

ZUR ÜBERWINDUNG DES POSITIVISMUS

Diese Studie war der Beitrag des Verfassers zur Festschrift für das Centenarium der ZSR 1952. Sie galt namentlich dem Rückblick auf die vergangenen 100 Jahre der Rechtsentwicklung, besonders vom schweizerischen Standpunkt, gemäss dem Anliegen der Festschrift. Daran schloss sich eine kritische Stellungnahme. Um den Charakter jenes Beitrags, der an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden war, nicht zu verändern, wird die neuere Literatur und Judikatur hier nicht ergänzt.

ÜBERSICHT ÜBER DEN INHALT

I. Rückblick.

1. Historische Rechtsschule und Positivismus.
2. Der neue Geist seit der Jahrhundertwende.
3. EUGEN HUBER als Schöpfer des schweizerischen ZGB.
4. Neuere schweizerische Doktrin.
5. Die Judikatur des Bundesgerichts.

II. Kritische Stellungnahme.

1. Normative Grundlage, anknüpfend an Neukantianer und Naturrecht.
2. Reale Grundlagen.
3. Bedeutung des positiven Rechts für die Rechtssicherheit.
4. Zur Frage der Zulässigkeit eines *Entscheidis contra legem*: wertkritischer Gesichtspunkt bei der Rechtsfindung.

I. RÜCKBLICK (1852–1952)

Beim Rückblick auf die letzten hundert Jahre der Rechtsentwicklung zeigt sich in der Mitte, um die Jahrhundertwende, bei den grundsätzlichen Ansichten über die Rechtsfindung ein Umschwung: der vorher namentlich in Frankreich und Deutschland herrschende Gesetzespositivismus wurde damals zuerst vereinzelt angegriffen, dann von verschiedener Seite bekämpft und dabei wohl auch geschlagen, ist jedoch heute tatsächlich noch nicht überwunden. In unserem Land hat der Positivismus nie die gleiche dominierende Rolle gespielt, er wurde weder in der Doktrin allgemein gelehrt noch in der Praxis einseitig vertreten; aber er hat auch hier das Rechtsleben durchdrungen und ist bis jetzt noch keineswegs daraus verschwunden, obwohl hier ebenfalls manche Rechtslehrer dagegen ins Feld gezogen sind. Noch immer wird in der juristischen Doktrin und Praxis mit positivistischen Argumenten gefochten. Es sei deshalb zu zeigen versucht, wie die grundsätzlichen Ansichten sich über den Positivismus hinaus entwickelt und in der Gesetzgebung sowohl als in der Rechtsprechung sich ausgewirkt haben.

Selbstverständlich ist die hier zu schildernde Rechtsentwicklung in der Schweiz von der ausländischen nicht völlig zu trennen, ebensowenig von der allgemeinen Kulturentwicklung. Doch kann hier, gemäss dem gesteckten Ziel und Rahmen der Beiträge, nur auf die wichtigsten Zusammenhänge und die nachhaltigsten Einflüsse hingewiesen werden, in der Weise, dass stets das schweizerische Recht im Blickpunkt der Darstellung bleibt.

1. Vor hundert Jahren stand die schweizerische Rechtswissenschaft noch stark im Zeichen der *historischen* Rechtsschule.

Diese besass in der Schweiz und unter den Schweizer Juristen, die zum Teil auch ausserhalb des Landes wirkten, einige hervorragende Vertreter: FR. L. V. KELLER, BLUNTSCHLI, BACHOFEN, PH. A. V. SEGFESSER, ANDREAS HEUSLER. Das *Naturrecht*, das zuvor in fast allen europäischen Ländern das Rechtsdenken bestimmte und beherrschte, galt nunmehr als abgetan; es wurde von BACHOFEN besonders scharf abgelehnt, der es die « hohle Spekulation eines müssigen Kopfes » nannte.

Mehr und mehr entwickelte sich dann in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts der rechtswissenschaftliche *Positivismus*. Dazu führte wohl zunächst ein praktisches Bedürfnis. In zunehmendem Masse wurde das Gewohn-

heitsrecht verdrängt durch *Gesetze*. Auch diese konnten geschichtlich erklärt werden, aber der massgebliche Rechtsinhalt ergab sich unmittelbar aus dem Gesetzestext. Rechtsgeschichte mag da nicht mehr als die wichtigste Grundlage für den Beruf derer erschienen sein, die sich in der Praxis mit dem geltenden Recht zu befassen hatten, Anwälte, Richter und Beamte. Namentlich mit der fortschreitenden Kodifikation, zuerst in den Kantonen, dann auch im Bundesrecht (OR u. a.) verbreitete sich die *Lehrmeinung, es sei nun alles aus dem Gesetz herauszulesen*, es gelte nur, alle Gesetzesnormen in ihrem systematischen Verhältnis zu kennen und *logisch folgerichtig auf den einzelnen Fall «anzuwenden»*. Die Behörden wurden meist auch durch Verfassung oder Gerichtsorganisation lediglich angewiesen, «das Gesetz anzuwenden». Das entsprach durchaus dem Willen der Promotoren des modernen Gesetzesrechts in der Aufklärung und der französischen Revolution; nach dem berühmten Ausspruch MONTESQUIEU sollte der Richter bloss der Mund des Gesetzes sein, «la bouche qui prononce les paroles de la loi».

In der französischen und in der deutschen Rechtswissenschaft wurden im Anschluss an die grossen Kodifikationen entsprechende Lehren entwickelt, die vom Gedanken einer *Monopolstellung des Gesetzes als Rechtsquelle* beherrscht waren: *Ecole de l'exégèse* in der französischen und positivistische Begriffsjurisprudenz in der deutschen Doktrin. Der Gesetzestext wurde, wenn er unklar war, zunächst mit den Mitteln der Philologie nach seiner *Wortbedeutung* geprüft, und daran knüpften sich dann *formallogische Deduktionen*, um den Entscheid für den Einzelfall daraus abzuleiten. Es galt das *Dogma von der «logischen Geschlossenheit der positiven Rechtsordnung»*, die man sich als lückenlos vorstellte. Enthielt sie keine Norm, die sich auf den Fall anwenden liess, so war ein «rechtsleerer Raum» anzunehmen. Aber meist kam es nicht so weit; denn man bezog sich wenn möglich auf *analog* anzuwendende Gesetzesnormen in verwandten Rechtsgebieten, oder aber man hat umgekehrt aus dem Fehlen einer Gesetzesnorm für den vorliegenden Fall im Unterschied zu dem im Gesetz vorgesehenen gefolgert, dieses wolle hier nicht dieselbe Rechtsfolge gelten lassen: *Umkehrschluss* oder *argumentum a contrario*.

Die positivistischen Lehren gewannen immer mehr Einfluss auch in der schweizerischen Rechtswissenschaft und Rechtspflege: durch *ausländische juristische Literatur*, in der die formalen Argumente dieser Art ohne weiteres als schlüssig behandelt wurden – das gilt sowohl für die Werke der fran-

zösischen *Ecole de l'exégèse* als für die deutsche Literatur, ferner durch die damals häufigen *Auslandstudien der jungen Schweizer Juristen*, und nicht minder durch die *Wirksamkeit zahlreicher, teilweise sehr bedeutender ausländischer Rechtslehrer an unsern Universitäten* – so waren JHERING, WINDSCHEID und BINDING in ihren jüngern Jahren Professoren an der Universität Basel. – Verwandt mit dem Positivismus sind in mancher Hinsicht die verschiedenen Arten einer «reinen Rechtslehre»: einerseits die vorwiegend analytische des Waadtländers ROGUIN, anderseits die formal normativistische von KELSEN und der von ihm begründeten Wiener Schule, deren Lehren auch in der schweizerischen Rechtswissenschaft viel diskutiert worden sind.

Anschliessend sei noch der geistesgeschichtlichen Lage zu dieser Zeit gedacht. Sie war massgeblich bestimmt durch den Siegeszug der *Naturwissenschaft*. Ihrem Vorbild suchte man es in den andern Wissenschaften gleichzutun. Man verwarf jede Metaphysik (AUG. COMTE) und bezeichnete jedes Werturteil als unwissenschaftlich, so vor allem in der damals begründeten *Soziologie* (J. ST. MILL, H. SPENCER, SCHÄFFLE, DURKHEIM, später noch MAX WEBER). Ausschliesslich auf dem, was *positiv gegeben* ist, wollte man aufbauen. Diesem «Positivismus» in den Geisteswissenschaften verwandt war der «historische Materialismus», der dann auch in die Politik einzog, und der «Naturalismus» in der Kunst. Vielfach hat man sogar versucht, unmittelbar naturwissenschaftliche Methoden und Begriffe in andern Wissenschaften anzuwenden. Es sei hier nur kurz hingewiesen auf das sogenannte Transpositionsverfahren der damaligen Rechtswissenschaft, das JHERING in seinem Werk über den Geist des römischen Rechts als «naturhistorische Methode» verwendet hat, auch Begriffe wie «soziale Mechanik» und «Hebel der sozialen Bewegung», deren er sich noch in seinem Buch über den «Zweck im Recht» bediente, mit welchem er bereits zu neuer Entwicklung Anstoss gab.

So hat der juristische Positivismus auch der damaligen allgemeinen Geisteshaltung entsprochen (1).

Der *Gesetzgeber* galt dem Positivismus als *omnipotent* im Rahmen seiner formalen Zuständigkeit; er wurde mit der Kodifikation zum Alleinherr-

(1) Eingehend zur Eigenart von Naturrecht, historischer Rechtsschule, Positivismus und moderner wertkritischer Auffassung sowie deren Zusammenhang mit der Kulturentwicklung: «Grundlagen der Rechtswissenschaft», teilweise schon «Methodische Grundfragen» (im folgenden abgekürzt «Meth.»).

scher, dessen Wille sogar ausschliesslich die Praxis bestimmen sollte, wie zum Beispiel ROGUIN gelehrt hat. Um sie möglichst fest in der Hand zu haben, bestand eine starke Tendenz zur *Kasuistik*: der Gesetzgeber wollte nichts dem Zufall oder einer seinem Willen nicht entsprechenden Interpretation oder dem freien Ermessen des Richters überlassen. Und umgekehrt wurde dem Richter zur Pflicht gemacht, sich nicht nur streng an den Wortlaut des Gesetzes und formale Deduktionen zu halten, sondern nötigenfalls den «*Willen des Gesetzgebers*» aus den *Vorarbeiten* zum Gesetz herauszufinden, den sogenannten «*Materialien*».

2. Doch gegen Ende des Jahrhunderts war bereits an einzelnen Stellen ein *neuer Geist* zu spüren. In den *Nachbarländern*, in denen der Positivismus am stärksten die Rechtswissenschaft beherrschte, in Deutschland auch die Praxis, kam der Angriff vor allem durch einzelne grundsätzliche Werke der Doktrin. In Frankreich war es namentlich FRANÇOIS GÉNY, der sich von der positivistischen *Ecole de l'exégèse* lossagte; er stellte die Rechtsfindung auf einen neuen Boden, anerkannte neben dem Gesetz das *Gewohnheitsrecht* und neben diesen Rechtsquellen auch *Lücken*, die durch «*libre recherche scientifique*» auszufüllen sind (*Méthode d'interprétation*, dazu später *Science et technique en droit privé positif*). In Deutschland haben STAMMLER und andere *Neukantianer* zur kritischen Besinnung aufgerufen. Besonders wo das Gesetz *normative Begriffe* verwendet, wie «*Treu und Glauben*», «*nach billigem Ermessen*», «*aus wichtigen Gründen*», «*gegen die guten Sitten*», sollte diese wirksam werden, im Rahmen des positiven Rechts (STAMMLER, *Lehre vom richtigen Recht* u. a.). Einfluss auf die schweizerische Rechtswissenschaft und Praxis hatte ferner die Theorie der *Interessenabwägung* von HECK und andern Vertretern der *Tübinger Schule* (HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*). In der neuern Doktrin, hauptsächlich in der Staatsrechtslehre, war auch der Realismus von DUGUIT bedeutsam, dessen grundlegende «*norme sociale*» nicht auf der Staatsautorität beruht, sondern auf sozialen Anschauungen und Begehren, ferner die «*théorie de l'institution*» von HAURIOU, der gleichfalls auf soziologischen Tatsachen das Recht begründen wollte, obwohl in anderer Art, im Zusammenhang mit naturrechtlichen Prinzipien.

Unter den *philosophischen Einflüssen* standen offenbar an erster Stelle der Neukantianismus und die Wertphilosophie (WINDELBAND, RICKERT,

N. HARTMANN, M. SCHFELER, G. RADBRUCH), während der Apriorismus der Phänomenologen (in der deutschen Rechtswissenschaft REINACH z. B.) und die Philosophie der Neuhegelianer (BINDER u. a.) wenig Nachfolge fanden. Bedeutsam war dagegen auch die französische « Philosophie nouvelle » (BOUTROUX, BERGSON u. a.) und die katholische Weltanschauung (MARITAIN z. B.).

