



Dr. F. Keating



ERNST BELING

Ich entstamme einem Elternhaus, das mir für meinen Lebensweg das Beste mitgegeben hat, was dem Menschen zuteil werden kann: ein greifbares Vorbild für grundsatzfeste, in Gewissen und Gemüt tief verankerte Lebensführung. Beide Eltern waren, so verschieden sie sonst im Wesen waren — mein Vater eine ernste, stille, in größerem geselligen Kreise sich leicht befangen fühlende, meine Mutter eine sonnig-heitere Natur — eins in ihrem Innersten: ihrer ihr ganzes Wesen durchdringenden Einstellung auf das Rechte, mit obenan auf rückhaltlose Wahrhaftigkeit gegen sich selbst. Oberflächlichkeit, Ungründlichkeit, Leichtfertigkeit war ihnen fremd und widerwärtig, schlichte, angestrengte und freudige Hingabe an die Pflicht und Zurückstellung des eigenen Ich waren Selbstverständlichkeiten, die des Aufhebens nicht wert waren.

Mein Vater war preußischer Beamter der alten Schule, von peinlicher Gewissenhaftigkeit, Sorgfalt, Zuverlässigkeit, Ordnungsliebe, dazu anspruchslos sowohl hinsichtlich der materiellen Lebenshaltung, wie hinsichtlich äußerer Ehrungen. Außerberuflich liebte er besonders die Musik. Schon als Knabe hatte er es im Orgelspiel so weit gebracht, daß er in der Kirche, an der sein Vater evangelischer Geistlicher war, zum Gemeindegottesdienst nicht selten selbständig die Stelle des Organisten vertrat. Später hat er das Klavierspiel mit ebenso sauberer Technik, wie verinnerlichter Auffassung gepflegt; er verstand es besonders, nach dem Gehör zu improvisieren, auch vom Blatt zu spielen und zum Gesang (den meine Mutter pflegte) zu begleiten, betätigte auch kompositorische Begabung. Auch zeichnerisch-malerisch war er talentiert, ohne daß er sich jedoch nach seinen Jugendjahren in dieser Hinsicht noch weiter betätigt hätte.

Beim Verlassen der Schule gedachte er Philologe zu werden. Ein Verwandter, der Justizrat war, wußte ihn jedoch für das juristische Studium zu bestimmen. Seine Universitätszeit verbrachte er in Breslau als fleißiger Student. In späteren Jahren erinnerte er sich besonders der Strafrechtsvorlesung von Abegg und der Lebhaftigkeit, mit der dieser vorgetragen hatte.

Zur Zeit meiner Geburt — 19. Juni 1866 — war mein Vater Kreisrichter in Glogau (Schlesien), wo er seinen ersten Hausstand begründet hatte. Meine Mutter, mit ihm in tätiger, festgeordneter, planmäßiger Lebensführung und in der Freude an der Musik Hand in Hand gehend, übermittelte mir als Tochter des Görlitzer Kreisgerichtsrats Paul auch mütterlicherseits juristisches Blut. Dienstliche Versetzungen und Beförderungen führten meinen Vater weiterhin nach der Provinz Sachsen, Westfalen, und wieder nach Schlesien, und zwar nach Breslau zurück. Lange Jahre führte er den Strafkammer- und Schwurgerichtsvorsitz; er war dabei besonders geschätzt wegen seiner ausgezeichneten gründlichen Vorbereitung für die Verhandlung, seines Leitungsgeschicks und seiner Objektivität sowohl in den Verkehrsformen, wie in seiner Beurteilung der Fälle. Doch war sein juristisches Interesse mehr dem bürgerlichen als dem Strafrecht zugewandt; auf dem Gebiete des preussischen Zivilrechts hat er kleinere Abhandlungen (in Johows Jahrbüchern und Gruchots Beiträgen) veröffentlicht.

Während meiner Schul-, Studien- und Referendarzeit hat mir mein Vater als treuer Mentor zur Seite gestanden. Aber er vermied es mit voller Grundsätzlichkeit, mir in der Weise zu „helfen“, daß mir die eigene Denkarbeit erspart geblieben wäre, und beschränkte sich auf Fingerzeige und Fragen im Sinne einer Anleitung zu selbständigen, wenn auch noch so mühevollen Leistungen. „Selbst ist der Mann“, war ein Lieblingswort von ihm. Die dreimalige Umschulung, die mit den amtlichen Versetzungen meines Vaters verbunden war, machte sich natürlich insofern unliebsam bemerkbar, als es jedesmal galt, diesen oder jenen Lehrstoff, den ich auf der vorigen Schule „noch nicht gehabt“ hatte, nachzuholen. Auch hier blieb mein Vater seiner Erziehungsmethode treu, indem er mir zwar, wenn es nicht anders gehe, gern Privatstunden erteilen zu lassen sich bereit erklärte, aber mich zunächst auf den Versuch verwies, aus eigener Kraft die Wissenslücke zu schließen. Es ging auch, und ich kam überall glatt durch. Daß ich dank solch verständnisvoller Leitung Geschmack daran gefunden hatte, „aus eigener Kraft“ etwas zu erarbeiten, hat sich schon in der Schulzeit darin gezeigt, daß ich in meinen Mußstunden Stenographie ohne Lehrer lernte und alsbald auch stenographischen Unterricht an meine Mitschüler erteilte. Auch später habe ich, z. B. beim Erlernen fremder Sprachen, am Autodidaktentum besondere Freude gehabt.

Die Frage meiner Berufswahl bereitete, als ich Ostern 1885 das Gymnasium mit dem Reifezeugnis verließ, keine Schwierigkeiten. Es war meinen Eltern sozusagen selbstverständlich, daß ich den väterlichen Beruf ergriffe, und ich selber hätte auch nicht zu sagen gewußt, für welchen anderen Beruf ich mich mehr eignete. Sicherlich hat mir mein Vater damals dargelegt, wie es um die Juristerei bestellt sei; doch erinnere ich mich dessen nicht mehr. Jedenfalls war mir vom Geiste des Elternhauses her das „Soll“, das menschlichem Handeln gilt, so vertraut, daß ich zuversichtlich Jurist wurde.

Ich begann mit drei Semestern in Leipzig, woran sich drei in Breslau anschlossen. Die römischrechtlichen Vorlesungen (Institutionen bei Windscheid, Rechtsgeschichte bei Adolf Schmidt), die damals ausnahmslos im ersten Semester gehört wurden, sprachen mich nicht besonders an. Das lag nicht an der Vortragsweise, sondern am Vorlesungsgegenstand. Obwohl mich nicht etwa irgendwer gegen das römische Recht voreingenommen gemacht hätte, ich vielmehr den Vorlesungsbesuch ganz willig begann, stellte sich bei mir — und ebenso übrigens bei allen Um- und Nebensitzern, die ich kennenlernte —, je mehr die Vorlesung vorschritt um so mehr der Eindruck ein: Das war es nicht, was uns als Ziel, wenn auch noch so unbestimmt, vorschwebte, und war auch nicht ein notwendiger Durchgangspunkt dafür, sondern ein Abschweifen in Gebiete hinein, die vielleicht an sich ganz interessant, aber doch eine Sache für sich waren. Man hörte und lernte geduldig, aber doch nur aus dem äußeren Grunde, weil man wußte, daß die römisch-rechtlichen Kenntnisse „verlangt wurden“. Ich bin noch heute der Meinung, daß rechtsgeschichtliche, und namentlich romanistische Vorlesungen sachgemäßerweise nicht in das erste Studiensemester, sondern in die Mitte der Studienzzeit gehören. Mag noch so sehr betont werden müssen, daß (selbstverständlich!) das Verständnis des heutigen Rechts im rechtshistorischen Verständnis verankert ist, so folgt daraus doch nicht, daß das Rechtsstudium chronologisch dem Rechtsentwicklungsgange folgen müßte. Man muß mit der psychologischen Tatsache rechnen, daß der junge Jurist nicht schon ein Gelehrter ist, der den langen Weg von den Rechtsentwicklungsanfängen her geduldig Schritt für Schritt zu durchmessen gewillt ist, daß er vielmehr erst einmal von dem Entwicklungsprodukt etwas wissen will. Nur diejenigen, bei denen

von vornherein das Geschichtliche überhaupt als solches im Vordergrund des Interesses steht, werden es nicht als eine Ent-sagung empfinden, wenn sie zuerst in Rechtsgeschichte unter-richtet werden. Für die große Masse der Rechtsbeflissenen kommt aber der Zeitpunkt, in dem sie die Verkettung des gelten- den Rechts mit dem, was zuvor war, begreifen, erst wenn sie einigermaßen im Juristischen heimisch geworden sind und in das Gegenwartsrecht hineingeblickt haben; und liegen in diesem Zeitpunkt die rechtshistorischen Vorlesungen als mehr oder we- niger mit Gleichgültigkeit oder Unlust gehört hinter ihnen, so ist es für die meisten zu spät, um noch mit der Rechtsgeschichte in ein innerliches Verhältnis treten zu können. Wer wissen- schaftliche Forschung treibt, wird freilich den Zutritt zu ihr wiedergewinnen; aber die große Masse wird sich nicht mehr so umstellen, daß sie nochmals und abermals mit Vergnügen treibt, was sie zuvor ohne Lust getrieben hat.

