

Title	Freie Rechtsfindung und unmittelbare Demokratie (2)
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.3 (1924. 11) ,p.(12)- (1)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19241128-0174">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19241128-0174</a>

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. (2)

Kapitel Zur Grundlegung Moderner Rechts- und  
Staatsethik

von

Dr. Theodor Sternberg  
Professor in Tokyo.

Das gleiche instanzenprivileg verlangt Martin da, wo der Richter erklärt nach einem von ihm an Stelle des Gesetzgebers gekorenen Rechtssatz entschieden zu haben. (Ballot-Beaupresche Formel des Art. 1. Schweizerischen Civilgesetzbuchs). Desgleichen da, wo es sich um Ausübung des Chicaneverbots handelt. *Martin* ist wie der alte *Demolombe* und einige deutsche Pandektisten des 19. Jahrhunderts (er nennt freilich weder jenen noch diese) Gegner des Chicanebegriffs, den er bereits in der Zschr. f. schweiz. Recht XXV S. 21 bekämpft hat: m. E. ist es ihm aber nicht gelungen, die Frage, ob Chicane möglich sei oder es sich bei Bildung dieses Begriffs lediglich um eine Folge unsauberer Abgrenzung der Begriffe des subjektiven Rechts einerseits, des Civildelikts andererseits handle, zu lösen. So lange nicht clare et distincte objektive und subjektive Theorie in der Chicanelehre ausgearbeitet sind, was nicht von *Martin* und auch nicht von *Saleilles*,

wohl aber von einigen deutschen Dissertationen und auch da nicht mit besonderem Glück geschieht, kommt man hierin nicht weiter.

In der Beurteilung der *Ballot-Beaupréschen Formel*, dass der Richter bei der freien Rechtsfindung die Regel befolgen solle, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, äussert sich, Martin ganz im Sinne der in diesem Punkte bahnbrechenden Arbeit über §1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs von GMUER, der seinerseits wieder unmittelbar auf *Huber*, dem Schöpfer der legislatorischen Verwendung der *Ballot-Beaupréschen Formel* steht. *Gmür* weist nach, oder versucht, dass der freien Rechtsfindung in der Tat in ihr der gesuchte objektive Maassstab, die notwendige vernünftige Begrenzung dargeboten ist. Nicht seinem subjektiven Empfinden, sondern dem, das er für das gegenwärtige Rechtsbewusstsein des Schweizervolks halten muss, hat der Richter zu folgen.

Man wird sich aber, denke ich, darüber klar sein müssen, dass auch dann mehrere Lösungen einer Rechtsfrage möglich bleiben. Doch wird ausschweifendes Willkür- und Phantasie recht damit gebannt. Darin erweist sich die *Ballot-Beauprésche Formel* vor anderen im gleichen Sinne verwandten Mitteln wirksam. Das von *Brütt* eingesetzte Prinzip der Kulturförderung z. B. würde diesen Dienst nicht leisten; im Gegenteil! Subjektive Kulturideale hätten leichtes Spiel. Man beachte, dass *Kohler*, dem *Brütt* die Anregung verdankt, die Kulturförderung nie als objektiven Maassstab der Rechtsschöpfungsbewertet hat, so sehr er es auch sonst in den Mittelpunkt seiner ganzen Welt- und Rechtsauffassung stellt. Treffender

Grund und Ideal von unbegrenzter Wirksamkeit ist sie ihm, aber niemals Grenze.

Ich habe schon früher, in Vorträgen und in Recensionen das worauf es behufs Begrenzung des richterlichen Ermessens ankommt, und was auch die Ballot-Béauprésche Formel meint, in dem Schlagwort angedeutet: "Freie Rechtsfindung bis zur Grenze des politischen Verbots". Ich setze ein Beispiel: Der deutsche Richter, der etwa überzeugter Gegner des Börsengesetzes ist, darf wohl im Börsenrecht freies Recht finden, aber nicht die politischen und wirtschaftstheoretischen Velleitäten, denen das Gesetz seine Entstehung verdankt, illusorisch machen. Er sei liberal gesinnt und halte das Gesetz für schädlich und absurd; er muss doch den konservativen Standpunkt auch in der Auslegung vertreten, denn dieser hat die Sanktion der rechtsstaatlichen Legislaturfaktoren erhalten. Nimmt man hinzu was ich die *Wertpapierqualität des Gesetzes* nenne, dass nämlich der Gesetzeswortlaut massgebend sein muss, dass die Wortbestimmungen unantastbar sein müssen, auf die sich eine rädliche Partei als auf ihr verbrieftes Gut verlassen konnte (namentlich *Jung* hat das näher ausgeführt) so hat man in nuce eine vollständige juristische Theorie der Rechtsfindung.

