**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 126 (2007)

**Artikel:** Der Text des Gesetzes : Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB

**Autor:** Amstutz, Marc

**DOI:** https://doi.org/10.5169/seals-896213

**Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

**Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

**Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

**Download PDF:** 08.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch**

# Der Text des Gesetzes
## Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB

MARC AMSTUTZ*

* Professor der Rechte an der Universität Freiburg i.Ue. Für kritisch-konstruktive Kommentare und zahlreiche Handreichungen danke ich Vaios Karavas herzlich. Ebenfalls bin ich Peter Gauch, Marcel Alexander Niggli, Gunther Teubner und Stefan Wiprächtiger für wertvolle Hinweise freundschaftlich verpflichtet.

## Inhaltsverzeichnis

A. Die Fata Morgana der Schrift ..... 241
I. Ein Unbehagen ..... 241
II. Verstümmelter Text: «Wortlaut *und* Auslegung» ..... 242
III. Derridas Grammatologie: Text als «produzierende Maschine» ..... 245
B. Die vielen Gesichter von Art. 1 ZGB: Ein selektiver Rückblick ..... 248
I. Genesis: Eugen Hubers Schöpfung ..... 248
II. *Transformatio:* Der Kommentar von Meier-Hayoz ..... 257
III. Skepsis: Die *logique textuelle* von Pierre Moor ..... 263
C. Textfluktuationen: Art. 1 ZGB und die Kontextvielfalt der Gesellschaft 266
I. Die soziale Funktion des platonischen Gesetzestextbildes ..... 266
II. *Textus* ..... 275
III. Morphogenese der Normativität ..... 278

## A. Die Fata Morgana der Schrift

### I. Ein Unbehagen

Der eigentliche Gegenstand von Art. 1 ZGB ist die *Schriftlichkeit* des Rechts, seine *écriture*. Die Leitfrage dieser Bestimmung lautet: Wie soll mit Recht umgegangen werden, das *textlich* vermittelt wird?[1] Dass sich Art. 1 ZGB auf schriftliches und nicht auf orales Recht bezieht, macht somit einen Unterschied, der für das Verständnis dieser Bestimmung einen Unterschied macht.[2] Im Spiegel der einschlägigen Doktrin wird dieser Umstand allerdings wenig bis nicht reflektiert. Eine Auseinandersetzung mit der Schrift als Medium des Rechts fehlt (nicht nur) in der Schweiz. Die vorhandenen, zum Teil eingehenden Studien über das Phänomen der Kodifikation schenken der Texttheorie praktisch kaum Beachtung.[3] Dasselbe trifft für die Methodenlehre zu, die die Schrift als solche nicht thematisiert. Darin schwindet und verrinnt, dass seit der Antike die westliche Kultur der Schrift mit Unbehagen und voller Fragen begegnet. Und somit geht vergessen, dass die Art und Weise, wie ein Text «funktioniert», ein blinder Fleck der Geisteswissenschaften im allgemeinen und der Rechtswissenschaft im besonderen ist.

Auf diese Unsicherheiten hat man meist mit Zweifeln an der Leistungsfähigkeit der Schrift reagiert. So schon in Platons *Phaidros,* wo der Schrift der Prozess gemacht wird. In den wiedergegebenen Dialogen vergleicht sie Sokrates mit Gemälden, die letztlich seltsam still bleiben: «Denn dieses Missliche, Phaidros, hat eben die Schrift an sich und ist darin in Wahrheit der Malerei ähnlich. Auch deren Erzeugnisse stehen ja da wie lebendige Wesen; wenn du sie aber etwas fragst, dann schweigen sie sehr erhaben still».[4] Alsdann warnt Sokrates vor dem Schein, den die Schrift schafft, dass sie imstande ist, Wissen gegenständlich zu verkörpern: «Ist sie aber einmal geschrieben, so treibt sich eine jede Rede überall umher, bei denen, die sie verstehen, ganz ebenso wie bei denen, für die sich nicht ziemt, und sie weiss nicht, zu wem sie reden soll und zu wem nicht. Wird sie aber beleidigt und ungerecht geschmäht, so bedarf sie stets der Hilfe ihres Vaters. Denn allein vermag sie sich nicht zu ehren noch

1 In diesem Sinne auch Pierre Moor, Pour une théorie micropolitique du droit, Paris, PUF 2005, S. 193: «... la dimension textuelle du droit et, corrélativement, la nécessité d'établir un statut de lecture».

2 Cf. in diesem Zusammenhang auch die feinsinnigen Ausführungen von Walther Burckhardt, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, Bern, Stämpfli 1925, S. 65 f.

3 Cf. aber vorbildlich Pio Caroni, Gesetz und Gesetzbuch: Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte, Basel et al., Helbing & Lichtenhahn 2003, S. 5, 52 f., 84, 214 und 303 f.

4 Platon, Symposion, Phaidros, Düsseldorf et al., Artemis & Winkler 2001, S. 162.

sich zu helfen».[5] Die Schrift dient letztlich der Erinnerung. Den gesprochenen Diskurs kann sie, so Sokrates, unmöglich ersetzen.[6]

Die Auffassung, dass das Sprechen primär und das Schreiben sekundär ist, herrscht bis heute vor. Man findet sie bei vielen Philosophen wieder, die das abendländische Denken miterschaffen haben, angefangen bei Rousseau, Hegel und Lacan.[7] Grossen Einfluss hatten die Arbeiten Saussures, des Vaters der modernen Linguistik. Darin wird die Schrift als blosse Repräsentation der gesprochenen Sprache aufgefasst: «Langage et écriture sont deux systèmes de signes distincts; l'unique raison d'être du second est de *représenter* le premier». [8]

Auch in den Überlegungen Austins, einer der einflussreichsten Linguisten des 20. Jahrhunderts, ist diese Hierarchisierung von Sprache und Schrift allgegenwärtig. Sein vielbeachtetes Buch *How to Do Things with Words* beschäftigt sich fast ausschliesslich mit Sprechakten, die aus gesprochenen Äusserungen bestehen.[9] Das hat einen Grund. Austin meint nämlich: «Written utterances are not tethered to their origin in the way spoken ones are».[10] Damit weist er darauf hin, dass allein der Sprecher durch das direkte Äussern des Sprechaktes als Ursprung der Äusserung identifiziert wird. Nur in der «*total speech-situation*» sei er als Urheber der Äusserung auf Anhieb erkennbar. Für Austin sind deshalb gesprochene Äusserungen «ursprünglicher» und «einfacher» zu beschreiben, da sie weniger Komplikationen als geschriebene Sprache mit sich bringen.[11] Auch Searle, der wohl berühmteste Schüler Austins, hat in diesen Kanon eingestimmt.[12] Ich verzichte hier darauf, die Liste von Autoren, die im Laufe der letzten hundert Jahre eine identische oder ähnliche Position eingenommen haben, weiter zu verlängern. Ihrer sind Unzählige.

## II. Verstümmelter Text: «Wortlaut *und* Auslegung»

Von Belang scheint mir an dieser Stelle die Tatsache, dass dieses nahezu einmütige Textverständnis markante Spuren in Art. 1 ZGB und seiner Praxis

---

5 Platon (Fn. 4), S. 162.

6 Eine lange Auseinandersetzung mit dem Textverständnis in *Phaidros* findet man bei Jacques Derrida, La pharmacie de Platon, in: Jacques Derrida, La dissémination, Paris, Seuil 1972, S. 79 ff.

7 Geoffroy Bennington und Jacques Derrida, in: Jacques Derrida (Derridabase/Circonfession), Paris, Seuil 1991, S. 46.

8 Ferdinand de Saussure, Cours de linguistique générale, Paris, Payot 2005, S. 45 N 94.

9 John L. Austin, How to do Things with Words, 2nd edition, Cambrige, Mass., Harvard University Press 1999.

10 Austin (Fn. 9), S. 61.

11 Austin (Fn. 9), S. 114.

12 John R. Searle, Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language, London, Cambridge University Press 1969.

hinterlassen hat. Eine überwiegende Lehrmeinung begreift die im ersten Absatz dieser Bestimmung vorgesehene Auslegung des Gesetzestextes als «Kompensation für etwas ..., was unterwegs verlorengegangen ist».[13] Diese Kompensation wird aber nicht als Folge eines Versehens oder Fehlers – also einer Pathologie – gesehen. Vielmehr sei sie eine «unvermeidliche Regel»: «Auslegung ist ... keine gelegentliche Korrektur, sondern das unumgängliche Verfahren zum Verständnis einer überlieferten rechtlichen Regel».[14] Sie ist die natürliche Konsequenz davon, dass «Botschaften ... stets verstümmelt an-[kommen]».[15]

Aber weshalb muss dem so sein? Aus welchem Grund sollte die erwähnte «Verstümmelung» unausbleiblich sein? Die herkömmliche Antwort: Weil, von mündlich tradiertem Gewohnheitsrecht einmal abgesehen, jede rechtliche Botschaft mithilfe des Mediums der Schrift übermittelt wird. Dahinter steht, was leicht erkennbar ist, die Saussuresche Lehre von der Schrift als Repräsentation lautlicher Zeichen: «Der Übergang von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit bewirkt automatisch einen Verlust, schon aufgrund der Tatsache, dass die Botschaft von der Person, die sie verkündet, getrennt wird».[16] Schrift entstellt, verkürzt, verfälscht. Semantischer Gehalt geht nach Auffassung vieler Schweizer Autoren im Laufe der schriftlichen Kommunikation verloren. Und dies deshalb, weil der Autor seine Botschaft, einmal verschriftlicht, nicht mehr ergänzen, korrigieren oder klarstellen kann. Der Text hat sich

---

13 Pio Caroni, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel et al., Helbing & Lichtenhahn 1996, S. 85.

14 Caroni (Fn. 13), S. 85; cf. auch ders. (Fn. 3), S. 303; cf. ferner Hans Reichel, Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Edgar Tatarin-Tarnheyden (Hrsg.), Festgabe für Rudolf Stammler, Leipzig, de Gruyter 1926, S. 294 f.

15 Caroni (Fn. 13), S. 85.

16 Caroni (Fn. 13), S. 86; gl.A. August Egger, Einleitung Art. 1–10, Das Personenrecht Art. 11–89, in: August Egger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich, Schulthess 1930, Allg. Einl. N 29: «Alle Gesetzgebung muss mit dem Ausdruck ringen und der Ausdruck muss stets hinter der Idee zurück bleiben»; Arthur Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB, in: Hermann Becker (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, Teilband 1: Einleitung: Artikel 1–10 ZGB, 3. Auflage, Bern, Stämpfli 1962, Art. 1 N 132: «Der Wortlaut ist stets nur der unvollkommene Ausdruck des wiederzugebenden gesetzgeberischen Gedankens»; Fritz Gygi, Vom Anfang und vom Ende der Rechtsfindung: Zur Tragweite des Wortlauts bei der Auslegung, recht *1* (1983), S. 75; Hans Merz, Neues zu den Methoden der Rechtsfindung?, in: P. Forstmoser et al. (Hrsg.), Rechtsanwendung in Theorie und Praxis: Symposium zum 70. Geburstag von Arthur Meier-Hayoz, Basel et al., Helbing & Lichtenhahn 1993, S. 55; David Dürr, Vorbemerkungen zu Art. 1 und 4 ZGB, Art. 1 ZGB, Art. 4 ZGB, in; Peter Gauch und Jörg Schmid (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband: Art. 1–7 ZGB, 3. Auflage, Zürich, Schulthess 1998, Vorbem. Art. 1 und 4 N 18: «*Geschriebene* Sprache ist stets Abbild von Sprache, nie Sprache selbst»; cf. in diesem Zusammenhang auch Moor (Fn. 1), S. 187; ferner die feinen Differenzierungen, die Walter R. Schluep, Einladung zur Rechtstheorie, Bern et al., Stämpfli et al. 2006, S. 374 ff., im Hinblick auf das Wortlautargument vornimmt.

von seiner Urheberschaft gelöst. Und mit diesem «Urheberverlust» geht, so meint man, zwangsläufig Sinnverlust einher.

Aus diesem Grund hält heute die herrschende Lehre den Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 ZGB für missverständlich. Die Formulierung, das Gesetz finde auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es «nach Wortlaut *oder* Auslegung» eine Bestimmung enthalte, unterstelle zu Unrecht, dass ein Text die vollständige Aussage des Gesetzgebers transportieren könne. Folglich müsste, richtig besehen, in der erwähnten Vorschrift «nach Wortlaut *und* Auslegung» stehen. Denn Auslegung sei immer nötig, um den Sinn eines Textes und besonders einer gesetzlichen Norm zu erschliessen.[17] Nur die «... *und* ...»-Version von Art. 1 Abs. 1 ZGB widergibt, so wird gesagt, die eigentliche Funktion der Auslegung, das wieder zurückzugewinnen, was durch Textualisierung verloren gegangen ist.[18]

Dem ist die Rechtsprechung gefolgt. In einem Fall, der die Interpretation einer schriftlichen Saldoquittung nach Massgabe von Art. 18 Abs. 1 OR betraf, entschied das Bundesgericht, dass auch der klare Wortsinn für die Vertragsauslegung nicht allein massgebend sein könne: «On ne peut ériger en principe qu'en présence d'un ‹texte clair›, on doit exclure d'emblée le recours à d'autres moyens d'interprétation».[19] Entsprechend sei eine «reine Buchstabenauslegung» nicht statthaft.[20] Diese im Jahre 2001 erfolgte und mehrfach bestätigte Präzisierung der Rechtsprechung[21] müsste auch, sofern das Bundesgericht mit sich konsistent bleibt, für die Gesetzesauslegung gelten.[22]

---

17 Cf. z.B. Gygi (Fn. 16), S. 76; ferner schon Max Gmür, Allgemeine Einleitung und Art. 1, in: Max Gmür (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Einleitung, Personenrecht, 2. Auflage, Bern, Stämpfli 1919, Art. 1 N 6a; demgegenüber ambivalent Heinz Hausheer und Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB: Art. 1–10 ZGB, Bern, Stämpfli 2003, Art. 1 N 65; a. A. Edward E. Ott, Juristische Methode in der Sackgasse? 46 fragwürdige Theorien in der heutigen juristischen Methodenlehre, Zürich, Orell Füssli 2006, 1 ff.

18 Reichel (Fn. 14), S. 294: «ZGB. 1 Abs. 1 spricht von ‹Wortlaut oder Auslegung›. ... Diese Zusammenstellung ist jedoch ungereimt. Denn der Wortlaut ist nicht koordiniert der Auslegung, dergestalt, dass eines das andere entbehrlich machte; beide gehören vielmehr schlechthin untrennbar zusammen».

19 BGE 127 III 444, 445.

20 So die Regeste von BGE 127 III 444.

21 Cf. BGE 128 III 212, 215; BGE 128 III 265, 267; BGE 129 III 118, 122; BGE 129 III 276, 280; BGE 130 III 417, 425; BGE 131 III 280, 287; BGE 131 III 606, 611 f.; BGE 132 III 651, 655.

22 Der Unterschied zwischen rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Qualität des Textes ist in diesem Punkt aus linguistischer Sicht unerheblich. Im übrigen wird man annehmen müssen, dass der pragmatische Methodenpluralismus des Bundesgerichts auch für Art. 1 ZGB die Wende gebracht hat; cf. insbesondere die *leading cases* BGE 123 III 24, 26; BGE 124 III 266, 268; dazu feinfühlig (wenngleich fehlgeleitet) Hans Peter Walter, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht *17* (1999), S. 158 f. et passim.

## III. Derridas Grammatologie: Text als «produzierende Maschine»

Dieses in alteuropäischen Errungenschaften und Glaubenssätzen verstrickte Textbild der schweizerischen Methodenlehre hat lange Zeit ein unbemerktes und unangefochtenes Dasein gefristet. In der Juristenwelt hat sich an und für sich kein Anlass ergeben, es einer Überprüfung zu unterziehen. Unangefochten ist der platonische Satz von der Sekundarität der Schrift indes nicht mehr. Dieser ist in der Nachbarwissenschaft der Linguistik unter Beschuss geraten. Inszeniert worden ist die Attacke von Derrida, der als Mittel eine subtil-ambivalente, teils anerkennende, teils radikale Kritik der Saussureschen Zeichentheorie verwendete.[23] Diese Kritik hat sich in den Geisteswissenschaften wie Feuer verbreitet und drängt nach Berücksichtigung auch in der Rechtswissenschaft.[24] Worum geht es?

