

Über die Natur des Rechtes.

R E D E
beim Antritt des Prorektorats

der

Königlich Bayerischen

Friedrich - Alexanders - Universität Erlangen

am 4. November 1891 gehalten

von

Dr. Eduard Hölder,
ordentlichem Professor der Rechte.



Fach

ERLANGEN.

Druck der Universitäts-Buchdruckerei von E. Th. Jacob.

1891.

H U.S. Erlangen,
1891-92, 214

Hochansehnliche Versammlung!

Collegen! Commilitonen!

Der durch die Sitte dem sein Amt antretenden Prorector auferlegten Pflicht, durch eine wissenschaftliche Rede sich einzuführen, suche ich dadurch zu genügen, dass ich Ihnen einige Betrachtungen über die Grundfrage meiner Fachwissenschaft oder über die Natur des Rechtes vorlege.

Unsere Jurisprudenz ist Wissenschaft des positiven Rechtes, nach dessen Natur zu fragen um so weniger überflüssig ist, da schon sein Name einen Widerspruch in sich zu schliessen scheint. Recht und Unrecht sind Begriffe, welche auf die Erscheinungen der Aussenwelt sich nicht anwenden und durch keine Folgerung aus sinnlicher Wahrnehmung sich gewinnen lassen. Ein positives nennen wir aber das die Jurisprudenz beschäftigende Recht im Sinne eines durch äussere Thatsachen bedingten. Die seine Existenz begründenden Thatsachen sind jedoch nicht Naturthatsachen, sondern Thatsachen der Geschichte. Unser grösster erst vor wenigen Jahren von uns geschiedener Historiker, Leopold von Ranke, hat mehrfach betont, dass es ebenso einseitig wäre, die Weltgeschichte in Culturgeschichte aufgehen zu lassen, als diese von jener auszuschliessen, dass vielmehr neben der Entwicklung der Cultur ein gleich bedeutsames Moment der geschichtlichen Bewegung die Entwicklung der realen Machtverhältnisse ist. Es ist aber dem Rechte eigen, an beiden Sphären theilzunehmen als solchen, die in Wechselwirkung mit einander stehen. Ein positives Recht besteht, wenn

innerhalb eines bestimmten Kreises von Menschen ein bestimmter Wille als ein für das gegenseitige Verhalten der Genossen massgebender gilt. Seine Existenz und sein Geltungsgebiet hängt ab von der Existenz und dem Umfange der Gemeinschaft, deren Recht es ist; die Art, wie innerhalb derselben neues Recht entsteht, hängt ab von ihrer Verfassung, und für die Existenz, den Umfang und die Verfassung eines Gemeinwesens sind äussere Machtverhältnisse von entscheidender Bedeutung. Würde aber deshalb das positive Recht des sittlichen Grundes und Wertes entbehren, so wäre unsere ganze juristische Terminologie eine Lüge; von Recht und Pflicht redend würden wir anstatt des Werturtheiles über menschliches Verhalten, das diese Worte ausdrücken, nur über seine Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit ein Urtheil fällen. Die Annahme, dass das Recht nichts anderes sei als das Gebot eines wegen seiner physischen Überlegenheit Gehorsam findenden Machthabers, nennt man wohl eine realistische. Der Realität der Dinge widerspricht sie jedoch selbst in der anscheinend ihr am meisten gemässen absoluten Monarchie. Nicht nur ist kein Monarch der Gesamtheit seiner Unterthanen physisch überlegen, sondern es ist auch ein Recht nicht denkbar, das nichts anderes wäre als der Wille eines bestimmten Individuums. Wie von einem Staate nicht die Rede sein kann ohne die Unabhängigkeit seiner Existenz vom Wechsel seiner Angehörigen, so auch nicht ohne eine den Wechsel ihrer Inhaber überdauernde Staatsgewalt, und die Unterscheidung dieser von ihren wechselnden Trägern ist nur möglich, wenn ihre Existenz eine rechtliche und die Frage ihres Überganges vom Vorgänger auf den Nachfolger eine Rechtsfrage ist, was mit der Zurückführung des Rechtes auf den Willen des jeweiligen Herrschers sich nicht verträgt. Freilich hat es nie an Fällen gefehlt, in welchen die Staatsgewalt nicht auf verfassungsmässigem Wege erworben wurde, und es gibt Staaten, in denen feste Normen über den Erwerb der Staatsgewalt nicht zur Ausbildung gelangt sind, was insbesondere vom Erwerbe der kaiserlichen Gewalt im römischen Reiche gilt. Unstreitig spielt in solchen Fällen die physische Macht des Prätendenten und seiner Anhänger eine wesentliche Rolle; allein entscheidend ist sie aber nicht, und hätte die auf sie gestützte Herrschaft dauernd nicht nur den Widerstand Einzelner, sondern den gemeinsamen Willen der Beherrschten gegen sich, so wäre sie eine weder zu Recht bestehende noch eines mehr als vorübergehenden thatsächlichen Bestandes fähige.

Auch im Falle der durch Entfaltung physischer Macht errungenen und durch die Duldung der Beherrschten legitimirten Herrschaft beruht aber, sei sie auch eine noch so unbeschränkte, nie von nun an lediglich auf dem Willen des Herrschers die Existenz und der Wille des Staates. Wie der Usurpator nicht einen neuen Staat gegründet, sondern zum Haupte eines bestehenden Staates sich aufgeschwungen hat, so findet er sein Recht als ein gegebenes vor. In einem bestimmten Punkte hat dieses Recht durch seine zu rechtlicher Geltung gelangte Usurpation eine Änderung erlitten, und der weiteren Änderung durch seinen Willen ist es ebenso preisgegeben wie es überhaupt der Änderung durch Acte der Staatsgewalt ausgesetzt ist; soweit dagegen eine solche nicht vollzogen wird, bleibt gleich dem Gemeinwesen sein Recht das bisherige. Dies gilt auch vom Verwaltungsrechte, wie namentlich das Beispiel Frankreichs zeigt; es gilt um so mehr vom Privatrechte, das selbst die Auflösung des Staates zu überdauern vermag, dessen Recht es war. Unstreitig war im heiligen römischen Reiche deutscher Nation das römische Recht zu einem von Reichs wegen geltenden geworden. Zwar bestand von Anfang an die Möglichkeit seiner Verdrängung durch widersprechendes Landesrecht; wo aber diese unterblieb, da galt es nicht vermöge der besonderen Rechtsbildung des bestimmten Landes, sondern vermöge seiner von Reichs wegen erfolgten Reception. An dieser Eigenschaft des gemeinen Rechtes als eines solchen, dessen Geltung zwar der landesgesetzlichen Aufhebung preisgegeben, aber nicht selbst eine landesgesetzliche ist, hat die Auflösung des Reiches nichts geändert. Wäre dadurch, dass seit 1806 sein Geltungsgebiet verschiedenen souverainen Staaten angehörte, das gemeine Recht zu einer Mehrheit verschiedener Rechte von gleichem Inhalte geworden, so hätte nicht, wie stets unbedenklich geschehen ist, von einer gemeinrechtlichen Praxis geredet und es hätten nicht als Zeugnisse derselben die Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck oder Celle in Bayern und Württemberg verwertet werden können.

Das erwähnte Beispiel gibt keine Auskunft über die Frage, ob die Existenz eines positiven Rechtes unabhängig ist von der Existenz eines organisirten und mit Zwangsgewalt ausgerüsteten Gemeinwesens; denn ein anderes ist die Möglichkeit der Entstehung eines Rechtes, ein anderes die Möglichkeit der Fortdauer eines einmal entstandenen Rechtes. Wenn man darüber streitet, ob das Recht den Staat oder der Staat das Recht erzeuge, so erlangt zwar erst im Staate das

Recht seine volle Positivität und Selbständigkeit, durch die es als Inhalt des in seiner Durchsetzung durch die Macht des Staates gesicherten Staatswillens von blossen Geboten der Sitte sich unterscheidet. Als ein Product des Staates oder seines Willens lässt aber das Recht sich um so weniger bezeichnen, da die Existenz des Staates selbst eine rechtliche ist. Wenn das die Organisation des Staates bestimmende Staatsrecht nicht denkbar ist ohne die Existenz des Staates, so ist ebenso diese nicht denkbar ohne eine bestimmte Organisation desselben und damit ohne Staatsrecht. Dagegen liegen die letzten Wurzeln des positiven Rechtes jenseits der Existenz des Staates. Als einziges sicheres Merkmal desselben hat ein neuerer Jurist die autoritäre Form seines Daseins bezeichnet, womit zwar nicht ein spezifisches Unterscheidungsmerkmal des positiven Rechtes, aber ein mit anderen Potenzen ihm gemeinsames Gattungsmerkmal richtig angegeben ist. Wo eine mein Verhalten bestimmende Auctorität besteht, da besteht eine Unterordnung meines Willens unter einen höheren, die weder eine schlechthin freiwillige im Sinne einer auf individueller Neigung beruhenden noch eine schlechthin unfreiwillige oder erzwungene ist. Als einem höheren ordne ich dem Willen eines anderen weder dann mich unter, wenn dies lediglich aus Liebe noch wenn es lediglich aus Furcht vor seiner Übermacht geschieht. Vielmehr fordert die Existenz eines dem meinigen übergeordneten Willens eine nicht nur physische sondern sittliche Superiorität seines Subjectes als eines solchen, dessen Dasein mit dem meinigen in einem Zusammenhange steht, kraft dessen mit seinem Willen übereinzustimmen ein sittliches Bedürfniss meines Daseins ist. Die erste uns im Leben entgegentretende Auctorität ist die elterliche. Gleich der Auctorität eines bestimmten Rechtes für den in seinem Gebiete Geborenen wurzelt sie nicht in der eigenen Wahl des Kindes, sondern in einer von seinem Willen unabhängigen Thatsache. Wie im Verhältnisse zum einzelnen Unterthanen der staatlichen, so pflegt im Verhältnisse zum unerwachsenen Kinde der elterlichen Auctorität zugleich eine physische Überlegenheit ihres Subjectes zur Seite zu stehen, und der Gehorsam des Kindes kann im einzelnen Falle ebenso sehr auf Furcht vor der Übermacht als auf Respect vor der Auctorität der Eltern beruhen, was aber an der Natur dieser als einer sittlichen nichts ändert. In der väterlichen sehen nun manche das Vorbild der staatlichen Auctorität; doch ist diese nicht nur, wie wir gesehen haben, nie in gleicher Weise wie jene eine individuelle, son-

dem auch nicht in demselben Sinne eine natürliche. Zwar sind wir nicht nur als Söhne bestimmter Eltern, sondern auch als Angehörige eines bestimmten Staates zur Welt gekommen; während ich aber nicht als Sohn anderer Eltern hätte geboren sein können, ohne ein anderer Mensch zu sein, so erscheint die Thatsache meiner Geburt als Angehöriger dieses bestimmten Staates vom Standpunkte meiner Individualität aus als eine zufällige. Die zwischen den verschiedenen Gliedern des Menschengeschlechtes bestehende Gemeinschaft betritt den Boden des äusseren Daseins theils durch die Thatsache der Abstammung des Menschen von anderen theils durch die Thatsache seines Zusammenlebens mit anderen. Eben so wenig als der Mensch ohne Abstammung von anderen zu entstehen vermag, kann er ohne Verkehr mit anderen sich entwickeln. Im Gegensatze zur Bluts-gemeinschaft ist die mit anderen mich verbindende Lebensgemeinschaft meiner Willkür nicht schlechthin entrückt; doch ist sie weit davon entfernt, ein blosses Product individueller Willkür zu sein. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ich aus der Gemeinschaft, der ich angehöre, ausscheide und in eine andere eintrete, was aber nichts daran ändert, dass es eine bestimmte geschichtlich gegebene Gemeinschaft ist, der ich unabhängig von meiner Wahl und ehe von einer solchen überhaupt die Rede sein kann angehöre. Was ich in einem bestimmten Zeitpunkte meines Lebens bin, das bin ich, soweit ich es anderen Menschen verdanke, nicht nur durch meine Abstammung, sondern auch durch die Einwirkung der mit mir Lebenden. Im Gegensatze zum Verhältnisse der Abstammung ist das Verhältniss der Lebensgemeinschaft ein gegenseitiges Verhältniss coexistirender Menschen; wie aber aus dem Verhältnisse der Abstammung die Lebensgemeinschaft der Familie hervorgeht, so entsteht aus dem gegenseitigen Zusammenhange der mit einander Lebenden auch ein Zusammenhang der nach einander Lebenden dadurch, dass der Eintritt des Einzelnen ins Leben und in die Lebensgemeinschaft der Familie zugleich ein Eintritt in diejenige umfassendere Lebensgemeinschaft ist, der seine Familie angehört. Der Fortpflanzung des Menschengeschlechtes tritt daher zur Seite die Fortexistenz der durch das Zusammenleben der Menschen sich bildenden Gemeinschaften als solcher, die den Wechsel ihrer Theilnehmer überdauern.

Wo aber eine Lebensgemeinschaft ist, da ist auch eine Rechts-gemeinschaft. Eine Lebensgemeinschaft ist nicht denkbar ohne bestimmte für

den Verkehr der Genossen geltende Normen, wie umgekehrt solche Normen nicht denkbar sind ohne eine bestimmte Gemeinschaft, für deren Genossen sie kraft ihrer Theilnahme an der Gemeinschaft gelten. Die Bedeutung der Gemeinschaft und ihres Rechtes für den Einzelnen ist aber eine zweiseitige, da er sowohl von ihr abhängt als activ an ihr theilnimmt und ihr Recht sowohl die Freiheit seiner individuellen Existenz beschränkt als auch dieser zu gute kommt. Es ist daher nicht richtig, wenn Zitelmann sagt: „nur das weiss jedermann, dass das Recht eine Autorität über ihm ist“; vielmehr ist die Auctorität des Rechtes eine nicht nur über dem einzelnen stehende, sondern auch dem einzelnen zur Seite stehende, und zugleich eine solche, an der ihm selbst ein Antheil zukommt.

Es ist eine stets wiederkehrende Anklage gegen das positive Recht, dass seine Geltung die Herrschaft einer den Beherrschten schlechthin fremden Macht bedeute, und wie oft hört man nicht die Worte des Mephistopheles:

Vom Rechte, das mit uns geboren ist,

Von dem ist leider nie die Frage.

Seltsamerweise, so bemerkt treffend Puchta, ist man bei der Erklärung und Anwendung dieser Stelle gewöhnlich von der Idee ausgegangen, ein deutscher Autor müsse auch den Teufel stets die Wahrheit sagen lassen. Die Vorstellung eines mit uns geborenen Rechtes ist ebenso viel wert als die Vorstellung, dass mit unserer Geburt die Existenz der Welt begonnen habe. Dass unser Eintritt ins Leben der Eintritt in eine gegebene Welt ist, in der unsere Geburt und unser Lebensgang uns unabhängig von unserer Willkür in bestimmte Beziehungen zu unseren Mitmenschen bringt, wird leicht deshalb verkannt, weil man glaubt vom Fürsichsein des Individuums ausgehen zu müssen, von dem aus doch zum Verständnisse irgend eines Gemeinschaftsverhältnisses nicht zu gelangen ist. Wenn wir ausserdem gewohnt sind, im Gegensatze zum natürlichen Familienzusammenhange den geschichtlichen Zusammenhang eines bestimmten Menschenkreises als einen für die Individualität seiner Angehörigen gleichgültigen zu betrachten, so übersehen wir dabei, dass diese eine sich entwickelnde und nicht ohne die Einwirkung der Mitlebenden sich entwickelnde ist. Sodann unterscheidet sich ja allerdings die geschichtlich gewordene Lebensgemeinschaft von der natürlichen Blutgemeinschaft dadurch, dass sie dem Wechsel unterworfen ist. Ohne sein Zuthun geworden ist sie für den Einzelnen eine gegebene, aber nicht unab-

änderlich gegebene, und eine nicht nur ohne sein Zuthun gewordene, sondern auch unter seiner Mitwirkung stets von neuem werdende. Unabhängig von der Existenz und dem Willen ihrer jeweiligen Theilnehmer entstanden kann die Gemeinschaft doch nicht ohne individuelle Theilnehmer bestehen, und ebenso ist ihr Wille ein nicht erst durch den Willen ihrer jeweiligen Theilnehmer existirender, aber der Änderung durch diesen ausgesetzter, so dass er ein sowohl dem Willen ihrer Theilnehmer übergeordneter als durch diesen sich bestimmender ist.

Fragen wir, in welcher Weise der Wille der Gemeinschaft durch den Willen ihrer Theilnehmer sich bestimmt, so tritt uns in einem organisirten Gemeinwesen diese Frage entgegen als eine Frage seiner Verfassung, und in Gemässheit dieser scheint eine solche Bedeutung seines Willens keineswegs für Jeden, sondern bald für Viele bald für Wenige bald nur für Einen zu bestehen. Nach hergebrachter Lehre besteht sie in der Demokratie für jeden Staatsgenossen, in der Aristokratie für die Angehörigen eines engeren Kreises, in der Monarchie nur für Einen. Diese Vorstellung trifft aber keineswegs für jede Monarchie und für die Demokratie nie zu, da Frauen und Unerwachsene, die doch auch am Staate theilnehmen, Activbürger nicht zu sein pflegen. Wenn dagegen unbestreitbar in der Monarchie eine verfassungsmässige Änderung des Inhaltes des Staatswillens nicht möglich ist ohne die Zustimmung des Monarchen, so sehen wir trotzdem auch in ihr Rechtsänderungen ohne Betheiligung seines Willens vor sich gehen. Allerdings hat man schon die Möglichkeit eines durch die thatsächliche Übung der Staatsgenossen entstehenden Gewohnheitsrechtes, die den römischen Juristen selbstverständlich ist, als mit einer monarchischen Verfassung unverträglich angesehen; wäre sie aber dies, so wäre sie mit jeder Staatsverfassung unverträglich. Einen verfassungsmässigen Antheil an der Rechtsbildung hat nie jeder Staatsgenosse, während an der ein Gewohnheitsrecht begründenden Übung jeder betheiligt sein kann, und auch den an der Rechtsbildung verfassungsmässig betheiligten Personen steht als solchen diese Betheiligung nur in der durch die Verfassung bestimmten Weise zu. Wie die zur Zeit bestehende Verfassung als eine solche, deren Existenz selbst eine rechtliche ist, die letzte Grundlage des im Staate geltenden Rechtes nicht sein kann, so ist auch neben der in Gemässheit der Verfassung durch die competenten Staatsorgane verfügten Rechtsänderung eine

solche nie ausgeschlossen, die durch die thatsächliche Übung der Staatsgenossen sich vollzieht. Zwar ist die Existenz und Geltung des Gemeinwillens unabhängig von der Existenz und Bethätigung eines ihm widersprechenden Einzelwillens; ist aber ein bestimmter dem bisherigen Gemeinwillen widersprechender Wille zu einem von den Genossen allgemein und dauernd befolgten und ist damit seine Befolgung zu einer solchen geworden, auf die im gegenseitigen Verkehre der Genossen gerechnet, deren Unterlassung daher als Verletzung einer ihn beherrschenden Norm empfunden wird, so ist der Inhalt der fraglichen Übung zum Inhalte des Gemeinwillens geworden.

Verehrte Anwesende! Am vorletzten Sonntage (25. October) waren 30 Jahre verflossen seit dem Tode Savignys, des Grossmeisters unserer deutschen Rechtswissenschaft. Von diesem hat am hundertsten Jahrestage seiner Geburt der leider auch nicht mehr unter den Lebenden weilende Brinz der Wahrheit gemäss bezeugt, durch ihn habe das wirklich gewordene Recht und folgeweise die Rechtswissenschaft ein höheres Ansehen und eine neue Stellung gewonnen. Dies ist dadurch geschehen, dass Savigny das schon vor ihm von Hugo entfaltete Banner der geschichtlichen Rechtswissenschaft zum Siege geführt hat, und ein wesentliches Merkmal dieser geschichtlichen Richtung ist es, dass sie das Gewohnheitsrecht wieder zu Ehren gebracht hat. Ohne Einseitigkeit ist es dabei nicht abgegangen. Savigny hat nicht genug beachtet, dass das Recht wie ein gewordenes, so auch ein stets in neuem Werden begriffenes ist, und er hat die Bedeutung unterschätzt, die für seine Entwicklung der staatlichen Organisation und dem zielbewussten Handeln der staatlichen Organe zukommt. Wenn es uns aber heutzutage, im Besitze der neu geschaffenen Organisation des deutschen Reiches und einer regen Reichsgesetzgebung, leicht wird, jene Einseitigkeit zu erkennen und zu vermeiden, so wird durch ihre Preisgebung in keiner Weise die geschichtliche Natur des Rechtes preisgegeben, sondern mit ihr erst voller Ernst gemacht. Der Blüte der geschichtlichen Wissenschaften ist in Deutschland ein so enormer Aufschwung der Naturwissenschaft gefolgt, dass manche geglaubt haben, den dadurch für das Zeitbewusstsein in den Hintergrund gedrängten Geisteswissenschaften durch eine der Naturwissenschaft entlehnte Behandlung aufhelfen zu müssen. So schrieb vor 38 Jahren Brinz, mehr neben als aus der geschichtlichen Richtung sei eine naturhistorische erwacht, die davon ausgehe, dass auch das Recht eine Natur

habe . . . „eine Natur, welche von Juristen und Gesetzgebern nur gepflegt oder verdorben, niemals geschaffen wird“. Diese Charakterisirung der Natur des Rechtes hätte auch Savigny unterschrieben, und gewiss gibt es eine solche ebenso gut als z. B. eine Natur der Sprache. Jedes Object verlangt aber nach seiner eigenen Natur behandelt zu werden, und die Natur des Rechtes ist gleich der Natur der Sprache eine geschichtliche und dem Gebiete unseres geistigen Lebens angehörende, unbeschadet des Umstandes, dass seine Existenz gleich derjenigen der Sprache auch von physischen Factoren abhängt und dass sie von der grössten Bedeutung für unser physisches Dasein ist. Des geistigen Gutes, das wir im Rechte besitzen, und der geistigen Güter, die wir dem Staate verdanken, freuen wir uns doppelt am heutigen Stiftungstage unserer dem Staate und seinem Oberhaupte ihre Entstehung, ihre Erhaltung und ihr Gedeihen verdankenden Hochschule. Wir treten daher aus dem Rahmen unserer Betrachtung nicht heraus, wenn wir zum Schlusse derselben dem Regenten unseres Staates in Ehrfurcht unsere Huldigung darbringen als unserem gnädigsten Herrn und durchlauchtigsten Rector Magnificentissimus.

