



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:


- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

FOR 17X
B92859

Bülow

HARVARD LAW LIBRARY

3 2044 057 591 950

Gesetz und Richteramt





HARVARD LAW LIBRARY

Received *Dec 13, 1926*

1916.

280

RECEIVED
HARVARD LAW LIBRARY

Gesetz und Richteramt.

Von

Dr. Oskar Bülow,

Professor an der Universität Leipzig und Geh. Hofrath.



Leipzig,

Verlag von Dunder & Humblot.

1885.

Forty
1392859



Verlag von **Ducker & Humblot** in Leipzig.

Systematisches Handbuch
der
Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung
der

Herren Professoren **Dr. S. Brunner** in Berlin, **Dr. E. Brunnenmeister** in Halle,
Dr. O. Bülow in Leipzig, **Dr. S. Pegenkoff** in Tübingen, **Dr. F. Ehrenberg** in
Kosack, **Dr. A. Franken** in Jena, des Herrn General-Procurator **Dr. J. Glaser**
in Wien, der Herren Professoren **Dr. A. Grawert** in Czernowitz, **Dr. A. Saenel**
in Kiel, **Dr. K. Seitz** in Heidelberg, **Dr. A. Seuster** in Basel, **Dr. H. v. Sicking**
in Göttingen, **Dr. F. Krüger** in Königsberg, **Dr. P. Laband** in Straßburg, **Dr.**
J. v. Marti in Tübingen, **Dr. Ernst Meier** in Halle, **Dr. Th. Mommsen** in
Berlin, **Dr. F. Hegelsberger** in Göttingen, **Dr. W. v. Rosand** in Dorpat, **Dr.**
A. Schmidt in Leipzig, **Dr. H. Sohm** in Straßburg, **Dr. A. Wach** in Leipzig,
Dr. H. Wagner in Leipzig, **Dr. B. Windscheid** in Leipzig

herausgegeben von

Dr. Karl Binding,
Professor in Leipzig.

Bis jetzt sind erschienen:

Handbuch des Strafprozesses. Von General-Procurator
Dr. Julius Glaser. Erster Band. 48¹/₂ Bogen.
Preis 16 M.; geb. 18 M. 50 Pf.

Handbuch des Seerechts. Von Prof. Dr. Rudolf Wagner.
Erster Band. 29¹/₂ Bogen. Preis 10 M.; geb. 12 M. 50 Pf.

Institutionen des Deutschen Privatrechts. Von Prof.
Dr. Andreas Heusler. Erster Band. 25¹/₂ Bogen.
Preis 8 M. 80 Pf.; geb. 11 M. 30 Pf.

Im Herbst 1885 werden ausgegeben: **Gemeines Strafrecht.**
Von **K. Binding.** Erster Band. — **Civilprozeß.** Von
A. Wach. Erster Band. — **Strafprozeß.** Von **J. Glaser.**
Zweiter Band.

Verlag von Duncker & Humblot in Leipzig.

Carl Georg von Waechter.

Von B. Windscheid.

Preis 2 M.

Handbuch des Sacerrechts.

Von Rudolf Wagner.

Erster Band.

Preis 10 M.; geb. 12 M. 50 Pf.

Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen

nach

gemeinem Recht und der Reichs-Civilprozeß-Ordnung, unter Berücksichtigung des Preussischen Allgemeinen Landrechts und des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Von Konrad Hellwig.

Preis 5 M.

Geschichte der deutschen Rechtsquellen.

Von Otto Stobbe.

Zwei Abtheilungen. Preis 16 M. 60 Pf.

Die Juden in Deutschland

während des Mittelalters

in politischer, socialer und rechtlicher Beziehung.

Von Otto Stobbe.

Preis 5 M.

Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts.

Von Otto Stobbe.

Preis 2 M. 70 Pf.

Hauptintervention u. Streitgenossenschaft.

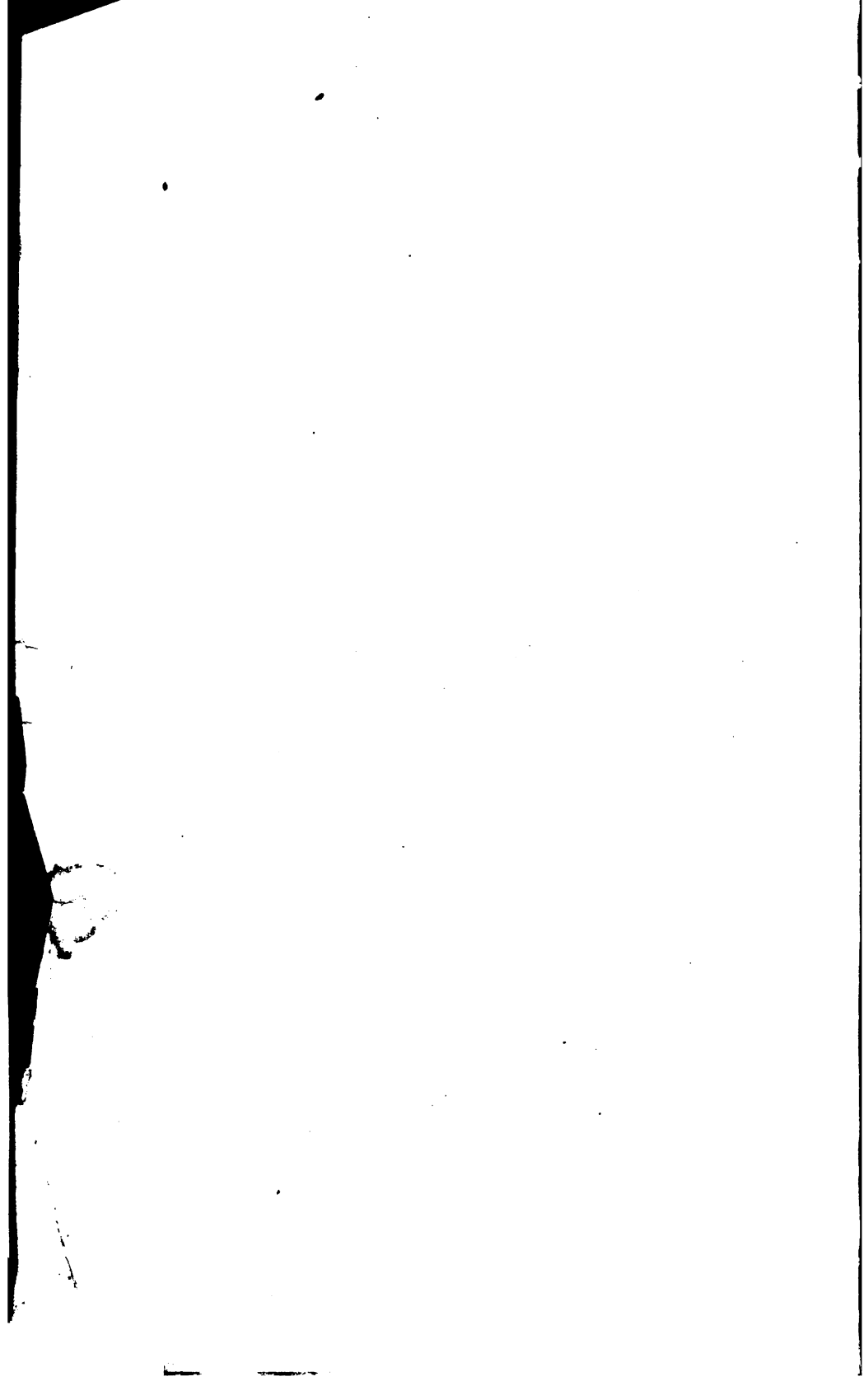
Ein Beitrag

zu den Grundlehren des Aktionen- und Prozeßrechts.

Von Jakob Weismann.

Preis 4 M.

Geseß und Richteramt.



x Gesetz und Richteramt. e

Von

Dr. Oskar Bülow,

Professor an der Universität Leipzig und Geh. Hofrath.



Leipzig,

Verlag von Duncker & Humblot.

1885.

+

997.7

For TX
B9285

Alle Rechte vorbehalten.

DEC 13 '86

Vorbemerkung.

Dieser Schrift liegen zwei öffentliche Vorträge zu Grunde: die Rede, welche zum Geburtsfest Seiner Majestät des Königs Karl von Württemberg am 6. März d. J. von mir als dem damaligen Rector der Universität Tübingen gehalten worden ist, und die Antrittsvorlesung, mit welcher ich mich vor einigen Wochen als ordentlicher Professor an der Universität Leipzig habilitirt habe.

Der geringe Umfang der Schrift wird wohl Manchem im Mißverhältniß zu der Größe ihres Gegenstandes zu stehen scheinen. Da ich aber bei den ersten Formgebungen zu einer möglichst knapp zusammenfassenden und zugleich auf allgemeinere Verständlichkeit abzielenden Behandlung des reichen Stoffes genöthigt gewesen war, so trug ich Bedenken, diesen nicht ohne einige Schwierigkeit gewonnenen Vortheil alsbald wieder aufzugeben und habe daher, als ich die beiden Vorträge zum Zwecke ihrer Vereinigung um-

arbeitete, wohl auch Manchem zu Danke, der Versuchung widerstanden, dieselben zu einem größeren Werke anzuwachsen zu lassen. In Folge dessen durfte ich mich auch der Beifügung von Literarnachweisungen für überhoben halten. Jedoch glaubte ich bei Veröffentlichung von Ansichten, welche der überlieferten Theorie von Grund aus entgegengesetzt sind, darüber Rechenschaft geben zu sollen, auf welchem Wege ich zu ihnen gelangt bin.

Obwohl die Ergebnisse in die allgemeine Lehre von den Rechtsquellen einschlagen, sind sie doch nicht etwa aus Überlegungen hervorgegangen, die auf eine wiederholte Prüfung der Rechtsquellenfrage abgestellt gewesen wären. Vielmehr haben sie sich aus prozessualischen Beobachtungen und Untersuchungen entwickelt, insbesondere solchen, welche das Wesen und die Wirksamkeit des richterlichen Urtheils zum Gegenstande hatten.

Aus diesen entsprang zunächst die Überzeugung, daß die richterlichen Rechtsprüche in viel näherer Verwandtschaft zu den objectiven Rechtsbestimmungen stehen, als allgemein angenommen wird. Schon in der Schrift über die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen 1868, S. 3 habe ich dies ausgesprochen. Diese Ansicht begegnete sich, wenigstens in einer Hauptrichtung, mit der Auffassung des richterlichen Urtheils, die in Rierulff's Theorie des gemeinen Civilrechts 1839 tief sinnig entwickelt worden, aber

merkwürdiger Weise fast völlig unbeachtet geblieben war, wohl in Folge des übermächtigen Einflusses, den die von Rierulff's Auffassung kaum Notiz nehmenden Urtheilstheorieen Buchta's und Savigny's (System d. heut. röm. R., Bd. 6, 1847) ausübten, vielleicht auch deshalb, weil die apodiktisch hingestellten Behauptungen Rierulff's nicht einen genügend vorbereiteten Boden des Verständnisses vorgefunden hatten: eine Vermuthung, die mir wenigstens durch eigene Erfahrung nahe gelegt ist, da mir die Bedeutung der Rierulff'schen Ansicht, ehe ich von prozessualischen Untersuchungen aus zu einem ähnlichen Ergebniß gelangte, gänzlich verborgen, ja unverständlich geblieben war. Sonst war eine verwandte Auffassung meines Wissens bloß noch in den lichtvollen Bemerkungen, mit welchen Bähr's Rechtsstaat 1864 eingeleitet ist, hervorgetreten.

Jener Grundgedanke gewann allmählig größere Festigkeit und vollere Entfaltung, so daß ich in einem Vortrage, der 1875 in einer wissenschaftlichen Gesellschaft in Tübingen über die unvermeidlichen Abweichungen des in der Rechtsprechung heraustretenden Rechts vom Gesetzesrecht gehalten wurde, schon zu einem Theile der Entwicklungen vorschreiten konnte, die in der vorliegenden Schrift reiflicher durchdacht und besser begründet veröffentlicht werden. Von nun an fehlte es auch nicht mehr an Äußerungen von anderer Seite, die mich in der weiteren Verfolgung des ein-

geschlagenen Weges bestärkten. Degenkolb betonte in seiner Schrift über Einlassungszwang und Urtheilsnorm 1877 ebenfalls die gesetzähnliche Beschaffenheit des Urtheils, freilich unter mancherlei Vorbehalten und Einschränkungen. Was Ihering in seinem Zweck im Recht 1877, Bd. 1, S. 327—333 über das „Individualgebot“ bemerkte, trug, obwohl ohne Beziehung auf das richterliche Urtheil geäußert, zur Ausreifung der Gedanken über die richterliche konkrete Rechtschaffung bei, nachdem ich längst aus Ihering's früheren Werken reiche Aufschlüsse über viele Grundfragen erhalten hatte, die für das in Angriff genommene Problem mittelbar von Bedeutung sind.

