

X. KAPITEL: HERMENEUTISCHE FOLGEN
FÜR DIE RECHTSWISSENSCHAFT

I. Die Frage der Übertragbarkeit allgemeiner hermeneutischer Lehren auf die Rechtswissenschaft

173. Die Frage, welche die Folgen allgemeiner hermeneutischer Erkenntnisse für die Rechtswissenschaft sind, findet ihre Antwort davon abhängig, ob eine Übertragung allgemeiner hermeneutischer Lehren auf partikulärwissenschaftliche Gebiete im allgemeinen und auf die Rechtswissenschaft im besonderen möglich und zulässig ist¹.

174. Bei näherer Betrachtung fällt sofort ein Moment auf, das die Zulässigkeit der Übertragung nahe legt². Ebenso wie die allgemeine Hermeneutik nimmt auch die juristische Auslegung³ die Sprache als Substrat des gesetzgeberischen Ausdrucks zum Auslegungsgegenstand. Die juristische Auslegung findet in der allgemeinen Hermeneutik eine Ausgangsgrundlage, vor allem in der Erkenntnis, dass jede Auslegung das Ergebnis der Reaktion des Auslegenden auf den Anspruch der textlichen Quelle ist⁴. So fällt es ihr leicht, Erkenntnisse der allgemeinen Hermeneutik zu übernehmen, die sie mit der theologischen, historischen und literarischen Interpretation teilt⁵.

175. Zu dieser grundlegenden Parallele zwischen allgemeiner und juristischer Hermeneutik⁶ kommt nun die Tatsache, dass an zwei historischen Stellen der Rechtsentwicklung eine auffallende Einwirkung allgemeiner hermeneutischer Erkenntnisse den Fortgang der Rechtswissenschaft geprägt hat.

a) Bis zum 2. Jahrhundert vor Christi Geburt hatte sich die Jurisprudenz der römischen Republik von priesterlicher Geheimkunde bis zu einem Wissensbestand gesetzter Vorschriften entwickelt, die allerdings nur wenigen zugänglich war. Erst die Berührung mit der griechischen Wissenschaftslehre⁷ machte aus der römischen Jurisprudenz eine *Wissenschaft* des Rechts⁸. Die dialektische Methode, die aus der griechischen Rhetorik

¹ Das Problem stellt sich nach Meinung von MÜLLER, Normstruktur, S. 47, gar nicht.

² Vgl. dazu vorne Z. 60.

³ Vgl. zur Frage der geisteswissenschaftlichen Natur der Rechtswissenschaft und ihrer Nähe zu anderen geisteswissenschaftlichen Disziplinen: VIEHWEG, Geisteswissenschaftlichkeit, S. 334 ff., bes. 340.

⁴ SOERGEL/SIEBERT, Kommentar BGB, 10. A., N. 104.

⁵ Ebda., wo dann im weiteren die falsche Unterscheidung von kognitiver, reproduktiver und normativer Auslegung unterstützt wird (N. 105).

⁶ GERMANN, Rechtsfindung, S. 65.

⁷ Über ihre Zusammenhänge mit der Rhetorik und Hermeneutik vgl. vorne Z. 8.

⁸ DULCKEIT/SCHWARZ, Rechtsgeschichte, S. 137; KUNKEL, Rechtsgeschichte, S. 93.

stammt¹, führte zunächst zu Ansätzen formallogischer Begriffsbildung. Die der griechischen Philosophie entstammenden, auch in der Rhetorik verwendeten Einteilungsprinzipien der *definitiones*, *genera*, *species* ermöglichten ein systematisches, auf begrifflicher Analyse und Synthese beruhendes Erfassen des Rechtsstoffes².

Eine weitere bedeutende Übernahme aus der Rhetorik war die Anerkennung der *voluntas* als Ausdruck des Rechts³. Das Willensprinzip errang seinen Durchbruch in der berühmten *causa Curiana*, einem Erbschaftsprozess des Jahres 93 vor Christi Geburt, in dem der angesehenste Redner seiner Zeit, L.LICINIUS CRASSUS erfolgreich für die Beachtung der *voluntas* als Auslegungselement plädierte. Sein Gegner, der Jurist Q.MUCIUS SCAEVOLA wollte am Wortlaut festhalten und zeigte damit, dass die römische Rechtswissenschaft den neuen Einfluss nur zögernd zur Wirkung kommen liess.

176. In den folgenden Jahrhunderten hat sich die hermeneutische Theorie vor allem, wie vorne⁴ gezeigt wurde, an der theologischen, dann seit der Renaissance vermehrt auch an der philologischen Auslegungsproblematik entwickelt. Inwiefern eine gegenseitige Beeinflussung von allgemeiner Hermeneutik und Jurisprudenz stattgefunden hat, lässt sich von ein erst-rangiger Kenner der Materie, H.COING⁵, in die Offenheit weiterer historischer Forschung gestellt. Es scheint aber doch, dass seit dem letzten Jahrhundert die Jurisprudenz stark von den allgemeinen Lehren der Hermeneutik bestimmt wurde. So hat die juristische historische Rechtsschule auch vom Historismus her entscheidende Anregungen erhalten, wie sich in der für die Jurisprudenz grundlegenden Hermeneutik von SAVIGNYS «System des heutigen Römischen Rechts» zeigt⁶, das zwei Jahre nach der Veröffentlichung SCHLEIERMACHERS Hermeneutik-Vorlesung erschienen war⁷.

177. b) Wie ein Vergleich der Entwicklung, die die allgemeine Hermeneutik und die juristische Auslegung seither genommen haben, zeigt, besteht in beider Methoden der Auslegungsmittel eine auffallende Übereinstimmung^{8, 9}.

¹ Die auch an der Wiege der Hermeneutik stand, vgl. vorne Z. 8.

² G. DELCKEIT/F. SCHWARZ, Rechtsgeschichte, S. 137.

³ Ebd.

⁴ Z. 5ff.

⁵ COING, Auslegung, S. 6.

⁶ A. M. HELLEBRAND, Zeilenbogen, S. 63f., der annimmt, es gehe SAVIGNY eher um den der Äusserung zu Grunde liegenden *Gedanken*.

⁷ GADAMER, Wahrheit, S. 309 Anm. 1.

⁸ Vgl. zum folgenden: H. COING, Auslegung, der noch ganz in der Tradition der historischen Schule zu stehen scheint und wie E. BETTI an HARTMANN'S und SCHELER'S Ethik orientiert ist. Vgl. auch WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, S. 603ff.

⁹ Vgl. noch einmal BETTI'S Lehre, vorne bes. Z. 84ff.

Sie ist festzustellen

aa) in dem Gesichtspunkt der Objektivität des Textes, der Regel «sensus non est inferendus, sed efferendus»,

bb) im Gesichtspunkt der Einheit des zu interpretierenden Werkes¹,

cc) in der Forderung, den genetisch-historischen Umständen Rechnung zu tragen im Sinne des Willensdogmas, der historisch-subjektiven Interpretation², aber auch im Sinne der historisch-objektiven Auslegung,

dd) in der Entsprechung von juristischer Auslegung nach der ratio legis und der technischen Auslegung SCHLEIERMACHERS³.

Die Feststellung dieser Übereinstimmung der Methode der allgemeinen Hermeneutik mit der der Jurisprudenz zeigt, dass die moderne Rechtswissenschaft sich dem Einfluss der Hermeneutik gar nicht entziehen kann⁴. Es ergibt sich cum grano salis das gleiche Bild wie in der Theologie, mit dem Unterschied, dass dort die *Wechselwirkung* zwischen partikulär-wissenschaftlicher und allgemeiner Hermeneutik deutlicher sichtbar ist⁵.

178. Der Einfluss der allgemeinen Hermeneutik auf die Jurisprudenz erschöpft sich aber nicht in dieser Übereinstimmung von Auslegungsgesichtspunkten. An deren Feststellung knüpft COING⁶ vielmehr die Forderung, juristische Auslegungstheorien von der allgemeinen Hermeneutik her zu bewerten. Folgt man dieser Forderung, dann erweist sich die juristische Auslegungslehre als unangemessen, wo sie gegen Erkenntnisse der allgemeinen Hermeneutik verstößt.

179. Nun soll allerdings die Feststellung der inhaltlichen Übereinstimmung allgemeiner und partikulärwissenschaftlicher Auslegungsmittel nicht dazu verführen, diesen Inhalt als sakrosankten Bestand der beiden Methodenlehren anzuerkennen. Vielmehr ist in unserem Zusammenhang die bloße Feststellung der formalen Übereinstimmung der beiden Inhalte wichtig, da sie die These der Zulässigkeit der Übernahme aus der allgemeinen Hermeneutik in die Rechtswissenschaft stützt.

Zum Inhalt als solchem ist damit nichts gesagt, und alle bisher geäußerten Bedenken gegenüber der historischen Hermeneutik gelten weiterhin.

¹ Obwohl gegen den Begriff der Einheit Zweifel angemeldet wurden, COING, Auslegung, S.35 (Diskussion).

² Eine Auslegungsart, die selbst BETTI ablehnt.

³ Liegt hier nicht eine «Überinterpretation» SCHLEIERMACHERS technischer Interpretation vor? Diese ist doch eher philologisch-grammatischer Natur, vgl. vorne Z. 12.

⁴ A. M. wohl HESSE, Grundzüge, S.25 Anm.21.

⁵ Vgl. vorne Z. 100ff.

⁶ Auslegung, S.22f.

Wohl die meisten Einwände¹, die von seiten der Rechtswissenschaft gegen die Übernahme der allgemeinen hermeneutischen Lehren erhoben werden, rühren davon her, dass die Rechtswissenschaft sich langsam der Unvollkommenheit der von der allgemeinen Hermeneutik stammenden juristischen Auslegungsmittel bewusst wird. Der Schluss von der Feststellung dieses Ungenügens auf die generelle Infragestellung der Übernahme ist voreilig. Die Bedenken zeigen wohl eher an, dass die tradierten Methoden der Auslegung nicht nur der partikulärwissenschaftlichen Auslegungsaufgabe der Rechtswissenschaft, sondern dem Verstehen von Texten überhaupt nicht gerecht werden².

180. Aus der Sicht der existenzialen Interpretation sind nun freilich auch diese Bedenken unbegründet. Wir haben vorne³ erläutert, inwiefern die existenziale Interpretationslehre das auf Anwendung gerichtete Auslegungsziel der Jurisprudenz und Theologie geradezu für exemplarisch und wegweisend für die Struktur des Verstehens überhaupt hält. Obwohl die Frage, ob damit Verstehen als solches im weitesten Sinne richtig erfasst ist, unsere Thematik sprengt⁴, und wir deshalb die Einwände anderer Wissenschaftszweige, etwa der Philologie, nicht berücksichtigen können, zeigt sich nun doch in Umkehrung der These von der exemplarischen Bedeutung der Jurisprudenz für das Verstehen die besondere Bedeutung der existenzialen Lehre für die juristische Auslegung. Diese besondere Nähe schliesst nun eigentlich eine Scheidung juristischer Auslegung von der allgemeinen Hermeneutik aus, wiewohl die Zugehörigkeit der Jurisprudenz zum Problemzusammenhang der allgemeinen Hermeneutik deshalb nicht selbstverständlich ist⁵, weil die juristische Auslegung nicht nur methodische Besinnung ist, sondern zu einem eigentlichen subsidiären Rechtsprinzip wird, wie noch zu zeigen ist⁶.

II. Existenziale Interpretation in der Rechtswissenschaft?

181. In einer soziologisch ausgerichteten Betrachtung des Rechts erscheint dessen Aufgabe als die rechtliche Durchdringung der sozialen Wirklichkeit.⁷ Nicht beim Verstehen des gesetzten Textes nimmt die Auslegungsaufgabe ihr Ende. Schon vor der Textauslegung ist der strittige Fall als Anstoss

¹ Etwa K. HESSE, Grundzüge, S. 25; MEIER-HAYOZ, Richter, S. 39.

² Vgl. dazu hinten Z. 187 ff., 238 ff.

³ Z. 56 ff. und 100 ff.

⁴ Vgl. hinten Z. 184.

⁵ GADAMER, Wahrheit, S. 488.

⁶ Vgl. hinten Z. 181 i. f.

⁷ Durch die «normative» Auslegung.

juristischer Auslegungstätigkeit gegeben, und nach der Textauslegung die Fallösung als Ziel des hermeneutischen Bemühens. Dieser Tätigkeit entspricht nun aber die Fassung der Auslegungsmethode als formales Verfahren zur Ermittlung des «objektiven» Textsinnes überhaupt nicht, ist doch mit dieser Sinnerkenntnis noch gar nichts erreicht. Vielmehr wandelt sich nach richtiger Auffassung die juristische Hermeneutik weg von einer formalen Methode zu einem materiellen Problem, einem Rechtsprinzip selbst¹.

182. Ein weiteres Moment weist in die gleiche Richtung, welches von der Jurisprudenz bisher nicht genügend berücksichtigt worden ist.

Dass zwischen Fall und Gesetz ein Abstand besteht, ist besonders dann deutlich, wenn ein Gesetz Ausdruck ethischer Wertungen einer vergangenen Zeit ist, oder wo sich soziale Verhältnisse seit Erlass der Regel gewandelt haben. Schon mit diesem Phänomen kämpft die tradierte juristische Auslegungslehre. Das Entscheidende ist nun aber darin zu sehen, dass nicht nur die historische Distanz zwischen Gesetz und Fall einen Abstand schafft. Der Abstand zwischen konkreter Rechtslage im Einzelfall und der generellen Fassung des Gesetzes ist die notwendige Folge der Abstraktionsleistung des Gesetzes überhaupt. Insofern ist dieser Abstand wesentlich für das Recht und durchaus von der historischen Dimension abhebbar^{2,3}.

183. Die Schwierigkeit der Überwindung dieses Abstandes war seit jeher Crux und Hoffnung der Rechtswissenschaft. Einerseits liegt darin eine Lücke systematischer Wissenschaftlichkeit, die die Rechtswissenschaft in ihrem wissenschaftlichen Anspruch in Frage stellen kann, andererseits sichert die Konkretionsaufgabe den Aktualitätsanspruch juristischer Tätigkeit.

Allerdings ist die Rechtswissenschaft nicht in der Lage, Regeln zur Überwindung des beschriebenen Abstandes aus sich selbst zu schöpfen. Vielmehr hat sie, wie vorne⁴ dargelegt wurde, von jeher Auslegungshilfe anderer Wissenschaftszweige übernommen; zuletzt geschah dies durch F.C. VON SAVIGNY in der Übernahme der hermeneutischen Richtlinien der historischen Hermeneutik im Anschluss an SCHLEIERMACHER. Die Rechtswissenschaft beschränkte sich darauf, diese Auslegungsmittel zu

¹ GADAMER, Wahrheit, S.489, spricht von einem subsidiären Rechtsprinzip; für das Verfassungsrecht: EHMKE, VVDStRL 20, S.64; vgl. hinten Z.340ff.

