

# Wie grau ist die Theorie?

## Gedanken zum Verhältnis von Doktrin und Praxis in der Jurisprudenz



Prof. Dr. iur. Ernst Höhn,  
St. Gallen

### Inhaltsübersicht

1. Einleitung
  - 1.1. Zum Thema
  - 1.2. Zu den Begriffen
2. Wie verhalten sich Doktrin und Praxis in Wirklichkeit zueinander?
  - 2.1. Einleitung
  - 2.2. Dialog
    - 2.2.1. Rechtsanwendung in inhaltlicher Hinsicht
      - 2.2.1.1 Bedeutung der Rechtsanwendungspraxis für die Doktrin
      - 2.2.1.2. Bedeutung der Doktrin für die Rechtsanwendungspraxis
    - 2.2.2. Rechtsetzung
      - 2.2.2.1. Inhaltliche Probleme
      - 2.2.2.2. Rechtsetzungsmethode
  - 2.3. Monolog
  - 2.4. Ignorierung
  - 2.5. Ergebnis
3. Wie sollen sich Doktrin und Praxis zueinander verhalten?
  - 3.1. Einleitung
  - 3.2. Ist die Praxis auf die Doktrin angewiesen?
    - 3.2.1. Hat die juristische Doktrin für die Praxis einen Wert?
    - 3.2.2. Welche Doktrin braucht die Praxis?
  - 3.3. Soll die Doktrin den Bedürfnissen der Praxis Rechnung tragen?
  - 3.4. Das Verhältnis von Doktrin und Praxis in der Jurisprudenz
4. Folgerungen für die akademische Lehre und Forschung
  - 4.1. Grundsätze
  - 4.2. Praktische Berufserfahrung der Dozenten und Forscher
  - 4.3. Problemorientierter Studienaufbau
  - 4.4. Lehrstühle für integrierte Problemlösungen
5. Schlusswort

## 1. Einleitung

### 1.1. Zum Thema

"Grau, teurer Freund, ist alle Theorie und grün des Lebens gold'ner Baum". Spätestens seit GOETHE den Mephisto dies dozieren liess<sup>1</sup>, ist es üblich, die Theorie als "grau" zu

bezeichnen. GOTTFRIED KELLER hat seiner Abneigung sogar durch die Steigerung "ewig graue, graue Eselstheorie" Ausdruck verliehen<sup>2</sup>. Für sich geplagt fühlende Gymnasiasten ist der genannte Satz aus GOETHE's "Faust" jeweils ein befreiender Aufschrei gegen alle Schulweisheit, welche bekanntlich ohnehin nicht alles erträumt, was zwischen Himmel und Erde geschieht<sup>3</sup>. Da weist nun endlich einmal ein ganz grosser Mann auf die Begrenztheit und die Nutzlosigkeit des ganzen Schulwissens für das Leben hin. Dass es der Lästlerer Mephisto ist, der diese Sentenz von sich gibt, störte uns damals überhaupt nicht. Im Gegenteil: Diese "Spotgeburt von Dreck und Feuer", wie ihn Faust einmal nennt<sup>4</sup>, entsprach unserem aufbegehrenden Geist ohnehin mehr als der verstaubte alte Stubengelehrte.

Aber auch Praktiker berufen sich gerne auf GOETHE, wenn sie nicht trivialere Vergleiche verwenden, wie: "Theorie ist, wenn man alles weiss und nichts klappt; Praxis ist, wenn alles klappt und man weiss nicht warum"<sup>5</sup>. Dabei sind allein schon beim semantischen Gehalt des GOETHE-Satzes Zweifel anzubringen. Ist der Baum des Lebens nun "golden" oder ist er "grün"? Wie kann er beides sein? Der "grüngoldene" Weihnachtsbaum im Dezember-Gedicht von ERICH KÄSTNER<sup>6</sup> kann wohl vom Teufel kaum gemeint sein. Im übrigen werden wir den Inhalt des Satzes ohnehin später noch untersuchen müssen.

Ist die Theorie wirklich grau? Wenn ja, wie grau ist sie? Dieser Frage soll in dieser akademischen Abschiedsvorlesung für den Bereich Jurisprudenz nachgegangen werden.

Erweiterte und überarbeitete Fassung der öffentlichen Abschiedsvorlesung als Ordinarius für Öffentliches Recht an der Hochschule St.Gallen vom 25. Januar 1994. Der Vortragstil wurde im Interesse der Unmittelbarkeit auch für die Publikation weitgehend beibehalten. Der Verfasser dankt seinem Assistenten, Herrn ANDRÉ S. WIRZ, für dessen wertvolle Mitarbeit beim Aufsuchen und Verarbeiten des Materials und für Anregungen zum Text.

- 1 GOETHE, Faust I., Vers 2038 f.
- 2 "Rot", aus: "Neuere Gedichte", 2. A., 1854, in ADOLF MUSCHG, Gottfried Keller, Zürich 1979 (München 1977), 318 ("Schrie der junge grüne Weinstock:/Ich will geben roten Wein?/Nein der ewig goldengrüne/Baum des Lebens tut das nie./Das tut nur die ewig graue./graue Eselstheorie!").
- 3 SHAKESPEARE, "Hamlet", 1. Aufzug 5. Szene ("There are more things in heaven and earth, Horatio, than are dreamt of in your philosophy").
- 4 GOETHE, Faust I., Vers 3536.
- 5 Nebenspalter Nr. 5, 1991, 38 (aus den von Stadtrat RUEDI AESCHBACHER, Zürich, gesammelten "Bonmots").
- 6 ERICH KÄSTNER, Gesammelte Schriften für Erwachsene, Zürich 1969, Band I, 358 f.

## 1.2. Zu den Begriffen

Gegenstand dieses akademischen Schwanengesangs ist das Verhältnis zwischen *Doktrin* und *Praxis* im Bereich der *Jurisprudenz*. Das macht eine Umschreibung dieser drei Begriffe notwendig.

Der Begriff "*Jurisprudenz*" wurde mit Vorbedacht gewählt. Er ist zunächst zu verstehen als Inbegriff *aller Beschäftigungen mit dem Recht*, sowohl der praktischen als auch der theoretischen. Sodann drückt er aus, dass diese Beschäftigungen mit dem Recht sich an der *praktischen Vernunft* orientieren müssen und dass insbesondere auch die dogmatische Befassung mit dem Recht eine praktische Verhaltenslehre und keine exakte Wissenschaft ist<sup>7</sup>.

Unter der *Doktrin* werden im Rahmen dieses Themas die *wissenschaftlichen* Bearbeitungen und Stellungnahmen zu Problemen des Rechts verstanden, soweit sie zur *akademischen Lehre* zählen. Das sind einerseits die akademischen *Lehrveranstaltungen*, einschliesslich Übungen und Seminare, andererseits die wissenschaftlichen *Veröffentlichungen* der akademischen Lehrer. Im Zentrum der Untersuchung und Beurteilung stehen dabei die entsprechenden Äusserungen von *hauptamtlich* wissenschaftlich tätigen Dozenten, weil sich hier das Problem des Verhältnisses zur *Praxis* besonders akzentuiert stellt. Das ist keine Abwertung der im Nebenamt wissenschaftlich tätigen Praktiker. Im Gegenteil: Bei ihnen ist die Berücksichtigung des praktischen juristischen Lebens in ihren wissenschaftlichen Gedankengängen in der Regel eine Selbstverständlichkeit.

Zur "*Praxis*" wird *jede* Beschäftigung mit dem Recht im *realen Leben* gezählt. Es geht um aktive Betätigung in den drei juristischen Disziplinen Rechtsanwendung, Rechtsetzung, Rechtsgestaltung, welche *tatsächliche Rechtsfolgen* hat, also um:

- *Rechtsanwendung* auf gegebene Sachverhalte durch Gerichte, Verwaltungen und Parteivertreter bzw. Parteien;
- Teilnahme an der *Rechtsetzung* in einem der drei Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde) auf der Stufe Verwaltung, Regierung, Parlament oder Interessenvertreter;
- *Rechtsgestaltung*, d. h. Planung und Gestaltung von Rechtsgeschäften durch beratende Juristen.

Keine "*Praxis*" in diesem Sinne ist die Behandlung und Lösung von Seminarfällen, selbst wenn diese der *Praxis* entnommen sind; denn hier bleiben reale Rechtsfolgen aus.

Lassen Sie mich den Unterschied zwischen *Doktrin* und *Praxis* noch mit folgendem *Beispiel* veranschaulichen:

Wenn *Prof. X.* in einer *wissenschaftlichen Publikation* die Auffassung vertritt, ein bestimmter Tatbestand der Veräusserung von Aktien im Privatvermögen löse keine Einkommensteuerpflicht aus, so ist das *Doktrin*.

Wenn der *Alleinaktionär Y.*, gestützt auf diese Publikation, eine *Aktienveräusserung* genau in der beschriebenen Weise *vornimmt* und letztlich gemäss Entscheid des Bundesgerichts entgegen der Meinung von *Prof. X.* eine Million Einkommensteuern entrichten muss, dann ist das *Praxis*.

## 2. Wie verhalten sich Doktrin und Praxis in Wirklichkeit zueinander?

### 2.1. Einleitung

Zunächst soll der Frage nachgegangen werden, wie sich *Doktrin* und *Praxis im realen Leben* zueinander verhalten. Nimmt die eine die andere überhaupt zur *Kenntnis*? Lässt sie sich von ihr gar *beeinflussen*? Es wird sich zeigen, dass zwischen der Bedeutung, welche die *Doktrin* der *Praxis* beimisst, und jener, welche die *Praxis* der *Doktrin* zuerkennt, gewisse *Zusammenhänge* bestehen.

Das gegenseitige Verhältnis von *Doktrin* und *Praxis* ist nicht in der ganzen *Jurisprudenz* dasselbe. Vielmehr müssen wir die verschiedenen *Disziplinen* – *Rechtsanwendung*, *Rechtsetzung* und *Rechtsgestaltung* (d. h. die Planung und Gestaltung von Rechtsgeschäften) – *getrennt* betrachten. Ferner müssen wir bei jeder dieser *Disziplinen* zwischen den *inhaltlichen* Fragen und den *methodischen* Problemen der Vorgehensweise unterscheiden, so dass insgesamt sechs Bereiche zu untersuchen sind:

	inhaltliche Probleme	methodische Probleme
Rechtsanwendung	Wer hat recht? Was ist rechtmässig?	Wie ermittelt man die Entscheidung?
Rechtsetzung	Was soll Gesetzesinhalt sein?	Wie setzt man den gewählten Inhalt in einen Gesetzestext um?
Rechtsgestaltung	Was soll Inhalt von Rechtsgeschäften sein?	Wie gelangt man zum Abschluss von Rechtsgeschäften?

Wir können in diesen sechs Bereichen *drei verschiedene Arten* von Beziehungen von *Doktrin* und *Praxis* unterscheiden, die wir nachfolgend der Reihe nach näher betrachten werden: Dialog, Monolog, Ignorierung.

### 2.2. Dialog

Von einem *Dialog* zwischen *Doktrin* und *Praxis* kann in drei Beziehungsfeldern gesprochen werden. *Doktrin* und *Praxis* *berücksichtigen* sich traditionellerweise *gegenseitig* bei den *inhaltlichen* Problemen von *Rechtsanwendung* und *Rechtsetzung*.

