

Bundesrichter Dr. h. c. *Hans Peter Walter*, Lausanne/Bern¹

Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung

«*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur... Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle.*» Montesquieu²

I. Abkehr von Subsumtionsautomaten

Die Zeiten haben sich geändert. Die Richter und Richterinnen sind mündig geworden und verstehen sich als selbständige und eigenverantwortliche Sekundanten der Rechtsentwicklung. Sie haben alles Mystische abgelehnt, weil die Mystiker – wie Hermann Hesse³ meint – jene Denker sind, welche nicht von den Vorstellungen loskommen können, also überhaupt keine Denker. Richterliche Rechtsfortbildung ist längst kein Tabu mehr, bloss weiss niemand so recht, wo sie beginnt und wo sie zu enden hat. Vorverständnisse und Wertausrichtungen bestellen zeitgemäss das Feld der Rechtsanwendung, die zudem – wohl um die Nähe zum Zufallsfund des Schatzes zu zeigen – in Rechtsfindung umfirmiert hat. «Die Feststellung, dass der Richter, wenn er zwischen Sinnvarianten auswählt, nicht unpolitisch vollstreckt, sondern folgenorientiert gestaltet, lässt den juristischen Atem nicht mehr stocken»⁴.

Und dennoch ist die Aussage Montesquieus nicht einfach schnöde Makulatur. Abgesehen davon, dass sie beharrlich und meist bewusst fehlgedeutet wird, weil ihr Wortsinn im System des Gesamtwerks richtig hinterfragt das plakativ gewollte Ergebnis nicht auszuweisen vermöchte⁵, gibt sie vielleicht bloss eine veraltete Antwort auf die unverändert aktuelle Frage nach der eigenständigen Stellung der Justiz in der Rechtsverwirklichung. Die Zuständigkeit an Frage und Antwort aber und deren Bezug zur gesellschaftspolitischen Zeitentwicklung sind weiterhin zentrale Probleme jeder Methodologie. Letztlich dreht sich alles um Autorität und Verantwortung, um

Geltungsanspruch und Rechtfertigung einer Regel in der sozialen Wirklichkeit, sei sie durch Gesetzgebung, Wissenschaft oder Rechtsprechung geschaffen und bekräftigt. Man mag diese normativen Geburten bildhaft anschaulich als Rechtsquellen bezeichnen, im Ergebnis bedeutsam werden sie allemal erst im gefächerten Delta ihres Zuflusses in die Rechtswirklichkeit, bei der Suche nach dem schiffbaren Arm zum angepeilten Ziel. Damit schlägt sich der Bogen zum Thema, und ich nehme die Sentenz meiner Ausführungen vorweg: Das Bundesgericht oder besser sein jeweiliger Spruchkörper lässt sich zwar nach den Vorgaben des Gesetzgebers in den Wasserweg der Rechtsfindung gleiten, steuert danach aber selbständig einer der vom Flusslauf vorgegebenen Mündungsstellen zu und lässt sich den Kurs durch normative oder dogmatische Vorgaben wohl vorzeichnen, nicht aber vorschreiben. Sein autonom beanspruchter Pluralismus bestimmt nicht den Anfang, sondern das Ende seiner hermeneutischen Tätigkeit.

II. Methodenvielfalt

Der Begriff des Methodenpluralismus ist aus dem doppelten Streben des Bundesgerichts gewachsen und zu verstehen, zum einen den Einzelfall richtig zu beurteilen und zum andern den Entscheid in den Dienst einer generalisierenden Rechtsverwirklichung und Rechtsfortbildung zu stellen.

Im Jahre 1955 unterstellte *Hans Huber* dem Gericht einen Methodensynkretismus, in der Sprache der Philosophen eine unkritische Übernahme und Kompilation verschiedenartiger methodischer Ansätze und deren Verschmelzung zu einem nicht in sich geschlossenen, vom Zeitgeist oder ähnlichem Belieben abhängigen Zusammenhang⁶. Der Vorwurf schmerzte, besonders aus der Feder eines früheren Kollegen. Das Ge-

¹ Die Ausführungen beruhen auf einem Gastvortrag des Verfassers vom 15. Juni 1999 an der Universität Basel.

² De l'esprit des lois, 11. Buch, 6. Kapitel.

³ Narziss und Goldmund, 18. Kapitel.

⁴ Ogorek, Gibt es eine Methode der Rechtsanwendung?, recht 1995, 141.

⁵ Ogorek, De l'Esprit des légendes oder wie gewissermassen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, Rechtshistorisches Journal 1983, 277 ff.

⁶ ZBJV 91 (1955) 161 ff., 166.

richt bemühte sich daher um methodologische Klärung, vermochte sich aber – offensichtlich auch angesichts unterschiedlicher Auffassungen in den jeweiligen Spruchkörpern – nicht verbindlich zu einer der damals als gängig angebotenen Auslegungsmethoden zu bekennen. Vorsichtig legte es daher in zwei Entscheiden des Jahres 1957 dar, es habe bisher keine Auslegungsmethode absolut ausgeschlossen, im allgemeinen zwar der objektiv-zeitgemässen den Vorzug gegeben, ohne indessen die subjektiv-historische mit ihrem Rückgriff auf verbindliche und quasi-verbindliche Materialien schlechthin abzulehnen, weil stets jene Methode vorzuziehen sei, die im Einzelfall den wahren Sinn der Norm am besten offenlege⁷. Darob erschrak sich wiederum *Hans Huber* aus der Vorstellung, die Bestimmung der Interpretationsmethode könnte vollends dem Gutdünken überlassen werden, nichts Vorgegebenes mehr sein, kein Residuum aus der notwendigen Scheidung von zulässigem und unzulässigem Vorgehen⁸. Andere Kritiker sind ihm bis auf den heutigen Tag gefolgt, sprechen von «grundsätzlicher Grundsatzlosigkeit» der bundesgerichtlichen Methodologie⁹, von einer «méthode sans méthode»¹⁰ oder von einem zirkulären Prozess der Auslegung, in welchem die Wahl der das Einzelproblem entscheidenden Auslegungsmethode vom Problem selbst gesteuert werde, die Argumentation sich daher in einer *Petitio principii* erschöpfe¹¹. Ohne es vorerst zu werten hat *René Rhinow* das Vorgehen des Bundesgerichts unter den Begriff des «Methodenpluralismus» gestellt¹², und die Rechtsprechung hat sich die wohlklingende Terminologie erstmals im Jahre 1984¹³ zu eigen gemacht und seither beibehalten. Zwar hat auch *René Rhinow* später gemessen an den tradierten Konzeptionen ein zum Teil widersprüchliches Bild der höchstrichterlichen Methodenpraxis auszumachen geglaubt und sich über das zunehmende Unbehagen gegenüber einem «Methodenpragmatismus» nicht gewundert, desungeachtet aber die Frage gestellt, ob letztlich nicht allein diese flexible Handhabung der herkömmlichen Methodenregeln dem Bundesgericht erlaube, seiner Aufgabe gerecht zu

werden¹⁴. Das Gericht hat auch diesen Strohalm beherzt ergriffen und nimmt seit dem Jahre 1995 einen «pragmatischen Methodenpluralismus» für sich in Anspruch¹⁵. Diesen bringt es – mit Variationen seiner Gerichtsschreiber – gegenwärtig in zwei, meist kombiniert verwendeten Grundformeln zum Ausdruck, die im Wesentlichen wie folgt lauten:

Die erste Formel¹⁶:

«Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, d. h. nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrundeliegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode, ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die *Ratio legis*, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Zwar ist die Auslegung des Gesetzes nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist...»

