

Zeitschrift: Bulletin / Vereinigung Schweizerischer Hochschuldozenten = Association Suisse des Professeurs d'Université
Herausgeber: Vereinigung Schweizerischer Hochschuldozenten
Band: 26 (2000)
Heft: 4

Artikel: Recht und Methode
Autor: Probst, Thomas
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-894188>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 26.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Conclusion

Le tournant du siècle sera sans doute pour nos Facultés une étape-clé. Même si la réforme des études restait un sujet classique mais peu inquiétant il y a quelques années, il a pris soudain une dimension nouvelle dans la mouvance de l'euro-péanisation et de la globalisation. Il est urgent que les Facultés de droit se rapprochent pour chercher, au-delà de ce qui peut et doit encore les distinguer, un fond commun facilitant notre intégration et la défense des positions que nous avons acquises.

L'accent doit être maintenu sur les branches traditionnelles, mais dans une perspective largement nouvelle. L'idée n'est pas d'exiger des connaissances approfondies dans tous les domaines, mais de savoir maîtriser les principaux problèmes sociaux et les grandes institutions mises en place pour les résoudre. Cela implique de chaque Faculté, de chaque enseignant(e) qu'ils acceptent de réduire la matière pour se résoudre à l'essentiel, qui est une dose sagement pondérée de connaissances et de méthode.

Pour le reste, la qualité des études ne peut être garantie par les règlements et les institutions; elle dépend de ceux et celles qui les dispensent. L'objectif prioritaire est dès lors de leur laisser le temps nécessaire à l'étude et la recherche, de leur fournir de bonnes conditions de travail et, par dessus tout, d'assurer à temps une relève de qualité. Nos Facultés ont bonne réputation; à vouloir défendre à tout prix leur autonomie contre les courants actuels, on risquerait de la leur faire perdre. Au détriment de tout le monde. Elles sont au contraire une chance pour le système universitaire suisse et, par celles et ceux qu'elles forment, pour la place et l'avenir de notre pays.

Recht und Methode

Thomas Probst

Einleitung

Zentrale Aufgabe des Rechts ist es, die Gesellschaft in ein möglichst kohärentes und konsistentes System von normativen Regeln einzubinden, welche menschliches Verhalten lenken und auftretende Konflikte zwischen Individuen im Rahmen eines geordneten Verfahrens einer Streitentscheidung zuführen. Tragender Leitgedanke des Rechts ist das Credo, dass Verhaltenslenkung und Konfliktregelung nicht von der Willkür einzelner Menschen, sondern von der übergreifenden Vernunft des Gesetzes bestimmt sein sollen. Mit andern Worten, *"not rule of men but rule of law"* ist der Tenor einer rechtsstaatlichen Ordnung.

Damit das Recht seine ordnungsstiftende Kraft in einer Gesellschaft sowohl mit der nötigen Effizienz als auch mit der erforderlichen Legitimation entfalten kann, bedarf es freilich der *Methode*, d.h. eines planmässigen Vorgehens, welches auf das allgemeine Ziel der Sicherstellung des sozialen Friedens ausgerichtet ist. Dieses planmässige Verfahren erfasst sowohl den Prozess des Schöpfens von Rechtsnormen, also die *Rechtssetzung*, als auch den Prozess des praktischen Umsetzens von Rechtsnormen, d.h. die *Rechtsanwendung*. Im folgenden sollen diese beiden Aspekte, welche für die Rechtsordnung von zentraler Bedeutung sind, kurz beleuchtet werden.

Rechtssetzung und Methode

Im modernen Rechtsstaat stellt das positiv gesetzte Recht die klar dominierende Rechtsquelle dar. Diese Dominanz staatlich gesetzten Rechts erklärt sich dadurch, dass aufgrund des raschen sozialen, technischen und wirtschaftlichen Wandels der Gesellschaft andere Rechtsquellen, namentlich gewohnheitsrechtliche Regeln oder richterrechtliche Regeln (*modo legislatoris*) nur noch punktuell in der Lage sind, das (sich oft relativ kurzfristig manifestierende) Bedürfnis nach verhaltenslenkenden und streitentscheidenden Regeln zu befriedigen. Infolgedessen ist der heutige Rechtsstaat durch den Erlass einer ständig zunehmenden Zahl von Gesetzen und Verordnungen im Rechtssetzungsverfahren geprägt, von denen auch der belesenste Jurist keine umfassende Detailkenntnis mehr hat.

