

ZWISCHEN KATHEDER UND RECHTSPRAXIS. ARTHUR NUSSBAUM (1877-1964) UND SEINE RECHTSTATSACHENFORSCHUNG*

JIRO REI YASHIKI

- I. Fragestellung
- II. Leben und Werk *Nußbaums*
 1. Berliner Zeit — als Praktiker
 2. Berliner Zeit — als Rechtswissenschaftler
 3. New Yorker Zeit — im Exil
- III. Grundzüge der Rechtstatsachenforschung
 1. „Über Aufgabe und Wesen der Jurisprudenz“ (1906)
 2. „Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht“ (1914)
 3. Programmatische Weiterentwicklung
- IV. Zum Schluss

I. Fragestellung

Franz Wieacker erklärte 1952 „das Verschwinden“ der Rechtstatsachenforschung (RTF), die mit dem Namen von *Arthur Nußbaum* untrennbar verbunden ist, als einen „der bedauerlichsten Verluste“ der deutschen Privatrechtswissenschaft¹:

„In der Privatrechtswissenschaft machte sich daneben die in den 20er Jahren von A. Nußbaum begründete „R e c h t s t a t s a c h e n f o r s c h u n g“ die Vorbereitung richtiger Rechtssetzung und Rechtsanwendung privatrechtlicher Institutionen (z. B. der Gesellschaftsformen, der Formen des Realkredits, der Ehegüterstände) und ihrer sozialen Gesetzmäßigkeiten zur Aufgabe. Das Verschwinden dieser Forschungsrichtung ist einer der bedauerlichsten Verluste unseres zivilrechtlichen Forschungsinstrumentars.“

Dieser Verlust wurde erst durch die sogenannte „Renaissance der Rechtssoziologie“ in den sechziger Jahren zum Teil wettgemacht. 1964 wurde an der Freien Universität Berlin ein

* Diese Untersuchung ist ein Teilergebnis von Forschungen, die ich von April 2006 bis September 2007, finanziert durch die Alexander von Humboldt-Stiftung, in Berlin begonnen und dann seit April 2009 im Rahmen des Grants-in-Aid for Young Scientists Program der Japan Society for the Promotion of Science weitergeführt habe. Der Beitrag erschien zunächst in japanischer Sprache: *Hō no Ryūsū (CIRCVLATIO IVRIS)*, einem Sammelband jüngerer Wissenschaftler aus Anlass des sechzigjährigen Jubiläums des japanischen Rechtshistorikertags, hrsg. von Hidemitsu Suzuki, Chika Takatani, Makiko Hayashi und Jiro Rei Yashiki, Jigakusha Verlag (Tokio) 2009, S. 873-901. Für sprachliche Unterstützung bei der Übersetzung danke ich Herrn Professor Dr. *Tilman Reppen* (Hamburg).

¹ Franz Wieacker: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 573.

Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung eingerichtet. 1966 begann eine Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, als deren 12. Band die gesammelten Programm- und praktischen Einzelschriften von *Nußbaum* veröffentlicht wurden². Seitdem etablierte sich die Rechtssoziologie als ein eigenständiges Lehrfach und wurde die Nutzung der Rechtstatsachen in den Lehrbüchern der positiven Rechtsfächern allmählich üblich. Inzwischen waren aber Leben und Werk *Nußbaums* längst in Vergessenheit geraten.

Zwei Gründe können hier angeführt werden: Zum einen fehlt der RTF überhaupt eine elaborierte Methodenlehre³. *Nußbaum* machte sich *Goethes* Wahlspruch „Bilde Künstler, rede nicht!“ zu eigen. Er hielt sich ganz bewusst in einer gewissen Distanz zu den Freirechtlern, die sich ihren methodologischen Debatten hingaben⁴. Er veröffentlichte zwar einige knappe Programmschriften, aber widmete sich mehr der konkreten Erforschung einzelner Rechtstatsachen. Durch den mehrfachen, tiefgreifenden sozialen Wandel im Deutschland des 20. Jahrhunderts wurden aber seine konkreten Forschungsergebnisse, von der veränderten Wirklichkeit überholt. Hätte er eine eigenständige Methodenlehre entwickelt, wäre ihm ein Platz in den Zitaten in den Arbeiten zur Geschichte der juristischen Methodenlehre sicher gewesen. Sein Name wäre nicht in Vergessenheit geraten. Eine solche akademische Stellung lehnte *Nußbaum* allerdings beständig ab.

Zum zweiten zielte die RTF nie auf die Ausbildung einer selbständigen juristischen Disziplin. *Nußbaum* war zwar in seiner Zeit als Begründer der RTF bekannt, aber er war in seiner Berliner Zeit berühmter als Fachwissenschaftler des Privat- und Wirtschaftsrechts, später dann in seiner New Yorker Zeit als Vertreter des Völkerrechts und des Internationalen Privatrechts. Das akademische Ziel der RTF war die Reform bisheriger Lehrfächer und nicht die Entwicklung einer neuen Disziplin wie der „Rechtssoziologie“. *Nußbaum*, der immer den Fragen der Zeit zu antworten versuchte, prägte mit seinem Namen also kein bestimmtes Lehrfach. Stattdessen hinterließ er 29 Fach- und Lehrbücher (inkl. Lehrmaterialensammlungen wie Casebooks) sowie mehr als 100 Aufsätze über umfangreichen Themen aus Kriminalrecht, Zivilrecht, Handelsrecht, Wirtschaftsrecht, Verfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit, Rechtsvergleich, internationales Privatrecht und Völkerrecht⁵.

In diesem Sinne entspräche also die Unbekanntheit seines Namens und die Unbewusstheit der von ihm verfochtenen RTF eher seinen Vorstellungen. Trotzdem stellt dieser Aufsatz aus folgenden Motiven das Leben und Werk *Arthur Nußbaums* vor und prüft seine Idee der RTF nach:

Das Zeitalter des Totalitarismus fordert auch die Nachgeborenen zur moralischen Auseinandersetzung auf. In diesem Sinne veranlasst uns das Andenken an einen Juristen wie *Nußbaum*, der während der größten Verwirrung des 20. Jahrhunderts gelebt hat und selbst ins Exil gezwungen wurde, zu einem moralischen Nachdenken über die Rechtswissenschaft. Außerdem spiegelt der Versuch, ihn im zeitgenössischen geistigen und sozialen Kontext zu verstehen, sein Lebenszeitalter wieder, nicht zuletzt, weil er immer die praktischen Probleme

² Arthur Nußbaum: *Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele*, hrsg. v. Manfred Rehbinder, Berlin 1968.

³ Vgl. Klaus Röhl: *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, Tübingen 1974, S. 24.

⁴ Vgl. Oskar Hartwig: *Rechtstatsachenforschung im Übergang*, Berlin 1975, S. 25f.

⁵ Ein einigermaßen vollständiges Verzeichnis der Publikationen von *Nußbaum* (bis 1955, es fehlt die Dissertation) findet man bei: Charles Szladits, *The Published Works of Arthur Nussbaum*, 57 *Columbia Law Review* (1957), pp. 11-15.

seiner Zeit aufgegriffen hat.

Schließlich hat das Unterfangen, *Nußbaums* Leben, seine Wissenschaft und seine Rechtspraxis zu vermessen, einige Aktualität für das heutige Japan, in dem immer noch eine Diskrepanz zwischen modernen westlichen Rechtsnormen und alltäglichen Gewohnheiten herrscht. Die RTF weist auf die Grenzen der praktischen Geltung des positiven Rechts hin und kritisiert die förmlichen Erörterungen, die nur aus lehrplanmäßigen bzw. systematischen Gründen als nötig betrachtet wurden. Die RTF erlaubt aber keineswegs eine unbegrenzte richterliche Gesetzesauslegung. Vielmehr versucht sie Gesetzgebung und Rechtsprechung durch eine sachgemäße praktische Rechtswissenschaft anzuleiten. Dies ermöglicht eine geradezu naive positivistische Haltung, die ohne methodologische Erörterungen auskommt.

Im folgenden werde ich einen Überblick über Leben und Werk dieses interessanten Juristen geben, um anschließend das Programm der RTF zu untersuchen.

II. *Leben und Werk Nußbaums*⁶

1. Berliner Zeit — als Praktiker

Arthur Nußbaum wurde am 31. Januar 1877 in Berlin in einer jüdischen Familie als Sohn des „Rentners“⁷ *Bernhard Nußbaum* und dessen Ehefrau, *Bernhardine* geb. *Schuster*, geboren.