Gelegentlich der Abhandlung über civilprozeßualische Fiktionen und Wahrheiten 1879 (Archiv f. d. civil. Pragis Bd. 62, S. 1—96) wurde ich mir sodann über die Unhaltbarkeit eines wichtigen Stützpunktes klar, den die herkömmliche Auffassung des richterlichen Urtheilsberufs in der Fiktion der Gesetzmäßigkeit aller Urtheile gefunden hatte und habe dort meine Auffassung des Richteramts in einem Excurse (S. 93, 94) schon etwas schärfer angedeutet. In der Abhandlung über dispositives Civilprozeßrecht in derselben Zeitschrift 1881, S. 84 kamen einige weitere Andeutungen hinzu.

Alle diese Andeutungen sind bis jetzt auf keinen Widerspruch gestoßen und dies dürfte vielleicht nach den

Erfahrungen, die mit der Aufstellung neuer juristischer Ansichten meistens verbunden sind, als ein hoffnungsvolles Anzeichen gelten. Aber auch ausdrückliche Zustimmung ist nicht ausgeblieben. Am vollständigsten habe ich sie bei Klöppel, die Einrede der Rechtskraft 1882 (insbesondere S. 60—67) gefunden, der meinen Gedankengang mit tief eindringendem Verständniß erfaßt und selbständig weiter verfolgt hat, während das Buch von A. S. Schulke, Privatrecht und Prozeß I. Theil 1883 trotz mancher anscheinender Berührungen mit meinen Ansichten doch Wege nimmt, die von denselben weit abführen. Von den Aeußerungen, welche auf Uebereinstimmung wenigstens mit einem Theile der hier vertretenen Meinungen schließen lassen, hebe ich namentlich hervor: Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, Bd. 3, Abthlg. 2 (1882) S. 25, Merkel, Juristische Encyclopädie (1885) insbesondere S. 165—167, Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Rede bei Uebernahme des Rectorats an der Universität Leipzig 1884), wo S. 13 und 14 unter dem unmittelbaren Eindruck hochwichtiger Gesetzgebungsarbeit die Unzulänglichkeit und Ergänzungsbedürftigkeit der Gesetzesbestimmungen eindringlich betont ist.

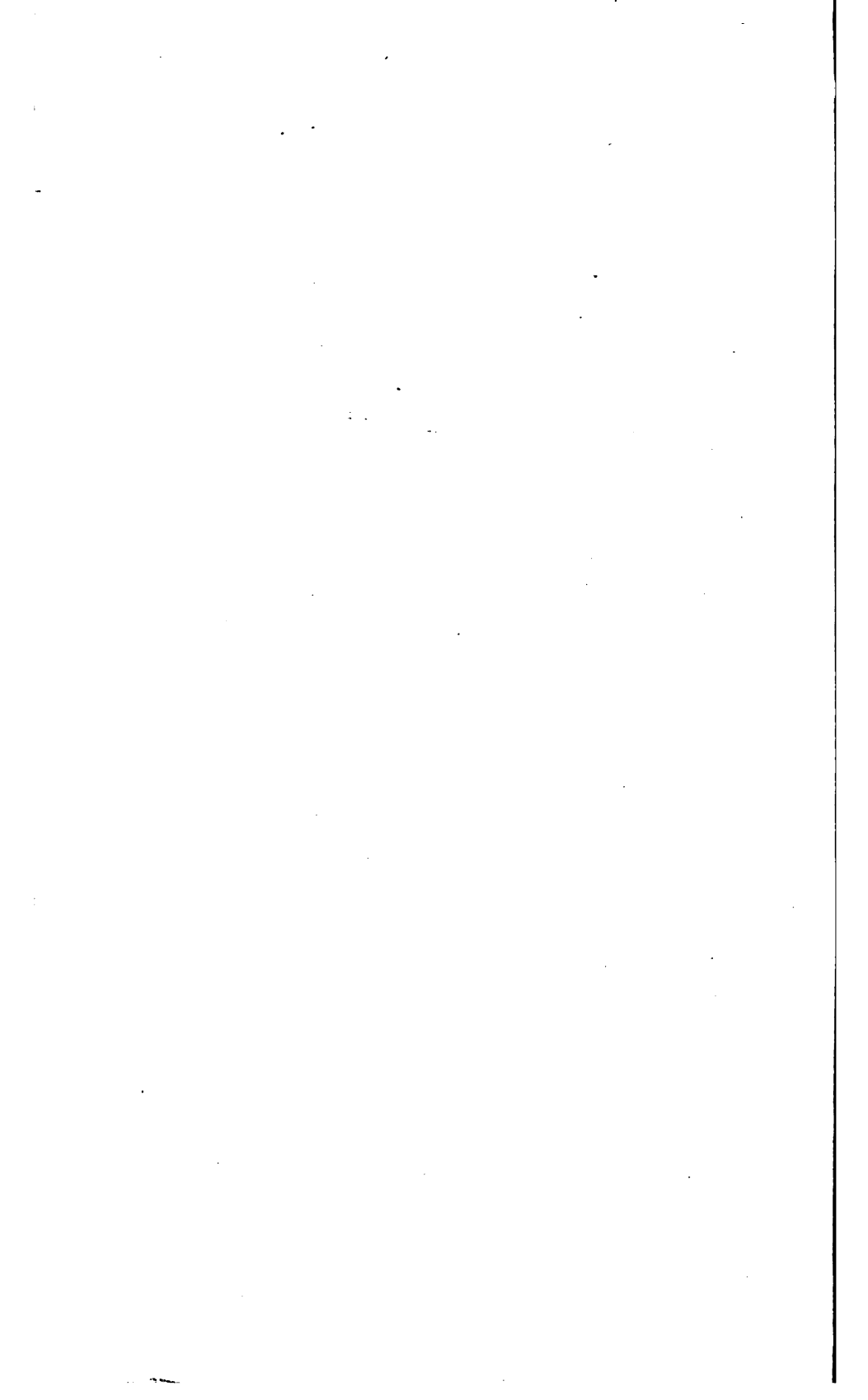
Hiernach darf ich mich der Hoffnung hingeben, daß der vorliegende weit über die früheren Andeutungen hinausgehende Versuch, eine Theorie der richterlichen Rechtsschaffung zu entwickeln und vollständig zu begründen, nicht

zu weit von dem abliegen wird, was auch Andere unausgesprochen für richtig halten. Die eigentliche Entscheidung über die Richtigkeit des eingeschlagenen Weges wird davon abhängen, ob Diejenigen, welche diese Schrift am nächsten angeht, die Richter, in dem hier Vorgetragenen das wiederfinden werden, was ihren Beruf erfüllt und befehlt!

Leipzig, den 30. Mai 1885.

Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung	1
I. Verwandtschaft zwischen Gesetz und richterlichem Urtheil . .	2
II. Unterschiede zwischen der gesetzlichen und richterlichen Rechtsbestimmung	10
III. Der rechtschöpferische Beruf des Richteramts in der Geschichte des Rechts	16
IV. Das richterliche Recht innerhalb des heutigen Gesetzesrechts .	28
V. Schlußbetrachtungen	41



Wir leben in einer gesetzesreichen und gesetzesfreundigen Zeit. Die Zuversicht zu der Leistungskraft des Gesetzesrechts ist zwar auf ein besonnenes Maß zurückgeführt worden, seit die geschichtliche Rechtsforschung einen tieferen Einblick in das Werden des Rechts eröffnet und die Erkenntniß verbreitet hat, daß es außer der Gesetzgebung noch eine andere, ihr ebenbürtige Art von Rechtsbildung giebt. Aber trotzdem hat es sich so gefügt, daß gerade in unserm Zeitalter das nichtgesetzliche Recht, wenigstens so wie es sich nach den Ergebnissen jener Forschung darstellt, das Gewohnheitsrecht, dem Schicksal stärkster Verkümmern verfallen ist. Rücksichtsloser als je hat die Gesetzgebung sich der Rechtswelt bemächtigt. Dem Gewohnheitsrecht bleibt kaum noch ein dürftiges Plätzchen von Gesetzes Gnaden vergönnt.

Und doch fällt es schwer, sich bei dem Glauben an die Alleinherrschaft der Gesetzgebung zu beruhigen. Wer die Aufgabe und die Wirksamkeit des Richteramts in ihrer vollen großen Bedeutung, namentlich in ihrem Ver-

hältniß zum Gesetzesrecht zu erfassen sucht, kann sich zahlreichen Wahrnehmungen nicht verschließen, welche darauf hindeuten, daß sich im Richteramt eine reiche rechtsordnende und rechtschöpferische Kraft regt, die inmitten alles Gesetzesrechts erhalten geblieben ist und nie, auch nicht durch die vollständigste und vollkommenste Gesetzgebung wird vertilgt werden können.

Beobachtungen dieser Art sollen hier in knapper Zusammenfassung dargelegt werden. Es ergibt sich aus ihnen für mich die Ueberzeugung, daß wir uns offen heraus zu einem eigenartigen, neben dem Gesetzesrecht stehenden, auch nicht etwa mit jenem Gewohnheitsrecht zusammenfallenden oder sich von ihm abzweigenden richterlichen Recht zu bekennen haben.

I. Verwandtschaft zwischen Gesetz und richterlichem Urtheil.

Durch das Gesetz bestimmt die Staatsgewalt, was als Recht gelten soll. In der Vor Sorge für die Wohlfahrt des Gemeinwesens vergegenwärtigt sich der Gesetzgeber vorahnend die Möglichkeiten, wie sich in der Zukunft die menschlichen Verhältnisse und Zustände, Begebenheiten und Handlungen werden gestalten können, und legt an sie den Maßstab des unabweisbaren gesellschaftlichen Bedürfnisses,

des Rechtsnothwendigen an. Er prüft, bis zu welcher Grenze im Gewirre und Kampfe der neben und gegen einander wirkenden Menschenkräfte den auf Förderung des Sonderwohles gerichteten Einzelbestrebungen freie Entfaltung verstattet werden darf, — bis wie weit die Einzelnen zur Mitwirkung für das Wohl der Andern angehalten werden und auch ihrerseits von den Andern Unterstützung und Verstärkung der eigenen Kraft erhalten sollen. Die gefundenen Grenzlinien trägt er mit möglichst klaren und scharfen Zügen in jenes Zukunftsbild ein.

Aber es ist noch kein geltendes Recht, es ist nur ein Plan, nur der Entwurf einer zukünftigen, er wünsch-
ten Rechtsordnung, was der Gesetzgeber von sich aus fertig zu bringen vermag.

So oft auch die dem Gesetze untergebenen Personen, vom richtigen Gesetzesverständniß geleitet und von gerechter Gesinnung erfüllt, dem Gesetzesgebote von selbst nachleben, so arbeiten doch Unverstand und Nachlässigkeit, Eigennuß und Leidenschaft der Menschenart zusammen, um der Durchführung des gesetzlichen Rechtsplans aller Orten Hemmnisse zu bereiten. So hat sich die Gesetzgebung dabei zu bescheiden, daß sie der Herstellung einer wirklichen Rechtsordnung blos gebieterisch den Weg weisen kann. Um die Herstellung für alle Fälle zu sichern, hält der Staat neben, ja vor allem Gesetzgebungsapparat eine andere Rechtsanstalt, das Richter-

amt bereit. Die richterliche Thätigkeit hilft das vom Gesetz nur begonnene Rechtsordnungswerk fortführen und vollenden.

Die Thätigkeit des Gesetzgebers macht bei dem einmaligen abstrakten Rechtsgebot Halt. Erst der unausgesetzten pflichttreuen Berufsarbeit der Richter ist es zu verdanken, daß die Rechtsordnung, soweit menschliche Einsicht und Tüchtigkeit ausreicht, zu dem wird, was sie sein soll: eine über jedem gegenfälligen Wissen und Wollen erhabene, das Leben der Menschen wirklich beherrschende Macht.

Hierbei steht aber nicht die thatsächliche Machtübung selbst in Frage. Die Vornahme der Rechtsvollzugs-handlungen ist die Folge, nicht der Inhalt der richterlichen Thätigkeit: der Staat weiß sich die Kräfte, deren er bedürftig ist um den rechtswidrigen Willen zu brechen, sicherer und schicklicher außerhalb der Reihen seiner Richter zu beschaffen. Nicht das Schwert, sondern die Wage der Gerechtigkeit ist in die Hand des Richters gelegt. Er hat zu erwägen und zu bestimmen, was Rechtens ist. Das Wesen des Richteramts liegt im Urtheilen.

Hiernach gewinnt es den Anschein, als wenn die richterliche Thätigkeit eine reine Verstandesthätigkeit wie jedes andere Urtheilen wäre: eine logische Operation, eine Schlußfolgerung, für welche die gesetzliche Bestimmung den Obersatz,

der abzurtheilende Thatbestand den Unterfatz bildet. Und hiermit vermeint man auch meistens das Wesen des richterlichen Urtheils und sein Verhältniß zum Gesetz richtig gekennzeichnet zu haben.