Derrida geht davon aus, dass jegliche Hierarchie zwischen Sprechen und Schreiben abzulehnen ist.[25] Er vertritt die auf den ersten Blick verblüffende These, dass es kein sprachliches Zeichen gibt, das der Schrift vorangeht.[26] Wenn nun Derrida behauptet, dass die Schrift nicht «nach» der Sprache kommt, sondern *schon immer* präsent war, also originär ist, so mag das überraschen, ja fast absurd tönen: Wie lässt sich entgegen den *common sense* die Auffassung vertreten, dass die Schrift gleichzeitig mit der Sprache auftaucht, ja ihr gar vorangeht? Just das ist aber eine zentrale These der Texttheorie Derridas, die vielfach als Provokation empfunden wird. Sofern man freilich bereit ist, sich auf diese These einzulassen, bewahrheitet sie sich sowohl unter dem Blickwinkel der Logik als auch unter demjenigen der Erfahrung:

Derrida stützt sich darauf, dass der Adressat der Schrift *(écriture)* notwendigerweise abwesend ist. In der Tat kann man nur einem Abwesenden schreiben.[27] Auf dem Boden dieser Tatsache entwickelt Derrida ein folgenschweres Argument: Für ihn ist jede Form der Kommunikation «*écriture*», weil im Grunde der Adressat einer Äusserung, sei sie gesprochen oder schriftlich,

---

23 Cf. in erster Linie (und programmatisch) JACQUES DERRIDA, De la grammatologie, Paris, Minuit 1967.

24 DERRIDAS Textverständnis beginnt allmählich, in der europäischen Rechtsliteratur Beachtung zu finden. Cf. z.B. JOACHIM GOEBEL, Rechtsgespräch und kreativer Dissens: Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Sprache in der interpretativen Praxis des Zivilprozesses, Berlin, Duncker & Humblot 2001; THOMAS VESTING, Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie: Eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des bundesdeutschen Verfassungsrechts? Besprechung von Matthias Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Der Staat *41* (2002), S. 73 ff.

25 DERRIDA (Fn. 6), S. 209 ff.

26 JACQUES DERRIDA, Sémiologie et grammatologie: Entretien avec Julia Kristeva, in: Jacques Derrida, Positions, Paris, Minuit 1972, S. 40 f.

27 JACQUES DERRIDA, Signature événement contexte, in: Jaques Derrida, Marges – de la philosophie, Paris, Minuit 1972, S. 371, 372 f. und 374.

*immer abwesend* ist. Nennt man nämlich jene Form der Kommunikation, bei welcher der Adressat abwesend ist, «Schrift», so muss jede Kommunikation mit diesem Begriff bezeichnet werden, selbst wenn alle Beteiligten (Absender und Adressat) anwesend sind.[28] Nach Derrida ist somit das Grundmodell jeglicher Kommunikation *«écriture»*, weshalb er es *archi-écriture* nennt.[29] Warum soll nun aber der anwesende Adressat einer sprachlichen Äusserung abwesend sein? Wiederum scheinen Derridas Ausführungen aus dem gesunden Menschenverstand auszubrechen. Aber auch hier überzeugt die Position Derridas, sofern man nur näher hinschaut:

Zu bedenken ist, dass eine der wichtigsten Erkenntnisse sowohl der Natur- als auch der Geisteswissenschaften des 20. Jahrhunderts darin besteht, dass die Sprache nicht in der Lage ist, eine klare, transparente, unmittelbare und unverfälschte Kommunikation zwischen zwei anwesenden Personen herzustellen. Von der Psychoanalyse über die Philosophie bis zur Soziologie ist dieser Befund immer wieder bestätigt worden. Im einzelnen bedeutet dieser Befund, dass wir in einem Gespräch mit einem anderen nie wissen, *ob* und *wie* unsere Äusserungen ankommen. Oder anders gewendet: Die Worte, die wir an einen Anwesenden richten, sind nie sicher, einen wirklich Anwesenden zu erreichen. Daher ist jede Kommunikation, zuweilen entgegen dem Anschein, «differiert» *(différée)*, also «aufgeschoben».[30] Auch das lautliche Zeichen wird mithin sofort von seinem Ursprung – man könnte auch sagen: von seinem *Kontext* – getrennt.[31] Es ist selbst etwas Sekundäres, nicht anders als das schriftliche Zeichen.

Akzeptiert man das, erscheint es natürlich, mit Derrida die «Schrift», bei der die Abwesenheit des Adressaten besonders augenscheinlich ist, als originäres Modell jeder Form von Kommunikation zu begreifen. Denn beim schriftlichen Zeichen tritt das charakteristische Merkmal der Sprache deutlicher zutage als beim lautlichen Zeichen: Bei ihm wird sofort evident, dass es sich von seinem Autor gelöst hat, dass es gewissermassen entwurzelt ist.[32] Einmal geschrieben, *existiert* der Text *weiter*. Und das heisst: Er existiert nicht bloss als materielle Sache, sondern er *funktioniert* nach der Loslösung von seinem Autor *weiter. Er mutiert ab diesem Punkt zu einer «ihrerseits nun produzierenden Maschine» («une sorte de machine à son tour productrice»).*[33] Der ursprüngliche Kontext hat seine Bedeutung verloren. Der Text ist von ihm abgeschnitten und kann in neue Kontexte eingeschrieben werden. Es

28 Derrida (Fn. 27), S. 374 ff.

29 Cf. z.B. Jacques Derrida, La différance, in: Jaques Derrida, Marges – de la philosophie, Paris, Minuit 1972, S. 14 ff.

30 Derrida (Fn. 29), S. 15 ff.

31 Derrida (Fn. 27), S. 377.

32 Derrida (Fn. 27), S. 377.

33 Derrida (Fn. 27), S. 376.

können ihm andere Kontexte «aufgepfropft» werden.[34] Kurzum: Der Text – wie jede (schriftliche oder sprachliche) Kommunikation – lebt ab dem Zeitpunkt seiner Trennung vom Autor ein eigenständiges Leben, das eine autonome Entwicklung kennt.[35]

Sollte – so ist jetzt zu fragen – die Methodenlehre ihr Textverständnis im Sinne Derridas revidieren? Worin lägen die Gewinne, worin die Verluste einer solchen Operation? Und ferner: Ist eine derart fundamentale, ja nahezu existentielle Revision, falls wünschenswert, realistischerweise überhaupt durchzuführen? Das sind natürlich vielschichtige Fragen, die verlangen, dass mehrere Dimensionen des schweizerischen «Rechts des Rechts»[36] untersucht werden. Ich beginne damit, einige historische Aspekte von Art. 1 ZGB zu beleuchten, dies namentlich mit dem Ziel, die Evolutionsgeschichte des Textverständnisses zu beschreiben, das dieser Norm heute zugrundegelegt wird. Nur so lässt sich ein einigermassen präzises Porträt von Art. 1 ZGB malen. Alsdann wird nach der sozialen Funktion des eruierten Textbildes gefragt. Es wird sich zeigen, dass es, so kontraintuitiv dies auch klingen mag, die Reaktion des Rechts auf die gesellschaftliche Macht der Politik darstellt,[37] wobei noch zu schildern sein wird, was diese These genau bedeutet. In dieser Abwehrfunktion hat sich das Textverständnis, auf dem die Art. 1 ZGB entnommenen methodischen Regeln bis heute gegründet werden, bewährt.

Das hat allerdings – so meine Hauptthese – seinen Preis. Das ermittelte Textbild hat den Blick darauf versperrt, dass sich das Recht für die *Polykontexturalität* der modernen Gesellschaft zu öffnen hat. Von ihrer Anlage her ist die heutige Methodenlehre auf eine Glaubensgemeinschaft hin orientiert, die es in Wahrheit nicht (mehr) gibt. Sie ist ausserstande, die Kontextvielfalt der modernen Gesellschaft zu absorbieren und rechtsintern zu verarbeiten. Abhilfe kann hier – aus noch näher zu schildernden Gründen – lediglich ein Derridasches Textverständnis schaffen. Aber ein Austausch des herkömmlichen Textbildes für dasjenige, das in den vorangehenden Zeilen skizziert wurde, ist ein komplexes und riskantes Unterfangen, das eine fundamentale Rekonstruktion der Rechtsmethodik verlangt. Eine solche Rekonstruktion kann vorliegend unmöglich geleistet werden. Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich auf zweierlei: Einerseits werden die groben Züge, sozusagen das Skelett einer Rechtsmethodik, die auf einem «offenen» Textbild gründet, herausgeschält; andererseits wird gezeigt, wie eine derartige

34 Derrida (Fn. 27), S. 381.

35 Derrida (Fn. 27), S. 377.

36 Hasso Hofmann, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, Berlin, Duncker & Humblot 1998.

37 Cf. hinten S. 267 ff.

Methodenlehre mit den tragenden Mechanismen der funktional ausdifferenzierten Gesellschaft zusammenwirkt.

## B. Die vielen Gesichter von Art. 1 ZGB: Ein selektiver Rückblick

### I. Genesis: Eugen Hubers Schöpfung

Versucht man das Textbild, auf welchem Art. 1 ZGB gründet, zu ermitteln, wird man kaum auf explizites Material stossen. Texttheorie war, wie erwähnt, zu keiner Zeit ein bewusster Gegenstand der Rechtswissenschaft, auch nicht während der Entstehungszeit des Zivilgesetzbuches. Das zwingt zum Einschlagen von Schleichwegen; das Textbild von Art. 1 ZGB muss *via indirecta* erschlossen werden. Für eine texttheoretische Analyse dieser Bestimmung zur Zeit ihrer Konzeption stehen drei Elemente zur Verfügung: Zunächst die rechtstheoretischen Überzeugungen des Rechtsprofessors Eugen Huber, alsdann die Ausführungen des Gesetzesredaktors Eugen Huber im Rahmen der legislativen Arbeiten am Zivilgesetzbuch,[38] und schliesslich das vom Linguisten Eugen Huber erarbeitete Konzept einer volkstümlichen Sprache, dessen sich das ZGB bedient. Freilich sollen diese drei Elemente nicht fein säuberlich der Reihe nach behandelt werden, sondern sozusagen «vernetzt», also in ihren wechselseitigen Verstrickungen. In diesem Sinne ist mit einer unscheinbaren Episode der Entstehungsgeschichte von Art. 1 ZGB zu beginnen, die sich bei näherem Zusehen als texttheoretisch erstaunlich aufschlussreich entpuppt.

Diese Episode spielt sich ganz am Ende der Art. 1 ZGB betreffenden Gesetzgebungsarbeiten ab und bezieht sich auf die Frage nach der Stellung von bewährter Lehre und Überlieferung im Rahmen der Rechtsfindung. Im Vorentwurf von 1900[39] war das Verhältnis dieser beiden Elemente zur richterlichen Rechtsfortbildung *modo legislatoris* im Vergleich zum geltenden Wortlaut von Art. 1 ZGB noch diametral umgekehrt. Art. 1 Abs. 2 und 3 VE lauteten:

> [2] Fehlt es in dem Gesetze an einer Bestimmung, so entscheidet der Richter nach dem Gewohnheitsrechte und wo auch ein solches mangelt, nach bewährter Lehre und Überlieferung.
> [3] Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so hat er sein Urteil nach der Regel zu sprechen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

---

38 Cf. zu den Arbeiten am Zivilgesetzbuch im allgemeinen die prägnante Übersicht in Virgile Rossel und F.-H. Mentha, Manuel du droit civil suisse, Tome premier: Introduction historique et notions générales, Titre préliminaire, Droit des personnes, Droit de la famille, 2e édition, Lausanne et al., Payot 1922, S. 38 ff.

39 Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 15. November 1900, Bern 1900.

Dieser Wortlaut weist darauf hin, dass für Eugen Huber bewährte Lehre und Überlieferung denselben Status wie Gewohnheitsrecht als subsidiäre Rechtsquellen bekleiden.[40] In den Erläuterungen zum Vorentwurf wird diese Überlegung wie folgt ausgedrückt: «Wir erhalten somit drei Stufen der Rechtsanwendung: Gesetz, Gewohnheit, Überzeugung des Richters, sei es nach bewährter Lehre und Überlieferung oder nach der Voraussetzung eines Rechtssatzes für den neuen Fall».[41] Art. 2 Abs. 1 VE scheint sodann zwischen Gewohnheitsrecht und bewährter Lehre und Überlieferung einen inneren Zusammenhang herzustellen:

> [1] Hat sich zur Erläuterung oder Ergänzung einer bundesrechtlichen Bestimmung ein Gewohnheitsrecht gebildet, so wird es als Bundesrecht anerkannt.

Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass Eugen Huber eine weitreichende Vorstellung von Gewohnheitsrecht hatte, die auch Erläuterung bzw. Ergänzung und somit zwangsläufig Lehre und Überlieferung einbezieht. So begriffenes Gewohnheitsrecht steht in einem komplexen (und vielleicht auch ambivalenten) Verhältnis zum Gesetzesrecht, worauf zurückzukommen ist.[42] Im Entwurf von 1904[43] ist (nebst einer Änderung der Marginalien) Art. 2 Abs. 2 VE gestrichen worden, der die Geltung einer Ortsübung aberkennt, die Bundesrecht aufhebt oder abändert.[44] Im übrigen sind «Änderungen vorwiegend redaktioneller Art getroffen worden».[45] Das Parlament strich sodann Art. 2 E, der im wesentlichen Art. 2 Abs. 1 VE entsprach.[46]

Erst nach den grossen Debatten, nachdem die Schlacht geschlagen schien, kam es zur Episode, die hier besonders interessiert: In ihrem Bericht vom 20. November 1907[47] nahm die Redaktionskommission eine Änderung von Art. 1 ZGB vor, von der im Schrifttum mit feiner Ironie gesagt wurde, sie «erweck[e] den Anschein, dass … hier eher eine kühne Entscheidung gefällt

---

40 Henri Deschenaux, Der Einleitungstitel, in: Max Gutzwiller (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band II: Einleitung und Personenrecht, Basel et al., Helbing & Lichtenhahn 1967, S. 70; cf. auch Eugen Ehrlich, Die «bewährte Lehre und Überlieferung» (Art. 1 ZGB), SJZ *16* (1919/20), 225.

41 Eugen Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eigenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Erster Band: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Auflage, Bern, Büchler 1914, S. 38.

42 Cf. hinten S. 252 ff.

43 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 18. Mai 1904, BBl 1904 IV, S. 1 ff.

44 Die Bestimmung wurde in Art. 6 Abs. 2 E überführt, der freilich vom Parlament wieder gestrichen wurde; cf. Meier-Hayoz, (Fn. 16), Art. 1 N 6 f.

45 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 5.

46 Cf. AB N 1906 1036 ff.; AB S 1907 113 f.; AB N 1907 349, 355, 361 und 364; AB S 1907 316 ff.

47 BBl 1907 VI, S. 367 ff.

[wurde]».[48] Sie gestaltete den Wortlaut der Bestimmung dahingehend um, dass bei Fehlen von gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Regeln der Richter Recht *modo legislatoris* zu finden hat. Bewährte Lehre und Überlieferung treten nicht mehr als subsidiäre Rechtsquellen hinter Gesetz und Gewohnheitsrecht in Erscheinung; sie stellen nunmehr bloss noch Hilfsmittel der Gesetzesauslegung, der Gewohnheitsrechtsanwendung und der Richterrechtsbildung dar.[49]

Weshalb sollte diese redaktionelle «Änderung» im vorliegenden Zusammenhang von so grosser Bedeutung sein? Meine These: Hinter der von Eugen Huber vorbereiteten und vom Parlament im Grunde fast abgesegneten[50] Version von Art. 1 ZGB und jener Version dieser Bestimmung, welche aus der Redaktionskommission hervorgegangen und geltendes Recht geworden ist, verbergen sich zwei unterschiedliche Konzeptionen von Recht. Und hinter diesen zwei Rechtskonzeptionen stehen wiederum zwei verschiedene Auffassungen von Gesetz, die jeweils andere texttheoretische Implikationen haben. Diese These bedarf der Erläuterung:

Vorab ist einmal auf die fundamentale Andersartigkeit von gesetztem Recht und Gewohnheitsrecht hinzuweisen: «[D]as Gewohnheitsrecht [stellt] in einer bestimmten Hinsicht so etwas wie einen *Fremdkörper* im Kodifikationssystem dar[...]. Es entstammt einer irgendwie eigenen Welt, deren Prinzipien uns nicht mehr vertraut sind».[51] Was sind – so fragt man sich – die jeweiligen «Welten» von gesetztem Recht einerseits und von Gewohnheitsrecht andererseits? Hier hat man es mit jener perennierenden Kontroverse in der Rechtstheorie zu tun, die im 20. Jahrhundert vielleicht ihren eindrück-

48 Bernhard Schnyder, Allgemeine Einleitung zu Art. 1–10 ZGB, in: Peter Gauch und Jörg Schmid (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Einleitung, 1. Teilband: Art. 1–7 ZGB, Zürich, Schulthess, Allg. Einl. N 83; Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 10, spricht seinerseits von einer «wesentlichen materiellen Änderung»; cf. auch Deschenaux (Fn. 40), S. 71.