Zurück zu *Martin*. Er hält sich im wesentlichen an *Gmür* auch in der Auffassung des "Er (der Richter) folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung." Für "bewährte Lehre und Ueberlieferung" hat der französische Text: "Les solutions consacrées par la doctrine", der italienische die m. E. nicht unbedenkliche Fassung: "Doctrina e giurisprudenza più autorevoli".

Das führt nicht mit Sicherheit zu eindeutigen Lösungen, kann es auch gar nicht, denn es gibt in Hinsicht auf die doctrinale und präjudiziale Tradition keine Orthodoxie und es darf auch keine geben. Es ist auch nicht die Absicht des Gesetzes, eine solche zu züchten. Auch ist das "Folgen" an sich ein sehr dehnbarer Begriff: Folgen in welchem Maasse? In welchem Grade? Ebenso steht es mit dem französischen "Il s'inspire", nur das italienische "Egli s'attienne" kann dem Sprachgebrauch nach eher als eine Anweisung auf engeren Anschluss verstanden werden, das hat aber nichts auf sich, denn in der Interpretation würde der italienische durch die Congruenz des deutschen und französischen Textes sozusagen überstimmt werden. Doktrinarismus und Praejudizienkultus werden auch dadurch noch lange nicht der Rechtsprechung nahe gelegt. Immerhin wäre auch der Gedanke, dass man in der Justiz sie als eins der geringsten oder das geringste der möglichen Uebel bevorzugen sollte, nicht eben schlecht.

Worin liegt also der Anteil dieser Klausel, die ich die *Traditions-klausel* nennen möchte, an der Darbietung eines objektiven Maassstabs? Wie vermag darin die Traditionsklausel die Ballot-Beauprésche Formel zu unterstützen? M. Erachtens liegt der objektive Maassstab darin, dass seriöse Literatur seriös verwendet wird, .....man könnte sagen: in einer Weise, die als wissenschaftlich internationale Klasse hat. So lässt sich die Gmür-Martinsche Ansicht vielleicht doch ein wenig schärfer fassen. Was als seriöse Literatur gilt, wird natürlich in grossem Maasse von rein äusserlichen Gesichtspunkten abhängen müssen wie alle Kanonik. Es wird sich

wesentlich um das handeln, was in der Zunft anerkannt ist durch Aufnahme in die angesehenen Zeitschriften und die gut eingeführten Verleger. Dass kühne Neuerer, die abseits publizieren mussten, zu Worte kommen, ist aber im Sinne der "bewährten" Lehre und Ueberlieferung auch gar nicht erwünscht, es handelt sich ja eben darum, der freien Rechtsfindung conservative Hemmungen anzuhängen und überhaupt muss Justiz nach dem Worte des Meisters *Gneist* von konservativen Sitten sein.

Wie verhalten sich nun des näheren die beiden Maassstabsbestimmungen, die der *Ballot-Beaupréschen Formel* und die der *Traditionsklausel* zu einander?

a) **Wiederholend.** So wenig der Richter Phantasie-recht aus den eigenen Fingern saugen darf, darf er sich etwa auf Schriften und Urteile von derartigem Habitus berufen. Auch hier soll zunächst das Utopische, Subjektive von jedem Einfluss ausgeschlossen sein, mag es auch geistig noch so hoch stehen und wahrhaft "vers les temps meilleurs" deuten; man kann den schweizerischen Gesetzgebern das Lob nicht versagen, dass sie das, was sie wollten, durch die Ausdrücke "bewährt", "autorevole" und namentlich "consacré" in einer dem Genius der Sprachen aufs feinste gerechten Formulierung angedeutet haben. Die in den Worten mitklingenden Gefühlstöne prägen den Rechtssatz, der den Anschluss an Väter-sitte, ans Befestigte, Geweihte statuiert, dem empfindenden Gemüte ein, er gebietet nicht nur, er predigt ihn auch.

