



Grundprinzipien des Rechts

Einführung
in die Rechtswissenschaft
mit Beispielen aus
dem schweizerischen Recht

Axel Tschentscher

: Haupt

Vorwort

Die *Grundprinzipien des Rechts* sollen einen komprimierten Überblick über das Recht vermitteln und dadurch das Studium der Einzelfächer gezielt ergänzen. Angesichts der verwirrenden Vielfalt von Rechtsmaterien erschliessen sich Gegenstand und Methode der Disziplin am besten, wenn man nach dem Gemeinsamen und Verbindenden des Rechts fragt. Dann zeigt sich, wie überschaubar die zentralen Grundgedanken der Jurisprudenz eigentlich sind: Verantwortlichkeit und Vertrauensschutz, Begründungslasten und Schutzzwecke, Kausalität und Verschulden, Konkurrenzen und Analogien – dies und vieles mehr bildet wiederkehrende Muster, die trotz aller Unterschiede im Detail sowohl das Privatrecht als auch das öffentliche Recht, teils sogar das Strafrecht prägen.

Primär wendet sich das Buch an Studienanfängerinnen und -anfänger. Ihnen soll es auf möglichst engem Raum die Grundkonzepte des Rechts nahe bringen. Die Literaturhinweise in den Fussnoten können dabei im ersten Semester getrost überlesen werden; sie dienen den Fortgeschrittenen als Startpunkt für weitere Recherchen. Dasselbe gilt für diejenigen Absätze, die auf besondere Probleme und wissenschaftliche Diskussionen hinweisen. Inhaltlich folgt nach einem Kapitel zu den Grundbegriffen (Recht, Gerechtigkeit, Rechtswissenschaft) gleich der eigentliche Gegenstand des Studiums: das Gesetzesrecht. Eng am Text der schweizerischen Gesetze geht es dabei um die exemplarische Arbeit mit Rechtsnormen, ihre Analyse und Kombination, Auslegung und Anwendung. Auf diesen Methodenteil folgen im letzten Kapitel insgesamt 20 Rechtsprinzipien, an denen sich zeigen lässt, durch welche Kerngehalte die einzelnen Gebiete der Rechtswissenschaft verbunden sind.

Den Kolleginnen und Kollegen am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern danke ich für die geduldige Beantwortung zahlreicher Fragen, die mich in der Einarbeitungs- und Konzeptionsphase begleitet haben. Frau *lic. iur. Ursula Wyssmann* gebührt besonderer Dank. Sie hat nicht nur mühsame Korrektur- und Recherchearbeiten auf sich genommen, sondern auch zahlreiche Beispiele und Ergänzungen zu diesem Buch beigetragen. Schliesslich danke ich Frau *Rosmarie Locher* für die Hilfe bei der Texterfassung.

Bern, im Juni 2003

Axel Tschentscher

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Literaturverzeichnis	15
Einleitung: Grundprinzipien im Rechtsstudium.....	17
Erster Teil: Grundbegriffe.....	21
I. Was ist Recht?	21
1. Recht als Normenordnung	22
a) Arten von Rechtsnormen	23
aa) Gebote.....	23
bb) Verbote	24
cc) Erlaubnisse	25
dd) Freistellungen	25
ee) Systematisierung.....	26
ff) Kombinationen	26
b) Kontingenz von Rechtsnormen.....	27
aa) Änderungen und Wandel des Rechts	27
bb) Konstruiertheit rechtstechnischer Begriffe und Institute....	30
cc) Jurisprudenz als nicht-exakte Wissenschaft	30
dd) Varianz der Rechtsordnungen	31
c) Adressaten von Rechtsnormen	32
d) Zwangsscharakter von Rechtsnormen.....	33
2. Andere Normenordnungen und ihre Verrechtlichung	35
a) Religion.....	35
b) Tradition, Sitte, Brauchtum und Mode	36
c) Ausserrechtliche Moralität	38
d) Logik und Ästhetik	38
e) Marktwirtschaft	39
3. Funktionen und Ziele des Rechts.....	40
a) Befriedungsfunktion (Integrität und Sicherheit)	41
b) Gewährleistungsfunktion (Freiheit und Gleichheit)	41
c) Ordnungs- und Effektivierungsfunktion (Kooperation).....	42
d) Gerechtigkeitsfunktion (Ausgleich und materielle Sicherheit)	42
e) Integrationsfunktion (Einheit)?	43
II. Wie verhält sich Recht zur Gerechtigkeit?	44
1. Positives Recht.....	44

2. Gerechtigkeit	45
a) Suum quique!	45
b) Rechtsrelevante Gerechtigkeitsbegriffe	48
3. Überblick zum Streit um den Rechtsbegriff	50
a) Trennungsthese (Rechtspositivismus)	51
b) Verbindungsthese (Naturrecht)	52
c) Rechtsdefinitionen	54
III. Was ist Rechtswissenschaft (Jurisprudenz)?	57
1. Jurisprudenz als Wissenschaftsdisziplin	57
a) Naturwissenschaften	58
b) Geisteswissenschaften	59
c) Kulturwissenschaften	60
d) Einordnung der Rechtswissenschaft	60
2. Bezüge des Rechts zu verwandten Disziplinen	61
a) Historische Aspekte	62
b) Politische Aspekte	63
c) Philosophische Aspekte	64
d) Soziologische Aspekte	64
e) Ethnologische Aspekte	65
f) Psychologische Aspekte	65
g) Ökonomische Aspekte	66
3. Kritik an der Rechtswissenschaft	66
a) Hermeneutischer Zirkel	67
b) Klassenjustiz und Klassenrecht?	67
c) Diskurstheorie des Rechts	68
d) Systemtheorie und Autopoiesis	69
e) Ökonomische Analyse des Rechts	70
f) Feministische Jurisprudenz	71
Zweiter Teil: Rechtsanwendungslehre	73
I. Stufen der Rechtsanwendung	73
1. Sachverhaltsaufbereitung und Normzuordnung	74
2. Syllogistik und Subsumtion	76
a) Aristotelische Grundlagen	77
b) Mittelalterliche Modifikationen	77
c) Juristische Relevanz	78
d) Subsumtionstätigkeit	79
3. Leitfragen und subjektive Rechte	81
a) Privatrecht	82
b) Öffentliches Recht	84
c) Strafrecht	85

4. Tatbestandsmerkmale und Prüfungsabschnitte	85
5. Perspektivenvielfalt und Stilbildung	87
a) Juristischer Sprach- und Darstellungsstil	88
b) Gutachtenstil	89
c) Urteilsstil	89
d) Relationstechnik	90
II. Struktur und Arten von Rechtsnormen	92
1. Konditionalstruktur von Rechtsnormen	92
2. Vervollständigung von Rechtsnormen	95
a) Legaldefinitionen	96
b) Ausnahmeregelungen	98
c) Verweisungen	99
3. Kombination von Rechtsnormen	100
4. Sonderfälle	101
a) Regelbeispiele	102
b) Präambeln, Zweck- und Zielbestimmungen	102
c) Rechtsnormen mit Finalcharakter	103
d) Rechtsnormen mit Prinzipiencharakter	104
III. Normauslegung	106
1. Kanon der Auslegungsmittel	108
a) Grammatikalische Interpretation	108
b) Systematische Interpretation	111
c) Historische Interpretation	112
d) Teleologische Interpretation	112
2. Bedeutung der Auslegungsmittel	114
a) »Methodenpluralismus« (Bundesgericht)	114
b) Auslegungsmittel als Querschnittsinstrumente	115
c) Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe	116
d) Verfassungskonforme Auslegung	118
e) Wortlaut als Grenze	119
3. Rechtsanwendung bei Normenmehrheit	121
a) Normkonkurrenzen	121
b) Regelkollisionen und Normvorrang	122
aa) Stufung (lex superior derogat legi inferiori)	122
bb) Genauigkeit (lex specialis derogat legi generali)	122
cc) Zeitpunkt (lex posterior derogat legi priori)	122
c) Prinzipienkollisionen und Abwägung	123
4. Methodenvergleich mit US-amerikanischer Auslegung	123

IV. Richterliche Rechtsfortbildung.....	125
1. Rechtsverweigerungsverbot	125
2. Zentrale dogmatische Probleme.....	126
a) Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung	126
b) Systematik der Einleitungsartikel	128
c) Unechte Gesetzeslücken?	130
3. Lücken	131
4. Analogie.....	133
5. Teleologische Reduktion	136
6. Normzweck als Grenze.....	139
Dritter Teil: Fachübergreifende Rechtsprinzipien.....	141
Erste Gruppe: Rechtstheoretische Prinzipien	142
1. Rechtssubjektivität	142
a) Natürliche und juristische Personen	142
b) Gesetzliche Schranken.....	143
c) Rechtssubjekt und Rechtsobjekt.....	144
2. Verfahrensmediatisierung	145
a) Autoritativentscheid	146
b) Verhandlung.....	147
c) Abstimmung	148
d) Diskurs	149
3. Kompetenzzuweisung.....	151
4. Interessenorientierung	152
5. Normkollisionsregulierung	153
Zweite Gruppe: Verfassungsprinzipien.....	155
6. Legalitätsprinzip	155
a) Vorrang des Gesetzes	155
b) Erfordernis des Rechtssatzes	156
c) Relativierung durch Generalklauseln	159
7. Vertrauensprinzip (Treu und Glauben).....	160
a) Vertrauensschutz im Strafrecht	161
b) Vertrauensschutz im öffentlichen Recht.....	161
aa) Bestandesgarantie	161
bb) Rückwirkungsverbot.....	162
c) Vertrauensschutz im Privatrecht.....	163
aa) Willenserklärungen und Vertragsinhalt.....	163
bb) Vertrauenshaftung	164
cc) Gutgläubiger Erwerb	165

Einleitung: Grundprinzipien im Rechtsstudium

Der römischen Göttin für Recht und Gerechtigkeit, *Justitia*, verbindet man die Augen, um ihre Unparteilichkeit zu symbolisieren¹. Demgegenüber stellten die Griechen ihre Rechtsgöttin *Themis* mit offenen und besonders grossen Augen dar – ein Zeichen dafür, dass im Recht aktiv nach der Wahrheit gesucht wird. Neben Unparteilichkeit und Wahrheitssuche gehört zum Recht auch das Abwägen der widerstreitenden Interessen, das die *Justitia* durch ihre Waage versinnbildlicht, und die besondere Zwangsbefugnis, die als Schwert im Hintergrund schwebt.

Die *Grundprinzipien des Rechts* sind als Einführung in die **teilrechtsübergreifende Gehalte** des Rechts konzipiert. Das Buch soll möglichst überschneidungsfrei den klassischen Kanon an Hauptfächern, arbeitstechnischen Einführungen und Berufskunde ergänzen². Welches, so lautet die Leitfrage, sind die Rechtsprinzipien, die sowohl im Privatrecht als auch im öffentlichen Recht eine Rolle spielen, bei denen es sich also lohnt, nach den gemeinsamen Merkmalen zu fragen? Damit soll nicht die Zweiteilung von Öffentlichem und Privatem geleugnet werden, die das kontinentaleuropäische Recht prägt³. Doch bei allen Unterschieden bleibt, das ist die Idee, genug Gemeinsames, um eine Einführung zum Verbindenden des Rechts zu präsentieren, zu denjenigen Kerngedanken also, die sich sonst allzu schnell in der Vereinzelung der Teilrechtsordnungen und des Spezialwissens verlieren.

Das **schweizerische Recht** steht bei den behandelten Rechtsnormen und sämtlichen Beispielen im Vordergrund. Nur gelegentlich tritt der vergleichende Blick auf andere Rechtsordnungen ergänzend hinzu, um die Vorstellung von Alternativen zu schärfen und so das Verständnis der eigenen Rechtsordnung zu

- 1 Der Umschlag zeigt die *Justitia* auf dem Gerechtigkeitsbrunnen in Bern (1543). Zusätzlich zu den üblichen symbolischen Elementen schützen die Ohrenklappen die Figur vor den Einflüsterungen eigeninteressierter Parteien. Ausserdem liegen ihr Kaiser, König, Papst und Sultan zu Füssen, was allerdings – Jahrhunderte vor dem Ende des absolutistischen Zeitalters – noch nicht das moderne Verständnis ausdrücken kann, nach dem sich auch die Herrschenden dem Recht beugen müssen. Das Bundesgericht musste sich mit der Statue befassen, nachdem ein jurassischer Separatist für deren Zerstörung (1986) mit 22 Monaten Zuchthaus bestraft worden war; vgl. BGE 117 IV 437 (440 f.) – *Justitia*.
- 2 Als Einführung und Überblick eignen sich hierzu *Peter Forstmoser/Regina Ogorek*, Juristisches Arbeiten, 2. Aufl. Zürich 1998, insbesondere auch S. 16 ff. (Sprache); *Forstmoser*, Einführung (2003), S. 503 ff. (Anhang zur Berufskunde). Eine leicht lesbare Geschichte des Juristenstandes bietet *Hans Hattenhauer*, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. Heidelberg 1996, Rn. 686 ff.
- 3 Anschaulich dazu *Caroni*, Privatrecht (1988), S. 101 ff.

vertiefen. Rechtsphilosophische Bezüge einschliesslich einiger zentraler Autoren gehören zwangsläufig dazu, wobei aber alle Details der speziellen Rechtsphilosophieliteratur vorbehalten bleiben.

Aussergewöhnlich für ein Einführungsbuch ist der Anmerkungsapparat in den **Fussnoten**. Durch solche Apparate dürfen sich Juristinnen und Juristen – auch solche der ersten Semester – nicht abschrecken lassen. Bei diesem Buch enthalten die Fussnoten im wesentlichen drei Arten von Hinweisen. Erstens sind *Klassikerzitate*, teils sogar im Wortlaut, eingearbeitet, denn die kommen im Studienalltag häufig zu kurz. Zweitens führen bei umfassenderen Themen, die in diesem Buch nur angetippt werden können, Nachweise zu *weiterführender Literatur*. Drittens schliesslich sind *Entscheide des Bundesgerichts* als Beispiele angeführt, jeweils mit einem erläuternden Kurztitel und in vielen Fällen einem Schlüsselsatz aus den Erwägungen. Wer keine Zeit zum Nachlesen findet, erhält so wenigstens einen ersten Eindruck, in welchen Fällen die Rechtsfrage eine Rolle spielt.

Zur **Gliederung** der Einführung befasst sich der *Erste Teil* mit den Grundbegriffen Recht, Gerechtigkeit und Rechtswissenschaft. Der *Zweite Teil*, die Rechtsanwendungslehre, fragt nach den verschiedenen Arten der Rechtsnorm und vermittelt eine Vorstellung davon, wie eine Norm auszulegen ist und wann sie in der Kollision mit anderen Normen Vorrang beanspruchen kann. Hier wirkt sich die Abgrenzung zu den Hauptfächern besonders stark aus. Die Rechtsquellenlehre etwa findet ihren Platz teils im Zivilrecht (Verträge), teils im öffentlichen Recht (Normenhierarchie). Sie kommt in dieser Einführung daher nur noch ergänzend in ihren methodentechnischen Gehalten vor. Die Verfahrensordnungen des Gerichtswesens und die Verfahrensgarantien des Rechts (z.B. Fairnessprinzip, Anspruch auf rechtliches Gehör, Öffentlichkeit des Verfahrens), die Techniken der Rechtsetzung, die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht, Grundfragen des Vertragsrechts, der Staatsorganisation und des Grundrechtsschutzes – all dies wird hier, anders als sonst in Einführungsbüchern üblich⁴, nicht behandelt, weil es bereits in den Hauptvorlesungen zur Sprache kommt.

Im *Dritten Teil* zu den **fachübergreifenden Rechtsprinzipien** geht es um zentrale Inhalte des Rechts, etwa das Vertrauensprinzip und das Prinzip des Vertragsschlusses, die Kompetenzordnung, die Kausalität, das Verschulden, die Kondiktion und manches mehr. Die Auswahl fiel dabei nicht ganz leicht und hätte mit guten Gründen noch weitere fachübergreifende Prinzipien einbeziehen

4 Eben solche Überschneidungen mit den Lehrbüchern der Einzelfächer bietet seit jeher die Einführungsliteratur, etwa *Burckhardt*, Einführung (1948), S. 9 ff.; *Arzt*, Einführung (1996), S. 94 ff.

oder einige der behandelten ausschliessen können. Leitlinie war, nur Rechtsprinzipien zu wählen, die im privaten wie öffentlichen Recht ihre je eigene Anwendung finden, dabei aber auf einem gemeinsamen Grundgedanken aufbauen. Statt nun, wie die Hauptfächer, jeweils aus der einzelnen Fachperspektive auf die Prinzipien zu schauen, zeigt diese Einführung Gemeinsamkeiten auf und verdeutlicht dadurch, wie sich die drei grossen Rechtsgebiete – also Privatrecht, öffentliches Recht und Strafrecht – mittels der Prinzipien verbinden.

Erster Teil: Grundbegriffe

I. Was ist Recht?

Eine erste Hürde beim Verständnis des Rechts ist der Unterschied zwischen Rechtsgesetzen und Naturgesetzen⁵. In einem sehr allgemeinen Sinne sind sowohl die Rechtswissenschaft als auch die Naturwissenschaften insgesamt **Gesetzeswissenschaften** – Fachdisziplinen des Regelhaften also, bei denen bestimmte Voraussetzungen mit einer Folge verknüpft werden. In dieser Kausalbeziehung scheint eine Parallele zwischen Gesetzen der Natur und Gesetzen des Rechts zu liegen. Doch die Ähnlichkeit ist eine trügerische. Denn die Gesetze der Natur zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie unabhängig von Ort und Zeit Geltung beanspruchen können. Dagegen sind die Gesetze des Rechts Menschenwerk, Gesetze der *Kultur*, nicht der *Natur*. Die juristische Kausalität ist eine eigentümliche, vom Menschen gestiftete⁶. Mit dieser Kulturabhängigkeit verliert sich die relative Sicherheit, die wir bei Naturgesetzen kennen, im Gebiet des Rechts. Was heute als Rechtsgesetz gilt, kann morgen bereits abgeschafft sein – in der Schilderung *Savignys*, die diesem später zum Ausgangspunkt seiner Kritik dient⁷:

»Nach ihr [der allgemeinen Ansicht von der Entstehung allen positiven Rechts] entsteht im normalen Zustande alles Recht aus Gesetzen, d.h. ausdrücklichen Vorschriften der höchsten Staatsgewalt. Die Rechtswissenschaft hat lediglich den Inhalt der Gesetze zum Gegenstand. Demnach ist die Gesetzgebung selbst, so wie die Rechtswissenschaft, von ganz zufälligen, wechselndem Inhalt, und es ist sehr möglich, daß das Recht von morgen dem von heute gar nicht ähnlich sieht.«

⁵ Engisch, Einführung (1997), S. 4 ff.

⁶ Ernst Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879, S. 200 ff. (206): »Wo die Parallelisierung des Naturgesetzes mit dem Rechtsgesetz einmal nicht zutrifft, da hat das immer und lediglich seinen Grund darin, dass das letztere eine menschliche Schöpfung ist.«; sowie S. 215 f.: zwischen »natürlichen Thatsachen« (Tatbestand) und »Entstehung eines Rechts« (Rechtsfolge) bestehe »ein eigentümliches, erst von dem Gesetzgeber geschaffenes Band der Notwendigkeit, das wir nicht anders als analog der natürlichen Causalität (Sachgrund) aufzufassen vermögen.«

⁷ Savigny, Beruf (1814), S. 6 (Neudruck S. 75).

1. *Recht als Normenordnung*

Wenn also die Rechtsgesetze nicht mit den Naturgesetzen vergleichbar sind, so ist ihnen doch eine gewisse, wenn auch zeitlich und örtlich variable Grundordnung zueigen. Diese Grundordnung bezieht sich aber nicht auf das Sein, sondern auf das Sollen, ist also eine *Sollensordnung*. Die einzelnen Sollensanordnungen bezeichnet man als Normen. Deshalb spricht man beim Recht auch von einer **Normenordnung**.

Was aber ist eine Rechtsnorm? Darauf gibt es zwei Antworten, eine einfache und eine etwas kompliziertere. Die einfache Antwort betrifft das gewöhnliche Verständnis in der Rechtsdogmatik und orientiert sich an der Modellvorstellung des Gesetzes. Danach werden zu den Rechtsnormen nur solche Sollensanordnungen gezählt, die für eine Vielzahl von Personen (generell) und für eine Vielzahl von Lebenssituationen (abstrakt) gelten – insbesondere also die Parlamentsgesetze und Regierungsverordnungen. Das sind **generell-abstrakte Normen** oder **Rechtsnormen im engeren Sinn**. Im Zweifel sind nur sie gemeint, wenn man unter Juristinnen und Juristen danach fragt, was eine Rechtsnorm sei.

Die zweite, etwas kompliziertere Antwort ist diejenige der Rechtstheorie. Sie berücksichtigt zusätzlich solche Sollensanordnungen, die einzelne Personen individuell und in einer ganz konkreten Lebenssituation betreffen, etwa der Vertragsschluss unter Privaten, die Verfügung einer Verwaltungsbehörde oder das Urteil eines Gerichts⁸. Solche **individuell-konkreten Regelungen** enthalten ebenfalls eine normative, das heisst auf ein Sollen bezogene Anordnung, obgleich sie sich unmittelbar nicht auf eine Vielzahl von Fällen, sondern nur auf einen einzelnen Menschen in einer konkreten Situation beziehen⁹. Mit der Rechtsanwendung auf den einzelnen Fall begründen sie aber ihrerseits allgemeine Verhaltenserwartungen für die Zukunft, bilden sozusagen neues Recht, weshalb man in der Rechtstheorie von **Fallnormen** spricht¹⁰. Im Zweifel sind allerdings keine individuell-konkreten Regelungen gemeint, wenn von Rechtsnormen die Rede ist.

Ausser von Rechtsnormen hört und liest man auch noch von **Rechtssätzen** und **Rechtsbestimmungen**. Zwischen Rechtsnorm und Rechtssatz wird dabei praktisch nicht unterschieden. In beiden Fällen ist die *inhaltliche* Sollensanordnung gemeint. Wer hingegen Rechtsbestimmungen erwähnt, der meint die *text-*

⁸ Röhl, Rechtslehre (2001), § 22 (S. 177).

⁹ Vgl. dazu Kelsen, Reine Rechtslehre (1960), S. 4 f.

¹⁰ Vgl. Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV, Tübingen 1977, S. 176 ff., 202 ff., 382 f.; Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York 1982, S. 516.

liche Verkörperung, in der Rechtsnormen erscheinen – den »Normsatz«¹¹ oder »Normtext«¹². Diese Unterscheidung ist nicht ganz unwichtig, wenn man das Recht verstehen will, denn in Gesetzen findet man viele Rechtsbestimmungen (einzelne Sätze, Halbsätze, Absätze etc.), die eine textliche Einheit bilden, in denen inhaltlich aber *mehr als eine* Rechtsnorm oder *überhaupt keine* Rechtsnorm enthalten sein kann. So einfach, wie es zunächst klingt, ist der Normbegriff deshalb nicht. Jedenfalls ist nicht schon alles, was irgendwie als lesbarer Satz in einem Gesetz steht, damit bereits eine Rechtsnorm. Es gibt unvollständige Vorschriften, die man durch Kombination verschiedener Rechtsbestimmungen erst zu einer anwendbaren Rechtsnorm vervollständigen muss¹³.

a) Arten von Rechtsnormen

Als erste Leitlinie hilft es, wenn man die Rechtsnormen in Gebote, Verbote und Erlaubnisse unterteilt – die deontischen Modalitäten, die gleichzeitig die Grundzustände in der juristischen Logik sind¹⁴. Nach der »Logik des Sollens« oder »Logik der normativen Begriffe und Sätze«¹⁵ lassen sich alle Rechtsnormen, die im Gesetz zu finden sind, entweder diesen Grundformen zuordnen oder als eine Kombination derselben darstellen¹⁶.

aa) Gebote¹⁷

Beispiele für die Grundform des Gebots finden sich in der Bundesverfassung:

¹¹ Röhl, Rechtslehre (2001), § 22 (S. 174).

¹² Vgl. Friedrich Müller, Juristische Methodik, 6. Aufl. Berlin 1995, Nr. 313.1 (S. 138): »Die in Gesetzblättern und Gesetzessammlungen stehenden Wortlaute von Vorschriften, also die *Normtexte*, sind nicht normativ.«

¹³ Dazu unten S. 95 (Vervollständigung von Rechtsnormen).

¹⁴ Vgl. etwa Aulis Aarnio, Denkweisen der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung, 1979, S. 42: »Eine Norm ist ... ein mittels der Sprache ausgedrücktes Gebot, Verbot oder eine Erlaubnis.« Grundlegend dazu Georg Henrik von Wright, Deontic Logic, in: Mind 60 (1951), S. 1-15; ders., Norm and Action, London 1963.

¹⁵ So die Charakterisierung der deontischen Logik bei Georg Henrik von Wright, Artikel »Logik, deontische«, in: Joachim Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 5, Basel/Stuttgart 1980, Sp. 384.

¹⁶ Kritisch zu dieser Annahme Gertrude Lübbe-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg/München 1981, S. 32 f.

¹⁷ Einige Leserinnen und Leser werden fragen: »Was soll das ‚aa‘ in der Überschrift?« Es entspricht der juristischen Gliederungskonvention, nach römischen Ziffern, arabischen Ziffern und einfachen Buchstaben auf der nächsten Gliederungsebene doppelte Buchstaben zu benutzen, also A. I. 1. a) aa). Die Details sind allerdings nicht festgelegt – nur systematisch muss es sein.

Art. 5 BV Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns¹ Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.² Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.³ Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben.⁴ Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.

Das Schlüsselwort, an dem sich das zwingende Gebot ausdrücklich offenbart, steht im zweiten Absatz: staatliches Handeln *muss* im öffentlichen Interesse liegen. Neben dieser offensichtlichen Anordnung eines Gebotes (das sich hier übrigens an die staatlichen Organe richtet, nicht an die Bürgerinnen und Bürger) erweisen sich auch die übrigen Absätze als Gebotsformulierungen: alles staatliche Handeln *muss* das Recht als Grundlage und Schranke beachten; staatliche Organe und Private *müssen* nach Treu und Glauben handeln; Bund und Kantone *müssen* sich an das Völkerrecht halten. Obwohl der Verfassungstext wie eine Zustandsbeschreibung klingt, ist er als Sollensanordnung zu lesen. Als erstes Fazit zeigt sich daran: der *normative Gehalt* einer Rechtsnorm ist häufig nicht ausdrücklich im Gesetzestext niedergelegt (explizit), sondern es ergibt sich erst aus den Umständen (implizit), dass das Gesetz hier eine zwingende Handlungsanweisung enthält.

bb) Verbote

Ein einfaches Beispiel für Verbote findet sich im Jagdgesetz:

Art. 11 Abs. 5 JSG Schutzgebiete*In den Jagdbanngebieten und Vogelreservaten ist die Jagd verboten. ...*

Die Schlüsselformulierung »ist ... verboten« drückt hier eindeutig aus, was gemeint ist. Schwieriger verhält es sich bei vielen anderen Gesetzesbestimmungen, insbesondere den Strafgesetzen, weil hier nirgends von Verboten die Rede ist:

Art. 139 Abs. 1 StGB Diebstahl*Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.*

Trotzdem wird kaum jemand bezweifeln, dass mit dieser Norm des Strafgesetzbuches ein Verbot geregelt ist. Indem ein bestimmtes Verhalten unter Strafe ge-

stellt wird, ist nämlich das Verbotensein dieses Verhaltens notwendig mitgedacht. Es ist dann zwar nicht ausdrücklich, sondern nur sinngemäss in der Rechtsbestimmung enthalten¹⁸. Gleichwohl erhält die Verbotswirkung gleiche Kraft, als hätte der Gesetzgeber noch einen Einleitungssatz hinzugefügt und etwa folgendermassen formuliert:

Diebstahl ist verboten. Diebstahl begeht, wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern. Wer Diebstahl begeht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

cc) Erlaubnisse

Zum Schluss noch die dritte Grundform der Rechtsnorm, die Erlaubnis. Auch in dem folgenden Beispiel ist das Schlüsselwort »erlaubt« nicht enthalten. Statt dessen ist von »zulassen« die Rede, was im Normativgehalt einer Erlaubnis entspricht:

Art. 11 Abs. 5 JSG Schutzgebiete

... . Die kantonalen Vollzugsorgane können jedoch den Abschuss von jagdbaren Tieren zulassen, wenn es für den Schutz der Lebensräume, für die Erhaltung der Artenvielfalt, zur Hege oder zur Verhütung von übermässigen Wildschäden notwendig ist.

Hier hat der Bund zunächst die Jagd in Banngebieten und Vogelreservaten ganz verboten, stellt den Kantonen aber frei, für bestimmte Fälle ausnahmsweise eine Erlaubnis auszusprechen. Dieses Wechselspiel kommt sehr häufig vor. Man nennt es »Verbot mit Erlaubnisvorbehalt« oder »Bewilligungspflicht«. Im übrigen sind gesetzlich geregelte Erlaubnisse eher selten. In einem freiheitlichen, an Grundrechte gebundenen Staat muss nämlich alles, was nicht verboten ist, als erlaubt angesehen werden.

dd) Freistellungen

Was nicht verboten ist, ist erlaubt. Dieser Satz führt zu einer Feinheit, die es bei der Erlaubnis noch zu beachten gilt. Denn zu den nicht verbotenen Handlungsweisen zählen ja auch diejenigen, die ausdrücklich geboten sind: Steuern zahlen,

¹⁸ Lübbe-Wolff, Rechtsfolgen (Fn. 16), S. 32 f., will schon darin eine Disqualifizierung der deontischen Modalitäten sehen.

die Schule besuchen, den Wohnsitz anmelden, je nach Aufgebot bei der Stimmabzählung mitwirken und vieles mehr. Natürlich kann man auch hier sagen, es sei »erlaubt«, Steuern zu zahlen. Doch eine Freiwilligkeit ist damit nicht verbunden. Deshalb gibt es noch einen besonderen Begriff für Normen, die etwas erlauben, ohne es gleichzeitig zu gebieten, sozusagen eine Erlaubnis im engeren Sinn: die Freistellung. Nehmen wir das Baden im Fluss: es ist erstens »erlaubt« im weiten Sinne von »nicht verboten«, zusätzlich aber auch im engeren Sinne von »freiwillig« – niemand wird gezwungen, ins kalte Wasser zu springen. So auch bei dem eben erwähnten Jagdbeispiel: wenn die Jagd kantonally zugelassen wird, ist gleichwohl niemand verpflichtet, die freigegebenen Tiere wirklich abzuschiessen.

ee) Systematisierung

Mit den Freistellungen als besonderer Form der Erlaubnis ist jetzt ein vollständiges **System der deontischen Modalitäten** erreicht. Für die einzelnen Normarten haben sich in der Rechtstheorie englischsprachige Abkürzungen durchgesetzt: O (*obligatory*, geboten), F (*forbidden*, verboten), P (*permitted*, erlaubt), L (*licensed*, freigestellt). So lassen sich die einzelnen normativen Gehalte ineinander umdeuten¹⁹ und in einer kurzen Schreibweise zusammenfassen. Wenn etwa eine Handlungsweise (x) *freigestellt* ist, dann heisst das, sie ist nicht ($\neg$) verboten und ($\wedge$) nicht geboten: $L(x) = \neg F(x) \wedge \neg O(x)$.

Manchmal hilft es, sich die genaue Bedeutung einer Norm auf diese Weise vor Augen zu führen. Die deontische Logik, d.h. die Logik der Sollenssätze (Normen), versucht noch einen Schritt weiter zu gehen, indem sie logische Operationen mit diesen Modalitäten vornimmt oder die Normverhältnisse möglichst vollständig in Bildern zusammenfasst²⁰. Für praktische Fragen des Rechts und des Rechtsstudiums sind solche Formalisierungen allerdings nicht nötig.

ff) Kombinationen

Neben den Grundformen der Rechtsnorm, den Geboten, Verboten und Erlaubnissen, gibt es zahlreiche Beispiele, in denen andere Sollensanordnungen durch Kombination aus den Grundformen gebildet werden. Eine solche Kombination

¹⁹ Dies geschieht (wie in der modalen Logik zuvor bereits bei den modalen Kategorien der 'Möglichkeit', 'Unmöglichkeit' und 'Notwendigkeit') durch die Technik der doppelten Negation: wenn es *nicht* möglich ist, dass ein Sachverhalt *nicht* besteht, dann ist er notwendig; wenn es *nicht* erlaubt ist, dass eine Handlung *nicht* vorgenommen wird, dann ist die Handlung geboten. Vgl. dazu von Wright, Logik (Fn. 15), Sp. 384.

²⁰ Vgl. das Normquadrat bei Röhl, Rechtslehre (2001), § 22 (S. 170).

lässt sich etwa bei der **Kompetenz** erkennen. Eine ausschliessliche Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers besteht aus einer Erlaubnis für den Kanton, verbunden mit dem Verbot des Normerlasses durch den Bund. Wenn wir also sagen, die Schulgesetzgebung fällt in die Kompetenz des Kantons, dann meinen wir damit einerseits, der Bund darf kein Schulgesetz erlassen (Verbot), und andererseits, es ist dem Kanton gestattet, das Schulwesen durch Gesetz zu regeln (Erlaubnis). Ähnliche Kombinationen finden sich auch im Privatrecht. Wer einem anderen beispielsweise die **Option** zum Kauf von Aktien einräumt, der begründet damit für den Berechtigten die Erlaubnis, ja sogar die Freistellung, diese Option auszuüben. Gleichzeitig entsteht ein rechtliches Gebot für den Verpflichteten, im Ausübungsfalle die Berechtigung anzuerkennen und die Aktien zu verkaufen.

b) Kontingenz von Rechtsnormen

Gleichgültig, ob die rechtliche Regelung in Gebot, Verbot oder Erlaubnis besteht, immer muss die Kontingenz (Bedingtheit) von Rechtsnormen bedacht werden. Die Inhalte des Rechts sind zwar nicht beliebig, sondern können zu jedem einzelnen Zeitpunkt festgestellt werden – notfalls durch rechtskräftigen Gerichtsentscheid. Von einem Zeitpunkt zum anderen ist das Recht aber veränderlich, denn es bildet keine Naturerscheinung, sondern wird in menschlichen Kulturen hervorgebracht: »Recht entspringt der Willkür seiner eigenen Positivität«²¹. Die Bedingtheit, die jedem Menschenwerk anhaftet, äussert sich beim Recht in seiner Abänderbarkeit (aa), der konstruktiven Freiheit, mit der rechtstechnische Begriffe und Institute definiert werden (bb), der Nicht-Exaktheit der rechtswissenschaftlichen Disziplin (cc), sowie in den grossen Inhaltsunterschieden zwischen den Rechtsordnungen (dd).

aa) Änderungen und Wandel des Rechts

Um beim Beispiel der Gesetzgebungskompetenzen zu bleiben: Die ursprünglich ausschliessliche Kantonskompetenz in der Gestaltung der Gerichtsverfahren wird in Zukunft im Rahmen einer schon beschlossenen **Justizreform** zu einer konkurrierenden Kompetenz umgewandelt²², die im wesentlichen der Bund

²¹ Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M. 1989, S. 8.

²² Vgl. die insgesamt zehn neu eingefügten oder geänderten Verfassungsartikel im Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999, BBl 1999, 8633 <www.admin.ch/ch/d/ff/1999/8633.pdf>. Nach den neuen Kompetenzvorschriften (Art. 122 Abs. 2 BV für das Zivilrecht; Art. 123 Abs. 2 BV für das Strafrecht) sind »die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.«

wahrnimmt, um so die verwirrende Vielfalt von Verfahrensordnungen einzudämmen²³. Hier zeigt sich: Was heute als Recht gilt, kann schon morgen durch Verfassungs- oder Gesetzesänderung aufgehoben sein. Im Jahr 1847 hat das der Jurist *Kirchmann* in einem berühmt gewordenen Halbsatz ausgedrückt:

»...; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.«²⁴

Selbst die Verfassung unterliegt ständigen Änderungen und wurde zur Jahrtausendwende einer Totalrevision unterzogen²⁵. Lediglich in ganz engen Grenzen diskutiert man, ob die allerwichtigsten Verfassungsnormen, zum Beispiel der Schutz der Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit und Demokratie sowie der Bestand der föderalen Struktur nicht als unabänderlich angesehen werden müssen. In der Schweiz hat *Giacometti* diesen unveränderlichen Kern treffend als **»ewige Normen der Bundesverfassung«** bezeichnet; seine Begründung dafür ist originell und gilt entsprechend auch für die neue Bundesverfassung²⁶:

»Solche Rechtsschranken der sachlichen Verfassungsrevision [d.h. Schranken der Verfassungsänderung in den Revisionsvorschriften] erscheinen dann als ewige Normen der Bundesverfassung. Die Bundesverfassung stempelt nun allerdings keine ihrer Vorschriften ausdrücklich zu rechtlich unabänderbaren Bestimmungen. Auf Grund einer sinngemäßen Auslegung der Bundesverfassung lassen sich aber meines Erachtens einzelne solcher ewiger Normen feststellen. Und zwar erscheinen als solche rechtlich unabänderbare Bestimmungen diejenigen Revisionsvorschriften der Bundesverfassung, die die notwendigen Organe der Verfassungsänderung, Bundes-

23 Es gelten insgesamt 27 Zivil- und 29 Strafprozessordnungen. Zusammenfassend zur Justizreform: *Hans Peter Walter*, Justizreform, in: Peter Gauch/Daniel Thürer (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung. Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich u.a. 2002, S. 129 ff. m.w.N.

24 *Julius Hermann von Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1848), zitiert nach dem Faksimile-Neudruck, hrsgg. von Hermann Klenner, Freiburg/Berlin 1990, S. 23.

25 Vgl. Art. 192 Abs. 1 BV: »Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden.« Für Teilrevisionen bildet allerdings gem. Art. 194 Abs. 2 BV das zwingende Völkerrecht eine inhaltliche Änderungsgrenze.

26 *Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 705 ff. (706) – Fussnoten nicht mitzitiert. Die deutsche Verfassung kennt sogar eine ausdrücklich Ewigkeitsgarantie; Art. 79 Abs. 3 GG lautet: »Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 [Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtsbindung] und 20 [Republik, Demokratie, Sozialstaat, Bundesstaat, Rechtsstaat] niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.«

versammlung, Stimmberechtigte und Stände einsetzen. Denn es kann vernünftigerweise kaum der Wille von Bundesversammlung, Volk und Ständen bei Erlass der Revisionsvorschriften im Jahre 1874 gewesen sein, in diesen Bestimmungen die Möglichkeit ihrer eigenen Beseitigung als Verfassungsgesetzgebungsorgan vorzusehen. Das würde der freiheitlichen Staatsidee, die die Bundesverfassung verkörpert, widersprechen. ... Mit der Unabsetzbarkeit der Stände als Organe der Verfassungsrevision ist sodann zugleich die Existenz der Kantone und damit die föderalistische Struktur des Landes rechtlich für immer sichergestellt. ... Das gleiche muß dann offensichtlich auch von den Freiheitsrechten der Bundesverfassung gelten, die erst ein sinnvolles Funktionieren der unmittelbaren Demokratie der Verfassungsgesetzgebung ermöglichen.»

Selbst wenn die These *Giacomettis* zutreffen sollte, ändert dies nichts an der grundsätzlichen Änderbarkeit der Verfassung, weil allenfalls deren Kernelemente für eine solche **ungeschriebene Ewigkeitsgarantie** in Betracht kommen.

Hinzu kommt noch, dass sich selbst dort, wo Gesetz oder Verfassung nicht formell geändert werden, über die Jahre und Jahrzehnte ein inhaltlicher Wandel des Rechts einstellt. Dieser Wandel ist zunächst ein **Bedeutungswandel**, weil sich die Rechtsnormen auf eine veränderliche Welt beziehen. So konnte man sich um 1900 als Willenserklärung unter Abwesenden ausser dem normalen Postbrief gerade noch das Telegramm vorstellen. Später mussten die privatrechtlichen Vorschriften zum wirksamen Vertragsschluss auch auf das Fernschreiben, dann auf das Fax und schliesslich auf den E-Mail-Verkehr angewendet werden. Wo ursprünglich das Leitbild einer verkörpertten Gedankenerklärung regierte, sind wir jetzt mit dem Recht im virtuellen Zeitalter angelangt. Kein Wunder also, wenn hier dieselben alten Rechtsnormen auf ganz neue Probleme reagieren müssen und in der Folge auch neue Inhalte gewinnen.

Wenn es nicht die Welt ist, die sich und das Recht verändert, so kommt ganz bestimmt ein Professor daher und begründet eine neue »Theorie«, die sich dann langsam an den Universitäten und in der Rechtspraxis verbreitet. Oder die Rechtsprechung beginnt von sich aus, anders zu judizieren, als sie es früher getan hat. Auch ein solcher **Auslegungswandel** zeigt die Bedingtheit und Unsicherheit, mit der wir im Juristischen leben. Regelrechte Umwälzungen der Rechtsauslegung auf breiter Front lassen sich bei politischen Systemwechseln nachweisen; das hat *Bernd Rüthers* zur These von der »Ideologiefälligkeit der Juristen« vielfach gezeigt²⁷. Manchmal sind es auch bloss Einzelfragen, zu de-

²⁷ Eine kurze Skizze zum Arbeitsrecht findet sich beispielsweise in *Bernd Rüthers*, Immer auf der Höhe des Zeitgeistes? Wissenschaft im Wandel der politischen Systeme am Bei-

nen die höchstrichterliche Rechtsprechung geändert wird, nur um kurze Zeit später wieder in die Gegenrichtung zu kippen – so etwa in den Jahren 1962 bis 1964 bei der Auslegung des »wirtschaftlichen Zwecks« im Vereinsrecht²⁸.

bb) Konstruiertheit rechtstechnischer Begriffe und Institute

Die Kontingenz des Rechts offenbart sich auch in der konstruktiven Freiheit, mit der Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute durch den Gesetzgeber gestaltet werden. Keinesfalls geht ein Wort, das in unserer Umgangssprache einen definitiven Sinngehalt hat, immer auch mit diesem in die Rechtssprache ein. So meinen wir mit »Vater« regelmässig den leiblichen Vater. Das Gesetz sieht das anders:

Art. 255 Abs. 1 ZGB

Ist ein Kind während der Ehe geboren, so gilt der Ehemann als Vater.

Nun könnte man meinen, das sei nur eine Zweifelsfallregelung. Doch auch das ist anders geregelt. Selbst wenn allgemein bekannt ist, dass der Ehemann nicht der leibliche Vater sein kann, bleibt er doch Vater im Sinne des Gesetzes, solange diese Vaterschaft nicht angefochten wird²⁹.

Die Rechtsbegriffe sind also nicht weniger frei gestaltet als die Rechtsnormen im allgemeinen³⁰. Ob der Gesetzgeber einzelnen Begriffen (z.B. »Vater«) oder ganzen Institutionen (z.B. »Ehe«) einen Sinngehalt gibt, der vom normalen Sprachgebrauch abweicht, ist allein seine Sache. Die Sprache des Gesetzes ist so kontingent wie das Recht insgesamt.

cc) Jurisprudenz als nicht-exakte Wissenschaft

Sowohl die Änderbarkeit des Rechts als auch die konstruktive Freiheit in der Begriffsbildung weisen darauf hin, dass es die Jurisprudenz schwer hat, sich als eine exakte Wissenschaft zu verstehen. Die Ungenauigkeit unseres Geschäfts ist aber mehr als ein lästiger Randeffekt. Sie ist vielmehr durchaus beabsichtigt.

spiel der Jurisprudenz, 1993, S. 7 ff., 60 ff.

²⁸ BGE 88 II 209 (216 ff.) – Wirtschaftlicher Zweck I; 90 II 333I (335 ff.) – Wirtschaftlicher Zweck II.

²⁹ Vgl. Art. 256 ff. ZGB; siehe auch unten S. 183 (Gesetzliche Vermutung).

³⁰ Vgl. zur Gemeinsamkeit *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen (Fn. 16), S. 44: »Jede Regelbildung kann man als Begriffsbildung ansehen und umgekehrt.« Zur Kontingenz rechtlicher Begriffe und den damit verbundenen Definitionsschwierigkeiten ausserdem *Herbert L.A. Hart*, Definition and Theory in Jurisprudence, in: The Law Quarterly Review 70 (1954), S. 37-60 (38 ff.).

Das hat vor allem zwei Gründe. *Erstens* lebt die Rechtskunde wie jede Wissenschaft davon, dass **unterschiedliche Meinungen** miteinander um das Richtige ringen. Erst in dieser Auseinandersetzung entsteht der Erkenntnisgewinn. Wenn sich zum Beispiel nach jahrelangem Meinungsstreit schliesslich eine der vertretenen Ansichten zur rechtlichen Einordnung der Aktiengesellschaft im Gründungsstadium durchsetzt, dann ist diese um so besser in alle Richtungen abgesichert, je stärker sie vorher der Herausforderung durch Alternativinterpretationen des Rechts ausgesetzt war. *Zweitens* gibt es im Recht – und hierin besteht ein wichtiger Unterschied zu den Naturwissenschaften³¹ – in jedem wirklich problematischen Fall die Möglichkeit, **mehrere gleich richtige Lösungen** zu finden. Das Recht ist etwas Gesetztes, ein Menschenwerk. Darum sind auch die Einsichten in dieses Werk, ist das Verstehen des Rechts den Unwägbarkeiten ausgesetzt, die alles von Menschen frei Geschaffene mit sich bringt. Zwar gibt es auch im Recht »richtig« und »falsch«, die vertretbare und die nicht mehr vertretbare Auslegung und Anwendung von Gesetzesbestimmungen. Indessen kann es auf der Seite richtiger Ansichten mehr als nur eine Lösung geben. Gerade wenn die Interpretation letztlich auf eine Abwägung zwischen Rechtsgütern hinausläuft, bleibt den Juristinnen und Juristen zwangsläufig ein gewisser Spielraum, innerhalb dessen jede vertretene Lösung als »richtig« gelten kann.

