

verfahren, Stellvertretung des Landesherrn, Amtshilfe zwischen Behörden, gemischte wirtschaftliche Unternehmungen oder das sogenannte internationale Privatrecht. . . .

Zur Ausfüllung solcher und mancher anderer Lücken im Rechte muss der Richter weiter ausgreifen. Schon das österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811 (§ 7) verwies ihn auf die „natürlichen Rechtsgrundsätze“.³⁰⁾ Und, kaum deutlicher, schreibt das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 in Art. 1 vor: „Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“³¹⁾ Diese Rolle des Richters als Gesetzgeber kommt ihm auch zu, wo dies nicht wie hier ausdrücklich lehrhaft ausgesprochen ist. Eine Willensentscheidung des Richters zur Ausfüllung der Lücken des Gesetzes (neben den Werturteilen, vgl. Rümelin) hat der Gesetzgeber stillschweigend in seinen Willen aufgenommen, weil es die Ordnung der menschlichen Verhältnisse so erheischt. Andernfalls müsste man ein ausdrückliches Verbot von ihm erwarten. So ist eine analoge Strafsatzung ausgeschlossen, weil auf diesem Gebiete Schwankungen in der Erstreckung besonders empfindlich wirken würden. Hiermit ist jedoch keineswegs eine jede ins Strafrecht einschlagende Analogie oder noch freiere Ausfüllung einer Lücke verwehrt³²⁾; sie macht sich erforderlich z. B. für die Umwandlung von Geldstrafen in Freiheitsstrafen, wenn bei einer Abzahlung ein Rest ungedeckt ist, der unter dem gesetzlichen Mindestmasse für die Umwandlung verbleibt. Unterstützen mag ein Blick auf das internationale Recht, wie es in dem Haager Abkommen über die Errichtung eines Prisenhofes (1907) Art. 7 Abs. 2 formuliert ist:³³⁾ *Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité.*

Wo es an einem Richter fehlt, kann freilich die Ausfüllung der Lücke unmöglich werden. Man denke etwa an die Zweifelsfrage über die Gegenzeichnung bei der Entlassung eines Ministers. Solche Schwierigkeit zeigen letzters wieder die Vorgänge bei der Lösung der Union zwischen Schweden und Norwegen, als das norwegische Ministerium im Jahre 1905 seine Entlassung nahm und der König Oskar keine Minister fand, die die Verantwortung für seine Ablehnung der Sanktion des Stortingsbeschlusses über ein eigenes norwegisches Konsulatswesen übernehmen wollten.³⁴⁾ Gerade in dieser Gruppe rechtlicher Erscheinungen wird man das Auge dagegen nicht verschliessen können, dass es sich hier unter Umständen gar nicht mehr um eine Lücke, sondern um eine notwendige Grenze des Rechts handelt.³⁵⁾

4. Freiheit des Richters gegenüber dem Gesetze?

Oft wiederholt ist jener in das corpus juris canonici (c. 3 D 4) aufgenommene Ausspruch des hl. Augustinus: In temporalibus legibus, quamquam de his homines iudicent, cum eas instituunt, tamen cum fuerint institutae et firmatae, non licebit iudici de ipsis iudicare, sed secundum ipsas. Der Absolutismus der Aufklärungszeit hat das übertrieben; ein Argwohn gegen die malitia iudicum wirkte nach, bis in die Gesetzgebung der französischen Revolutionszeit hinein.³⁶⁾ Er hat für den mässig begabten Richter, auf den man allein rechnen könne, mit dem Gesetze einen Urteilsschrank schaffen wollen, in dessen Fächern möglichst für jeden Fall die Lösung stecke. Die Gegenwart ist davon längst abgerückt. Sie richtet nur den Wegweiser auf für den mit dem Gemeintgut der

³⁰⁾ Hierzu jetzt in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des (österr.) Allg. Bürgerl. Gesetzbuchs 1911 die Beiträge von Dniestrzanski (Band II S. 1) und Wellspacher (Band I S. 173).

³¹⁾ Dazu die Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements I 1901 S. 37 und Eugen Huber, Bewährte Lehre (im Politischen Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1911).

