Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 72 (1953)

Artikel: Der Richter als Gesetzgeber : zu einem neuen Buche

Autor: Vischer, Frank

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896100

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: 15.07.2025

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

Der Richter als Gesetzgeber

Zu einem neuen Buche.

Von Dr. Frank Vischer,
Privatdozent an der Universität Basel

Egger hat vor nicht langer Zeit ausgesprochen: «Die einst so lebhaft geführten methodologischen Diskussionen sind wie in der ausländischen so auch in der schweizerischen Literatur zumeist verstummt. Sie müssen wieder aufgenommen werden. Auch in unserem Land vollzieht sich die Rechtsfindung nicht einheitlich. Die verschiedene Einstellung zum Gesetz zeitigt aber verschiedenartige Urteile. Jede Generation muß sich Rechenschaft über diese grundlegenden Fragen ablegen.» (Kommentar zum Vormundschaftsrecht, 1948, S. 10.)

Der Wunsch Eggers ist nicht unerfüllt geblieben! Die methodologische Diskussion hat wohl nicht zufällig gerade in den letzten Jahren eine starke Belebung erfahren. Es sei nur an die verschiedenen grundlegenden Arbeiten von Prof. O. A. Germann und Prof. A. Simonius, an die Abhandlungen von Karl Spiro über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des Obligationenrechtes und von Hans Dubs über die Praxisänderung sowie an die vorzügliche Darstellung der Bundesgerichtspraxis in ihrer Einstellung zu den Gesetzeslücken von Claude Du Pasquier erinnert. Wenn auch festgestellt werden darf, daß die Ansichten bezüglich der hauptsächlichsten Fragen nicht mehr dermaßen stark auseinandergehen wie noch zur Zeit der Schaffung von Art. 1 ZGB, so ist die Diskussion doch keineswegs erschöpft. Dies zeigt vor allem auch die Habilitationsschrift von Arthur Meier-Hayoz, die den Titel trägt: «Der Richter als Gesetzgeber» (Zürich, Juris-Verlag, 1951).

Die Arbeit enthält, wie der Verfasser sich im Untertitel ausdrückt, «eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäß Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches». Es geht Meier-Hayoz somit in erster Linie um die vornehmlich vom Bundesgericht bei der Feststellung und Ausfüllung von Gesetzeslücken befolgten Verfahrensgrundsätze, also um die eigentlichen methodologischen Fragen, weniger demgemäß um die Bewertung der bei der Lückenfüllung erzielten Ergebnisse und nur in zweiter Linie um die in der Rechtsprechung zum Ausdruck gelangenden gesetzespolitischen Erwägungen.

Die hauptsächlichste Fragestellung behandelt M.-H. im zweiten Teil seiner Arbeit. Ein erster Teil schafft die Grundlagen, in dem darin nach den Absichten, die der historische Gesetzgeber in Art. 1 verfolgte und gleichzeitig nach der Aufnahme, Würdigung und Auslegung, die diese Gesetzesvorschrift in der Rechtswissenschaft gefunden hat, gefragt wird. Ein dritter Teil enthält die Würdigung nicht nur der Doktrin und Praxis, sondern auch der Frage, ob es richtig war, daß der Gesetzgeber die Frage der Gesetzesergänzung behandelte, und ob die Art und Weise, wie der Gesetzgeber sie behandelte, zufriedenstellend ist.

Im vorbereitenden ersten Teil finden wir wohl als wichtigsten Beitrag einen umfassenden, mit lobenswerter Vollständigkeit zusammengestellten Überblick über die Ansicht vor allem der gewichtigsten schweizerischen Autoren über das Lücken- und Auslegungsproblem. Beide Fragenkomplexe hängen bekanntlich sehr eng zusammen; denn von der Wahl der Auslegungsmethoden hängt der Bestand und der Umfang des Lückenbereiches ab. Das uns von M.-H. dargebotene Bild läßt die weitgehende Übereinstimmung der Ansichten erkennen. Im Widerstreit des Lückenlosigkeitsdogmas («lex semper loquitur») und der Freirechtslehre vertritt die schweizerische Doktrin fast