Auch wenn das Rechtssetzungsverfahren durch einschlägige Bestimmungen methodisch klar strukturiert ist und die Verfahrensabläufe ihre Tauglichkeit im Laufe der Zeit unter Beweis gestellt haben, so stösst doch die Rechtssetzungsmethode im modernen Rechtsstaat teilweise auf ihre Grenzen, die sowohl die *Kohärenz* als auch die *Effizienz* und den *Nutzen* der Rechtssetzung negativ beeinflussen können. Einige Bedeutung kommt dabei dem Faktor Zeit zu. So gilt auch in der Rechtssetzung der lapidare Grundsatz "gut Ding will seine Weile haben": Die Ausarbeitung eines qualitativ guten Gesetzes nimmt einige Zeit in Anspruch. Diese Zeit gönnt sich freilich der Gesetzgeber nicht immer, da er sich manchmal unter dem Druck zeitgenössischer Schnelligkeit zu einer zu behenden Gesetzgebung verleiten lässt, deren Qualität dann kaum noch zu überzeugen vermag.

So hat der Bundesgesetzgeber im Zusammenhang mit dem (vom Volk schlussendlich verworfenen) Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum, um das nationale Recht an die einschlägigen Direktiven der EG anzupassen, einen so raschen Gesetzgebungsrhythmus angeschlagen, dass eine sorgfältige Integration des Gehaltes der EG-Direktiven in das nationale Recht nicht möglich war. Für das Privatrecht hat dies zu einer wenig erfreulichen Nebengesetzgebung geführt, die zum Kernprivatrecht des Zivilgesetzbuches und vor allem des Obligationenrechts in einem unbefriedigenden dogmatischen und stilistischen Spannungsverhältnis steht, welches die Kohärenz des Privatrechts gefährdet. Aus heutiger Sicht sind daher Gesetze wie das Konsumkreditgesetz oder das Pauschalreisegesetz als gescheiterte Versuche einer Gesetzgebung im Schnellzugstempo zu werten, die hoffentlich keine weitere Nachahmung finden werden.

Es gibt allerdings auch das gegenteilige Phänomen, wo der Gesetzgeber sich mehrere Jahrzehnte Zeit lässt für eine Gesetzesrevision (so z.B. für die Revision des Aktienrechts) und die gemächliche legislatorische Gangart dann dazu führt, dass die ursprünglichen Revisionsziele an die inzwischen bereits wieder veränderte Problemlage angepasst werden müssen. Auch ein solches Vorgehen kann einer kohärenten Gesetzgebung abträglich sein. Sodann kommt es zum Teil vor, dass der Gesetzgeber eine erkannte Problematik mehr oder weniger lange vor sich herschiebt, ohne zu einer Problemlösung zu gelangen, weil die geteilten politischen Meinungen sich im wesentlichen damit begnügen, eine ihnen nicht genehme Regelung zu verhindern, ohne Hand zu einer innovativen Problemlösung zu bieten. Als Beispiel hierfür kann man den Krebsgang der Revision des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege anführen, wo der Gesetzgeber bisher keine überzeugende Antwort auf die chronische Überlastung unseres höchsten Gerichtes gefunden hat, obschon die negativen Auswirkungen auf die Qualität der Rechtsprechung bekannt sind.