Vom Wintersemester 1894/95 bis zum Sommersemester 1897 studierte er an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin Rechtswissenschaft. Es war eine der glänzendsten Zeiten dieser Fakultät, wo die soziologisch-wirtschaftliche Betrachtungsweise schon in die Rechtswissenschaft eingeführt worden war und nicht wenige Kollegen die Entwürfe des Bürgerlichen Gesetzbuches heftig kritisiert hatten. Er besuchte die Vorlesungen, Übungen und Seminare von den bekanntesten Lehrern, u. a. bei *Heinrich Brunner*, *Heinrich Dernburg*, *Ernst Eck*, *Otto Gierke*, *Paul Hinschius*, *Joseph Kohler*, *Otto Dambach*, *Paul Oertmann*, *Hugo Preuss* sowie den Nationalökonom *August Meitzen* und *Gustav Schmoller*.

Nach dem Studium bestand *Nußbaum* am 1. November 1897 beim Berliner Kammergericht das erste Staatsexamen. Am 27. November desselben Jahres begann er beim Amtsgericht zu Wusterhausen (Dosse) das Gerichtsreferendariat. Am 1. März 1898 hatte er die mündliche Doktorprüfung. Am 22. April wurde er mit seiner Dissertation über „Haftung für Hilfspersonen nach § 278 B.G.B. in Vergleichung mit dem bisherigen Recht“⁸ promoviert. Die Arbeit hatte er ursprünglich als Referat für das Seminar von *Ernst Eck* angefertigt. 1904 bestand er das zweite Staatsexamen und begann eine Rechtsanwaltschaft.

⁶ Zur Biographie von *Nußbaum*: J. J. Emmert in: NDB 19 (1999), S. 376-377; Ernst C. Stiefel / Frank Mecklenburg: Deutsche Juristen im amerikanischen Exil (1933-1950), Tübingen 1991, S.62-64; Rehbinder (wie Anm. 2), S. 9-17; Grußwort zum 80. Geburtstag: E. E. Cheatham et al., 57 Columbia Law Review (1957), pp. 1-7; Nachruf: Manfred Rehbinder in: JZ 20 (1965), S. 225-226; Frederick Alexander Mann in: NJW 18 (1965), S. 577; Albert Arnim Ehrenzweig in: Rabels Zeitschrift 29 (1965), S. 649-650; W. L. M. Reese, 3 Columbia Journal of Transnational Law (1965), pp. 97-98; M. Domke, 13 The American Journal of Comparative Law (1964), pp. 664-665.

⁷ So nannte *Nußbaum* seinen Vater im Lebenslauf zu seiner Dissertation. Gemeint ist wohl ein „Rentier“ bzw. „Privatier“.

⁸ Der rechtshistorische Teil dieser Dissertation wurde gesondert unter dem Titel: Haftung für Hilfspersonen nach gemeinen und Landrecht, Berlin 1898, veröffentlicht.

Während dieser praktischen Jahre bis 1914 hielt seine intensive Beschäftigung mit der Wissenschaft an. Er veröffentlichte acht Abhandlungen, während er noch Referendar war. Die Themen deckten Rechtsbereiche wie z. B. Notariatsrecht, freiwillige Gerichtsbarkeit und Börsenrecht ab, die später Bausteine der RTF sein sollten. Ferner publizierte er während seiner zehnjährigen Anwaltspraxis mehr als zwanzig Aufsätze, vier Monographien und ein Lehrbuch.

Aus heutiger Sicht erscheint es überraschend, dass sein erstes selbständiges Buch die Kriminalpsychologie betraf. Es behandelt den bekannten „Fall Hilsner“ (auch „Fall Polná“): In der Nähe der alten tschechischen Stadt Polná hatte *Leopold Hilsner*, ein 23jähriger jüdischer Schuster, die Leiche eines 19jährigen katholischen Mädchens gefunden. *Hilsner* wurde aufgrund des antisemitischen Verdachts eines Ritualmords zum Tode verurteilt. Es ist leicht vorstellbar, dass *Nußbaum*, der selbst aus einer jüdischen Familie stammte, sich für diesen Fall auch aus persönlichen Gründen interessierte. Als *Franz von Liszt* von *Hilsners* Unterstützern um ein Gutachten gebeten wurde, lehnte er wegen Überlastung ab. Immerhin bat er seinen vertrauten Seminaristen *Nußbaum*, die mehrere tausend Seiten von Urkunden und Akten zu prüfen und schlug ihm eine Untersuchung vor. Auf diese Weise kam sein Buch „Der Polnauer Ritualmordprozess. Eine kriminal psychologische Untersuchung auf aktenmäßiger Grundlage“ (Berlin 1906) mit einem Vorwort von *Liszts* zustande.

Die Berufung von *Liszts* nach Berlin fand im Jahre 1898 statt, also nachdem *Nußbaum* sein Studium beendet hatte. Von *Liszt* erlaubte aber auch den Absolventen die Teilnahme an seinem Seminar. Von 1914 bis zum Rücktritt von *Liszts* im Jahre 1916 waren die beide — *Nußbaum* als Privatdozent — nebeneinander an der Berliner Fakultät tätig. Die Achtung *Nußbaums* gegenüber dem großen Jurist von *Liszt* und das Vertrauen des Letzteren in die Fähigkeit des Ersteren beweist die Tatsache, dass *Nußbaum* von 1900 bis 1911 insgesamt vier Aufsätze in von *Liszts* Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft veröffentlichte. Angesichts dieser engen Verbindung am Anfang seiner akademischen Karriere wäre es nicht übertrieben, wenn man einen Einfluss von von *Liszts* „gesamter Strafrechtswissenschaft“ auf *Nußbaums* RTF vermuten wollte — zumindest unter methodischen und programmatischen Gesichtspunkten.

Nußbaum erörterte auch im Jahre 1906 „Aufgabe und Wesen der Jurisprudenz“⁹, worüber später zu handeln sein wird. Aus dem Privatleben ist für dieses Jahr die Hochezit mit *Gertrude*, geb. *Eick* zu berichten. Aus der Ehe gingen drei Töchter hervor.

1913 veröffentlichte *Nußbaum* ein bahnbrechendes Lehrbuch zum Hypothekenwesen¹⁰. Im Vorwort heißt es:

„Die Dogmatik reicht nicht aus, es bedarf der Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse, soweit sie das Recht berühren. Eine systematische Verarbeitung und zusammenhängende Kenntnis des rechtstatsächlichen Materials kann nur dadurch gesichert werden, daß die Rechtslehre selbst den Kreis ihrer Aufgaben erweitert: Der juristische Lehrstoff muß im Sinne der neuen Forderungen umgebildet werden. Das vorliegende Buch gibt also nicht nur das geltende Gesetzesrecht wieder, sondern bezieht auch die im Verkehr frei sich bildenden Rechtsformen und diejenigen Institutionen in die Darstellung ein, die auf dem betreffenden Gebiet das Rechtsleben tatsächlich beherrschen. Was das Gesetz selbst

⁹ Über Aufgabe und Wesen der Jurisprudenz, in: Zeitschrift für Socialwissenschaft 9 (1906), S. 1-17.

¹⁰ Deutsches Hypothekenwesen. Ein Lehrbuch, 1913. Die 1921 veröffentlichte zweite Auflage hat dann einen geänderten Buchtitel „Lehrbuch des Deutschen Hypothekenwesens nebst einer Einführung in das allgemeine Grundbuchrecht“.

anlangt, so sind außer seinem Inhalt auch seine Ziele, seine Anwendungsformen und seine Wirkungen zu untersuchen. Dies kann vielfach nur mit den Mitteln der Statistik geschehen. Für die Erweiterung des Lehrstoffs ist dadurch Raum zu schaffen, daß die dogmatischen Einzelfragen und namentlich die Konstruktionsfragen nur nach Maßgabe ihrer tatsächlichen Bedeutung berücksichtigt werden. Es ist zur Zeit noch nicht möglich, die Forderungen eines solchen Programms ganz zu erfüllen. Es fehlt an fast allen Vorarbeiten auf dem eigentlichen rechtstatsächlichen Gebiet, dessen Erschließung eine schöne Aufgabe der Zukunft bildet.“

In der Ära nach dem Inkrafttreten des BGB erweckte dieses von einem Anwalt geschriebene Lehrbuch die Zustimmung von Praktikern wie von Studenten und wurde so ein Erfolg. Die Methode, z. B. bei der Erklärung des Hypothekenspfandbriefs ein Formularbeispiel zu zeigen¹¹, war damals ganz neu. Folgerichtig erledigte er überlebte Institute wie die Inhabergrundschuld mit nur wenigen Zeilen¹².

Aber Materien, die „mit den Mitteln der Statistik“ erörtert wurden, findet man dort kaum. Stattdessen empfängt man den Eindruck, dass *Nußbaum* die praktische Wichtigkeit einzelner Rechtsinstitute aufgrund seiner praktischen Erfahrungen als Rechtsanwalt bestimmt hat. Der Grund dafür scheint in den Lücken einheitlicher und umfassender statistischer Daten gerade für den Bereich des Gerichtswesens, also jenseits der z. B. vom preußischen statistischen Büro gesammelten volkswirtschaftlichen Daten, zu liegen, die *Nußbaum* eigentlich als wissenschaftliche Unterstützung für seinen eigenen Eindruck aus seiner Anwaltspraxis erhoffte, obwohl er später zu einer negativen Einschätzung der Bedeutung der Statistik kam.