3. Wenn hier zuerst von *ausländischen Einflüssen* gesprochen wurde, die zur Überwindung des juristischen Positivismus in der Schweiz beitrugen, so soll damit nicht behauptet werden, dass der Anstoss bloss oder vorwiegend von aussen gekommen wäre; doch sind sie keineswegs gering zu schätzen und haben jedenfalls den Gegensatz zu den vorangehenden Methoden der Rechtsfindung besonders klar zum Bewusstsein gebracht. In der *Schweiz* ist, anders als in Deutschland und Frankreich, der Umschwung zunächst weniger von der Doktrin bestimmt worden; bahnbrechend war hier hauptsächlich die *Gesetzgebung*: das *Zivilgesetzbuch* und schon die Vorentwürfe. Gewiss war auch dabei die Geistesarbeit von Männern der Wissenschaft erforderlich; doch trat sie vorwiegend in der von ihnen geförderten Gesetzgebung hervor. Auch galt es hier nach den Umständen weniger einen Kampf gegen bisherige Missbräuche der Doktrin und Praxis auszufechten, als vielmehr die Grundlage zu schaffen für eine gesunde, dem freiheitlichen Empfinden des Schweizervolkes und seinem Tatsachensinn entsprechende Rechtspflege. Dies geschah bei der damals durchzuführenden Kodifikation des schweizerischen Zivilrechts.

Grössten Ruhm hat *Art. 1* unseres ZGB erlangt. Vor allem wegen der ausdrücklichen Anerkennung von *Lücken* und der Anweisung an den Richter, diese durch ergänzende *selbständige Rechtsfindung* praeter legem ähnlich dem Gesetzgeber auszufüllen. EUGEN HUBER, dem persönlich das Verdienst daran zukommt, hat schon 1886 im I. Band seines Werkes über System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts (S. 63) beim Hinweis auf subsidiäres Recht neben Gesetz und Gewohnheitsrecht bemerkt, die dem Richter in einzelnen kantonalen Gesetzen erteilte Weisung, eine gewisse Quelle zu benutzen, gehe hier unmerklich in die Weisung über, «nötigenfalls selbst das Recht zu schaffen». Die selbständige Rechtsfindung des Richters bei Lücken des positiven Rechts ist in der Schweiz älter und wurde durch die Gesetzgebung früher anerkannt als deren Proklamation durch den vorhin erwähnten Umschwung in der Doktrin. Nicht ganz

neu war dagegen die von Art. 1 angerufene Parallele mit dem Gesetzgeber: schon ARISTOTELES und LEIBNIZ haben ähnliche Gedanken ausgesprochen; indessen gibt Art. 1 unseres ZGB in knappster Form für die Methode solcher Rechtsfindung eine Richtlinie, die gerade für unser Land mit seinen zahlreichen Laienrichtern besonders geeignet war, weil diese selber auch Anteil an der Rechtssetzung hatten, in den Landsgemeinden und Gemeindeversammlungen oder als Mitglieder in kantonalen gesetzgebenden Organen oder doch auf Grund des Referendums. EUGEN HUBER hat in den Erläuterungen zum Vorentwurf von 1901 (I S. 37) ausgeführt, bei solchen Lücken solle der Richter nicht willkürlich oder nach dem Eindruck der augenblicklichen Umstände entscheiden, sondern so, «wie der konsequente Gesetzgeber selbst entschieden haben würde, wenn er an diese Fälle gedacht hätte». Hervorzuheben ist dabei, dass der Richter verpflichtet wird, im Sinn der Rechtsgleichheit nach einer generellen «Regel» den Entscheid im vorliegenden Fall zu treffen. «Bewährte Lehre und Überlieferung», oder nach dem weniger bildhaften französischen Text «des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence», sind bei solch selbständiger Rechtsfindung des Richters blosser Hilfsmittel, er trägt dafür die Verantwortung.

In diesen Zusammenhang gehört ferner Art. 4 des ZGB betreffend «Ermessen», Würdigung der «Umstände», «wichtige Gründe», das heisst Normativbegriffe, die der *ergänzenden Wertung* des Richters intra legem bedürfen. Es handelt sich hier um ähnliche Fälle, wie sie STAMMLER bei seiner Lehre vom richtigen Recht im Auge hatte. Das ZGB gibt auch dafür eine prägnante, allerdings nicht ganz eindeutige Richtlinie. Tatsächlich macht es häufig Gebrauch von solchen Normativbegriffen, die dem Richter die nähere Wertung überlassen. Überhaupt *vermeidet es die Kasuistik*, im Vertrauen auf eine sachgemässe Rechtsfindung des Richters. GÉNY nannte deshalb unser ZGB «un schéma de directions juridiques plutôt qu'un ensemble de prescriptions destinées à régenter tous les rapports de droit».

Es sei hier auch noch kurz hingewiesen auf Art. 2 des ZGB, der mit seinem normativen Kriterium von «Treu und Glauben» ein *wertendes Element* in die Rechtsfindung hineinträgt und mit seinem zweiten Absatz sogar eine vom Gesetz selbst begründete *Korrektur* anderer Gesetzesnormen ermöglicht.

Neben diesen grundsätzlichen Normen und der Gesetzestechnik des ZGB, wodurch dem Richter ein hohes Mass an selbstverantwortlicher

Rechtsfindung eingeräumt wird, ist für das ZGB auch charakteristisch, nach welchen Gesichtspunkten sein *Inhalt* gestaltet wurde. Dabei finden wir nichts vom Machtdünkel einer Omnipotenz des Gesetzgebers, wie sie dem Positivismus vorschwebte, sondern eine sehr sorgfältige Vorarbeit, die namentlich das *vorhandene verschiedenartige Recht* in den Kantonen feststellte und auf seine *tiefern geschichtlichen Wurzeln* untersuchte (hier kam ihm die wissenschaftliche Qualität EUGEN HUBERS als bedeutenden Rechtshistorikers zustatten), dann aber auch dieses mannigfaltige bestehende Recht *wertend verglich* und bestrebt war, jeweils das *Beste* zur Grundlage des künftigen gemeinsamen Rechtes zu machen. Unser ZGB unterscheidet sich deshalb nach seinem Inhalt sehr wesentlich von andern Gesetzeswerken, die vielleicht ebenso wohlgemeint waren, indessen keine Rücksicht nahmen auf die besondern, geschichtlich gegebenen Verhältnisse des betreffenden Volkes, wie zum Beispiel die Josephinischen Gesetze für Belgien und andere Gesetze des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts; es unterscheidet sich in dieser Hinsicht auch vom französischen Code civil, den man als «*raison écrite*» bezeichnet hat.

Die der Kasuistik abholde Gesetzestechnik, die das ZGB vor allem von der des deutschen BGB unterscheidet und dem Richter viel grössere Freiheit und Mitverantwortung belässt, ist zur schweizerischen Tradition geworden: sie hatte schon Vorläufer in kantonalen Gesetzen und liegt auch neuern Kodifikationen zugrunde, vor allem dem Strafgesetzbuch. Doch weder in dieser Hinsicht noch in bezug auf die sorgfältige historisch-kritische Vorarbeit wurde das Vorbild des ZGB stets befolgt.

4. Die *schweizerische Doktrin* über die Methoden der Rechtsfindung hat sich vornehmlich anhand der erwähnten Normen des ZGB entwickelt. Immerhin kann gewissermassen als *Auftakt* zur Abkehr vom Positivismus das *Vorwort* gelten, das ANDREAS HEUSLER zusammen mit EUGEN HUBER und PAUL SPEISER als *Herausgeber der neuen Folge der ZSR* über deren Aufgabe verfasst hat: darin wurde von der trüben Erfahrung des Auslands gesprochen, dass die Rechtswissenschaft beim Erlass von Kodifikationen «*unter die Sklaverei des Gesetzesbuchstabens*» geraten sei und in mechanischer Exegese der einzelnen Paragraphen zu versinken drohe (Bd. I, 1882 S. 5-7).

EUGEN HUBER selbst befasste sich, ausser in seinen Erläuterungen zum Vorentwurf und bei der parlamentarischen Diskussion, mehrfach mit all-

gemeinen Fragen der Rechtsfindung in seinen Publikationen: in einem Aufsatz über «bewährte Lehre» zur Frage der Wissenschaft als Rechtsquelle (Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft Bd. 25), in einem weitem über die «Realien der Gesetzgebung» (Zeitschrift für Rechtsphilosophie Bd. 1), namentlich aber in seinem zusammenfassenden Werk über «Recht und Rechtsverwirklichung» (ergänzend die Monographie «Das Absolute im Recht»). Es wurden von ihm nicht nur Fragen der Rechtsfindung *de lege lata* behandelt, sondern auch Fragen der Rechtsfindung durch den Gesetzgeber, und gerade hier hat EUGEN HUBER sehr wertvolle Gedanken mit Beispielen aus seiner reichen Erfahrung niedergeschrieben; das gilt speziell von jenen «Realien» als Typen gegebener Tatsachen, mit denen jeder Gesetzgeber sich auseinanderzusetzen hat. Am stärksten spürbar ist von ausländischen Einflüssen in den spätern Publikationen derjenige der neukantianischen Rechtsphilosophie, besonders der Werke STAMMLERS, mit dem EUGEN HUBER befreundet war. Durch MAX RÜMELIN, den er ebenfalls während seiner Professur in Halle kennengelernt hatte, kam er auch in Kontakt mit der Tübinger Schule. Befreundet war er ausserdem mit SALEILLES, der das Vorwort zum Buch von GÉNY über die *Méthode d'interprétation* geschrieben hatte und ein hervorragender Wegbereiter der neuen Lehren in Frankreich geworden ist.

Fragen der *privatrechtlichen* Methoden *de lege lata* behandelte ferner GMÜR, der Kollege HUBERS an der Berner Fakultät, in seiner Monographie über «Anwendung des Rechts nach Art. 1 des ZGB». Er wandte sich, wie vor ihm schon HEUSLER und SPEISER, gegen Auslegung nach dem Willen des historischen Gesetzgebers, war aber Anhänger einer teleologischen Interpretation, lehnte die Gefühlsjurisprudenz ab, auch die Lehre der deutschen «Freirechtler», und widmete sich mit besonderer Liebe dem Gewohnheitsrecht (dazu Sonderstudie in der Festgabe für Eugen Huber).

Hervorzuheben sind weiter die Basler Rektoratsrede von C. WIELAND über «Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft» und die Zürcher Rektoratsrede von EGGER über «Schweizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft». Für die neuen Methoden der Rechtsfindung noch bedeutsamer ist EGGERS Kommentar zum ZGB geworden: darin sind die schon erwähnten einleitenden Artikel eingehend nach den neuen Methoden erläutert und dann auch die weitem Artikel

im gleichen Sinn kommentiert, wobei sich diese Methoden als sehr fruchtbar erwiesen. Dazu kam das schöne Buch «Über die Rechtsethik des schweizerischen ZGB». Verdienstlich war auch die Monographie seines Zürcher Kollegen H. REICHEL über «Gesetz und Richterspruch»; sie hat sich grundsätzlich mit dem Verhältnis des richterlichen Urteils zum Gesetz befasst.

Allgemein lässt sich sagen, dass in unserer privatrechtlichen Literatur seit dem Erlass des ZGB fast durchwegs wertkritische Methoden eingebürgert wurden, sowohl in den systematischen Werken als in den Kommentaren: Auslegung nach der *ratio legis*, ergänzende Rechtsfindung nach Art des Gesetzgebers unter weitgehender Rücksicht auf die jeweils in Betracht kommenden Interessen. – Anklänge an eine vorwiegend *empirisch-soziologische* Grundauffassung findet man bei SIMONTUS (*Lex facit regem*) und SPIRO (Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten OR).

Nur kurz erwähnt sei noch das *Naturrecht*, das namentlich bei den katholischen Juristen in der überlieferten ausgeglichenen Form des Thomismus gepflegt und weitergebildet worden ist: so vom Walliser CATHREIN in seinem Buch über «Recht, Naturrecht und positives Recht», auch von MANSER in seinem Buch über das «Naturrecht in thomistischer Beleuchtung»; hervorgehoben seien ferner die Präsidialansprache von Bundesrichter SCHÖNENBERGER am schweizerischen Juristentag 1945 und die Publikationen von W. OSWALD.

Doch auch auf reformierter Seite wurde die naturrechtliche Tradition aus der Zeit der *Aufklärung* (BARBEYRAC, VATEL und BURLAMAQUI) wieder aufgenommen, besonders von F. GUIBAN, in einer «Note sur le droit naturel» und in seiner Schlussvorlesung (beide veröffentlicht in der Lausanner *Revue de théologie et de philosophie* 1940 und 1950). In deutscher Sprache sind über das Naturrecht (zum Teil kritisch) verschiedene Publikationen von A. GYSIN erschienen (Berner Diss., ausländische Zeitschriften), auch eine Berner philosophische Diss. von RYFFEL.