einmütig den vom Gesetzgeber erstrebten Ausgleich. Das Gesetz bindet den Richter. Es findet auf alle Fragen Anwendung, auf die es nach Wortlaut und Auslegung eine Antwort enthält. Gleichzeitig wird aber die Lückenhaftigkeit des Gesetzes und damit ein Bereich freier Rechtsfindung anerkannt. Es hätte wohl den Rahmen der Arbeit gesprengt, wenn M.-H. auf die grundsätzliche Bedeutung zukommende Frage der Möglichkeit einer ausnahmsweisen Befreiung des Richters von der Bindung an das Gesetz näher eingegangen wäre. Das Problem ist bekanntlich besonders in Deutschland von neuem aufgeworfen worden und wird wohl von Art. 1 Abs. 2 ZGB endgültig nicht beantwortet. (Vgl. hierzu O. A. Germann, Zur Überwindung des Positivismus, 100 Jahre Schweizer Recht, Jubiläumsausgabe der ZSR 1952, S. 125 ff.)

Bei der Gesetzesauslegung hat sich fast durchwegs die wertkritische Methode eingebürgert, die Auslegung nach der *ratio legis*. Sie verbürgt dem Richter ein Maximum an Freiheit und ermöglicht eine zeitgemäße Sinngebung des Gesetzes. Der Richter hat sich von der Ansicht des historischen Gesetzgebers freizumachen und sich an den gesetzlichen Wertungen und Zwecken zu orientieren, wenn auch, wie M.-H. eingehend darlegt, die Herbeiziehung der Materialien als Hilfsmittel zum richtigen Verständnis des Gesetzes, vor allem auch zur Feststellung seiner Grenzen und zur Wahrung der Kontinuität der Gesetzesauslegung im Interesse der Rechtssicherheit keineswegs gänzlich abzulehnen ist.

Wo dem Gesetz durch Auslegung eine Antwort nicht entnommen werden kann, soll der Richter eine Lücke feststellen und ausfüllen, wie wenn er als Gesetzgeber zur Regelung des Falles berufen wäre. Grundsätzlich werden zwei Arten von Lücken unterschieden: die sog. offenen (eigentlichen) und die sog. verdeckten (uneigentlichen) Lücken. Eine offene Lücke liegt vor, wenn der Gesetzestext zu eng ist, um einen zu beurteilenden Fall darunter subsumieren zu können. Eine verdeckte Lücke ist anzu-

nehmen, wenn die formale Subsumtion des Falles unter den Gesetzestext zwar möglich, das Ergebnis aber unsinnig, der ratio legis widersprechend erscheint, sehr oft, weil die Gesetzesregelung zu weit und zu allgemein ist und die erforderliche Ausnahme nicht vorgesehen wurde. («Ausnahmelücke.») Es ist offensichtlich, daß die zuletzt genannten Lücken die problematischeren sind. Ihre Feststellung setzt eine wertkritische Haltung des Richters dem Gesetzgeber gegenüber voraus. Die Feststellung der Lücke erfolgt nicht durch logische Gedankenoperation, sondern durch Inbetrachtziehen des «droit désirable». Wir befinden uns hier, wie Du Pasquier mit Recht feststellt, am Schnittpunkt der erlaubten Lückenausfüllung und des allgemein abgelehnten «contre-legem»-Judizierens. Die Doktrin anerkennt beide Lückenarten als gleichwertig; die Unterscheidung spielt aber, wie wir sehen werden, eine nicht unwesentliche Rolle in der Praxis.

In der Aufforderung an den Richter, die Lücke dem Gesetzgeber gleich auszufüllen, ist, wie M.-H. feststellt, zweierlei enthalten: Einmal der Befehl, im Interesse der Rechtsgleichheit nach einer «generellen» Regel den Entscheid zu treffen, und nicht bloß in kasuistischer Methode eine dem Tatbestand allein angemessene, befriedigende und billige Lösung zu finden. Dann aber auch die Ablehnung interpretatorischer Scheinbegründung, der Vertuschung der Lücken durch Gesetzes- und Tatbestandsfiktionen. Die gesetzliche Wertung hat der Richter auch dort zu beachten, wo sie nicht direkt Anwendung findet. In diesem Sinn unterstreicht M.-H. die Doktrin, die für das richtig verstandene Analogieverfahren — unter Ablehnung formal juristischer Betrachtungsweise — eintritt. Die im Gesetz aufgezählten Hilfsmittel, M.-H. betont mit Recht, daß die Aufzählung nicht abschließend ist, und redet vor allem der Rechtsvergleichung das Wort, werden im allgemeinen als «bloß unverbindliche Wegweiser» verstanden. Fraglich ist dies in der Schweiz nur mit Bezug auf die «bewährte Praxis». Aus dem Gebot nach Auffindung einer generalisierenden Regel ist