² GADAMER, Wahrheit, S.489.

³ Vgl. dazu den wertvollen Versuch der Überbrückung bei ENGISCH, Konkretisierung.

⁴ Z.173-180.

verfeinern und bis zu einem gewissen Grade ihrer besonderen Problematik anzupassen. Das hindert die Rechtswissenschaft nicht, die Entwicklung der Auslegungslehre als eigene Leistung zu betrachten.

Wir haben vorne¹ nachgewiesen, warum und wie die historische Auslegungsmethode das hermeneutische Ziel, Texte zu verstehen, verfehlt. Dieses Ergebnis gilt im Bereich der Rechtswissenschaft umso mehr, als sie aus ihrer Natur heraus zusätzliche Anforderungen an das Verstehen stellt², welchen die tradierte Auslegungsmethode nicht gewachsen ist. Der Glaube an einen rein logischen Vorgang der Subsumtion des strittigen Falles unter den methodisch erkannten «objektiven» Gesetzessinn ist irrig.

184. Wie wir vorne³ ebenfalls gezeigt haben, hat nun aber die existenziale Interpretation eine Reihe von Verstehenselementen wo nicht entdeckt, so doch wiederentdeckt und rehabilitiert. Diese im Vergleich zur tradierten Auslegungslehre neuen Elemente des Verstehens ermöglichen auf Grund ihrer existenzphilosophischen Basis eine ganz wesentliche Erweiterung der Bedeutung der historischen Lage des Interpreten und des Verhältnisses von Textsinn zu Aktualität.

Ob damit geisteswissenschaftliches Verstehen überhaupt richtig beschrieben ist, möge dahingestellt bleiben⁴. Für unsere, auf Auslegung rechtlicher Quellen gerichtete Zielsetzung ist wichtig, dass die existenziale Interpretation in der Lage ist, die spezifische Dynamik ausserrechtlicher, die rechtliche Wirklichkeit bestimmender Faktoren interpretatorisch aufzufangen und zu verarbeiten. Nach Überwindung des positivistischen Wissenschaftsbegriffes, wie er in dieser Hinsicht vielleicht am deutlichsten in KELSSENS «Reiner Rechtslehre» seinen Ausdruck fand, wurde es klar, dass das Recht von der Dynamik ausserrechtlicher Einflüsse gar nicht abgeschirmt werden kann. Merkwürdigerweise hat die Rechtswissenschaft aus dieser Erkenntnis in der Rechtsquellenlehre durch die Aufwertung des Richterrechts nur zögernd, in der Auslegungslehre aber überhaupt keine Lehren gezogen. Die Auslegungslehre bemüht sich immer noch um die methodisch richtige Sinnermittlung des Textes, im Glauben befangen, damit richtige Applikation zu verbürgen. Dabei wird übersehen, dass die ganze Methodik von weiteren Verstehenselementen, die im Subjekt des Interpreten schon immer vorhanden sind, gleichsam stillschweigend unterwandert wird. Allerdings wird die zwangsläufige Neubestimmung des textlichen Gehalts durch den Einzelfall, die methodisch in der tradierten

¹ Am repräsentativen Beispiel der Hermeneutik E. BETTIS. Z. 62ff. und 158ff.

² Vgl. vorne Z. 38.

³ Z. 26ff., 100ff., 137ff. (Kapitel V, VII und VIII).

⁴ Der Anspruch der existenzialen Hermeneutik geht auf jeden Fall so weit.

Auslegungslehre nicht befriedigend zu erfassen ist, oft nur schlecht verschleiert.

185. Die folgenden zwei Teile unserer Darlegung sollen nun zeigen, inwiefern die von der existenzialen Interpretation wieder zu Bedeutung gebrachten Verstehenselemente in der rechtswissenschaftlichen Auslegung im allgemeinen und in der Theorie der Verfassungsauslegung im besonderen verdeckt und unreflektiert schon wirksam sind. Es soll gezeigt werden, inwiefern der zu neuer Auslegung nötige Fall selbst rechtsschöpferische Konsequenzen hat und in welcher Weise die Rechtswissenschaft ihnen Rechnung trägt.

III. KAPITEL: EXISTENZIALE INTERPRETATION IM GEBIET DES RECHTS

I. Einleitung

238. Erinnern wir uns an dieser Stelle an die Behauptung¹, von einer existenziell orientierten Interpretationsauffassung her gesehen komme der juristischen Auslegung exemplarische Bedeutung zu, dann folgen daraus drei Dinge:

a) Nachdem im vorigen II. Kapitel die Schwierigkeiten der juristischen Auslegung, so wie sie die herrschende Lehre auffasst, mehr oder weniger deutlich zutage traten, muss es möglich sein, den Vorgang der juristischen Interpretation mit den Mitteln existenzialer Hermeneutik richtiger zu beschreiben. Es muss insbesondere möglich sein, die Spannung zwischen Bindung an den Text und Pflicht zur aktuellen Ordnungsstiftung, welche die herrschende Auslegungslehre nicht befriedigend zu fassen vermag, aufzulösen, ohne dass der eine oder andere Pol seine Bedeutung deswegen verliert. Die existenziale Hermeneutik muss in der Lage sein, gerade jene Auslegungsphänomene richtiger, d. h. dem wirklichen Vorgang besser entsprechend zu beschreiben, für welche die herrschende, methodisch-objektivistisch orientierte Auffassung keine einleuchtenden Erklärungen, geschweige denn Direktiven gibt.

b) Gelingt es der existenzialen Hermeneutik, diese Forderung zu erfüllen, dann ist eine ihrer wesentlichsten Thesen, eben die von der exemplarischen Bedeutung der juristischen Auslegung erhärtet. Die Rechtswissenschaft würde dann einen methodischen Erneuerungsprozess an die Hand nehmen müssen, indem sie ihre Methode darauf hin umfassend überprüfte, ob sie das wirklich Geschehende noch richtig beschreibt und welche wissenschaftlichen Folgen aus einer von der Methode abweichenden Rechtspraxis zu ziehen sind.

c) Die existenziale Hermeneutik hätte mit diesem Nachweis insofern etwas gewonnen, als es ihr gelungen wäre, einen Verstehensbereich zu finden, in welchem ihre Thesen, noch deutlicher als in der Theologie², den wirklichen Verstehensvorgang richtig beschreiben. Ob diese Feststellung als Beweis dafür gilt, dass die existenziale Hermeneutik das geisteswissenschaftliche Verstehen überhaupt richtig beschreibt, ist damit allerdings noch nicht entschieden; die Entscheidung hängt unter anderem davon ab, ob juristische Texte, worunter Texte mit normativem Geltungsanspruch verstanden wer-

¹ Vgl. Z. 56.

² Vgl. vorne Z. 100 ff. und den entscheidenden Einwand des an den Glauben gebundenen Vorverständnisses, Z. 127.

den, und andere geisteswissenschaftliche Texte einander gleichzustellen sind¹. Bis zu einem gewissen Grade wurde diese Frage in der hermeneutischen Diskussion² wiedergegeben; darüber hinaus muss sie der weiteren Forschung überlassen werden³.

II. Das Auslegungsgeschehen

1. Die Unentrinnbarkeit des Aktualitätsbezuges in der Auslegung

a) Das Gesetz als Norm

239. Damit eine Auslegung überzeugt, muss sie, als eine Mindestforderung, die weitere Bedingungen nicht ausschliesst, ihrem Gegenstand gerecht werden. Das ist auch der Ausgangspunkt für die heutige methodisch-objektivistische Auslegungslehre. Es scheint deshalb angebracht, den «Gegenstand» auf seine wesentlichen Merkmale hin zu untersuchen, bevor man eine Auslegungsweise als ihm angemessen bezeichnet. Schon im Jahre 1927 hat GERMANN betont⁴, es beständen verschiedene Rechtsauffassungen, auf die die «bedeutendsten Kontroversen, über Auslegung und freie Rechtsfindung» zurückzuführen seien. Nach ihm ist zu unterscheiden die imperative Auffassung, in der das Gesetz obrigkeitlicher Befehl ist, von der traditionalistischen Auffassung, die das Recht als Herkommen sieht, und von der autonomen Auffassung, nach welcher das Recht auf dem Willen der Beteiligten beruht. Auffallend ist, dass die imperative Auffassung als Ausdruck des Gesetzesabsolutismus nach GERMANN⁵ dazu zwingt, den Wortlaut als sakrosankt anzusehen, was nicht anders verstanden werden kann, als dass durch wortgetreue⁶ Anwendung dem Gesetz Genüge getan werde. Dieser Schluss erscheint aber von der Natur des Befehls her gesehen fraglich und jedenfalls nicht zwingend.

240. Bei näherer Betrachtung scheint uns, ohne zur Frage der Rechtsauffassung abschliessend Stellung nehmen zu wollen, der Befehlscharakter für die Natur des Gesetzes als Norm wesentlich zu sein. Das hat REICHEL⁷ nachgewiesen, indem er zeigt, wie das Festhalten am Wortlaut in der Be-

¹ Vgl. dazu die folgende Z. 239 am Anfang.

² I. Teil, Kapitel V bis IX.

³ Zum Unterschied zwischen juristischen und anderen geisteswissenschaftlichen Texten vgl. hinten Z. 241.

⁴ ZSR N. F. Bd. XLVI (1927), S. 183/184, ebenso GERMANN, Grundfragen, S. 23ff.

⁵ GERMANN, Grundfragen, S. 24.

⁶ Der Gegensatz dazu wäre die «sinimentsprechende» Anwendung.

⁷ Gesetz, S. 76ff., vgl. auch 137.

fehlsituation den Sinn des Befehls oft gerade verfehlt. Das Festhalten eines Untergebenen am Wortlaut des Befehls und so die wortgetreue Befehlsverweigerung ist ja ein beliebtes Sujet, man denke neben Till Eulenspiegel an den braven Soldaten Schwejk. REICHEL ist noch weiter gegangen, fordert er doch¹ ein bewusstes Abgehen vom Gesetz, wo dieses zu «dem allgemeinen sittlichen Gefühl im Widerspruch steht»². In diesem Zusammenhang kommt die beispielhafte Funktion des Befehls in der existenzialen Hermeneutik erneut zu Bedeutung. Wir haben gezeigt³, dass Befehlsausführung überhaupt nur «sinngemäss» sein kann, dass sich das richtige Verstehen des Befehls weder nach seinem Wortlaut noch nach der ursprünglichen Meinung des Autors richtet, sondern nach dem in die Verantwortlichkeit des Ausführenden gelegten Situationsverständnis. Am Beispiel des Befehls erweist sich das Verstehen als Applikationsleistung, indem die Applikation Teilmoment und Bedingung des Verstehens ist⁴.

241. Aus der Struktur der Norm als befehlsartige Ordnungsanweisung ergibt sich zwingend die Feststellung, dass Auslegung ein Verständnisvorgang mit beiden Elementen ist: einem Text- und einem Aktualitätsverständnis⁵. Nur ein Normverständnis, das als aktualitätsbezogene Applikationsleistung aufgefasst wird, entspricht der Natur der Norm⁶. In der Auslegung juristischer Texte wird die Aufdeckung der Applikationsstruktur ihres Verstehens deshalb leichter, als in anderen, z.B. künstlerischen oder historischen Texten⁷, weil der Text von Anfang an Produkt überindividueller sozialer Kräfte und Ordnungstrebungen ist⁸, die auch ausserhalb des gefassten Textes fort dauern. Das macht gerade auch den Unterschied zwischen juristischen und anderen geisteswissenschaftlichen Texten aus, der der juristischen Auslegung «exemplarische» Bedeutung gibt.⁹

Insofern ist es richtig, die Autorität des Gesetzes nicht im statischen Bestand doktrinärer Ideen zu suchen, sondern in seinen, im Fall durch Applikation zu konkretisierenden Ordnungszielen¹⁰ zu sehen. Der Massstab der Tauglichkeit des Gesetzes liegt in der Bewährungsprobe der Aktualität.

¹ Gesetz, S. 140f.

² Dieses Abgehen vom Text ist durchaus legitim, vgl. vorne Z. 59.

³ Vgl. Z. 55.

⁴ Vorne Z. 54.

⁵ Vorne Z. 58 und ESSER, Interpretation, S. 372.

⁶ Vgl. MÜLLER, Normstruktur, S. 47, mit besonderer Betonung der Konkretisierungsaufgabe.

⁷ Bezüglich deren aber die gleiche Feststellung gilt, siehe Z. 55.

⁸ ESSER, Interpretation, S. 372.

⁹ Vorne Z. 56ff.

¹⁰ ESSER, Interpretation, S. 376.

b) *Die Verstehenselemente*

242. Die Duplizität des Verstehens soll nicht, und das muss noch einmal klargestellt werden, als methodisch getrenntes, schrittweises Vorgehen in der Auslegung gedeutet werden¹. Es handelt sich um sich gegenseitig bedingende und voraussetzende Teilmomente eines einheitlichen, ganzen Vorganges. Der materiale Bezug des so verstandenen doppelten Textverständnisses zeigt sich deutlich im richterlichen Urteil, in welchem das Verstehen einerseits «Bestimmung» und «Fall», andererseits «Bestimmung» und «Rechtsordnung»² mit einander verbindet. Die Ausdrücke der Textstelle werden erst vom Fall her mit Aktualität und Ordnungsgehalt gefüllt. So werden vom Fall her Schutzgedanken und Ordnungszwecke in die Norm integriert, deren Übereinstimmung mit der Rechtsordnung die Richtigkeit der Wahl der Bestimmung und ihrer Auslegung anzeigt. Es wird also nicht nur die Norm vom Fall her aktualisiert, sondern es werden als weiteres Element des Verstehens allgemeine Grundsätze aus dem rechtlichen System, mitunter korrigierend und rechtsfortbildend in die Ordnungsanweisung des Textes integriert³.