In der Literatur unseres *öffentlichen Rechts* sind die wertkritischen Methoden noch nicht so deutlich zum Durchbruch gekommen. Während im Privatrecht das Gesetz dafür einen Anhaltspunkt bot, fehlt dieser im öffentlichen Recht. Begreiflicherweise besteht hier auch weit mehr die Tendenz, nur staatliches Recht anzuerkennen. Nicht selten wird ein Monopol des Verfassungs- und Gesetzesrechts angenommen, so dass eine Rechtsbildung *praeter constitutionem*, das heisst auf einem durch die ge-

schriebene Verfassung nicht ausdrücklich vorgesehenen Weg, als unzulässig bezeichnet wird, z. B. Gewohnheitsrecht oder ergänzende Rechtsbildung (selbst wenn diese wiederum im Gesetz verankert ist, so die seit Jahrzehnten für die Regelung bestimmter Fragen übliche Rechtsverordnung auf Grund einer Delegation). Mit der formalen Zuständigkeit wird dann aber umgekehrt oft der Glaube verbunden, dieses Staatsorgan (etwa der Gesetzgeber im Rahmen der Verfassung) besitze sachlich unbeschränkte Befugnis zur Rechtssetzung.

War der Ausgangspunkt oft kaum verschieden von dem des Positivismus, so sind doch die Methoden teleologischer Interpretation und wertender Rechtsfindung nach ähnlichen Gesichtspunkten, wie sie das ZGB zum Ausdruck gebracht hat, hier ebenfalls vielfach angewandt worden. Grosse Bedeutung kommt der Analyse des öffentlichen Rechts nach den immanenten Grundwerten zu, wie sie die jüngere Generation unserer Staatsrechtslehrer unternahm (unter den jüngsten W. KÄGI und H. NEF). Es ist nicht möglich, diese sehr verdienstlichen Publikationen hier alle zu nennen. Dagegen sei noch hingewiesen auf eine Studie von D. SCHINDLER aus seinen nachgelassenen Schriften («Recht, Staat, Völkergemeinschaft»), die gegen die «Formallogik» sich auf die «Wertlogik» beruft, um in Grenzfällen vom positiven Recht «oder doch der gewöhnlichen Auslegung» abzuweichen und im Rahmen umfassender Rechtsbegriffe die höhere Wertordnung zu verwirklichen. Erinnerung sei ferner an seinen Vortrag über den «Kampf ums Recht», erschienen in der Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1928. – Dass im *Statut des internationalen Gerichtshofes* ganz ähnliche Grundsätze der Rechtsfindung verankert sind, wie sie das ZGB in Art. 1 vorsieht, hat wohl ebenfalls dazu beigetragen, im öffentlichen Recht diese Methoden heimisch zu machen.

Als Gegengewicht gegen den Gesetzespositivismus erscheint in der schweizerischen öffentlichrechtlichen Literatur ferner die Bezugnahme verschiedener Autoren auf die soziologischen Tatsachen. Es sei hier erinnert an die Studie von MAX HUBER über die «Soziologischen Grundlagen des Völkerrechts» und das Hauptwerk SCHINDLERS über «Verfassungsrecht und soziale Struktur».

Nicht erwähnt wurde bisher WALTHER BURCKHARDT, obschon auch ihm ein Verdienst an der Überwindung des Positivismus im öffentlichen Recht zukommt, vor allem wegen seines Kommentars zur Bundesverfassung, dem weitgehend die Methoden unseres ZGB zugrunde liegen. BURCK-

HARDT lässt sich jedoch nicht einfach im öffentlichen Recht einreihen. Das Schwergewicht seiner wissenschaftlichen Leistung verschob sich mehr und mehr auf *allgemeine* Rechtslehre. Vielleicht sagen wir besser Rechtsphilosophie, um kein Missverständnis über den Charakter seiner allgemeinen Lehren aufkommen zu lassen. Allerdings stand ursprünglich die formale Logik im Vordergrund, und noch in seinem grossen Werk über die «Organisation der Rechtsgemeinschaft» schrieb er, die logische Durcharbeitung des Rechtsstoffes sei der Rechtswissenschaft einzige Aufgabe. Aber in den spätern Jahren trat immer stärker und immer nachdrücklicher der *Wertgehalt* des Rechts hervor und die *Gerechtigkeit* als Postulat für alles Recht. Das zeigt sich in seinem Beitrag zur Festgabe für M. Huber «Das Recht als Tatsache und als Postulat». In seinem Buch über «Methode und System des Rechts» ist er schliesslich so weit gegangen, einen begrifflichen Unterschied zwischen Auslegung und Lückenausfüllung in Abrede zu stellen, indem er auch bei jener ein selbständig wertendes Urteil des Richters verlangte (280ff). Man hat BURCKHARDT oft als Neukantianer abgestempelt; aber so sehr er KANT und die Neukantianer schätzte, namentlich auch STAMMLER nahestand, war er doch eine viel zu selbständige und eigenwillige Persönlichkeit, als dass seine Grundgedanken einfach in ein vorgefundenes Schema sich einspannen lassen. Ihm zu verdanken ist vor allem die heute fast überall durchgedrungene Lehre, dass freies Ermessen des Beamten wie des Richters nicht willkürliches, sondern pflichtgemässes und begründetes Ermessen sein muss.

Einer umfassenden Analyse hat in neuerer Zeit namentlich CL. DU PASQUIER die Probleme der Rechtsphilosophie unterzogen und dabei die Grundfragen der Rechtsfindung geklärt. In seiner bereits in 3. Auflage vorliegenden «Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit» hat er seinen Standpunkt als «idealistischen Positivismus» bezeichnet (293 ff, 321). Indessen hat er mit den Ansichten, die wir hier als Gesetzespositivismus charakterisierten, kaum etwas gemein. Vielmehr soll das Recht von *sittlichen Werten* bestimmt und durchdrungen sein. Positivismus nennt er seinen Standpunkt deshalb, weil er als «Recht» nur Normen bezeichnet, die durch die «autorité sociale» anerkannt und verwirklicht werden. Das Recht ist ihm eine *Tatsache*, nicht bloss ein Ideal. Auch die Staatsauffassungen hat er in origineller Art nach ihrem Verhältnis zu sittlichen Werten untersucht in einem Beitrag zur Festschrift für die Hundertjahrfeier der Universität Neuenburg. Ihm verdanken wir ferner

zwei Sonderstudien über die Rechtsprechung unseres Bundesgerichts: «Modernisme judiciaire et Jurisprudence suisse» (14 ff, mit allgemeinen Vorbemerkungen über neuere Methoden) und letzthin, herausgewachsen aus einem Bericht zuhanden der Association Henri Capitant, die Monographie «Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1^{er} CCS» (worauf nachfolgend bei der Analyse der Judikatur häufig verwiesen werden kann).

Auch ich wandte mich in zwei durch diese Zeitschrift veröffentlichten Aufsätzen der zwanziger Jahre mit grundsätzlichen Argumenten und einigen Beispielen aus verschiedenen Rechtszweigen gegen den Gesetzespositivismus (ZSR 1924 und 1927). Beim weitem Ausbau lag es mir daran, ihn auch im Strafrecht, wo er noch in der Literatur und in der Praxis stark überwog, deutlich herauszustellen und an zahlreichen Beispielen zu zeigen, dass die wertkritische Methode zu richtigern Ergebnissen führt (Meth. 78 ff, 105 ff). Eine besondere Studie wurde dem sogenannten Analogieverbot gewidmet (Festschrift Hafter): es erwies sich im überlieferten formalen Sinn als Rückstand positivistischen Denkens; nach wertkritischen Gesichtspunkten ist jedes Verfahren zulässig, das der sinngemässen Auslegung des Gesetzes dient, unvereinbar mit dem Grundsatz *nullum crimen sine lege* jedoch nicht nur Analogie, die zu Lasten des Beschuldigten darüber hinausführt, sondern auch ergänzende freie Rechtsfindung. Dagegen war solch ergänzende Rechtsfindung im Strafrecht ebenfalls als durchaus zulässig nachzuweisen, einerseits *praeter legem* zugunsten des Beschuldigten, z. B. für aussergesetzliche Rechtfertigungsgründe, anderseits *intra legem* zur nähern Präzisierung von Gesetzesnormen (Meth. 131 ff). Einen Beitrag zur allgemeinen Methodenlehre mit Hinweis auf die Judikatur aus verschiedenen Rechtszweigen bildete der Aufsatz über die Präjudizien (ZSR 1949).

5. Wie hat sich nun in den letzten Jahrzehnten die *Praxis der sogenannten Rechtsanwendung* gestaltet, besonders der Richter und zuständigen Beamten? Sind hier die Methoden wertkritischer Rechtsfindung durchgedrungen?

Es soll hier nur ein kurzer *Überblick über die Praxis unseres Bundesgerichts* zu geben versucht werden.

Schon früh kam das Bundesgericht zu *schöpferischer Rechtsfindung*, indem es als Rekursinstanz gegen Verletzung der durch die Verfassung gewähr-

leisteten Individualrechte auf Grund sehr weitgefasster Normen entscheiden musste. Auch in seiner zivilrechtlichen Judikatur war es schon vor Inkrafttreten des ZGB in manchen Fällen nicht möglich, mit den Mitteln einer formalen Logik auszukommen, und es entwickelte sich da wiederum bereits eine selbständige Rechtsfindung, z. B. in Fragen des unlauteren Wettbewerbs auf Grund von Art. 50 des alten OR, auch beim staatsrechtlichen Rekurs auf Grund von Art. 4 der BV.

Hatte sich diese selbständige Rechtsfindung bei weitgefassten Normen des Gesetzes und der Verfassung *intra legem* entwickelt, so war nun durch Art. 1 des ZGB auch eine selbständige Rechtsfindung *praeter legem* ausdrücklich vorgesehen. Das Bundesgericht hat davon keinen übermässigen Gebrauch gemacht. In einem systematisch kodifizierten Gesetz, als welches sich nun das schweizerische ZGB darstellte, sind solche Lücken verhältnismässig selten. Vorerst gilt es jeweils das Gesetzesrecht *auszulegen*, soweit es Anhaltspunkte zu sinngemässer Interpretation bieten kann, und wo dies nicht der Fall ist, soll nach Art. 1 des ZGB zunächst allfälliges *Gewohnheitsrecht* anwendbar sein. Gerade weil im Gegensatz zum Positivismus die neuere Gesetzesauslegung über den Wortlaut des Gesetzes und formale Deduktionen hinausgeht, die den Normen immanenten Werte und Zwecke berücksichtigend den *tiefern Sinngehalt* der Normen erfassen will und dabei der Zusammenhang verschiedener Normen in *systematischer* Auslegung häufig sehr aufschlussreich ist, erweisen sich oft scheinbare Lücken formaler Subsumtion unter den Gesetzeswortlaut als Gegenstand blosser Auslegung, sind die scheinbaren «Subsumtionslücken» keine «Wertungslücken», die der selbständig wertenden Rechtsfindung bedürften (Meth. 112/113).

Wie wurde vom Bundesgericht in den Fällen, in denen es eine *Gesetzeslücke* feststellte, sein Urteil gefällt oder begründet? (vgl. zum folgenden die feinsinnige Monographie von CL. DU PASQUIER mit sorgfältiger Analyse der BGE). Von den wenigen Fällen eines Gewohnheitsrechts abgesehen, legt es seinem Entscheid, wie das ZGB in Art. 1 verlangt, eine *von ihm selbst aufgestellte Norm* zugrunde, erwähnt und begründet in den rechtlichen Erwägungen des Urteils. Diese Norm dient vor allem zum Entscheid im vorliegenden Fall, soll aber erlauben, nach dem Prinzip der *Rechtsgleichheit* auch in ähnlichen Fällen wieder als Grundlage zu dienen (l. c. 22). Die Norm hält sich im Rahmen des positiven Rechts, lehnt sich auch wenn möglich an dieses an, indem dessen Normen *analog* angewendet oder die

damit zusammenhängenden *allgemeinen Rechtsgrundsätze* herangezogen werden (32 ff). Im übrigen sucht das Bundesgericht vor allem die *praktischen Bedürfnisse* zu berücksichtigen, häufig unter *Abwägung der in Betracht kommenden Interessen* (51 ff, 58 ff). Ab und zu hat es sich auf die *Billigkeit*, das Rechtsgefühl oder Rechtsbewusstsein berufen (44 ff), auch auf Treu und Glauben, sowie den Rechtsmissbrauch, im ZGB verankert durch Art. 2. Auf seine *Präjudizien* nimmt es stets Bezug, sogar auf nicht veröffentlichte, und hält sich im Interesse der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit regelmässig daran, wenn nicht aus wichtigen Gründen eine Änderung sich aufdrängt (hierüber meine Spezialstudie zur Frage der Präjudizien in ZSR 1949 S. 320 ff mit entsprechenden BGE und die dort zitierte Monographie von Dubs über Praxisänderungen; vgl. auch S. 445 ff über die Beschränkung der präjudiziellen Tragweite auf die *ratio decidendi*, unter Hinweis auf entsprechende BGE).