Es wird also hiernach die zugelassene, die kanonische Literatur und Judikatur, diejenige, die zur Rechtfertigung einer

frei gefundenen Entscheidung fähig ist, einer Ausübung nach dem Grundsatz der Ballot-Beaupréschen Formel unterworfen. Ihre Autoren müssen selbst so gearbeitet haben, wie diese es Vorschreibt, ein jeder so, als ob er selbst der schweizerische Gesetzgeber seiner Zeit und Gelegenheit gewesen wäre. Es ist gewissermaassen die ununterbrochene Reihe der Händauflegungen durch die Ballot-Beauprésche Formel, die der Tradition ihre Kanonizität verleiht.

b) Ergänzend, wie schon oben angedeutet, dahin, dass das offenbar minderwertige Material ausgeschaltet bleibt. Der Richter soll sich nicht auf Stümperarbeiten und Abderitenjukikatur berufen können. Diese Meinung des Rechtssatzes hat speziell für die Schweiz eine erhebliche Bedeutung, weil das Schweizerische Recht und ganz besonders das kantonale nur in kleinen Kreisen gepflegt wird. Klein sind die gelehrten Zünfte und mögen leicht den rechte Masstab für die Leistungen der Eingesessenen verlieren, klein und der Bildung bornierter Meinungen leicht ausgesetzt die Gerichtssprengel, die Richter mit dem Volk in zu unmittelbarer Fühlung, um sich dem Einfluss solcher Meinungsströmung bequem entziehen zu können, die nationale Kritik ist demnach nicht anspruchsvoll und die Stimme der internationalen Kritik erklingt nur schwach, das Bundesgericht, das, als Resonanzboden der internationalen Kritik in bekannter trefflicher Leistung die Aufgabe der nationalen Kritik erfüllt, wird, die Mängel der lokalen Rechtspflege auszugleichen, zwar durch die berühmte Interpretation des Art. 4 der Bundesverfassung in sehr weitem Umfange zum Spruch berufen, aber es kann auch nicht alles machen. Es hat auch

nicht einmal einer Fiktion nach die Stellung des englischen Reichsgerichtshöfe und wird sie nie haben, zumal die gegenwärtige Entwicklung eher auf Einengung seiner Kompetenz hinzielt.

An diesem Punkte zeigt sich bereits, dass wie übrigens auch *Gmür* und besonders *Martin* stark betonen, die Schweiz mehr als bisher gelehrte Richter zur Rechtsprechung wird heranziehen müssen, weil man auf die Bewertung des vorliegenden wissenschaftlichen Materials nicht so viel Gewicht legen, nicht geradezu die Geltung des Richterspruchs von der darin geleisteten wissenschaftliche Arbeit abhängig machen, die Qualität dieser Arbeit für die Bewertung des richterlichen Spruchs entscheidend sein lassen kann, wenn man nach wie vor die Beschaffung und Sichtung des wissenschaftlichen Stoffs vorwiegend den Gerichtsschreibern und Advokaten überlassen wollten, die bisher hauptsächlich die Träger des wissenschaftlichen Elements im kantonalen Rechtspflegewesen waren.

Die Unterstützung und die Modifikation, die die Traditions-klausel der Ballot-Beaupréschen Formel beibringt, ist also nicht die Festlegung auf bestimmte Präjudizien und Dektrinen, wie sie sich im englischen Recht und im römischen Kaiserrecht findet, kein case law, kein ius respondendi wird begründet, die Traditionsklausel ist kein Citiergesetz in blanco, das etwa vom Gewohnheitsrecht ausgefüllt zu werden berufen wäre.