Dass ein gut eingespieltes Rechtssetzungsverfahren noch keine qualitativ hochstehenden Gesetze garantiert, ergibt sich auch aus einer gewissen Eigendynamik, welche die Gesetzgebung teilweise entfaltet. So wird trotz ständig anschwellender Gesetzesflut kaum je die Frage nach dem *Grenznutzen* eines zusätzlichen Gesetzes bzw. einer Gesetzesrevision aufgeworfen. Stattdessen geht der Gesetzgeber stillschweigend davon aus, dass jede neue oder revidierte Gesetzesbestimmung per se einen positiven Beitrag zur Sicherung des sozialen Friedens leistet. Indessen lehrt eine ökonomische Betrachtungsweise, dass mit zunehmender Gesetzesflut der Grenznutzen jedes zusätzlichen Gesetzes *abnimmt* und irgendwann *negativ* wird. Auch wenn sich für eine Rechtsordnung als Ganzes kaum konkret sagen lässt, ab welcher Gesetzesdichte der Grenznutzen eines zusätzlichen Gesetzes negativ wird, so finden sich doch Beispiele von neuen oder revidierten Gesetzesbestimmungen deren Nutzen als negativ zu veranschlagen ist.

Ein Beispiel katexochen bildet die Revision des legendären und rechtsvergleichend viel beachteten Artikels 1 Abs. 2 ZGB, der aus der Feder Eugen Hubers stammt, des grossen Schöpfers unseres Zivilgesetzbuches, und während über neunzig Jahren seinen wegweisenden Charakter unter Beweis gestellt hat. Er formulierte Art. 1 Abs. 2 folgendermassen: "Kann dem Gesetz 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"¹.

1999 hielt es der Gesetzgeber - offenbar im Bemühen um sprachliche "*political correctness*" - für erforderlich, im Rahmen der Revision des Scheidungsrechts nebenbei die deutsche Fassung des Artikels wie folgt neu zu formulieren: "Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll *das Gericht* nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die *er* als Gesetzgeber aufstellen würde". Einmal abgesehen von der grammatikalisch missglückten Neuformulierung² sowie der Tatsache, dass die romanischen Texte weiterhin von "*le juge*" bzw. "*il giudice*" sprechen, mag man sich fragen, worin der gesellschaftliche Nutzen liegt, wenn der Gesetzgeber den "Richter" zum "Gericht" und das "richterliche" Ermessen zum "gerichtlichen" Ermessen mutieren lässt³.

Zudem hätte man sich für das Werk eines der grössten Juristen der Schweiz, dessen klare und einfache Gesetzessprache des ZGB als beispielhaft gilt, wohl etwas mehr gesetzgeberischen Respekt gewünscht. Männiglich wird sich immerhin mit der Einsicht trösten: "Glücklich ein Staat, dessen Gesetzgeber keine anderen Probleme mehr zu lösen hat, als stilistische Korrekturen an bewährten Gesetzestexten vorzunehmen".

Rechtsanwendung und Methode

Noch wichtiger als für die Rechtsetzung ist die Methode für das Gebiet der *Rechtsanwendung*. Angesichts ihrer *generell-abstrakten* Formulierung wendet sich eine Rechtsnorm naturgemäss an eine unbestimmte Anzahl von Personen und erfasst eine unbestimmte Anzahl von Sachverhalten. Daher ergibt sich aus dem allgemein und abstrakt umschriebenen Tatbestand einer Rechtsnorm für einen konkreten Sachverhalt nicht ohne weiteres eine schlüssige Lösung.

Schon O. W. Holmes stellte fest: "*general propositions do not decide concrete cases*". Es bedarf also der *richterlichen Auslegung* des Gesetzes, um aus dem Gesetzestext die Lösung für einen konkreten Streitfall abzuleiten. Dies impliziert allerdings, dass die Auslegung von Rechtsnormen gewissen methodischen Regeln unterworfen ist, falls der Gedanke des "*rule of law, not rule of men*" tatsächlich verwirklicht werden soll. Wäre nämlich der Richter frei, Beliebiges in das Gesetz hineinzulesen, so würde nicht mehr das Gesetz, sondern er selber herrschen.