Die zweite Formel¹⁷:

«Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die rechtsanwendende Behörde in der Regel an den klaren und unzweideutigen Wortlaut einer Bestimmung gebunden (...), doch sind Abweichungen von einem klaren Wortlaut zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (...). Vom Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die wörtliche Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann (...). Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (systematische, teleologische und historische (...), auch rechtsvergleichende (...)), wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (...).»

Beide Formeln haben der Kritik Nahrung gegeben. Der ersten wird entgegengehalten, sie sei unklar¹⁸, widersprüchlich¹⁹, lasse nur zum Rät-

⁷ BGE 83 I 173 E.4, 83 IV 121 E.2.

⁸ ZBJV 94 (1958) 457 ff., 466 f.

⁹ *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 221 zu Art. 1 ZGB mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ *Pichonnaz/Vogener*, AJP 1999, 417 ff.

¹¹ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 93, mit Hinweis auf *Schünemann*, Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, FS Ulrich Klug, Band I, Köln 1983, 169 ff., 171 f.

¹² *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel und Stuttgart 1976, Nr. 20 Bem. I.

¹³ BGE 110 Ib 1, 8.

¹⁴ *Rhinow/Krähenmann*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt 1990, 60 lit. h; ähnlich *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, Basel und Frankfurt a. M. 1991, 111 und 145 sowie *Ogorek*, Der Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief, Beiheft 15 zur ZSR, Basel 1993, 32.

¹⁵ BGE 121 III 219 E.1d/aa.

¹⁶ BGE 123 III 24 E.2a.

¹⁷ BGE 124 III 266 E.4.

¹⁸ *Kramer* (Fn. 11), 95.

¹⁹ *Höhn*, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993, 214.

seln Raum²⁰ oder werde als Kompromissformel nun wirklich allen Bedürfnissen gerecht²¹. Aus der zweiten wird ein methodologischer Selbstbedienungsladen abgeleitet²² oder maliziös die Frage gestellt, weshalb wohl der Gesetzgeber so häufig etwas ganz anderes sage als er eigentlich sagen wolle²³. Immerhin hat *Giovanni Biaggini* die Methodenpraxis des Bundesgerichts fundiert in ein «milderes Licht gestellt»²⁴, die Elementenauswahl als Wille zur Respektierung des Gesetzgebers gedeutet und damit einem übergeordneten sachlichen Gesichtspunkt unterstellt²⁵. Vielleicht hat auch *Jean-François Perrin* zu Recht festgestellt, dass die Schweizerische Demokratie über eine höchstrichterliche Rechtsprechung verfüge, die den Grundsatz der Gerechtigkeit über denjenigen der Legalität halte und damit all jene schockiere, die im Gefolge Rousseaus einen solchen Widerspruch schlechthin für undenkbar hielten²⁶.

III. Umfeldparameter

Drei allgemeine Vorbemerkungen scheinen angezeigt, bevor die pluralistischen Formeln des Bundesgerichts einer methodologischen Analyse unterzogen werden.

Erstens gibt es der Auslegungstheorien so viele wie Autoren, die sich dazu geäußert haben. Zieht man gar in Betracht, dass unzählige Autoren für sich in Anspruch nehmen, täglich gescheitert zu werden, was sich am einfachsten damit dokumentieren lässt, dass an einer früheren Auffassung nicht mehr festgehalten wird, übersteigt die Anzahl der Theorien leicht diejenige der Autoren²⁷. Das Bundesgericht aber ist kein Autor, sondern ein Chor von Autoren mit unterschiedlicher dogmatischer Herkunft²⁸ und in ständig wechselnder Besetzung. Seine Abteilungen entschei-

den über die ihnen zugewiesenen Materien autonom und haben sich nur abzusprechen, wenn die eine die Rechtsprechung einer andern nicht übernehmen will²⁹. In den Spruchkörpern wiederum sitzen stets eine ungerade Anzahl von Solisten, die vordergründig wohl der herrschenden Lehre und Überlieferung verpflichtet sind, unablässig aber um eigenständige Deutungsvarianten ringen und danach streben, nicht bloss als Kopisten ihrer Vorgänger in die Rechtsgeschichte einzugehen. So bilden sich in wechselnden Zusammensetzungen Mehrheits- und Minderheitsmeinungen, über deren Richtigkeit alsdann nicht unfehlbare Massstäbe, sondern Abstimmungen entscheiden³⁰, und keine Methode kann verhindern, dass die Mehrheitsentscheidung durch die Minderheit weiterhin missbilligt und im unermüdlichen «*ceterum censeo*» in Frage gestellt wird³¹. Wohl nicht zu Unrecht hat der Spiegel-Korrespondent in Karlsruhe, *Rolf Lamprecht*, aus dieser Aleatorik des Ergebnisses pointiert geschlossen, dass keiner bei dieser Firma mehr arbeiten liesse, wenn die Justiz nicht das Gewaltmonopol, sondern auch Konkurrenten hätte, da sie ausserstande sei zu liefern, was sie grossspurig verspreche³².

In solcher Meinungsvielfalt aber ist ein Methodenpluralismus, um nicht von subjektiv bestimmter Methodenbeliebigkeit zu sprechen, weitgehend vorprogrammiert. Das anglo-amerikanische Prinzip der *stare decisis*, der Verbindlichkeit der präjudiziellen Vorgaben, haben wir aus dem «transatlantischen Bologna³³» noch nicht rezipiert und den Gerichten damit die Möglichkeit belassen, das richtige Recht eigenverantwortlich zu finden. Diese eigenverantwortliche Rechtsfindung aber folgt unverändert dem schmalen Grat der Wertungsjurisprudenz, auf welchem jeder Fehltritt unweigerlich einen Sturz in die wertungsfreie Begriffsjurisprudenz auf der einen oder in die ungebundene Freirechtsjurisprudenz auf der andern Seite einleitet. Dass im Kollegialgericht indessen einige gegen die Wertungswerte und andere gegen die Bindungsenge hin «gefährdet» sind, ist im politischen Richterwahlsystem einer Konkordanzdemokratie ebenso unvermeidlich wie wechselnde Mehrheiten und Methoden. Ist es daher nicht ehrlicher, sich von

²⁰ *Forstmoser/Schluep*, Einführung in das Recht, Band I, 2. Aufl., Bern 1998, 56.