Gleichwohl ist das von ihr eingeführte Prinzip keineswegs neu und beispiellos. Wir alle befolgen es bei den moralischen Urteilsprüchen, die wir über das Tun und Treiben unseres Nächsten im täglichen Leben abzugeben haben. Wir können

die Maxime einer Handlungsweise bedenklich finden und die Handlung tadeln, so auch eine Arbeitsleistung unzulänglich finden: es fällt gleichwohl zu gunsten der Handlung und Leistung ins Gewicht, dass ihr Urheber die vorhandenen guten Autoritäten und Hilfsmittel berücksichtigt, benutzt habe. Man entnimmt daraus den äusseren Anhaltspunkt zu dem Schlusse, dass der Handelnde wenigstens die subjektiven Bedingungen vollwertigen Handelns aufgebracht, die *laudanda voluntas* bewährt habe. Es hat von diesem Maassstab denn auch die offizielle Organisation der moralischen Menschenbeurteilung, die als die grossartigste in der Geschichte auftritt, die *Jurisdictio in foro interno* der römischen Kirche entschiedensten Gebrauch gemacht. Es handelt sich also, kurz gesagt, um den *Probabilismus*, den die schweizerische Gesetzgebung als Korrektiv dem Prinzip der freien Rechtsfindung eingefügt hat.

Und die Frage lautet nun: Ist die Aufnahme des *Probabilismus* in die moderne Rechtspflege zu billigen? Ferner: Welche Bedeutung hat der *Probabilismus* angesichts der spezifisch schweizerischen Verhältnisse?

Den kirchlichen Parteien wird die Aufnahme eines kirchlichen Zuges in das moderne Leben willkommen sein, der Protestantismus und die Aufklärung werden ihm ebenso ihre Aneignung entgegenbringen. Natürlichen kann keine dieser Tendenzen in unserer Beurteilung der Sache das Wort haben.

Der unvermeidliche und von Niemand geleugnete Mangel alles *Probabilismus*, seine Kehrseite, sei vorab erledigt. Es ist natürlich immer möglich, dass eine minderwertige Gesinnung sich das Vertrauen, das in dem probabilistischen Schlusse

liegt, in verwerflicher Weise zunutze mache. Man kann, sofern man es darauf anlegt, mit fleissiger Allegation recht vieler Autoren ein bewusster und gewolltermaassen schändliches Resultat stützen, man kann auch sich vor der Arbeit pflichtmässig eindringenden Denkens in den geschäftigen Müsiggang des Citatenstapelei hineinflüchten; so vermögen allerdings dolus sowohl wie Trägheit im Probabilismus ihren Nährboden zu finden. Aber es gibt kein menschliches System, in dem das nicht der Fall wäre, und es kommt also nur auf die Grade an. Dolus und Trägheit des schweizerischen Richters hatten es ohne den Probabilismus jedenfalls leichter, wie noch des näheren zu zeigen.

Und es kann dieser Mangel den Probabilismus als Prinzip der Rechtsprechung nicht untauglich machen, weil nach Verwerfung des starren Tutorismus der "alten Schule" ein anderes Prinzip gar nicht übrig bleibt. Ja, sofern auch die alte Schule das Billigkeitsprinzip, die Natur der Sache, die guten Sitten, Treu und Glauben, das Allgemeine Civildelikt (B.G.B. § 826) u.s.w. in der Requiakammer ihrer Quellen- und Interpretationslehre hält, lässt auch sie sich auf den Probabilismus zurückführen. Denn das liegt im Wesen jeder positiven und somit auch der herrschenden geschichtlichen Rechtsansicht. Nur eine Naturrechtslehre kann an die Möglichkeit eindeutig richtigen Rechts glauben. Nur wenn ein feststehendes Recht irgendwie naturaliter existiert, das mittels geeigneter exakter Methoden, seien es theologisch-mantische, seien es philosophisch-mathematische (mos geometricus Wolfs!) oder aber durch eine, obwohl rein menschliche, doch unfehlbare Inner-

lichkeit ("natürliches Rechtsgefühl") gefunden wird, können streng objektive von jeder Subjektivität losgelöste Resultate der Rechtersgründung gefordert werden. Nicht aber, wenn die Rechtsfindung ein schöpferischer Akt ist, was philosophisch allgemein zutrifft und juristisch von der herrschenden und nun im Schweizerrecht zum Gesetz erhobenen Lückentheorie wenigstens für ein begrenztes Gebiet statuiert wird. *Die Annahme schöpferischer Qualität der Rechtsfindung ist ein Ausbau und eine Consequens der positiven Rechtsansicht, zugleich aber bedeutet sie den Anschluss der Rechtsphilosophie und des geltenden Rechts an dasjenige ethische Prinzip, das die Gegenwart, soweit diese sich nicht confessionell festlegt, durchaus beherrscht, das Prinzip der Autonomie.*