zu folgern, daß der vom Richter in freier Rechtsfindung aufgefundene Rechtssatz auch für künftig gleichartige Fälle gelten soll. Mit Recht folgt M.-H. der neuern Tendenz in der Doktrin, die vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit eine wenn auch nur beschränkte Verbindlichkeit der bundesgerichtlichen Präjudizien verlangt.

Was hat die Praxis mit Art. 1 angefangen? M.-H. stellt fest, daß von der nach Ansicht des historischen Gesetzgebers in Art. 1 ZGB sanktionierten Richterfreiheit in der Rechtsprechung nicht viel zu spüren ist. Zwar habe der Richter in zahlreichen Fällen Gebrauch von seiner Kompetenz zur Ergänzung des Gesetzes gemacht — rege mäßig aber ohne sich ausdrücklich auf Art. 1 zu stützen. Auf Grund eines großen Materials kommt M.H. zum Ergebnis, daß neben der gesetzgeberischen Methode andere Verfahren eine unerwartet große Rolle gespielt haben. «Statt nach der Art des Gesetzgebers eine offene Abwägung der Interessen vorzunehmen, erfolgte die Begründung eines Ergebnisses oft durch Fiktionen von Rechtssätzen oder Tatbeständen. Eine im Gesetz nicht vorhandene Norm wurde als darin festgelegt fingiert, oder ein nicht verwirklichtes Tatbestandselement wurde als realisiert vorausgesetzt. Dann und wann unterließ es der Richter, eine bestehende Lücke durch Bildung einer Regel auszufüllen und begnügte sich mit der Feststellung einer für den konkret zu entscheidenden Fall möglichst angemessenen Lösung. Schließlich nahm er häufig Zuflucht zu Präjudizien, und zwar in der Weise, daß sie selbständige Erwägungen nicht etwa nur unterstützten, sondern überflüssig machten.» (S. 203.)

Welches sind die Gründe dieser Praxis? Einmal erklärt eine gewisse Ehrfurcht vor dem Grundsatz der Gewaltentrennung und der Nichtrückwirkung der Gesetze — beide Axiome werden streng doktrinär gesehen durch die richterliche Lückenausfüllung verletzt — den Wunsch der Gerichte, innerhalb des Bereiches der Gesetzesauslegung zu verbleiben. Dann ist es der Befehl, bei der Lückenausfüllung im Sinne des Gesetzgebers eine generelle Regel auf-

zustellen, sich also auch für die Zukunft zu binden, der die von M.-H. gerügte Praxis hervorruft: «Lorsque c'est possible», stellt Du Pasquier (Les lacunes de la loi et la jurisprudence du TFS sur l'art. 1er CCS 1951, S. 28) fest, «plutôt que d'emboucher la trompette assez sollennelle de l'art. 1er, al. 2, elle (la haute cour) préfère s'en tirer ‚avec les moyens du bord', c'est-à-dire par les procédés usuels d'interprétation. Le cas échéant, il serait en effet plus aisé de modifier ultérieurement une interprétation qu'une règle quasi-législative. Et le juge, mieux que personne, sait que l'avenir ne lui appartient pas.»