Im nächsten Jahr veröffentlichte *Nußbaum* seine Programmschrift der RTF¹³. In dieser kleinen Schrift verdeutlichte und verallgemeinerte er die Methode und Grundsätze, die er bei der Ausarbeitung seines Hypothekenlehrbuchs entwickelt hatte. Die pragmatischen Züge dieser Schrift und der RTF sind unverkennbar, und zwar auch schon äußerlich, weil *Nußbaum* erst nach der praktischen Anwendung im Lehrbuch die Theorie seiner Methode entwickelt hat und im Anhang dieser Schrift insgesamt 95 Einzelaufgaben (davon 84 aus dem Bereich des Hypothekenwesens) benannte.

2. Berliner Zeit — als Rechtswissenschaftler

1914 habilitierte *Nußbaum* sich für die Fächer Handels-, Bank- sowie Börsenrecht und wurde Privatdozent der juristischen Fakultät an der Universität zu Berlin. Als er 1918 zum außerordentlichen Professor ernannt wurde, verlangte die Fakultät, dass er seine Anwaltstätigkeit aufgab. Seine Neigung zur praktischen Nützlichkeit, die durch die vierzehn Jahre als Rechtsanwalt gefördert worden war, verlor *Nußbaum* nicht mehr.

Nun im akademischen Amt entwickelte *Nußbaum* die RTF mit großer Kraft fort. Zuerst beschäftigte er sich mit dem Plan, sein Hypothekenlehrbuch zu ergänzen und zu einem Lehrbuch des Sachenrechts auszubauen¹⁴. Zur Sammlung von Einzelforschungen für diesen

¹¹ A. a. O., S. 262f.

¹² A. a. O., S. 140.

¹³ Die Rechtstatsachenforschung, Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht, Tübingen 1914 [jetzt in: RTF (wie Anm. 2), S. 18-47].

¹⁴ Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Tübingen 1916; Das Nießbrauchsrecht des BGB unter den

Plan gründete er in Berlin ein „Seminar für Rechtsstatsachenforschung“.

Ab 1917 fing er an, eine Schriftenreihe „Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens“ herauszugeben. Die ersten beiden Bände¹⁵ verfasste er selbst. Jedoch hatte diese Reihe keinen großen Erfolg. Nur neun Bände wurden bis zu ihrer Einstellung 1933 veröffentlicht. Der Grund dürfte vor allem in den wirtschaftlichen Schwierigkeiten derartiger Reihenpublikationen liegen. Erst ab 1931 (ab 6. Band) erschien diese Reihe regelmäßiger.

Nach dem Ersten Weltkrieg wurde *Nußbaum* auf einen Lehrstuhl an der Universität zu Frankfurt am Main berufen, lehnte aber aus unbekanntem Grund ab¹⁶. Damit blieb er bis zum Jahre 1933 als Extraordinarius in Berlin.

Die seit dem Kriegsausbruch 1914 eingeführten Regulierungen im Bereiche des wirtschaftlichen und sozialen Rechts beschäftigten *Nußbaum* sehr stark. Mit seiner Schrift „Das neue deutsche Wirtschaftsrecht“¹⁷ (Berlin 1920) wagte er dann, in diesen neuen Zwischenbereich von öffentlichem und privatem Recht einzutreten¹⁸. Allerdings wollte er, wie er selbst im Vorwort ausdrücklich schrieb, damit „selbstverständlich nicht eine neue Disziplin“ einführen, sondern ein Gesamtbild der Rechtsentwicklungen während und nach dem Krieg darstellen. Das Titelstichwort „Wirtschaftsrecht“ bedeutete für ihn nur eine sachgemäße Beschreibung des Inhalts, nicht jedoch eine programmatische Festlegung.

In demselben Jahr verlangte *Nußbaum* eine Neuorientierung juristischer Ausbildung im allgemeinen an praktischen Belangen, obwohl er die Unentbehrlichkeit der Rechtsgeschichte für Rechtswissenschaft anerkannte¹⁹. Ihm ging es um die Gewichtung der Fächer. Nach seinen Angaben mussten die Studenten 21 bis 22 Stunden Rechtsgeschichte hören, obwohl nur 72 Stunden für alle sonstigen juristischen Disziplinen vorgesehen waren, von denen noch je 4 Stunden für Einführung in das Recht, Rechtsphilosophie und Kirchenrecht bestimmt waren. Wegen der ausführlichen Berücksichtigung der Rechtsgeschichte, so meinte er, könne man dem Handelsrecht nur 4 Stunden und dem Sozialrecht sogar keine Stunde zuteilen. Beim Privatrecht gebe es darüber hinaus auch eine Art Arbeitsteilung, so sagte er, darunter Allgemeiner Teil, Schuld- und Erbrecht für die Romanisten sowie Sachen-, Familien- und Handelsrecht für die Germanisten. Praktisch sei daher die Rechtsgeschichte der einzig mögliche Weg zu einem Lehrstuhl. So sei es verwunderlich, wenn ein auf diese Weise ausgebildeter durchschnittlicher Jurist die Anforderungen der realen Gesellschaft mühelos erfüllen könne.

Aus Anlass der Besetzung des Ruhrgebiets (1923) ereignete sich eine enorme Inflation, die unter anderem zum berühmten Aufwertungsurteil vom 28. November 1923 (RGZ 107, 78) führte. Dieses Urteil rief eine umfassende Diskussion über Rechts- bzw. Gesetzespositivismus und „Freirecht“ hervor, deren politischer Hintergrund eine Diskrepanz zwischen dem Reichsgericht und der sozialdemokratischen Reichsregierung war. In dieser Diskussion ging *Nußbaum* auf die von den Freirechtlern gern erörterte Frage der gesetzgeberischen Funktion des

Gesichtspunkten der Rechtsstatsachenforschung, zugleich ein Beitrag zur Kritik des BGB, Berlin 1919.

¹⁵ Bd. 1: Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht, Berlin 1917; Bd. 2: Nießbrauchsrecht (wie Anm. 14).

¹⁶ Vgl. Mann (wie Anm. 6), S. 577; Reh binder (wie Anm. 6), S. 13 Anm. 19.

¹⁷ Das neue deutsche Wirtschaftsrecht. Eine Systematische Übersicht über die Entwicklung des Privatrechts und der benachbarten Rechtsgebiete seit Ausbruch des Weltkrieges, Berlin 1920 (2. Aufl. 1922).

¹⁸ Vgl. Knut Wolfgang Nörr: Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, Tübingen 1988, S. 168.

¹⁹ Rechtsgeschichte und juristische Studienreform, in: Recht und Wirtschaft 9 (1920), S.103-105.

Richters kaum ein. Statt sich mit einer solchen abstrakten Frage zu beschäftigen, neigte er mehr zur systematischen Erfassung des Geldwesens in rechtstheoretischer und -praktischer Hinsicht²⁰. Erst nach der Überwindung der Inflation behandelte er rückblickend auch die Aufwertungsfrage²¹.

1925 wurde *Nußbaum* Mitherausgeber des „Archivs für civilistische Praxis“. Die Veröffentlichung und Verbreitung der Ergebnisse der RTF wurden damit deutlich erleichtert und beschleunigt. Im nächsten Jahr gründete er das „Internationale Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handelssachen“ und wurde Mitherausgeber des in demselben Jahr gegründeten „Zentralblatts für Handelsrecht“. Ferner gründete er eine weitere Schriftenreihe „Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen“, in der bis 1933 insgesamt 23 Bände erschienen, darunter sein eigener Beitrag als 8. Band (1928)²². Auf diese Weise beförderte er als Herausgeber von 1925 bis 1933 die Publikation vieler rechtstatsächlicher Einzelforschungen.

1932 folgte seine Monographie „Deutsches internationales Privatrecht“²³. Als er sich mit der rechtspraktischen Bedeutung der Aufwertungsfrage beschäftigte, merkte er, dass sie Probleme des internationalen Privatrechts verursachte. Das veranlasste ihn zu einer systematischen Darstellung der Materie. Seine Neigung zur praktischen Rechtstatsache zeigte sich an seiner präzedensorientierten Betrachtungsweise sowie dem Vergleich mit den Rechten der geographisch, historisch und sprachlich eng verbundenen Länder wie Österreich und der Schweiz. Diese Überlegungen führten *Nußbaum* weiter zu einer Beschäftigung mit der Schiedsgerichtsbarkeit.