Für die **Studienpraxis** hat das eine wichtig Konsequenz: in den wirklich problematischen Fragen bemisst sich die juristische Leistungsfähigkeit nicht daran, ob »das richtige Ergebnis« gefunden wurde, denn dieses allein richtige Ergebnis gibt es in solchen Fällen nicht. Vielmehr kommt es darauf an, *juristisch zu argumentieren*. Und dieses Argumentieren zeichnet sich mehr als bei anderen Wissenschaften dadurch aus, dass gleichzeitig Gründe und Gegengründe zu erwägen sind. Wie die Richterin sich im Prozess die Argumente der Klägerin und der Beklagten gleichermassen vortragen lässt, so enthält die Falllösung im Studium neben dem, was für eine bestimmte Auslegung des Rechts und ein bestimmtes Ergebnis des Falles spricht, stets auch alles, was dagegen zu bedenken ist. *Im abwägenden Ergründen liegt die juristische Qualität, nicht im apodiktischen Entscheiden.*

dd) Varianz der Rechtsordnungen

Die Kontingenz des Rechts wird schliesslich besonders deutlich, wenn man verschiedene Rechtsordnungen miteinander vergleicht. So ist in den kontinental-europäischen Staaten die im römischen Recht wurzelnde **Dichotomie von öf-**

³¹ Ausnahmen gibt es allerdings auch in den Naturwissenschaften, etwa wenn das Licht teils durch die Wellentheorie, teils durch die Korpuskulartheorie richtig erklärt wird.

fentlichem Recht und Privatrecht eines der grundlegendsten Unterscheidungsmerkmale³². Für die genaue Abgrenzung zwischen den Teilrechtsordnungen gibt es Abgrenzungstheorien, die erklären, wann eine Frage dem Zivilrecht und wann dem Verwaltungsrecht unterliegt. Der anglo-amerikanische Rechtskreis kennt eine Trennung in dieser Schärfe nicht. Entsprechend finden dort Verfahren gegen den Staat und seine Untergliederungen nicht vor besonderen Verwaltungsgerichten statt, sondern man klagt gegen den Staat genauso wie gegen den Nachbarn. Wir können daran erkennen, dass selbst solche Normen, die in unserem Recht als zentrale Pfeiler der systematischen Ordnung gelten, kontingent sind: man kann, wenn man nur will, das Recht auch ganz anders gestalten.

c) Adressaten von Rechtsnormen

Rechtsnormen sind in neuzeitlichen Rechtsordnungen ausschliesslich auf das **Verhalten von Menschen** gerichtet – man sagt: an Menschen *adressiert*. Das war nicht immer so. Die Bibel enthält beispielsweise im Zusammenhang mit dem Vergeltungsprinzip (Talionsprinzip)³³ das Rechtsbeispiel, man müsse einen Ochsen steinigen, wenn er einen Menschen getötet hat³⁴. Hier wird das Tier für sein Handeln mit verantwortlich gemacht. Die Antike kannte Gerichtsverfahren sogar gegen Gegenstände wie Stein oder Speer, mit denen Menschen unabsichtlich getötet wurden³⁵. Während des ganzen Mittelalters konnte man, regional sehr unterschiedlich, Haustiere für ihre Untaten bestrafen lassen, meist durch Todesurteil mit genau detaillierter Todesart³⁶. Das Tier wurde dabei selbst als Person im Sinne des Rechts angesehen³⁷. Unter den herrenlosen Tieren liess man ganze Arten verurteilen, etwa wenn Heuschrecken oder andere Agrarschädlinge die Ernte vernichtet hatten³⁸. Diese Tierbannung hatte, weil

32 Savigny, System I (1840), S. 22 f.; Radbruch, Rechtsphilosophie (1973), S. 220 f.; Otto von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, in: Erik Wolf (Hrsg.), Deutsches Rechtsdenken, Heft 12, Frankfurt a.M. 1948, S. 4. Harsche Kritik an der Zweiteilung bei Kelsen, Reine Rechtslehre (1960), S. 285 ff.

33 2. Mose XXI, 24 f.: »Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand und Hand, Fuß um Fuß, | Brandmal um Brandmal, Beule um Beule, Wunde um Wunde.«

34 2. Mose XXI, 28: »Wenn ein Rind einen Mann oder eine Frau stösst, dass sie sterben, so soll man das Rind steinigen und sein Fleisch nicht essen; aber der Besitzer des Rindes soll nicht bestraft werden.« Die Tiertötung ist alttestamentarisch ausserdem in allen Fällen der Sodomie vorgeschrieben: 3. Mose XX, 15 und 16.

35 Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre (1960), S. 32 f.

36 Karl von Amira, Tierstrafen und Tierprozesse, Innsbruck 1891, S. 6 ff.: weltliche Strafe als Besonderheit bei Haustieren; Hans Albert Berkenhoff, Tierstrafe, Tierbannung und rechtsrituelle Tiertötung im Mittelalter, Leipzig 1937, S. 10 ff.: Variantenreichtum des Tötungsritus – Hängen, Erwürgen, Enthaupten, Lebendigbegraben, Verbrennen, Ertränken, Erschlagen.

37 Amira, Tierstrafen (Fn. 36), S. 6, 9.

38 Ein lokales Beispiel ist der Berner Maikäferprozess: Arzt, Einführung (1996), S. 2.

man Heuschrecken ja nicht einzeln hinrichten konnte, einen präventiven Entstehungsgrund: Sie wurde zunächst kirchlich-spirituell entwickelt und ist dann in rechtliche Verfahren hineingewachsen³⁹. All dies ist in der Neuzeit obsolet geworden. Als Adressaten des Rechts und damit als *rechtspflichtige Subjekte* gelten ausschliesslich wir Menschen, nicht Gegenstände oder Tiere.

Das Recht knüpft grundsätzlich an ein **äusseres Verhalten** von Menschen an. Wie die innere Einstellung eines Menschen zum Recht ist, spielt für die meisten Rechtspflichten keine Rolle. Zwar wäre es schön, wenn alle Bürgerinnen und Bürger aus voller Überzeugung die Umwelt sauber hielten, aber gesetzlich verpflichtet werden sie nur dazu, sich äusserlich sichtbar den Umweltschutzgesetzen zu fügen. Unter den Motiven für solchen Rechtsgehorsam rangiert das rechtliche Pflichtgefühl in Wirklichkeit meist nicht an erster Stelle⁴⁰. Glücklicherweise funktioniert die Rechtsordnung auch ohne guten Willen. Ob jemand den Abfall ordnungsgemäss entsorgt, weil er ein guter Mensch ist, oder nur, weil er die Verhängung einer Geldbusse oder die kritischen Blicke der Nachbarn fürchtet, ist aus Sicht der Rechtsnormen gleichgültig. Die innere Einstellung ist, wenn überhaupt, ein *zusätzlicher* Gesichtspunkt zu einem äusserlich erkennbaren Verhalten, etwa als »verwerflicher Beweggrund« beim Mord (Art. 112 StGB) oder als »achtenswerter Beweggrund« bei der Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB).

Die weitgehende Motivabstinenz des Rechts bedeutet nicht, dass es für eine Rechtsordnung gleichgültig wäre, ob die Menschen von der Richtigkeit des Rechts überzeugt sind, es als *legitim* empfinden, oder nicht. Vielmehr hängt die **Durchsetzbarkeit des Rechts** entscheidend davon ab, wie hoch der Anteil derjenigen ist, die aus eigener Einsicht den Gesetzen gehorchen. Eine Rechtsregel, die gegen die Überzeugung der Rechtsadressaten durchgesetzt werden muss, hat nur geringe Wirksamkeit. Das zeigt sich jeweils dort, wo Legalität und Akzeptanz auseinanderfallen, etwa bei der Strafbarkeit des Cannabis-Konsums oder bei den Regeln über das Parkieren von Autos.

d) Zwangscharakter von Rechtsnormen

Unter den vielen Verhaltenserwartungen, die sich an Menschen richten, besteht das Besondere der *Rechtsnormen* darin, dass sie mit der *Befugnis zu zwingen*

³⁹ Berkenhoff, Tierstrafe (Fn. 36), S. 84 ff.; Amira, Tierstrafen (Fn. 36), S. 16 ff.: kirchliche *maledictio* und *excommunicado*.

⁴⁰ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., hrsgg. von Johannes Winckelmann, Tübingen 1976, S. 182: »Die breiten Schichten der Beteiligten verhalten sich der Rechtsordnung entsprechend, entweder weil die Umwelt dies billigt und das Gegenteil nicht billigt, oder nur aus dumpfer Gewohnheit an die als Sitte eingelebten Regelmäßigkeiten des Lebens, nicht aber aus einer als Rechtspflicht gefühlten Obödienz.«

verbunden sind⁴¹. Die Rechtsordnung ist eine **Zwangsordnung**. Wer also hartnäckig eine Rechnung nicht bezahlt, kann vom Gläubiger verklagt werden und sieht sich letztlich der gerichtlichen Vollstreckung gegenüber, die z.B. mit der Pfändung von Bankguthaben oder mit der Beschlagnahme der mühsam zusammengetragenen Münzsammlung enden kann. Noch deutlicher wird der Zwangscharakter bei den strafbewehrten Rechtsnormen. Wer sich eines Diebstahls oder einer Körperverletzung schuldig macht, muss damit rechnen, von staatlichen Gerichten zu einer Geldstrafe oder gar Gefängnisstrafe verurteilt zu werden. All dies geschieht nicht freiwillig, sondern ist Ausdruck des Erzwingungspotentials, das hinter jeder Rechtsnorm steht.

Dabei genügt nicht irgendein Zwang, sondern es ist ein ganz bestimmter, der mit dem Recht verbunden wird. Das Phänomen »Zwang« allein ist nämlich keine Besonderheit des Rechts. Wer von den Eltern mit sanftem Druck überzeugt wird, zum Geburtstag des Grossvaters ein weisses Hemd anzuziehen, der fühlt sich auch gezwungen, unterliegt aber damit noch keinem *Rechtswang*. Ein **Rechtswang** ist mehr; er ist ein **hoheitlich organisierter, regelhafter, relativ zentralisierter und vor allem absoluter Zwang**, das heisst man kann sich ihm selbst dann nicht entziehen, wenn man bereit ist, soziale Ächtung und Ausgrenzung in Kauf zu nehmen: Jedem steht frei, ein Aussteiger aus der Gesellschaft zu werden, aber niemand kann aus dem Recht aussteigen⁴².

Vom Rechtswang zu unterscheiden ist die **Durchsetzbarkeit des Rechts**. Diese ist von vielen praktischen Faktoren abhängig, etwa von der schon erwähnten Einsicht der Rechtsadressaten, von der Finanzierbarkeit der Polizei und der strafrechtlichen Verfolgung, von der Frage, ob ein privatrechtlicher Anspruch so gewichtig ist, dass er den Aufwand eines Prozesses lohnt, oder von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners: was nützt das schönste Urteil, mit dem man einen Zahlungsanspruch rechtskräftig bestätigt bekommt, wenn beim unterlege-

41 *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, Königsberg 1797 (A) und 1798 (B), A 35/B 35: »Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden«; A 36/B 36 »Recht und Befugnis zu zwingen bedeutet also einerlei.« *Rudolf von Jhering*, Der Zweck im Recht, Band 1, 3. Aufl. Leipzig 1893, S. 320: »Die gangbare Definition des Rechts lautet: Recht ist der Inbegriff der in einem Staat geltenden *Zwangsnormen*, und sie hat in meinen Augen das Richtige vollkommen getroffen.« (Hervorhebung bei *Jhering*); S. 511: »Recht ist der Inbegriff der mittels äusseren Zwanges durch Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft im weitesten Sinne des Wortes.« *Max Weber*, Wirtschaft (Fn. 40), S. 17: »Eine Ordnung soll heissen: ... *Recht*, wenn sie äusserlich garantiert ist durch die Chance (physischen oder psychischen) *Zwanges* durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines *eigens* darauf eingestellten *Stabes* von Menschen.« (Hervorhebungen bei *Weber*). Besonders betont wird der Zwangscharakter später bei *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 34 ff.

42 Noch weitergehend meint *Weber*, Wirtschaft (Fn. 40), S. 182, zum *Rechtswang* gehöre ausserdem die Chance, der Zwang werde nötigenfalls *um der Rechtsordnung selbst willen* angewendet.

nen Klagegegner ohnehin weder Geld noch andere Vermögensgegenstände vorhanden sind? Ob man als Bürgerin oder Bürger am Schluss zu seinem Recht kommt, ob der Straftäter verurteilt wird, das alles kann durchaus zweifelhaft sein, ändert aber nichts daran, dass die Rechtsnormen, mit denen all dies geregelt ist, grundsätzlich mit der **Befugnis zu zwingen** verbunden sind.

2. Andere Normenordnungen und ihre Verrechtlichung

Die Besonderheit des Zwangscharakters im Recht lässt sich am besten im Vergleich mit anderen Normenordnungen zeigen. Bei jeder dieser nichtrechtlichen Normenordnungen kann man feststellen, dass sie in gewissen Grenzen auch eine **Verrechtlichung** erfahren haben.

a) Religion

Am nächsten beim Zwangscharakter des Rechts befinden sich die Normenordnungen der einzelnen Religionen. Gerade bei grundlegenden Normen gibt es hier weitgehende Parallelen. So gilt das Tötungsverbot beispielsweise gleichzeitig als christliche Norm, als Gebot »**Du sollst nicht töten!**«, und als Rechtsnorm. Wer also einen Menschen tötet, sündigt damit im religiösen Sinne und macht sich gleichzeitig strafbar nach dem staatlichen Recht. In beiden Fällen sind Sanktionen an den Verstoß geknüpft, doch nur die staatliche Rechtsordnung erlaubt es, äusseren Zwang anzuwenden. So dürfte der Pfarrer den geständigen Gläubigen nicht in ein dunkles Kirchenverlies sperren, wohl aber darf der staatliche Richter eine Gefängnisstrafe wegen des Delikts verhängen.

Bei der **Verrechtlichung religiöser Gebote** fallen vor allem diejenigen Regeln auf, die *nicht* in allen Religionen und Rechtsordnungen gleich behandelt werden. Nehmen wir zum Beispiel das jüdische und christliche Gebot der **Monogamie**, also der Einehe. Es findet sich in der schweizerischen Rechtsordnung wie auch in allen anderen europäischen Rechtsordnungen in Gestalt eines strafrechtlichen Verbots der Bigamie (Doppelehe) und Polygamie (Vielehe) wieder. In islamischen Staaten hingegen ist es weder ein dominierendes religiöses Gebot noch eine rechtliche Regel. An der Ehe können wir übrigens auch beobachten, dass längst nicht alle christlichen Gebote zur Verrechtlichung gelangen. So ist beispielsweise der **Ehebruch** religiös verboten und wird auch sozial nicht gern gesehen, eine strafgesetzliche Verbotsnorm gibt es aber in der Schweiz nicht.

b) *Tradition, Sitte, Brauchtum und Mode*

Am weitesten vom Zwangscharakter des Rechts entfernt sind die **informellen Normenordnungen**. Dazu zählen zunächst die über längere Zeit entstehenden *Traditionen* und die als *gute Sitten* in der Gesellschaft tatsächlich üblichen Umgangsformen. Als lokal oder sachbezogen stark variierende Normenordnung tritt daneben das *Brauchtum* und als zeitlich stark variierendes Pendant kann man die *Mode* nennen. So ist es eine ursprünglich heidnische, später christliche und heute nahezu universell gepflegte Tradition, in der Weihnachtszeit einen geschmückten und beleuchteten Nadelbaum aufzustellen. Zur guten Sitte zählt es, bei einer Geburtstagsfeier nicht ohne Geschenk zu erscheinen. Lokales Brauchtum äussert sich etwa darin, dass zu bestimmten Zeiten Volksfeste veranstaltet werden; sachbezogenes Brauchtum findet sich in der Usance des Handels, für grössere Einkäufe Rabatt zu gewähren. Und die Mode regiert inzwischen weitgehend, was man in den Geschäften überhaupt als Angebot vorfindet.

Verstösst man gegen eine dieser Traditionen, Sitten, Bräuche oder Moden, so macht man sich keines Rechtsverstosses schuldig. Trotzdem gibt es **spürbare Sanktionen**: Wer weder Weihnachtsbaum noch Geschenke mag, gerät spätestens dann in Rechtfertigungsnot, wenn sich die eigenen Kinder beklagen. Man wird vielleicht zukünftig nicht wieder zum Geburtstag eingeladen, gilt in der Dorfgemeinschaft als Aussenseiter oder in der eigenen Altersgruppe als modemässig »out«. Solche Sanktionen können schmerzen, selbst wenn sie nicht vom Gericht verhängt werden.

Die bisherigen Beispiele zeigen Traditionen, Sitten und Bräuche, die in verschiedenen Staaten und Kulturen relativ gleichförmig ausfallen. Noch häufiger aber gibt es **kulturelle Unterschiede** bei den nichtrechtlichen Pflichten. So gilt es in einigen Ländern als guter Bewirtungsservice, unaufgefordert den Tisch abzuräumen und die Rechnung zu präsentieren; in der Schweiz hingegen wird das als unhöfliche Bedrängung erfahren. Für die **sittliche Norm** ist es typisch, dass sie **uneinheitlich** gilt. Gerade beim Brauchtum entstehen die Normen ähnlich einem lokalen Dialekt ohne feste Regeln und können schon im nächsten Tal andere sein. Nicht so die Rechtsordnung. Innerhalb des territorialen Geltungsbereichs der jeweiligen Norm, also etwa im Bund oder im Kanton, gilt die **Rechtsregel einheitlich** ab einem nach genauem Verfahren geregelten Zeitpunkt des Inkrafttretens – sie hat einen exakt bestimmbareren, **sachlichen, zeitlichen und örtlichen Geltungsbereich**.

Die **Verrechtlichung einzelner Sitten** tritt seltener auf als diejenige religiöser Gebote. Sie ist aber durchaus möglich. So könnte man beispielsweise ein Gesetz erlassen, mit dem das geordnete Einsteigen in Busse, Züge und Fahr-

stühle geregelt wird. In den meisten europäischen Staaten gehört es (anders als etwa in China) zu den guten Sitten, dass man erst alle Aussteigenden passieren lässt, bevor man hineindrängt. Die Briten verzichten sogar ganz auf das Drängeln und bilden Schlangen. Wer sich daran nicht hält, kann zurecht Kritik erwarten, auch wenn die Einsteigeprozedur nicht mit Rechtszwang geregelt ist. Der Staat ist nicht gehindert, diesen Rechtszwang mit einer Bussgeldandrohung einzuführen. Wer sich dann immer noch rücksichtslos in einen Fahrstuhl drängt, kann polizeilich zur Rechenschaft gezogen werden.

Anders als die Verrechtlichung einzelner Sitten ist die **rechtliche Verweisung auf Sitten und Bräuche** durchaus üblich. So finden sich im Gesetz viele Tatbestände, in denen die Einhaltung der »guten Sitten« zum rechtlichen Gebot erhoben wird, oder die an Handelsbräuche anknüpfen:

Art. 20 Abs. 1 OR Nichtigkeit

Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

Art. 41 Abs. 2 OR Haftung

Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

Art. 212 Abs. 3 OR Bestimmung des Kaufpreises

Vorbehalten bleiben die besonderen kaufmännischen Übungen, nach denen bei einzelnen Handelsartikeln ein festbestimmter oder nach Prozenten berechneter Abzug vom Bruttogewicht erfolgt oder das ganze Bruttogewicht bei der Preisbestimmung angerechnet wird.

Solche pauschalen Verweisungen auf gute Sitten oder gängige Bräuche sind ein Phänomen, das im Gesetz an vielen Stellen auftritt: die **Generalklausel**⁴³. Manchmal ist sie bloss eine rechtsinterne Vereinfachungstechnik, etwa wenn allgemein darauf verwiesen wird, dass »Missbrauch« bzw. »Willkür« verboten seien oder dass der Staat nur im »öffentlichen Interesse« handeln dürfe. Bei den guten Sitten und Handelsbräuchen hat die Generalklausel aber noch eine weitere Funktion. Hier wird die rechtliche Zwangsordnung gegenüber gesellschaftlichen Gepflogenheiten geöffnet; die Generalklausel fungiert dann als **Öffnungsklausel im Recht**.

⁴³ Dazu näher S. 159 (Generalklausel).

c) Ausserrechtliche Moralität

Bei den Normen der ausserrechtlichen Moralität, wie sie vor allem in der Zivilgesellschaft und in der Weltgemeinschaft auftreten, handelt es sich ähnlich dem Recht um **systematische Verhaltensregeln**. Zwar sind solche Normen wie bei Traditionen, Sitten, Bräuchen und Moden bloss informelle und normalerweise unkodifizierte Sollensanordnungen, doch gelten sie anders als diese **ubiquitär**, also nicht auf eine bestimmte Lokalität oder Zeit beschränkt. Von Religionen unterscheidet sich die Moralität dadurch, dass sie einen **universellen Geltungsanspruch erhebt**: religiöse Gebote binden die Glaubensangehörigen, die Moral gilt für alle. Letztlich fehlt der ausserrechtlichen Moralität nur noch das Element staatlich organisierten Zwangs, um als Teil des Rechts gelten zu können.

d) Logik und Ästhetik

Auch in der Logik gibt es Gesetze, die sogenannten **Denkgesetze**. Hier gilt beispielsweise das Gebot, sich nicht selbst zu widersprechen. Ausserdem soll man folgerichtig argumentieren. Es gibt indes keine Rechtsnorm, die gebietet, logisch zu denken. Nur dort kennt die Rechtsordnung ein Verbot, selbstwidersprüchlich zu handeln, wo die Ansprüche gegenüber Dritten betroffen sind; man muss sich dann an der einmal gewählten Position festhalten lassen⁴⁴. Wer beispielsweise selbst dafür eingetreten ist, einen Vertrag ohne die eigentlich nötige Form abzuschliessen, der darf sich später nicht auf den Formmangel berufen, um die Unwirksamkeit des Vertrages zu belegen.

Ganz ähnlich verhält es sich mit den Gesetzen der **Ästhetik**, also den Gesetzmässigkeiten darüber, wann etwas relativ zu anderem als schön angesehen werden kann. Entgegen dem vielzitierten Spruch »Über Geschmack lässt sich nicht streiten!« gibt es auch in der Ästhetik durchaus Gesetzmässigkeiten. Doch Rechtsgebote sind sie damit noch lange nicht. Jeder ist frei, sich rundum geschmacklos zu kleiden und möblieren, ohne deshalb von einem Ästhetikgericht verurteilt zu werden. Kunst besteht gelegentlich sogar darin, die Regeln des »guten Geschmacks« gezielt zu verletzen. Nur in äussersten Grenzen kennen wir im Ästhetischen eine Verrechtlichung, etwa wenn Denkmalschutz- oder Bauplanungsrecht einen bestimmten Gestaltungsrahmen vorgeben, oder wenn sich eine Stadt ausbedingt, in einzelnen Strassen an allen Fenstern gleichförmige Geranientöpfe aufzuhängen.

⁴⁴ Siehe S. 167 (Widersprüchliches Verhalten: *venire contra factum proprium*).

e) Marktwirtschaft

Schliesslich gibt es auch in der marktwirtschaftlich organisierten Ökonomie eigene Gesetzmässigkeiten, die eine gewisse Zwangswirkung ausüben, ohne damit gleich Rechtszwang zu bedeuten. So gehört es zu den allgemeinen Wirtschaftsgeboten, dass ein Produktanbieter einen **vergleichbaren Service** leistet wie seine Konkurrenten. Auch im internationalen Handel gibt es eine Reihe von **Usancen zur Warenübergabe** und Gefahrtragung, etwa die bekannte »Free on Board« Klausel (FOB), die sich ohne staatlichen Zwang zu stabilen Marktgesetzen verfestigt haben. Häufig sind diese Marktgesetze weitergehend als die rechtlichen Regeln. Das kann man beispielsweise bei der Gewährung von **Skonto bei Barzahlung** oder **Rabatt beim Einkauf grosser Mengen** beobachten. Auch in der Garantie unterscheiden sich Marktregeln und Gesetze. Rechtlich beträgt die **Garantiezeit für neue Kaufsachen nur ein Jahr**; in Deutschland betrug sie bis vor kurzem sogar nur sechs Monate. Trotzdem gewähren die meisten Anbieter von sich aus zwei bis drei Jahre und seit die EU eine einheitliche Zweijahresgarantie eingeführt hat, ist diese trotz anderer Rechtslage auch in der Schweiz marktüblich geworden.

Zur **Verrechtlichung von Marktgesetzen** kommt es einerseits durch die schon erwähnten Generalklauseln, die aber nur sehr unspezifisch für eine Einbeziehung von Handelsbräuchen in das Recht sorgen. Wichtiger ist hier das **staatliche Aufsichtsrecht** für sensible Marktsektoren. So gibt es beispielsweise für Banken eine Bankenaufsicht, für Versicherungen eine Versicherungsaufsicht, für Börsen eine Börsenaufsicht, sogar für Spielbanken eine Spielbankenaufsicht. Alle diese Behörden operieren auf der Grundlage eigener Rechtsvorschriften, die sich meistens darauf beschränken, die ohnehin marktgerechten Verhaltensweisen in kontrollierbare und damit einheitlich gewährleistete Rechtspflichten umzumünzen.

Eine **Besonderheit** der wirtschaftlichen Bräuche ist, dass sie selbst dann, wenn sie nicht in Rechtsnormen gegossen werden, durch die **Vertragsautonomie** zu einer **freiwilligen Verrechtlichung** neigen. Wer freiwillig eine Garantie anbietet, ist später durch das Vertragsrecht daran gebunden; wer an der Börse oder bei einer Versteigerung auftritt, muss sich an den Regeln festhalten lassen; hat er also im falschen Moment die Hand gehoben, so bekommt er in der Versteigerung den Zuschlag für die alte Kommode und ist dann auch rechtlich verpflichtet, sie abzunehmen. Trotz dieser Übergänge von den Wirtschaftskonventionen zur Rechtspflicht gilt aber: Wirtschaftsgesetze sind als solche keine Rechtsnormen!

Als **Zusammenfassung** bleibt festzuhalten: Neben dem Recht gibt es eine Vielzahl anderer Normenordnungen, die für einzelne Menschen sogar grössere

Verbindlichkeit haben können als das Recht (Religion), deren Verletzung lückenloser mit Sanktionen belegt wird (Sittenverstösse) oder die im Weltmassstab teils mächtiger sein mögen als das einzelstaatliche Recht (Marktwirtschaft). Doch das Recht lässt sich von diesen anderen Normenordnungen trennscharf unterscheiden. Wir können stets den Punkt angeben, der den Umschlag von ausserrechtlichen Normen zu ihrer Verrechtlichung markiert: Es ist die Einordnung der einzelnen Sollensanordnung in die Hierarchie der Rechtsnormen, ihre Bewehrung mit **Rechtszwang** – das heisst hoheitlich organisiertem, regelhaftem, relativ zentralisiertem und vor allem absolutem Zwang⁴⁵.

3. Funktionen und Ziele des Rechts

Die Rechtsordnung dient der Verwirklichung unterschiedlicher, teils gegenläufiger Ziele, deren genaue Grenzen sich nur schwer feststellen lassen. Klarheit herrscht dort, wo die Zwecke im Gesetz ausdrücklich geregelt sind. Insbesondere Spezialgesetze verfügen oft über entsprechende Eingangsnormen, etwa das Gleichstellungsgesetz:

Art. 1 GlG Zweck

Dieses Gesetz bezweckt die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann.

Das Recht des jeweiligen Gesetzeswerks dient dann dazu, die in der Zweckbestimmung ausgedrückten Ziele des Gesetzgebers zu verwirklichen, hier also die *tatsächliche* (im Gegensatz zur bloss *rechtlich formalen*) Gleichstellung von Frauen und Männern. Die Rechtsanwendung hat im Lichte dieser Zwecksetzung zu erfolgen, was insbesondere bedeutet, dass die Gerichte die einzelnen Gesetzesbestimmungen (auch) nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen haben (*teleologische Interpretation*⁴⁶).

Das Verfassungsrecht kennt ebenfalls Zwecksetzungen; so heisst es am Anfang der Bundesverfassung:

Art. 2 BV Zweck

¹*Die Schweizerische Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes und wahrt die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes.*

⁴⁵ Zum Unterschied zwischen (grundsätzlichem) Zwangscharakter und (relativierter) Durchsetzbarkeit des Rechts siehe oben S. 33.

⁴⁶ Dazu ausführlich unten S. 112 (Teleologische Interpretation).

² Sie fördert die gemeinsame Wohlfahrt, die nachhaltige Entwicklung, den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt des Landes.

³ Sie sorgt für eine möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürgerinnen und Bürgern.

⁴ Sie setzt sich ein für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung.

Insoweit steht also ausdrücklich im Verfassungs- und Gesetzestext, welchen Zielen das Recht zu dienen hat. Daneben gibt es **Funktionen des Rechts**, die nicht einzeln niedergeschrieben werden müssen, weil sie dem Recht als solchem bereits innewohnen. Was im einzelnen zu diesen *immanenten Zwecken* des Rechts zählt, ist teils offensichtlich, teils aber auch umstritten:

a) Befriedungsfunktion (Integrität und Sicherheit)

Offensichtlich ist zunächst, dass die Gebote, Verbote und Erlaubnisse des Rechts eine friedienstiftende Funktion haben. Im Interesse des (Rechts-)Friedens gilt es vielfach als wichtiger, die **Rechtssicherheit** zu gewährleisten, als jeden Einzelfall zweckmässig und gerecht zu entscheiden⁴⁷. Das Recht erreicht den Befriedungseffekt vor allem dadurch, dass es juristische Handlungsformen an die Stelle willkürlicher Individualvollstreckung stellt. Schon durch geordnete Verfahren kann so ein Mindeststandard an Legitimität erzeugt werden, gleichgültig wie die Rechtsfragen im Ergebnis *inhaltlich* ausgestaltet sein mögen (Legitimation durch Verfahren).

b) Gewährleistungsfunktion (Freiheit und Gleichheit)

Im freiheitlichen Rechtsstaat besteht eine weitere unumstrittene Funktion des Rechts in der **Sicherung rechtlicher Gleichbehandlung und individueller Freiheit**. Wegen dieser Grundrechtsgewährleistung bedarf jede Ungleichbehandlung durch den Staat einer besonderen Rechtfertigung. Ausserdem gilt ein Primat der Freiheit: was nicht verboten ist, ist erlaubt. Zusätzlich gewährleistet das Recht gegenüber der bewusst freiheitsbeschränkenden Staatsgewalt einen **abwehrrechtlichen Schutz**.

⁴⁷ Radbruch, Rechtsphilosophie (1973), S. 165. Vgl. dazu die im Anschluss an Radbruch so bezeichneten »Antinomien der Rechtsidee«, unten S. 52.

c) *Ordnungs- und Effektivierungsfunktion (Kooperation)*

Schon die Friedenssicherung setzt voraus, dass das Recht Ordnung schafft in allen konfliktträchtigen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens. Eine **weitergehende Ordnungsfunktion** im Sinne aktiver Gestaltung kommt dem Recht ausserdem dort zu, wo der freie soziale und wirtschaftliche Austausch auf geordnete Rahmenbedingungen angewiesen ist. So laufen **öffentliche Güter** (Luft, Wasser, früher: Allmende, d.h. öffentliches Weideland) stets Gefahr, durch unregulierte Marktkräfte letztlich zum Schaden aller verbraucht zu werden: jeder verschmutzt den Fluss, bis niemand mehr daraus trinken kann; jeder weidet seine Schafe, bis kein Grashalm mehr wächst. **Rechtliche Regulierungen** (Umweltschutzrecht, Konzessionierung) erzwingen hier sozialverträgliches Verhalten und dienen so der Schadensvermeidung. Manchmal sind auch lediglich **einfache Ordnungsregeln** nötig, etwa der Rechtsvortritt im Strassenverkehr. Bei ihnen kommt es darauf an, überhaupt eine für alle gleiche Verhaltensanordnung zu etablieren, gleich welchen Inhalt diese im Detail haben mag; auch eine Linksvortritt mit Linksfahrgebot würde funktionieren (Grossbritannien), aber die völlige Regellosigkeit eben nicht.

In Rechtsordnungen mit Marktwirtschaft verlangt die Ordnungsfunktion des Rechts ausserdem aktive Gestaltung: das Recht hat Effektivierungsfunktion zur **Verwirklichung von Kooperationsgewinnen**. So ist das Recht als Aufsichtsmittel in vielen Bereichen eigentlich privatautonomes Handeln gegenwärtig: *Börsen, Versicherungen und Banken* werden rechtlich reguliert, um die ihnen zugedachten Funktionen zu garantieren; *Kartelle* werden durch Aufsicht verhindert, damit sie die heilsame Wirkung von Konkurrenz nicht untergraben; *juristische Personen* (Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften u.v.m.) unterliegen strengen Organisationsregeln, damit sie für Teilhaber, Anteilseigner und Gläubiger ein kalkulierbares Risiko darstellen. Das Recht wird so zum zentralen Garanten eines funktionsfähigen Marktes.

d) *Gerechtigkeitsfunktion (Ausgleich und materielle Sicherheit)*

Nahezu unbestritten, allerdings nicht ganz ohne Kritik von liberalistischer Seite, wird dem Recht auch die **Förderung der sozialen Gerechtigkeit** als Funktion zugeordnet. Die soziale Sicherung von Armen, Kranken, Behinderten, Kindern, Alten und anderen Schwachen ist zumindest in einem sozialen Rechtsstaat auch verfassungskräftig abgesichert. Sozialhilfe und Altenpflege, differenzierte Steuersätze und Arbeitslosenunterstützung sind dann mehr als bloss politische Konventionen. Das Beispiel der USA zeigt allerdings, dass diese Funktion dem Recht nicht überall mit gleichem Gewicht zugesprochen wird.

e) *Integrationsfunktion (Einheit)?*

Mit einem Fragezeichen zu versehen ist schliesslich die Überlegung, ob das Recht auch eine Integrationsfunktion für das Staatsvolk ausüben muss, also die unterschiedlichen Einzelinteressen im Sinne des Grossen und Ganzen bündeln soll. Denjenigen, die früher eine **Integrationslehre** vertreten haben, galt dies als zentrale Funktion des Rechts⁴⁸. Ähnliche Anklänge kann man heute im **Kommunitarismus** erkennen, soweit diese staatsphilosophische Stömung den Gemeinsinn auch rechtlich als legitimen Kontrapunkt zum Individualismus betont⁴⁹. Man darf dabei nicht übersehen, dass die Gemeinschaftsbildung ein Ziel ist, das in steter Spannung zur Freiheit des Einzelnen steht, von dieser Gemeinschaft in Ruhe gelassen zu werden. Rechtsordnungen führen, selbst wenn sie keine besonderen Integrationsziele anstreben, zu lebensfähigen Gemeinschaften, in denen Bürgerinnen und Bürger sich freiwillig aufeinander einlassen, ohne in individualistische Isolation zu verfallen. Jedenfalls als *notwendige* Funktion des Rechts kann die Integration eines Staatsvolkes darum nicht gelten.

⁴⁸ Vgl. dazu *Rudolf Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München/Leipzig 1928, S. 18: »Er [der Staat] lebt und ist da nur in diesem Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebens; er lebt ... von einem Plebisit, das sich jeden Tag wiederholt«; vgl. auch S. 25 ff. (drei Typen der persönlichen, funktionalen und sachlichen Integration), 107 ff. (Integrierender Sachgehalt moderner Verfassungen), 142 (»Ihre [der obersten Staatsorgane] Aufgabe ist zunächst integrierenden Charakters«).

⁴⁹ Vgl. *Alasdair MacIntyre*, *Whose Justice? Which Rationality?*, Indiana 1988, S. 349 ff.; *Michael Walzer*, *Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*, Frankfurt a.M. 1992, S. 441 ff.

II. Wie verhält sich Recht zur Gerechtigkeit?

Nach alledem stellt sich das Recht als eine Normenordnung dar, die sich von anderen Normenordnungen trennscharf unterscheiden lässt. Aber eine **Definition des Rechtsbegriffs** fehlt bisher. Eine solche kann auch nicht so einfach gegeben werden, denn der Begriff des Rechts ist äusserst umstritten. Das lässt sich anhand der beiden Faktoren erläutern, die in dem Streit eine Rolle spielen: »positives Recht« (1.) und »Gerechtigkeit« (2.).

1. Positives Recht

Was Juristinnen und Juristen mit »positivem Recht« meinen, kann man bei dem wohl wirksamsten Rechtspositivisten des letzten Jahrhunderts, *Hans Kelsen*⁵⁰, nachlesen:

»Die Normen einer Rechtsordnung müssen durch einen besonderen Setzungsakt erzeugt werden. Es sind gesetzte, das heisst positive Normen, Elemente einer positiven Ordnung.«⁵¹

Positiv ist also hier **nicht das Gegenteil von »negativ«**, sondern bedeutet »gesetzt« (setzen: *ponere*). Das Gesetzsein der Rechtsnormen darf dabei nicht mit dem Gesetzgebungsprozess verwechselt werden. Auch ungeschriebene, etwa gewohnheitsrechtlich entstandene Regeln sind positives Recht, soweit sie im Rahmen der Rechtsordnung zur Anerkennung gebracht wurden. Dass eine Norm »gesetzt« ist, bedeutet rechtstheoretisch nur, dass man sie **nicht im Sinne des Naturrechts** als gegeben vorfindet⁵².

Zur ordnungsgemässen Gesetztheit muss ausserdem ein **Mindestmass an sozialer Wirksamkeit** hinzutreten, damit eine Norm als Recht gilt. Wenn beispielsweise ein Gesetz derart in Vergessenheit gerät, dass es nirgends mehr angewendet wird, oder wenn ein Gesetz nie angewendet worden ist, weil sich sei-

⁵⁰ *Hans Kelsen* (11.10.1881-19.4.1973) ist Begründer der »reinen Rechtslehre«. Er war ab 1919 Professor für Staats- und Völkerrecht in Wien, ab 1930 in Köln. Als jüdischer Professor flüchtete er 1933 vor den Nationalsozialisten und lehrte bis 1940 in Genf, später bis zu seiner Emeritierung (1952) in Berkeley (USA). Er ist Schöpfer der österreichischen Verfassung von 1920 und arbeitete mit an *Franklin Delano Roosevelts* Atlantikcharta. Seine Hauptwerke sind: Österreichisches Staatsrecht (1923), Allgemeine Staatslehre (1925), Reine Rechtslehre (1934) und General Theory of Law and State (1946).

⁵¹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 201. Ähnlich der wohl erste Rechtspositivist der Neuzeit, *Karl Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen, Erster Band, Leipzig 1892, Nachdruck Glashütten 1973, S. 398 Fn. 15: »Ein Gesetz, das thatsächlich besteht, ist ein Gesetz, obgleich es unsere Mißbilligung erregt, weil es mit dem Satze, nach welchem unser Urteil zustimmend oder verwerfend ausfällt, nicht übereinstimmt.«

⁵² Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 228, 232.

ne Umsetzung als praktisch unmöglich erwiesen hat, dann sprechen wir nicht von »positivem Recht«⁵³. An die soziale Wirksamkeit werden allerdings keine hohen Anforderungen gestellt, denn zwischen Inkrafttreten und Durchsetzung besteht häufig ein Unterschied. Beispielsweise kannte anfangs kaum jemand das neue **Beleuchtungsgebot für Inline-Skates**, das in der Verkehrsregelnverordnung am 1. August 2002 in Kraft trat:

Art. 50a Abs. 4 VRV

Nachts und wenn die Sichtverhältnisse es erfordern, sind fahrzeugähnliche Geräte oder ihre Benützer auf der Fahrbahn und auf Radwegen mit einem nach vorne weiss und nach hinten rot leuchtenden, gut erkennbaren Licht zu versehen.

Der Markt bot keine passenden Lichter an; die Polizei setzte das Gebot nicht durch. Trotzdem ist die Regelung eine Rechtsnorm! Hier bestand von Anfang an die Erwartung und damit die Chance, dass es nur eine Frage der Zeit ist, bis die Verkehrsregel tatsächlich durchgesetzt und damit sozial wirksam wird. Das genügt, um von geltendem Recht zu sprechen.

Zusammenfassend gibt es also **zwei unstreitige Voraussetzungen** für geltendes Recht: die *ordnungsgemässe Gesetztheit* und ein *Mindestmass an sozialer Wirksamkeit*. Umstritten ist hingegen, ob Normen auch einen Mindestgehalt an Gerechtigkeit haben müssen, um »Recht« zu sein.

2. Gerechtigkeit

Während wir ziemlich genau bestimmen können, was positives Recht ist, fällt es unendlich schwer zu sagen, was man unter Gerechtigkeit verstehen soll. Die Ansichten dazu sind unerschöpflich⁵⁴. Für ein Verständnis der Grundzüge reicht vorerst ein Blick auf die allgemeinen Unterscheidungsmerkmale:

a) *Suum quique!*

In einer Definition des *corpus iuris civilis*⁵⁵ findet der Gerechtigkeitsbegriff sei-

⁵³ Kelsen, Reine Rechtslehre (1960), S. 11: »Wirksamkeit ist insoferne Bedingung der Geltung, als Wirksamkeit zur Setzung einer Rechtsnorm hinzutreten muß, damit diese ihre Geltung nicht verliere.«

⁵⁴ Einen aktuellen Überblick bietet Paul Richli, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung. Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen, sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat, Basel u.a. 2000, S. 148 ff.

⁵⁵ Als *corpus iuris civilis* bezeichnet man die im Auftrag von Justinian I. (482-565, Kaiser seit 527) durch eine zehnköpfige Kommission zusammengestellte Gesetzessammlung (*codex*), die frühere Werke des römischen Rechts konsolidierte. Die Kompilatoren griffen

nen allgemeinen, noch heute gültigen Ausgangspunkt:

»Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.«⁵⁶
(Gerechtigkeit ist der unwandelbare und dauerhafte Wille, jedem sein Recht zu gewähren.)

Jedem das Seine! Das ist die Gerechtigkeitsformel, die *Ulpian* neben *alterum non laedere* und *honeste vivere* in die Dreiheit der Gebote des (Natur-)Rechts (*iuris praecepta*) aufgenommen hat⁵⁷. Die Forderung »Jedem das Seine« ist allerdings eine inhaltlich ausfüllungsbedürftige Formel, eine leere, bloss formale Hülle, die für fast beliebige Konkretisierungen genutzt werden kann und genutzt wurde⁵⁸. Was einem jeden gebührt, kann man in zahlreiche Einzelgrundsätze aufspalten, die zu durchaus gegensätzlichen Ergebnissen führen: »Jedem das Gleiche«, »Jedem nach seiner Leistung«, »Jedem nach seinen Bedürfnissen« oder auch »Jedem nach seinem Rang«. Die grösste Diskreditierung erfuhr die Gerechtigkeitsformel im Nationalsozialismus. Sie stand eingeschmiedet im Eingangstor des Konzentrationslagers Buchenwald⁵⁹. Das Beispiel zeigt, warum die bloss Formel kein Garant für inhaltliche Gerechtigkeit sein kann, sondern auch geradezu zynische Ausdeutungen zulässt.

Versucht man eine inhaltliche Beschreibung der Gerechtigkeit, so lassen sich rechtsphilosophisch zunächst fünf Aspekte unterscheiden⁶⁰: Erstens gibt es bei jedem Gerechtigkeitsurteil einen **Handlungsbezug**: Aussagen über Gerechtigkeit eine Antwort auf die Frage »Was soll ich tun?« Zweitens gibt es einen

dabei auf den *codex theodosianus* sowie auf private Sammlungen (*codex gregorianus*, *codex hermogenianus*) zurück. Eine Erstausgabe des *codex* wurde zunächst als verbindliches Recht publiziert, bald aber durch Rechtsreformen überholt und am 16. November 534 durch eine zweite Ausgabe ersetzt, in der sie die Unterteilung in Digesten (Dig., das 'Geordnete', gr. Pandekten) und Institutionen (Inst.) gewann. Zusammen mit den Novel-
len wird dieser *codex* seit dem Spätmittelalter als *corpus iuris civilis* bezeichnet, um ihn
den kirchlichen Rechtsquellen des *corpus iuris canonici* von Papst Gregor XIII. (1580)
gegenüberzustellen.

⁵⁶ *Ulpian*, Dig. 1, 1, 10.

⁵⁷ *Ulpian*, Dig. 1, 1, 10, 1: »*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*« (Die Gebote des Rechts sind folgende: Ehrenhaft leben, niemanden verletzen, jedem das Seine gewähren.)