49 Cf. Max Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 ZGB, Bern, Stämpfli 1908, S. 3; ferner Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 10; Schnyder (Fn. 48), Allg. Einl. N 83.

50 In seinen materiellen Diskussionen über Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB ist das Parlament immer davon ausgegangen, dass bewährte Lehre und Überlieferung Rechtsquellenstatus besitzen; cf. insbesondere AB S 1907 114: «Als *dritte* Rechtsquelle nennt Art. 1 die bewährte Lehre und Überlieferung» (H.v.V.). Formell wurde dann die von der Redaktionskommission vorbereitete Fassung von Art. 1 ZGB in der Schlussabstimmung der Eidgenössischen Räte vom 10. Dezember 1907 angenommen (AB S 1907 542 f.; AB N 1907 755 f.). Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den vermeintlich redaktionellen Änderungen des Wortlauts der Bestimmung hat aber nicht stattgefunden.

51 Caroni (Fn. 13), 120; in diesem Sinne schon Egger (Fn. 16), Art. 1 N 22 m.N.; Arthur Baumgarten, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Bern, Hans Huber 1939, S. 29 f.; Walther Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft: Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts, 2. Auflage, Zürich, Polygraphischer Verlag 1944, S. 217 f.; Claude Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, 6e édition, Neuchâtel et al., Delachaux & Niestlé 1979, S. 49; relativierend Rossel/Mentha (Fn. 38), S. 59.

lichsten Ausdruck in den Auseinandersetzungen zwischen Ehrlich und Kelsen gefunden hat[52]: Woher «kommt» Recht, «von unten» oder «von oben»? Gewohnheitsrecht entsteht ausserstaatlich, also ohne Beteiligung der Obrigkeit, und dies durch Äusserung dessen, was die historische Schule Savignys «Volksgeist» genannt hat.[53] Seine Quelle ist mithin die Überzeugung der Rechtsgenossen *(opinio iuris vel necessitatis),*[54] und nicht so sehr, was immer wieder etwas unpräzis angeführt wird, die lange Übung *(longa consuetudo),*[55] die genau besehen nicht Geltungsgrund ist, sondern «ein bloss äusseres Element, ohne autonome Bedeutung, so etwas wie ein (mögliches und bequemes) Erkenntnismittel [des Gewohnheitsrechts]».[56] Demgegenüber ist staatliches Recht vertikal-hierarchisch angelegt: Qua *contrat social* oder kollektiver Anerkennung erlässt das politische System Normen, die im Souveränitätsbereich Verbindlichkeit entfalten. Der Geltungsgrund ist nicht die *opinio iuris*, sondern die Staatsgewalt.[57] Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich gesetztes Recht und Gewohnheitsrecht nicht bloss genetisch unterscheiden, sondern auf Staatslehren gründen, die voneinander ziemlich weit entfernt sind.

Sind die beiden Rechtssorten miteinander kompatibel? Können sie simultan im selben Territorium Geltung haben? Art. 1 ZGB bejaht das in seinem Wortlaut ausdrücklich und ohne Umschweifung. Diese scheinbar einfache Antwort verschleiert freilich die Verworrenheit der Problematik. Um diese aufzudecken, muss kurz auf die verschiedenen Erscheinungsformen von Gewohnheitsrecht eingegangen werden. Der erwähnte klare Bescheid von Art. 1 ZGB ist nur deshalb plausibel, weil diese Bestimmung lediglich eine spezifische Art von Gewohnheitsrecht anvisiert, nämlich *ergänzendes* Gewohnheitsrecht. Dieses gelangt *nach* dem Gesetz und *vor* dem Richterrecht zur Anwendung.[58] Insofern anerkennt es voll die Autorität des Staates, was zumal in der sog. Gestattungstheorie zum Ausdruck kommt. Nach dieser in der äl-

---

52 Zu dieser Auseinandersetzung gibt es unzählige Beiträge, die je nach den Präferenzen ihres Urhebers entweder Ehrlich oder Kelsen unterstützen. Für ein ausgewogenes Bild des Disputs Renato Treves, Hans Kelsen et la sociologie du droit, Droit et Société *1* (1985), S. 16 ff.

53 Cf. ausführlich Eugen Huber, Recht und Rechtsverwirklichung: Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel, Helbing & Lichtenhahn 1921, S. 249 ff.; ferner auch Egger (Fn. 16), Allg. Einl. N 28.

54 Cf. etwa Michel Béguelin, Das Gewohnheitsrecht in der Praxis des Bundesgerichts, Bern, Lang 1968, S. 6 ff.; Deschenaux (Fn. 40), S. 103; Du Pasquier (Fn. 51), S. 50; cf. aus der Praxis z.B. BGE 119 Ia 59, S. 62; skeptisch Burckhardt (Fn. 51), S. 219; ders., Methoden und System des Rechts, Zürich, Polygraphischer Verlag 1936, S. 135 f.

55 Cf. Béguelin (Fn. 54), S. 5 f.; Deschenaux (Fn. 40), S. 102; Du Pasquier (Fn. 51), S. 50.

56 Caroni (Fn. 13), S. 120; in diesem Sinne auch BGE 83 I 242, 248; a.A. Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 233, 235; Egger (Fn. 16), Art. 1 N 26; Edward E. Ott, Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich, Schulthess 1979, S. 58.

57 Cf. im Kontext Huber (Fn. 53), S. 249 f.; Egger (Fn. 16), Allg. Einl. N 29.

58 Caroni (Fn. 13), S. 126.

teren Literatur weitgehend akzeptierten Theorie gilt Gewohnheitsrecht als Rechtssatz, weil ein entsprechender Befehl des Souveräns ergangen ist (und zwar konkret in Art. 1 Abs. 2 ZGB).[59]

Daneben sondert die Lehre aber noch weitere, im Verhältnis zu gesetztem Recht allerdings problematischere Kategorien von Gewohnheitsrecht aus. Unmittelbar mit dem Gesetz kollidiert das *derogierende* Gewohnheitsrecht.[60] Es entwickelt sich *contra legem*, destruiert also eine Anordnung des Gesetzgebers und «usurpiert» gleichsam deren Position. Damit wird der Vorrang des Gesetzes geleugnet, was im Ergebnis auf eine Substitution des Rechtsbildungsprinzips hinausläuft: Der staatliche Gesetzgeber wird von normativ wirkenden Kräften aus den tiefsten Schichtungen der Gesellschaft abgelöst. Oder in der Perspektive des soziologisch reflektierenden Rechtshistorikers: «Das Gesetz wird einmal erlassen, ihre graphischen Zeichen bleiben stets dieselben. Ändern sich demgegenüber die sozialen Erwartungen, so kann man sich zuerst mit einer mehr oder weniger kühnen Auslegung und Anpassung des Gesetzes behelfen. Dann kommen aber Zeiten, in denen das, was das Gesetz sagt, einfach nicht mehr praktikabel ist, und dann organisieren sich die Menschen offenbar einfach auf andere Art und Weise».[61]

Listiger scheint demgegenüber das *erläuternde* Gewohnheitsrecht zu operieren. Es wirkt *intra legem* und zielt darauf hin, ein bestimmtes Verständnis des Gesetzes festzulegen, so dass eine spezifische Sinnvariante privilegiert und deren Befolgung verbindlich gemacht wird.[62] Üblicherweise wird die Problematik dieser Kategorie in ihrer flüchtigen Natur erblickt: «[S]eine Existenz ist weniger leicht greifbar, liegt weniger offen am Licht .... Denn seine Sätze ... gelangen ... gewöhnlich in der Volksübung [nicht] zu kräftigem Ausdruck; vielmehr sind sie aus der konstanten Übung der Gerichte und Verwaltungsbehörden hervorgewachsen; hie und da kann es sogar vorkommen, dass ... ein prinzipieller Gerichtsentscheid einen Satz des ... [erläuternden] Gewohnheitsrechtes beinahe unmittelbar inauguriert».[63] Das im Lichte der herrschenden Staatstheorie Subversive des erläuternden Gewohnheitsrechts kommt aber in Wahrheit von der Vagheit seines Geltungsgrundes: Dieser

59 Cf. etwa Max Gmür, Zivilgesetzbuch und Gewohnheitsrecht, in: Juristische Fakultät der Universität Bern (Hrsg.), Festgabe Eugen Huber: Zum siebzigsten Geburtstage, Bern, Suter 1919, S. 29 f.; ferner die Nw. bei Egger (Fn. 16), Art. 1 N 24, der selber die Gestattungstheorie ablehnt.

60 Dazu Béguelin (Fn. 54), S. 29 ff.; Deschenaux (Fn. 40), S. 105 f.; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich, Schulthess 2002, S. 41 f.; Heinrich Honsell, Art. 1, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), 2. Auflage, Basel et al., Helbing & Lichtenhahn 2002, Art. 1 N 20; cf. aus der Praxis z.B. BGE 119 Ia 59, 63.

61 Caroni (Fn. 13), S. 128.

62 Béguelin (Fn. 54), S. 28.

63 Gmür (Fn. 59), S. 44.

scheint weniger in der *opinio iuris* und schon gar nicht in der gesetzgebenden Gewalt, als vielmehr in den Operationen der Rechtsprechung zu liegen.

Die heutige Methodenlehre deutet das in Art. 1 Abs. 2 ZGB erwähnte Gewohnheitsrecht ausschliesslich als *ergänzendes* Gewohnheitsrecht.[64] Im Lichte der Systematik, die im Wortlaut dieser Bestimmung anklingt und wonach eine strenge Subsidiarität des Gewohnheitsrechts besteht, ist das auch folgerichtig. Ob dem aber ohne weiteres beizupflichten ist,[65] scheint im Lichte des überfallartigen Vorgehens der Redaktionskommission unsicher. Deshalb muss der Frage nachgegangen werden, welche Konzeption Eugen Huber im Vorentwurf von 1900 sowie im Entwurf von 1904 angedacht hat. Denn es ist diese Konzeption, die das Parlament vor der Schlussabstimmung zwar nicht formell, aber doch faktisch abgesegnet hat.[66]

In biographischer Hinsicht steht fest, dass sich Eugen Huber von der Historischen Schule stark inspirieren liess,[67] dass er aber auch für gewisse Anliegen der Interessenjurisprudenz[68] und des Freirechts[69] empfänglich war. Sein Rechtsbild liegt entsprechend fernab von jeglichem Positivismus, dessen Folgen er nicht billigen kann[70]: «An die Stelle lebendigen Wachstums tritt alsdann ein versteinertes Gebilde, und das Recht verfällt in den Zustand starrer Formen, die einer tieferen Auslegung und Weiterbildung weder fähig sind, noch auch nur bedürftig erscheinen».[71] Für Eugen Huber muss Recht evolutorisch sein, d.h. laufend unter dem Einfluss des Wandels der Bedürfnisse stehen und in diesem Sinne «regenerierbar» bleiben. In einem Kodifikationssystem – darüber war sich Eugen Huber im klaren – konnte dieses Ziel nur erreicht werden, wenn man neben dem Gesetz noch andere Rechtsquellen zulässt, also auf der Basis einer pluralistischen Rechtsquellenlehre arbeitet. In diesem Sinne wird in *Recht und Rechtsverwirklichung* festgehalten, dass «das Recht nicht durch die Gesetzgebung geschaffen, sondern durch die Gesetze

---

64 Cf. etwa Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Bern et al., Stämpfli et al., 191; Dürr (Fn. 16), Art. 1 N 429 ff.; Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 243, 247; Deschenaux (Fn. 40), S. 104 f.

65 Zur Problematik auch eingehend Walther Burckhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich, Polygraphischer Verlag 1939, S. 207 ff.

66 Cf. vorne Fn. 50.

67 Cf. Dominique Manaï, Eugen Huber, Jurisconsulte charismatique, Basel et al., Helbing & Lichtenhahn 1990, S. 67 ff.

68 Cf. Manaï (Fn. 67), S. 146.

69 Cf. Joseph Kohler, Eugen Huber und das schweizerische Zivilgesetzbuch, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 5 (1913), 4; ferner in diesem Zusammenhang auch O.A. Germann, Zum Verhältnis zwischen Rechtsquellen und Rechtsfindung, in: O.A. Germann (Hrsg.), Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Auflage, Bern, Stämpfli 1967, S. 369.

70 Cf. in diesem Zusammenhang auch Manaï (Fn. 67), S. 161.

71 Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Band IV, Basel, Detloff 1893, S. 185.

nur widerspiegelt [wird], während die Schaffung des Rechts Mächten überlassen wird, über die der Gesetzgebung keine Gewalt zusteht».[72]

Zu dieser pluralistischen Rechtsquellenlehre beigetragen hat auch das «Atmosphärische» des legislativen Umfelds in der Entstehungszeit des ZGB, worüber Egger anschaulich aufklärt: «Gegen Ende des Jahrhunderts konnte sich auch unser Land der Kodifikation nicht mehr entziehen. Aber noch hing das Volk an dem überkommenen Recht und an der traditionellen Gerichtsorganisation, und gross war das Misstrauen gegen die moderne Maschinerie der Kodifikation und gegen die Rechtswissenschaft. Dem *schweizerischen Gesetzgeber* war damit der Weg gewiesen. Von einer doktrinären Durchsetzung der Trennung der Gewalten und von einem Rechtsetzungsmonopol des Staates konnte keine Rede sein».[73] Auch wegen dieser Gegebenheiten (und nicht nur wegen seinen rechtstheoretischen Ansichten) entschied Eugen Huber, dem Gewohnheitsrecht und anderen Rechtsquellen hinreichend Raum zu gewähren, so «dass auch unter der Herrschaft eines Gesetzbuches die Kräfte der Rechtsbildung nicht versiegen, sondern unablässig am Werke sind».[74] In diesem Zusammenhang ist füglich bemerkt worden, dass Eugen Huber in seinen legislatorischen Arbeiten «refuse de séparer le juridique de ses fondements métajuridiques».[75]

Allerdings wirft Eugen Hubers pluralistische Lehre die schwierige Frage nach dem gegenseitigen Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen auf. Und gerade hier befinden wir uns nun im Kern der Problematik, die sich aus der vordergründig redaktionellen, in Wahrheit aber substantiellen Änderung des Textes von Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB ergibt, die die Redaktionskommission Ende 1907 vorgenommen hat. Denn anerkennt man, wie das Eugen Huber 1900 im Vorentwurf bzw. 1904 im Entwurf und die eidgenössischen Räte während den materiellen Beratungen getan haben,[76] bewährte Lehre und Überlieferung als subsidiäre Rechtsquellen, dehnt man den Begriff des Gewohnheitsrechts spürbar aus: Nicht bloss gewöhnliches Gewohnheitsrecht, d.h. solches, «für welches die *opinio iuris* das Entscheidende ist»[77] und das sich auf eine gesetzesergänzende Funktion beschränkt, ist Rechtsquelle. Zu dieser Kategorie, die – wie gesagt – nach heutiger Doktrin von Art. 1 Abs. 2 ZGB allein erfasst ist, gesellt sich *usuelles* Gewohnheitsrecht, also Gewohnheitsrecht, das sich im Gerichtsgebrauch *(usus)* durch richterliche oder wis-

72 Huber (Fn. 53), S. 255.

73 August Egger, Eugen Huber und das Schweizerische Zivilgesetzbuch, in: Walther Hug (Hrsg.), August Egger: Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Band 1: Beiträge zur Grundlegung des Privatrechts, Zürich, Schulthess 1957, S. 130.