Neuerdings bahnt sich auch im Bereich der *Rechtsetzungsmethode* ein *Dialog* an.

#### 2.2.1. Rechtsanwendung in inhaltlicher Hinsicht

Bei der *Rechtsanwendung* geht es in *inhaltlicher* Hinsicht um die Frage, ob ein bestimmter *Sachverhalt*, z. B. eine Handlung, unter eine bestimmte *Norm* fällt, d. h. die *Rechtsfolgen* auslöst, welche eine *Norm* anordnet. Dazu

7 MARTIN KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen 1979, 17.

ein *Beispiel*<sup>8</sup>: Nach der (an einem Ort) massgebenden Rechtsvorschrift gehört sämtlicher "Abfall" im Gemeindegebiet der Gemeinde. Ein Lumpensammler findet in einem Abfalleimer gültige Banknoten in Landeswährung. Sind nun die Banknoten "Abfall", weil sie in einem Abfalleimer lagen; oder dürfen sie als gültige Zahlungsmittel nicht dem Abfall zugerechnet werden?

### 2.21.1. Bedeutung der Rechtsanwendungspraxis für die Doktrin

Die Doktrin nimmt den Inhalt der *publizierten Praxis* von Rechtsanwendungsbehörden, also namentlich die Gerichtspraxis, seit jeher in ausgedehntem Masse zur Kenntnis. Sie stellt nicht nur diese Praxis – was eine ihrer vordringlichen Aufgaben ist – in ihren Zusammenhängen dar und verwendet sie als Hauptquelle für ihre Stellungnahme zum Inhalt von Rechtsnormen. Sie ist auch durch diese Praxis vielfach *beeinflusst* worden. Als Beispiel sei die Auslegung des Realisierungsbegriffs im Steuerrecht genannt, wo die Praxis bei den steuerneutralen Reorganisationstatbeständen recht eigentlich die Rolle einer Vorreiterin gespielt hat<sup>9</sup>.

Als nachteilig für eine praxisbezogene Doktrin erweist sich im Verwaltungsrecht die Tatsache, dass die Praxis der Verwaltungsbehörden sehr häufig *nicht publiziert* wird. Damit wird ein ausgedehnter Bereich der Anwendung von Verwaltungsrecht der Wissenschaft vorenthalten.

### 2.21.2. Bedeutung der Doktrin für die Rechtsanwendungspraxis

Welche Bedeutung hat die Doktrin ihrerseits für die Rechtsanwendung durch Gerichte und Verwaltungsbehörden? Verhält es sich so wie in folgender *Anekdote*?:

"Ein Rechts-Gelehrter oder Jurist verlor vor Gericht ein Sach, die er als ein Rechts-Gelehrter selber führte. Sein Schwester war böss über ihn und sprach: 'Bist du ein Rechts-Gelehrter und verlierst das Recht'. Deren er antwortete: 'Du Närrin, wie du es verstehst. Sie haben in der Statt nit das Recht, das ich gelernet habe, sonst hätte ichs unfehlbar gewonnen'<sup>10</sup>.

Es scheint sich hier um eine Abwandlung der berühmten Anekdote über den Astronomen THALES zu handeln, welcher beim Gucken nach den Sternen in eine Grube fällt und ob seiner Wirklichkeitsferne ausgelacht wird<sup>11</sup>.

Die in Gerichten und Verwaltungsbehörden tätigen juristischen Praktiker nehmen die Auffassungen der Doktrin darüber, welche Sachverhalte unter welche Rechtsnormen fallen, in der Regel durchaus *zur Kenntnis*.

Das bedeutet jedoch *nicht*, dass sie der Doktrin, selbst wenn sie "bewährt" bzw. herrschend ist, auch regelmässig *folgen*<sup>12</sup>. Vielmehr lassen sich die verschiedensten Reaktionen auf eine herrschende oder als solche erachtete Lehrmeinung feststellen.

Für zwei Gebiete des Rechts liegen eingehende Untersuchungen vor; ihre Ergebnisse können durch persönliche Eindrücke ergänzt werden. Dabei können quantitative und qualitative Betrachtungen unterschieden werden.

*Quantitative* Analysen im Bereich des OR<sup>13</sup> und der Verbrechenlehre<sup>14</sup> haben eine geringe Zahl von Ablehnungen von Lehrmeinungen durch das Bundesgericht festgestellt, nämlich weniger als 10 %. Dieses Resultat erstaunt auf den ersten Blick, wenn man es im Lichte seiner eigenen Eindrücke betrachtet. Es wird aber durchaus verständlich, wenn man bedenkt, dass die Doktrin sich in ausgedehnter Masse auf die Judikatur, insbesondere jene des Bundesgerichts, stützt und damit Konflikte in vielen Fällen gar nicht entstehen können.

Im übrigen ist es auch gar nicht weiter tragisch, wenn die Praxis der Doktrin nicht immer folgt. Entscheidend ist vielmehr, wie sie sich dabei mit der Doktrin auseinandersetzt. Wichtiger als quantitative Analysen ist es daher, das Problem *qualitativ*, d. h. inhaltlich, zu betrachten, also insbesondere zu berücksichtigen, in welcher *Situation* die Gerichte zur Doktrin Stellung nehmen, ob es sich um zentrale oder um weniger wichtige *Fragestellungen* handelt, wie die Gerichte Ablehnungen von Lehrmeinungen begründen. Dem Vorteil, dass die Probleme, in denen Ablehnung oder Rezeption der Doktrin erfolgt, *gewichtet* werden, steht freilich der Nachteil gegenüber, dass *subjektive* Eindrücke und Beurteilungen unvermeidlich sind.

Die Doktrin wird vom Bundesgericht besonders gerne nicht nur herangezogen, sondern auch befolgt, wenn es sich *neuen* oder wenig geläufigen *Fragestellungen* gegenüberseht. Als Beispiele seien etwa die breite Darstellung der Drittwirkungslehre im Streikurteil<sup>15</sup> und die ausgedehnte Wiedergabe der Lehrmeinungen zum Verhältnis des Vorbehalts kantonales Rechts über das Stimmrecht in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten (BV 74 Abs. 4) zur Geschlechtergleichheit (BV 4 Abs. 2) im Innerrhoder Frauenstimmrechtsfall<sup>16</sup> erwähnt. Autoren, wel-

8 Aus: MARK VAN HOECKE, Norm, Kontext und Entscheidung, Leuven/Amersfoort 1988, 103 ff.

9 MARKUS REICH, Realisation stiller Reserven und Unternehmensumstrukturierungen, ST 67, 581.

10 Aus: WERNER WUNDERLICH (Hrsg.), Deutsche Schwankliteratur, Band II, Frankfurt/M. 1992, 50.

11 Vgl. dazu: HANS BLUMENBERG, Das Lachen der Thrakerin, Eine Urgeschichte der Theorie, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 652, Frankfurt/M. 1987, 13 f. (Dass man den Hinweis auf ein solches philosophisches Werk dem Chefredaktor der "Allgemeinen Schweizerischen Militärzeitschrift, Div. a. D. HANS BACHOFNER, verdankt [ASMZ Nr. 10/1992], verdient besondere Erwähnung.)

12 Vgl. dazu PETER ALBRECHT, Die Skepsis der Strafgerichte gegenüber der Rechtswissenschaft, ZStR 102 (1985), 385 ff. und HANS JOACHIM HIRSCH, Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht, in FS für HERBERT TRÖNDLE zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1989, 21 ff.

13 FRITZ DOLDER, Rezeption und Ablehnung wissenschaftlicher Lehrmeinungen in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zum Obligationenrecht, 1881–1980, Diss. Basel 1986, 176.

14 MARC FORSTER, Die Bedeutung der Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis, Diss. St.Gallen 1992, 264.

15 BGE 111 II 245.

16 BGE 116 Ia 359.

che sich frühzeitig über ein neues Gesetz äussern, können sich regelmässig einer ausgedehnten Aufmerksamkeit der Gerichte für ihr Werk erfreuen, selbst wenn dieses ausser Gesetzestext, Botschaftsinhalt und Gang der parlamentarischen Beratung kaum etwas Eigenständiges zur Erhellung der Probleme beiträgt.

Entscheidendes Gewicht kommt der Frage zu, wie die Gerichte sich gegenüber expliziter *Kritik* der Doktrin an ihrer Rechtsprechung verhalten<sup>17</sup>. Dabei kommt es weniger darauf an, in wievielen Prozentsätzen der Fälle sie die Kritik beherzigen und in wievielen sie diese ablehnen, sondern ob und wie sie auf die Kritik eingehen. Entscheidend ist nicht nur, was zitiert wird, sondern auch, welche kritischen Argumente *übergangen* werden, sei es bewusst, sei es aus mangelnder Sorgfalt<sup>18</sup>.

Als zustimmend dürfen stets nur jene Literaturstellen gewertet werden, welche die Gerichtspraxis ausdrücklich als richtig bezeichnen. Da Lehrbücher u. a. auch die Aufgabe haben, über die Praxis der Gerichte zu referieren, darf die kommentarlose Wiedergabe der Inhalte von Entscheidungen nicht ohne weiteres als Zustimmung zu diesen aufgefasst werden.

Jeder Wissenschaftler kann aus seinem Fachgebiet Auslegungsfragen nennen, bei denen das Bundesgericht die herrschende Lehre beharrlich ablehnt. Aus dem eigenen Gebiet seien die Urteile über die Besteuerung von Gratisaktien<sup>19</sup> und indirekten Teilliquidationen<sup>20</sup> in Erinnerung gerufen. In krassem Gegensatz dazu hat das Bundesgericht den erfreulich unfiskalischen, aber sachlich richtigen Entscheid über den Ertragsbegriff im Verrechnungssteuerrecht<sup>21</sup> sofort umgestossen, nachdem es vom Chef der unterlegenen Steuerbehörde in einer wissenschaftlichen Zeitschrift zurechtgewiesen worden war<sup>22</sup>.

Die zitierte Anekdote entspricht also mindestens zum Teil immer noch der Wirklichkeit.

## 2.22. Rechtsetzung

### 2.22.1. Inhaltliche Probleme

Ein *Dialog* zwischen Doktrin und Praxis findet im Bereich der *Rechtsetzung* in erster Linie hinsichtlich der *inhaltlichen* Probleme statt.

Die *Doktrin* nimmt die *inhaltlichen* Probleme zukünftiger und laufender Rechtsetzungsverfahren regelmässig *zur Kenntnis* und setzt sich mit diesen auseinander. Der Inhalt neuer Gesetze wird relativ rasch zum Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung gemacht. Dass dabei neue Gesetze, die bisher geltendes Recht ersetzen, die Doktrin zu entsprechenden Anpassungen veranlassen müssen, versteht sich von selbst. Die nach den Gesetzesrevisionen im Ehe-recht und im Aktienrecht erschienene und noch erscheinende wissenschaftliche Literatur muss zwangsläufig die neuen Begriffe verwenden und das neue Recht darstellen, ein Phänomen, das mit dem berühmten Satz umschrieben worden ist: "Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur"<sup>23</sup>.