Nußbaums Karriere in Deutschland wurde plötzlich abgebrochen. Nach der Machtergreifung des Nationalsozialisten trat am 7. April 1933 das „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ in Kraft und stieß die Juden aus ihren Ämtern. Die Freirechtsschule erlitt einen schweren Schlag, weil ihre führenden Vertreter — wie *Ernst Fuchs*, *Eugen Ehrlich*, *Hermann Kantorowicz* oder *Hugo Sinzheimer* — jüdischer Abstammung waren²⁴. Noch schlimmer war es aber für RTF. Anders als das Freirecht, das von mehreren getragen wurde, hing die RTF allein von *Nußbaum* persönlich ab. Schon im selben Jahr mussten die von ihm gegründeten Schriftenreihen und das „Internationale Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen“ eingestellt werden²⁵.

Schon zwei Jahre zuvor hatte *Nußbaum* verhängnisvolle Vorzeichen erkannt und vor dem Einfluss italienischer, faschistischer Gedanken auf das deutsche Handelsrecht gewarnt²⁶:

²⁰ Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts, Tübingen 1925; Vertraglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwertes, Berlin 1928.

²¹ Die Bilanz der Aufwertungstheorie, Tübingen 1929. Nach dem Vorwort von *Nußbaum* ist diese Schrift schon im Jahre 1926 als Beitrag zur Festschrift für den 70. Geburtstag vom Berliner Sozialpolitologe *Ignaz Jastrow* verfaßt, aber erst drei Jahre später nach einer „durchgreifenden Umarbeitung“ im Druck erschienen.

²² Aktionär und Verwaltung, Berlin 1928.

²³ Deutsches internationales Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts, Tübingen 1932.

²⁴ *Heinrich Lange*, Zivilrechtler der NS-Zeit, klassifizierte sieben Richtungen der Privatrechtswissenschaft der Weimarer Zeit und stellte dabei fest, dass die Freirechtsschule „(m)eist von Juden vertreten“ waren (Die Entwicklung der Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht seit 1933. [= Recht und Staat in Gesellschaft und Gegenwart 128], Tübingen 1941, S. 4).

²⁵ 1934 folgte der Ausschluss aus dem Herausbergremium des AcP. Das „Zentralblatt für Handelsrecht“ wurde eingestellt. Hierzu vgl. Horst Göppinger: Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“. Entrechtung und Verfolgung, 2. Aufl., München 1990, S. 376, 380f.

„Es handelt sich vielmehr um Ausstrahlungen jenes gemeinwirtschaftlichen oder staatssozialistischen Gedankenkreises, der durch die Tätigkeit der Kriegswirtschaftsorganisationen gründlich, ja allzu gründlich vorbereitet worden ist. Der Sozialismus will sich der Quellen des Sozialprodukts bemächtigen oder sie doch wenigstens reglementieren, und der Faschismus hat die gleiche Tendenz. Man will nicht den Menschen erfassen, wie es die geschichtlichen Hörigkeitssysteme getan haben, sondern die Unternehmungen.“

3. New Yorker Zeit — im Exil

Im Juli 1933 trug *Nußbaum* als Fachjurist des Geldwesens an der Internationalen Akademie in Den Haag über die seit der großen Inflation verbreitete „Goldklausel“, eine Wertsicherungsklausel, vor²⁷. Daraufhin wurde er von *Karl N. Llewellyn*, einem der führenden Forscher des Rechtsrealismus, zur Columbia University in New York eingeladen. So wurde er der einzige deutsche Jurist im amerikanischen Exil, der unmittelbar von der amerikanischen Hochschule eingeladen wurde²⁸. In der Erwartung, bald wieder nach Berlin zurückzukehren, lehnte er die Berufung als Ordinarius an der Columbia University ab und blieb bis 1939 als Gastprofessor. Erst nach dem Ausbruch des Zweiten Weltkrieges nahm er ein erneutes Angebot an und wurde zum Research Professor of Public Law ernannt.

Im Exil ging die Intensität seiner Forschung keineswegs zurück, ganz so, als ob er allein zu Forschungszwecken in den USA gekommen wäre. Obwohl er damals schon 56 Jahre alt war, veröffentlichte er noch vier Fachbücher, vier Lehrmaterialiensammlung und viele einzelnen Aufsätze. *Nußbaum* blieb in der Tat sehr gelassen und bemerkte einmal ironisch: „the Hitler government ... took the first step toward widening my field of research by removing me from the Berlin law faculty, and making life in Germany impossible for me.“²⁹

Diese „Ausdehnung des Forschungsfelds“ muss man hier zunächst geographisch verstehen. *Nußbaum* beschäftigte sich nämlich mit dem breiten Bereich vom Geldwesen bis zum internationalen Privatrecht sowie (neu) der Völkerrechtsgeschichte. Mit Ausnahme des Letzteren setzte er also in New York seine bisherigen Beschäftigungen seit der Aufwertungsfrage fort, verschob dabei aber den Schwerpunkt seiner Betrachtung vom deutschen zum amerikanischen Recht. Zum Beispiel „Money in the Law“ (Chicago, 1939) und „A History of the Dollar“ (New York, 1957) als Erweiterung von „Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts“ (1925), oder „Principles of Private International Law“ (New York, 1943) und „American-Swiss Private International Law“³⁰ (New York, 1951) als Weiterführungen von „Deutsches internationales Privatrecht“ (1932). 1940 erneuerte er das Programm der RTF selbst und kritisierte zugleich den Nationalsozialismus, der scheinbar einer realistischen

²⁶ Zur neueren Entwicklung der Lehre von Unternehmen, in: Friedrich Klausning / Hans Carl Nipperdey / Arthur Nussbaum (Hg.): Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Marburg 1931, Bd. 2, S. 494. Zur Entwicklung des „Unternehmen“-Begriffs in Weimarer Zeit vgl. Nörr (wie Anm. 18), S. 105ff.

²⁷ La clause-or dans les contrats internationaux, in: Recueil des cours, Bd. 43 (1933), S. 555-657.

²⁸ Vgl. Stiefel / Mecklenburg (wie Anm. 6), S. 63.

²⁹ Zitiert nach Cheatham et al. (wie Anm. 6), S. 5.

³⁰ Dieses Werk erschien als erster Band der Schriftenreihe „Bilateral studies in private international law“, die wiederum von *Nußbaum* selbst herausgegeben wurde.

Rechtsauffassung anhing, in Wirklichkeit aber die Wissenschaft selbst unterdrückte³¹, sowie den amerikanischen Rechtsrealismus, der zuviel zur Statistik neigte und sie überschätzte³².

Als „Ausdehnung“ in inhaltlichem Sinne ist die Beschäftigung mit der Völkerrechtsgeschichte nennen. Mit seinem Grundriss³³ versuchte *Nußbaum*, sich in diesem damals noch kaum bearbeiteten Bereich einen neuen Weg zu bahnen. Auch hier richtete er sein Augenmerk auf die praktische Geltung der Normen des Völkerrechts. Daher schilderte er relativ ausführlich Schiedsverträge oder Handelsabkommen. Entgegen seiner sonstigen Gewohnheit sprach er in dem Buch übrigens viel über Völkerrechtsdenker, was sich allerdings aus der Eigentümlichkeit dieses Rechtsbereichs erklärt.

Am 22. November 1964 verstarb *Arthur Nußbaum* im Alter von 87 Jahren, ein halbes Jahr nach seiner Ehefrau *Gertrude*. *Ehrenzweig* schrieb in seinem Nachruf auf *Nußbaum*:

„Dreißig Jahre lang, tagein und tagaus, stieg er zu seinem Arbeitsraum drei steile Stiegen hoch in einem alten, der Unifersität gehörigen Wohnhaus, wo hohe Bäume ihm in der Riesenstadt New York ein wenig Berliner Vorstadtluft vortäuschten, Viele, viele hundert Menschen, Freunde und Fremde, aus aller Welt, kamen immer wieder, um den berühmten Mann sehen und hören zu können. Aber für ihn bestand das Leben aus den Büchern, die zu ihm und durch ihn sprachen — und seinem schönen Heim am Ufer des Hudson. Dort lebte er seine Feierstunden mit seiner Gefährtin Gertrude, mit der er durch fast 60 Jahre zutiefst verbunden war.“³⁴

In dieser Wohnung am Hudson verspürte man „die Atmosphäre und die Tradition des alten Westens an der Spree mit den Biedermeier-Möbeln und den Berliner Kupferstichen“³⁵.

III. Grundzüge der Rechtstatsachenforschung

Wenn im folgenden die Grundzüge der von *Nußbaum* begründeten Rechtstatsachenforschung betrachtet werden, liegt das Hauptgewicht auf seiner Programmschrift aus dem Jahr 1914. *Nußbaum* hat zwar manche umfangreichere Werke geschrieben, die man mit *Ehrlichs* „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ (1913) vergleichen darf, die aber ausschließlich Monographien und keine Programmschriften sind. Da seine Programmschriften kurz und bündig sind, überprüfen wir sie hier zusammen mit seiner Schrift aus dem Jahr 1906, die bisher außer Acht geblieben und daher nicht in die von *Rehbinder* herausgegebene Schriftensammlung aufgenommen worden ist. Zugleich wird damit die allgemeine Beschreibung von *Rehbinder*, dass *Nußbaum* bis zur Veröffentlichung seines bahnbrechenden Lehrbuch „Deutsches Hypothekenwesen“ (1913) „ganz die traditionelle Denkweise“³⁶ beibehalten hat, in Frage gestellt.