²¹ *Ogorek*, (Anm. 14), 32 Fn. 42.

²² *Kramer* (Fn. 11), 128.

²³ *Ogorek* (Fn. 14), 26.

²⁴ (Fn. 14), 116f.

²⁵ (Fn. 14), 145ff.

²⁶ *Le Tribunal fédéral face aux méthodes d'interprétation*, SJ 105 (1983) 609ff., 623.

²⁷ *Höhn* (Fn. 19), 107.

²⁸ Zum gegenwärtigen Methodenverständnis einzelner Mitglieder des Bundesgerichts etwa *Klett*, Methoden richterlicher Rechtsfindung aus praktischer Sicht, SJZ 87(1991) 281 ff.; *Schubarth*, Wie entsteht ein Urteil? – Zur Realität der Urteilsfindung, recht 1992 122ff.; *ders.*, Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität, recht 1995 151 ff.; *Wiprächtiger*, Rechtsfindung im Spannungsfeld zwischen klassischen Auslegungsregeln und subjektiven Werturteilen, recht 1995 143ff.; *Walter*, Gedanken zum Richteramt, ZBJV 127(1991) 611 ff.; *ders.*, Splitterndes Privatrecht, recht 1997 1 ff.

²⁹ Art. 16 OG.

³⁰ *Ogorek*, Virtual Reality und Rechtsanwendung, In: Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, FS Friedrich Kübler, 3ff., 4.

³¹ Vgl. schon *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Tübingen 1932, 39, mit Hinweisen auf Kantorowicz und Fuchs.

³² Über die Utopie des Rechtsfriedens, DRiZ 1996 366ff., 367.

³³ Vgl. *Maxeiner*, U.S. «methods awareness» (Methodenbewusstsein) for German jurists, FS Fikentscher, Tübingen 1998, 114.

vornherein zu einem offenen Pluralismus zu bekennen als Scheinstabilität vorzutäuschen und deren wahre Instabilität in unregelmässigen Abständen mit nachgeschobener methodologischer Neubestimmung zu verschleiern?

Hinzu kommt ein Weiteres. Vertieftes systematisches Streben, welches letztlich die grossen Kodifikationen und die dazu entwickelten Auslegungsmethoden hervorgebracht hat, ist weithin aus der Mode gekommen. In der schnelllebigen Gesetzgebung sind kurzfristig realisierbare Spezialregelungen zur Behebung oftmals vereinzelter und daher bloss vermeintlicher Missstände gefragt³⁴. Das positive Recht ist immer weniger geschlossener Wurf eines hervorragenden Wissenschaftlers, sondern immer mehr geronnene Politik, gestocktes Blut aus dem parlamentarischen Grabenkrieg, und hat daher weitgehend Kompromisscharakter³⁵. Zwar hat die Rechtsprechung sich darum im Grundsatz nicht zu kümmern, die Politik nicht mit andern Mitteln fortzuführen³⁶. Indessen hält Pünktlichkeit im strudelnden Zeitgeist auch in der Justiz Einzug, und die Bereitschaft nimmt erkennbar ab, einem unbefriedigenden, wenn auch systemgerechten Ergebnis urteilsmässige Autorität zu verleihen. Zudem zwingt im Kollegialgericht der Zeitdruck mit dem Ruf nach fristgerechter Fallentscheidung unweigerlich zur Suche nach einem Konsens in der Begründung, wenn das Ergebnis selbst nicht streitig ist. Konsens in der Begründung aber bedeutet stets auch Konsens zur Methode³⁷.

Zweitens: Die Methode der Rechtsfindung ist zwar gleichermassen Tummelfeld von Wissenschaft und Rechtsprechung, doch stellt sich sogleich die Frage, ob beide zwingend auch nach denselben Regeln zu spielen haben.

Französischer Tradition entspricht, Lehre und Rechtsprechung als konkurrierende und antagonistische Autoritäten der Rechtsfindung auszugeben, und nicht von ungefähr setzte *Planiol* die «interprétation doctrinale» der «interprétation judiciaire» gegenüber³⁸. Während diese der konkre-

ten Fallentscheidung aufgrund eines festgestellten Sachverhalts diene, bewege jene sich auf einer abstrakten Ebene, und ihre fiktiven tatsächlichen Grundlagen dienten bloss dazu, die Begründung zu erhellen oder eine Richtigkeitsgewähr für die gegebene Lösung anzubieten. Beide hätten sich gegenseitig zu beeinflussen, die Doktrin als Vorreiterin der Rechtsprechung, diese als induktive Anregung zu generalisierender Lehre. Keinen Zweifel liess *Planiol* allerdings darüber aufkommen, dass im Widerstreit der beiden Auslegungspotentaten die Rechtsprechung den Kranz davonzutragen, weil sie das staatliche Durchsetzungsmonopol beanspruchen und verwirklichen könne, wogegen die Doktrin allein auf die Überzeugungskraft ihrer Argumente angewiesen sei. Ein ähnliches Justizverständnis wird, wenn auch vor anderem historischem Hintergrund, aus Art. 4 und 5 CCF deutlich, wonach der Richter einerseits eine Rechtsverweigerung begeht, wenn er sich unter dem Vorwand des Schweigens, der Unklarheit oder des Ungenügens des Gesetzes zu urteilen weigert, ihm andererseits aber nicht zusteht, der Fallentscheidung eine verallgemeinernde Tragweite zu verleihen.

Im Grundsatz sind diese Gedanken auch für das schweizerische Recht bestimmend. Bekanntlich werden die Auslegungsprobleme nicht durch die Texte, sondern durch die Fälle gestellt (*Mayer-Maly*), und kann das Gericht im Gegensatz zur Doktrin dieser Fallvielfalt nicht ausweichen. Dies erklärt zumindest rechtstatsächlich die Zurückhaltung der Rechtsprechung, sich auf eine feste Auslegungsmethode zu verpflichten, weil stets die Ungewissheit herrscht, der Folgefall bedürfe trotz weitgehend gleichartiger Rechtslage aus tatsächlicher Differenzierung einer abweichenden Beurteilung. Man mag diese Haltung als ergebnisorientierte Rechtsprechung abtun und solche Auslegung als zirkelhaftes Ergebnis ihres Ergebnisses kritisieren (*Radbruch*). Sie allerdings zu leugnen, hiesse den Kopf nach der Art des Straussenvogels verstecken. Der in ständiger Spirale zwischen dem Sein des Lebenssachverhalts und dem Sollen der Norm wandernde richterliche Blick (*Engisch*) wird durch beide Parameter zwar geschärft, aber auch abgelenkt. Den Parameter des Seins setzt der Rechtsprechung die unergründliche Vielfalt des Lebens, der Doktrin dagegen die allein der Norm verpflichtete Fantasie des Autors. Was als Tatsache nicht in ihr Normverständnis passt, kann die Wissenschaftlerin elegant unterdrücken. Geht die Richterin so vor, setzt sie sich dem berechtigten Vorwurf formeller oder materieller Rechtsverweigerung aus.