Wäre dies zutreffend, so würde freilich zwischen Richteramt und Gesetz eine Verschiedenheit in Grundanlage und Zweckbestimmung zum Vorschein kommen, die schlecht mit der nahen Beziehung verträglich sein würde, in welche sie vorhin zu einander gebracht worden sind. Eine nur um die Herausstellung bereits im Gesetz fertig vorliegender Rechtswahrheiten bemühte Denkhätigkeit, eine bloße logische Subsumtionsoperation könnte nicht als eine den gesetzgeberischen Willenserklärungen ähnlich geartete, zur Fortführung der vom Gesetz unvollendet gelassenen Rechtsschöpfung bestimmte Bethätigung der rechtsordnenden Staatsgewalt gelten: ja es würde in Zweifel kommen, ob denn den Richtern, sofern ihnen nicht zufällig etwa einiger dem Urtheilsberuf fremder Staatsdienst als Beiwert übertragen ist, überhaupt ein Antheil an der Staatsgewalt zugesprochen werden dürfte und es nicht vielmehr das Richtige wäre, ihnen einen Platz unter den Männern anzuweisen, die dem Gemeinwesen nur durch ihre Gedankenarbeit, Wissenschaft und Weisheit Dienste leisten, wenn dem Richter auch die sehr ehrenvolle aber auch sehr unbequeme Auszeichnung vor allen andern Vertretern der Wissenschaft zu-

zugestehen wäre, daß er auf alle und jede in sein Gebiet einschlagende Fragen mit einem bestimmten „Ja“ oder „Nein“ antworten und so gar bald antworten muß: daß es für ihn kein Ignoramus und kein Ignorabimus giebt.

Das, was der urtheilende Richter dem Staate und der Rechtsordnung zu leisten hat, ist aber keine bloße Denkarbeit. Das Urtheil des Richters ist kein Urtheil im gewöhnlichen logischen Sinne des Wortes. Es ist etwas Mehreres, Bedeutenderes, Mächtigeres, als sein Name zu besagen scheint!

Das richterliche Urtheil gründet sich zwar wie jede besonnene Willensäußerung auf eine Denktätigkeit, es enthält und bedeutet aber eine Rechtsbestimmung, eine Rechtsanordnung. Es ist eine Willenserklärung und zwar, ähnlich wie das Gesetz, eine von der Staatsgewalt erlassene Rechtswillenserklärung.

Nicht bloß durch das stumme Wort des Gesetzes verkündet der Staat seine Rechtsgebote, Rechtsermächtigungen, Rechtsverbote, sondern auch und sogar noch viel bestimmter und eindringlicher durch den Mund des Richters. Sowohl der richterliche Rechtspruch wie das Gesetz sind Akte der rechtsordnenden Staatsgewalt. Wie die gesetzlichen, so sind auch die richterlichen Rechtsbestimmungen von der Macht und Zwangsgewalt des Staates erfüllt. Das richterliche Urtheil hat Rechtskraft: es trägt die ganze Kraft des Rechts in sich. Der richter-

lichen Rechtsbestimmung kommt in dem ihr zugewiesenen Bereich die Macht einer unverrückbaren rechtsverbindlichen Anordnung sogar in noch vollerm Maße, mit noch stärkerer unmittelbarer Wirksamkeit zu, wie der gesetzlichen, bloß abstrakten Rechtsnormirung. Die Rechtskraft ist stärker als die Gesetzeskraft. Das rechtskräftige Urtheil behauptet sich, selbst wenn es dem Gesetze zuwiderläuft. Nicht schon mit den gesetzlichen, sondern erst mit den richterlichen Rechtsbestimmungen spricht die rechtsordnende Staatsgewalt ihr letztes Wort!

Diese rechtsordnende Kraft, nicht der zu seiner Herstellung erforderliche Syllogismus macht die Eigenart, das Wesen des richterlichen Urtheils aus. Hierdurch wird es in nahe Verwandtschaft zum Gesetze gebracht, dagegen weit abgerückt von den gewöhnlichen, privaten Denkprozessen, mit denen es unser Sprachgebrauch einen gemeinsamen, für dasselbe wenig bezeichnenden Namen tragen läßt, insbesondere auch von den nichtrichterlichen Rechtsbeurtheilungen, wie sie jeder Privatmann, der sich für den Eigentümer einer Sache oder für den Gläubiger einer andern Person hält, jede Prozeßpartei, die ein Recht behauptet oder bestreitet, tagtäglich vornimmt. Hier wie dort vollzieht sich ja eine auf die Erkenntniß von Rechtswahrheiten gerichtete Denkhätigkeit. Aber diese privaten Rechtsurtheile sind eben nichts anderes als Denkhätigkeiten: der Privatmann kann

wohl Rechtsfragen beurtheilen, aber nicht aburtheilen und Niemanden verurtheilen. Sein rechtliches Urtheil ist ohnmächtig. Es fehlt ihm die Rechtskraft, die Bedeutung einer staatlichen Rechtsanordnung und damit die Bedeutung des richterlichen Urtheils in einem Grade, daß man sich scheut, solche private Rechtserkenntnisse und Rechtsmeinungen mit dem jenen richterlichen Rechtsbestimmungen zugeeigneten Prädikat „Urtheil“ zu belegen, während umgekehrt die Wissenschaft, welche die ganze Lehre vom Urtheil zum Gegenstande hat, die Logik, ihrerseits wiederum — aus guten Gründen — die wichtige Spezies der richterlichen Urtheile mit einer sehr stiefmütterlichen Zurückhaltung zu behandeln pflegt.

Wie unsere Sprachbildung dazu gekommen sein mag, für den richterlichen Rechtspruch den seine eigenthümliche Bedeutung so wenig kennzeichnenden, in seiner Allgemeinheit nur irreführenden Ausdruck „Urtheil“ zu wählen und mit so besonderer Vorliebe zu verwenden, darüber wage ich nur eine ungefähre Vermuthung aufzustellen. Urtheil, ordäl, ordel ist ein altes Wort des deutschen Sprachstammes, welches einstmals ausschließlich für die richterlichen Entscheidungen gebraucht worden ist und, wie so manche damals mögliche und besonders beliebte Mittel, eine solche Entscheidung herbeizuführen (Eid — Gottesurtheile), deutlich genug erkennen lassen, durchaus nicht

etwa eine besondere Beziehung auf logische Operationen hatte. Je mehr aber im Laufe der Zeit an die richterliche Entscheidung die Anforderung gestellt wurde, daß sie auf sorgfältige verstandesmäßige Prüfung gegründet sein solle, desto entschiedener mochte gerade der richterliche Urtheilsakt als ein hervorragendes Beispiel wohlüberlegter Schlußthätigkeit erscheinen. In den Gerichtsverhandlungen und Gerichtsberathungen mußte die Schwierigkeit und die große Bedeutung folgerichtiger Ableitung einer Wahrheitserkennniß aus anderen, schon feststehenden Wahrheiten besonders gewichtig und zugleich mit dramatischer Anschaulichkeit hervortreten. Hier lernte man sich an eine bestimmte Methode der Wahrheitsfindung gewöhnen und den Werth einer solchen Methode schätzen: in der Prozeßordnung hatte man eine vom Gemeintwesen erforderte und sanktionierte Logik vor sich. So ist es vielleicht zu erklären, daß später die Sprache der Wissenschaft, auf der Suche nach einem guten deutschen Worte für den Denkprozeß, auf die ursprünglich demselben ganz fern stehende Bezeichnung „Urtheil“ verfallen ist.

Bei der Verwendung des anderen in einer ähnlichen Gedankenrichtung liegenden Wortes für den Rechtspruch, nämlich des Wortes „Erkenntniß“ hat die deutsche Sprache ihre Gabe feinfühligere Unterscheidung um so sicherer bewahrt, da sie ja die private, nicht rechtsverbind-

liche Erkenntniß einer Wahrheit und das richterliche, mit der Macht des objektiven Rechts ausgestattete Erkenntniß über ein Recht so sorgsam auseinanderhält!

II. Unterschiede zwischen der gesetzlichen und richterlichen Rechtsbestimmung.

Je entschiedener die gesetzesähnliche Natur des richterlichen Urtheils hervorgehoben worden ist, um so offener ist auch über den Abstand, der zwischen Gesetz und Urtheil liegt, Rede und Antwort zu stehen. Die Unterschiede liegen zunächst in dem Grade der Bestimmtheit und in dem verschiedenen Umfange, in welchem jedes von beiden rechtsbestimmend wirkt.

Während das Gesetz vorsorglich in die Zukunft blickt und in diese einzugreifen sucht, liegen dem Richter bestimmte, schon der Vergangenheit angehörende nach Personen, Ort, Zeit und sonstigen Umständen individualisirte Ereignisse und Handlungen zur Aburtheilung vor. Weil auf die Zukunft gerichtet, rechnet das Gesetz mit Gattungen tatsächlicher Möglichkeiten, enthält daher bedingte und abstrakte Rechtsbestimmungen. Der Richter wird dagegen immer mit einzelnen, konkreten Thatbeständen befaßt und hat seine Rechtsbestimmungen unbedingt zu treffen. Kurz: die gesetzliche Rechtsbestimmung reicht um

vieles weiter und wirkt allgemeiner, als die richterliche, wird aber von der richterlichen durch deren größere Bestimmtheit und unbedingte gegenwärtige Wirksamkeit übertroffen.

Hierzu kommt aber noch ein Unterschied, der um vieles schwerer ins Gewicht fällt: zwischen der Freiheit, mit welcher der Gesetzgeber seine Rechtsanordnung zu wählen die rechtliche Macht hat, und der rechtlichen Abhängigkeit des Richters von den Gesetzesbestimmungen, welche ihm die Wahl einer andern als der vom Gesetz bereits vorgezeichneten Rechtsfolge nicht offen läßt.

Hiermit ist der Kernpunkt unserer ganzen Frage berührt, zugleich aber auch ein Punkt, an welchem die ernstlichsten Zweifel an der behaupteten gesetzesähnlichen, rechtschaffenden Natur des Richterpruches auftauchen müssen.

Ist das, worauf der Richter zu erkennen hat, schon vom Gesetz vorausbestimmt — ist es heilige Richterpflcht, auch nicht eine Linie über die gesetzlichen Bestimmungen hinauszugehen, oder hinter ihnen zurückzubleiben, so scheint es nicht recht begreiflich zu sein, wie daneben noch für eine eigene rechtsbestimmende und rechtschöpferische Wirksamkeit des Richters irgend ein Raum offen bleiben soll. Stellt sich hiernach das Theorem von dem rechtschöpferischen Beruf des Richteramts nicht doch als ein recht gefährlicher Einfall heraus, nur dazu geeignet, an den Grundfesten der

Rechtsordnung und Rechtspflege irre zu machen? Siegt nicht, was der Richter Eigenes und Selbständiges für Staat und Recht zu thun hat, vielmehr ausschließlich darin, daß er festzustellen hat, ob der ihm vorgetragene Thatbestand wahr und genau der gleiche ist, wie der, mit welchem das Gesetz die von ihm verordnete Rechtsfolge verbunden hat? Ist aber diese Beweis- und Subsumtionsthätigkeit denn nicht unbestreitbar eine reine Wahrheitskenntniß, weit ab von aller Rechtsfagung und Rechtschöpfung liegend? Kommen wir also nicht auf diesem Wege nur wiederum darauf zurück, uns davon zu überzeugen, daß das Urtheil des Richters ein Urtheil im rein logischen Sinne ist?

Und wenn dies nun einmal als erwiesen anzunehmen wäre, so würde es auch nicht an einem bequemen Auswege fehlen, um sich mit der rechtsverbindlichen Kraft, die dem richterlichen Urtheil zugeschrieben wird, abzufinden. Ist das Urtheil nur aus den gesetzlichen Rechtsbestimmungen entnommen, so müßte eben auch die Rechtskraft des Urtheils als etwas lediglich aus der verbindlichen Kraft des Gesetzes Stammendes, als eine Folge oder eine Abart der Gesetzeskraft angesehen werden. Und wenn auch zuzugeben wäre, daß mitunter im Urtheil doch etwas anderes herauskommt, als im Gesetze steht, nun — so müßten solche gesetzeswidrige Verirrungen als etwas juristisch eigentlich Unmögliches von Rechtswegen ignorirt und vorsichtig

verdeckt werden: das Urtheil, wäre zu sagen, gelte von Rechtswegen stets als genau dem Gesetze entsprechend, auch wenn es ihm widerspricht. *Res judicata pro veritate accipitur*. Die Rechtskraft des Urtheils ist ja nach Savigny nichts anderes als „die Fiktion seiner Wahrheit“. Warum sollte denn dem Juristen nicht auch hier wie in so manchen anderen Nöthen der Zauberstab der Fiktion, der Erdichtung zu Hilfe kommen?

Mit diesen Einwürfen und Zurechtlegungen ist nur diejenige Auffassung des richterlichen Urtheilsberufs wiedergegeben worden, die bis vor Kurzem die allgemein herrschende gewesen und auch jetzt noch die am weitesten verbreitete geblieben ist. Bei ihrer Widerlegung, bei dem Beweise, daß dem Richteramt ein selbständiger Antheil an dem Rechtsordnungs- und Rechtsschöpfungsberufe der Staatsgewalt zukommt, steht aber nichts Geringeres, als die Bedeutung und Würde des Richteramts und in sogar noch höherem Grade auch die der Rechtswissenschaft auf dem Spiele!