Die Doktrin verhält sich jedoch gegenüber der Gesetzgebung nicht nur rezeptiv, sondern hat sich stets auch dar-

um bemüht, auf diese *Einfluss* zu nehmen, indem sie den Erlass oder die Änderung von Rechtsnormen vorschlägt. Wie gross der effektive Einfluss der juristischen Doktrin auf die *inhaltliche* Gestaltung der Gesetzgebung ist, lässt sich allerdings kaum feststellen. Ein unmittelbarer Einfluss dürfte naturgemäss eher selten sein, weil der Anstoss zur Rechtsetzung letztlich von den politischen Gremien ausgehen muss. Sobald aber auch andere als juristische Motive mitbestimmend sind, wird es schwierig, den effektiven Anteil der juristischen Doktrin im Rahmen der gesamten Gesetzgebungsimpulse zu erkennen. Namentlich die ersten Impulse gehen nicht selten von der juristischen Doktrin aus. In einer pauschalen Beurteilung darf man der Doktrin wohl einen gewissen, wenn auch nicht den bestimmenden Einfluss auf den Inhalt der Gesetze zusprechen<sup>24</sup>.

### 2.22.2. Rechtsetzungsmethode

Ein Gedankenaustausch zwischen Doktrin und Praxis bahnt sich erfreulicherweise seit einigen Jahren auch im Bereich der *Rechtsetzungsmethode* an. Noch bis in die jüngste Vergangenheit hinein hat sich die juristische *Doktrin* allerdings kaum mit den methodischen Problemen der *Gesetzesgestaltung* auseinandergesetzt. Vor zwanzig Jahren fehlte eine wissenschaftliche Lehre von der *Gesetzgebung vollständig*<sup>25</sup>, weshalb der Schweizerische Wissenschaftsrat die *Förderung der Theorie der Rechtsetzung* als das erste Anliegen der Forschungsförderung im Bereich der Rechtswissenschaft bezeichnete<sup>26</sup>. Die *Praxis* war daher darauf angewiesen, die Kriterien guter Gesetzgebung selbst zu entwickeln, ohne dass sie sich auf grundsätzliche Forschungen der Doktrin stützen konnte.

Seit einiger Zeit werden nun erfreulicherweise methodische Probleme der Rechtsetzung in regelmässigen gemeinsamen *Seminaren* von Praktikern und Wissenschaftlern erörtert<sup>27</sup>. Sodann veranstalten die meisten Hochschulen fakultative Vorlesungen zur *Rechtsetzungsmethodik*<sup>28</sup>.

17 FORSTER (FN 14), 203 ff.

18 Zur fehlenden *inhaltlichen* Auseinandersetzung mit Argumenten der Kritik vgl. FORSTER (FN 14), 254 ff.

19 ASA 28, 165; StR 41, 96.

20 StR 41, 93.

21 BGE 94 I 160 ff.

22 ASA 37, 176 ff.

23 JULIUS VON KIRCHMANN, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Ein Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1848, Darmstadt 1969, 25.

24 Vgl. dazu z. B. Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 824 und 848.

25 PETER NOLL, Gesetzgebungslehre, Reinbek b. Hamburg 1973, 9.

26 Forschungsbericht des Schweiz. Wissenschaftsrates Bd. 1, 1973, 100.

27 Es handelt sich um die sog. Murtener Gesetzgebungsseminare, die regelmässig in der Zeitschrift "Gesetzgebung heute" angekündigt werden.

28 Vgl. Gesetzgebung heute (Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung) 1993/2, 81 ff.

Allerdings fehlt es noch regelmässig an obligatorischen Lehrveranstaltungen, welche die Rechtsetzungsmethode systematisch vermitteln.

Nachdem die in der Schweiz entwickelten grundsätzlichen Erkenntnisse und Lehren zur Rechtsetzungsmethodik ursprünglich mehrheitlich von den Praktikern selbst erarbeitet werden mussten, kann davon ausgegangen werden, dass in Zukunft auch die *Doktrin* vermehrt zur *Fortentwicklung* der Rechtsetzungsmethode beitragen wird. Die Tatsache, dass viele moderne Erlasse inhaltlich und methodisch zu wenig ausgefeilt sind, ist kein Grund dafür, dass sich die Rechtswissenschaft von diesen indigniert abwendet und sich nur den "guten alten" traditionellen Rechtsgebieten widmet. Vielmehr muss sie gerade durch intensive Auseinandersetzung mit der Materie und der Methode der modernen Gesetze zur Verwesentlichung auch der neueren Teile der Rechtsordnung beitragen.

### 2.3. Monolog

Eine eher *einseitige* Beziehung zwischen Doktrin und Praxis im Sinne eines *Monologs der Doktrin* besteht hinsichtlich der *methodischen* Probleme der *Rechtsanwendung*.

Die Gerichtspraxis hat die Entwicklung der *Auslegungslehre* in den letzten Jahrzehnten, d. h. seit ESSER'S grundlegenden Arbeiten, kaum zur Kenntnis genommen, geschweige denn verwertet. Methodische Äusserungen in Gerichtsurteilen machen regelmässig einen unbeholfenen und antiquierten Eindruck. Insbesondere wird beharrlich an der Fiktion festgehalten, die Auslegungsergebnisse seien schon im Gesetzestext verborgen enthalten und würden vom Gericht nur aus diesem herausgelesen.

Die Doktrin ist freilich nicht ganz schuldlos, wenn ihre Beiträge zur Gesetzesauslegung in der Praxis weitgehend ungehört verhallen. Sie hat allzu lange die Probleme, welche sich den Rechtsanwendungsbehörden in der Praxis bei der Entscheidungsfindung stellen, gar nicht oder zu wenig zur Kenntnis genommen. Die akademische Methodenlehre hat sich zu sehr als hochgeschraubte Theorie verstanden und sich damit von vorneherein für die Praxis wenig brauchbar gemacht. Nachdem diese Tendenz nun doch wenigstens teilweise überwunden scheint, darf gehofft werden, dass die Gerichte ihre Entscheidungsfindung mithilfe der modernen praxisbezogenen Auslegungslehre methodisch besser abstützen werden.

### 2.4. Ignorierung

Im restlichen *Drittel* der sechs Bereiche ist das Verhältnis von Doktrin und Praxis dadurch gekennzeichnet, dass die Doktrin die *praktischen Bedürfnisse* weitgehend *ignoriert*. Es versteht sich von selbst, dass die Praxis unter diesen Umständen von der Doktrin auch *keine Impulse* erhalten kann. Das gilt für die gesamte *Rechtsgestaltung*, also sowohl in *inhaltlicher* als auch in *methodischer* Hinsicht.

Neben der Rechtsetzung und der Anwendung von Rechtsnormen auf bereits verwirklichte Sachverhalte

nimmt im praktischen Rechtsleben die *Vorbereitung und Gestaltung von Verträgen* und *andern Rechtsgeschäften* einen breiten Raum ein. Viele Juristen sind ausschliesslich oder überwiegend damit beschäftigt, ihre Mandanten oder Arbeitgeber zu *beraten*, wie sie ihre Rechtsbeziehungen in der Zukunft gestalten sollen. Ein wesentliches Merkmal dieser *prospektiven* juristischen Tätigkeit besteht darin, dass sie sich nicht auf ein einzelnes Rechtsgebiet beschränkt. Vielmehr muss ein solches Sachproblem stets mithilfe von Rechtsnormen aus den *verschiedensten Gebieten* des privaten und des öffentlichen Rechts beurteilt werden.

Für diese verbreitete fachgebietsübergreifende juristische Funktion finden die Praktiker *kaum Unterstützung* in der akademischen Doktrin. Das gilt sowohl in inhaltlicher als auch in methodischer Hinsicht.

Eine wissenschaftliche Behandlung fachübergreifender Rechtsprobleme, welche die Grundlage für die Lösung der praktischen Probleme der Gestaltung neuer Rechtsgeschäfte bilden könnte, fehlt weitgehend. Die Doktrin ist ausgesprochen monodisziplinär ausgerichtet, d. h. streng nach Rechtsgebieten gegliedert<sup>29</sup>. Nicht nur werden Privatrecht und öffentliches Recht dort, wo sie bei den gleichen Sachproblemen relevant sind, kaum zueinander in Beziehung gesetzt. Auch innerhalb des Privatrechts werden z. B. Eherecht, Erbrecht und Versicherungsrecht in der Regel getrennt behandelt, obwohl sie bei der Gestaltung der Vermögensverhältnisse im Hinblick auf den Todesfall eng zusammenhängen. Auch im Bereich des öffentlichen Rechts werden z. B. Wirtschaftsverwaltungsrecht, Raumplanungs- und Umweltrecht und Steuerrecht durchwegs getrennt doziert.

Damit soll nichts gegen die fachgebietsbezogene Behandlung des Rechtsstoffes durch die Doktrin an sich gesagt sein. Diese ist vielmehr unerlässlich. Jedes Rechtsgebiet bedarf *als solches* der wissenschaftlichen Durchdringung. Das schliesst aber nicht aus, dass die Rechtswissenschaft sich *ebenso sehr auch* jenen Sachproblemen annimmt, bei welchen sich Rechtsprobleme aus *mehreren* Rechtsgebieten – z. T. in widersprüchlicher Weise – stellen.

Auch die *methodischen* Probleme, die sich bei der Rechtsgestaltung in der Praxis stellen, sind von der Doktrin noch kaum zur Kenntnis genommen worden. Soweit

29 Zur Gliederung des Rechts in die Disziplinen privates und öffentliches Recht vgl. JEAN NICOLAS DRUEY, Privatrecht als Kontraktrecht, Ein Gedanke zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, in PETER HÄBERLE (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, N.F. Bd. 40, Tübingen 1991/92, 149 ff.

Die gegenseitige Abkapselung der einzelnen Rechtsgebiete als "Fächer" tritt deutlich in den Studienordnungen und den Diskussionen über diese zutage, vgl. dazu GUNTHER ARZT/PIO CARONI/WALTER KÄLIN (Hrsg.), Juristenausbildung als Denkmalpflege? Berner Ringvorlesung 1992 aus Anlass der Reform des juristischen Studiums, Bern/Stuttgart/Wien 1994, 5 (Inhaltsverzeichnis) und die einzelnen Beiträge.

sich die Doktrin ihrer vereinzelt angenommen hat, wurde sie durch die in der Praxis angewandten Verfahren deutlich beeinflusst.

## 2.5. Ergebnis

Wenn wir das *Ergebnis* dieser Bestandesaufnahme in einer Matrix zusammenfassen, dann ergibt sich somit folgendes Bild:

	inhaltliche Probleme	methodische Probleme
Rechtsanwendung	Dialog	Monolog
Rechtsetzung	Dialog	Dialog
Rechtsgestaltung	Ignorierung	Ignorierung

Nur in *drei* Bereichen besteht ein mehr oder weniger intensiver *Dialog* zwischen Praxis und Doktrin. In *einem* Bereich findet ein *Monolog* der Doktrin statt. In *zwei* Bereichen *ignoriert* die Doktrin die praktischen Probleme weitgehend, weshalb die Praxis bei ihr auch keine Unterstützung finden kann.