Ganz anders als die römischrechtlichen Vorlesungen wirkte auf mich Bindings Enzyklopädie-Vorlesung ein. Hier sah man Fragen auftauchen, die einem näher lagen, und über die man in aller Bescheidenheit doch schon ein wenig mitreden konnte; man sah nicht bloß Lern-, sondern auch Denkaufgaben vor sich. Die Anregung konnte um so weniger ausbleiben, als Binding fein, sprühend, packend vortrug.

Er war es auch, bei dem ich in meinem dritten Semester Strafrecht hörte. Der Erfolg war der, daß ich nicht nur Bin- dings Grundauffassungen (Normen, Vergeltung, Schuld) mit Be- geisterung in mich aufnahm, sondern auch das Strafrecht von nun an in den Mittelpunkt meines Interesses für die Jurisprudenz trat. Wenn ich Kriminalist geworden bin, so hat mich Binding dazu gemacht. Und die Erinnerung an seine Denkerpersönlich- keit und die von ihr ausgehende aufrüttelnde Kraft ist in mir immer lebendig geblieben, mochte ich auch seinen Auffassungen vielfältig, zum Teil in wesentlichen Punkten Kritik und Wider- spruch entgegensetzen. Zu persönlichen Beziehungen zwischen ihm und mir ist es übrigens erst in meiner Dozentenzeit ge- kommen.

In den übrigen Rechtsdisziplinen hatte ich, teils in Leipzig, teils in Breslau, Windscheid, Friedberg, O. Bülow, Beh- rend, v. Stengel, Herm. Seuffert und Brie zu meinen Lehrern. Ich habe viel von ihnen gelernt. Die strafrechtlichen Übungen, die

damals bei Dozenten wie Studierenden als etwas Nebensächliches galten, ließ ich mir natürlich nicht entgehen. Herrn. Seuffert, der sie abhielt, und bei dem ich auch Zivil- und Strafprozeß hörte, wußte seine Hörer durch die Konzentriertheit, Sauberkeit und Klarheit seiner Rede so zu führen, daß man festen Boden unter den Füßen fühlte.

Nach Vollendung des vorgeschriebenen Trienniums meldete ich mich zur Referendarprüfung. Den Kandidaten stand es frei, die Disziplin zu wählen, der das Thema für die häusliche Sechswochenarbeit entnommen werden sollte. Es kam aber nur selten vor, daß ein anderes Fach, als das gemeine Zivilrecht gewählt wurde. Ich hätte gern das Strafrecht gewählt. Aber unter den Kandidaten ging die Rede, die Prüfungskommission schätze die nicht dem gemeinen Recht angehörenden Arbeiten nicht so vollwichtig ein, da doch das gemeine Recht die Hauptsache in der Prüfung sei, und gegen einen Kandidaten, der seinen Sonderwünschen folge, von vornherein der Argwohn bestehe, er sei im gemeinen Recht nicht sattelfest. Das Kandidatengerede überzeugte mich zwar nicht, aber ich sah auch keinen Grund für mich, dem gemeinen Recht auszuweichen, und erbat mir ein Thema aus diesem. Die Aufgabe, die ich erhielt, lautete: „Ist die *operis novi nunciatio* im heutigen gemeinen Recht rezipiert, und bejahenden Falles in welcher Gestalt?“ Ich wurde sehr bald dessen inne, daß in dem namentlich zwischen Burckhard und Stölzel geführten Streit der Weg, den ich für den richtigen hielt, überhaupt noch nicht besritten war. Das Dogma von der *in-complexu-Rezeption* des römischen Rechts lehnte ich ab; es kam folglich nicht darauf an, ob sich das gemeine Recht durch *consuetudo in contrarium* der *operis novi nunciatio* entledigt hatte, sondern darauf, ob sich ein diesem Rechtsinstitut zugewandtes spezielles Gewohnheitsrecht nachweisen ließ. Das vorhandene Schrifttum bot nach dieser Richtung einiges Material, aber an einer planmäßig so orientierten Vorarbeit fehlte es, und so sah ich mich darauf angewiesen, über den *usus modernus Pandectarum* hinsichtlich der *operis novi nunciatio* selbständige Forschungen anzustellen. Der Gedanke, diese Sammelarbeit, deren Umfang und deren Ergebnis ich nicht absah, in Frist einiger Wochen fertig haben zu müssen, war unheimlich, zumal ich zweifelte, inwieweit die Breslauer Universitätsbibliothek im Besitze der von mir benötigten älteren Werke sein werde. Aber

dieser Zweifel erwies sich als unbegründet, und ich lieferte meine Arbeit zur rechten Zeit ab. Das Ergebnis, zu dem ich gelangt war, war: Die operis novi nunciatio ist in ihrer reinen römischen Gestalt (als o. n. ii. „privata“) nicht rezipiert worden, sondern nur umgewandelt als „gerichtliches Bauverbot“.

Die Arbeit fand den Beifall der Prüfungskommission. Die mündliche Prüfung bestand ich am 30. Juni 1888. In den praktischen Vorbereitungsdienst eingetreten, hielt ich bald Umschau nach einem strafrechtlichen Dissertationsthema. Ich stieß u. a. auf die Streitfrage, ob es einen Diebstahl an geldwertlosen Sachen gebe. Was ich in der Literatur hierüber fand, schien mir nicht den springenden Punkt zu treffen. M. E. erledigte sich die Frage durch folgende Überlegungen in verneinendem Sinne: Vermögen ist der Inbegriff der geldwerten Güter einer Person (Dernburg); Eigentum ist vermögensrechtliche Species; an geldwertlosen Sachen besteht also kein Eigentumsrecht, sie können also nicht „fremd“ im Sinne des Diebstahlparagrafen sein. Rationellerweise denkt man auch bei „Diebstahl“ nicht an eigenmächtige Wegnahmen irgendwelcher Art, sondern an Beeinträchtigungen materiell-wirtschaftlicher Natur; bestehen an geldwertlosen Sachen ideale Interessen, so ist deren Beeinträchtigung eine Handlungsweise durchaus anderen Schlages. Ich brachte diese Gedanken, näher ausgeführt, zu Papier, setzte mich mit dem vorhandenen Schrifttum auseinander, fügte einen „historischen Teil“ bei und reichte das Ganze der Breslauer Juristenfakultät als Dissertation ein.

Entsprechend der damaligen Breslauer Promotionsatzung erhielt ich zugleich mit meiner Zulassung drei Quellenstellen zur exegetischen Bearbeitung zugeteilt (l. 34 pr. D. 17, 1; cap. 2 X. 3, 24; Sachsenspiegel Landrechts — Homeyer — I 5 § 1). Über den Ausfall dieser meiner exegetischen Leistungen ist mir keine besondere Mitteilung zugegangen; die Fakultät muß aber mit ihnen zufrieden gewesen sein, wie sich aus dem weiteren Hergang erwies. Meine Dissertation nämlich bedeutete einen Fehlschlag; die Fakultät eröffnete mir, daß zwar der kritische Teil wohl gelungen sei, aber mein positives Gedankengebäude auf volkswirtschaftlich unhaltbarem Fundament ruhe, weil es wirtschaftlich wirklich „wertlose“ Sachen gar nicht gebe. Dennoch wurde ich gleichzeitig mit dieser Eröffnung dazu ermutigt, meinen Promotionsplan weiter zu verfolgen, indem ich auf meine Referendararbeit zurückgriffe.

So nahm ich nochmals meine operis novi nunciatio vor, baute den rezeptionsgeschichtlichen Teil noch mehr aus, erweiterte auch die zivilprozessualen Untersuchungen über das „gerichtliche Bauverbot“, und von nun an verlief alles nach Wunsch. Am 29. November 1890 fand der öffentliche Disputationsakt statt, und ich wurde magna cum laude zum Doktor promoviert.

