

QUID?

Fribourg Law Review

Quid? Fribourg Law Review

www.fribourglawreview.ch · ISSN: 2297-1106 · eISSN: 2813-4397

Thomas Probst: Ein Rechtsstaat ohne zu viele Worte – Utopie oder Notwendigkeit? In: Quid? Fribourg Law Review Special Edition 2017, S. 9-13. <https://doi.org/10.26034/fr.quid.2017.097>

Dieser Artikel ist unter der *Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International* Lizenz veröffentlicht (CC BY-NC-SA): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>



© Thomas Probst, 2017

Ein Rechtsstaat ohne zu viele Worte – Utopie oder Notwendigkeit?

Thomas Probst (Professor für Obligationenrecht, Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Freiburg)

1. Wenn „weniger“ „mehr“ ist: der abnehmende Grenznutzen von Rechtsnormen

Die fortschreitende Globalisierung und Digitalisierung vieler Lebensbereiche haben unsere Rechtsordnung bisher massgeblich beeinflusst und werden dies auch in Zukunft tun. Auf die wachsende Interdependenz und Komplexität wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Prozesse reagiert der *Gesetzgeber* meist mit dem Erlass *neuer Rechtsnormen*¹. Mehr Gesetzesbestimmungen ziehen allerdings tendenziell mehr *Rechtsstreitigkeiten* nach sich, weshalb *Gerichte* in einem globalisierten und digitalisierten Umfeld immer häufiger immer komplexere Sachverhalte zu beurteilen haben. Gleichzeitig produziert die *Rechtsliteratur* immer mehr Fachpublikationen über spezifische *Einzelfragen*, die von immer weniger Juristen gelesen bzw. verstanden werden.

Als Folge dieser Entwicklung stösst das Rechtssystem nicht nur an seine „physischen“ *Leistungsgrenzen*, sondern es kommen auch *Zweifel* auf, ob die ständige Zunahme von Rechtsnormen, Gerichtsurteilen und juristischen Lehrmeinungen noch einen *genügenden Mehrwert* für *Gesellschaft* und *Rechtsordnung* generiert (z.B. durch bessere Rechtsdurchsetzung, höhere Rechtssicherheit oder mehr soziale Gerechtigkeit). Der Eindruck verstärkt sich, dass der *Grenznutzen* neuer oder revidierter Gesetzesbestimmungen und einer ständig wachsenden Anzahl juristischer Fachpublikationen *abnehmen* (z.B. wegen zunehmender gesetzgeberischer Widersprüche oder doktrinaler Kontroversen) und vereinzelt sogar ins *Negative* kippt². Das laufende Inkrafttreten neuer Gesetzesbestimmungen und die wachsenden Schwierigkeiten ihrer kohärenten Auslegung könnten in Zukunft die Wirksamkeit der Gesetzgebung als Mittel zur Lösung

gesellschaftlicher Probleme in Frage stellen und sollten daher als Indiz für eine mögliche *regulatorische Überforderung* des *Gesetzgebers* ernst genommen werden.

Angesichts dieser Umstände stellt sich im modernen Rechtsstaat die Frage, ob „weniger“ nicht „mehr“ sein könnte. Wäre es der Rechtsordnung wirklich abträglich, wenn der *Gesetzgeber* pro Jahr nur noch eine beschränkte Anzahl legislatorischer Worte zur Verfügung hätte und seinen Drang zur Gesetzesproduktion bewusst zügeln müsste³? Würde es die Rechtsanwendung beeinträchtigen, wenn Anwälte in ihren Rechtschriften und Plädoyers nicht alle erdenklichen (Gegen-)Argumente vortragen, sondern im Sinne eines haushälterischen Umgangs mit Rechtsstreitigkeiten sich möglichst kurz und bündig auf die Kernproblematik konzentrieren würden, welche das Gericht anschliessend ohne unnötige Umschweife entscheiden und begründen könnte? Würde die *Rechtswissenschaft* an Bedeutung verlieren, wenn ihre Exponenten nur noch eine limitierte Anzahl Worte pro Jahr zur Verfügung hätten, um ihre Gedanken der Fachwelt in Publikationen oder Vorträgen darzulegen? Oder anders und positiv formuliert: Würden Rechtsordnung und Recht langfristig nicht gestärkt, wenn im 21. Jahrhundert juristische Redseligkeit nur noch „Silber“, knapp formulierte juristische Reflexion dagegen „Gold“ wäre? Dieser Frage sei im Folgenden mit Blick auf die heutige Realität von Gesetzgebung (nachstehend 2), Rechtsprechung (nachstehend 3) und Rechtsliteratur (nachstehend 4) kurz nachgegangen.