74 Egger (Fn. 73), S. 130.

75 Manaï (Fn. 67), S. 68.

76 Cf. vorne Fn. 50.

77 Caroni (Fn. 13), S. 124.

senschaftliche Anregungen ausbildet.[78] Charakteristisch für usuelles Gewohnheitsrecht ist, dass an seinem Anfang nicht die Rechtsadressaten selbst stehen, sondern ein Richter, ein Jurist oder ein Rechtswissenschaftler. In einem konkreten Konfliktsfall kommt es zur Anwendung oder zur Entwicklung einer theoretischen Lösung, die sich in der Praxis bewährt. Die Wiederholung dieser Lösung führt in der Folge zur Ausbildung einer *opinio iuris*, weil sich im Publikum Erwartungen formen, dass die Gerichte konstant so urteilen werden.

Usuelles Gewohnheitsrecht, das sowohl erläuternd als auch derogierend wirken kann, ist als solches eine besondere, gewissermassen hybride Rechtsquellenordnung. Es besteht aus einer feinsinnigen Interaktion zwischen den beteiligten Rechtsquellen, die im Grunde nur texttheoretisch befriedigend erklärt werden kann. Denn mit der Zulassung von usuellem Gewohnheitsrecht, sei es erläuternder, sei es derogierender Natur, verändert sich die Beschaffenheit des Textes des Gesetzes. Dieser ist nicht mehr die Repräsentation der lautlichen Zeichen des Gesetzgebers, die zwar unvollkommen («verstümmelt») bleibt, aber trotzdem einen fixen Bedeutungsgehalt transportiert. Diese «Fixität» des Botschaftssinnes geht unwiederbringlich verloren. Das Gesetz hat nunmehr eine *offene, gleitende Textur:* Es hat potentiell so viele Bedeutungen wie Kontexte, in die es eingefügt werden kann – Bedeutungen, die auch im Gerichtsgebrauch oder in der Wissenschaft initiiert werden können. Wird durch erläuterndes Gewohnheitsrecht ein bestimmter Sinn als Sinn des Gesetzes festgelegt, bleibt diese Festlegung kontingent. Immer wäre auch ein anderer Sinn möglich. Damit löst sich auch das Rebus des Gewohnheitsrechts *contra legem:* Dieses ist dann nur noch der Extremfall, dass das Gesetz *keinen* Sinn hat (bzw. dass der Sinn des Rechts anderswo als im Gesetz zu finden ist).

Gleichzeitig gelingt über diesen Weg auch das Anliegen, das Eugen Huber in seinen savignyschen und zumal freirechtlichen Neigungen so sehr beschäftigte: Die Evolutionsfähigkeit des Zivilgesetzbuches als *Offenheit des Rechts in der Zeit*. Die in Platz gesetzte rechtspolitische Strategie ist subtil: Die offene Textur des Gesetzestextes lässt bei der Rechtsfindung andere als rein innergesetzliche Impulse zu, also auch Impulse, die «von aussen» bzw. «von unten» kommen.[79] Im Gefüge des Gesetzes einmal bewirkte Festlegungen von Sinn sind freilich nie definitiv. Impulse aus der Gesellschaft können die Textur des Gesetzes immer wieder zu neuer Sinnproduktion ankurbeln. Damit bleibt die Beziehung zu den Huberschen «Mächten der Rechtsschaffung»[80] aufrecht und die Sozialadäquanz der Rechtsordnung in zeitlicher Perspektive gewährleistet.

---

78 Caroni (Fn. 13), S. 124.; Béguelin (Fn. 54), S. 8, 17 ff.; cf. auch Gmür (Fn. 17), Art. 1 N 21.

79 Cf. zu diesem Aspekt auch Gmür (Fn. 17), Art. 1 N 10, der von «elastischer Technik des ZGB» spricht; ferner Deschenaux (Fn. 40), S. 6.

80 Cf. Fn. 72.

Dass Eugen Hubers Version von Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB nach moderner Texttheorie im eben geschilderten, mit Derridaschen Anklängen besetzten Sinne zu deuten ist, wird auch vom Konzept der «volkstümlichen» Sprache nahegelegt. Danach soll der Gesetzestext «durch einen möglichst einfachen, klaren und schmucklosen Ausdruck [eine allgemeine Verständlichkeit erreichen]».[81] Das Motiv ist doppelt. Vorab soll das Gesetz «aus den Gedanken des Volkes heraus gesprochen sein»; denn: «Der verständige Mann, der es liest, der über die Zeit und ihre Bedürfnisse nachgedacht hat, muss die Empfindung haben, das Gesetz sei ihm vom Herzen gesprochen».[82] Ferner bedeutet die Bekenntnis zur Volkstümlichkeit der Sprache eine solche zur *Lückenhaftigkeit* des Zivilgesetzbuches (was übrigens ausdrücklich aus Art. 1 Abs. 2 und 2 ZGB folgt). Diese Lückenhaftigkeit war, was vorliegend von überragender Bedeutung ist, von Eugen Huber *gewollt*.[83] Sie ist, wie Egger sagt, nicht «aus Opportunismus – weil das Volk einem überladenen, schwer lesbaren Gesetzbuch nie seine Zustimmung gegeben [hätte –], sondern aus rein wissenschaftlicher und rechtsphilosophischer Einsicht heraus[gewachsen]».[84] Die dem Zivilgesetzbuch innewohnende Tendenz besteht in einem Muster von gesetzgeberischen Leitlinien. Entsprechend verfügt der Richter regelmässig über einen weiten Spielraum für die Rechtsfindung.[85] Nach Eugen Huber führt das zu einer hohen Adaptationsfähigkeit des Gesetzes an die gesellschaftliche Evolution: «Die Ansichten können … während der Lebensdauer des Gesetzes wechseln, und es wäre schwerlich zu empfehlen, den Gesetzestext so zu fassen, dass alsdann eine jede Anpassung der Praxis an solchen Wandlungen ohne Abänderung des Gesetzes ausgeschlossen würde».[86]

---

81 Huber (Fn. 41), S. 14; dazu etwa Alfred Stooss, Zu Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, ZBJV *45* (1909), S. 593 ff.; Rossel/Mentha (Fn. 38), S. 42.

82 Huber (Fn. 41), S. 2.

83 Huber (Fn. 41), S. 16 f.; zur «gewollten Unbestimmtheit» statt anderer Jan Engberg, Vom Vorgriff auf das Ungreifbare – (Schein?-) Präzision, unvermeidliche und erstrebte Vagheit in der Gesetzesredaktion, in: Andreas Lötscher et al. (Hrsg.), Denken wie ein Philosoph und Schreiben wie ein Bauer: Sprache, mit der ein Staat zu machen ist, Zürich, Schulthess 2007, S. 70 ff.

84 Egger (Fn. 73), S. 132; cf. auch Gmür (Fn. 17), Allg. Einl. N 16.

85 Cf. Manaï (Fn. 67), S. 127.

86 Huber (Fn. 41), S. 16 f.; cf. auch Manaï (Fn. 67), S. 127: «Cette manière de procéder lui [sc. au législateur] permet de satisfaire … [l'exigence suivante]: … laisser au juge la possibilité d'adapter et de compléter la loi. C'est pourquoi il se refuse de préciser explicitement la portée des dispositions légales, car il estime que leur sens doit correspondre aux injonctions du présent, laissant ainsi une marge d'adaptabilité pour le contenu sémantique de la loi». Damit ist vielleicht die Antwort auf die Frage von Regina Ogorek, Der Wortlaut des Gesetzes: Auslegungsgrenze oder Freibrief?, in: P. Forstmoser et al. (Hrsg.), Rechtsanwendung in Theorie und Praxis: Symposium zum 70. Geburstag von Arthur Meier-Hayoz, Basel et al., Helbing & Lichtenhahn 1993, S. 26, gegeben: «[…] und auf den ersten Blick muss es verwundern, warum der Gesetzgeber so häufig etwas ganz anderes gesagt hat, als er eigentlich sagen wollte».

Das sich nach meiner Analyse eröffnende Textbild, das Art. 1 ZGB bei seiner Genesis zugrunde lag, ist ungewohnt. Noch unüblicher wirkt vielleicht, wenn ich zum Schluss gelange, dass dieses Textbild die traditionellen platonischen Züge vermissen lässt und eine gleitende Textur offenbart, die nahe an jene Textfunktionen herankommt, die Derrida in *De la grammatologie* beschrieben hat.[87] Dennoch: Dass der Text des Zivilgesetzbuches seit seinem Inkrafttreten als «produzierende Maschine» operiert hat, zeigt vielleicht kein Umstand besser als die uns befallende Ahnung, dass Eugen Huber heute «seine» Gesetzesvorlage nicht wieder erkennen würde.

## II. *Transformatio:* Der Kommentar von Meier-Hayoz

Dass die Ideen von Eugen Huber (zumindest formell) nicht geltendes Recht geworden sind, folgt schon aus dem Umstand, dass die Räte in ihrer Schlussabstimmung vom 10. Dezember 1907 der Version von Art. 1 ZGB zugestimmt haben,[88] die in der Redaktionskommission entworfen wurde.[89] Und dennoch: Diese Ideen sind auch in der Folge aus dem Umfeld von Art. 1 ZGB nie ganz beseitigt worden. Sie haben stets latent mitgeschwungen und diesen Text immer wieder heimgesucht. Die Vorstellung Eugen Hubers, dass sich der Sinn eines «gleitenden» Gesetzestextes im Interpretationskontext oder in den Interaktionen verschiedener Rechtsquellen evolutorisch verfestigt, klingt noch deutlich in den Arbeiten von Egger[90] und später von Baumgarten[91] an. Aber allmählich liess sich in der Lehre eine Gegenströmung verspüren, die, meistens implizit, die Koexistenz des Staates und der *opinio iuris* (in Verbindung mit Wissenschaft und Rechtsprechung) als Quellen des Rechts für problematisch anschaute.

Im Ergebnis bewirkte diese Gegenströmung eine Reformation des Grundverständnisses der Methodenlehre. Villey hat das klassische Grundverständnis, das auch dasjenige von Eugen Huber gewesen sein dürfte, mit folgenden Worten beschrieben: «Toute méthodologie du droit est une suite de la philosophie des sources du droit».[92] Danach ist die Methodenlehre Ausfluss einer

87 Derrida (Fn. 23).

88 AB S 1907 542 f.; AB N 1907 755 f.; cf. auch vorne Fn. 50.

89 Cf. vorne S. 249 f.

90 Cf. etwa Egger (Fn. 16), Art. 1 N 18 ff. et passim; ferner auch Ehrlich (Fn. 40), S. 225.

91 Cf. Baumgarten (Fn. 51), S. 56 ff., 66 ff. et passim; ähnlich auch Stooss (Fn. 81), S. 601 f., 652; August Simonius, Gesetzesauslegung und wissenschaftliche Tradition, in: Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Basel zum achtzigsten Geburtstag von Paul Speiser, 16. Oktober 1926, Basel, Helbing & Lichtenhahn 1926, S. 84 f.; W. Stauffer, Einige Gedanken zu Art. 1 ZGB, ZBJV *87* (1951), S. 1 f.

92 Michel Villey, Philosophie du droit: Définitions et fins du droit, Les moyens du droit, Paris, Dalloz 2001, S. 276.

Theorie, die das Verhältnis und die Interaktivität von Rechtsquellen, die sich an allen Ecken der Gesellschaft (nicht nur an ihrer Spitze) befinden, analysiert und ordnet. Der Umbruch, den die erwähnte Gegenströmung in der Lehre einleitete, verlagert das Gewicht auf andere Gesichtspunkte: «Für die Methodenlehre geradezu konstitutiv ist ... der Verfassungsgrundsatz der Gesetzesbindung des Richters, ein Grundsatz, der wiederum vom Gewaltenteilungsprinzip ... inspiriert ist».[93] Hier wird das Gesetz in den Mittelpunkt gestellt und die Methodenlehre mit der Frage betraut, ob und wie ein Richterspruch direkt oder indirekt auf das Gesetz zurückgeführt werden kann. Denn nur das Gesetz (und keine andere Rechtsquelle) besitzt, so letztlich die Kernaussage, die Kraft, diesen Spruch zu legitimieren.[94]

Kein anderes Werk als der Kommentar zu Art. 1 ZGB von Meier-Hayoz[95] verkörpert besser diese Gegenströmung.[96] Deshalb wird er vorliegend als Stellvertreter für viele andere Abhandlungen und Studien, die denselben, ähnlichen oder nahestehenden Ansichten verpflichtet sind, zum Betrachtungsgegenstand gemacht. Was als erstes auffällt, wenn man dieses Werk zur Hand nimmt, ist die ausgefeilte Systematik, die im vorgängigem Schrifttum zwar in Ansätzen vorhanden war, aber nicht mit derselben Konsequenz durchgehalten wurde. Sie beruht auf dem Auseinanderhalten von zwei methodisch unterschiedlich strukturierten Bereichen der richterlichen Tätigkeit: Auslegung von Gesetzesrecht einerseits und Lückenfüllung andererseits.[97]

Im Zentrum dieser Systematik steht ein Gesichtspunkt, den Meier-Hayoz schon in seiner berühmten Habilitationsschrift ausgearbeitet hatte, nämlich der Gesichtspunkt der doppelten Aufgabe des Wortlauts: «Er [sc. der Wortlaut] ist Ausgangspunkt für die richterliche Sinnesermittlung und steckt

---

93 So repräsentativ von Kramer (Fn. 64), S. 36 f., resümiert; mit gleichem Tenor Deschenaux (Fn. 40), S. 78 f.; Gygi (Fn. 16), S. 73; Giovanni Biaggini, Die Einführung des Frauenstimmrechts im Kanton Appenzell I.Rh. kraft bundesgerichtlicher Verfassungsinterpretation, recht 1992, S. 67; Hausheer/Jaun (Fn. 17), Art. 1 N 2; gl.A. für Deutschland Hans-Joachim Koch und Helmut Rüssmann, Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München, Beck 1982, S. 179: «Damit bilden staatstheoretische Erwägungen die Begründung für die Wahl der Auslegungsziele, nicht dagegen sprachphilosophische Überlegungen oder gar hermeneutische Spekulationen darüber, was der ‹wahre Sinn› von Texten und was ein ‹richtiges Verstehen› ist».

94 Cf. zu dieser Frage eingehend Arthur Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber: Zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit, in: Max Kummer et al. (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburstag von Max Guldener, Zürich, Schulthess 1973, S. 189 ff.

95 Meier-Hayoz (Fn. 16).

96 Cf. nur Kramer (Fn. 64), S. 224, wonach Meier-Hayoz' Kommentar als «Bibel» seines Rechtsgebietes, der Methodenlehre, zu betrachten sei.

97 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 78 ff. und 251 ff.; cf. auch ders., Lücken intra legem, in: Peter Noll et al. (Hrsg.), Rechtsfindung: Beiträge zur juristischen Methodenlehre, Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, Bern, Stämpfli 1969, S. 150 f.; skeptisch Burckhardt (Fn. 54), S. 280.

zugleich die Grenzen seiner Auslegungstätigkeit ab. Vom Wortlaut hat der Richter auszugehen und durch den Wortlaut wird ihm der Raum abgegrenzt, innerhalb dessen seine Auslegung sich bewegen muss».[98] In diesem Zitat klingen drei Gedanken an, die für das Verständnis der Systematik von Meier-Hayoz zentral sind: Zunächst die Auffassung einer Mangelhaftigkeit des Gesetztestextes, der nur der unvollkommene Ausdruck des wiederzugebenden gesetzgeberischen Gedankens ist.[99] Daraus folgt der zweite leitende Gedanke: Dass eine Beschränkung auf die Ermittlung des blossen Wortsinnes nicht angeht; der Richter ist gehalten, eine über die schlichte Anwendung des Wortsinnes hinausgehende Interpretation vorzunehmen: «Über [den] ... Wortsinn muss man zum juristisch massgebenden Sinn gelangen».[100] Schliesslich impliziert der Gesichtspunkt der doppelten Aufgabe des Wortlauts noch ein Drittes: Wenn der Wortlaut die Grenzen der richterlichen Auslegungstätigkeit setzt, wird zugleich definiert, was das Gesetz *nicht* regelt.[101] Damit bleibt auch das Ungeregelte im «Einzugsgebiet» des Gesetzes, was für die Methodenlehre von Meier-Hayoz, wie wir sehen werden, charakteristisch ist.