⁵⁸ *Ralf Dreier*, Recht und Gerechtigkeit, in: *ders.*, Recht – Staat – Vernunft. Studien zur Rechtsphilosophie 2, Frankfurt a.M. 1991, S. 8 ff.; kritisch zu solchen Gerechtigkeitsformeln *Hans Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: *ders.*, Reine Rechtslehre, Anhang, S. 335-444 (366 ff.); *ders.*, Was ist Gerechtigkeit?, 2. Aufl. Wien 1975, S. 29 ff. (Goldene Regel), S. 33 (Jedem das Seine); kritisch gegenüber *Kelsens* Kritik etwa *Ilmar Tammelo*, Theorie der Gerechtigkeit, Freiburg/München 1977, S. 24 ff.

⁵⁹ *Israel Gutman* (Hrsg.), Enzyklopädie des Holocaust, Berlin 1993, Bd. 1, S. 248.

⁶⁰ Vgl. *Axel Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000, S. 50: Gerechtigkeit ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Handelns in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit.

Richtigkeitsbezug: Wenn wir etwas als gerecht bezeichnen, dann sagen wir damit gleichzeitig, dass es richtig ist, so zu handeln. Drittens gibt es einen **Sollensbezug:** Wir alle haben die moralische Pflicht, gerecht zu sein. Sobald wir etwas als ungerecht erkennen, wird es zu einem Verstoss gegen die Moral, wenn wir es trotzdem tun. Umgekehrt haben unsere Mitmenschen auch einen Anspruch darauf, gerecht behandelt zu werden. Unsere moralische Pflicht wird für sie zur moralischen Forderung. Viertens gibt es einen **Sozialbezug:** Gerechtigkeit betrifft nur Handeln, das sich auf andere Personen richtet. Was ein Eremit in der Wüste oder ein Schiffbrüchiger auf der Insel für sich selbst als Handlungsnorm gelten lassen will, ist zwar Teil seiner jeweiligen Individualmoral, wirft aber keine Fragen der *Gerechtigkeit* auf. Es ist also nicht jede moralische Frage gleichzeitig eine Frage der Gerechtigkeit. So berührt beispielsweise Selbstmord in der Privatsphäre zwar moralische Fragen, nicht aber solche der Gerechtigkeit. Erst wenn das Handeln auch andere Personen betrifft kann es sinnvoll als »gerecht« oder »ungerecht« bezeichnet werden⁶¹. Fünftens schliesslich hat die Gerechtigkeit immer einen **Gleichheitsbezug:** Seit *Aristoteles*⁶² gilt dies als wohl wichtigster Aspekt von Gerechtigkeitsurteilen. Nach der unterschiedlichen Ausprägung der Gleichheit unterscheidet man Verteilungsgerechtigkeit und ausgleichende Gerechtigkeit als besondere Gerechtigkeitsformen (*iustitia particularis*)⁶³:

Bei der **Verteilungsgerechtigkeit** (*iustitia distributiva*) liegt die Gleichheit laut *Aristoteles* in einer *geometrischen Proportionalität*. Wer etwas zu verteilen hat – zum Beispiel Eltern an ihre Kinder, Reiche an Arme, der Staat an die Bür-

61 *Otfried Höffe*, Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt a.M. 1987, S. 51. Ganz anders stellt sich ein *rechtliches* Verbot des Selbstmordes oder ein Gebot der Rettungshandlung dar. Allein durch die Regelung als Rechtsnorm wird ein Sozialbezug begründet.

62 *Aristoteles* wurde 384 v. Chr. in Stagira als Sohn des mazedonischen Hofarztes *Nikomachos* geboren; gelegentlich wird er nach seinem Geburtsort auch als 'Der Stagirit' bezeichnet. Er siedelte nach dem Tode seines Vaters im Jahre 367 nach Athen um, wo er bei dem 40 Jahre älteren *Platon* in dessen berühmter 'Akademie' studierte; bis zu dessen Tod (347) gehörte er 20 Jahre lang *Platons* Schule an und ging danach 12 Jahre auf Wanderschaft, während der er zeitweise zum Erzieher des damals 13-jährigen *Alexander* (Sohn von König Philipp, später: »Alexander der Grosse«) wurde; schliesslich kehrte er 335 nach Athen zurück und gründete seine eigene Schule, das 'Lykeion' (auch 'Peripatos' genannt); er starb 322 v. Chr. im Alter von 62 Jahren in Chalkis auf Euböa, wohin er ein Jahr zuvor, beim Tode *Alexanders*, aus Angst vor antimazedonischen Umtrieben geflohen war. Während die zu Lebzeiten veröffentlichten Schriften insgesamt verloren sind, wurden die eigentlich nicht zur Veröffentlichung gedachten Lehrschriften ca. 40 v. Chr. in der bis heute üblichen Gliederung von *Andronikos von Rhodos* veröffentlicht; sie bilden seitdem das *corpus aristotelicum*.

63 *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, S. V 5 (1130b 5 ff.); zu Differenzierungen und mittelalterlicher Rezeption siehe *Fabian Wittreck*, Geld als Instrument der Gerechtigkeit. Die Geldrechtslehre des Hl. Thomas von Aquin in ihrem interkulturellen Kontext, Paderborn u.a. 2002, S. 214 ff., 263, 317 ff. (323), 430 f.

ger – muss dies im Verhältnis zu deren Würdigkeit oder Bedürftigkeit tun. Heute verstehen wir Verteilungsgerechtigkeit darum meist als die Forderung, soziale Unterschiede durch die staatliche Zuweisung von Gütern und Lasten auszugleichen – etwa wenn Senioren oder Studierende besondere Vergünstigungen erhalten oder wenn Bevölkerungsgruppen mit geringem Einkommen niedrigere Steuern bezahlen. So sind auch die Rechtsprinzipien der Bedürftigkeit im Sozialrecht und der Leistungsfähigkeit im Steuerrecht juristischer Ausdruck von Verteilungsgerechtigkeit. Wenn in politischen Debatten »mehr Gerechtigkeit« eingefordert wird, dann ist regelmässig diese *soziale Gerechtigkeit* gemeint.

Bei den verschiedenen Formen der **ausgleichenden Gerechtigkeit** sah *Aristoteles* die Gleichheit durch eine *arithmetischer Proportionalität* verwirklicht: jedem Vor- oder Nachteil soll eine gleich gewichtige, insbesondere gleichwertige, Gegenleistung oder Sanktion gegenübergestellt werden. In der **Tauschgerechtigkeit** (*iustitia commutativa*), die dem hingegebenen Gegenstand eine gleichwertige Gegengabe oder Gegenleistung zuordnet, liegt das Gerechtigkeitsmodell des Vertragsrechts: dem verkauften Auto steht die Zahlung des Kaufpreises gegenüber, der gemieteten Wohnung die Zahlung des Mietzinses und so weiter. In der **Wiedergutmachungs- oder Strafgerechtigkeit** (*iustitia restitutiva*, *iustitia vindicativa*) liegt das Gerechtigkeitsmodell des Haftungs- und des Strafrechts begründet: für jeden Schaden soll ein Ersatzanspruch, für jede Straftat eine Bestrafung verwirklicht werden⁶⁴. Über das schlichte *Talionsprinzip* (Auge um Auge, Zahn um Zahn...⁶⁵) ist das heutige Strafrecht allerdings hinausgewachsen, indem es neben der Vergeltung auch andere Strafzwecke (Resozialisierung, Prävention) anerkennt.

b) Rechtsrelevante Gerechtigkeitsbegriffe

An den Unterscheidungen des aristotelischen Gerechtigkeitsbegriffs lässt sich ablesen, wie der Gleichheitsbezug je nach Betrachtungswinkel im Begriff der Gerechtigkeit unterschiedlich verwirklicht wird. Daneben gibt es einige Sonderformen der Gerechtigkeit, die rechtswissenschaftlich bedeutsam geworden sind. So spricht man von **formaler Gerechtigkeit** bereits bei jeder Befolgung eines Systems von Regeln, gleich welchen Inhalts. In diesem Sinne findet sich ein Mindestmass an formaler Gerechtigkeit in *jedem Rechtssystem* verwirklicht, denn Recht besteht ja gerade darin, allgemeine Regeln (Gesetze) für eine Vielzahl von Personen und Situationen aufzustellen.

⁶⁴ Siehe unten S. 202 (Schadensersatz).

⁶⁵ Dazu bereits oben Fn. 33 (Talionsprinzip).

Sozusagen das Gegenteil dieser formalen, durch Gleichbehandlung erzielten Gerechtigkeit ist die **Einzelfallgerechtigkeit** (Billigkeit⁶⁶), die man im lateinischen als *aequitas* (Sachgerechtigkeit) und im anglo-amerikanischen als *equity* bezeichnet und die im Recht ebenso ihren Platz findet⁶⁷. Als solche Billigkeit gilt gerade die Ausnahme von der Regel; eine Ausnahme, die im einzelnen Fall gemacht werden muss, um dessen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Insofern steht die Einzelfallgerechtigkeit anderen wichtigen Ziele des Rechts (Rechtssicherheit und Zweckmässigkeit) gegenüber⁶⁸. Merken kann man sich diese Doppeldeutigkeit der Gerechtigkeit zwischen formaler Gleichbehandlung und Einzelfallgerechtigkeit mit dem Sprichwort »Das ist recht und billig!« – einerseits soll etwas allgemein eine richtige Rechtsregel sein und andererseits soll es auch den Einzelfall in seinen Besonderheiten angemessen berücksichtigen. Noch ein anderer Spruch drückt das Spannungsverhältnis zwischen regelhafter und einzelfallbezogener Gerechtigkeit aus: *summum ius, summa iniuria* – frei übersetzt: die allumfassende, d.h. ausnahmslose Rechtsregel führt zur grössten Ungerechtigkeit. Und schliesslich kommt die Billigkeit auch in der Rechtsdefinition des römischen Juristen *Celsus* vor, die Kaiser *Justinian* an den Anfang seiner Gesetzessammlung, des *corpus iuris civilis*, stellen liess. Dort heisst es: »*Ius est ars boni et aequi*« (Recht ist die Kunst des Guten und Billigen)⁶⁹.

Als **prozedurale Gerechtigkeit** bezeichnet man diejenige Förderung der Ergebnissgerechtigkeit, die durch *Verfahren* erreicht werden kann⁷⁰. Wenn zwei Nachbarinnen vor Gericht einen Streit über ihre Obstbäume austragen, dann ist kaum zu erwarten, dass die unterlegene Nachbarin mit dem Ergebnis des Prozesses glücklich sein wird. Trotzdem kann man erreichen, dass sie den Prozessausgang jedenfalls als notwendiges Übel und in diesem Sinne als »gerecht« akzeptiert. Dazu sollte sie vor einem unparteiischen Richter mit allen ihren Erwägungen angehört werden – und zwar genauso gewissenhaft wie die Gegnerin⁷¹. Ähnlich verhält es sich mit der Verfahrensgerechtigkeit in politischen Auseinandersetzungen: wer in einer Abstimmung unterliegt, ist inhaltlich mit dem Ergebnis nicht zufrieden, akzeptiert aber gleichwohl, dass der Mehrheitsentscheid fair und das Resultat des Verfahrens in diesem Sinne »gerecht« ist.

⁶⁶ Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1973), S. 123: »Billigkeit ist die Gerechtigkeit des Einzelfalles«.

⁶⁷ Dazu S. 205 (Billigkeit).

⁶⁸ Vgl. S. 52 (Antinomien der Rechtsidee).

⁶⁹ *Celsus*, Dig. 1, 1, 1; zur Übersetzung vgl. *Theo Mayer-Maly*, Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin u.a. 1993, S. 5; zum *corpus iuris civilis* siehe oben Fn. 55.

⁷⁰ Ausführlich dazu *Tschentscher*, Prozedurale Theorien (Fn. 60), S. 118 ff.

⁷¹ Zur Förderung der Akzeptanz durch Justizverfahren siehe *Regina Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, 2001, S. 6, 14.

Neben diesen speziellen Gerechtigkeitsverständnissen wird im Recht ein allgemeiner und **umfassender Gerechtigkeitsbegriff** verwendet. Danach gilt: »Gerechtigkeit ist richtiges Recht«. Wer also fragt, wie das Recht mit der Gerechtigkeit zusammenhängt, der fragt letztlich danach, ob Recht nur das richtige, d.h. legitimbare Recht ist, oder ob man auch unrichtiges, d.h. nicht legitimbare Recht immer noch als »Recht« ansehen muss.

3. Überblick zum Streit um den Rechtsbegriff

Wenn also Gerechtigkeit im umfassenden Sinn von der Jurisprudenz als Inbegriff für »richtiges Recht« angesehen wird, dann führt das direkt zu dem Streit darüber, wie man den **Begriff des Rechts** zu definieren habe. Meist wird ganz darauf verzichtet und gleich mit den einzelnen Inhalten begonnen, die unstreitig zum Recht gehören: den Parlamentsgesetzen, Verfassungsnormen, Verordnungen und Verfügungen, Verträgen und Urteilen. Nur selten tauchen Vorbehalte auf, etwa wenn der Staat politisch in Legitimationsprobleme gerät, wenn Gesetze gegen die Verfassung verstossen oder wenn das gesetzte Recht als überaus ungerecht empfunden wird.

Dieser letzte Fall, dass also eine durch das Recht erzeugte Ungerechtigkeit aus rechtlicher Sicht gewürdigt werden muss, tritt vor allem bei der **juristischen Vergangenheitsbewältigung** auf, in Europa konkret beim Umgang mit dem nationalsozialistischen Regime und, beschränkt auf die sogenannten Mauerschützenfälle, beim Umgang mit dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik. In beiden Fällen war es aus Gründen, die rückblickend unakzeptabel und grotesk wirken, zur Tötung von Menschen gekommen, und diese Tötungen waren staatlicherseits für rechtens erklärt worden: Verurteilungen wegen Rassenschande zum Beispiel oder, im Falle der DDR, Tötungen zur Verhinderung von Republikflucht. Besonders anstössig sind diese Fälle auch deshalb, weil das staatliche Recht die Denunzianten oder Mörder nicht nur straflos liess, sondern sie sogar belohnte: erfolgreiche Mauerschützen wurden ausgezeichnet, nationalsozialistische Denunzianten konnten sich mit Hilfe des Staates unliebsamer Konkurrenten, Gläubiger oder (auch das gab es!) ihrer Ehegatten entledigen.

Wenn solche Unrechtsurteile die Schnittstelle bilden, an der die Frage nach dem Rechtsbegriff in die Rechtspraxis eindringt, dann liegt das daran, dass der Streit um den Rechtsbegriff in erster Linie ein Streit um das Verhältnis von Recht und Moral ist. Dieser Streit wird meist pauschal mit der Frontstellung »**Naturrecht gegen Rechtspositivismus**« gleichgesetzt, betrifft aber genau genommen nur eine einzige Fragestellung innerhalb dieser vielgestaltigen Theoriengruppen: »**Setzt Recht einen Mindestgehalt an Moralität voraus?**« Die Frage wird verneint, wenn man mit der *rechtspositivistischen Trennungsthese* zwi-

schen rechtlicher Geltung und inhaltlicher Richtigkeit streng unterscheidet. Andere hingegen betonen, das Recht könne nicht ganz ohne Rückgriff auf ausserrechtliche Gerechtigkeitsmassstäbe bestimmt werden: das ist die These von der *notwendigen Verbindung zwischen Recht und Moral*.

a) *Trennungsthese (Rechtspositivismus)*

Die Trennungsthese, in der Rechtspositivisten trotz aller Unterschiede einig sind, wurde am deutlichsten von *Hans Kelsen* herausgearbeitet. Er vertrat die Ansicht, dass die Trennung von Recht und Moral nicht nur *möglich* ist und in einer Rechtsordnung praktiziert werden *kann* (Trennbarkeitsthese), sondern dass sie sogar *notwendig* ist, darum in jeder Rechtsordnung praktiziert werden *muss* und auch tatsächlich praktiziert *wird* (Trennungsthese im engeren Sinn)⁷². Wer dies nicht erkenne, der könne auch keine Wissenschaft vom Recht betreiben⁷³. Konsequenterweise kann auch das allerniedrigste Gesetz zum rechtlich verbindlichen Gebot werden – in *Kelsens* vielzitiertester Formulierung:

»Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein.«⁷⁴

Heisst das nun, man könne überhaupt nichts gegen staatliches Unrecht unternehmen? Dieser unberechtigte Vorwurf ist den Rechtspositivisten häufig gemacht worden. Man hat ihnen sogar nachgesagt, sie hätten den Staat der **Weimarer Republik**, also das Deutschland der Jahre 1919 bis 1933, gegenüber dem Nationalsozialismus **wehrlos gemacht**⁷⁵. Die Anschuldigung ist um so empörender, als gerade Juristen wie *Kelsen* zu den Verfolgten des Regimes zählten. Ein Rechtspositivist würde auf die Vorwürfe antworten, dass es hier um zwei ganz verschiedene Dinge geht. Einerseits kann man das Recht als *rein positives*

72 Zum Unterschied zwischen Trennbarkeits- und Trennungsthese *Robert Alexy*, *Recht und Moral*, in: Wilfried Härle/Reiner Preul (Hrsg.), *Ethik und Recht*, Marburg 2002, S. 83-92 (83 ff.), der dort (S. 84) allerdings die Trennungsthese nicht als Notwendigkeit, sondern als Empfehlung versteht – als einen Versuch, die moralfreie Rechtsdefinition als die beste zu identifizieren. *Kelsen* geht hier weiter.

73 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 61: »Die methodische Reinheit der Rechtswissenschaft wird ... nicht deutlich genug von der Ethik geschieden, [wenn] zwischen Recht und Moral nicht klar unterschieden wird.«

74 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 201.

75 Unreflektiert insoweit selbst *Gustav Radbruch*, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in: Rhein-Neckar-Zeitung vom 12.9.1945, zitiert nach dem Neuabdruck in: *ders.*, *Rechtsphilosophie* (1973), S. 327 ff. (327); später bekräftigt in: *ders.*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 (1946), S. 105-108, zitiert nach dem Neuabdruck in: *ders.*, *Rechtsphilosophie* (1973), S. 339 ff. (344).

Recht ohne Rückgriff auf die Gerechtigkeitsvorstellungen der Moral definieren und ihm insoweit Geltung zusprechen. Andererseits kann und muss man sich auch als Juristin gegen diese Rechtsgeltung zur Wehr setzen, wenn ein Unrechtsregime an die Macht gelangt oder einzelne Normen, wie bei dem DDR-Schiessbefehl an der innerdeutschen Grenze, zu unmoralischen Ergebnissen führen.

Noch ein weiteres ist wichtig, wenn man die rechtspositivistische Trennungsthese richtig verstehen will. Sie besagt keinesfalls, dass es dem Gesetzgeber untersagt sei, **moralische Normen als Rechtsnormen** zu erlassen. Es ist im Gegenteil der Normalfall, dass sich das Recht für ausserrechtliche Moralvorstellungen öffnet – es wird gewissermassen zur »geronnenen Moral«⁷⁶. Der Rechtspositivismus leugnet diesen Zusammenhang nicht. Er besagt nur, dass es sich insoweit um keine *zwingende* Verbindung handelt, das gesetzte Recht vielmehr selbst dann noch als vollgültiges Recht angesehen werden müsse, wenn es ganz unmoralisch geworden sei. Mit anderen Worten: es gibt keinen begrifflich notwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Moral.

b) *Verbindungsthese (Naturrecht)*

Was ist nun die Gegenposition zum Rechtspositivismus? Sie muss, wenn es den Positivisten um die Trennung von Recht und Moral geht, in irgendeiner Weise die *Verbindung* von Recht und Moral behaupten, also bereits im Begriff des Rechts mindestens einen kleinen Keim der Gerechtigkeit verankern. Dafür gibt es ganz unterschiedliche Möglichkeiten und entsprechend viele Verbindungsthesen, unter denen diejenige von *Gustav Radbruch* am bekanntesten ist. Dieser war in seinen **Antinomien der Rechtsidee** zunächst davon ausgegangen, die Rechtssicherheit genieße im Zweifel immer Vorrang vor anderen Zielen, also selbst gegenüber der Gerechtigkeit:

»Von den drei Bestandteilen der Rechtsidee gilt für die zweite, die Zweckmäßigkeit, die relativistische Selbstbescheidung. Die anderen beiden aber, Gerechtigkeit wie Rechtssicherheit, stehen über den Gegensätzen der Rechts- und Staatsauffassungen, über dem Kampf der Parteien. Daß dem Streite der Rechtsansichten ein Ende gesetzt werde [Rechtssicherheit], ist wichtiger als daß ihm ein gerechtes und zweckmäßiges Ende gesetzt werde,

⁷⁶ Horst Dreier, Die Ethik des Rechts, in: Günter Eifler/Otto Saame (Hrsg.), Wissenschaft und Ethik, Mainz 1992, S. 24-58 (28 f.); ders., Gesellschaft, Recht, Moral, in: Universitas 48 (1993), S. 247-257 (249 f.).

das Dasein einer Rechtsordnung wichtiger als ihre Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit»⁷⁷

Nach der Erfahrung des Nationalsozialismus hat er in dieser Frage eine Wende vollzogen und mit der nach ihm benannten »Radbruchschen Formel« das Verbindungsanliegen folgendermassen zugespitzt:

»[W]o Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur 'unrichtiges Recht', vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.«⁷⁸

Das ist der Weg, den *Radbruch* für die Bewältigung des nationalsozialistischen Unrechts vorgeschlagen hat und auf dem ihm die deutschen Gerichte gefolgt sind. Weltweit gilt dieses Denkverfahren als das wichtigste Beispiel für eine zwar äusserst umstrittene, aber gleichwohl sehr wirksame **nachträgliche Umdeutung des Rechts**⁷⁹. Die schändlichen Rassegesetze, die absurden Strafgesetze, die Gesetze zur Entrechtung von Minderheiten – sie alle wurden rückwirkend zu Nicht-Recht erklärt. Damit konnten solche Vorschriften auch nicht mehr zur Rechtfertigung von Verbrechen herangezogen werden. Die Gerichte der Nachkriegszeit konnten zum Beispiel Denunzianten wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft verurteilen, weil sie sich mit dem Werkzeug des staatlichen Unrechtsregimes ihre Nachbarn und Kontrahenten vom Leib geschafft hatten. Normalerweise wäre das ein Verstoss gegen den Grundsatz *nulla poena sine lege* (keine Strafe ohne Gesetz)⁸⁰. Doch wenn man die rechtfertigenden Normen zum Nicht-Recht zählt, dann gibt es ja ein Gesetz, nämlich das allgemeine Tötungsverbot, das als Grundlage für eine Bestrafung herangezogen werden kann.

Was lernen wir daraus für das Verständnis des Rechts? Es ist letztlich ein **Randbereich des Rechts**, der hier betroffen ist, der schmale Grat zwischen noch moralisch zu rechtfertigenden Gesetzen und solchen, die als **extremes Unrecht** identifiziert werden können. Die Verbindungsthese besagt, dass man in solchen Extremfällen das Recht unter Rückgriff auf die Moral bestimmen muss, also jenseits der Grenze des gesetzten, des positiven Rechts. Dazu noch einmal *Radbruch* mit dem ersten Teil der nach ihm benannten Formel:

⁷⁷ *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1973), S. 165 (Hervorhebungen im Original).

⁷⁸ *Radbruch*, Unrecht (Fn. 75), S. 346.

⁷⁹ Vgl. etwa die Kritik bei *Herbert L.A. Hart*, Positivism and the Separation of Law and Morals, in: *Harvard Law Review* 71 (1958), S. 593-621 (618 ff.).

⁸⁰ Vgl. unten S. 136 (Analogieverbot) und S. 155 (Legalitätsprinzip).

»Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat.«⁸¹

Selbst wenn ein **unerträglicher Widerspruch** zur Gerechtigkeit nötig ist, um mit **Radbruch** an der Gesetzesqualität zu zweifeln, kann es doch vorkommen, dass solche Problemfälle in der Praxis des Rechts auftreten. Sogar in der Schweiz führte der Nationalsozialismus zur schwierigen Rechtsfragen. So hatte ein jüdischer Flüchtling geklagt, weil er während des Zweiten Weltkriegs mit seinen beiden Cousins beim zweiten Übertrittsversuch an der schweizerischen Grenze zurückgewiesen und den deutschen Behörden übergebenen worden war. Nachdem er, anders als seine Cousins, das Konzentrationslager Auschwitz überlebt hatte, machte er beim Eidgenössischen Finanzdepartement ein Genugtuungsbegehren über CHF 100'000 geltend, weil die Zurückweisung den »Tatbestand der Beihilfe zum Völkermord« erfüllt habe⁸². Das Bundesgericht, das in diesem Fall die Diskussion zur Radbruchschen Formel berücksichtigte⁸³, hat nach sehr ausführlicher Argumentation die »allfällige Rechtswidrigkeit« dahinstehen lassen, weil jedenfalls der Anspruch zu spät geltend gemacht wurde und eine auf Kriegsnotrecht beruhende Amtshandlung nicht als »Teilnahme an einem Genozid« beurteilt werden könne⁸⁴. Obgleich der Kläger mit seinem Genugtuungsbegehren vollständig unterlag, hat das Gericht die CHF 100'000 aber wegen der »aussergewöhnlichen Umstände« als Parteientschädigung zugesprochen⁸⁵.

c) *Rechtsdefinitionen*

Die schwierigen Grenzziehungen zeigen, dass weder das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit noch die **Definition des Rechtsbegriffs** eine ganz einfache Angelegenheit ist. Immerhin gibt es – abgesehen von philosophischen und systemtheoretischen Bestimmungen⁸⁶ – etliche Definitionsversuche von Juristen.

⁸¹ *Radbruch*, Unrecht (Fn. 75), S. 345.

⁸² BGE 126 II 145 (147 f.) – Zurückweisung.

⁸³ BGE 126 II 145 (158) – Zurückweisung.

⁸⁴ BGE 126 II 145 (164 ff.) – Zurückweisung.

⁸⁵ BGE 126 II 145 (168 ff.) – Zurückweisung.

⁸⁶ *Kant*, Metaphysik der Sitten (Fn. 41), A 33/B 33: »Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann«. *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, Reinbek 1972, S. 99: »Die ... *kongruent generalisierten norma-*

So formuliert *Manfred Rehbinder* kurz, aber treffend, das Recht sei »der Inbegriff aller durch organisatorischen Zwang gesicherten Normen«⁸⁷. Diese knappe Formel kommt ganz ohne einen Rekurs auf Gerechtigkeit aus, genau wie die etwas ausführlichere von *Norbert Hoerster*: »Recht kann definiert werden als eine stufenförmig strukturierte Normenordnung, die in einer Gesellschaft Verbindlichkeit besitzt, Ausübung von physischem Zwang vorsieht und sich anderen derartigen Normenordnungen gegenüber im Konfliktfall durchsetzt.«⁸⁸

Eine inhaltlich qualifizierende Definitionen bietet zunächst *Gustav Radbruch*: »Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.«⁸⁹ Bei *Ralf Dreier* wird diese ethische Ausrichtung konkretisiert:

»Recht ist die Gesamtheit der Normen, die zur Verfassung eines staatlich organisierten oder zwischenstaatlichen Normensystems gehören, sofern dieses im großen und ganzen sozial wirksam ist und ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigungsfähigkeit aufweist, und der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, sofern sie, für sich genommen, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance und ein Minimum an ethischer Rechtfertigung oder Rechtfertigungsfähigkeit aufweisen.«⁹⁰

Und *Robert Alexy* ergänzt die relativierte Verbindung von Recht und Gerechtigkeit um den *Richtigkeitsanspruch* des Rechts und die *Argumentation* in der Prozedur der Rechtsanwendung:

»Das Recht ist ein Normensystem, das (1) einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, (2) aus der Gesamtheit der Normen besteht, die zu einer im großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung gehören und nicht extrem ungerecht sind, sowie aus der Gesamtheit der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance aufweisen und nicht extrem ungerecht sind, und zu dem (3) die Prinzipien und die sonstigen normativen Argumente gehören, auf die

tiven Verhaltenserwartungen wollen wir als das *Recht* eines sozialen Systems bezeichnen.«; ders., *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. Opladen 1987, S. 43: »Normen sind demnach kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen.« (Hervorhebungen bei *Luhmann*).

⁸⁷ *Manfred Rehbinder*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. Aufl. Berlin/New York 1995, S. 56.

⁸⁸ *Norbert Hoerster*, Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, in: JuS 1987, S. 181 ff. (188).

⁸⁹ *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1973), S. 119.

⁹⁰ *Ralf Dreier*, Der Begriff des Rechts, in: NJW 1986, S. 890-896 (896).

sich die Prozedur der Rechtsanwendung stützt und/oder stützen muß, um den Anspruch der Richtigkeit zu erfüllen.»⁹¹

Es gibt gute Gründe für jede der Lösungsvarianten: *Radbruchs* Formel und die Definitionen von *Ralf Dreier* und *Alexy* haben den Vorteil, dass sie unserer Intuition entsprechen, nach der extremes Unrecht nicht den gefolgschaftsgebietenden Ehrentitel »Recht« verdient. Für die rechtspositivistischen Gegenentwürfe spricht hingegen die wissenschaftliche Klarheit, die durch eine strikte Trennung von Recht und Moral erreicht werden kann.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass der Streit um den Rechtsbegriff zwar eine Schlüsselfrage des Rechtsverständnisses betrifft, aber in der Anwendung des Rechts nur selten Bedeutung gewinnt. Denn nach der Radbruchschen Formel bleiben ordnungsgemäss gesetzte und sozial wirksame Normen normalerweise »Recht«, selbst wenn sie inhaltlich falsch und deshalb ungerecht sind. Sogar schwere Fälle von Ungerechtigkeit ändern an dieser rechtlichen Geltung nichts. Insoweit sind sich Positivisten und Nichtpositivistinnen durchaus einig: *Es ist möglich, dass das Recht einen ungerechten Inhalt annimmt und trotzdem »Recht« bleibt.* Umstritten sind nur die seltenen Fälle, in denen ein **extremes Unrecht** geschieht. Hier gibt die Radbruchsche Formel den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einen Vorrang vor der Rechtssicherheit: extremes Unrecht ist kein Recht. Rechtspositivistinnen halten dem entgegen, dass es auf den Inhalt selbst in solchen Fällen nicht ankommen könne: Unrecht sei keinesfalls Nicht-Recht, sondern lediglich schlechtes Recht – etwa so wie »Unwetter« bloss schlechtes Wetter bedeutet, aber gleichwohl »Wetter« bleibt.

91 Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg/München 1992, S. 201.

III. Was ist Rechtswissenschaft (Jurisprudenz)?

Die Wissenschaft vom Recht ist eine der ältesten Wissenschaften überhaupt⁹². Trotz langer Tradition ist ihre Einordnung (1.) immer schwierig geblieben⁹³. Das lässt sich am besten an der Überschneidung mit anderen Wissenschaften demonstrieren (2.) und spiegelt sich auch in der Kritik, der die Disziplin ausgesetzt ist (3.).

1. Jurisprudenz als Wissenschaftsdisziplin

Was macht eigentlich die Wissenschaft zur Wissenschaft? Es ist ja immerhin erstaunlich, dass wir jemanden, der unterschiedliche Bierdosen sammelt, nicht als Wissenschaftler bezeichnen, einen Käfersammler aber unter Umständen schon. Nun liegt ein Unterschied zwischen diesen Fällen im **Gegenstand** des Interesses: die Käfer als *Naturobjekte* zeigen über Jahrtausende eine gewisse Konstanz, während die Bierdosen als *Kulturobjekte* der Willkür ihrer menschlichen Erschaffer entspringen. Aber der Gegenstand allein macht die Wissenschaft noch nicht aus: auch Kinder sammeln Käfer. Die Tätigkeit muss, um als Wissenschaft gelten zu können, zusätzlich zum wissenschaftstauglichen Gegenstand über eine **wissenschaftliche Methode** verfügen, die das Handeln leitet. Das zufällige Sammeln in einem Glas ist noch keine solche Methode. Werden dieselben Käfer aber innerhalb einer hierarchischen Struktur auf eine bestimmte Gattung (*genus*) und Art (*species*) bezogen, werden ihre Unterscheidungsmerkmale (*differentiae specifica*) in definitorisch relevante und irrelevante geschieden und wird schliesslich die Sammlung so weit vorangetrieben, dass man bei jedem neuen Käfer mit Bestimmtheit sagen kann, ob er zu einer bereits bekannten Unterart gehört oder eine Neuentdeckung darstellt, dann sprechen wir von Wissenschaft. Wir grenzen sie als ein *rational nachvollziehbares System des Erkenntnisgewinns* ab von blosser Zeitvertreib (Spielen, Unterhalten), von pragmatischem Handeln (Arbeiten, Kriegführen) und von unverbindlichen Einschätzungen (Meinen, Fühlen, Glauben).

Der wissenschaftstaugliche Gegenstand und die wissenschaftliche Methode müssen also zusammenkommen, um Wissenschaft begründen zu können. Nach diesen beiden Elementen unterscheidet man gemeinhin die Wissenschaften. Dabei hat es im 19. Jahrhundert eine starke Vermehrung der wissenschaftlichen Methoden und demzufolge der Disziplinen gegeben, aus der die bis heute übli-

⁹² Kompakte Darstellung dazu bei Mayer-Maly, Einführung (Fn. 69), § 13 (S. 104-112).

⁹³ Vgl. Arzt, Einführung (1996), S. 160; zu den Schwierigkeiten eindeutiger Zuordnung auch Jürgen Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft. Rechtssystem und Rechtstechnik, 8. Aufl. 1989, S. 18 f.

che Einteilung hervorgegangen ist, in der sich das Recht nur schwer unterbringen lässt:

a) *Naturwissenschaften*

Naturwissenschaften sind alle Wissenschaften, die die Natur zum **Gegenstand** haben. Diejenigen, die sich mit der unbelebten Natur beschäftigen – Physik, Chemie, Astronomie und Geologie – bezeichnet man auch als *exakte* Naturwissenschaften, die übrigen – Biologie, Anthropologie, Genetik etc. – als *biologische*. Daneben gibt es noch die *angewandten* Naturwissenschaften, insbesondere die Medizin und (als Anwendungswissenschaft der Technik) die Ingenieurwissenschaften.

Die **Methoden** der Naturwissenschaften gehen letztlich alle auf Erfahrung (*Empirie*) zurück, also auf Beobachtungen und Experimente. Früher dachte man, durch Erfahrung könne positiv bewiesen werden, dass die Wirklichkeit der Natur mit einer bestimmten Vorstellung von ihr, einer Theorie, übereinstimmt. Man versuchte, die eigenen Thesen im strengen Sinne zu beweisen (*Verifikation*). Heute ist im Anschluss an die Wissenschaftstheorie *Karl Poppers* allgemein anerkannt, dass Beobachtung nie zu einem positiven Beweis führen kann⁹⁴. Vielmehr gilt eine These nur so lange, wie sie nicht widerlegt ist. Die Wissenschaftlichkeit der Methode besteht gerade darin, eine solche Widerlegung nach allen Regeln der Kunst zu versuchen (*Falsifikation*).

Anders als die empirischen Naturwissenschaften sind die **analytischen Wissenschaften**, insbesondere Mathematik und Logik, nicht von einem naturgegebenen Gegenstand abhängig, sondern setzen ihre ersten Annahmen selbst als sogenannte *Axiome*. Innerhalb dieser selbst geschaffenen Axiomenwelt können Mathematiker und Logiker dann, anders als Naturforscher, sogar positive Beweise liefern. Weil die *Mathematik* für Physik, Chemie und Biologie das unentbehrliche Handwerkszeug bildet, wird sie häufig unbedacht den Naturwissenschaften zugeschlagen. Wer das tut, übersieht allerdings, dass sie sich in Gegenstand und Methode von Naturwissenschaften unterscheidet. Wenn man die Mathematik nicht einer eigenen Kategorie der analytischen Disziplinen zuordnen will, dann gehört sie am ehesten zu den Geisteswissenschaften⁹⁵.

⁹⁴ Zu dieser Grundeinsicht des Kritischen Rationalismus siehe *Karl Raimund Popper*, *Logik der Forschung*, 8. Aufl. Tübingen 1984, S. 3 ff. (Induktion und Empirie), 198 ff. (Theoriebildung); *ders.*, *Erkenntnistheorie ohne erkennendes Subjekt* (1961), Übersetzung und Neuabdruck in: *ders.*, *Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf*, 2. Aufl. Hamburg 1974, S. 123 ff. (wissenschaftliche Erkenntnis).

⁹⁵ So z.B. *Norbert Horn*, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. Heidelberg 2001, Rn. 48.

b) *Geisteswissenschaften*

Den Naturwissenschaften stellt man diejenigen Wissenschaften gegenüber, die sich mit den Produkten des menschlichen Geistes beschäftigen, beispielsweise Sprach-, Geschichts-, Kunst- und Musikwissenschaft. Der charakteristische Unterschied zwischen Natur- und Geisteswissenschaften wird seit *Wilhelm Diltheys* Grundlagenschrift⁹⁶ in der Methode gesehen. Während die Tätigkeit der Naturwissenschaftlerinnen im **Erklären** besteht, versuchen die Geisteswissenschaftlerinnen sich im **Verstehen**. Die Natur ist nämlich für die Menschen bereits vorfindlich, kann also nur noch entdeckt und erklärt werden, wohingegen die Geistesschöpfungen vom Menschen selbst in die Welt gesetzt wurden – ein Schöpfungsakt, der wiederum von anderen Menschen nachvollzogen und so »verstanden« werden kann.

Bei den Geistesschöpfungen handelt es sich letztlich meist um Zeichen im weitesten Sinne, insbesondere um Texte (Romane, Verträge, Gedichte), so dass sich die Geisteswissenschaften methodisch auf das Verstehen solcher Texte, auf deren *Interpretation* konzentrieren. Die allgemeine Methode des Textverstehens heisst **Hermeneutik**⁹⁷. Weil es auch beim Recht um das Verstehen von Texten geht, ordnet man die Jurisprudenz überwiegend den Geisteswissenschaften zu. Die Hauptmethode der Jurisprudenz ist demzufolge die *juristische Hermeneutik* – der Inbegriff des methodengeleiteten Textverstehens im Recht⁹⁸. Beim kontinentaleuropäischen Recht erfolgt dieses Textverstehen nach einem relativ strengen Auslegungskanon, auf den noch einzugehen sein wird.

Ausgelöst durch die im 19. Jahrhundert prägende Zweiteilung ist der Begriff der Geisteswissenschaften bis heute in einem sehr umfassenden Sinne im Gebrauch: Geisteswissenschaften im weiteren Sinne sind danach alle **Nicht-Naturwissenschaften** und damit auch sämtliche **Sozialwissenschaften**, die sich dem Zusammenleben von Menschen widmen (Ethnologie, Soziologie, Politikwissenschaft, Wirtschaftswissenschaft). In der Methode gehen die Sozialwissenschaften über die Hermeneutik hinaus, soweit sie als empirische Sozialwissenschaften erforschen, wie die soziale Wirklichkeit beschaffen ist.

⁹⁶ *Wilhelm Dilthey*, Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte (1883), Neuabdruck in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Band I, Leipzig/Berlin 1922, S. 3 ff.

⁹⁷ Grundlegend *Hans-Georg Gadamer*, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen 1960. Vgl. dazu unten S. 67 (Hermeneutischer Zirkel).

⁹⁸ Speziell zur juristischen Hermeneutik *Helmut Coing*, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln 1959; *Fritz Rittner*, Verstehen und Auslegen als Probleme der Rechtswissenschaft, in: Werner Marx (Hrsg.), Verstehen und Auslegen, Freiburg i.Br. 1968, S. 43-66; *Josef Esser*, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, in: AcP 172 (1972), S. 97-130.

Im **englischen Sprachraum** drückt sich die Parallele der Sozialwissenschaften zu den ebenfalls empirisch arbeitenden Naturwissenschaften treffend aus, indem man von *natural sciences* und *social sciences* spricht und so alle Erfahrungswissenschaften unter dem Titel *sciences* vereint. Geisteswissenschaften im engeren Sinne, die sich mit den Produkten des menschlichen Geistes beschäftigen, heissen dort *humanities*. Und Geisteswissenschaften im weiteren Sinne (also *humanities* plus *social sciences*) werden gelegentlich als *human sciences* zusammengefasst. Die Anwendungsdisziplinen schliesslich (*medicine, engineering*) verbindet man unter dem Titel *applied sciences*.

c) Kulturwissenschaften

Man sollte meinen, dass nicht die Geisteswissenschaften, sondern die Kulturwissenschaften das Gegenteil der Naturwissenschaften bilden, so wie ihr Gegenstand, die Kultur, das Gegenteil der Natur ist. Tatsächlich tritt der Begriff der Kulturwissenschaften langsam an die Stelle des aus dem 19. Jahrhundert stammenden Oberbegriffs der Geisteswissenschaften⁹⁹. Überwiegend wird er heute aber noch als besondere Bezeichnung für **Querschnittswissenschaften** reserviert, um diese von den klassischen Einzeldisziplinen stärker abzugrenzen. Wenn also etwa die Geschlechterforschung (*gender studies*) ihre Disziplin als kulturwissenschaftlich bezeichnet, dann betont sie damit, dass hier geschichtliche, philosophische, juristische, psychologische und soziologische Fragen ganzheitlicher betrachtet werden, als es sonst üblich ist. Einen ähnlichen Gebrauch hat der Begriff der Kulturwissenschaft in der Ökologie und Friedensforschung – allesamt neuere Disziplinen, die ihr Repertoire aus der Kombination mehrerer klassischer Fächer gewinnen.

d) Einordnung der Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft lässt sich nur schwer in den Kanon der Wissenschaftsdisziplinen einordnen, weil sie teils logisch-analytische Elemente aufweist, teils die Lebenswirklichkeit untersucht, vor allem aber Sollenssätze formuliert und damit eine der seltenen normativ-praktischen Wissenschaften ist, wie ausser ihr etwa noch die Moralphilosophie und Religionslehren. Nach ihrem **Gegenstand** beurteilt ist sie ein **Teil der Sozialwissenschaften**, denn Recht regelt das Verhalten unter den Menschen¹⁰⁰. Sie ist damit eine Geisteswissenschaft im weiteren Sinne – eine Nicht-Naturwissenschaft. Soweit sich die Rechtswissenschaft als

⁹⁹ Dafür *Horn*, Einführung (Fn. 95), Rn. 48.

¹⁰⁰ *Baumann*, Einführung (Fn. 93), S. 19 f.

Textforschung der Hermeneutik bedient, ist sie ausserdem eine **Geisteswissenschaft im engeren Sinne**. Indem sie Handlungsanweisungen erarbeitet, unterscheidet sie sich allerdings von den meisten anderen Geisteswissenschaften; sie ist insoweit eine *normative* (sollensbezogene) Disziplin. Ausser durch Textinterpretation kann man Jurisprudenz auch *empirisch* (seinsbezogen) betreiben, etwa wenn man rechtssoziologisch untersucht, welche sozialen Gruppen das Gerichtssystem tatsächlich nutzen und welche von ihm keinen Gebrauch machen. Schliesslich gibt es Bereiche in der Rechtswissenschaft, die mit Logik zu tun haben und in diesem Sinne wie die Mathematik zu den *analytischen* (denkgesetzlichen) Disziplinen zählen. Folglich ist die Rechtswissenschaft im Kern eine Geisteswissenschaft, die sich aber in Gegenstand und Methodenkanon von den meisten anderen Geistes- und Sozialwissenschaften unterscheidet – sozusagen eine **untypische Geisteswissenschaft**.

2. Bezüge des Rechts zu verwandten Disziplinen

Alle Wissenschaftsdisziplinen, sogar die Fächer der Naturwissenschaften, können auch einen juristischen Aspekt gewinnen, etwa wenn die Rechtsmedizin bei der Aufklärung von Verbrechen hilft und so die Faktengrundlage für eine strafgerichtliche Verurteilung schafft – ein Zusammenhang übrigens, der ihnen aus juristischer Sicht die etwas selbstgefällige Bezeichnung als »**Hilfswissenschaften**« eingetragen hat¹⁰¹. Selbst zu Logik, Linguistik, Informatik, Friedensforschung und Finanzwissenschaften gibt es jeweils Übergänge aus der Perspektive des Rechts¹⁰². Umgekehrt haben die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler dieser Fächer teils mit der Jurisprudenz zu tun: Finanzwissenschaftler etwa mit dem Steuerrecht, Friedensforscherinnen mit dem Verfassungs- und Völkerrecht.

Nun gibt es einige Disziplinen, die derart nah neben der Jurisprudenz angesiedelt sind, dass sie aus Sicht der Rechtswissenschaften als **Nachbarwissenschaften** bezeichnet werden¹⁰³. Typischerweise entwickelt die Rechtswissenschaft für sie jeweils eines oder mehrere **Grundlagenfächer**, die das Recht aus der Perspektive der benachbarten Wissenschaft betrachten: die Rechtsgeschichte für die geschichtliche Perspektive, die Rechtsphilosophie für die philosophische Perspektive, die Rechtssoziologie und Kriminologie für die soziologische Perspektive und so weiter. Jedes dieser Fächer steht für einen besonderen Aspekt, den das Recht zusätzlich zum rein dogmatisch-handwerklichen Geschäft der Normauslegung hat. Manchmal sind es gerade diese **Grundlagenfächer**, die

¹⁰¹ Baumann, Einführung (Fn. 93), S. 21 f.

¹⁰² Siehe die Auswahl bei Dieter Grimm (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Band 2, 1976.

¹⁰³ Vgl. dazu die Beiträge in Dieter Grimm (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Band 1, 2. Aufl. 1976.

