

Gesetz und Richteramt

Von
Oskar Bülow



Duncker & Humblot *reprints*

Geseß und Richteramt.

Geseß und Richteramt.

Von

Dr. Oskar Bülow,

Professor an der Universität Leipzig und Geh. Hofrath.



Leipzig,

Verlag von Dunder & Humblot.

1885.

Alle Rechte vorbehalten.

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 habilitiert 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 Literaturnachweisungen 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 Hierulff's Theorie des gemeinen Civilrechts 1839 tiefsinnig entwickelt worden, aber

merkwürdiger Weise fast völlig unbeachtet geblieben war, wohl in Folge des übermächtigen Einflusses, den die von Kierulff's Auffassung kaum Notiz nehmenden Urtheilstheorien Buchta's und Savigny's (System d. heut. röm. R., Bd. 6, 1847) ausübten, vielleicht auch deshalb, weil die apodiktisch hingestellten Behauptungen Kierulff'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 Kierulff'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 blos 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 voranschreiten 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 gesetzesehnliche Beschaffenheit des Urtheils, freilich unter mancherlei Vorbehalten und Einschränkungen. Was Thering 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 Thering'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. Praxis 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 Uebnahme 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 Rechtschaffung 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 befeelt!

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 gesetzesfreudigen 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 Vorforge 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, erwünschten 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 Gefinnung erfüllt, dem Gesetzesgebote von selbst nachleben, so arbeiten doch Unverstand und Nachlässigkeit, Eigennutz 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 bloß 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-