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: 93 (1974)

Artikel: Das Gesetz im Recht

Autor: Troller, Alois

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896370

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: 02.07.2025

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

ALOIS TROLLER

Das Gesetz im Recht

I. Der Sinn dieser Studie

Seit mehreren tausend Jahren wurden Gesetze in Worten geformt und in Schriftzeichen festgehalten, um der Rechtsordnung Sicherheit und Bestand zu geben.

Seit dem Altertum bis heute haben Denker über das Wesen und die Aufgabe der Gesetze geschrieben. Wir können das Schrifttum zu diesem Thema praktisch nicht mehr bewältigen. Ist es nicht sinnlos, trotzdem das Verhältnis des Gesetzes zum Recht abermals zu bedenken?

Wäre alles schon gesagt, was wir heute uns zu diesem Thema überlegen, so müßten wir dennoch erneut die Fragen stellen und sie aus unserer Überzeugung heraus beantworten. Kein hörendes oder lesendes Nachvollziehen führt Geist und Seele so nah zur Sache wie das Bemühen um die eigene Aussage. Erst dann, wenn wir aus unserer heutigen Sicht Gesetz und Recht betrachten, bemerken wir, daß manches, was früher wichtig schien, uns kaum noch der Rede wert ist. Probleme, die heftig umstritten waren, wie das Verhältnis von Naturgesetz und Gesetz im Rechtssinn, erhalten eine andere Bedeutung und Lösung. Die Frage, ob wir Gesetze erlassen oder darauf verzichten sollen, ist heute sinnlos. Nicht ob wir Gesetze benötigen, haben wir zu prüfen, sondern nur, welche Rolle sie in der Rechtsordnung spielen. Die These von der Lückenlosigkeit der Gesetze findet keine Anhänger mehr. Auch der vermeintliche Widerspruch zwischen dem positiven Gesetz und einem transzendenten Naturrecht, das Vorbild sein könnte, kann nur noch wenige erregen.

Nach wie vor bedrängt uns hingegen die Frage, ob wir dem

Gesetz Gehorsam schulden, das wir als ungerecht ablehnen, ob wir es als Richter oder als Private mißachten dürfen. Es geht dabei um den Wert der Ordnung, um die Herrschaft der Mehrheit über die Minderheit oder um die Unterdrückung der Mehrheit durch eine gewalttätige Minderheit. Die Vertreter der Ordnung haben Auskunft zu geben, ob und in welchem Ausmaß sie ein Widerstandsrecht anerkennen. Richter und Private können dem persönlichen Entscheid nicht ausweichen, ob sie bereit sind, wegen ihrer individuellen Überzeugung, die sich über Gesetze empört, zu leiden und zu sterben.

Ich betrete hier diesen Problemkreis nicht. Er erfaßt nicht nur das Gesetz, sondern die Stellung des Individuums in der geordneten Gesellschaft und die Rolle der politischen Macht im allgemeinen.

Die Rechtsphilosophen und Rechtstheoretiker geben sich meistens mit dem Gesetz als hoch entwickelter juristischer Denkform ab. Sie statten es mit dem reichen Bedeutungsgehalt aus, den die abendländische Rechtswissenschaft ersonnen hat. Es erscheint in den Auseinandersetzungen als ein von den Menschen autonom erdachtes Gebilde. Dieses läßt den Diskussionen freien Entfaltungsraum. Das Unvermeidliche und Selbstverständliche wird erst auf komplizierten theoretischen Umwegen wieder begriffen, so das Vorverständnis als Grundlage jeder Gesetzesinterpretation. Topisches und Systemdenken werden als Gegensätze betrachtet, als ob ihr Zusammenwirken fragwürdig wäre und sie nicht von jeher gemeinsam das Rechtsdenken in der Praxis bestimmt hätten. Das Gesetz wird als reine Sollensanordnung dem Sein gegenübergestellt, als ob es in einem daseinsfernen Denkraum sich konzipieren ließe. Weil die zwingende, selbst wirkende Kausalität zwischen der menschlichen Natur und der menschlichen Existenz in ihrer jeweiligen Formung einerseits und dem Gesetz anderseits nicht besteht, wird das Gesetz als Werk der «sittlichen Vernunft» gelehrt. Noch viele andere Thesen, an denen der Scharfsinn der Theoretiker sich verfeinert, beleben die Dispute.

Ich behaupte keineswegs, daß diese Theorien überflüssig, daß sie nicht notwendig waren und noch sind. Sie waren aber von jeher weniger von der Praxis herausgefordert als von andern spekulativen Thesen. Die rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen

Streitgespräche wurden jeweilen von den Praktikern kaum zur Kenntnis genommen und von ihnen nicht bewußt angewandt[1]. Ausnahmen gab es auch da. Ich erinnere an den Grundsatz der Gewaltentrennung, der heute sehr abgeschwächt wirkt und überhaupt nie völlig durchgeführt wurde, weil insbesondere die Richter und die Verwaltung stets an der Fortbildung des Rechts mitwirkten. Obgleich die Praktiker an den rechtstheoretischen und -philosophischen Disputen nicht unmittelbar Anteil nahmen, wurde ihr Denken dennoch auf dem Umweg über einige Rechtsdenker, die sich über ihr Tun an Hand der Theorien Rechenschaft gaben, beeinflußt. Diese Lehren förderten nicht so sehr Neues zutage, sondern ließen das Getane bewußter tun. Das strebt auch diese Studie an. Sie möchte den rational noch erfaßbaren Ausgangspunkt für die rechtsphilosophische und rechtstheoretische Diskussion vorweisen und von diesem Allereinfachsten[2] und Selbstverständlichsten aus das Gesetz in seinem Entstehen und Wirken begreifen, nicht in den Einzelheiten, sondern nur in einer Übersichtsskizze. Dabei ist die phänomenologische Methode die Grundlage, ergänzt durch die Hermeneutik und Sprachphilosophie[3], wobei auch diese Methoden nicht als philosophische Spekulation verstanden sind, sondern nur als Analyse des juristischen Denkens, wie es unvermeidlich vor sich geht[4]. Im gleichen Sinn ist die Kybernetik herangezogen. Einige ihrer Vertreter sind ausführlicher zitiert, weil sie neue und wichtige Aufschlüsse über unsere Denkmethoden geben. Unbeachtet bleiben auch da die spekulativen Probleme, so ob die Mutationen und damit das Entstehen und jeweilige Weiterentwickeln der Menschheit auf Zufall beruhe[5].

[1] Dazu P. NOLL, Gesetzgebungslehre, rororo, Rechtswissenschaften, Hamburg 1973, S. 39.

[2] J. RÖDIG, Die Denkformen der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin/Heidelberg/New York 1969, S. 134, spricht von der «Fragwürdigkeit einer verbreiteten Methode, nämlich erst dort zu denken zu beginnen, wo sich die Dinge komplizieren».

[3] Dazu A. TROLLER, Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M./Berlin 1965; DERSELBE, Die Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, Basel/Stuttgart 1971.

[4] M. HEIDEGGER, Zur Sache des Denkens, Tübingen 1969, S. 87, 90.

[5] Bejahend insbesondere J. MONOD, Zufall und Notwendigkeit – Philosophische

Der Ausgangspunkt dieser Studie ist das Gesetz als eine Grundstruktur des menschlichen Denkens, sei es, daß es sich mit der Natur, mit der Technik oder den zwischenmenschlichen Beziehungen beschäftige. Wir sind heute durch die Folgen der Zivilisation darüber belehrt, daß wir Natur, Technik und Rechtsordnung als untrennbare Einheit hinnehmen und erfahren müssen. Diese Bereiche sind unauflösbar verflochten. Der Mensch und seine Werke, die Technik und die Rechtsordnung sind ein Teil der Natur und haben ihr gegenüber keine Autonomie. Der Mensch kann seine Verhältnisse nicht mehr ordnen, ohne die Ordnung der außermenschlichen Kräfte, die auf der Welt wirken, zu beachten. Die Rechtsordnung ist das Gemeinschaftswerk aller Menschen. Naturwissenschafter, Techniker, Wirtschaftswissenschafter, Soziologen, Juristen und alle andern Forscher tragen die Kenntnisse zusammen, die unsere Ordnungsvorstellungen beeinflussen. Alle diese Kenntnisse sind die Folge von Annahmen über Geschehnisse, die sich in der Zukunft wiederholt ereignen, die als Gesetzmäßigkeiten in Naturkräften, im Wirtschaftsgefüge, im menschlichen Wesen und damit auch in der zwischenmenschlichen Ordnung Bedeutung haben.

Wenn die Forscher in irgendeinem dieser Bereiche über Gesetze reden, so ist das stets ein in ihrem Bewußtsein konstituiertes und vereinfachtes Modell eines komplexen Geschehens.

Es geht nun in dieser Studie vorerst darum, das Vorurteil zu beseitigen, daß die Vertreter der verschiedenen Wissenschaftsbereiche mit unterschiedlichen Denkmethoden arbeiten und unter dem Begriff «Gesetz» etwas anderes verstehen. Da alle Wissenschaften am Fundament der Rechtsordnung mitwirken, sollen sie überzeugt sein, daß sie sich verstehen und daß ihre Denkwege sich erst dort trennen, wo die Sache artspezifische Eigenarten aufweist. Nicht die Denkmethode, sondern die Sache führt sie auseinander.

Das werden die zwei nächsten Themen, «das Gesetz im allgemeinen» und «das Gesetz im Recht», erweisen.

Fragen der modernen Biologie, München 1971; dagegen u.a. H. HEDIGER, Auch Tiere sorgen vor, Zürich 1973, S. 11, 50.

Hernach tritt die Bedeutung der Sprache in der Mitteilung der Gesetze hervor. Es wird geprüft, was sie dabei leistet und was sie nicht vermag.

Schließlich wird die Rolle des Gesetzes beim Gestalten der Rechtsordnung neben den Aufgaben der Richter und der Privaten erwogen.

Das Gesetz ist in dieser Studie nur als Strukturelement der Rechtsordnung erfaßt. Die Gesetzmäßigkeit des Gesetzes ist Diskussionsobjekt und nicht sein jeweiliger Inhalt. Nur dann, wenn wir dieses Grundelement klar sehen, haben wir eine zuverlässige Basis zur rechtsphilosophischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion. Von ihr aus können wir z. B. mit den marxistischen Rechtsdenkern ins Gespräch kommen, die unsere rechtstheoretischen Thesen wegen der spekulativen Übertreibungen als bourgeoise Ideologie bloßstellen[6]. Die Wertungen als Frage nach dem jeweils richtigen Gehalt der Gesetze sind nicht einbezogen. Bevor wir uns mit ihnen beschäftigen, müssen wir wissen, wer sie vornehmen soll, der Gesetzgeber, der Richter oder die Privaten, und welcher freie Raum für diese Entscheidung bleibt. Die Rollenzuteilung ist Gegenstand der Untersuchung. Diese Denkstufe wird oft übersprungen; die Überlegungen beginnen – wie vorn gesagt wurde – bei der Annahme, das Gesetz sei normativ autonom, entweder dem Gesetzgeber zur freien Gestaltung überlassen oder nur von einem sittlichen Wollen abhängig. Die praktischen Rechtsdenker haben stets die vorausgegebene Gesetzmäßigkeit des Gesetzes und seiner Rolle beachtet, indem sie vom menschlichen Dasein ausgegangen sind[7]. Wir müssen in unserer komplexen tech-

[6] So z. B. H. KLENNER, Rechtsleere – Verurteilung der Reinen Rechtslehre, Berlin 1972.

[7] F. C. VON SAVIGNY, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Heidelberg 1828, S. 30f. Zur Methode der römischen Juristen: «Haben sie einen Rechtsfall zu beurteilen, so gehen sie von der lebendigsten Anschauung desselben aus, und wir sehen vor unsern Augen das ganze Verhältnis Schritt für Schritt entstehen und sich verändern. Es ist nun als ob dieser Fall der Anfangspunkt der ganzen Wissenschaft wäre, welche von hier aus erfunden werden sollte. So ist ihnen Theorie und Praxis eigentlich nicht verschieden, ihre Theorie ist bis zur unmittelbarsten Anwendung durchgebildet, und ihre Praxis wird stets durch wissenschaftliche Behandlung geadelt.»

nischen und wirtschaftlichen Situation und in der Unzahl von theoretischen Überlegungen die Grundelemente des Rechtsdenkens wiederum aufspüren. Was den Juristen früherer Zeiten in den damaligen einfachen Verhältnissen intuitiv gelang, ist von uns auf langen Denkwegen zurückzugewinnen. Diese Studie möchte am Beispiel des Gesetzes dartun, wie von der Erfahrung der uns erkennbaren Tatsachen aus der Weg zum Verständnis der Rechtsordnung hinleitet[8]. Zuerst haben wir darnach zu fragen, was ist, darauf, was an dessen Stelle sein könnte, und erst hernach die Wahl zu treffen und diese im Hinblick auf das Bestehende und das möglicherweise Seiende zu begründen. Dieses Frageschema wird hier am Gesetz als Strukturelement der Rechtsordnung angewandt. Das Gesetz wird vorerst in seinem Wesen erfaßt und dann den andern Ordnungselementen, dem richterlichen Eingreifen und dem privaten Mitwirken gegenübergestellt. Gefragt wird bloß, wer zur Ordnung befugt ist und wie diese Befugnis sich auswirkt; der Inhalt der Ordnungsanweisung kommt nicht zur Sprache. Auch bei diesen Fragen sind Wertungen einbezogen. Sie bestimmen die Aufteilung der Kompetenzen. Die Antwort hängt von der Art der Verhältnisse ab, die zu ordnen sind, sowie vom Vertrauen in die Ordnungsfähigkeit des Gesetzgebers, des Richters und der Privaten.

Gegenstand dieser Studie ist somit die Grundstruktur jeder Rechtsordnung. Sie ist vor allem in der Verfassung skizziert. Nach

[8] H. RYFFEL, Rezension über LÉVY-BRUHL, Soziologische Aspekte des Rechts, ZSR 92 I, 1973, S. 84, ist der Ansicht, die Rechtssoziologie müsse «die ‹Richtigkeit› von vornherein einbeziehen oder doch ausdrücklich aussparen, wenn sie nicht ohne Kompaß bleiben oder gar instrumental und manipulativ verkürzte Wissenschaft im Dienst beliebiger Zielsetzungen werden soll». RYFFEL wirft LÉVY-BRUHL vor, es bleibe bei ihm «ungeklärt, wie die wirklichkeitswissenschaftliche (rechtssoziologische) und vermeintlich allein wissenschaftliche Erkenntnisperspektive mit der dogmatisch-normativen, die der Rechtsdogmatik eigen ist, und der kritisch-normativen, in welche die dogmatisch-normative nolens volens andauernd übergeht und die in der Rechtsphilosophie expliziert wird, zu verbinden ist». RYFFELS Ansicht ist hier als Beispiel dafür so ausführlich zitiert, daß bedeutende Rechtsphilosophen immer noch sogleich bei den Wertungen ansetzen, statt zuerst die Lebenssituationen und die Weise, wie sie erkannt werden, zu analysieren und vorerst darnach zu fragen, welche Möglichkeiten für eine Wertung und damit für das ordnende Eingreifen überhaupt bestehen. Dazu TROLLER, Die Begegnung (oben Anm. 3), S. 219.

ihrem Grundplan werden hernach die Detailpläne bei der Rollenverteilung zwischen Gesetzgeber, Richter und Privaten in der Ordnung der verschiedenen Rechtsbezirke entworfen und durchgeführt.