243. Es wäre demnach falsch, das richterliche Urteil als bloss nachvollziehende Transformation eines Imperativs zu beschreiben⁴. Will man mit den logischen Begriffen von Obersatz, Untersatz und Schluss arbeiten, so muss man sehen, dass schon der Obersatz nicht fertig vorliegt, sondern erst aus dem Gesetz auf den Fall hin entwickelt werden muss. In diesem Vorgang ist die Bedeutung des Falles wesentlich, denn er hilft mit, den Obersatz auszubilden⁵. Wie ENGISCH⁶ zeigt, wird in den Obersatz gerade das einbezogen, was der konkrete, zu entscheidende Fall zur Einbeziehung nahelegt⁷, andererseits soll gerade der konkrete Fall am juristischen Obersatz beurteilt werden. Kurz, es fragt sich, ob nicht ein logischer Fehler in einer Beschreibung der Rechtsanwendung liegt, in welcher für den Obersatz wesentlich ist, was auf den konkreten Fall (das ist der Untersatz) Bezug hat, im konkreten Fall aber das wesentlich ist, was auf den Obersatz Bezug hat⁸. Die Wechselwirkung von Unter- und Obersatz, die zunächst

¹ Vorne Z. 26 ff. öfters.

² ESSER, Interpretation, S. 374, Z. 3.

³ ESSER, Grundsatz, S. 260; ebenso RYFFEL, Grundprobleme, S. 54 ff., 58.

⁴ Das hat O. BÜLOW, Gesetz, grundlegend dargetan.

⁵ ENGISCH, Studien, S. 14 ff.; v. PESTALOZZA, Grundrechtsauslegung, S. 427; RYFFEL, Grundprobleme, S. 54.

⁶ ENGISCH, Studien, S. 14.

⁷ Vgl. ESSER, Interpretation, S. 373 II, Z. 1 i. f.

⁸ Vgl. schon BIERLING, Juristische Prinzipienlehre IV, 1911, S. 46, zitiert bei ENGISCH, Studien, S. 15.

an einen logischen Fehler denken lässt, ist vielmehr Ausdruck eines zirkelhaft fruchtbaren Verstehensvorganges^{1,2}. Es ist klar, dass dieser Vorgang in der Deutung der richterlichen Aufgabe als Anwendung abstrakter Rechtsregeln auf konkrete Tatsachen³ nicht richtig erfasst wird, handelt es sich doch gerade nicht um ein logisches Schliessen⁴. Durch diese Annahme würde vielmehr gerade die Vorauslese «rechtserheblicher» Tatumsstände verheimlicht⁵.

244. Es bedeutete schon einen grossen Fortschritt, als RADBRUCH⁶ die Auslegung nicht mehr als «Nachdenken eines Vorgedachten», sondern als «Zuendedenken eines Gedachten» darstellte. Schon C. WIELAND nannte die Auffassung, den gesetzgeberischen Gedanken auszudenken, um zum Ziel zu kommen, einen «dialektischen Kunstgriff»⁷. Noch einen Schritt weiter gehend scheint uns die richtige Formel für die Auslegungsaufgabe die des «*Neudenkens eines Gedachten*» zu sein. Denn wie anders kann der Jurist seiner Aufgabe, das Gesetz anzuwenden, gerecht werden, als dadurch, dass er den normativen Gehalt des in seiner historischen Form erscheinenden Gesetzes je auf den gegebenen Fall hin neu bestimmt⁸? Die Neubestimmung des Ordnungsgehaltes bewegt sich ihrerseits nicht in einem rechtsleeren Raum und es kann deshalb keine Rede davon sein, die Rechtsfortbildung durch Auslegung sei ins Belieben des Richters gestellt⁹. Zudem impliziert die Neubestimmung nicht notwendigerweise den Identitätsverlust des rechtlichen Ordnungsgehaltes¹⁰. Vielmehr findet, wie wir vorne¹¹ gezeigt haben, in der Auslegung je auch eine Integration des aktuellen Systems der Rechtsordnung statt: das Ordnungsgefüge des geltenden Rechtssystems ist der Rahmen, innerhalb dessen die Rechtsanwendung zur Überwindung aller Anachronismen verpflichtet ist¹². Von daher erweist sich der «Geist» des Gesetzes, einer bestimmten Kodifikation als von einer aktuellen politischen Perspektive bestimmt, sind doch die das System tragenden Wert- und Aufbauprinzipien¹³ immer auch Ausdruck der jewei-

¹ Zur Zirkelstruktur vgl. vorne Z. 31.

² Diese hermeneutische Konsequenz zieht KRIELE, Rechtsgewinnung, S. 197 ff., 203 ff., nicht, obwohl er das «Hin- und Herwandern des Blicks» erkannt hat.

³ MEIER-HAYOZ, Richter, S. 1.

⁴ Kritik findet sich bei ESSER, Besprechung, S. 173.

⁵ ESSER, Interpretation, S. 373 II, Z. 1 i. f.

⁶ G. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, (4. A., 1950), S. 211.

⁷ WIELAND, Methode, S. 13.

⁸ Vgl. vorne Z. 58.

⁹ Vgl. dazu hinten Z. 278 und 281.

¹⁰ Das hat KRÜGER, Verfassungsänderung, S. 725 ff., nachgewiesen.

¹¹ Z. 242.

¹² ESSER, Grundsatz, S. 263.

¹³ ESSER, Grundsatz, S. 172.

ligen sozialen Lage. In der herrschenden Methodik kann sich diese aktualitätsbezogene Integration nur durch einen Bruch mit dem Bisherigen vollziehen¹. «Das kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein» zeigt die Durchbruchstelle, an der das Prinzip ins System dringt, nachdem es sich an den aktuellen Fragen vorausgegangener Fallentscheidungen geformt hat².

2. Juristisches Vorverständnis und Produktivität juristischer Auslegung

a) Das Vorverständnis

245. Wir haben im 1. Teil³ dargetan, dass das Verstehen nach existenzieller Auffassung durch das Vorverständnis des Interpreten geleitet ist, welches diesem überhaupt erst die Möglichkeit gibt, einen gesetzten Text auf einen Inhalt hin zu befragen. Die Sinnerwartung des Interpreten formt einen vorläufigen Inhaltsbereich der textlichen Aussage, die sich im Verstehen der Interpretation als richtig oder unrichtig erweist. Die vorne⁴ aufgewiesene notwendige Bestimmung des Normgehalts aus der regelungsbedürftigen Lage heraus hat schon deutlich gezeigt, dass das Verstehensgeschehen die Subjektivität des Interpreten gar nicht umgehen kann⁵. Die festgestellte⁶ doppelte Ebene des Verstehens als Aktualitäts- und Textverständnis wird durch das Vorverständnis des Interpreten zur Einheit. Das Vorverständnis als Ausdruck der Sinnerwartung des Interpreten, die aus seinem Bezug gegenüber der Sache hervorgeht⁷, schlägt die Brücke zwischen Aktualitäts- und Normverständnis. Es handelt sich wohl um einen Reflex dieser Doppelschichtigkeit des Verstehens, wenn behauptet wird, das Vorverständnis des Juristen sei seinerseits zweischichtig⁸: es beinhalte neben einer allgemeinen Sprach- und Weltauslegung auch eine besondere rechtliche Erwartung.

Die Funktion des Vorverständnisses in der juristischen Auslegung ist die, dass es in einem vorläufigen Urteil durch Stoff- und Wertvergleichung entscheidet, ob der bestimmte Fall unter eine bestimmte Norm fallen soll⁹. Das Vorverständnis entscheidet über den Bereich der Norm. Insofern ist es

¹ Vgl. vorne Z. 227.

² ESSER, Grundsatz, S. 172.

³ Z. 27.

⁴ Z. 243.

⁵ Wollte man dies anstreben, dann gerät man in die Schwierigkeiten, in der sich die Auslegungslehre E. BERTTS befindet, vgl. vorne Z. 62ff. und 160ff.

⁶ Vorne Z. 242 und 243.

⁷ Vgl. vorne Z. 27.

⁸ MÜLLER, Normstruktur, S. 51, 55.

⁹ ESSER, Besprechung, S. 173.

eben nicht die Methode, sondern die Subjektivität des Interpreten, die die Maßstäbe an das «Objekt» heranträgt, nach denen in der Interpretation entschieden wird¹. Während schon WIELAND sogar für eine historisch gerichtete Betrachtung feststellen konnte², Interesse und vorgefasste Meinungen trafen die Auslese des Wichtigen, hat die heute herrschende Lehre die Bedeutung des Vorverständnisses verschleiert³. Sie gibt vor, es sei «klar», wo der Gesetzestext etwas sage, wo Lücken vorliegen. So versperrt sie sich den Zugang zum «innersten Urteilsakt»⁴, der Frage nach der Subsumierbarkeit.

246. Das Vorverständnis nimmt – auf der Ebene besonderer rechtlicher Erwartung⁵ – unter anderem auch den Rückgriff auf die ausserhalb der doktrinen Struktur eines Rechtsinstitutes erfassbare «allgemeine» Aufgabe desselben, wie dies in jeder Interpretation geschieht⁶. Das Vorverständnis wird gerade auch von dieser Aufgabe des Rechtsinstituts her konstituiert und trägt damit die Frage nach der Angemessenheit der praktischen Lösung und insofern ein aussersystematisches Element in die Auslegung hinein. Somit vollzieht sich die Transformation ausserhalb der formalen Quellen liegender Tatsachen ins Recht durch eine Argumentation, die sich nur scheinbar im Rahmen des Gesetzes hält⁷, indem sie sich als *ratio legis* bezeichnet. Ein besonders deutliches Beispiel für diesen Fall der Bestimmung eines Ergebnisses von ausserlogischen Faktoren her durch das Vorverständnis liefert uns das Strafrecht an der Stelle, wo es etwa erklärt, der Heileingriff sei wegen seiner «sozialen Adäquanz» keine Körperverletzung⁸.

In einem weiteren Fall wird die Wirksamkeit des Vorverständnisses deutlich: häufig geschieht die Überprüfung von Urteilen niederer Instanz durch die obere Instanz auf dem Wege eigentlichen Argumentierens um die richtige Erfassung der *ratio legis*; diese ist dabei allerdings nur das Mäntelchen für das Vorverständnis, dessen Richtigkeit im Argumentieren vor aller Auslegung überprüft wird.

247. Wir haben gezeigt⁹, wie das Verstehen selber laufend die Richtigkeit des auf den Vorurteilen aufbauenden Vorverständnisses von dem her

¹ ESSER, Grundsatz, S. 258.

² WIELAND, Methode, S. 21.

³ Nach ESSER, Besprechung, S. 173, ist das besonders auch bei MEIER-HAYOZ, Richter, der Fall.

⁴ ESSER, Besprechung, S. 173.

⁵ MÜLLER, Normstruktur, S. 51, 55.

⁶ Was seit PH. HECK bekannt ist, vgl. ESSER, Grundsatz, S. 102.

⁷ ESSER, Grundsatz, S. 102.

⁸ Vgl. dazu GERMANN, Grundfragen, S. 15.

⁹ Vorne Z. 30.

korrigiert, was sich bei weiterem Eindringen in den Sinn ergibt. Im Gebiete des Rechts zeigt sich das im produktiven Hin- und Herwandern des Blickes von Sachverhalt zu Norm¹ als «Ineinanderspiel» zweier Bewegungen: des Aktualitäts- und des Normverständnisses. Das ist mithin der Fall eines hermeneutischen Zirkels², in welchem die Antizipation des Sinnes Ausdruck der Gemeinsamkeit mit dem überlieferten, gesetzten Text ist³. Sieht man, wie GERMANN dies tut⁴, in der Auslegung eine wertgebundene Tätigkeit⁵, so ist es auch hier das Vorverständnis, das eine entscheidende Funktion erfüllt. Wir haben gezeigt⁶, dass die existenziale Hermeneutik die Frage ihres Verhältnisses zu angenommenen ontischen Werten noch nicht aufgegriffen hat; lediglich der Existenzialismus zeigt einen solchen Bezug in der Anerkennung der Freiheit des Andern als leitendem (Wert-) Gesichtspunkt⁷. Ohne die Frage hier zu vertiefen, erweist sich uns die Möglichkeit der wie auch immer gearteten Verbindung existenzialen Denkens mit Wertgehalten als gegeben. Gehen wir von der Annahme aus, die Interpretation im Recht sei an Werte gebunden, dann ist es unzweifelhaft, dass wiederum das Vorverständnis die Wertgesichtspunkte an die Norm heranträgt. Durch die Korrektur der Vorurteile im Verstehen als Applikation geschieht dann gleichzeitig die Konkretisierung der gefundenen Wertgehalte. Erneut deckt sich hier die Zirkelhaftigkeit gerade auch juristischer Auslegung auf, wie wir sie für diesen Fall schon vorne angedeutet haben⁸.

Durch das Herantragen von systematisch scheinbar so unfassbaren Elementen wie der Gerechtigkeit und Vernünftigkeit, auch der Praktikabilität und Kontinuität, denen die Rechtsordnung letztlich verpflichtet ist, führt das Vorverständnis den Interpreten nicht nur zu einer gerechten und vernünftigen Fallentscheidung⁹, sondern ermöglicht mit ihr die Integration einer Einzelbestimmung ins System¹⁰.

b) Die notwendige Produktivität der Auslegung

248. Zirkelnatur und Aktualitätsbezug des Verstehens haben uns gezeigt, dass Auslegung als Verstehen ein unendlicher Prozess der Suche

¹ Siehe vorne Z. 243.

² Siehe vorne Z. 31.

³ Ebd. mit weiteren Einzelheiten.

⁴ GERMANN, Rechtsfindung, S. 135 ff., 325 ff., 350 f.; Grundfragen, S. 14, 114, 117.

⁵ Vgl. dazu hinten Z. 277.

⁶ Vorne Z. 127 i. f., 128 und Z. 150.

⁷ Vorne Z. 150.

⁸ Vorne Z. 187 i. f.

⁹ Wie sie W. BURCKHARDT, Lücken, S. 97, und EGGER, Art. 1 N. 10 ff., fordern.

¹⁰ Siehe vorne Z. 242 und ESSER, Interpretation, S. 374, Z. 3.

nach dem wahren Sinn ist. Man versteht in existenzialer Sicht schon je anders, wenn man überhaupt versteht¹; das ist die historische Dimension des Verstehensvorganges. Auslegung ist somit, wie vorne² gesagt wurde, das Neudenken eines Gedachten. Nimmt man den Gesetzestext in seinem wahren, aktuellen Ordnungsanspruch ernst, dann ist es gerade die notwendige Überwindung des Abstandes zwischen Fall und Text, in der sich das Verstehen als produktives Geschehen erweist. Der Abstand zwischen Fall und Text seinerseits ist nicht so sehr und nicht immer Ausdruck gewandelter tatsächlicher Verhältnisse, für den die juristische Auslegungslehre einen Bedeutungswandel einer Norm mitunter zugesteht³, sondern die unvermeidliche Folge der gedanklichen Abstraktionsleistung des generell-abstrakten Satzes. Deshalb ist auch die raffinierteste rechtshistorische Forschung nicht in der Lage, den Zugang zum heutigen Ordnungsgehalt der Norm zu finden; ebenso verfehlt ist der Glaube, historische Auslegungsmethoden seien fähig, den Abstand, der in erster Linie gar nicht historischer Natur ist, zu überwinden. Allein das durch das Drinstehen in der geschichtlichen und Problemdynamik notwendigerweise produktive Verstehensgeschehen überbrückt den Zeiten- und Abstraktionsabstand.