Mittlerweile war, obwohl mich auch die juristische Praxis dauernd interessierte, das Verlangen nach der wissenschaftlichen Laufbahn in mir erwacht. Mein Vater stimmte zu unter der Bedingung, daß ich zuerst den juristischen Vorbereitungsdienst zu Ende absolviere und die große Staatsprüfung ablege: eines-teils werde mir eine größere Vertrautheit mit der Praxis auch im Theoretikerberuf nützlich sein; sodann sei bei der Unsicherheit der akademischen Laufbahn mit der Möglichkeit zu rechnen, daß ich bei ihr im Hinblick auf unsere Mittel nicht früh genug ins Brot käme, und für diesen Fall biete die Assessorprüfung die Möglichkeit, eine wirtschaftliche Existenz zu gründen. Hätte ich mich auch am liebsten sogleich ganz auf mein Spezialfach konzentriert, und bedeutete auch der väterliche Plan im Sinne der akademischen Laufbahn rein äußerlich betrachtet einen Zeitverlust, so hatte doch, das sah ich ein, mein Vater ganz recht. So durchlief ich ordnungsgemäß das Referendariat und bestand am 14. Januar 1893 die große Staatsprüfung in Berlin mit dem Prädikat „gut“. Bei meiner Rückkehr von Berlin gab es für meine Eltern noch eine Überraschung: ich konnte ihnen mitteilen, daß meine Habilitationsschrift schon fertig sei. Ich hatte sie in der Stille ausgearbeitet, weil ich wußte, daß sich mein Vater in dem Gedanken beunruhigt hätte, meine Vorbereitung auf die Prüfung und deren Erfolg oder aber meine Gesundheit möchten durch die Doppel-tätigkeit gefährdet sein, während ich doch diese gut bewältigen und verantworten konnte und ich auch noch vollkommen Zeit für geselligen Umgang behielt.

Als Thema hatte ich mir die Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen ausgesucht. Was mir vorschwebte, war eine dogmatische Untersuchung für das geltende deutsche Strafrecht. Bald aber überzeugte ich mich, daß hier eine noch nicht genügend aufgedeckte geschichtliche Entwicklung vorliege, die für das Verständnis der „strafrechtlichen Kompensation“ aufschlußreich war. Je mehr ich mich in das Geschichtliche vertiefte, um so mehr wuchs mir das Material unter den Händen und weitete

sich der Horizont, sodaß ich die geschichtliche Entwicklung selber ex professo zum Abhandlungsgegenstand machte. Das erste Teilstück, umfassend das römische Recht, das kanonische Recht und die italienische Wissenschaft bis zum Beginn des 17. Jahrhunderts, wurde meine Habilitationsschrift. Später habe ich die Dogmengeschichte bis zur Gegenwart fortgeführt, dagegen wurde mein Vorhaben, dann auch eine dogmatische Behandlung des heutigen Rechts zu geben, durch andere literarische Aufgaben in den Hintergrund gedrängt.

Ich nahm nunmehr alsbald mit der Breslauer Fakultät Rücksprache wegen meiner Habilitation. Die *Venia legendi* strebte ich natürlich für Strafrecht und die beiden Prozesse an, daneben dachte ich daran, mir die *Venia* für Rechtsphilosophie zu erbitten. Ich hatte zwar keine sehr umfassenden rechtsphilosophischen Studien getrieben, und eine rechtsphilosophische Vorlesung nahm ich mir erst für spätere Jahre vor; aber mir stand in unbestimmten Zügen eine Rechtsphilosophie vor Augen, die diesen Namen wirklich verdiente, also weder Naturrechtslehre, d. h. einfach Ethik, noch Politik und Durchsprechung der einzelnen *de-lege-ferenda*-Probleme, noch positivistisch-historische Beleuchtung der sozialen Motivationsprozesse war, und die auch nicht weltfern von der Jurisprudenz ablag. Bennecke, mit dem ich, als dem Fachordinarius für Strafrecht, hierüber sprach, riet mir aber, die Rechtsphilosophie mit dem Völkerrecht zu vertauschen; es werde für mein Vorwärtskommen vorteilhaft sein, wenn ich so verführe, da zahlreiche strafrechtliche Professuren mit dem Völkerrecht, statt dem Zivilprozeß als Nebenfach verbunden seien; auf Rechtsphilosophie könne ich später immer noch zurückkommen. So reichte ich in diesem Sinne mein Habilitationsgesuch ein. Am 15. Mai 1893 wurde ich als Privatdozent für Strafrecht, Strafprozeß, Zivilprozeß und Völkerrecht zugelassen.

Zugleich blieb ich aber bis auf weiteres auch in der juristischen Praxis tätig. Nach meiner Ernennung zum Gerichtsassessor war ich auf meinen Antrag der Staatsanwaltschaft am Landgericht Breslau zugeteilt worden. Ich arbeitete hier teils unbesoldet, teils als Hilfsarbeiter; zeitweilig war mir daneben die Abhaltung eines strafrechtlichen Kursus für Referendare übertragen. Erst mit meiner Ernennung zum Extraordinarius schied ich aus der Praxis aus, nachdem ich freilich die letztvorhergegangene Zeit schon von dort beurlaubt gewesen war.

In meiner Privatdozentenzeit habe ich von dem Umgang mit Bennecke persönlich wie wissenschaftlich viel gehabt. Er stellte mir seine Zeit in liberalster Weise für wissenschaftliche Gespräche zur Verfügung; und diese Gespräche waren, obwohl wir uns häufig genug als streitende Teile gegenüberstanden, dank seiner bei aller Lebendigkeit und Entschiedenheit zwanglos humorvollen Art stets genußreich und erfrischend. Auch Bruck lernte ich schätzen. Er war, von Enttäuschungen und Leiden heimgesucht, ein rechter Dulder, dennoch unverbittert und abgeklärt. Anregungen der verschiedensten Art empfing ich in einem Kegeklub, der Professoren und Privatdozenten verschiedener Fakultäten umfaßte, und in den durch Kegelschieben und Scherz hindurch auch die Wissenschaft hineinlugte. Von den Juristen befanden sich Bennecke, Jörs, Alfred Schultze, Heymann in diesem Kreise.

Ostern 1897 rückte ich in das Extraordinariat ein, das durch den Weggang Alfred Schultzes nach Jena frei wurde. Die bisher germanistische Stelle wurde auf die kriminalistischen Fächer nebst Völkerrecht, internationalem Privat- und Strafrecht, sowie Einführung in die Rechtswissenschaft umgestellt. Mit einem so umschriebenen Lehrauftrag wurde sie mir übertragen; außerdem wurde ich, ohne daß dies im Lehrauftrag zum Ausdruck kam, verbindlich gemacht, Verwaltungsrecht zu lesen.

Am Jahresschluß erkrankte Bennecke plötzlich so schwer (Lungenblutung), daß er seine Vorlesungstätigkeit abbrechen mußte. Ich übernahm für den Rest des Semesters die Fortführung seiner Strafrechtsvorlesung neben meinen eigenen Vorlesungen. Die anschließenden Osterferien verbrachte ich in Rom. Hier war es, wo ich Anfang April von Hermann Seuffert, dem ich zufällig dort begegnet war, die Kunde erhielt, daß Bennecke in Nervi, wohin er verbracht worden war, gestorben sei. Wie ich später hörte, hat er noch vor seinem Tode den Wunsch ausgedrückt, daß ich sein Nachfolger werde.

In der Tat wurde mir auf Vorschlag der Fakultät diese Beförderung — am 2. Juli 1898 — zuteil. Es war mancherlei, was mir die Seele bewegte: ich war nun Ordinarius in derselben Fakultät, deren Unterricht ich einst genossen, die mich zum Doktor promoviert hatte, und mit der ich seit der Habilitation auch als Dozent verbunden war; ich war der Nachfolger eines Mannes, der in jungen Jahren aus lebensvollem Schaffen jäh abberufen

war, dem ich herzlich zugetan gewesen war, und dem ich aufrichtig nachtrauerte; der mittelbare Nachfolger zugleich meines Lehrers Seuffert sowie weiter rückwärts Abeggs, zu dessen Füßen mein Vater gesessen hatte; und ich trat ein in einen Kreis von Männern, — Brie, Dahn, Rudolf Leonhard, Otto Fischer, Jörs, — von denen ich schon bis dahin Wohlwollen und berufliche Förderung erfahren hatte.

Mit dem Ordinariat traten neue Aufgaben an mich heran. Ich hatte nunmehr außer Strafrecht und Strafprozeß, Völkerrecht und Verwaltungsrecht auch den Zivilprozeß zu vertreten. Zugleich legten die Hinterbliebenen Benneckes die Fertigstellung der 2. Auflage von dessen Strafprozeßlehrbuch in meine Hände. Bennecke hatte bei der 2. Auflage immer die im Manuskript ausgearbeiteten Bogen sogleich ausdrucken lassen. Bei seinem Tode lagen sieben Bogen im Reindruck, weitere 5½ in Korrektur vor; darüber hinaus, also für den erheblich größeren Teil, war ein Manuskript nicht vorhanden. Meinen ersten Plan, die Ergänzung im Sinne einer bloßen möglichst konservativen Überarbeitung des Benneckeschen Textes der 1. Auflage vorzunehmen, vertauschte ich aus Gründen, die ich dann in dem Vorwort dargelegt habe, mit einem Aufbau nach eigenem System und eigener Auffassung; das war deshalb möglich, weil das von Bennecke Hinterlassene ein in sich relativ abgeschlossenes Kapitel umfaßte. Am 4. April 1900, dem zweijährigen Todestage Benneckes, konnte ich das Buch der Öffentlichkeit übergeben.