II. Der umfassende Gesetzesbegriff

Der Begriff «Gesetz» bedeutet, wo immer er verwendet wird, ein Vorstellungsmodell von wiederholbarem zukünftigem Geschehen. So heißt ein Geschehen, das beim Verhalten von Naturkräften gemäß unserer Vorstellung stets in gleicher Weise verläuft, ein Naturgesetz. Gesetze, die über ein Geschehen und dessen Folgen mit statistischer Wahrscheinlichkeit Auskunft geben, finden wir nur im Bereich von verhältnismäßig einfachen physikalischen und chemischen Vorgängen. Wir dürfen aber auch dabei nicht außer acht lassen, daß selbst diese Gesetze von uns konstituierte und grob vereinfachende Vorstellungen eines komplexen Geschehens sind, das wir noch bei weitem nicht bis zu seinen letzten Elementen analysieren können. Das, was wir Naturgesetz nennen, ist in der menschenunabhängigen Realität ein Zusammenwirken von Kräften, von dem der Wissenschafter die nach seinem Verständnis entscheidenden Elemente heraushebt und sich dieses Geschehen vorstellt. Er macht sich in seinem Bewußtsein ein Modell[9]. Dieses Modell ist nicht nur ein Auszug aus dem beobachteten Geschehen. Der Wissenschafter fügt eigene Zusatzüberlegungen ein. Er gestaltet das Modell so, daß es die Konstanz der Anwendbarkeit erwarten läßt[10]. «Das Modell spielt die Rolle eines Stellvertreters

[9] K. STEINBUCH, Realität und Modell, in: Philosophie und Kybernetik, hg. von K. STEINBUCH und S. MOSER, München 1970, S. 138, stellt das Modell dar als ein Hilfsmittel zur Verbesserung der Denkökonomie. «Das menschliche Gehirn, das menschliche Bewußtsein, das menschliche Gedächtnis, sie alle sind quantitativ beschränkt, und zwar stärker beschränkt, als häufig eingesehen wird.» Der menschliche Verstand kann Sachverhalte, deren Komplexität ein gewisses Maß überschreitet, nicht mehr erfassen. «Die Benutzung vereinfachender Denkmodelle, die wenigstens ein partielles Verständnis ermöglichen, ist ein methodischer Trick des menschlichen Denksystems, um mit Sachverhalten fertig zu werden, die seine Kapazität eigentlich überschreiten.»

[10] STEINBUCH, Realität und Modell (s. Anm. 9), S. 140–142.

auf Widerruf für die nicht unmittelbar erfaßbare Realität. Man glaubt solange an die Gültigkeit des Modells und an die ihm zugrunde liegenden Hypothesen, bis diese Hypothesen durch neue Informationen über die Realität widerlegt werden und ein neues, ‹besseres Modell› konstituiert ist.»[11]

Die einzelnen Modelle werden im Hinblick auf ein Geschehen, an dem sie beteiligt sind, in einem System zusammengefaßt. «Ein System ist eine Menge von Elementen (Begriffe, Sachverhalte usw.), welche in gegenseitiger Einwirkung stehen und gedanklich abgegrenzt werden. Diese Abgrenzung ist ausschließlich durch die Unzulänglichkeiten unseres Denkens begründet: unbegrenzte Systeme sind unvorstellbar, unfaßbar.»[12]

Gleich wie die Modelle über das Verhalten von Naturkräften, die wir Naturgesetze nennen, sind die Gesetze im sozialen Bereich Vorstellungen über das Verhalten von Personen, wobei angenommen wird, daß dieses Verhalten bei der gleichen Konstellation gleich bleiben wird.

Der entscheidende Unterschied zwischen einem Naturgesetz und einem Gesetz im sozialen Bereich soll darin bestehen, daß ersteres der Kausalität unterstehe, im gesellschaftlichen Geschehen jedoch die Folge von Ursache und Wirkung nicht mit Sicherheit vorauszusagen sei. Vertreter dieser These verweisen z. B. auf die Gesetzmäßigkeit beim Fallen eines Steines einerseits und die Unberechenbarkeit oder wenigstens nicht zuverlässige Voraussehbarkeit des sozialen Verhaltens anderseits. Der Fehler dieser Argumentation liegt darin, daß ein einfacher Vorgang mit einem komplexen verglichen wird, dessen Elemente zahlreich und nur teilweise zum voraus bekannt sind. Sollte statt für den fallenden Stein das Gesetz für ein Blatt, das von einem Baum fällt, aufgestellt werden, so wäre dies nicht mehr möglich, weil die Luftströmungen den Weg des Blattes beeinflussen; sie sind nicht zum voraus bestimmbar. Die Gesetzmäßigkeit ließe sich auch beim Blatt ermitteln, wenn Maßnahmen getroffen würden, um die Luftbewegung auszuschalten (Vakuum) oder sie konstant zu halten; so wenn im Modell

[11] D. BIERLEIN, Bemerkungen zum Thema «Realität und Modell», in: Philosophie und Kybernetik (s. Anm. 9), S. 152.

[12] STEINBUCH, a.a.O., S. 139.

nicht ein in der Natur frei fallendes Blatt, sondern eines, das unter den Bedingungen eines Experimentes fällt, eingesetzt würde. Die Voraussehbarkeit wäre durch einen menschlichen Eingriff erreicht.

Von da aus ergibt sich der Übergang zum Gesetz im gesellschaftlichen Geschehen. Dabei ist ein wesentlicher Unterschied zu beachten. Der Stein und das Blatt greifen nicht selbständig in den Vorgang ein; sie verhalten sich passiv. Der Mensch handelt hingegen in einer wechselweisen Einwirkung (Interaktion) mit einem, mehreren oder vielen andern Menschen. Und dennoch können und müssen wir auf Grund von Erfahrungen über sein zukünftiges Verhalten in unserem Bewußtsein Modelle machen, die die Realität nach- und vorbilden unter Weglassung von zahlreichen Details und unter Hinzufügung von systementsprechenden Elementen. So wird z. B. die Gesetzmäßigkeit des Verhaltens bei der Hingabe einer Ware gegen Geld als Kaufvertrag modellmäßig erfaßt und dem System der Markt- oder Planwirtschaft angepaßt. Nur dank solchen Modellen erreichen wir eine geordnete Vorstellung des gesellschaftlichen Verhaltens und können wir darüber Mitteilungen in der Sprache festhalten und weitergeben.

Die Vorstellungsmodelle, die wir Gesetze nennen, haben somit in den Natur- und den Sozialwissenschaften dieselbe Aufgabe, eine geordnete Übersicht zu erlangen und das zukünftige Geschehen zu beeinflussen und teilweise zu beherrschen.

Diese Vorstellungsmodelle sind Bewußtseinsphänomene[13], die

[13] Das Bewußtsein ist die Fähigkeit, «etwas erleben, beobachten, erfahren zu können» (E. OLDEMEYER, Überlegungen zum phänomenologisch-philosophischen und kybernetischen Bewußtseinsbegriff, in: Philosophie und Kybernetik, S. 80). OLDEMEYER fügt bei: «Dabei meine ich diesen Sachverhalt in der vollen Entfaltung, in der ein normal erwachsener Mensch ihn in sich vorfinden kann.» Beizufügen ist noch, daß das Ich, das erlebt, beobachtet, erfährt, sich darüber Rechenschaft gibt (Reflexion, im äußersten Fall Selbstdistanzierung, dazu OLDEMEYER, S. 85f.). Damit können wir es im Zusammenhang mit dem vorliegenden Thema genügen lassen, ohne die spekulativen Bewußtseinstheorien hineinzuziehen. H. KILIAN, Überlegungen zur Metanoëtik – Ein Beitrag zur kritischen Theorie unbewußter Strukturen des bewußten Denkens, in: Philosophie und Kybernetik vergleicht (S. 94) das Bewußtsein mit der Elektrizität: «Ein Physiker, der darauf bestanden hätte, die Klärung der Frage nach dem Wesen von ‹Elektrizität überhaupt› zur Vorbedingung weiterer wissenschaftlicher Arbeit zu machen, hätte sich mit einem solchen Ansatz das Eingangstor in die Forschung

das Verhalten von Sachen oder Personen dartun. Sie werden im Bewußtsein gebildet. Das heißt aber nicht, daß alle ihre Elemente bewußt eingefügt werden. Ein Teil wird aus äußeren Wahrnehmungen bewußt übernommen. Er ist das Ergebnis der Reflexion über Erfahrungen. Ein anderer Teil stammt aus der Intuition. Damit benennen wir die Herkunft aus dem Unbewußten. Das Unbewußte speichert unbewußt Aufgenommenes und bewußt Wahrgenommenes, das aber inzwischen vergessen wurde, d.h. aus dem Bewußtsein entschwunden ist. Alles, was im Leben des Menschen, dessen Bewußtsein das Modell als mitteilbares Phänomen bildet und festhält, erfahren und gespeichert wurde, kann bei diesem Vorgang mitwirken. Diese bewußten und unbewußten Elemente können wir als Teile des Geistes bezeichnen und sie je nach ihrer Herkunft und Aufgabe einreihen als objektiven, objektivierten, subjektiven, allgemeinen, wissenschaftlichen, sedimentierten, lebenden Geist[14]. Unter dem Einfluß des jeweiligen Standortes[15] des Menschen, der das Modell in seinem Bewußtsein formt, ergibt sich ein fortwährend weiter entwickeltes Bild der gesellschaftlichen Situation, auf die das Interesse des betreffenden Menschen gerich-

zweifellos eigenhändig versperrt, statt es zu öffnen. Ähnliches wie für die Elektrizität scheint auch für die Erforschung des menschlichen Bewußtseins zu gelten.»

Um Mißverständnissen zu begegnen, halte ich fest, daß ich zwar davon ausgehe, daß das transzendentale Ich in seinem Bewußtsein die Phänomene bildet. Hingegen identifiziere ich das transzendentale Ich nicht mit seinem Bewußtsein. Das Unbewußte ist wohl in jedem Menschen bedeutender als das Bewußte; ersteres ist wie der Teil des Eisbergs, den das Wasser bedeckt. (Vgl. zur Kritik des idealistischen Subjektivismus KILIAN, a.a.O., S. 96ff., der aber diese Lehre zu Unrecht mit E. HUSSERLS Phänomenologie gleichsetzt.)

[14] Dazu TROLLER, Die Begegnung, S. 16ff. MONOD, a.a.O. (oben Anm. 5), S. 193, sagt zur traditionellen Unterscheidung von Materie und Geist: «Gehirn und Geist sind für uns im aktuellen Erleben noch genau so getrennt wie für die Menschen des 17. Jahrhunderts. Durch die objektive Analyse werden wir genötigt, in dem scheinbaren Dualismus des menschlichen Wesens eine Illusion zu erkennen. Doch ist diese Illusion so innig mit diesem Wesen verknüpft, daß es eine vergebliche Hoffnung wäre, man könne sie jemals aus der unmittelbaren Auffassung der Subjektivität auslöschen oder lernen, affektiv und moralisch ohne die Illusion zu leben. Und warum sollte man es auch? Wer könnte die Erfahrung des Geistes bezweifeln?»

[15] Zum perspektivischen Sehen: TROLLER, Die Begegnung, S. 43ff.

tet ist[16]. Die Teile des Bewußtseinsbildes werden zu diesem nicht bloß addiert. Sie wirken aufeinander ein. Daraus ergeben sich neue Elemente sowohl im unbewußten wie im bewußten Bereich. KILIAN sagt zutreffend: «Insgesamt bleibt bei allen diesen Prozessen die Tatsache unaufhebbar, daß das sogenannte gesellschaftliche Sein des Menschen in Wirklichkeit ein ‹Werden› ist oder mit andern Worten ein vierdimensionales raumzeiterstrecktes Kommunikationssystem bildet, das nur als noosoziales Feld der Geschichte vollständig integriert werden kann.»[17] Das gilt aber nicht nur für das Bilden von sozialen Phänomenen, sondern auch für jene des außermenschlichen Bereiches, betreffe es die belebte oder die unbelebte Natur. Ich spreche hier davon, weil es darum geht, das Bilden von Modellen für wiederholbares zukünftiges Geschehen (Gesetze) zu erklären. Es ist für die Gesellschaftswissenschaften wichtig, daß sie sich darüber möglichst umfassend Rechenschaft geben und die Spaltung in das vermeintlich kausal erklärbare Naturgeschehen und das vom Kausalgesetz gelöste, nach angeblich freier ethischer Entscheidung geformte gesellschaftliche Geschehen vermeiden. Erkenntnismäßig handelt es sich nicht um einen Unterschied im Bilden des Modells, sondern um eine nicht mehr berechenbare Differenz in der Zahl der beteiligten Elemente. Zu ihnen gehören auch Kräfte, die dem Menschen in besonders hohem Maße eignen, z. B. die wertende Wahl bei der Herstellung der Assoziationen und damit der Verhaltensmodelle. (Darauf werde ich noch zurückkommen.) Es ist nochmals daran zu erinnern, daß auch die sogenannten Naturgesetze als solche nicht in der Natur existieren, sondern vom Menschen erdachte Modelle eines viel komplexeren Geschehens sind, das jedoch unabhängig von einer menschlichen Einwirkung abläuft oder sich ereignen kann.

Die Brücke von den Naturgesetzen zu den Gesetzen im sozialen Bereich bilden die Erfindungen. Sie sind Regeln, nach denen der Mensch Naturkräfte in Anwendung ihrer Wesensmerkmale sich dienstbar machen kann. Erfindungen sind Regeln über das Verwenden von Naturkräften (Verhaltensmodelle = Gesetze), die dem

[16] Zur Intentionalität: TROLLER, Die Begegnung, S. 66ff.; DERSELBE, Überall gültige Prinzipien, S. 45f.; OLDEMEYER, a.a.O., S. 82ff.

[17] KILIAN, a.a.O., S. 106.

Fachmann nicht naheliegen. Das Nichtnaheliegen besagt, daß im Bewußtsein des Erfinders sich Assoziationen ergeben, die beim Wahrnehmen des Standes der Technik beim Fachmann nicht zu erwarten waren. Diese unerwartete Verbindung von Naturkräften ergibt sich einerseits aus den im Bewußtsein und im Unterbewußten gespeicherten Kenntnissen des Erfinders und anderseits aus einer unerklärbaren Assoziation dieser Elemente.

Die Erfindung beruht stets überwiegend auf einem Stock von erworbenen Kenntnissen. Auch der genialste Erfinder kann nicht ohne entsprechende Vorbildung, d.h. ohne vorherige Speicherung von Kenntnissen, einen überraschenden weiteren Schritt zu einem neuen Stand der Technik machen. Sogar im künstlerischen Bereich ist die vorhergehende Speicherung von handwerklichen Grundelementen unentbehrlich, nur besteht da eine viel größere Assoziationsfreiheit.

Im sozialwissenschaftlichen Bereich sind die Elemente in viel reicherem Ausmaß gespeichert, weil der Lernprozeß (Speicherungsprozeß) von der Kindheit an zum größten Teil unbewußt durch Aufnahme von Verhaltensmodellen vor sich geht. Gleich wie der Techniker holt der Sozialwissenschafter schon fertig gespeicherte Verhaltensmodelle aus seinem Bewußtsein hervor oder er formt durch bewußte, d.h. von ihm kontrollierbare Assoziationen neue Modelle (sogenannte logische Weiterentwicklung) oder er schafft unter Verwendung gespeicherter Verhaltensmodelle unbewußt (intuitiv) neue Modelle für das gesellschaftliche Zusammenleben, für einzelne Strukturen, für ein größeres oder umfassendes System.

Es besteht kein Grund dafür, daß das Bewußtsein, das für seine Leistung auf das Gehirn angewiesen ist, anders funktioniert im Bereich der Naturkräfte und anders im Bereich des sozialen Verhaltens[18]. Die Kybernetik[19] hat dies m.E. überzeugend erklärt[20].

[18] Vgl. dazu J. TIEMEYER, Zur Methodenfrage der Rechtssoziologie – Über die wissenschaftstheoretische Möglichkeit die Rechtssoziologie wie eine Naturwissenschaft zu betreiben, Berlin 1969, S. 62ff., 68.