249. Die dem Verstehen inhärente Produktivität erklärt, warum das Ergebnis der Interpretation nicht im voraus feststeht, wie das bei einer Rechenoperation der Fall ist⁴. Die Produktivität des Verstehens verändert das Recht, oft unmerklich, in der Anwendung. Gelangt ein vom Vorverständnis aufgegriffenes noch «unbestimmtes» Prinzip durch die Produktivität des Verstehens zur Konkretisierung in der Anwendung, dann ist das vom Ergebnis her gesehen richterliche Rechtsfortbildung⁵. Daran ändert die Tatsache nichts, dass in der herrschenden Lehre die rechtsfortbildende Lösung dem Gesetz als zu entnehmender Inhalt zugeschrieben wird⁶. Der soeben beschriebene produktive Vorgang ist natürlich nicht auf die Konkretisierung von Prinzipien beschränkt, sondern findet in aller Auslegung statt. Aus dieser Sicht ist das englische Rechtsdenken beispielhaft, welches die Ausdrücke «to construe» und «to interpret» synonym verwendet und zwischen richterlicher materieller Rechtsformung und Auslegung im kontinentalen Sinn keinen Unterschied sieht⁷.

¹ Vorne Z. 42.

² Siehe vorne Z. 244.

³ Für alle: GERMANN, Rechtsfindung, S. 98, auch LARENZ, Methodenlehre, S. 190.

⁴ LARENZ, Methodenlehre, S. 274.

⁵ LARENZ, Methodenlehre, S. 274.

⁶ BURCKHARDT, Lücken, S. 95f.

⁷ ESSER, Interpretation, S. 378.

250. Die Tatsache, dass das rechtliche Verstehen auf Grund eines vorgängigen Erfassens von Sach- und Zweckzusammenhängen geschieht, macht klar, dass dasjenige Tun, welches die herrschende Lehre als Auslegung bezeichnet, nicht der Beginn des Auslegungsvorganges ist. Die anglo-amerikanische Rechtstheorie hat die vorgängige richterliche Bezugnahme mit «hunch» bezeichnet. Freilich wurde der «hunch» in die Nähe eines volitiven Elementes richterlichen Urteilens gerückt und dann vor allem auf seine soziologischen Konstituentia hin untersucht¹.

Für uns wesentlich ist, dass die auf solchem Vorverständnis aufbauende produktive Tätigkeit rechtlichen Auslegens², die schon vor der Auslegung genannten Tätigkeit beginnt, hiermit dem Richter eine *vorpositive* Stellung verschafft. In der Produktivität des Verstehens findet die seit O. BÜLOW³ bekannte Tatsache, dass der Richter vor dem Gesetz stehe, ihre Erklärung. Diese Feststellung wird ihre Folgen vor allem dort zeigen, wo der Richter operative Instrumente der Auslegung auszuwählen hat⁴.

3. Die angebliche Klarheit des Textes (*sense clair doctrine*)

251. In der herrschenden, dem Objektivismus verpflichteten Lehre ist die Auslegung die Folge der Unvollkommenheit der Sprache⁵ und kommt nur dort zum Zuge, wo der sprachliche Ausdruck wirklich unklar ist⁶. So standen insbesondere die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts auf dem Standpunkt der *sense clair doctrine*. Und oft widersetzten sich die Gerichte denn auch heute noch der Aufgabe, richterliches Recht zu finden, wie das Art. 1 Abs. 2 ZGB vorsieht, mit der Begründung, wo der Text klar sei, sei Auslegung unerlaubt⁷. Demgegenüber haben aber schon HUMBOLDTS Sprachforschungen ergeben, dass jeder sprachliche Ausdruck gleichzeitig auch einen Gehalt verdecke⁸; schon deshalb kann nicht von der Klarheit eines textlichen Ausdruckes gesprochen werden.

Wir haben anhand der Einbettung des Verstehens in die Fragenatur des hermeneutischen Phänomens⁹ gezeigt, dass nur von der (re)konstruierten Frage her, auf die er eine Antwort ist, der Text verstanden werden kann.

¹ So vor allem die Arbeiten von WAMBAUGH, STONE, CARDOZO, FRIEDMANN, FRANK.

² ESSER, Grundsatz, S. 256.

³ Vgl. ESSER, Grundsatz, S. 256.

⁴ Vgl. hinten Z. 254 ff. und 261 ff.

⁵ Statt vieler: MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 132.

⁶ ZWEIFERT, Interpretation, S. 381.

⁷ Nachweis bei MEIER-HAYOZ, Richter, S. 138, 150.

⁸ Vgl. vorne Z. 233 c).

⁹ Vorne Z. 45.

In diesem Sinne wechseln Worte ihre Bedeutung, je nach Umgebung und Beziehung¹, in die wir sie setzen. Aus eben diesem Grunde sind die durch Worte hervorgerufenen Vorstellungen nicht bei allen Angehörigen einer Sprachgemeinschaft identisch². Und, was unter diesem Blickwinkel der Verstehensproblematik das gleiche ist: der «klare Wortlaut» kann gar nicht alles beantworten, worauf hin er befragt wird. Hält man nun wirklich am Regelungsanspruch des Gesetzes fest und fasst es auf als Ordnungsanweisung in die aktuelle Lage, dann ist das Festhalten am «klaren» Wortlaut oft eine klare Gesetzesverletzung³. Nun ist es aber der Richter selbst, der jeweils den «objektiven» Sinn des Gesetzes neu zu dem integriert, was über Wissen und Wollen des Gesetzgebers hinaus «immanenter» Ordnungsgedanke einer Norm ist⁴. Daher ist jede, auch die «wörtliche» Anwendung eines Textes Interpretation. Insofern ist die Auffassung falsch, «Wortlaut oder Auslegung» (Art. 1 Abs. 2 ZGB) bedeute eine Alternative, das «oder» sei disjunktiv. Schon die Entscheidung, der Wortlaut sei so eindeutig, dass er keiner Auslegung bedürfe, ist ihrerseits Resultat einer Auslegung. Ihr Inhalt ist der, dass die Sinnerwartung, mit der man den Text auf eine bestimmte Frage angegangen hat, durch denjenigen Sinn des Textes am besten bestätigt wird, welcher dem «normalen» Wortsinn⁵ entspricht. Der im Vorverständnis geschehende Rückgriff auf die «allgemeine», ausserhalb der Kodifikation ersichtliche Aufgabe eines Rechtsinstitutes⁶ bestimmt die Auslegungsbedürftigkeit des Textes. Der Text ist «klar» und sein Sinn «offenkundig», wenn die vordergründige Textbedeutung der Sinnerwartung des Interpreten entspricht, wenn der durch das Verstehen zu überwindende Abstand zwischen Bestimmung und Fall gering ist. Andernfalls fehlt es am «klaren» Text und die Interpretation aus «Zweck» und «System» setzt ein, oft unter Missachtung des Wortlauts⁷ aber immer unter dem Deckmantel der *ratio legis*.

252. Die *sense clair doctrine* als Ausdruck einer gesetzespositivistischen Denkweise bleibt so lange widerspruchsvoll, als es ihr nicht gelingt, positiv festzulegen, an welchem Kriterium sich ihre Klarheit misst. Der Verweis auf Treu und Glauben, überhaupt auf «Prinzipien, die die Materie beherrschen»⁸, ist ein Verrat am Positivismus und an der historischen

¹ REICHEL, Gesetz, S. 65.

² LARENZ, Methodenlehre, S. 189 ff.

³ Vgl. das vorne Z. 240 zur Befehlsverweigerung Gesagte.

⁴ ESSER, Interpretation, S. 375 f.

⁵ Der seinerseits vom Auslegungsergebnis her bestimmt wird.

⁶ ESSER, Grundsatz, S. 10; ESSER, Interpretation, S. 376.

⁷ ESSER, Interpretation, S. 378, Z. 3.

⁸ ESSER, Grundsatz, S. 124.

Methode¹. Denn solche Rechtsprinzipien sind die Stellen, an denen klar wird, dass der Richter durch sein Verstehen, das durch sein Vorverständnis von der aktualitätsbezogenen Ordnungsaufgabe des Gesetzestextes geprägt ist, erst bestimmt, wann der Text klar ist. Es bleibt also dabei: die Sense-clair-Behauptung ist kein logischer Schluss, sondern Ergebnis der Auslegung, in der alle jene Verstehenselemente wesentlichen Anteil haben, welche der Positivismus ausschalten möchte. Auch für die Frage, ob überhaupt ausgelegt werden soll, gilt: die Auslegung ist das Ergebnis ihres Ergebnisses².

253. Wenn E. FORSTHOFF forderte³, die Auslegungsregeln müssten der Verschiedenheit des dezisionistischen oder künstlerischen Ausdrucks und der Sinnfälligkeit der schöpferischen Rechtssetzung Rechnung tragen, dann ist dies gerade im Zusammenhang mit der sense claire doctrine zu berücksichtigen. Es leuchtet ein, dass, einmal die Richtigkeit der Unterscheidung in dezisionistische und schöpferische Rechtssetzung unterstellt, die Produktivität des Verstehens im Bereich der dezisionistischen Ordnung fruchtbarer ist, als in dem der schöpferischen Rechtssetzung, deren Gehalte stabiler sind. In Weiterentwicklung dieses Ansatzes scheint es uns in der Tat einen Bestand von Ausdrücken zu geben, die klar sind, weil sie einen besonders technischen, kalkülisierten, der Alltagssprache entfremdeten Gehalt haben. Als klassische Beispiele sind hier die aus Naturphänomenen abgeleiteten Begriffe von Stunde, Woche, Monat, Jahr zur Fristrechnung zu nennen. Allein, der Bereich scheint recht eng zu sein: bereits die Frage, ob ein Franken ein Franken sei, ist strittig.

4. Die Auslegungs«methode»

254. Wenn die Auslegungsmethode das operative Instrument ist⁴, dessen Verwendung die wahre Sinnerkenntnis garantiert⁵, dann sind folgende Voraussetzungen vorgegeben: a) Das Verstehen wird aus dem Blickwinkel der Subjekt-Objekt-Dichotomie als reflektierte Tätigkeit des Interpreten gedeutet⁶. b) Der Text ist das Objekt, dem der Interpret gegenübertritt. c) Die Auslegungsmethode liegt als Massstab und Instrument der richtigen subjektiven Tätigkeit am Objekt als Vorgegebenes bereit.

¹ Vorbehalte gegenüber der Treu- und Glaubensklausel im Verfassungsrecht: BETTERMANN, Grenzen, S. 15 ff.

² ESSER, Grundsatz, S. 117, RADBRUCH zitierend; vgl. auch KRIELE, Rechtsgewinnung, S. 217.

³ FORSTHOFF, Recht, S. 11.

⁴ Vorne Z. 250 i. f.

⁵ Vgl. vorne Z. 180 ff.

⁶ Vgl. vorne Z. 62 ff. und 158 ff.

An diese Deutung hält sich die juristische Auslegung. Allerdings wird sie durch diese Sicht der Dinge in zahlreiche Aporien geführt¹, was sie aber immer wieder zu verdecken sucht. Für uns ist dies der Anlass, die verdeckten Implikationen aufzudecken, welche die Wirkung des Verstehensgeschehens in der «methodischen» Auslegung verschleiern.

255. Die Auslegungsmethode als Rechtsprinzip ist inhaltlich ein Kanon. Allerdings bestimmt sich die «richtige» Auslegung nicht aus ihm selbst², sondern vom, unter anderem auch durch das Auslegungs«objekt» bestimmten Auslegungszweck her; der Zweck ist der Massstab der Richtigkeit einer Auslegung. Nun wissen wir aber, dass die Entwicklung und Hervorhebung von im Gesetz «schlummernden» Zweckgedanken nicht durch rückwärts gerichtete Fortsetzung des Gesetzes geschieht, sondern durch die am aktuellen Problem orientierte, durch das Vorverständnis auch systematisch geprägte, juristische «Denkhaltung»³, den produktiven Verstehensvorgang. Das ist nicht ein unvermeidlicher Rest «existenzialer Entscheidung», wie ZWEIGERT⁴ glaubt, sondern tragende Basis des Auslegungsverstehens. Dadurch, dass der Richter auf Grund seines Vorverständnisses den «objektiven» Sinn des Gesetzes jeweils neu integriert und so den «immanenten» Ordnungsgedanken und Schutzzweck der Norm auf den Fall hin bestimmt⁵, wird klar, dass die kraft der produktiven Verstehestruktur notwendige vorpositive Stellung des Richters⁶ auch bedeutet, dass seine verstehende Erfassung des Textes vor jeder Anwendung eines Kanons, einer Auslegungsmethode liegt. Die im Vorverständnis erfasste, am Massstab des aktualitätsbezogenen Ziels der Norm gemessene Richtigkeit der Auslegung bestimmt vor jeder methodischen Tätigkeit die «richtige» Auslegungsmethode. Die Möglichkeit ist nicht von der Hand zu weisen, dass richterliches als juristisch gebildetes Vorverständnis auch einen Bezug zur Auslegungs«methode» in den Verstehensvorgang einbringt. Dann spielen Methoden- und Zweckverständnis zirkelhaft ineinander⁷ zu einem Ergebnis, von dem her nachträglich die Wahl einer bestimmten Methode behauptet wird⁸. Insofern erweist sich die Auslegung in der Tat als Ergebnis ihres Ergebnisses.

¹ Siehe vorne Z. 180 ff.

² Siehe vorne Z. 180.

³ ESSER, Grundsatz, S. 263.

⁴ Interpretation, S. 384.

⁵ Vgl. vorne Z. 251.

⁶ Vgl. vorne Z. 250 und Z. 41 ff.

⁷ Vgl. zu dieser Möglichkeit schon vorne Z. 191 i. f.

⁸ So schon RADBRUCH, Einführung, zit. bei ESSER, Grundsatz, S. 117, N. 107; ZIPPELIUS, Wertungsprobleme, S. 67 f.

