

Schriften zur Rechtslehre

Heft 48

Zur Methode der Rechtsfindung

Von

Prof. Dr. Folke Schmidt



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

FOLKE SCHMIDT

Zur Methode der Rechtsfindung

Schriften zur Rechtslehre

Heft 48

Zur Methode der Rechtsfindung

Von

Prof. Dr. Folke Schmidt

Aus dem Schwedischen und Englischen übertragen
von Dr. Joachim Heilmann



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Gedruckt mit Unterstützung des Schwedischen
Staatlichen Rates für Sozialforschung, Stockholm**

Alle Rechte vorbehalten

© 1976 Duncker & Humblot, Berlin 41

**Gedruckt 1976 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61
Printed in Germany**

ISBN 3 428 09582 8

Inhalt

Vorwort zur deutschen Ausgabe	7
Richter und Rechtsanwendung	9
Regelfall, Parteiwille und Verschulden. Drei Richtlinien zur Vertragsauslegung	55
Das Abstraktionsprinzip im deutschen Recht. Überlegungen zum System des Bürgerlichen Gesetzbuchs	86
Das internationale Vertragsgesetz im Kontext seiner Vorlagen	113
Die <i>RATIO DECIDENDI</i> . Ein Vergleich dreier höchstrichterlicher Entscheidungen aus Frankreich, der Bundesrepublik Deutschland und den USA	158
Vermittlung, Prozeß und Verwaltungsmaßnahme: Drei Methoden der Entscheidungstätigkeit in Arbeitsstreitigkeiten	195
Gebundene und offene Argumente in der Rechtswissenschaft	216

Vorwort zur deutschen Ausgabe

Die in diesem Band vorgelegten Aufsätze und Beiträge aus den Jahren 1955 bis 1972 haben einen gemeinsamen Nenner, der ihre Zusammenfassung und Neuveröffentlichung rechtfertigen mag: sie alle beschäftigen sich — wenn auch in mehr oder minder vermittelter Form — mit der richterlichen Entscheidungs- und Begründungstätigkeit. Mit einer Ausnahme sind alle Beiträge in Englisch und fünf von ihnen überdies in Schwedisch erschienen, allerdings in für den deutschen Leser nur schwer zugänglichen Zeitschriften oder Sammelbänden, so daß auch dieser technische Umstand — abgesehen vom sprachlichen — eine Sammlung und Übersetzung nahelegte.

Das Hauptmotiv für eine deutsche Ausgabe liefert indessen ein inhaltlicher Aspekt. Seit meiner Studienzeit Ende der 20er und Anfang der 30er Jahre in Uppsala habe ich das deutsche Recht, seine Quellen, die Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung, mit Interesse verfolgt und auch, zumindest rechtsvergleichend, darüber gearbeitet. Seine überragende Rolle und sein starker Einfluß, vor allem der Pandektisten des ausgehenden 19. Jahrhunderts und des BGB, auf die kontinentaleuropäischen und in besonderem Maße auch die skandinavischen Rechtsordnungen, waren und sind in vieler Weise spürbar. Es ist kaum zu bezweifeln, daß die deutsche Jurisprudenz der Jahrhundertwende erhebliche Bedeutung für die Rechtsentwicklung in den „Zivilrechts“-Ländern hatte, d. h. dort, wo das Recht erst in kodifizierter Form seine klassischen Wirkungen entfaltet. In durchaus zwiespältiger Weise, nahezu mit einer Art „Haßliebe“ reagiere ich auf den noch heute fast unangefochten vorherrschenden begriffsjuristisch-dogmatischen Grundzug des deutschen Rechtsdenkens, dem ein gut Teil der folgenden Bemerkungen gewidmet sind. Der allein vom Rechtsbegriff deduzierenden Methode stelle ich eine sozialpositivistische Denk- und Arbeitsweise entgegen, die sich anhand historischer und gesellschaftlicher Fakten im weitesten Sinne um die Analyse von Regelungen bemüht, deren Besonderheiten keineswegs ausschließlich von Gerechtigkeitsidealen oder „reinen“ rechtspolitischen Zielen ableitbar sind. Mir scheint eine differenzierte Erfassung der weitverzweigten Ursachenreihen von Gesetzen, Gerichtsentscheidungen oder wissenschaftlichen Äußerungen von unschätzbarem Wert zu sein, selbst wenn dabei noch immer von einigen Kollegen der Vorwurf unwissenschaftlicher Abschweifung riskiert wird. Ein farbstarkes Beispiel für die oft genug

nichtjuristischen Hintergründe von Rechtsschöpfung liefern m. E. die internationalen Anstrengungen für gemeinsame Gesetzgebungsakte; hier stellen sich nationale, ökonomische und politische Sonderinteressen, Prestigefragen und allgemeine Wertungsunterschiede in besonders sinnfälliger Weise vor.