[19] K. STEINBUCH, Automat und Mensch, 2. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963, S. 316: «Kybernetik, die Zusammenfassung mehrerer Wissenschaftsgebiete zwischen Technik und Biologie, die Steuerungs- und Regelungsvorgänge be-

Die spekulative These der Kybernetik, «daß das Lebensgeschehen und die psychischen Vorgänge aus der Anordnung und physikalischen Wechselwirkung der Teile des Organismus im Prinzip vollständig erklärt werden können»[21], wird hier jedoch nicht diskutiert. Auch wenn solche Erklärungen möglich wären, würden die Seinsrätsel nur weiter zurückverlegt[22]. Vorläufig bleibt ihre Lösung unerreichbar[23]. Und wären sogar alle Schaltvorgänge des mensch-

handeln, und zwar in der Technik, bei Organismen und Gemeinschaften...»

K. STEINBUCH, Grundbegriffe und Fragestellungen der Kybernetik, in: Philosophie und Kybernetik (oben Anm. 9), S. 20: «Unter Kybernetik wird die Wissenschaft von den informatiellen Strukturen im technischen und außertechnischen Bereich verstanden.»

G. FÄRBER, Kybernetik und Biologie, in: Philosophie und Kybernetik, S. 27: «Es sei erwähnt, daß manche Autoren darauf Wert legen, die Kybernetik nicht als eigene Wissenschaft zu bezeichnen; für sie ist die Kybernetik vielmehr eine wissenschaftliche Methode, die in sehr vielen Zweigen der Wissenschaft Anwendung finden kann.»

20 Vgl. u. a. K. STEINBUCH, Automat und Mensch; DERSELBE, Falsch programmiert, Stuttgart 1968.

21 STEINBUCH, Automat und Mensch, S. 9.

22 STEINBUCH, Automat und Mensch, S. 6: «Es ist nicht mysteriös, daß sich auf dieser Erdoberfläche nach vielen vergeblichen Versuchen in Milliarden von Jahren Lebewesen mit der Organisationshöhe des Menschen entwickelt haben, es ist aber sehr mysteriös, daß diese Erdoberfläche und dieses ganze physikalische System existiert. Man sollte vor dem Wunder staunen, nicht vor seiner Konsequenz.»

Vgl. auch MONOD, a.a.O., S. 42: «Die Entwicklungen der letzten zwanzig Jahre in der Molekularbiologie haben den Bereich der Geheimnisse außerordentlich zusammenschrumpfen lassen; dadurch blieb den Spekulationen der Vitalisten kaum mehr als das weite Feld der Subjektivität offen – der Bereich des Bewußtseins. Man geht kein großes Risiko ein mit der Voraussage, daß diese Spekulationen sich auf diesem, im Augenblick noch unzugänglichen Gebiet als ebenso unfruchtbar erweisen werden wie überall, wo das bisher auch offenkundig der Fall war.»

23 STEINBUCH, Automat und Mensch, S. 15: «Elektronische Rechenautomaten haben etwa zehntausend bis hunderttausend Schaltelemente, das menschliche Nervennetz wird aber auf etwa 15000000000 (15 Milliarden) Neuronen geschätzt.» Ein Biologe brauchte zur Analyse des Nervennetzes etwa 40000 Jahre. «Wenn wir nun annehmen, wir hätten trotz allen Schwierigkeiten auf einigen Quadratkilometern engbezeichneten Papiers das vollständige Schaltbild eines funktionsfähigen Nervennetzes aufgezeichnet, so hülfe uns das nur wenig, denn wir wären nicht imstande, die zwangsläufig sich ergebenden Verhaltensformen

lichen Gehirns offen gelegt und in ihrem Ablauf erklärt, so bliebe doch die Hauptfrage unbeantwortet, weshalb bei mehreren möglichen Schaltungen die eine bevorzugt wurde. Die Wahl geht auf Wertungen zurück. Diese sind teils rational erklärbar, aber nicht restlos. Vor allem läßt sich das Wertsystem als solches nicht rational begründen[24].

Die Kybernetik hilft gemeinsam mit der Phänomenologie, das Zustandekommen der Vorstellungen im Bewußtsein besser erklären und die Zuflucht zu Begriffen wie Moral, Ethik usw. oder zu Ideologien besser verstehen; die Begriffe Moral und Ethik sowie Ideologien verdecken Modelle des gesellschaftlichen Verhaltens, die als wertvoll gelten und damit der Diskussion entrückt sind. Aber auch die Grenzen der rationalen Aussage sind deutlicher zu sehen. Auf der Grundlage der intersubjektiven Verständigung[25] über die Modellbilder des gesellschaftlichen Geschehens und über ihre Herkunft kann die Zukunft am ehesten der jeweiligen geschichtlichen Situation der Menschen angepaßt werden und es können auf dieser Basis gute Gesetze entstehen[26].

zu erkennen. Das menschliche Vorstellungsvermögen versagt bei Aggregaten dieser Größenordnung. Ein Netzwerk von etwa 15 Milliarden Schaltelementen ist nicht mehr vorstellbar.»

MONOD, a.a.O., S. 62: «Vor allem bei den höheren Organismen hat man noch längst nicht den Aufbau dieser Systeme vollständig erforscht.» S. 113: «Man stelle sich nur vor, wie ungeheuer problematisch es ist, die Entwicklung eines so komplexen Apparates im molekularen Maßstab zu erklären, wie ihn das Zentralnervensystem darstellt, in dem Milliarden spezifische Schaltungen zwischen den Zellen realisiert werden müssen – und das manchmal über relativ beachtliche Entfernungen.» S. 172: «Die ungeheure Komplexität lebender Systeme aber versagt sich jeder umfassenden intuitiven Vorstellung.» MONOD sagt, S. 182, der Vergleich von Computer und dem menschlichen Zentralnervensystem beschränke sich auf die ersten Stufen sensorischer Reize.

24 STEINBUCH, Falsch programmiert, S. 46: «Ich bin davon überzeugt, daß menschliches Denken stets nur durch ein rational nicht mehr weiter begründbares Wertsystem beherrscht wird.» S. 47: «Offensichtlich kann der Computer uns zwar die besten Mittel zur Erreichung der Ziele nachweisen, aber deren Bewertung nimmt er und nimmt die rationale Denkweise uns nicht ab.»

25 Dazu TROLLER, Begegnung, S. 106ff., 122; DERSELBE, Überall gültige Prinzipien, S. 52ff.

26 K. STEINBUCH, Die Zukunft im Rahmen der Kybernetik, in: Philosophie und Kybernetik (oben Anm. 9), S. 187: «Für alle Informationen über die Zukunft gilt,

Nach diesen Erklärungen über die Konstituierung der Bewußtseinsbilder kehre ich zum Gesetz im allgemeinen zurück. Ich habe es definiert als «ein Vorstellungsmodell eines wiederholbaren zukünftigen Geschehens». Das Gesetz wurde somit erklärt als ein Modell, das die Konstanz der Anwendbarkeit erwarten läßt und das als Stellvertreter für die nicht unmittelbar erfaßbare Realität fungiert. Dieses Modell ist ein Bewußtseinsbild, das ein Geschehen im Bereich der Wirkung von Naturkräften oder im Zusammenwirken von Lebewesen vorzeigt. Dieses Geschehen ist, soweit es nicht in einer abstrakten mathematischen Formel schematisch und damit nicht auf die eigentlichen Vorgänge bezogen dargestellt ist, nur als Handlungsablauf beschreibbar. Das gilt sowohl für die Verwendung von Naturkräften (vgl. Erfindungsdefinitionen) als auch bei der Darstellung des Verhaltens von Lebewesen in der Gemeinschaft. Diese Handlungsabläufe, z. B. der Abschluß eines Vertrages als «übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien», sind nicht scharf abgegrenzt, sie haben fließende Übergänge (ebenso die Regeln im technischen und die Gesetze im biologischen Bereich). Diese Gesetzmäßigkeiten können daher nicht abschließend durch Begriffe definiert werden, die wie Formeln die sichere Anwendung garantieren. Die Gesetzesmodelle lassen sich als Ausschnitte aus einem realen Geschehen und damit als Bewußtseinsbilder nur beschreiben. Dem entspricht meine oft wiederholte Aufforderung, der Jurist solle so reden und schreiben, daß der Hörer oder Leser ein zwischenmenschliches Verhalten, ein Tun oder Nichttun, wie in einem Film als Bewußtseinsbild sehen könne[27].

Die Untersuchung des Gesetzes als umfassender Begriff hat ergeben, daß die Gesetze im Bereich der unbelebten und belebten Natur und somit auch im Gebiet der menschlichen Gesellschaft

daß sie nicht mit Sicherheit richtig sind, sie haben einen eingeschränkten Grad an Glaubwürdigkeit. Wer behauptet, sichere Aussagen über die Zukunft machen zu können, ist nicht ernst zu nehmen. Deshalb ist die Zukunftsforschung keine Wissenschaft für Autoritäten, sondern ein Feld des Dialogs. Den besten Beitrag leistet der Kritiker. Zukunftsforschung lebt nicht aus dem Dogma, sondern aus der Diskussion, sie erreicht nie ein abgeschlossenes Ergebnis, sondern ist ein fortwährender dialektischer Prozeß.»

[27] TROLLER, Die Begegnung, S. 71, 86.

in der Grundstruktur übereinstimmen. Die artspezifischen Unterschiede ergeben sich aus der Einfachheit oder Komplexität der Elemente, die bei der Verwirklichung des Modells beteiligt sind. Der Forscher muß immer von diesen Elementen ausgehen und als Naturwissenschafter, Techniker oder Gesellschaftswissenschafter darüber Auskunft geben, wie er dazu kommt, gerade dieses Gesetzesmodell zu konstituieren, wie weit ihn seine Erfahrung dabei unterstützt und wo er aus nicht mehr begründbarer Erwartung intuitiv handelt.

III. Gesetz im rechtstechnischen Sinn

Der Begriff «Gesetz» und die Grenze zwischen Gesetz im materiellen und Gesetz im formellen Sinn sind oft und weitschweifig behandelt worden[28]. Die Ergebnisse sind dort nützlich, wo es darum geht, die Verbindlichkeit einer Regel über zwischenmenschliches Verhalten oder die Kompetenz zu deren Erlaß zu überprüfen. In dieser Studie führen sie auf dem Erkenntnisweg nicht weiter[29].

Der Begriff «Gesetz» im rechtstechnischen Sinn umfaßt in dieser Studie jedes von einer zuständigen Behörde in Sprache gefaßte Modell für zwischenmenschliches Verhalten, das von den Personen, die im Geltungsbereich der betreffenden Rechtsordnung leben, als Leitbild ihres Tuns oder Nichttuns zwingend zu beachten (zwingendes Recht) oder wahlweise (dispositives Recht) zu übernehmen ist. Gesetz bedeutet sowohl ein ganzes System[30] von derartigen Sozialmodellen (ZGB, OR, PatG, ZPO) wie auch die Institute (Erbrecht, Wechselrecht) und einzelne Bestimmungen (Rechtssätze).

Das Gesetz ist in all diesen Erscheinungsweisen nicht bloß ein

[28] Vgl. dazu u.a. H.W. KOPP, Inhalt und Form der Gesetze als ein Problem der Rechtstheorie, mit vergleichender Berücksichtigung der Schweiz, Deutschlands, Frankreichs, Großbritanniens und der USA, 2 Bde., Zürich 1958; U. MEYER-CORDING, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, S. 18, spricht von einer babylonischen Verwirrung durch die Vielzahl von Gesetzesdefinitionen.

[29] Ebenso die Definition des Bundesgerichts (BGE 87 I 453), das das Gesetz im materiellen Sinn definiert als «einen generellen und abstrakten Rechtssatz, der sich seinerseits als verfassungsmäßig erweist...».

[30] Zur Gesetzessystematik NOLL, a.a.O. (Anm. 1), S. 202ff.

sprachlich mitgeteilter Befehl des Gesetzgebers, der logisch ergründbar ist. Norm und Normtext sind nicht dasselbe. Die Norm ist das Bild des Verhaltens der Normadressaten im Lebensbereich, auf den sich das Gesetz bezieht. Der Text ist dessen Mitteilungsträger[31]. (Die Beziehung der Vorstellung zur Sprache wird nachher im Abschnitt «Gesetz, Sprache, Computer» behandelt.)

Wie im Erfassen von Naturgesetzen wird auch beim Gestalten der Gesetze im rechtlichen Bereich das Verhaltensmodell aus einem komplexeren, umfassenderen Geschehen, dem Lebensstrom herausgehoben. Es wird auf die als relevant angenommenen Strukturelemente reduziert[32]. Das Lebensverhältnis und die Ordnungsabsicht des Gesetzgebers stehen zugleich mit dem Bemühen um die sprachliche Mitteilung in Wechselwirkung. Das Gesetz ist das Ergebnis des intentionalen, d.h. auf die maßgebenden Ordnungsstrukturen ausgerichteten Sehens des Gesetzgebers[33]. Dabei findet er Strukturen vor, die er als solche übernimmt. Er erkennt sie, indem er das Geschehen in den zwischenmenschlichen Beziehungen betrachtet. Er erhält über sie auch Informationen durch Texte, die er Gesetzen, Urteilen, Lehrmeinungen oder anderen Beschreibungen über soziale Vorkommnisse entnimmt. Sie sind zum Teil im Bewußtsein und im Unterbewußten schon von früher her gespeichert.

Ein Beispiel einer solchen vom Gesetzgeber vorgefundenen und nicht von ihm geschaffenen Struktur ist der Vertrag, wie er in Art. 1 OR beschrieben ist[34]. Nicht nur der Vertrag als allgemeine,

[31] Dazu F. MÜLLER, Juristische Methodik, Berlin 1971, S. 53f., 77f., 82, 85, 89, 91; er bezeichnet den im Verhaltensmodell erfaßten Lebensbereich als Normbereich.

[32] MÜLLER, a.a.O., S. 17: «Zu untersuchen sind die Normbereiche: Strukturen der Wirklichkeit, die in ihrem gegenständlichen Umfang und in ihrer Relevanz von der zu konkretisierenden Norm her umschrieben und an sie gebunden sind.»

[33] Zur Intentionalität oben Anm. 16.

[34] P. JÄGGI im Kommentar W. SCHÖNENBERGER/P. JÄGGI (Zürcher Kommentar, 5. Bd.: Das Obligationenrecht, Teil 1, Liefg. 2, 1968), Art. 1, N. 63: «Der Vertrag ist ein *Lebensvorgang*, ein Ereignis der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Das Gesetz verwendet ausschließlich einen aus der Betrachtung des Lebens gewonnenen und insofern *natürlichen* Vertragsbegriff (Vorbem. vor Art. 1, N. 187; vgl. LARENZ, Allg. Teil, § 7 I), ohne jeden ‹künstlichen› Zusatz, der sich einzig positivrechtlich erklären ließe...».

K. LARENZ, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München

umfassende Struktur, sondern auch die einzelnen Vertragsverhältnisse sind als Grundstrukturen und bis in ihre Variationen (z. B. Kauf als Hingabe von Sache gegen Geld, Mängel der Sache usw.) vorgegeben. Vorgegeben sind z. B. auch die Grundregeln der Prozeßrechte, die Kompetenzzuteilung in der Verfassung, wobei zwischen zwingend und wahlweise Vorgegebenem zu unterscheiden ist[35]. Modellvorstellungen von einem möglichen, wiederholbaren, zukünftigen Geschehen sind ebenso die Tatbestände des Strafrechts.

Wo immer wir ein Gesetz aufschlagen, begegnen wir den Mitteilungen über mögliches zwischenmenschliches Verhalten. Dieses bildet die Grundlage. Der Gesetzgeber hat es aus der Fülle der gesellschaftlichen Beziehungen ausgewählt, weil er ihm für das Zusammensein und -wirken in der Gesellschaft eine besondere Bedeutung zumaß. Das heißt, er hat dieses Verhaltensmodell gesellschaftlich gewertet[36].

Diese Verhaltensmodelle sind, wie mehrmals dargetan wurde, einzelne Vorstellungen (mitgeteilt in den Gesetzesparagraphen), Handlungszusammenhänge (Rechtsinstitute: Ehe-, Erbrecht, Vertragstypen), Handlungsbereiche (Familienrecht, das ganze ZGB,

1967, S. 83: «Der Vertrag als ein Akt, dessen Sinn es ist, daß die Beteiligten sich in ihm wechselseitig binden, der Vertrag als Kategorie ist aber nicht ein Geschöpf des positiven Rechts, sondern ihm vorgegeben – er ist ein apriorischer rechtlicher Sinnbegriff.»