³¹ *Fact Research in Law*, 40 Columbia Law Review (1940), p. 193; [deutsche Fassung, die unter den Titel: „Die Rechtstatsachenforschung“ in: AcP 154 (1955) veröffentlicht wurde, jetzt in: RTF (wie Anm. 2), S. 61.]

³² Id at 208-210. [deutsche Fassung, S. 76ff.]

³³ *A Concise History of the Law of Nations*, New York, 1947.

³⁴ *Ehrenzweig* (wie Anm. 6), S. 649.

³⁵ *Mann* (wie Anm. 6), S. 577.

³⁶ *Rehbinder* (wie Anm. 6), S. 11.

1. „Über Aufgabe und Wesen der Jurisprudenz“ (1906)

Zu Anfang bedauert *Nußbaum* die allgemeine Missachtung der Jurisprudenz nicht nur „unter den Nichtjuristen, insbesondere den Naturwissenschaftlern und Technikern“³⁷, sondern auch bei den Praktikern. Außerdem werde die Jurisprudenz nicht selten vom jungen Juristen enttäuscht. Dann erwähnt er den berühmten Vortrag vom Berliner Staatsanwalt *Julius von Kirchmann* über „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ (1848). *Kirchmann* hat zwar eine wichtige Frage aufgeworfen, aber die Erfüllung seines Vorschlags würde, so *Nußbaum*, „eine unerhörte Willkür, Ungleichheit und Unsicherheit der Rechtsprechung herbeiführen“³⁸. Daher solle man zunächst die Aufgabe und Methode der Jurisprudenz klären, bevor man die Entscheidung über den Wert versuche.

Über die Aufgabe der Jurisprudenz meint *Nußbaum* in erster Linie: „die Jurisprudenz ist nicht etwa die Lehre vom Recht schlechthin“³⁹. Die Jurisprudenz betrachte den Rechtssatz „nur als Norm, nicht als kausal bedingte Tatsache des geistig-sozialen Lebens.“ Allerdings räumt *Nußbaum* ein, dass die „geistig strebenden Juristen“ es für wichtig halten, „das Recht einmal von einer andern Seite zu sehen“. Für die sichere Erkenntnis des Rechts bedürfe man vor allem „eines gesunden Rechtsgefühles und praktischer Lebenserfahrung“. Man brauche auch „theoretische Kenntnisse, insbesondere solche volkswirtschaftlicher, geschichtlicher und psychologischer Art“⁴⁰.

In diesem Zusammenhang erwähnt *Nußbaum* die Rolle der Rechtsgeschichte als Hilfsdisziplin. Methodologisch sei das Wesen der Rechtsgeschichte eine Geschichte:

„Es ist dabei ohne weiteres ersichtlich, daß die zu einer Gruppe gehörigen Disziplinen die verschiedenste methodologische Struktur aufweisen können, und ferner, daß das Verhältnis von Haupt- und Hilfswissenschaft relativ ist. Jede Hauptdisziplin kann an anderer Stelle zur Hilfsdisziplin werden, und wenn z. B. die Nationalökonomie eine Hilfslehre der Jurisprudenz darstellt, so ist andererseits auch die letztere eine Hilfslehre der ersteren. Will man das Wesen einer Disziplin erkennen, so muß man deshalb, von allen Hilfsdisziplinen absehend, aus ihr selbst heraus ihre Eigenart bestimmen.“⁴¹

Auf diese Weise bestimmt *Nußbaum* die „den Inhalt des objektiven Rechts entwickelnde, »dogmatische Jurisprudenz«“ als Hauptdisziplin der Jurisprudenz.

Rechtspraxis ist nach *Nußbaum* „die Anwendung des geltenden Rechts auf die konkreten Fälle des Lebens, sie vollzieht sich einerseits durch die Feststellung der (relevanten) Tatsachen, andererseits durch ihre Unterordnung unter die maßgebenden Rechtsnormen (»Subsumtion«)“⁴². Dogmatische Jurisprudenz ist davon logisch wohl getrennt zu halten, weil sie eine theoretische Rechtslehre ist, die sich „aus den Unvollkommenheiten jedes positiven Rechts“⁴³ ergibt. Wenn man die Lückenhaftigkeit des positiven Rechts für gegeben hält, soll diese theoretische Rechtslehre Rechtsnormen für jeden möglichen Rechtsfälle herausfinden. Hilfe dieser Art

³⁷ Über Aufgabe und Wesen der Jurisprudenz (wie Anm. 9), S. 1.

³⁸ A. a. O., S. 3.

³⁹ A. a. O., S. 4.

⁴⁰ A. a. O., S. 4f.

⁴¹ A. a. O., S. 5.

⁴² A. a. O., S. 6.

⁴³ Ebenda.

braucht man „in zunehmendem Maße, je komplizierter sich Rechts- und Lebensverhältnisse gestalten“⁴⁴. Die Jurisprudenz leistet solche Hilfe durch »Definition«, die durch Subsumtion der Rechtsbegriffe untereinander ermöglicht wird, durch »Analogie«, die durch Geistesschöpfung einen neuen Rechtsoberbegriff und eine allgemeinere Norm in den einzelnen Paragraphen erscheinen lässt, und schließlich durch »Konstruktion«, die allgemeinsten Begriffe und Normen des objektiven Rechts entwickelt. Zwar versucht die fortgeschrittene Gesetzgebung wie das BGB, den Paragraphen eine möglichst allgemeine Ausprägung zu geben, aber die Gesetzgebung bleibt unvermeidlich hinter der Theorie weit zurück, und so bleibt manches, „wie man zu sagen pflegt, »der Wissenschaft ... überlassen«“⁴⁵. Die Heranziehung des vom Gesetzgeber beabsichtigten Zwecks soll dabei das wichtigste Hilfsmittel für die Definition, Analogiebildung und Konstruktion werden.

Der Gegenstand der theoretischen Rechtslehre soll demnach allein die Feststellung des Inhalts des objektiven positiven Rechts sein.

„Ihr Gegenstand ist nicht die Wirklichkeit, nicht das Sein, sondern das Sollen; die Frage nach der kausalen Verknüpfung kann hier überhaupt nicht entstehen. Das Recht als ursächlich bedingte Tatsache des geistigen und sozialen Lebens zu betrachten fällt, wie wir gesehen haben, nicht der Jurisprudenz, sondern andern Disziplinen anheim.“⁴⁶

Die juristische Theorie wird von *Nußbaum* nur auf deduktivem Wege entwickelt. Der Zusammenhang zwischen juristischer Theorie und Wirklichkeit wird erst durch die Praxis hergestellt. Auch in diesem Zusammenhang bleibt die bekannte epigrammatische Aussage *Kirchmanns*, „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“ zwar übertrieben. „Aber die wesentliche Bedeutung einer juristischen Untersuchung wird durch eine materielle Änderung des Rechts, auf das sie sich bezieht, in der Tat aufgehoben.“⁴⁷ Im Ergebnis, so stellt *Nußbaum* methodologisch fest, sei das Wesen der Jurisprudenz weder „Wissenschaft“ noch „Kunst“, sondern „Technik“. Solange die Jurisprudenz „dem Juristen nach Art einer Technik Material für seinen Beruf, nämlich für die Rechtsanwendung liefert und in dieser praktischen Aufgabe ihre wesentliche Bestimmung findet“⁴⁸, und wenn man die Wirklichkeitserkenntnis als praktischen Zweck der Rechtsanwendung ansehen möchte, muss man den Wissenschaften den Vorrang vor der Jurisprudenz einräumen.

So legt *Nußbaum* in seinem Aufsatz die Stellung der Jurisprudenz dar: Da die Jurisprudenz bzw. theoretische Rechtslehre keine kausale Erkenntnis der Wirklichkeit ermöglicht, ist sie in seinen Augen keine Wissenschaft, sondern eine normative Technik, die der Rechtspraxis dienen soll. Mit anderen Worten soll die Jurisprudenz den Zusammenhang zur Wirklichkeit mit Hilfe der Wissenschaften als Hilfsdisziplinen aufrechterhalten, aber sie darf sich nicht durch die Behauptung ihrer Wissenschaftlichkeit von ihrem Wesen als einer normativen Technik entfernen.

Wenn man den Inhalt seines Aufsatzes so versteht, ergibt sich die Frage, ob man diese

⁴⁴ Ebenda.

⁴⁵ A. a. O., S. 8.

⁴⁶ A. a. O., S. 10.

⁴⁷ A. a. O., S. 11.

⁴⁸ A. a. O., S. 16.