Dieses Ergebnis kann wie folgt kommentiert werden:

- Die juristische Praxis ist von vorneherein nur dort in der Lage, die Doktrin heranzuziehen und sich allenfalls auf diese zu stützen, wo die *Doktrin* die praktischen Probleme erkennt und auf diese eingeht<sup>30</sup>. Das ist nur hinsichtlich eines Teils der juristischen Tätigkeiten der Fall.
- Der akademischen Doktrin kommt vor allem dort ein *Einfluss* auf die Praxis zu, wo diese vor der Frage steht, wie Sachverhalte, die bereits geschehen sind, rückwirkend *rechtlich zu beurteilen* sind, also bei der streitigen *Rechtsanwendung*. Das ist die klassische Prozessjuristerei. Aus der vordringlichen Befassung mit der Rechtsanwendung, die der Rechtswissenschaft auch schon den Namen einer "Rechtsanwendungswissenschaft" eingetragen hat, ergibt sich auch ein gewisser Dialog im Bereich der inhaltlichen Probleme der *Rechtsetzung*.
- *Gering bis nicht existent* ist dagegen der Einfluss auf die ausgesprochen  *kreativen* juristischen Tätigkeiten, insbesondere auf die rechtliche Gestaltung neuer Sachverhalte, Rechtsgeschäfte und Verträge. Der Beitrag der Rechtswissenschaft an die kreative Seite des Rechtslebens beschränkt sich im wesentlichen auf Impulse für die Gesetzgebung.
- Generell *unbedeutend* ist die Beeinflussung der Praxis in allen *methodischen* Fragen, nicht nur der Rechtsgestaltung, sondern auch der Rechtsanwendung und der Rechtsetzung.

Man könnte die bis heute traditionell einseitige Ausrichtung der Rechtswissenschaft auf die Rechtsanwendung vergleichen mit einer *Medizinwissenschaft*, welche an den Universitäten *nur Chirurgen* ausbilden würde. So wie diese dann erst in der praktischen Tätigkeit lernen müssten,

dass sie die Patienten auch noch anders als mit dem Skalpell heilen können, so müssen unsere jungen Juristen erst in der Praxis lernen, wie man Prozesse durch richtig aufgesetzte Verträge z. T. vermeiden kann.

## 3. Wie sollen sich Doktrin und Praxis zueinander verhalten?

### 3.1. Einleitung

Unsere Aufnahme des Ist-Zustandes hat also ergeben, dass die juristische Doktrin nur einen Teil des praktischen Rechtslebens zur Kenntnis nimmt und demgemäß in den ausgedehnten übrigen Bereichen der Praxis auch keine Unterstützung bieten kann. Daher stellt sich nunmehr die Frage, wie das Verhältnis von Doktrin und Praxis gestaltet sein *sollte*. Dieses Problem ist von beiden Seiten zu betrachten:

Einerseits ist zu fragen, ob die *Praxis* denn die Doktrin überhaupt *braucht*; ob sie auf die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtsstoffes angewiesen ist.

Zum andern muss aber auch untersucht werden, ob die akademische Lehre und *Doktrin* sich überhaupt primär auf praktische Bedürfnisse der Juristen ausrichten sollte, anstatt sich als reine Wissenschaft zu verstehen.

### 3.2. Ist die Praxis auf die Doktrin angewiesen?

#### 3.2.1. Hat die juristische Doktrin für die Praxis einen Wert?

Der Nutzen der Rechtswissenschaft für die Praxis ist im Laufe der Geschichte immer wieder bestritten worden. Berühmt ist das Verbot des JUSTINIAN, sein Gesetzbuch zu kommentieren<sup>31</sup>. Vor 150 Jahren hielt VON KIRCHMANN in der angesehenen Juristischen Gesellschaft zu Berlin seine Philippika über "Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft"<sup>32</sup>, die noch heute von Praktikern genüsslich zitiert wird. Daraus sollen hier einige Kostproben wiedergegeben werden:

"Das Recht ist der Wissenschaft ewig voraus."<sup>33</sup>

"Aus einer Priesterin der Wahrheit wird sie" (i. e. die Wissenschaft) "durch das positive Gesetz zu einer Die-

30 Vgl. GEORG MÜLLER, Vom Einfluss dogmatischer Erkenntnisse auf bundesgerichtliche Entscheidungen, in Mélanges ANDRÉ GRISSEL, Neuchâtel 1983, 766.

31 WOLFGANG KUNKEL, Römische Rechtsgeschichte, 12. A., Köln/Wien 1990, 159. Hinweise auf dieses Verbot des Justinian verdanken wir VON KIRCHMANN (FN 23), 36 und MARCO DUSS, Zwischen Norm und Sachverhalt, ASA 59, 66. KUNKEL (a.a.O.) erwähnt ausserdem das analoge Verbot Friedrichs des Grossen, den Entwurf des Corpus iuris Fridericiani zu kommentieren.

32 Siehe FN 23.

33 VON KIRCHMANN (FN 23), 23.

nerin des Zufalls, des Irrtums, der Leidenschaft, des Unverstandes."<sup>34</sup>

"... neun Zehntel und mehr" (der Literatur) "haben es nur mit den Lücken, Zweideutigkeiten, Widersprüchen, mit dem Unwahren, Veralteten, Willkürlichen des positiven Gesetzes zu tun."<sup>35</sup>

"Nur die Rechtswissenschaft trägt die Schmach, trotz besserer Einsicht, noch jahrhundertlang dem Irrtum zu dienen, den Unverstand ehren zu müssen."<sup>36</sup>

Für uns massgebender ist jedoch der Gesetzgeber, der in Art. 1 Abs. 3 ZGB den Richter anweist, "bewährter Lehre" zu folgen<sup>37</sup>. Auch wenn ein solches Gebot nicht ohne weiteres durchsetzbar ist, so kommt ihm aber auf jeden Fall die Bedeutung zu, dass der Nutzen der Doktrin für die Praxis offiziell *anerkannt* ist.

Aber auch ohne ein solches Gebot ist die Praxis auf die Doktrin *angewiesen*. Die praktische Arbeit der Juristen ist mehr und mehr dadurch gekennzeichnet, dass sie unter grossem Zeitdruck zu den verschiedenartigsten anspruchsvollen Rechtsproblemen kompetent Stellung nehmen muss. Die praktizierenden Juristen beklagen regelmässig, dass ihnen die Zeit fehlt, grundsätzliche Überlegungen zu diesen Problemen anzustellen. Hier kann die Doktrin Unterstützung bieten, indem sie die *Zusammenhänge* aufzeigt und die vielfältigen Einzelprobleme in einen *Gesamtrahmen* hineinstellt<sup>38</sup>. Wenn die Praxis beispielsweise entscheiden muss, ob ein Pfarrer die Kosten eines Personal Computer<sup>39</sup> oder ob ein Angestellter die Kosten eines Büros in seiner Privatwohnung<sup>40</sup> vom Einkommen abziehen kann, dann ist sie auf wissenschaftliche Untersuchungen über die Gewinnungskosten im Steuerrecht angewiesen.

### 3.22. Welche Doktrin braucht die Praxis?

Wenn man den Nutzen der Theorie grundsätzlich bejaht, dann stellt sich die Frage, *welche Anforderungen* aus der Sicht der Praxis an die Theorie zu stellen sind. An dieser Stelle sei lediglich festgestellt, dass die Praxis von der juristischen Doktrin für *alle* ihre Funktionen und Disziplinen Grundlagen benötigt, nicht nur für die Rechtsanwendung, sondern auch für Rechtsgestaltung und Rechtsetzung, und zwar nicht nur in inhaltlicher, sondern auch in *methodischer* Hinsicht. Welche Forderungen sich daraus ergeben, soll im folgenden erörtert werden.

### 3.3. Soll die Doktrin den Bedürfnissen der Praxis Rechnung tragen?

Auf der andern Seite darf auch die Frage, ob die Doktrin sich nach praktischen Bedürfnissen ausrichten solle, nicht übergangen werden, steht doch die praktische Tätigkeit der Akademiker bei den Gelehrten nicht überall hoch im Kurs. So etwa, wenn ein solcher Universalgelehrter über die freiberuflichen Akademiker sagt:

"Schon bei den Studien an der Hochschule ist der Arzt, der Jurist, der Techniker in einen sehr starren Lehrgang gezwängt, der mit einer Reihe von Prüfungen endet. Hat

er sie bestanden, dann bekommt er sein Patent und kann nun, wieder in scheinbarer Freiheit, seinem Beruf nachgehen. Er wird damit aber ein Sklave niedriger Mächte, er hängt vom Erfolg, vom Geld, von seinem Ehrgeiz, seiner Ruhmsucht, vom Gefallen ab, das die Menschen an ihm finden oder nicht finden. Er muss sich Wahlen unterziehen, er muss Geld verdienen, er nimmt teil am rücksichtslosen Wettkampf der Kasten, der Familien, der Parteien, der Zeitungen. Dafür hat er die Freiheit, erfolgreich und wohlhabend zu werden und von den Erfolglosen gehasst zu werden oder umgekehrt."

Der dies sagt, ist zwar gerade kein juristischer Gelehrter, sondern ein Angehöriger des Ordens der Glasperlenspieler im Roman von HERMANN HESSE<sup>41</sup>. Er stellt denn auch den Niederungen der juristischen und medizinischen Praxis und Ausbildung das Ideal der lebenslangen freien wissenschaftlichen Betätigung im Orden der Glasperlenspieler gegenüber.

Auch von Vertretern der Rechtswissenschaft wird die Ausrichtung des juristischen Studiums auf praktische Bedürfnisse bisweilen kritisch beurteilt<sup>42</sup>. Das geschieht meistens in Diskussionen über die Gestaltung des Studienplanes, wenn es darum geht, die Existenzberechtigung von Fächern ohne unmittelbaren praktischen Nutzen zu verteidigen. Hier ist dann jeweils das Argument zu hören, die Hochschule hätte *Bildung* und nicht bloss *Ausbildung* zu vermitteln.

Ich muss gestehen, dass mir diese *Gegenüberstellung von Bildung und Ausbildung* immer etwas Mühe bereitet hat. Soll denn *Bildung* gerade darin bestehen, dass man sich Wissen ohne unmittelbaren praktischen Nutzen aneignet? *Bildung* und *Ausbildung* schliessen sich *nicht aus* – vorausgesetzt, sie werden beide richtig verstanden. Allerdings darf *Bildung* nicht ein Vorwand dafür sein, um traditionelle Lehrveranstaltungen, die schon seit über 100 Jahren gepflegt werden, für alle Zeiten zu erhalten. Man kann solches füglich auch als "Denkmalschutz" bezeichnen<sup>43</sup>. Wenn man dagegen unter juristischer Bildung mit

34 VON KIRCHMANN (FN 23), 23.

35 VON KIRCHMANN (FN 23), 24 f.

36 VON KIRCHMANN (FN 23), 31.

37 Zur Auslegung vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1966, 99 f., sowie FORSTER (FN 14), 111 ff.

38 BERNHARD SCHNYDER, Recht und Rechtswissenschaft: Tautologie oder Antinomie?, in Die Zukunft der Geisteswissenschaften, Klausurtagung des Schweizerischen Wissenschaftsrates, Balsthal, September 1987, Wissenschaftspolitik 1989, Beiheft 45, 19.