JÄGGI und LARENZ behandeln den Vertrag als Vorgegebenes. LARENZ erfaßt ihn als im Geiste konstituiertes Sinngefüge, während JÄGGI das Handlungsmodell als Lebensvorgang in der gesellschaftlichen Wirklichkeit findet. Vor dieser Realität, die als Lebensvorgang überall und jederzeit sich gleich ereignet, war schon ihre Möglichkeit im zwischenmenschlichen Verhalten vorgegeben. Wenn je zwei oder mehrere Menschen etwas vereinbaren wollen, steht ihnen nur die Strukturform des Vertrages zur Verfügung. LARENZ geht zum Ursprung zurück. JÄGGI weist das für den Juristen unmittelbar erfaßbare und im Vollzug vorstellbare Geschehen vor. Die beiden Auffassungen widersprechen sich nicht; sie halten zwei Stufen des Vertrages fest.

[35] TROLLER, Die Begegnung, S. 187 ff.; DERSELBE, Überall gültige Prinzipien, S. 80 ff., 99 ff., 138 ff.; TIEMEYER, a.a.O. (Anm. 18), S. 51 ff. Diese vorgegebenen Strukturen werden in der Lehre noch kaum beachtet, vgl. z. B. NOLL, a.a.O. (Anm. 1), S. 98 ff., der bloß von den faktischen und normativen Bindungen der Gesetzgebung spricht.

[36] Vgl. zum Wertungsproblem NOLL, a.a.O., S. 81 ff.

OR usw.) oder rechtssystematische Einheiten (Strafrecht). Sie sind, soweit sie als im Bewußtsein konstituierte Vorstellungen und als deren sprachliche Mitteilungen erfaßt werden, objektivierter Geist [37]. Aber dieser objektivierte Geist ist in seinem Vorstellungsgehalt nicht etwas vom Gesetzgeber frei Geschaffenes, sondern eine von ihm erfaßte Lebensrealität als mögliches oder sogar notwendiges Geschehen. Auch wenn der Gesetzgeber es nicht ausgesprochen hätte, würde oder könnte es sich so ereignen (Kauf – Bezahlung; Mord, Vergeltung durch Tötung in der Blutrache). Das Verhaltensmodell umfaßt jeweilen den gesamten möglichen Handlungsablauf (Kauf: Hingabe der Sache, Bezahlung des Kaufpreises, Verhalten bei Mängeln usw.).

Die in den Gesetzen mitgeteilten Verhaltensmodelle sind zum größten Teil dem Zusammenleben entnommen. Stand ihnen ein früheres Gesetz entgegen, stimmten sie aber mit dem Wunsch und den Vorstellungen eines bedeutenden Teils der Gesellschaft überein, so wird das frühere Gesetz durch entsprechende neue Verhaltensmodelle geändert. Die sogenannten Normen unterscheiden sich somit in ihrem Vorstellungsgehalt eines zwischenmenschlichen Tuns oder Nichttuns nicht von andern Sozialmodellen. Was sie von ihnen abhebt, ist ein zusätzliches Element: die Erzwingbarkeit des modellgemäßen Verhaltens [38]. Dieses Element ist als Ordnungsgarant wesentlich. In der gelebten Rechtsordnung spielt es jedoch bei weitem nicht die Rolle, die ihm die Rechtstheorie und Rechtsphilosophie zuweisen. Es ersetzt die Kausalität, die bei einfachen Vorgängen einbezogen werden kann (Fallen des Steins), entsprechend der möglichen eigenwilligen Aktivität der handelnden Subjekte durch einen psychischen Einfluß, der die Wahrscheinlichkeit des modellgemäßen Verhaltens erhöht. Diese Erzwingbarkeit des Verhaltens wird in den jeweiligen Situationen auf der Seite des Subjekts, das die Erzwingbarkeit herbeiführen kann, als Recht,

[37] H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1969, S. 291 f.; K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1969, S. 226 f.; Troller, Begegnung, S. 35.

[38] Dazu Noll, a.a.O., S. 173 ff. – Vgl. dazu auch R. Bruns, Das Schuldverhältnis als Organismus – Wegweisung und Mißdeutung, in: XENION, Festschrift für Pan J. Zepos, Athen 1973, Bd. I, S. 69 ff.

und auf der Seite der Person, gegen die sie sich richtet, als Pflicht dargestellt. Die Rechtstheorie hat diese Rechte und Pflichten zum Mittelpunkt ihrer Systeme gemacht; die Rechtsordnung wird als eine Einheit von Rechten und Pflichten dargestellt. So wird die einheitliche Vorstellung von einer Handlung und ihren Folgen dogmatisch aufgeteilt in den Tatbestand und seine Folgen, wobei diese Folgen nicht das Tun, sondern die Rechte und Pflichten seien. Tatbestand ist ein als möglich vorgestellter, allgemein bestimmter Sachverhalt, der in einer unbestimmten Vielzahl von «Fällen» sich «in Raum und Zeit ereignen, wirklich werden kann»[39]. Im Gegensatz zum Tatbestand soll die Rechtsfolge gleich dem Rechtssatz, auf Grund dessen sie «eintrete», zwar nicht der Welt der raumzeitlichen Seinsvorgänge, der «Faktizität» angehören, «wohl aber der (zeitlichen, wenn auch nicht räumlichen Welt) des rechtlichen Geltens, eines ‹geistigen Seins› also, dessen Seinsweise die des ‹objektiven Geistes› ist»[40]. Die Rechtsfolge eines Schuldvertrages sei «die Verpflichtung des Schuldners zu einer Leistung, nicht die Leistung selbst». «Die Zuordnung der Rechtsfolge hat nicht die Bedeutung einer Aussage über einen Seinszusammenhang, der unabhängig von dieser Aussage besteht und vom Aussagenden als bestehend behauptet wird. Vielmehr schafft oder gründet der Rechtssatz erst den Zusammenhang, indem er die Rechtsfolge ‹anordnet›.»[41] Verfehlt sei die verbreitete Vorstellung, daß zwischen dem als tatbestandsmäßig erkannten realen Sachverhalt und der konkreten Rechtsfolge ein Kausalzusammenhang bestehe. Das sei schon deshalb unrichtig, «weil der Sachverhalt, wenigstens zum Teil, der Welt des raumzeitlichen Daseins, der Faktizität, die Rechtsfolge dagegen allein derjenigen des rechtlichen Geltens» angehöre[42].

Demgemäß wäre beim Kaufvertrag nicht die Hingabe der Sache gegen Bezahlung einer Geldsumme die Folge, also ein raumzeitliches Geschehen, sondern die Pflicht, die Sache zu übergeben einerseits und die Pflicht, den Preis zu bezahlen anderseits. Diese Pflicht ist das viel umstrittene rechtliche Sollen. Die Rechtspflich-

[39] LARENZ, Methodenlehre, S. 180, 209.
[40] LARENZ, Methodenlehre, S. 181.
[41] LARENZ, Methodenlehre, S. 182.
[42] LARENZ, Methodenlehre, S. 188.

ten sind jedoch nicht von der Vorstellung dessen zu lösen, was geschehen oder nicht geschehen soll. Das Wörtchen «soll» zeigt nur an, daß die im Vorstellungsmodell gezeigte Folge im Rahmen einer konkreten Rechtsordnung mit Hilfe der zuständigen Behörde herbeigeführt werden kann oder muß. Die Folgen ergeben sich aus der gesellschaftlichen Situation der Personen, die an einem Ereignis, das dem Modell entspricht, beteiligt sind. Wenn das Gebot heißt: «Du sollst nicht töten», so ist das Nichttöten das Normalverhalten und nicht die Folge des Gebots. Gleich verhält es sich, wenn dieselbe Folge so in Worte gefaßt ist, daß das unberechtigte Töten mit Strafe bedroht wird. Der Gesetzgeber erfaßt den gesellschaftlichen Normalzustand und schreibt vor, was geschieht, wenn eine Person gegen dieses Verhaltensmodell verstößt.

Soweit das Gesetz allgemein anerkannte und eingeübte Verhaltensweisen ins Bewußtsein ruft, handeln die Personen im Geltungsbereich dieses Gesetzes in der Regel nach diesen Modellen, ohne daß sie dabei an Rechtssätze denken[43]. Sie kaufen und zahlen, verkaufen und liefern die Sache, nehmen Darlehen auf und zahlen sie zurück, sorgen für die Kinder, achten das Eigentum des

[43] M. REHBINDER, Rechtskenntnis, Rechtsbewußtsein und Rechtsethos als Probleme der Rechtspolitik, in: M. REHBINDER/H. SCHELSKY (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 3, Düsseldorf 1972, S. 26, sagt zu diesem Sachverhalt: «Damit stellt sich mit ERNST E. HIRSCH die Frage: ‹Wie ist es zu erklären, daß der größte Teil der Bevölkerung trotz seiner Unkenntnis der zahllosen, ständiger Abänderung und Ergänzung unterworfener Gesetze, Verordnungen und Verfügungen die Rechtsordnung tatsächlich respektiert und niemals mit Gericht, Rechtsanwalt und Staatsanwalt in Berührung kommt?› Die Antwort ist ganz einfach: Die Funktion der Verhaltenssteuerung geht mangels Kenntnis des Rechts auf die anderen sozialen Ordnungssysteme über. Die Bevölkerung verhält sich rechtsgemäß, weil sie sich an die Regeln der Sitte, der Moral, der Konvention, kurz: an das sozial Übliche hält. Wo Recht gelebt wird, da ist es in seiner Ordnungsfunktion bereits durch andere Ordnungsmechanismen entlastet.»

Die richtige Antwort auf die von HIRSCH gestellte Frage wäre jedoch: «Weil die Modellvorstellungen über das richtige Verhalten, so wie sie im Bewußtsein des größten Teils der Bevölkerung sich vorfinden, Teile der Rechtsordnung sind.» Das Recht wirkt selber und ist nicht durch andere Ordnungsmechanismen in seiner Ordnungsfunktion entlastet. Auch dieses richtige Verhalten entspringt einer Rechtskenntnis und nicht nur jenes, das aus der bewußten Anwendung von Gesetz oder Richterrecht hervorgeht.

andern. Wenn der Gesetzgeber zwischenmenschliche Beziehungen im Widerspruch zu den bisherigen Verhaltensweisen als positives (vorgeschriebenes) oder negatives (verbotenes) Ereignen gewertet hat, müssen sich die Gesetzesadressaten daran gewöhnen und sich an Hand von Belehrungen darüber orientieren (80 km/h für Spikes; 100 km/h außerorts; Bezahlung von Gebühren für die Benützung geschützter Musikwerke bei Vereinsanlässen). Aber auch diese Modelle werden, sobald sie eingeübt sind, ein Teil des Normalverhaltens (Anhalten beim roten Licht; Benützen bestimmter Gefäße für Kehricht).

Das «Sollen», das als Pflicht erfaßt ist, entspricht der Vorstellung eines Ereignisses, das in Zukunft, wenn etwas derartiges geschieht oder geschehen könnte, so, wie es beschrieben ist, zu realisieren oder zu unterlassen ist. Der gewollte Zustand ist die Folge von gesellschaftlichen Situationen, die der Gesetzgeber gewertet und als Modelle für zukünftiges Geschehen übernommen oder geändert oder abgelehnt hat. Es besteht also ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem zu ordnenden gesellschaftlichen Zustand und den im Gesetz mitgeteilten Ordnungsmodellen. Das in den Gesetzen vorgestellte Verhalten, das wir allgemein als gewollt bezeichnen können, ergibt sich aus der Würdigung von daseienden Zuständen; es kommt aus diesen her[44]. Die Diskussion

[44] Das bestreitet wohl auch H. KELSEN nicht (Reine Rechtslehre, mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960, S. 5ff.). MÜLLER, a.a.O. (Anm. 31), S. 91, tut KELSEN Unrecht, wenn er ihm die Behauptung zuschreibt, Norm und normierte Tatsächlichkeit stünden beziehungslos nebeneinander. Gerade bei KELSEN erfährt der Leser trotz aller theoretischer Verbrämung eindringlich, daß, wie MÜLLER dies sagt, «die Rechtsnorm nicht als abstrakter Sollensbefehl, als hypothetisches Urteil oder als sachleerer Willensakt verstehbar ist».

Dichterisch erhöht sagte es HÖLDERLIN in der Erklärung zum PINDAR-Fragment: «Das Gesetz,
Von allen der König, Sterblichen und
Unsterblichen; das führt eben
Darum gewaltig
Das gerechteste Recht mit allerhöchster Hand.» (PINDAR)

«Die Zucht, sofern sie die Gestalt ist, worin der Mensch sich und *der* Gott begegnet, die Kirche und das Staatsgesetz und anererbte Satzungen (die Heiligkeit des Gottes und für den Menschen die Möglichkeit einer Erkenntnis, einer Erklärung), diese führen gewaltig das gerechteste Recht mit allerhöchster Hand,

darüber, ob das Sollen aus dem Sein abzuleiten ist, hat so verstanden keinen Sinn. Sie bezog sich auf die Herkunft der Normen aus einem naturrechtlich verstandenen transzendenten Geltungsgrund. Ebenso trägt die Auseinandersetzung mit der These, daß in der Naturwissenschaft die Kausalität die Naturgesetze bestimme, daß hingegen die Gesetze im Recht nicht kausal-gesetzlich bestimmt seien, nichts zur Lösung des wirklichen Problems bei. Auch mit dieser These war nur die Gegenposition zur Behauptung bezogen, die menschlichen Gesetze müßten einer transzendent vorbestimmten Ordnung entsprechen, sie seien wie die Naturgesetze vorgegeben.

Wesentlich ist, daß dieser Disput nicht länger die Einheit der erkenntnistheoretischen Methode im natur- und im gesellschaftswissenschaftlichen Bereich verdeckt. Wie vorn gesagt wurde, ist die Einheitlichkeit der wissenschaftlichen Methode bei der unerläßlichen Zusammenarbeit von Naturwissenschaftern, Technikern und Gesellschaftswissenschaftern ein dringliches Anliegen. Sie ist erreicht, wenn die Rechtswissenschaft aus dem daseinsabgewandten ideell konstruierten oder transzendental-logisch konzipierten Denkbereich zur unmittelbaren Vorstellung des gesellschaftlichen Geschehens zurückkehrt. Der Naturwissenschafter sucht das Fundament seiner Feststellungen und Folgerungen in den Objekten, die er untersucht. Er konstituiert in seinem Bewußtsein Vorstellungsmodelle, die er hernach experimentell überprüft. Er erfährt nicht alle Elemente aus den untersuchten Objekten. Er schließt Wissenslücken durch Vorstellungen, die er seiner Intuition verdankt (dieser «schöpferische» Vorgang ist, wie vorn dargetan wurde, das unerläßliche Kriterium der Erfindungen). Er sagt auch nicht nur über entdeckte Folgen von Ereignissen aus, die die «Natur» von selber bewirkt (das Verdampfen oder Gefrieren von Wasser); er bildet Modelle über das Verhalten von Naturkräften, das nur durch menschliches Zutun geschieht (alle technischen

sie halten strenger, als die Kunst, die lebendigen Verhältnisse fest, in denen mit der Zeit, ein Volk sich begegnet hat und begegnet. ‹König› bedeutet hier der Superlativ, der nur das Zeichen ist für den höchsten Erkenntnisgrund, nicht für die höchste Macht.» (FRIEDRICH HÖLDERLIN, Werke, Bd. II, Zürich 1944, S. 419f.)