Studium und Wissenschaft des Rechts um neue Gedanken jenseits des Detailwissens bereichern:

a) *Historische Aspekte*

Das Recht hat zunächst einen allgegenwärtigen, engen Bezug zur Geschichte, der in dem besonderen Grundlagenfach der **Rechtsgeschichte** behandelt wird. Hier will man wissen, wie das Recht in früheren Zeiten gewesen ist und wie es sich zum heutigen Recht entwickelt hat. Als *äusseren Aspekt* der Rechtsgeschichte untersucht man dazu dessen Werdegang anhand der rechtlich bedeutsamen Ereignisse und Dokumente (z.B. Goldene Bulle 1356, Westfälischer Friede 1648), also in einer Momentaufnahme von Zuständen und in einer Quellenexegese von Urkunden; die Rechtsgeschichte wird eingebettet in den weiteren Forschungskreis der Sozialgeschichte. Der *innere Aspekt* der Rechtsgeschichte widmet sich der vermeintlichen Entwicklungslogik einzelner Rechtsfiguren, verfolgt etwa die stufenweise Entfaltung des Instituts der Ehe. Solche rechtshistorische Forschung, die auf der Analyse äusserer Ereignisse und Urkunden aufbaut und diesen (teils idealisierend) nachträglich eine Erklärung zuschreibt (Dogmengeschichte), hat den Vorteil, konkrete Erträge für Rechtsfragen der Gegenwart zu versprechen. Sie kann sogar unmittelbare Bedeutung für unser heutiges Rechtsverständnis haben, wenn wir die Rechtsinstitute, wie sie jetzt gelten, vor dem Hintergrund ihrer Entstehung auslegen. Das ist Teil der *historischen* oder *genetischen Interpretation*¹⁰⁴.

Nur knapp zweihundert Jahre entfernt sind wir von den Zeiten, in denen **Rechtswissenschaft primär als historische Wissenschaft** verstanden wurde. In Deutschland schrieb damals der Begründer der **Historischen Rechtsschule**, *Friedrich Carl von Savigny*, selbst Geschichte, als er sich gegen die Forderung von *Thibaut* nach einer zivilrechtlichen Kodifikation (d.h. einem umfassenden Bürgerlichen Gesetzbuch) durchsetzte¹⁰⁵. Im Zustand territorialer und rechtlicher Zersplitterung nach dem Zerfall des alten Reiches (1806) und dem Bedeutungsverlust des *Code civil* (1804) durch die Befreiungskriege, galt das an den Fakultäten gelehrt römische Recht als »Gemeines Recht« subsidiär zum jeweiligen Landesrecht, in Preußen beispielsweise subsidiär zum Allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten (ALR, 1794). Obwohl dadurch ein dringendes praktisches Bedürfnis nach Rechtsvereinheitlichung entstanden war, konnte sich

¹⁰⁴ Dazu ausführlicher S. 112, 115.

¹⁰⁵ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814 – Neuabdruck bei *Jacques Stern*, Thibaut und Savigny. Zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland, Berlin 1914, S. 35-68.

Savigny mit seiner Streitschrift¹⁰⁶ gegen den Geist der Zeit durchsetzen: Kodifikationen galten ihm als lebensfremde Abstraktionen; statt Recht einfach zu setzen, sollte man der historisch gewachsenen Rechtskultur nachspüren, die sich im Volksgeist niederschlägt¹⁰⁷. Rechtswissenschaft war nach diesem Verständnis in erster Linie juristische Geschichtsforschung und die darauf aufbauende Systembildung¹⁰⁸. Mit dieser Haltung konnte sich die Historische Rechtsschule lange als herrschende Lehre behaupten. Selbst 50 Jahre nach dem Kodifikationsstreit definierte *Rudolf von Jhering* die Rechtswissenschaft noch unter anderem mit dem rechtsgeschichtlichen Forschen nach der stufenweisen Vervollkommnung des Rechts:

»Und wenn ich jetzt die Summe ziehe von dem, was ich gesagt habe, so nenne ich die Rechtswissenschaft das wissenschaftliche Bewußtsein in Dingen des Rechts, das Bewußtsein, das nach Seiten der Rechtsphilosophie hin die letzten Gründe zu erforschen hat, denen das Recht auf Erden seinen Ursprung und seine Geltung verdankt, nach Seiten der Rechtsgeschichte ihm folgt auf allen seinen Wegen, die es genommen hat, um von Stufe zu Stufe zur höheren Vollkommenheit sich zu erheben, nach Seiten der Dogmatik die zum praktischen Gebrauch geordnete wissenschaftliche Darstellung aller Erfahrungen und Thatsachen, welche den augenblicklichen Höhen- und Endpunkt unserer Erkenntniß und Erfassung des Rechts in sich schließen.«¹⁰⁹

b) Politische Aspekte

Neben der Rechtsgeschichte ist auch die **Rechtspolitik** in der Jurisprudenz allgegenwärtig. Wann immer die Interpretation des geltenden Rechts einen systematischen Mangel ergibt, ist mit der Feststellung dieses Defizits implizit die Forderung verbunden, der Gesetzgeber möge dem Missstand durch eine Gesetzesän-

¹⁰⁶ Savigny, *Beruf* (1814), Neudruck S. 69 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Savigny, *Beruf* (1814), S. 11 (Neudruck S. 78): »Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert.« Erst zum Ende des 19. Jahrhunderts war auch in Deutschland die Kodifikation nicht mehr aufzuhalten; zum 1. Januar 1900 trat das »Bürgerliche Gesetzbuch« in Kraft.

¹⁰⁸ Programmatisch insoweit das unvollendete Hauptwerk: *Friedrich Carl von Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 Bände, Berlin 1840-1848, das *Caroni*, *Privatrecht* (1988), S. 116, als »gelehrte Alternative« zur Kodifikation bezeichnet hat.

¹⁰⁹ *Rudolf von Jhering*, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868, aus dem Nachlass herausgegeben von Okko Behrends, Göttingen 1998, S. 47-92 (92).

derung abhelfen. Die rechtspolitischen Forderungen sind so sehr Teil der Rechtswissenschaft, dass sich ein eigener Begriff für den Rechtszustand herausgebildet hat, wie er (zukünftig) sein sollte, wie er wünschenswert ist: der Zustand *de lege ferenda*. Von dem Recht, wie es gegenwärtig tatsächlich gilt, spricht man demgegenüber als Zustand *de lege lata*. Für die rechtswissenschaftliche Genauigkeit ist es von grösster Bedeutung, dass bei jeder Aussage stets klar ist, ob sie zur **Rechtsdogmatik** gehört, zur Lehre über das aktuell geltende Recht, oder ob sie nur einen rechtspolitischen Vorschlag für zukünftige Gestaltungen darstellt.

c) *Philosophische Aspekte*

Dass auch die **Rechtsphilosophie** zu den Grundlagenfächern der Jurisprudenz gehört, dürfte bereits bei den Überlegungen zum Rechtsbegriff deutlich geworden sein. Selbst wenn man zwischen Recht und Moral strikt trennt, wie dies die Rechtspositivisten tun, bleibt stets die Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts – ob es *legitimierbar* und in diesem Sinne *richtiges Recht* sei. Man kann solche Fragen zwar aus dem engeren Kreis der Rechtsdogmatik verbannen, wie dies bei der Rechtspolitik berechtigterweise geschieht, aber als grundlegende Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Recht bleiben die philosophischen Aspekte stets erhalten. Immer wieder aktuell wird das beispielsweise in existentiellen Grenzbereichen des Rechts – beim ungeborenen Leben und der Achtung vor Toten, in der Bioethikdebatte und bei Fragen der Sterbehilfe.

d) *Soziologische Aspekte*

Die Rechtssoziologie fragt nach der Bedeutung von Rechtsnormen in der **Gesellschaft**, ihren Entstehungs- und Geltungsbedingungen einschliesslich aller Differenzen zwischen gesellschaftlichem Sein und rechtlichem Sollen. Sie ist in ihrer Methode empirisch und analytisch ausgelegt, beobachtet also die Wirklichkeit und versucht diese systematisierend zu erklären (empirische und theoretische Rechtssoziologie). Dadurch unterscheidet sich die Rechtssoziologie grundlegend von der Rechtsdogmatik. Beurteilt man beispielsweise die Legitimität einer Rechtsnorm aus der *normativen* Binnenperspektive des Rechts, dann kommt es darauf an, wie der Geltungsanspruch der Norm begründet werden kann: Ist das Gesetz im vorgeschriebenen Verfahren zustande gekommen? Sind seine Anordnungen mit den Grundrechten vereinbar? Die Argumentation bleibt im Reich des Sollens. Beurteilt man die Legitimitätsfrage hingegen aus der *empirischen* Aussenperspektive der Rechtssoziologie, dann richtet sie sich auf das Sein: nur die tatsächliche Akzeptanz der Rechtsnorm in der Gesell-

schaft, die Zustimmung zu ihr, die sich im wirklichen Verhalten der Menschen ablesen lässt. Wollte man Sein und Sollen ganz trennen, das (empirische) Erkenntnisinteresse vollständig von (normativer) Rechtsdogmatik und -politik abspalten, dann wäre das eine künstliche Vereinfachung. In der **Kriminologie** etwa, einem besonderen Gegenstandsbereich der Rechtssoziologie, bestehen geradezu zwangsläufig breite Überschneidungen zwischen strafrechtlichen Strafwissenschaften und kriminologischer Wirkungsforschung¹¹⁰.

e) Ethnologische Aspekte

Auf den ersten Blick hat die Ethnologie, also die Völkerkunde, mit der Rechtswissenschaft nicht viel gemein. Wir kennen völkerkundliche Studien vor allem bei Urvölkern. Man kann aber auch das Staatsvolk der gegenwärtigen Schweiz ethnologisch betrachten und so zur **Rechtsethnologie** gelangen. Bei den Arbeiten zur Einbürgerungspraxis etwa, also zu der Frage, wie jemand in das Staatsvolk aufgenommen wird, ist es offensichtlich, dass die Rahmenbedingungen durch das geltende Staatsbürgerrecht gesetzt sind. Im internationalen Rechtsvergleich ist die Schweiz besonders interessant, weil die Einbürgerung hier eine Dreistufigkeit von Gemeinde, Kanton und Eidgenossenschaft vorsieht, die sonst nirgendwo praktiziert wird. Gleichzeitig ist eine solche Einbürgerungspraxis auch Ausdruck der spezifisch schweizerischen Kultur. In der Gegenüberstellung von Kulturen liegt ein Reflexions- und Kritikpotential, das die Ethnologie für das Recht eröffnet.

f) Psychologische Aspekte

Innerhalb der Psychologie, verstanden als der Wissenschaft von der menschlichen Psyche, fruchtet die **Individualpsychologie** etwa im Jugendstrafrecht oder in Familienrechtsfragen. Die **Sozialpsychologie** hingegen ist wie die Soziologie eine Erkenntnisquelle für die Wirkungsforschung des Rechts: Warum nehmen Arme ihre Rechtsschutzmöglichkeiten nur wahr, wenn man ihnen zusätzliche Unterstützung bietet (Mieterschutzvereine etc.)? Wie wirkt ein Vertragsangebot in Abhängigkeitssituationen?

¹¹⁰ Dazu *Karl-Ludwig Kunz*, *Kriminologie*, 3. Aufl. Bern u.a. 2001, § 2, Rn. 13 ff. sowie §§ 30 ff.

g) *Ökonomische Aspekte*

Als Ökonomische Analyse des Rechts (*Economic Analysis of Law*) bezeichnet man die Forschungsrichtung, die eine Effizienzanalyse des Rechts vornimmt¹¹¹. Hier wird eine unmittelbare Brücke zwischen ökonomischer Methodik und juristischen Gegenständen geschlagen. So werden beispielsweise die Wirkungsweisen des Haftungsrechts kritisch hinterfragt: bieten sie wirklich diejenigen Effizienzsteigerungen, die der Gesetzgeber angestrebt hat, oder wäre der Gemeinschaft mit einer anderen rechtlichen Regelung besser gedient?¹¹² So kann eine Berechnung zeigen, dass es für besonders gefährliche Aktivitäten wie den Umgang mit Sprengstoff besser ist, eine verschuldensunabhängige Haftung (Kausalhaftung) einzuführen¹¹³. Die ökonomische Analyse führt dabei teils zu befremdlichen Perspektiven, etwa wenn im Familienrecht der Haushalt plötzlich als »Produktionseinheit« untersucht und die Heirat als »wertmaximierende Transaktion« verstanden wird¹¹⁴.

Insgesamt erweisen sich die Grundlagenfächer als ein interdisziplinär angelegter Teil der Rechtswissenschaft, mit dem eine **reiche Vielfalt zusätzlicher Perspektiven** in das Recht einzieht.

3. *Kritik an der Rechtswissenschaft*

Eine grundlegende Kritik an der Rechtswissenschaft steckt bereits in dem erwähnten *Kirchmann*-Zitat, nach dem »drei berichtigende Worte des Gesetzgebers« ganze Bibliotheken entwerten können¹¹⁵. Dahinter steckt ein tiefer Zweifel am Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz – ein Zweifel, den *Kirchmann* in den Titel seines Vortrags von 1848 aufgenommen hat: »Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft«¹¹⁶. Inzwischen haben Juristinnen und Juristen gelernt, ohne Selbstmitleid die Wandelbarkeit des Rechts hinzunehmen, ja sogar als eine ganz eigene Qualität zu schätzen. Doch in regelmässigen Abständen kommt es zu neuen Herausforderungen, die wie Wellen an die Festung »Jurisprudenz« branden. Sie sind deshalb so wichtig, weil sie in der Rechtswissenschaft jeweils zu Entwicklungsschüben führen. Dazu einige Beispiele:

111 Dazu näher unten S. 68 (Ökonomische Analyse des Rechts).

112 Grundlegend *Guido Calabresi*, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven 1970; neuere, auch europäische Stimmen dazu bei *Michael Adams*, *Ökonomische Theorie des Rechts. Konzepte und Anwendungen*, Frankfurt a.M. u.a. 2002, S. 137 ff.

113 *Richard A. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 3. Aufl. Boston/Toronto 1986, S. 160 ff. Zur Kausalhaftung (Gefährdungshaftung) näher unten S. 201.

114 So *Posner*, *Economic Analysis* (Fn. 113), S. 127 ff., 130 ff.

115 Siehe oben S. 28.

116 Vgl. oben Fn. 24.

a) *Hermeneutischer Zirkel*

Die **juristische Hermeneutik** gilt seit den 60er Jahren als der Prototyp des Textverstehens überhaupt¹¹⁷ und das Textverstehen wiederum kann man als das Grundmodell jeden Verstehens ansehen¹¹⁸. Die wissenschaftskritischen Hinterfragungen, die für das Verstehen insgesamt gelten, bilden dadurch gleichzeitig Probleme der Rechtswissenschaft. Deren wichtigste hat *Hans-Georg Gadamer* betont, als er herausarbeitete, wie der Verstehende, der Interpret, notwendig mit einem **Vorverständnis** an das zu Verstehende, den Text, herantreten muss. Das Vorverständnis wiederum prägt das, was aus dem Text herausgelesen wird, geht also erneut in das Verstehen ein. So kommt es unausweichlich zu einem kreisförmigen Prozess, dem **hermeneutischen Zirkel**:

Die Richterin kann aus dem Recht ohne eine ungefähre Zielvorstellung keinen Sinngehalt herauslesen; hat sie aber eine solche Vorstellung, so liest sie gleichzeitig eine Bedeutung in das Recht *hinein*. Nie lässt sich genau sagen, welchen Anteil das Vorverständnis und welchen Anteil der Text selbst an dem Verstehensprozess hat. Sicher gibt es Texte, die sich gegenüber dieser Vorformung des Lesenden sperriger verhalten als andere – doch kein Text, auch kein Gesetzestext, trägt seine Bedeutung ganz in sich allein. Die Auslegung des Gesetzes und mit ihr die gesamte Rechtsanwendung, das müssen Juristinnen und Juristen seitdem eingestehen, wird so zu einer *latent unpräzisen Angelegenheit*.

b) *Klassenjustiz und Klassenrecht?*

Eine in den 70er Jahren erstarkende, marxistisch inspirierte Rechtskritik stellt das Recht als einseitiges Instrument der herrschenden Klasse dar – ein Klassenrecht, das von einer Klassenjustiz umgesetzt wird¹¹⁹. Ausgangspunkt dafür war die These von *Karl Marx*, dass lediglich die Produktionsverhältnisse als **reale Basis** anzusehen seien, während Politik und Recht mit allen ihren Erscheinungen zum **Überbau** zählen, der sich beliebig fügt, sobald in der ökonomischen Grundlage eine Umwälzung stattfindet¹²⁰. Für die Gesamtheit der Juristinnen

¹¹⁷ *Gadamer*, Wahrheit und Methode (Fn. 97), S. 307 ff.

¹¹⁸ *Paul Ricœur*, Der Text als Modell: hermeneutisches Verstehen (1972), Neuabdruck in: Hans-Georg Gadamer/Gottfried Boehm (Hrsg.), Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaft, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1985, S. 83 ff. (89 ff.).

¹¹⁹ Überblick bei *Hubert Rottluthner*, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt a.M. 1973, S. 162 ff.

¹²⁰ Diese Basis-Überbau-Lehre findet sich besonders deutlich bei *Karl Marx*, Kritik der politischen Ökonomie (1859), Neuabdruck in: Karl Marx/Friedrich Engels – Werke, Band 13, Berlin 1964, S. 1-160, Vorwort (S. 7-11), S. 8 f.: »Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Struktur der Gesellschaft, die reale Basis, worauf sich ein juristischer und politischer Überbau erhebt, und welcher bestimmte gesellschaftliche

und Juristen, den sogenannten »Rechtsstab«, liess sich tatsächlich ein überproportionaler Anteil von Mitgliedern des Bildungsbürgertums nachweisen – Personen also, die der gehobenen Mittelschicht entstammen¹²¹. Führen die juristischen Ausbildungsanforderungen und andere Bildungspatente also zu einer privilegierten Schicht?¹²² Bevorzugen Richterinnen und Richter möglicherweise die besser gekleideten, souverän sprechenden und höflich auftretenden Bildungsbürger?¹²³ Jedenfalls gibt es zu einer solchen These auch gegenläufige Effekte: der richterliche Schutzreflex gegenüber Hilfsbedürftigen etwa, die durch Gesetzesbindung vermittelte Stützung der Schwachen im Recht (Arbeitsschutz, Mieterschutz u.v.m.) sowie schliesslich die Bewusstmachung der eigenen Vorurteilsbefangenheit bei den Richterinnen und Richtern¹²⁴. Als eine erwiesene Rechtstatsache wird man die These von der Klassenjustiz darum heute nicht ansehen können¹²⁵, eher als eine Mahnung, dass das Recht nie etwas Neutrales werden kann, sondern immer eine politische Dimension mitführt. Denn selbst wenn es heute keine Klassenjustiz im Sinne der marxistischen Kritik geben sollte, so bleibt immer die Gefahr, dass Richterinnen und Richter gegenüber den weniger gebildeten Bevölkerungsgruppen in eine soziale Distanz geraten, aus der Verständigungsschwierigkeiten im Prozess entstehen¹²⁶.

c) Diskurstheorie des Rechts

Ebenfalls aus den gesellschaftskritischen Strömungen der 70er Jahre entstand die Diskurstheorie des Rechts. Ihr erster Grundgedanke wurzelt in der »Kritischen Theorie« der »Frankfurter Schule«¹²⁷, die sich für eine geistige **Emanzipa-**

Bewußtseinsformen entsprechen. ... Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt.«

121 Vgl. Wolfgang Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung, Neuwied/Berlin 1969; Rüdiger Lautmann, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, Stuttgart u.a. 1971, S. 72; zusammenfassend Klaus F. Röhl, Rechtssoziologie, München u.a. 1997, S. 347 ff. m.w.N.

122 So Weber, Wirtschaft (Fn. 40), Bd. 2, 1976, S. 577.

123 Vgl. insbesondere die Kritik bei Karl Liebknecht, Rechtsstaat und Klassenjustiz (1907), in: ders., Gesammelte Reden und Schriften, Band II, Berlin 1960, S. 17-24 (31 ff.); ders., Gegen die preußische Klassenjustiz (1910), ebd., Band III, S. 3-55 (25 ff.); Ernst Fraenkel, Zur Soziologie der Klassenjustiz (1927), in: ders., Gesammelte Schriften, Band 1, Baden-Baden 1999, S. 177-211 (184 ff., 211); zur »Klassenjustiz heute« (1971) ausserdem Lautmann, Soziologie (Fn. 121), S. 68 ff.

124 Dazu oben S. 67 (Hermeneutischer Zirkel).

125 Vgl. Klaus F. Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974, S. 98 ff. (107 f.); Hubert Rottleuthner, Abschied von der Justizforschung? Für eine Rechtssoziologie »mit mehr Recht«, in: ZfRSoz 3 (1982), S. 82-119 (83 ff., 115 ff.).

126 Brun-Otto Bryde, Juristensoziologie, in: Horst Dreier (Hrsg.), Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz, Tübingen 2000, S. 137-155 (142).

127 Als »Frankfurter Schule« bezeichnet man diejenige sozialwissenschaftliche und philosophi-

tion gegenüber naturwissenschaftlicher Faktengläubigkeit, mythischer Wissenschaftstradition und gleichgerichteter (Massen-)Kultur einsetzte. Den Ausweg aus der Erstarrung bietet ein Prozess der gesellschaftlichen Öffentlichkeit¹²⁸, den man auch auf die Legitimation des Rechts übertragen kann¹²⁹. Das funktioniert allerdings nur, so der zweite Grundgedanke, wenn sich in dieser Öffentlichkeit nicht die unterschiedlich mächtigen Individualinteressen durchsetzen, sondern vielmehr **Argumente**, mit denen an ein »universelles Auditorium« appelliert wird¹³⁰. Die Beteiligten müssen sich als gleichberechtigte Partner einer Kommunikationsgemeinschaft anerkennen¹³¹. Überträgt man diese Argumentationstheorie auf das Recht¹³², dann folgt dessen Legitimation aus Verfahren, in denen beispielsweise eine demokratische Öffentlichkeit gesichert, ein transparenter und freier parlamentarischer Diskussionsprozess geführt und ein argumentatives Gerichtsverfahren garantiert werden¹³³. Überkommene Rechte und Pflichten müssen, um legitim zu sein, ständig dieser **diskursiven Kontrolle** ausgesetzt bleiben.

d) Systemtheorie und Autopoiesis

In den 70er und 80er Jahren entwickelte *Niklas Luhmann* eine allgemeine Theorie sozialer Systeme¹³⁴, die er unter anderem auf das Recht übertrug¹³⁵. Er

sche Richtung, die aus dem 1923 in Frankfurt gegründeten Institut für Sozialforschung (IfS) hervorging. Dieses wurde 1933 von Nationalsozialisten besetzt und während des Krieges an der Columbia University in New York fortgeführt. Zur ersten Wissenschaftlergeneration der Frankfurter Schule gehörten *Max Horkheimer*, *Theodor W. Adorno* und *Herbert Marcuse*, zur zweiten vor allem *Jürgen Habermas*.

128 *Jürgen Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bände, Frankfurt a.M. 1981.

129 *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992, insbes. S. 44, 50, 138, 154 f.

130 *Chaim Perelman*, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit* (1965), in: *ders.*, *Über die Gerechtigkeit*, München 1967, S. 153.

131 Siehe *Karl-Otto Apel*, *Transformation der Philosophie*, Band 2, Frankfurt a.M. 1973, S. 424 ff.

132 *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M. 1978, S. 32, 38, 261 ff.

133 Vgl. *Jörg Paul Müller*, *Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung*, München 1993, S. 149 ff., 161 ff. (parlamentarische Gesetzgebung), 170 ff. (gerichtliche Verfahren), 180 ff. (juristische Interpretation); *Pierre Tschannen*, *Stimmrecht und politische Verständigung. Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie*, Basel/Frankfurt a.M. 1995, S. 388.

134 *Niklas Luhmann*, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M. 1984.

135 *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. Opladen 1987; *ders.*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993, S. 62 ff. (operative Geschlossenheit von Systemen und relative Autonomie des Rechts); mit deutlich anderer Schwerpunktsetzung noch *ders.*, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969.

stützte sich dabei auf Theorien biologischer Systeme, die von *Humberto Maturana* und *Francisco Varela* zur Theorie der **Autopoiesis** (Selbermachen) weiterentwickelt wurden¹³⁶. Diese Bezeichnung drückt bereits die systemtheoretischen Grundannahmen aus, die sich am **Bild der Zelle** orientieren: Systeme – gleich ob biologisch oder sozial – sind selbstreferentiell geschlossene eigene Welten (Innenleben), relativ autonom gegenüber anderen Teilsystemen (Zellmembran), eigengesetzlich mit eigenem Code (Reproduktion) und innerhalb des Gesamtsystems funktional ausdifferenziert (Aussenwelt). Daraus folgt im Umkehrschluss, was die Systemtheorie kritisiert: es könne keine soziale und logische Integration unterschiedlicher Systeme geben, keine klaren Ursachen- und Wirkungsketten, keine systematischen Gesamtentwürfe. Übertragen auf das »System Recht«¹³⁷ wird vor allem jede Art von Stabilisierungs- und Steuerungspotential zweifelhaft: Recht kann Verhalten nicht gezielt steuern und kann selbst nicht gezielt gesteuert (fortentwickelt) werden. Vielmehr wächst es »evolutiv« aus sich heraus in einem Prozess kleiner Entwicklungs- und Anpassungsschritte – kollisionsträchtig eingebettet in gesellschaftliche, wirtschaftliche, politische und andere Wirkkräfte mit je eigenem, zum Recht inkompatiblen »Code«. Die Systeme »sprechen« nicht miteinander, sondern beeinflussen sich bestenfalls langfristig und unspezifisch über eine »strukturelle Koppelung« (Membranpermeabilität). Das Recht gerät als praktische Gestaltungskraft in ähnliche Selbstzweifel wie früher durch den hermeneutischen Zirkel¹³⁸. Immerhin können wir hier lernen, wie vermessen es ist, die Eigengesetzlichkeiten von Gesellschaft, Wirtschaft und Politik aus juristischer Sicht einfach mit einem Hinweis auf den alles überragenden Rechtszwang zu ignorieren.

e) *Ökonomische Analyse des Rechts*

In den 80er Jahren erlebte die ökonomische Analyse des Rechts ihren Durchbruch¹³⁹, nachdem sie zuvor bloss für das Kartellrecht (*antitrust law*) eine zentrale Rolle gespielt hatte. Plötzlich wurden auch wirtschaftsferne Rechtsbereiche mit dem ökonomischen Kalkül seziert, etwa das Familienrecht und das Haf-

¹³⁶ *Humberto R. Maturana/Francisco Varela*, Der Baum der Erkenntnis. Die biologischen Wurzeln des menschlichen Erkennens (1984), Bern u.a. 1987, S. 7 ff. (lebende Systeme als Prozesse), 227 f. (Sprache als Selbstbeschreibung), 258 f. (fehlender Bezugspunkt: »Mechanismen der Erzeugung unserer selbst als Beschreiber und Beobachter«).

¹³⁷ Insbesondere *Gunther Teubner*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a.M. 1989, S. 44 ff., sowie (unter Hervorhebung ordoliberaler Vorstellungen von *Friedrich A. Hayek* über die »spontane Ordnung«) auch *Karl-Heinz Ladeur*, Postmoderne Rechtstheorie, S. 107 ff., 194, 202.

¹³⁸ Dazu oben S. 67 (Hermeneutischer Zirkel).

¹³⁹ Vgl. etwa *Peter Behrens*, Aspekte einer ökonomischen Theorie des Rechts, in: Rechtstheorie 12 (1981), S. 472-490.

tungsrecht¹⁴⁰. Die ökonomische Analyse konnte dabei in den USA auf eine grosse Zahl von Gerichtsentscheiden zurückgreifen, die sich schon in früheren Jahren an den Kriterien der Nützlichkeit (*utility*) und des lohnenden Mitteleinsatzes (*efficiency*) orientiert hatten und vereinzelt in rechtswissenschaftliche Arbeiten eingeflossen waren¹⁴¹. Heute hat die ökonomische Analyse auch in Europa das private wie öffentliche Recht ergriffen¹⁴². Die inhaltliche Ausrichtung wurde bereits erwähnt¹⁴³. Eine implizite *Kritik* an der Rechtsdogmatik enthält die Ökonomik insofern, als sie den Vorwurf der Unvollständigkeit einschliesst: wer nicht auch auf die Effizienz der rechtlichen Regelungen schaut, der wird dem Recht, wie es vom Gesetzgeber gedacht ist, nicht voll gerecht.

f) Feministische Jurisprudenz

Erst in den 90er Jahren hat sich die feministische Jurisprudenz im Anschluss an ihre US-amerikanische Entfaltung nach Europa zurückbewegt¹⁴⁴. Für sie ist die Rechtskritik geradezu zentral: Recht wird als ein Medium entlarvt, das unter dem Schleier formaler Gleichbehandlung nach wie vor zutiefst geschlechterungerecht strukturiert und materialisiert ist. Erst nach langem Ringen konnte in allen schweizerischen Kantonen das Frauenstimmrecht durchgesetzt werden. Und noch heute ist die Einforderung von Lohngleichheit zwar durch einen gesetzlichen Anspruch gestärkt, aber alles andere als verwirklicht.

¹⁴⁰ Posner, Economic Analysis (Fn. 113), S. 127 ff., 147 ff.

¹⁴¹ Richard Coase, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics 1 (1960), S. 1 ff.; Guido Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale Law Journal 70 (1961), S. 499 ff.; im Jahre 1973 dann die erste Auflage von Posner, Economic Analysis of Law (Fn. 113). Zu den frühen Gerichtsentscheidungen David W. Barnes/Lynn A. Stout, Cases and Materials on Law and Economics, St. Paul 1992, S. 6 ff.

¹⁴² Siehe etwa Christian Kirchner, Regulierung durch öffentliches Recht und/oder Privatrecht aus der Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 63 ff.; Martin Morlok, Vom Reiz und Nutzen, von den Schwierigkeiten und Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: Christoph Engel/Martin Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie, 1998, S. 1 ff.; Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin 2000, S. 89 ff.; Anne van Aaken/Stefanie Schmid-Lübbers (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, Wiesbaden 2003.

¹⁴³ Dazu oben S. 66 (Ökonomische Aspekte).

¹⁴⁴ Zur Entwicklung siehe die Übersicht bei Susan Emmenegger, Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, 1999, S. 4-55.

Fasst man die **Erträge rechtskritischer Strömungen** aus den letzten 50 Jahren zusammen, so haben sie der Rechtswissenschaft vorgeführt, dass die Rechtsanwendung sich nie in einem mechanischen, vollständig rationalisierbaren Handeln erschöpft (Hermeneutik). Sie haben ihr ein geschärftes Bewusstsein für die politische Befangenheit des Rechts und der Rechtsakteure beschert (Klassenjustiz). Sie haben die besondere Bedeutung von Verfahren herausgestellt (Diskurstheorie) und die juristische Steuerungsmacht in Zweifel gezogen (Systemtheorie). Sie haben die Effizienzziele, die der Gesetzgeber mit dem Recht verbindet, auf ein neues Untersuchungsniveau gehoben (Ökonomische Analyse). Und sie haben die subtilen und indirekten Frauendiskriminierungen im Recht herausgearbeitet und für die Rechtswissenschaft zu einer Gegenwartsaufgabe gemacht (Feministische Jurisprudenz).

Schon dieser kurze Überblick lässt erwarten, dass wir auch in Zukunft mit neuen Perspektiven und wissenschaftlichen Bereicherungen rechnen dürfen: die Blickbeschränkung des Rechts auf menschliche Interessen (Anthropozentrismus), auf nationale Geltungsräume (Territorialismus) und auf die eigene Generation (Generationenchauvinismus) sind Phänomene, die weiterhin einer konstruktiven Rechtskritik harren.

Zweiter Teil: Rechtsanwendungslehre

Für eine **allgemeine Rechtslehre** versuchte man im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts solche Rechtsinstitute, Rechtsfiguren und Rechtsbegriffe aufzuspüren, die in entwickelten Rechtsordnungen zwangsläufig übereinstimmen. Die Vorstellung, man könne dadurch ein Gemeinrecht der Welt finden, ist inzwischen breiter Ernüchterung gewichen. Unterschiedliche Rechtsordnungen lassen sich kaum auf einen Nenner bringen. Selbst *innerhalb* eines Staates und innerhalb derselben staatenübergreifenden Rechtskultur zeigt sich ein starker und keinesfalls immer gleichgerichteter Wandel: das europäische Recht im Absolutismus, der buchstäblich alle staatliche Macht in einer Hand vereinte, hat mit dem europäischen Recht unserer Zeit nur noch wenig Gemeinsamkeiten.

Die Allgemeinheit der Rechtslehre beschränkt sich darum heute auf Inhalte, die der **Rechtstheorie und Methodenlehre** zugehören: Normbegriff und Normkonkurrenz, Auslegung und Subsumtion von Rechtsnormen. Sie fügen sich in den Gesamtzusammenhang der Rechtsanwendung ein:

I. Stufen der Rechtsanwendung

Die Rechtsanwendung besteht darin, vom Lebenssachverhalt über die Rechtsnorm zur Rechtsfolge zu gelangen. Als **Lebenssachverhalt** bezeichnet man alles, was sich tatsächlich im Einzelfall in der Wirklichkeit zugetragen hat. Beim Autounfall etwa das Quietschen von Reifen, das Krachen von Blech, das erschreckte Zurückspringen von Passanten, die Schadensaufnahme durch die Polizei und vieles mehr. Solche Lebenssachverhalte sind zwangsläufig **individuell und konkret**, d.h. einzelne Personen und ganz bestimmte Ereignisse spielen darin eine Rolle. Ausserdem enthält der Lebenssachverhalt als bloße Schilderung der Ereignisse viele Details, auf die es juristisch später nicht mehr ankommt. Dazu ein Beispiel:

A gerät mit B in Streit, zieht ein Messer und sticht B in den Bauch. C, die alles beobachtet hat, ruft Rettungsdienst und Polizei. Es kommt zu einem grossen Menschenauflauf. Die Presse erscheint, interviewt Passanten und photographiert. B wird im Rettungswagen zum Krankenhaus gefahren und dort geheilt. C fällt in Ohnmacht, kann aber von den anwesenden Sanitätern schnell wieder zu Bewußtsein gebracht werden. Die Polizei verhaftet A in dessen Wohnung und transportiert ihn in Handschellen ab.

Die Rechtsnormen, die wir in Verfassung, Gesetzen und Verordnungen finden, sind nicht so detailreich wie dieser Lebenssachverhalt, sondern vielmehr **generell und abstrakt**, d.h. sie betreffen eine Vielzahl von Personen und passen zu ganz unterschiedlichen Ereignissen. Die **Aufgabe der Rechtsanwendung** besteht in der Zuordnung des individuell-konkreten Lebenssachverhalts zur generell-abstrakten Rechtsnorm.

1. Sachverhaltsaufbereitung und Normzuordnung

Rechtsanwendung im weiteren Sinne kennt zwei sehr unterschiedlichen Tätigkeiten, die wie Stufen aufeinander aufbauen. Die RichterIn muss nämlich in einem ersten Schritt zunächst den Lebenssachverhalt, der wegen seiner Ungechliffenheit auch »Roh«-Sachverhalt genannt wird¹⁴⁵, zu einem anwendungstauglichen **juristischen Sachverhalt** aufbereiten¹⁴⁶. Dies ist die Domäne des gerichtlichen Prozessrechts, in dem die Beweislastverteilung und die verschiedenen Mittel der Beweisführung eine Rolle spielen. Einerseits reduziert man dabei den Lebenssachverhalt auf seine juristisch relevanten Details – auf den Akt des Messerstichs, dessen Begleitumstände und die zugrundeliegenden Motive. Unwichtig ist im Strafverfahren gegen A hingegen, welche Pressefotos gemacht wurden oder warum C in Ohnmacht fiel. Andererseits wird der Lebenssachverhalt um Details ergänzt, die dann als juristischer Sachverhalt *festgestellt* werden:

Die RichterIn vernimmt C als Zeugin, mit dem Ergebnis, daß sich die Behauptung des B, er habe den A in keiner Weise zu dem Messerstich provoziert, als richtig erweist. Vielmehr hat A nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme aus Eifersucht und Jähzorn gehandelt.

In der **Praxis** mag diese erste Stufe der Rechtsanwendung, die Erhebung des Beweises und Aufklärung des eigentlichen Geschehens, am schwierigsten und in vielen Fällen am wichtigsten sein. Auch in Kriminalromanen und Fernsehserien steht die Sachverhaltsaufbereitung ganz im Mittelpunkt. Ob ein Straftäter schuldig gesprochen wird, hängt im Leben wie im Film nur selten von *Rechtsfragen* ab; meistens sind es die *Tatfragen*, die über Verurteilung oder Freispruch entscheiden.

Im **Studium** hingegen kommen die Fälle bereits mit einem fertig aufbereiteten juristischen Sachverhalt daher. Dann geht es um die zweite Stufe der

¹⁴⁵ Larenz, Methodenlehre (1991), S. 279; wortgleich die Studienausgabe Larenz/Canaris, Methodenlehre (1995), S. 100.

¹⁴⁶ Vgl. Edward E. Ott, Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979, S. 19 ff. Eine Systematisierung versucht Ernst Höhn, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993, S. 49 ff., 60 ff., 335 ff.

Rechtsanwendung – die eigentliche Zuordnung des individuell-konkreten Geschehnisses zur generell-abstrakten Rechtsnorm. Man spricht insoweit auch von einer *Unterordnung* des juristischen Sachverhalts unter den gesetzlichen Tatbestand, aus dem sich dann die Schlussfolgerung auf die Rechtsfolge, die Konklusion, ergibt. Diesen gesamten Vorgang bezeichnet man als **Subsumtion**. An dem Beispiel der Messerstecherei lässt sich die Subsumtion durchspielen:

Art. 122 StGB Schwere Körperverletzung

Wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt, ... wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder mit Gefängnis von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft.

Damit die Rechtsfolge (Strafbarkeit) eintritt, müssen sämtliche Tatbestandselemente (Menschenverletzung, Lebensgefährlichkeit, Vorsatz) der schweren Körperverletzung gegeben sein: Hier hat A den B, also einen anderen Menschen, durch den Messerstich verletzt. Ein Messerstich in den Bauch kann nach allgemeiner Lebenserfahrung leicht zum Tode führen, so dass es sich um eine lebensgefährliche Verletzung handelt. Ausserdem hat A nicht nur versehentlich gehandelt, sondern er wollte den B verletzen, handelte demnach vorsätzlich im Sinne des Gesetzes. Folglich hat sich A der schweren Körperverletzung im Sinne des Art. 122 StGB schuldig gemacht und muss mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder mit Gefängnis von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft werden.

Mit dem Körperverletzungsdelikt ist aber erst die strafrechtliche Seite des Falles behandelt. Daneben stellt sich die Frage, ob nicht auch zivilrechtlich ein Schadenersatzanspruch des B gegen A besteht:

Art. 41 Abs. 1 OR Voraussetzungen der Haftung

Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet. ...

Damit hier die Rechtsfolge (Schadenersatzpflichtigkeit) eintritt, ist widerrechtliche Schadenszufügung vorausgesetzt. Von den beiden Verschuldensformen (Absicht, Fahrlässigkeit) muss nur eine subsumiert werden, weil es sich insoweit um alternative Tatbestandsmerkmale handelt – um **Tatbestandsvarianten**. Hier genügt es für die Subsumtion, wenn überhaupt ein Verschulden vorliegt: A hat durch den Messerstich den Körper des B verletzt, also einem anderen einen Schaden zugefügt. Dies geschah, ohne dass dafür ein Rechtfertigungsgrund (etwa Notwehr) vorgelegen hätte, mithin widerrechtlich. Ausserdem wollte A den B verletzen, handelte also auch absichtlich. Demnach ist A dem B zum Ersatz seines Schadens verpflichtet.

Geklärt ist damit, ob B überhaupt einen Schadenersatzanspruch hat. Um allerdings dessen Inhalt bestimmen zu können, muss die Subsumtion noch weiter gehen:

Art. 46 Abs. 1 OR Schadenersatz bei Körperverletzung

Körperverletzung gibt dem Verletzten Anspruch auf Ersatz der Kosten, sowie auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens. ...

Hier liegt eine Körperverletzung des B vor; folglich richtet sich der Anspruch des B als des Verletzten auf den Ersatz sämtlicher Kosten und Nachteile, die in Art. 46 Abs. 1 OR aufgezählt sind, konkret also der Krankenbehandlungskosten und des Verdienstausfalls.

Bleibt noch die Frage, ob auch das öffentliche Recht in einem Fall wie diesem etwas zu sagen hat? Tatsächlich wird die Polizei typischerweise die schaulustige Menge in die Schranken weisen, damit Rettung und Strafverfolgung nicht behindert werden. Auch dafür gibt es eine subsumtionsbedürftige Ermächtigungsgrundlage, diesmal im kantonalen Polizeirecht:

Art. 29 lit. c BE PolG Wegweisung, Fernhaltung

Die Polizei kann Personen von einem Ort vorübergehend wegweisen oder fernhalten, wenn ... sie Einsätze zur Wiederherstellung oder Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, insbesondere durch Polizeikräfte, Wehr- oder Rettungsdienste behindern; ...

Hier bildeten die Schaulustigen eine Behinderung für den Einsatz der Polizeikräfte und Rettungsdienste. Zur Verfügung einer vorübergehenden Wegweisung war die Polizei folglich ermächtigt.

2. Syllogistik und Subsumtion

Bei den einzelnen Rechtsnormen im Messerstecherbeispiel ging es jeweils um die zweite Stufe der Rechtsanwendung, die **Unterordnung (Subsumtion)** des juristischen Sachverhalts unter das Gesetz. Diese juristische Subsumtion findet ihren logisch-formalen Rahmen in der **Syllogistik**. Zwar benötigt man im Juristischen nur einen kleinen Teil dieser Lehren vom logischen Schliessen, doch sollte man diesen Bruchteil wenigstens einordnen können, um eine Idee zu haben, was es mit dem *logischen Element* der juristischen Tätigkeit auf sich hat:

a) *Aristotelische Grundlagen*

Die Syllogistik (Lehre von den Schlüssen) einschliesslich ihres juristischen Ablegers beruht ursprünglich auf den Schriften, die *Aristoteles* zur Logik verfasst hat und die später unter der Bezeichnung »Organon« vereint wurden¹⁴⁷. Dabei ist die Lehre vom einwandfreien logischen Schluss in der »Ersten Analytik« zu finden und gilt als das Meisterstück, mit dem *Aristoteles* gleichzeitig die Logik der Wissenschaft insgesamt begründet hat. Im Ursprungstext lehnt *Aristoteles* die Schlusslehre sehr eng an seine Prädikaten- oder Aussagenlogik an (Zuordnung von Prädikaten zu Subjekten): es ist von »Begriffen« die Rede (Oberbegriff, Mittelbegriff, Unterbegriff), bei denen ein Prädikat einem Subjekt entweder allgemein (für alle Fälle) oder partikulär (für einzelne Fälle) zugeordnet oder nicht zugeordnet wird. Daraus ergeben sich für jeden der Begriffe vier Urteilsformen (Prädizierungsarten: alle S sind P, kein S ist P, einige S sind P, einige S sind nicht P), aus denen *Aristoteles* wiederum einzelne Figuren ableitet und genauer untersucht. Bereits *Aristoteles* charakterisiert die *erste Figur* dadurch, dass eine allgemeine Aussage (juristisch übertragen: die Rechtsregel) schlussfolgernd mit einer partikulären Aussage (Sachverhalt) verbunden wird¹⁴⁸.

b) *Mittelalterliche Modifikationen*

Die Rezeption des aristotelischen Werks im Spätmittelalter hat zu systematisierenden lateinischen Bezeichnungen geführt, die man heute (ungenauerweise) so benutzt, als stammten sie von *Aristoteles*: Man spricht von **drei Sätzen**: Obersatz (*praemissa maior*), Untersatz (*praemissa minor*) und Schlusssatz (*conclusio*), bei denen jeweils einem Subjekt (S) ein Prädikat (P) zugeordnet wird. Die **vier Urteile** bezeichnet man seit dem Mittelalter nach den Vokalen der lateinischen Worte für Bejahung (*affirmo*) und Verneinung (*negō*), verkürzt also SaP (alle S sind P), SeP (kein S ist P), SiP (ein S ist P), SoP (ein S ist nicht P). Zusammen ergibt das bereits 64 Kombinationen, die je nach Stellung des Mittelbegriffs (M) in **vier Figuren** auftreten, so dass es zu insgesamt 256 Kombinati-

¹⁴⁷ Zum *corpus aristotelicum* (vgl. oben Fn. 62) zählen ausser den Schriften zur Logik (Organon) diejenigen zur praktischen Vernunft (Ethik), zur »Ersten Philosophie« (Metaphysik) und zur Naturphilosophie (Physik, Psychologie).