39 StR 41, 542.

40 Nebst anderen ASA 60, 341 = StR 47, 24 = StE 1991 B 22.3 Nr. 41 (BdBSt); StE 1989 B 22.3 Nr. 24 (BL).

41 HERMANN HESSE, Das Glasperlenspiel, Erster Band, 5. A., Zürich 1943, 108 f.

42 Z. B. GUNTHER ARZT, Strafrecht: ein dogmatischer Tyrannosaurus Rex?, in ARZT u. a. (FN 29), 11 ff.

43 Unter dem Titel "Juristenausbildung als Denkmalpflege?" wurden erfreulicherweise Stellungnahmen mehrerer Fach-

HANS MERZ versteht, dass der positive Rechtsstoff kritisch gewürdigt, in ein "Gefüge von Ordnungsvorstellungen" eingeordnet und mit "ausserrechtlichen sozialen Ordnungen" in Beziehung gesetzt wird<sup>44</sup>, dann gehört sie selbstverständlich unbedingt zur akademischen Ausbildung der Juristen. Allerdings muss dies nicht unbedingt in zeitraubenden besonderen Lehrveranstaltungen geschehen, sondern wird sinnvollerweise in die Auseinandersetzung mit dem positiven Recht integriert<sup>45</sup>.

Im übrigen darf man die Bildung der Menschen nicht als ein Monopol der Hochschulen und der wissenschaftlichen Studierarbeit auffassen. Das Nachdenken und Beurteilen von Problemen im Studierzimmer und im Hörsaal allein vermag den Menschen nicht umfassend zu bilden. Zur Bildung des Menschen gehört auch, dass er sich in seinem Fachgebiet *praktisch* betätigt, über reale Lebensprobleme entscheidet und dabei das Risiko des Scheiterns mit allen seinen realen Folgen auf sich nimmt, kurz: dass er im realen Leben *Verantwortung* übernimmt. Es ist verhältnismässig einfach, im Hörsaal die These zu vertreten, eine bestimmte Handlung stelle keine Steuerumgehung dar und bleibe demgemäss steuerfrei. Wenn die Praxis anders entscheidet, kann man immer noch erklären, jene sei falsch. Aber es ist etwas ganz anderes, einem Mandanten zu versichern, sein Verhalten stelle keine Steuerumgehung dar, und damit das Risiko auf sich zu nehmen, dass er dennoch dafür Steuern bezahlen muss. Das *Tragen von Verantwortung* für andere bzw. die Art und Weise, wie man damit fertig wird, trägt mehr zur Bildung des Menschen bei als noch so viel Gelesenes.

So haben denn sowohl der alte Faust als auch der Glasperlenspielermeister Josef Knecht ihr reines Gelehrtendasein verlassen und ihr Wissen und Können in den Dienst praktischer Betätigung gestellt, ersterer mit den Worten: "Herrschaft gewinn ich, Eigentum! Die Tat ist alles, nichts der Ruhm"<sup>46</sup>.

Auf der andern Seite darf die *Ausbildung* zum Juristenberuf sich nicht auf die Vermittlung von bloss kurzfristig anwendbaren Kenntnissen, ohne Aufzeigen der Zusammenhänge, und auf das Anleiten in einigen Techniken beschränken. Richtigerweise muss die akademische Ausbildung die Grundlage liefern für eine sachgerechte und verantwortungsvolle Berufsarbeit während vierzig Berufsjahren. Sie muss auf Dauer angelegt sein und den Juristen vorab die Fähigkeit verleihen, mit neuem Rechtsstoff genauso gekonnt umzugehen wie seinerzeit mit dem ersten, im Studium erlernten. Dazu gehört namentlich auch die Vermittlung der *Methoden*<sup>47</sup> juristischen Arbeitens in *allen* drei Disziplinen, die während der ganzen Berufsarbeit eine Bewältigung immer neuer Probleme erlauben.

Eine so verstandene *Ausbildung* von Akademikern für das praktische Leben ist eine *hohe Aufgabe* im Rahmen der modernen Gesellschaft. Das moderne Zusammenleben der Menschen kann nur dann aufrechterhalten werden, wenn die Wissenschaft dazu beiträgt und die Hochschulen gute und verantwortungsbewusste Fachleute ausbilden. Dies darf nicht dahin verstanden werden, dass sog. "unpraktische" Fächer a priori vom Studienplan ausgeschlos-

sen werden sollen. Jedoch darf darob weder der Stoff eines achtsemestrigen Diplomstudiums überladen, noch das Ziel einer ausreichenden juristischen Ausbildung gefährdet werden. Warum es nicht wagen, sie als fakultative Lehrveranstaltungen für Interessenten anzubieten? Auch wäre es denkbar, theoretische Fächer, die im achtsemestrigen Diplomstudium keinen Platz mehr finden, im Doktorandenstudium vermehrt zu pflegen und damit diesem Teil des Studiums einen verstärkten wissenschaftlichen Charakter zu verleihen.

Was insbesondere den Gegenstand der juristischen Doktrin, die *Jurisprudenz*, betrifft, so ist diese ausgesprochen *praktisch* ausgerichtet. Sie hat die Aufgabe, das menschliche Zusammenleben nach vernunftgemäss geschaffenen und vernunftgemäss angewandten Normen zu regeln. Nicht umsonst sprechen wir von der "*juris prudentia*" und nicht von einer "*juris scientia*". Ihr bestimmendes Kriterium ist die *praktische Vernunft* und nicht die wissenschaftliche Wahrheit<sup>48</sup>. Darum muss auch die juristische Doktrin auf das praktische Rechtsleben ausgerichtet sein; sie darf nie und nimmer ein weltfremdes "Glasperlenspiel" sein.

Der juristische Hochschulunterricht war übrigens *schon immer* auf die Befähigung zur Lösung praktischer Rechtsprobleme ausgerichtet. Die ersten juristischen Fakultäten sind im *Mittelalter* keineswegs entstanden, um das Recht abstrakt zu dozieren, sondern um juristische Praktiker auszubilden<sup>49</sup>.

Wenn die ausreichende *Ausbildung* für die juristischen Berufe *heute* als die *zentrale* Aufgabe des juristischen Studiums gilt<sup>50</sup>, so ist das also keineswegs das Resultat eines Degenerationsprozesses. Nur ist diese Ausbildung ange-

vertreter der Berner Juristischen Fakultät zu einer kürzlichen Studienreform publiziert (vgl. FN 29). Die einzelnen Autoren verneinen sinngemäss durchwegs, dass mit der Beibehaltung ihres Faches "Denkmalpflege" betrieben werde. Dennoch sei es dem Verfasser gestattet, die ihm treffend scheinende Qualifikation "Denkmalpflege" als eigene Beurteilung von manchem zu verwenden, was in juristischen Studiengängen anzutreffen ist. Dass in Studienplandiskussionen "Denkmalpflege" vorkommen kann, wird zum mindesten auf S. 28 der genannten Publikation bestätigt.

44 HANS MERZ, in Protokoll der 103. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins vom 4. Oktober 1969, ZSR 88 (1969), 921.

45 Vgl. dazu PIO CARONI, Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte, in ARZT u. a. (FN 29), 30.

46 GOETHE, Faust II., Vers 10'187/8.

47 MERZ (FN 44), 922.

48 KRIELE (FN 7), 17 ff.

49 ARNOLD ESCH, Die Anfänge der Universität Bologna, Bulletin der Vereinigung schweizerischer Hochschuldozenten, 14. Jg. Nr. 4, Oktober/November 1988, 8 f.

Erst viel später hat sich die Rechtswissenschaft etwas darauf zugute tun lassen, möglichst praxisfern zu sein, um sich von den Niederungen der Rechtspraxis abzuheben. Diese Entwicklung hält in einzelnen Bestrebungen noch an, ist aber – soweit sie sich auf die Studiengänge auswirkt – durch nichts gerechtfertigt.

50 MERZ (FN 44), 920.

sichts des heutigen Rechtslebens insofern *einseitig*, als sie sich im wesentlichen auf die Rechtsanwendung und auf ein bisschen Rechtsetzung *beschränkt*. Sie vermittelt vorab jene Kenntnisse, die in der *staatlichen* Rechtspflege benötigt werden, an Gerichten, von forensisch tätigen Anwälten, in der Verwaltung. Sie müsste sich richtigerweise auf *alle* juristischen Disziplinen erstrecken, insbesondere auch auf die Rechtsgestaltung.

Ein vermehrter Einbezug der heute vernachlässigten *Planung und Gestaltung von Rechtsgeschäften* in die juristische Ausbildung darf nicht als ein Heranzüchten von blossen Rechtstechnikern verstanden werden, wie dies mit der abschätzigen Etikettierung als "Kautelarjurisprudenz" geschieht. Es verhält sich vielmehr so, dass der *Bildungswert* einer systematischen Schulung in Rechtsgestaltung eher *höher* ist als jener der Rechtsanwendungswissenschaft. Bei letzterer geht es immer nur um die Frage, ob ein gegebener Sachverhalt bzw. ein vergangenes Handeln rechtmässig oder nicht rechtmässig sei bzw. gewesen sei. Bei der Rechtsgestaltung ist ausserdem auch darüber zu entscheiden, wie zwischen zwei rechtmässigen (bzw. nicht unrechtmässigen) Verhalten zu wählen ist, wenn das eine davon nutzbringend aber anrühlich ist, weil es eine Gesetzesumgehung darstellen kann, das andere dagegen unanfechtbar, aber etwas weniger nutzbringend ist. Wenn im Studium vermehrt solche Entscheidungssituationen behandelt werden, dann kann den Studierenden echte Bildung für das Leben mit auf den Weg gegeben werden, die sie zur Bewältigung verantwortungsvoller Aufgaben befähigt. Denn berufsethische Probleme können nur anhand konkreter Entscheidungssituationen bewusst gemacht und ausdiskutiert werden. Die Planung von Rechtsgeschäften als wesentlicher Studienbestandteil ist keine reine Gestaltungstechnik, sondern Erziehung zu Werthaltungen im späteren Beruf.

### 3.4. Das Verhältnis von Doktrin und Praxis in der Jurisprudenz

Theorie und Praxis sind also *keine Gegensätze*<sup>51</sup>. Beide sind sie vielmehr dazu bestimmt, sich zu ergänzen. Juristische Doktrin und juristische Praxis sind aufgerufen, sich mit den gleichen Problemen zu befassen und diese zu lösen. Selbst ihre Methoden müssen die gleichen sein. Es kann nicht je eine Auslegungsmethode für die Doktrin und für die Praxis geben – auch wenn dies manchmal den Anschein macht. Unterschiedlich sind nur die Ziele der Arbeit und damit z. T. auch die Aufgabe. Unterschiedlich ist in der Regel das Arbeitstempo und demzufolge u. U. die Breite der Betrachtungsweise. Die Doktrin hat die Chance, die Probleme möglichst breit und vertieft anzugehen, ein Vorzug, welcher der Praxis zwangsläufig vielfach fehlt.

Wenn die juristische Theorie gut sein soll, damit sie praktisch sein kann, dann müssen sich juristische Theorie und Praxis gegenseitig miteinander befassen und *auseinandersetzen*<sup>52</sup>. Die *Praxis* muss *offen sein* für die Doktrin<sup>53</sup>. Das heisst, sie muss zu den Lehrmeinungen der Doktrin

ernsthaft Stellung nehmen. Sie muss der Doktrin aber auch Gelegenheit geben, die praktischen Probleme und deren Lösungen kennenzulernen, damit diese überhaupt in der Lage ist, sich mit der Wirklichkeit der Praxis auseinanderzusetzen. Namentlich muss die Verwaltungspraxis angemessen publiziert werden.