256. Obwohl auch die objektiv-aktuale Methode Ausdruck jenes unrichtigen Verstehensbegriffes ist¹, lässt sie durch eine gewisse sie kennzeichnende Offenheit für die Aktualität mehr Raum für die Produktivität des Verstehens². Insbesondere kommt in ihr das zirkelhafte Herantragen von Werten durch das Vorverständnis und ihre Konkretisierung durch die Verstehensapplikation³ noch relativ am deutlichsten zum Vorschein. Es ist wohl möglich, dass die Rechtswissenschaft deshalb glaubt, mit der objektiv-aktualen Methode den Gesetzespositivismus endgültig überwunden zu haben und zum richtigen Verständnis ihres «Objekts» vorgedrungen zu sein. Diese Genugtuung hindert die Jurisprudenz wohl immer noch, die wirkliche Verstehensproblematik zu erkennen. Wir haben diese Frage, in allgemeiner Weise, im 1. Teil erörtert.

257. Ein deutliches Zeichen in der beschriebenen Weise verschleierter Verstehens- und Applikationsbezüge⁴ scheint uns zu sein, dass die wissenschaftliche Diskussion um die Auslegungsmethode⁵ einen völlig unmethodischen Charakter⁶ hat: Es geht ihr vor allem darum, in «offener» Weise generelle Argumente für die eine oder andere Methode zu finden⁷ und in pauschaler Weise gegen einander abzuwägen.

Dabei wird die Fiktion aufrechterhalten, *ein* bestimmtes Argument fordere in jeder Lage «seine» bestimmte Auslegungsmethode. Wie sehr sich auch die Zuflucht zu einer «offenen» Argumentation aufdrängt, um der starren, aber geheiligten Objektivität des Systems zu entfliehen, so unverstänglich ist die Loslösung der Argumentation vom Fall. Sie muss als restliche Bindung an das Gesetz angesehen werden, mit der die herrschende Lehre vorgibt, auch diese Argumentation entspreche dem Gesetz immanenten «Grundgedanken». Das ist der Ausdruck jener Sinnlosigkeit eines zwischen historischer Gesetzestreue und aktuellem Interpretationszweck schwankenden «denkenden Gehorsams», die ESSER⁸ kritisiert hat. Denn von der Objektivität der Methode her gesehen liegt in der heimlichen Auswahl der «passenden» Auslegungsmethode ein wirklicher Trug.

258. Ein weiterer Fall von Verschleierung des wirklich geschehenden Verstehensvorganges sind jene Auslegungsmaximen, die die «Auslegungs-

¹ Siehe Z. 254 am Anfang.

² Vgl. vorne Z. 238 i. f. und Z. 248; ähnlich RYFFEL, Grundprobleme, S. 387.

³ Z. 247 i. f.

⁴ ZIPPELIUS, Wertungsprobleme, S. 68: Sünden der Scheinargumentation.

⁵ Vgl. vorne Z. 194.

⁶ Zu dieser Frage schon Z. 192.

⁷ Vorne Z. 194 und dortige Verweisungen.

⁸ ESSER, Grundsatz, S. 117, N. 107, betreffend DU PASQUIER, Lacunes, und MEIER-HAYOZ, Richter, Vgl. auch ESSER, Besprechung.

methode» oft ergänzen. So gilt für das Vertragsrecht¹, das hier als Beispiel für die positivistische Auslegungshaltung dienen möge: a) Der Grundsatz der Respektierung des Textes, aber nur, wenn er keine unvernünftigen oder absurden Resultate hervorbringt; b) Die Autorität des Parteiwillens, wo dieser nicht gegen zwingendes Recht oder gute Sitten verstösst; c) Der Vorrang des «klaren» Wortlautes. Was wir vorne² zur Bestimmung der «Klarheit» des Wortlautes aufgezeigt haben, gilt ebenso für die Feststellung der «Absurdheit» eines Textes oder dessen Verstoss gegen die guten Sitten. Der Interpret bringt in seinem durch den Bezug auf die Sache geprägten und entwickelten Vorverständnis die Massstäbe mit, an denen gemessen der Text «absurd» oder der Parteiwille «sittenwidrig» wird.

259. Die Verweisung des Richters, sich an Wertungen, Geist und Interessenabwägungen des Gesetzes zu halten³, ist lediglich eine positivistische Verschleierung des wirklichen Geschehens. Der vor jeder methodischen Operation liegende produktive Verstehensvorgang legt durch seine Fall und Text einander vermittelnde Bewegung schon fest, welches die Wertungen, Geist und Interessenabwägungen der Norm seien. Dann wird angeblich aus dem Gesetz entnommen, was in Wirklichkeit produktive Applikationsleistung ist. Es zeigt sich hierin erneut die Sinnlosigkeit jenes «denkenden Gehorsams», der zwischen Gesetzestreue und aktuellem Zweck hin und her schwankt⁴.

In besonders betonter Weise ist die historische Auslegung in ihrer Grundhaltung auf ein positivistisches Denken zurückzuführen. Ihre methodische Forderung⁵, die in gleicher Weise auf die Beachtung der Materialien wie auf die Einbettung des Wortsinnes in die Ideologie der Zeit ihrer Schöpfung hinzielt, zeigt, dass sie das Gesetz vornehmlich als historisch-persönliches Werk ansieht. Damit verkennt sie den aktuellen Ordnungszweck, den die Norm verfolgt⁶.

Was Wunder, wenn sich die Rechtsprechung auch aus diesem Grunde gezwungen sieht, dem Gesetz Gedanken zu «entnehmen», die nie jemand hineingelegt hat⁷. Denn will der Richter nicht dabei stehen bleiben, dem Text die Schuld an der Ungerechtigkeit der Lösung zuzuschreiben, so muss er wohl mit der Behauptung, «das könne nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein»

¹ ESSER, Grundsatz, S. 123, 126.

² Z. 251 ff.

³ So GERMANN, Rechtsfindung, S. 93, 121 u. ö.; Grundfragen, S. 14, hinten Z. 279.

⁴ Was ESSER an den Arbeiten von DU PASQUIER, LACUNES, und MEIER-HAYOZ, Richter, rügt; vgl. ESSER, Besprechung; vorne Z. 257 i. f.

⁵ Vgl. vorne Z. 85 und 86.

⁶ Vgl. vorne Z. 239 und 248; RYFFEL, Grundprobleme, S. 387.

⁷ ESSER, Grundsatz, S. 174.

zur «Entnahme» einer neuen «ratio legis» kommen, für die er die Verantwortung dem Gesetz zuschieben kann¹.

260. Nachdem wir nun gesehen haben, weshalb die Wahl der Auslegungsmethode nicht Anfang der Auslegung, sondern Ausdruck eines vormethodischen Verstehensgeschehens ist, erscheint jener Vorwurf der Grundsatzlosigkeit der Rechtsprechung in der Methodenwahl² in einem anderen Licht. Ist die Auslegungslehre ihrerseits schon nicht in der Lage, eine Hierarchie der Interpretationsmethoden zu errichten, wie das ihrer methodischen Haltung entsprechen würde³, so scheint die gerügte Grundsatzlosigkeit der Praxis verständlich. Aber noch mehr: gerade in dieser Grundsatzlosigkeit zeigt sich, wie in Wirklichkeit die Methodenwahl ein von dem zirkelhaft produktiven Verstehen vorbestimmtes sekundäres Moment ist, welches allenfalls als nachträgliche «Begründung» eines Geschehens dient⁴. Damit ist das Fehlen einer einheitlichen Linie in der Methodenhierarchie im Bereich der Rechtsprechung etwa des schweizerischen Bundesgerichts weniger ein vorwerfbarer Mangel⁵ als viel mehr ein Indiz dafür, dass der Zwang zur praktischen Falllösung eher die Wirkung richtiger Verstehensabläufe fördert als «methodische» Operationen⁶.

5. Die Auslegungselemente

261. Soll das Verhältnis von Auslegungsmethode und Auslegungselementen klar hervortreten⁷, so muss als erstes ihr systematischer Stellenwert festgelegt werden⁸. Auffallend ist in diesem Verhältnis, dass die Auslegungselemente⁹ nach erfolgter Methodenwahl gerade diejenigen Fragen wieder aufwerfen, auf die die Methodenwahl eine vorläufige Antwort gegeben hat. So stellen wir eine Übereinstimmung fest zwischen wortjuristischer Methode und grammatischem Element, zwischen (objektiv) historischer Methode und historischem Element. Die aktuelle Methode stimmt überein mit dem systematischen Element und enthält besonders deutlich

¹ Vgl. dazu ESSER, Grundsatz, S. 176f., und ZWEIGERT, Interpretation, S. 382.

² MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 221, und dort zitierte Autoren; die Übersicht bei GERMANN, Rechtsfindung, S. 379f.

³ Man denke auch an die *argumentierende* Begründung einer getroffenen Methodenwahl, vgl. vorne Z. 257.

⁴ Vgl. hinten Z. 385ff. die Beispiele der Praxis.

⁵ Ebenso EHMKE, VVDStRL 20, S. 59, für die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts.

⁶ Vgl. die praktischen Beispiele: hinten Z. 385ff.

⁷ Vgl. vorne Z. 198.

⁸ Will man die Richtigkeit der Auslegungsmethode retten.

⁹ Siehe vorne Z. 199.

das realistische und das teleologische Element. Es ist offensichtlich, dass die Methodenwahl in der herrschenden Lehre nicht auch bedeutet, das oder die mit der Methode inhaltlich übereinstimmenden Elemente seien fortan unter Ausschluss aller anderen Elemente zu «verwenden». Kommt es also nicht zum Ausschluss gewisser Elemente, so liegt der Zweck der Methodenwahl darin, dass sie unter den Elementen eine Gewichtung vornimmt. In der objektiv-aktualen Methode muss demnach dem durch das realistische oder teleologische Element «ermittelten» Sinn grössere Bedeutung zugemessen werden, als dem Sinn, welcher dem historischen oder grammatischen Element entspricht.

262. Eine solche Auffassung würde jener oft geforderten Interpretationsmittelhierarchie¹ entsprechen, von der man sich die Schlüssigkeit der Methode verspricht. Allein wir haben schon gezeigt, wie wenig fundiert die angebliche methodische Stringenz der Auslegungsmethode ist. Gleiches lässt sich mit Leichtigkeit für die Auslegungselemente nachweisen².

a) Wenn von der Zweckbestimmung aus dem Text durch das *teleologische Element* gesagt wird, sie sei «zum überwiegenden Teil einfach zwingend»³, so ist das Ausdruck der methodischen Erwartung, die sich nicht erfüllen wird. «Einfach zwingend» ist der Sinn, den der Interpret durch seine applikative Verstehensleistung im einzelnen Fall für zweckmässig erachtet. Das vorgängige Problem- und Normverständnis ist Konstituens des Sinnes, der nachträglich durch die Berufung auf das teleologische Element «begründet» wird.

b) Die Stringenz des *grammatischen Elementes* ist schon deshalb in Frage gestellt, weil die Sprache selber, weit entfernt davon, endgültig fixiert zu sein⁴, immer neue Verstehenshorizonte eröffnet. Die produktive Natur geisteswissenschaftlichen Verstehens, und damit der Auslegung, schliesst die Möglichkeit der Fixierung aus. Das mag allenfalls dort nicht gelten, wo ein sprachlicher Ausdruck zum technischen, kalkülisierten Begriff geworden ist⁵.

Dass der sprachliche Ausdruck grundsätzlich für neue Verstehenshorizonte offen ist, bedeutet natürlich nicht, dass seine verstehende Ausdeutung beliebig ist. Beliebigkeit im Sinne von subjektiver Willkür ist deshalb ausgeschlossen, weil das Verstehen selbst auch kein beliebiges ist⁶.

¹ ESSER, Grundsatz, S.117, und die dort zitierten Autoren; auch BETTI schon in Grundlegung.

² Vgl. Z. 199.

³ MEIER-HAYOZ, Art. 1, N.202.

⁴ Vgl. Z. 233 c).

⁵ Vgl. vorne Z. 253.

⁶ Vgl. vorne Z. 28; hinten Z. 277.

c) Das *realistische Element* verbürgt die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse, «in denen das Gesetz wurzelt und die es ordnen will»¹. Hier lässt die Auslegungslehre in weitem Masse aussersystematische Faktoren in das rechtliche Verstehen einströmen und garantiert so einen Problembezug der Falllösung. Dabei handelt es sich um eine beispielhafte methodische Verbrämung des Applikationsvorganges. Indem dem Aktualitätsbezug des Verständnisses ein fester Platz in der Methodik zugewiesen wird, versucht man, seinen überall wirksamen Einfluss zu kanalisieren und methodisch bannend in den Griff zu bekommen.

d) Das *systematische Element* erfüllt die Aufgabe, die Entscheidung auch aus der Ganzheit der gesetzten Ordnung zu begründen. Darin verbergen sich mitunter auch teleologische Gesichtspunkte², und es stellt sich überhaupt die Frage, ob dieser Ganzheitskanon nicht eine blossе Popanz ist. Seine Bedeutung ist wesentlich grösser im Zusammenhang mit der existenzialen Verstehenstheorie. Legt man sie zugrunde, so erfüllt das systematische Element die Aufgabe, einströmende ausserrechtliche Faktoren in dem systematischen Gesetzesbestand einzubauen. Dadurch vermittelt es eine fortgesetzte rechtliche Integration zunächst systematisch nicht erfassender Gedanken.

e) Im *historischen Element* erscheint die Selbsttäuschung der herrschenden Auslegungslehre wiederum sehr deutlich. Die Suche nach der historischen Verumständung des Gesetzes erscheint in der existenzialen Interpretationslehre als Aufdeckung von Umständen, von denen wir heute aus unserer Perspektive behaupten, sie seien «historisch». Die herrschende Auslegungslehre erweist sich immer noch befangen im Gedanken, unter Ausschaltung der Subjektivität des Interpreten direkten Zugang zur Historie zu haben. So entnimmt sie durch das historische Element der Geschichte Richtlinien und Schwerpunkte rechtlicher Betrachtung, die ihre «Historizität» in Wirklichkeit der historischen Qualifikation durch den Interpreten verdanken³.

263. Es würde der unrichtigen Verstehenstheorie, von der die herrschende Auslegungslehre ausgeht, entsprechen, wenn die Auslegungselemente als inhaltlich sekundärer Akt sachlich und zeitlich der Methodenwahl nachgeordnet würden⁴. Nun ist aber klar geworden, dass von dem angeblich in der Verwendung der Elemente liegenden wirklichen Verstehensvorgang her unmöglich von einem sekundären Akt gesprochen wer-

¹ MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 211.

² Wie in der von MEIER-HAYOZ angeführten Entscheidung BGE 82 IV 118.

³ Das verkennt LÜCHINGER, Auslegung, vollkommen.