2. Der (zu) gesprächige *Gesetzgeber*

Der Bundesgesetzgeber⁴ legiferiert gerne und viel. Jahr für Jahr erlässt er Gesetzesbestimmungen im Umfang von 5000 – 7000 Druckseiten⁵. Ein perfek-

¹ Die graphische Darstellung (vgl. Anhang, Graphik A) des jährlichen Umfangs der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts zeigt für die Zeit von 1998 bis 2015 einen deutlichen Trend zur Zunahme.

² Zu dieser Kategorie gehören etwa Gesetzesbestimmungen, die nach ihrem Erlass – bevor das Bundesgericht überhaupt Gelegenheit erhalten hat, ihre praktische Tragweite zu konkretisieren – bereits wieder revidiert werden sollen. Ein Beispiel ist der neue Art. 8 UWG. Vgl. dazu PROBST, in: Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern, 2016, Fn. 216, 1561.

³ Zum Vergleich: In der Finanzpolitik hat sich die « Schuldenbremse », welche dem Parlament eine gewisse Selbstdisziplin bei den Staatsausgaben auferlegt, als wirksam erwiesen.

⁴ Für den kantonalen *Gesetzgeber* gelten *mutatis mutandis* dieselben Überlegungen.

⁵ Vgl. im Anhang die Graphik A über den jährlichen Seitenumfang der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts für die Periode von 1998 bis 2015. Daraus ergibt sich ein deutlicher Trend zu mehr Gesetzesnormen.

ter Jurist müsste folglich an jedem Arbeitstag durchschnittlich *dreissig Seiten Gesetzestexte* studieren, um stets über den aktuellen Stand der Gesetzgebung informiert zu sein. Oder etwas prosaischer und prägnanter ausgedrückt: er müsste sich lebenslang seiner *Weiterbildung* widmen, ohne je Zeit für die Lösung konkreter Rechtsprobleme zu finden. Um dies zu vermeiden, wird er sich *nolens volens spezialisieren*. Die Gesetzesflut ist somit eine wichtige Triebfeder der fachlichen Spezialisierung und fördert dadurch die Entstehung und Verselbständigung *disparater juristischer Fach- und Tätigkeitsfelder*, auf denen Juristen mit breitgefächerten Rechtskenntnissen und einem scharfen Blick für übergreifende rechtliche Zusammenhänge immer mehr von Fachjuristen verdrängt werden. Dieser Trend widerspiegelt sich etwa in der Ausbildung einer stets wachsenden Anzahl *spezialisierter Fachanwälte*, die zwar einen geschulten Blick für ihr eigenes Fachgebiet haben, aber die grundlegenden Zusammenhänge mit und zu anderen Fachgebieten tendenziell aus den Augen verlieren. Letzterem versucht die Praxis damit zu begegnen, dass sie Spezialisten aus möglichst *vielen Fachgebieten* in Anwaltskollektiven zusammenführt. Dieser Ansatz verkennt allerdings, dass die Summierung von Fachwissen aus *einzelnen Rechtsgebieten* noch *kein Gesamtverständnis* eines komplexen Rechtsproblems und seiner Zusammenhänge garantiert. Dazu bedarf es nicht zuletzt weit- und breitsichtiger Generalisten mit einem vertieften Verständnis der (eine Rechtsordnung prägenden) *juristischen Grundprinzipien* und ihrer praktischen Anwendung. Letztlich muss sich jedes Einzelfachgebiet an diese Grundprinzipien halten, wenn die *Rechtsordnung* nicht – zum Schaden aller – zu einer „*Rechtsunordnung*“ werden soll. Mit andern Worten: die anhaltende fachliche Spezialisierung hat einen Preis bzw. zeitigt Opportunitätskosten und stellt keine nachhaltige Antwort auf die zeitgenössische Gesetzesflut dar.