¹⁴⁸ *Aristoteles*, Erste Analytik (4. Jhdt. v. Chr.), übers. von Eugen Rolfes, Hamburg 1995, konventionsgemäss zitiert nach Buch, Kapitel (Seite & Spalte) der Griechischen Akademieausgabe, hrsgg. von Immanuel Bekker, Berlin 1831-1870: I 4 (26a - 26b) »Wenn aber ein Begriff sich allgemein und ein Begriff sich partikulär zu dem anderen verhält, so ergibt sich, falls das Allgemeine zu dem Oberbegriff gesetzt wird, entweder bejahend oder verneinend, das Partikuläre aber zu dem Unterbegriff bejahend, notwendig ein vollkommener Schluß. ... Es soll nämlich A jedem B und B einem C zukommen. Mithin muß ... A einem C zukommen. ... | ... Eine solche Schlußfigur nenne ich die erste.«

nen kommt. Unter diesen hat man sich im Mittelalter die als gültig anerkannten *modi* (Schlussformen) durch Namen gemerkt, in denen die passenden Vokale (a, i, e, o) enthalten waren¹⁴⁹, zum Beispiel:

1. Figur:	M - P	Alle Menschen sind sterblich. (<i>praemissa maior</i>)
(»Darii«)	S - M	Sokrates ist ein Mensch. (<i>praemissa minor</i>)
	S - P	Sokrates ist sterblich. (<i>conclusio</i>)
2. Figur:	P - M	Alle Menschen sind sterblich.
(»Camestres«)	S - M	Kein Berg ist sterblich.
	S - P	Kein Berg ist ein Mensch.
3. Figur:	M - P	Alle Pferde sind vierbeinig.
(»Darapti«)	M - S	Alle Pferde sind Grasfresser.
	S - P	Manche Grasfresser sind vierbeinig.
4. Figur:	P - M	Alle Frauen sind Menschen.
(»Bamalip«)	M - S	Alle Menschen sind Lebewesen.
	S - P	Manche Lebewesen sind Frauen.

Von den im Mittelalter anerkannten *modi* sind nach moderner Logik nur noch fünfzehn gültig, in der obigen Beispielreihe etwa nicht mehr der *modus* »Darapti« und auch nicht der *modus* »Bamalip«, denn heute versteht man Aussagen wie »Alle Pferde sind Grasfresser« konditional: »Wenn es Pferde gibt, sind diese Grasfresser«; für den Fall, dass die Pferde (und alle anderen vierbeinigen Grasfresser) aussterben, gilt der Schlusssatz also nicht; entsprechendes droht bei den Frauen in der vierten Figur¹⁵⁰.

c) Juristische Relevanz

Inwiefern bildet nun diese kompliziert wirkende Syllogistik den **formalen Rahmen der juristischen Subsumtion**, also der Unterordnung des juristischen Sachverhalts unter den gesetzlichen Tatbestand? Gelegentlich liest man, juristische

149 Erste Figur: Barbara (Obersatz: MaP, Untersatz: SaM, Schlusssatz: SaP); Celarent (MeP SaM SeP); Darii (MaP SiM SiP); Ferio (MeP SiM SoP); zweite Figur: Cesare (PeM SaM SeP); Camestres (PaM SeM SeP); Festino (PeM SiM SoP); Baroco (PaM SoM SoP); dritte Figur: Disamis (MiP MaS SiP); Datisi (MaP MiS SiP); Bocardo (MoP MaP SoP); Ferison (MeP MiS SoP); vierte Figur: Calemes (PaM MeS SeP); Dimatis (PiM MaS SiP); Fresison (PeM MiS SoP). Diese mnemotechnischen Ausdrücke wurden erstmals von *Petrus Hispanus*, *Summulae logicae*, eingeführt; *Kuno Lorenz*, Artikel »Logik: II. Die Logik der Antike«, in: Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch V* (Fn. 19), Sp. 362 (364).

150 Das komplette Hexameter lautet: Barbara Celarent Darii Ferioque prioris | Cesare Camestres Festino Baroco secundae | tertia darapti Disamis Datisi felapton | Bocardo Ferison habet; quarta insuper addit | bamalip Calemes Dimatis fesapo Fresison. (Die nach moderner Logik als gültig anerkannten *modi* sind hier gross geschrieben.)

Subsumtion geschehe mit dem *modus* »Barbara«. Dass das nicht ganz präzise ist, lässt sich anhand der obigen Beispiele schnell erkennen. Sicher, der *modus* »Barbara« (z.B.: Alle Griechen sind Menschen; alle Athener sind Griechen; also sind alle Athener Menschen) ist der erste Modus innerhalb der Syllogistik und wird darum fast gleichbedeutend mit der Syllogistik insgesamt gesehen. Doch für die Jurisprudenz ist der *modus* »Darii« der wichtigste, weil er den Tatbeständen einer generell-abstrakten Rechtsnorm den individuell-konkreten Sachverhalt zuordnet: Alle Mörder werden bestraft; T ist ein Mörder; also wird T bestraft. Teils wird er deshalb als Justiz-Syllogismus bezeichnet¹⁵¹. Gleichzeitig entspricht der *modus* »Darii«, was wohl für die Verwirrung mit verantwortlich ist, in einer ganz anderen Einteilung der Syllogismen dem *modus ponendo ponens*: Wenn P dann Q (Rechtsnorm); und P (Sachverhalt); also Q (Rechtsfolge)¹⁵².

Insgesamt bleibt damit festzuhalten: im Syllogismus der *modi* »Darii« bzw. *ponendo ponens* findet die juristische Subsumtion ihren **formalen Rahmen**. Damit ist das Leistungspotential der Syllogistik für die Rechtswissenschaft aber auch schon erschöpft. Mehr als diese Erkenntnis braucht man für die juristische Subsumtion nämlich nicht.

d) Subsumtionstätigkeit

Die Schwierigkeit bei der Subsumtion liegt überhaupt nicht im Verständnis des logischen Schlusses, der ja immer gleichartig erfolgt; sie liegt in der **Aufbereitung der Prämissen**. Es ist nämlich nicht damit getan, eine Rechtsnorm im Gesetz zu finden, die dem Prüfungsanliegen entspricht, um diese dann als Obersatz zu gebrauchen und ihr unmittelbar den Sachverhalt zuzuordnen. Regelmässig sind für die Bildung des Obersatzes weitere Zwischenschritte nötig. Dazu ein einfaches Beispiel:

praemissa maior: Alle Mörder werden mit Zuchthaus bestraft.
praemissa minor: T ist ein Mörder.
conclusio: Also wird T mit Zuchthaus bestraft.

Bei dieser Subsumtion wurde ohne weitere Zwischenschritte festgestellt, dass T ein Mörder ist. Nur so liess sich der Obersatz (*praemissa maior*), also die

¹⁵¹ So Höhn, Methodik (Fn. 146), S. 84 ff.

¹⁵² Als weitere Form des »hypothetischen« (oder bedingten) Syllogismus unterscheidet man neben dem erwähnten *modus ponendo ponens* (kurz: *modus ponens*) noch (2.) den *modus ponendo tollens* (wenn P dann Q; nicht P; also nicht Q) sowie die »disjunktiven« Syllogismen (3.) des *modus tollendo ponens* (P oder Q; nicht P; also Q) und (4.) des *modus ponendo tollens* (entweder P oder Q; und P; also nicht Q).

Rechtsnorm des Strafgesetzes, unmittelbar verwenden. Was aber, wenn man nicht ohne weiteres einzuschätzen weiss, wann ein Mord und wann bloss ein Totschlag vorliegt? Dann kann man auch nicht ohne weiteres den Untersatz (*praemissa minor*) bilden, in dem T als ein Mörder eingestuft wird. Folglich braucht es einen Zwischenschritt, in dem der Obersatz weiter aufbereitet wird, bevor wir mit der eigentlichen Subsumtion, der Unterordnung des konkreten Sachverhalts unter die Rechtsnorm, fortfahren können. Die Prüfung würde dann beispielsweise so aussehen:

praemissa maior: Alle Mörder werden mit Zuchthaus bestraft.
 [Zwischenschritt:] Mörder ist, wer besonders skrupellos tötet.
 [Zwischenergebnis:] T hat besonders skrupellos getötet; also:
praemissa minor: T ist ein Mörder.
conclusio: Also wird T mit Zuchthaus bestraft.

Jetzt kann man weiter fragen, was denn als besonders skrupellos anzusehen ist. Angenommen, das Gesetz stuft unter anderem eine Tötung zu verwerflichem Zweck als skrupellos ein¹⁵³ und ein Zweck ist unter anderem dann verwerflich, wenn der Täter habgierig handelt, weil er sich durch die Tötung eines Menschen selbst bereichern will. Dann kommt man zu einer Subsumtion, in der mehrere Zwischenschritte nötig sind:

praemissa maior: Alle Mörder werden mit Zuchthaus bestraft.
 { Mörder ist, wer besonders skrupellos tötet.
 { Skrupellos ist (u.a.) verwerflicher Zweck.
 { Verwerflicher Zweck ist (u.a.) Habgier.
 { T tötete zur Bereicherung (Habgier); also:
 T tötete zu verwerflichem Zweck; also:
 T tötete besonders skrupellos; also:
praemissa minor: T ist ein Mörder.
conclusio: Also wird T mit Zuchthaus bestraft.

An diesem Beispiel lässt sich dreierlei zeigen. Erstens resultiert aus den Zwischenschritten eine **verschachtelte Prüfung** (markiert durch geschweifte Klammern), in der erst die feinsten Unterpunkte subsumiert werden, um dann zu

¹⁵³ Die entsprechenden Normen des StGB lauten: »Art. 111 Vorsätzliche Tötung: Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, ohne dass eine der besondern Voraussetzungen der nachfolgenden Artikel zutrifft, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft. Art. 112 Mord: Handelt der Täter besonders skrupellos, sind namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich, so ist die Strafe lebenslangliches Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren.«

den allgemeineren Aussagen und schliesslich zu der Rechtsfolge der Norm zu gelangen. Zweitens besteht das eigentlich Schwierige dieser Subsumtion nicht in der Folgerungskette von der Habgier bis zur Bestrafung mit Zuchthaus, sondern **in erster Linie in der Entwicklung des Obersatzes**¹⁵⁴. Und drittens schliesslich kann man den Obersatz nicht blindlings in irgendeine Richtung entwickeln, sondern muss schon ungefähr wissen, worauf es in dem konkreten Fall ankommt. Es nützt nichts, wenn neben dem Zweck noch die anderen Konstellationen der Verwerflichkeit aufgezählt werden (Beweggründe, Art der Ausführung). Denn dann weiss man immer noch nicht, dass ein verwerflicher Zweck in der Habgier besteht und ist dem Ziel der Subsumtion keinen Schritt näher gekommen. Subsumtion muss immer zielgerichtete Subsumtion sein; bei ihr blickt ein Auge auf die Rechtsnorm und gleichzeitig das andere auf den Sachverhalt. Die Feinheiten der beiden lassen sich dann so herausarbeiten, dass die allgemeine Regel und der konkrete Fall einander näher kommen. Erst dadurch erreicht man den Punkt, an dem man fundiert entscheiden kann, ob die Voraussetzungen der Norm hier erfüllt sind oder eben nicht. *Karl Engisch* hat den komplizierten Prozess der Subsumtion treffend als ein **Hin- und Herwandern des Blickes** zwischen Sachverhalt und Rechtsnorm bezeichnet¹⁵⁵.

3. Leitfragen und subjektive Rechte

Das Beispiel der Messerstecherei zeigt mehrere Zielrichtungen, in denen sich Rechtsanwendung entfaltet. Die allgemeine Leitfrage lautet dabei: **Wie ist die Rechtslage?** Innerhalb dieser Fragestellung setzen die Hauptfachgebiete ihren je eigenen Akzent. Dabei sind es nicht irgendwelche Normen, die als Ausgangspunkt der Prüfung dienen, sondern meist solche, in denen **subjektive Rechte** vermittelt werden.

Was aber sind subjektive Rechte? Innerhalb der Gesamtheit der Rechtsnormen, die das *objektive* Recht bilden, gibt es solche, die *einzelnen Personen die Rechtsmacht verleihen, von anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen*¹⁵⁶. Diese besondere, einer einzelnen Person zukommende Rechtsmacht nennt man

¹⁵⁴ Vgl. *Engisch*, Einführung (1997), S. 72.

¹⁵⁵ *Karl Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung (1943), 3. Aufl. Heidelberg 1963, S. 15.

¹⁵⁶ Insoweit besteht Einigkeit zwischen der älteren Willentheorie – *Bernhard Windscheid/Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 9. Aufl. Frankfurt a.M. 1906, § 37 (S. 156): »Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft.« – und der späteren Interessentheorie – *Rudolf von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (1865), Dritter Teil, Erste Abteilung (Band III.1), 6. Aufl. Leipzig 1924, § 60 (S. 331): »Recht ist nicht des Willens, sondern der Wille des Rechts wegen da«; sowie (S. 339): »Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.« (Hervorhebung im Original).

ein subjektives Recht oder, gleichbedeutend, eine **Berechtigung**¹⁵⁷. Man sagt dann, die Rechtsnorm *gewähre* ein subjektives Recht¹⁵⁸. Wenn sich die Berechtigung im Rahmen eines bestimmten Rechtsverhältnisses (z.B. Vertrags) konkretisiert, etwa indem eine Monatsmiete fällig wird, erwächst das subjektive Recht zu einem **Anspruch**:¹⁵⁹

Beispiele für subjektive Rechte

1. Zivilrecht

- *vertragliche Ansprüche (relative Rechte)*
- *Ansprüche aus dem Eigentum (absolute Rechte)*

2. Öffentliches Recht

- *Grundrechte (Abwehr-, Schutz-, Leistungsrechte)*
- *Gesetzliche Ansprüche*

3. Strafrecht

- *Prozessuale Beteiligungsrechte*

Wichtig ist, dass die subjektiven Rechte zum Ganzen des objektiven Rechts keinen Gegensatz bilden, sondern nur eine Untergruppe von (objektiv-rechtlichen) Normen kennzeichnen, bei denen die Gebots-, Verbots- und Erlaubnisanordnungen von Einzelpersonen eingefordert werden können.

a) Privatrecht

Die allgemeine Leitfrage nach der Rechtslage führt im Privatrecht, wo es um einzelne Ansprüche zwischen Privaten geht, zu der besonderen Leitfrage: **Wer will was von wem woraus?** Im Messerstecherei-Beispiel will B Schadenersatz von A aus Art. 41 Abs. 1 OR.

Häufiger noch geht es um **vertragliche Beziehungen**, etwa beim Computerkauf. Die Antwort auf die privatrechtliche Leitfrage würde dann lauten, dass der Käufer K einen Anspruch auf Übereignung des gekauften Computers gegen den Verkäufer V hat: K will Übereignung von V aus Art. 184 Abs. 1 OR.

¹⁵⁷ *Engisch*, Einführung (1997), S. 25 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 130 ff.

¹⁵⁸ *Engisch*, Einführung (1997), S. 22.

¹⁵⁹ Vgl. *Burckhardt*, Einführung (1948), S. 20: "*Anspruch* nennt man dagegen [im Gegensatz zur Befugnis] vorwiegend die aktuelle, gewissermaßen akut gewordene Berechtigung im Gegensatz zur virtuellen, ruhenden." (Hervorhebung bei *Burckhardt*).

Art. 184 Abs. 1 OR Rechte und Pflichten im allgemeinen

Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen.

Weil Übereignungspflicht und Zahlungspflicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen (Synallagma), regelt diese gesetzliche Bestimmung gleich zwei Ansprüche: der Käufer hat gegenüber dem Verkäufer einen Anspruch auf Lieferung der Ware; der Verkäufer umgekehrt einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Solche vertraglichen Ansprüche sind subjektive Rechte, denn sie verleihen jeweils einer Vertragspartei die individuelle Rechtsmacht, von der anderen ein Verhalten (Übereignung, Zahlung) zu fordern.

Durch **systematische Prüfung** kann man alle überhaupt in Betracht kommenden Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien abarbeiten. Dazu untersucht man für jeden Beteiligten einzeln, welche unterschiedlichen Ansprüche er hat. Innerhalb der einzelnen Anspruchsprüfung fragt man zunächst, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen wurde. Dann prüft man, ob die Wirksamkeit des Vertragsschlusses nicht an rechtshindernden Einwendungen scheitert, so dass der Anspruch trotz Tatbestandsmässigkeit ausnahmsweise gar nicht entsteht (z.B. Formnichtigkeit, Berufung auf Irrtum oder Täuschung). Anschliessend prüft man rechtsvernichtende Einwendungen, durch die der Anspruch nachträglich in Wegfall gerät (z.B. Erfüllung, nachträgliche Unmöglichkeit) und schliesslich rechtshemmende Einreden, die seine Durchsetzbarkeit hindern können, wenn sie tatsächlich erhoben werden (z.B. Verjährung, Stundung).

Innerhalb des Privatrechts unterscheidet man unterschiedliche **Anspruchsorten**. Vertragliche Ansprüche gehören – ebenso wie der gesetzliche Schadenersatzanspruch des Messerstecherei-Opfers – zu den *relativen* Rechten, weil sie sich nur gegen einzelne richten (Vertragspartner, Täter). Daneben gibt es im Privatrecht auch *absolute* Rechte, die man ganz ohne Vertragsbeziehung oder Schadensereignis gegenüber allen geltend machen kann: Wem ein Grundstück gehört, der kann von jedermann verlangen, den Rasen nicht zu betreten. Die gegen alle gerichteten Rechte umfassen so wichtige Gegenstände wie Leben, körperliche Unversehrtheit, persönliche Freiheit, Eigentum, Namen u.v.m. Sie sind (objektbezogen gewendet) *Herrschaftsrechte*, das heisst subjektive Rechte, die den Rechtsinhaber berechtigen, mit dem Rechtsobjekt beliebig zu verfahren und andere von der Benutzung auszuschliessen. Schliesslich spricht man von *Gestaltungsrechten*, wenn ein Rechtsinhaber einseitig zur Herstellung, Veränderung oder Aufhebung von Rechtsbeziehungen berechtigt ist (z.B. Kündigung).

b) Öffentliches Recht

Auch im öffentlichen Recht lässt sich die allgemeine Leitfrage nach der Rechtslage weiter konkretisieren. Sie bezieht sich hier auf das Rechtsverhältnis Privater gegenüber dem Staat oder auf das Verhältnis zwischen mehreren Hoheitsträgern (z.B. zwei Kantonen). Meist geht es um die erste Variante, das Staat-Bürger-Verhältnis. Dann lautet die besondere Leitfrage des öffentlichen Rechts: **Wer richtet sich womit an welche Behörde?** Im Messerstecherei-Beispiel könnte der Passant P sich mit einer Beschwerde gegen die Fernhaltung durch die Polizei an das zuständige Verwaltungsgericht wenden. Häufiger noch geht es um Anträge, etwa wenn ein Grundeigentümer G sich mit dem Antrag auf Baubewilligung für eine neue Sportarena an die städtische Baubehörde wendet. Oder die Umweltschutzorganisation »Greenpeace« könnte sich, wenn dem G seine Baubewilligung erteilt wird, mit einer Beschwerde gegen eben diesen Bewilligungsakt wenden.

Auch im öffentlichen Recht bilden subjektive Rechte häufig den Ausgangspunkt der Prüfung. Hier heissen sie **subjektive öffentliche Rechte** oder öffentlich-rechtliche Ansprüche. Derjenige, von dem die berechtigte Person ein Tun oder Unterlassen verlangen kann, ist dabei ein Hoheitsträger. Die wichtigsten und mächtigsten Ansprüche gegen den Staat sind die verfassungsrechtlichen **Grundrechtsgarantien**, mit denen man meist ein Unterlassen von Eingriffen in persönliche Freiheit geltend macht (Abwehrrecht), gelegentlich aber auch Schutz durch den Staat begehrt (Schutzpflicht) oder eine einzelne Leistung oder Teilhabe verlangt (Leistungspflicht, Teilhaberecht). Es gibt daneben zahlreiche einfachgesetzliche Ansprüche gegen den Staat, etwa auf Unterstützung bei dringender Bedürftigkeit (Obdachlosigkeit, Mittellosigkeit) oder auf Rückzahlung zuviel gezahlter Steuern. Häufiger noch stellt sich die Frage, ob die Normen des öffentlichen Rechts zu Ansprüchen der Bürger untereinander führen, etwa wenn eine Lärmschutzregelung vom benachbarten Bauunternehmen ignoriert wird und man diesem den Krach verbieten möchte. Das sind schwierige Fälle, denn im Gesetz steht meist nicht, ob die Regelung gleichzeitig ein subjektives öffentliches Recht gewährt (also einen Anspruch auf staatliches Einschreiten gegen den Nachbarn), oder ob die Regelung ausschliesslich dem **öffentlichen Interesse** dient (also der Gesamtheit zugute kommen soll). Dann wäre der individuelle Schutz lediglich ein **Rechtsreflex**, den man nicht selbst als subjektives öffentliches Recht einfordern kann. Bei vielen Regeln im Strassenverkehr verhält sich das so: die Polizei kann selbst entscheiden, wann und wie sie einschreitet; wer sich ärgert, dass andere die rote Ampel missachten, kann nicht die Verhängung eines Bussgeldes verlangen. Leider gilt Gleiches auch im Umweltschutzrecht: wenn eine Tierart auszusterben droht, dann lassen sich die Bestim-

mungen des Artenschutzgesetzes in aller Regel nicht von Privatpersonen als Ansprüche geltend machen.

c) *Strafrecht*

Für das Strafrecht konkretisiert sich die Frage nach der Rechtslage zur Schuldfrage: **Wer ist welcher Straftat wodurch schuldig?** A könnte sich einer schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) schuldig gemacht haben, indem er B in den Bauch stach. Im Studium beschränkt sich die Prüfung in aller Regel auf diese Schuldfrage; sie allein ist schon schwierig genug. In der Praxis hingegen muss anschliessend noch die Strafbemessung erfolgen, denn für die Bestrafung eines schuldigen Täters gibt das Strafgesetzbuch dem Gericht einen Strafraum vor, innerhalb dessen die besonderen Umstände der Tat zu berücksichtigen sind.

Im Strafrecht sind subjektive Rechte nicht gleich stark verbreitet. Der »Strafanspruch des Staates« lässt sich nicht von Privaten geltend machen. Wichtig sind aber die **strafprozessrechtlichen Ansprüche** von Opfern (auf Strafverfolgung und ggf. Beteiligung am Gerichtsverfahren) und Angeklagten (auf Verteidigungsmöglichkeit).

4. *Tatbestandsmerkmale und Prüfungsabschnitte*

Während die Leitfragen und Ausgangspunkte der rechtlichen Prüfung sich je nach Rechtsgebiet unterschiedlich konkretisieren, gibt es eine Reihe allgemeiner Phänomene der Rechtsanwendung, die überall gleichartig auftreten. Auch sie lassen sich am Beispiel der Messerstecherei erläutern.

Bei der Subsumtion gilt zunächst, dass jede Rechtsregel typischerweise *mehrere Elemente* aufweist, die **Tatbestandsmerkmale**, die einzeln dem Sachverhalt zugeordnet werden müssen. Ausserdem steht meist mehr als eine Rechtsregel zur Verfügung, die für einen Sachverhalt von Bedeutung ist, im Beispielsfall einerseits die strafrechtliche Norm, andererseits die zivilrechtliche Deliktsnorm und schliesslich die polizeirechtliche Ermächtigung. Schaut man nun das einzelne Tatbestandselement oder die einzelne Rechtsfolge an, so sind, um deren Bedeutung zu erschliessen, häufig weitere Gesetzesvorschriften zur *Vervollständigung* und *Kombination* heranzuziehen. So musste im Beispielsfall für die zivilrechtliche Haftung zusätzlich zur anspruchsbegründenden Norm (Art. 41 Abs. 1 OR) auch noch Art. 46 Abs. 1 OR herangezogen werden, um den genauen Umfang der Schadenersatzpflicht bei Körperverletzungen bestimmen zu können.

Eine Vielzahl ungeschriebener dogmatischer Regeln behandelt die **Reihenfolge**, in der die Rechtsnormen und innerhalb der Rechtsnormen die Tatbe-

standselemente geprüft werden – Prioritäten, die teils auf blossen Konventionen, überwiegend aber auf sachlichen Gründen beruhen. So prüft man beispielsweise das Entstehen des Anspruchs vor rechtsvernichtenden Einwendungen und rechtshindernden Einreden, die vertraglichen vor gesetzlichen Ansprüchen, die Zulässigkeit einer Klage vor der Begründetheit, die spezielle Rechtsnorm vor der allgemeinen.

Auch innerhalb der Einzelprüfung gilt es, die Tatbestandsmerkmale und **Prüfungsabschnitte** sachgerecht zu sortieren. Dies ist das eigentliche Feld der materiellen Rechtskenntnis. Im Strafrecht kommt es beispielsweise darauf an, die einzelnen Voraussetzungen des Diebstahls säuberlich auseinanderzuidividieren, um danach bei jedem einzelnen Merkmal genau zu bestimmen, welche Handlungsweisen noch dazuzählen und welche schon nicht mehr als strafbar gelten können. Entsprechend unterscheidet man im Zivilrecht die Voraussetzungen des Vertragsschlusses und stellt sich dann ebenfalls bei jeder einzelnen dieser Voraussetzungen die Frage, wann sie erfüllt ist bzw. wann es nicht zu einem wirksamen Vertragsschluss kommt. Das öffentliche Recht schliesslich fragt, ob die einzelnen Bedingungen, unter denen der Staat handeln darf, jeweils erfüllt sind.

Bei alledem kommt es häufig vor, dass das Gesetz selbst keine Detailregelung zur Erklärung eines Tatbestandselements oder zur Konkretisierung einer Rechtsfolge enthält. Dann beginnt der schwierige Vorgang der **Auslegung** – der »Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens«¹⁶⁰. Beim Messerstecherei-Beispiel kann man sich fragen, ob ein Stich in den Bauch schon als lebensgefährliche Verletzung im Sinne des Straftatbestandes der schweren Körperverletzung gilt, oder ob das noch nicht der Fall ist, so dass A nur wegen einfacher Körperverletzung belangt werden kann¹⁶¹. In der Auslegungsbedürftigkeit liegt eine Schwierigkeit, die dem Recht insgesamt eigen ist: bei fast jedem Tatbestandsmerkmal, ja sogar bei vielen ungeschriebenen Einzelmerkmalen von Tatbestandsmerkmalen, gibt es mehr als eine Art und Weise, den Gesetzesinhalt zu verstehen.

Wenn wir diese ganz unterschiedlichen Anforderungen der Rechtsanwendung sortieren, dann ergibt sich folgendes Bild:

¹⁶⁰ Savigny, System I (1840), S. 213.

¹⁶¹ Im Ergebnis sind Messerstiche in den Bauch in der Regel eine schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB. Vgl. BGE 109 IV 5 (6) – Messerstecherei: »Ein junger Mann bedarf keiner besonderen Intelligenz, um zu erkennen, dass ungezielte Messerstiche in Brust und Bauch eines Menschen den Tod zur Folge haben können.«

- Ermittlung des Lebenssachverhalts
- Aufarbeitung zu einem juristischen Sachverhalt
- Auffinden der Rechtsnormen
- Reihung der Rechtsnormen zur Prüfung
- Herausschälen der Tatbestandsmerkmale
- Reihung der Tatbestandsmerkmale zur Prüfung
- Subsumtion

Die meisten dieser Arbeitsschritte sind nur mit inhaltlicher Rechtskenntnis aus dem einzelnen Rechtsgebiet zu bewältigen. Was bleibt dann noch übrig für die **allgemeine Lehre zur Rechtsanwendung**? Es ist die Methodik der Auslegung, der Kanon an allgemeinen Auslegungsregeln, die bei jedem einzelnen Tatbestandsmerkmal, sei es nun im Strafrecht, Privatrecht oder öffentlichen Recht, jederzeit wichtig werden können: Welche Bedeutung hat der Wortlaut des Gesetzes? Was geschieht, wenn sich die Bedeutung der französischsprachigen Gesetzesfassung von derjenigen des deutschsprachigen Textes unterscheidet? Wie behandelt man Fälle, in denen sich der Gesetzgeber erkennbar bei der Formulierung des Gesetzes geirrt hat? Was soll man tun, wenn zwei Rechtsnormen auf einen Fall anwendbar sind, aber ganz unterschiedliche, vielleicht sogar widersprüchliche Rechtsfolgen anordnen? Wie schliesslich geht man um mit Einzelfragen, die der Gesetzgeber eigentlich hätte regeln sollen, für die sich aber nach der bisherigen Gesetzesfassung keine ausdrückliche Regelung finden lässt? – Dies alles sind Fragen der **Methodenlehre**, die im Folgenden noch vertieft wird¹⁶².

5. Perspektivenvielfalt und Stilbildung

Kennzeichnend für die Rechtsanwendung ist die Vielfalt unterschiedlicher Perspektiven, aus denen man eine Rechtsnorm ansehen kann. Das zeigt sich schon in einem einzelnen Rechtsstreit. Die Parteien interessieren sich allein für diejenige Lesart des Rechts, die ihrem Anspruch gerade nützt. Ihre Anwälte müssen als Rechtskundige zusätzlich erwägen, welche Gegengründe die Erfolgsaussichten des Prozesses beeinflussen. Die Richterin schliesslich ist zur Unparteilichkeit verpflichtet, soll sich konsequenterweise ganz von einseitiger Betrachtung lösen, andererseits aber doch einen Entscheid fällen. Diese letzte, wohl komplizierteste Sicht, die der Richterin, kommt der **Perspektive juristischer Ausbildung** am nächsten. Sie verlangt eine abwägende, ausgewogene, begründende

¹⁶² Siehe unten S. 106 (Normauslegung).

Darstellung der Rechtslage, für die sich besondere Stilelemente in der juristischen Sprache und Darstellung herausgebildet haben.

a) Juristischer Sprach- und Darstellungsstil

Der **juristische Sprachstil** unterliegt zunächst denselben Qualitätskriterien, die auch sonst im Sprechen und Schreiben gelten¹⁶³. Unter der Vielzahl von Leitlinien seien nur wenige Gebote beispielhaft erwähnt: der (anschaulichere) besondere Ausdruck ist dem allgemeinen vorzuziehen; die aktive Formulierung steht über der passiven; das Sinntragende gehört an prominente Stelle, also meist an den Anfang; die Sätze seien möglichst kurz gefasst, ohne den Sprachfluss zu brechen; das Verb gewinnt stets im Wettstreit mit gleichbedeutenden Substantiven.

Für die **Darstellung**, also die Art, wie Inhalt in Sprache gegossen wird, erweitert der juristische Gebrauch die allgemeinen Regeln. So hat in einem juristischen Text jede Aussage genau einen Platz, nicht mehr und nicht weniger. Auf bereits Gesagtes wird verwiesen, wenn nicht die Wiederholung ganz ausnahmsweise lohnt. Die Reihenfolge ist nicht beliebig, sondern folgt den Regeln, die sich aus dem juristischen Inhalt ergeben. Die Folge der zu prüfenden Ansprüche, die dazu nötigen Rechtsnormen, die in den Normen enthaltenen Tatbestandselemente und die zu deren Übertragung auf den Einzelfall nötigen Ausdeutungen bilden insgesamt eine schlüssige Sequenz. In der Prüfung oder Begründung findet sich zu jeder Rechtsfrage genau eine dezidierte Antwort; nichts bleibt ergebnisoffen, widersprüchlich oder unerwähnt. Dient der Text zur Rechtsanwendung, so hat sich jede Aussage zudem auf die anstehende Frage zu beziehen, muss den Fall der Lösung näher bringen oder das Gutachten dem Ergebnis; abstrakte Wissensausbreitungen bleiben ausgeschlossen. Trotz aller Darstellungsregeln gibt es am Ende immer noch mehrere Varianten, wie man denkstrukturell und stilistisch vorgeht: den Gutachten- und Urteilsstil einerseits und die im Prozess einzusetzende Relationstechnik andererseits. Alle diese Varianten kommen in der richterlichen Tätigkeit vor, das Gutachten vor dem Entscheid, die Relationstechnik in der Entscheidbegleitung und das Urteil nach dem Entscheid. Die schweizerische Praxis und Ausbildung hat dabei allerdings keine strikte Trennung: weder sind Urteile ganz im Urteilsstil abgefasst, noch verlangt das Gutachten der universitären Prüfung einen strikten Gutachtenstil. Für bewusstes Arbeiten hilft es gleichwohl, wenn man sich die Unterschiede deutlich macht:

¹⁶³ Vgl. etwa *Ludwig Reiners*, *Stilkunst. Ein Lehrbuch deutscher Prosa*, München 1991.

b) Gutachtenstil

Als Gutachtenstil bezeichnet man die Darstellung, die **von der Begründung zum Ergebnis** führt. Das Gutachten ist explorativ, will zum Entscheid erst noch vordringen; es soll die verschiedenen Möglichkeiten umfassend und zielführend prüfen. Am Anfang wirft man dazu eine Rechtsfrage auf, den Obersatz, und am Ende wird eine genau dazu passende Antwort präsentiert. Die Abfolge entspricht der formalen Struktur der Subsumtion¹⁶⁴. Solange man das Ergebnis noch nicht kennt, spricht man im Konjunktiv (»X könnte ... sein«, »Fraglich ist, ob ...«). Erst am Ende des Gutachtens präsentiert man das Ergebnis mit indikativischen Formulierungen (»Also ist ...«, »folglich«, »demzufolge«, »somit«): »A *könnte* sich gemäss Art. 112 StGB strafbar gemacht haben. Dazu *müsste* A ein Mörder sein. ... A *ist* ein Mörder. Also *hat* sich A gemäss Art. 112 StGB strafbar gemacht.«

Zur selbstdisziplinierenden **Übung** hilft es, vier Sätze zu bilden. Im ersten Satz, dem Obersatz, wird jeweils die Frage aufgeworfen. Dieser Satz sollte im Konjunktiv formuliert sein (»müsste«, »könnte«, »wäre« etc.). Der zweite Satz bezieht sich jeweils auf das Gesetz. Der dritte Satz betrifft die Wirklichkeit (den Sachverhalt), aus der er heraushebt, was zum gesetzlichen Tatbestand passt. Dies ist die Stelle, an der nötigenfalls eine Detailprüfung mit neuem Obersatz als Zwischenschritt beginnt. Der vierte Satz schliesslich präsentiert das Ergebnis. Insgesamt also: Obersatz, Gesetzeserläuterung, Sachverhaltserläuterung, Ergebnis.

Im **wirklichen Gutachten** geht es allerdings anders und meist komplizierter zu. Die Leistung liegt ja gerade darin, die nicht offensichtlichen Ergebnisse zu begründen und dabei auch noch einen inhaltlich dichten Text zu erzeugen: Obersätze wandern in Abschnittsüberschriften, Gesetz und Anwendung werden in einem Satz zusammengezogen. Regelmässig muss man zudem Obersätze ineinander verschachteln und die so begonnene Detailprüfung peinlich genau mit passendem Zwischenergebnis abschliessen¹⁶⁵.

c) Urteilsstil

Als Urteilsstil bezeichnet man die Darstellung, die **vom Ergebnis zur Begründung** führt. Am Anfang wird bereits der zentrale Gehalt des Entscheids deutlich gemacht, etwa in »Regesten« – kurzen Leitsätzen zum wesentlichen Inhalt. Das Urteil entwickelt danach stufenweise die Begründung, wobei wiederum eine Verschachtelung stattfindet: oberste Erkenntnisse werden in kleine Abschnit-

¹⁶⁴ Dazu oben S. 76 (Syllogistik und Subsumtion).

¹⁶⁵ Zur Verschachtelung bereits oben S. 80.

te und Unterabschnitte aufgespalten, die wiederum in sich geschlossene Begründungen darbieten. Ein Urteil ist im Indikativ Präsens formuliert (»Der Anspruch des Klägers *folgt* aus ...«), es sei denn, das Gericht referiert Ansichten der Parteien oder einer Vorinstanz, die dann als indirekte Rede im Konjunktiv stehen (»Der Kläger macht geltend, er *habe* einen Anspruch aus ...«). Gut erkennen lässt sich der Urteilsstil an den schlussfolgernden Formulierungen, die anders lauten als beim Gutachten: während dort von »also«, »folglich«, »demnach« die Rede ist, dominieren im Urteil »denn«, »da«, »weil« und dergleichen – Worte also, mit denen ein Ergebnis nachträglich begründet wird.

d) Relationstechnik

Als Relation bezeichnet man den **strukturierten Bericht**, in dem Urteils- und Gutachtenelemente mit prozessualen Überlegungen zusammenführen, um unnötige Beweisaufnahmen zu vermeiden. Er ist die Form der Wahl, wenn Berichtserstatter in einem Kollegialgericht ihren Kolleginnen einen Fall zum Entscheid unterbreiten. Damit ist auch klar, welchen Zwecken die Relation dient: Möglichkeiten für den Entscheid sollen umfassend deutlich werden, prozessuale Massnahmen, insbesondere notwendige Beweisaufnahmen, sind herauszuarbeiten, schliesslich soll die Relation eine Vorlage für ein allfälliges Urteil sein. Weil die Relationstechnik den Aufbau von Gerichtsentscheiden widerspiegelt, hilft es bereits im Studium, sich die Struktur zu vergegenwärtigen¹⁶⁶:

Die Relation besteht aus Vorschlag (Entscheidungsvorschlag, Beweisbeschluss etc.), Sachbericht und Gutachten, allesamt nach dem aktuellen Stand der Prozessakten. Dabei durchläuft das Prüfungsprogramm eine **Zulässigkeitsprüfung und vier inhaltliche Teile (sog. Stationen)**. In der *Klägerstation* geht es um die Schlüssigkeit des klägerischen Vortrags, in der *Beklagtenstation* um die Erheblichkeit der vom Beklagten vorgetragenen Gegenerwägungen, in der *Beweisstation* um die Feststellung, von welchem Sachverhalt auszugehen ist (Klägervortrag, Beklagtenvortrag, Beweiswürdigung), und in der *Tenorierungsstation* um den Entscheidvorschlag. Diese Elemente kann man in Gerichtsentscheiden wiederfinden, was das verständige Lesen sehr erleichtert.

Als Beispiel¹⁶⁷: »Er [der Kläger] stellt folgende Anträge: ... CHF 20 000.- abzüglich nachgewiesener Arbeitnehmerbeiträge zu bezahlen ... Er machte zusammenfassend geltend, ...« (Klägerstation). »Die Beklagte trug auf Abweisung

¹⁶⁶ Zu Details *Hans Berg/Walter Zimmermann*, Gutachten und Urteil. Eine Anleitung für die zivilrechtlichen Ausbildungs- und Prüfungsarbeiten, 17. Aufl. Heidelberg 1990; ähnlich *Ott*, Methode (Fn. 146), S. 19 ff.

¹⁶⁷ Urteil des Zivilgerichts des Kantons Schwyz vom 30. Januar 2001, EGV-SZ 2001, A. 2.1 (S. 5 ff.) – Missbräuchliche Kündigung.

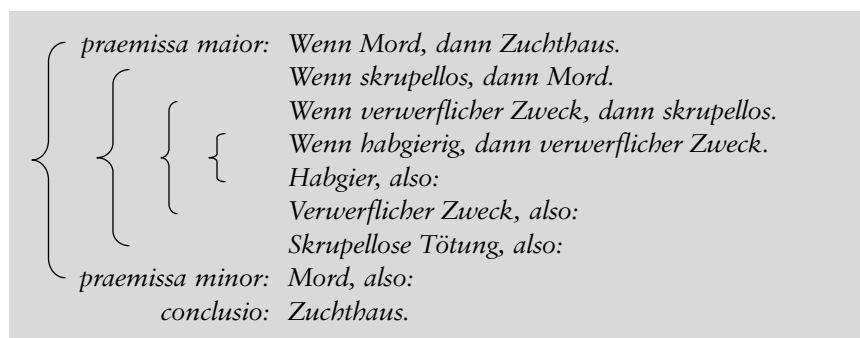
der Klage an. Sie hielt im Wesentlichen dafür, dass ...« (Beklagtenstation). »[Das Gericht kommt zum] Schluss, dass die Beklagte dem Kläger die Änderung der Arbeitsbedingungen deshalb [nahelegte], weil sie mit dessen Leistungen nicht zufrieden [war]« (Beweisstation). »Der Anspruch des Klägers auf Leistung einer Entschädigung ist verwirkt. Dazu was folgt: ...« (Tenorierungsstation und Begründung). Die **Rechtsauffassung des Gerichts** findet sich *nicht* in den Wiedergaben der Parteivorträge (Kläger-, Beklagtenstation) und auch nicht in der Feststellung des Sachverhalts (Beweisstation, nur Tatsachenermittlung), sondern erst im letzten Abschnitt: der eigentlichen Entscheidung und Begründung. Bei den für das Studium besonders wichtigen Entscheiden des Bundesgerichts ist dieser Begründungsabschnitt mit »Erwägungen« überschrieben¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Bundesgerichtsentscheide sind ab dem 80. Band der amtlichen Sammlung (1954) im Internet abrufbar: <www.bger.ch>. Einzelne Entscheide aus früheren Bänden finden Sie ausserdem im DFR-Projekt: <www.oefre.unibe.ch/law/dfr>.

II. Struktur und Arten von Rechtsnormen

1. Konditionalstruktur von Rechtsnormen

Vollständige Rechtsnormen haben eine **Tatbestands-** und eine **Rechtsfolgenseite**: wenn der Tatbestand erfüllt ist, dann tritt die Rechtsfolge ein¹⁶⁹. Diese Wenn-Dann-Struktur bezeichnet man als Konditionalstruktur. Sie lässt sich auf die Unterordnung eines Einzelfalls unter das Gesetz (Subsumtion¹⁷⁰) übertragen, selbst wenn diese in mehreren Stufen erfolgt:



Im Gesetz finden sich Textbeispiele, an denen die Konditionalstruktur unmittelbar ablesbar ist. Bei anderen Gesetzesbestimmungen tritt die Struktur erst dann hervor, wenn man die Wortfolge verändert, um die Tatbestandselemente (Wenn) an den Anfang und die Rechtsfolge (Dann) an den Schluss des Satzes zu stellen. Zudem kommt gelegentlich die Formulierung »nur dann« vor. Das ist ein wichtiges Detail, weil man in solchen Fällen auch den **Umkehrschluss** ziehen darf. Dazu einige Beispiele für den Gesetzestext und die Umformulierungen, mit denen man sich die Konditionalstruktur verdeutlichen kann:

Art. 10 Abs. 2 OR

Wenn eine ausdrückliche Annahme nicht erforderlich ist, so [dann] beginnen die Wirkungen des Vertrages mit dem Empfange des Antrages.

¹⁶⁹ Ausführlich dazu Lübbe-Wolff, Rechtsregeln (Fn. 16), S. 25 ff.; Bernhard Rütsche, Rechtsfolgen von Grundrechten. Mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, Basel u.a. 2002, S. 36 ff.

¹⁷⁰ Details oben S. 76 (Syllogistik und Subsumtion).

Art. 68 OR

Der Schuldner ist **nur dann** verpflichtet, persönlich zu erfüllen, **wenn** es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt.

[**Wenn** es bei der Leistung auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt, **dann** ist der Schuldner verpflichtet, persönlich zu erfüllen.]

[**Wenn** es bei der Leistung **nicht** auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt, **dann** ist der Schuldner **nicht** verpflichtet, persönlich zu erfüllen.]

Schwieriger wird es, wenn die Tatbestandselemente in verschiedenen Satzteilen verstreut sind. Auch die logische Beziehung zwischen den Tatbestandselementen verdient genaue Analyse: mal ist ein »und« gemeint, das heisst alle Elemente müssen gleichzeitig gegeben sein (*kumulativ*), oder es steht ein »oder«, mit dem sich der Tatbestand in verschiedene **Varianten** teilt, von denen nur eine erfüllt sein muss, damit die Rechtsfolge eintritt (*alternativ*). Schliesslich gibt es *negative* Tatbestandselemente, also solche, die nicht erfüllt sein dürfen, weil sie sonst den Eintritt der Rechtsfolge ausschliessen:

Art. 25 Nationalstrassengesetz

Die Beschränkung des Grundeigentums durch Baulinien begründet **nur dann** einen Anspruch auf Entschädigung, **wenn** sie in ihrer Wirkung einer Enteignung gleichkommt.

[**Wenn** das Grundeigentum durch Baulinien beschränkt ist **und** diese Beschränkung in ihrer Wirkung einer Enteignung gleichkommt, **dann** besteht ein Anspruch auf Entschädigung.]

[**Wenn** das Grundeigentum durch Baulinien beschränkt ist **und** diese Beschränkung in ihrer Wirkung **nicht** einer Enteignung gleichkommt, **dann** besteht **kein** Anspruch auf Entschädigung.]

Art. 56 Wasserrechtsgesetz

Wenn sich die Verleihungsbehörde Rechte ausbedungen hat, die mit der Geschäftsführung des Konzessionärs im Zusammenhang stehen, (...), **so** sind für deren Geltendmachung **mangels** besonderer Bestimmungen in der Konzessionsurkunde die allgemeinen Grundsätze einer guten und vorsorglichen Wirtschaft massgebend.

[**Wenn** sich die Verleihungsbehörde Rechte ausbedungen hat, die mit der Geschäftsführung des Konzessionärs im Zusammenhang stehen, **und keine** besonderen Bestimmungen in der Konzessionsurkunde enthalten sind,

dann sind für die Geltendmachung der Rechte die allgemeinen Grundsätze einer guten und vorsorglichen Wirtschaft massgebend.]

Die bisher besprochenen Normen hatten bereits im Text eine erkennbare Wenn-Dann-Struktur. Das ist keinesfalls immer so. Es gibt zahlreiche Rechtsnormen, die nichtkonditional formuliert sind, obwohl man sie konditional lesen muss. Selbst wenn einer Rechtsnorm das »Wenn« ganz zu fehlen scheint, kann man die ungeschriebenen Anwendungsvoraussetzungen darin aufdecken:

Art. 11 Abs. 1 ZGB

Rechtsfähig ist jedermann.

praemissa maior: Wenn jedermann, dann rechtsfähig.

praemissa minor: A ist jedermann (ein Mensch), also:

conclusio: A ist rechtsfähig.