⁴ Vgl. vorne Z. 261.

den kann. Im Gegenteil: Gerade in dem von den Auslegungselementen methodisch verbrämten¹ wirklichen Verstehen geschieht auch jene tragende zirkelhafte Vermittlung von Norm- und Aktualitätsverständnis, die als Vorstrukturen des Verstehens dieses bestimmen. Daraus folgen zwei Dinge: a) Die Elemente der Auslegung lassen sich in der Tat nicht als von der gewählten, d. h. als richtig erkannten Auslegungsmethode abhängig darstellen. Es hat deshalb seinen tieferen Grund, dass es der herrschenden Lehre nicht gelingen will, das gegenseitige Verhältnis von Auslegungselementen und Auslegungsmethode zu klären. b) Es lässt sich keine Hierarchie der Auslegungselemente aufstellen, denn die Bedeutung ihrer respektiven gedanklichen Inhalte lässt sich erst ex post, vom vollzogenen Verstehen her, und also in Abhängigkeit von der Situation festlegen.

Von hier aus wird verständlich, weshalb für den Fall, in welchem die Auslegungselemente zu keiner Überzeugung führen², auf ein unsystematisches, unmethodisches Abwägen der einzelnen Gesichtspunkte verwiesen wird. Hierin liegt eine weitere Konzession der Methodik an den richtigen Verstehensvorgang: wirkliches Verstehen geschieht eben gerade und vor jeder Methode in solchem Abwägen. Die herrschende Lehre freilich sieht im Verweis auf die Abwägung immer noch ein Alibi, indem sie vorgibt, es würde unter mehreren dem Gesetz entnommenen Möglichkeiten gewählt. Sie glaubt an die Entnahme aus dem Gesetz³, weil die mehreren Möglichkeiten von ihr mit der Etikette eines bestimmten methodischen Auslegungselementes versehen wurden. Der positivistische, unfruchtbare Zirkel hat sich geschlossen!

6. Lücken

264. Wir haben vorne⁴ dargestellt, welche Zusammenhänge zwischen gesetzespositivistischer Haltung und der Lückentheorie bestehen. In Fortführung dieses Ansatzes können wir in der Haltung der herrschenden Lehre gegenüber dem Lückenproblem auch die Verkennung der Verstehensstruktur⁵ und gleichzeitig das oft unbemerkte Wirken dieser Strukturen nachweisen. Einerseits haftet der Lücke immer noch der Anschein des Pathologischen an, was nicht so sehr die Unvollständigkeit des Gesetzes

¹ Deutlich: RYFFEL, Grundprobleme, S. 56f., der aber dennoch die tragende Bedeutung des Verstehensvorganges nicht aufdeckt.

² MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 181.

³ Vgl. ESSER, Grundsatz, S. 117, N. 108; auf RADBRUCH verweisend.

⁴ Vorne Z. 201, vgl. auch Z. 208.

⁵ Die natürlich ihrerseits im engsten Zusammenhang mit dem gesetzespositivistischen Gedankengut steht.

bewirkt, an die man sich nachgerade gewöhnen musste. Bedenklicher erscheint vielmehr die Folge der Unvollständigkeit, nämlich die weitgehend methodisch unkontrollierbare Freiheit des Richters in der Lückenfüllung; denn mit der gewöhnlichen Auslegung geht es mangels Text nicht. Die herrschende Lehre verfehlt es nicht, deutlich zu zeigen, welches Gewicht sie dem Unterschied zwischen richterlicher Auslegung und richterlicher Lückenfüllung beimisst¹. So wird die Lückenfüllung als volitiv-produktiver Akt der Auslegung als kognitiv-reproduktiver Tätigkeit gegenübergestellt², wobei die Auslegung an die dem Gesetz zugrunde liegenden Werte, die *ratio legis* gebunden sei³, während in der Lückenfüllung eigene Wertungen des Richters vorkommen⁴. Drohend wird oft beigefügt, dass rechtspolitische Zwecksetzungen nicht zur Annahme einer Lücke verleiten sollen⁵. Es sei Sache des Gesetzgebers, reformbedürftige Gesetze zu revidieren⁶.

265. Allein, Drohungen und Anweisungen, wie die Lückenfüllung nicht vorzunehmen sei, helfen wenig, wo ein Verstehensgeschehen einen Vorgang vor jedem methodisch geformten Verstehenswollen bestimmt. Die vom positivistischen Denken mitgeformte Auslegungsmethode hat dagegen zahlreiche subalterne Kunstgriffe entwickelt⁷, um das Lückenproblem einzuengen⁸. Wo dennoch die Lückenhaftigkeit offen bleibt, wird versucht, durch Aufwertung der für die Gesetzesauslegung diffamierten Denkfiguren des Umkehrschlusses und der Analogie⁹ die Lückenfüllung mit der Gesetzesautorität zu decken¹⁰. Dass diese Verschleierung nicht gelingen kann, ist deshalb offensichtlich, weil die verwendeten operativen Argumente ihrerseits «offen» sind¹¹. Denn gerade die Analogiebildung ist nicht Erkenntnisquelle, sondern Argument und Rechtfertigung für einen Akt gesetzesfremder Rechtsfortbildung¹², deren *ratio* eher in nichtpositiven, erst durch die Rechtsprechung zu konkretisierenden Prinzipien als im

¹ Repräsentativ: MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 263 und 316 ff.; GERMANN, Rechtsfindung, S. 108 f., 119 ff.

² MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 263.

³ GERMANN, Rechtsfindung, S. 108 f.

⁴ GERMANN, Rechtsfindung, S. 109 f.

⁵ GERMANN, Rechtsfindung, S. 117.

⁶ GERMANN, Rechtsfindung, S. 118 f.

⁷ Vgl. die Übersicht bei MEIER-HAYOZ, Richter, S. 151 ff., 157 ff.; MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 262 ff., 288 ff., und vorne Z. 198, 200.

⁸ ESSER, Grundsatz, S. 252; ESSER, Besprechung, S. 171.

⁹ Vorne Z. 201 und MEIER-HAYOZ, Richter, S. 157 ff., bes. 160.

¹⁰ ESSER, Grundsatz, S. 252.

¹¹ Das hat auch die herrschende Auslegungslehre zugegeben: vgl. vorne Z. 201; hinten Z. 270 d).

¹² ESSER, Grundsatz, S. 253.

Gesetzestext liegt. In dieser Operation kommt die Produktivität des Verstehens zur vollen Geltung.

266. Die produktive Natur des existenzial gedeuteten Verstehens wirkt an weiteren Stellen der Lückenproblematik so, dass recht eigentlich deutlich wird, wie sehr die ganze Lückenproblematik von diesem richtigen Verstehenskonzept abhängt. Wir haben einerseits gesehen¹, dass die Feststellung des Vorliegens einer Lücke das Ergebnis einer Auslegung ist², andererseits festgestellt³, dass Auslegung ein auch an der Aktualität orientiertes produktives Verstehensgeschehen ist. Der sich in den Vorurteilen ausdrückende bestimmte Bezug des Interpreteten zur Sache⁴ leitet zu einem aktualitäts- und ordnungsgebundenen Verstehen⁵, das beim Vorliegen einer Lücke keine nachträgliche Begründung im Text findet. In der gängigen Methodenlehre ist das eine Aporie. Inhaltlich ist das weniger bedeutungsvoll, weil das existenziale Verstehen, welches der Lückenfüllung zugrunde liegt, gerade jene Problem- und Wertungsbezüge impliziert, an die sich die «gewöhnliche» Auslegung anzulehnen sucht. Das bedeutet, dass die Sicherheit vor subjektiver Willkür des Interpreteten weniger in seiner Rückbindung an den Text, als im Verstehensvorgang selber zu finden ist⁶.

Das gleiche Bild zeigt sich in der Frage, ob ein Schweigen des Gesetzes qualifizierte Bedeutung habe⁷. Je nach den Forderungen, die das Verstehen aus der Aktualität an den Text stellt, konstruiert es aus dem Schweigen des Gesetzes einen inhaltlich auf den schon vorhandenen Untersatz abgestimmten Obersatz, (das ist die qualifizierte Bedeutung), aus dessen Überordnung über den schon vorher bestimmten Untersatz sich dann ein Schluss «aus dem Text» ergibt.

267. Wird gesagt, die Lücke sei das Fehlen der erforderlichen Vorschrift, ohne dass das Schweigen qualifizierte Bedeutung habe⁸, so zeigen sich in dieser Formel deutlich die «Einbruchstellen» des produktiven Verstehensvorganges. Nur die produktive Verstehensleistung und also der Interpret sagt, welche Vorschrift wo erforderlich sei; die Erforderlichkeit lässt sich

¹ Vorne Z. 204 a), 205.

² GERMANN, Rechtsfindung, S. 115; DU PASQUIER, Lacunes, S. 19, der sie allerdings für eine Folge der teleologischen Methode hält, eine typische methodische Verbrämung.

³ Vorne Z. 239 ff., bes. Z. 243 und 246 und Z. 46 ff.

⁴ Vorne Z. 245 und Z. 27 ff.

⁵ Vgl. den geforderten Aktualitätsbezug der Lückenfüllung bei BURCKHARDT, vorne Z. 262.

⁶ Vgl. hinten Z. 279.

⁷ Vorne Z. 254 ff., GERMANN, Rechtsfindung, S. 116.

⁸ MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 244.

nicht dem Gesetz «entnehmen». Ebenso legt das vormethodische Verstehen fest, wann ein qualifiziertes Schweigen «vorliegt».

268. Es wird nun deutlich, dass das gleiche zirkelhaft produktive Verstehen¹ die Methode der juristischen Auslegung wie auch die Lückenfüllung gleichsam «unterläuft» und beider inhaltliche Bestimmung vorwegnimmt. Gehen wir nun vom produktiven Verstehensbegriff als der juristischen Auslegung und der Lückenfüllung, kurz der Rechtsanwendung zugrunde liegenden Gemeinsamen aus, so zeigt sich, dass zwischen Auslegung und Lückenfüllung kein kategorischer Unterschied besteht². In beiden Bereichen sind es die klassischen rhetorischen Argumente: «wohlverstandenes Interesse», «Schutzwürdigkeit», «Natur der Sache»³, «Treu und Glauben», «Unzumutbarkeit» u. a. m.⁴, die nicht nur produktives Verstehen mehr oder weniger verdeckt beinhalten, sondern auch gleichzeitig dessen Resultat mit dem Gesetz versöhnen. Dabei zeigt sich auch, wie sehr ein Verbot der Berücksichtigung gewisser Gesichtspunkte, die das Verstehen leiten⁵, aus positivistisch-methodisch orientierter Haltung heraus den wirklichen Verstehensvorgang verkennt.

Wenn gesagt wird, es bestehe ein gradueller, quantitativer Unterschied zwischen Lückenfüllung und Auslegung, indem die Anlehnung an vorhandene Autoritäten in der Auslegung grösser sei als in der Lückenfüllung⁶, so erscheint dies in dem Masse fraglich, als sich das Verstehen überall als gleich strukturiert erweist. Allerdings, und das kann den Blick trüben, ist die Wirksamkeit der jurisprudentiellen Verstehensproduktivität⁷ im Lückenfalle viel deutlicher als in der Auslegung. Was die Begrenzung der Verstehensproduktivität in der Auslegung durch den Text betrifft, so liegt sie weniger im textlichen Ausdruck, es gibt ja Auslegung gegen den Wortlaut!, als in der schon das Vorverständnis des Interpreten mitbestimmenden systematischen Ordnung des Rechts.

269. Führen wir uns noch einmal vor Augen: In der herrschenden Auslegungslehre ist die Auslegung als methodisch reproduktives Verfahren zur Sinnermittlung gedacht; in Abhebung von ihr⁸ ist die Lückenfüllung

¹ Wie es die existenziale Hermeneutik beschrieben hat, siehe vorne Z. 26 ff.

² So im Ergebnis auch ESSER, Grundsatz, S. 255, ESSER, Interpretation, S. 377, und ZWEIFERT, Interpretation, S. 385.

³ Vgl. dazu hinten Z. 270 ff.

⁴ Siehe ESSER, Interpretation, S. 377.

⁵ GERMANN, Rechtsfindung, S. 117.

⁶ ESSER, Grundsatz, S. 253 und 255.

⁷ ESSER, Grundsatz, S. 179 f., nennt sie, seinem thematischen Ziel entsprechend: jurisprudentielle Rechtsschöpfung.

⁸ Vgl. vorne Z. 204.

eine volitiv-produktive richterliche Sinnschöpfung für den Fall des textlichen Schweigens. Nun wird klar, wie wenig diese positive Beschreibung von Lückenproblematik und Auslegung dem nun aufgedeckten, überall wirkenden Verstehensgeschehen gerecht wird. Die Auslegungslehre als Theorie der Rechtsanwendung verkennt, befangen in einem methodisch-positivistischen Objektivitätsstreben, die ihrem Objekt zu Grunde liegende tragende Kraft: das Verstehen des Interpreteten.

7. «Offene» Formeln

270. Das Klaffen einer Lücke ist nicht die einzige Stelle, an der Gedanken ins Recht einströmen, welche die deduktive Systematik nicht in den Griff bekommt. Bei aller Verschiedenheit des Herkommens, der Funktion, der Bedeutung ist das Gemeinsame von Analogie- und Umkehrschlüssen, Allgemeinen Rechtsgrundsätzen, Natur der Sache, Generalklauseln und notativer Begriffe¹, topischer Argumentation und standards, sowie von Maximen der Auslegung ihre spezifische, nicht systemkonforme Offenheit für die Aufnahme aktueller Bezüge im weitesten Sinn². Sie heben sich dadurch scharf ab von den wenigen kalkülisierten Begriffen, die die Rechtssprache auch verwendet.

a) Wir haben in der Behandlung der Allgemeinen Rechtsgrundsätze gesehen³, dass die Prinzipien zumeist problemgebunden sind, d. h., dass mindestens ihr Gedanke nicht «fertig» vorliegt, sondern sich erst in der Applikation vollendet. Dann liegt in der Konkretion eine Momentbetrachtung des Prinzips vor, welche dieses für einen bestimmten Fall und auch von diesem her aus dem Entwicklungszusammenhang löst und feststellt. Die Mitkonstituierung des Prinzips durch den Einzelfall bedeutet die Offenheit des Prinzips, um die es hier geht.

b) Die Verwendung notativer Begriffe⁴ in der Gesetzessprache entspricht dem Wunsch nach Offenheit, werden die notativen Begriffe doch gerade den normativen Begriffen alternativ gegenübergestellt. Notative Begriffe zeichnen sich dadurch aus, dass ihr Inhalt erst durch Übernahme von Konkreta des Falles vollständig und fassbar wird. Der Einzelfall ist es auch hier, der gerade durch seine Spezialität und seine Individualität den notativen Begriff mitkonstituiert. Diese Analyse trifft in gleichem Masse auch auf

¹ Vgl. W. G. BECKER, *rerum notitia*; ESSER, Grundsatz, S. 222.