Nicht nur im Privatrecht hat das Bundesgericht Gesetzeslücken anerkannt und ergänzend selbständig wertende Rechtsfindung vorgenommen, sondern *auch im öffentlichen Recht*, namentlich *intra legem* oder *constitutionem*, wie bereits eingangs erwähnt, ferner z. B. in Fragen der Doppelbesteuerung, auch im Prozess- und Vollzugsrecht, etwa betreffend Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder betreffend die Zuständigkeit des Gerichts als einziger kantonaler Instanz im gewerblichen Rechtsschutz mangels kantonaler Regelung (BGE 74 I 105 ff). Für die Begründung öffentlichrechtlicher Pflichten oder gewerbepolizeilicher Beschränkungen bedarf es allerdings im Rechtsstaat stets einer gesetzlichen Regelung, besonders auch für Steuerauflagen; das schliesst jedoch ergänzende selbständige Rechtsfindung nicht völlig aus, z. B. wo materielle Vorschrift und Sanktion feststehen, aber die Zuständigkeit oder das Verfahren nicht bestimmt ist. Im *Strafrecht* ist sie durch den Grundsatz *nullum crimen sine lege* gleichfalls nicht ausgeschlossen, zugunsten des Beschuldigten; so hat das Bundesgericht bei den Ehrverletzungen den im Gesetz nicht verankerten Rechtfertigungsgrund der «Wahrnehmung berechtigter Interessen» anerkannt (BGE 70 IV 20 ff und mehrere neuere BGE).

Als *Rechtsquelle* sieht die BV nur das Gesetz vor. Gleichwohl hat das Bundesgericht auch im öffentlichen Recht sich mehrfach auf *Gewohnheitsrecht* berufen (BGE 45 I 54, 50 I 10, 56 I 42, 68 I 209, 74 I 49, 76 I 378). Auch in der Verfassung nicht ausdrücklich vorgesehene *Rechtsverordnungen auf Grund einer Gesetzesdelegation* für bestimmte Materien untergeordneter

Art hat es als zulässig bezeichnet (BGE 74 I 114 und dort zitierte frühere BGE).

Das Gesetz selbst wird *nicht formal ausgelegt*, sondern *nach seinem «Sinn und Zweck»*, wie sich das Bundesgericht häufig ausgedrückt hat. Das gilt auch für das öffentliche Recht (z. B. BGE 51 I 254, 71 I 8 u. v. a.). Zur Erkenntnis der ratio legis können auch die Vorarbeiten dienen; doch ist nach der Judikatur des Bundesgerichts der *Wille des historischen Gesetzgebers nicht entscheidend* (BGE 34 II 826, 40 I 561 ff., 50 I 338, 56 II 74, 60 II 185, 63 II 156, 65 I 43, 68 II 124).

Hat das Bundesgericht, von jenem Sonderfall derogierenden Gewohnheitsrechtes abgesehen, auch schon *contra legem* entschieden, also gegen das geltende Recht? Grundsätzlich tat es dies nie; meines Wissens hat es überhaupt nicht einmal sich gefragt, ob das unter Umständen zulässig wäre. Im Gegenteil hat es sich mehrfach darauf berufen, dass keine Lücke des Gesetzes vorliege, dieses deshalb anzuwenden sei, selbst wenn es «richtigerweise anders lauten sollte» (BGE 61 II 266, ähnlich 60 I 394, 64 II 343 sowie 70 IV 105); oder es wies darauf hin, de lege ferenda könnte wohl etwas anderes angemessen sein (BGE 65 II 1, 73 II 204, 75 II 361). Zu beachten ist immerhin, dass Art. 2 Abs. 2 des ZGB eine Korrektur einzelner Normen auf Grund des Gesetzes selbst ermöglicht, in der Form systematischer Interpretation.

Selbstverständlich kann die Gesetzesauslegung einmal unrichtig sein, dem Sinn des Gesetzes nicht entsprechen. Doch wenn das Gericht dies in einem neuen Fall erkennt, ändert es seine Rechtsprechung (ZSR 1949 S. 321/322 mit zahlreichen Beispielen). Nur ganz vereinzelt hat das Bundesgericht daran festgehalten in Urteilen, in denen es sich um Fristen handelte, für welche der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit überwog (ZSR 1949 S. 327 ff.).

Ein verstecktes Abweichen vom Gesetz kann sich auch aus der irrtümlichen Annahme einer Lücke ergeben. Das Bundesgericht hat in früheren Urteilen gelegentlich sich dahin geäußert, schon die Frage des Vorhandenseins einer Lücke sei nach rechtspolitischen Gesichtspunkten zu beantworten (vgl. BGE 51 II 430 und 60 II 186); in neuern Urteilen ist es aber davon wieder abgekommen und hob hervor, der Richter dürfe «nur dort zur Aufstellung neuer Rechtssätze schreiten, wo kein Zweifel besteht, dass dem Gesetz eine Norm nicht entnommen werden kann» (BGE 74 II 109, hiez. ZSR 1949 S. 428, ähnlich BGE 76 II 62 und 78 I 463).

Nicht ganz so klar ist in der Judikatur das entsprechende Verhältnis zwischen Auslegung des Gesetzes und ergänzender Rechtsfindung *intra legem* herausgestellt worden. Auch hier gilt es in erster Linie, das Gesetz sinngemäss auszulegen, soweit ihm hierfür ein Anhaltspunkt entnommen werden kann. Aber sehr häufig ist dies nicht möglich oder nur in beschränktem Masse. Dann ist jeweils ergänzend selbständig wertende Rechtsfindung nötig. Oft geht fast unmerklich die Gesetzesauslegung über in solch selbständige Rechtsfindung, und insofern ist es auch nicht unrichtig, wenn in neueren Urteilen oft zu lesen ist, das Gericht «werte» den Fall im Sinn eines gesetzlichen Tatbestandes; es handelt sich hier im Rahmen des Gesetzes und seiner sinngemässen Auslegung um dieselbe freie Rechtsfindung wie bei Lücken *praeter legem*. Eine Rechtsfindung *contra legem* liegt nur dann vor, wenn ein Gericht dabei sich nicht an die Schranken einer sinngemässen Auslegung des Gesetzes hält (Meth. 7 ff, 111 ff).

*Wie sich aus dieser kurzen Übersicht ergibt, ist die Judikatur unseres Bundesgerichtes weit über den formalen Gesetzespositivismus hinausgekommen, ohne prinzipiell den Boden des positiven Rechts zu verlassen, wo dieses eine Grundlage zu bieten vermag. Immerhin findet man auch heute noch in einzelnen Urteilen Rückstände positivistischen Denkens. Weit häufiger noch begegnet man solchen in den Urteilen unterer Gerichte und in der administrativen Rechtspflege. Hier glaubt man oft auf die Vorarbeiten zum Gesetz sich autoritativ berufen zu können, sogar auf Aussprüche von einzelnen Rats- und Kommissionsmitgliedern, hier stösst man auf Wortinterpretation und formale Rezepte, die man als unbedingt stichhaltig voraussetzt, zum Beispiel den Satz *lex specialis derogat legi generali* (dagegen vgl. H. HUBER in ZSR 36 S. 325 ff), oder den Satz, dass Ausnahmen restriktiv interpretiert werden müssen (dagegen EGGER, Kommentar N. 19 zum Art. 1), oder das *argumentum a contrario* (dagegen BURCKHARDT, Methode und System 282 ff), die doch alle nur dann richtig sind, wenn sie sinngemässer Auslegung entsprechen.*

II. STELLUNGNAHME

Dieser geschichtlichen Rückschau soll nun noch eine kritische Würdigung der damit zusammenhängenden Probleme folgen, ein Versuch, sich

zurecht zu finden inmitten der verschiedenen Lehren, die dem Positivismus den Kampf ansagten, und Stellung zu nehmen mit dem Ziel, nicht in der Negation und Einseitigkeit ihrer Kampfposition stecken zu bleiben, sondern konstruktiv aufzubauen.

Dabei kann ich nicht mehr im einzelnen eingehen auf die Lehren, die sich gegen den Positivismus gewandt haben; das würde zu weit führen, besonders wenn man vermeiden will, sie doch nur unvollständig und darum vielleicht einseitig zu kennzeichnen. Ich beschränke mich deshalb darauf, meine persönlichen Ansichten in den Grundzügen zu skizzieren und, um mich möglichst kurz fassen zu können, ergänzend auf frühere Publikationen zu verweisen, in denen ich mich bereits mit den betreffenden Problemen auseinandersetzte. Die hier geäußerten Gedanken wollen nicht mehr sein als ein *vorläufiger Beitrag* zu deren Klärung und *zur wirklichen Überwindung des Positivismus*.

Im Vordergrund stehen nach wie vor die praktischen Fragen der Rechtsfindung. Nicht was alles zum Begriff des Rechtes gehört oder etwa seine Geltung begründet, ist hier darzulegen (Grundlage der Rechtswissenschaft 21 ff, 24), sondern nach welchen Gesichtspunkten der *Inhalt* zu bestimmen ist, insbesondere vom Gesetzgeber und vom Richter. Um die teilweise sehr komplexen Probleme leichter verständlich zu machen, soll zunächst, abweichend von der mir aus praktischen Rücksichten sonst gewohnten Reihenfolge (Meth. 113 ff), die Bindung des positiven Rechtes nicht berührt, vorerst die davon prinzipiell unabhängige Rechtsfindung besprochen werden, wie sie dem Gesetzgeber im Rahmen der Verfassung zusteht, auch dem Richter heute wenigstens ergänzend zum positiven Recht in erheblichem Umfang zuerkannt wird (1. und 2.).

1. Unter den verschiedenen Strömungen gegen den Positivismus läßt sich unterscheiden zwischen solchen, die den Rechtsinhalt selbst allgemein-gültig zu bestimmen versuchten, und den andern, die nur formale Prinzipien aufstellten, die höchstens mittelbar jeweils auch inhaltlich richtiges Recht zu bestimmen geeignet sein sollten. Von den Lehren dieser zweiten Art sind die der *Neukantianer* besonders fruchtbar für die Rechtsfindung geworden; doch auch die Lehren der ersten Gruppe, die man in einem weitern Sinn als «*Naturrecht*» bezeichnen mag, sind dafür bedeutsam. Nachfolgend soll zunächst gezeigt werden, inwiefern diesen Lehren Grund-

lagen für die Rechtsfindung zu verdanken und nach welchen Gesichtspunkten sie zu ergänzen sind. Auf die Lehren der «soziologischen» *Rechtsschule*, insbesondere die Theorie der «Interessenabwägung», soll erst später in anderm Zusammenhang eingegangen werden (2.).

Die Lehren der *Neukantianer*, deren Einfluss auf die Schweizer Juristen um die Jahrhundertwende und in den folgenden Jahrzehnten deutlich spürbar war, haben zweifellos dazu beigetragen, dass unser Recht nicht in dem damals im Ausland noch herrschenden Gesetzespositivismus versandet ist. Die *prinzipiell wertkritisch-normative Fragestellung*, nicht nur *de lege ferenda*, sondern auch *de lege lata* (Meth. 22 und 114, Grundlagen 231), wird uns davor bewahren, im Gesetz etwas Absolutes zu sehen; das Gesetz ist nur eine Rechtsquelle neben andern, und wir sind uns bewusst, dass es nie fehler- und lückenlos ist, dass es der sinngemäss deutenden und ergänzenden Rechtsfindung des Richters bedarf (Meth. 104 ff), auch der Korrektur nach wertkritischen Gesichtspunkten, die normalerweise durch den Gesetzgeber vorzunehmen ist. Das alles muss meines Erachtens auch künftig wegleitend sein. Den Neukantianern verdanken wir die richtige Fragestellung. Über den *Inhalt* des richtigen Rechts wird damit allerdings noch nichts ausgesagt.

Gerade hier verspricht die Lehre vom «*Naturrecht*» weiter zu führen. Nach dem Versagen des wertfreien oder «wertblinden» Positivismus gegenüber dem Missbrauch der Form des Gesetzes durch die Machtbefehle des Nationalsozialismus und anderer totalitärer Diktaturen hat der Ruf nach einer «*Renaissance des Naturrechts*», das den festen Boden einer unverbrüchlichen Wertordnung begründen will, starken Widerhall gefunden. Vereinzelt wird sogar der Anspruch erhoben, die Wissenschaft habe sich nur mit einem solchen Naturrecht zu befassen, dieses allein verdiene den Namen des Rechts, alles andere sei höchstens Technik. Aber ist nicht auch dies wieder ein einseitiger Pendelausschlag? Ich meine dabei nicht die längste in einer ausgeglichenen Tradition verankerte katholische Naturrechtslehre, sondern die beim Vernunftrecht der Aufklärung anknüpfenden Erneuerer. Lässt sich mit dem Naturrecht alles erklären? Kann man an den Tatsachen des sozialen Lebens und am positiven Recht vorbeigehen, wenn man fruchtbare Arbeit leisten will? Droht nicht die Gefahr der Anarchie?