Wenn in der Praxis von der in Art. 1 Abs. 2 sanktionierten Richterfreiheit nur wenig zu verspüren ist, so ist diese Zurückhaltung wohl in erster Linie auf die Sorge um die Rechtssicherheit zurückzuführen. Dies kommt mit besonderer Deutlichkeit bei den in sog. uneigentlichen Lücken betreffenden Entscheiden zum Ausdruck. Du Pasquier (S. 19 ff.) stellt fest, daß die Entscheide, die von einer teleologischen Konzeption der Lücken ausgehen, vorwiegend aus den Jahren vor 1935 datieren, während in neuerer Zeit eine zurückhaltendere Praxis zu beobachten ist (vgl. z.B. BGE 51 II 430, 60 II 185 und 74 II 109). «Ne serait-ce point que les esprits ont évolué? Après la période d'euphorie judiciaire au cours de laquelle les tribunaux se sont pénétrés de leur rôle ‚constructif', n'a-t-on pas eu l'impression en voyant à l'étranger la marée montante des régimes arbitraires dès 1933, que l'autorité de la règle légale était encore le meilleur rempart de la liberté dans un Etat de droit? N'a-t-on pas éprouvé quelque vertige en constatant où pouvaient mener les déviations qui nous détourneraient d'une respectueuse déférence à l'égard des textes?» (S. 21.)

Wir suchen nach Erklärungen für die von M.-H. angeführte Praxis des Bundesgerichts bei der Lückenfüllung nicht deshalb, weil wir die Berechtigung der Kritik bestreiten, sondern weil gerade die tiefern Gründe, die sich auf die Wahl der Verfahrensgrundsätze auswirken, uns gegen-

über den Reformvorschlägen M.-H. etwas skeptisch machen.

M.-H. macht für die kritisierten Fragwürdigkeiten der Praxis weitgehend den Text von Art. 1 Abs. 2 verantwortlich. «Mit dem Rechtssatz, der Richter habe bei Fehlen einer gesetzlichen Vorschrift nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, ist zu wenig und zu viel gesagt. Zu wenig deswegen, weil der Richter mit der Verweisung auf das vom Gesetzgeber befolgte Verfahren nur eine sehr unbestimmte Antwort erhält. Die Frage, wie denn eigentlich ein Gesetzgeber verfährt, bleibt offen und ist doch in hohem Maß der Präzisierung bedürftig. Zu viel deswegen, weil der Richter unmöglich genau gleich verfahren kann wie der Gesetzgeber, sondern nur mutatis mutandis. Denn bei der richterlichen Lückenfüllung handelt es sich stets um Einfügung eines Rechtssatzes in ein bestehendes Ganzes und nicht wie in der Regel beim Gesetzgeber um die vollständige Neuschaffung eines Ganzen.» (S. 252 ff.)

M.-H. hofft deshalb, die bei der Lückenfüllung bestehenden Unsicherheitsfaktoren durch die Aufzeigung der Bindungen zu eliminieren. Er schlägt vor, die vom Richter bei seiner quasi-gesetzgeberischen Tätigkeit zu befolgenden Verfahrensvorschriften gesetzlich zu verankern. So will M.-H. in einem Absatz 3 des Art. 1 ZGB den Richter auf die Bedeutung der engen Gebundenheit an das positive Recht durch Erwähnung des Analogieverfahrens und der «aus dem Geist der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze» hinweisen. («Bei der Lückenfüllung wendet er [der Richter] die für ähnliche Verhältnisse gegebenen gesetzlichen Vorschriften in entsprechender Weise an und läßt sich durch die aus dem Geist der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze leiten.») In einem Absatz 4 des Art. 1 soll die Bedeutung der Präjudizien umrissen werden. Die bundesgerichtlichen Präjudizien werden grundsätzlich als bindend angesehen. Der Richter darf von ihnen nur abweichen, «wenn besondere Gründe es rechtfertigen». End-

lich schlägt M.-H. vor, in einem Absatz 5 die Hilfsmittel neu zu umschreiben: «Bewährte Lehre und Überlieferung beraten ihn; durch Vergleichung mit fremdem Recht läßt er sich anregen».