Die Rechtsfähigkeitsbestimmung ist also gar nicht so unbedingt und voraussetzungslos gemeint, wie sie klingt. Das wird klar, wenn man probeweise überlegt, ob A auch ein Hund sein könnte. Dann wäre A nicht als »jedermann« im Sinne von Art. 11 Abs. 1 ZGB anzusehen. Der Hund A könnte aus der Norm keine Rechtsfähigkeit ableiten. Das »Jedermann-Sein« ist also die Bedingung, die ungeschriebene Wenn-Klausel, die in dem Text des Art. 11 Abs. 1 ZGB verborgen liegt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Rechtsnormen eine **Konditionalstruktur** aufweisen, das heisst eine Reihe von Tatbestandselementen, die erfüllt sein müssen, bevor die Rechtsfolge eintritt. Diese Wenn-Dann-Struktur ist häufig im Normtext verborgen. Will man eine Rechtsnorm für die Rechtsanwendung vorbereiten, so kann man sie hilfsweise umformulieren, wobei das Verhältnis der Voraussetzungen zueinander (*Kumulation, Alternativität, Negation*) gewahrt bleiben muss. Folgende Denk- und Arbeitsschritte lassen sich bei der Normanalyse unterscheiden:

1. *Worin besteht die Rechtsfolge der Norm?*
{Evtl. so umformulieren, dass die Rechtsfolge am Satzende steht.}
2. *Welche Bedingungen müssen dazu insgesamt erfüllt sein (Tatbestand)?*
{Evtl. alle Voraussetzungen an den Satzanfang stellen.}
3. *Welche Einzelvoraussetzungen gelten (Tatbestandselemente)?*
{Evtl. durchnummerieren oder in Prüfungsreihenfolge formulieren.}

4. Wie ist das Verhältnis zwischen den Tatbestandselementen?
(Kumulation, Alternativität, Negation)
{Ggf. verschiedenfarbig markieren.}

Die Markierung der Prüfungsreihenfolge und des Verhältnisses zwischen den Tatbestandselementen, kann in der Studienpraxis am einfachsten durch eine Kennzeichnung im Gesetzestext selbst erfolgen. In derjenigen Gesetzesausgabe, die in Prüfungen gestellt wird¹⁷¹, sind dazu Unterstreichungen und Numerierungen der einzelnen Tatbestandselemente anzubringen. Auch hilft es, die Rechtsfolge deutlich hervorzuheben. Selbstbeschränkung ist ratsam: nur die wichtigen Gesetzesbestimmungen sollten markiert werden, um in der Textmasse nicht den Überblick zu verlieren.

2. Vervollständigung von Rechtsnormen

Bisher ging es immer um einzelne Gesetzesbestimmungen und ihre Analyse. Um aber eine Rechtsfrage zu klären, ist es in aller Regel nötig, die Normvoraussetzungen, unter denen eine Rechtsfolge eintritt (Obersatz), aus dem Gesetz insgesamt zu gewinnen. Diese Gewinnung eines vollständigen Obersatzes gehört zu den kompliziertesten Aufgaben der Rechtsanwendung¹⁷². Viele Rechtsnormen sind nämlich *unselbständig* in dem Sinne, dass sie ohne Verbindung mit anderen Bestimmungen gar nicht sinnvoll angewendet werden können¹⁷³. Hier muss man die einzelnen Gesetzesteile erst wie Bausteine zusammenfügen, bevor die Lösung des Falles beginnen kann:

Art. 12 ZGB Inhalt der Handlungsfähigkeit
Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.

¹⁷¹ Wegen der photographischen Gedächtnisleistung, mit der die Normen nach Schriftbild, Umbruch und Seitenanordnung registriert werden, ist es hilfreich, bereits während des Studiums die Textausgabe zu benutzen, die den Prüfungstexten entspricht.

¹⁷² Engisch, Einführung (1997), S. 73.

¹⁷³ Strenger als die meisten anderen spricht Kelsen, Reine Rechtslehre (1960), S. 55 f., solange von unselbständigen (und damit unvollständigen) Rechtsnormen, wie sie die Androhung von Rechtszwang nicht selbst enthalten: »Unselbständige Rechtsnormen ... [W]enn eine Norm ein bestimmtes Verhalten gebietet und eine zweite Norm für den Fall der Nichtbefolgung der ersten eine Sanktion statuiert, [sind] beide miteinander wesentlich verbunden ... | Unselbständige Normen sind auch jene, die ein bestimmtes Verhalten positiv erlauben. Denn sie schränken nur den Geltungsbereich einer Rechtsnorm ein, die dieses Verhalten dadurch verbietet, dass sie an das Gegenteil eine Sanktion knüpft.«

Art. 13 ZGB Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit*Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer mündig und urteilsfähig ist.***Art. 14 ZGB Mündigkeit***Mündig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.***Art. 12 ZGB Inhalt der Handlungsfähigkeit [vervollständigt]***Wer [[das 18. Lebensjahr vollendet hat] und urteilsfähig] ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.*

Die Regelung aus Art. 13 ZGB ist hier ein Baustein, der für das Tatbestandselement »handlungsfähig« in Art. 12 ZGB eingesetzt wird; zusätzlich wird Art. 14 ZGB zur Konkretisierung des Elements »mündig« verwendet. Erst so entsteht ein vollständiger Obersatz, mit dem sich die Frage der Handlungsfähigkeit begründen lässt. Einige typische Fälle unvollständiger Normen verdienen besondere Aufmerksamkeit¹⁷⁴:

a) Legaldefinitionen

Die **Definition im Gesetzestext** ist ein besonders häufig auftretender Fall der unvollständigen Rechtsnorm. Der Legaldefinition fehlt die Rechtsfolge. Sie kommt darum nur mittelbar zur Anwendung, wo immer der definierte Rechtsbegriff an anderer Stelle im Gesetz als Teil einer vollständigen Rechtsnorm benutzt wird. Letztlich handelt es sich bei Legaldefinitionen bloss um ein *redaktionelles Mittel zur Vereinfachung*, denn der einmal definierte Rechtsbegriff kann im Gesetz mehrfach benutzt werden. Hierzu ein erstes Beispiel:

Art. 7 Abs. 1 SVG Motorfahrzeug*Motorfahrzeug im Sinne dieses Gesetzes ist jedes Fahrzeug mit eigenem Antrieb, durch den es auf dem Erdboden unabhängig von Schienen fortbewegt wird.*

Das Beispiel zeigt die **klassische Struktur einer Definition**, wie *Aristoteles* sie beschrieben hat¹⁷⁵. Erst kommt der Begriff, der definiert werden soll, hier

¹⁷⁴ Rolf Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 2. Aufl. Köln u.a. 2001, § 2 (S. 21-31), bezeichnet diese Fälle, obwohl nicht selbst vollständige Normen, als »Ergänzungsnormen« (Legaldefinitionen, Verweisungen, Fiktionen sowie allgemeine »vor die Klammer gezogene« Regelungen).

¹⁷⁵ *Aristoteles*, Topik (4. Jhdt. v. Chr.), übers. von Eugen Rolfes, Hamburg 1995, 6. Buch (Spalten 139a ff. der Griechischen Akademieausgabe, hrsgg. von Immanuel Bekker, Berlin 1831). Die Definitionslehre des *Aristoteles* wurde später in dem lateinischen Satz zusammengefasst: *definitio fiat per genus proximum et differentias specificas* (lat. übers.

»Motorfahrzeug« (*definiendum*). Danach folgt das, wodurch definiert wird: die definierende Qualifizierung (*definiens*). Sie besteht aus einem Hinweis auf die nächsthöhere Gesamtheit (Gattung), der dieser Begriff zugeordnet wird, hier also »Fahrzeug« (*genus proximum*). Schliesslich sind alle Merkmale aufgezählt, durch die sich das Definierte von der Gesamtheit unterscheidet, hier also »eigener Antrieb«, »Erdebundenheit«, »Schienenunabhängigkeit« (*differentiae specificae*). Selbst Aufzählungsdefinitionen (»Die Evangelisten sind Matthäus, Johannes, Lukas, Markus.«) lassen sich, wenn auch etwas umständlich, in diese Struktur bringen: »Ein Evangelist ist ein Mensch, der zur Gruppe 'Matthäus, Johannes, Lukas, Markus' zählt.«

Von blossen **Nominaldefinitionen** (Namensbestimmungen), die unabhängig von der Wirklichkeit einen Namen vergeben (»Schimmel ist [nenne ich fortan] jedes weisse Pferd«), unterscheidet man **Realdefinitionen** (Sachbestimmungen), die zugleich behaupten, an ein Ding der Wirklichkeit anzuknüpfen (»Ein Blütenblatt ist das Blatt einer Pflanze, das zu deren Blüte gehört«) und **Wesensdefinitionen** (Charakterbestimmungen). Für die Rechtswissenschaft sind solche Unterscheidungen bedeutungslos, weil es allein darauf ankommt, wie das Gesetz einen Begriff versteht, gleich ob sich darin eine Parallele zu wirklichen Gegenständen oder deren Wesen niederschlägt¹⁷⁶. Es gibt auch keine zwingenden Regeln, was man als Gattung und was als Unterscheidungsmerkmal anzusehen hat. Beispielsweise könnte der Gesetzgeber das »Angetriebene« als Gattung wählen und das »Fahren« zum Merkmal machen: »Motorfahrzeug im Sinne dieses Gesetzes ist alles Angetriebene, das auf dem Erdboden unabhängig von Schienen fährt.«

Besonders in Spezialgesetzen findet man die Legaldefinitionen häufig am Anfang zu ganzen **Definitionskatalogen** versammelt. Hier handelt es sich in aller Regel um rechtstechnische Begriffe, deren Bedeutung ohne Definition unbestimmt ist:

Art. 3 Datenschutzgesetz Begriffe

Die folgenden Ausdrücke bedeuten:

- a) Personendaten (Daten): alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen; ...
- d) Persönlichkeitsprofil: eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt; ...

von Topik VI 5 [143a, 15]). Zur neueren Definitionslehre und juristischen Definitionen siehe Röhl, Rechtslehre (2001), § 4 (S. 25 ff.), § 5 (37 ff.).

¹⁷⁶ Vgl. oben S. 27 (Kontingenz von Rechtsnormen).

Schliesslich gibt es noch **versteckte Legaldefinitionen**, bei denen die typische Reihenfolge nicht eingehalten wird, so dass sie nur schwer als solche erkennbar sind. Der Definitionsgehalt wird in solchen Fällen deutlich, wenn man das zu definierende (hier: die Schwägerschaft) an den Anfang zieht:

Art. 21 Abs. 1 ZGB Schwägerschaft

Wer mit einer Person verwandt ist, ist mit deren Ehegatten in der gleichen Linie und in dem gleichen Grade verschwägert.

[Schwägerschaft ist die Beziehung zu einer anderen Person, mit deren Ehegatten man in der gleichen Linie und in dem gleichen Grade verwandt ist.]

b) Ausnahmeregelungen

Wo es eine Rechtsregel gibt, da findet sich meist auch eine Ausnahme. Solche Ausnahmen sind ebenfalls als unselbständige Rechtsnormen anzusehen. Anwendbar werden sie erst in Zusammenhang mit der Regel, auf die sie sich beziehen. Wegen dieser Regelabhängigkeit erscheinen einige Ausnahmen als *negative Tatbestandsmerkmale* bereits in der Regel selbst; Schlüsselwörter dafür sind »nicht«, »mangels« oder »vorbehaltlich«. Andere Ausnahmen sind textlich in einen eigenen Absatz gestellt oder finden sich an ganz anderer Stelle im Gesetz. Hier einige Beispiele aus dem Obligationenrecht:

Art. 24 Abs. 3 OR Fälle des Irrtums

*Blosse Rechnungsfehler hindern die Verbindlichkeit des Vertrages **nicht**, sind aber zu berichtigen.*

Art. 160 Abs. 1 OR Konventionalstrafe

*Wenn für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen ist, so ist der Gläubiger **mangels** anderer Abrede nur berechtigt, entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern.*

Art. 558 Abs. 2 Satz 2 OR Gewinn- und Verlustrechnung

Mangels vertraglicher Abrede beträgt der Zinssatz vier vom Hundert.

Art. 992 OR Fehlen von Erfordernissen

¹ *Eine Urkunde, der einer der im vorstehenden Artikel bezeichneten Bestandteile fehlt, gilt nicht als gezogener Wechsel, **vorbehaltlich** der in den folgenden Absätzen bezeichneten Fälle.*

² *Ein Wechsel ohne Angabe der Verfallzeit gilt als Sichtwechsel. ...*

Auch die *ungeschriebenen Anwendungsvoraussetzungen* einer Rechtsnorm sind Ausnahmen, die den Regelfall durchbrechen. Sie können als Subsidiarität von Anspruchsarten sogar ganze Gruppen von Rechtsvorschriften erfassen (z.B. keine Vindikation, solange Kondiktion möglich ist¹⁷⁷) und sind deshalb nicht ganz einfach zu handhaben.

c) Verweisungen

Ähnlich wie Legaldefinitionen sind auch Verweisungen ein Mittel, um die Gesetzgebung redaktionell einfacher zu gestalten. Die Verweisungsnorm wird vervollständigt, indem man die Referenzordnung – den Rechtsbereich, auf den sie verweist – bei der Rechtsanwendung mit berücksichtigt:

Art. 259 Abs. 1 ZGB Heirat der Eltern

Heiraten die Eltern einander, so finden auf das vorher geborene Kind die Bestimmungen über das während der Ehe geborene entsprechende Anwendung, sobald die Vaterschaft des Ehemannes durch Anerkennung oder Urteil festgestellt ist.

Art. 662a Abs. 4 OR Ordnungsmässige Rechnungslegung

Im übrigen gelten die Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung.

Diese Verweisungen beziehen die normalen Vorschriften zur Elternschaft bzw. (für die Aktiengesellschaft) die allgemeinen Vorschriften zur Rechnungslegung mit ein – Regelungen also, die jeweils an ganz anderer Stelle im Gesetz stehen. Bei solchen Verweisungen gibt es zweierlei zu beachten. *Erstens* werden die Rechtsnormen der Referenzordnung (hier: das Recht über eheliche Kinder, das allgemeine Buchführungsrecht) in der Verweisungsordnung (hier: Recht nicht-ehelich geborener Kinder, Aktienrecht) nicht wörtlich, sondern **nur sinngemäss anwendbar**. Bei der Ehrechtsbestimmung ist das sogar ausdrücklich erwähnt (»finden ... entsprechende Anwendung«). Es gibt sozusagen einen Filter, der die Anpassung an besondere Bedürfnisse des jeweiligen Rechtsgebiets zulässt.

Zweitens sind Verweisungen, wenn nicht ausnahmsweise etwas anderes bestimmt ist, als **dynamische Verweisungen** zu verstehen: die Verweisungsordnung inkorporiert die Referenzordnung *in der jeweils geltenden Fassung*. Wenn das Buchführungsrecht später geändert wird, hat das also gleichzeitig Auswirkungen im Aktienrecht. Nur ganz ausnahmsweise ist eine Verweisung *statisch* gemeint,

¹⁷⁷ Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Obligationenrecht (1998), Rn. 1500; BGE 110 II 228 (234) – Rückerstattung von Erbschaftssachen.

inkorporiert also das Recht genau in dem Zustand, den es zum Zeitpunkt des Erlasses der Verweisung hatte. Damit vergibt sich der Gesetzgeber den Vorteil der Flexibilität, denn nachträgliche Änderungen wirken erst, wenn auch die Verweisung aktualisiert worden ist. Manchmal ist es trotz dieses Nachteils aus rechtsstaatlichen und demokratischen Gründen nötig, die Verweisung statisch zu verstehen, dann nämlich, wenn das Gesetz auf technische Normen von privaten Organisationen verweist: würde es den Privaten überlassen, mit ihrer Normänderung die Gesetze in wesentlichem Umfang inhaltlich zu verändern, so käme das einer Selbstaufgabe der gesetzgeberischen Verantwortung gleich. Verweisungen auf Normen ausserhalb des Gesetzes sind darum teils statisch zu lesen: wenn sich die Norm ändert, verweist das Gesetz weiter auf den ursprünglichen Stand¹⁷⁸.

3. Kombination von Rechtsnormen

Etwas anders als bei unvollständigen Normen ist die Situation, wenn **mehrere eigenständige Gesetzesbestimmungen** zwar je für sich bereits einen Sinn haben und deshalb *selbständige* Rechtsnormen sind, aber gleichwohl für die Anwendung auf einen konkreten Fall erst in der Kombination die Rechtslage vollständig erschliessen. Dazu ein fiktives Beispiel:

S ist lebensmüde und erzählt einem Bekannten, dem Aktionskünstler K, dass er sich demnächst umbringen werde. Der K wittert eine Verdienstmöglichkeit und künstlerische Anerkennung. Er gibt dem S CHF 300,- als Gegenleistung dafür, dass dieser sich innerhalb der nächsten drei Wochen gegen Vorankündigung an einem vereinbarten Ort umbringt, damit K den »existentiellen Event« gegen Eintrittsgeld vermarkten kann. Ist zwischen S und K ein wirksamer Vertrag zustande gekommen?

Die Frage der Wirksamkeit von Verträgen beurteilt sich unter anderem nach folgender Norm:

¹⁷⁸ Vgl. *Andreas Brunner*, Technische Normen in Rechtssetzung und Rechtsanwendung, Basel/Frankfurt a.M. 1991, S. 91, 105 ff., 132 ff.; BGE 123 I 112 (130 ff.) – Genfer Transplantationsgesetz. Sogar gegen die Zulässigkeit statischer Verweisungen auf private Regelwerke plädiert *Ursula Brunner*, Rechtsetzung durch Private. Private Organisationen als Verordnungsgeber, Diss. Zürich 1982, S. 32 f., 135 f.; eine entsprechende Äusserung der Justizabteilung des Bundes war nicht entscheidungstragend und ist zudem vereinzelt geblieben: E-Zeichen, in: VPB 41 (1977), Nr. 110 II.2.a. (S. 101 ff., 107). Beispiele für zulässige Delegation der Rechtsetzungsbefugnis an Private etwa in BGE 105 IV 264 (267 f.) – Schweizerischer Elektrotechnischer Verein; 107 Ib 125 (128) – Carbura.

Art. 20 Abs. 1 OR Nichtigkeit

Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

Hier könnten man auf die mögliche Sittenwidrigkeit abstellen, doch die Generalklausel der »guten Sitten« ist nur schwer zu subsumieren, denn Sitten finden sich nirgendwo niedergeschrieben. Von den übrigen Varianten des Tatbestands ist die Unmöglichkeit versperrt, denn es ist sehr wohl möglich, den lebensmüden S zur Erfüllung einer Vertragspflicht mit privater Vorankündigung vor geladenen Schaulustigen sterben zu lassen. Damit bleibt noch die Variante des widerrechtlichen Inhalts. Kann man hier durch Kombination mit anderen Rechtsvorschriften eine klare Lösung finden, mit der die Unwägbarkeiten des Tatbestandsmerkmals »gute Sitten« umschifft werden?

Art. 115 StGB Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord

Wer aus selbstsüchtigen Beweggründen jemanden zum Selbstmorde verleitet oder ihm dazu Hilfe leistet, wird, wenn der Selbstmord ausgeführt oder versucht wurde, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

Tatsächlich lässt sich aus der Strafbarkeit der Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord ableiten, dass die vertragliche Verpflichtung des S einen widerrechtlichen Inhalt hat. Sie würde nämlich dazu führen, dass K sich strafbar macht. Fälle wie dieser zeigen, dass selbst entlegene Rechtsnormen bei der Subsumtion eine Hilfestellung bieten können. Die Vorbereitung der Rechtsanwendung setzt darum meist ein **ergebnisoffenes »Brainstorming«** voraus, in dem man über alle möglichen Zusammenhänge nachdenkt, Ideen sammelt, um möglicherweise einschlägige Rechtsnormen (Anspruchsgrundlagen, Einwendungen, Einreden) aufzuspüren und Verknüpfungen zwischen unterschiedlichen Rechtsgebieten oder Regelungsbereichen herzustellen.

4. Sonderfälle

Alle bisher behandelten Beispiele gehören zu den Normalfällen des Rechts. Daneben gibt es eine Reihe von Sonderkonstellationen in der Normstruktur, die zumindest kurze Erwähnung verdienen.

a) Regelbeispiele

Das Schlüsselwort, mit dem das Gesetz auf Regelbeispiele hinweist, ist »namentlich«:

Art. 112 Mord

*Handelt der Täter besonders skrupellos, sind **namentlich** sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich, so ist die Strafe lebenslängliches Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren.*

Art. 24 Fälle des Irrtums

¹Der Irrtum ist **namentlich** in folgenden Fällen ein wesentlicher:

1. wenn der Irrende einen andern Vertrag eingehen wollte als denjenigen, für den er seine Zustimmung erklärt hat; ...

Solche Regelbeispiele sind Tatbestandsvarianten, die ausdrücklich erwähnt werden, weil sie in der Praxis besonders häufig vorkommen, die aber nicht als abschliessende Aufzählung gemeint sind (kein *numerus clausus*). Über den detailreichen Regelbeispielen schwebt stets der allgemeiner gefasste Tatbestand – die skrupellose Handlung, der wesentliche Irrtum – zu dem es noch weitere Fälle geben kann, selbst wenn diese sich nicht den aufgeführten Fallgruppen zuordnen lassen. Für die Rechtsanwendung hat diese Normstruktur eine wichtige Konsequenz: lässt sich der Sachverhalt unter keines der Regelbeispiele subsumieren, so muss anschliessend auch noch der allgemeine Tatbestand geprüft werden.

b) Präambeln, Zweck- und Zielbestimmungen

Einen weiteren Sonderfall bilden Gesetzesbestimmungen, die weder eine unmittelbare Rechtsfolge enthalten, noch in Kombination mit anderen Bestimmungen des Gesetzes zu einer solchen führen. Diese Bestimmungen geben lediglich die Richtung vor, in der das Gesetzeswerk oder die Verfassung gemeint sind. Manchmal ist deshalb sogar ihr **eigenständiger normativer Charakter umstritten**. Bei Präambeln und Zweckbestimmungen ist das so; sie finden sich regelmässig am Anfang des Gesetzeswerks:

Präambel BV

Im Namen Gottes des Allmächtigen! ...

Art. 1 Abs. 1 USG Zweck

Dieses Gesetz soll Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen schützen und die Fruchtbarkeit des Bodens erhalten.

Wenn die Bundesverfassung, was übrigens auch in anderen europäischen Verfassungen durchaus üblich ist¹⁷⁹, am Anfang Gott anruft (*invocatio dei*), dann hat dies nicht etwa die normative Konsequenz, christliches Gedankengut in das Recht einzuschleusen. Konkrete rechtliche Folgen hat diese Bestimmung überhaupt nicht. Und wenn der Zweckartikel des Umweltschutzgesetzes eine Reihe von Zielen aufzählt, die mit dem Gesetz verfolgt werden, dann kann die Verwaltung trotzdem nicht allein gestützt auf diese Vorschrift tätig werden, sondern muss stets die besonderen Einzelermächtigungen beachten, die in dem Gesetz geregelt sind. Auch der Zweckartikel gibt also nur die Richtung vor, ohne selbst eine konkrete Rechtsfolge zu bestimmen. Ganz ähnlich ist es mit Zielbestimmungen:

Art. 41 BV Sozialziele

¹ Bund und Kantone setzen sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass:

... f. Kinder und Jugendliche sowie Personen im erwerbsfähigen Alter sich nach ihren Fähigkeiten bilden, aus- und weiterbilden können; ...

⁴ Aus den Sozialzielen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden.«

Im vierten Absatz des Artikels wird sogar ausdrücklich klargestellt, dass die Sozialziele keine konkreten Rechtsfolgen bewirken, sondern vielmehr nur den Hoheitsträgern ein Ziel vorgeben. Wie diese dem Ziel näher kommen, ist hingegen nicht bestimmt. Im Ergebnis lässt sich zusammenfassen, dass längst nicht alles, was als Text in Gesetz oder Verfassung steht, damit schon unstreitig den Charakter einer Rechtsnorm hat.

c) Rechtsnormen mit Finalcharakter

Einige Rechtsnormen heben sich von anderen durch ihre Ausrichtung auf ein bestimmtes Ziel ab (Finalität):

¹⁷⁹ Eine Aufstellung mit zahlreichen Beispielen findet sich bei *Bernhard Ehrenzeller*, »Im Bestreben, den Bund zu erneuern«, in: ders. u.a. (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*. Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 981 ff. (1006).

Art. 21 Abs. 1 USG Schallschutz bei neuen Gebäuden

Wer ein Gebäude erstellen will, das dem längeren Aufenthalt von Personen dienen soll, muss einen angemessenen baulichen Schutz gegen Aussen- und Innenlärm sowie gegen Erschütterungen vorsehen.

Was ist daran so besonders? Der angemessene Lärmschutz wird hier als verbindliches Ziel vorgesehen. Wie aber das Ziel verwirklicht wird, ob durch dicke Wände oder schallisolierende Fenster, bleibt dem Bauherrn überlassen. Gerade im Umweltschutz hat der Gesetzgeber von dieser Art der Rechtsnorm in jüngerer Zeit zunehmend Gebrauch gemacht. Die Finalität hat den Vorteil, einerseits das Recht zur wirksamen Verhaltenssteuerung einzusetzen (**Recht als Steuerungsressource**), andererseits aber den Rechtsadressaten, also den Bürgerinnen und Bürgern, weitgehende Gestaltungsfreiheit zu lassen. Diese Regulierung wird darum als weniger bedrängend empfunden, als würde der Gesetzgeber detailliert vorgeben, wie dick die Mauern geplant sein müssen, damit der Bauherr eine Baubewilligung erhält.

Wenn bei finalen Normen gelegentlich von »Finalstruktur« gesprochen wird, so ist trotz dieser Bezeichnung **kein Gegensatz zur Konditionalstruktur** gemeint. Vielmehr kann man auch bei der Schallschutznorm die Wenn-Dann-Struktur herausarbeiten: »*Wenn* jemand ein Gebäude erstellen will, ..., *dann* muss er einen angemessenen baulichen Schutz ... vorsehen.« In ihrer *Form* ist eine Rechtsbestimmung zwangsläufig konditional, weil sich sonst Tatbestand und Rechtsfolge nicht trennen liessen. Die Finalität bezieht sich auf den *Inhalt*. Der normative Gehalt ist nämlich (anders als üblicherweise) keine blosse Handlungsanweisung, sondern eine Vorgabe, die sich auf den Erfolg (das Ziel) richtet. Etwas präziser kann man deshalb von einer **Rechtsnorm mit Finalcharakter** sprechen¹⁸⁰.

d) Rechtsnormen mit Prinzipiencharakter

Schliesslich gibt es noch Rechtsnormen, insbesondere Grundrechtsnormen, die keine Rechtsfolge vorsehen, aber gleichwohl als verbindliches Recht angesehen werden müssen:

Art. 16 Abs. 1 BV Meinungs- und Informationsfreiheit

Die Meinungs- und Informationsfreiheit ist gewährleistet.

¹⁸⁰ Vgl. Röhl, Rechtslehre (2001), § 29 (S. 217 ff.): Konditional- und Zweckprogramme.

Art. 21 BV Kunstfreiheit*Die Freiheit der Kunst ist gewährleistet.***Art. 26 Abs. 1 BV Eigentumsgarantie***Das Eigentum ist gewährleistet.*

Diese Normen sind nicht von ungefähr so offen formuliert. Die Freiheiten, die hier geschützt werden, stehen nämlich untereinander in einem Spannungsverhältnis. Wenn Demonstranten ihre Meinungs- und Versammlungsfreiheit nutzen wollen, dann ist für die Anwohner am Demonstrationsort der Zugang zu Häusern und Geschäften erschwert. Eine *vollständige* Verwirklichung ihrer Freiheit ist nur für eine der beiden Gruppen möglich. Das besondere bei Rechtsprinzipien liegt nun darin, dass in einem solchen Kollisionsfalle nicht das eine Prinzip das andere vollständig verdrängt. Das wäre bei gewöhnlichen Rechtsnormen mit *Regelcharakter* der Fall: treffen sie aufeinander, so tritt eine hinter die andere zurück; sie sind entweder ganz anwendbar (Regel) oder gar nicht (Ausnahme)¹⁸¹. Treffen hingegen Rechtsprinzipien aufeinander, so muss man in einer Abwägung der widerstreitenden Ziele versuchen, beide Freiheiten so weit wie möglich zu verwirklichen (*praktische Konkordanz*)¹⁸² – Prinzipien tragen eine **Optimierungstendenz** in sich. Man wird also die Demonstration nicht verbieten, den Demonstrierenden aber zur Auflage machen, dass sie nicht die Vorgärten der Anwohner zertrampeln und ausserdem eine Marschroute wählen, auf der sie den Strassenverkehr möglichst wenig behindern. All dies steckt, trotz der knappen Formulierungen, in den Grundrechten der Bundesverfassung.

¹⁸¹ Details unten S. 122 (Regelkollision und Normvorrang).

¹⁸² Details unten S. 123 (Prinzipienkollision und Abwägung).

III. Normauslegung

Auslegung heisst die **Gewinnung der Bedeutung**, Normauslegung demnach Gewinnung der Bedeutung von Rechtsnormen zum Zwecke ihrer Anwendung auf konkrete Fälle. Damit ist bereits klar: Auslegung ist keine Reparaturmassnahme für Sondersituationen, sondern ein in jedem Fall nötiger Vorgang innerhalb der Rechtsanwendung. Der latenten Unsicherheit, die mit solcher Normauslegung verbunden ist, versuchten einige Gesetzgeber durch Kommentierungs- oder **Auslegungsverbote** zu begegnen: Kaiser *Justinian* für den *corpus juris civilis*, Napoleon für den *code civil* und Friedrich II. im Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten¹⁸³. Solche Versuche sind regelmässig gescheitert. Rechtsfragen lassen sich nicht beantworten, ohne Rechtsnormen dabei auszulegen.

Abgrenzen muss man die Normauslegung von der **Erklärungsauslegung**¹⁸⁴. Bei ihr geht es darum, einzelnen Willenserklärungen eine definitive Bedeutung abzugewinnen: Liegt ein Vertragsangebot vor? Welche Art von Vertrag wurde geschlossen? War die Äusserung als Kündigung gemeint? All dies richtet sich nach dem *subjektiven* Parteiwillen. Nur aus Gründen des Verkehrsschutzes wird darüber hinaus (objektivierend) auf die Erkennbarkeit dieses Willens in der Erklärung abgestellt. Doch im Ansatz bleibt die Erklärungsauslegung stets subjektiv¹⁸⁵. Das zeigt sich besonders deutlich beim vertragsrechtlichen Grundsatz »Falschbezeichnung schadet nicht« (*falsa demonstratio non nocet*), nach dem allein auf das Verständnis der Parteien abgestellt werden muss, wenn kein Verkehrsschutz zu besorgen ist. In die gleiche Richtung geht auch das ungeschriebene vertragsrechtliche Gebot der **Konversion**, nach dem statt eines nichtigen Rechtsgeschäfts ein in Zweck und Erfolg ähnliches Geschäft gilt, wenn die Parteien dies in Kenntnis der Nichtigkeit gewollt hätten¹⁸⁶. Die Auslegung privatrechtlicher Erklärungen und Verträge folgt demnach – obwohl man rechtstheoretisch auch insoweit von »Normen«, nämlich Vertragsnormen, sprechen muss – einer anderen Regelmässigkeit als die gewöhnliche, auf Gesetze bezogene Normauslegung¹⁸⁷.

183 Vgl. dazu mit detaillierten Quellennachweisen und weiteren Beispielen *Hasso Hofmann*, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, Berlin 1998, S. 10 mit Fn. 9; ausserdem *Röhl*, Rechtslehre (2001), § 11 (S. 92 f.), und sehr ausführlich *Ekkehard Schumann*, Das Rechtsverweigerungsverbot – Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, in: ZZP 81 (1968), S. 79-102 (83 ff.).

184 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre (1991), S. 297 ff.; *Ernst Zeller*, Auslegung von Gesetz und Vertrag – Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989, § 22 (S. 474 ff.).

185 *Zeller*, Auslegung (Fn. 184), § 22 Rn. 24 (S. 477): »Der Hauptunterschied ... ist der – jederzeitige – Vorrang übereinstimmenden tatsächlichen ... bzw. mutmasslichen ... Parteiwillens«.

186 Vgl. BGE 93 II 439 (452) – Familienstiftungen m.w.N.

187 So schon *Burckhardt*, Lücken (1925), S. 77 f.

Normauslegung forscht – so jedenfalls das heute herrschende Verständnis¹⁸⁸ – nach der **objektiv zu verstehenden Bedeutung der Norm zur Zeit ihrer Anwendung** (objektiv-geltungszeitliche Auslegung)¹⁸⁹. Die ursprünglichen Äußerungen und Ansichten der am Gesetzgebungsprozess Beteiligten (subjektiv-historische Auslegung) sind – so die frühe Erkenntnis von *Karl Binding*¹⁹⁰ – nicht der entscheidende Massstab, sondern nur ein *Indikator* für eine mögliche objektive Bedeutung der Norm.

Jede Normauslegung beruht auf zwei Komponenten, einer rechtsphilosophischen und einer rechtstechnischen. Rechtsphilosophisch ist die Normauslegung insofern, als es um das **Verstehen** des Normsinns geht, also um die schon erwähnte *juristische Hermeneutik* mit den ihr eigenen Schwierigkeiten¹⁹¹. Rechtstechnisch ist die Normauslegung, weil sie sich nach bestimmten Mustern vollzieht, für die schon *Savigny* eine Unterteilung in vier Auslegungsmittel gewählt hat, die einen gemeinsamen **Kanon** bilden sollten. *Savignys* Auswahl an Auslegungsmitteln ist allerdings mit der heutigen nicht identisch. Er war ein energischer Gegner der teleologischen Auslegung¹⁹². Für ihn galten darum nur die grammatische, logische, historische und systematische Auslegung¹⁹³, wobei die logische Auslegung für die Systematik innerhalb des Gesetzes (Konsistenz) und die systematische Auslegung für die Rechtsordnung insgesamt stand (Kohärenz).

¹⁸⁸ Ganz im subjektiv-historischen Verständnis hingegen noch *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 156), § 20 ff. (S. 97 ff.).

¹⁸⁹ Dazu näher unten S. 112 (Teleologische Interpretation). Zur vorrangigen Bedeutung der objektiv-geltungszeitlichen Auslegung siehe 100 II 52 (57 f.) – Aktivlegitimation des Sachwalters m.w.N.; eine Ausnahme wegen kontinuierlicher Auslegungspraxis indes bei BGE 83 I 173 (178 f.) – Frauenstimmrecht Waadt. Aus der Literatur etwa *David Dürer*, in: Zürcher Kommentar (ZK) zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, hrsgg. von Peter Gauch/Jörg Schmid, Einleitung, 1. Teilband, 3. Aufl. Zürich 1998, Art. 1 Rn. 140; *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht (2001), Rn. 114 ff. (119); *Manuel Jaun*, Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht. Konzeptionelle Erfassung, Voraussetzungen und Schranken der Rechtsfindung contra verba legis, Bern 2001, S. 80 ff.; *Kramer*, Methodenlehre (1998), S. 96 ff.; a.A. *Arthur Meier-Hayoz*, in: Berner Kommentar, Einleitungsband, Bern 1962, Art. 1 Rn. 166 f.; *Tuor/Schwyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Zivilgesetzbuch (2002), S. 37 f., 41 (objektiv-historische Methode).

¹⁹⁰ *Karl Binding*, Handbuch des Staatsrechts, Erster Band, Leipzig 1885, § 96 (S. 454 ff.); ähnlich auch *Adolf Wach*, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Erster Band, Leipzig 1885, § 22 (S. 281 ff.); später dann *Philipp Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1-318 (4 ff.).

¹⁹¹ Dazu oben S. 67 (Hermeneutischer Zirkel).

¹⁹² *Savigny*, System I (1840), S. 216 ff.

¹⁹³ *Savigny*, System I (1840), S. 212 ff. (213): »So müssen wir in ihr Vier Elemente unterscheiden: ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches.«

1. Kanon der Auslegungsmittel

Der **heutige Kanon der Auslegungsmittel** lehnt sich zwar dem Namen nach an *Savigny* an, doch ist inzwischen auch die teleologische Auslegungsvariante als mindestens gleichberechtigt neben den übrigen anerkannt. Der Kanon umfasst danach vier Grundperspektiven, mit denen Juristinnen den »Willen des Gesetzes«¹⁹⁴ – das heisst den Willen des Gesetzgebers, soweit er sich objektiv erkennbar im Gesetz niedergeschlagen hat – zu erkennen suchen: grammatikalische, systematische, historische und teleologische Interpretation. Meist werden diese Perspektiven noch heute als **Auslegungselemente** bezeichnet, obgleich die Vorstellung, sie hätten bei *jeder* Auslegung eine *elementare* Bedeutung, sich längst als Illusion erwiesen hat.

a) Grammatikalische Interpretation

Dass der **Wortlaut** und damit die grammatikalische Interpretation den **Ausgangspunkt der Auslegung** bildet, ist eine Selbstverständlichkeit¹⁹⁵. Womit sollte man sonst beginnen? Der Wortlaut etabliert für diejenigen, die gegen ihn auslegen wollen, eine erhebliche Hürde (Argumentationslast). Für das Zivilrecht ist die zentrale Bedeutung des Wortlauts ganz am Anfang des Zivilgesetzbuchs geregelt¹⁹⁶:

Art. 1 Abs. 1 ZGB

Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Der **verbindliche Wortlaut** des Gesetzes wird in der **Amtlichen Sammlung (AS)** veröffentlicht¹⁹⁷. Die Rechtsnormen erscheinen dort in der Reihenfolge ihres Erlasses durch das Parlament. Das hat den Vorteil der Aktualität, aber den Nachteil der Unübersichtlichkeit, denn wenn ein älteres Gesetz mehrfach geändert wird, dann muss man alle Änderungen erst zusammentragen, um einen Überblick über das geltende Gesetzesrecht zu gewinnen. Diese Aufgabe über-

¹⁹⁴ Vgl. dazu *Burckhardt*, Lücken (1925), S. 62 ff.; *Peter Liver*, Der Wille des Gesetzes, Bern 1954, S. 3 f.

¹⁹⁵ Vgl. *Burckhardt*, Lücken (1925), S. 67: »Wenn der Gesetzestext der Träger des Sinnes sein soll, wie, in welchem Sinn kann zur Ermittlung dieses Sinnes etwas anderes als dieser Text herbeigezogen werden?«

¹⁹⁶ Zur Bedeutung dieser Einleitungsnorm oben S. 125 (Zentrale dogmatische Probleme).

¹⁹⁷ Vgl. Art. 33 Geschäftsverkehrsgesetz: »¹Werden in einem verabschiedeten Erlass nachträglich sinnstörende Versehen festgestellt, so kann die Redaktionskommission, bis zur Veröffentlichung in der Gesetzsammlung, die gebotene Verbesserung anordnen. Diese ist in der Gesetzsammlung kenntlich zu machen. ²Ein später entdecktes Versehen dieser Art kann nur durch Gesetzesänderung behoben werden. ...«

nimmt die **Systematische Sammlung (SR)**, in der die Gesetze fortwährend konsolidiert werden. Für ältere Gesetze ist das durchaus verlässlich. Wenn aber gerade eine Gesetzesänderung erfolgt ist, dann findet man diese weder in der systematischen Sammlung¹⁹⁸, noch in den verschiedenen Druckfassungen des Gesetzes. Als Daumenregel dürften jedenfalls Gesetzesänderungen, die ein Jahr oder länger zurückliegen, in allen Sammlungen vollständig wiedergegeben sein.

Verbindlich ist ausser dem eigentlichen Normtext auch alles, was am Rand oder in den Überschriften steht, also die **Marginalien und Titel**. Verbindlich sind regelmässig sämtliche Amtssprachen – in der Schweiz also die drei Sprachen **Deutsch, Französisch und Italienisch**¹⁹⁹; im Recht der Europäischen Union sind es sogar insgesamt elf Amtssprachen²⁰⁰. Trotz unterschiedlicher Sprachfassungen **gilt das Gesetz jeweils nur als eine Rechtsnorm**, d.h. es gibt einen einheitlichen Sinn, dem man durch Auslegung nachspürt, wenn die Sprachfassungen inhaltlich voneinander abweichen²⁰¹. Solche Abweichungen sind nicht selten, obgleich eine Redaktionskommission damit betraut ist, Widersprüche frühzeitig zu beseitigen²⁰².

Umgangssprachliche und juristische Wortbedeutung decken sich nicht immer. Man spricht insoweit von einer **rechtstechnischen Begriffsbildung** – von den *termini technici* des Rechts und der Rechtswissenschaft²⁰³. Wo der Gesetzgeber einen besonderen Rechtsbegriff vorsieht, kommt es auf die umgangssprachliche Bedeutung nicht mehr an: der rechtstechnische Begriff hat Vorrang. So bedeutet »Eigentum« im Sinne der Bundesverfassung etwas anderes als »Eigentum« im Sinne des Zivilgesetzbuches²⁰⁴ und der sozialversicherungsrechtliche »Wohnsitz« kann ein anderer sein als der zivilrechtliche²⁰⁵. Meist löst sich das

198 Die Systematische Sammlung ist im Internet zugänglich: <www.admin.ch/ch/d/sr/>.

199 Rätoromanisch ist Landessprache (Art. 4 BV), Amtssprache des Bundes hingegen nur »[i]m Verkehr mit Personen rätoromanischer Sprache« (Art. 70 Abs. 1 Satz 2 BV).

200 In der Reihenfolge ihrer Verbreitung als Mutter-, Zweit- oder Fremdsprache: Englisch, Deutsch, Französisch, Italienisch, Spanisch, Niederländisch, Schwedisch, Portugiesisch, Griechisch, Dänisch und Finnisch.

201 Z.B. beim Begriff »Krankenpflege«: BGE 108 V 235 (240) – Psychotherapiekosten.

202 Vgl. Art. 32 Abs. 1 Geschäftsverkehrsgesetz: »Die Redaktionskommission legt die endgültigen Fassungen der Erlasse fest, beseitigt formale Widersprüche und sorgt für die Übereinstimmung der Texte in den drei Amtssprachen, unterlässt jedoch materielle Änderungen.«

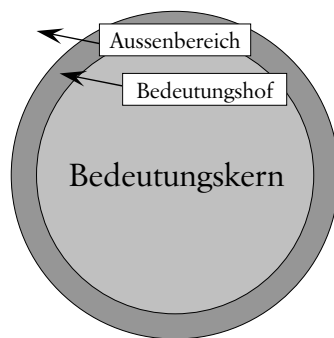
203 Vgl. *Engisch*, Einführung (1997), S. 94 f.

204 Das verfassungsrechtliche Eigentum umfasst zusätzlich zum zivilrechtlichen Eigentum beispielsweise auch »wohlerworbene« Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern sowie Immaterialgüterrechte; vgl. *Georg Müller*, in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel u.a. 1996, Art. 22^{ter} aBV Rn. 2; *Klaus A. Vallender*, in: Bernhard Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar (zit. St. Galler Kommentar), Lachen (Schweiz) 2002, Art. 26 Rn. 4.

205 Dazu BGE 111 V 180 (182 f.) – Mutterwaisenrente; 115 V 448 (449) – Arbeitslosenent-

Gesetz aber nicht von der sonst üblichen Sprache. Dann muss die Rechtsanwenderin herausfinden, welche Bedeutung nach allgemeinem Sprachgebrauch mit einem Wort verbunden wird. Häufig hilft es, den zu interpretierenden Begriff anderen **Worten mit ähnlicher Bedeutung** gegenüberzustellen, die doch nicht ganz dasselbe ausdrücken. So kann und muss man beispielsweise im Ehe-recht feinsinnig zwischen »Getrenntleben«, »Trennung« und »Scheidung« differenzieren²⁰⁶. Je nach dem Kontext der gesetzlichen Regelung kann es statt auf die Umgangssprache auch einmal auf eine **besondere Fachsprache** ankommen, zum Beispiel im Bankrecht auf die im Bankensektor üblichen Wortbedeutungen, im Handelsrecht auf die Handelssprache, im Umwelt- und Technikrecht auf den Sprachgebrauch der Ingenieure – der spezielle Sprachgebrauch hat Vorrang vor dem allgemeinen.

In der grammatikalischen Interpretation, wie überhaupt in allen problematischen Fragen der Rechtsdogmatik, hilft es, wenn man die unstreitigen und in diesem Sinne »klaren« Fälle von den umstrittenen scheidet. Beim Wortlaut



spricht man insoweit von einem Begriffskern (klare Fälle) und einem Begriffshof (zweifelhafte Fälle), oder besser – wie ursprünglich der Erfinder dieser Unterscheidung, *Philipp Heck* – von einem **Bedeutungskern und Bedeutungshof des Rechtsbegriffs**²⁰⁷. Neben diesen beiden Zonen gibt es noch diejenigen Fälle, die eindeutig *nicht mehr* unter den Begriff zu subsumieren sind – sie liegen ganz ausserhalb des Kreises.