Vorgänge). Diese Modelle werden realisiert, wenn und soweit ein Mensch dies will. Der Vorgang ist zwar durch die Beschaffenheit der Naturkräfte festgelegt, nicht aber seine Durchführung. Dabei können verschiedene Wege zum gleichen Ziel führen (Herstellung desselben chemischen Stoffes durch verschiedene Verfahren). Ob das technische Vorstellungsmodell realisiert wird, hängt von seiner Wertung durch die Interessenten ab, und zwar von der Wertung seiner Nützlichkeit im zwischenmenschlichen Bereich[45].

Diese Modellvorstellungen und ihre vom Menschen abhängige Wertung und Realisierung kommen den Vorstellungen des möglichen Verhaltens von Personen beim gegenseitigen Tun oder Nichttun nahe. Wie beim Verwenden der Naturkräfte werden mögliche Verhaltensweisen der menschlichen Wesen vorgestellt, gegenübergestellt und gewertet. Die Realisierung hängt ebenso vom menschlichen Willen ab. Der Wille ist das Streben darnach, einen im Bewußtsein vorgestellten Zustand oder ein vorgestelltes Geschehen in der Außenwelt zu realisieren. Der Unterschied besteht nur darin, daß die Naturkräfte sich dem vom Menschen erdachten und in Gang gesetzten Geschehen fügen müssen. Sie können auch nicht von sich aus tätig werden. Der Mensch hat hingegen die Möglichkeit, selber Stellung zu nehmen, sich dem Modell gemäß zu verhalten, an dessen Stelle ein anderes sich auszudenken und es zu realisieren oder untätig zu bleiben. Dabei ist jedoch der Mensch nur teilweise frei. Er ist an die vorgegebenen Grundstrukturen gebunden. Er kann diese in vielen Fällen nur variieren. Diese Möglichkeit ist ihm im Bereich des dispositiven Rechts ausdrücklich zugestanden. Er bestimmt mit seinen Partnern gemeinsam das Modell ihres gemeinsamen Verhaltens (Wegbedingen der Mängelhaftung in einem Kaufvertrag). Aber nicht nur die vorgegebene Struktur, sondern auch die ihm zugeteilte Rolle im jeweiligen gesellschaftlichen Gefüge begrenzt die Entscheidungsfreiheit (Abschluß eines Arbeitsvertrages, von Kaufverträgen, Benützung von Verkehrsmitteln usw.)[46].

[45] TROLLER, Die Begegnung von natur- und rechtswissenschaftlicher Methode im Patentrecht, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil 1973, S. 393ff.

[46] TIEMEYER, a.a.O., S. 46f.: «Der Mensch ist teilweise befähigt, sich gegenüber

Wiederum ist zu sagen, daß das Herausheben des Sollens als Verpflichtung, daß die zentrale Position der Pflicht dem Geschehen nicht entspricht. Die Pflicht ist im Verwirklichen der Modellvorstellungen nicht zwischen das Handeln, das die Folgen auslöst, und diese geschoben. Die Folgen sind das unmittelbare Ergebnis, sei es der Struktur der Beziehung, sei es der gesellschaftlichen Rolle und Überzeugung der Beteiligten. Nur ausnahmsweise greift der Zwangsapparat (Prozeß und Urteil) ein, um die Realisation des gesetzlichen Modells zu erzwingen (Leistungs-, Gestaltungsurteile) oder dessen Mißachtung zu ahnden (Strafurteil). Die Rechtsordnung geht weder aus einem Befehl des Gesetzgebers (Imperativentheorie)[47] noch aus einem psychologischen Zwang hervor, sondern aus der Überzeugung der Menschen und den ihr zugrunde liegenden Strukturen des Zusammenlebens[48]. Das dem

äußeren Umständen mehr oder weniger anders zu verhalten, als der Zusammenhang des Gesellschaftslebens es erwarten ließe. Wo der Mensch diese individuelle Freiheit besitzt, kommt es sehr häufig zu Konflikten; im sozialen Leben wird dann regelmäßig eine Reaktion seitens der Umgebung ausgelöst.»

[47] J. ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1972, S. 36f.: «Die sogenannte Imperativentheorie, welche die Rechtsverbindlichkeit aus der Autorität dessen ableitet, der die Rechtsnorm erläßt, hat sich indessen sowohl hinsichtlich ihres Geltungsgrundes als auch hinsichtlich der Struktur der Norm als unhaltbar erwiesen. Normen können nicht fortgelten als Befehle einer souveränen Autorität, die mit allumfassender Ordnungsgewalt unter Ausschaltung eines Ordnungsverständnisses künftiger Zeiten jede Frage vorweg reguliert. Zwar ist die Norm nach Aufgabe und Anspruch mehr als ein Modell oder Muster im Sinne eines unverbindlichen Vorschlags. Sie setzt Inhalte und Grenzen einer legitimen Entscheidung, nur eben mit funktionsbedingter Einräumung evolutionärer Neubestimmungsbefugnis des Richters. Aber nicht das ist die Hauptschwierigkeit bei der Imperativentheorie. Diese verkennt die Objektivität eines ‹geltenden› Ordnungssystems und seiner ‹Muster› in der geistigen Existenz jenseits der Begründungsakte.» Vgl. zum letzten Satzteil meine Bemerkung in Anm. 48.

[48] Dazu einläßlich COING, a.a.O. (Anm. 37), S. 286ff. COING betont aber wohl zu sehr die «Gewissensbildung» des Menschen (FRANZ KLEIN), die «Grundwerte», sowie auch ESSER (oben Anm. 47) von der geistigen Existenz der Begründungsakte spricht. Dies alles existiert zwar im Geiste der Menschen und ist ein Teil des objektiven Geistes. Zum Teil existiert es nur dort. Die entscheidende Grundlage ist jedoch das jeweilige gesellschaftliche Geschehen, insbesondere auch die ökonomischen Faktoren. Noch einmal sei überdies an die wesensnotwendigen Strukturelemente des Rechtsgeschäfts erinnert, die ihrerseits auch wiederum

Gesetzesmodell entsprechende Verhalten ist die der geregelten Situation zugehörige jeweilige Formung des menschlichen Daseins. Die gesellschaftliche Existenz des Menschen zwingt ihn, fortwährend sein Dasein und damit auch jenes von andern zu gestalten. Dies ist der grundlegende Sollenszwang[49]. Der Gesetzgeber lenkt dieses Sollen durch zwingende oder wahlweise zur Verfügung gestellte Verhaltensmodelle[50], aber er bringt es nicht hervor.

Die Heranziehung der Rechte und Pflichten ist eine didaktische Denkhilfe für die schematische Darstellung und abgekürzte Mitteilung von komplexen gesellschaftlichen Handlungsabläufen (Abschluß eines Geschäftes bis zur eventuellen Erzwingung von Handlungen durch Prozeß und Vollstreckung). Wir sind gewohnt, im Verhaltensmodell die Erzwingbarkeit einzubeziehen und es im Hinblick auf diese abzugrenzen. Daraus ergibt sich u.a. die Unterscheidung der absoluten und relativen Rechte, d.h. von Verhaltensmodellen, in die eine unbestimmte Zahl von Gegeninteressenten oder nur genau bezeichnete einbezogen sind. Diese Denkmethode ist aus unserer Rechtstheorie nicht wegzudenken. Wir müßten viel umständlicher reden und schreiben (z. B. bei der Zession das Hin-

zum Teil in der menschlichen Natur (Bedürftigkeit, Erkenntnis- und Mitteilungsmöglichkeit, Vertrag, Zivilprozeß), zum größeren Teil aber in der Art des Güter- und Leistungsaustausches und dem Wesen der Güter und Leistungen begründet sind (Kauf, Tausch, Arbeit, Gesellschaften, Lizenzen usw.). Dazu TROLLER, Begegnung, S. 85, 117, 192ff.; Überall gültige Prinzipien, S. 61ff., 71ff., 99ff., 138ff.

49 H. RYFFEL, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, Neuwied/Berlin 1969, S. 132: «... der Mensch untersteht stets einem Sollen und muß andauernd Sollen in Sein verwandeln. Das menschliche Dasein besteht nicht in der Verwirklichung irgendwelcher beliebiger oder willkürlicher, sondern ganz bestimmter, nämlich gesollter Verhaltenspotentialitäten, die Erzeugnisse der Koordination und Änderung bereitliegender Verhaltenspotentialitäten und der Bestimmung des unbestimmten Potentials von Verhaltensmöglichkeiten überhaupt darstellen.»

Dazu TROLLER, Begegnung, S. 85: «Der Mensch kann seinem Wesen gemäß seinem Dasein nicht ausweichen und er muß sein Dasein gestalten. Er bereitet, soweit das in seiner Macht ist, sein Schicksal in der Spanne zwischen Geburt und Tod. Damit ist der vorn aufgestellte Satz gerechtfertigt: ‹Aus dem Sein kommt das Sollen her, das Sollen aber hat Macht über das Dasein.›»

50 Vgl. zur Notwendigkeit, die andern Verhaltensmöglichkeiten einzubeziehen, RÖDIG, a.a.O. (Anm. 2).

überwechseln des Zessionars in die Rechtsstellung des Zedenten einläßlich beschreiben). Wir müssen uns nur dessen bewußt sein, daß diese Rechte und Pflichten rechtstechnische Begriffe sind und nicht der Stoff der Rechtsordnung. Wir müssen das Gesetz begreifen als Modell von zwischenmenschlichem Verhalten, von Tun, Nichttun, Haben, Nichthaben, das Gesetz als Ausschnitt aus der gelebten oder in Zukunft zu lebenden Ordnung und nicht «als einen generellen und abstrakten Rechtssatz»[51].

IV. Gesetz, Sprache, Computer

Gesetze im Gebiet des Rechts sind sprachlich mitgeteilte Vorstellungen über zukünftiges Verhalten bei zwischenmenschlichen Beziehungen. Aufgabe der Sprache ist es, beim Leser oder Hörer die Vorstellung über das angegebene Verhalten hervorzurufen. Das Erfassen dieser mitgeteilten Vorstellung nennen wir das Verstehen. Es wird nicht rein logisch geleistet. Der Aufnehmende muß die Aussage der Worte im Zusammenhang, in ihrer Bedeutung für die Situation, auf die sich die Gesetzesstelle bezieht, deuten und sie ins Bild dieser Beziehung übersetzen[52].

Die Sprache ist als komplexer Vorgang einbezogen und nicht als ein auswechselbares Zeichensystem. Sie ist seit dem Entstehen der Menschheit entwickelt worden und steht in Wechselwirkung mit dem Erkenntnisvorgang[53]. Die Sprache geht hervor aus einer

[51] Oben Anm. 29.

[52] S. J. SCHMIDT, Sprache und Denken, in: Philosophie und Kybernetik (oben Anm. 9), S. 46: «Das Scheitern der logischen Denotationsmodelle der Sprache hat dazu geführt, daß Sprache heute nicht mehr primär unter logisch-zeichentheoretischen, sondern vielmehr unter handlungstheoretischen und anthropologischen Aspekten gesehen wird.» S. 54: «Sprache und Denken können ihrer Verfahrensstruktur nach weitgehend technisch simuliert werden, während alle darin involvierten interpretativen Prozesse bis heute noch nicht kalkulierbar sind und bis auf weiteres auch bleiben werden.» – «Was wir bis heute allein *genau* wissen über das Verhältnis von Sprache und Denken, läßt sich in der relativ sicheren Behauptung zusammenfassen: Sprache und Denken hängen auf jeden Fall so eng zusammen, daß, wollte man sie trennen, man beide zerstören würde.»

[53] MONOD, a.a.O., S. 167: «Weil die Sprache gerade während dieser Epigenese erworben wird, kann sie sich so eng mit dem Erkenntnisvermögen verbinden,

allen Sprachen gemeinsamen Grundform, die angeboren und artspezifisch ist[54]. Die Sprache ist ein Bestandteil der «menschlichen Natur» geworden[55]. «Die Sprache ist nicht einfach ein biogenetisch programmiertes oder bloß konventionell gesetztes Zeichensystem zwecks Funktionieren von Informationsaustausch. Sie ist zu verstehen als ein Sinnraum, in welchem der Mensch lebt... Sprache ist also ein Geschehen, ein Ereignis. Sie stiftet Gemeinschaft. Sie enthält und schafft Mitteilung von Wirklichkeit. Sie ist Deutung und Inbesitznahme der Welt durch den Menschen. Sie besitzt schöpferische, wandelnde Kraft.»[56].

Die Wirklichkeit, die die Sprache mitteilt, sind die im Bewußtsein erscheinenden Phänomene. Beim Gesetz sind es die Vorstellungen über zwischenmenschliches Verhalten. Diese Vorstellungen als Bilder eines Geschehens sind in ihrem Entstehen im Bewußtsein nicht an die Sprache gebunden. Sie können durch ein sprachunabhängiges Denken hervorkommen[57]. Der Vorrang kommt vorerst dem Bild und nicht der sprachlich gefaßten Mit-

daß es uns sehr schwerfällt, die sprachliche Leistung und die durch sie zum Ausdruck gebrachte Erkenntnis in der Selbstbeobachtung auseinanderzuhalten.»

«Es wird im allgemeinen angenommen, die Sprache stelle nur einen ‹Überbau› dar; diese Annahme wird natürlich mit der großen Vielfalt menschlicher Sprachen begründet, die ein Ergebnis der zweiten Evolution, der Kulturentwicklung sind. Doch lassen sich der Umfang und die Verfeinerung des Erkenntnisvermögens beim homo sapiens offensichtlich nur in der Sprache und durch die Sprache begründen. Werden die kognitiven Fähigkeiten dieses Werkzeuges beraubt, dann sind sie zum größten Teil gelähmt und unbrauchbar. Die Sprachfähigkeit kann in diesem Sinne nicht mehr als ein Überbau angesehen werden.»

54 MONOD, a.a.O., S. 167: «Man weiß, daß die linguistische Tiefenanalyse nach CHOMSKY und seiner Schule unter der ungeheuren Vielfalt der menschlichen Sprachen eine allen Sprachen gemeinsame ‹Form› findet. Diese Form muß – nach CHOMSKY – folglich als angeboren und artspezifisch betrachtet werden.»

55 MONOD, a.a.O., S. 168.

56 F. O. RIS, Zur anthropologischen Bedeutung des Gesprächs, Separatabdruck aus der «Schweizer Rundschau», Nr. 6, 1972, S. 8f.; TH. FLEINER, Recht – Sprache – Wirklichkeit, Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie, 19, 1972, S. 187: «Wirklichkeit läßt sich nur durch Sprache mitteilen und verstehen.» Diese Behauptung stimmt nur beim rationalen Erfassen komplexer Beziehungen, die nicht bildlich zu bewältigen sind, also gerade im Rechtsdenken.

57 A. HOPPE, Sprache und Denken, in: Philosophie und Kybernetik (oben Anm. 9), S. 76.

teilung zu[58]. Das Bild wird jedoch sogleich in die sprachliche Mitteilung hineingeholt. Diese wird dann oft als das wesentliche hingenommen und drängt das Bild, das sie nur kundtun sollte, in den Hintergrund[59]. Das ist fortwährend zu bedenken. Die Juristen neigen vor allem dazu, der Sprache und den Begriffen eine selbständige Aufgabe im Denken zuzutrauen.

Die Begriffsjurisprudenz ging aus diesem Mißbrauch einer vom Aussagegehalt losgelösten und verselbständigten Sprache hervor. Die Begriffe traten an Stelle der vorgestellten zwischenmenschlichen Beziehungen. Aus ihrer Verbindung entstanden neue Begriffe und Thesen[60]. Die Versuchung liegt nahe, trotz der klaren Abwendung von der Begriffsjurisprudenz dennoch der verselbständigten, von der Vorstellung des zwischenmenschlichen Geschehens abgelösten, sprachlichen Aussage das Feld zu überlassen; man denke nur an die Diskussionen über die Auslegungsregeln. Die Sprache verdrängt durch die in ihr gespeicherten Begriffe und deren logische Verbindungen das Verweilen bei den im Bewußtsein bild-

[58] MONOD, a.a.O., S. 190, der über das Bewußtseinsbild des Naturwissenschafters spricht: «Ich glaube, alle Wissenschaftler müssen sich dessen bewußt geworden sein, daß ihre innere Reflexion nicht verbal ist; sie ist ein Gedankenexperiment, eine eingebildete Erfahrung, mit Hilfe von Formen, Kräften und Wechselwirkungen simuliert, die nur mit Mühe ein ‹Bild› im visuellen Sinne ergeben.»