³⁴ *Bydlinski*, Eine Skizze über bewegliches Systemdenken im Vertragsrecht, in: *Pacte, convention, contrat*, FS Schmidlin, Basel und Frankfurt a.M. 1998, 189 ff.

³⁵ *Sandler*, Der Rechtsstaat im Bewusstsein seiner Bürger, NJW 1989 1761 ff., 1764.

³⁶ *Kissel*, Justiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, in: *Deutscher Richterbund* (Hrsg.), *Richter und Staatsanwalt im Dienst für den Bürger*, 1987, 17 ff., 48.

³⁷ Zur «Konsensparole» der Auslegung namentlich *Engisch*, Subsumtion und Rechtsfortbildung, in: *Richterliche Rechtsfortbildung*, FS der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 3 ff., 9.

³⁸ *Ripert/Boulanger*, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris 1956, 154 ff.

Drittens scheint mir, dass auch die an die Justiz gestellten Ansprüche sich gewandelt haben. Der rechtsuchende Bürger orientiert sich augenfällig immer weniger an verschwommenen Idealen und immer stärker an offengelegten Realitäten. Wird ihm diese Chance geboten, wächst zugleich seine Akzeptanzbereitschaft und kann er sich auf Konfliktlösungsmechanismen einstellen, die nicht auf einen autoritativen Rechtsfrieden, sondern auf Streitvermeidung oder ökonomische Klarheit zielen³⁹. Die Justiz ist damit vermehrt aufgerufen, eine Auseinandersetzung plausibel und innert nützlicher Frist ausser Streit zu stellen, d.h. zu beenden, damit die Beteiligten wissen, was sie schuldig sind oder bekommen, sich darauf einstellen und wieder rechnen und kalkulieren können. Vielleicht vermag die Justiz mit ihrer Fließbandarbeit zurzeit auch gar nicht mehr zu leisten⁴⁰. Das aber heisst, dass das Methodenproblem sich in der streitbezogenen Rechtsfindung zunehmend von der Sache auf das Verfahren verlagert.

IV. Methoden und Elemente

Die klassische Methodologie erscheint bildhaft als Kommode mit vier Schubladen, die nach der mathematischen Kombination der beiden Begriffspaare objektiv oder subjektiv und historisch oder geltungszeitlich beschriftet sind. Die Schubladen wiederum sind unterteilt in die Fächer der einzelnen Auslegungselemente, nach *Savigny* in das grammatikalische, das logische, das historische und das systematische, seit *Jhering* zusätzlich in das teleologische. Nun haben Kommoden es so an sich, dass sie mit zunehmendem Alter zwar immer wertvoller und entsprechend aufwendiger gepflegt und poliert, desungeachtet aber vom Zahn der Zeit oder gar vom Holzwurm benagt und brüchig werden. Dem methodologischen Prunkmöbel ergeht es nicht anders. Der Staub der einzelnen Schubladen rieselt in die anderen, die Fächer vermögen längst nicht mehr alles Entscheidwesentliche geordnet aufzunehmen und rufen nach weiteren Ablagemöglichkeiten, die in die Breite drängen und den leichten Lauf der Schiebekästen hemmen.

Geht es um die **Methode**, folgt bereits aus der Massgeblichkeit des Empfängerhorizonts und bestreitet heute wohl niemand mehr ernsthaft,

dass jedenfalls materielles – im Gegensatz zum organisatorischen – Recht aktualisiert zu verstehen ist. Ebenso wenig ist zu bestreiten, dass aktualisierte Auslegung nicht zwingend im Gegensatz zum tatsächlichen Willen des Gesetzgebers stehen muss, namentlich nicht bei jüngeren Erlassen. Dass sodann normative, dem Sollen verpflichtete Vorgaben nach einem objektiven und nicht nach einem subjektiven Verständnis Geltung beanspruchen, ist theoretisch ebenso unumstösslich wie praktisch tautologisch. Wäre ein Richter zu finden, der sich dazu bekennt, sein subjektives Normverständnis sei nicht verallgemeinerungsfähig, weil dem Rechtsbild des vernünftigen, d.h. redlich und gerecht denkenden Menschen widersprechend, wäre er des Amtes zu entheben und das Vormundschaftsrecht gefordert. Prägnant hat daher *Ernst Höhn* den Bibliotheken füllenden Streit der vier Schubladen unter Hinweis auf die Unergiebigkeit der Wortschlachten als Nebenkontroverse makuliert⁴¹. Sein pragmatischer Ansatzpunkt ist allerdings nicht revolutionär. *Konrad Zweigert* stellte bereits vor 50 Jahren fest, keine der methodischen Spielarten habe den Ausschliesslichkeitsanspruch, mit dem sie auftrat, wirklich durchsetzen können, jede von ihnen aber zur Ausweitung und Bereicherung von Theorie und Praxis beigetragen⁴². Ungefähr zur gleichen Zeit machte *Franz Brändl* deutlich, dass der Methodenstreit in der praktischen Rechtsanwendung gar nie die Rolle spielte, die man nach den methodologischen Kampfschriften vermuten könnte, da die Praxis gekonnt verstanden habe, ihre Ergebnisse auf alle Methoden zu stützen und bei aller Freiheit der Auslegung stets einen Anhalt im positiven Recht auszumachen⁴³. Die gesuchte Harmonie schliesslich findet sich in der trefflichen Bemerkung *Walter Schlueps*, dass die objektiv-zeitgemässe Methode in der Substanz ebenso wenig auf einen subjektiv-historischen Ausgangspunkt verzichten könne wie umgekehrt der objektiv-historische Weg ohne objektiv-zeitgemässe Horizonte auszukommen vermöge⁴⁴. Das Problem ist ein allgemein hermeneutisches: Wer interpretiert, hat sich stets vor Augen zu halten, dass jede geistige Schöpfung auf der einen Seite ein historischer Akt und auf der anderen eine von den historischen Faktoren unabhängige Gegebenheit mit vielleicht überschüssiger Bedeutung ist, dass

⁴¹ (Fn. 19), 121 f.

⁴² Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, *RabelsZ* 15 (1949/50) 5 ff. 7.

⁴³ *Staudinger-Brändl*, BGB Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Einleitung N 79; zum Gesamten auch *Pawlowski*, Gedanken zur Methode der Gesetzesauslegung, *AcP* 160 (1961) 209 ff.

⁴⁴ Beiheft 15 zur *ZSR* (Fn. 14), Einführung, 9 ff., 13.

³⁹ *Ogorek* (Fn. 30), 4.