Nach jener Auffassung wäre die eigene Arbeit und das eigene Verdienst des Richters auf die thatsächliche Seite der abzurtheilenden Rechtsfälle beschränkt: darauf, daß er sich recht sorgfältig, recht verständig und unparteiisch darüber vergewissert, ob der vom Gesetze als Bedingung seiner Rechtsbestimmung vorgesehene Thatbestand sich im vorliegenden Falle

verwirklicht habe. Bezüglich des Rechtspunkts, der Frage, welche Rechtsfolge mit jenem Thatbestande zu verbinden ist, bliebe ihm nichts Eigenes oder doch nichts Selbständiges zu thun übrig. Diese wäre ihm ja ohne weiteres vom Gesetze gegeben. Um sie aufzufinden, brauchte er nichts Anderes, als eine zuverlässige Ausgabe des Gesetzes, die Kunde des Lesens, Sorgfalt und gesunden, klaren Verstand. Er hätte ja nur die Gesetzesbestimmung in besonderer Beziehung auf den vorliegenden thatsächlichen Fall im Einzelnen zu wiederholen, nur den im Gesetzbuch aufgespeicherten Schatz fertiger Rechtsbestimmungen in einzelne kleine, saubere Stücke auszapfen und diese, mit dem Stempel des Staates versehen, auszugeben.

Und was würde sich hieraus vollends für die Würdigung der Rechtswissenschaft ergeben, die doch, soweit sie nicht etwa für fremde Wissenschaftsgebiete, für Philosophie und Geschichte arbeitet, nur die Erkenntniß der geltenden Rechtsbestimmungen zur Aufgabe hat? Wenn diese Rechtsbestimmungen bereits im Gesetze fertig und vollständig, überdies in so sorgfältiger scharf rechtsbegrifflicher Fassung wie in den Gesetzen unserer Zeit vorliegen, so will es schwer einleuchten, wie so ihre Erkenntniß noch irgend einer eigenthümlichen höher gearteten Geistesarbeit bedürfen sollte. Und könnte man nun einmal doch ohne eine solche Wissenschaft nicht auskommen, wie bequem, wie beneidenswerth,

aber auch wie beschämend leicht wäre ihr Loos im Vergleich mit dem aller anderen Wissenschaften! Während die Naturwissenschaften die mühsamste und doch so oft vergebliche Arbeit aufzuwenden haben, um der Natur das Geheimniß ihrer Gesetze abzurufen, bekäme ja der Jurist den Gegenstand seiner Wahrheitskenntniß, die Rechtsgesetze, ohne jegliche Mühe vom Staate wohlverbürgt, schon klar ausgedacht und grundsätzlich formulirt geliefert! Und auch alle übrigen Geisteswissenschaften würden sich vergeblich nach einer so unmittelbaren und zweifellosen Offenbarung der von ihnen herauszustellenden Wahrheiten sehnen, wie sie nach jener Auffassung der Rechtswissenschaft im Gesetze dargeboten ist!

Und ist damit nicht eine Meinung gekennzeichnet, die von vielen dem Juristenberufe ferne Stehenden getheilt wird und in so mancherlei anzüglichen, halb neckenden, halb höhnischen Bemerkungen zum Ausdruck kommt, welche der Juristenstand von jeher hat über sich ergehen lassen müssen? Hat doch, von einer solchen Meinung geleitet, sogar mancher große Gesetzgeber gegen das Beginnen der Rechtsgelehrten, das, was im Gesetze schon längst aufs beste gesagt ist, immer noch besser sagen zu wollen, einen lebhaften Mißmuth genährt, vor allen der Weltgesetzgeber Justinian, der sich ja bewogen gefunden hat, Jeglichen, der sich solches mit seinen Gesetzen unter-

fangen würde, kurzweg als einen falsarius mit schwerer Leibesstrafe zu belegen, einem Schicksal, dem sich freilich die Juristen, obwohl sie es sonst mit der Geltung von Justinians Gesetzen so genau nehmen, doch mit ihrer bekannten Schlaueit immer und immer wieder zu entziehen gewußt haben!

Nein! Die gewaltige Geistesarbeit, auf welche die Rechtswissenschaft durch Jahrtausende hindurch stolz hinzuweisen hat, läßt erkennen, daß eine Auffassung des Richteramts, die zu einer solchen Geringschätzung der doch allein mit dem Richteramt arbeitenden und für dasselbe vordenkenden Rechtswissenschaft führt, von Grund aus verfehlt sein muß!

III. Der rechtsschöpferische Beruf des Richteramts in der Geschichte des Rechts.

Wie wenig man der Bedeutung des Richteramts gerecht werden würde, wenn man ihm den rechtsschöpferischen Beruf abspräche, wird schon durch einen Blick auf die geschichtliche Entwicklung der Rechtsordnung ersichtlich.

Bei allen Völkern ist das Richteramt an der Rechtsbildung wesentlich beteiligt gewesen. Es hat zur Neubildung und Fortbildung des Rechts eben so viel, ja viel mehr als die Gesetzgebung beigetragen.

Ueberall hat die Staatsgewalt ihren Rechtsordnungsberuf lange Zeit hindurch sogar ausschließlich durch das Richteramt erfüllt. Jahrhunderte mußten vergehen, ehe der Staat überhaupt zu einem gesetzlich geregelten Recht gelangt ist. Denn nicht vom selbstlosen Drange nach der Erkenntniß abstrakter Rechtswahrheiten ist das jugendliche Volk beseelt. Das Recht ist ein Ergebniß der Erfahrung. Es hat herausexperimentirt werden müssen: es ist ein Erzeugniß bitterer Rechtsnoth, die von Fall zu Fall dahin gedrängt hat, den Gut und Leben gefährbenden Widerstreit der menschlichen Selbstsucht und Leidenschaft durch den unparteiischen Rechtspruch der mächtvollen Staatsgewalt schlichten zu lassen.

Noch an kein Gesetz gebunden, waltete die richtende Staatsgewalt einst mit derselben Freiheit, wie später die gesetzgebende. Obwohl sie — auch hierin wiederum der Gesetzgebung nur gleichend — unter der Leitung des im Volke pulfirenden, freilich so oft von gegensätzlichen Strömungen durchwogten Rechtsgeföhls stand, obwohl sie auch allmählig durch die alles sociale Leben wohlthätig beherrschende Macht der Gewohnheit in beständige Bahnen gelenkt wurde, so entbehrte jene anfängliche rein richterliche Rechtsordnung doch jeder Rechtschranke: sie war nicht genügend gegen die Gefahr willkürlicher und parteiisch schwankender Rechtsprechung gesichert. Durch die drückende Empfindung dieses

Mangels wurden die Völker endlich zu dem gewaltigen Entschlusse gebracht, von der rein richterlichen zu einer gesetzlich geregelten Rechtsordnung überzugehen, in dieselbe freilich das Meiste aus der alten richterlichen Spruchweisheit hinübernehmend.

Mit besonderer Energie und Einsicht haben einst die rechtsbegabten Römer diesen Schritt gethan, als sie in ihren Zwölf-Tafeln die ganze Rechtsordnung auf festen Gesetzesgrund stellten. War aber damit der rechtschöpferischen Kraft der Rechtspflege etwa ein Ende bereitet? Die wichtigsten und bestverbürgten Thatfachen der römischen Rechtsgeschichte erweisen das Gegentheil!

Es wird uns berichtet, wie sich alsbald die Gerichtsverhandlungen, die *disputationes fori* ans Werk begaben, nicht bloß um den Grundbau der Zwölf-tafelgesetze ausbauen zu helfen, sondern auch um von ihm so manche Stücke abzubrockeln und neue einzufügen. Und als sodann das Bedürfniß tiefer eingreifender Rechtsänderungen hervortrat, so wurden auch diese, wenigstens was die inneren, insbesondere die privaten Rechtszustände anlangt, zum allergrößten Theile nicht etwa durch Gesetze bewerkstelligt, sondern der rechtsumbildenden Arbeit der Gerichte überlassen.

Die Gerichtsobrigkeit, die Prätur, nimmt sich fast ein halbes Jahrtausend hindurch dieser Aufgabe an. Es

kommt ein Gerichts-, ein Beamtenrecht, ein jus praetorium oder honorarium empor, welches sich nicht dabei bescheidet, das Gesetzesrecht bloß durchzuführen und zu ergänzen, sondern ihm auch überall mit gegensätzlichen, mit gesetzwidrigen Bestimmungen in den Weg tritt und dieselben von Fall zu Fall durchsetzt, bloß durch jährliche Vorausverkündigung der beabsichtigten Rechtsneuerungen je auf Jahresfrist vor allzugroßer Ungleichmäßigkeit und Willkür behütet. Daneben waren aber auch die vom Gerichtsbeamten bestellten Volksrichter nicht behindert, sondern sogar angewiesen, den vielen neuen Bedürfnissen des weit über Rom und Römer hinausgreifenden Rechtsverkehrs und den Anforderungen von Treue und Glauben, von Geschäftsehre und Billigkeit, deren Beobachtung bis dahin bloß eine freie tatsächliche Sitte gewesen war, ohne gesetzliche Anordnung immer entschiedener Rechnung zu tragen, oft im vollen Widerspruch zu dem starren und engherzigen Gesetzesrecht: eine richterliche Rechtschöpfung, welcher die moderne dem rechtschöpferischen Berufe des Richteramts abgewandte Theorie, auch seit sie den Glauben an die Allmacht des Gesetzgebers aufgegeben hat, nicht recht beizukommen weiß, weil sie die schiefe Schablone des Gewohnheitsrechts anlegt.

Jener emsigen, freien und doch maßvollen, von edler Gefinnung erfüllten, von einer genialen Jurisprudenz ge-

leiteten Arbeit des Gerichtsrechts verdankt das römische Recht das Meiste von der Größe, die ihm seine das Römerreich überdauernde Weltherrschaft gesichert hat.

In Folge eben jener Arbeit waren jedoch schon beim Beginn der Kaiserregierung nur noch Trümmer des Gesetzesrechts bestehen geblieben. Wiederum wurden, wie einstmals schon vor der Zwölftafelgesetzgebung, die Mißstände einer nicht gesetzlich befestigten, allzu unsicheren richterlichen Rechtsordnung auf das schwerste empfunden. Aber selbst die neu aufstrebende, Staat und Recht kräftiger zusammenfassende Kaiser macht wagte oder vermochte noch immer nicht, sich dem gewaltigen Strom jener Rechtsbildung entgegenzustemmen. Sie beschränkte sich vorerst auf vereinzelte Versuche, ihn hie und da einzudämmen. Den Gutachten der Rechtsgelehrten, denen die Gerichte ohnehin sich gern von selbst zu fügen gelernt hatten, wurde von Augustus einige Rechtsverbindlichkeit verliehen. Unter den nächstfolgenden Kaisern wurde durch Senatusconsulta Einzelnes an der Rechtsordnung gebessert: wie wenig man aber dabei aus den altgewohnten Bahnen des Jurisdiktionsrechts zu weichen gesonnen war, zeigt sich deutlich darin, daß diese Senatsverlässe zunächst noch mit Vorliebe als bloße Regulative für die Gerichtspraxis abgefaßt wurden. Hadrian gebot zwar schließlich der freien Entwicklung des ganzen Beamtenrechts durch sein edictum perpetuum Halt.

Über als dann die Kaiser begannen, von sich allein aus mit neuen Rechtsfakungen vorzugehen, beschränkten auch sie sich — der schlagendste Beweis, wie festgewurzelt die richterliche Rechtschaffungsmethode war — noch fast zwei Jahrhunderte lang darauf, dies gelegentlich einzelner Rechtsfälle, als Verwalter des höchsten Richteramts zu thun. Erst seit Constantin sind sie offen in die Bahn allgemeiner, in ausgesprochener Gesetzestendenz verkündeter Rechtsanordnungen eingelenkt.

Daneben blieb jedoch noch immer die Hauptmasse des Rechts in dem gelegen, was die Gerichtspraxis hervorgebracht und hinterlassen hatte, und es ist nicht ohne tiefere Bedeutung, daß dieses Gerichtsrecht vor den anomalen kaiserlichen Rechtsneuerungen, den *leges*, mit dem vollwichtigeren Titel des Rechts, *jus*, ausgezeichnet blieb. Aus jener Hinterlassenschaft war aber der ursprüngliche frische rechtsgestaltende Geist entwichen. Die erleuchtete Rechtswissenschaft, welche die ganze gerichtliche Rechtsbewegung geleitet hatte, war im Ersterben. Zu den kläglichsten Behelfen mußte gegriffen werden, um die rathlosen Richter in dem Wirrsal der vielgestaltigen Gerichtsrechtsüberlieferung irgendwie zurecht zu weisen.