² Dazu eindrücklich im Hinblick auf Inhaltsgebung von Verfassungsbegriffen durch niederrangige Normen auf dem Wege solcher Formeln: LEISNER, *Verfassungsmässigkeit*, bes. S. 11 ff.

³ Vorne Z. 226, 227, 229.

⁴ Vgl. W. G. BECKER, *rerum notitia*, S. 489 ff.

die Generalklauseln des Gesetzes zu. Die notativen Begriffe und Generalklauseln kommen dadurch der produktiven Natur der Rechtsanwendung entgegen¹. Wie weit mit notativen Begriffen auch umfasst wird, was heute standard und Natur der Sache² heisst, müsste noch näher untersucht werden.

c) Topische Argumentation ist in einem sehr hohen Masse «offen», verzichtet sie doch zunächst auf jede systematische Bindung³, um die richtig scheinende Fallösung zu finden.

d) Analogie- und Umkehrschluss sind keine logischen Operationen⁴, denn sie lassen antinomische Schlüsse zu⁵. Erst die Bestimmung des «Gleichen» usw., die notwendigerweise aus der Einzelfrage geschieht, legt den «Schluss» inhaltlich fest. Auch er ist also vom aktuellen Fall konstituiert und damit Ausdruck der «Offenheit».

e) Die Natur der Sache ist eine Formel, deren Wirkungskraft von ihrer Evidenz abhängt. Die Evidenz ihrerseits stammt aus Strukturen von sachlichen Gegebenheiten, die im Fall zur Frage stehen⁶. Damit ist auch die Formel der Natur der Sache problemgebunden⁷. Mit dieser Sachbezogenheit ist sie gleichzeitig Instrument der Konkretisierung von Prinzipien und Rechtsgrundsätzen⁸.

f) Der standard ist ein Begriff, der das «Normale», «Erwartete» eines Sachverhalts beinhaltet. Er ist so von der Gesamtschau tatsächlicher Gegebenheiten mit ihren sozialen Wandlungen geprägt und wandelt sich mit ihnen. Damit weist auch der standard jenen typischen Offenheitsbezug auf, der uns veranlasste, die beschriebenen Begriffe als «offene» Formeln zu bezeichnen.

271. Wir haben gesehen⁹, dass das hermeneutische Phänomen durch seine Fragenatur den Interpreten den Text als Antwort auf eine bestimmte historische Frage sehen lässt. Mit der Rekonstruktion dieser Frage hat der Interpret aber auch schon den Fragehorizont fragend überschritten. Deshalb ist der Sinn eines Satzes relativ auf die Frage, für die er Antwort ist. Durch das notwendige Überschreiten des Fragehorizontes durch den Interpreten errichtet dieser je einen neuen Fragehorizont, von dem her sich der

¹ BECKER, *rerum notitia*, S. 491.

² BECKER, *rerum notitia*, S. 9, sieht diesen «engen Bezug».

³ Sie verneint sie zwar nicht schlechthin, konnte aber bisher keinen positiven systematischen Bezug aufzeigen, vgl. vorne Z. 233.

⁴ Vgl. vorne Z. 211, Z. 265.

⁵ ESSER, *Interpretation*, S. 374 Z. 4.

⁶ Vorne Z. 269.

⁷ Vorne Z. 270.

⁸ LIVER, *Rechtsquelle*, S. 27.

⁹ Vorne Z. 44 ff.

Textsinn bestimmt¹. Von hier aus wird nun klar, dass die Offenheit der offenen Formeln im Grunde explizite Bezugnahme auf die Frage bedeutet, die der mit der Formel operierende Text oder Rechtsanwender beantwortet. Die Offenheit bedeutet «Relativierung» des Inhalts auf die jeweilige Frage hin. Das Vorverständnis, der Sachbezug, der die Fragestellung erst ermöglicht², leitet auch die Verstehensleistung, welche die «Offenheit» der Formel im einzelnen Fall «schliesst», indem es den Inhalt der Antwort, den die Formel gibt, durch sein vorläufiges Aktualitäts- und Fallverständnis bestimmt.

272. Freilich ohne näher auf die Verstehensstruktur einzugehen hat ESSER³ doch klar erkannt, dass alles Argumentieren aus dem Text, mit welchen Formeln das auch immer geschehe, nur dann die gefundene Lösung überzeugend begründet, wenn es das Verständnis, das den Weg zur Lösung gezeigt hat, bezeuge und klar werden lasse. Gerade dies gelingt aber erst dann, wenn die wahre Struktur des Verstehens erkannt ist und so die Behauptung entkräftet wird, es handle sich in dieser Begründung um subjektive Beliebigkeiten «freirechtlicher oder gefühlsjuristischer»⁴ Anschauung.

Die Wirkung des existenzial geklärten Verstehens ist in den offenen Formeln deutlich. Die neuste juristische Literatur hat deren Symptome denn auch erkannt, ohne allerdings die tragenden Zusammenhänge aufzudecken⁵.

a) Die Analogie und der Umkehrschluss bleiben so lange bequeme Mittel subjektiv-willkürlicher Begründung⁶ und somit Ausdruck der «rhetorischen» Kunst des Juristen, «nach Bedarf» Argumente zu finden⁷, als die wirkliche Verstehensstruktur nicht aufgedeckt ist. Dann aber wird klar, dass die vorgängige Bestimmung des «Gleichen», «Ähnlichen» usw.⁸ von einem bestimmten Vorverständnis⁹ abhängt, das seinerseits Teil und Bedingung des wirklichen Verstehensvorganges ist.

b) Auslegungsmaximen, wie etwa die der völkerrechtlichen *efficacité* oder die Maximen der Vertragsauslegung¹⁰ erscheinen in ihrer Logik relati-

¹ Vorne Z. 45 i.f.

² Vorne Z. 27.

³ ESSER, *Interpretation*, S. 374, Z. 4 i.f.

⁴ MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 174.

⁵ Vgl. ESSER, *Grundsatz*; ESSER, *Interpretation*; VIEHWEG, *Topik*; STRACHE, *Standards*; MÜLLER, *Normstruktur*.

⁶ GERMANN, *Grundfragen*, S. 130; ESSER, *Interpretation*, S. 374.

⁷ ESSER, *Grundsatz*, S. 127 f.

⁸ Vgl. dazu vorne Z. 211 und MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 346 ff.

⁹ So auch ESSER, *Interpretation*, S. 374, Z. 4.

¹⁰ Vgl. ESSER, *Grundsatz*, S. 123 ff.; ESSER, *Interpretation*, S. 378, Z. 2 und 3.

viert durch ihre Vorwegnahme des Resultats. Die Relativierung auf den regelungsbedürftigen Fall zeigt aber gerade, dass in ihnen richterliches Vorverständnis zum Tragen kommt¹.

c) Wie schon vorne² gesehen, ist die Evidenz der Natur der Sache, auch wo sie sich auf natürliche Gegebenheiten stützt³, von einer bestimmten Fragestellung abhängig und mit dieser wandelbar. In der Fragestellung wird wiederum ein bestimmtes Vorverständnis⁴ deutlich, welches die Struktur der Natur der Sache bestimmt. Es wird darüber hinaus von STRATENWERTH⁵ die Abhängigkeit des Vorverständnisses von bestimmten Wertgesichtspunkten betont. Das spricht nicht gegen die Wirkung des existenzial gedeuteten Verstehens, ist doch lediglich die Frage nach deren gegenseitigen Bezügen noch nicht beantwortet, ja vielleicht gar noch nicht gestellt.

d) Die Allgemeinen Rechtsgrundsätze gewinnen festen Gehalt durch die Übernahme in Norm oder Urteil. Allein, diese Übernahme löst den Grundsatz aus seiner historischen und fortdauernden Entwicklung unter einer bestimmten Perspektive der Applikation. Diese Perspektivität der Übernahme zeigt das Wirken jener schon vorne⁶ beschriebenen Verständnisstrukturen.

e) Wiederum erweist sich die Topik als ganz klarer Wirkungsbereich des existenzial gedeuteten Verstehens, geht ihre Absicht doch dahin, problemorientierte Lösungen unter Verzicht auf systematische Gesamtschau zu finden. Dabei ist nach VIEHWEG⁷ ein vorläufiges Verständnis notwendig, «welchem irgend etwas überhaupt als ernstzunehmende Frage erscheint». Dieses Vorverständnis soll, und das ist die weitere Forderung der Topik, aus dem Topoikatalog Argumente schöpfen, die das Verständnis aufbauen. Darin liegt ein weiteres Beispiel eines produktiven zirkelhaften Verstehensvorganges, der die Topik prägt. Allerdings bleibt zweifelhaft, ob der topische Ansatz bewusst auf existenzial gedeutetem Verstehen aufbaut. Sein zunächst antisystematisches Gebaren, wie auch seine Selbstdarstellung als *methodische* Alternative lassen die Frage offen⁸.

f) Schliesslich sind standards und, unter Berücksichtigung ihrer vorne⁹ angedeuteten unterschiedlichen Eigenstruktur, auch die notativen Begriffe

¹ Vgl. vorne Z.271.

² Vorne Z.219.

³ Vorne Z.270 e).

⁴ STRATENWERTH, Natur der Sache, S.24, vorne Z.219.

⁵ STRATENWERTH, Natur der Sache, S.21f., 24.

⁶ Vorne Z.229 i.f., Z.270 a); LIVER, Rechtsquelle, S.26ff.

⁷ VIEHWEG, Topik, S.18f.

⁸ Darin liegt die Gefahr, den Methodenpluralismus zu zementieren, KRIELE, Rechtsgewinnung, S.116.

⁹ Z.270 b) und f).

nur dann in ihrer Verwendung klar, wenn in ihnen die Wirkung des existenzialen Verstehens erkannt wird. Die im standard geschehende Anverwandlung des Überlieferten, (als des Normalen, Erwarteten), zu Eigenem ist die für die Verstehensleistung bezeichnende Horizontverschmelzung, durch die das Verstehen Vergangenes mit Gegenwärtigem vermittelt¹. Ohne Fruchtbarmachung durch die produktive Verstehensleistung in der Applikation wäre ihre Konstituierung vom «Normalen» bzw. «konkret Gegebenen» her nicht vollziehbar. Denn nur so erklärt sich, warum Norminterpretation und Applikation im standard untrennbar sind².

273. Nachdem nun deutlich geworden ist, wie in den offenen Formeln das Verstehen unbehindert von falschen methodischen Bindungen zur Wirkung kommt, liegt die Versuchung nahe, durch gewollte richterliche und gesetzgeberische Ausdehnung der Verwendung offener Formeln³ dem wahren Verstehensgeschehen entgegenzukommen. Wo die Natur juristischen Denkens auf Grund des Nachweises des Durchbruchs topischen Denkens ins System für im Grunde topisch erklärt wird⁴, wo die Verbreitung von standards im Unterschied zu fest umrissenen Begriffen die Begründung für juristisches Standard-Denken ist⁵, werden im Grunde genommen Alternativen methodischer Natur angeboten. Ohne konsequent die Verstehensstruktur zu verfolgen, versprechen sie, zu einer besseren, da am Fall orientierten und daher gerechteren Rechtsanwendung zu gelangen.

Dennoch scheinen uns solche methodische Forderungen verfrüht, und das ist der Grund, weshalb wir⁶ mit GADAMER es ablehnten, die Beschreibung des Verstehens in eine Methodenforderung zu fassen. Denn es besteht die Gefahr, dass durch die Darstellung des Verstehensvorganges in den offenen Formeln der Eindruck erweckt wird, die Verstehensstrukturen entfalteteten sich nur in ihnen.

274. Sind einmal Struktur und Wirkungsweise des Verstehens im Allgemeinen und gerade auch im Bereich des Rechts beschrieben, so ist offensichtlich, dass nicht nur topisches Denken aus einer Sinnerwartung heraus ein Problem aufgreift, um von diesem her eine Lösung heuristisch aufzubauen. Denn gerade diese angeblich für die Topik wesentlichen Momente sind auch Teilakte des Verstehensvorganges, wie er existenzial beschrieben wird. Der von der Topik in den Vordergrund geschobene aktuelle Pro-

¹ Vorne Z. 52.

² STRACHE, Standards, S. 100.

³ Man denke an die «Flucht in die Generalklauseln» HEDEMANNs.

⁴ VIEHWEG, Topik.

⁵ STRACHE, Standards.

⁶ Vorne Z. 186.

blembezug juristischen Denkens ist eben Attribut geisteswissenschaftlichen Verstehens überhaupt. Und nun erweist sich aus dieser Sicht auch die Aufzählung von «Einbruchstellen» topischen Denkens ins Recht¹ als überflüssig und Ausdruck bisherigen Auslegungsverständnisses. Das vermeintlich topische Denken, welches hier einbrechen soll, ist im Verstehen als solchem immer schon gegeben. Die Topik erscheint insofern als Verkürzung der Verstehensproblematik, als sie diese unvollständig in sich aufnimmt, um dann doch auf dieser relativ schwachen Basis eine Alternative zur herrschenden juristischen Methode aufzubauen. In dieser Forderung verkennt sie den umfassenden, vorpositiven Charakter des Verstehens.

Verzichtet man auf das Kleid der methodischen Forderung, gerade etwa in Form der Topik, so verliert man deswegen nicht die Erkenntnis der Wirkungsweise des Verstehens. Wohl vermeidet man aber die Verstrickungen, die sich aus der Kontroverse um den Sinn der Systematik ergeben².

275. In ähnlicher Weise scheint uns das Denken in standards eine Verkürzung zu sein. Auch hier besteht zwar kein Zweifel an der Richtigkeit des hermeneutischen Ansatzes, deckt er sich doch mit der Verstehensstruktur in der existenzialen Beschreibung. Aber spätestens dort, wo der Verdacht aufkommt, diese Verstehensstrukturen wirkten nur in den standards³, muss die Kritik einsetzen. Nicht nur ist hier die inhaltliche Unvollständigkeit in der Aufnahme des Verstehensgeschehens unbefriedigend; der standard als wenn auch offener Begriff erweckt den Verdacht, es handle sich um ein gesetzestechnisches Entgegenkommen begrifflicher Natur, das im standard eine Form zur Verfügung stellt, in der das umfassende, vorpositive Verstehensgeschehen innerhalb positiver Schranken wirken darf. Das würde dem erkannten Verstehensgeschehen in keiner Weise gerecht und es fragt sich, ob eine solche Betrachtung nicht Ausdruck eines letztlich noch im Gesetzespositivismus befangenen Denkens ist.