Meines Erachtens ist es durchaus richtig, im Sinn des Naturrechts *unverbrüchliche sittlich begründete Prinzipien* anzuerkennen (Grundlagen 13

und 24 betreffend das *ethische Fundament für die Verbindlichkeit* des geltenden Rechts, auch 221, 226 Hinweis auf ein unvergängliches höheres Recht mit Beispiel der Antigone). Das Recht hat der *Gerechtigkeit* zu dienen; insofern gehört die *Rechtsidee* zum Rechtsbegriff (Grundlagen 18, 24, 30, 86/87). – Zweifel erheben sich allerdings bereits darüber, ob wir Menschen die Gerechtigkeit und die höchsten ethischen Werte sicher zu erkennen vermögen. Gehen da nicht unsere Ansichten immer mehr oder weniger auseinander? Zeigen sich nicht erhebliche Divergenzen je nach dem Kulturkreis, den Epochen, Völkern, politischen und sozialen Gruppen und persönlichen Umständen? Wir setzen absolute Werte voraus, doch erscheint deren Erkenntnis als fraglich oder doch beschränkt. In manchen Fragen werden wir uns wohl weitgehend auf unser *Gewissen* oder intuitiv geleitetes Rechtsgefühl verlassen können (wodurch ethisches Sollen auch verankert ist in der Welt des Seins, in bewussten oder unbewussten psychologischen Tatsachen); sie weisen auf eine Gerechtigkeit von mehr als bloss formalem Charakter. Aber in untergeordneten oder komplexen Fragen wird das Gewissen kein ausreichender Wegweiser sein. Auch wenn wir die Gerechtigkeit begrifflich zu zergliedern versuchen, gelaugen wir kaum zu der erwünschten Sicherheit. Gleichwohl braucht uns solcher Zweifel *nicht* blossem *Relativismus* auszuliefern. Es gibt Normen und Urteile, die mit der Gerechtigkeit offensichtlich im Widerspruch stehen. Es gibt meines Erachtens auch im wesentlichen erkennbare *Grundwerte*, die selbst für den Gesetzgeber als unantastbar gelten sollten.

Zu diesen Grundwerten gehören vor allem die sogenannten *Menschen- oder Freiheitsrechte* (Grundlagen 86/87, 185/186, 224). Es scheint zwar, dass bei gewissen Völkern ausserhalb unseres abendländischen Kulturkreises die Freiheit als entbehrlich erachtet werde (vielleicht weil die Lebensnotdurft im Vordergrund steht, vielleicht auch weil im Kampf für Unabhängigkeit des Volkes gegen fremde Herren die mangelnde Freiheit gegenüber eigenen Diktatoren, die diesen Kampf leiten, weniger vermisst wird). Aber entspricht persönliche Freiheit nicht doch der Eigenart des Menschen? Unterscheidet sich der Mensch nicht gerade damit vom Tier, obwohl animalische Triebe sich auch in ihm geltend machen? Ist er nicht dadurch ausgezeichnet, dass er fähig ist zu selbständigem Willensentschluss nach höheren Zielen und schöpferischer Tätigkeit? Mögen im einzelnen über die Definition der «Menschenrechte» Divergenzen bestehen, mögen sie wohl auch nicht bloss individualistisch-subjektiv aufzufassen

sein, sondern vornehmlich als Voraussetzung wahrer Gemeinschaft und der Kultur, beruhend auf dem Eigenwert der freien menschlichen Persönlichkeit (Grundlagen 87, 119, 224): sie bedeuten für uns jedenfalls *unantastbare dauernde Werte*. Keine *Zweckmässigkeit* oder «Staatsraison» darf sich darüber hinwegsetzen, soll nicht Recht zum Unrecht werden. Hier liegen Grenzen für den Gesetzgeber, über die formellen und inhaltlichen Schranken einer Verfassung hinaus. Es gilt, sie nicht nur mit Worten zu proklamieren, sondern auch die Konsequenzen zu ziehen (vgl. zum Beispiel Grundlagen 225 betreffend Verwendung von sogenannten Wahrheitsdrogen, die wohl oft zweckmässig wären, um die Wahrheit festzustellen, welche der Richter sonst kaum enthüllen kann, aber mit der persönlichen Freiheit unvereinbar sind). Der Rechtsstaat hat hier neben formalen auch *inhaltlich* bedeutsame Forderungen zu stellen (Grundlagen 86 ff.). Der blossen Zweckmässigkeit dürfen solche Grundwerte nicht geopfert werden. Zweckmässigkeit ist der Gerechtigkeit nicht gleichzustellen, sie muss ihr untergeordnet bleiben (Grundlagen 18). Der Einzelne darf nicht im sozialen Interesse zum blossen Werkzeug herabgewürdigt werden, nicht einmal zum «Wohl des Ganzen», im Gegensatz zu totalitären Ideologien (Grundlagen 87, 183 mit Beispiel). Gewiss muss der Einzelne sich eingliedern in ein erträgliches soziales Zusammenleben, sind seiner Freiheit mit Rücksicht auf die Freiheit der andern und das gemeinsame Wohl durch das Recht Schranken gesetzt und erscheint dabei die Demokratie als bestmögliche Form der Rechtsverwirklichung; aber die Zahl ersetzt nicht das Ideal, die Mehrheit nicht die höchsten Werte (Grundlagen 224 unter Hinweis auf die Gefahr eines gewissen «Imperialismus der Mehrheit»). Ob und wie zugunsten des Weiterbestandes von Volk und Gemeinwesen durch Wehrordnung und Notrecht die Freiheit eingeschränkt werden darf, ist hier nicht näher auszuführen; es bleibt jedoch festzuhalten: für das positive Recht gibt es durch ethische Werte bestimmte *Grenzen*, an denen auch der Gesetzgeber Halt zu machen hat. Missachtet der Staat diese Grenzen oder will er mit seinen Gesetzen überhaupt nicht der *Gerechtigkeit* dienen, dann werden diese zu blossen Machtgeboten, die nicht mehr als Recht zu gelten vermögen. So hat er in Ländern seiner totalitären Herrschaft das Gesetz auch jüngst wieder «unter der Maske des Vertreters der Volksgemeinschaft ... zum blossen Werkzeug seiner eigenen politischen Ziele, zum inhaltlich völlig unselbständigen technischen Mittel seines Machtstrebens erniedrigt» (Grundlagen 87).

Inwieweit über jene «Menschenrechte» hinaus, neben der allgemeinen Richtschnur der Gerechtigkeit, noch inhaltlich bedeutsame Prinzipien den Rang unverbrüchlichen «Naturrechts» beanspruchen dürfen, muss hier offen gelassen werden. Sie beschränken sich wohl auf wenige Grundsätze (Grundlagen 50). In Betracht kommen etwa Treu und Glauben, vielleicht auch andere «allgemeine Rechtsgrundsätze», die teilweise durch die Tradition sich zu bekannten Sentenzen verdichtet haben (wie: *audiat et altera pars*). Ferner gehört wohl hieher die Fähigkeit des normalen Menschen, mit seinem freien Willen sich zu verpflichten; ich habe mich an anderer Stelle gegen die neuerdings wieder vertretene Ansicht gewehrt, dass die Befugnis zu rechtsgeschäftlicher Verpflichtung dem Einzelnen bloss deshalb zustehe, weil das Gesetzesrecht sie vorsieht, so dass durch dieses die Privatautonomie nicht nur näher bestimmt und begrenzt wird, sondern auch vollkommen beseitigt werden könnte, was nicht einmal in den totalitären Staaten geschehen ist (ZSR 1949 S. 443, dazu Meth. 32). – Im einzelnen besteht noch viel Unsicherheit. Der Ausdruck «Naturrecht» selbst wird meines Erachtens besser vermieden, weil er leicht zu falschen Ansichten verführt. Es handelt sich hier wie bei den «Menschenrechten» um gewisse Prinzipien, die von einer Rechtsordnung nicht missachtet werden dürfen (über das Verhältnis der Gerechtigkeit zu den sittlichen Grundsätzen vgl. Grundlagen 226/227).

Für die praktische Rechtsfindung mag der Ertrag mager erscheinen. Es bedurfte der krassen Missbräuche der autoritären Staaten in den letzten Jahrzehnten, um solche Prinzipien und Grenzen, die vorher nicht in Frage gestellt waren, wieder allgemein zum Bewusstsein zu bringen. In einem wirklich demokratischen Gemeinwesen erscheinen sie wohl als Selbstverständlichkeit. Doch auch da gilt es den *Anfängen* zu wehren.

Nun erhebt sich aber die *weitere Frage*: Gibt es für die Rechtsfindung nicht noch etwas anderes, das ihr inhaltlich als Anhaltspunkt dient? Beruhen die Verschiedenheiten zwischen den Rechtsordnungen verschiedener Völker und sogar des gleichen Volkes in verschiedenen Epochen seiner Geschichte bloss auf der Willkür des Gesetzgebers oder auf irrtümlichen Ansichten über die Gerechtigkeit? Gibt es nicht Tatsachen des sozialen Lebens, die das Recht zu beachten hat, tatsächliche Verhältnisse und Bedürfnisse des betreffenden Volkes oder seiner Glieder zur gegebenen Zeit, die der Gesetzgeber und im Rahmen des positiven Rechts auch der Richter bei seiner ergänzenden Rechtsfindung kennen und berücksichtigen

sichtigen muss? Hätte der *Föderalismus* einen Sinn, wenn alles ausschliesslich auf absolut allgemeingültiges «Naturrecht» zu gründen wäre? Sind nicht die besondern sozialen Verhältnisse und traditionellen Rechtsgestaltungen ebenfalls von wesentlicher Bedeutung? Ist nicht das Recht infolgedessen jeweils auch *geschichtlich* bedingt? Und gehört es nicht gerade zu den vornehmsten Aufgaben der Rechtsgeschichte, das nötige Verständnis dafür zu wecken?

2. Damit kommen wir zu den «*realen*» Grundlagen der Rechtsfindung. Als solche sollen hier alle Faktoren ausserhalb der Normen des positiven Rechts zusammengefasst werden, die sich in irgendwelcher Art auf Tatsachen des sozialen Lebens beziehen, gleichviel ob sie vorwiegend unter dem Gesichtspunkt *historisch* zu verstehender Eigenart eines Volkes und seiner besondern Verhältnisse zur betreffenden Zeit betrachtet werden oder unter dem Aspekt mehr oder weniger gleichmässig *sich wiederholender* und deshalb unter Umständen sogar statistisch erfassbarer Tatsachen.

Dass diese Tatsachen bei der Rechtsfindung sehr eingehend und sorgfältig berücksichtigt werden müssen, ist unbestreitbar.

Das geschieht regelmässig in unserer Gesetzgebung, allerdings oft zu wenig gründlich und unsystematisch. Wo sie nicht berücksichtigt worden sind, wo der Gesetzgeber sich einfach darüber hinweggesetzt hat, waren die bestgemeinten Reformen zum Scheitern verurteilt (dafür gab es im Ausland einzelne besonders typische Beispiele: Grundlagen 229). Vorbildlich wurden die gegebenen Verhältnisse vom Schöpfer unseres Zivilgesetzbuches berücksichtigt. Beim Strafgesetzbuch geschah dies wenigstens in bezug auf den vorhandenen Rechtsstoff und Erfahrungen im Strafvollzug. Auch unsere Richter sind sich offenbar der Bedeutung des Einblicks in die jeweils vorliegenden sozialen Verhältnisse für ihre ergänzende Rechtsfindung mehr und mehr bewusst geworden. In der Wissenschaft bestehen dabei noch erhebliche Unterschiede. Nicht überall wird der Rechtssoziologie die nötige Beachtung geschenkt. Zweckmässig ist es meines Erachtens, schon die jungen Juristen frühzeitig darauf hinzuweisen (Grundlagen 90, 114, 117, 121/122, 130, 178, 191).

Zu den Tatsachen, die jeweils zu berücksichtigen sind, gehören vor allem die der Rechtsgemeinschaft angehörenden *Menschen* in ihrer biologischen und psychologischen Wesensart, insofern sie sich auf das soziale Leben auswirkt, sowie die tatsächlichen *Bedürfnisse* der Menschen und

Gruppen von Menschen, und ihre *Begehren*. Bedeutsam sind ferner die bestehenden *Werturteile*; deren soziale Wirkung kommt in der «öffentlichen Meinung» zum Ausdruck, differenzierter in den massgeblichen politischen Ideologien, bei denen das tatsächliche Gewicht indessen nicht immer mit den Parteistärken übereinstimmt. Bedeutsam ist auch die *Kultur*. Hier berühren sich soziologische Tatsachen mit ethischen Prinzipien. Die *natürlichen Elemente* wie Klima, Jahreszeiten, Wechsel von Tag und Nacht, Geschlecht, Familie, auch Beruf und dergleichen sind, insofern sie sich sozial auswirken, zum Beispiel auf Arbeit und wirtschaftliche Verhältnisse, selbstverständlich ebenfalls zu beachten. Dasselbe gilt anderseits vom Komplex der geschichtlich begründeten *Tradition* unter Einschluss des bisherigen Rechtszustandes, worauf der wohlberatene Gesetzgeber immer Rücksicht nehmen wird, indem er soweit möglich daran anknüpft. An den überlieferten Anschauungen, Sitten und Rechtsnormen hängt das Volk sehr stark, so dass in einer Demokratie wie der unsrigen jedes Abweichen besonders sorgfältig überlegt und begründet sein muss.