Denkweise als eine Wiederholung traditioneller Jurisprudenz betrachten darf. M. E. kann man hier ein neues Bild der Rechtswissenschaft finden, die selbst reine Normenlehre bleibt, aber eng mit der kausalen Wissenschaften als Hilfsdisziplin verbunden ist und damit zusammenwirkt.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass seine erste Monographie in demselben Jahr erschienen ist. Die Schrift über den Polnauer Ritualmordprozess ist eine kriminalpsychologische Untersuchung, wie erwähnt, die von *Franz von Liszt* beauftragt und mit einem Vorwort versehen worden war. *Von Liszt*, der in seinem 1871 erschienenen Lehrbuch des deutschen Strafrechts höchst begrifflich-systematische Dogmatik entwickelt hat, strebte auf der anderen Seite nach einer Vereinigung aller kriminologischen Wissenschaften unter dem Leitgedanken der „gesamten Strafrechtswissenschaft“. Im übrigen stand das „Marburger Programm“, das den Zweckgedanken im Strafrecht verankerte, im Mittelpunkt. Den Zweckgedanken übernahm aber *von Liszt* von *Rudolf von Jhering*, der zugleich ein Ausgangspunkt der Freirechtsschule war und von *Nußbaum* selbst (allerdings nur mit scharfer Kritik) als Vorläufer seiner RTF bezeichnet wurde. Auf Grund dieser Indizien lässt sich Einfluss der gesamten Strafrechtswissenschaft *von Liszt* auf die RTF *Nußbaums* leicht vorstellen.

Das ursprüngliche Interesse *Nußbaums* an den Rechtstatsachen entsprang sicherlich seiner eigenen Erfahrung in der Rechtspraxis heraus. Aber bei der Entstehung der RTF als Methode wurde *Nußbaum* wahrscheinlich von dem Leitgedanken *von Liszts* inspiriert.

2. „Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht“ (1914)

Zu Anfang seiner Programmschrift kritisiert *Nußbaum* die Bewegung des Freirechts, in der ein „neuer Geist“ der „leeren Dogmatik überdrüssig geworden“ sei. Das Freirecht steuere zur „offiziellen Rechtslehre“ aber „auffallend wenig nennenswerte Arbeiten“ bei, weil sie sich größtenteils „auf dem Gebiete rein formal-methodologischer Erörterungen bewegt — um den abstrakten Begriff der Rechtsfindung als Mittelpunkt“⁴⁹.

„In jedem Fälle wäre es zwecklos — und übrigens zugleich aussichtslos —, zu warten, bis die aufgetretenen methodologischen Meinungsverschiedenheiten auch nur einigermaßen beseitigt sind.“⁵⁰

Wichtig sei es dagegen, aus diesem Meinungsstreit „die notwendigen Folgerungen für die juristischen Einzelarbeit zu ziehen“⁵¹. Die Umbildung und Erweiterung des juristischen Lehrstoffes verlangt *Nußbaum*, um „die systematische wissenschaftliche Verarbeitung und zusammenhängende Kenntnis des für den Juristen als notwendig erkannten neuen Materials“ zu erreichen⁵².

Er behauptet, dass es „durchaus keiner soziologischen Jurisprudenz im Sinne von Ehrlich oder Ernst Fuchs“ bedürfe, weil „die spezifisch juristischen Denkformen der Subsumtion, Auslegung und Konstruktion die wichtigsten Hebel aller Rechtsfindung“ seien⁵³. „Erste

⁴⁹ Die Rechtstatsachenforschung (wie Anm. 13), S. 18.

⁵⁰ A. a. O., S. 19.

⁵¹ Ebenda.

⁵² Ebenda.

Aufgabe des Rechtsunterrichts“ sei es, „*juristisch denken* zu lehren“, und „*daneben*“ benötige man die Kenntnis der Tatsachen, die „für ein volles Verständnis und eine sachgemäße Anwendung der Normen erforderlich“ seien⁵⁴.

Nußbaum nennt solche Tatsachen, die „durch ihre spezifisch juristische Färbung“ gekennzeichnet werden „Rechtstatsachen“⁵⁵. RTF soll kein Selbstzweck, keine neue Disziplin sein, sondern ein Mittel, „den bisherigen Lehrstoff durch Heranziehung der Rechtstatsachen zu beleben, zu bereichern und zu vertiefen, sowie fruchtbare Problemstellungen für die wissenschaftliche Einzelarbeit zu gewinnen“⁵⁶. Wie er selbst zugibt, enthält die Forderung der RTF also „kaum noch etwas wesentlich Neues“. Es war nämlich schon damals ein Gemeinplatz, den „Zweck im Recht“ zu berücksichtigen und im Lehrvortrag die tatsächlichen Verhältnisse heranzuziehen. „Das Mehr oder Minder ist aber in Wahrheit das Entscheidende“⁵⁷. Daher ist die RTF eine Aufgabe, „zu deren Bewältigung es der vollen Einsetzung der wissenschaftlichen Arbeitskraft bedarf“⁵⁸.

Nun geht *Nußbaum* zum zweiten Abschnitte über, wo er die Aufgaben der RTF in sieben Artikeln ausführt.

- 1) Die tatsächliche Anwendung des Gesetzes: Als Beispiel nennt er eine Abhandlung über die Inhabergrundschuld gemäß § 1195 BGB⁵⁹, die in der Praxis überhaupt nicht vorkomme. Daraus leitet er die Forderung ab, es müsse „ein angemessenes Verhältnis“⁶⁰ zwischen Aufwand an wissenschaftlicher Energie und den wirklichen wirtschaftlichen Interessen bestehen.
- 2) Die regionale Differenzierung des Rechts: Das Gesinderecht und das Recht der preußischen Rentengüter als Beispiele anführend, betont er, wie stark das „formell einheitliche Recht sich in den verschiedenen Teilen Deutschlands differenziert“⁶¹.
- 3) Das Gewohnheitsrecht: „Seine eigene rechtsschöpferische Kraft entfaltet das freie Rechtsleben heute fast ausschließlich in den Vertragsformen und Verkehrsgebräuchen, insbesondere auch in den Handelsbräuchen.“⁶²
- 4) Eine Typologie der vorkommenden Prozesse: Hier unterstützt *Nußbaum* den Vorschlag vom Berliner Landgerichtsrat *Paul Schellhas*, „die charakteristischen Typen und Unterschiede der vorkommenden Prozesse zu erforschen und dadurch das Material zu der „neuen Disziplin“ zu liefern, die den Zivilprozeß ergänzen soll“⁶³. Da es sich um „einen für den Juristen hochbedeutsamen Gegenstand handelt“, sei der Jurist in erster Linie zu dieser Untersuchung befähigt⁶⁴.

⁵³ A. a. O., S. 20f.

⁵⁴ A. a. O., S. 21.

⁵⁵ A. a. O., S. 22.

⁵⁶ Ebenda.

⁵⁷ Ebenda.

⁵⁸ A. a. O., S. 23.

⁵⁹ Hans Bürger: Zum Rechte der Inhabergrundschuld, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 57 (1913), S. 281-308.

⁶⁰ Die Rechtstatsachenforschung (wie Anm. 13), S. 25.

⁶¹ A. a. O., S. 26.

⁶² A. a. O., S. 27.

⁶³ A. a. O., S. 28.

⁶⁴ Ebenda.

- 5) Die Bearbeitung der Rechtsgeschichte: Die Bearbeitung abgestorbener Rechtssysteme kann unter dem geschichtlichen Gesichtspunkt erfolgen, obwohl *Nußbaum* — anlehnend an *Max Weber — Kantorowicz* kritisiert, wenn er „der dogmatische(n) Betrachtungsweise in der Rechtsgeschichte überhaupt keinen Raum mehr vergönnt“⁶⁵. *Nußbaum* stimmt dem letzteren aber zu, wenn er „gegen die rechtsgeschichtliche Wissenschaft einen Vorwurf daraus hergeleitet, dass sie zugunsten der römischen Antike und des deutschen Mittelalters allzusehr die letzten Jahrhunderte der deutschen Entwicklung vernachlässige“⁶⁶. Für das deutsche Hypothekenwesen zum Beispiel sei, so *Nußbaum*, die Entwicklung seit der Rezeption sehr wichtig.
- 6) Die Organisation der RTF: Da die von einem einzelnen gesammelten Tatsachen oft zu unzulässigen Verallgemeinerungen Anlass gäben, solle, so schlägt *Nußbaum* vor, eine Zentralstelle geschaffen werden, die für das ganze Gebiet des Deutschen Reichs aus dem Rechtsleben typische oder sonst bedeutsame Urkunden und Daten systematisch sammelt. „Die Arbeit einer solchen Zentralstelle würde nicht nur wissenschaftlich, sondern auch praktisch von großer Bedeutung sein können“⁶⁷. Hier erwähnt er den Bericht von *Ehrlich* beim 31. Deutschen Juristentag über das in Wien eingerichtete Institut für angewandtes Recht.
- 7) Die Rechtsvergleichung: Um Untersuchungen über Gewohnheitsrecht, Gerichtspraxis, Billigkeit usw. fruchtbarer zu machen, solle ein Vergleich mit dem Recht der anderen Kulturländer, besonders aber mit dem anglo-amerikanischen Recht geleistet werden.