⁴⁰ *Geiger*, Die Rolle des Richters unter den gegenwärtigen Bedingungen unserer freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, *DRiZ* 1982 321 ff., 325.

in einem sprachlich umschriebenen Gedanken mehr liegen kann als der Autor ausdrücken wollte⁴⁵. Das Werk kann den Schöpfer überragen. Daraus ergibt sich von selbst die Sinnwidrigkeit einer schroffen Gegenüberstellung von historischer und zeitgemässer Auslegung, zumal wenn beide objektiviert postuliert werden. Jede hat ihre Berechtigung und beide sind sie untrennbar miteinander verbunden, jede eine Verständnishaile für die andere. Dürfen und müssen aber die Auslegungsmethoden Gleichwertigkeit für sich in Anspruch nehmen, mündet der kritisierte Widerspruch in Einklang und wird der verpönte Synkretismus zur nutzbringenden Symbiose. Daher vermögen die praktischen Ergebnisse der Rechtsprechung, soweit sie nicht ihrerseits in Frage gestellt werden, durchaus eine eklektische, wenn nicht gar eine schwankende Gerichtspraxis zu rechtfertigen⁴⁶. Jacques Ghestin ist nicht zu widersprechen, wenn er lapidar meint: «L'interprétation de la loi ... consiste à découvrir le sens d'un texte, par des méthodes qui peuvent varier.»⁴⁷

«Law must be stable and yet it cannot stand still» – so hat Roscoe Pound eine der grossen Antinomien beschrieben, vor welche die Rechtsanwendung sich gestellt sieht, und Wolfgang Wiegand hat erläuternd klargelegt, dass das Recht, mit dem wir umgehen und dessen Anwendung sich manchmal als schwierig erweist, weder statisch noch zeitlos ist⁴⁸. Vielmehr sei auch das gesetzte Recht ein Produkt der Zeit. Um aber das zeitgemässe Verständnis des Rechts zu finden, sei zunächst unumgänglich, sich die Grundlinien derjenigen Konzeption vor Augen zu führen, von denen der Gesetzgeber ausgegangen ist. Diese Grundvorstellungen seien allein im Kontext der Entstehungsgeschichte eines Gesetzes zu sehen. Es gehe um die geschichtliche Betrachtungsweise des Rechts, weil die Anwendung des geltenden Rechts ohne Kenntnis und Berücksichtigung seiner geschichtlichen Grundlagen nie zu Resultaten führen werde, die über die Launen des Tages hinaus dauern. Dem ist ohne Einschränkung beizupflichten. Das Gesetz ist die Antwort auf ein gesetzgebungspolitisches Problem. Um aber eine vorgezeichnete Antwort richtig verstehen oder eine aktualisierte Lösung systemgerecht erarbeiten zu können, muss man

wissen, wie die Frage lautete, und das ist historisch zu ermitteln⁴⁹. Die Protagonisten der historischen wie der zeitgemässen Methode sind sich denn auch einig, dass die historische Auslegung zwar nicht die einzige, aber dennoch eine nicht zu überspringende Stufe der Gesetzesinterpretation ist⁵⁰. Nichts anderes aber meint das Bundesgericht, wenn es in einer nicht ganz präzisen Ausdrucksweise die Auslegung auf die «Regelungsabsicht des Gesetzgebers ausrichtet» und eigentlich meint: «darauf abstützt». Die Regelungsabsicht ist Anfang oder Quelle der Auslegung, Auslegungsziel die Projektion dieser Absicht auf eine allenfalls ungenügend offenbarte oder eine gewandelte Normsituation. Der Rechtssinn einer Norm erhellt aus ihrer Entstehung das Auslegungsziel, ihm gerecht zu werden, wird in zeitgemässer Umsetzung erreicht⁵¹. Auszugehen ist mit andern Worten von den Normvorstellungen der Gesetzesverfasser und zu enden ist beim aktuellen Zwecksinn der Norm, der diese Vorstellungen auch überschreiten kann. Rechtssetzung strebt Zweck- und Wertverwirklichungen an, wozu der sprachliche Ausdruck zwar unerlässlich, aber auch unvollkommen und jedenfalls fehleranfällig ist⁵². Diese Unvollkommenheit kann Ausdehnung oder Reduktion erheischen und rechtfertigen. Zwei Beispiele mögen dies erhellen:

Das erste hat Peter Liver in seiner Rektoratsrede zum Willen des Gesetzes referiert⁵³:

In einem bündnerischen Hochtal, wo im Gefolge einer Übernutzung der Wälder Holzmangel herrschte, verbot man die Erstellung von Zäunen aus Holz mit der Vorschrift: «Zur Erstellung von Zäunen dürfen nur Steine verwendet werden.» Anderes Material als Steine hatte man eben neben dem Holz nicht. Die Vorschrift wurde nie aufgehoben, aber nicht mehr angewendet, nach-

⁴⁹ Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Zürich 1948, 218.

⁵⁰ Vgl. für das schweizerische Recht namentlich Liver, der Wille des Gesetzes, Berner Rektoratsrede 1954, insb. 28; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 151 ff. zu Art. 1 ZGB; Merz (Fn. 45), 318; ders., Neues zu den Methoden der Rechtsfindung? Beiheft 15 zur ZSR (Fn. 14), 55 ff.

⁵¹ Ähnlich Perrin, Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois, in: Perrin (Hrsg.), Les règles d'interprétation, Fribourg 1989, 243 ff., 249.

⁵² Canaris, Das Problem der Anwendung von § 564b BGB auf die Kündigung gegenüber dem Erben eines Wohnungsmieters gemäss § 569 BGB – ein Kapitel praktizierter Methodenlehre, in: FS Fikentscher (Fn. 33), 11 ff. 32; vgl. auch Vallender, «Objektive Auslegung» und Erkenntnis, in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, 71 ff., 76.

⁵³ (Fn. 50), 21.

⁴⁵ Merz, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, AcP 163 (1964) 305 ff., 318.

⁴⁶ Staudinger-Coing, BGB Allgemeiner Teil, 13. Aufl., Einleitung N 137.

⁴⁷ Traité de droit civil, Introduction générale, 4^e éd., Paris 1994, 372.

⁴⁸ Die Grundpfandrechte – Die Konzeption des ZGB und ihre Entwicklung in der Praxis, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, Bern 1996, 63 ff. 64 f.

dem die früheren Waldschäden behoben waren und man gar Holz ausführen konnte. Als dann aber eine Gemeinde beschloss, ihren Friedhof mit einem Eisenzaun zu umgeben, rekurierte ein Bürger dagegen aus ästhetischen Gründen und stützte sich auf die alte Vorschrift, dass Zäune nur aus Stein errichtet werden dürfen.

Nach einer rein objektivistischen Auslegung wäre der Rekurrent im Recht gewesen, hätte die Vorschrift nach ihrem Wortsinn doch ohne weiteres als raumplanerische Gestaltungsnorm einen vernünftigen Sinn erhalten. Indessen musste der Rekurs – wohl zweifelsfrei – abgewiesen werden, weil die Regelungsabsicht des Gesetzgebers eben auf den Schutz des Waldes und nicht auf die landschaftliche Ästhetik gerichtet war.