Justinian beseitigte endlich den Nothstand. Durch ihn wurde die ganze bisher noch immer flüssige und schwankende Masse des richterlichen Rechts in die starre Form des Ge-

gesetzrechts umgegossen. In seinem großen Gesetzgebungswert hat die fast ein Jahrtausend währende gerichtliche Rechtsbildung der alten Culturwelt ihren endgiltigen Abschluß gefunden.

Aber wiederum ein Jahrtausend hindurch mußten auch die modernen Völker, vor allen das deutsche, ebenfalls den Weg der Gerichtsrechtsbildung beschreiten, bevor sie die Wohlthat einer festeren, gesetzlichen Ordnung und zwar — wunderbar genug — gerade durch jenes aus dem richterlichen Recht der alten Welt hervorgegangene Gesetzwerk empfangen!

Unsere Vorfahren sind der gesetzlichen Rechtsbildung noch entschiedener und beständiger abgeneigt gewesen, als einst das Römervolk. Der unserer gesetzgewöhnten Zeit so selbstverständliche Gedanke, daß die Staatsgewalt durch allgemein verbindliche Rechtsatzungen für das Wohl des Gemeinwesens zu sorgen verpflichtet sei, fing damals erst an, ungefähr gedacht zu werden. Der mittelalterliche Staat glaubte genug für die innere Rechtsordnung zu thun, wenn er die richterliche Gewalt in Bewegung setzte.

Und der Gerichtsherr hatte nicht einmal selber zu urtheilen. Das Recht wurde von der Gerichtsversammlung, der Gemeinde, von Volksrichtern, Schöffen „gefunden“: es wurde ihnen durch den Gerichtsherrn und seine Beamten

von Fall zu Fall abgefragt: es war ein „Volkes Bragens Recht“, frei vom Bann staatlicher Rechtsföhung.

Das Einzige, was dieses richterliche Spruchrecht zusammenhielt, war die thatsächliche, nicht rechtliche Macht der Gewohnheit, die Treue, mit welcher die Urtheiler an der von Geschlecht zu Geschlecht sich fortpflanzenden Spruchweisheit hingen. Die Forschungen unseres Jahrhunderts haben sich jenem Recht wieder mit treuer Liebe zugewendet und zu Tage gefördert, welcher Reichthum sinniger, gesunder und kluger Rechtsgestaltung in dem alten deutschen Spruchrecht verborgen ist. Aber es waltete über ihm nicht das Glück des römischen Rechts! Nirgends ist die vom Gesetzeszwang unberührte richterliche Rechtschaffung in solcher Reinheit, nirgends aber auch ihre Unzulänglichkeit mit solcher Deutlichkeit zum Vorschein gekommen, wie in unserem mittelalterlichen Recht.

Der gefeßlichen und sogar der gerichtsherrlichen Zucht entbehrend, ohne die Leitung eines rechtsgelehrten Berufsstandes, ja sogar ohne festen staatlichen Mittelpunkt, zerfiel unser einheimisches Recht in unzählige Dorf-, Stadt- und Standesgerichtsüberlieferungen, die zähe und eigensinnig festgehalten, auf die Dauer außer Stande waren, den Umtwandlungen der socialen Verhältnisse und Bedürfnisse gerecht zu werden und aus sich selber heraus von einem altbäuerlichen Recht den schweren Übergang zu einer dem

Auffchwunge des Handels und der Gewerbe entsprechenden Rechtsordnung zu vollziehen. Als nun vollends seit dem 13. Jahrhundert sowohl die Kaiser wie die Landesgerichtsherrn immer weniger die zur Durchführung der Urtheile nothwendige Macht aufzubieten vermochten, brach ein Zeitalter trostloser Rechtswirrniß und Rechtsunsicherheit an, in welchem die ohnehin fern genug liegende Möglichkeit, das einheimische Recht durch kräftig durchgreifende eigene Gesetze umzugestalten, vollends unerreichbar wurde. Deutschland konnte sich nicht selber aus der Noth seines Gerichtsrechts helfen!

Da kam ihm Rettung über die Alpen her, durch eben jenes Gesetzbuch, welches einst der Noth des römischen Gerichtsrechts ein Ende zu machen bestimmt gewesen war! Deutschland verzichtete auf sein freies und buntes richterliches Recht, um die Wohlthat eines festen und allgemein geltenden Gesetzesrechts zu erhalten. Freilich um einen schweren Preis! Für das eigene warmblütige, auf das innigste mit dem deutschen Wesen verwachsene Recht mußte es ein in fremder Sprache geschriebenes, in fremdem Geist gedachtes todttes Recht, das Gesetzbuch eines längst untergegangenen Volkes hinnehmen!

Und auf welche Weise, durch welche „Rechtsquelle“ wurde diese gewaltige, das nationale Leben auf das tiefste erschütternde Rechtswandelung hervorgebracht? Einzig und

allein durch die Gerichte, durch die rechtsumbildende Macht des Richteramts!

Kein deutsches Gesetz hat die römischen Gesetze eingeführt. Als gegen Ende des 15. Jahrhunderts die römischen Kaiser deutscher Nation sich gelegentlich mit der Anwendung jener von ihren „Vorfahren am Heiligen Reich“ erlassenen Gesetze einverstanden erklärten, — als Kaiser Friedrich der Dritte damals der neu gegründeten Sabiner Universität in seinem Bestätigungsbriefe den Wunsch mit auf den Weg gab, es möchten jene Gesetze dort „den Ohren seiner Unterthanen immer besser eingeträufelt werden“, war ihre Geltung in Deutschland schon ausgemacht und zum großen Theil vollzogen.

Die Einführung des römischen Rechts wurde von Rechtspruch zu Rechtspruch aus der Mitte der Gerichte durch ihren eigenen freien Entschluß bewerkstelligt. Männer, die auf italienischen, später auch auf deutschen Universitäten im römischen Gesetzesrecht unterwiesen waren, sagten sich als Richter von der verworrenen und zerfahrenen einheimischen Rechtspruchweisheit los und wandten statt derselben lieber das wissenschaftlich abgeklärte, den Bedürfnissen jener Zeit so vielfach entgegenkommende Justinianische Gesetzesrecht an. Und die Rechtsfuchenden selber zogen es vor, sich an diese der fremden Rechte gelehrten Richter zu wenden. Die Gerichtsplätze, an denen bisher die Schöffen unter freiem

Himmel getagt hatten, veröbden. Hohn und Spott wurde den „Heckenrichtern“ mit ihrer verkommenen bäuerlichen Rechtsweisheit nachgerufen, die es selber nicht allzuschwer nahmen, sich des ererbten Rechts zu entäußern: so mancher von ihnen haßte nach bequemen Hilfsmitteln, um sich einige Kenntniß von dem beliebt gewordenen fremden Gesetzesrecht zu verschaffen und es den gelehrten Richtern gleich thun zu können, bis endlich auch diese Pfüfcher das Feld räumen mußten.

Dieser ganze Vorgang ist die deutlichste aller Offenbarungen freier richterlicher Rechtsbestimmungsmacht. Hier zeigt es sich, daß diese Macht sich sogar zur Verschmähung und Verdrängung der eigenen festgewurzelten Rechtsüberlieferung steigern kann.

Das Gebahren jener treulos vom einheimischen zum fremden Recht abfallenden Richter muß für Jeden ein Räthsel bleiben, der von dem rechtschöpferischen Verufe des Richteramts nichts wissen will und, in den heutigen Gesetzesrechtsanschauungen befangen, es für ausgemacht hält, daß über den Richtersprüchen stets eine sie leitende und bindende fertige abstrakte Rechtsnorm stehen müsse. Nur dieses Vorurtheil trägt die Schuld daran, daß unsere Theorie es so schwer gehabt hat, die Reception des römischen Rechts juristisch zu begreifen. Auf welche Nothbehelfe ist man verfallen, um für die Rechtsprüche, durch welche das römische Recht zur Herr-

schaft über das deutsche Rechtsleben gelangt ist, irgend einen legitimirenden abstrakten Rechtsatz ausfindig zu machen! Zu diesem Zweck wurde einst das Märchen von der gesetzlichen Einführung des römischen Rechts erfunden und lange geglaubt. Seit dieser Glaube unhaltbar geworden ist, mußte die andere neu entdeckte „Rechtsquelle“, das Gewohnheitsrecht als Auskunftsmittel herhalten. Um jenem Vorurtheil Genüge zu thun, hat man es über sich vermocht, eine Rechtsumwälzung, die den schroffsten Bruch mit der Rechtsüberlieferung, die Lossagung von allem gewohnten Recht enthält, für ein Ergebniß des Gewohnheitsrechts zu halten!

Die einfache Lösung des Räthfels ist durch die rechtsproduktive Kraft des Richteramts von selbst gegeben. In der Reception des römischen Rechts hat die von keinem Gesetz und überhaupt von keinerlei abstrakten Rechtsätzen beschränkte und gelenkte richterliche Rechtsfortbildungsmacht ihren vollständigsten und höchsten Triumph gefeiert. Freilich auch ihren Letzten! Indem sie ihn feierte, begab sie sich bereits selber unter das Joch des Gesetzesrechts!

IV. Das richterliche Recht innerhalb des heutigen Gesetzesrechts.

Ist nun aber, — werden unsere Gegner einwerfen — seit die Gerichte sich der Herrschaft des Gesetzes unterworfen haben, vollends seit der moderne Staat seinen Gesetzgebungsberuf immer besser, selbständiger und vollständiger zu versehen gelernt hat, nicht wenigstens jetzt die Stellung des Richteramts so völlig verändert, daß ihm von seinem ehemaligen rechtschöpferischen Berufe nichts mehr übrig geblieben und der Richter auf die bescheidenere Aufgabe einer rein logischen Rechtssubsumtionsarbeit zurückgedrängt ist?

Unumwunden ist zuzugestehen, daß die ursprüngliche volle rechtliche Freiheit der richterlichen Rechtschaffung entschwunden und wohl auf alle absehbare Zeit dahin ist.

Je entschiedener, einsichtiger, vorsichtiger die Gesetzgebung die Rechtsordnungsaufgabe zu erfüllen sucht, in desto engere Bahnen ist der Richter beim Erlaß seiner Rechtsbestimmungen gewiesen: desto mehr ist die Rechtsordnung vor individueller richterlicher Willkür und Rechtsneuerungslust, vor Unsicherheit und Verwirrung behütet. Eben darin besteht ja der Segen, welchen uns die mit der Aufopferung des einheimischen Rechts errungene gesetzliche Rechtsordnung gebracht hat und der sich noch

dadurch erhöht, daß die Gesetzgebung nunmehr für eine unendlich große Zahl von Rechtsfällen die einzig mögliche Entscheidung mit einer zweifellosen Sicherheit im voraus erkennen läßt, die den Rechtsstreit von vornherein abschneidet und daher, wenigstens in Civilsachen, das Bedürfniß nach einer richterlichen Rechtsbestimmung gar nicht aufkommen läßt.

Aber dadurch und deshalb ist dem Richteramt der Beruf eigener Rechtsfindung und Rechtschöpfung nur beschränkt, nicht entzogen. Innerhalb der Schranken des Gesetzes eröffnet sich dem Richter noch immer ein weiter Spielraum selbständiger Rechtsbestimmung, ein viel weiterer und freierer, als der dem inneren Getriebe des Gerichtslebens ferner Stehende zu ahnen vermag, wenn ihm nicht etwa doch einmal die Freiheit richterlicher Rechtsbewegung plötzlich daran klar werden sollte, daß er selber in einen Prozeß geräth, in welchem ihm das in der einen Instanz zugesprochene Recht später von dem höheren Gericht aus grade entgegengesetzten Rechtsgründen vielleicht unter Berufung auf eben dieselben Gesetzesparagraphen, auf die sich das Urtheil der vorigen Instanz gestützt hat, doch noch abgesprochen wird, so daß er die lebhafteste Neigung verspürt, sich denen anzuschließen, welche dem Recht außer Schwert und Wage auch noch ein drittes, ein wächsernes Symbol anheften wollen.

Auch die vollkommenste Gesetzgebung vermag es nicht die Rechtsordnung schon allein von sich aus fertig zu stellen. Nicht einmal den Plan zu einer solchen kann sie bis in alle Einzelheiten hinein vollständig entwerfen. Das Gesetz muß Vieles und Wichtiges der selbständigen, genauer und bestimmter ins Einzelne eindringenden Rechtsordnungsarbeit der anderen Rechtsanstalt, des Richteramts überlassen.

Dem die Gesetzgebung hat für eine ungewisse Zukunft zu sorgen: das Gesetz ist ein Stück irdischer Vorsehung und es hat reichlich an sich zu erfahren, wie beschränkt, wie schwach, wie trügerisch dieselbe ist!

Tag für Tag spottet das wirkliche Leben der gesetzgeberischen Voraussicht. Immer und immer wieder lehrt seine unererschöpfliche Mannigfaltigkeit, wie vermessen die Hoffnung wäre, der Gesetzgeber könne alles, was die Zukunft bringen wird, überblicken, vorbedenken und in seine starren, todtten Regeln zwingen.