Heck verwendete zur Illustration die privatrechtliche **Zugehörregelung** (vgl. Art. 644 ZGB). Im Zivilrecht besteht bei der Zugehör ein dringendes Bedürfnis nach Klarheit, weil eine Verfügung über Sachen sich jeweils auf sie erstreckt²⁰⁸. Definiert wird der Begriff der Zugehör damit, dass es sich um Sachen handle, die »der Hauptsache dauernd für deren Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung bestimmt und durch Verbindung, Anpassung oder auf andere Weise in die Beziehung zur Hauptsache gebracht

schädigung.

²⁰⁶ BGE 125 III 57 (58 f.) – Einzeladoption nach Scheidung.

²⁰⁷ *Heck*, Gesetzesauslegung (Fn. 190), S. 173: »Namentlich ist hervorzuheben, dass die Mehrdeutigkeit der verwendbaren Worte notwendig eine Unbestimmtheit der Gesetzgebote zur Folge hat. Mit verschwindender Ausnahme ist jedes Wort mehrdeutig. Ein sicherer Bedeutungskern ist von einem allmählich verschwindenden Bedeutungshof umgeben.«

²⁰⁸ Art. 644 Abs. 1 ZGB: »Die Verfügung über eine Sache bezieht sich, wenn keine Ausnahme gemacht wird, auch auf ihre Zugehör.«

sind, in der sie ihr zu dienen haben« (Art. 644 Abs. 2 ZGB). Hier hat sich der Gesetzgeber sichtlich Mühe gegeben, möglichst genau zu arbeiten. Der Bedeutungskern ist auch einigermassen klar: ein Auffangbehälter gehört als Zugehör zum Rasenmäher, eine Anhängerkupplung zum Auto u.s.w. Eindeutig ausserhalb des Zugehörbegriffs liegen Dinge wie der Rechen oder der Ölkannister (keine Verbindung zu Rasenmäher oder Auto). Aber was ist mit zeitweise montierten Gerätschaften, etwa der Kabelrolle, ohne die man den Rasenmäher nur wenige Meter bewegen kann, oder dem Dachgepäckträger für die Skiausrüstung? Sie lassen sich weder ohne weiteres zur Zugehör rechnen (Bedeutungskern) noch klar ausschliessen (Aussenbereich), sondern zählen zu den klärungsbedürftigen Fällen (Bedeutungshof).

b) Systematische Interpretation

Die Bedeutungsgewinnung aus dem **Zusammenhang einer Norm mit anderen**, die systematische Interpretation, hängt von der Stellung der Rechtsnorm innerhalb ihres Kontextes ab (Verfassung, Gesetz, Verordnung). Hierhin gehören alle Erwägungen zur Gliederung des Gesetzes in Titel und Untertitel, ja sogar die Unterteilung einer Vorschrift in Absätze und Sätze kann einen systematischen Hinweis auf die Bedeutung geben²⁰⁹. Häufig wird die Systematik wichtig, wenn eine Norm *anders* angewendet werden soll, als es sich der historische Gesetzgeber vorgestellt hat²¹⁰.

Das stärkste, weil in vielen Fällen zwingende systematische Argument folgt aus der Hierarchie der Normen. Alle Vorschriften müssen nach Möglichkeit so ausgelegt werden, dass sie nicht in Widerspruch zu **höherrangigen Rechtsnormen** geraten. Die Bundesgesetze müssen den Vorgaben der Bundesverfassung und des Völkerrechts entsprechen; das kantonale Recht darf keinen Widerspruch zum Bundesrecht erzeugen. Insoweit zählen verfassungskonforme Auslegung (alle Gesetze sowie untergesetzliche Rechtsnormen), völkerrechtskonforme Auslegung (innerstaatliches Recht) und bundesrechtskonforme Auslegung (kantonaies Recht) unter anderem zur systematischen Interpretation²¹¹.

209 Vgl. BGE 93 II 439 (449 f.) – Familienstiftungen: Auslegungen der zulässigen Stiftungszwecke im Sinne von Art. 335 Abs. 1 ZGB aus dem Zusammenhang mit dem Verbot der Errichtung von Familienfideikommissen gemäss Art. 335 Abs. 2 ZGB.

210 Etwa BGE 112 II 1 (3 ff.) – Widerrechtliche Aktiengesellschaft: Anwendbarkeit von Art. 57 ZGB auf Aktiengesellschaften, obwohl diese ausweislich der Materialien ausgenommen bleiben sollten.

211 Vgl. BGE 116 Ia 359 (369) – Frauenstimmrecht Appenzell I.Rh.; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht (2001), Rn. 148. Zu den Besonderheiten siehe unten S. 118 (Verfassungskonforme Auslegung).

Auf derselben Normebene, beispielsweise bei der Auslegung einer bundesgesetzlichen Norm mit Blick auf ähnliche Vorschriften in einem anderen Bundesgesetz, zielt die systematische Interpretation auf die **Einheit der Rechtsordnung**. Das Recht insgesamt muss möglichst widerspruchsfrei ausgelegt werden, weil Widersprüche vom Gesetzgeber in aller Regel nicht beabsichtigt sind. Was dadurch als *äussere Widerspruchsfreiheit* (Kohärenz) zwischen verschiedenen Gesetzen angestrebt wird, gilt auch innerhalb eines Gesetzeswerks als Grundsatz der systematischen Interpretation: hier ist das Ziel die *innere Widerspruchsfreiheit* (Konsistenz).

c) *Historische Interpretation*

Auf die **Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm** stellt die historische Interpretation ab. In grundlegenden Fragen, wenn ein überliefertes Verständnis von Begriffen (»Absicht«) oder Instituten (»Ehe«) dem Recht immanent ist und darum dessen Genese über mehrere zeitgeschichtliche Perioden untersucht werden muss, kommt es hier zu einer Überschneidung der Methodenlehre mit dem Grundlagenfach »Rechtsgeschichte«²¹². Häufiger allerdings besteht die historische Interpretation in der Analyse eines einzelnen Gesetzgebungsvorgangs anhand der **Gesetzesmaterialien**: Vorentwürfe, Entwürfe, Erläuterungen, Gutachten, Botschaften (Bundesrat), Protokolle (Expertenkommissionen, parlamentarische Kommissionen) und stenographische Bulletins zu den Beratungen (Nationalrat, Ständerat). Diesen Gesetzesmaterialien kommt für die Auslegung umso grössere Bedeutung zu, je näher die Zeit des Gesetzeserlasses liegt, und umgekehrt verringert sich ihre Bedeutung bei besonders alten Gesetzen²¹³.

d) *Teleologische Interpretation*

Nach dem **Sinn und Zweck** der Rechtsnorm fragt die teleologische Interpretation²¹⁴. Sie sucht nach dem objektiven Zweck des Gesetzes, der *ratio legis*, nicht bloss nach dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers. Man kann deshalb sagen, dass sich das Gesetz schon bei seinem Erlass vom geschichtlichen

²¹² Dies betonte vor allem die historische Rechtsschule; vgl. oben S. 62.

²¹³ Vgl. BGE 103 Ia 288 (290) – Kantonales Pflichtteilsrecht; 108 Ia 33 (37) – Etappierung des Baugebiets; 111 II 149 (152) – Amtsärztliche Spitaltätigkeit; 114 Ia 191 (196) – Haftung des Zivilschutzpflichtigen; 116 II 525 (527 f.) – Quorum bei Kapitalerhöhung. Bezogen auf die neue Bundesverfassung *Pierre Tschannen*, Verfassungsauslegung, in: Daniel Thürer/Jean François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 9 Rn. 14 (S. 156 f.).

²¹⁴ Nicht »theologische«; die Bezeichnung kommt von *telos* (griech.: Ende, Ziel, Erfolg).

Gesetzgeber löst²¹⁵. Jeder rechtlichen Regelung liegt ein Zweck zugrunde: »Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts.«²¹⁶ Versteht man den Zweck, so versteht man meist die Rechtsnorm insgesamt. Es gilt also, den Zweck oder die verschiedenen von ihr verfolgten Zwecke aus der Rechtsnorm herauszuarbeiten. Die teleologische Interpretation fragt dann danach, welche Bedeutungszuschreibung diesen gesetzlichen Zweck(en) am förderlichsten ist.

Die Suche nach dem Zweck ist schwierig, weil er sich häufig nicht ausdrücklich im Gesetzestext oder in der Gesetzesbezeichnung wiederfindet. Aus der Funktion einer Norm im systematischen legislativen Zusammenhang (Rechtsinstitut, Regelungsbereich, Gesetzeswerk), aus den Gesetzesmaterialien und aus den gewählten Formulierungen – mithin: durch die übrigen Auslegungsmittel – lassen sich Anhaltspunkte für den Zweck gewinnen. Häufig hilft es, nach den schutzbedürftigen und schutzwürdigen Interessen der Beteiligten oder der Gemeinschaft zu fragen, denn praktisch alle Rechtsnormen dienen entweder dem Schutz individueller Interessen oder versuchen, das Gemeinwohl zu fördern (**Individualinteressen und Gemeinwohlbelange**).

Die **Grenzen teleologischer Auslegung** offenbaren sich überall dort, wo mehrere Zwecke miteinander konkurrieren²¹⁷. Das ist durchaus nicht selten. In einem Gesetz wird ja gerade die Abwägung *gegenläufiger* Einzelinteressen durch rechtliche Regelung verbindlich vorgenommen: die Mietrechtsregeln dienen einerseits dem Mieterschutz, andererseits wahren sie das Interesse des Eigentümers; der Umweltschutz dient dem öffentlichen Interesse an reiner Luft, will aber gleichzeitig für noch tragbare Lasten der Unternehmer sorgen. So verfolgt der Gesetzgeber regelmässig mehrere Anliegen gleichzeitig, die alle als Zwecke einer einzelnen Regelung in Betracht kommen. Manchmal entwickeln sich auch *unbeabsichtigte Gegensätze* der gesetzlich verfolgten Zweckvorstellungen, wenn ein Gesetz später geändert wird, um ein ursprünglich nicht vorhandenes Ziel des Gesetzgebers neu einzubringen. Bei Rechtsnormen, die zwischen divergierende Zielvorstellungen geraten, ist folglich noch kein definitives Auslegungsergebnis erreicht, wenn man alle gesetzlichen Zwecke identifiziert hat. Vielmehr muss die beabsichtigte Abwägung des Gesetzgebers nachvollzogen werden, was meist nur durch ergänzende historische Auslegung und systematische Wirkungsüberlegungen gelingt.

215 So BGE 56 II 66 (74 f.) – Muster- und Modellschutz m.w.N.

216 So das Motto auf der Titelseite aller Bände bei *Jhering*, Zweck (Fn. 41), S. I; vgl. ebd., S. 442: »[D]as ganze Recht ist nichts als eine einzige Zweckschöpfung«.

217 So schon *Savigny*, System I (1840), S. 216 ff. (218): »Eine besondere Art der Ungewissheit entsteht aus dem Daseyn mehrerer, neben einander bestehender Gründe, deren Verhältniß zu einander zweifelhaft seyn kann«.

Aus der zweckorientierten Auslegung lassen sich nur sehr begrenzt allgemeine Auslegungsgrundsätze folgern. Das gilt vor allem für die Daumenregel, nach der man **Ausnahmevorschriften restriktiv auslegen** soll. Richtig ist daran, dass der Gesetzgeber seinen Zweck typischerweise vor allem mit der Regel ausdrücken wollte, zu der die Ausnahme dann ein notwendiges Übel, eine auf ein Mindestmass zu beschränkende Abweichung darstellt. Das muss aber nicht so sein. Es bleibt beispielsweise unbenommen, zur gesetzestechnischen Vereinfachung den selteneren Fall als Regel und den häufigeren Fall als Ausnahme zu formulieren. Mehr als eine Daumenregel kann der Auslegungsgrundsatz von der restriktiven Auslegung der Ausnahmen darum nicht bieten. Insbesondere erspart er nicht die genaue Zweckanalyse bei jeder Normauslegung.

Die teleologische Auslegung wird zum **dynamischen Mittel der Rechtsfortbildung**, wenn man den Zweck dazu einsetzt, um den Norminhalt veränderten Lebensbedingungen anzupassen. Die zielbezogenen Überlegungen sind insoweit viel flexibler als die rückwärtsgewandten und statischen Aspekte von Wortlaut, Zusammenhang und Entstehungsgeschichte. Angenommen, eine Formvorschrift im Gerichtsverfahren hat erkennbar den Zweck, die Verbindlichkeit der Parteiäusserungen zu garantieren, dann kann diese Vorschrift, die ursprünglich nur durch handschriftlich unterzeichnete Papiere einzuhalten war, in dynamischer Auslegung später auch auf Telefax- und E-Mail-Schriftsätze ausgedehnt werden, ohne dass der Gesetzgeber dazu neu tätig werden müsste.

2. Bedeutung der Auslegungsmittel

a) »Methodenpluralismus« (Bundesgericht)

Das Bundesgericht bezeichnet die freie Kombination der verschiedenen Auslegungsmittel als »Methodenpluralismus«²¹⁸, was zwar von vielen als Schönfärberei gerügt wird²¹⁹, die relative Bedeutung der Auslegungsmittel aber gut trifft. Die Mittel müssen geradezu zwangsläufig nebeneinander angewandt werden, denn sie sind ja *unterschiedliche* Interpretationsperspektiven, deren Wert gerade darin liegt, dass sie sich gegenseitig ergänzen. Dabei genießt **kein Auslegungsmittel absoluten Vorrang**²²⁰ – nicht einmal der »klare und unzweideutige

218 Etwa in BGE 110 Ib 1 (8) – Ausländerinternierung: »Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen denn auch stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen ... und nur dann allein auf die grammatikalische Auslegungsmethode abgestellt, wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergab.«

219 Zum Euphemismusvorwurf etwa *Regina Ogorek*, Der Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief?, in: Forstmoser u.a. (Hrsg.), Rechtsanwendung (Fn. 280), S. 21 ff. (32 f.); *Kramer*, Methodenlehre (1998), S. 128; *Hans Peter Walter*, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, in: recht 1999, S. 157-166 (158) – jeweils m.w.N.

220 *Dürr*, in: ZK (Fn. 189), Art. 1 Rn. 146, 507. Anders das deutsche Bundesverfassungsge-

Gesetzeswortlaut«²²¹. Zwar haben einzelne eine besondere Bedeutung als Grenzziehungsmittel: der Wortlaut für das, was man noch als »Auslegung« bezeichnet²²²; der Zweck für das, was man noch als »Rechtsanwendung« akzeptieren kann²²³. Doch ein Wortlaut lässt regelmässig Interpretationsspielraum und der Zweck ist unter mehreren gesetzlichen Zielen nicht immer eindeutig festzustellen. Selbst bei einem eindeutigen Zweck bringen häufig verschiedene Auslegungen diesen in je eigener Weise zur Geltung, ohne dass eine unter ihnen als zweckwidrig disqualifiziert werden könnte. Selbst *Jherings* Diktum »Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts«²²⁴ lädt darum nicht zu der Folgerung ein, jede Interpretation müsse zwangsläufig mit – krönenden und ausschlaggebenden – Überlegungen zum Telos abgeschlossen werden. Vielmehr kann auch die systematische Einordnung der Rechtsnorm in das Gesetzeswerk den Ausschlag geben oder die historische Genese sich als entscheidend erweisen. Mal gibt das eine, mal das andere Auslegungsmittel stärkere Anhaltspunkte; mal sind Wortlaut oder Entstehung, mal Systematik oder Zweck so unklar, dass das entsprechende Auslegungsmittel ganz in den Hintergrund treten muss. Eine allgemeine Regel für die Rangfolge der Auslegungsmittel kann es wegen dieser Kontextabhängigkeit nicht geben. Selbst in der argumentativen Reihenfolge ist die Interpretation frei. Konventionsgemäss beginnt man mit dem Wortlaut und endet mit Zwecküberlegungen, aber selbst das ist nicht zwingend.

b) *Auslegungsmittel als Querschnittsinstrumente*

Dass jedes einzelne Auslegungsmittel in Kombinationen mit allen übrigen angewendet werden kann, also als Querschnittsinstrument, lässt sich anschaulich für die **historische Interpretation** zeigen: Die Suche nach dem Zweck des Gesetzes stützt sich zunächst auf die Entstehungsgeschichte, insbesondere auf die Geset-

richt, das in mehreren Entscheidungen mit der Rechtsfigur »objektivierter Wille des Gesetzesgebers« im Ergebnis den teleologischen Gesichtspunkte einen Vorrang vor der Entstehungsgeschichte eingeräumt hat; vgl. etwa BVerfGE 1, 299 (312) – Wohnungsbauförderungsgesetz; 11, 126 (130 f.) – Nachkonstitutioneller Bestätigungswille.

221 Vgl. etwa BGE 121 V 17 (24) – Zeitspanne: »Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur *ausnahmsweise abgewichen* werden, u.a. dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der *Entstehungsgeschichte* der Bestimmung, aus ihrem Grund und *Zweck* oder aus dem *Zusammenhang* mit andern Vorschriften ergeben«; BGE 125 III 57 (58) – Einzeladoption nach Scheidung: »An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden, *sofern* dieser den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt.« (Hervorhebungen hinzugefügt).

222 Zu dieser (umstrittenen) Grenzziehung unten S. 119.

223 Dazu unten S. 139.

224 *Jhering*, Zweck (Fn. 41), S. I; vgl. oben Fn. 216.

zesmaterialien²²⁵. Dasselbe gilt auch für den Wortlaut und die Systematik des Gesetzes. In allen Bereichen kommt es – jedenfalls als Einstieg – darauf an, wie die Rechtsnorm *ursprünglich* gemeint, ihre Formulierung zu verstehen und ihre Wirkung systematisch integriert war²²⁶. Gleichzeitig ist dieser objektive Zweck, die *ratio legis*, den Änderungen des Gesetzes und dem Wandel des Kontextes ausgesetzt²²⁷. Über die verschiedenen gesetzlichen Textstufen kann eine Norm immer neue Bedeutungen annehmen, die wiederum massgeblich durch eine Aufarbeitung der Änderungsschritte erschlossen werden, also historisch. So gesehen kommt es zu einer Kombination der historischen Interpretation mit allen übrigen Auslegungsmitteln, d.h. zu einer historisch-grammatikalischen, einer historisch-systematischen und einer historisch-teleologischen Interpretation.

Was dadurch für die historische Interpretation gezeigt ist, liesse sich auch bei den übrigen Auslegungsmitteln jeweils demonstrieren. Sie alle sind nicht nur kombinierbar, sondern müssen geradezu kombiniert werden, wenn man ihr volles Potential ausschöpfen will. In diesem Sinne sind *alle Auslegungsmittel Querschnittsinstrumente* und als solche untrennbar miteinander verstrickt: ob eine historisch-teleologische Auslegung primär geschichtlich oder primär zweckgerichtet operiert, lässt sich kaum je festlegen; sicher ist nur, dass sie gerade in der Kombination einen Erkenntnisgewinn verspricht.

c) Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe

Die Rechtsvergleichung bot schon immer Inspiration, wenn das eigene Recht ausgelegt werden sollte. Das gilt in der föderalen Schweiz mit ihrer kantonalen Rechtsvielfalt schon für den innerstaatlichen Vergleich. Ein noch breiteres Spektrum eröffnet der Blick auf ausländische Rechtsordnungen. Doch wie genau können solche Vergleiche einen Beitrag zum Verständnis des eigenen Rechts leisten? Hier gilt es, fein zu unterscheiden, denn oberflächliche Rechtsvergleichung ist methodisch unseriös²²⁸: Jederzeit nutzen darf man sie nur als Quelle für Vorschläge *de lege ferenda*, also für Verbesserungsvorschläge zur zukünftigen Gestaltung des eigenen Rechts. Das aber ist Rechtspolitik²²⁹. Bei

225 BGE 116 II 525 (527) – Quorum bei Kapitalerhöhung: »Indessen vermag allein die an der Entstehungsgeschichte orientierte Auslegung die Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzuzeigen.«

226 Vgl. die historisch-systematische Einstufung von Art. 42 OG in BGE 80 I 239 (245) – Zivilrechtliche Streitigkeit.

227 BGE 79 I 17 (20) – Handänderungssteuer; 81 I 274 (282 ff.) – Expropriationsstreitigkeiten; 88 I 149 (157 f.) – Gesetzliche Taggelder.

228 Vgl. die Warnung bei Caroni, Einleitungstitel (1996), S. 168.

229 Zur Betrachtung *de lege lata* und *de lege ferenda* siehe oben S. 63 (Rechtspolitik).

der Rechtsdogmatik, der Auslegung *de lege lata*, kann die Vergleichung nur selten helfen. Hier muss man weiter differenzieren:

Zunächst hilft die Rechtsvergleichung dort, wo es um die **Auslegung allgemeiner Grundsätze** geht, beispielsweise bei Verfassungsprinzipien (Meinungsfreiheit, Lebensrecht u.v.m.) und typischen Kollisionslagen (Demonstration und Eigentum, Handlungsfreiheit und Schutz des ungeborenen Lebens, Meinungsäußerung und Persönlichkeitsschutz). Hier kann es nützlich sein, sich beispielsweise die Verfassungsgerichtsentscheidungen anderer Staaten anzusehen²³⁰. Was wurde als wichtiger Gesichtspunkt für die Entscheidung erachtet? Welche Abgrenzungskriterien hat das Gericht entwickelt? Wie sind die Interessen der Beteiligten gewichtet worden? Welche besonderen Problemfälle (*hard cases*) hat das Gericht identifiziert und wie hat es sie berücksichtigt? Ein solcher Rechtsvergleich stellt selten Gesetzesbestimmungen gegenüber; vielmehr kommt es auf die Argumente der Rechtsanwendung an.

Unmittelbar um den Normvergleich geht es in Sachbereichen, bei denen verschiedene Staaten auf der **gleichen Rechtstradition** aufbauen. So steht das schweizerische Zivilrecht gemeinsam mit dem Recht der übrigen kontinentaleuropäischen Staaten in der Tradition des römischen Rechts – ist in seinen grundlegenden Elementen aus diesem entwickelt worden. Was also beispielsweise ein deutsches, österreichisches, italienisches oder französisches Gericht zu Besitzschutz und Eigentum, Bereicherung und Vertragsschluss, Rückabwicklung und Handlungsfähigkeit sagt, kann für die schweizerische Auslegung hilfreich sein, sofern die einzelnen Gesetzesbestimmungen nach wie vor vergleichbar sind oder jedenfalls zu einer vergleichbaren Systematik führen.

In der **rechtswissenschaftlichen Dogmatik** findet ohnehin ein ständiger Austausch über die Grenzen hinweg statt. So sind der französische *act administratif*, der deutsche Verwaltungsakt und die schweizerische Verfügung zwar unterschiedlich im Gesetz geregelt, doch die rechtswissenschaftliche Analyse der einzelnen Elemente, die eine solche Verfügung ausmachen, sind über alle Rechtsordnungen hinweg vergleichbar. Auch hier kommt es darum zu wechselseitiger Inspiration, wenn etwa die traditionelle Lehre von den Handlungsformen der Verwaltung durch ein neues »informelles Verwaltungshandeln« herausgefordert wird und die Rechtslehre diese Neuerung dogmatisch bewältigen muss.

Wie betreibt man Rechtsvergleichung? Abgesehen von der *ad hoc*-Vergleichung, die sich in Gerichtsurteilen findet, hat sich als wissenschaftliche Vorgehensweise ein dreistufiger Aufbau bewährt: Bezogen auf dieselbe Fragestellung wird erst die eine, dann die andere Rechtsordnung untersucht, bevor

²³⁰ *Saladin*, Grundrechte im Wandel (1982), S. 378.

abschliessend eine Gegenüberstellung stattfindet. Dieses klassische Muster ist von *Peter Häberle*, der als erster die **Rechtsvergleichung als »fünfte Auslegungsmethode«** bezeichnet hat, zu einer **Textstufenanalyse** erweitert worden²³¹. Ausgehend von der Überlegung, dass verschiedene Rechtsordnungen durch das unsichtbare Band der Kultur miteinander verknüpft sind, versucht diese Analyse, gemeinsame Entwicklungslinien aufzuspüren. So kann man beispielsweise an den neuen Verfassungen der osteuropäischen Staaten zeigen, wie sich die Grundrechtssystematik in den vergangenen Jahrzehnten fortentwickelt hat. Hier geht es weniger um zwingende Rückschlüsse für einzelne Auslegungsfragen des eigenen Rechts, als vielmehr um das Gesamtverständnis des Rechts unter Einschluss seiner zeitgebundenen Entwicklungsschübe.

d) *Verfassungskonforme Auslegung*

Eine Auslegungsart, die trotz ihres eigenständigen Namens nicht zum Kanon der Auslegungsmittel gehört, sondern sich aus diesen zusammensetzt, ist die verfassungskonforme Auslegung. Bei ihr wird ein Gesetz so (um)interpretiert, dass es den Verfassungsmassstäben genügt²³². Darin drückt sich der **Geltungsvorrang der höherrangigen Rechtsnorm** aus, was die verfassungskonforme Auslegung zu einem Sonderfall der systematischen Interpretation macht²³³. Mehr noch: unter verschiedenen, mit der Verfassung vereinbaren Auslegungen muss diejenige gewählt werden, die möglichst viele Verfassungswerte verwirklicht²³⁴. In solchen Fällen kann man die verfassungskonforme Auslegung gleichzeitig als Anwendungsfall der teleologischen Interpretation verstehen²³⁵. Genauer müsste man hier von *verfassungsorientierter* Auslegung sprechen, denn es geht nicht mehr nur darum, eine verfassungswidrige Auslegung zu vermeiden, sondern der grundrechtsgebundenen RichterIn wird aufgegeben, unter mehreren verfassungs-

231 *Peter Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode, in: JZ 1989, S. 913 ff. m.w.N.

232 Vgl. BGE 96 I 184 (187) – Verwaltungsgerichtsbeschwerde; früh bereits BGE 34 I 519 (528) – Wohlerworbene Privatrechte: »[N]ach allgemeiner Interpretationsregel [muß] eine Bestimmung im Zweifel so ausgelegt werden ..., daß sie im Rahmen der Verfassung verbleibt«. Weitere Nachweise bei *Ulrich Häfelin*, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Kurt Eichenberger (Hrsg.), Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 241-259.

233 So schon oben S. 111 (Systematische Interpretation).

234 BGE 104 IV 11 (13) – Ehrverletzung durch die Presse: »choisir l'interprétation la plus conforme aux principes constitutionnels«. Früh bereits *Jörg Paul Müller*, Zur Bedeutung der Pressefreiheit beim Privat- und Strafrechtlichen Ehrenschatz, in: ZSR 1967 I, S. 115-146 (137 ff., 139): »Anliegen einer weitgehendsten Verwirklichung der von der Verfassung entworfenen elementaren Ordnungsprinzipien«.

235 *Baumann*, Einführung (Fn. 93), S. 110.

konformen Auslegungsmöglichkeiten diejenige zu wählen, die den Verfassungszielen am *weitestgehenden* Rechnung trägt.

Von der Auslegung zu trennen ist die **Frage der Verwerfungskompetenz**. Das Bundesgericht hat nach geltendem schweizerischen Verfassungsrecht und anders als die meisten anderen höchsten Gerichte in Europa bisher *nicht* die Befugnis, ein Gesetz des Bundesparlaments oder Teile des Völkerrechts für unverbindlich zu erklären. Zwar besteht insoweit kein absolutes Prüfungsverbot, wohl aber ein **Anwendungsgebot**:

Art. 191 BV Massgebendes Recht

Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

Anders als gegenüber kantonalen Gesetzen ist die **Durchsetzbarkeit der Bundesverfassung** gegenüber Bundesgesetzen also **relativiert**, während das Völkerrecht – insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) mit ihrem Grundrechtskatalog – auch gegenüber Bundesgesetzen einen *durchsetzbaren* Vorrang beanspruchen kann²³⁶.

e) Wortlaut als Grenze

In der Rechtsprechung findet man häufig den Hinweis, dass die Auslegung »in erster Linie« eine Sache des Wortlauts sei²³⁷, oder dass das Gesetz die Rechtsanwenderin jedenfalls an einen »klaren Wortlaut« binde²³⁸. Das ist gleich doppelt irreführend. Erstens handelt es sich nämlich vielfach um Fälle, in denen der Wortlaut zwar eine bestimmte Auslegung besonders nahe legt, dabei aber mit den anderen Auslegungsmitteln in Spannung steht, so dass das Gesamtergebnis der Auslegung keinesfalls klar ist²³⁹. Zweitens kann der Wortlaut, selbst wenn er nach allen Amtssprachen eindeutig ist und keinerlei Spielraum mehr lässt, al-

²³⁶ Dazu *Walter Kälin*, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. Bern 1994, S. 11 ff. (18), 34 ff.; *Zimmerli/Kälin/Kiener*, Verfahrensrecht (1997), S. 19 ff. (23); vgl. auch ebd., S. 190 f. (beschränkte Anfechtbarkeit von Kantonsverfassungen).

²³⁷ Aus dieser ständig wiederkehrenden Aussage des Gerichts hier nur zwei Beispiele: BGE 121 III 460 (465) – Nettomiete: »La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. ... Le premier critère d'interprétation réside donc dans le texte même de la loi.«; 125 III 57 (58) – Einzeladoption: »Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen.«

²³⁸ Z.B. BGE 114 II 404 (406) – Ledigenbürgerrecht: »An einen klaren und unzweideutigen Wortlaut ist die rechtsanwendende Behörde grundsätzlich gebunden.«; 121 III 149 (151) – Scheidung einer Scheinehe: »Der klare Gesetzeswortlaut ... verbietet eine Scheidung ...«.

²³⁹ Vgl. BGE 114 II 404 (407) – Ledigenbürgerrecht: »trotz ... scheinbar klaren Wortlauts unklar«.

lenfalls als **Grenze der Auslegung** angesehen werden²⁴⁰, aber weder als eine scharf zu ziehende Grenze²⁴¹, noch als Grenze der Rechtsanwendung insgesamt. Es ist der Rechtsanwenderin aufgegeben, die planwidrigen Gesetzeslücken auszufüllen (Analogie) und die planwidrig überschüssenden Gesetzesgehalte anzupassen (teleologische Reduktion)²⁴². Insoweit könnte die ohnehin verschwommene Wortlautgrenze²⁴³ allenfalls den *Übergangsbereich* von der Auslegung zur Rechtsfortbildung markieren. Nach bisher herrschender Meinung findet zudem die »Auslegung« im Sinne des zivilrechtlichen Einleitungsartikels (Art. 1 Abs. 1 ZGB) keine Grenze am Wortlaut²⁴⁴. Selbst im Strafrecht, wo es wegen des Analogieverbots (Art. 1 StGB) auf die genaue Abgrenzung ankommt²⁴⁵, erkennt die schweizerische Methodenlehre eine strikte Wortlautgrenze bisher überwiegend nicht an²⁴⁶, wohingegen die deutsche Rechtsprechung und Lehre strenger sind²⁴⁷.

²⁴⁰ Dazu unten S. 126 (Zentrale dogmatische Probleme).

²⁴¹ Siehe unten S. 131 (Feststellung von Lücken); vgl. auch *Ogorek*, Wortlaut (Fn. 218), S. 24 ff.

²⁴² Zur (legitimen) richterlichen Rechtsfortbildung unten ab S. 125.

²⁴³ Vgl. oben S. 110 (Bedeutungskern und Bedeutungshof).

²⁴⁴ Etwa *Dürr*, in: ZK (Fn. 189), Art. 1 Rn. 103: »Eine *grundsätzliche* Begrenzung der Auslegung durch den Wortlaut ist also abzulehnen.« (Hervorhebung im Original). Dazu unten S. 126 (Zentrale dogmatische Probleme).

²⁴⁵ Vgl. S. 136 (Analogieverbot).

²⁴⁶ BGE 77 IV 164 (167) – Konkurs nach Spekulation: »Es wäre unvernünftig, ihn straflos zu lassen ... Das kann das Gesetz nicht wollen ...«; 87 IV 115 (118) – Unterschlagung irrtümlicher Bankgutschrift: »Im Rahmen solcher Gesetzesauslegung ist auch der Analogieschluss erlaubt, denn er dient dann bloss als Mittel sinngemässer Auslegung.«; 90 IV 94 (96) – Vereitelung der Blutprobe; 95 IV 68 (73) – Ausweissfälschung: »Sinngemässe Auslegung kann auch zu Lasten des Angeklagten vom Wortlaut abweichen.«; 116 IV 134 (139) – Aneignung von Forderungen (Zitat oben in Fn. 267). Entschiedene Zustimmung etwa bei *Meier-Hayoz*, Richter (1951), S. 14 f.; aus Methodensicht auch *Hausheer/Jaun*, ZGB (Fn. 267), Art. 1 Rn. 208. Für das im Steuerrecht diskutierte Analogieverbot ausserdem *Peter Locher*, Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, Bern 1983, S. 44 f. Kritisch hingegen *Kurt Seelmann*, Strafrecht. Kurzlehrbuch zum allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafrechts, Basel u.a. 1999, S. 26 f. – das Legalitätsprinzip verliere dadurch in einem wichtigen Bereich seine Begrenzungsfunktion.

²⁴⁷ Dort wird auf die Grenze des Wortlauts, nicht des Normsinnes abgestellt; z.B. in BVerfGE 92, 1 (12) – Sitzblockaden II: »Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äusserste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation.« Gleichlautend bereits BVerfGE 71, 108 (115) – Anti-Atomkraftplakette; kritisch dazu *Ralph Christensen*, Was heisst Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989, S. 38 ff. Inkonsequent insofern BVerfGE 35, 263 (279 f.) – Rechtsmittelbeschränkung, wo eine (verfassungskonforme) teleologische Reduktion als Auslegung bezeichnet wird.

3. Rechtsanwendung bei Normenmehrheit

a) Normkonkurrenzen

Die Rechtsanwendung führt in vielen Fällen zum **Zusammentreffen mehrerer Rechtsnormen**, die gleichzeitig auf einen Sachverhalt anwendbar sind. Solche Konstellationen nennt man Normkonkurrenzen. Sie treten in drei Grundformen auf, als Rechtsfolgenidentität, Rechtsfolgendivergenz und Rechtsfolgenwiderspruch. *Rechtsfolgenidentität* liegt vor, wenn zwei anwendbare Rechtsnormen genau Gleiches anordnen. Im Zivilrecht spricht man hier von einer *Anspruchskonkurrenz*: derselbe Zahlungsanspruch kann auf mehr als eine gesetzliche Anspruchsgrundlage gestützt werden, etwa gleichzeitig auf vertragliche und gesetzliche Schadenersatzbestimmungen²⁴⁸. Ein *Rechtsfolgenwiderspruch* liegt hingegen vor, wenn man die eine Rechtsnorm überhaupt nicht befolgen kann, ohne die andere zu verletzen – die Normen verlangen also völlig Unvereinbares. Allerdings ist die Terminologie im Bereich der Konkurrenzen sehr uneinheitlich. Manche sprechen vom »uneigentlichen Normwiderspruch«, wenn es noch möglich ist, zwei unterschiedliche Rechtsgebote nebeneinander zu erfüllen, etwa weil die eine Rechtsnorm etwas Zusätzliches zur anderen verlangt. Präziser ist es, solche Fälle als *Rechtsfolgendivergenz* zu bezeichnen.

Im Strafrecht hat sich noch einmal eine andere Terminologie ausgebildet. Hier spricht man von *Realkonkurrenz*, wenn eine Dieb mehrere getrennte Diebstähle begeht, die jeder für sich strafwürdig sind. Von *Idealkonkurrenz* spricht man, wenn dieselbe Handlung mehrere nebeneinander anwendbare Straftatbestände verwirklicht. Dann folgt die Strafbarkeit aus allen gleichzeitig, selbst wenn die Strafandrohungen der Normen (der Strafraumen) unterschiedlich sein sollte. Neben diesen Fällen, bei denen die Normen nebeneinander anwendbar sind, gibt es die *Gesetzeskonkurrenzen*, bei denen eine Strafandrohung die andere verdrängt, weil sie entweder genauer ist (Spezialität) oder die verdrängte nur lückenfüllend gelten soll (Subsidiarität) oder ihr Unrechtsgehalt durch die anwendbare Norm mit berücksichtigt wird (Konsumtion).

Interessant und schwierig sind diejenigen Konstellationen, in denen das Gesetz eigentlich die Anwendung beider Rechtsnormen fordert, diese Forderung aber wegen Rechtsfolgenwiderspruchs nicht aufrecht erhalten kann. Solche Fälle nennt man Normkonflikte oder **Normkollisionen**. Bei Regelkollisionen behandelt man sie mit Rechtsanwendungsregeln über den Normvorrang (b); bei Prinzipienkollisionen durch eine Systematik der Abwägung (c):

²⁴⁸ Rey, Haftpflichtrecht (1998), Rn. 38 ff.

*b) Regelkollisionen und Normvorrang**aa) Stufung (lex superior derogat legi inferiori)*

Für die Vorrangregeln ist es ein Unterschied, ob Normen derselben Stufe oder Normen auf unterschiedlichen Stufen der Normenhierarchie miteinander kollidieren:

»Da die Struktur der Rechtsordnung ein Stufenbau einander über- und untergeordneter Normen ist, stellt sich das Problem des Normenkonfliktes innerhalb einer Rechtsordnung in verschiedener Weise, je nachdem ob es sich um einen Konflikt zwischen Normen derselben Stufe oder um einen Konflikt zwischen einer Norm höherer und einer Norm niederer Stufe handelt.«²⁴⁹

Wenn es sich um unterschiedliche Stufen handelt, dann gilt die *lex superior*-Regel: das höherrangige Recht verdrängt das niederrangige. Bundesrecht bricht kantonales Recht. Eine Regelung durch Parlamentsgesetz geht einer solchen durch Verordnung vor.

bb) Genauigkeit (lex specialis derogat legi generali)

Anders verhält es sich mit der Kollision auf derselben Normstufe, wenn also beispielsweise eine bundesgesetzliche Norm mit der Anordnung in einem anderen Bundesgesetz in Konflikt gerät. Hier gilt die *lex specialis*-Regel: das speziellere Gesetz verdrängt das allgemeinere, die Regelung zum Gattungskauf also die allgemeine Regelung im Kaufrecht u.s.w.

cc) Zeitpunkt (lex posterior derogat legi priori)

Schliesslich gibt es noch die *lex posterior*-Regel, die unter gleichrangigen und gleich speziellen Gesetzen zur Anwendung kommt. Hier geht das jüngste vor. Wenn also das Parlament ein Gesetz beschliesst, ohne vorher die frühere Gesetzesfassung ausdrücklich für ungültig zu erklären, dann ergibt sich der Vorrang der neueren Regelung schon aus der Rechtsanwendungsregel *lex posterior derogat legi priori*.

249 Kelsen, Reine Rechtslehre (1960), S. 210.

c) Prinzipienkollisionen und Abwägung

Anders als Regeln zeichnen sich Prinzipien durch eine **Optimierungstendenz** aus²⁵⁰. In ihrer Kollision gilt darum nicht das Alles-oder-nichts-Prinzip der Regelkollision, bei der jede Rechtsregel entweder ganz oder gar nicht anwendbar bleibt. Vielmehr sind *beide* Rechtsprinzipien gleichzeitig anzuwenden, indem man die miteinander im Wettstreit liegenden Rechtsgüter durch *Abwägung* in einen sachgerechten Ausgleich bringt. Der wichtigste Anwendungsbereich der Abwägung findet sich bei den Grundrechten. Hier spricht man von *praktischer Konkordanz*, wenn das Grundrecht des einen mit dem widersstreitenden Grundrecht des anderen zu einem möglichst schonenden Ausgleich gebracht wird. Der Abwägungsprozess orientiert sich dabei an dem Modell der **Verhältnismässigkeitsprüfung**²⁵¹: Das angewendete Mittel (die Beschränkung des einen Grundrechts) muss zu dem damit verfolgten Zweck (Verwirklichung des anderen Grundrechts) *geeignet, erforderlich und* – darin besteht die eigentliche Abwägung – *zumutbar (angemessen)* sein. Dafür ist zentral, welches Gewicht der Beschränkung des einen Grundrechts und welche Bedeutung der Verwirklichung des anderen **im Einzelfall** zukommt.

4. Methodenvergleich mit US-amerikanischer Auslegung

Ist die Auslegung von Rechtsnormen eine in allen Rechtsordnungen ähnlich gelöste Aufgabe, sozusagen ein universeller Bereich der Rechtstheorie, bei dem alle von allen abgucken können? Solchen Fragen geht man am besten durch den Blick auf eine andersartig entwickelte Rechtsordnung nach, etwa im Methodenvergleich mit US-amerikanischer Auslegung.

Es gibt einige augenfällige Unterschiede zwischen kontinentaleuropäischer und US-amerikanischer Rechtsanwendung. Zunächst basiert die Tradition des anglo-amerikanischen *common law* im Gegensatz zum römisch-rechtlich entwickelten *civil law* auf einer systematischen Regelbildung durch **Präzedenzfälle**. In einer ausgefeilten Methodik wird zwischen bindenden und nichtbindenden Gehalten eines Entscheids unterschieden, finden sich frühere Entscheide desselben Gerichts entweder formal bestätigt oder widerlegt, beurteilt ein untergeordnetes Gericht den Präzedenzfall entweder als ähnlich und damit entscheidungsleitend oder als andersartig. Neben einem ebenso ausgefeilten **Aktionensystem** für verschiedene Klagearten und -begehren gibt es substantielle **Prüfungsmassstäbe** in weit grösserer Zahl, als sie europäische Gerichte gemeinhin hervorbringen (*strict scrutiny, rational basis test* u.v.m.). Dies alles darf aber nicht

250 Dazu oben S. 104 (Rechtsnormen mit Prinzipiencharakter).

251 Dazu unten S. 175 (Verhältnismässigkeitsprinzip).

darüber hinwegtäuschen, dass auch im US-amerikanischen Rechtssystem zunehmend die Auslegung von Gesetzesrecht eine Rolle spielt. Gerade das Wirtschaftsrecht ist auf die einheitsverbürgende Wirkung nationaler Gesetze angewiesen, wie sie beispielsweise der **Uniform Commercial Code** hervorbringt.

In der US-amerikanischen **Auslegung von Rechtsnormen** finden sich, wie überhaupt in ganz unterschiedlichen Rechtstraditionen²⁵², dieselben Grundperspektiven wieder, die den oben behandelten Methodenkanon prägen: Wortlaut (Text), Systematik (Kontext, Dogmatik), Geschichte und Zweck²⁵³. Stärker als in Europa – oder jedenfalls stärker *sichtbar* als hier –, machen sich auf dieser Basis bestimmte **Auslegungsschulen** die Einzelmethoden zueigen. Wer grosses Misstrauen gegenüber richterlichem Aktivismus hegt, der betont die Pflicht, den originalen Willen des historischen Gesetzgebers herauszuarbeiten (*framer's intent*). Wer umgekehrt den Auslegungsmitteln misstraut, weil sie nur eine in Wirklichkeit zutiefst politische Entscheidung kaschieren, der wird es als Aufgabe ansehen, die vermeintlich »harten« Auslegungsmittel (Wortlaut, Systematik, Geschichte) als verbrämte Ideologie zu entlarven (Dekonstruktion), um bewusst Partei zu ergreifen gegen die herrschende Machtelite in Staat und Justiz (*Critical Legal Studies Movement*). Wer das Recht primär als Serviceinstrument für eine florierende Marktwirtschaft und gesellschaftliche Selbstorganisation ansieht, der wird sämtliche Auslegungsmittel in die Richtung eines »Effizienz« versprechenden Ergebnisses einsetzen (*Economic Analysis of Law*). Die Liste liesse sich mit dem früher starken Pragmatismus und dem jüngeren Kommunitarismus fortsetzen. Alle Strömungen finden in der Rechtsauslegung einen Ansatzpunkt, um das Recht als Steuerungsmittel zu dem von ihnen als richtig begriffenen Metazweck einzusetzen. Nicht nur zwischen den Parteien, sondern auch auf der Richterbank findet dadurch ein regelrechter Kampf um das Recht statt.

Bei allen Vorbehalten gegenüber pauschalen Vergleichen kann man der US-amerikanischen Auslegung also eine grössere Distanz zu den Auslegungsmitteln nachsagen als der europäischen. Wo wir, jedenfalls dem Rechtsfindungsideal nach, die Auslegung relativ ergebnisoffen zur Erforschung der Norm einsetzen, gilt sie in Amerika als blosses Rechtfertigungsmuster für Ergebnisse, die offen rechtspolitisch begründet werden.

252 Zu diesem Phänomen und seiner Erklärung durch die »holistische Struktur sprachlicher Bedeutung« in der die Elemente universelle »Kontextlieferanten« sind siehe *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 362.

253 Vgl. hierzu und zum folgenden *Winfried Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001, § 16 (S. 194 ff.); speziell zum Spektrum zwischen subjektiv-historischen und objektiv-teleologischen Elementen *Werner Heun*, Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers. Zur Problematik einer Maxime im amerikanischen und deutschen Verfassungsrecht, in: AöR 116 (1991), S. 185-209 (186 ff.).

IV. Richterliche Rechtsfortbildung

Spricht eine Richterin Recht, ohne sich dabei auf die *Auslegung* von Rechtsbestimmungen oder auf Gewohnheitsrecht berufen zu können, so nennt man das richterliche Rechtsfortbildung. Im schweizerischen Zivilrecht ist sie ausdrücklich anerkannt und geregelt:

Art. 1 ZGB

...