Unmittelbar zuvor hatte ich Breslau mit Gießen vertauscht, wohin ich als Nachfolger Franks berufen worden war. Zu diesem Wechsel bestimmten mich, wiewohl ich in Breslau meine Eltern und meinen Freundeskreis hatte und mich in Fakultät und Universität wohlfühlte, verschiedene Gründe, darunter der Gedanke, daß es gerade für den Professor nicht gut sei, allzusehr am Boden zu haften.

An der Gießener alma mater herrschte ein frischer Geist und ein enger Zusammenschluß mit reichlicher Gelegenheit zu zwangloser Aussprache. Wissenschaftliche Vorträge mit Diskussionen bot der „Sonderbund“, dem so ziemlich alle Dozenten der Universität als Mitglieder angehörten. Ich lebte mich schnell ein. In beruflicher Hinsicht empfand ich namentlich das hessische Examensystem als eine Annehmlichkeit im Vergleich zum preußischen. In Preußen lieferten alle Kandidaten eine binnen sechs

Wochen anzufertigende häusliche Arbeit, von der eine volle Verarbeitung des einschlägigen Schrifttums erwartet wurde. Da sich der größere Teil der Kandidaten das Thema dafür aus dem bürgerlichen Recht erbat, so wurde fort und fort auch der Kriminalist zur ersten Berichterstattung über bürgerlichrechtliche Arbeiten herangezogen. Nun sind die Meinungen über den Wert dieser häuslichen Arbeiten geteilt; ich selbst habe in Breslau von diesen regelmäßig nur kompilatorischen Arbeiten keine hohe Meinung gewonnen und bin in Hessen, Württemberg und Bayern von ihrer vollen Entbehrlichkeit überzeugt worden; der zu ihren Gunsten gewöhnlich angeführte Grund: die Kandidaten wären doch wenigstens einmal genötigt, sich in die wissenschaftliche Literatur zu vertiefen, trägt deshalb nicht weit, weil sich bei den wenigsten Kandidaten daraus ein bleibendes Interesse für die Theorie entwickelt. Aber in jedem Falle ist es unbillig und unökonomisch, die Hauptberichterstattung dem Nichtfachmann zu übertragen. Zu diesem Fehler des preußischen Systems gesellte sich ein zweiter; für die mündliche Prüfung war der Prüfungsstoff in drei Gruppen geteilt: Gruppe III umfaßte das ganze öffentliche Recht samt den Grundlagen der Nationalökonomie, und das alles hatte der betreffende Prüfer, einerlei ob er Kriminalist oder Publizist war, zu prüfen, soweit ihm nicht der Vertreter der Gruppe II das eine oder andere Fach abnahm. Demgegenüber gab es in Gießen nur kurze Klausurarbeiten, und die Prüfungstätigkeit jedes Professors (Praktiker gehörten der Prüfungskommission überhaupt nicht an) beschränkte sich sowohl für den schriftlichen wie für den mündlichen Teil der Prüfung auf seine Lehrfächer.

Nach fünf Semestern setzte ich aber meinen Wanderstab weiter. Einer Berufung nach Halle (als Nachfolger Franks, der nach Tübingen ging) zu folgen, hatte ich mich zwar nicht entschließen können. Dagegen neigte sich die Wage zu Gunsten Tübingens, als ich dorthin auf den Lehrstuhl des verstorbenen Hugo Meyer einen Ruf erhielt. Zum Winterhalbjahr 1902/03 siedelte ich mit meiner Familie dorthin über.

Auch an die Tübinger Jahre denke ich gern und dankbar zurück. In wissenschaftlicher Hinsicht ergab sich schon im kollegialisch-freundschaftlichen Verkehr innerhalb der juristischen und mit der staatswissenschaftlichen Fakultät mannigfache Anregung; namentlich bildete der Streit um die juristische Methode: Interessenjurisprudenz contra Begriffsjurisprudenz (Heck, Rü-

melin) einen immerwiederkehrenden anziehenden Gesprächsgegenstand. Dazu kamen, auch in das Gebiet der anderen Wissenschaften hinein, die zahlreichen Antritts- und sonstigen Aktus-Reden, die man zu hören bekam, sowie die Vorträge und Diskussionen in der „Dienstagsgesellschaft“.

In den ersten Tübinger Jahren entstand meine „Lehre vom Verbrechen“. Längst hatte ich in meinen strafrechtlichen Übungen die Erfahrung gemacht, daß die jungen Juristen, auch wenn der zu behandelnde Rechtsfall recht einfach lag, und sie in den einzelnen Lehren ganz gut Bescheid wußten, es doch in ihren schriftlichen Arbeiten häufig an einfacher klarer Gedankenführung fehlen ließen und in unnötige Weiterungen, Wiederholungen und Widersprüche verfielen, während sie in zivil- und strafprozessualen Praktikumsarbeiten auch bei schwierigeren Aufgaben viel besser bei der Stange blieben. Im Laufe der Jahre wurde mir klar, daß namentlich ein Umstand dafür verantwortlich zu machen war. Das gelehrt klingende Wort „Tatbestand“ erfreute sich großer Beliebtheit; zugleich aber herrschte hinsichtlich seines Sinnes Sorglosigkeit und Zerfahrenheit, und nirgends fand sich in Schrifttum oder Rechtsprechung ein Versuch, der *quaternio terminorum* ein Ende zu machen. Da gab es einen Tatbestand des Verbrechens, einen Tatbestand des Mordes und des Diebstahls, einen Tatbestand des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, einen Tatbestand der Notwehr, einen Tatbestand der Geisteskrankheit, einen Tatbestand der Verjährung, einen Tatbestand der Kompensation, einen Tatbestand des Versuchs, der Anstiftung, der Ideal- und der Realkonkurrenz usw. — kurz, hinter jedem strafrechtlichen Begriff erhob sich der „Tatbestand“ wie ein metaphysisches Ding an sich. Weiter hieß auch ein Stück des Strafgesetzes selber ebenso. Und nicht genug damit: „Tatbestand“ war auch noch der jeweils gegebene Lebensfall in seiner reinen Tatsächlichkeit. Bald meinte man den „allgemeinen“, bald den „besonderen“, bald den „abstrakten“, bald den „konkreten“; bald den „objektiven“, bald den „subjektiven“; bald einen Tatbestand, in dem die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit drinsteckten, bald einen, bei dem diese Bedingungen scharf gegensätzlich waren usw. Wie es immer geht, wenn ein Wort mehrere Vorstellungsbilder deckt, so geschah es auch hier: diese Vorstellungsbilder hoben sich in ihrer Besonderheit und ihrem logischen Verhältnis nicht scharf heraus. Und dabei standen für alle

diese Dinge gute, gebräuchliche, unmißverständliche termini technici zur Verfügung mit Ausnahme eines einzigen: des („besonderen“, „abstrakten“, „objektiven“) „strafgesetzlichen Tatbestands“, für den sich sonst keine Bezeichnung fand. Präparierte man ihn sauber heraus, so lag die Disposition der Verbrechenselemente klar vor Augen. Aber merkwürdig: gerade diesem strafrechtlichen Zentralbegriff, soviel man auch mehr oder weniger bewußt mit ihm operierte, war nirgends, auch in den Lehrbüchern nicht, ein eigenes Kapitel gewidmet. Je mehr ich dieser methodischen Bedeutung des strafgesetzlichen Tatbestands in diesem Sinne inne wurde, um so nachdrücklicher ließ ich mir in meinen Vorlesungen und Übungen angelegen sein, die Hörer darauf hinzuweisen; und ich hatte die Genugtuung, von diesen, wenn sie sich erst einmal die exakte Tatbestandsvorstellung gebildet hatten, zu hören, daß sie nun die Fälle mit viel weniger Mühe als zuvor bewältigten. Es erschien mir nur noch notwendig, auf die systematische Funktion des gereinigten Tatbestandsbegriffs in einer Abhandlung hinzuweisen. Nun hatte ich für die „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“ den Abschnitt „Begünstigung und Hehlerei“ zur Bearbeitung übernommen; und mein Nachdenken über diese Figuren führte mich zu der Erkenntnis, daß auch sie durch scharfe Erfassung des Tatbestandsbegriffs zur Klärung gediehen. So gedachte ich die Gelegenheit zu benutzen, hier die Lehre vom Tatbestand zu beleuchten (möglicherweise hat, was ich aber heute nicht mehr bestimmt sagen kann, diese Absicht bei mir schon bei der Wahl des Begünstigungs- und Hehlerei-Abschnitts eine Rolle gespielt). Bald aber sah ich, daß die Tatbestandslehre zu groß und weitverzweigt war, als daß sie in den äußeren und inneren Rahmen meines Beitrags für das rechtsvergleichende Werk hineingepaßt hätte. Da ich aber auf der anderen Seite den Tatbestand als Unterbau für meine Auffassung eines Teils der von den Bezeichnungen „Begünstigung und Hehlerei“ gedeckten Gebilde als „Nachtäterschaft“ brauchte, so schrieb ich mir zuerst meine um den Tatbestandsbegriff schwingende „Lehre vom Verbrechen“ von der Seele (1906) und ließ dann meinen rechtsvergleichenden Beitrag nachfolgen.