Hier mag ein Wort zur Frage der *Rechtsvereinheitlichung* eingeschaltet werden (zur interkantonalen vgl. Grundlagen 90, zur internationalen 191 ff). Sie lässt sich um so eher verantworten und verwirklichen, je geringer der Unterschied des überlieferten Rechts und der übrigen sozialen Verhältnisse ist, und sie wird sich in erster Linie gründen auf jenes vorher erwähnte gemeinsame «naturrechtlich»-ethische Fundament. Aber gerade die grossen Widerstände, die sich – trotz der gemeinsamen sittlichen Grundsätze – jeweils geltend machen, weisen darauf hin, *wie bedeutsam die soziologischen Tatsachen und vor allem die geschichtlich bedingten Unterschiede sind*. Darüber kommt man nicht mit einem umfassenden uniformierenden «Naturrecht» hinweg. Nur ein starkes Bedürfnis und Verlangen nach einheitlichen Normen vermag die darin wurzelnden Widerstände zu überwinden.

Welch verderbliche Folgen es nach sich ziehen kann, wenn Rechtswissenschaft und Gesetzgebung unbekümmert um die Tatsachen sich nur mit Begriffsjurisprudenz abgeben, hat sich zum Beispiel im *Strafrecht* gezeigt. Vor den Reformen, die namentlich auch in den Vorentwürfen für unser Strafgesetzbuch ihren Niederschlag fanden und zur Aufnahme von ergänzenden Massnahmen führten, hat es sich als ungenügend wirksam erwiesen, so dass die Kriminalität bedrohlich anstieg, Rückfälle sich häuften, die Gefängnisse sogar nicht selten den Keim zu neuen Verbrechen

legten. Das frühere Strafrecht hatte die tatsächlichen, *kriminologischen* Grundlagen verkannt.

Besonders bedeutsam ist, vor allem im *Privatrecht*, die Methode der sogenannten *Interessenabwägung*. Die tatsächlichen Interessen werden dabei nicht nur festgestellt und berücksichtigt, sondern bilden geradezu die Grundlage der Rechtsfindung. Dies geschieht vielfach, mehr oder weniger klar bewusst, in der Gesetzgebung, häufig auch in der ergänzenden Rechtsfindung unserer Gerichte *practer* und *intra legem*, sowie bei wissenschaftlichen Studien zur Rechtsfindung. Die Methode hat sich im allgemeinen bewährt. Jedoch müssen die sämtlichen in Betracht fallenden Interessen berücksichtigt werden, auch die sogenannten Gegeninteressen, neben individuellen auch allgemeine, neben wirtschaftlichen auch ideelle, religiöse, nationale und übernationale, Frieden, Vertrauen, Solidarität: ob der Ausdruck «Interessen» für einen so weitgespannten Begriff sich eignet und ob solche häufig sehr verschiedenartigen «Interessen» sich immer miteinander vergleichen und entsprechend gegeneinander abwägen lassen, bleibe dahingestellt (vgl. Meth. 118/119). Was hier noch besonders hervorgehoben werden soll, ist das *Fehlen eines Wertmassstabes*, nach welchem das Gewicht der verschiedenen und oft sehr verschiedenartigen Interessen bestimmt werden kann. Die Methode selbst liefert ihn nicht. Er ergibt sich, wo die gegeneinander abzuwägenden Interessen nicht völlig gleichartig sind, sinngemäss aus der Richtschnur der *Gerechtigkeit* (Grundlagen 39, ähnlich auch Meth. 41).

Die Tatsachen sind immer nur *eine* der Grundlagen für die Rechtsfindung. Das haben die Vertreter eines soziologischen Positivismus und des historischen Materialismus verkannt. Aus den Tatsachen allein lässt sich das Recht nicht begründen. Dazu gehört jeweils auch das *ethische* Fundament. Wichtig ist ferner, dass man sich ein möglichst klares Bild davon macht, wie sich die betreffenden Normen unter den gegebenen sozialen Verhältnissen *auswirken*. Die *Rechtsverglei chung* bietet dafür oft einen wertvollen Anhaltspunkt. Die Normen müssen das *geeignete Mittel* sein, einem *Zweck* zu dienen, der auf die *Gerechtigkeit* ausgerichtet ist.

Die «soziologische Rechtsfindung» hat nicht selten die *Tendenz zur Selbstgenügsamkeit, Verabsolutierung, zur Vermeidung eigener Werturteile* oder gar offenen Leugnung ethischer Werte.

Namentlich dem *Richter* will man bei seiner *ergänzenden Rechtsfindung* die mit dem Hinweis auf die Gerechtigkeit oder andere sehr allgemeine Richt-

linien verbundene Unsicherheit ersparen und die Subjektivität des eigenen Werturteils verwehren. Deshalb ist er in der ausländischen Doktrin oft auf die *herrschenden sozialen Werturteile* verwiesen worden (kritisch ZSR 1949 S. 436). Diese können wohl mittelbar für ihn bedeutsam werden, im Hinblick auf Rechtsgeltung, Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit. Aber die herrschenden Werturteile können Vorurteile sein, die Verkehrssitten Unsitten. *Der Richter kann sich nicht einfach darauf berufen, um seine Verantwortlichkeit abzuwälzen* (Meth. 106). Auch unser ZGB weist ihn nur an, einer «bewährten» Lehre oder Rechtsprechung zu folgen, und eine solche besteht oft nicht. Das schliesst selbstverständlich nicht aus, dass er bei Lücken im positiven Recht etwas anerkennt, was den herrschenden Werturteilen entspricht oder bisher bereits Verkehrssitte war, sofern er es vom normativen Standpunkt gutheissen kann, vom Standpunkt der Gerechtigkeit oder Treu und Glauben jedenfalls nichts dagegen einzuwenden ist. Doch das darf nicht der Scheu vor eigener Verantwortung entspringen. Die soziologische Rechtsfindung darf nicht dazu verleiten, einfach die gegebenen Tatsachen festzustellen nach Art eines Parallelogramms der Kräfte. *Die Rechtsidee darf nicht kapitulieren vor der «Macht der Tatsachen» oder vor der tatsächlichen Macht.*

Das gilt auch für den *Gesetzgeber*. Die Demokratie verhindert wohl am ehesten den systematischen Missbrauch der Staatsgewalt. Doch wird sie leicht zum blossen Rahmen eines Kampfes der Interessen, bei dem nicht die Rechtsidee das Steuer führt, sondern ein schrankenloser Opportunismus den Gesetzesinhalt bestimmt. Die Gefahr ist gross, dass einfach die bestehenden Machtverhältnisse den Ausschlag geben, dass auf Kosten Dritter und der Gerechtigkeit ein Kompromiss geschlossen wird, der den Sonderinteressen der Mächtigsten entspricht. Die parlamentarische Diskussion lässt dies gar oft erkennen. Gewiss ist es richtig und wichtig, schon bei den Vorarbeiten für ein Gesetz die Vertreter der Meistbeteiligten anzuhören, um die für sie bedeutsamen Interessen und Begehren rechtzeitig kennenzulernen und ihre Vertrauensleute wenn möglich durch die Mitarbeit zu verständnisvollen und verantwortungsbewussten Trägern des künftigen Rechts zu machen. Ich weiss auch aus manchen Expertenkommissionen, dass in diesen nicht nur einseitig Interessen vertreten werden, sondern in der Regel der Wille zum Ausgleich und konstruktiver Mitwirkung besteht, auch wo von vornherein der Gegensatz der Interessen sehr gross ist, wie namentlich im Arbeitsrecht. Aber obwohl man deshalb hier besonders froh sein wird, wenn die Vertreter der Arbeitgeber und der

Arbeitnehmer auf einen Vorschlag sich einigen, so darf man einen solchen Vorschlag doch nicht unbescheiden dem Gesetzesentwurf zugrunde legen, weil es vorkommen kann, dass sie sich auf Kosten Dritter einig geworden sind. Wer als wissenschaftlicher Experte mitzuwirken hat, muss auch unter solchen Umständen selbständig werten. Er darf sich nicht damit begnügen, allfällige Widersprüche mit dem übrigen Recht aufzudecken und unnötige neue Normen auszuschalten, im übrigen aber bloss noch zu registrieren und zu formulieren. Es gilt auch hier, der *Gerechtigkeit* zu dienen nach bestem Wissen und Gewissen. Gerade das Arbeitsrecht ist ein Gebiet, das dem aufrichtigen Willen zur Gerechtigkeit einen besonders starken Impuls verdankt. Umgekehrt ist es jedoch hier doppelt nötig, die *soziologischen Tatsachen* stets genau zu beachten, namentlich die *wirtschaftliche Tragbarkeit*. Man darf die Macht des Gesetzgebers nicht überschätzen. Man soll aber auch nicht den Willen zur Gerechtigkeit als unrealistisch, als Illusion verhöhnen; er hat glücklicherweise werbende Kraft. Es besteht kein notwendiger Gegensatz zwischen Tatsachen und Ideal: das Ideal der Gerechtigkeit wird selbst zur tatsächlichen Macht, sozial wirksam vor allem durch den Appell an das Gewissen.

3. Das bisher wenigstens in grossen Zügen umrissene Bild von den Grundlagen der Rechtsfindung, bei dem vom Gesichtspunkt des *positiven* Rechtes vorläufig abstrahiert wurde, wäre nicht vollständig ohne den Hinweis auf die *Bedeutung der Rechtssicherheit*. Darin liegt gerade der besondere *Wert des positiven Rechts*, namentlich des *Gesetzes* (Meth. 13 und 32). Es braucht hier nicht näher auf den Begriff der Rechtssicherheit eingegangen zu werden (hierüber Meth. 54 ff, 59). Speziell mag dahingestellt bleiben, ob es sinn-gemäss ist, die Rechtssicherheit im Begriff der Gerechtigkeit aufgehen zu lassen, wie dies neuerdings verlangt wird, und damit die Gerechtigkeit zum komplexern und ausgleichenden Oberbegriff zu machen (dazu Grundlagen 229). Wichtiger als die begrifflichen oder gar bloss terminologischen Fragen ist die wertmässige Rangordnung, und diese hängt nicht von jenen ab: insbesondere kann die Rechtssicherheit als nachgeordnet gewertet werden, selbst wenn man sie der Gerechtigkeit begrifflich nicht unterordnet (vgl. BGE 56 I 441/442 betreffend Ausnahmen). Es muss übrigens das höchste Bestreben sein, beide Postulate möglichst zu vereinen.

Das *positive Recht* schafft durch seine *Geltung* Rechtssicherheit; sogar für das *Gewohnheitsrecht* trifft dies zu, obwohl meist in geringerm Mass als für

das Gesetz. Weil es *gilt*, weil es von der Rechtsgemeinschaft als *verbindlich* anerkannt wird und nötigenfalls auch *durchgesetzt* werden kann, vor allem mit Hilfe der staatlich organisierten Behörden und der staatlichen Machtmittel für die Rechtsverwirklichung, sind seine Normen geeignet, für das soziale Leben ein *zuverlässiges Fundament* zu bieten, welches die Normen der Moral und Sitte nicht gewährleisten könnten. Und das Gesetz ist *technisch* in besonders hohem Masse geeignet, diese Rechtssicherheit zu schaffen: seine Normen sind ausdrücklich formuliert, schriftlich fixiert und amtlich publiziert; damit wird bewirkt, dass sowohl bei den Rechtsgenossen als bei den Organen der Rechtspflege die *Kenntnis erleichtert*, *Zweifel und Ungewissheit verringert*, mittelbar also zugleich die *sichere Geltung erhöht* wird. Je vieltätiger das soziale Leben infolge des modernen Verkehrs und der fortschreitenden Arbeitsteilung wird, je mehr ein jeder für seinen Lebensunterhalt und Lebensinhalt angewiesen ist auf seine Mitmenschen, desto weniger kann man eines solchen Fundaments zuverlässig geltender Normen des positiven Rechts entbehren. So war der Erlass von Gesetzen, wie derjenige des Lykurg und des Solon, oder des römischen Zwölftafelgesetzes, seinerzeit ein geschichtliches Ereignis, nicht zuletzt wegen der damit begründeten Rechtssicherheit.