Der Gesetzgeber ist zwar durch die Jahrtausende alte Erfahrung der Gerichte und der Gerichtsrechtsbildung auf eine große Zahl gewöhnlicher, typischer Rechtsfälle gewappnet. Aber nicht die reichste Erfahrung, nicht die größte Vorsicht, nicht die lebhafteste Phantasie ist dem bunten Spiele gewachsen, welches der frei strebende menschliche Wille, der

erfindungsreiche Erwerbssinn, die Schlaueit des Egoismus und des Verbrechens im Bunde mit dem sich jeder menschlichen Voraussicht entziehenden Walten des Zufalls treibt, um die sonderbarsten und verwickeltsten Rechtsprobleme zu schaffen, Probleme, an welche der Gesetzgeber gar nicht hat denken; für die er also auch keine Lösung hat wollen, noch weniger sie bereit stellen können.

Wie viele neue Rechtsnormierungsaufgaben sind noch in unseren Tagen schon allein in Folge der erstaunlichen vervollkommnung der Verkehrsmittel aufgetaucht, die verschiedensten eigenartigen Rechtsfragen des Eisenbahn-, Post-, Telegraphen-, Telephonverkehrs, über die im Gesetz nichts „stand“ und nichts stehen konnte! So manche Jahre vergingen, ehe die Gesetzgebung mit neuen Rechtsbestimmungen nachzuhinken im Stande war. Inzwischen waren aber die neuen Verkehrsgealtungen schon längst in vielen, oft den schwierigsten Rechtsfällen an die Gerichte herangetreten mit dem unabweisbaren Verlangen nach sofortiger Entscheidung, das heißt nach dem unverweilten Erlaß richterlicher Rechtsbestimmungen. Erst durch diese belehrt und vorbereitet konnte dann die Gesetzgebung zum Erlaß allgemein verbindlicher Rechtsbestimmungen vorschreiten. So hat noch jetzt die richterliche Rechtsfassung oft der gesetzgeberischen voranzugehen und den Weg zu bahnen!

Aber nicht etwa bloß angesichts solcher außergewöhn-

licher, überraschender Umtwandlungen der Lebenswege tritt die Unzulänglichkeit des gesetzgeberischen Rechtsordnungsvermögens zu Tage; sie wird auch in den gewöhnlichsten Rechtsfällen offenbar, in jedem Rechtsstreit, in welchem sich die Parteien bona fide mit entgegengesetzten Rechtsgründen bekämpfen, — mit größter Deutlichkeit, wenn die rechtliche Beurtheilung des Thatbestandes auch bei Gericht von Instanz zu Instanz Wandelungen erfährt. Jede dieser unzähligen Rechtsstreitigkeiten stellt ein eigenthümliches Rechtsproblem dar, für welches sich die zutreffende Rechtsbestimmung im Gesetze noch nicht fertig vorrätzig vorfindet und, wie eben die Erfahrung so schmerzlich lehrt, sich auch nicht mit der absoluten Sicherheit eines zwingenden logischen Schlusses aus den gesetzlichen Bestimmungen ableiten läßt.

Nicht blos für den Gesetzgeber, sondern auch für den Richter fehlt es an einer logischen Nothwendigkeit des Zusammenhangs zwischen Thatbestand und Rechtsfolge. Der Gesetzgeber kann aber dem Richter sämmtliche Rechtsgedanken schon aus dem Grunde nicht vordenken und ausdenken, weil im einzelnen Rechtsfall verschiedenartige Thatbestandselemente sich mit einander verbinden und entwickeln, einander entgegentreten und kreuzen, welche in dem nothwendig auf Isolirung der Thatfachenarten angewiesenen Gesetze in dieser besonderen Zusammensetzung nicht vor-

gesehen und daher auch nicht mit einer auf sie gerichteten Rechtsbestimmung bedacht sein können.

Selbst wenn dieselben Personen, die zum Erlaß des maßgebenden Gesetzes zusammengewirkt haben, zum Richter über den einzelnen Rechtsfall berufen werden würden, vermöchten sie die zutreffende Entscheidung nicht mit absoluter Sicherheit zu finden: oft würden sie, einzeln angegangen, zu verschiedenen Ergebnissen gelangen, auch selbst wenn sie das Gesetz einmüthig beschlossen hätten.

Und es wäre eine völlig verfehltte Hoffnung, wenn die Gesetzgebung etwa glaubte, der Selbständigkeit und den Schwierigkeiten der richterlichen Rechtsfindung dadurch vorbeugen zu können, daß sie selber möglichst aufs Einzelne und Besondere einginge. Die vielbändigen casuistischen Gesetzbücher haben sich längst als die schlimmsten, verworrensten und verwirrendsten, als die unzulänglichsten erwiesen. Wollte der Gesetzgeber jenes Ziel erreichen, so bliebe ihm nichts anderes übrig, als daß er sich dazu erböte, auf Anfrage der Gerichte ihnen die zutreffende Entscheidung selber von Fall zu Fall zu geben: wenn er also unter der Maske des Gesetzgebers den richterlichen Beruf selber versähe. Das ist ja auch das verzweifelte Auskunftsmittel, welches einst Justinian in seiner eifersüchtigen Ueberschätzung der Gesetzgebungsgewalt feierlich ankündigte, ohne sich klar darüber zu werden, daß er damit nur die Unfähigkeit der

Gesetzgebung zur genügenden Regelung und Ordnung des Rechts eingestanden hat.

In Folge vieler trüber Erfahrungen ist denn auch die neuere Gesetzgebung endlich immer mehr an ihrer Unwissenheit und Unmacht irre und bange geworden. Sie verzichtet oft und gern auf die vergebliche Mühe, der Fülle und Mannigfaltigkeit des wirklichen Rechtslebens vollständig Herr zu werden. Es ist eine häufig angewandte und wohlerprobte Methode der Gesetzgebung geworden, die Gerichte in vielen und wichtigen Beziehungen ausdrücklich zur freien Wahl zwischen mehreren Rechtsnormirungen zu ermächtigen und es der Rechtseinsicht und dem richtigen Rechtsgefühl der Richter anheim zu geben, daß sie die den besonderen Umständen des Falles am besten entsprechende Rechtsfolge selber ausdenken, ausfinden und rechtsverbindlich feststellen mögen. In diesen zahlreichen dispositiven Rechtsfällen ist der eigene rechtsbestimmende Beruf des Richteramts aufs offenste anerkannt und vom Gesetzgeber selber laut zu Hilfe gerufen.

Daneben stehen freilich zahlreiche absolute, zwingende, dem Richterermessen keinen Raum eröffnende Gesetzesbestimmungen, und auch soweit ein solcher Raum durch dispositive Gesetzesbestimmungen eröffnet ist, bleibt er doch von unübersteiglichen gesetzlichen Grenzen eingeschlossen. Ferner giebt es doch viele Rechtsstreitigkeiten, deren That-

bestand nichts von besonders verwickelten Umständen enthält, sondern einfach und vollständig unter die Bestimmungen einzelner Gesetzesparagrafen fällt. Ist nun nicht wenigstens im Bereiche solcher Rechtsfälle und Rechtsfälle die eigene und selbständige Rechtsfindung des Richters völlig beseitigt?

Auch dies ist zu verneinen! Die Erfahrung lehrt, daß auch in Fällen jener Art die individuelle Rechtsbestimmungsmacht des Richters sich reichlich bethätigt.

Gelegenheit hierzu wird vor allem durch die Unvollkommenheit, die Unsicherheit und Zwiespältigkeit geboten, die nicht selten dem Gesetzesgedanken und Gesetzeswillen selber anhaftet.

Unsere Gesetze sind ja keine einheitlichen Willenserklärungen einzelner Personen! Sie sind Kollektiverklärungen, zu deren Hervorbringung viele und vielerlei Menschen mitwirken. Wollten wir bei ihnen Allen einzeln Umfrage halten, was „man“, was dieser vielköpfige Gesetzgeber eigentlich gemeint und gewollt habe, nun: so würde zunächst wohl Mancher als ehrlicher Mann die Antwort ganz schuldig bleiben müssen, da er sich nun einmal bei der Gesetzesbestimmung gar nichts gedacht hat, vielleicht den von juristischen Fachworten starrenden Gesetzesentwurf, auch wenn er ihn wirklich durchgelesen haben sollte, gar nicht hat verstehen können.

Bei den Uebrigen hätten wir uns aber auf die Möglichkeit recht verschiedenartiger Antworten gefaßt zu machen. Wie oft treten gegensätzliche Auffassungen des gemeinsam beschlossenen Gesetzes in den Gesetzgebungsverhandlungen offen ausgesprochen hervor!

Unter diesen Umständen beschränkt sich die Einheit der gesetzgeberischen Willenserklärung auf den Wortausdruck. Unter der trügerischen Verhüllung des gleichen Gesetzesworts liegt eine Vielheit von Rechtsmeinungen und Rechtswillensrichtungen verborgen! Welche von ihnen die richtige ist, darüber spricht sich das Gesetz nicht aus. Dem Richter bleibt es überlassen, aus jener Vielheit eine innerliche Einheit herauszustellen oder vielmehr diejenige Rechtsbestimmung zu wählen, die ihm als die durchschnittlich richtigste erscheint. Und so pflichtmäßig und sorgsam er hierbei auch alle zugänglichen Auskunftsmittel zu Rathe zieht, so ist ihm hierfür doch keine Gesetzesanweisung gegeben und bei der Wahl keine Rechtschranke gesetzt. Jedes Ergebnis, zu dem er gelangt, ist in voraus vom Staate als das richtige genehmigt, mit Rechtskraft bedacht!

Möglich, daß das Ergebnis keiner einzigen von den bei dem Gesetzeserlaß betheiligten Personen in den Sinn gekommen war! Welche feinen und tiefen Rechtsgedanken finden sich unter der Versicherung, daß sie eben das, was

schon im Justinianischen Gesetzesrecht enthalten sei, wiedergeben sollen, in unseren Pandektenlehrbüchern und -vorträgen. Die Richter, die nach diesen Lehrsätzen urtheilen, sind überzeugt und müssen überzeugt sein, daß sie nach Justinians Recht richten. Und doch, wer wollte glauben, daß Justinian und seine Gehilfen alle diese auserlesene Rechtsweisheit schon in ihren Köpfen beherbergt, vom größten Theile dieser Rechtsgedanken auch nur eine Ahnung gehabt hätten? Wie vertrüge sich denn überhaupt die vielbegehrte und vielgerühmte „Neuheit“ einer juristischen Lehrmeinung mit ihrer Richtigkeit, wenn blos das, was der Gesetzgeber schon längst gedacht hat, Rechtens wäre?

Gewiß: das Gesetz ist oft klüger als sein Urheber, das Gesetzbuch weiser als der Gesetzgeber! Mit andern, nüchternern Worten und wohl noch schärfer zutreffend: den Richtern wird oft eine größere und bessere Rechts-einsicht zugemuthet und zugetraut als dem Gesetzgebungspersonal!

Ja es ist viel häufiger, als man vermuthen möchte, daß der Gesetzgeber den Richtern dieses Vertrauen offen entgegenbringt: daß er selber von einer eigenen Auffassung und Deutung des Gesetzeswortes Abstand nimmt und es lieber dem Richter anheimstellt, den wahren Sinn ausfindig zu machen und das für richtig Erkannte den Betheiligten, die sich über den Sinn des Gesetzes nicht

einigen können, als endgiltige staatliche Willensmeinung zu verkünden.

Dies geschieht stets, wenn der Gesetzgeber eine überlieferte Rechtsbestimmung in der herkömmlichen Abfassung, ohne sich über ihre wahre Bedeutung schlüssig zu machen, in sein Gesetzbuch aufnimmt lediglich deshalb, weil sie sich bisher bewährt hat und daher die Hoffnung begründet ist, daß sie sich auch fernerhin bewähren werde. Und ist dies nicht die Art, wie jedes Gesetzbuch zur Aufnahme ganzer großer Gruppen von Rechtsfällen und nicht gerade der unwichtigsten und am wenigsten gelungenen gelangt? Haben denn etwa die Verfasser der Justinianischen Rechtsbücher, als sie die erhabene Juristentweisheit der Vorzeit zum Gesetz erhoben, diese voll in ihr Inneres, in ihr rechtliches Denken und Wollen aufgenommen? Hätten sie es während einer kaum dreijährigen Arbeitsfrist „in tanta legum compositione quae ab immenso librorum numero collecta est“ auch nur annähernd vermocht? Ist nicht auch gerade zu unsern Zeiten in den Motiven der Gesetzesentwürfe oft genug zu lesen, daß der wahre Sinn dieser oder jener herkömmlichen Bestimmung vorerst dahingestellt bleiben und seine Herausstellung den Bemühungen der, unter solchen Umständen gern bestens um Hilfe angesprochenen „Wissenschaft“ überlassen werden solle?