² *Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.*

³ *Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.*

Die **Problematik** eines solchen Vorgehens liegt auf der Hand. Eigentlich ist es ja der Gesetzgeber, der die allgemeinen Regeln schaffen soll, nach denen Gerichte entscheiden. Bei der richterlichen Rechtsfortbildung hingegen fehlt eine solche Vorgabe. Die Gerichte dürfen, so macht der zweite Absatz deutlich, selbst Gesetzgeber spielen, obwohl nicht sie für diese Aufgabe gewählt wurden, sondern das Parlament.

1. *Rechtsverweigerungsverbot*

Wenn die richterliche Rechtsfortbildung trotz legitimatorischer Probleme heute als Notwendigkeit anerkannt ist, dann liegt das entstehungsgeschichtlich am Rechtsverweigerungsverbot. Nachdem Auslegungsbeschränkungen unwirksam blieben²⁵⁴ und auch die französische Richtervorlage für eine Entscheidung des Königs (*référé législatif*) sich überlebt hatte, wurden in schneller Folge gesetzliche Vorschriften erlassen, die den Gerichten eine Entscheidungspflicht auferlegten: Westgalizien (1796), Preußen (1798), Frankreich (1804), Baden (1809) und Österreich (1811) gehörten zu den ersten Staaten, die solche **Rechtsverweigerungsverbote** etablierten²⁵⁵. Nach diesen, heute allgemein anerkannten Regeln ist es die erste Pflicht der rechtsprechenden Gewalt, sämtliche Verfahren in ihrem Zuständigkeitsbereich zu einer verbindlichen Entscheidung zu führen: »Kein Richter darf das Urteil verweigern, indem er sich auf eine Lücke in der Rechtsordnung beruft«²⁵⁶. Selbst wenn es die schweizerische Rechtsfortbildungsregel

²⁵⁴ Dazu oben S. 106 (Kommentierungs- und Auslegungsverbote).

²⁵⁵ Hofmann, *Recht des Rechts* (Fn. 183), S. 14.

²⁵⁶ Huber, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Fn. 267), S. 35; entsprechend Burckhardt, *Lücken* (1925), S. 7 f. Neuere Stimmen dazu bei Dürr, in: ZK (Fn. 189), Vorbem. Art. 1 und 4 Rn. 41 f. m.w.N.

in Art. 1 ZGB nicht gäbe – und die meisten Rechtsordnungen kennen solche ausdrücklichen Ermächtigungen bis heute nicht – müsste man doch eine ungeschriebene Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung anerkennen. Die Parteien des Rechtsstreits dürfen nicht darauf getröstet werden, dass der Gesetzgeber vielleicht zukünftig ein passendes Gesetz erlässt. Gerichte sind darum nicht nur berechtigt, mit Analogie und teleologischer Reduktion zur Rechtsfortbildung beizutragen, es ist sogar ihre Pflicht²⁵⁷.

2. Zentrale dogmatische Probleme

Verbunden mit der Rechtsfortbildung sind **drei Problemkomplexe der Rechtsanwendungslehre**, die terminologisch wie inhaltlich immer wieder Verwirrung stiften: die Sphären der Rechtsanwendung, ihre Zuordnung zu den Einleitungsartikeln des Zivilgesetzbuchs und die damit zusammenhängende Rechtsfigur der »unechten Gesetzeslücke«.

a) Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung

Zur systematischen Unterscheidung von **Sphären der Rechtsanwendung** (Auslegung, Analogie, teleologische Reduktion) grenzt man diejenigen Ergebnisse, die sich noch innerhalb des *Wortlauts* einer Norm befinden (*intra verba legis*), von solchen ab, die über den Wortlaut hinausgehen (*praeter verba legis*) oder ihm sogar widersprechen (*contra verba legis*). Zusätzlich unterscheidet man Ergebnisse, die noch der Verwirklichung des *Zweckes* der Norm dienen (*secundum rationem legis*) von solchen, die ihm zuwiderlaufen (*contra rationem legis*). Daraus ergibt sich idealtypisch folgende Aufteilung:

²⁵⁷ Schumann, Rechtsverweigerungsverbot (Fn. 183), S. 101 f.; Ernst A. Kramer, Analogie und Willkürverbot (methodologische Anmerkungen zu BGE 104 II 15), in: Juristische Abteilung der Hochschule St. Gallen (Hrsg.), Beiträge zur Methode des Rechts. St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 99 ff. (114).

Zweck	Wortlaut	Sphären der Rechtsanwendung
<i>secundum rationem legis</i>	<i>intra verba legis</i>	Auslegung ²⁵⁸
	- Wortlautgrenze -	
		Auslegung ↑ Rechtsfortbildung ↓
	<i>praeter verba legis</i>	Analogie ²⁵⁹
	<i>contra verba legis</i>	teleologische Reduktion ²⁶⁰
- Zweckgrenze -		
		zulässige Rechtsfortbildung ↑ unzulässig Rechtsfortbildung ↓
<i>contra rationem legis</i>	<i>intra, praeter oder contra verba legis</i>	nicht mehr Rechtsanwendung; Sache des Gesetzgebers ²⁶¹

Die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung wird nach diesem vereinfachten Schema durch den Wortlaut bestimmt²⁶². Jenseits der Wortlautgrenze gilt als gerade noch zulässig die Rechtsfortbildung *contra verba*, aber *secundum rationem legis* (teleologische Reduktion)²⁶³. Was darüber hinausgeht, und sei es noch so sinnvoll, ist als richterliche Rechtsfortbildung unzulässig. Eine Gesetzeskorrektur ohne Gesetzesänderung kommt darum äusserstenfalls in Betracht, wenn sie sich mit dem Zweck der gesetzlichen Regelung rechtfertigen lässt. Gerade noch innerhalb der Zweckgrenze liegen Rechtsanwendungen, die die Wortlautgrenze überschreiten, weil sich die tatsächlichen Umstände seit dem Gesetzesbeschluss verändert haben (Bedeutungswandel) oder von Anfang an nicht mit den Vorstellungen der Kodifikation übereinstimmten (legislativer Irrtum)²⁶⁴.

258 Dazu S. 107 (Kanon der Auslegungsmittel).

259 Dazu S. 133 (Analogie).

260 Dazu S. 136 (Teleologische Reduktion).

261 Dazu S. 139 (Normzweck als Grenze?).

262 Vgl. BGE 98 Ia 35 (39 f.) – Dacheinschnitte: »Damit hat [das Verwaltungsgericht] die Grenze der ausdehnenden Auslegung, durch die einer Vorschrift ein möglichst weiter, aber immer noch mit dem Wortlaut zu vereinbarender Anwendungsbereich gegeben wird, überschritten und einen Analogieschluss gezogen«.

263 BGE 121 III 219 (225) – Bezugsrechte und Generalversammlung.

264 Vgl. BGE 123 III 445 (448) – Elterliches Sorgerecht: »Einmal verkennt [die Kritik] die Befugnis des Bundesgerichtes als rechtsanwendende Instanz. Der Richter darf nur vom Gesetz abweichen, wo sich der Gesetzgeber offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder sich die Verhältnisse seit Erlass eines Gesetzes gewandelt haben, so dass die Vorschrift unter legislativpolitischen Gesichtspunkten nicht mehr befriedigt und deren Anwendung einen Normmissbrauch darstellt, d.h. wenn ein krasser Fall von Unvollkommenheit vorliegt«.

b) *Systematik der Einleitungsartikel*

Im Detail sind sämtliche Abgrenzungen umstritten, was unter anderem an den **Einleitungsartikeln des Zivilgesetzbuchs** liegt, denn es ist einfacher, die Sphären der Rechtsanwendung idealtypisch voneinander abzugrenzen, als sie den Artikeln und ihren Absätzen punktgenau zuzuordnen:

Art. 1 ZGB Anwendung des Rechts

¹ Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

² Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

³ Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Art. 2 ZGB Handeln nach Treu und Glauben

¹ Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

² Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.

Art. 4 ZGB Gerichtliches Ermessen

Wo das Gesetz das Gericht auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat es seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.

Unsicherheit stiftet hier die Formulierung »nach Wortlaut oder Auslegung« (Art. 1 Abs. 1 ZGB). Der Vergleich mit dem französischen (»la lettre ou l'esprit«) und italienischen Text (»la lettera od il senso«) legt nahe, dass »Wortlaut oder Sinn« gemeint ist – die Auslegung im klassischen Verständnis also, die das gesamte Spektrum vom Wortlaut über Systematik und Geschichte bis hin zum Zweck einschliesst²⁶⁵, aber *nicht* mehr die Rechtsfortbildung durch Analogie²⁶⁶. Die schweizerische Methodenlehre versteht die Formulierung indes seit einem Jahrhundert überwiegend anders und zählt die Analogie zur Auslegung. Sie tut dies in Anlehnung an einen wirkmächtigen Halbsatz von *Eugen Huber*, der Art. 1 Abs. 1 ZGB für anwendbar hielt, soweit »das gesetzte Recht ... in irgend einer Art von Auslegung oder auf dem Wege der Analogie herangezogen werden kann«²⁶⁷. Inzwischen orientiert man sich mehr und mehr an der oben darge-

²⁶⁵ Dazu oben S. 107 (Kanon der Auslegungsmittel).

²⁶⁶ Dazu unten S. 133 (Analogie).

²⁶⁷ *Eugen Huber*, Schweizerisches Civilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Erstes Heft: Einleitung. Personen- und Familienrecht, Bern 1901, S. 35. *Oskar A. Germann*, in: Methodische Grundfragen, Basel

stellten idealtypischen und einfacher zu handhabenden Struktur, bei der die Wortlautgrenze als Trennlinie angesehen wird und die Analogie in den Lückenbereich nach Art. 1 Abs. 2 ZGB (*praeter verba legis*) fällt²⁶⁸.

Bleibt als umstrittener Rest noch die gesetzestechnisch »heimatlose« teleologische Reduktion (*contra verba legis*)²⁶⁹. Sie war nach früherer Zivilrechtsprechung nur ganz ausnahmsweise zulässig, wenn eine unveränderte Gesetzesanwendung den Grad des Rechtsmissbräuchlichen erreicht hätte. In solchen Fällen wurde sie in Art. 2 Abs. 2 ZGB verortet²⁷⁰. Inzwischen ist die teleologische Reduktion als Rechtsfortbildungsmethode weitgehend anerkannt²⁷¹. Konsequenterweise müsste man sie darum dem Lückenbereich (Art. 1 Abs. 2 ZGB) zuordnen und das zivilrechtliche Missbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) ganz für Einzelfallkorrekturen reservieren²⁷². Doch auch hier gilt, dass die idealtypische Methodenlehre einfacher und klarer ist als ihre traditionsbeladene Zuordnung zu den Einleitungsartikeln.

1946, S. 66 ff. (67): Rechtssicherheit; S. 120 ff (121, 124): Auslegung und freie Rechtsfindung; *ders.*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl, Bern 1967, S. 173 ff. (175); *Ulrich Häfelin*, Die Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes, in: Hans Michael Riemer/Hans Ulrich Walder/Peter Weimar (Hrsg.), Festschrift für Cyril Hegnauer, Bern 1986, S. 111-139 (118 ff.); *Hausbeer/Jaun*, ZGB (2003), Art. 1 Rn. 80 f., 202 f.; *Bruno Huwiler*, Privatrecht und Methode, recht Studienheft 5, Bern 1999, S. 15 f., 18; *Jaun*, Reduktion (Fn. 189), S. 42 ff. (58 ff.); *ders.*, Die teleologische Reduktion – ein trojanisches Pferd in der schweizerischen Methodenlehre, in: ZBJV 137 (2001), S. 21-80 (31) m.w.N. Ursprünglich ebenso *Meier-Hayoz*, Richter (1951), S. 73 f.; anders inzwischen *ders.*, Berner Kommentar (Fn. 189), Art. 1 Rn. 137 f., 263, 291. Vorsichtiger *Burckhardt*, Einführung (1948), S. 216: »Man kann alle diese Fragen [einschliesslich der Analogie] als Auslegung im weiteren Sinne bezeichnen. Im engeren Sinn bezeichnet man als Auslegung die Bestimmung des Sinnes unklarer Worte.« Die Rechtsprechung ist nicht ganz einheitlich; vgl. einerseits BGE 74 II 106 (109) – Tonfilm: »Lässt sich für einen neuen Sachverhalt eine Lösung auf dem Wege analoger Anwendung bestehender Rechtsvorschriften finden, so ist ... das Vorliegen einer Gesetzeslücke regelmässig ... zu verneinen«; BGE 116 IV 134 (139) – Aneignung von Forderungen: »Im Rahmen der Auslegung ist auch der Analogieschluss ... als Auslegungsmethode zulässig«; andererseits BGE 98 Ia 35 (39 f.) – Dach-einschnitte (Zitat oben in Fn. 262).

²⁶⁸ Ausdrücklich *Kramer*, Methodenlehre (1998), S. 147; *Heinrich Honsell*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl. Basel u.a. 2002, Art. 1 Rn. 12. Sinngemäss, aber ohne Benennung von Art. 1 Abs. 2 ZGB, ausserdem *Henri Deschenaux*, Der Einleitungstitel, in: Max Gutzwiller (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel/Stuttgart 1967, S. 1-281 (95); *Forstmoser*, Einführung (2003), § 15 Rn. 22, 24, 26; *Claude Du Pasquier*, Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1^{er} CCS, Basel 1951, S. 32 f.; *Ernst Zeller*, Auslegung von Gesetz und Vertrag. Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989, S. 156.

²⁶⁹ Dazu unten S. 136 (Teleologische Reduktion).

²⁷⁰ Vgl. BGE 114 II 230 (237) – Baubeeinträchtigung des Nachbarn; 117 II 523 (527) – Gemeinsame elterliche Gewalt.

²⁷¹ Dazu unten S. 136. Überblick bei *Kramer*, Methodenlehre (1998), S. 164 ff.; *Jaun*, Reduktion (Fn. 189), S. 183 ff.; *Huwiler*, Privatrecht (Fn. 267), S. 17 ff.

²⁷² *Kramer*, Methodenlehre (1998), S. 268 (Billigkeitskorrektur).

c) *Unechte Gesetzeslücken?*

Ein dritter Problembereich der Methodenlehre, der genau an diesen umstrittenen Rest anschliesst, liegt in den widersprüchlichen Verständnissen zum Begriff der **unechten Gesetzeslücke**:²⁷³

- Das Bundesgericht und ein Teil der schweizerischen Literatur versteht als »unechte« Lücken die »rechtspolitischen« Lücken (Lücken *de lege ferenda*²⁷⁴), bei denen das Gesetz eine *nicht befriedigende* Lösung bereithält. Für sie soll eine richterliche Rechtsfortbildung grundsätzlich untersagt sein²⁷⁵. Häufig äussert sich der rechtspolitische Mangel in Wertungswidersprüchen, etwa wenn der Geschädigte einmal alles erstattet bekommt, in einem anderen, vergleichbar gewichtigen Schadensfall aber leer ausgeht, ohne dass dafür Anlass bestünde. Es gilt als Sache des Gesetzgebers, nicht der Gerichte, hier Gesetzesreparaturen durchzuführen, es sei denn, das Ergebnis ist »völlig unbefriedigend, d.h. krass stossend und ungerecht«²⁷⁶.
- *Zitelmann* als derjenige, bei dem die Unterscheidung von echten und unechten Lücken der Sache nach zuerst nachweisbar ist²⁷⁷, und ihm folgend *Larenz* bezeichnen als »echte« Lücken nur die *Normlücken*²⁷⁸, bei denen die planwidrige Unvollständigkeit in einer einzelnen Rechtsnorm liegt, etwa wenn ein Anspruch geregelt wird, ohne dass das Gesetz erkennen lässt, gegen welche von mehreren Personengruppen er sich richtet. Die »unechten« Lücken sind demgegenüber *Regelungslücken*, bei denen die planwidrige Unvollständigkeit aus dem Gesetzeswerk insgesamt, nicht aus einer einzelnen Bestimmung folgt.

²⁷³ Allgemein zum Lückenbegriff sogleich ab S. 131.

²⁷⁴ *Kramer*, Methodenlehre (1998), S. 139.

²⁷⁵ BGE 93 I 401 (405) – Vaterschaftsklage; *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Zivilgesetzbuch (2002), S. 45 f.; *Bernhard Schnyder*, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994, in: ZBJV 132 (1996), S. 211-246 (212). Frühe Kritik bei *Meier-Hayoz*, Richter (1951), S. 65: »Diese meistgebrauchte Unterscheidung war von Anfang an unscharf und ist bis heute unklar geblieben.«

²⁷⁶ *Hausheer/Jaun*, Einleitungsartikel (2001), § 2, Rn. 174; *dies.*, ZGB (Fn. 267), Art. 1 Rn. 254 ff. Vgl. das BGE-Zitat oben Fn. 264.

²⁷⁷ *Ernst Zitelmann*, Lücken im Recht. Rede gehalten bei Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn am 18. Oktober 1902, Leipzig 1903, S. 23 f. (Lücke als sachliche Beanstandung); 27 ff. (»echte Lücken«); die Benennung der ersten *Zitelmannschen* Kategorie als »unechte« Lücke erfolgte bei *Heck*, Gesetzesauslegung (Fn. 190), § 14 (S. 157 ff., 169), § 15 (S. 196 ff., 201, 205).

²⁷⁸ Bezeichnung bei *Larenz*, Methodenlehre (1991), S. 372 f.; *ders./Canaris*, Methodenlehre (1995), S. 193 f. Ähnlich bereits *Burckhardt*, Lücken (1925), S. 55 f. (eigentliche und uneigentliche Lücken).

- Wiederum anders will *Kramer* zukünftig als »echte« Lücken die »offenen« verstehen, als »unechte« hingegen die »verdeckten« oder »Ausnahmelücken«²⁷⁹.

Angesichts dieses Verwirrspiels um eine im Ergebnis weder zielführende noch ergiebige Rechtsfigur kann nur denen zugestimmt werden, die auf die **dogmatische Figur der »unechten Lücke« verzichten** wollen²⁸⁰.

Als Fazit zu diesem ersten Überblick lässt sich festhalten, dass in der Rechtsfortbildung etliche Problemfelder verborgen liegen, die das Verständnis behindern. Zur Vereinfachung hilft es, sich zunächst auf die **idealtypischen Grundzüge** zu konzentrieren und die Zuordnung zu den Einleitungsartikeln als darüber hinausgehendes Sonderproblem zu begreifen.

3. Lücken

Die Lücken des Gesetzes sind der methodische Ausgangspunkt richterlicher Rechtsfortbildung; ihre Ausfüllung gehört wegen des geschilderten Rechtsverweigerungsverbots als fester Bestandteil zum Rechtsprechungsauftrag der Gerichte. Abgesehen von Rechtsgebieten, in denen Analogieverbote gelten²⁸¹, ist die lückenfüllende Rechtsfortbildung im gesamten Recht möglich und nötig.

Unter dem **Begriff der Lücke** ist jede *planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes* zu verstehen²⁸², gleich ob sie von Anfang an existiert hat (*anfängliche Lücke*) oder aufgrund neuer Herausforderungen durch technische, wirtschaftliche oder soziale Weltveränderung erst später entstanden ist (*nachträgliche*

²⁷⁹ *Kramer*, Methodenlehre (1998), S. 151 f.; diese Neudefinition kann sich insofern auf das *Zitelmannsche* Original stützen, als auch dort von Fällen die Rede ist, bei denen eine Ausnahmebestimmung vermisst wird: vgl. *Zitelmann*, Lücken (Fn. 277), S. 23 f. Zu offenen und verdeckten Lücken sogleich ab S. 131.

²⁸⁰ *Honsell*, in: Basler Kommentar (Fn. 268), Art. 1 Rn. 29 f.; *Arthur Meier-Hayoz*, Schlusswort, in: Peter Forstmoser u.a. (Hrsg.), Rechtsanwendung in Theorie und Praxis. Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, ZSR-Beiheft Nr. 15, Basel 1993, S. 89-94 (90 ff.); nach Analyse der Gesetzgebungsgeschichte im Ergebnis ebenso *Bruno Huwiler*, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: Zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB), in: ZSR-Beiheft Nr. 16, Basel 1994, S. 57-93 (88 ff.); vorsichtig zustimmend (»nachvollziehbar« bzw. »spricht vieles dafür«) auch *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Zivilgesetzbuch (2002), S. 47; *Schnyder*, Rechtsprechung (Fn. 275), S. 213. Besonders vehement und ausführlich begründet fordert die Aufgabe *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl. Berlin 1983, S. 181 ff. (183). Zur frühen Kritik an *Zitelmanns* Unterscheidung siehe *Hans Elze*, Lücken im Gesetz. Begriff und Ausfüllung. Ein Beitrag zur Methodologie des Rechts, München/Leipzig 1916, S. 42 ff. m.w.N.

²⁸¹ Dazu S. 136 (Analogieverbot).

²⁸² *Elze*, Lücken (Fn. 280), S. 12: »Eine Lücke im Gesetz ist eine *planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes*.« (Hervorhebungen bei *Elze*); *Canaris*, Feststellung (Fn. 280), S. 31 ff. Ähnlich bereits *Heck*, Gesetzesauslegung (Fn. 190), S. 162: »ungewollte« Lücken.

*Lücke*²⁸³). Massstab für die Lückenhaftigkeit ist somit der *Plan* des Gesetzgebers: eine Gesamtheit von Zielen und Zwecken, die das Gesetz verwirklichen soll, sowie eine Konzeption, wie Instrumente und Einzelregelungen ineinander greifen, um den Zielen näher zu kommen. Wenn beispielsweise der Gesetzgeber den Gläubigerschutz verwirklichen wollte, die Richterin aber nach Durchsicht aller gesetzlich geregelter Einzelansprüche feststellen muss, dass der Gläubiger in einer schwer vorhersehbaren Fallkonstellation schutzlos bleibt, dann liegt eine Gesetzeslücke vor, die sie in eigener Hoheit ausfüllen darf und muss.

Die Planwidrigkeit, die zur **Feststellung von Lücken** nötig ist, lässt sich allerdings nur schwer nachweisen. Der Gesetzgeber könnte ja auch mit Absicht den Gläubiger ohne rechtlichen Schutz gelassen haben, ihm also ein einzelnes Risiko bewusst aufbürden. Dann wäre das Schweigen des Gesetzes ein sogenanntes »beredtes«²⁸⁴ oder »qualifiziertes«²⁸⁵ Schweigen, die Unvollständigkeit eine beabsichtigte, nicht planwidrige, und die Richterin dürfte keine ausfüllungsbedürftige Lücke annehmen. Die Lückenfeststellung ist demnach selbst eine Frage der Auslegung und folglich eine latent ungenaue Angelegenheit²⁸⁶. Jedenfalls muss sich zeigen lassen, dass der Wortlaut einer Norm deren *ratio legis* widerspricht²⁸⁷. Dabei wäre es allerdings illusorisch zu glauben, man könne zwischen dem, was noch als Normauslegung gilt, und dem, was bereits Rechtsfortbildung ist, trennscharf unterscheiden. Der legislative »Gesamtplan«, der für die Abgrenzung entscheidend ist, existiert nämlich in Wirklichkeit meist gar nicht: schon der zeitliche Abstand, in dem die Rechtsbestimmungen eingeführt und geändert werden, sorgt für ein immer neues Bild²⁸⁸. Die Richterin muss aus den divergenten Anliegen unterschiedlicher Gesetzgebungsvorgänge eine systematische Gesamtheit *nachträglich rekonstruieren*. Plan und die Planwidrigkeit erweisen sich also als *methodisch notwendige Fiktionen*²⁸⁹. Sie führen zu einer Orientierung der Rechtsfortbildung am »Willen des Gesetzes« und verhin-

283 Z.B. BGE 91 II 100 (106) – Nachbarliche Bauschädigung: »Gesetzeslücke – die beim Erlass des ZGB noch kaum erkennbar war, jedoch dann im Lauf der Jahrzehnte infolge der Entwicklung der maschinellen Baumethoden und der häufigen Inanspruchnahme öffentlichen Bodens immer mehr erkennbar geworden ist –«.

284 Larenz, Methodenlehre (1991), S. 370; ders./Canaris, Methodenlehre (1995), S. 191.

285 Z.B. BGE 122 I 253 (255) – Anschlussbeschwerde; Hausheer/Jaun, Einleitungsartikel (2001), § 2, Rn. 148 ff.; dies., ZGB (Fn. 267), Art. 1 Rn. 206.

286 Siehe oben S. 67 (Hermeneutischer Zirkel).

287 Vgl. BGE 121 III 219 (231) – Bezugsrechte und Generalversammlung.

288 Vgl. Larenz, Methodenlehre (1991), S. 377; ders./Canaris, Methodenlehre (1995), S. 197.

289 Warnend allerdings Meier-Hayoz, Richter (1951), S. 88: »Auch das Wesen der *teleologischen* Methode ist darin zu erblicken, dass es dem Richter durch das Mittel der Fiktion gelingt, seine freie Rechtsfindung als Gesetzesanwendung auszugeben, indem er das Bestehen einer tatsächlich nicht vorhandenen *ratio legis* fingiert.« (Hervorhebung im Original).

dert dadurch, dass die Gerichte unter dem Vorwand der Lückenfüllung zu einer gänzlich ungebundenen Rechtsschöpfung übergehen.

Nach der **Art der Lücke** entscheidet sich, ob die Rechtsfortbildung in Gestalt von Analogie oder teleologischer Reduktion erfolgt²⁹⁰. Die **offene Lücke** ist eine Unvollständigkeit, bei der im Gesetz *zu wenig geregelt* ist. Sie wird durch Analogie geschlossen. Eine **verdeckte Lücke** liegt hingegen dort vor, wo das Gesetz nach seinem Zweck eigentlich nicht angewendet werden dürfte, der Gesetzgeber aber *zu viel geregelt* hat, einen überschüssenden Normativgehalt sozusagen, der sich als planwidrig erweist. Bei solchen verdeckten Lücken ist das Gesetz »unvollständig«, weil eine eigentlich zweckmässige Ausnahme nicht gemacht wurde (»Ausnahmelücke«²⁹¹). Solche Lücken werden durch teleologische Reduktion geschlossen. Das klingt kompliziert, ist aber einfach: im einen Falle füllt die Richterin die Lücke durch eine passende Parallelregelung auf – sie will Gleiches gleich behandeln (Analogie). Im anderen, »spiegelbildlichen«²⁹² Falle beseitigt sie die Lücke, indem sie eine vom Gesetzgeber übersehene Einschränkung vornimmt – sie behandelt Ungleiches ungleich²⁹³ (teleologische Reduktion).

4. Analogie

Unter Analogie versteht man die Übertragung einer Gesetzes- oder Rechtsregel auf einen nicht geregelten, aber ähnlichen oder zumindest vergleichbaren Tatbestand²⁹⁴. Wird die neue Regel einer einzelnen Bestimmung entlehnt, spricht man von *Gesetzesanalogie* oder *Einzelanalogie* (*analogia legis*); wird sie aus mehreren gleichgerichteten Rechtsregeln gewonnen, heisst sie *Rechtsanalogie* oder *Gesamtanalogie* (*analogia juris*)²⁹⁵. Diese Gesamtanalogie, die den Rechtsgedanken aus verschiedenen Einzelnormen durch Abstraktion herauschält, ist mit der dogmatischen Herleitung *allgemeiner Rechtsgrundsätze* praktisch identisch²⁹⁶. Die Gerichte wenden zur Lückenfüllung die **gesetzgeberische**

²⁹⁰ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre (1991), S. 377; *ders./Canaris*, Methodenlehre (1995), S. 198.

²⁹¹ Dazu *Kramer*, Methodenlehre (1998), S. 143 ff., 161 ff.

²⁹² Die Spiegelbildlichkeit der Situationen, in denen Analogie und teleologische Reduktion geboten sind, betont *Ernst A. Kramer*, Teleologische Reduktion – Plädoyer für einen Akt methodentheoretischer Rezeption, in: Forstmoser u.a. (Hrsg.), Rechtsanwendung (Fn. 280), S. 65 ff. (73).

²⁹³ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre (1991), S. 392.

²⁹⁴ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre (1991), S. 381; *ders./Canaris*, Methodenlehre (1995), S. 202.

²⁹⁵ *Kramer*, Methodenlehre (1998), S. 149; *Larenz*, Methodenlehre (1991), S. 383; *ders./Canaris*, Methodenlehre (1995), S. 204; *Wank*, Auslegung (Fn. 174), S. 100 ff.

²⁹⁶ *Canaris*, Feststellung (Fn. 280), S. 97 ff., betont hingegen den Unterschied: Analogie schliesse vom Besonderen auf das Besondere, während die Gewinnung allgemeiner

Methode (*modo legislatoris*) an²⁹⁷, bei der sie »eine Lösung ... suchen, die sich folgerichtig in das Gefüge der gesetzlichen Bestimmungen einreihen lässt.«²⁹⁸

Die Analogie ist das Mittel der Wahl, um **offene Rechtslücken** durch passende Parallelregelungen aufzufüllen. Häufig besteht die planwidrige Lücke nämlich darin, dass der Gesetzgeber beim einen Gesetz nicht ausdrücklich gesagt hat, was andernorts in klaren Text gegossen wurde. Dann wird die Bestimmung in dem Gesetz, in dem sie fehlt, analog angewandt:

Art. 20 OR Nichtigkeit

¹ Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

² Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.

Bei diesem Beispiel ist die Regel über Teilnichtigkeiten im zweiten Absatz aus dem Zusammenhang mit dem ersten Absatz nur auf die Fälle der Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit *direkt anwendbar*. Für Fälle des Willensmangels, beispielsweise bei Anfechtung des Vertrags wegen Erklärungsirrtums, enthält das Gesetz keine entsprechende Vorschrift. Dabei ist die Interessenlage vergleichbar: auch beim Irrtrum soll der Vertrag so weit wie möglich erhalten bleiben. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bewusst auf eine Teilnichtigkeit bei Willensmängeln verzichten wollte (qualifiziertes Schweigen). Darum ist eine planwidrige Unvollständigkeit, eine Lücke, anzunehmen und Art. 20 Abs. 2 OR auf Willensmängel *analog anwendbar*²⁹⁹. Analogien die sich relativ einfach am Gesetzestext aufzeigen lassen, gibt es auch bei den folgenden Rechtsnormen:

Art. 156 OR Verhinderung wider Treu und Glauben

Eine Bedingung gilt als erfüllt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist.

Rechtsgrundsätze vom Besonderen auf das Allgemeine gehe, also Induktion sei. Dabei wird übersehen, dass solche Induktion notwendig zu jeder Gesamtanalogie gehört, weil sich sonst eine allgemeine Rechtsregel gar nicht finden liesse.

²⁹⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB, oben S. 125. Die treffende Bezeichnung als 'gesetzgeberische Methode' findet sich bei Meier-Hayoz, Richter (1951), S. 75 ff., 252 ff.

²⁹⁸ BGE 91 II 100 (107) - Nachbarliche Bauschädigung.

²⁹⁹ BGE 96 II 101 (106 f.) - Grundlagenirrtum beim Baurechtsvertrag.

Art. 185 Abs. 2 OR Nutzen und Gefahr

Ist die veräusserte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so muss sie überdies ausgeschieden und, wenn sie versendet werden soll, zur Versendung abgegeben sein.

Direkt anwendbar ist Art. 156 OR nur bei *Vereitelung* einer *aufschiebenden* Bedingung. Die Interessenlage ist aber genau gleich, wenn jemand eine *auflösende* Bedingung *herbeiführt* und dadurch den Vertrag zum Scheitern bringt³⁰⁰. Folglich ist die Norm auf solche, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Fälle analog anwendbar.

Direkt anwendbar ist Art. 185 Abs. 2 OR zum Gefahrübergang beim Warenversand nur auf Fälle des *Gattungskaufs* – z.B. wenn ein Fernsehgerät eines bestimmten Herstellers und Typs geschuldet ist. Bezieht sich hingegen der Kauf auf eine einzigartige Sache, etwa ein Kunstwerk, und soll diese verschickt werden, dann fehlt eine Regelung im Gesetz. Auf den *Stückkauf* wird die Norm darum analog angewendet.

Schwieriger als die am Gesetzestext demonstrierbaren Analogien sind solche, die sich in der Begründung verbergen. In dem grundlegenden Entscheid, mit dem das Bundesgericht sich gegen das Abstraktions- und für das Kausalprinzip ausgesprochen hat, geht es um folgende Norm:

Art. 974 ZGB [Grundbucheintrag:] Gegenüber bösgläubigen Dritten

¹ *Ist der Eintrag eines dinglichen Rechtes ungerechtfertigt, so kann sich der Dritte, der den Mangel kennt oder kennen sollte, auf den Eintrag nicht berufen.*

² *Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist. ...*

Der Rechtsgedanke, auf den es hier ankam, ist mit den Worten »ohne Rechtsgrund« im zweiten Absatz verbunden. Wenn die Grundstücksübertragung ohne gültigen Kaufvertrag zustande kommt, soll sie möglichst keine Wirkung entfalten. Was bei Grundstücken geregelt ist, liess das Gesetz bei der Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen (Mobiliarübereignung) offen. Der Gesetzeswortlaut lässt sich auch nur schwer übertragen, weil es für das Eigentum an Mobilien kein Grundbuch gibt. Das Bundesgericht hat darum hier den *Rechtsgedanken* der Norm analog angewendet: »Lässt sich aber im Liegenschaftsrecht die abstrakte Natur jener einseitigen dinglichen Verfügung verneinen, wie es

300 Im deutschen Recht finden sich beide Fälle darum ausdrücklich geregelt: § 162 BGB.

eben durch Art. 974 ZGB geschehen ist, so ist dies bei beweglichen Sachen für den dinglichen Vertrag nicht weniger möglich.³⁰¹

Unanwendbar ist das Mittel der Analogie dort, wo ein **Analogieverbot** aus expliziter Gesetzesbestimmung oder aus dem Sinngehalt der Regelungen folgt. Das wichtigste Beispiel ist der strafrechtliche Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Art. 1 StGB, kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz), der unter anderem verbietet, nach der Tat eine Strafverschärfung einzuführen, die nicht vorher bereits im geschriebenen Gesetz (*lex scripta*) enthalten war. Wenn **Strafbarkeitslücken** durch neue technische Entwicklungen entstehen – etwa wenn die unbefugte Abzweigung von Elektrizität nicht als »Stromdiebstahl« und das Kopieren von Daten nicht als »Datendiebstahl« strafbar ist, weil man Diebstahl nach dem Gesetzeswortlaut nur an »Sachen« verüben kann, die man »wegnimmt«³⁰² –, dann bleibt es allein dem Gesetzgeber vorbehalten, solche Lücken zu füllen³⁰³. In der schweizerischen Strafrechtslehre ist allerdings bis heute umstritten, ob dieses Analogieverbot ausnahmslos gilt³⁰⁴.

5. Teleologische Reduktion

Sehr viel seltener als Analogien und bereits im Grundsatz umstritten sind die Fälle der teleologischen Reduktion³⁰⁵. Darunter versteht man die **Nichtanwendung** eines Gesetzes in Fallkonstellationen, in denen es zu zweckwidrigen Ergebnissen führen würde – in den Worten des Bundesgerichts geht es darum, »den Rechtssinn ... in Einschränkung des Wortlauts nach dem zweckgerichteten Verständnis der Norm zu bestimmen und das Versehen des Gesetzgebers ... zu korrigieren«³⁰⁶. Die teleologische Reduktion ist das Mittel, um **verdeckte Lücken** zu beseitigen, also Stellen im Gesetz, bei denen eine Ausnahme fehlt und darum gemessen an der Zwecksetzung im Ergebnis zu viel geregelt wurde.

Wird teleologisch reduziert, so entsteht ein erheblicher Legitimationsbedarf, weil die Richterin bewusst ein Gebot ignoriert, das nach dem Wortlaut des Gesetzes besteht – sie gerät also in Konflikt mit ihrer Pflicht zur Gesetzestreue. Gelegentlich umgehen die Gerichte das Problem, indem sie die Reduktion als

301 BGE 55 II 302 (308) – Kausalprinzip bei Mobiliarübergang.

302 Art. 139 Abs. 1 StGB; vgl. zum 'Stromdiebstahl' Art. 142 StGB (Unrechtmässige Entziehung von Energie) und zum 'Datendiebstahl' Art. 143 StGB (Unbefugte Datenbeschaffung).

303 Vgl. 80 I 113 (115) – Strafbarkeit des Geschäftsführers: »Die Bestimmung erlaubt auch bei weitester Auslegung nicht, den Beschwerdeführer ... als 'Geschäftsinhaber' zu bestrafen. ... Der kantonale Richter hat dadurch im Wege der Analogie einen neuen Straftatbestand geschaffen, was ihm der ... Grundsatz 'Keine Strafe ohne Gesetz' verwehrt«.

304 Dazu oben Fn. 246.

305 Vgl. dazu *Kramer*, Teleologische Reduktion (Fn. 292), S. 71 ff.

306 BGE 121 III 219 (232) – Bezugsrechte und Generalversammlung.

restriktive Auslegung einstufen, als eine Lesart also, die das Gesetz zwar in sehr enger, aber gerade noch mit dem Wortlaut vereinbarer Weise versteht. Stellt man in Rechnung, wie stark sich Begriffe des Rechts als *termini technici* verstehen und von allgemeinen Wortbedeutungen abkoppeln lassen³⁰⁷, dann lässt sich fast alles noch als »Auslegung« bezeichnen und die Fälle anerkannter teleologischer Reduktion werden selten³⁰⁸. Und doch gibt es sie. Neuerdings operiert das Bundesgericht sogar ausdrücklich mit dieser Figur:

»Bei der teleologischen Reduktion handelt es sich nach zeitgemäßem Methodenverständnis um einen zulässigen Akt richterlicher Rechtsschöpfung und nicht um einen unzulässigen Eingriff in die rechtspolitische Kompetenz des Gesetzgebers ... Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis.«³⁰⁹

Mit diesen Erwägungen wurde begründet, warum es entgegen dem Gesetzeswortlaut möglich sein soll, den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft in genau bestimmten Fällen vorgängig zum Ausschluss des Bezugsrechts von Aktien zu ermächtigen.

Schon ein früher Entscheid des Gerichts, der Birnbaumfall, enthielt der Sache nach eine teleologische Reduktion, ohne das offen zu sagen. Immerhin lässt sich dieses Instrument als Kehrseite der Analogie leicht hinter anderen Formulierungen verbergen: statt offen zu reduzieren, wendet man einfach eine abweichende Regelung oder Ausnahme entsprechend an. Aus Sicht der eigentlich anzuwendenden Vorschrift indes wird der **reduzierende Charakter** der gerichtlichen Rechtsfortbildung deutlich:

Art. 402 Abs. 2 OR Verpflichtungen des Auftraggebers
Er [der Auftraggeber] haftet dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist.

³⁰⁷ Siehe oben S. 109 (*termini technici*).

³⁰⁸ Zur Unschärfe der Abgrenzung vgl. oben S. 132 (Feststellung von Lücken).

³⁰⁹ BGE 121 III 219 (225) – Bezugsrechte und Generalversammlung; wortgleich insoweit BGE 128 I 34 (41) – Ausnahmen von der Wohnsitzpflicht.

Art. 422 Abs. 1 OR Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn
Wenn die Übernahme einer Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, so ist dieser verpflichtet, dem Geschäftsführer ... für andern Schaden ... nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten.

In dem Fall hatte ein Landwirt seinen hilfsbereiten Nachbarn gebeten, ihm den Birnbaum zu schütteln, die Kosten eines unvorhersehbaren Unfalls aber nachher nicht tragen wollen. Das Gericht stellte fest, dass es sich um einen unentgeltlichen Auftrag handelte, der Landwirt sich also nach dem Gesetz darauf berufen durfte, dass ihn keine Schuld traf (Art. 402 Abs. 2 OR). Diese Exkulpationsregel sei aber nicht anzuwenden, sondern statt dessen wie bei der (ebenfalls unentgeltlichen) Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 Abs. 1 OR) ein Schadenersatz nach richterlichem Ermessen festzusetzen. Begründet wird dies mit dem Wertungswiderspruch, der entstünde, wenn ein unentgeltlich *mit* Auftrag Handelnder schlechter dasteht als jemand, der unentgeltlich *ohne* Auftrag dasselbe tue – dies sei ein »durch den Richter zu korrigierendes Versehen des Gesetzgebers«³¹⁰. Von teleologischer Reduktion ist nirgends die Rede. Doch aus Sicht der eigentlich anzuwendenden Norm liegt genau diese vor: die Entschuldigungsmöglichkeit des Auftraggebers wird entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes *nicht* zugelassen, weil nach dem Zweck des Gesetzes für unentgeltliche Aufträge eine *Ausnahme* nötig sei, deren Notwendigkeit der Gesetzgeber übersehen habe (verdeckte Lücke) und die man darum in Anlehnung an einen anderen Gesetzesbereich durch Rechtsfortbildung herleiten müsse.

Von einem noch früheren Beispiel, in dem ein Gericht der Sache nach teleologische Reduktion betrieb, berichtet *Liver*³¹¹: Die Gemeinde eines bündnerischen Hochtales hatte aus Holzknappheit per Reglement angeordnet, für Zäune dürften nur noch Steine verwendet werden. Als später ein Friedhofszaun aus Eisen gebaut wurde und ein Bürger aus ästhetischen Gründen dagegen klagte, wies das Gericht die Klage ab. Zweck der Norm war nämlich nur, Holzzäune zu vermeiden, weshalb das Reglement für Eisenzäune teleologisch reduziert werden musste.

Sehr viel jüngeren Datums (6. Juli 1972), aber immer noch ohne das Zugeständnis, dass es sich um teleologische Reduktion handle, ist der Entscheid des Bundesgerichts zum Ehebruch. Dazu bestimmte der (inzwischen geänderte)

³¹⁰ BGE 61 II 95 (98) – Schütteln des Birnbaumes. Weitere frühe Beispiele für die Anerkennung verdeckter Lücken, die der Sache nach teleologische Reduktionen darstellen, weil Ausnahmenvorschriften analog angewendet werden: BGE 48 II 487 (492) – Altruistischer Auftrag; 51 II 245 (255 ff.) – Anfechtung beim Nachlassvertrag; 60 II 178 (185 ff.) – Subrogation bei zahlendem Schuldner.

³¹¹ *Liver*, Wille (Fn. 194), S. 21 f.

Art. 137 Abs. 1 aZGB: »Hat ein Ehegatte einen Ehebruch begangen, so kann der andere Ehegatte auf Scheidung klagen.« Dieser absolute Scheidungsgrund wurde vom Gericht relativiert, weil nach dem Zweck der Norm nur eine unheilbar zerrüttete Ehe geschieden werden sollte; es sei rechtsmissbräuchlich³¹² (Art. 2 ZGB), wenn einer der Ehegatten wegen Ehebruchs die Scheidung verlange, bevor die eheliche Verbindung ganz zerbrochen sei³¹³. Auch hier wurde die Rechtsnorm reduziert, weil der Wortlaut weiter ging als der Regelungszweck. Insgesamt gewinnt das Instrument der teleologischen Reduktion in jüngerer Zeit an Akzeptanz³¹⁴.

6. Normzweck als Grenze

Schon die Einstufung von Analogie und Reduktion als **teleologische Auslegungsmittel** etabliert deren notwendigen Bezug auf die *ratio legis* und verbietet, sie gegen den nachweisbaren Zweck des Gesetzes in Stellung zu bringen. Überhaupt kommt dem klaren und widerspruchsfreien Normzweck die Funktion einer »Grenze zwischen zulässiger richterlicher Rechtsfindung *contra verba* aber *secundum rationem legis*« (jenseits des Wortlauts, aber immer noch zur Unterstützung des Zweckes) »und grundsätzlich unzulässiger richterlicher Gesetzeskorrektur« zu³¹⁵. Sofern der Zweck *nicht sicher feststellbar* ist, also keine definitive Auslegungsvariante gebietet, kann man zwar im Methodenkanon die grammatikalische, systematische oder historische Interpretation obsiegen lassen. Dasselbe gilt, wenn der Gesetzgeber mit einer Rechtsnorm erkennbar *mehrere Zwecke gleichzeitig* verfolgt, die untereinander in einem Spannungsverhältnis stehen. In solchen Fällen sind die übrigen Methoden das Zünglein an der Waage. Doch gegen einen klaren und einzigen Zweck können weder sie in Stellung gebracht werden, noch kann die Richterin sich auf Lückenfüllung berufen. Insofern kann man den Normzweck als **äusserste Grenze der Rechtsanwendung** bezeichnen.

Dieser Grenzziehung muss sich auch fügen, was man als **Richterrecht** bezeichnet: Rechtsbereiche und Einzelfragen, die wesentlich durch gerichtliche Leitentscheide (Präjudizien) ausgestaltet wurden, weil das Gesetzesrecht bisher keine konkreten Vorgaben enthielt. Hier sind also die Gerichte schneller als der Gesetzgeber – und sie müssen schneller sein, weil ihnen die Rechtsverweigerung verboten ist. Wenn aber der Gesetzgeber das bisherige Richterrecht durch

312 Dazu unten S. 160 ff. (Vertrauensprinzip und Rechtsmissbrauchsverbot).

313 BGE 98 II 161 (162 f.) – Scheidung wegen Ehebruchs.

314 Kramer, Teleologische Reduktion (Fn. 292), S. 77; Huwiler, Privatrecht (Fn. 267), S. 17 ff.; vgl. Caroni, Einleitungstitel (1996), S. 151: »entkrampfere« Sichtweise.

315 BGE 121 III 219 (225) – Bezugsrechte und Generalversammlung.

Gesetze kodifiziert, dann werden alle Präjudizien obsolet, sofern sie nicht Ausdruck des neuerdings konkretisierten, gesetzlichen Zweckes sind.