[59] MONOD, a.a.O., S. 190: «Wie dem auch sei – üblicherweise wird der Simulationsvorgang vollständig durch die Sprache verdeckt, die ihm fast unmittelbar folgt und mit dem Denken zu verschmelzen scheint.»

[60] Aufschlußreich ist ein Vergleich der berühmten Aussage JHERINGS mit der Feststellung MONODS.

R. v. IHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Erster Teil, 4. Aufl., Leipzig 1878, S. 39f.: «Durch Combination der verschiedenen Elemente kann die Wissenschaft neue Begriffe und Rechtssätze bilden; die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und zeugen neue.»

MONOD, a.a.O., S. 202f.: «Für einen Biologen ist es verlockend, die Evolution der Ideen mit der Evolution der belebten Natur zu vergleichen. Wenn auch das Reich des Abstrakten viel weiter noch über die belebte Natur hinausgeht, als diese die unbelebte Welt überschreitet, so haben doch die Ideen einige der Eigenschaften von Organismen behalten. Wie diese wollen sie ihre Struktur fortpflanzen und vermehren, wie diese können sie ihren Inhalt vermindern, wie diese haben sie schließlich eine Evolution, und in dieser Evolution spielt die Selektion ohne jeden Zweifel eine große Rolle.»

lich gesehenen Beziehungen[61]. So werden die wissenschaftlichen Diskussionen oft nur im Reich der Begriffe geführt. Auch beim Entwerfen von Gesetzen lassen sich die Gesetzgeber nicht selten mehr vom Wortlaut anderer Gesetze und von Lehrmeinungen leiten als von den selbständig geschauten, geprüften und gewogenen Verhältnissen, die das Gesetz ordnen soll.

Diese Warnung vor der Eigenmächtigkeit der Sprache, die ihre Aufgabe, Bewußtseinsinhalte mitzuteilen, verrät, bezweifelt in keiner Weise die unentbehrliche Rolle der Sprache in der zwischenmenschlichen Verständigung, wenn komplexe Lebenssachverhalte zu schildern sind.

Wir können zwar ohne die Sprache denken und uns Geschehnisse vorstellen. Wer dazu begabt ist, kann sie im Bild festhalten und vorzeigen (Bildsprache, Mimik, Stummfilm). Aber sobald reichere Gehalte weiterzugeben sind, kann nur die Sprache dies leisten. Die Vorstellungen werden sogar erst dann klar, wenn sie zum Wort gekommen sind. Noch mehr, Gedanken reifen im Bemühen, die Ideen sprachlich mitzuteilen. Die freie Rede läßt manches in der Schwebe; erst der schriftlich festgehaltene Text konfrontiert den Denker unerbittlich mit seinen Vorstellungen und zwingt ihn zum Vergleichen seines Bewußtseinsinhalts mit dessen Mitteilung. Die Sprache führt den Erkenntnisprozeß weiter und bringt ihn in rechtlichen Belangen zum jeweiligen Abschluß[62].

[61] v. SAVIGNY, a.a.O., S. 112: «Betrachten wir nämlich unsern Zustand, wie er in der That ist, so finden wir uns mitten in einer ungeheuren Masse juristischer Begriffe und Ansichten, die sich von Geschlecht zu Geschlecht fortgesetzt und angehäuft haben. Wie die Sache jetzt steht, besitzen und beherrschen wir diesen Stoff nicht, sondern wir werden von ihm bestimmt und getrieben, nicht wie wir wollen ... Dieser Stoff umgiebt und bestimmt uns auf allen Seiten, oft ohne daß wir es wissen ...»

[62] MONOD, a.a.O., S. 167: «Man muß annehmen, daß beim neuzeitlichen Menschen zwischen der Symbolsprache und den Erkenntnisfunktionen, welche die Sprache hervorrufen und in ihr zum Ausdruck kommen, eine enge Symbiose besteht, die nur Ergebnis einer langen gemeinsamen Evolution sein kann.»

KLEIST sagt in seiner kleinen Schrift «Über die allmähliche Verfertigung der Gedanken beim Reden», daß er verwickelte Sachen seiner Schwester vortrage, obgleich sie ihm keinen Rat geben könne und nicht einmal zu antworten brauche. «Aber weil ich doch irgendeine dunkle Vorstellung habe, die mit dem, was ich suche, von fern her in einiger Verbindung steht, so prägt, wenn ich nur dreist

Die Gesetze entstehen also in der Wechselwirkung von vorgestellten zwischenmenschlichen Beziehungen als vorbildliches Verhalten und deren sprachlichen Mitteilung. Die Konstituierung dieser Bewußtseinsbilder und der sprachlichen Mitteilung geschieht in der intersubjektiven Verständigung aller Personen, die am Gesetz mitarbeiten. Das Gesetz ist das Ergebnis eines interpersonalen Gewebes von Vorstellungen und sprachlichem Bemühen, die Bilder für andere Personen verständlich festzuhalten, so daß sie die sprachliche Mitteilung in das Bewußtseinsbild zurückverwandeln können. Die Mitarbeit mehrerer fachkundiger Personen ergänzt und verfeinert den Vorstellungs- und Mitteilungsgehalt.

Jede Regel des Gesetzes steht in einem weiteren Zusammenhang, im Bereich eines umfassenderen zwischenmenschlichen Geschehens, von dem sie einen Teil bildet. Sie läßt sich nur im Hinblick auf den gesamten Ablauf richtig verstehen. Sie ist in der Verbindung mit dem Rechtsinstitut, dem sie zugehört, mit dem Gesetz und dem Sinn der Rechtsordnung, die sie mitgestaltet, zu sehen. Es ist nicht immer notwendig, diese weiteren Zusammenhänge zu erwägen. Aber bei jedem Zweifel ist der Weg zur näheren und weiteren Umgebung der Norm, zu ihrer gesetzesoekologischen Stellung angezeigt.

Dies wird dadurch erleichtert, daß für gleiche Handlungsabläufe die gleichen Begriffe verwendet werden[63].

damit den Anfang mache, das Gemüt, während die Rede fortschreitet, in der Notwendigkeit dem Anfang nun auch ein Ende zu finden, jene verworrene Vorstellung zur völligen Deutlichkeit aus, dergestalt, daß die Erkenntnis, zu meinem Erstaunen, mit der Periode fertig ist.»

Was MONOD sagt, haben wir als Redner schon oft erfahren. Dazu KLEIST: «Ich glaube, daß mancher großer Redner in dem Augenblick, da er den Mund aufmachte, noch nicht wußte, was er sagen würde. Aber die Überzeugung, daß er die ihm nötige Gedankenfülle schon aus den Umständen und der daraus resultierenden Erregung seines Gemüts schöpfen würde, machte ihn dreist genug, den Anfang, auf gutes Glück hin, zu setzen.»

63 ESSER, Vorverständnis (Anm. 47), S. 50: *«In unserem Rechtssystem wird mit guten Gründen der Sprache eine ‹offene› Bedeutung zugestanden,* auf der Seite der Normsprache wie der Feststellungssprache. Es wird auch durch die Autonomie gesetzgeberischer Regelung kein Graben zwischen beiden Sprachformen gezogen in der Weise, daß normative Begriffe völlig kategorial abseits aller Wirklichkeits-

Da setzt die These von der automationsgerechten Gesetzgebung ein. Nicht nur gleiche Sachverhalte sind gleich mitzuteilen. Die Sprache ist den Möglichkeiten der Datenbank anzupassen. «Gesetzgeber und Verwaltung sehen sich mit Rücksicht auf die elektronische Datenverarbeitung gezwungen, nur noch bestimmte Ausdrucksformen zu wählen.»[64] Wenn auch die Gesetzgebung sich nicht völlig dem Sachzwang der Datenbank ausliefert, so gilt doch der Grundsatz, daß der Übergang zur elektronischen Datenverarbeitung stets «Rückwirkungen auf Struktur und Funktionen rechtlicher Regelungen» auslöst und die Rechtsordnung zugleich mit einer veränderten Informationsqualität konfrontiert[65]. Das Problem der besseren Erfassung der gesellschaftlichen Daten (so der Verhältnisse der einzelnen Personen) bleibt hier beiseite. Erwogen wird nur der Einfluß auf das Erfassen der Sachverhalte und deren Mitteilung in der Sprache. Die nützliche Verwendung der Computer hängt von der Subsumtion der geregelten Tatbestände unter einen als Norm gespeicherten Oberbegriff ab. Daher werden Generalklauseln abgelehnt. Zwar wird es der «automationsgerechten Gesetzestechnik» ebensowenig wie dem Positivismus gelingen, die Urteilsfindung auf einen Subsumtionsvorgang zu reduzieren[66].

begriffe stehen könnten. Soweit rechtstechnische Kunstsprache im Spiel ist, erhält diese für den Umweltsverkehr ihre spezifische Erfahrungsbedeutung. Soweit aber terminologisch an die Umgangssprache angeknüpft wird, läßt sich auf dem Gebiet gesetzgeberisch freier Bewertung das Wort nicht willkürlich verwenden, will man den Ordnungssinn nicht verdecken oder verfälschen.»

Das schließt, wie ESSER an dieser Stelle festhält, Legaldefinitionen, die sich vor allem in den Ländern des Common Law bewährt haben, aber auch in unsern Gesetzen (z. B. Begriff der Neuheit im Patent- und Muster- und Modellrecht) nicht aus. Vgl. zur Bedeutung der Umgangssprache (Alltagssprache) auch FLEINER, a.a.O. (Anm. 56), S. 174.

64 SIMITIS, Computer, Sozialtechnologie und Jurisprudenz, ZSR 91 II, 1972, S. 450.

65 SIMITIS, a.a.O., S. 454.

66 O. H. POENSGEN, Möglichkeiten und Grenzen elektronischer Informationssysteme, in: MENGES/SCHNEEWEISS/HAX/POENSGEN, Entscheidung und Information, Frankfurt a. M./Berlin 1968, S. 97: «Die elektronische Rechenanlage mit ihrem Programm kann die menschliche Sprache nicht verstehen, auch wenn sie ihr auf Lochkarten eingegeben wird, oder Fragen sinnvoll beantworten. Nur wenn man sich im Wortschatz auf ein sorgfältig gewähltes Testgebiet und hinsichtlich der programmatischen Konstruktionen beschränkt, können in der Umgangssprache formulierte Anweisungen oder Fragen gehandhabt werden – und auch

Die Gefahr für die Gesetzgebung ergibt sich nicht so sehr aus der positivistischen Tendenz als vielmehr aus der Vorherrschaft der Sprache. Sie leitet bei der «computergerechten Gesetzestechnik» den Gesetzgeber statt der im Bewußtsein primär zur Erscheinung gebrachten zwischenmenschlichen Beziehungen. Die dem Computer angepaßten und vereinheitlichten Begriffe bestimmen, welche Sachverhaltsbilder zulässig sind. Die Lebenssituationen, die im Gesetz erscheinen dürfen und die damit als geregeltes zwischenmenschliches Verhalten toleriert oder wenigstens beim dispositiven Recht als Vorbild empfohlen sind, werden eingeschränkt. Der Gesetzgeber schafft die Gesetze noch weniger als bisher aus seinem eigenen Erfassen der Lebenssituationen heraus. Er verwendet Begriffsschablonen; das Gesetz wird in Maßkonfektion angefertigt. Das wirkt sich auf das gesellschaftliche Geschehen aus. Dieses wird, wie in zahlreichen andern Gebieten, nun auch im Recht dem individuellen Formen entzogen. Die menschlichen Vorstellungen vom zwischenmenschlichen Verhalten werden mehr und mehr der Speichertechnik und der Speicherungsmöglichkeit von Datenbanken angeglichen. Das individuelle Mitformen am Recht wird weit weniger aus dem eigenen Lebensgefühl heraus geleistet; die sprachlich beschränkten Gesetze verringern das Daseinsgefühl der Personen. Es geht dabei nicht nur um die Einbuße an Individualgerechtigkeit bei der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung. Darauf ist im Abschnitt über Gesetz und Richter mehr zu sagen. Ebenso schwer wiegt der Verlust an individueller Vorstellungs- und damit Denkfähigkeit; dies wäre ein weiterer Beitrag zur Umwandlung des eigenpersönlichen Menschen in ein zentral gesteuertes phantasiearmes Massenwesen.

Um diesen Preis wird die höhere Transparenz der Rechtsordnung und die gesteigerte Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung

das natürlich nur nach viel Mühe und auf einigen kleinen Bereichen. Ähnlich unbefriedigend ist der Stand der maschinellen Übersetzung einer Sprache in die andere. Die nationale Akademie der Wissenschaften und der nationale Forschungsrat der USA haben nach einer längeren Studie empfohlen, kein Geld mehr für die Erarbeitung von Programmen zur Sprachübersetzung auszugeben.»

Diese letztere Aussage hat besondere Bedeutung für die Schweiz. Die Gesetze müßten in jeder Amtssprache selbständig programmiert und gespeichert werden.

erkauft. Die Erkenntnis des Zusammenhangs von Sprache und Bewußtseinsgehalt läßt diesen Schluß nicht vermeiden[67].

V. Gesetz, Richterrecht und Rechtsgestaltung durch Private

Im schweizerischen Rechtsleben ist das Gesetz eine der Erkenntnisquellen für die verbindliche Ordnung der zwischenmenschlichen Beziehungen. Neben ihm formen Urteile der Gerichte und Geltungserklärungen von Privaten in deren Kompetenzbereich die jeweilige Rechtsordnung. Das Gesetz, die Urteile und die privaten Anordnungen kommen nicht aus einem reinen Ideenbereich her und greifen in das soziale Handeln ein. Sie gehen aus einer schon geformten Sozialordnung hervor. Sie bewahren oft eingelebte und bewährte Verhaltensmodelle, manchmal ergänzen oder ändern sie diese; ab und zu lassen sie neue Verhaltensmodelle entstehen, die der Widerspruch zur vorher geltenden Ordnung hervorruft. Der Praktiker nimmt das als selbstverständlich hin; ihn kümmert die rechtsphilosophische und -theoretische Analyse wenig. Eine Ausnahme bilden die Auslegungsregeln; die Praktiker, Richter und Anwälte, wenden die wissenschaftlich erarbeiteten Begriffe jedoch nicht selten nur an, um das intuitiv gefundene Ergebnis vermeintlich «logisch» zu rechtfertigen[68].

Doch könnte der Praktiker mit weniger Mühe jeweilen die angestrebte Ordnungsvorstellung erreichen, wenn er über sein Tun besser Bescheid wüßte. Dazu gehört das Wissen um das Zusammenwirken von Gesetz, Urteil und privater Rechtsgestaltung.

Rechtsphilosophie und -theorie stellten vor allem das Gesetzes- und das Richterrecht gegenüber. Das Mitwirken der Privaten kam weniger zur Sprache. Es gestaltet jedoch in der Schweiz und in allen Ländern, die den Privaten einen bedeutenden Entfaltungsraum zugestehen, einen großen Teil der Rechtsordnung.

[67] Diese Gefahr beachtet NOLL nicht, a.a.O., S. 30.

[68] ESSER, Vorverständnis, S. 7: «Insgesamt ergab sich, *daß unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet.* Die Praxis – und das gilt für die Tatsacheninstanzen noch deutlicher – geht nicht von doktrinären ‹Methoden› der Rechtsfindung aus, sondern sie benutzt sie nur, um die nach ihrem Rechts- und Sachverständnis angemessenste Entscheidung lege artis zu begründen.»