³²⁾ Entschieden Rumpf auf dem 3. deutschen Richtertag 1913 (Deutsche Richterzeitung V 779 f.); Spiegel, Gesetz und Recht S. 56.

³³⁾ Allerdings nicht ohne Bedenken (Ullmann, Zeitschr. für Völkerrecht VII 348).

³⁴⁾ Aallu. Gjelsvik, die norwegisch-schwedische Union, ihr Bestehen und ihre Lösung, 1912 § 41.

³⁵⁾ Hierfür beachtenswerte Gründe Kaufmann, S. 139.

³⁶⁾ Redslöb, Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung, 1912, Kap. 10.

allgemeinen Bildung, mit genügender Schulung zur Erkenntnis wirtschaftlicher Zusammenhänge ausgestatteten Richter. Das Gesetz steckt einen oft weiten Rahmen ab, im Strafrechte sowohl wie im Zivilrechte, so wenn das BGB. es abstellt auf „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ oder auf die „Billigkeit“, oder wenn es die „guten Sitten“ oder den „wichtigen Grund“ berücksichtigt. Erheblich freier noch will der Verortwurf zum deutschen Strafgesetzbuche den Richter stellen. Nicht zu vergessen ist aber auch das Verwaltungsrecht mit seinen weiten Möglichkeiten des Ermessens; denn es ist aller Orten zu eng, bloss den Richter in Verhältnis zu dem Gesetze zu bringen und nicht überhaupt jedes zu einer Entscheidung berufene Amtorgan.³⁶⁾ Hierbei steht der Richter innerhalb des Gesetzes, wenn auch die freie Handhabung bis hart an die Korrektur des Gesetzes führen kann. Am freiesten wirkt die Tätigkeit, wo es gilt, Lücken der Gesetzgebung auszufüllen (Z. 3), was in besonderem Masse in dem noch unfertigen Rechtsbau für unsere Kolonien der Fall, doch bisher nur ganz vereinzelt beobachtet worden ist. Diese Fragen in den Mittelpunkt gerückt hat eine Reihe von Schriftstellern, die man als „Freirechtler“ zusammenfassend zu bezeichnen pflegt. Der Name deckt aber sehr verschiedene Stufen.³⁷⁾ Die bürgerliche Freiheit vom Positiven, wo es zwingend wird, ist der Punkt, in dem sich die Verfechter dieser Richtung zusammenfinden, die Absage an eine sog. Konstruktionsjurisprudenz zugunsten einer „Interessenjurisprudenz.“ Der Inhalt dieser Freiheit oder richtiger der Abstrich, den der einzelne an dieser Freiheit zugunsten der Gebundenheit dennoch gelten lässt, sieht bei den einzelnen Vertretern naturgemäss verschieden aus. An Übertreibungen hat es nicht gefehlt, wie immer, wo neue Gedanken mit altem Besitzstande ringen. Unbedingt abzulehnen ist eine Aufstellung, bis zu der sich allerdings nur vereinzelt einer verstiegen hat: dass der Richter befugt wäre, unter Umständen auch gegen das Gesetz zu handeln, wo ihm das Gesetz zu unbilligem Ergebnisse zu führen scheint. Um so notwendiger ist es, nach dieser Richtung die deutliche Schranke zu ziehen, als der Gedanke an sich Folgen ebensogut in Gebieten des öffentlichen Rechtes, des Staats-, Verwaltungs- und auch des Strafrechts würde äussern müssen wie im Privatrecht. Hier erscheint die Korrektur des Gesetzes durch den Richter für die Regel nur politisch bedenklicher, deshalb aber auch augenfälliger. Ein grundsätzlicher Unterschied für die Anwendung ist jedoch nicht zuzugeben. In einem jeden Falle würde die Garantiefunktion, die in dem Gesetze liegt, verletzt; dem Richter eine Gewalt zugeteilt, die die Geschichte des Rechtes gegenüber einer noch unbeholfenen Gesetzgebung — in Rom, auch in England — wohl kennt, die aber mangels ausdrücklicher Zuteilung im Staate unserer Zeit sich an dem in schweren politischen Kämpfen errungenen Grundsätze stossen muss: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige nur dem Gesetze unterworfenen Gerichte ausgeübt“ (§ 1 Gerichtsverfassungsgesetz). Das Gesetz steht über dem Richter oder, um mit Altmeister U n g e r zu reden „der Richter hat