Andrerseits muss die *Doktrin* der juristischen *Praxis vermehrt Rechnung tragen*<sup>54</sup>. In erster Linie muss sie die Praxis in *allen drei* juristischen Disziplinen (Rechtsanwendung, Rechtsetzung, Rechtsgestaltung) verarbeiten, um die jungen Juristen inhaltlich und methodisch auf das gesamte Spektrum des Rechtslebens vorzubereiten. Das bedeutet, dass sie sich darum bemühen muss, auch jene Bereiche zu kennen, die nach aussen nicht in Erscheinung treten. Neben der bisher fast ausschliesslich gepflegten Rechtsanwendung muss auch die Schaffung neuer Gesetze<sup>55</sup> und Normen sowie die Planung und Gestaltung von Rechtsgeschäften zum dauernden und gewichtigen Gegenstand der Doktrin gemacht werden. Das bedingt eine *sachproblembezogene Optik* anstelle der rechtsgebietsbezogenen. Im Mittelpunkt müssen die zu lösenden Sachprobleme stehen, was automatisch eine *integrierte Betrachtungsweise* erfordert. Im übrigen muss den *Methoden* des juristischen Arbeitens, und zwar nicht nur der Auslegung, sondern auch der Rechtsetzungs- und Rechtsgestaltungsmethode, ein fester und zentraler Platz eingeräumt werden.

51 IMMANUEL KANT, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in I. KANT/F. GENTZ/A. W. REHBERG, Über Theorie und Praxis, Frankfurt a.M. 1967, 171. Vgl. dazu auch THEODOR W. ADORNO, Marginalien zu Theorie und Praxis, in THEODOR W. ADORNO, Stichworte, Kritische Modelle 2, Frankfurt a.M. 1969, 41 ff.

52 EIKE SCHMIDT, Gesetzgebung, Rechtspraxis und Jurisprudenz als Gegenstände kritischer Betrachtung, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1986, Heft 1/2, 6.

Im gleichen Sinn auch schon FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY in seiner Vorrede zum "System des heutigen Römischen Rechts", Bd. 1 (Berlin 1840). Wenn auch in einer Zeit "wachsender Scheidung von Theorie und Praxis" geschrieben, sind seine Worte, auf die heutigen Verhältnisse übertragen, nach wie vor gültig. Jeder Theoretiker müsse "den praktischen, jeder Praktiker den theoretischen Sinn" in sich erhalten und entwickeln. "Wo das nicht geschieht, wo die Trennung zwischen Theorie und Praxis eine absolute wird, da entsteht unvermeidlich die Gefahr, dass die Theorie zu einem leeren Spiel, die Praxis zu einem blossen Handwerk herabsinke" (XX) (zitiert nach H. J. HIRSCH [FN 12], 39).

53 ADORNO (FN 51), 176; KANT (FN 51), 42.

54 SCHMIDT (FN 52), 6.

55 BERNHARD WINDSCHEID, Rektoratsrede in Leipzig 1884, zit. bei RUDOLF WIETHÖLTER, Sanierungskonkurs der Juristenausbildung?, in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1986, Heft 1/2, 21.

## 4. Folgerungen für die akademische Lehre und Forschung

Damit stellt sich die Frage, welche *Folgerungen* aus dem Gesagten für die akademische *Lehre* und *Forschung* gezogen werden sollen. *Wegleitend* soll dabei die Leitidee der Hochschule St. Gallen im Sinne ihres früheren Rektors ROLF DUBS sein, nämlich, die Studierenden "auf eine anspruchsvolle Praxistätigkeit vorzubereiten, die wissenschaftlich ausserordentlich gut fundiert ist". Das folgende beschränkt sich jedoch keineswegs auf das Rechtsstudium an dieser Hochschule. Es gilt vielmehr für *jede* Ausbildung junger Juristen.

### 4.1. Grundsätze

Aus dem über das ideale Verhältnis von Doktrin und Praxis Gesagten können folgende *Grundsätze* für die Gestaltung der akademischen Lehre abgeleitet werden:

- Die juristische *Praxis* muss *vermehrt* in die akademische Lehre und Forschung einbezogen werden<sup>56</sup>. Das gilt namentlich für die bis heute vernachlässigte Disziplin der Rechtsgestaltung.
- Die juristische *Kreativität* muss gefördert und geübt werden, um auch anspruchsvollen Aufgaben der Rechtsetzung und Rechtsgestaltung genügen zu können.
- Neben den einzelnen Fachgebieten muss im selben Ausmass auch die *integrierte* (fachgebietsübergreifende) *Lösung von Sachproblemen* geübt und geschult werden<sup>57</sup>. Das berühmte "vernetzte Denken"<sup>58</sup> muss auch in der juristischen Ausbildung Fuss fassen. So wie die Architekturstudierenden schon frühzeitig lernen, ganze Häuser, wenn auch einfache, zu bauen, so müssen die Jus-Studierenden frühzeitig lernen, Sachprobleme, die mehrere Rechtsgebiete beschlagen, zu lösen. Nur so kann der bestehenden Gefahr, dass sie vor lauter "Bäumen" den "Wald", d. h. vor lauter Fächern das Recht nicht mehr sehen, begegnet werden.
- Anstelle einer Anhäufung von immer umfangreicheren Rechtsstoff, der gerade aktuell ist, sind vermehrt *Problemlösungen* in inhaltlicher und in methodischer Sicht zu schulen.
- Die integrierte Bearbeitung von Planungs- und Gestaltungsproblemen muss zum Anlass genommen werden, die Studierenden auf die *Auseinandersetzung mit Werthaltungen* in der Praxis vorzubereiten.

Aus diesen Grundsätzen ergeben sich Folgerungen, die teils personeller, teils institutioneller Natur sind.

### 4.2. Praktische Berufserfahrung der Dozenten und Forscher

Unabdingbare Voraussetzung einer praxisrelevanten Juristenausbildung ist *praktische Erfahrung* der Dozenten und Forscher in juristischen Berufen. Ein blosser sog. "Praxisbezug" durch gelegentliche Kontakte und Kolloquien mit Praktikern, durch Gerichtsbesuche usw., genügt nicht. Vielmehr muss die Dozentenschaft die praktische juristi-

sche Tätigkeit – wenn möglich in mehreren Bereichen – durch *eigene Ausübung* kennen. Es wäre wünschenswert, dass die Berufsarbeit der Fakultätsangehörigen – ohne Einrechnung von Anwaltspraktika – im Durchschnitt etwa *fünf Jahre* betragen würde. Das heisst nicht, dass jedes Mitglied mindestens so lange praktisch tätig gewesen sein muss; die geringere Praxiszeit der einen sollte aber durch eine entsprechend längere anderer Mitglieder kompensiert werden.

Auch *während* der Lehrtätigkeit ist eine *laufende praktische Betätigung* der Dozenten erwünscht; sie sollte geradezu gefördert werden<sup>59</sup>. Das gilt vor allem dann, wenn die hauptamtliche Praxistätigkeit kurz war oder weit zurückliegt.

Eine *erfolgreiche praktische Tätigkeit* in verantwortungsvoller Position sollte bei *Berufungen* in gleicher Weise ins Gewicht fallen können wie eine Habilitationsschrift. Gerade besonders gute Juristen, die auch als Dozenten sehr geeignet sind, werden oft schon in jungen Jahren vom praktischen Berufsleben derart in Anspruch genommen, dass ihnen die Möglichkeit für eine ausgedehnte wissenschaftliche Arbeit fehlt. Im Falle einer vollamtlichen Lehrtätigkeit sind sie aufgrund ihrer Erfahrung in der Lage, hervorragende wissenschaftliche Leistungen zu erbringen.

Schliesslich kann es der Lehre zum Vorteil gereichen, wenn erfahrene Praktiker als *nebenamtliche Professoren* in den Lehrbetrieb integriert werden, ohne dass ihnen umfangreiche administrative Pflichten aufgebürdet werden.

56 "Praxisbezug" sollte m. E. nicht auf die gleiche Stufe wie "Berufsschule" und "kurzsichtiges Nützlichkeitsdenken" gestellt werden (so aber ALOIS RIKLIN, Ist die Universität noch zu retten? civitas Nr. 8/1989, 208); der Praxisbezug ist jedenfalls in der juristischen Ausbildung nicht zu gross und mit dem Niveau einer Hochschule durchaus vereinbar.

57 Gl. M. SCHMIDT (FN 52), 4 ff. Zu der hier – weil vernachlässigt, aber unerlässlich – einzig behandelten fächerübergreifenden Betrachtungsweise *innerhalb des Rechts* muss selbstverständlich eine *Interdisziplinarität* im Sinne des Zusammenwirkens mit *ausserrechtlichen* Disziplinen (Psychologie, Soziologie, Wirtschaftswissenschaften, usw.) treten, auf welche hier nicht auch noch eingegangen werden kann.

58 FREDERIC VESTER, Unsere Welt – ein vernetztes System, 6. A., München 1990, 7 ff. Vgl. zur Bedeutung des Systemdenkens für die Rechtswissenschaft auch WALTER R. SCHLUEP, Selbstreferentielles Recht – ein Weg zur Neubegründung des Wirtschaftsrechts?, in Festgabe ALFRED RÖTHELI, hrsg. vom Regierungsrat des Kantons Solothurn, Solothurn 1990, 149 ff.

59 A. M. SCHNYDER (FN 38), 30, der die Praxisnähe von Schweizer Rechtswissenschaftlern für ungesund hält. Wenn praxisnahe Rechtswissenschaftler sich zu wenig an der Bildungs- und Forschungspolitik beteiligen, dann könnte der Grund auch darin liegen, dass sie die Hoffnung aufgegeben haben, eine ausreichende praxistaugliche Juristenausbildung lasse sich an den Hochschulen je verwirklichen.

### 4.3. Problemorientierter Studienaufbau

Eine praxisrelevante Juristenausbildung erfordert insbesondere einen *Studienaufbau*, der sich an *Rechtsproblemen* und nicht an Rechtsgebieten orientiert<sup>60</sup>.

Der *Rechtsstoff* hat dermassen *zugenommen*, dass er in acht Semestern Minimalstudiendauer kaum mehr bewältigt werden kann<sup>61</sup>. Eine Verlängerung der minimalen Studienzeit ist unzumutbar, wenn man bedenkt, dass die Ausbildung mit dem Lizentiat in der Regel noch nicht abgeschlossen ist, sondern ergänzt wird durch die Ausbildung zum Rechtsanwalt, Weiterbildung im Ausland oder/und das Abfassen einer Dissertation. Die Folge der vorgegebenen Studienzeit sind fakultätsinterne Diskussionen über den Anteil der zunehmenden Zahl von Fächern an einer gleichbleibenden oder gar zu verkleinernden Gesamtstundenzahl. Soll Fach X ein- oder zweistündig gelesen werden? Ist in Fach Y ein Seminar notwendig? usw.

