heinrich Brunner, Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte (5. Aufl. 1912). § 49 Die Schuld, S. 297 ff.; § 50 Die Haftung, S. 263 ff.

O. Gierke, Schuld und Haftung im älteren Deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte (100. Heft der Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte) (Breslau 1910), hierüber f. R. von Amira, Zeitschrift (31. Bd., 1910, S. 484—500) der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germ. Abhandlungen.

⁶⁸⁾ El. von Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht (München und Berlin 1911). Hier ist in Anm. 2 die Literatur der Frage zusammengestellt, ob im geltenden Rechte die Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung anerkannt ist; ich verweise zur Raumersparung hierauf und auf die nachgetragene und nachfragende Anmerkung (3) Schwerins auf S. 43. Hierzu kommt nun auch Paul Puntscharts Abhandlung in der Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht Bd. LXXI (1912) S. 297—326, in welcher El. v. Schwerins eben erwähnte Schrift kritisierend besprochen wird. Puntschart erwähnt, daß sein verstorbener Vater in seinem 1893 erschienenen Buche „Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel“ sich nachdrücklich für die Haftungstheorie einsetzte, und meint, gegenwärtig sei „in den Kreisen der germanischen Rechtswissenschaft dank der Stellungnahme führender Forscher der Disziplin (v. Amira, Brunner, v. Gierke, Schröder) der Sieg eigentlich schon erreicht“. Die heftige Opposition anderer spricht eigentlich für das Gegenteil, wird aber sicher nicht durchdringen. Vergl. R. Gareis, Encyclopädie u. Methodologie der Rechtswissenschaft S. 30, 56, 57.

Über die deutschrechtliche Auffassung der Obligation f. Otto Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (Leipzig 1889), insbes. S. 186, 187.

„Die Trennung von Schuld und Haftung in deutschen Obligationsbegriff wird man trotz der Stimmen, die sich gegen diese Unterscheidung erhoben haben, nicht wieder aufgeben, und auch Romanisten haben sie sich zum Teil zu eigen gemacht“, so Georg Buch, Die Übertragbarkeit von Forderungen im deutschen mittelalterlichen Recht (113. Heft der Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, herausgegeben von Dr. Otto von Gierke etc., Breslau 1912) S. 63 und führt dabei in Anm. 4 ebenda Strohal, Schuldübernahme und die dort S. 45 ff. zitierten an, ferner (ebenda) Knoke, Jahrb. f. Dogm. Bd. 60 (1912) S. 411, wonach die moderne Obligation durch „die Verbindung des Bekommen Sollens auf seiten des Gläubigers mit dem Leisten Sollen des Schuldners und mit der Haftung des schuldnerischen Vermögens charakterisiert“ ist.

Binder rügt in seiner Schrift „Rechtsnorm und Rechtspflicht“ (1912) an Strohal's Schuldübernahme, daß Strohal den Unterschied von Schuld und Haftung für das Problem der Sukzession in die Schuld „verwerfe“, ohne ihn zu begründen, ihn also als brauchbar voraussetze, u. f. w. f. Buch a. a. O. S. 64.

⁶⁹⁾ So beim Einsetzen der Bewegungsfreiheit, Einfaß der Ehre, f. El. von Schwerin a. a. O. und P. Puntschart in der Zeitschr. f. d. ges. Handels- und Konkursrecht Bd. LXXI, S. 325, 326. Vergl. auch von Schwerin an der in Anm. 68 angeg. Schrift S. 42 § 13.

⁷⁰⁾ J. W. Hedemann, Zivilistische Rundschau 1905 und 1906, 1907, f. Archiv für bürgerliches Recht, XXVII. Bd., S. 287 ff. und XXXI. Bd., S. 287 ff. Ferner Derselbe: „Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz. Erster Teil: Die Neuordnung des Verkehrslebens.“ (Berlin 1910.)

⁷¹⁾ Es stehen sich (z. B. nach der Zusammenstellung von L. Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Th. Ripp und M. Wolff, 6/8. Aufl. 1911, § 96 Anm. 232 ff.) hauptsächlich gegenüber: die sogen. Fiktions-theorie, dann die organische oder germanistische Theorie (Hauptvertreter: O. Gierke, auch Zitelmann), die sogen. Genießertheorie

(Thering, auch Meurer), die Amtstheorie (Hölder, auch Binder), die Zweckvermögens-
theorie (Brinz, auch Schwarz) und die kombinierende Theorie der Zweckpersonifikation
(Enneccerus a. a. O., wo näheres und die Literatur ersichtlich). Hier greift die ganze Theorie
der Genossenschaft (O. Gierke) und die der Gesamthandelsverhältnisse ein. Auch die Annahme
der „relativen juristischen Person“ (F. Dahn, R. Gareis) kann hier erwähnt werden.

⁷²⁾ Ernst Jacobi, Die Theorie der Willenserklärungen (Abhandlungen zum Privatrecht
und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer (XX. Bd. Heft 2), 1910,
ferner Erwin Riezler in Staudingers Kommentar zum BGB. 7./8. Aufl. Bd. I Allgemeiner
Teil (1912) S. 434 ff. und die ebenda S. 434, 555, 557 in den Anm. angegeb. reiche Literatur.

⁷³⁾ Ernst Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerl. R. d. D. Reiches (1901), Derselbe: Das Wert-
papier als Legitimationsmittel (1906). Ferner Cosack, Lehrb. d. D. bürgerl. Rechts §§ 254 ff., 262.
Karl Lehmann, Lehrb. d. Handelsrechts (2. Aufl. 1912) §§ 118, 131. R. Gareis, Lehrb. d.
Handelsrechts (8. Aufl. 1909) §§ 69, 81.

⁷⁴⁾ Vergl. Ernst Heymann, Die dingliche Wirkung d. handelsrechtlichen Traditionspapiere.
1905, und im übrigen bei Gareis, Lehrb. d. Handelsrechts S. 369 Anm. 4 angegebene Literatur.

⁷⁵⁾ Vergl. Gareis, Lehrb. d. Handelsrechts § 42 IV und die in Anm. 4—7 S. 359 an-
gegebene Literatur.

⁷⁶⁾ A. Schlecht, Das Recht der Elektrizität (München 1906) S. 8 ff. Ferner Gareis,
R.-Encyklopädie § 23 S. 110.

⁷⁷⁾ Höniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen (1910); O. Schreiber,
Therings Jahrb. Bd. 60 (1911) S. 106 ff.; L. Enneccerus an dem in Anm. 71 angegeb. O. § 323.

⁷⁸⁾ L. Goldschmidt in der von ihm gegründeten Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Bd. 35 (1888) S. 11.

⁷⁹⁾ B. Windscheid in der Leipziger Rektoratsrede 1884 S. 4, auch in P. Örtmann,
Windscheids gesammelte Reden u. s. w., Leipzig 1904, S. 102. Denselben Gedankengang nehmen
die §§ 2 u. 3 meiner oben Anm. 15, 39 u. a. angeführten R.-Encyklopädie.