³⁶⁾ Vgl. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung 1908, v. L a u n, das freie Ermessen und seine Grenzen 1910, sowie S t a m l e r, die grundsätzlichen Aufgaben der Juristen in Rechtsprechung und Verwaltung (im Verwaltungsarchiv Band 15) 1907. Aber T e z n e r, Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde (Jahrbuch des öffentlichen Rechts V, 1911, 93).

³⁷⁾ Ansätze bei O. B ä h r, Rechtsstaat 1864 §§ 2, 4, 5 (meist übersehen). Literaturangaben jetzt bei Heck, Problem der Rechtsgewinnung 1911. Darum hier nur ein paar Ergänzungen: W e n g e r, Antikes Richterkönigtum (Festschrift zur Jahrhundertfeier des österr. Allg. BGB. I 479) 1911. Für das 18. Jahrhundert z. B. Aug. L e y s e r (vgl. L a n d s b e r g, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III 1, S. 210 f., Notenband S. 140); dagegen S v a r e z: „Es ist für die bürgerliche Freiheit nichts gefährlicher als dem arbitrio iudicis unbestimmte oder zu weite Grenzen zu setzen“ (S t ö l z e l, Karl Gottlieb Svarez, 1885 S. 184, auch 239). v. K i r c h m a n n s Vortrag über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1848) hat keine Spuren eingegraben (vgl. die Analyse von Th. S t e r n b e r g, J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft 1908 S. 13 f.); R e i c h e l, in der deutschen Richterzeitung II, 1910 Sp. 464—468; M a n i g k, Was ist uns Savigny? (Recht und Wirtschaft, 1912, 174, 199) u. österr. Zentralblatt für die jurist. Praxis 30 Heft 9; v. P e r e t i a k o w i c z, Methodenstreit in der Rechtswissenschaft (Grünhuts Zeitschrift 39, 1913, S. 555 fg.); M ü l l e r - E i s e r t, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung 1914 (erschienen 1913); — Jos. Schwering, Naturrecht und Freirechtslehre (Festschrift der Görres-Gesellschaft für Georg v. Hertling 1913 S. 574—593), R u m p f, Der Strafrichter I, II, 1912, 1913; — M e n d e l s s o h n B a r t h o l d y, Das Imperium des Richters 1908; G e r l a n d, Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England, 1910; — C r u s e n, die deutschen Schutzgebiete das Eldorado der Freirechtler (im „Recht“ 1911 Sp. 549—557).

das Recht zu finden, nicht zu erfinden.“ — wir wollten denn einen Absolutismus des Richtertums aufrichten, der gewiss im einzelnen Falle auch der Sache zum Segen dienen könnte, insgesamt aber bei der Vielheit der hier wirksam werdenden Instanzen, in der Unsicherheit des Rechtsstandes und in dem anwachsenden Misstrauen gegen die Justiz nur schlimmere Gefahren noch als der Absolutismus des Gesetzes oder des Gesetzgebers in sich bergen würde. Wo die Verfassung eines Landes, wie in den Vereinigten Staaten von Amerika, dem Richter eine weitgehende Macht gegenüber dem Gesetze einräumt, da haben sich auch die Vorwürfe der Volksschichten, die sich durch den Urteilspruch beeinträchtigt glauben, gerade gegen die Justizverwaltung, als wäre sie die eigentliche Trägerin der souveränen Gewalt der Nation, erhoben.³⁸⁾