Bei diesem häufigen Verfahren weist aber die Gesetz-

gebung, statt selber einen Rechtsatz neu hervorzubringen, die zur Rechtsanwendung berufenen Personen an, ihn aus der Rechtsvergangenheit zu entnehmen, meistens aus einer Vorzeit, in welcher die Rechtsbildung noch garnicht in die Fesseln des Gesetzeswortes geschlagen, sondern noch der freien Gestaltung durch die Rechtsprechung der Gerichte überlassen war. So nimmt der Gesetzgeber, der vermeintlich der richterlichen Rechtschöpfung ein Ende bereitet hat, doch selber immer noch seine Zuflucht zu ihr. Der Richter wird, um zu erfahren, was Rechtens ist, vom Gesetz wiederum an den Richter verwiesen!

Die selbständige Rechtsbestimmungsmacht des Richteramts vermag aber endlich sogar im Widerspruch zum wirklichen, fest bestimmten Gesetzesinnere Gegensatz zum Wollen und Hoffen des Gesetzgebers greich zum Durchbruch zu kommen. Es wird die vielen Schwierigkeiten ermöglicht, die richtigen Verstandniß des Gesetzeswortes erlangen können.

Denn der Gefahr, die Gedanken bei dem Versuche, ihn durch äußere Mittel zu geben, droht, — der Gefahr, daß er nicht verstanden und sicher erkennbar zum Ausdruck gebracht werden unterliegt auch der gesetzgeberische Gedanke und nicht noch so sorgfältig und genau in Worte gefaßt sein! Der Richter ist ihr um so mehr ausgesetzt, weil das stumme Gesetzwort sich nicht dem jeweiligen

einigen können, als endgiltige staatliche Willensmeinung zu verkünden.

Dies geschieht stets, wenn der Gesetzgeber eine überlieferte Rechtsbestimmung in der herkömmlichen Abfassung, ohne sich über ihre wahre Bedeutung schlüssig zu machen, in sein Gesetzbuch aufnimmt lediglich deshalb, weil sie sich bisher bewährt hat und daher die Hoffnung begründet ist, daß sie sich auch fernerhin bewähren werde. Und ist dies nicht die Art, wie jedes Gesetzbuch zur Aufnahme ganzer großer Gruppen von Rechtsfällen und nicht gerade der unwichtigsten und am wenigsten gelungenen gelangt? Haben denn etwa die Verfasser der Justinianischen Rechtsbücher, als sie die erhabene Juristentweisheit der Vorzeit zum Gesetz erhoben, diese voll in ihr Inneres, in ihr rechtliches Denken und Wollen aufgenommen? Hätten sie es während einer kaum dreijährigen Arbeitsfrist „in tanta legum compositione quae ab immenso librorum numero collecta est“ auch nur annähernd vermocht? Ist nicht auch gerade zu unsern Zeiten in den Motiven der Gesetzesentwürfe oft genug zu lesen, daß der wahre Sinn dieser oder jener herkömmlichen Bestimmung vorerst dahingestellt bleiben und seine Herausstellung den Bemühungen der, unter solchen Umständen gern bestens um Hilfe angesprochenen „Wissenschaft“ überlassen werden solle?

Bei diesem häufigen Verfahren weist aber die Gesetz-

gebung, statt selber einen Rechtsfall neu hervorzubringen, die zur Rechtsanwendung berufenen Personen an, ihn aus der Rechtsvergangenheit zu entnehmen, meistens aus einer Vorzeit, in welcher die Rechtsbildung noch garnicht in die Fesseln des Gesetzeswortes geschlagen, sondern noch der freien Gestaltung durch die Rechtsprechung der Gerichte überlassen war. So nimmt der Gesetzgeber, der vermeintlich der richterlichen Rechtschöpfung ein Ende bereitet hat, doch selber immer noch seine Zuflucht zu ihr. Der Richter wird, um zu erfahren, was Rechtens ist, vom Gesetz wiederum an den Richter verwiesen!

Die selbständige Rechtsbestimmungsmacht des Richteramts vermag aber endlich sogar im Widerspruch zum wirklichen, fest bestimmten Gesetzesinne, im Gegensatz zum Wollen und Hoffen des Gesetzgebers siegreich zum Durchbruch zu kommen. Es wird dies durch die vielen Schwierigkeiten ermöglicht, die sich dem richtigen Verständniß des Gesetzeswortes entgegenstellen können.

Denn der Gefahr, die jedem Gedanken bei dem Versuche, ihn durch äußere Mittel kund zu geben, droht, — der Gefahr, daß er nicht vollständig und sicher erkennbar zum Ausdruck gebracht wird, unterliegt auch der gesetzgeberische Gedanke und mag er noch so sorgfältig und genau in Worte gefaßt sein! Er ist ihr um so mehr ausgesetzt, weil das stumme Gesetzeswort sich nicht dem jeweiligen

Verständniß des Einzelnen anpassen kann, sondern sich gleichförmig an Millionen von Menschen, oft an eine lange Reihe von Menschengeschlechtern wendet.

Wenn es nun deshalb oft genug vorkommt, daß richterliche Urtheile dem wahren Sinne und Willen des Gesetzes zuwiderlaufen, so ist dies gewiß ruhigen Muthes als ein unvermeidliches Geschick zu erdulden, als ein Tribut, welchen die Gesetzgeber und Richter der Schwäche des menschlichen Mittheilungs- und Erkenntnißvermögens zollen. Aber weder diese entschuldigende Ueberlegung noch irgend ein juristisches Kunststück kann uns über die offen vorliegende Wahrheit hinweggleiten lassen, daß alle die vielen Abweichungen der richterlichen Rechtsprüche von der gesetzlichen Rechtsfakung dennoch durch die Staatsgewalt rechtlich bestätigt werden. Der Staat ist genöthigt, sie sich gefallen zu lassen, auch sie mit dem Stempel der Rechtskraft zu versehen. Auch das gesetzwidrige Urtheil ist doch rechtsverbindlich. Es ist wie jedes richterliche Urtheil eine vom Staat ausgehende, vom Staat gebilligte, vom Staat mit seiner Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsbestimmung!

Damit ist aber nichts Anderes gesagt, als daß der Richter vom Staate ermächtigt ist, auch solche Rechtsbestimmungen vorzunehmen, die nicht im Gesetzesrecht enthalten, sondern lediglich vom Richter gefunden, ja erfunden,

von ihm, nicht vom Gesetze gewählt und gewollt sind!

V. Schlußbetrachtungen.

Es hat sich gezeigt, wie es mit der vermeintlichen Vollständigkeit, Bestimmtheit, Festigkeit, Untrüglichkeit des Gesetzesrechts bestellt ist. Ueberall stößt die rechtsordnende Macht der Gesetzgebung auf unübersteigliche Schranken. Um ihre Aufgabe erfüllen zu können, ist sie beständig auf die Mitarbeiterschaft des Richteramts an dem staatlichen Rechtsordnungswerke angewiesen. Gesetz und Richteramt theilen sich in den Rechtsschaffungs- und Rechtsbestimmungsberuf der Staatsgewalt.

Daß unsere Wissenschaft sich bisher noch nicht zum Bekenntniß dieser Wahrheit hat entschließen wollen, wird nur durch ein tief eingewurzelttes Vorurtheil erklärlich, welches die Rechtstheorie unserer Zeit aus den Zeiten des übertriebensten Gesetzescultus beruhigt abernommen und festgehalten hat.

Wohl ist im Anfange unseres Jahrhunderts unter der Führerschaft Savigny's der Kampf gegen den Glauben an die allmächtige Kraft der Gesetzgebung begeistert aufgenommen und siegreich durchgeführt worden. Mit dem unwiderleglichen Beweise, daß die Gesetzgebung nicht die ein-

zige, alleinherrschende Art der Rechtsbildung sei, eröffnete die „historische Schule“ ihre großen Erfolge. Aber trotz aller Feindschaft gegen die überlieferte Gesetzestheorie blieb man in einer irrigen Vorstellung befangen, die eben jener Theorie entstammt, und ist auch jetzt noch in ihr befangen geblieben. Noch immer wird als ausgemacht, ja als selbstverständlich angenommen, daß auch die nichtgesetzliche Rechtsbildung ähnlich wie die gesetzliche nur durch Schaffung abstrakter, allgemeingiltiger Rechtsbestimmungen vor sich gehen könne.

Solche gesetzesartigen Rechtsbestimmungen vermag allerdings der Richter nicht zu erlassen: seine Rechtsbestimmungs- und Rechtsordnungsmacht reicht nicht über das einzelne abzuurtheilende Rechtsverhältniß hinaus. Aber nur jene durch die klarsten Zeugnisse der Rechtsgeschichte widerlegte, bloß durch die Analogie des Gesetzesrechts verursachte, durch die falsche Gleichstellung des richterlichen Urtheils mit dem logischen Urtheil und überdies durch die Fiktion „der Wahrheit des Urtheils“ beförderte Annahme, daß eine Rechtsordnung bloß durch abstrakte, allgemein verbindliche Rechtsgebote hergestellt werden könne, vermag einen Grund dafür abzugeben, daß die konkreten richterlichen Rechtsbestimmungen nicht sollten als rechtsordnende Akte der Staatsgewalt angesehen werden dürfen! Sicherlich ist ja eine Rechtsordnung, die sich der Staat ausschließlich durch

einzelne richterliche Rechtsfazungen herzustellen und zu unterhalten angelegen sein läßt, eine recht unvollkommene, vielerlei Unsicherheiten und Schwankungen ausgesetzte. Aber trotz aller Mängel ist und bleibt doch auch sie eine Rechtsordnung. Und auch bevor die konkreten richterlichen Rechtsbestimmungen schließlich unter die Leitung und Regelung abstrakter, gesetzlicher Rechtsbestimmungen gerathen sind, hatte die der Menschennatur tief eingepflanzte glückliche Neigung zur socialen Akkommodation, die Macht der Gewohnheit, dafür gesorgt, daß dieses richterliche Spruchrecht einen hohen Grad von Beständigkeit annahm, die überdies noch dadurch sehr befördert wurde, daß die noch nicht durch die Autorität des Gesetzes geleiteten und geborgenen Richter damals sich aufs lebhafteste dazu gedrungen fühlen mußten, für das auf eigene Verantwortung frei zu schöpfende Recht durch sorgsame Berücksichtigung der Sitte und Übung des Rechtsverkehrs wenigstens einigen festen Halt zu gewinnen, sei es auch nur in der Hoffnung, ihren Rechtsprüchen auf diese Weise die Billigung der Rechtsgenossen zu verschaffen.

Zu dieser nebensächlichen und, wie die Reception des römischen Rechts mit besonderer Deutlichkeit zeigt, rein *t h a t s ä c h l i c h e n*, nicht rechtlichen Eigenschaft des nichtgesetzlichen Rechts hat denn nun unsere Theorie ihre Zuflucht genommen, um, jenem Vorurtheil entsprechend, auch in dem nichtgesetzlichen Recht den Anschein abstrakter Normirung finden zu

können. Die Nebeneigenschaft ungefährender Beständigkeit ist für seine Haupteigenschaft gehalten und in Folge dessen sein wahres Wesen als richterliches Recht verkannt worden. So ist es gekommen, daß die richterliche Rechtschöpfung unter der falschen, nach dem Muster des Gesetzesrechts zugeschnittenen Hülle des Gewohnheitsrechts so lange versteckt und verborgen geblieben ist.

So erklärt es sich auch, wie unsere Rechtstheorie so wenig empfänglich für die Würdigung desjenigen nichtgesetzlichen Rechts hat bleiben können, welches sich beständig auch noch in mitten alles Gesetzesrechts in lebensvoller unverfälglicher Kraft entfaltet. Unter das Schema irgend welcher abstrakter Rechtsfassung wollte das heutige richterliche Recht schlechterdings nicht passen, auch nicht einmal in dem doch weitbauschig genug angefertigten Gewande des „Gewohnheitsrechts“ ein Unterkommen finden. Zwar sind einige Rechtsgelehrte bemüht gewesen, aus dem Stoffe des Gewohnheitsrechts ein „Juristenrecht“ oder ein „Recht der Wissenschaft“ anzufertigen. Aber auch diese Bemühungen mußten, weil sie lediglich auf die Gewinnung abstrakter, allgemein verbindlicher richterlicher Rechtsfassungen abzielten, verfehlt bleiben und haben mit Recht die entschiedenste Zurückweisung erfahren. Somit blieb der Theorie nichts anderes übrig, als die Existenz des richterlichen Rechts zu ignoriren. Ein merkwürdiges Beispiel seltenster, immerhin

unbewußter Selbstverleugnung! Eine Rechtswissenschaft, die vom richterlichen Recht nichts wissen will, spricht sich selber die Existenzberechtigung ab!

Wer sich von jenem Vorurtheil loszusagen vermag, muß sich freilich dazu verstehen, seinen Vorstellungen von der Grundanlage der Rechtsordnung eine etwas andere Richtung zu geben, als sie auf Grund der Theorie von der Nothwendigkeit abstrakter Rechtsproduktion angenommen hatten.