276. Wollte man die erkannten Verstehenselemente und -strukturen in ein methodisches Konzept fassen, was wir uns in diesem Rahmen versagen müssen, so wäre darauf zu achten, dass die Beschreibung des Verstehens nicht durch das methodische Ziel verkürzt oder beschränkt würde. Das ist eine Frage der Perspektive, die sich danach entscheidet, ob das gesetzestheoretische Denken wirklich überwunden ist. Schon damit die Subjekt-Objekt-Dichotomie der herrschenden Anschauung vermieden wird, muss der Text vom Verstehensvorgang her gesehen werden, nicht das Verstehen

¹ Vorne Z. 233.

² Vorne Z. 235; KRIELE, Rechtsgewinnung, S. 114ff., 121, 149ff.

³ Das ist bei STRACHE, Standards, S. 101, 105, bes. 106f., der Fall.

ausgehend vom Text. Nur so kann eine methodische Erfassung dem Verstehen gerecht werden, für welches die offenen Formeln deutliche Stellen seiner Wirkung, aber nicht alleiniger Ausdruck sind.

8. Verstehen, Rechtssicherheit und Gewaltenteilung

277. Gehen wir vom umfassend wirkenden Verstehensvorgang aus, wie wir ihn auf Grund der existenzialen Beschreibung für den Bereich des Rechts nachgewiesen haben, dann stellt sich die Frage, ob solches Verstehen mit der Forderung nach Rechtssicherheit vereinbar sei. Auf dem Boden der heute herrschenden, einem Objektivismus verpflichteten Methodenlehre erscheint jede Tätigkeit des Subjekts, die nicht methodisch gelenkt und kontrolliert ist, als mögliche Willkür. Es handelt sich letztlich um die gleichen Bedenken, die innerhalb der Auslegungsmethode heute zur Ablehnung der subjektiven Spielarten führen. Allein, diese Furcht vor der Willkür, die sich in der Gleichstellung subjektiver Tätigkeit mit Willkür deutlich zeigt, entspringt jener Subjekt-Objekt-Spaltung, die als Deutung des Verstehens- und Auslegungsvorganges keine überzeugende Beschreibung abgibt¹. Insbesondere gelingt es ihr nicht, die Vermittlung von Subjekt und Objekt in der Auslegung so darzustellen, dass beider Wirkung im Verstehensvorgang klar würde. Denn die Frage nach dem Wie des Verstehens hat sich in diesem Denken zur Frage nach dem Soll des Verstehens gewandelt². Durch diese Wendung, und das musste auch gegen die Auslegungskanon des BERTIS eingewendet werden, versagt sich die Methode die Möglichkeit, die von ihr befürchtete «Willkür» auszuschalten. Denn wäre im Verstehen des Interpreten Willkür zu erblicken, so wäre sie mit dem Verstehen schon vor aller Methode gegeben.

278. Nun kann aber von Willkür im Verstehen gar keine Rede sein. Einmal, das muss klargestellt werden, erhebt die existenziale Hermeneutik gerade nicht die Forderung, der Interpret solle bewusst vom Text abweichen. Dann aber ist die Aufgabe des Richters, durch die Auslegung das System seiner Zeit zu integrieren, deutlicher Ausdruck der Bindung des Richters an die Gesamtordnung. Die Aufgabe, das Rechtsgefühl «aller billig und gerecht Denkenden» zum Ausdruck zu bringen, erfüllt der Richter als Exponent des gesellschaftlichen Bewusstseins³, in welchem er gebunden ist. In Erfüllung dieser Aufgabe, die die «pluralistische Rechtsquellenlehre»

¹ Vgl. vorne Z. 62ff. und 158ff.

² Vorne Z. 169.

³ Vgl. ESSER, Grundsatz, S. 82ff.

mitbegründet hat, entwickelte richterliche Problembehandlung in principle, precedent and rule eine eindrückliche Kontinuität¹, die geradezu eine «prälegislative» Bedeutung kasuistischer Rechtsentwicklung² anzeigt³.

Überdies stehen die das Verstehen leitenden Vorurteile dem Interpreten nicht zur beliebigen Verfügung⁴, und gerade durch das Vorverständnis strömen Ordnungs- und Systemgedanken in den Verstehensvorgang, die den Interpreten in der rechtlichen Gesamtordnung binden. Dadurch wird die Rechtssicherheit insofern garantiert, als man der Idee nach wissen kann, «woran man ist»⁵.

279. Wir haben im Verlauf unserer Untersuchung gesehen, dass existenziales Verstehen eine «Wertbindung» nicht geradezu ausschliesst⁶. Die Frage scheint noch offen. Wertbindung muss nicht bedeuten, dass das Verstehen inhaltlich apriorisch von Werten bestimmt ist, wie das Verstehen vom Glauben her⁷. Es genügt, dass Werte sich dem Vorverständnis zuspieren, um sich im durch das Vorverständnis geleiteten Verstehensvollzug der Applikation zu bewähren⁸. So käme ein Wertbezug im Zirkel des Verstehens zur Konkretisierung, wie sie bei GERMANN öfters angedeutet wird⁹, wenn er einerseits die Auslegung auf Werten beruhend darstellt, andererseits fordert, die Auslegung müsse Wertverwirklichung sein¹⁰. Das trifft etwa dort zu, wo der Richter erst in concreto den Massstab der Gerechtigkeit findet¹¹ und dann zur Feststellung gezwungen ist, ein widersprechendes, der bewährten Auslegung aber entsprechendes Resultat könne nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein.

Schliesslich sind auch gerade die offenen Formeln Durchgangspunkte für einen Wertbezug des Verstehens. Denn im Rückgriff auf die «accepted standards of right conduct» findet der Richter wirkliche Garantien für

¹ MEIER-HAYOZ, Richter, S.96, irrt, wenn er die Kasuistik für arbiträr hält. Gleiches gilt auch für die Verunsicherung des Verfassungsrechts durch die Kasuistik bei FORSTHOFF, Umbildung, S.168.

² ESSER, Grundsatz, S.291.

³ LEISNER, Grundrechte, S.200, spricht von der Notwendigkeit der «Lenkung» richterlicher Rechtsschöpfung im Interesse der Rechtssicherheit.

⁴ Vorne Z.28.

⁵ Vorne Z.59 und Z.215.

⁶ Man denke noch einmal an den Ansatz des Existenzialismus, vorne Z.151; er deckt sich mit der Deutung, die WELZEL, Naturrecht, dem kategorischen Imperativ KANTS gibt und selbst als Orientierungspunkt der Rechtsverwirklichung anerkennt. Vgl. auch die Zustimmung SCHNEIDERS, VVDStRL 20, S.24.

⁷ Vorne Z.127.

⁸ Vgl. für die Verfassungsauslegung hinten Z.347 ff., 353 ff., bes. 356; 358 ff.

⁹ Vgl. vorne Z.247, bes. Anm.4.

¹⁰ Z. B. GERMANN, Grundfragen, S.130, auch EGGER, Art.1, N.10f.; W.BURCKHARDT, Lücken, S.97.

¹¹ ESSER, Grundsatz, S.243.

Übereinstimmung seiner Grundeinstellung mit dem Rechtsleben seiner Zeit¹.

280. Nachdem wir die interpretatorische Tätigkeit mit Neudenken eines Gedachten umschrieben haben, liegt die Frage nahe, ob denn der Richter Rechtsquelle sei, und ob dadurch allenfalls das Prinzip der Gewaltenteilung durchbrochen sei. Nun ist in der Tat klar, dass das gesetzte Recht notwendigerweise durch die Anwendung verändert, fortgebildet wird², weil jede verstehende Beschäftigung mit einem Text seine Fortbildung impliziert. Die in jeder Applikation vollzogene Sinndeutung wirkt auf die weitere Entwicklung der textlich fixierten Norm ein. Insofern ist der Richter Rechtsquelle, als er durch seine im Verstehen vollzogene Rechtsfortbildung das Gesetz lebendig erhält; und: Wer das Gesetz weiss, ohne die Praxis zu kennen, der kennt das Recht nicht³. Kein Zweifel, dass der Richter kraft seiner Verstehensleistung notwendigerweise Rechtsquelle ist⁴. Allerdings ist die Qualifikation des Richters als Rechtsquelle nun nicht mehr auf die «selbständige richterliche Rechtsfindung» beschränkt, wirkt doch das neudenkende Verstehen eines Gedachten ganz umfassend^{5, 6}.

281. Mit dieser Feststellung ist die Frage nach der Verletzung der Gewaltenteilung noch nicht beantwortet. Denn eine pluralistische Rechtsquellenlehre beinhaltet nicht notwendigerweise eine Gleichstellung der verschiedenen Quellen. Vieles hängt dabei ab von der Deutung, die das Prinzip der Gewaltenteilung erfährt. Ohne diese komplexe Frage hier in Einzelheiten zu verfolgen, scheint es uns notwendig, zu verhindern, dass Prinzipien und tragende Grundsätze gerade des Staatsrechts zu Selbstzwecken werden und als solche erstarren. In diese Gefahr begibt sich aber gerade jene Auffassung der Gewaltenteilung, die in ihr eine institutionell gesicherte, schematische Funktionsunterscheidung sieht⁷. Zudem wird eine solche Deutung dem Bild der Gegenwartsdemokratien nicht gerecht, das sich gerade durch eine zunehmende Verflechtung der drei Gewalten auszeichnet⁸. Für die Lage in der Schweiz hat dies mit Blick auf die richter-

¹ ESSER, Interpretation, S. 379.

² So auch LARENZ, Methodenlehre, S. 274, und vorne Z. 249.

³ Als einleuchtendes Beispiel diene die Rechtslage in Frankreich; «La jurisprudence représente le véritable droit positif» (GÉNY).

⁴ So auch ESSER, Besprechung, S. 174, mit Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 2 ZGB und dessen Geschichte, vgl. vorne Z. 244; HUBER, Probleme, S. 112.

⁵ Vorne Z. 268, wo gezeigt wurde, dass zwischen Lückenfüllung und Auslegung kein qualitativer Unterschied besteht. Vgl. dazu auch BÄUMLIN, Staat, S. 30 f., 46.

⁶ Ausführlich zur Frage des Verhältnisses von Gesetzgebung und richterlicher Rechtssetzung: LESS, Wesen, bes. S. 59 ff., 62 f.

⁷ Vgl. dazu SCHEUNER in AÖR 88, 1963, S. 115 f.

⁸ BÄUMLIN, Staat, S. 39.

liche Gewalt EICHENBERGER¹ besonders deutlich hervorgehoben. So scheint es denn richtiger, die Gewaltenteilung als jene «bewusstseinserschließende» Funktion zu deuten, in welcher IMBODEN² den «eigentlichen Damm» gegen staatliche Allmacht gesehen hat. In der Zuordnung staatlicher Kräfte zu einander und als Massstab zur Gewinnung konstruktiver Mitwirkung ist die Gewaltenteilung Modus der Mässigung der Macht³.

Gehen wir von der tragenden Motivierung des Gewaltenteilungsprinzips aus, dem Streben nach Bindung der Macht, dann ergibt sich für unsere Frage folgendes Bild: Zwar liegt in der Erkenntnis des Rechts im Urteil eine auf den individuellen Adressaten und den konkreten Sachverhalt bezogene Rechtsbildung und damit Rechtssetzung; unbestreitbar wirkt auch jede so vollzogene Setzung auf die Gesamtheit des Rechts und bildet sie fort^{4, 5}. Aber der Anstoss zu dieser Tätigkeit ist nicht in das richterliche Belieben gestellt⁶ und der Rahmen⁷ der richterlichen Tätigkeit ist durch die Rechtsordnung abgesteckt. Wir haben vorne⁸ gesehen, welche Bindungen die Rechtssicherheit verbürgen und die Richter«macht» beschränken. So ist die richterliche «Legislativ»funktion in der Rechtsprechung nicht eigene Machtausübung.

Diese Schranken machen es unmöglich, den Richter als Gesetzgeber auf einem der Legislative ebenbürtigen Niveau zu deuten⁹. Die Alternative zwischen Monopol der Legislative und allgemeiner Delegation an den Richterstand ist vom Leben schon in einer ganz bestimmten Weise entschieden worden¹⁰, die deutlich werden lässt, dass die rechtssetzende Macht des Richters in einer spezifischen Unterordnung unter die Legislative bleibt. So kann von einer die Gewaltenteilung verletzenden Machtballung gerade nicht gesprochen werden¹¹.

Der «Ausbau der gesetzgeberischen Methode»¹² ist nicht eine Forderung an die Legislative, sondern bleibt dem Richterstand anheimgegeben, der ihr durch die Wirkung des Verstehensvorganges bereits, oft ohne sich dessen bewusst zu werden, nachgekommen ist.

¹ EICHENBERGER, Unabhängigkeit, S. 118 ff., 162 ff.

² Die Staatsformen, Basel 1959, S. 55.

³ SCHEUNER, AÖR 88, 1963, S. 116.

⁴ Für GIACOMETTI, Lehren, genügt das zur Annahme einer Verletzung der Gewaltenteilung, vgl. S. 208, bes. Anm. 31.

⁵ Dazu eingehend: LESS, Wesen, S. 66, der so weit geht, Gesetzgebung und Rechtssetzung rechtssystematisch den gleichen Rang einzuräumen.

⁶ So auch EHMKE, VVDStRL 20, S. 69.

⁷ Vgl. vorne Z. 244.

⁸ Z. 278 f.

⁹ Vgl. dazu LEISNER, Betrachtungen, S. 642 f.

¹⁰ ESSER, Besprechung, S. 175.

¹¹ Im Ergebnis gleich: MEIER-HAYOZ, Art. 1, N. 315.

¹² MEIER-HAYOZ, Richter, S. 252.

ABHANDLUNGEN
ZUM SCHWEIZERISCHEN RECHT

NEUE FOLGE

BEGRÜNDET VON †PROF. DR. MAX GMÜR
FORTGESETZT DURCH †PROF. DR. THEO GUHL

HERAUSGEGEBEN VON

DR. HANS MERZ

PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT BERN



BERN · VERLAG STÄMPFLI & CIE AG · 1971

DR. HANS GEORG HINDERLING

RECHTSNORM
UND VERSTEHEN

DIE METHODISCHEN FOLGEN
EINER ALLGEMEINEN HERMENEUTIK
FÜR DIE PRINZIPIEN
DER VERFASSUNGS AUSLEGUNG



BERN · VERLAG STÄMPFLI & CIE AG · 1971