Die realistischere verfügbare Zeit von 160–200 Semesterwochenstunden reicht von vornherein nicht aus, um den ganzen Rechtsstoff in einer genügenden Breite zu behandeln. Denn für jedes Rechtsgebiet ist jede Zahl von Stunden, die ihm in einem achtsemestrigen Studium vernünftigerweise eingeräumt werden kann (und sei sie noch so hoch), zu gering, um eine Ausbildung zu gewährleisten, die so vertieft ist, wie es aus der Sicht des betreffenden Faches wünschenswert wäre. M. a. W., es würden für Fach X auch vier oder fünf Stunden nicht genügen. Soll man also ganze Rechtsgebiete überhaupt nicht mehr behandeln, weil die *Zeit* ohnehin nicht ausreicht? Ein solches völliges Ignorieren ganzer Teile der Rechtsordnung (welcher?!) ist nicht zu empfehlen, da dadurch bestimmte unerlässliche Fragestellungen von vornherein den Studierenden vorenthalten würden.

Nun kommt noch hinzu, dass der Rechtsstoff sich nicht nur quantitativ enorm ausgeweitet hat, sondern dass er sich auch wesentlich *rascher verändert* als früher. Juristen, die vor 10 Jahren ihr Studium abgeschlossen haben, können einen schönen Teil dessen, was sie damals einigermassen gewusst haben, bereits nicht mehr gebrauchen. Stichworte: Eherecht, Aktienrecht, Warenumsatzsteuer. Das bedeutet, dass der Rechtsstoff, der zur Studienzeit zufällig gerade gilt, für das spätere Berufsleben nicht von allzu grosser Bedeutung ist. Wichtig ist vielmehr, dass die Studierenden lernen, sich in *jedes* ihnen zuvor unbekanntes Rechtsgebiet rasch und kompetent *einzuarbeiten*<sup>62</sup>.

Die herkömmlichen "Studienreform"-Diskussionen um Fächer<sup>63</sup> und Stundenzuteilung an diese werden je länger desto weniger zu Resultaten führen, welche irgendjemand befriedigen. Es wäre daher zu überlegen, das Problem der Studiengestaltung von einem *völlig anderen Ansatz* her anzugehen. Anstatt die Ausbildung "enzyklopädisch"<sup>64</sup> zu gestalten und vergänglichen Rechtsstoff additiv anzuhäufen, könnte man sich darauf konzentrieren, die Absolventen in die Lage zu versetzen, *zu jeder Zeit irgendwelche Rechtsprobleme* aufgrund des *dannzumal geltenden* Stoffes zu lösen. Damit würde sich gleichzeitig auch

die Möglichkeit bieten, das festgestellte Defizit an *kreativer* Gestaltung im Studium abzubauen.

An dieser Stelle ist es notwendig, einen kurzen Blick auf das Phänomen der Kreativität einzuschleusen. *Kreativität* kann gemäss dem Kreativitätsforscher GOTTLIEB GUNTERN nur in einem *Spannungsfeld von Ordnung und Chaos*, von Gesetz und Zufall, gedeihen<sup>65</sup>. Von diesen beiden Polen ist für das traditionelle juristische Denken nur der eine typisch und angemessen: das Gesetz, die Ordnung, die Hierarchie. Man stelle sich einen Richter vor, der ein zufallsgesteuerter Chaot ist, welcher nach selbstgestimmten Rechtsvorstellungen entscheidet und zwar erst noch jeweils gerade nach jenen, die ihm zufällig an diesem Tag gerade passen. Oder besser: Man kann und darf sich ihn gar nicht vorstellen. Denn Rechtsanwendung verlangt Bindung an heteronom bestimmtes Gesetz, kritisches analytisches Denken und Einordnung in die Hierarchie der Organe, also lauter Forderungen, die zum Ordnungs-Pol gehören<sup>66</sup>. Wenn jedoch der gleiche Jurist beratend als *Anwalt* oder in der Wirtschaft tätig ist, dann muss er *ausser* den vom Ordnungs-Pol ausgehenden traditionellen juristischen Fähigkeiten eines Rechtsanwenders *auch* über jene Fähigkeiten verfügen, welche vom *Chaos-Pol* ausgehen. Er muss sich m. a. W. vom *Zufall*, von der *Phantasie*, von der *Intuition* leiten lassen können<sup>67</sup>. Überdies muss er die *beiden* Fähigkeiten zu einem fruchtbaren kreativen Prozess<sup>68</sup> *verbinden* und ausbalancieren können. Zu einer umfassenden Juristenausbildung gehört daher auch, dass die jungen Juristen schon im Studium mit dem Wesen und den Problemen der kreativen Arbeit der Juristen vertraut gemacht werden. Sie müssen frühzeitig lernen, dass die juristische Arbeit nicht nur aus dem berühmten "juristischen Denken" besteht, sondern dass den Juristen – am richtigen Ort – auch *Intuition, Phantasieren, Spontaneität* und freier Gedankenflug erlaubt, ja geboten

60 BERND OPPERMAN, Reform und Juristenberuf, in HEINZ GIEHRING u. a. (Hrsg.), *Juristenausbildung – erneut überdacht*, Baden-Baden 1990, 30; THOMAS FLEINER, *Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, NZZ vom 6. August 1972, 33. FLEINER hat in diesem lesenswerten Aufsatz die Mängel der traditionellen Juristenausbildung schon frühzeitig aufgedeckt. Er hat jedoch nicht jene konsequente und grundlegende Änderung des Studienkonzepts gefordert, die zur Abhilfe notwendig wäre.

61 So schon MERZ (FN 44), 921.

62 FLEINER (FN 60), 33; CLAUDIETTER SCHOTT, *Juristenausbildung und Rechtsgeschichte*, NZZ vom 12. Februar 1992, 19; MERZ (FN 44), 922.

63 Bezeichnenderweise ist auch in der zitierten Publikation über die Berner Studienreform (FN 29) nur von einzelnen Fächern, nie aber vom Studium des Rechts als ganzes die Rede.

64 SCHNYDER (FN 38), 27.

65 GOTTLIEB GUNTERN, *Kreativität und Kreativitätsforschung*, in *Der kreative Weg* (hrsg. v. G. GUNTERN), Zürich 1991, 55–58.

66 Vgl. GUNTERN (FN 65), 56.

67 GUNTERN (FN 65), 56.

68 Vgl. GUNTERN (FN 65), 58 ff.

ist. Zur wissenschaftlichen Bearbeitung mit den kreativen Aspekten der juristischen Tätigkeit gehört selbstverständlich auch, dass die Doktrin sich mit diesen Aspekten kritisch auseinandersetzt und dass die jungen Juristen lernen, wo die Grenzen des intuitiven Tuns liegen.

Die beiden Erfordernisse – einerseits den Rechtsstoff zu begrenzen und andererseits die Kreativität zu üben – führen fast zwingend zur Forderung, das Studium konsequent auf die *kreative Lösung fachübergreifender komplexer Rechtsgestaltungsprobleme* auszurichten.

Allerdings wird man freilich nach wie vor nicht darum herum kommen, *zunächst* mit einer *rechtsgebietsorientierten Gliederung die Grundlagen* zu schaffen. Dies sollte jedoch höchstens die *ersten vier Semester* in Anspruch nehmen. Hier wären die Grundlagen und Methoden der Jurisprudenz, die Grundzüge der zentralen Fachgebiete (insbesondere Zivilrecht, Handelsrecht, Strafrecht, Staatsrecht, Allgemeines Verwaltungsrecht, Steuerrecht) zu vermitteln. Das Bestehen eines abschliessenden Vordiploms müsste Voraussetzung der Fortsetzung des Studiums sein. Hier wäre nachzuweisen, dass man die Methode der Rechtsanwendung in leichten bis mittelschweren Fällen und die Grundzüge der wichtigsten Rechtsgebiete beherrscht.

Entscheidendes *Merkmal* des konsequent problemorientierten Studienkonzeptes ist aber, dass in der ganzen *zweiten Studienhälfte die integrierte Lösung von fachübergreifenden Sachproblemen* im Zentrum steht. Zu denken ist etwa an die Probleme wie die Errichtung einer Produktionsstätte, eines Einkaufszentrums, eines Wintersportortes, die Übertragung einer Unternehmung, Umstrukturierungen, die Regelung der Nachfolge in einer Familienunternehmung, der Zugang zu einem ausländischen Markt, usw.

In *didaktischer* Hinsicht wäre ein solches Konzept auf *drei Elemente* abzustützen: Fallstudien, ergänzende Vorlesungen und Seminare zu einzelnen Rechtsgebieten, Selbststudium der Studierenden.

Pro Semester würden 2–4 *Fallstudien* über Probleme der erwähnten Art im Mittelpunkt stehen. Sie hätten die Aufgabe, die Studierenden anhand von komplexen Sachproblemen, wie sie in der Praxis üblich sind, in eine *ganzheitliche* Behandlung *aller* dabei relevanten Rechtsprobleme einzuführen<sup>69</sup>. Dabei kämen namentlich die Berührungspunkte der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Regelungen (z. B. im Unternehmensrecht und im Bodenrecht) zur Geltung. Bei der Auswahl der Fallstudien wäre darauf zu achten, dass nach Möglichkeit die zentralen Problembereiche der beteiligten Rechtsgebiete berücksichtigt würden. Zusätzlich käme der *Methodik* eine zentrale Bedeutung zu, und zwar sowohl jener der Rechtsgestaltung als auch jener der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung, letztere anhand von schwierigen Problemen.

Ergänzend wären *Kurzvorlesungen* und *Kurzseminare* zu den durch die Fallstudien aufgeworfenen neuen Problembereichen durchzuführen, z. B. über Probleme aus dem Aktien-, Marken-, Ehe-, Erb- oder Steuerrecht. Diese den

Fachvertretern obliegenden Vorlesungen und Seminare hätten zusammen mit der seminarmässigen Behandlung der Fallstudien die Aufgabe, die Fachkenntnisse zu ergänzen und zu vertiefen, soweit die Fallstudien dazu Anlass bieten. Der behandelte Rechtsstoff hätte den Charakter einer gezielten, durch die Fallstudien legitimierten Auswahl.

Entscheidende Bedeutung käme drittens einem hohen Mass an selbständiger *Mitarbeit der Studierenden* zu, zunächst durch Kurz-Exposés zu den Fallstudien und selbständiges Erlernen von ergänzendem Rechtsstoff, in den letzten Semestern auch durch die selbständige Bearbeitung von ein bis zwei ganzen Fallstudien pro Semester. Es versteht sich von selbst, dass dies nur möglich wäre, wenn die Stundenzahl der Vorlesungen und Seminare erheblich gekürzt würde.

*Ziel* eines solchen Studiums wäre die Fähigkeit, juristische Probleme kreativ zu lösen und ganzheitlich und problembezogen zu denken. Demgemäss müsste die kreative Problemlösung Inhalt der Schlussprüfung sein.

Aufgrund einer derartigen *integrierten Ausbildung* wären die Studierenden in der Lage, in der Praxis jederzeit alle relevanten juristischen Probleme zu bearbeiten und sachgerecht zu lösen, gleichgültig, ob sie den betreffenden Rechtsstoff im Studium schon kennengelernt haben oder nicht<sup>70</sup>. Nicht zuletzt wäre eine solche integrierte und gestaltungsorientierte Ausbildung auch für die Studierenden wesentlich interessanter und anregender als das beziehungslose Nebeneinander der verschiedenen Rechtsgebiete.