Das zweite Beispiel entnehme ich der Methodik von *Ernst Höhn*⁵⁴:

Eine Polizeinorm bestimmt: «Hunde dürfen nicht in Lebensmittelgeschäfte mitgenommen werden.» Ein Kunde nimmt eine Katze mit. Es stellt sich die Frage, ob er damit die Norm übertritt.

Höhn verneint sie. Obgleich ein Katzenverbot zwar durchaus dem Normzweck entspräche, sei ein solches explizit nicht in das Gesetz aufgenommen worden, womit das Legalitätsprinzip einer Normausdehnung entgegenstehe. Ich meine, diese Auffassung überspanne entweder das strafrechtliche Analogieverbot im allgemeinen Polizeirecht oder sei allzusehr dem weitentwickelten deutschen Legalitätsdenken verhaftet, welches in diesem Fall ohne Zweifel eine eindeutige Ausführungsvorschrift bewirkt hätte, etwa des Inhalts⁵⁵:

«Hunde im Sinne dieser Bestimmung sind auch Katzen, Ratten, Papageien und andere Haustiere.»

Aus der offenkundigen gesetzgeberischen Regelungsabsicht der Sauberkeit der Lebensmittel und damit der öffentlichen Gesundheit würde ich indessen ohne Bedenken die Normvorstellung des Gesetzgebers, die sich nach den Gepflogenheiten im Rechtssetzungszeitpunkt augenfällig nur auf spazieren geführte Hunde bezog, teleologisch und entsprechend analog auf andere Haustiere ausdehnen, wenn zeitgemäss auch diese als Begleiter mitgeführt werden.

Die zweite Formel befasst sich mit den **Elementen** der Auslegung. Ihnen ergeht es in den methodischen Schubladen wie den weissen Mäusen im Käfig oder den Geistern beim Zauberlehrling. Zu den vier oder fünf klassischen Cano-

nes hat sich eine kaum mehr überblickbare Schar weiterer Kriterien gesellt, die Anspruch erheben, bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt zu werden⁵⁶. Erwähnt seien etwa das präjudizielle, das fachspezifische, das prinzipielle, das rechtsvergleichende, das ethische, das konstitutionelle, das realistische Element oder dasjenige der Praktikabilität. Der kleinräumige Selbstbedienungsladen ist zum Supermarkt gewachsen. Die Vielfalt ist unproblematisch, solange alle Kriterien zum selben Ergebnis führen, die Elemente sich gegenseitig bloss als «Neunerprobe» dienen. Sind die Ergebnisse jedoch verschieden, stellt sich die berühmt-berüchtigte Frage nach einer Rangordnung. Dabei bieten sich zur Lösung des Konflikts grundsätzlich zwei Methoden an⁵⁷: Die erste wägt die im Einzelfall massgebenden Kriterien gegeneinander ab und trifft die Entscheidung danach, wie viele von ihnen für die eine oder die andere Lösung sprechen und welches Gewicht sie haben. Die andere entwickelt generelle Regeln über eine hierarchische Ordnung der Elemente und propagiert eine Entscheidung nach der Priorität des Rangs. Der Unterschied ist unschwer auszumachen. Die zweite Methode steht im Dienste einer überwiegend analytischen und damit kognitiven Rechtsfindung, die erste lässt einer auch volitiv wertungsbestimmten Entscheidung Raum. Beides lässt sich vertreten und wird auch vertreten, allerdings im Allgemeinen wiederum nicht rein, sondern vermischt, mit Schwergewichten auf der einen oder andern Seite. So folgt aus der Zulässigkeit von Analogie und teleologischer Reduktion von selbst der Vorrang der zweckgerechten vor der sprachlich näher liegenden Lösung, und es ist längst kaum mehr streitig, dass wertende Grundsätze, die flexibel nach einem Mehr oder Weniger fragen, den Vorzug vor jedem starren Schwarz-Weiss-Schema verdienen⁵⁸. Angezeigt ist daher auch hier eine Methodenkombination⁵⁹.

Auszugehen ist von der Erkenntnis, dass sich für die Entscheidung regelmässig mehrere Auslegungselemente anbieten, die nicht von einem zentralen Grundgedanken her verstanden und geordnet werden können. Sie sind daher zur Ermittlung des massgebenden Rechtssinns einer Norm – um nicht der Billigkeitsjurisprudenz anheimzufallen – vorerst nach einer aus dem Pro-

⁵⁶ Vgl. etwa *Höhn* (Fn. 19), 139ff.; *Ott*, Zur Frage der Rangordnung unter den Auslegungsargumenten, ZSR 92 (1973) I 247ff., 255ff.; *Dürr*, Zürcher Kommentar, N 147ff. zu Art. 1 ZGB, *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 179ff. zu Art. 1 ZGB.

⁵⁷ *Canaris* (Fn. 52), 13 und 29f.

⁵⁸ *Canaris* (Fn. 52), 30.

⁵⁹ So auch *Forstmoser/Schlupe* (Fn. 20), 405.

⁵⁴ (Fn. 19), 222.

⁵⁵ Vgl. *Ogorek* (Fn. 33), 21 bei Fn. 29.

zessgegenstand gewonnenen **generellen Problemstellung** zu gruppieren, zu gewichten und einander gegenüberzustellen. Sodann ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die zu beachtenden Elemente ihrerseits qualitativ abstufbar sind, d. h. sich für die Entscheidung der **konkreten Rechtsfrage** mit grösserer oder geringerer Intensität aufdrängen. Ihre Tragweite im Einzelfall wird daher nicht allein durch systembildende Prinzipien bestimmt, sondern ebenso durch ihren jeweiligen Stärkegrad. Fallbezogen sind damit starke und schwache Elemente zu scheiden, und erst ihre Kombination nach Zahl und Stärke erlaubt eine sachgerechte Gewichtung im Zusammenspiel. Ergeben sich auch danach noch gegenläufige Gleichgewichte, verdienen allerdings rechtstheoretisch oder logisch-systematisch begründete Rangordnungen den Vorrang vor weiterer volitiver Abwägung. So vorzugehen bemüht sich auch das Bundesgericht, und der ihm despektierlich unterstellte Selbstbedienungsladen wird auf einmal als bewegliches System im Sinne *Walter Wilburgs* salonfähig⁶⁰.