Die Bedeutung der Rechtssicherheit wird selbst von einzelnen prominenten Vertretern des Naturrechts durchaus anerkannt (ZSR 1949 S. 314). Wer sie verkennt oder gering schätzt, vielleicht weil er nur die Schattenseite gelegentlichen Überwuchern unsorgfältiger oder sogar unnötiger Gesetzgebung sieht, dem fehlt nicht nur das Verständnis für die Vorzüge der Struktur unserer heutigen Rechtsordnung, er übersieht zudem eine *Grundfunktion des Rechts* überhaupt (Meth. 13 und 54 ff, Grundlagen 18 ff, 20, 220/221, 227). Im englischen Recht hat das Bedürfnis nach Rechtssicherheit in ähnlicher Weise zur Verbindlichkeit der Präjudizien geführt, wie für unser und anderes kontinentaluropäisches Recht zur Gesetzeskodifikation (ZSR 1949 S. 319/320).

Erscheint technisch das Gesetz besonders geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen, so kann es doch unter Umständen umgekehrt diese sogar gefährden. Darauf hat seinerseits der *Gesetzgeber* zu achten. Er darf vor allem nicht selber gegen die *Verfassung* verstossen und soll auch auf *andere Grundsätze des geltenden Rechts* Rücksicht nehmen, mögen sie formell ebenfalls nur auf Gesetzesrecht beruhen, sonst ergeben sich Unklarheiten oder gar Widersprüche. Darüber hinaus muss er sich bewusst sein, dass die Normen

um so leichter sich durchsetzen, je mehr an eine gesunde *Tradition* angeknüpft werden kann und je mehr der Inhalt von den Gliedern der Rechtsgemeinschaft *gebilligt* wird; Billigung und Tradition gehören zu den Wurzeln der *Rechtsgeltung* (Grundlagen 23), und damit wird die Rechtssicherheit erhöht. *Technisch* müssen die Normen nicht nur klar formuliert und übersichtlich geordnet werden, ein besonderes Anliegen der Gesetzesredaktion ist die «*Praktikabilität* der Rechtsbegriffe», das heisst sie müssen möglichst eindeutig und leicht feststellbar sein: darum wird zum Beispiel die Handlungsfähigkeit nicht einfach durch entsprechende Reife der geistigen und körperlichen Entwicklung bestimmt, sondern ein zahlenmässig festgesetztes Lebensalter normiert; ähnlich Ehefähigkeit, Deliktsfähigkeit usw. (Grundlagen 39 und 228, Meth. 55). Kasuistik ist in der Regel zu vermeiden; doch sollen *Eingriffe in die persönliche Freiheit* und *öffentlichrechtliche Lasten* möglichst *bestimmt* umschrieben werden.

Beim *Richter* ergibt sich aus dem Bewusstsein, wie bedeutsam die Rechtssicherheit für unser soziales Leben ist, für geordneten und friedlichen Verkehr unter den Menschen, das Postulat der *Treue gegenüber dem geltenden Recht*. Es ist beim wertkritisch eingestellten Richter *nicht subalternen Gehorsam gegenüber dem Imperativ des Gesetzes* wie beim Positivisten, für den es einfach heisst: Befehl ist Befehl, Gesetz ist Gesetz, mag dieses noch so willkürlich, ungerecht oder unsinnig sein. *In höchster Instanz weiss er sich der Rechtsidee verpflichtet*; es gibt deshalb für ihn *Grenzen seiner Treue gegenüber dem Gesetz*. Doch *in der Regel wird auch er sich dem formell gültig erlassenen Gesetz ohne weiteres unterordnen*. Er tut es im Bewusstsein sozialer Verantwortung, aus der Erkenntnis der schweren Folgen einer Erschütterung der Rechtssicherheit. Seine Treue bezieht sich deshalb von vornherein auf das Gesetz *nur weil und soweit es geltendes Recht ist*, soweit es also nicht bereits aufgehört hat, geltendes Recht zu sein (Grundlagen 22 mit Beispielen). Seine Treue bedeutet ferner nicht Kadavergehorsam gegenüber dem *Wortlaut* des Gesetzes, sondern *verständnisvolle, loyale Mitarbeit durch Auslegung nach der ratio legis* (Meth. 14 ff und 114 ff, Grundlagen 28 ff). Nur da wo der Gesetzgeber selber aus Gründen der Praktikabilität und damit ebenfalls der Rechtssicherheit feste Grenzen geschaffen hat, zum Beispiel Altersgrenzen und Fristen oder bestimmte Formerfordernisse, hat auch der Richter sich strikte daran zu halten; das entspricht hier wiederum der *ratio legis* (Meth. 119). Der Richter soll auch nicht am einzelnen Rechtssatz kleben, sondern die *ganze geltende Rechtsordnung* im Auge haben und sie zu verstehen

suchen als ein *einheitliches Wert- und Normensystem* (Beispiele hierfür in Meth. 79 ff, 84 ff, 97 ff, 137, 146, 155). Es ist deshalb nötig, sich in die *grossen Zusammenhänge* und *ideologischen Grundlagen des geltenden Rechts* zu vertiefen und schon beim jungen Juristen Verständnis dafür zu wecken (Grundlagen 79/80, 82 ff, 91 ff, 116 ff, 137/138). Durch loyale Mitarbeit vermag der Richter selbst da dem geltenden Recht die Treue zu halten, wo der Positivist versagt, weil ihn der Wortlaut des Gesetzes im Stiche lässt. Aber er versucht umgekehrt auch nicht aus dem Gesetz mehr herauszupressen, als sinngemäss daraus entnommen werden kann; Wortklauberei und formallogische Rezepte, die nicht einer sinngemässen Auslegung nach der *ratio legis* und dem Wertsystem des geltenden Rechts entsprechen, lehnt er ab (Meth. 105, 110). Er ist sich bewusst, dass unsere Gesetze sogar auf Rechtsgebieten mit moderner Kodifikation *Lücken* aufweisen, entgegen der Vorstellung von der logischen Geschlossenheit des positiven Rechts, und dass diese Lücken *durch selbständig wertende Rechtsfindung des Richters auszufüllen* sind, soweit ihm dies nicht mit Rücksicht auf die persönliche Freiheit verwehrt ist, wie namentlich im öffentlichen Recht, durch den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, den Grundsatz *nullum crimen sine lege* u. a. (Meth. 105 ff, Grundlagen 33 ff und ZSR 1949 S. 304 ff mit Beispielen aus der Praxis unseres Bundesgerichts). Doch bleibt er dem geltenden Rechte *treu, soweit aus ihm ein sicherer Anhaltspunkt zu sinngemässer Auslegung entnommen werden kann*; er betrachtet im Gegensatz zur «Freirechtsschule» das positive Recht *nicht bloss* als unbequeme *Schranke*, an die man sich höchstens hält, wo sie schon durch den Wortlaut offenkundig ist, sondern als *Wegweiser* seiner sinngemässen Auslegung nach dem zugrunde liegenden Wertsystem (Meth. 111 ff). Massgeblich sind dabei die Wertungen, die der *Geltung* des Gesetzes *unter den heutigen Verhältnissen und Bedürfnissen* zugrunde liegen, der *Geltungsgrund* einer Norm, nicht ihr Entstehungsgrund, nicht der Wille des historischen Gesetzgebers; die Vorarbeiten sind infolgedessen nur Hilfsmittel zur Erkenntnis der im Gesetz selbst verankerten *ratio legis* (Meth. 16/17 und 115/116, Grundlagen 30).

Der Richter, der sich seiner Verantwortung für die Rechtssicherheit bewusst ist, wird auch bei der *ergänzenden Rechtsfindung* praeter und intra legem sie nicht aus den Augen verlieren. Zwar öffnet sich ihm hier das Feld für seine freie Rechtsfindung nach wertkritischem Gesichtspunkt (oben 1. und 2.). Aber er hält sich dabei *loyal im Rahmen des geltenden Rechts*, selbst wo dieses nur mittelbar auf die von ihm zu lösende Frage sich aus-

wirkt. Mehrfach hat man in der Doktrin versucht, das Feld freier Rechtsfindung *auszuweiten*, indem man verlangte, *schon bei der Frage der Existenz einer Lücke* solle der Richter sich von *rechtspolitischen Erwägungen* leiten lassen, und das Bundesgericht ist früher gelegentlich diesem gefährlichen Rat gefolgt, hat jedoch in seiner neuesten Praxis ausdrücklich erklärt, das Vorliegen einer Lücke sei nur anzunehmen, wenn dem Gesetz eine Norm nicht entnommen werden könne (BGE 74 II 109, 76 II 62, auch 74 IV 195/196). In der Tat soll der Richter, von nachher (unten 4.) noch zu besprechenden Fällen abgesehen, *nur dann und insoweit nach freier Rechtsfindung urteilen, als dem positiven Recht auch bei sinngemässer Auslegung kein sicherer Anhaltspunkt entnommen werden kann*; sonst erweitert er das Feld ergänzender freier Rechtsfindung auf Kosten der Treue gegenüber dem positiven Recht, setzt anstelle der Wertungen, die diesem immanent sind, sein eigenes Werturteil, was auf eine Rechtsfindung *contra legem* hinausläuft (Meth. 112, ZSR 1949 S. 428). – Dasselbe wie für die Rechtsfindung bei Lücken *praeter legem* gilt für die *Rechtsfindung intra legem*. Sehr häufig wird hier alles als «Auslegung» bezeichnet, auch insoweit als im positiven Recht nicht genügend Anhaltspunkte zu finden sind; darunter leidet die Klarheit der Methode: während bei der Auslegung die massgeblichen Wertungen aus dem positiven Recht sich ableiten lassen, muss der Richter hier die Wertung selbst vornehmen, wie bei Lückenausfüllung *praeter legem*, und nach der Methode des Gesetzgebers die Norm aufstellen, die seinem Urteil als Grundlage dienen kann; wird er sich dessen nicht bewusst, so verfällt er leicht wieder formalen Methoden und wird dann die Verantwortlichkeit auf das positive Recht abgeschoben. Oft wird davon ausgegangen, im Zweifel dürfe vom Gesetz eine gerechte Regelung vorausgesetzt werden; aber auch eine solche scheinbare Auslegung nach einer bloss präsumtiven *ratio legis* ist nichts anderes als selbständig wertende Rechtsfindung, die man besser nicht als «Auslegung» des Gesetzes bezeichnet, damit der Unterschied der Methoden nicht verwischt wird (Meth. 111 ff, vgl. auch Grundlagen 215 zur «wertbezogenen» Interpretation und ergänzenden selbständig wertenden Rechtsfindung). Umgekehrt ist oft gesagt worden, Auslegung sei gar nichts anderes als «*Lückenausfüllung*»: daraus erwächst aber die Gefahr, dass man bei Zweifeln über eine Norm des positiven Rechts überhaupt nicht mehr versucht, sie nach ihrem Sinn auszulegen, nach der *ratio legis*, sondern ihr einfach das eigene Werturteil substituiert (Meth. 9), und damit tritt wiederum anstelle der Auslegung die freie

Rechtsfindung *contra legem*. Gewiss sind selbst da, wo das Gesetz eine für den vorliegenden Fall anwendbare Norm enthält, in sehr zahlreichen Fällen aus ihr und dem übrigen positiven Recht nicht völlig ausreichende Anhaltspunkte zu entnehmen, so dass es noch ergänzenden freier Rechtsfindung bedarf; zum Beispiel in bezug auf ein einzelnes Merkmal, doch das darf nicht dazu führen, dass man vom Vorhergehenden auch über die dem Gesetz immanenten Wertung in Frage gesetzt und die ganze Rechtsfindung nur noch als Lückenausfüllung im Sinne eines Gesetzgebers betrachtet (Beispiel war Auslegung mit bloss ergänzender selbständig wertend der Rechtsfindung in Meth. 136 ff., 138 ff., 146 ff., auch Concurrence déloyale 264 ff., 276 ff., 280 ff., 318 ff.) ab so richtig ist man gewiss wenn man aus dem Text des Gesetzes nicht die richtige Lösung ableitet, sondern sich auf die bereits mehrfach überführte Frage der Zulässigkeit eines nichterhöhten Urteils *contra legem* näher einzugehen. Ich habe mich damit früher schon auseinandergesetzt (s. Gesetze für Rücksicht auf die Rechtsicherheit, die das Gesetz gewährleistet, kann es unter Umständen abgezeigt erscheinen, davon abzuweichen, wenn in ständiger Rechtsprechung eine Interpretation sich so eingestellt hat, dass eine Änderung das Vertrauen erschüttern müsste, so mag es richtiger sein, darauf bestzuhalten, selbst wenn sich herausstellen sollte, dass sie nicht dem Sinne der Bestimmung entspricht; vgl. dazu BGE 49 I 293 ff. und 56 II 440 ff.; auch Bordini von Sadeb ZBJW 1893 S. 354 ff. und Ausnahme mag. str. noch Frage kommen, wenn das Gesetz als so ungerichtet oder sachlich unhaltbar erscheint, dass durch Festhalten daran das Ansehen der Rechtsordnung überhaupt gefährdet würde. Es mag also wohl ganz seltene Fälle geben, wo der Richter aus der Gerechtigkeit oder der Rechtsicherheit erfüllt vom Gesetz abweichen muss; er hat dann nicht einfach das Gesetz anzuwenden, sondern steht selbstverantwortlich im höhern Dienst des Rechts. Der Positivismus kann selbstverständlich eine Rechtsfindung *contra legem* überhaupt nicht in Betracht ziehen, soweit sie nicht allenfalls auf Konkurrenz positiver Rechtsquellen beruht. Die Frage erhebt sich überhaupt nur für den, der grundsätzlich von einer normativen Auffassung ausgeht und von einem höhern, überpositivistischen Gesichtspunkt auch das positive Recht prinzipiell der kritischen Prüfung unterzieht. (ZStR 1941 S. 145/146, Meth. 113/114 N 12; hier gekürzt wiedergegeben). Abgesehen von Fällen, in denen das Gesetz überhaupt nicht oder nicht mehr geltendes Recht ist; z. B. infolge defogierender Gewohnheitsrechts (Meth. 112),