Es stellt sich heraus, daß selbst das Gesetz nicht unmittelbar Recht zu schaffen vermag. Das Gesetz ist nur eine Vorbereitung, ein Versuch zur Bewirkung einer rechtlichen Ordnung. Das Gesetz ertheilt nur eine Anweisung, wie die Rechtsordnung eingerichtet werden soll. Diese Anweisung ist zunächst an die Betheiligten selber gerichtet, an die Personen, um deren rechtliche Verhältnisse es sich handelt. Je einsichtiger, bestimmter und klarer die Gesetzesanweisung, noch mehr aber, je tüchtiger und gesünder der das Volk erfüllende Rechtsinn ist, desto häufiger wissen die Betheiligten die zutreffende Rechtsbestimmung von selber zu finden und fügen sich ihr, mit einander im besten rechtlichen Einvernehmen lebend, ohne daß ein Eingreifen der Staatsgewalt stattzufinden hätte. Gelingt dies aber nicht, so muß erst noch das Richteramt in Bewegung gesetzt werden, um die erforderliche Rechtsbestimmung Namens des Staates

zu erlassen. Hierbei hat der Richter sich zwar innerhalb der vom Gesetz vorgezeichneten Rechtsgrenzen zu halten, ähnlich wie die Gesetzgebung in die Schranken der Staatsverfassung gebannt ist. Aber in keinem von beiden Fällen ist die Rechtsbestimmung schon unmittelbar vom Gesetz gegeben: sie wird dort erst von den Beteiligten, hier erst vom Richter gefunden. Das Gesetz weist Beiden nur den Weg richtiger Rechtsfindung!

Erst nach Beseitigung jenes Vorurtheils, erst durch die klare Erkenntniß, daß und weshalb den Gerichten ein wesentlicher Antheil an der rechtsschöpferischen Thätigkeit der Staatsgewalt zukommt, tritt endlich die volle Bedeutung, die hohe Aufgabe des Richteramts und damit auch der Rechtswissenschaft, die ja nur die Seele der ganzen Rechtspflege ist, deutlich ans Licht!

Weder die Einsicht, noch die Macht der Gesetzgebung reicht bis an das wirkliche Rechtsleben heran. Das abstrakte stumme Gebot des Gesetzes vermag der vielgestaltigen stürmischen Bewegung des menschlichen Gemeinlebens nicht völlig Herr zu werden. Das vermag es nur im Bunde mit der lebendigen Macht eines unmittelbar ins Leben eingreifenden Willens. Die Gesetzgebung denkt den Rechtsgedanken noch nicht fertig. Erst die rechtsbetheiligten Personen und, wenn diese nicht einmüthig werden, erst die Richter denken ihn zu Ende. Im Gesetz kommt der rechts-

ordnende Wille der Staatsgewalt noch nicht zum Abschluß: vollendet tritt er erst in den richterlichen Rechtssprüchen heraus.

Deshalb kann die Rechtsbildung um so vieles eher des todtten Gesetzwortes entbehren, als der viva vox des Richteramts. Deshalb hat die Staatsgewalt so lange Zeit hindurch ihren Rechtsordnungsberuf ohne Gesetzgebung zu versehen vermocht. Ohne ein Richteramt hat sie es nie und wird sie es nie können! Deshalb hat auch durch das Emporkommen der Gesetzgebung die rechtsschöpferische Macht des Richteramts nicht verdrängt, sondern nur unter die Leitung der Gesetzgebung gestellt werden können.

Während der Richter früher seine Rechtsbestimmungen aus dem frei sprudelnden, freilich auch oft träge versumpfenden Borne des Volksrechtsgefühls zu schöpfen hatte, ist jetzt die Quelle seiner Rechtsfindung von der Staatsgewalt vorsorglich fester umschlossen, klarer gefaßt, sicherer geborgen. Nur noch aus dieser vom Gesetz gewiesenen und bewachten Quelle darf er das Recht holen.

Aber nicht das Gesetz selber ist die Quelle! Der Gesetzgeber bringt nicht selber die Rechtssubstanz hervor. Er giebt nur die Weisung, wo sie zu finden und wie sie zu formen ist. Das Recht liegt nicht für Jedermann bequem erreichbar auf der Oberfläche: es ist in dem Ganzen

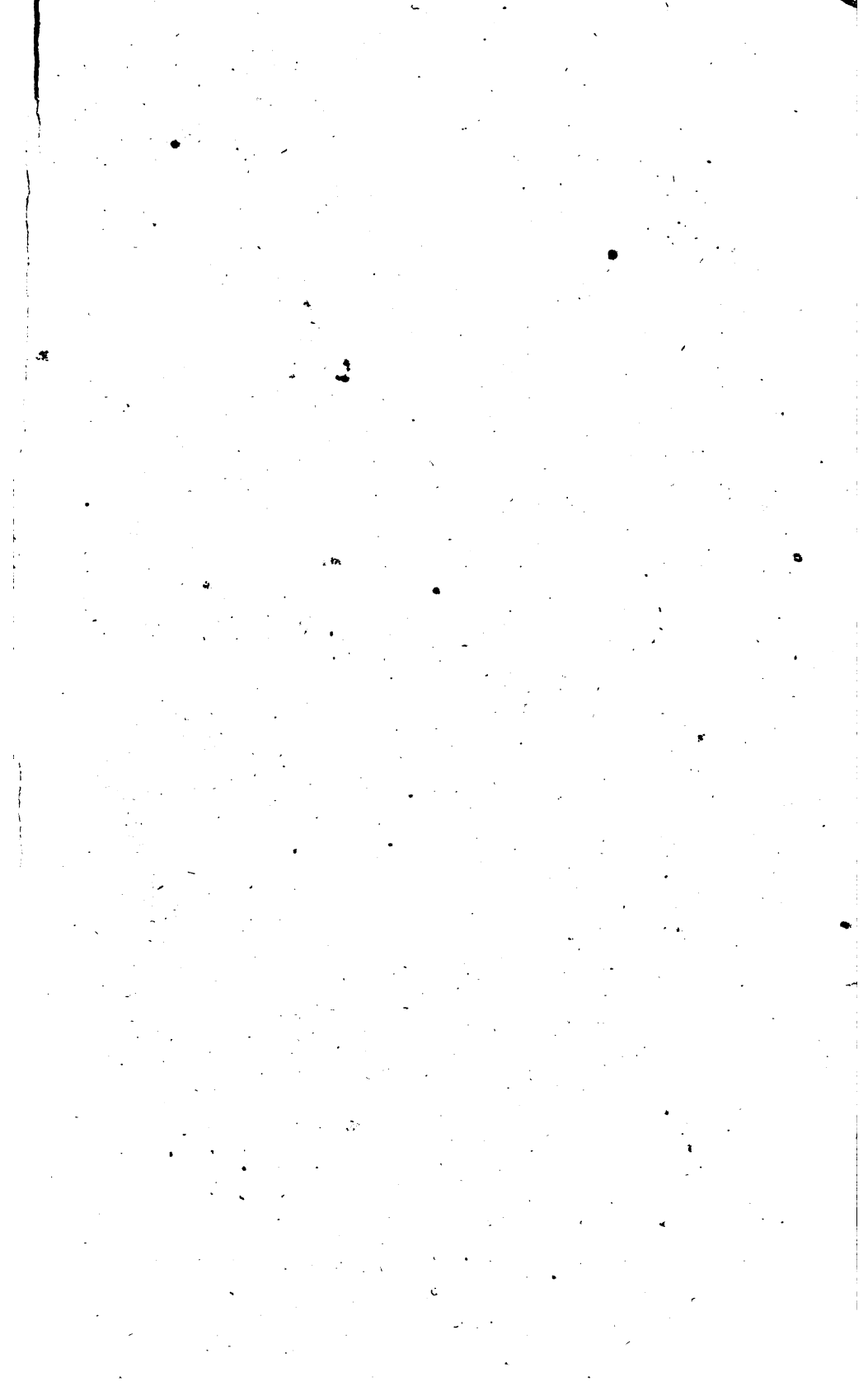
des Volks- und Staatslebens verborgen, tief eingesenkt in die Vergangenheit des Volkes, der Völker!

Ernstler Arbeit, reichen Wissens bedarf es um das Recht von dort hervorzuholen, scharfen und geschulten Geistes um es nach dem Maße des Gesetzes zu formen, feiner und zarter Rechtsempfindung um innerhalb der Gesetzesgrenzen die richtige Rechtsbestimmung zu treffen, eines fest und beständig auf das Rechte gerichteten Willens um dieses verantwortungsvollen hohen Berufes gerecht und unparteiisch zu walten!

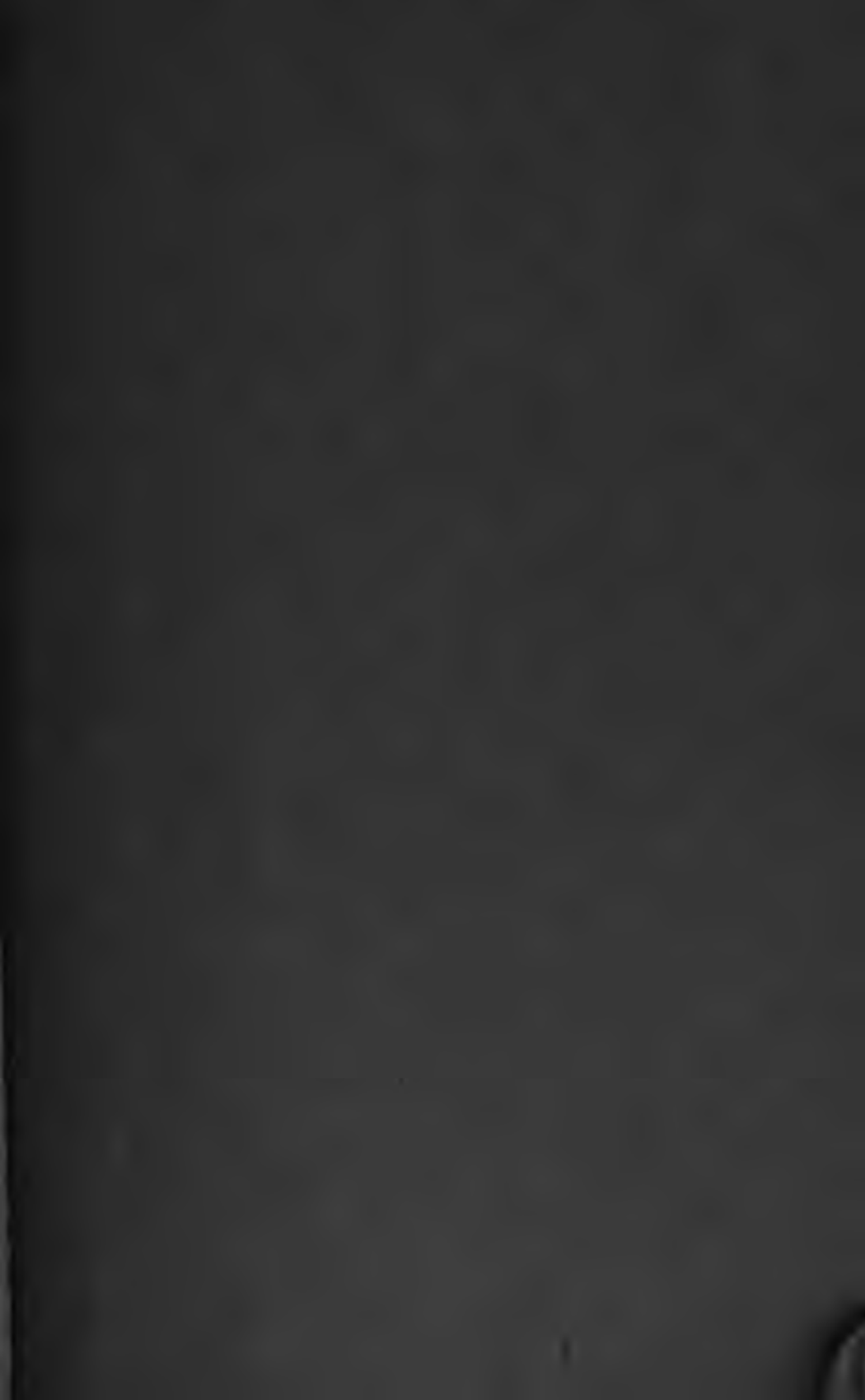
Die rechtschöpferische Einsicht und Fähigkeit wird durch die rechtswissenschaftliche Bildung gewonnen. Die gerechte Gesinnung ist die Errungenschaft sittlicher Charakterbildung. Glücklich das Land, dessen Richter sich Beides ganz zu eigen gemacht haben! Ein Volk, welches sich nicht auf die Rechtseinsicht und die Gerechtigkeit seines Richterstandes verlassen kann, ist trotz der besten Gesetze verborben und verloren.

Denn nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volke sein Recht!

Ex. H. P.
12/18/26



2





**HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY**

This book is due on or before the date stamped below. Books must be returned to the Circulation Desk from which they were borrowed. **Non-receipt of an overdue notice does not exempt the user from a fine.**

SEP 10 2002

DEC 19 2002