Dem Grundgedanken meines Buches: daß der Tatbestand ein begrifflich-abstraktes Gebilde ist (dem als dem „gesetzlichen“ Tatbestande gegenüber der konkrete Sachverhalt nicht auch „Tatbestand“ genannt werden sollte); daß die Tatbestände aus den

einzelnen positivrechtlichen Strafgesetzen zu entnehmen sind; daß der Tatbestand auf der objektiven Tatseite liegt und von dieser das Zentrale der einzelnen Verbrechenart umfaßt, dasjenige nämlich, worauf sich — im Gegensatz zu den objektiven Strafbarkeitsbedingungen — das Innere im handelnden Täter irgendwie bezogen haben muß, wenn von Schuld die Rede sein soll; daß der Tatbestand eine deskriptive Schablone ist, also etwas anderes, als einerseits die „Handlung“, und andererseits die Rechtswidrigkeit; daß endlich Versuch, Mittäterschaft, Anstiftung, Beihilfe nach heutigem deutschen Strafrecht nicht selber auch einen „Tatbestand“ haben, sondern unselbständige Figuren sind, die nur im Zusammenhalt mit einem der (selbständigen) Tatbestände Sinn bekommen, — diesen Grundgedanken, den ich ja gewiß nicht „erfunden“ habe, habe ich ständig als zuverlässig erprobt. Merkwürdigerweise hat Binding mein Buch rundweg abgelehnt. Dabei fuße ich gerade auf dem Ausgangspunkt seiner Normentheorie: daß das Strafgesetz und die Verhaltensnorm zu scheiden sind, nur daß ich freilich konsequent den Tatbestand als rein strafrechtlichen Begriff herausarbeite, während er bei Binding unvermerkt in das Normenrecht hineinschleicht, und daß ich deshalb den Bindingschen Ausbau eines besonderen Rechtsteils, der die „Normen“ im angeblichen Gegensatz zum bürgerlichen Recht usw. bietet, verwerfe. Eine Verständigung war mit Binding nicht zu erzielen, weil er meine Theorie nicht so nahm, wie sie ist, sondern ein Phantasiebild bekämpfte, das mit jener nichts gemein hatte. Merkwürdig ist mir auch das Bestreben, die Sonderung von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zu beseitigen und diese in jener verschwinden zu lassen oder umgekehrt (Sauer, Baumgarten). Ich weiß nicht welchen Zweck dies haben soll. Daß die Verurteilung wegen Mordes (von Schuld usw. abgesehen) die doppelte Feststellung voraussetzt: 1. die Handlung des Täters sei „Tötung eines Menschen“ gewesen (Tatbestand): und 2. sie sei rechtswidrig gewesen (oder negativ gewendet: die Rechtswidrigkeit sei nicht ausgeschlossen gewesen); und daß die Verneinung des Tötungscharakters der Handlung bei Bejahung der Rechtswidrigkeit einen durchaus andersartigen Freisprechungsgrund darstellt, als die Verneinung der Rechtswidrigkeit bei Bejahung des Tötungscharakters, ist doch nicht bestreitbar.

Mit Recht hat dagegen Mittermaier gegen meine Lehre

vom Verbrechen geltend gemacht, daß man den gesetzlichen Tatbestand der einzelnen Verbrechenart nicht schlechthin mit dem „Typus“ identifizieren darf. Jener ist nur das Kernstück des betr. Typus; die einzelne Verbrechenart kann aber auch außertatbestandliche typische Züge haben (z. B. spezifische objektive Strafbarkeitsbedingungen). Ich habe dieser Erkenntnis in meinen „Grundzügen des Strafrechts“ (vgl. 6./7. Aufl. § 15 II) Rechnung getragen.

Eine gewisse Berechtigung mag auch ein anderer Einwand gegen mein Buch, der mir begegnet ist, haben. Es ist das Schlagwort von „Formalismus“ gebraucht worden. Nun gehört eine klare Formenlehre notwendig zur juristischen Technik. Ohne Formen überhaupt keine fruchtbare Problemstellung. Zu den strafrechtserkenntnistheoretischen Formen gehört aber der gesetzliche Tatbestand in seiner ganzen logischen Eigenart. Insoweit, also im Sinne methodischer Wegeleitung, halte ich an meinem Buche durchaus fest. Aber es mag sein, daß mein Vorhaben, eben lediglich die Geleise zu legen, hie und da nicht deutlich hervortritt, so daß stellenweise die Meinung entstehen konnte, ich wolle aus den Formen materielle Regelungsinhalte ableiten, was ja in der Tat „Formalismus“ wäre.

Eine vortreffliche Anwendung hat meine Verbrechenlehre neusterdings in dem Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht von Willem Zevenbergen (Professor in Amsterdam) gefunden (1924). —

Während meines Rektoratsjahrs (Ostern 1912 bis Ostern 1913) erhielt ich im Juni 1912 einen Ruf nach Straßburg auf den durch A. S. Schultzes Rücktritt freigewordenen Lehrstuhl. Da ich vertraulich davon in Kenntnis gesetzt worden war, daß man auch in München, wo Birkmeyer die Entbindung von seinen Lehrverpflichtungen erhalten hatte, an mich denke, bat ich, meine Entscheidung hinausschieben zu dürfen, bis sich die Münchener Angelegenheit geklärt habe. Das wurde mir vom Straßburger Universitätskurator bereitwilligst zugestanden. Einige Monate später, während der Ferien, erreichte mich der Münchener Ruf am 2. September in St. Anton am Arlberg.

Ich entschied mich für München. Von Tübingen wegzugehen fiel mir freilich nicht leicht; ich fühlte mich dort persönlich heimisch und beruflich befriedigt, und bei der Wahl zwischen Straßburg und Tübingen hätten mich diese Umstände wohl in

letzterem festgehalten. Aber in München winkte mir, ganz abgesehen von der Anziehungskraft, die die Stadt selbst und die Nähe des Hochgebirges ausübten, ein größerer Wirkungskreis. Sehr gelegen war mir auch der Lehrauftrag, der mit der Münchener Professur verbunden war; er lautete auf Strafrecht, Strafprozeß und Rechtsphilosophie. Die letztere war freilich, seit ich in meiner Jugendzeit ein wenig in sie hineingeblickt und bei meiner Habilitation darauf verzichtet hatte, die *venia legendi* für sie mit zu erbitten, bei mir ganz in den Hintergrund getreten; in den dazwischenliegenden Jahrzehnten war ich viel zu sehr anderweit in Anspruch genommen, als daß ich mich *ex professo* und systematisch in sie hätte versenken und das rechtsphilosophische und allgemeinphilosophische Schrifttum hätte verfolgen können. So wußte ich im voraus, daß es keine kleine Arbeit sein würde, mir die Grundlagen und die Ausblicke zu erarbeiten, deren ich bedurfte, um eine Vorlesung über Rechtsphilosophie, und sogar sogleich in meinem ersten Münchener Semester, zu halten; ich täuschte mich auch darüber nicht, daß kein Lehrbuch oder lehrbuchartiges Werk da war, das ich bei meiner Grundeinstellung wenigstens *ad interim* hätte zugrunde legen mögen. Aber das Beklemmende dieses Gedankens wurde überwogen durch das bestimmte Bewußtsein, daß die vor mir liegende Aufgabe für mich höchst reizvoll sein werde.

So rundete sich der Münchener Lehrauftrag ganz meinen Wünschen entsprechend ab. Dies um so mehr, als er nicht mehr den Zivilprozeß mit umfaßte. Ich bedaure es zwar in keiner Weise, daß mir bis München obgelegen hat, mit meinen Vorlesungen über die kriminalistischen Fächer hinauszugehen. Aber Völkerrecht, internationales Privatrecht, Verwaltungsrecht, Zivilprozeß, Einführung in die Rechtswissenschaft nebst verwaltungsrechtlichen und zivilprozessualen, „das bürgerliche Recht mit umfassenden“ Übungen, — das alles habe ich, wenn auch nicht alles gleichzeitig, neben Strafrecht und Strafprozeß gelesen — ist ein etwas zu reichhaltiges unkonzentriertes Programm. Was speziell den Zivilprozeß anlangt, so ist es sicher, daß der Strafprozessualist engste Fühlung mit ihm halten muß, und ich darf ruhig sagen, daß er mich, auch in seinen vom Strafprozeß ganz abliegenden Partien, sehr interessiert hat. Aber der Zivilprozeß ist heute so umfangreich und mit dem bürgerlichen Recht so verwachsen, setzt auch Vertrautheit mit so vielem positiven Stoff voraus, daß der

Kriminalist, um ihn laufend und dauernd zu beherrschen, daneben seinem Hauptfache kaum oder schwer die Zeit widmen kann, die er ihm widmen soll. Daß ich in München in dieser Beziehung entlastet war, war mir deshalb willkommen.