Im dritten Abschnitt diskutiert *Nußbaum* die erforderliche Reform des Rechtsunterrichts. Hier versucht er eine Verdeutlichung und Ergänzung der Grundsätze, die sich bei der Ausarbeitung seines Hypothekenlehrbuchs im Vorjahr ergeben haben:

- 1) Auf die Darstellung der Absichten der einzelnen Bestimmungen und deren tatsächlichen Wirkungen sei das größte Gewicht zu legen.
- 2) Die Darstellung müsse die tatsächlichen Wertverhältnisse der Rechtsätze widerspiegeln. Sie kann tote Gesetzesparagraphen beiseite lassen, um andere, im Rechtsleben als besonders wichtig erwiesene Bestimmungen erörtern zu können, auch wenn ein prinzipielles Interesse dogmatischer Art fehle.
- 3) Die systematische Gliederung sei nur ein Mittel zum Zweck übersichtlicher Darstellung und dürfe nicht zur Fessel für den Stoff selbst werden.
- 4) Aus den bisher vernachlässigten Materien wie Kosten- oder Stempelrecht sollten die Kernpunkte behandelt werden, solange sie praktisch von großer Bedeutung seien.
- 5) Partikularrechtliche Verschiedenheiten sollten berücksichtigt werden.
- 6) Rechtsgeschichte solle nicht am Anfang, sondern am Ende des Unterrichts dargelegt werden. „Das Nächstverständliche ist die Gegenwart, sie erst gibt die Anschauung des Rechtslebens, vermöge deren wir die uns fremde Vergangenheit begreifen können“⁶⁸. Zurückzuweisen sei jedenfalls die verbreitete Methode, den Erörterungen des geltenden Rechts äußerliche Betrachtungen der römischen und mittelalterlichen

⁶⁵ A. a. O., S. 29.

⁶⁶ Ebenda.

⁶⁷ A. a. O., S. 30.

⁶⁸ A. a. O., S. 33.

Rechtsinstitute anzuhängen. Stattdessen solle man mehr Gewicht auf die letzten Jahrhunderte legen, „soweit überhaupt für den Vortrag des *geltenden* Rechts das Zurückgehen auf die geschichtlichen Grundlagen *wirklich notwendig*“ sei⁶⁹.

- 7) Da man in der Praxis im Kommentar nachschlagen könne, solle man den Hörer mehr von den positiven Einzelheiten befreien und die leitenden Gedanken darlegen, um sich im objektiven Recht zurechtzufinden und die Einzelheiten richtig zu verstehen. „Keinesfalls aber darf der Vortrag so sehr mit positiv-rechtlichen Details belastet werden, daß für die rechtstatsächliche Seite kein Raum mehr bleibt; dann müssen eben jene Details zurücktreten.“⁷⁰
- 8) Bei der praktischen Vorbildung würden bisher „dem Lernenden fast durchweg nur *Streitfälle* zur *Entscheidung* vorgelegt“⁷¹. Im Rechtsleben drehe es sich aber vor allem um „den zur Erreichung eines bestimmten Zwecks zulässigen und gebotenen Weg“, mit anderem Worten, alles stehe und falle „mit der Entscheidung, welche von mehreren gesetzlichen Verfahrensmöglichkeiten im einzelnen Falle zweckmäßigerweise zu wählen sei, und mit der Auffindung dieser Möglichkeiten“⁷². Einfache Aufgaben aus dem Gebiet der Kautelarjurisprudenz werden hier empfohlen.

Im Anschluss an diese Reformvorschläge erörtert *Nußbaum* die selbständige akademische Arbeiten der auszubildenden Juristen.

„Der durchschnittliche Dissertationstypus, der auf dem Zusammenstellen fremder Meinungen, allenfalls unter Aufstellung sogenannter eigener Mittelmeinungen beruht, bedarf wahrlich dringend der Aufbesserung.“⁷³

Selbständige Leistungen auf dem Gebiet der RTF sei aber bei Dissertationen und Seminararbeiten schwerlich zu erwarten, „weil der junge Jurist die volle Reife des Urteils noch nicht besitzen“ könne. Es sei also den befähigteren jungen Juristen zu empfehlen, „aus irgend einem bestimmten Gebiet, am besten einem solchen, zu dem sie persönliche Beziehungen haben“⁷⁴, Rechtstatsachen zu sammeln und zu bearbeiten.

Sodann stellt *Nußbaum* eine Konzeption vor, nach der sich die von persönlichen Anteilnahmen geführten Einzelforschungen zu einer gesamten Zusammenarbeit im Ganzen zusammenfügen lassen. In diesem Zusammenhang erwähnt er *Ehrlichs* „Institut für lebendes Recht“ und meint, es sei „jedenfalls besser, daß an einer Universität das lebende Recht im Rahmen einer besonderen Veranstaltung gelehrt werde als überhaupt nicht“⁷⁵. *Nußbaum* verwirft die Trennung des Rechtsstoffs „in einen lebenden und einen toten Teil“. Er fordert vielmehr eine RTF im bisherigen sachgemäßen Rahmen, um alles geltende Recht als ein lebendes — und selbst das geschichtliche als ein lebend gewesenes — zu zeigen.

Nach der Kritik an *Ehrlich* nennt *Nußbaum* die „gesamte Strafrechtswissenschaft“ von *von Liszt* als das einzige erfolgreiche Vorbild unter juristischen Disziplinen, „obschon auch hier der

⁶⁹ Ebenda.

⁷⁰ A. a. O., S. 34.

⁷¹ Ebenda.

⁷² A. a. O., S. 34f.

⁷³ A. a. O., S. 35.

⁷⁴ Ebenda.

⁷⁵ A. a. O., S. 36.

Unterricht den Fortschritten der Wissenschaft nicht durchweg gefolgt sein dürfte“. Aber beim Privatrecht sei „der heutige Wissenschaftsbetrieb hinter den Anforderungen der Zeit zurückgeblieben“. Der Grund dafür ist nach seiner Meinung in den Traditionen der gemeinrechtlichen Wissenschaft zu suchen, die zum Selbstzweck geworden sei und sogar verkünde, daß „die Praxis für die Theorie verderbe“⁷⁶. Das Ideal ist ihm dagegen „die — in der Medizin ja allgemein anzutreffende — dauernde berufliche Verbindung des Lehrberufs mit der Praxis“ wie die Beispiele von *Wach, Fr. Stein, R. Schmidt, Otto Fischer, Danz* usw. Wenigstens solle diese Verbindung in der praktischen Vorbildung geschehen.

Zum Schluss äußert er:

„Mit innerer Notwendigkeit wird sich einmal die Einheit des juristischen Wissenschaftsbetriebes wiederherstellen — freilich nicht auf dem Wege einer Abwehr der neuen Gedanken, sondern auf dem der systematischen Bereicherung des überkommenden Lehrstoffes.“⁷⁷

Dogmatik soll kein Selbstzweck, sondern ein Dienst an der Praxis sein. Reorganisationen der Forschung und Ausbildung im Sinne der RTF sind nach *Nußbaum* erforderlich. Im Hinblick auf die Arbeitskräfte und die Zahl der Unterrichtsstunden sollte die Tradition der gemeinen Rechtswissenschaft, die allzu viel zur Systematik und zur Rechtsgeschichte neigte, geändert werden. Dabei setzte er nicht auf die Richtung *Ehrlichs*, die zur Grundlegung der selbständigen Disziplin der Rechtssoziologie führte, sondern auf den Weg von *Liszts*, der die Rechtsdogmatik durch die Erforschung von Rechtstatsachen noch vollständiger und praktischer zu machen versucht.

Wenn man übrigens die wirkliche Absicht von *Ehrlich* nicht in der Grundlegung der Rechtssoziologie als einer selbständigen Disziplin oder in der eng im Sinne der Dogmatik verstandenen Erneuerung der Rechtsquellenlehre auffasst, sondern als eine grundlegende Umwälzung der „Rechtswissenschaft“ selbst⁷⁸, wie sie hundert Jahre zuvor *Savigny* ins Werk gesetzt hat, muss die Distanz zu *Nußbaum* als noch größer erscheinen. *Nußbaums* Ziel war die Reorganisation und Ergänzung der Jurisprudenz durch die auf die Rechtstatsachen beruhenden Einzelforschungen. Daher hat seine RTF nur selten ideologische Abwehrreaktionen seitens der traditionellen Dogmatik hervorgerufen. Da er sein Ziel nur dadurch erreichen konnte, dass er den Vorteil seiner RTF durch praktische Beispiele bewies, brauchte er nicht in den Streit um Methoden einzutreten. Hierin liegt ein großer Unterschied zu *Ehrlich*, der die bisherige Dogmatik prinzipiell und methodisch abgelehnt und deswegen nie daran gedacht hat, die Ergebnisse seiner Rechtssoziologie nur als solche von dogmatischen Einzelforschungen zu akzeptieren⁷⁹.