Auch dazu drei beispielhafte Erläuterungen:

Vielleicht lässt sich die Flexibilität des bundesgerichtlichen Elementenpluralismus am anschaulichsten an der Entwicklung seiner Rechtsprechung zur Geschlechtergleichheit nachzeichnen: Während das Gericht im Jahre 1887 der später als Wachsflügel Frau in die Literatur eingegangenen Emilie Kempin-Spyri den Zugang zu der nach kantonalem Recht den Aktivbürgern vorbehaltenen Advokatur mit der Bemerkung verwehrte, die ohnehin nicht zu billigende Auffassung von der vollen rechtlichen Gleichstellung der Geschlechter sei «eben so neu als kühn»⁶¹, erblickte es in solchem Berufsausschluss im Jahre 1923 eine Verletzung des Gleichheitsgebotes, da sich die Verschiedenheit der Behandlung nur mit Vorurteilen und überlebten Ansichten erklären lasse⁶². Diese Auffassung erscheint uns heute als selbstverständlich und keiner Diskussion würdig; *Walther Burckhardt* dagegen hielt sie im Jahre 1931 noch für übertrieben⁶³. Im Jahre 1957 verweigerte das Gericht – immerhin gegen zwei Richterstimmen – den Waadtländerinnen das Stimm- und Wahlrecht auf kantonaler Ebene, in-

dem es bei der Auslegung der Kantonsverfassung das Elementenschwergewicht auf das historische legte⁶⁴. Gut dreissig Jahre später öffnete es mit seinem methodologisch vielleicht mutigsten, ohne Zweifel aber fälligen und im Ergebnis auch richtigen Entscheid den Appenzellerinnen den Ring zur Landsgemeinde, als es dieselben Elemente dem Zeitgeist entsprechend und im Systembezug dem zwischenzeitlich normierten Abs. 2 von Art. 4 BV folgend neu gruppierte und anders gewichtete⁶⁵.

Den Zeitgeist bemühte das Gericht auch, als es einem notleidenden Fussballclub gestattete, einen angeblich wucherischen Mietzins durch richterlichen Eingriff in den Vertrag geltungserhaltend auf das angemessene Mass zu reduzieren und ihm nicht zumutete, sich zwischen Genehmigung und vollständiger Lösung vom Vertrag zu entscheiden⁶⁶. Erneut gruppierte und gewichtete es die Auslegungselemente neu und suchte nach systematischer Einheit und Prinzipiengerechtigkeit im Bewusstsein, dass das historisch eher formale Vertragsverständnis im Lauf der Zeit einem verbreitet materialen Denken gewichen war. Wie jeder leading case hat auch dieser Zustimmung und Kritik geerntet⁶⁷, ebenfalls in methodologischer Hinsicht, in welcher bald ein Begründungsübermass⁶⁸, bald ein Methodendefizit⁶⁹ ausgemacht wird. Viele Wege führen nach Rom. Ob Rom das Ziel lohnt, ist Auffassungssache, doch eines steht fest: «Roma locuta causa finita.»

Ein letztes Beispiel zum Elementenspiel: Ziel der Auslegung ist unter anderem, gesetzgeberische Wertungswidersprüche zu vermeiden, wozu in erster Linie das systematische Element berufen ist. Kann der Wertungswiderspruch damit nicht gelöst, aus dem Entscheidungszwang aber auch nicht hingenommen werden, bleibt allerdings nur **richterliche Wertung**, ihn zu beseitigen. So hatte das Gericht vorzugehen, als es sich mit dem Widerspruch konfrontiert sah, dass einerseits Art. 261 OR in Abweichung vom früheren Grundsatz «Kauf bricht Miete»⁷⁰ den Mietvertrag auch in der Zwangsvollstreckung auf den Erwerber übergehen lässt, andererseits Art. 142 SchKG aber dem Grundpfandgläubiger Anspruch auf Löschung eines vorgemerkten Mietvertrags gibt, wenn ein zweiter Aufruf ohne die Belastung den höheren Zuschlag ergibt. Der Widerspruch

⁶⁰ *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Graz 1951; zum Methodenbezug *Canaris* (Fn. 52), 30; *Bydlinsky* (Fn. 34), 190 ff.; *ders.*, Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht, Berlin und New York 1995, 12 f.; im Ergebnis ähnlich *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 181 zu Art. 1 ZGB; *Forstmoser/Schlupe* (Fn. 20), 407.

⁶¹ BGE 13, 1 E. 2.

⁶² BGE 49 I 14.

⁶³ Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931, 40.

⁶⁴ BGE 83 I 173.

⁶⁵ BGE 116 Ia 359.

⁶⁶ BGE 123 III 292.

⁶⁷ *Kramer*, AJP 1997 1556 ff.; *Gauch*, recht 1998 55 ff.; *Wiegand*, ZBJV 134 (1998) 683 ff.

⁶⁸ *Wiegand* (Fn. 67).

⁶⁹ *Pichonnaz/Vogenaier* (Fn. 10), 417 ff.

⁷⁰ Art. 259 aOR

im Gesetzeskonflikt ist augenfällig und weder durch den Spezialitäts- noch durch den Altersgrundsatz zu lösen, weil OR und SchKG sich durch keinen der beiden hierarchisch gliedern lassen. Das Gericht hat generalisierend die Interessen des Mieters und des Grundpfandgläubigers gewichtet, durch teleologische Reduktion des redundierenden Wortsinns von Art. 261 OR eine Regelungslücke ausgemacht und vermittelnd so geschlossen, dass es die Lösungsbefugnis des Grundpfandgläubigers zwar im Grundsatz anerkannt, den Interessen des Mieters aber mit der Festlegung einer Kündigungsfrist Rechnung getragen hat⁷¹.

V. Ausblick

Seit dem Aufkommen der Kodifikationen hat die Gemüter unablässig und überall die Frage bewegt, welche Stellung dem Richter im Verhältnis zum Gesetzbuch zukommen solle. Während anfänglich eine doktrinär übersteigerte Gewaltenteilungslehre zur verbreiteten Ansicht führte, dem Richter sei jegliche Befugnis zur Rechtsfortbildung zu nehmen⁷², und etwa in Deutschland noch zu Beginn dieses Jahrhunderts die gewichtige Auffassung vertreten wurde, dem schwerfälligen Weg der gesetzgeberischen Rechtsfortbildung sei nicht durch Richterrecht, sondern durch parlamentarisch kontrollierte Rechtsverordnung oder gar mit der Schaffung eines Reichsamtes für Auslegung auszuweichen⁷³, beanspruchte der schweizerische Richterstand traditionell eine im Vergleich zu seinen ausländischen Kollegen grössere Freiheit dem Gesetz gegenüber, und hat namentlich *Eugen Huber* diese Freiheit auch respektiert und in «seinè» Kodifikation einfließen lassen⁷⁴.

Der Glaube an eine vorgegebene Systemgeschlossenheit des Gesetzes ist – wenn auch nicht überall zugegeben – seit langem gebrochen⁷⁵. Die traditionelle Dreiteilung der Rechtsfindung in Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung gleicht einem genässten Aquarell,

dessen Farben ineinander fließen und verschwimmen. Im Vordergrund steht nicht mehr die Frage nach der richtigen Methode analytischer Rechtsanwendung, sondern diejenige nach dem Verhältnis einer deduktiven und damit kognitiven zu einer wertenden und damit volitiven Rechtsfindung⁷⁶. Dabei wird weiterhin die Maxime zu gelten haben: so rational wie möglich, so subjektiv wie nötig⁷⁷.

Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts ist ein herangewachsenes Kind seiner Zeit. Die beiden Formeln sind aus den Bestrebungen hervorgegangen, einerseits die Auslegung vom historischen Ausgangspunkt zum aktualisierten Verständnis zu führen und andererseits die aus dem Empfängerhorizont des Rechtsunterworfenen zu ziehenden Auslegungsgrenzen des Gesetzeswortlauts aufzuzeigen. Sie setzten anfänglich im Wesentlichen den Grundsatz um, dass zeitgerecht und zugleich gesetzmässig allein die Auslegung einer Vorschrift sei, welche sich nach sorgfältiger Ausschöpfung aller anerkannten und ergiebigen Auslegungskriterien insgesamt ergebe⁷⁸. Trotz weitgehend unverändertem Wortlaut haben die Formeln sich indessen in ihrer grundsätzlichen Bedeutung gewandelt, bestimmen heute weniger die Auslegung im engeren Sinn als die richterliche Tätigkeit schlechthin. Ist diese aber vordringlich berufen, dem vom Richterspruch Betroffenen zu ermöglichen, die Gründe der Entscheidung nachzuvollziehen und zu erkennen, dass nicht Willkür, sondern rationale Argumentation den Spruch bestimmte, dass von praktischer Vernunft Gebrauch gemacht wurde⁷⁹, so wird die bestmögliche Begründung der getroffenen Entscheidung zum Leitziel jeder richterlichen Rechtsanwendung. Dabei ist das rationale Element tunlichst zu verstärken und das irrational-volitiven, das realistischere mit Blick auf das richterliche Vorverständnis nicht geleugnet werden soll, auf den Restbereich des Unvermeidlichen zu beschränken⁸⁰. Rein deduktive Rationalität bleibt indessen Illusion. Unablässig hinterfragtes prinzipiell-systematisches Denken ist fruchtbarer als unreflektierte Weiterführung des einmal als solches bestimmten gesetzlich Vorgeachten, und an die Stelle des Postulats der Methodenstringenz tritt dasjenige der Methodenehrlichkeit, auch wenn niemand so recht anzugeben weiss, wann ihm Genüge getan ist. Gefordert ist

⁷¹ BGE 125 III 123; vgl. auch *Dubach*, Zur Anwendbarkeit des Doppelaufrufs bei Miet- und Pachtverhältnissen, BISchK 1999 41 ff.

⁷² Zur Entwicklung *Zweigert/Közl*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, 88 ff.

⁷³ *Heck* (Fn. 31), 38 ff. mit Hinweis auf *Zeiler*.

⁷⁴ Vgl. etwa das Schreiben *Hubers* vom 27. Dezember 1899 an Gény, wiedergegeben bei *Huwiler*, *Aequitas* und *bona fides* als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB), Beiheft 16 zur ZSR, 1994, 57 ff., Anm. 168.

⁷⁵ *Merz* (Fn. 50, Beiheft ZSR), 56.

⁷⁶ *Höhn* (Fn. 19), 108 ff.

⁷⁷ *Höhn* (Fn. 19), 133.

⁷⁸ *Gygi*, Vom Anfang und vom Ende der Rechtsfindung, recht 1983 73 ff., 79.

⁷⁹ *Maxeiner* (Fn. 33), 114 ff., 126.

⁸⁰ *Bydliński* (Fn. 60, Rechtsfindung), 1.

jedenfalls ein Begründungsstil, welcher den Entscheidungsvorgang nicht hinter vorgeschobener Methodentreue versteckt, sondern das Ergebnis nachvollziehbar, kontrollierbar und kritisierbar macht⁸¹. Das Gericht hat dem Gesetz nicht nur zu gehorchen, sondern es auch zu verstehen und verständlich zu machen⁸², es manchmal gar zu offenbaren. Darin unterscheidet sein Urteil sich vom Orakelspruch. Der Gesetzgeber gestaltet die Vorgabe, das Gericht rechtfertigt sie dem Rechtsuchenden. Dass dies gelegentlich schwerfällt, ist unausweichlich, aber lapidar mit dem Rechtsspruchwort zu erklären: Wie die Gesetze, so die Richter⁸³.

VI. Resonanz

Josef Kohler, vielleicht der letzte Universal-Rechtsgelahrte dieses Jahrtausends, hat im Jahre 1914 seine Darstellung des Wettbewerbsrechts⁸⁴ «dem Schweizer Bundesgericht in Lausanne, dem hervorragendsten Gerichte des Kontinents» gewidmet.

Knapp fünfzig Jahre später hat *Hans Merz* für die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts in Anspruch genommen, dass sie schon in den letzten Jahrzehnten des vergange-

nen Jahrhunderts, im Höhepunkt des Positivismus, die gleiche Freiheit und schöpferische Kraft ausgewiesen habe, die sie immer noch auszeichne⁸⁵.

Und *Arthur Meier-Hayoz* hat nochmals dreissig Jahre später, offenbar in Relativierung seiner These von der grundsätzlichen Grundsatzlosigkeit der bundesgerichtlichen Methodologie bekannt, bei seinen regelmässigen Besuchen am Bundesgericht sei er jedesmal beeindruckt von der Qualität der höchstrichterlichen Rechtsprechung, im besonderen von der Weite des richterlichen Blicks im juristischen und ausserjuristischen Bereich, von der – bei aller Konzentration auf den Einzelfall – vorhandenen Sorge um die präjudizielle Tragweite des Entscheides, vom Bewusstsein also, im Dienste genereller Fortbildung des Rechts zu stehen, und von der – bei allem Zwang zu rascher Entscheidung – kaum je fehlenden gründlichen Auseinandersetzung mit doktrinellen Strömungen⁸⁶.

Diese unbestreitbar autoritativen Werturteile lassen keine ernsthaften Zweifel über die grundsätzlich positive Resonanz einer im beschriebenen Methodenpluralismus geschmeidigen Rechtsfindung des Bundesgerichts mehr aufkommen. Sie geben aber auch Anlass zu fragen, ob eine befriedigende Rechtsprechung mit der Verpflichtung auf eine ausschliessliche Verständnismethode überhaupt zu bewirken wäre. Die negative Antwort folgt wohl bereits aus der Fragestellung.

⁸¹ *Ogorek* (Fn. 14), 29.

⁸² *Dürr*, Zürcher Kommentar, N 475 zu Art. 1 ZGB; *Häfelin*, Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes, FS Hegnauer, Bern 1986, 111 ff., 138 f.

⁸³ *Schmidt-Wiegand*, Deutsche Rechtsregeln und Rechtsspruchwörter, München 1996, 136, mit Nachweis.

⁸⁴ *Der unlautere Wettbewerb*, Berlin und Leipzig 1914.

⁸⁵ (Fn. 45), 344.

⁸⁶ Beiheft 15 zur ZSR (Fn. 14), Schlusswort, 92.