Anfang April 1913 erfolgte der Umzug nach München.

Meine Vorlesungstätigkeit umfaßt hier außer dem von selbst gegebenen Grundstock — Strafrecht, Strafprozeß, Rechtsphilosophie, Strafrechtsübungen — noch Strafprozeßübungen und Juristische Methodenlehre.

Von jeher bin ich der Überzeugung gewesen, daß die theoretische Strafprozeßvorlesung einer Ergänzung durch ein Praktikum in besonders hohem Maße bedarf. Nicht als ob die Universität dazu da wäre, den jungen Juristen schon praktische Routine zu geben — das kann sie und soll sie nicht. Aber was die akademischen Praktika können und sollen, das ist: durch Vorführung von Lebensfällen mit ihren Interessenkreuzungen dem Studierenden das tiefere Verständnis und die Durchdringung des juristisch-Abstrakten nahezubringen. Während nun das materielle Strafrecht (wie auch das bürgerliche Recht) dem jungen Juristen in Lebensnähe steht, hat er im allgemeinen keine Vorstellung von Sachlagen, die sich als „Strafprozeßrechtsfälle“ darstellen; und deshalb eröffnet sich ihm an der Hand der Vorlesung kein rechter Einblick in die Schwierigkeiten der Materie. Erst im Praktikum wird ihm das Abstraktrechtliche wirklich nahegebracht. Dazu kommt, daß auch zahlreiche Lehren des materiellen Strafrechts durch den Strafprozeß in schärfere Beleuchtung gerückt werden. Ich kündige deshalb seit über 20 Jahren ständig alljährlich einmal „Übungen im Strafprozeßrecht mit schriftlichen Arbeiten“ im Vorlesungsverzeichnis an. Dabei habe ich überall die Erfahrung gemacht, daß sich beim erstmaligen Auftauchen dieser Übungen im Vorlesungsplan der betreffenden Fakultät nur eine sehr kleine Zahl von Hörern einstellte, allmählich aber immer weitere Kreise der Studierenden dahinter kamen, daß sie dieses Praktikum recht gut brauchen können. M. E. sollte dieses, was noch längst nicht annähernd der Fall ist, an jeder Universität einen festen Bestandteil im Vorlesungsplan bilden.

Die juristische Methodenlehre ist, wie ich die Rechtsphilosophie auffasse, ein Kapitel von dieser. Als solches habe ich sie anfänglich in meiner rechtsphilosophischen Vorlesung behandelt. Indessen erwies sich mir je länger je mehr, daß ich in dieser Vor-

lesung mit ihren vier Wochenstunden meine liebe Not hatte, mit der Zeit auszukommen, wenigstens wenn ich nicht bloß „meine“ Rechtsphilosophie bieten wollte, sondern, was m. E. unerlässlich ist, die Hörer auch ausreichend mit Lehrmeinungen, die ich nicht teile, bekannt machen wollte. Deshalb habe ich vor einigen Jahren die juristische Methodenlehre, die sich sehr gut aussondern läßt, herausgenommen und zum Gegenstand einer besonderen zwei-stündigen Vorlesung gemacht.

Die Besinnung auf das Logisch-Methodische, die Herausarbeitung des formalen Denkapparats und systematisch ordnender Gesichtspunkte entspricht, wie ich gern bekenne, meinen besonderen Neigungen. Bei allen Erörterungen juristischer und rechtsphilosophischer Natur sind mir vorerst einmal die „Prolegomena“ wichtig, der Rechenschaftsbericht, den man sich im Geiste des Kritizismus über die Art und Weise des Denkverfahrens zu geben hat.

In dieser Richtung liegen namentlich meine „Lehre von Verbrechen“ und meine „Methodik der Gesetzgebung“. Das Streben nach ordnender Systematik dürfte aber auch sonst in meinen Schriften erkennbar sein, namentlich in meinen „Grundzügen des Strafrechts“ und meinem Strafprozeßlehrbuch.

Wer das Formale pflegt, ist immer der Gefahr ausgesetzt, eines armseligen, dünnen, verknöcherten Formalismus beschuldigt zu werden. Weil es Menschen gibt, die in Formen erstarren, und Gelehrte, denen das Formale Ein und Alles ist, wittert die erregte Leidenschaft anderer in jedem, der sich die formelle Selbstzucht des Denkens angelegen sein läßt, einen solchen Formalisten. Wer mich für einen solchen halten würde, würde mich freilich herzlich schlecht kennen. Gerade weil ich Kritizist bin, betone ich auf das energischste die dem Rational-Formalen gezogenen Grenzen. So wichtig die kategorial-systematische Denkkordnung ist, so sagt sie uns natürlich nichts über das Denkinhaltliche. Die Erkenntnis des Seienden (also auch der Regelungsinhalte des positiven Rechts) und die Fixierung der Werthhaftigkeit des Wollens (also auch des „richtigen Rechts“) sind mit der kritizistischen Vorarbeit noch nicht gegeben. Bei Veröffentlichung meiner Lehre von Verbrechen hätte ich gut getan, wenn ich ausdrücklich betont hätte, daß es sich nur um die technisch-juristische Grundlegung, um Richtlinien für die Ermittlung der materiellen Inhalte des Strafrechts handelte. In meiner Methodik der Gesetzgebung habe ich aber so viele Warnungstafeln gegen Götzenkultus des Logischen auf-

gerichtet, daß mich der objektiv-ruhige Leser gewiß nicht für einen „Formalisten“ halten wird.

Wie ich mir die Aufgaben der Rechtsphilosophie denke (und teilweise auch, wie ich die Probleme beantworte), habe ich in meinem Schriftchen „Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie“ im Umriß dargestellt. Es bildet das erste Heft der von mir im Verein mit Moritz Geiger und Adolf Weber unter dem Titel „Sozialphilosophische Vorträge und Abhandlungen“ begründeten Schriftenreihe. In dieser ist auch als Heft 3 meine Schrift „Revolution und Recht“ erschienen, die eine gewisse Ergänzung des ersteren darstellt.

Worauf es mir besonders ankommt, das ist die scharfe Erfassung der Rechtswirklichkeit als des Gegenstandes der Jurisprudenz. Das Recht ist mir ein „seiendes Sollen“, ein Stück der Wirklichkeit, genauer eine massenpsychologische Tatsache, die das transzendente Formgerüst „Ordnung sozialen Lebens“ mit Regelungsinhalten erfüllt. Diese Rechtswirklichkeit, sich darstellend in den sich nach den verschiedenen Verbänden als den Rechtsordnungssubjekten individualisierenden positiven Rechtsordnungen, steht — als „seiendes Sollen“ — im Gegensatz nicht bloß zur Naturwirklichkeit, sondern auch zu den rein deskriptiv-explikativ beobachteten tatsächlichen Vorgängen im gesellschaftlichen Leben und den ihnen abgeläuteten Geschehensregeln; es handelt sich eben um Normierungsinhalte. Auf der anderen Seite steht die Rechtswirklichkeit — als „seiendes Sollen“ — aber auch im Gegensatz zu allen überempirischen Normen.

Der Rechtswissenschaft oder genauer: den Rechtswissenschaften — denn es gibt deren so viele wie rechtsbegabte menschliche Verbände — liegt nur ob, die Normierungsinhalte ins Licht zu stellen. Demgegenüber hat die Rechtsphilosophie einmal der Rechtswissenschaft einen rechts-erkenntnistheoretischen Unterbau zu bieten: Klarstellung des rechtswissenschaftlichen Rechtsbegriffs und alles dessen, was damit allgemeingültig-notwendig gegeben ist. Sodann hat sie an die Rechtswirklichkeit die Rechtswertbetrachtung heranzubringen, indem sie fragt, ob das Recht im Lichte des sittlichen Soll „etwas Rechtes“ sei und — ohne Eingehen auf die der Rechtspolitik zu überlassenden Einzelheiten — wie das Idealbild einer Rechtsordnung zu bestimmen sei. Die Rechtswertbetrachtung mündet in die Ethik ein, fragt aber nicht nach den absoluten Gewissensnormen schlechthin, sondern setzt

einen irdischen Menschenverband als Normensetzer voraus und fragt nach den für die Individuen heteronomen Normierungen, die jener idealerweise machtmäßig aufrichten soll.