⁷⁶ Andeutung *Jacobis* in seiner Schrift „Die Ausbildung der Juristen“ (Münster 1912). Hier zitiert nach *Nußbaum*: a. a. O., S. 38.

⁷⁷ A. a. O., S. 39.

⁷⁸ Als ein Beispiel solcher Auslegung: Shigeyoshi Harashima: *Hōteki Handan towa Nanika* (Was ist juristische Beurteilung), Sōbunsha Verlag (Tokio) 2002, S. 292ff.

⁷⁹ Mit Recht schreibt Röhl (wie Anm. 3), S. 18: „Ehrlich sah im lebenden Recht das Recht selbst, das wirkliche Recht, während für *Nußbaum* die Rechtstatsachen nur schlichte Fakten blieben. Darin zeigt sich der Unterschied zwischen der soziologischen Jurisprudenz *Ehrlichs* und der Methode *Nußbaums*, die ganz streng zwischen Rechtstatsachen und Rechtsnormen trennt“.

3. Programmatische Weiterentwicklung

Aus Platzgründen kann die programmatische Weiterentwicklung der RTF bei *Nußbaum* hier nur ganz summarisch angedeutet werden.

1916 erläutert *Nußbaum* die Differenz zwischen Studienliteratur und praktischer Literatur: „Um es paradox auszudrücken: der Kommentar soll sagen, was im Gesetz steht; das Lehrbuch, was nicht im Gesetz steht“⁸⁰.

Vier Jahre später formuliert *Nußbaum* die RTF als eine methodisch-systematische wissenschaftliche Behandlung der Realien, die die naive Behandlung individueller Erfahrung ersetzen soll⁸¹. Als den Gegenstand der RTF bezeichnet er „die allgemeine Regeln, die das Verhalten der Rechtsgenossen in rechtlich bindender Weise bestimmen (Normen in weiterem Sinne)“⁸². Auch ist bemerkenswert, dass er „die allgemeine Einstellung der Rechtsprechung, insbesondere“ „das Maß ihrer Selbständigkeit gegenüber dem Gesetz (Einfluß der Freirechtsschule!)“ und „ihr Verhältnis zur Theorie“ als Inhalte der RTF (und nicht als Ziel!) bestimmt⁸³.

In der 1940 in den USA veröffentlichten Programmschrift formuliert *Nußbaum* erneut: „By fact research in law we mean the systematic search into the social, political and other fact conditions which give rise to the individual legal rules, and examination of the social, political and the other effects of those rules.“⁸⁴ *Nußbaums* eigene Erfahrungen in den USA spiegelt die Stelle, wo er seine frühere Meinung von Statistik ändert, indem er auf „the startling disproportion between the labor involved in statistical study and its value for relevant conclusion“ aufmerksam macht und vor einer „rage du nombre“ warnt⁸⁵. Seinen Stolz als Gründer der RTF fühlt man in seinem Schlusswort:

“Fact research in law can very well be performed by one man, if only statistical ambitions are kept in check. So far, joint venture has by no means proved superior to individual enterprise in this field.”⁸⁶

IV. Zum Schluss

Die Freirechtsbewegung, die in der Kaiserzeit zum Teil ein Widerspruch akademischer „Randgruppen“ (Anwälte, Juden usw.) gegen die etablierte Jurisprudenz gewesen ist, verwandelte sich in der Weimarer Zeit durch eine „Flucht in die Generalklausen“ (*Justus Wilhelm Hedemann*) in die Rechtfertigung elastischer Gesetzesauslegungen durch antirepublikanische Richter, die schließlich in der NS-Zeit in die „unbegrenzte Auslegung“ (*Bernd Rütters*) mündete⁸⁷. Die RTF blieb von dieser Entartung einer aus dem konkreten

⁸⁰ Theoreme und Wirklichkeit in den Allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, jetzt in: RTF (wie Anm. 2), S. 93f.

⁸¹ Ziele der Rechtstatsachenforschung, jetzt in: RTF (wie Anm. 2), S. 48.

⁸² A. a. O., S. 49.

⁸³ A. a. O., S. 54.

⁸⁴ *Fact Research* (supra note 31) at 197. [deutsche Fassung, S. 67.]

⁸⁵ Id. at 209-210 [S. 77.]

⁸⁶ Id. at 219. [S. 89.]

⁸⁷ Seigo Hirowatari: *Hōritsu kara no Jiyū to Tōhi* (Freiheit und Flucht vom Gesetz), Nihon Hyōron Sha Verlag

Kontext gerissenen verallgemeinerten Methode verschont⁸⁸.

Insofern könnte man die RTF bloß als „Magd“⁸⁹ der Rechtsdogmatik bezeichnen. Die RTF ist aber vor allem für den positiven Rechtswissenschaftler ein nützliches Mittel, neben der eigentlichen Methode normative Dogmatik zu verstehen⁹⁰. Hier gibt es keine Konstellation, in der der Rechtstatsachenforscher dem Dogmatiker einseitig Hilfe und Dienst leistet. Zur Bestätigung dieses Verständnisses sei daran erinnert, dass *Nußbaum* die Rechtsgeschichte methodisch als geschichtliche Wissenschaft auffasst und trotzdem die Juristen als diejenigen ansieht, die dieses Fach voranbringen⁹¹. Zwar erklärt *Nußbaum* die RTF als ein unübersehbares Gebiet „vielfältiger, bedeutender und schwieriger Aufgaben“, zu dessen Bewältigung es der vollen wissenschaftlichen Arbeitskraft bedürfe⁹². Diese Bemerkung war vor allem eine Spitze gegen die damals allzu einseitige Betonung der Rechtsgeschichte im Sinne der herkömmlichen Pandektistik und Germanistik. *Nußbaum* hielt für den Fall einer systematischen Sammlung der Rechtstatsachen an einer Zentralstelle und der Akkumulation der auf persönlicher Anteilnahme beruhenden Einzelstudien eine verteilte Forschung unter allen engagierten Juristen für möglich und erwünscht. Die erhoffte Zentralstelle ist freilich nie entstanden.

Da die RTF keine selbständige rechtliche Disziplin geworden ist, ist es nicht passend, *Nußbaums* RTF und *Ehrlichs* Rechtssoziologie unmittelbar nebeneinander zu stellen. Zweifellos war sein Lehrbuch des Hypothekenwesens (1913) für damalige Rechtswissenschaft und ihn selbst bahnbrechend. Aber es scheint schematisch und unpassend, zwischen einem sich mit der herkömmlichen Jurisprudenz beschäftigenden früheren und einem die Rechtstatsachen untersuchenden späteren *Nußbaum* scharf zu differenzieren. Eine solche Unterscheidung entstammt einem analytischen Verständnis, das die RTF als eine Unterart der Rechtssoziologie auffasst. Um die RTF im Sinne *Nußbaums* Gedanken besser zu verstehen, sollte man sie lieber als eine Variante der gesamten Strafrechtswissenschaft von *Liszts* betrachten⁹³.

Deshalb kann man den wahren Wert der RTF eigentlich nur durch sorgfältige Prüfung einzelner Ergebnisse ermessen. In diesem Sinne zeigt dieser Aufsatz nur den Anfang weiterer Forschungen.

HITOTSUBASHI UNIVERSITÄT

(Tokio) 1987, S. 143ff.

⁸⁸ Vgl. Nörr (wie Anm. 18), S. 34.

⁸⁹ Hirowatari (wie Anm. 87), S. 252 Anm. 1.

⁹⁰ Röhl (wie Anm. 3), S. 21 weist zwar mit Recht auf diesen Punkt hin, hält es dann aber unzutreffend für einen Mangel, dass die RTF auf eine kausale Erklärung und Theoriebildung verzichtet. Vielmehr wäre es doch selbstverständlich und sachgemäß, wenn man die RTF — wie Röhl in S. 19 mit Recht selbst behauptet — als „angewandte Wissenschaft im Dienste des Rechts“ ansähe, die streng von der Rechtssoziologie, die sich primär als reine Wissenschaft versteht, differenziert werden solle.

⁹¹ Die Rechtstatsachenforschung (wie Anm. 13), S. 29.

⁹² A. a. O., S. 23.

⁹³ In dieser Hinsicht definiert Röhl (wie Anm. 3), S. 22 die RTF als „angewandte empirische Rechtssoziologie auf dem Gebiete des gesamten Zivilrechts einschließlich des dazugehörigen Verfahrens“. Aber Röhl berührt nicht den Einfluss der gesamten Strafrechtswissenschaft auf die RTF, auf den in diesem Aufsatz hingewiesen wird.