Auf die Frage hin, welches das Ziel der Auslegung sein sollte, antwortet Meier-Hayoz mit dem *Primat der objektiv-entstehungszeitlichen Methode.*[102] Damit signalisiert dieser Autor einmal seine Überzeugung, dass der Text einen festen Sinn hat, den es zu erfassen gilt, und dass es nicht angeht, in den Text etwas «Textfremdes» hineinzutragen.[103] Just dieser Sinn ist sodann in seiner geschichtlichen Dimension zu ermitteln, d.h. in «Beachtung der ganzen historischen Verwurzelung und der Entstehungsgeschichte [der auszulegenden Norm]».[104] Eine Korrektur dieses Sinnes durch eine geltungszeitliche Interpretation lässt Meier-Hayoz nur unter sehr restriktiven Voraussetzung zu: Erforderlich ist dreierlei, nämlich dass der Richter prüft, ob «beachtenswerte Gründe» für die Abweichung von der objektiv-entstehungszeitlichen Auslegung vorliegen, dass er die «von ihm vorgenommene Rechtsfortbildung»

98 Arthur Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber: Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereich der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich, Juris 1951, S. 42; so im wesentlichen schon Burckhardt (Fn. 54), S. 272.

99 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 132; ähnlich bereits Burckhardt (Fn. 54), S. 275: «Tatsächlich hat der Richter die Norm gefunden, aber praktisch ist die von ihm gefundene Norm so zu behandeln, als ob sie schon im Gesetz gestanden hätte»; cf. im übrigen vorne S. 242 ff.

100 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 39; gl.A. Gygi (Fn. 16), S. 75 f.; cf. auch Du Pasquier (Fn. 51), S. 185.

101 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 137 f.

102 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 151; cf. dazu Kramer (Fn. 64), S. 112.

103 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 140.

104 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 151.

gebührlich begründet,[105] und dass er sich an den Rahmen des Gesetzeswortlautes hält.[106] Nun: Worauf fusst die soeben skizzierte Auslegungslehre von Meier-Hayoz? Der Autor antwortet darauf selber, und zwar in äusserst klarer Weise: «[D]ie objektiv-historische Methode [steht] besser im Einklang ... mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung. Die von diesem Prinzip geforderte Unterordnung der richterlichen unter die gesetzgebende Gewalt wird in umfassenderer Weise verwirklicht».[107]

Ein weiterer Kraftakt Meier-Hayoz' besteht sodann darin, den zweiten richterlichen Tätigkeitsbereich, nämlich denjenigen der Lückenfüllung, in den Orbit des Gesetzes gebracht zu haben. Oder anders gewendet: Meier-Hayoz ist es gelungen, die richterliche Lückenfüllung in der Weise methodisch zu strukturieren, dass das Gesetz hier weiterhin Bindungswirkung entfaltet.[108] Offensichtlich wird das schon an der Art, wie dieser Autor die Auslegung von der Lückenfüllung abgrenzt: «Wo ... [der] Gedankeninhalt [einer Norm] vervollständigt werden soll und damit neben kognitiven vermehrt volitive Elemente die Rechtsfindung beherrschen, hat man es mit Lückenfüllung zu tun».[109] Lückenfüllung ist danach *Ergänzung* des Gesetzes.[110] Dabei müsse zwischen unechten (rechtspolitischen) und echten (rechtssystematischen) Lücken unterschieden werden:

Meier-Hayoz vertritt einmal die Ansicht, dass unechte Lücken ausschliesslich auf der Basis von Art. 2 ZGB gefüllt werden dürfen. Einer legislativpolitisch unbefriedigenden Vorschrift darf m.a.W. nur dort die Anwendung versagt werden, wo diese Anwendung einen Normmissbrauch darstellen wür-

---

105 Diese Begründung stellt Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 155, unter hohe Anforderungen: «Diese Begründung wird nun in der Regel auf die Formel zurückgeführt werden können, dass der Gesetzgeber selber – wenn er im jetzigen Zeitpunkt zur Stellungnahme berufen wäre – unmöglich mehr im früheren Sinne entscheiden würde».

106 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 154 f.

107 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 152. Dieses Argument prägt sodann in entscheidender Manier die Behandlung, die Meier-Hayoz den Elementen der Auslegung, d.h. dem grammatikalischen, dem systematischen, dem teleologischen, dem realistischen und dem historischen Element, zuteil werden lässt. Darauf kann hier nicht gesondert eingegangen werden; cf. dazu Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 179 ff. Dem Ansatz von Meier-Hayoz ist die (bis heute) herrschende Lehre gefolgt; cf. Deschenaux (Fn. 40), S. 82 ff.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo (Fn. 60), S. 37 f.; Hausheer/Jaun (Fn. 17), Art. 1 N 101 ff.; Schluep (Fn. 16), S. 466; cf. ferner den Überblick bei Günther Stratenwerth, Zum Streit der Auslegungstheorien, in: Peter Noll et al. (Hrsg.), Rechtsfindung: Beiträge zur juristischen Methodenlehre, Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, Bern, Stämpfli 1969, S. 258 ff.; cf. auch François Gilliard, Le Tribunal fédéral, interprète du droit privé, in: Jean-François Perrin (sous la dir.), Les règles d'interprétation: Principes communément admis par les juridictions, Fribourg, Editions Universitaires de Fribourg 1989, S. 174 f.

108 Cf. in diesem Zusammenhang auch Gygi (Fn. 16), S. 77; Hans Michael Riemer, Die Einleitungsartikel des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern, Stämpfli 2003, S. 85 f.

109 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 137.

110 Meier-Hayoz (Fn. 94), S. 203.

de.[111] Umgekehrt sei eine über den Rahmen von Art. 2 ZGB hinausgehende Ausfüllung unechter Lücken schlechterdings unzulässig.[112] Ersichtlich – aber im Lichte des von Meier-Hayoz in den Vordergrund geschobenen Gewaltenteilungsprinzips folgerichtig – wird hier die Latte sehr hoch angesetzt: Wenn man mit Merz den Gegenstand des Rechtsmissbrauchs als «Nichtrecht» versteht (denn nur Nichtrecht verdient keinen Rechtsschutz),[113] so wäre eine Norm erst dann unanwendbar, wenn sie die Linie überschreitet, die Recht von Nichtrecht trennt. Mässiges, minderwertiges, klägliches, kurzum: schlechtes Recht bleibt aus demokratietheoretischen Überlegungen im Prinzip *tel quel* anwendbar.[114]

Was sodann die Füllung echter Lücken anbelangt, so muss der Richter, falls kein Gewohnheitsrecht verfügbar ist, eine generelle und abstrakte Regel aufstellen, unter die er den zu beurteilenden Sachverhalt subsumiert. Diese Tätigkeit werde aber – anders als von Art. 1 Abs. 2 ZGB «...nach der Regel ..., die es [sc. das Gericht] als Gesetzgeber aufstellen würde ...» vorgespiegelt – nicht in der Manier eines Gesetzgebers ausgeübt: «Bei der richterlichen Lückenfüllung handelt es sich stets um Einfügung eines Rechtssatzes in ein bestehendes Ganzes und nicht – wie in der Regel beim Gesetzgeber – um die vollständige Neuschaffung eines Ganzen».[115] Richterrecht hat sich somit in das positive Recht einzugliedern. Damit solches auch gewährleistet ist, bindet Meier-Hayoz den Richter in ein enges Korsett ein. Primär soll die Lückenfüllung auf dem Weg der Analogie erfolgen.[116] Ist in dieser Weise kein befriedigendes Ergebnis zu erzielen, so lautet die Losung: Fernwirkung des Gesetzes. Oder in den eigenen Worten Meier-Hayoz': «Für die vom Richter [hier] ... vorzunehmenden Wertungen soll das Gesetzesrecht erste und wichtigste Fundgrube sein. Am zutreffendsten umschreibt man meines Erachtens diesen Vorgang als Ergänzung aus dem Geist der (positiven) Rechtsordnung».[117] Bei diesem Vorgehen kann sich der Richter auf die anerkannten

---

111 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 296; ferner Riemer (Fn. 108), S. 92 f.

112 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 302; cf. in diesem Zusammenhang auch ders., Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, JZ *36* (1981), S. 417 ff., wo die Frage nach dem «Wieviel» richterlicher Rechtspolitik eingehend untersucht wird.

113 Hans Merz, Art. 2 ZGB, in: Hermann Becker (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, Teilband 1: Einleitung: Artikel 1–10 ZGB, 3. Auflage, Bern, Stämpfli 1962, Art. 2 N 21.

114 Cf. in diesem Zusammenhang Schluep (Fn. 16), S. 321.

115 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 344.

116 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 345; cf. in diesem Zusammenhang auch Du Pasquier (Fn. 51), S. 189.

117 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 351; cf. auch ders. (Fn. 94), S. 202; zum Konzept des «Geistes des Gesetzes» schon Rossel/Mentha (Fn. 38), S. 58.; ferner auch die Bemerkungen von Jean-François Perrin, Pour une théorie de l'interpretation judiciaire des lois, in: Jean-François Perrin (sous la dir.), Les règles d'interprétation: Principes communément admis par les juridictions, Fribourg, Editions Universitaires de Fribourg 1989, S. 246 ff.

Hilfsmittel stützen (bewährte Lehre, Überlieferung, Rechtsvergleichung usw.).[118] Auch bei echten Lücken gilt somit: Möglichst enge Bindung des Richters an das Gesetz (bzw. an seinen Geist).

Welches Textbild schimmert nun durch Meier-Hayoz' Kommentierung von Art. 1 ZGB hindurch? Aus der vorangehenden Skizze geht ein Bild des Gesetzes als eine Art Planet hervor, der alles Juristische in seinen Bann zieht. Freilich wäre es verfehlt Meier-Hayoz zu unterstellen, dass er im Gesetz ein schon perfektes Reservoir an Problemlösungen erblickt. Der Grenzen des Gesetzes ist er sich nur allzu bewusst. Aber gerade diese Grenzen, die dem Gesetz in der Vorstellungswelt Meier-Hayoz' gesetzt sind, helfen, sein (implizites) texttheoretisches Verständnis näher zu ermitteln. Zu fragen ist: *Was* genau ist in den Augen Meier-Hayoz' begrenzt? Und die Antwort lautet: Begrenzt sind nicht die im Gesetz enthaltenen Problemlösungsschemen als solche, sondern deren Artikulation.[119] Es verhält sich wie in Platons Höhlengleichnis: Die dem Gesetz zugrundeliegenden Schlichtungsmuster sind in realer («wirklicher») Gestalt durchaus imstande, die gesellschaftlichen Konflikte zu bewältigen; defizitär ist lediglich ihre Repräsentation (ihr «Schatten»), so dass der Richter (wie Platons Höhlenbewohner) ergründen muss, wie diese Muster in ihrer Vollständigkeit aussehen. Dass in den Augen Meier-Hayoz' das Gesetz einen vollkommenen Plan zur umfassenden Ordnung der Gesellschaft in sich birgt, folgt allein schon daraus, dass dieser Autor jede, aber auch jede richterliche Operation auf das Gesetz zurückgeführt wissen will. Dieses umfassende Rückführungsgebot ist nämlich nur zu verantworten, sofern tatsächlich auch feststeht, dass das Gesetz ein hinreichendes Potential hat, um sämtliche gesellschaftlichen Störungen zu beheben, die im betroffenen Sozialsystem nicht mit eigenen Ressourcen (z.B. Moral, Ethik, Usanzen usw.) bewältigt werden können. Im Unterschied zum Gesetzesverständnis von Eugen Huber lehnt Meier-Hayoz also die Notwendigkeit von Impulsen aus der Gesellschaft («von unten») zur Gestaltung der Rechtsfindungsaufgabe prinzipiell ab.

Alles deutet darauf hin, dass Meier-Hayoz' Textbild ein solches reiner Saussurescher Qualität ist. In einem gewissen Sinne darf sogar gesagt werden, dass seine Methodenlehre eine in ihrer Konsequenz beeindruckende Umsetzung der Saussureschen Texttheorie in juristische Kategorien darstellt. Mit der Arbeit Meier-Hayoz' ist das Textverständnis Eugen Hubers regelrecht «aus dem Recht gewiesen» worden. Nicht zu bestreiten ist jedenfalls, dass Meier-Hayoz' Kommentar Saussure für viele Jahre in der schweizerischen Methodenlehre verankert hat.

---

118 Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 353 ff.

119 Das wird z.B. auch deutlich, wenn Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 138, Radbruchs Begriff der Auslegung als «Zuendedenken eines Gedachten» ablehnt und stattdessen Interpretation als «Nachdenken eines Vorgedachten» umschreibt.

## III. Skepsis: Die *logique textuelle* von Pierre Moor

Die von Meier-Hayoz' Werk eingeleitete Ära ist von Konstanz geprägt. Das erstellte Gebäude ist in den letzten vierzig Jahren in seinem Grundriss nicht angetastet worden; mit viel Sinn für die Überzeugungen seines Urhebers hat es die Lehre unterhalten und gepflegt. Die hermeneutische Welle, die auch in der schweizerischen Doktrin eine Zeit lang viel Interesse geweckt hat,[120] ist in der Praxis ohne spürbare Wirkung geblieben und abgeflaut. Punktuelle Innovationen, wie namentlich die bundesgerichtliche Anerkennung der teleologischen Reduktion,[121] stehen mit der Logik der Methodenlehre Meier-Hayoz' im vollen Einklang. Trotzdem sind vereinzelt immer wieder Zweifel an der herrschenden Rechtsmethodik angemeldet worden.[122] In diesem Sinne skeptische Überlegungen hat vor nicht allzu langer Zeit Moor vorgetragen.[123] Obwohl er sich in seiner Schrift nirgends ausdrücklich mit Meier-Hayoz befasst, könnte man meinen, seine Ausführungen hätten diesen Autor bzw. seine Rechtsmethodik im Visier. Jedenfalls ist Moors Arbeit bestens geeignet, die Gründe, aber auch die Perspektiven eines (gewiss noch kleinen) Teils der Doktrin, der dem methodischen Erben von Meier-Hayoz mit Zwiespalt entgegentritt, repräsentativ zu illustrieren.

Im Mittelpunkt von Moors Gedanken steht die Feststellung, dass Recht weder auf eine Sammlung von Vorschriften noch auf eine Reihe von judiziellen Akten (Urteilen, Verfügungen usw.) reduziert werden kann. Schaue man, wie aufwendig und komplex die konkrete Anwendung einer Gesetzesbestimmung sei, stelle Recht mehr als die angewandte Norm und auch mehr als die gefällte Entscheidung dar. Nur eine Betrachtung der *Arbeit am Normtext*, mittels welcher eine Norm (als Ausgangspunkt der juristischen Operation) mit einer Entscheidung (als Ergebnis der juristischen Operation) verknüpft werde, könne erschliessen, was Recht wirklich sei.[124] Von grundlegender Bedeutung ist in den Augen Moors somit, dass man Recht als einen Prozess begreift, in welchem es um das Spiel zwischen Norm, Normtextarbeit (Anwendung) und Entscheidung geht. In den eigenen Worten Moors: «[Le phé-

---

120 Cf. z.B. Roger Zäch, Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR *96* (1977), S. 313 ff.; ferner auch die Übersicht über den Stand der Diskussion bei Riemer (Fn. 107), S. 104 ff.

121 BGE 121 III 219, 225.

122 Cf. z.B. Ogorek (Fn. 86), S. 33, die sich am Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz folgendermassen äusserte: «Vielmehr muss die Rolle des Richters (und damit auch seine Arbeitstechnik) im Zusammenhang mit den Bedingungen überdacht werden, die ihr durch eine Umwelt vorgegeben sind, die zunehmend komplexer wird, raschem Wandel unterliegt und einem pluralen Wertesystem verpflichtet ist. Genau darüber müsste die Diskussion eröffnet *und nicht an einem Methodenkonzept festgehalten werden, dem die Konditionen seines Scheiterns inhärent sind*» (H.v.V.).