Da es sich in der Rechtswissenschaft ausschließlich um Erkenntnis der Rechtswirklichkeit handelt, so ist damit dem Juristen seine Forschungsmethode klar vorgezeichnet: er hat diejenigen Wertungen sozialen Lebens ausfindig zu machen, die nach Maßgabe der Vorstellungen der führenden Kulturschicht des betr. Verbandes als Inhalt des Willens dieses Verbandes erscheinen. Wo es an gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Förmelung fehlt, ist darauf zurückzugehen, wie sich jene führende Schicht die „Lücken“ ausgefüllt denkt. Heute drängt die „öffentliche Meinung“ nach materieller Ausfüllung der Lücken; deshalb ist heute der „Interessenjurisprudenz“ beizupflichten. Nur darf sich diese nicht der Aufgabe entziehen, die den individuellen Fall überragenden generellen Normierungen klarzustellen, und dabei ist die „juristische Konstruktion“, d. i. die logische Eingliederung in das Rechtssystem unerlässlich, nur daß diese — im Gegensatz zur „Konstruktionsjurisprudenz“ — bloß die Fragestellung und den exakten juristischen Ausdruck, nicht das sachliche Ergebnis selber an die Hand gibt.

Auf strafrechtlichem Gebiete liegen außer den schon im vorstehenden genannten Arbeiten von mir namentlich folgende: Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität (zugleich völkerrechtlichen Inhalts); die Beschimpfung von Religionsgesellschaften usw.; die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht; Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem deutschen StGB. In den Strafprozeß mit hinübergreifend: Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede. Alle diese Schriften dürften zur Genüge offenbaren, wie wenig ich die formale Linienführung, so wichtig sie mir ist, dazu benutze, materielle Ergebnisse hervorzuzaubern. Daß speziell der „gesetzliche Tatbestand“ für mich auf der technischen Seite liegt, und sein Inhalt selbständiger Erörterung bedarf, tritt auch in einem neuerdings in der Zeitschr. f. Strafr.-Wiss. erschienenen Aufsatz über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes hervor.

Den Standpunkt, den ich im strafrechtlichen Schulenstreite einnehme, habe ich in meiner „Vergeltungsidee“, sowie in meiner „Methodik der Gesetzgebung“ dargelegt. Es handelt sich für mich hier um zweierlei: eine kritizistisch-methodische Vorbe-

sinnung darauf, was überhaupt den Gegenstand des Streits bilden kann; und nachfolgend die positive Stellungnahme in dem Streit.

Jene Vorbesinnung führt mit voller Evidenz zu der Feststellung, daß die Sicherung gegen erwartete Übeltaten logisch wie praktisch ein völliges aliud ist gegenüber der Vergeltung begangener Übeltaten; und daß sich weder die Voraussetzung für Sicherung (Gefährlichkeit des Individuums) mit der Voraussetzung für Vergeltung (schuldhafte Tat), noch die Behandlungsweise, die im Sinne der Sicherung dem Individuum zuteil zu werden hat, mit der Vergeltung deckt. Deshalb wäre es ein verschleiender Mißbrauch des Wortes „Strafe“, wenn man — mit einer quaternio terminorum — beide Arten von Maßnahmen so bezeichnen und das Problem dahin stellen wollte, ob die Strafe „Sicherungsstrafe“ oder „Vergeltungsstrafe“ sei und sein solle. Nun kennt der Sprachgebrauch nur eine Strafe „für etwas Begangenes“, Strafe ist somit terminus technicus für eine Art der Vergeltung, der Kampf kann sich also nicht darum drehen, wie die Strafe sein solle (ob sichernd oder vergeltend), sondern ob Strafe sein solle.

Diese Frage ist nicht schon damit verneint, daß man ein Sicherungsrecht fordert. Soweit es sich um Sicherung durch physischen Zwang handelt, liegt dies auf der Hand. Hinsichtlich der Sicherung durch psychologischen Zwang hat man behauptet, daß sie nur aus einem Grundgedanken ableitbar sei, der den Vergeltungsgedanken ausschließe: solche Sicherung könne nur fordern, wer sich zum Determinismus bekenne, während der Vergeltungsgedanke den Indeterminismus voraussetze. Aber sobald man im Sinne derjenigen Richtung, die sich heute gern „Autodeterminismus“ nennt, anerkennt, daß der Mensch einerseits durch Motive beeinflußt wird, andererseits aber eine seelische Instanz bei der Entschließung mitspricht, nenne man sie Widerstandskraft oder Persönlichkeit oder sonstwie, haben die Beeinflußbarkeit durch sichernde Maßnahmen und die Verantwortlichkeit für Schuld nebeneinander Raum.

Auf der anderen Seite ist die Existenzberechtigung eines Vergeltungsrechts nicht schon damit bejaht, daß das Unsittliche im Sinne der Ethik Vergeltung herausfordert. Das irdische Rechtsordnungssubjekt bedarf der Legitimation, wenn es seinerseits Vergeltung normiert. Diese Legitimation ist aber damit gegeben, daß sich der rechtsetzende Verband seiner Autorität entschlagen würde, wenn er kein Strafrecht aufrichtete. In diesem Sinne hat die

Strafe „Zweckstrafe“ zu sein, d. h. darf nur in dem Umfange angedroht und verwirklicht werden, in dem sie unentbehrlich ist ne res publica detrimentum auctoritatis capiat. Die absoluten Theorien überschießen das Ziel.

Das Ergebnis ist: es sind ein durch den Sicherungsgedanken nicht verfälschtes Strafrecht, und ein durch den Vergeltungsgedanken nicht verfälschtes Sicherungsrecht nebeneinander notwendig; wo sowohl die Voraussetzungen für Strafe, wie diejenigen für Prävention zutreffen, sind die beiden Maßregeln unverbunden zu kumulieren, soweit nicht die Möglichkeit besteht, eine Maßregel zu verhängen, die einesteils das gerechte Vergeltungsmaß innehält und andernteils genügend präventiv wirkt.

Auf dem Gebiete des Strafprozeßrechts habe ich eine systematische Gesamtdarstellung außer in meinem Lehrbuch in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie geliefert. Dem Ausbau der einzelnen Lehren dienen insbesondere folgende (teilweise als Festschriftbeiträge oder in Zeitschriften erschienenen) Schriften: Körperliche Untersuchung als Prozeßmaßregel; Beweisverbote; Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren; Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht bei Ausübung der Strafrechtspflege; Bindings Abstimmungslehre; der nicht angefochtene und der teilweise angefochtene Schuldspruch; Rechtsfrage und revisionsinstanzliche Abstimmung; Lehre von der ratsgerichtlichen Abstimmung, sowie meine kritischen Erörterungen zur reichsmilitärgerichtlichen Rechtsprechung. Mein Bemühen gilt einer Verankerung des strafprozeßrechtlichen Denkens in festen Grundbegriffen, sowie der Gewinnung induktiv-allgemeiner Lehren, besonders auf dem Felde der Prozeßhandlungen. Die Strafprozeßwissenschaft ist auf uns gekommen als ein Bündel mehr oder weniger lose verknüpfter Einzellehren; sie steht juristisch-systematisch noch nicht auf der Höhe z. B. des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts; auch die Zivilprozeßwissenschaft ist ihr insofern überlegen. Es gilt hier noch viel zu leisten.

Legislativpolitisch habe ich mich zum Strafprozeß namentlich geäußert in der kleinen Schrift über die Wiedereinführung der Berufung, ferner im Handbuch der Politik (Abschnitt Strafrechtspflege), sowie (im Archiv für Rechtsphilosophie) in dem sich um den prozeßökonomischen Gedanken drehenden Aufsatz „Strafprozeßgesetzgebung und energetischer Imperativ“.

Eine Sonderstellung nimmt ein meine Abhandlung über „In-

formativprozesse“ (in der Festschrift für die juristische Fakultät Gießen). Ich bin hier eingetreten für Einführung eines eigenen reinen Tatsachenfeststellungsprozesses, also einer neuen Prozeßgattung neben Zivil- und Strafprozeß. Dahin drängen, wie ich glaube, verschiedene Lebensbedürfnisse, die heute entweder überhaupt keine Befriedigung finden oder gelegentlich eines Zivil- oder Strafprozesses mangelhaft, schief und unter unnötigem Mißbrauch des Zivil- bzw. Strafprozeßzweckes befriedigt werden. Daß meine rein akademischen Erörterungen der Gesetzgebung keinen Anstoß zum Initiativvorgehen bieten werden, darüber gebe ich mich keinen Illusionen hin. Vielleicht melden sich aber einmal jene tatsächlich vorhandenen Lebensbedürfnisse selber unmittelbar zum Wort und verlangen von dem Juristen, daß er den Modus finde, ihnen gerecht zu werden.