Ein Seitenblick auf die *Medizin*, wo die fachliche Spezialisierung bereits sehr weit fortgeschritten ist, scheint hilfreich. Die moderne Schuldmedizin nimmt den Menschen vorwiegend als Summe von Einzelorganen wahr. Krank oder verletzt ist weniger der Mensch als Einheit, sondern eines seiner Organe, dessen Behandlung die Intervention eines Spezialisten erfordert. Unser Rechtssystem ist im Begriff, sich in dieselbe Richtung zu entwickeln, ohne dass über die *Vor- und Nachteile* dieses *schleichenden Wandlungsprozesses* reflektiert würde. Längerfristig droht diese

Entwicklung nicht nur die Legitimität und Glaubwürdigkeit unserer Rechtsordnung in Frage zu stellen⁶, sondern den Juristen könnte mit der fortschreitenden fachlichen Spezialisierung auch allmählich die *materielle Deutungshoheit* über ihre eigene Disziplin entgleiten. Als *Beispiel* sei die Berechnung des Personenschadens im Haftpflichtrecht erwähnt, wo die meisten Juristen den dogmatischen Durchblick verloren haben dürften, da dieses Feld immer stärker von der mathematischen Statistik und Informatik dominiert wird, deren Hilfsmittel angewendet werden können, ohne die zugehörigen Grundlagen wirklich verstehen zu müssen. Die Häufung (eher erratischer) *Rechtsprechungsänderungen* in diesem Bereich sind Ausdruck dieser Entwicklung⁷. In die gleiche Richtung weist z.B. auch die kürzlich (in der Tagespresse) erhobene Forderung nach einer Internetpublikation *aller* Gerichtsurteile auf allen Ebenen⁸. Dies müsste im Ergebnis dazu führen, dass Juristen noch weniger Zeit fänden, um *qualitativ-normativ* über Rechtsprobleme nachzudenken, währenddem vermehrt *andere Disziplinen* (z.B. Statistik, Soziologie, Psychologie) *empirisch-quantitative* Aussagen über rechtliche Phänomene machen würden. Solche Aussagen wären für diese Disziplinen ohne Zweifel wertvoll und interessant, aber sie *lösten keine konkreten oder dogmatischen Rechtsprobleme* und vermöchten eine (problem- und lösungsorientierte) *qualitativ-normative* Beschäftigung mit Rechtsfragen durch Juristen nicht zu ersetzen.

Fazit: Die stete Zunahme der Gesetzgebung hat einen Preis, da (auch) die *Gesetzesproduktion* dem Grundsatz des *abnehmenden Grenznutzens* unterliegt. Zu viele oder zu detailverliebte Rechtsnormen, die eher neue Probleme schaffen als bestehende Probleme lösen, sind rechtsstaatlich unerwünscht. Nicht jedes auftretende gesellschaftliche Problem bedarf um-

⁶ So ist es beispielsweise der Glaubwürdigkeit des Rechts abträglich, wenn Grundbegriffe wie jene des « Schadens » oder der « Kausalität » je nach Einzelfachgebiet eine unerschließliche Bedeutung erhalten.

⁷ Dazu sei auf folgende bundesgerichtlichen Urteile zur Kapitalisierung des Haushaltsschadens verwiesen: BGE 102 II 90, 95 (Kapitalisierung nach den Aktivitätstafeln); BGE 108 II 434 (Kapitalisierung nach dem arithmetischen oder gewichteten Durchschnitt (Verhältnis 2:1) der Mortalitäts und Aktivitätstafeln); BGE 113 II 345, 353 (Kapitalisierung nach dem arithmetischen Durchschnitt der Mortalitäts- und Aktivitätstafeln); BGE 129 III 135, 159 (Rückkehr zur Kapitalisierung nach den Tafeln der [nicht temporären] Aktivität [Tabelle 10]).

⁸ Vgl. unten Fn. 13.

gehend einer gesetzgeberischen Intervention⁹, auch wenn der parteipolitische Drang nach (symbolischer) Gesetzgebung gross sein mag. Dort, wo nach reiflicher Reflexion die Erforderlichkeit eines neuen Gesetzes indes als *sachlich ausgewiesen* erscheint, tut der Gesetzgeber gut daran, seine Bestimmungen möglichst *knapp* und *klar* zu formulieren¹⁰.