#### 4.4. Lehrstühle für integrierte Problemlösungen

Ein an fachübergreifenden Problemen ausgerichtetes Studien-Konzept kann nur dann erfolgreich sein, wenn es von *Lehrstuhlinhabern* getragen wird, welche die *problemorientierte* integrierte Betrachtungsweise in *Lehre und Forschung* ausschliesslich oder wenigstens schwergewichtig pflegen. Die problemorientierte Fall-Lösung darf nicht nur Nebenfunktion neben einer rechtsgebietsbezogenen Haupttätigkeit sein. Es braucht daher neben den traditionellen

69 Es ist dem Verfasser selbstverständlich bekannt, dass an den Law Schools in den USA nach dieser Methode unterrichtet wird. Das ist jedoch nicht der Anlass für seinen Vorschlag. Andernfalls könnte – zu Unrecht – eingewendet werden, das schweizerische Recht lasse aufgrund seines Charakters eine solche Lehrmethode nicht zu. Wenn der Verfasser sich mit Überzeugung für die Fall-Methode einsetzt, so deshalb, weil er sie am schweizerischen Recht, zum Teil zusammen mit Kollegen, in Seminaren erprobt hat und zur Überzeugung gekommen ist, dass sie sich auch für das schweizerische Recht besser eignet als der rechtsgebietsbezogene Vorlesungs- und Seminarbetrieb. Im übrigen kann die ganzheitliche Bearbeitung des Rechts kaum anders als anhand von Fällen durchgeführt werden.

70 Sehr erwünscht, ja geradezu notwendig wäre überdies eine *interdisziplinäre* Behandlung von Sachproblemen in dem Sinne, dass auch andere, d. h. nichtjuristische, Fachgebiete miteinbezogen würden.

Lehrstühlen *neue Lehrstühle*; und es braucht *praxiserfahrene Generalisten*, welche geeignet und willens sind, über die traditionellen Grenzen von Privatrecht und öffentlichem Recht hinweg problemorientiert zu lehren und zu forschen. Die Aufgabenbereiche sind daher nach Sachproblemen zu umschreiben. Dabei empfiehlt es sich, *typische Problemkreise* zur Aufgabe dieser Lehrstühle zu machen. So könnten etwa Lehrstühle geschaffen werden für folgende Bereiche:

- die *Unternehmung* in ihrem gesamten rechtlichen Beziehungsfeld, umfassend die Beziehungen zu Kunden, Arbeitnehmern, Inhabern, Geldgebern, Staat sowie Nachfolgern;
- *der Boden* als Gegenstand und Grundlage von Rechtsbeziehungen, umfassend Verfügungsmacht über den Boden, seine Übertragung, Bebauung, Nutzung, Überbauung, usw.
- *der Mensch in seinen gesamten sozialen Rechtsbeziehungen*, umfassend Familie, Gesellschaft, Arbeit, Vorsorge, Erbgang.

Nur wenn solchermassen auch bei der problemorientierten Behandlung des Rechts die *Einheit von Lehre und Forschung* sichergestellt wird, besteht Gewähr, dass das problemorientierte Konzept Erfolg haben kann.

## 5. Schlusswort

Alles in allem lautet also die Antwort auf die Titelfrage, dass die juristische Theorie keineswegs grau ist, jedenfalls dass sie *nicht grau* sein muss. Vielmehr kann und soll sie *farbig* sein. Allerdings benötigt sie, um das zu erreichen, nicht nur etwas Make-up, sondern ein tüchtiges Facelifting. Denn sie muss insbesondere sich mit der Praxis in allen juristischen Disziplinen auseinandersetzen, sich vermehrt an komplexen Sachproblemen anstatt nur an einzelnen Rechtsgebieten orientieren sowie das vernetzte Denken und das kreative Handeln der Juristen systematisch entwickeln.

Jene von Ihnen, welche aufgrund des Faust-Zitates eine reine Philippika gegen die juristische Doktrin erwartet haben, muss ich also enttäuschen. Bei genauem Hinsehen kann der dem Mephisto in den Mund gelegte Satz auch gar nicht als Beleg für eine Kritik des Juristen GOETHE an der Wissenschaft angesehen werden. Denn er bezieht sich überhaupt nicht auf das Verhältnis von Wissenschaft und Praxis in einem bestimmten Gebiet. Die vor einem naiven Schüler ausgebreitete Sentenz will vielmehr besagen, dass das bloße Anhören der Schilderung eines Erlebnisses dem Erleben selbst nicht gleichkommt, und nimmt Bezug auf eine vorausgehende, für Mephisto typische Geschmacklosigkeit<sup>71</sup>. Ob GOETHE damit zum Verhältnis von Wissenschaft und Praxis Stellung nehmen wollte, ist mehr als fraglich<sup>72</sup>. Darum muss ich mich zum Schluss auch dafür entschuldigen, das Zitat im Sinne modernen Marketings als Aufhänger für diese Vorlesung benützt zu haben. Man sieht also, dass auch bei berühmten Zitaten aus der

Weltliteratur Vorsicht geboten ist und dass sie – wie Normtexte – in ihrem Zusammenhang gelesen werden müssen.

Und dennoch will ich mich mit einem anderen GOETHE-Zitat aus meiner Lehrtätigkeit an dieser Hochschule verabschieden, und zwar wiederum mit einem solchen aus dem Alterswerk. Im Faust II. kommt Mephisto am Anfang des zweiten Aktes noch einmal in Faust's Studierzimmer, erblickt den "alten Pelz" des Gelehrten "am alten Haken" und erinnert sich, wie er, mit diesem verkleidet, den Schüler einst mit seinen Sprüchen über die Wissenschaften an der Nase herumgeführt hat. Und dann sagt er:

"Es kommt mir wahrlich das Gelüsten,  
Rauchwarme Hülle, dir vereint,  
Mich als Dozent noch einmal zu erbrüsten,  
wie man so völlig recht zu haben meint"<sup>73</sup>.

71 GOETHE, Faust I., Verse 2023–2039.

72 Im Zusammenhang gelesen, handelt die Sentenz des Mephisto denn auch gar nicht von einem Baum des Lebens, "den die Praktiker gepflanzt haben", wie THEODOR W. ADORNO behauptet (FN 48, 169). Der Vorwurf der "Ideologie" und des "Betrugs" "darüber, wie wenig grün" dieser Baum sei (a.a.O.), ist daher kaum angebracht, da er sich auf einen Sinn bezieht, der dem Satz wohl nicht zukommt.

73 GOETHE, Faust II., Verse 6586–6589.

Au plus tard depuis la sentence de Mephisto dans le Faust I de Goethe: "Grise est, cher ami, toute théorie et vert l'arbre d'or de la vie", la théorie est dépeinte en gris et, de cette manière, elle est opposée à la pratique soi-disant colorée ("vert et or"). Ce cours d'adieu traite de la relation entre la doctrine académique et la pratique dans le domaine du droit. Sous le terme "doctrine", il faut comprendre toutes les prises de position scientifiques au sujet du droit, qui font partie de l'activité académique, que ce soit comme enseignement ou comme recherche. Le terme "pratique" vise au contraire l'emploi du droit dans la vie concrète, c'est à dire avec des conséquences juridiques effectives, que ce soit l'application du droit par les tribunaux, l'administration etc. ou la participation à la législation ou encore des projets et réalisations d'opérations juridiques par des conseillers juridiques.

L'examen de la question de savoir quelles sont les relations dans la réalité entre théorie et pratique dans les trois disciplines juridiques démontre qu'il faut différencier trois types de rapports: le dialogue, le monologue et le fait d'ignorer l'autre. Un dialogue entre doctrine et pratique se produit avant tout quant aux problèmes matériels de l'application du droit. La doctrine réfléchit intensément à la pratique de l'application du droit par les tribunaux et les administrations. Inversement, en règle générale, la pratique prend connaissance de la doctrine correspondante et la discute aussi d'une façon ou d'une autre; cependant l'argumentation de la pratique à l'encontre des prises de position critiques de la doctrine laisse parfois à désirer. Un dialogue certain, même si pas très intensif, existe dans le domaine de la législation, et ceci aussi bien dans les problèmes matériels que méthodiques. On doit constater un monologue de la doctrine dans le domaine de l'application du droit en ce sens que la pratique a à peine pris connaissance dans les dernières décennies du développement de la doctrine de l'interprétation. Finalement, la troisième sorte de relation

se produit dans le domaine de la *planification et de la réalisation d'opérations juridiques*. La doctrine ignore presque entièrement non seulement les problèmes de fonds, mais aussi les problèmes méthodiques de cette discipline très importante dans la pratique.

Cet inventaire amène à la question de savoir comment doctrine et pratique devraient se comporter l'une vis-à-vis de l'autre. La pratique juridique, qui doit, la plupart du temps, travailler sur des problèmes particuliers très pressée par le temps, dépend du fait de pouvoir en revenir à une doctrine qui met en évidence les relations et qui place la diversité des problèmes particuliers dans un cadre d'ensemble. De l'autre côté, la doctrine juridique a le devoir de former les jeunes juristes dans une discipline vraiment orientée vers la pratique. Les sciences juridiques comme étude du droit sont une activité fondée sur la raison pratique (*prudentia*) et non une pure science. Dès lors, la doctrine juridique doit être orientée vers la vie juridique pratique. Doctrine juridique et pratique ne sont donc pas antinomiques; elles doivent au contraire se compléter. Elles devraient être réciproquement ouvertes l'une à l'autre et pas seulement, comme aujourd'hui, dans le domaine de l'application du droit mais dans la même mesure dans les domaines de l'élaboration des règles de droit et de la planification et de la création des actes juridiques. Pour pouvoir satisfaire à ces exigences, la doctrine doit s'orienter beaucoup plus vers des *problèmes interdisciplinaires* que vers des domaines juridiques particuliers; elle doit intégrer les domaines juridiques en fonction des problèmes dans une analyse d'ensemble et, de manière générale, accorder plus d'attention aux méthodes du travail juridique et au processus créatif.

Quelles conséquences en découlent pour l'enseignement académique et la recherche? Ils devraient inclure beaucoup plus la pratique juridique dans leurs activités, promouvoir la créativité des juristes, exercer et enseigner la résolution multidisciplinaire des problèmes dans l'esprit de la pensée en réseau et préparer les juristes à la réflexion aux valeurs telles qu'elles sont fixées par la pratique. Ceci présuppose qu'il soit accordé une plus grande importance à l'expérience pratique dans le choix des professeurs et des chercheurs. Une nouvelle conception des plans d'études est d'une importance primordiale. Les études devraient être orientées dans leur deuxième moitié vers la recherche de solutions à des problèmes juridiques multidisciplinaires et non plus en priorité vers des domaines juridiques particuliers. La résolution de cas d'espèce complexes avec des devoirs de création devraient être au centre des quatre derniers semestres. Mais une telle organisation des études ne peut en fin de compte avoir du succès que si, à côté des traditionnelles chaires des domaines juridiques, d'autres en seraient créés, occupées par des spécialistes et dont l'objet de recherche seraient des problèmes multidisciplinaires, par exemple la réglementation globale des entreprises et de leurs titulaires, le sol et son exploitation ou concernant l'homme et sa place dans la communauté (famille, monde du travail, état social etc.).

Une doctrine juridique s'orientant vers la pratique juridique globale n'est pas grise mais pleine de couleurs. Car elle reflète la réalité juridique très variée et promeut l'activité créatrice.

(trad. Antonio Fossetti et Lorenz Ehrler)