1. Gesetz und Richterrecht

a) Die Gesetzeslücken

Die Lehre, daß die Rechtsprechung lückenlos dem Gesetz zu entnehmen sei, daß es alle Fragen nach dem verbindlichen Zuteilen beantworte (Gesetzespositivismus), findet in der Schweiz keine Anhänger mehr[69]. In der Praxis scheuen sich die Rechtsanwender[70] aber oft, die Lückenausfüllung zuzugeben[71]. Sie sprechen von der Anwendung des Gesetzes, selbst wenn der Gesetzestext dazu keinen Anhaltspunkt gibt. Es ist jedoch zu beachten, daß der Rechtsanwender, wenn er im Gesetz keine Regel findet, die zu dem Sachverhalt paßt, den er zu ordnen hat, nicht von der Beachtung des Gesetzes befreit ist. Er hat die Lücke im Sinne des Rechtsinstituts, dem der Sachverhalt zugehört (Eherecht, Mietvertrag), oder, wenn ein solches sich nicht finden läßt, im Sinne der Rechtsordnung (Privatautonomie, Schutz des sozial Schwächeren) auszufüllen.

Diese Probleme sind im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 3 ZGB eingehend erörtert; sie waren hier nur zu erwähnen[72]. Hier genügt es festzuhalten, daß die Gesetze Lücken aufweisen und nicht auf alle Fragen Antwort geben.

[69] A. MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951, S. 216: «Das Dogma von der Gesetzesallmacht ist heute wissenschaftlich überwunden und die Ergänzungsbedürftigkeit wird von der communis opinio doctorum bejaht.»
A. KAUFMANN, Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt a. M. 1972, S. 285: «Mittlerweile ist dieses Dogma von der Lückenlosigkeit des gesetzten Rechts allerdings längst als ein Irrtum anerkannt. Daß alle Gesetze Lücken haben, ist nachgerade ein Gemeinplatz geworden.» NOLL, a.a.O., S. 24.

[70] Der übliche Begriff «Rechtsanwendung» wird hier beibehalten und demnach auch von «Rechtsanwender» gesprochen, weil der Richter und alle, die konkrete Verhältnisse gestalten, im Rahmen der gegebenen Rechtsordnung handeln und also diese zur Geltung bringen, sie anwenden. Vgl. dazu ESSER, Vorverständnis, S. 17f., 76.

[71] KAUFMANN, Rechtsphilosophie im Wandel, S. 157: «Die Vorstellung der Juristen wird immer noch von dem positivistischen Dogma beherrscht, daß das Recht mit dem Gesetz identisch und demzufolge Rechtsprechung allein Gesetzesanwendung sei.» – Vgl. auch W. BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 280; TROLLER, Allgemein gültige Prinzipien, S. 118ff.

[72] Vgl. insbesondere A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung, Bern 1962, S. 78–212.

b) Das Vorverständnis

Wenn der Tatbestand, den der Rechtsanwender ordnen soll, mit einer Norm übereinstimmt, so wird die Urteilsfindung noch oft als rein logisches Verfahren verstanden. Die Lehre weist jedoch mit Nachdruck und zu Recht darauf hin, daß dies nicht zutrifft[73].

Es ist an das vorn Gesagte zu erinnern, wonach jede Norm und das Gesetz als Ganzes in einem weiteren Zusammenhang, im Bereich eines umfassenden zwischenmenschlichen Geschehens stehen, von dem sie einen Teil bilden. Sie sind aus dem Horizont der gesellschaftlichen Situationen herausgehoben und nur im Hinblick auf diese zu verstehen. Eine rein sprachlich grammatikalische Normanwendung ist nicht möglich, weil die Sprache nur Mitteilungsträger und nicht autonome Aussage ist, weil die Mitteilung nur aus dem Sinn der zu regelnden Vorgänge heraus begriffen wird. Jedes Fragen nach dem Sinn der Norm setzt das vorbestehende Verständnis für die zwischenmenschliche Beziehung und die Möglichkeit voraus, das Verhaltensmuster zu werten, bzw. die Wertung des Gesetzgebers verstehend nachzuvollziehen[74]. Der Rechtsanwender muß die Lebenssituationen der Personen, deren Beziehungen er zu regeln hat, seelisch und geistig nachvollziehen; er muß sich in deren Lage hineinversetzen. Das hatte zuvor der Gesetzgeber getan, als er das Verhaltensmodell gestaltet hatte; das muß nun wiederum der Rechtsanwender tun. Wer z.B. nie die Abwicklung eines Wechselgeschäfts erfahren hat, muß sich zuerst über die Vorgänge informieren, bevor er Wechselrecht begreifen und anwenden kann. Der Praktiker geht so zu Werke, ohne daß er sich darüber Rechenschaft gibt. Würde er diesen Weg bewußt wählen, so wären ihm oft unnütze theoretische Begründungs-

[73] ESSER, Vorverständnis, S. 54.

[74] ESSER, Vorverständnis, S. 137: «Der *‹hermeneutische Zirkel› liegt dabei in dem Verhältnis von Fragestellungen und Antworten qua Normverständnis, also in der Tatsache, daß ohne Vorurteil über die Ordnungsbedürftigkeit und Lösungsmöglichkeit die Sprache der Norm überhaupt nicht das aussagen kann, was erfragt wird: die gerechte Lösung.*»

H. G. HINDERLING, Rechtsnorm und Verstehen, Bern 1971, S. 14: «Der Interpret hat immer schon aus der Beschäftigung mit der in Frage stehenden Sache eine bestimmte Beziehung zu ihr; das vorgängige Verhältnis des Interpreten zur Sache ist die Sinnerwartung, die er aus seiner Lage gegenüber der Sache hat.»

umwege und Gewissensbisse wegen der vermeintlich zu starken Beachtung des Rechtsgefühls erspart. Vor allem aber sollte der Studierende fortwährend darauf aufmerksam gemacht werden; er ist immer noch in Gefahr, die Rechtsordnung als logisch geschlossenes System zu lernen, statt die Modellvorstellungen des Gesetzgebers und die Sachverhalte der Konflikte im Nacherleben zu begreifen. Nur dieses Nacherleben führt ihn zum Werten, d.h. zum Verständnis, weshalb der Gesetzgeber aus verschiedenen möglichen Verhaltensmodellen gerade dieses eine ausgewählt hat. Er kann dann einsehen, ob der Gesetzgeber sein Modell als das tauglichere bevorzugt, oder ob er es aus gleichwertigen bloß ausgewählt hat, um eine sichere Ordnung zu schaffen (Pflichtteil des Ehegatten und der Blutsverwandten, Schutzfristen im Immaterialgüterrecht). Die Hermeneutik als die Lehre vom sinnerfüllten und auf Vorverständnisse zurückgreifenden Auslegen der Texte ist somit für die Erklärung des Verhältnisses vom Gesetz zu seiner Anwendung unentbehrlich. Sie reicht jedoch dazu nicht aus. Wer die Werke über das Vorverständnis liest, ohne die phänomenologische Grundlage der Hermeneutik zu bedenken, ist in Gefahr, doch noch bei Begriffen Halt zu machen, statt bis zum Ursprung der Normen, d.h. der Modellvorstellungen über das zwischenmenschliche Verhalten, vorzudringen und von dort aus ihr Entstehen nachzuvollziehen[75].

Der gute Praktiker beginnt in Wirklichkeit seinen Denkweg stets dort. Er stellt sich die Personen und ihr Tun oder Nichttun,

[75] So bringt z.B. ESSERS «Vorverständnis» noch mehr Gewinn, wenn diese Studie mit phänomenologischem Vorverständnis gelesen wird. ESSER spricht öfters von den Normen als «Regelungsmustern» (z.B. S. 36, 44, 70), ohne bis zu ihrem Erscheinen als im Bewußtsein erscheinender Lebenssachverhalt zurückzugehen und sie so aus dem verbalen Gehalt in die erscheinende Lebenswelt zurückzuverfolgen. Dabei ist erst dann, wenn sie derart ihre wirkliche Existenz aufzeigen, das Vorverständnis im rational noch letztlich faßbaren Ursprung aufgesucht.

Dasselbe ist zu HINDERLINGS «Rechtsnorm und Verstehen» zu sagen. Er holt insbesondere bei GADAMER und HEIDEGGER Rat und nennt als Mentoren GADAMER, DILTHEY und HEIDEGGER. Er erwähnt aber nicht, daß sowohl HEIDEGGER (oben Anm. 4), wie H.G. GADAMER (Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 2. Aufl., Tübingen 1965, S. XXII) ausdrücklich bekannt haben, daß die Phänomenologie die Grundlage ihrer Thesen sei.

Haben oder Nichthaben vor und überlegt, aus welcher Perspektive der Gesetzgeber dies gewertet habe. Er erwägt den Standort der Parteien. Er konstituiert in seinem Bewußtsein im Hinblick auf das Gesetzesmodell das Sachverhaltsbild; hierauf stellt er das letztere dem ersteren gegenüber. Er prüft im Kollegialgericht mit den Kollegen, ob sein Bewußtseinsbild mit ihrem übereinstimmt; er stellt die Abweichungen fest und verfolgt den Weg zur Konstituierung des Bewußtseinsbildes zurück bis zum Punkt, wo die Ansichten auseinandergehen. Hierauf werden die Gründe dafür vorgewiesen; sie können in der Vorstellung des Sachverhalts oder in dessen Bewertung hervorkommen. Das alles gehört zur intersubjektiven Verständigung, die ein entscheidendes Element der phänomenologischen Methode ist. Gewiß führt die Hermeneutik und damit die Lehre über das Vorverständnis weiter zum Begreifen der Rechtswirklichkeit als etwa die HUSSERLsche Phänomenologie. Letztere ist jedoch die unentbehrliche Voraussetzung für das Begreifen der Hermeneutik. Wer bei ihr ansetzt, ohne vorher das phänomenologische Fundament bereitet zu haben, dringt nicht bis zur sogenannten Realität und ihrer Fragwürdigkeit vor. Doch ist gerade deren Konstituierung entscheidend für das Vorverständnis.

c) Die Unentbehrlichkeit von Gesetz und Richterrecht

MARCIC hat die These aufgestellt: «Die politischen Formen bewegen sich auf die Gestalt des Richters zu. Wenn der politischen Freiheit, die das Kennzeichen des Abendlandes ist, noch eine Zukunft beschieden ist, dann wird in der Zeit, die kommt, der Staat ein Richter- und Rechtsprechungsstaat sein, so wie der Staat der Neuzeit ein Gesetzes- und Verwaltungsstaat war. *Wir* leben in einem Zwischenreich.»[76] MARCIC fordert aber nicht die Abschaffung der Gesetze. Er strebt nur darnach, dem Richter nicht nur die Entscheidung über den konkreten Fall, sondern die Kontrolle über die Formung der Rechtsordnung zuzugestehen. Er wendet sich einerseits gegen das ungerechte Gesetz, anderseits gegen den Positivismus und die Auffassung, Rechtsanwendung sei ein bloßer logischer Subsumtionsprozeß. MARCIC sieht erst im Richterrecht das Recht als «Aktualität», was vorher geschehe, also in der Ge-

[76] R. MARCIC, Vom Gesetzestext zum Richterrecht, Wien 1957, S. 241.

setzgebung, sei «Recht auf Vorrat erzeugt: Recht in Potenz»[77]. Im gleichen Sinn hat A. KAUFMANN (1962) geschrieben: «Erst in der Rechtsprechung wird aus dem Gesetz das Recht. Das Gericht ist der Ort, an dem das Recht in seiner seinshaften Fülle existent wird.»[78] KAUFMANN hat diese Auffassung in Zusammenarbeit mit HASSEMER wesentlich geändert; der Richterspruch sei am Gesetz und das Gesetz am Richterspruch zu verstehen[79]. ESSER sagt dazu: «Die Arbeit mit dem Gesetz kann nur die bewußte Arbeit *am* Gesetz sein im Sinne jener Rückinformation der Gesetzesratio durch Werturteile der Kasuistik.»[80]

Auch neben diese wissenschaftliche Diskussion ist das Bild der Rechtspraxis zu stellen. Sie kommt in Art. 1 Abs. 3 ZGB zum Ausdruck. Mögen auch die Gerichte im Lippenbekenntnis die Bedeutung des Gesetzes etwas überbetonen[81], so haben sie dessen Weiterentwicklung doch stets und ohne Zögern gefördert (so ist z. B. der Erfindungsbegriff allein durch die Gerichtspraxis festgelegt, ebenso jener des Werkes der Literatur und Kunst).

Die Bedeutung von Gesetz und Richterrecht kann nicht für alle Rechtsordnungen in gleicher Weise festgelegt sein. Es ist möglich, daß in einfachen Verhältnissen und kleinen abgeschlossenen Gemeinschaften die Ordnungsmodelle im Bewußtsein aller derart klar erscheinen, daß sie nicht in Gesetzen festgehalten werden müssen und daß alle sie beachten oder Abweichungen zur Ausstoßung aus der Gemeinschaft führen, ohne daß ein Richterspruch notwendig ist. Sind die Verhältnisse schon komplizierter, und geben die allgemein anerkannten Modellvorstellungen zu verschiedenen Deutungen Anlaß, weil sie nicht mehr das gesamte Tun im jeweiligen Bild zweifelsfrei einordnen lassen, sind Meinungsverschiedenheiten unvermeidlich. Der unparteiische Dritte hat, um die Selbsthilfe mit ihrer Gefahr von Einseitigkeit und Gewalt auszuschließen, das Tun oder Nichttun, Haben oder Nichthaben zuzu-

[77] R. MARCIC, Rechtsphilosophie, Freiburg i. Br. 1969, S. 244.

[78] KAUFMANN, Rechtsphilosophie im Wandel, S. 163.

[79] A. KAUFMANN/W. HASSEMER, Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Frankfurt a. M. 1971, S. 72.

[80] ESSER, Vorverständnis, S. 197.

[81] MEIER-HAYOZ, Der Richter (oben Anm. 69), S. 211 ff.

teilen. Die Anwendung des gemeinen Rechts und die Common Law-Staaten beweisen, daß auch in geographisch ausgedehnten und sozial gegliederten Gemeinschaften die Ordnung ohne Gesetz erhalten bleibt, weil die Grundmodelle im Bewußtsein vorhanden sind. Aber gerade die Rechtsentwicklung in den Common-Law-Ländern beweist auch, daß dann, wenn neue Verhältnisse zu ordnen sind, deren Verhaltensmodelle nicht aus der Tradition hervorkommen konnten, im Gesetz mitgeteilte Modellvorstellungen notwendig sind. Die Rechtssicherheit verlangt derartige Leitbilder. Zu erwähnen sind z. B. die Gesetze im Bereich des Immaterialgüterrechts (das erste Urheberrechtsgesetz der Welt wurde in England 1709 erlassen).

Im schweizerischen Rechtsleben und in jenem aller Länder, die auf einer ähnlichen Kultur- und Zivilisationsstufe stehen, ist das Zusammenwirken von Gesetz und Richterrecht unentbehrlich. Das Gesetz weist Verhaltensmodelle als Fixpunkte der Ordnung vor, das Richterrecht erläutert und ergänzt sie. Daran zweifelt niemand. Hingegen gehen die Ansichten der Beteiligten in der Gesetzgebungspraxis oft darüber auseinander, was der Gesetzgeber regeln und was er dem Richter überlassen soll. Manche Gesetzgeber streben nach dem lückenlosen Gestalten aller im Sachbereich liegenden möglichen Verhältnisse. Je mehr sie aber das einzelne erfassen, um so eher ergeben sich wirkliche Lücken, weil die umfassenden Modelle fehlen, die als Leitbild für ein weiteres Gebiet dienen. Zudem ist die Übersicht erschwert. Da die Lückenlosigkeit doch nicht zu erreichen ist, sollte der Gesetzgeber sich damit begnügen, die entscheidenden Verhaltensmodelle zu entwerfen und dort, wo das Rechtsleben noch keine Wertung vorweist und auch der Gesetzgeber die möglichen Entwicklungen nicht ausreichend überblickt, die Grundprinzipien anzugeben (Generalklauseln: z. B. gute Sitten, Treu und Glauben).