3. Ein Strom von Gerichtsentscheidungen...

Das Schweizerische Bundesgericht fällt jährlich über 7000 Urteile – mit einem moderaten Trend in Richtung 8000 Urteile pro Jahr¹¹. Davon werden in der *Amtlichen Sammlung* jedes Jahr auf rund 2500 Druckseiten die vom Bundesgericht als *besonders wichtig* erachteten Entscheidungen (auszugsweise) publiziert¹². Ein gewissenhafter Jurist müsste also an jedem Arbeitstag nicht nur dreissig Seiten Gesetzestexte, sondern zusätzlich über zehn Druckseiten *amtlich publizierter* Bundesgerichtsentscheidungen studieren. Dazu kommen etliche *amtlich nicht publizierte* Urteile des Bundesgerichts, welche im Internet zugänglich sind und von der Praxis immer häufiger zitiert werden.

Dieser Strom von Gerichtsentscheidungen verstärkt den – aus der Gesetzesflut resultierenden – Trend zur *Verselbständigung juristischer Tätigkeitsfelder* von

Spezialisten¹³. Gleichzeitig sieht sich das Bundesgericht gezwungen – angesichts der grossen Anzahl zu fällender Entscheidungen –, bei den Urteilsbegründungen immer stärker auf die in früheren Entscheidungen enthaltenen Textpassagen zurückzugreifen. Diese aus der Zeitnot geborene Arbeitsmethode der „juristischen Assemblage“ aus vorformulierten Begründungselementen ist der Überzeugungskraft von Urteilsbegründungen nicht unbedingt förderlich. Der Leser stösst denn auch vermehrt auf Grundsatzurteile, deren *Rechtsgrundlage* und *methodische Herleitung* weitgehend unklar bleiben¹⁴.

Auch in der Rechtsprechung wird damit das zeitgenössische Phänomen spürbar, dass *juristische Qualität* tendenziell von *quantitativen Faktoren* bedrängt und teilweise gar verdrängt wird¹⁵. *Institutionelle Rahmenbedingungen*, die dem höchsten Gericht weniger Urteile und damit weniger „copy/paste“-Begründungen abfordern, wären sicherlich im Interesse des Rechtsstaats.

4. ... und ein Meer juristischer Publikationen

Einem schleichenden Erosionsprozess der Qualität ist auch die *Rechtswissenschaft* ausgesetzt. Je länger die Publikationsliste eines Autors, desto vermeint-

⁹ Ein *positives* Beispiel ist der schlussendliche Verzicht auf die Einführung einer Gefährdungshaftung (mit Versicherungsobligatorium) für Halter von gefährlichen Hunden.

¹⁰ Ein *negatives* Illustrationsbeispiel ist das (in der Stadt Bern anzutreffende) Verkehrssignal (Nr. 2.43) « *Abbiegen nach links verboten* », welches folgende (durch Bäumäste teilweise verdeckte) Zusatzangaben enthält: « *08¹⁵-13⁰⁰/14⁰⁰-6³⁰ und Samstag + Sonntag gestattet ; Velo + Mofa gestattet* ». Wie soll ein Autofahrer auf einer verkehrsberuhigten Strasse, wo das Kreuzen mit dem Gegenverkehr wegen der parkierten Autos nur schwer möglich ist, im Vorbeifahren dieses Signal richtig verstehen? Gibt es keine einfachere Möglichkeit, um dem Motorfahrzeugverkehr von *Montag bis Freitag zwischen 6.30–8.15 und 13.00–14.00 Uhr* das Linksabbiegen zu verbieten. Die Experten für Strassensignalisation scheinen sich diese Frage nicht zu stellen. Der Glaubwürdigkeit des Rechtsstaats ist dies kaum förderlich und Eugen Huber hätte an solcher Gesetzgebung wohl keine Freude gehabt.

¹¹ Vgl. im Anhang die Graphik C zur Anzahl Bundesgerichtsentscheidungen pro Jahr während der Periode von 1998 bis 2015. Daraus ergibt sich ein moderater Trend zu mehr Urteilen des Bundesgerichts.

¹² Vgl. im Anhang die Graphik B über den jährlichen Seitenumfang der Amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheidungen. Auch hier besteht ein (klarer) Trend zur Zunahme.

¹³ Vor diesem Hintergrund ist man etwas überrascht, wenn in der Tagespresse argumentiert wird, in der Schweiz seien die Gerichtsentscheidungen *ungenügend zugänglich*, weshalb *alle Urteile auf allen Gerichtsebenen* im Internet verfügbar sein müssten. Ein Problem der Informationsüberflutung stelle sich deshalb nicht, weil Richter und Anwälte nicht alle Urteile zu kennen hätten (!).