123 Moor (Fn. 1).

124 Moor (Fn. 1), S. 16: «Le droit comme travail de production».

nomène proprement juridique est] non pas la norme seule ..., ni l'application seule ..., mais l'une et l'autre ensemble considérées comme un système dans lequel le texte normatif ne peut être ‹norme› que dans et par son application et l'acte d'autorité ne peut être ‹application› que dans et par le texte normatif auquel il se réfère ...».[125]

Aber weshalb sollte der Weg der herrschenden Lehre, die nicht auf die Textarbeit, sondern ausschliesslich auf die Norm fokussiert, verlassen werden? Für Moor führt dieser Weg zu einer verhängnisvollen Spaltung von Gesetz und Gesetzesanwendung: Die juristische Welt nimmt die technische Form eines Normensystems an und lässt das eigentlich Wichtige, nämlich die konkrete Produktion von Recht, in einem beengenden Dämmerlicht versteckt. Daraus erkläre sich denn auch der defizitäre Umgang der Methodenlehre mit dem Sachverhalt: «C'est ainsi que le problème de la qualification juridique des faits n'a jamais conduit jusqu'à la mise en question du concept même de norme, mais est resté localisé au niveau de son application considérée séparément – comme si celle-ci pouvait être appréhendée pour elle-même».[126] Das hat nach Moor die Praxis gezwungen, ihre Probleme anders als durch Rekurs auf die Theorie zu bewältigen. Aber dadurch sei die Theorie nicht gegenstandslos geworden, im Gegenteil: «Un monde rationnel pouvait ainsi être postulé, dans lequel la liberté inhérente à toute lecture d'un texte était occultée au profit d'une supposée nécessité déductive d'un sens mis à l'abri à l'intérieur même de la norme[127]». Kurzum: Methodenlehre als Ideologie.

Methodenlehre müsse aber zu einer realen Theorie weiterentwickelt werden, also zu einer solchen, die in der Praxis tatsächlich etwas bewirke, die «echte» Probleme zu lösen helfe. Allein, wo ansetzen? An welchen Punkt anknüpfen? Hilfreich scheint Moor hier zu sein, die Struktur der kelsenianischen Rechtsmethodik näher zu beobachten: «Par exemple, dans la somme kelsénienne, les problèmes de méthodologie – comment produire une norme individuelle? – se réduisent à une reformulation du syllogisme juridique. Comment s'en étonner, puisque ces constructions reposent sur la distinction radicale entre être et devoir-être ...?».[128] Gerade diese strikte Scheidelinie zwischen Sein und Sollen verdiene Aufmerksamkeit, weil die Produktion von Recht in der «Zirkulation» zwischen diesen zwei Dimensionen stattfinde:

125 Moor (Fn. 1), S. 21 f. Das impliziert auch, dass rein tatsächliche Elemente in den Rechtsfindungsprozess einfliessen. Mit diesem Umstand hat die herkömmliche Lehre Mühe, wie das z.B. in den Ausführungen von Burckhardt (Fn. 54), S. 34 ff., evident wird.

126 Moor (Fn. 1), S. 78.

127 Moor (Fn. 1), 174.

128 Moor (Fn. 1), 156; für eine Untersuchung der Leistungsfähigkeit des juristischen Syllogismus und der formalen Logik für das Recht im allgemeinen Henri Deschenaux, Les procédés du raisonnement dans l'interprétation et le complètement de la loi, in: Max Kummer et al. (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburstag von Max Guldener, Zürich, Schulthess 1973, S. 21 ff.

«[C]'est précisément ce mode spécifique de circulation qui doit nous intéresser, dans la mesure où il caractérise le système juridique comme sous-système social».[129] Aber wie lässt sich diese Einsicht rechtsmethodisch umsetzen?

Problematisch an den herrschenden Ansätzen sei, dass die Linguistik normativer Texte nicht in die juristische Arbeit integriert wurde. Denn man tue, als ob die Normen seit ihrem Inkrafttreten alle Antworten enthalten würden, die für die Lösung konkreter Fragen erforderlich seien. Dem sei aber nicht so: «[L]e sens de la notion, en tant que notion juridique servant à résoudre des cas individuels, ne peut être amené au jour que dans la situation concrète où la signification du texte doit être produite. C'est dire que la norme, en tant qu'elle donne sens au jugement, ne peut être ni incarnée, ni représentée dans son texte: elle est nécessairement *distante*, parce qu'elle exige quasiment toujours un travail pour être définie, qui ne peut être accompli que lorsque, dans son ‹application› à un cas concret, la question du sens vient à être posée».[130] In der Vorstellung von Moor gleicht die Rechtsanwendung einem «système de textes arborescents»: Die Norm («le texte ‹premier›») rufe immer wieder nach neuen Texten: «Le travail juridique consiste justement à créer cette arborescence».[131] Aus dieser immer wieder aufs Neue angekurbelten Textproduktion geht hervor, dass die Rechtsanwendung über die Norm hinaus «überbordet» («L'application déborde donc son texte»[132]). Entsprechend sei die Norm mehr als der normative Text: Sie setze sich aus sämtlichen (vergangenen und künftigen) Texten zusammen, die auf der Basis des normativen Textes produziert wurden und noch produziert werden. Durch diese laufende Textproduktion entstehe innerhalb der Norm eine unablässige «Zirkulation» von normativen und tatsächlichen Elementen, die die Evolution der Norm und somit ihre Aktualität sicherstelle. Das ist es, was Moor die «logique textuelle du droit» nennt.[133] Und diese *logique textuelle* sei das Objekt der Methodenlehre.[134]

Versucht man Moors Überlegungen zu würdigen, so ist zunächst offensichtlich, dass bei ihm dieselbe Vorstellung mitschwingt, die schon bei Eugen Huber präsent war: Dass ein normativer Text etwas «Lebendiges» ist, etwas, das sich über die Jahre in der «Zirkulation» zwischen Recht und Lebenswelt entwickelt. Dass diese Entwicklung zugelassen werden muss, ist für Moor deshalb evident, weil nur so das Recht auf der Höhe seiner Zeit sein kann. Bliebe der Text «gefroren», wäre dieser adaptive Prozess, in welchem das

129 Moor (Fn. 1), S. 156 f.
130 Moor (Fn. 1), S. 189.
131 Moor (Fn. 1), S. 180.
132 Moor (Fn. 1), S. 181.
133 Moor (Fn. 1), S. 185.
134 Moor (Fn. 1), S. 186.

Recht *inputs* von der Gesellschaft erhält und sich aus diesen regeneriert, undenkbar. Mithin sucht auch Moor (nicht anders als Eugen Huber) nach Wegen, um im Rahmen der Rechtsfindung den Graben zwischen Sein und Sollen zu überqueren.

Im Projekt von Moor spielen nun texttheoretische Erwägungen eine ebenso bedeutsame Rolle, wie sie es im Werk Eugen Hubers tun. Für Moor kann es nur in der Arbeit an einem offenen, gleitenden, flüssigen Text zur Fusion von Norm und Realien kommen. Dabei ist diese Fusion aber immer nur eine Momentaufnahme. Weil Moor den normativen Text in einem (fast) Derridaschen Sinne begreift, ist die Norm selbst evolutionsfähig. Dies deshalb, weil neue (künftige) Textarbeiten immer wieder neue Norm/Realien-Fusionen erzeugen können, die der Norm neuen Sinn geben. Hier wird denn auch erkennbar, worin die hauptsächliche Divergenz zu Meier-Hayoz besteht: Dass die Rechtsordnung einen umfassenden (wenn auch vielleicht nur unzulänglich ausgedrückten) Plan für die Gesellschaft enthält, scheint Moor wenig plausibel. Vielmehr entstehe Ordnung in der Gesellschaft durch eine gegenseitige Befruchtung zwischen dem Rechtlichen und den Realien, die dem normativen Text immer wieder einen neuen (den aktuellen Gegebenheiten der Gesellschaft angepassten) Sinn verleihe. Konsequent ist deshalb auch Moors Fazit: «[S]eul un changement de paradigme peut permettre une reconstruction théorique qui rende effectivement compte de la pratique réelle. Pour cela, il faut cesser de considérer l'ordre juridique comme une pyramide hiérarchique dominée par un concepte de norme préalablement donné et l'analyser comme un processus de *production normative* de sens. Cela exige non seulement de le concevoir comme un système complexe dont les normes ne sont qu'un élément, mais aussi de le décrire dans une dynamique qui restitue l'importance de l'*acte* du jugement».[135]

## C. Textfluktuationen: Art. 1 ZGB und die Kontextvielfalt der Gesellschaft

### I. Die soziale Funktion des platonischen Gesetzestextbildes

In der schweizerischen Methodenlehre sind Meinungsverschiedenheiten (wie in jeder Wissenschaft) üblich. Vielfach spielen sich die Kontroversen auf klar abgestecktem Terrain ab: Soll es eine Rangfolge der Auslegungskanone geben? Ist die wirtschaftsrechtlich-funktionale Interpretation ein eigenständiger Topos, der neben den teleologischen tritt? Kann ein Wortlaut einen *sens clair* haben? Besteht ein rechtsfreier Raum? Ist der «Wille des Gesetzgebers»

135 Moor (Fn. 1), S. 190.

eine Realität, eine Fiktion, eine Metapher oder ein Unding? Usw. usw. Auf der Ebene solcher Streitfragen können sich wichtige Gerichtsverfahren oder Verwaltungssachen entscheiden. Das Schicksal der Methodenlehre aber spielt sich anderswo ab. Eines dieser schicksalhaften Gebiete ist die Texttheorie. In der Rechtsmethodik wirkt diese zwar eher unterschwellig. Sie ist während den 100 Jahren des Zivilgesetzbuches, die Anlass zu dieser Abhandlung geben, nie wirklich zu einem rechtswissenschaftlichen Diskussionsgegenstand erhoben worden. Diese Unscheinbarkeit verdeckt aber die Brisanz der Frage der Textbilder für das Verständnis von Art. 1 ZGB. Die Morphologie der aus dieser Bestimmung entwickelten Methodenlehre wird nachhaltig davon beeinflusst, mit welchem Textbild man die Arbeit am Gesetz angeht.

In den vorangehenden Ausführungen wurde festgestellt, dass seit der Entstehung von Art. 1 ZGB hauptsächlich zwei Textbilder heimlich rivalisieren. Einerseits das «offene» Textverständnis, das schon Eugen Huber vorschwebte und in jüngerer Zeit wieder an Bedeutung zu gewinnen scheint, und andererseits das platonische Textbild, das aus der griechischen Antike überliefert ist und seit Saussures Arbeiten in den Geisteswissenschaften bis heute vorherrscht. Dieses Textverständnis ist auch in der schweizerischen Methodenlehre – freilich mehr oder weniger unausgesprochen – dominant. Will man die heutigen Konturen von Art. 1 ZGB verstehen, kann man es bei dieser Feststellung freilich nicht bewenden lassen. Darüber hinaus muss erklärt werden können, warum sich dieses platonische Textbild durchgesetzt und auf Dauer gestellt hat. Denn, wie alles im Recht, ist diese Dominanz kein Zufall, sondern Ergebnis einer sozialen Funktion, die Platons Textbild im Schweizer (Methoden-)Recht erfüllt. Lässt sich diese Funktion näher umschreiben?

Hier muss an eine Frage angeknüpft werden, die auf den ersten Blick – aber nur auf den ersten Blick – keine unmittelbare Relevanz für Art. 1 ZGB aufzuweisen scheint (in Wahrheit ist sie aufs Engste damit verquickt): Wie steht es, um Eugen Hubers Terminologie zu verwenden, mit der «Rechtsverwirklichung»[136]? Wie gelingt es dem Recht, tatsächlich Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen? Oder nochmals anders: Besitzt das Recht hinreichende Ressourcen, um seine Anordnungen *out there* im «wirklichen» Leben durchzusetzen? Die Antwort kann (natürlich!) nur historisch erschlossen werden. Massgeblich für die heute zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Rechtsverwirklichung waren die Umwälzungen im kontinentaleuropäischen Justizwesen des 18. und 19. Jahrhunderts.[137] In dieser Zeit emanzipierten sich in ganz Europa die Gerichte vom politischen Willen des Fürsten, der seit dem Beginn der Neuzeit die Interpretation seiner Gesetze sich selbst vorbehalten

136 Huber (Fn. 53).

137 Cf. etwa Dieter Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1975, S. 3 ff.

hatte. Schrittweise erhielten sie die Befugnis zu entscheiden, was die Bedeutung des Gesetzes sei. Sie erhielten «Definitionsmacht». Diese sozialen Veränderungen, die auch für das schweizerische Gerichtssystem folgenreich waren, kann man als weitere Etappe in der Ausdifferenzierung von Recht und Politik auffassen. Für das Recht haben sie bedeutsame Konsequenzen: In deren Verlauf verliert nämlich das Recht den Anschluss an die Machtressourcen des Staates, der sie bei der Politik konzentriert. Die Durchsetzbarkeit seiner Anordnungen gereicht dem Recht jetzt zum Problem. Was hälfe Recht noch, wenn es dauernd sagen müsste: «Du hast zwar Recht, aber leider können wir dir nicht helfen»[138]? Die Normativität des Rechts bliebe mit der Zeit unweigerlich auf der Strecke. Deshalb hat sich zwischen Politik und Recht «eine gewisse Funktionssynthese»[139] eingestellt: Beide Systeme lassen sich wechselseitig aufeinander ein und «kooperieren» im Sinne des Parsonschen *double interchange.*[140] Das aber ist für das Recht eine riskante Strategie: Indem es der Politik Einlass in sein Inneres gebietet, geht es das Risiko einer Korruption seiner juridischen Logik – seines *propriums*[141] – ein. Wie kann ihm gelingen, seine Logik auf Dauer aufrecht zu erhalten? Wie kann es sein *proprium* vor politischer Verfälschung bewahren? Hier betritt nun das Gesetz die Bühne. Und es betritt sie als äusserst zwiespältige Figur.

Denn das Gesetz ist nichts Juristisches und schon gar nicht Rechtskommunikation.[142] Im Zeitpunkt seiner Entstehung ist es rein politischer Akt,[143] d.h. eine Kommunikation des politischen Systems, das es zwangsläufig dabei bewenden lassen muss, das Rechtssystem zu irritieren. Mehr kann sich die Politik nicht erhoffen. Eine «Kontrolle» des Rechtssystems durch die Politik gleicht also einem Griff nach den Sternen. Allerdings ist das nur die eine Seite der Medaille. Aus der Perspektive des Rechts ist das Gesetz in der modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft auch – und darin liegt seine Am-

138 Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt, Suhrkamp 1993, S. 153.

139 Niklas Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt, Suhrkamp 1981, S. 154 ff.

140 Talcott Parsons, General Theory in Sociology, in: Robert K. Merton et al. (eds.), Sociology Today, New York, Harper Torchbooks 1959, S. 16 ff.; cf. ferner auch Niklas Luhmann, Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt, Suhrkamp 2000, S. 62 f., 79.

141 Cf. Rudolf Wiethölter, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, KJ *18* (1985), S. 127: «Es ist genau das – halb selbstverständliche, halb zweifelhafte, praktisch aber stets vorhandene, jedenfalls wirksame – spezifisch Rechtliche, das juristische Proprium, das zwar zu allen Zeiten bestimmungsbedürftig ist, das sich indessen solange selbst bestimmt, wie sich andere Bestimmungen nicht rechtfertigen, nicht verwirklichen, nicht durchsetzen lassen».

142 Villey (Fn. 92), S. 297, fragt in diesem Sinne: «[E]st-ce qu'en langage strict les textes *juridiques* méritent l'appellation de *lois?*».

143 Cf. im einzelnen Lothar Schmidt, Gesetz, in: Axel Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, München, Ehrenwirth 1972, S. 145; Villey (Fn. 92), S. 299 f.; Moor (Fn. 1), S. 172 f.

bivalenz – strukturelle Kopplung mit der Politik.[144] Der Akt der Gesetzgebung – der wohlgemerkt *in* der Politik stattfindet und nirgendwo anders – schafft zugleich innerhalb des Rechts einen Bereich «erhöhter Aufmerksamkeit»: Das Rechtssystem speichert «Möglichkeiten ..., die ... [es] verwenden *kann*, die es in Informationen transformieren *kann*»,[145] aber, wie wir gleich sehen werden, nicht *muss*. Rechtssoziologisch liegt in diesem Vorgang das, was Evolutionsbiologen eine Exaptation[146] nennen: Die ursprüngliche Funktionalität einer biologischen Struktur (eines Gliedes, eines Organs, eines Sinnes usw.) wird abgewandelt; diese Struktur wird mit einer Funktion versehen, welche von derjenigen abweicht, für welche sie sich anfänglich entwickelt hatte.[147] Das Gesetz ist heute eine Exaptation in diesem Sinne. *In nuce:*

Die ursprüngliche Funktion des Gesetzes in der Moderne kann vielleicht am besten am rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff des deutschen Verwaltungsrechts im 19. Jahrhundert, der vieles Otto Mayer schuldet,[148] abgelesen werden.[149] Dieser Begriff ist darauf aus, das Ideal des Rechtsstaates zu verwirklichen, das darin besteht, «restlos alle staatlichen Handlungsmöglich-

---

144 Marc Amstutz, Das Gesetz, in: Peter Gauch et al. (Hrsg.), Rechtsfiguren: K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier, Zürich, Schulthess 2003, S. 162 f.; cf. ferner auch Marc Amstutz und Vaios Karavas, Rechtsmutationen: Zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum, Rg *8* (2006), S. 17.