Wenn ich gefragt werde, was ich von der Rechtswissenschaft für weiterhin fordere, so antworte ich vornehmlich eins: die Rechtswissenschaft soll sich schärfer ins Bewußtsein heben, daß sie eine Erfahrungswissenschaft und nichts sonst ist, und sie soll nicht sich und das Recht darüber hinaus idealisieren. Es kann ja kein Zweifel sein, daß die überempirischen, „reinen“ Normen, die von Gerechtigkeits-, von Sittlichkeitswegen oder wie man es sonst ausdrücken mag, menschlichem Verhalten voranleuchten, etwas anderes sind, als die als psychologische Tatsächlichkeit der Wirklichkeit angehörenden Normierungen, die Menschenhirn aufrichtet, derart, daß die Inhalte jener Normen und dieser Normierungen identisch sein können, aber nicht müssen. Und es kann deshalb ebensowenig ein Zweifel daran bestehen, daß das Argument: ein Regelungsinhalt „solle“ sein, nichts taugt, um zu beweisen, daß eine solche Regelung „sei“, so wenig umgekehrt die Aufzeigung der seienden Normierung darüber etwas besagt, daß ihr Inhalt auch sein solle. Und dennoch will die Verkoppelung der *lex lata* mit der *lex ferenda*, der Rechtswissenschaft mit der Rechtswertphilosophie und der diese in die Einzelheiten hinein ausmünzenden Rechtspolitik kein Ende nehmen. Noch schwingt im juristischen Denken das Emotionale mit, ja die Rechtswissenschaft wird öfter getadelt, daß sie keine „Gerechtigkeitswissenschaft“ sei. Das aber bedeutet eine Preisgabe der Wissenschaft. Es ist freilich ein lebenswürdiger optimistischer Zug im Menschen, daß er gerne das Herrliche, zu dem ihn sein Sehnen drängt, in die Wirklichkeit hineinschaut. Aber der Jurist muß in strenger Selbst-

disziplin Entsagung üben; er darf — wohlgerne als Jurist — nur solche Regelungsinhalte, die er als bestehende erkannt hat, behaupten, und darf Regelungsinhalte, für deren Bestehen in der wirklichen Welt er keinen Nachweis führen kann, nicht behaupten, mag ihm das noch so weh tun. Auch die noch so mißwertige Wirklichkeit bleibt Wirklichkeit.

Das Opfer, das dem Juristen zugemutet wird, ist schwer; und ich bekenne mich ohne Umschweife dessen schuldig, daß ich mir manche Rechtsauffassung „naturrechtlich“, a priori, gebildet und mir den empirischen Nachweis ihrer Positivität zu leicht gemacht haben mag. Wir sind allzumal Sünder.

Es wäre aber ein grauenhaftes Mißverständnis, wollte man meinen Standpunkt dahin ausdeuten: ich verlangte, daß der Jurist den Gerechtigkeitsinn in sich abtötete. Er soll nur nicht da, wo eine juristische Antwort von ihm erwartet wird, die gerechtmittliche Beurteilung substituieren. Die Versuchung dazu liegt gerade heute besonders nahe. Alles in uns bäumt sich auf gegen die krassen Ungerechtigkeiten der Zeit: gegen die Schamlosigkeit, mit der der äußere Feind unser Volk verleumdet, betrügt und brutalisiert, wie wenn er das Wort des Hugo Grotius wahr machen wolle: *Videbam per Christianum orbem vel barbaris gentibus pudendam bellandi licentiam: levibus aut nullis de causis ad arma procurri, quibus semel sumtis nullam jam divini, nullam humani juris reverentiam, plane quasi uno edicto ad omnia scelera emisso furore*; gegen die stumpfe Gleichgültigkeit „der Welt“ gegen das deutsche Leid; gegen die ungerechten Zustände, die die Not, insonderheit die Entwertung der Mark, mit sich gebracht hat, und gegen so vieles andere.

Aber je mehr das Gerechtigkeitsideal in unserer Seele glüht, um so mehr müssen wir uns überwachen, nicht nur, daß es in unbesonnener unklarer Schwarmgeisterei zerfließe, sondern auch daß nicht des Herzens heißer Drang die Erkenntnis des irdischen Rechtswesens, wie es ist, fälsche.

So erst gewinnt auch der Jurist den Standort für die richtige Einschätzung seines Wirkens als Jurist. Sicherlich wird er mit gehörigem Stolz und Nachdruck seine Wissenschaft hochhalten. Weiß er doch, daß das irdische Recht ein Pfeiler ist, der das Kulturgebäude stützt, und daß die Erkenntnis des Rechts von nicht minderem Range ist, als die Erkenntnis dessen, was sonst noch Gegenstand von Einzelwissenschaften ist. Aber er wird sich

auch davor hüten, sich nur als Jurist zu fühlen, und alles, was ihm begegnet, nur mit juristischem Maße zu messen. Das Recht ist nicht der absolut höchste Wert, seine Erkenntnis nicht der Weisheit letzter Schluß. Das letzte Richtmaß für den Menschen, auch für den Juristen als Menschen, bildet das weltwertanschauungsmäßig, das religiös-sittlich Rechte.

Schriftenverzeichnis (Auswahl)

1. Die Wiedereinführung der Berufung. Breslau 1894.
2. Retorsion und Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen. Teil I: Geschichtliche Entwicklung. Breslau 1894.
3. Die Vornahme von Untersuchungen am lebenden menschlichen Körper als Prozeßmaßregel, Zschr. f. StrRWiss. 15 471.
4. Fälle aus dem Strafprozeßrecht. 4. Aufl. Tübingen 1920.
5. Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität. Breslau 1896.
6. Das internationale Strafrecht im Vorentwurf zu einem schweizer. StrGB., Zschr. f. StrRWiss. 17 303.
7. Nachruf für Bennecke, Zschr. f. StrRWiss. 18.
8. Grundzüge des Strafrechts, 6./7. Auflage. Tübingen 1920.
9. (Bennecke-Beling) Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts Breslau 1900.
10. Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß. Breslau 1903.
11. Strafprozeß, in v. Holtzendorff-Kohlens Enzyklopädie, 1903, 7. Aufl. 1914.
12. Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts, Zschr. f. StrRWiss. 24 244, 38 465, 612, 797, 40 476, 770, 41 124.
13. Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften usw. (in der Breslauer Festschrift für Dahn), Breslau 1905.
14. Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
15. Begünstigung und Hehlerei, in der Vergleichend. Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts. Besond. T. 71.
16. Informativprozesse (in der Festschrift für die jurist. Fakultät Gießen) Gießen 1907.
17. Zur Lehre von der „Ausführung“ strafbarer Handlungen, Zschr. f. Rechtspflege in Bayern 4 73, 99 und Zschr. f. StrRWiss. 28 589.
18. Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, Leipzig 1908.
19. Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede, Tübingen 1909.
20. Recht und Pflicht der Prozeßparteien zur Anwesenheit in der Verhandlung bei Beweiserhebungen über ihren Geisteszustand, Zschr. f. StrRWiss. 30 39.

21. Staatsklagedelikte im Privatklageverfahren, Blätter f. Rechtsanwendung 74 647, 679.
22. Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu e. dtsh. StrGB., Leipzig 1910.
23. Revision wegen „Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren“ im Strafprozeß (in der Festschrift für Binding) Leipzig 1911.
24. Strafrechtspflege, im Handb. der Politik. Berlin 1912, 3. Aufl. 1920.
25. Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, Rektor.-Rede, Tübingen 1913.
26. Militärpersonen als Angeklagte im feindl. Ausland, Dtsch. Jurist.-Ztg. 20 129.
27. Zur Lehre von der Revision und der Nebenklage, Ztschr. f. StrRWiss. 36 287.
28. Bindings Lehre von der Abstimmung im Strafgericht, Ztschr. f. StrRWiss. 37 365.
29. Der nichtangefochtene und der teilweise angefochtene Schuldspruch (Festschrift für Birkmeyer), Arch. für Strafrecht 63 163.
30. Rechtsfrage und revisionsgerichtliche Abstimmung im Strafprozeß, Arch. f. Strafrecht 67 141.
31. Versailler Friede und deutsche Rechtspflege (in der Festgabe für O. Liebmann) Berlin 1920.
32. Strafprozeßgesetzgebung und energetischer Imperativ, im Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Philos. 13 253, 14 40.
33. Methodik der Gesetzgebung, insbesond. der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des StGB.-Entwurfis von 1919. Berlin 1922.
34. Zur Lehre von der ratsgerichtlichen Abstimmung, Ztschr. f. StrRWiss. 42 599.
35. Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Augsburg 1923.
36. Revolution und Recht. Augsburg 1923.
37. Geheimnismitteilung zum Zwecke des Wettbewerbs, in: Markenschutz und Wettbewerb, 22 125.
38. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes usw., in Döderlein-Krönig, Operative Gynäkologie, 5. Aufl. S. 1022, und in der Ztschr. f. StrRWiss. 44 220.
39. Karl von Birkmeyer, ein Nachruf, Krit. VJSchr. 3. Folge 20 307.
40. Il soggetto dell' ordinamento giuridico, Riv. internazion. di filosofia del diritto 4 26.