oder wo die Rechtssicherheit ein Abweichen verlangt, z. B. im oben erwähnten Fall des Festhaltens an Präjudizien (vgl. auch ZSR 1949 S. 439) handelt es sich um das grundsätzliche Verhältnis zur Gerechtigkeit oder zu «naturrechtlichen» Prinzipien der Rechtsfindung (dazu ferner ZSR 1949 S. 313 Nögg mit Hinweis auf GÉNY, GILSAN, KÄGI, PERRIER, RADBRUCH, SCHINDLER, SCHÖNENBERGER u. a.). Man kann die Rechtssicherheit als das *konservative*, die Gerechtigkeit dagegen als das *reformatorische* Postulat der Rechtsgestaltung bezeichnen (Grundlagen 229). «Im gut ausgebauten Rechtsstaat lässt sich das Postulat der Gerechtigkeit in der Regel verwirklichen, ohne die Rechtssicherheit zu gefährden. Doch wo die nötigen Ventile fehlen, oder wo die Macht in den Maschen des positiven Rechts ihre Faust erhebt, um im politischen oder wirtschaftlichen oder sozialen Kampf offensichtlich Ungerechtigkeit durchzusetzen (oder den Gegner ohne Rücksicht auf die Gebote der Menschlichkeit zu liquidieren oder auf internationalem Boden freien Völkern einen fremden Willen aufzuzwingen), da kann es nötig werden, vorübergehend auch Rechtsunsicherheit in Kauf zu nehmen, da gibt es keinen Frieden um jeden Preis» (Grundlagen 229/230); *philosophie der rechtswissenschaften* (1950) S. 101.

Wie schon unten dargestellt, gibt es also Grenzen der Verbindlichkeit des Gesetzes, *sofern es offensichtlich mit der Rechtsidee oder mit den ethischen Prinzipien oder Grundwerten unvereinbar ist*. Obwohl derartiges unter normalen demokratischen Verhältnissen wie sie für das heutige schweizerische Recht bestehen, kaum oder nur in seltenen Ausnahmefällen überhaupt in Frage kommen wird, wissen wir doch nach den Erlebnissen in den autoritären Staaten, dass darin unter Umständen ein Problem von schicksalsschwerer Bedeutung liegt. Indessen ist wegen der damit verbundenen Gefahr für die Rechtssicherheit größte Vorsicht geboten, auch wegen des Zwiespaltes, in dem der Richter dabei gerät. Es ist deshalb in Deutschland, wo man besonders schwer unter dem willkürlichen nationalsozialistischen Erlassen gelitten hätte und eine scharfe Reaktion seitens der ehemals Verfolgten verständlich gewesen wäre, gerade von einem der Bewusstesten unter ihnen, RADBRUCH, eher weniger weit gegangen worden: «Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Sätzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzügmässig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erreicht, dass das Gesetz als un-

richtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat» (RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, wiedergegeben im Anhang zur 4. Aufl. der Rechtsphilosophie 353); er fügte hinzu, nicht jeder Richter sollte von sich aus positives Recht entwerfen dürfen, dies sollte vielmehr einem höhern Gericht oder der Gesetzgebung vorbehalten sein (355). Zweifellos ist es dem Gesetzgeber möglich, ein früheres Gesetz aufzuheben, und es ist eine seiner wichtigsten Aufgaben, dies gegenüber ungerechten oder nachträglich sich ungerecht auswirkenden Gesetzen zu tun, sogar wenn noch nicht jenes «unerträgliche Mass» erreicht worden ist, das allenfalls ein höheres Gericht ermächtigen soll, davon abzugehen. Aber das hilft von vornherein nichts, wenn die staatliche Macht nach wie vor in den Händen eines Gesetzgebers liegt, der sie missbraucht. Grössere Gewähr bietet die Verankerung der ethisch begründeten unantastbaren Grundwerte durch die Verfassung (vgl. ZSR 1949 S. 444).

Keineswegs darf aber der Richter selber als berechtigt angesehen werden, jede Norm des positiven Rechts, die nach seiner Ansicht ungerecht ist, als unverbindlich zu behandeln. Das mag extremen naturrechtlichen Ansichten entsprechen, würde jedoch das positive Recht als Hort der Rechtssicherheit, die für unser differenziertes soziales Leben unentbehrlich ist, völlig entwerten. Auch der wertkritisch eingestellte Richter wird deshalb in der Regel an die Normen des positiven Rechts sich halten, soweit daraus ihr Sinn eindeutig entnommen werden kann; er wird den immanenten Wertungen des geltenden Rechts nicht sein persönliches Werturteil entgegenstellen, wenn es «nicht offensichtlich den Prinzipien der Gerechtigkeit widerspricht» (Grundlagen 231). Es ist Sache des Gesetzgebers, einen Widerspruch zwischen geltendem Recht und Gerechtigkeit aufzuheben. Für den Richter bedeuten sogar jene Fälle, bei denen im Gesetz ein offensichtlicher Verstoß gegen unantastbare Grundwerte wie die Menschenrechte vorliegt und es infolgedessen ein unverbindliches staatliches Machtgebot darstellt, einen Gewissenskonflikt, den er nicht leicht nehmen wird. Hier wie dort bleibt ihm der Rücktritt als Ausweg (so bereits ANDREAS HEUSLER in seiner Ansprache zu Beginn der 1. Sitzung des neukonstituierten Basler Appellationsgerichts 1896). Die Grenze des «offensichtlichen» Widerspruchs zur Gerechtigkeit, die wohl Art. 2 Abs. 2 des ZGB ähnlich ist und jedes bloss persönliche Werturteil als unzureichend ausschliessen soll, bleibt in manchen Fällen unsicher. Und wer von vornherein die Grundgedanken der geltenden Ord-

nung nicht als gerecht anerkennen kann, der soll darin kein Richteramt übernehmen. Gegen staatliche Willkür bleibt jedem das «naturrechtliche Widerstandsrecht» (Grundlagen 221).

Das Problem der Zulässigkeit eines richterlichen Urteils contra legem bildet, wie hier nochmals mit Nachdruck hervorgehoben werden soll, durchaus nicht das einzige Kriterium für den grundsätzlichen Unterschied zwischen positivistischer und wertkritischer Rechtsfindung. Praktisch viel bedeutsamer ist unter normalen Verhältnissen der Unterschied in bezug auf die Fragen der Auslegung und der ergänzenden Rechtsfindung. Auf den Unterschied in bezug auf Fragen der Auslegung wurde bereits hingewiesen. Ergänzende selbständig wertende Rechtsfindung gibt es für den Positivismus überhaupt nicht. Er versucht mit formallogischen Rezepten auszukommen, etwa mit Analogie oder Umkehrschluss, die gerade zu den entgegengesetzten Ergebnissen führen und deshalb alles und nichts begründen, sofern sie nicht auf immanente Wertungen des positiven Rechts bezogen oder ergänzend auf eigene vernünftige Wertung des Richters gestützt werden können (Meth. 67); er erklärt vielleicht auch, es handle sich um einen «rechtsleeren Raum», und überlässt damit der Willkür und Anarchie das Feld, das heisst der Macht des Stärkern (Meth. 105). – Nicht selten wird ein Mittelweg einzuschlagen versucht, indem man wohl Lücken anerkennt, jedoch selbständige Wertung vermeidet: man beruft sich auf «subsidiäre Rechtsquellen». Dass die Präjudizien aus Gründen der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit für den Richter bedeutsam sind, ganz unabhängig davon, ob man sie als Rechtsquellen anerkennt oder nicht, ist von mir seinerzeit in einer besonderen Studie dargelegt worden (ZSR 1949 S. 297 ff und 423 ff); auch der wertkritisch eingestellte Richter wird diese für die soziale Funktion des Rechts höchst wichtigen Werte gebührend zu berücksichtigen haben. Aber wer grundsätzlich im Fall von Lücken des positiven Rechts jede selbständige Wertung vermeiden will und deshalb nach weiteren Rechtsquellen Umschau hält, die er einfach empirisch festzustellen und «anzuwenden» hätte, bleibt in der positivistischen Ebene: neben den Gesetzespositivismus oder an dessen Stelle tritt ein soziologischer Positivismus. Der wertkritisch eingestellte Richter braucht keine solchen Krücken, er erhebt sich im Bewusstsein selbständiger Verantwortung über den Positivismus. Das bedeutet keineswegs Kadijustiz oder Gefühlsjurisprudenz. Auch da wo das positive Recht ihm keine Normen an die Hand gibt oder nicht genügend Anhaltspunkte zu sinngemässer Auslegung, urteilt er jeweils nach «Regeln», wie sie der

wohlberätene Gesetzgeber aufstellt. Er wird die sozialen Tatsachen, die dabei bedeutsamen «Interessen» und Bedürfnisse berücksichtigen, um im Rahmen des positiven Rechts die *gerichte Norm* zu finden, und sich nicht ausschliesslich auf sein subjektives Werturteil verlassen, sondern auch andere zum Zeit in der Rechtsgemeinschaft verbreitete Werturteile zu Rate ziehen, schon wegen der erforderlichen Geltung, die sie sich erringen muss, doch stets selber sich *verantwortlich* fühlen für seinen Entscheid und die zugrunde gelegte Norm. Er hat nach bestem Wissen und Gewissen das «richtige Recht» zu finden. Dieses ist nicht ein für allemal gegeben. Es wird mitbestimmt durch die soziologischen Tatsachen und deren geschichtlich begründete Eigenart. Massgebend sind aber die Richtlinien, die sich aus der Gerechtigkeit ergeben (oder einem «Naturrecht»); es handelt sich hier um «Prinzipien, welche zwar nicht für sich allein ein zur Regelung unseres sozialen Lebens geeignetes und ausreichendes System des Rechtes bilden können, über welche sich dieses aber auch nicht hinwegsetzen darf» (Grundlagen 226).

Der Positivismus wird nicht dadurch überwunden, dass die wirklichen Vorzüge positiven Rechts übersehen oder missachtet werden. Es gilt vielmehr, sie dem überpositivistischen Wertsystem einzugliedern. Auch die Rechtsfindung *de lege lata*; nicht nur *de lege ferenda*; ist grundsätzlich *normativ* orientiert (Grundlagen 210 und 231; Meth. 22 und 113). Sie hat dem *richtigen* Recht zu dienen. Soweit positives Recht vorliegt, sind dessen Normen mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit, deren grosser sozialer Wert nicht verkannt werden darf, für den Richter in der Regel ohne weiteres massgebend, wenn sie, wie dies regelmässig der Fall ist, teilhaben an einem Rechtssystem, das der Gerechtigkeit dienen soll. Aber er steht ihnen «nicht als Sklave gegenüber, sie sind im Gegenteil für ihn ebenfalls Mittel und Massstab des *richtigen* Rechts; sind Ausdruck hierfür seitens der beauftragen Organe der Rechtsgemeinschaft; ihrem Werturteil würde er sein persönliches nicht entgegenstellen, sofern jenes nicht offensichtlich den Prinzipien der Gerechtigkeit widerspricht» (Grundlagen 231). Wo jedoch das positive Recht keine Normen enthält oder wo sie widersprüchlich sind oder soweit aus ihnen nicht ausreichend Anhaltspunkte zur sinngemässen Auslegung entnommen werden können; da hat der Richter im Rahmen des positiven Rechts selbständig «auf Grund freier ergänzender Rechtsfindung die Normen für sein Urteil in gleicher Weise nach der Gerechtigkeit zu bestimmen wie der Gesetzgeber» (I. c.)

O.A.GERMANN
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BASEL

PROBLEME
UND METHODEN
DER
RECHTSFINDUNG



VERLAG STÄMPFLI & CIEBERN 1965



VERLAG STÄMPFLI & CIE BERN 1965
GESAMTHERSTELLUNG DURCH STÄMPFLI & CIE BERN
ALLE RECHTE VORBEHALTEN, INSBESONDERE DAS RECHT
DER GANZEN ODER TEILWEISEN VERVIELFÄLTIGUNG AUF DEM WEGE
DER FOTOKOPIE, DER MIKROKOPIE ODER
EINES ÄHNLICHEN VERFAHRENS
PRINTED IN SWITZERLAND