145 Niklas Luhmann, Einführung in die Systemtheorie, Heidelberg, Carl-Auer-Systeme 2002, S. 121.

146 Der Terminus *Exaptation* wurde von Vrba und Gould eingeführt: «[...] Vrba and I proposed that features coopted for a current utility following an origin for a different function (or for no function at all) be called *exaptations* ... that is useful or *aptus)* as a consequence of *(ex)* their form ... in contrast with adaptations, or features directly crafted for their current utility» (Stephen Jay Gould, The Structure of Evolutionary Theory, Cambridge, Mass./London, Belknap 2002, 1232).

147 Das für Laien spektakulärste Beispiel einer Exaptation wurde von Stephen Jay Gould, The Panda's Thumb: More Reflections in Natural History, New York, W. W. Norton 1992, vorgetragen: Er schildert uns sich selbst im Washingtoner Zoo, nachdem dort die von China an die USA geschenkten Pandas angekommen sind. Er beobachtet die Tiere beim Essen von Bambus und ist von ihrer Fertigkeit beim Manipulieren der Bambusstäbe tief beeindruckt. Dann fällt ihm auf: Diese Geschicklichkeit rührt von einem Daumen, der die bei Bären sonst üblichen fünf Finger ergänzt. «Haben Pandas sechs Finger?» fragt sich Gould. In der anatomischen Literatur findet er die Antwort: Der Daumen des Pandas ist kein Finger, sondern ein hypertrophierter Gelenkknochen, der im Laufe der Evolution in das Netz der Gelenk- und Fingermuskeln integriert wurde. Die Natur – mit dem Bedürfnis nach einem Daumen konfrontiert – hat hier also bereits Bestehendes neu funktionalisiert, anstatt Neues zu kreieren. Gould lehrt uns, dass es genetisch komplexer sein kann, ein neues Organ zu schaffen als ein bereits bestehendes (wenngleich suboptimales) Element zu benutzen. Gewissermassen: Ockhams *razor* als Evolutionsmuster. Derselben «Exaptations»-Logik entspricht, wie jetzt zu zeigen ist, die heutige «Praxis» des Gesetzes.

148 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, unveränderter Nachdruck der 3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot 2004.

149 Cf. auch Moor (Fn. 1), S. 27 ff.; sodann (auf breiterer Basis) Villey (Fn. 92), S. 295.

keiten in einem System von Normierungen zu erfassen und dadurch den Staat zu binden».[150] Das Gesetz unterscheidet sich in diesem Licht von allen anderen Formen staatlicher «Willensäusserungen»: «[Es] ... ist die ‹oberste Art› bzw. die ‹rechtlich stärkste Art von Staatswillen›, der Verwaltungsakt, dessen Vorbild das gerichtliche Urteil ist, steht folgerichtig ‹unter dem Gesetz›».[151] Hinter dieser Verknüpfung des Gesetzes mit dem Rechtsstaat verbirgt sich die Vorstellung eines hierarchischen, auf Politik zentrierten Gesellschaftsbegriffs: Das Gesetz als fallunabhängige, von der Politik im voraus umrissene Gesetzesmässigkeit.

Dieser Gesetzesbegriff hat den *linguistic turn*[152] nicht überlebt. Plötzlich realisierte man, dass die Bedeutung von Worten etwas Flüchtiges ist, dass die «Bedeutung» eines Wortes weitestgehend identisch ist mit seinem *Gebrauch.*[153] Fest steht inzwischen, dass sich niemand – und schon gar nicht Gerichte, Kanzleien oder Ämter bzw. die darin agierenden Personen – durch blosse Worte einbinden lässt. Eine derartige Bindung gelingt nur Sprachspielen, die anderes als Worte sind.[154] Insofern lässt sich sagen: Das Gesetz Otto Mayers hat ganz einfach vergessen, den Tanz der Sprachspiele in sein Kalkül einzubeziehen.[155] Weshalb ist uns – so wird man fragen – das Gesetz als «Rechts-Form» bis heute erhalten geblieben? Betrachtet man den ungebrochenen Eifer unserer Gesetzgebungsorgane,[156] muss ihm sogar eine erstaunliche Vitalität zugebilligt werden. Dieser Befund kann nur mit einem

150 Carl Schmitt, Verfassungslehre, 9. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot 1993, S. 150.

151 Thomas Vesting, Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft – «Verkehrsregeln» und «Verkehrsströme», in: Eberhard Schmidt-Assmann et al. (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, Nomos 2004, S. 258 (mit Zitaten von Otto Mayer).

152 Zum *linguistic turn* statt vieler Paul Amselek, Propos introductif, in: Paul Amselek (sous la dir.), Théorie du droit et science, Paris, PUF 1994, S. 7 ff.

153 Cf. Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen: Werkausgabe, Band 1, 2. Auflage, Frankfurt, Suhrkamp 1953/1995, 262 N 43: «Man kann für eine *grosse* Klasse von Fällen der Benützung des Wortes ‹Bedeutung› – wenn auch nicht für *alle* Fälle seiner Benützung – dieses Wort so erklären: Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache»; ferner auch ders., Tractatus logico-philosophicus: Werkausgabe, Band 1, 2. Auflage, Frankfurt, Suhrkamp 1921/1995, 3.13 N 3 und 5: «Im Satz ist also sein Sinn noch nicht enthalten, wohl aber die Möglichkeit, ihn auszudrücken. [...] Im Satz ist die Form seines Sinnes enthalten, aber nicht dessen Inhalt».

154 Cf. Marcel Alexander Niggli und Marc Amstutz, Wittgenstein und Recht II: Über Parallelen zur Wittgensteinschen Philosophie in der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich, Schulthess 2004, S. 171 ff.

155 Cf. in diesem Zusammenhang auch Moor (Fn. 1), S. 22 f.

156 Cf. z.B. Institut für Politikwissenschaft (IPW), Schweizerische Bundesversammlung: Ein aktives Gesetzgebungsorgan – Eine empirische Untersuchung des Gesetzgebungsprozesses in den Jahren 1995–97, Bern, EDMZ 1998, S. 89.

Funktionswandel des Gesetzes erklärt werden. Und dieser Wandel hat zwei Facetten.[157]

Zunächst: Dass das Gesetz noch immer eine Stützmauer in der Architektur des schweizerischen Rechts bildet, hängt einmal damit zusammen, dass es sich in der ausdifferenzierten Gesellschaft als imstande erwies, das «Machtproblem» des Rechtssystems zu lösen. Als strukturelle Kopplung mit der Politik erlaubt es dem Recht Informationen zu produzieren, die in der Rechtskommunikation als *Symbol* für jederzeitige Durchsetzbarkeit der getroffenen gerichtlichen Anordnungen wirken.[158] Dass das Recht über die Mittel für seine eigene Durchsetzung nicht verfügt, wird durch die beschriebene Symbolisierung invisibilisiert. Dies insofern, als die Effektivität des Symbols davon herrührt, dass es unbemerkt für das Symbolisierte steht, d.h. dass «es nicht als Eigenständiges, nicht als Symbol erkannt bzw. wahrgenommen und empfunden wird, sondern im Wesentlichen als identisch mit dem Symbolisierten».[159]

Sodann – und im vorliegenden Zusammenhang noch wichtiger – hat sich das Gesetz zu einem sehr effektiven Instrument entwickelt, um die Autonomie des Rechts zu bewahren. Und zwar in einem ganz spezifischen Sinne: Es erlaubt dem Rechtssystem, die *Politik auf Distanz* zu halten. Wie gelingt ihm das? An dieser Stelle gerät nun die Rechtsmethodik, die mit einem platonischen Textbild arbeitet, also namentlich die Methodenlehre Meier-Hayoz', ins Blickfeld. Diese Methodenlehre belässt nämlich dem Recht die Freiheit, das Gesetz anzuwenden oder nicht. Das mag aufs Erste kontraintuitiv tönen. Aber schaut man genau hin, ist diese Feststellung nicht zu vermeiden.

Um dies zu erläutern, ist davon auszugehen, dass Meier-Hayoz, wie erwähnt, seine ganze Methodologie auf dem platonischen Satz der notgedrungenen Unvollständigkeit des Gesetzestextes aufbaut. Damit lässt er etwas ganz Entscheidendes offen: Das ist das *Mass* der gesetzestextlichen Unvollständigkeit. Oder anders gewendet: Wie unvollständig das Gesetz ist, sagt dieses selber nicht. Wie vor allem die Lehre von der Gesetzeslücke zeigt, sind der Unvollständigkeit des Gesetzes im Grunde genommen keine Grenzen gesetzt. Und ebensowenig begrenzt ist deshalb das Mass der Kompensation seines Textes. Sofern man nur will, kann man immer Raum für das Lückenargument finden, um eine juristische Konstruktion aufzustellen, die *re vera* im Gesetz nicht enthalten ist (was faktisch auf eine Umgehung des Gesetzes hinausläuft). Mit anderen Worten: «Wie viel» ergänzt wird, hängt nicht vom Text, auch nicht von seiner Unvollständigkeit, sondern von anderen Faktoren ab.

---

157 Zum folgenden Amstutz (Fn. 144), S. 161 ff.

158 Dazu auch Amstutz/Karavas (Fn. 144), S. 17.

159 Marcel Alexander Niggli, Zurück zu den 10 Geboten? Gesetzesflut und Strafrecht, in: Adrian Holderegger (Hrsg.), Aufbruch ins dritte Jahrtausend: Milleniums-Vorträge an der Universität Freiburg, Freiburg i.Ue., Universitätsverlag 2000, S. 140.

Aus diesem Umstand folgen für Meier-Hayoz' Methodenlehre eigentliche *effets pervers*, d.h. Wirkungen, die das Gegenteil des Beabsichtigten mit sich bringen. Weil der Gesetzestext als unvollständig gilt, hat man damit begonnen, methodologische Instrumente zu entwickeln, um ihn zu vervollständigen. Immer raffiniertere und feinfühligere methodische Figuren kamen hinzu und die Methodenlehre ist laufend reicher an Möglichkeiten geworden, Sinn aus dem Gesetzestext zu «extrahieren». Bald gab es für den Rechtsanwender kaum Grenzen mehr, um aus dem Gesetz die Sinnvarianten zu gewinnen, die er *in casu* zu gewinnen für erforderlich hielt.[160] Diese Entwicklung kulminiert im sog. pragmatischen Methodenpluralismus des Bundesgerichts, der die Idee der Methode selbst auf den Kopf stellt und eine kaum noch begrenzte Rechtsfindungsfreiheit einführt.[161]

BGE 123 III 292 ist für die Illustration dieses Befundes ein geeignetes Beispiel, das aus Raumgründen allerdings nur gestreift werden kann. In diesem Urteil geht es u.a. um die Frage, ob Art. 21 Abs. 1 OR als Rechtsfolge neben der einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages auch ein Modifikationsrecht des Übervorteilten zulässt. Das Bundesgericht hat dies bejaht und zu diesem Zweck verschiedene Argumentationsfiguren aus dem herkömmlichen methodischen Arsenal bemüht. Hier nur soviel: In historisch-entstehungszeitlicher Hinsicht hat die höchste Instanz vorgetragen, die Möglichkeit eines

---

160 Diese *effets pervers* werden noch durch einen weiteren Faktor gefördert: Weil nach dem Gewaltenteilungsprinzip, das als Wiege der Methodenlehre MEIER-HAYOZ' angeschaut wird (cf. vorne S. 258), der Jurist an den Gesetzgeber gebunden ist, muss er sein methodisches Vorgehen durch Berufung auf das Gesetz legitimieren können. Diese Legitimation schlägt aber notwendigerweise fehl, weil das Gesetz die Elemente für seine Vervollständigung gerade nicht enthält, ja nicht enthalten kann – es ist ja «ergänzungsbedürftig». (Es liesse sich einwenden, dass in solchen Fällen auf die Materialien zurückgegriffen werden muss, die dann die erwünschte Klärung bringen. Dieses Argument übersieht allerdings den Umstand, dass die Materialien Schriften sind, die derselben «Unvollständigkeitslogik» wie der Gesetzestext unterstehen. M.a.W.: Auch die Materialien sind unvollständig und ergänzungsbedürftig, was erneut die Frage aufwirft, woher die Kriterien der Ergänzung genommen werden). Die von Gewaltenteilungsprinzips wegen erforderliche Berufung auf das Gesetz begrenzt bzw. steuert die Rechtsfindung also nicht, sondern dient als blosser Schleier, der die Unendlichkeit der Rechtsmöglichkeiten kaschiert.

161 Um den bundesgerichtlichen Methodenpluralismus ist viel und kontrovers diskutiert worden. WALTER (Fn. 22), S. 159, führt zugunsten dieser Theorie ein Argument ins Feld, das letztlich bestens die im Text vorgetragene Argumentation belegt: «Vielleicht hat ... *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 unhaltbar hielten». Dieses Argument ist deshalb vielsagend, weil es einen Automatismus der Gerechtigkeit unterstellt, sobald man den (Bundes-)Richter von der Enge der Methodenregeln befreit. Überträgt man dieses Aussage auf das Beispiel eines Textlesers, würde es folgendermassen lauten: Der Leser ist dann imstande, die Bedeutung eines Textes zu erschliessen, wenn man ihn bei seiner Lektüre von der Notwendigkeit entbindet, sich auf diesen Text zu beziehen. *Summa summarum:* Pragmatischer Methodenpluralismus macht zu allem fähig.

Modifikationsrechts sei zwar in der Expertenkommission eingebracht worden, wo sie allerdings nicht erörtert worden sei. Das sei insofern erstaunlich, als in der gleichen Sitzung Art. 20 Abs. 2 OR behandelt worden sei. Indessen scheine sich die Kommission der Regelungsdifferenz nicht bewusst gewesen zu sein, weshalb ein qualifiziertes Schweigen nicht anzunehmen sei.[162] An diesem Argument wird die fehlende Disziplinierungsfähigkeit des historischen Kanons offenbar. Das Bundesgericht hätte aus dem Umstand, dass die Expertenkommission in der gleichen Sitzung auch Art. 20 Abs. 2 OR diskutiert hat, ebenso gut das Gegenteil folgern können: Weil sich der Gesetzgeber der Möglichkeit eines Modifikationsrechts bewusst gewesen sei und ein solches trotzdem nicht in Art. 21 Abs. 1 OR eingefügt habe, müsse ein qualifiziertes Schweigen angenommen werden. Beide Varianten sind methodisch nicht zu beanstanden und das ist gerade das Problem.

Was haben die vorangehenden Ausführungen gezeigt? Vor allem eines: Dass die in der Schweiz herrschende Methodenlehre dank der von ihr eröffneten infiniten Rechtsfindungsfreiheit die Eignung hat, die Autonomie des Rechtssystems vor politischen Einmischungen zu bewahren. Dagegen wäre an und für sich nichts einzuwenden (im Gegenteil!), sofern man nur akzeptiert, dass diese Methodenlehre, kanonisiert durch den Kommentar von Meier-Hayoz, mit juridischer Entscheid*findung* nicht mehr befasst ist; in Wirklichkeit ist sie heute ein *ex post* wirkendes Instrument, das die Form erzeugt, in welcher die bereits gefällten Entscheidungen kommuniziert bzw. rhetorisch «verpackt» werden.[163] Aber das ist noch nicht das eigentliche Problem, das die Rechtsmethodik Meier-Hayoz' verursacht. Prekär ist hauptsächlich der *bias*, den diese Methodik aufweist. Welch ist dieser *bias*?