Die Vorschläge werden, was ihren Inhalt anbelangt, allgemein Zustimmung finden. Sie enthalten eine wohlformulierte Präzisierung der Methodenfrage. Fraglich erscheint nur, ob eine Neufassung von Art. 1 ZGB überhaupt geeignet ist, die von M.-H. mit Recht kritisierten Uneinheitlichkeiten und Fragwürdigkeiten der Praxis zu beheben. Diese beruhen wohl kaum in erster Linie auf Mißverständnissen und Unklarheiten bezüglich der prinzipiellen Bedeutung von Art. 1 ZGB oder auf der Unkenntnis, was unter der Aufforderung, dem Gesetzgeber gleich die Lücke zu füllen, zu verstehen sei. Die Gründe liegen, wie wir andeuteten, tiefer. Wir hegen deshalb einige Zweifel, ob mit einer Neuformulierung von Art. 1 Abs. 2 viel gewonnen würde. M.-H. verkennt zudem selbst nicht, daß gerade die freie richterliche Rechtsfindung gemäß Art. 1 Abs. 2 ZGB eine Kunst ist, die mit Regeln nur schwer zu unterstützen ist. Ganz allgemein möchten wir die Frage zur Diskussion stellen, ob es nicht grundsätzlich richtiger ist, die Regelung der Methodenfrage im einzelnen der Doktrin zu überlassen und sie nicht gesetzlich zu verankern, besonders im Hinblick darauf, daß wir es hier mit einer Materie zu tun haben, zu der jede Generation neu und grundsätzlich Stellung nehmen muß.

Zum Schluß sei noch bemerkt, daß M.-H. auch eine Erweiterung des Art. 4 ZGB vorschlägt. Dieser Artikel umreißt bekanntlich die Bedeutung des richterlichen Ermessens in einschränkender Weise, indem eine Entscheidung unter Berücksichtigung der Billigkeit nur für die Fälle vorgesehen ist, in welchen das Gesetz auf das Ermessen, auf die Würdigung von Umständen oder auf wichtige Gründe verweist. Als das Wesen des Ermessensentscheides wird die Erzielung eines billigen Ergebnisses im Einzelfall, also ein kasuistisches individualistisches Vorgehen, ange-

sehen. Der Ermessensentscheid steht deshalb im Gegensatz zu dem im Art. 1 ausgesprochenen Gebot, eine prinzipielle Regel zu schaffen. Wie Germann (Zur Problematik des Ermessensentscheides, Festschrift E. Ruck 1952, S. 173 ff., bes. S. 185) mit Recht feststellt, ist zwar zwischen den Methoden bei den Ermessensentscheiden und denjenigen der ergänzenden Rechtsfindung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB wie auch zwischen den Fällen und Fallgruppen, für die sie bestimmt sind, eine scharfe Grenze kaum zu ziehen. Trotzdem glauben wir nicht, daß es richtig wäre, M.-H. folgend, die gesetzlich vorgesehene Beschränkung durch Einfügung des Wortes «insbesondere» aufzuheben und den Ermessensentscheid grundsätzlich auch anzuerkennen, wo ihn das positive Recht ausdrücklich oder doch offenkundig nicht vorsieht. Gewiß denkt M.-H. in erster Linie an weitere, in Art. 4 nicht genannte Fälle der Auslegung (z.B. Auslegung von Generalklauseln), die ein kasuistisches Vorgehen nach dem Prinzip der Billigkeit erheischen. Ein gewisses Maß von Billigkeit wird auch bei der richterlichen Lückenfüllung im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 am Platze sein. Die ausdrückliche Aufhebung der in Art. 4 normierten Schranke wäre aber doch wohl für manchen Richter eine große Versuchung, sich auch bei der eigentlichen Lückenfüllung gemäß Art. 1 Abs. 2 ZGB dem nicht ohne Schwierigkeit zu erfüllenden Gebot nach Auffindung einer generellen Regel zu entziehen und eine allein auf dem konkreten Fall zutreffende und billige Lösung finden. Der Rechtssicherheit wäre damit sicherlich nicht gedient.

Die kurze Übersicht und die wenigen Bemerkungen sollen zeigen, welche Fülle von Anregungen und grundsätzlichen Betrachtungen sich in der bedeutenden Schrift von M.-H. findet. Jeder, der sich mit den grundsätzlichen Methodenfragen beschäftigt — und kein seine Aufgabe ernst nehmender Jurist kann sich dieser Aufgabe entziehen —, wird mit großem Gewinn zu diesem Buch greifen müssen.