Das Aufbrausen beginnt unbefangener Einschätzung zu weichen. Die mittlere Beurteilungslinie einer gesetzestreuen Jurisprudenz, die weder auf ein blosses Subsumieren beschränkt noch zu schrankenlosem Ermessen berufen ist, wohl aber zur „sinngemässen Gebotsergänzung“ (Heck), ist auch geeignet die Richtungsgesetze ausgleichen. Dem Windstoss gleich, der die Tür aufschlägt, wenn's so trifft, auch ein Fenster einstösst, ungeberdig, wo sich der Widerstand entgegenwirft, so zog die Freirechtsbewegung hin. Er hat die Luft gereinigt, und das ist nicht wenig; denn sie war stockig geworden und eine Wand von Missverstehen hob sich zwischen eine Praxis, die unbewusst einem unmessbaren Rechtsgefühl sich zuwandte, und eine Theorie, die sich noch grundsätzlich ablehnend hielt, nach einem Massstabe zu suchen für die auf Anerkennung dringenden neuen Werke. Indes schon der Vorstoss, von verschiedenen Seiten und mit verschiedenen Mitteln geführt, hat in mancher Hinsicht freier gegenüber dem Gesetze gestellt, als es in Deutschland üblich geworden war, hat sich die Notwendigkeit ersehen lassen, das Gesetz darnach zu formen, dass der Richter einen kräftigeren Rückhalt habe bei dem Suchen sachgemässer Entscheidung, die es nicht dabei bewenden lässt, von dem Gesetze nur auszugehen, die immer darauf achtet, auf welche Wirkung sie ausläuft — der Richter ist des Gesetzes Diener, nicht sein Sklave.

III. Gesetzgebungspolitik.

Die Frage nach der besten Gesetzgebung hat das 18. Jahrhundert vielfältig beschäftigt.³⁹⁾ Sie steht da in engem Zusammenhange mit den breiten Erörterungen über die beste Art, die Glückseligkeit der Untertanen durch die Staatsgewalt zu befördern. Als Mittel erscheint das allmächtige Gesetz. Montesquieu, *Esprit des lois* wurde nicht mit scheuer Achtung nur genannt, wie es heut geschieht, sondern wie ein pädagogisches Werk in breiten Schichten, vor allem auch in den höfischen Kreisen gelesen.⁴⁰⁾ Die Wirkungen sind vielfältig genug in den Kodifikationen des 18. Jahrhunderts zu spüren. Die Aufklärungszeit zeigt deshalb auch die ersten Versuche einer theoretischen Gesetzgebungspolitik⁴¹⁾, und zwar nicht bloss nach der sachlichen, sondern schon auch nach der formellen

³⁸⁾ Vgl. die sozialistische Zeitschrift „Neue Zeit“ vom 12. 11. 1909 S. 242, 245; auch Loe w y, Archiv für Sozialwissenschaft 1906 S. 721 f.

³⁹⁾ Die ideale Anforderung an den Inhalt des Gesetzes möchte schon das *corpus juris canonici* — in c 2 D 4 — ausdrücken: *Erit lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporique conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.*

⁴⁰⁾ A n d r e a e, Beiträge zur Geschichte Katharinas II. 1912 S. 19—26. Die programmatische Erklärung der Kaiserin in der Instruktion für die Gesetzeskommission von 1767: „Gott verhüte, dass nach Beendigung unserer Gesetzgebung ein Volk auf Erden gerechter und folglich glücklicher sei als das unsrige. Der Zweck unserer Gesetze würde dann verfehlt sein, ein Unglück, das ich nicht zu überleben wünsche.“ Darüber die spöttischen Bemerkungen bei v. H a l l e r, *Restauration der Staatswissenschaft* 1816 I 176.

⁴¹⁾ Vgl. F i l a n g i e r i, *scienza della legislazione* 1780/1788, B e n t h a m, *introduction to the principles of moral and legislation* 1789 (dazu v. M o h l, *Geschichte u. Literatur der Staatswissenschaft*, III, 1858 S. 610—612). K. S. Z a c h a r i a e, *die Wissenschaft der Gesetzgebung* 1806. Dagegen erscheint 1837 eine „systematische Darstellung der Gesetzgebungskunst“ von G e r s t ä c k e r (sächsischer Advokat), der sich wiederholt mit diesen Fragen befasst hat. Bei den Franzosen finde ich gleichzeitig nur die „*confection des lois*“ behandelt. Unsere Zeit empfindet in der Handhabung des Rechtes in weiterem Masse das künstlerische Moment: Friedr. S t e i n spricht