Kurz und bündig: Durch die Brillen der Rechtsmethodik von Meier-Hayoz beachtet das Recht nahezu ausschliesslich seine Interaktionen mit dem politischen System. Die anderen Systeme der Gesellschaft (Wirtschaft, Kunst, Familie usw.) bleiben im Spiegel dieser Methodenlehre blosse Objekte: Regulierungsobjekte, auf die das Recht einseitig Einfluss nimmt, wovon aber nichts zurückkommt, das zur Regeneration des Rechts verwertet werden könnte. Für die Gesellschaft als solche ist das Recht nicht aufmerksam. Es versucht über die Anwendung der methodischen Regeln einzig, seine Opera-

162 BGE 123 III 292, 295.

163 Dezidiert a.A. HAUSHEER/JAUN (Fn. 17), Art. 1 N 121: «Wer so argumentiert, verkennt, dass bei sorgfältiger Interpretation die Wahl der Auslegungselemente wie auch deren Gewicht durch den Gegenstand der Auslegung weitgehend bestimmt wird: Das Bundesgericht setzt sich in aller Regel nicht leichtfertig über die greifbaren textlichen und inhaltlichen Vorgaben des Gesetzes hinweg».

tionen von politischen Kommunikationen abzuschirmen[164] und vergisst vor lauter Konzentration auf diese Aufgabe, die Kontexte der anderen gesellschaftlichen Subsysteme zu thematisieren. Dass das Gesetz nicht bloss Kommunikationskanäle zur Politik, sondern auch zu anderen Sozialsystemen eröffnen könnte und sollte, geht in den juridischen «Subsumtionsoperationen» unter.[165] Fazit: Die Entwicklung des klassisch-liberalen Gesetzes von der «rechtlich stärksten Art von Staatswillen»[166] hin zur «politikabwehrenden» Struktur des Rechts hat aus der Perspektive der Methodenlehre zwei Gesichter: Zwar schützt es die Autonomie des Rechts vor politischen Immissionen in ziemlich effektiver Weise; doch wird diese autonomiebewahrende Schliessung durch einen hohen Preis erkauft: einen dramatischen Verlust an Aufmerksamkeit des Rechts für die Verhältnisse in anderen Sphären der Gesellschaft bzw. für die Wirklichkeit der polykontexturalen Gesellschaft von heute.

Diese Einseitigkeit in der Ausrichtung der herrschenden juristischen Methode hat Ryffel schon vor längerer Zeit bemängelt: «Die herrschende Methodenlehre vernachlässigt ganz allgemein die *gesellschaftliche Wirklichkeit*, die hinter der Rechtsordnung *steht* und diese *trägt*».[167] Aber wie weiter? Wie eine Rechtsmethodik für die moderne, polykontexturale Gesellschaft entwerfen? Eine Möglichkeit – für die ich hier plädieren möchte – besteht

---

164 Fast paradigmatisch Kramer (Fn. 64), S. 203: «Während für einen Einzelfall via Rechtsmissbrauchsverbot ausnahmsweise eine gesetzeskorrigierende Entscheidung gerechtfertigt werden kann, erscheint ... eine Rechtsprechung, die sich generell von der klaren Zwecksetzung einer gesetzlichen Regelung – mag diese de lege ferenda noch so fragwürdig sein – löst, angesichts des Verfassungsprinzips der richterlichen Gesetzesbindung methodisch nicht begründbar»; ersichtlich wird hier alles unternommen, um das Recht vor der Übernahme politischer Funktionen frei zu halten: Selbst wenn die Grenze zum schwer Erträglichen erreicht ist, soll sich das Rechtssystem zurückhalten und die Korrektur der Politik überlassen. Cf. in diesem Sinne Ernst Zeller, Auslegung von Gesetz und Vertrag: Methodenlehre für die Praxis, Zürich, Schulthess 1989, S. 292 ff.; kritisch Theo Rasehorn, Justiz, in: Axel Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, München, Ehrenwirth 1972, S. 230: «Dabei verkennt die Rechtspflege die Bedeutung der Politik zur Integration der Gesellschaft, verkennt, dass Recht und Politik in Korrelation stehen. Für die Justiz, für das Bewusstsein des Richters, handelt es sich um Antinomien; Recht habe mit der Politik nichts zu tun»; ferner auch Schmidt (Fn. 143), S. 145, der das Bild des Gesetzes als Mauer zwischen dem Politiker und dem Recht benutzt.

165 Axel Görlitz, Justizreform, in: Axel Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, München, Ehrenwirth 1972, S. 237: «Den ideologischen Überbau derartiger Immunisierungsstrategien [sc. von Strategien, die Richter gegen die Politisierungsbestrebungen immunisieren] lieferte der Rechtspositivismus ..., der die Jurisprudenz gegen ausserrechtliche, insbesondere politische Einflüsse abschirmen wollte. Dazu entwickelte man eine spezifisch juristische Methode, die es zu erlauben schien, rechtliche Konflikte nur mit rechtlichen Mitteln zu lösen»; cf. ferner auch Schluep (Fn. 16), S. 703, 817 ff. und 1253 f.

166 Cf. vorne S. 269 f.

167 Hans Ryffel, Rechtssoziologie: Eine systematische Orientierung, Neuwied/Berlin, Luchterhand 1974, S. 231 (H.v.V.).

darin, das Methodengeschäft mit einem anderen Textbild zu betreiben, mit einem Textbild, das sich demjenigen Eugen Hubers annähert, und das mit Derridascher «Offenheit» operiert. Deshalb soll nachstehend skizziert werden, wie eine derartige Rechtsmethodik in den groben Zügen aussehen könnte, wobei sich von selbst versteht, dass hier unmöglich ein auch nur annähernd fertiger Methodenentwurf vorgelegt werden kann. Bevor aber diese Skizze gezeichnet wird, ist kurz auf einen Aspekt der Texttheorie Derridas, der vorne kursorisch gestreift wurde, zurückzukommen, auf die Frage: Was hat man sich unter einem Text als «produzierende Maschine» genau vorzustellen?

## II. *Textus*

Texte sind nicht einfach erstarrte Produkte der Gedankenwelt von Menschen. Texte sind in Wahrheit merkwürdige Kreaturen, die ein noch merkwürdigeres Leben führen. Dieses umfasst weit mehr als nur das Leben ihres historischen (und vielleicht zufälligen) Produzenten. Jede Begegnung mit einem Text ist ein einmaliges Erlebnis, das sich nie gleich wiederholen lässt. Denn jedes Mal, wenn man sich einem Text annähert, spürt man, dass dieser Text nicht derselbe wie jener ist, den man noch gestern gelesen hat. Texte gleiten uns immer wieder aus der Hand, sie sind nie festzuhalten. Sie können uns zum Delirium bringen, denn Texte sind das Delir selbst, ganz im Sinne des lateinischen *de lira ire*, aus der Spur geraten. Texte bringen uns aus der Spur.

Für Derrida kann dieser Umstand nur erklärt werden, wenn man das platonische Textverständnis aufgibt. Zu diesem Zweck schlägt er vor, an die Zeichentheorie von Saussure anzuknüpfen.[168] Nach diesem wird die Identität eines Zeichens durch die Abgrenzung seiner selbst von allen anderen Zeichen im Zeitpunkt seiner Äusserung gesichert.[169] Seinen exakten Umriss gewinnt ein Zeichen dadurch, dass es das ist, was die anderen nicht sind.[170] Begriffe werden von Saussure mithin nicht positiv durch ihren Inhalt, sondern negativ durch ihre *Differenz* zu den anderen Zeichen umschrieben.

Derrida übernimmt diese These. Im Gegensatz zu Saussure geht er aber davon aus, dass die differentielle Bestimmung des Zeichens seine semantische Identät – d.h. seinen fixen Bedeutungsgehalt – nicht impliziert, sondern geradezu ausschliesst.[171] Bei jeder Wiederholung des Zeichens verfliesst nämlich Zeit: «Insofern differenziert jede Wiederholung eines Zeichens, indem man den ersten und den zweiten Gebrauch eines wiederholten Zeichens un-

168 Derrida (Fn. 23), S. 42 ff.
169 Saussure (Fn. 8), S. 158 ff. N 230 ff.
170 Derrida (Fn. 26), S. 37 f.
171 Derrida (Fn. 23), S. 65 ff.

terscheiden kann».[172] Das ist Derridas *différance.*[173] Die semantische Bedeutung eines Zeichens ist somit für diesen Autor lediglich eine Funktion in einem offenen System permanenter Neudifferenzierungen: «Que ce soit dans l'ordre du discours parlé ou du discours écrit, aucun élément ne peut fonctionner comme signe sans renvoyer à un autre élément .... Cet enchaînement fait que chaque ‹élément› – phonème ou graphème – se constitue à partir de la trace en lui des autres éléments de la chaîne ou du système. Cet enchaînement, ce tissu, est le *texte* qui ne se produit que dans la transformation d'un autre texte».[174] Jedes Zeichen, jeder Text steht damit in der Offenheit unabsehbarer Deutungsmöglichkeiten.

Damit ist der wechselhafte, fluktuierende Charakter von Texten enträtselt. Unklar bleibt aber, woher die «Inhalte» kommen, d.h. wie ein Text Sinn bzw. Bedeutung *(«sens»*[175]*)* erlangt. Im Mittelpunkt der Überlegungen Derridas steht der *Kontext.* Er hält fest, dass ein Zeichen «[doit être] entouré d'un certain contexte interprétatif car, non plus qu'aucun autre élément conceptuel, il ne signifie et ne se suffit à lui seul».[176] Mit anderen Worten: Das Spiel der Zeichendifferenzierungen findet immer vor dem Hintergrund variierender Kontexte statt. Ein neuer Kontext «transformiert» die Bedeutung eines Zeichens (Textes), vermag aber nie, dieses Zeichen (diesen Text) «zurückzubehalten». Dieses Zeichen (dieser Text) ist immer fluktuierend, kann also stets seinen Kontext ändern. Derrida drückt das im Bilde aus: «[Les différences] ne sont pas tombées du ciel et elles ne sont pas inscrites une fois pour toutes dans un système clos, dans une structure statique .... Les différences sont les effets de transformations ...».[177] Wie aber kommt es zu solchen Sinn- bzw. Bedeutungstransformationen?

Derrida erklärt diese Transformationen durch die «Iterabilität» des Textes *(écriture).* Dieses Phänomen hängt eng mit der vorne schon behandelten Abwesenheit des Adressaten einer Schrift zusammen[178]: «Il faut ... que ma ‹communication écrite› reste lisible malgré la disparition ... de tout destinataire ... pour qu'elle ait sa fonction d'écriture, c'est-à-dire sa lisibilité».[179] Dass dem tatsächlich so ist, zeigt Derrida damit, dass jede *écriture* einen Code hat. Ohne einen solchen ist Kommunikation nicht möglich. Gründet jedoch ein Text auf einem solchen Code, ist dieser Text zwangsläufig lesbar, auch wenn das nur hypothetisch zuträfe, weil z.B. kein Mensch auf der Erde den Code

172 Goebel (Fn. 24), S. 53.
173 Cf. umfassend Derrida (Fn. 29), S. 3 ff.
174 Derrida (Fn. 26), S. 37 f.
175 Derrida (Fn. 26), S. 45.
176 Derrida (Fn. 26), S. 38.
177 Derrida (Fn. 26), S. 39.
178 Cf. vorne S. 245 f.
179 Derrida (Fn. 27), S. 375.

beherrschte. Damit ist auch zugleich die Iterabilität des Textes gegeben: «Cette itérabilité ... structure la marque d'écriture elle-même, quel que soit d'ailleurs le type d'écriture .... Une écriture qui ne serait pas structurellement lisible – itérable – par-delà la mort du destinataire ne serait pas une écriture».[180]

Durch diese Iterabilität besitzt der Text eine für seine Sinntransformation entscheidende «Fähigkeit», die Derrida «force de rupture [du texte] avec son contexte» nennt.[181] Weil er der Iteration im geschilderten Sinne fähig ist, hat der Text auch die «Macht», sich von seinem Kontext «loszureissen». Eine Folge dieser Tatsache ist, dass ein Text auch ausserhalb seines urprünglichen Kontextes «funktionsfähig» bleibt. Derrida schildert das an seinem eigenen Schriftstellerbeispiel: «Ecrire, c'est produire une marque qui constituera une sorte de machine à son tour productrice, que ma disparition future n'empêchera pas principiellement de fonctionner et de donner, de se donner à lire et à réécrire».[182]

Das, was soeben für den Text im allgemeinen gesagt wurde, gilt selbstverständlich auch für den Gesetzestext. Auch dieser ist ein Gewebe von unzähligen und fluktuierenden Differenzen. *In concreto* heisst das: Weil sich in diesem Netz die Differenzen immer wieder verschieben, ist auch sein Sinn einem stetigen Wandel ausgesetzt. Vielleicht gibt es für dieses Phänomen kein besseres Beispiel als die Gesetzesnorm: Je nach Sachverhalt (Kontext), durch welchen diese Norm gleitet, erlangt sie immer wieder neue Bedeutungen.[183] Das ist, was Gerichte tun: Normen durch verschiedene Sachverhalte gleiten zu lassen. Und das Geschäft der Rechtswissenschaft besteht darin, die in diesen Fluktuationen produzierten Normbedeutungen zu analysieren und zu würdigen.

---

180 Derrida (Fn. 27), S. 375.

181 Derrida (Fn. 27), S. 377.

182 Derrida (Fn. 27), S. 376.

183 Schon Roger Zäch, Recht und Sprache, in: P. Forstmoser et al. (Hrsg.), Rechtsanwendung in Theorie und Praxis: Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Basel et al., Helbing & Lichtenhahn 1993, S. 50, macht auf die Bedeutung des Kontextes bei der Rechtsanwendung aufmerksam. Für diesen Autor ergibt sich der Kontext aus einer «Gesprächssituation», die er folgendermassen schildert: «Die Gesprächssituation besteht nun darin, dass die Parteien des Rechtsstreits die ihrer Meinung nach richtige Normdeutung bekanntgeben. ... Das Urteil des Gerichts bildet die präzise Antwort auf die Frage, die sich ja wegen der Unschärfe des Gesetzestextes stellt». Diese Rekonstruktion der im Verfahren geäusserten Standpunkte ist zwar Teil der Kontextbildung, bleibt aber theoretisch unterkomplex. Ebenso wichtig (wenn nicht wichtiger) sind die «Diskurse der Texte» von Kautelarpraxis, Wissenschaft, Rechtsprechung usw., die sich mit dem Diskurs der Beteiligten und des Gerichts vernetzen, verweben und in einer hyperzyklischen Schlaufe neue Sinnwelten produzieren. Cf. in diesem Sinne Andreas Lötscher, Die Gesetzredaktorin zwischen Philosoph, Bauer und Richter, in: Andreas Lötscher et al. (Hrsg.), Denken wie ein Philosoph und Schreiben wie ein Bauer: Sprache, mit der ein Staat zu machen ist, Zürich, Schulthess 2007, S. 147.

Bevor nun aber gefragt wird, wie eine Methodenlehre, die ein Derrida'sches Textverständnis befolgt, in groben Zügen aussähe, ist zuvor eine Reihe von Vorfragen zu klären: Weshalb würde mit einer Übernahme dieses Textverständnisses die Möglichkeit geschaffen, die Gesellschaft in den Prozess der Rechtsanwendung einzubeziehen? Welche sozialen Mechanismen kämen in diesem Zusammenhang zum Spielen? Und was heisst hier überhaupt «Gesellschaft»? In welcher Form würde die Gesellschaft in das Recht einfliessen? Was genau würde das Recht aus diesen «Gesellschafts-Partikeln» im Rahmen seiner Operationen machen?

## III. Morphogenese der Normativität

Offenheit des Textes meint mitnichten Beliebigkeit.[184] Im Gegenteil: Ein Text legt durchaus Strukturen fest.[185] Innerhalb dieser Strukturen fluktuiert aber seine Bedeutung, ganz nach dem Muster von Derridas *différance*.[186] Man könnte deshalb sagen, dass die Offenheit des Gesetzestextes zwei Seiten hat: In dem Mass, in welchem er offen ist, ist er auch – spiegelbildlich verkehrt – geschlossen. Weil Offenheit eine gewisse Anzahl von Optionen – und nicht *alle* Optionen – erfasst, schliesst ein Gesetzestext die anderen, eben nicht erfassten Optionen aus. