

Title	Freie Rechtsfindung und unmittelbare Demokratie : Kapitel zur Grundlegung Moderner Rechts und Staatsethik
Sub Title	
Author	Sternberg, Theodor
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1924
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.3, No.1 (1924. 3) ,p.(8)- (1)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19240320-0156

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

Freie Rechtsfindung und unmittelbare Demokratie.

Kapitel Zur Grundlegung Moderner Rechts- und
Staatsethik

von

Dr. Theodor Sternberg

Professor in Tokyo.

Das methodologische Problem ist keineswegs bloß Angelegenheit der Philosophie. Vielmehr stellt es sich zugleich als ein juristisches Problem allerersten Ranges dar. Dies so sehr, daß lange Zeit hindurch überhaupt nur die juristische Fragestellung im Schwange war: ein Beispiel fast rein juristischer Behandlung ist insbesondere *Adickes*¹ Abhandlung über die Natur der Sache. Es ist im Grunde erst ein Gedanke der letzten Jahre gewesen, das Problem in weiterem, allgemeinem Kulturzusammenhange anzuschauen und vor allem es erkenntnistheoretisch zu behandeln, es zu einem Gegenstande der Logik und Wissenschaftslehre zu machen und neben die archipraktische Frage *quomodo sit interpretandum* die reinphilosophische nach dem Wahrheitsgehalt der Jurisprudenz zu setzen. Ich habe an anderer Stelle darauf hingewiesen, wie sehr die Agitatoren der Freirechtsbewegung und ihre Gegner, die besorgten Verteidiger der Gesetzestreue sich irren, wenn sie im just einmal wieder etwas heftiger entbrannten

und ein wenig popularisierten Kampf um die Interpretation eine neuartige Erscheinung sehen. Diesen Kampf gab es immer: in der Seele jedes Juristen, der den Namen eines solchen verdiente, in der Literatur, in den Polemiken des Instanzenzugs und den Deduktionen der Sachwalter. Sogar populär war er immer: das einzige, was die Rechtspflege neben den Schaustellungen barbarischer Straftakte an volkstümlichem aufzuweisen hatte. Das Gerede über die "juristischen", dem Volke unverständlichen Entscheidungen kräuselte immer seine Wellen wenn auch zu Zeiten, da der Grundherr oder der König Gedanken über die Weltfremdheit seiner Richter nicht erlaubte, nur das Schimpfen über die Advokaten übrig blieb.² Hier sei dem gegenüber nun betont, dass die gegenwärtige Bewegung gleichwohl ihr neues hat, wodurch sie sich von allen früheren Regungen der Methodologie scharf abhebt, und das eben ist nichts anderes als die kulturphilosophische und erkenntnistheoretische oder epistemologische Behandlung. Bei ihr geht es nicht mehr lediglich darum, Entscheidungsbehelfe zu gewinnen, sondern einmal darum, einem umfassenden und allgemeinen Kulturbewusstsein Ausdruck auch im Rechtsleben zu verschaffen, die unheilvolle und absurde Abspaltung des Rechts vom Leben zu beseitigen, sodann darum, Begriff und Wesen der *Wissenschaft* unter Beachtung der Charaktere der Rechtswissenschaft zu bestimmen -- später dann den verbesserten allgemeinen Wissenschaftsbegriff auch zu Nutz und Frommen der Rechtswissenschaft zu verwenden.

Offenbar ist die kulturphilosophische Aufgabe die bequemere. Sie verbleibt in weiten Grenzen praktisch, und ist dies insbesondere in den bisherigen Leistungen so sehr verblieben, dass man in ihr

mit gutem Recht einfach die zeitgemässe Umbildung der alten juristischen Behandlung des Interpretationsproblems sehen darf. Die ist eben *soziologisch* geworden. Es bedarf da auch noch nicht einmal notwendig der bohrenden Arbeit der Philosophie: das Interpretationstheorie bildet einen ziemlich späten Nachkömmling der Soziologie, deren gebildete Sprache für sie dichtet und denkt. So lässt sich die Sache denn sehr anständig in journalistischem Rahmen erledigen, wofür die *Fuchsschen* Broschüren Zeugnis ablegen.⁶

Anders steht es mit der Lehre von der juristischen Method als einem Teil und Gegenstande der allgemeinen Wissenschaftslehre. Die fordert subtile philosophische Arbeit.⁷ Sie anzuregen war die Absicht und hauptsächlichliche Neuerung meiner kleinen allgemeinen Rechtslehre, ihr Verdienst, wenn sie ein solches hat und die Ursache, weshalb sie in der folgenden Literatur zur juristischen Methodologie notwendig fast unbeachtet blieb, obwohl sie als eine der ersten in Deutschland auch die kulturphilosophischen Erwägungen in Gang bringen half. Nach dem Wahrheitsgehalt der Jurisprudenz zu fragen, ist ein Unterfangen, das auch heute vielen nur belächelnswert erscheinen mag, weil man sich damit abfindet, ernsthafter Weise könne nur von einem Fiktionengehalt der Jurisprudenz die Rede sein.⁸

Das heisst freilich die Binde der Themis im Sinne des Blindenkuhspiels nehmen; und mancher Leser dieser Schrift wird über die in Selbstbeobachtung wahrgenommene Stimmung ironischer Ablehnung, die ihm der Wortklang "Wahrheitsgehalt der Jurisprudenz" erregt, einigermaassen bestürzt sein. Und es hilft ihm nicht zu bedenken, dass die Binde doch einen erheblichen

Spalt frei lasse. dem Augurenlächeln. Er wird seinen Zweifel am Wahrheitgehalt und Wissenschaftscharakter in diesem Augenblick unangenehm empfinden, aber nichts dazu vermögen, über ihn hinwegzukommen. Bezeichnend ist für den latenten juristischen Skeptizismus namentlich die Haltung *Stammlers*, der ausgesprochener Erkenntnistheoretiker und sicherlich nicht geneigt ist, mit geringen intellektuellen und ethischen Ansprüchen der Jurisprudenz gegenüberzutreten. Stammler spricht vom objektive gültigen in der Jurisprudenz, aber von ihrer Wahrheit spricht er nicht; er gleitet hin, ohne, ein Rationalist!, es jemals recht zu wagen, das Gewicht ein wenig auf die logische Seite hinüberzuneigen. Was er vom wissenschaftlichen der Jurisprudenz gesagt hat, ist überhaupt ganz farblos und ohne Ertrag.

Es liegt mir nun ganz gewiss fern, all den heimlichen Kaisern im juristischen Genieland die Huldigung zu versagen, die sich gesalbt und gekrönt wissen, weil sie es erraten haben, dass es sich in der Jurisprudenz um Werturteile und Interessengegensätze handelt und nicht um "Konstruktion" in dem Sinne, dass an schiefen Metaphern der Gesetzestexte und Präjudizien grade ihre Schiefe respektiert werden müsse. Werturteile contra Aussagen! Dabei, dass der Steit, ob das Recht ausser Normen (also Werturteilen) noch etwas anderes enthalte, nicht ausgetragen sei mag ich mich nicht aufhalten, obschon die naturrechtliche Meinung, als ob Rechtssätze auch andere als imperativische Bedeutung haben, leider von *Bekkers* Autorität neuerdings verfochten wird. Ich habe es selbst immer hervorgehoben, dass die Jurisprudenz keine Erkenntniswissenschaft ist sondern eine Dogmenwissenschaft. Jurisprudenz macht keine Mitteilungen und Entdeckungen sowenig

wie die Philosophie und Theologie, ja noch viel weniger. Sie spricht nicht von Dingen wie sie sind, sondern von Gedanken, wie sie zu denken sind.¹⁰ Kurz, Ideen, Dogmen bilden ihren Inhalt. Dogmen sind mit Vorstellungselementen behaftete Werturteile oder mit Werturteilen behaftete Vorstellungen - wie man es stellt, ist ziemlich gleich; ¹¹ die erste Wendung mag für die Jurisprudenz die zweite für die Theologie besser passen. Aber wir können Ideen, Dogmen unmöglich mit Fiktionen gleich setzen. Darum eben handelt es sich, den Wahrheitsgehalt des Dogmas zu bestimmen, den des juristischen Dogmas ebenso wie *Eucken* bereits den des religiösen zu bestimmen unternommen hat.

In exakter Weise kann das nur geschehen im Wege des Vergleichs der Wissenschaften, der *vergleichenden Wissenschaftslehre* also. Es genügt nicht, wenn man wie Stammler, die Nationalökonomie und etwa noch die Geschichte heranzieht. Es muss der volle Kreis der Wissenschaften herangezogen, es muss, wie ich das in jener "Allgemeinen Rechtslehre" angeregt habe, auch die Vergleichung der Jurisprudenz mit der Naturwissenschaft, der Medizin, der Psychologie, Chemie, Mathematik, der Philologie, der Geschichte etc auf ihr Mass zurück¹² und über ihre anstössige Trivialität hinausgeführt werden; es muss genau erkannt werden, mit welchen ihrer Form- und Inhaltselemente diese einzelnen Wissenschaften an der Jurisprudenz beteiligt sind.¹³ Das ist im Sinne einer wirklich kritischen Betrachtung der Jurisprudenz und einer richtigen Fassung des Begriffs der Wissenschaft und der Wahrheit notwendig; das bedeutet eine über den blossen Rationalismus hinausgeführte Wissenschaftslehre und Erkenntnis-kritik.

Hier hat die Philosophie einzusetzen, speziell die Rechtsphilosophie, und die Aufgabe der Rechtsphilosophie gegenüber dem rechtmethodeproblem ist hiemit abgegrenzt. Das ist deshalb von Wichtigkeit, weil durch das zusammenwerfen der philosophischen und der juristischen Behandlung eine beständige Verwirrung der Gesichtspunkte entsteht, die auf die Jurisprudenz und die Rechtsphilosophie gleichermaßen lähmend wirkt

Die *juristische Fragestellung* der Rechtsmethodologie um diese nun gleichfalls positive näher zu bestimmen - will erkunden, *welche Art der Rechtsfindung ein geltendes Recht gebiete*. Es diskutiert die Frage der Rechtsfindung so wie die Parteien in einem Prozess sie plädieren würden; als "Rechtsfrage". Wie die philosophische Untersuchung der juristischen Methode früher und zum teil auch noch jetzt durch das Ueberwuchern der juristischen Interessen hintangehalten wurde so litt und leidet gemeinhin die juristische Behandlung an der unvorsichtigen Einbeziehung philosophischer Elemente. Es wurden namentlich kulturphilosophische Erwägungen zu Hilfe genommen, weil es an positiven Rechtsnormen fehlte; nun war aber dies fehlen zum guten Teil nur ein scheinbares: man glaubte aufs Naturrecht, dem man die allgemein kulturphilosophischen Rasonnements als ihrem Grunde zuschrieb, angewiesen zu sein, während man bei einiger rechtsvergleichenden Einsicht bald bemerkt hätte, dass auch und gerade die Quellenlehre, oder wie wir hier lieber sagen möchten, das Recht der Quellen nicht vom Himmel gefallen sondern geschichtlich vom positiven Recht und verschiedenartig genug gestaltet worden ist. Es ist namentlich das Studium des englischen *Quellenrechts* das dem römisch-kanonischen den Nimbus

naturrechtlicher Geltung weggenommen hat.

Es gibt positive Normen genug, die Methodenfrage betreffen, wenn man nur näher hinsieht oder doch wenigstens Kreise der positiven Institutionen, die auf die Methode einwirken und wiederum von ihr beeinflusst und modifiziert werden. Da stösst die *Methodenfrage im Strafrecht* zusammen mit dem Satze *nulla poena ante legem poenalem*, mit der Frage nach dem Normenaussagen und mit der nach dem Bewusstsein der Rectswidrigkeit und *error iuris*. Da hat *A. S. Schulze* gezeigt wie ungeheuer die Rechtsfindungstheorie den *Prozess* zu wandeln imstande ist. Und vor allem ist es im modernen gewaltenteiligen Staat das *Staatsrecht*, und zwar der Grundbestand des constitutionellen Gedankens, der von der Methodenfrage in Mitleidenschaft gezogen wird, denn um die Grenzen der Justiz gegen Gesetzgebung u. Verwaltung wird gestritten, wo um des Richters Imperium in *iudicando* gestritten wird. Dies war gemeint, diese ausserordentlich tiefe und weit verzweigte Wurzelung des Methodenproblems in allen Einzelteilen des positiven Rechts, wenn es vohin hiess, dass die Methodenfrage als juristisches Problem ein solches von erstem Range sei.

Im folgenden soll die staatsrechtliche Funktion der juristischen Methode innerhalb der unmittelbaren Demokratie untersucht und speziell die Reform gekennzeichnet werden, die der Apparat der Gerichtsverfassung, jedoch vor allem die staatsrechtliche Ideengrundlage dieser Constitutionsform verlangen, wenn, wie es in der Schweiz 1912 geschehen wird, die Justiz das Prinzip der freien Rechtsfindung in sich aufnimmt.

Hierbei soll von einer Arbeit des Genfer Civilisten *Martini*

ausgegangen werden, die zwar keineswegs in die Materie eigentlich eindringt, jedoch für die Fragestellung Anregungen gibt. Da er wie *Gmür* einigermaßen deutlich nebeneinander allgemeine Quellentheorie und besonderes schweizerisches Quellenrecht neben einander discutiert.

Martin zählt die 6 Freiheiten des schweizerischen Richters (der Zukunft) auf:

- 1) Interpretation
- 2) Feststellung u. Anwendung von Gewohnheitsrecht
- 3) Freie Rechtsfindung bei Rechtslücken
- 4) Freie Rechtsfindung bei gesetzlich aufgetragenem Ermessen
- 5) Rechtsschutzverweigerung bei Rechtsmissbrauch (*Chicane*)
- 6) Freie Beweiswürdigung

Letztere dünkt Martin so exorbitant gegenüber der sonst in welschen Kantonen (ausser in Handelssachen) wie in Frankreich eingeführten Bindung zwar nicht der Gültigkeit aber der Rechtsschutzfähigkeit der Verträge an Schriftform (vor allem den Registern gegenüber), dass er verlangt, die Fälle müssten ohne Rücksicht auf den Streitwert revisibel sein. Er übersieht, dass die Fälle, in denen die untere Instanz für Zeugnis gegen schrift entscheidet, sehr selten und aller Wahrscheinlichkeit nach besonders gut erwogen sein werden, besonders wo die Möglichkeit überhaupt noch neu und die Rechtsüberzeugung dem alten System günstig ist. Wer hier Befürchtungen hegt, kann nicht Fehlsprüche, sondern nur *dolus des Richters* meinen. Inwieweit diese letzte Befürchtung gerechtfertigt ist, soll weiter unten geprüft werden.