Die eigenen Veröffentlichungen in eine bestimmte Linie zu bringen oder den eigenen Standort kurz zu umreißen, ist wie jede Selbsteinschätzung kaum möglich, jedenfalls aber problematisch. Nur soviel läßt sich vielleicht sagen, daß mir die Hauptthese der Uppsalienser Schule, nach der die früheren, von den Mystizismen sog. primitiver Kulturen ausgehenden Rechtslehren für die Lösung moderner Gesellschaftsprobleme vollständig irrelevant seien, allzu glatt und unspezifiziert erscheint. Größere Sympathie hege ich für die Auffassung, daß die traditionellen Rechtsbegriffe wie „Rechte“ oder „Obligationen“ neu interpretiert und den Erfordernissen unserer Zeit angepaßt werden sollten.

Obgleich seit dem erstmaligen Erscheinen der Aufsätze viel Zeit vergangen ist und demzufolge manche der angeschnittenen Fragen neu zu stellen bzw. zu beantworten wäre, wurde die ursprüngliche Fassung durchgehend beibehalten. Die nach den Entstehungsdaten geordneten Beiträge sind in ihrem historischen Kontext als Produkte ihrer Zeit zu sehen und sollen ansatzweise eine Entwicklung aufzeigen, die nicht nur diejenige des Verfassers gewesen ist.

Mit dieser Ausgabe verbindet sich die Hoffnung, daß der deutsche Leser in den vorgelegten Stellungnahmen und Vorschlägen die zugleich anerkennenden und kritischen Gedanken auch gegenüber dem deutschen Recht in seinen drei auffälligsten Erscheinungsformen: Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, erkennen und günstigstenfalls teilen kann.

Stockholm 1975

Folke Schmidt

Richter und Rechtsanwendung*

„Vor allem wäre es eine Aufgabe der Rechtswissenschaft, uns durch eine sorgfältige Analyse . . . der richterlichen Entscheidungstätigkeit von heute eine genauere Vorstellung vom *officium iudicis* zu vermitteln, als es das juristische Schrifttum bisher vermochte.“

Richter *Wilhelm Sjörgen*, Tidsskrift för Rettsvitenskap (TfR) 1916, S. 335.

I.

In den letzten Jahren gab es in den skandinavischen Ländern eine lebhaft diskutierte Diskussion um die Methoden der Rechtsanwendung. *Agge, Ekelöf, Hult, Malmström, Strahl, Thornstedt* und *Welamson* — um nur einige der Schweden zu nennen — haben dazu wertvolle Beiträge geliefert und so eine Grundlage zur weiteren Auseinandersetzung geschaffen. Alle Teilnehmer an der Diskussion sind bisher davon ausgegangen, daß der Rechtsfindungsprozeß nicht als mechanischer Vorgang betrachtet werden sollte. Vielmehr haben sie einhellig der — früher fast unangefochtenen — Theorie, daß Gesetzesauslegung eine logische Anwendung bestimmter, dem positiven Recht innewohnender allgemeiner Begriffe sei, eine Absage erteilt. Ebenso wenig sehen sie das Hauptproblem darin, den wirklichen Willen des historischen Gesetzgebers herauszufinden. Als einer der aktivsten Teilnehmer an der Debatte hat *Ekelöf* betont, daß es in erster Linie darum gehe, den Zweck der gesetzlichen Vorschrift zu ermitteln. Seine Methode nannte er die der „teleologischen Auslegung“, eine inzwischen von anderen Autoren aufgegriffene Bezeichnung.

Der Verfasser dieses Beitrags hat im wesentlichen dieselbe Auffassung wie die meisten seiner skandinavischen Zeitgenossen, verweigert aber dem Etikett „teleologische Auslegung“ seine Zustimmung. Dies sollte nicht mißverstanden werden. Ich möchte nicht bestreiten, daß jeder Vorschrift ein vernünftiges Ziel zugrunde gelegt werden kann. Doch bedeutet es m. E. eine zu starke Vereinfachung, sich damit zu begnügen, in der Rechtsfindung nicht mehr als die Beantwortung der Frage zu

* Schwedisch in Festschrift für Nils Herlitz, Stockholm 1955, S. 263 - 298; englisch in *Scandinavian Studies in Law* 1957, S. 155 - 198.