Aus diesem Grunde haben sich in Lehre und Rechtsprechung seit langer Zeit gewisse Regeln herausgebildet, welche den Auslegungsvorgang zu ordnen und rationalisieren versuchen. So hat nach den *vier klassischen Auslegungsregeln*, die auf Savigny zurückgehen, der Interpret zunächst den *Wortsinn* einer Gesetzesregel anhand einer *grammatikalischen* Auslegung des Textes zu eruieren. Dieser Wortsinn des Gesetzes ist anschliessend mit den Ergebnissen anderer Auslegungsregeln zu konfrontieren. So wird unter Umständen der grammatikalische Wortsinn im Rahmen einer *systematischen* Auslegung, welche die zu interpretierende Gesetzesnorm in ihrem *Kontext* mit anderen Gesetzesbestimmungen zu verstehen versucht, bestätigt oder relativiert. Wertvolle Einsichten kann sodann auch die *teleologische* Auslegung liefern, welche nach dem *Sinn und Zweck* einer Gesetzesnorm fragt und versucht, diesem bei der Interpretation der Gesetzesbestimmung gebührend Rechnung zu tragen. Von Bedeutung ist schliesslich auch die *historische* Interpretation, welche eine Gesetzesbestimmung aus ihrer historischen Genese heraus zu verstehen trachtet.

Im Lichte dieser vier Gesichtspunkte lässt sich anschliessend ein sachlicher Entscheid darüber fällen, ob der Wortsinn des Gesetzestextes seinem massgeblichen Rechtssinn entspricht, oder ob allenfalls der Gesetzgeber den Rechtssinn im Gesetzestext nur ungenügend bzw. unklar zum Ausdruck gebracht hat. So kann es durchaus sein, dass eine Gesetzesbestimmung, welche zur Mitfinanzierung des Strassenbaus "Motorfahrzeuge" mit einer speziellen Steuer belegt, keine Anwendung auf "Motorfahräder" findet, da diese nach dem Rechtssinn der Bestimmung nicht erfasst sein wollen, obschon sie unter den Wortsinn fallen.

Auch wenn die juristische Methodenlehre mit ihren Auslegungsregeln dazu beiträgt, den Auslegungsvorgang zu verobjektivieren, so bleibt doch letzten Endes, vor allem in Grenzfällen, ein gewisser subjektiver Spielraum bestehen, welcher vom Richter nach bestem Wissen und Gewissen auszufüllen ist. Hierin bestätigt sich letztlich die banale Erkenntnis, dass die Rechtswissenschaft nicht eine *scientia*, sondern eine *prudentia* ist.

Schlussfolgerung

Das Recht und die ihm sich widmende Rechtswissenschaft sind, sowohl was die Rechtssetzung als auch was die Rechtsanwendung betrifft, eng mit der Idee der Methode verbunden. Nur ein planmässiges, geordnetes und vor allem sorgfältig überlegtes Vorgehen im Rahmen der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung vermögen den Anforderungen eines Rechtsstaats zu genügen. Je komplexer das gesellschaftliche Umfeld wird, und je dynamischer sich die Gesellschaft in diesem Umfeld entwickelt, um so wichtiger aber auch schwieriger wird es für das Recht, nicht zum Spielball momentaner politischer Launen zu werden. Das Recht sollte sich daher stets seiner eigenen Grenzen aber auch seiner tragenden Grundwerte bewusst sein, um sich nicht in stilistischer Kosmetik zu verlieren, sondern um die grossen Probleme unserer Zeit befriedigend zu bewältigen.

¹ Vgl. AS 1999 I 1118, 1143

² Dieser Fehler wurde später durch eine Umwandlung des maskulinen "er" in ein neutrales "es" behoben.

³ Da nach dieser neuen gesetzlichen Sprachregelung die "Person" zur "Behörde" wird, d.h. der "Einzelrichter" bzw. die "Einzelrichterin" zum "Einzelgericht" avanciert, bleibt zu hoffen, dass der "Parlamentarier" bzw. die "Parlamentarierin" nicht fortan als "Einzelparlament" bezeichnet werden müssen, da die Vorstellung von 246 "Einzelparlamenten", die im Parlament Einsitz nehmen, den Bürger wohl etwas an der Vernunft der Sprache zweifeln liesse.