Mit diesem Prinzip ist der Welt überhaupt erst ein reines Moralprinzip gegeben worden. Die Antike war durchaus natural festgelegt, band ihr Moralprinzip an die äussere Welt. Das Daimonion des Sokrates, das ganz ungrüchisch eine verlegung des Moralprinzips in das menschliche Innere hinein anbahnt, wird als ein schwacher Punkt von der gesammten entwickelten Sokratik ausgeschaltet. Stoa und besonders Christentum suchen endlich das Moralprinzip in der menschliche Innerlichkeit als Innewohnen der Gottheit zu begründen, aber der herrschende Glaube dem nur ab und zu subjektivistische Strömungen meist ohne grosse Erfolge entgegen treten, stemmelt immer wieder die Gottheit zu einer blossen Naturmacht und wirft so den Geist, die Moral des Christentums wieder hinter die Antike zurück. Anheftung der Moral an einen günstigenfalls halbfetischischen Gottesbegriff oder an die

plantonisch-grotianisch-spinozistisch-wolfsche Naturgesetzlichkeit, wobei immer das Gebot als äusserliches Datum dasteht, ist das Resultat am Ende des 18. Jahrhunderts. Nun stellt endlich Kant die Innerlichkeit wieder in den Mittelpunkt: Du musst dir selbst das Gesetz geben. Aber damit war der Naturalismus, war das Naturrecht noch nicht beseitigt. Kants Moralprinzip ist nicht voluntaristisch, es handelt sich ihm nicht um rein positive Moral. Um der Willkür zu entrinnen sucht er ganz nach alter Weise eine Anlehnung an etwas, was wirkliche Gesetzlichkeit, Allgemeingültigkeit verbürgen könnten. Und ganz wie die früheren nimmt er diese Anlehnung nach der intellektualistischen Seite hin. Allgemeingültiges von materialem Charakter sucht er auf, synthetische Urteile a priori. Nur dass das, was die exakten und zweifellosen Moralprinzipien formuliert, nicht mehr die Mathematik sein soll, etwas, was der Moral fremd ist und nach der kritischen Forderung der Scheidung praktischen und theoretischen Urteilens nicht mit ihr zusammen geworfen werden soll, sondern etwas, was innerhalb des Sittlichen selbst exakte Sätze prägt. Was mit der Mathematik nicht mer unmittelbar zusammenfällt, sondern sich mit ihr nur in dem beide umfassenden Höheren vereinigt, in der reinen Vernunft oder Logik. Was also sozusagen nur formal mit ihr Gemeinschaft hat, insofern es reine theoretische und reine praktische Vernunft oder Logik gibt Mittels jenes eigentümlichen Begriffs der transcendentalen Vernunft oder transcendentalen Logik, der es Kant ermöglicht, formale Vernunftprinzipien (Prinzipien der Vernunftgebrauchs) von gleichwohl materialem Gehalt und daran

anschliessend Kategorien von absoluter Geltung zu construieren, gelangt er auch auf praktischem Gebiet zu formalmaterialen Prinzipien von absoluter Geltung Prinzipien a priori. Die Geistestätigkeit, die auf praktischem Gebiete solche Sätze hervorbringt, ist aber keine andere als die Rechtswissenschaft. Deshalb hat Kant das Recht von der Moral als welche den Stoff des Sittlichen in einem mehr amorphen Aggregatzustände belastet, auch so entschieden abgerissen. Deshalb hat die grosse Kantsche Revolution auch das Naturrecht ausser in der Hugoschen und der Feurbachschen Schule, also unter den Juristen-Kantianern nicht zertrümmert, sondern im Gegenteil auf neuer aussichtsvoller Basis neu befestigt: wie aussichtsvoll, das sieht man daran, dass noch nach 100 Jahren durch Stammeler eine neue Vernunftrechtsschule begründet werden konnte, die ihre Tabelle formalmaterialer Vernunftrechts- und Rechtsvernunftsprinzipien bereits fertig hat und sich anschickt, auch einen Kategorieendodekalog abzufassen, obwohl ihren eigenen Anhängern die Erkenntnis nicht ganz fehlt, dass diese Anwendung der transcendentalen Vernunft oder Logik auf praktischem Gebiete nach kritischen Grundsätzen unstatthaft ist.