¹⁴ Als illustratives Beispiel sei auf den Grundsatzentscheid BGE 133 III 6 ff. verwiesen, wo nicht klar wird, in Anwendung welcher *Gesetzesnormen* und aufgrund welcher *methodologischen Überlegungen* das Bundesgericht zu seinem Urteil gelangt ist.

¹⁵ Vgl. auch folgendes Zitat aus BGE 131 III 173, 178 (« Il est vrai que l'arrêt publié aux ATF 116 II 639 consid. 2c a pu jeter la confusion dans les esprits en tant qu'il exige que les parties „auf das Rechtsmittel Bezug nehmen und darauf verzichten“. Tel qu'énoncé et pris à la lettre, ce membre de phrase pourrait en effet signifier l'obligation faite aux parties - tenues d'indiquer le moyen de droit auquel elles renoncent - de mentionner l'art. 190 LDIP et/ou l'art. 192 LDIP, voire l'art. 85 let. c OJ, dans la clause arbitrale. Pourtant, ce n'est pas là ce qu'a voulu dire le Tribunal fédéral car, si tel avait été le cas, il lui aurait suffi de formuler *expressis verbis* cette exigence dans ses arrêts ultérieurs, ce qu'il s'est abstenu de faire. Au demeurant, cette exigence n'est nullement posée par l'auteur qu'il cite après le membre de phrase sus-indiqué (BRINER, ibid.). En réalité, par ce membre de phrase, qui figure d'ailleurs dans un *obiter dictum*, le Tribunal fédéral a simplement voulu préciser que la déclaration expresse dont il est question à l'art. 192 al. 1 LDIP doit faire ressortir de manière claire et nette la volonté commune des parties de renoncer à attaquer les sentences du tribunal arbitral par le moyen de droit prévu à l'art. 190 al. 2 LDIP »).

lich „wissenschaftlicher“ sein Leistungsausweis. Beschwingte Quantität überholt auch hier zunehmend die Bedächtigkeit tieferschürfender Qualität. Gleichzeitig werden zeitbeständige Monographien von kurzlebigen Zeitschriftenartikeln verdrängt und disparate Einzelartikel nachträglich wieder zu virtuellen „Sammelhabilitationen“ gebündelt. Dieser Trend zur seichten Quantität wird nicht zuletzt durch die Verbreitung juristischer „Internetzeitschriften“ beschleunigt, welche in hoher Frequenz und ohne druckkostenintensierte Seitenbeschränkung eine Vielzahl von Einzelartikeln elektronisch publizieren und per E-Mail versenden können. In diesem Umfeld entwickelt sich der rechtswissenschaftliche Diskurs immer mehr zu einer juristischen Breitendebatte, die *interessenorientierten* Kreisen die Möglichkeit eröffnet, die Deutungshoheit über die Auslegung von Rechtsnormen zu erlangen.

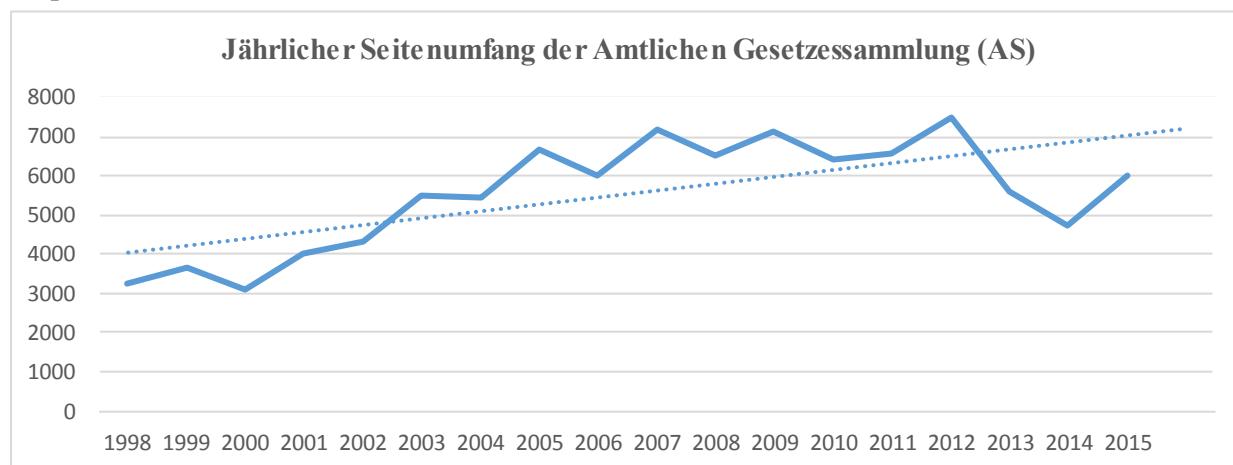
5. Wie weiter?