Wer die möglichste Lückenlosigkeit des Gesetzes anstrebt – dabei aber immer weit vom Ziele bleibt –, mißversteht das Wirken der Rechtsordnung und ihrer Elemente (Gesetz, Richterrecht, Gestaltung durch Private). (Das ist im Hinblick auf das Zivilrecht gesagt. Eine andere Aufgabe hat das Gesetz im Verfassungs-, Verwaltungs- und Strafrecht, wo vor allem die im Gesetz mitgeteilten

Verhaltensmodelle die Beziehungen regeln, obgleich auch da der richterlichen Fortbildung ein weiter Raum offen bleibt: z. B. die Rechtsprechung zu BV 4 und ihr Einfluß auf das kantonale Zivilprozeßrecht.)

Die Rechtsordnung ist kein starres Modellsystem. Der Gesetzgeber formt Ordnungsmodelle aus seinem Verständnis der Lebenssituationen. Dabei ist zu bedenken, daß der Begriff «Gesetzgeber» einen komplexen Werdegang des Gesetzes umschreibt. Eine oder mehrere Personen arbeiten die Vorentwürfe aus. Weitere nehmen dazu Stellung. Hierauf erscheint – oft erst nach einigen Jahren – der Entwurf, den in den Demokratien das Parlament, der formelle Gesetzgeber, berät, zu Ende formt und in Geltung bringt. Die eigene Lebenserfahrung, frühere inländische und geltende ausländische Gesetze, die Gerichtspraxis und Lehre wirken mit. Systemdenken, Streben nach unparteiischer Zuteilung (Gerechtigkeit) und egoistische Gruppeninteressen kommen zur Geltung. Kompromisse holen Vorentwürfe, die auf Machtansprüche keine Rücksicht nehmen oder systemideell konzipiert sind, in den möglichen Interessenausgleich hinunter. Je mehr der Vorentwurf Einzelheiten erfaßt, um so mehr gibt er Gelegenheit zum Mitreden jener Kreise, die sich unmittelbar betroffen sehen. Bei all dem besteht die Gefahr, daß die Beteiligten nicht die zu regelnden Verhältnisse sich vorstellen, sondern mit unsicheren Begriffen, Schlagwörtern und Ideologien arbeiten. Dabei können sowohl traditionelle wie progressive Ideen ohne Rücksicht auf ihre Beziehung zur Lebenswirklichkeit in das Gesetz hineinkommen. Gewiß, das Gesetz ist unentbehrlich. Seine Qualität hängt jedoch von vielen Einflüssen ab; es ist vor allem zeitgebunden, objektivierter und bald auch zum Teil sedimentierter Geist[82]. Auch diese Erkenntnis legt es nahe, dem Gesetz die leitenden Ideen für die Regelung eines Lebensgebietes anzuvertrauen und weniger die Einzelheiten, bei denen die mo-

[82] TROLLER, Die Begegnung, S. 35: «Das Gesetz ist eine Momentaufnahme der gesellschaftlichen Situation. Das wird in allen Zeiten so bleiben. Das Ordnungsbild, das die Gesetze dem menschlichen Bewußtsein geben, kann nicht automatisiert und elektronisch gesteuert der Daseinsentwicklung angepaßt werden. Der Widerspruch zwischen dem lebenden und dem sedimentierten Geist ist der Rechtsordnung zwingend vorgegeben.»

mentane Bestandesaufnahme sich mehr auswirkt. Wie sich vorher ergab, wird die Ansicht vertreten, das Gesetz sei noch nicht eigentlich Recht. Diese These verkennt die Aufgabe des Gesetzes. Es ordnet die zwischenmenschlichen Verhältnisse in der Allgemeinstufe[83]. Es ist die Auskunftsquelle für das Verhalten all jener, deren Tun oder Unterlassen von diesem Sozialmodell erfaßt ist. Dieses Modellsein und nicht die Erzwingung des entsprechenden Verhaltens im Einzelfall (dazu hernach) ist die zentrale Aufgabe des Ordnens und daher ein wichtiges Element der Rechtsordnung, die wir abgekürzt als Recht bezeichnen[84].

Das Gesetz als Modell ist Leitbild und Grenze der Gestaltungsfreiheit für den Richter. Vor dem richterlichen Urteil geschieht das Handeln der Parteien, das dem Sozialmodell des Gesetzes angepaßt sein soll. Der Richter muß es vorerst daraufhin prüfen, ob es dem Gesetz entspricht. Findet er kein entsprechendes Modell, so hat er die Lücke auszufüllen, aber nicht losgelöst vom Gesetz, sondern in dessem Sinn, sei es des Rechtsinstituts, wenn die Vorgänge dazu passen, sei es im Sinne der gesetzlichen Regelung des weiteren Gebiets, sei es, wenn die Handlung sich auch da nicht einordnen läßt, zum mindesten im Sinn der Ordnung, den die Verfassung kundtut. Das heißt, der Richter hat stets die Wertungen einzubeziehen, die das Zuteilen in den Gesetzen bestimmte.

Zu beachten ist, neben der Bindung an das Gesetz, der Unterschied im Entstehen des Richterrechts zum Gestalten der Gesetze. Der Richter ist eine bestimmte Person oder im Kollegialgericht

[83] Zur Realität der Allgemeinstufe TROLLER, Begegnung, S. 59f.; Prinzipien, S. 38f.; Die Gerechtigkeit rechtswissenschaftlich und phänomenologisch betrachtet, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 578ff.

[84] N. LUHMANN, Soziologische Aufklärung, Köln/Opladen 1970, S. 145f.: «Angesichts der laufenden Überforderung durch eine sinnhaft erlebte, hochkomplexe Welt ist menschliche Erlebnisverarbeitung auf *Generalisierungen* angewiesen, die die Orientierung dadurch vereinfachen, daß sie eine gewisse Indifferenz gegen Unterschiede ermöglichen und das Risiko solcher Indifferenz absorbieren. Indifferenzen müssen gelernt werden. Sie ermöglichen es, bestimmte Sinnvorstellungen *zeitlich dauerhaft* (ohne Rücksicht auf die Unterschiede der Zeitpunkte), *sachlich allgemein* (ohne Rücksicht auf die Individualität jeweiliger Interaktionspartner) festzuhalten.»

mehrere bestimmte Personen. Er ist nicht wie der Gesetzgeber eine begriffliche Zusammenfassung zahlreicher verschiedenster Mitwirker[85]. Der Richter geht von einem Sachverhalt aus, den er in seinem Bewußtsein unter dem Einfluß der Parteien und ihrer Anwälte gebildet und dabei auch schon teilweise gewertet hat[86]. Der Richter ist einerseits weniger frei in der Wertung als der Gesetzgeber, weil er dem Gesetz untersteht, anderseits aber als Person freier, weil er seine eigene Überzeugung zur Geltung bringen kann. Das richterliche Urteil ist auch weniger rechtspolitischen Zufälligkeiten ausgesetzt als der Gesetzestext. Dafür kann die Lebenserfahrung, die Bedeutung der Lehre und vor allem das Erlebnis des zu beurteilenden Verhältnisses beim Richter das Ergebnis fragwürdig machen. Die Elemente bei der Gesetzgebung und in der Rechtsprechung gleichen sich in ihren positiven und negativen Aspekten aus. Der Gesetzgeber und der Richter bilden die Verhaltensmodelle im Hinblick auf die gelebten Verhaltensmodelle und die Aussagen über diese in Gesetzen, der Judikatur und der Lehre. Je mehr Zeit seit dem Erlaß des Gesetzes verstrichen ist, das der Richter anwendet, um so mehr weichen die ihm vertrauten Verhaltensmodelle von jenen ab, die den Gesetzgeber bestimmt haben. Während das Gesetz sedimentiert ist, folgt das Richterrecht dem Lebensempfinden. Es formt die Bewußtseinsbilder von richtigem Verhalten, auch jene des zukünftigen Gesetzgebers. In den Präjudizien erscheint die gelebte Wirklichkeit unmittelbarer. Sie machen das geltende Recht anschaulicher und bereiten das zukünftige vor. Sie haben eine faktische, wenn auch nicht formelle präjudizielle Wirkung. Sie leiten nicht nur die unteren, sondern auch die obersten Gerichte, die sehr oft ihre Urteile mit dem Hin-

[85] NOLL, a.a.O. (Anm. 1), S. 15: «Daß auch vom ‹Gesetzgeber› heute höchstens noch in einem übertragenen Sinne einer vereinfachenden Fiktion gesprochen werden kann, da an der Gesetzgebung immer zahlreiche Personen beteiligt sind, versteht sich am Rande.» NOLL nennt den Richter mit U. KRÜGER, Der Adressat des Rechtsgesetzes, Berlin 1969, S. 13, «ein pluriformes und heterogenes Gebilde»; s. auch S. 43, 45ff.

[86] Zur Formung des Sachverhaltsbildes im Bewußtsein des Richters: TROLLER, Der Einfluß der phänomenologischen Methode auf das zivilprozessuale Denken, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1966, S. 3ff.

weis auf frühere Entscheide begründen und die Praxis nur mit Zurückhaltung ändern. Diese rechtsgestaltende Wirkung ist angebracht, weil die Rechtsprechung das Ergebnis eifrigsten Bemühens um das richterliche Urteil ist, wobei gerade die Parteien dafür sorgen, daß alle Grundlagen der Wertung aus dem unmittelbaren Erlebnis heraus zur Sprache kommen. Es genügt, diese Wirkung der Urteile festzustellen. Sie ist vorhanden. Eine weitere theoretische Diskussion erübrigt sich[87], solange nicht ein Gesetz gebietet, die Urteile zu beachten, oder dies untersagt. Aber selbst in diesen Fällen, auf deren Realisierung in der Schweiz keine Anzeichen hindeuten, würde nicht viel geändert. Eine Praxisänderung müßte, wenn auch unter formellen Kautelen, trotzdem zugestanden sein; die Wirkung auf das Bewußtsein jener, die die Urteile gelesen haben, könnte auch ein Gesetz nicht verhindern, nur den ausdrücklichen Hinweis.

2. Gesetz und Private

Das Gesetz wächst aus dem Dasein heraus. Dieses ist immer schon in Verhaltensmodellen vorgebildet. Ausnahmen ergeben sich dort, wo völlig neue Beziehungen entstehen, vor allem wegen neuer technischer Möglichkeiten (z. B. Atomhaftpflicht). Wir können das Gesetz nur dann richtig verstehen, wenn wir seine Grundlage in der privaten Lebensformung einbeziehen[88]. Sie begründet das Vorverständnis des Gesetzgebers und des Richters. EUGEN HUBER hat

[87] Ebenso ESSER, Vorverständnis, S. 194ff.; DERSELBE, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel. Tübingen 1967, S. 113ff.; NOLL, a.a.O., zur präjudiziellen Wirkung der Urteile: «Begreift man diese Wirkung mit ein, dann zeigt sich sofort, daß Gesetzgebung und Rechtsprechung in weiten Bereichen dasselbe tun und darum auch sich gegenseitig vertreten können.» Vgl. insbesondere die Untersuchung von A. A. EHRENZWEIG (Psychoanalytic Jurisprudence, Leiden/Dobbs Ferry, N.Y. 1971, S. 126ff.) über die präjudizielle Wirkung der Urteile in Common Law-Ländern und in solchen mit vorwiegend in Gesetzen niedergelegtem Recht (Civil Law-Länder).

[88] J. ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964, S. 14: «Von keiner andern Blickrichtung können wir uns Erfolg versprechen als von der Beachtung des realen Vorgangs aktueller Rechtsbildung. Nur in ihm können die Prinzipien für das richterliche wie für das dogmatische Denken greifbare Bedeutung und Wirksamkeit entfalten.»

dies in seiner gesetzgeberischen Arbeit beachtet und damit das daseinsnahe ZGB geschaffen[89]. Die Dogmatik, die sich vor allem als Darstellung des Gesetzes und des Richterrechts im Rahmen eines gefestigten Systems versteht[90], läßt die private Rechtsformung meistens beiseite. Diese wird nur dort herangezogen, wo die befolgten Verhaltensmuster einzig aus ihr herkommen und nicht in einem Gesetz oder in Urteilen mitgeteilt sind. Die private Gestaltung der Beziehungen ist nicht nur als Rohstoff für die Gesetzgebung bedeutsam. Das Gesetz erfaßt die Lebensverhältnisse auch in den von ihm geordneten Belangen bloß zum Teil. Es weist, wie vorn dargetan wurde, unvermeidliche Lücken auf. Zudem enthält das Privatrecht zahlreiche subsidiäre Bestimmungen, die nur dann als Modelle Bedeutung erlangen, wenn die Privaten nicht selber angeordnet haben, was zu tun oder zu unterlassen sei. Das Mitwirken der Privaten an der Rechtsordnung läßt das Recht als Gemeinschaftswerk erleben. Die Privaten erfahren ihre Verantwortung für das gerechte Ordnen ihrer Beziehungen. Die positivistischen Thesen hatten die Privaten daran gewöhnt, sich nur als Rechtsanwender und nicht zugleich als Rechtsschöpfer zu sehen. Im Rechtsstreit glaubten sie um ihr «Recht» als etwas Vorbestimmtes, das ihnen zukomme und das der Richter bloß zu finden habe, zu kämpfen. Selbst zahlreiche Juristen mißverstehen den Zivilprozeß heute noch so. Die Parteien übersehen dabei, daß die Rechtsordnung ihnen die Möglichkeit gegeben hat, ihre Be-

[89] EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bern 1914, S. 1: «Wer die ganze Fülle des allgemeinen bürgerlichen Rechtslebens mit den Schöpfungen der Gesetzgebung vergleicht, kann diesen in ihrer äußeren Gestalt nur eine verhältnismäßig bescheidene Stellung beimessen. Die reichste Betätigung rechtlichen Lebens vollzieht sich im allgemeinen Handel und Wandel ohne irgendeine behördliche Einwirkung.» – System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Bd. I, Basel 1886, S. 30: «Das Recht geht nicht aus Zufall und Willkür hervor, sondern es erwächst aus einer Menge von gestaltenden Kräften mit der Notwendigkeit eines natürlichen Organismus.»

[90] ESSER, Vorverständnis, S. 91: «Dogmatik ist nun einmal ganz allgemein das Ausgehen von unveränderlichen Autoritäten, seien es Texte oder ihr jeweiliges Verständnis, seien es Grundsatzentscheidungen ohne Rückgriff auf eine solche Stelle, also mit eigener Autorität.»

ziehungen zu regeln[91], und daß sie dazu nicht imstande waren. Diese soziale Fehlleistung ist die Ursache der Zivilprozesse. Was die Parteien selber nicht vermochten, soll der Richter tun. Dabei hat der Richter nicht nur das angemessene Ordnungsmodell zu entwickeln. Er muß oft zuerst den Sachverhalt ermitteln. Im Streit liegt ja häufig nicht bloß der Zuteilungsgrundsatz, sondern ebenso oder sogar zur Hauptsache das Sachverhaltsbild.

Wenn wir die Rechtsordnung betrachten, so erscheint sie als ein dichtes Geflecht von zwischenmenschlichen Beziehungen. Dieses ändert sich unablässig. Die Gesetze weisen Verhaltensmodelle vor, die aber im überindividuellen Bereich, in der Allgemeinstufe, eine Weisung erteilen. Sie ist bald zwingend, bald subsidiär. Die Urteile erläutern und ergänzen die gesetzlichen Verhaltensmodelle; sie regeln unmittelbar die Beziehung der Parteien und dienen zugleich als Modelle für zukünftiges Verhalten. Auch die Lehre beteiligt sich, um das Bild der Verhaltensmodelle deutlicher vorzuweisen und an ihnen Änderungen oder neue Modelle vorzuschlagen. Die eigentliche Rechtsordnung ist jedoch die jeweilen gelebte. Sie ist das Gemeinschaftswerk von Gesetzgebern, den Richtern, den Wissenschaftern und insbesondere den Menschen, deren Beziehungen Ordnungsobjekt sind.

[91] H. MERZ, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 95, Karlsruhe 1970, S. 1 f.