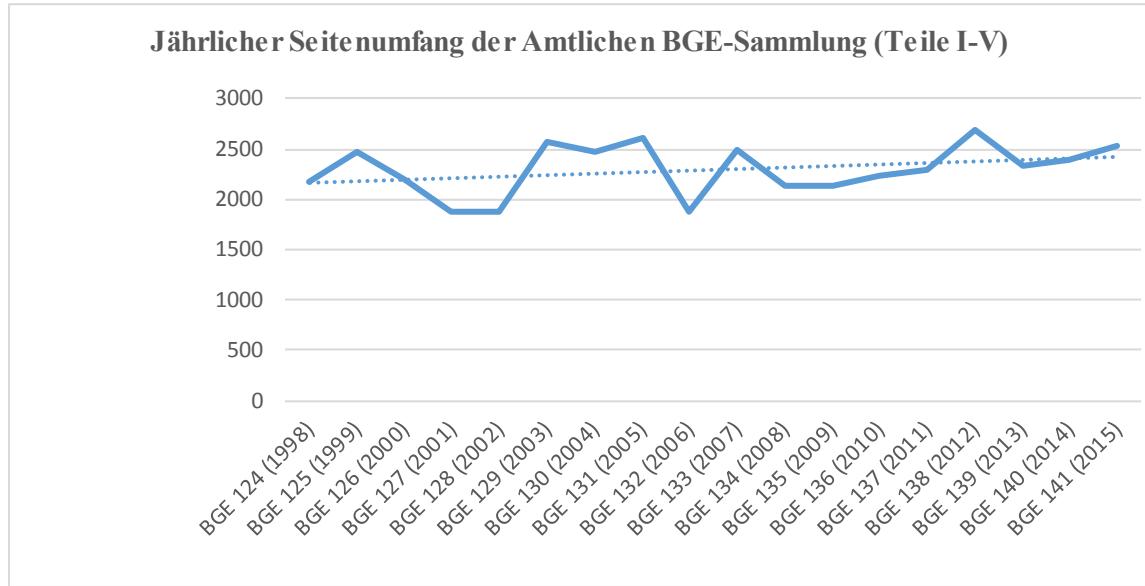
In einer globalisierten und digitalisierten Gesellschaft und Wirtschaft lässt sich das Ziel einer möglichst ge-

rechten und hinreichend effizienten Rechtsordnung nicht durch eine *permanente Erhöhung* der *Normenanzahl* und *Normendichte* erreichen, welche zu immer mehr Gerichtsurteilen und juristischen Publikationen führen. Ähnlich wie die von den Notenbanken praktizierte Flutung der Finanzmärkte mit billigem Geld zu negativen Zinsen führt, mündet eine Gesetzes-, Urteils- und Publikationsflut in eine *schleichen-de Entkräftung* des Rechts, das sich dem Prinzip des *abnehmenden Grenznutzens* nicht entziehen kann. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft bedürfen daher einer gewissen *Entschleuni-gung*, um auch in Zukunft ihre Aufgaben im Dienste des Rechtsstaates verantwortungsvoll wahrnehmen zu können. Die Privilegierung *kurzlebiger Quantität* ist keine nachhaltige Strategie für die Zukunft. Erforderlich ist vielmehr die konsequenteren Förderung *zeitaufwendiger, nachhaltiger Qualität*. Unsere Rechtsordnung benötigt mehr Zeit, *um mit weniger Worten mehr sagen und bewirken zu können*. Gönnen wir ihr diese Zeit als Investition in die Zukunft eines gut funktionierenden Rechtsstaates.

Anhang: Statistische Angaben zur Anzahl Bundesgesetze und Bundesgerichtsentscheide

Graphik A



Graphik B**Graphik C**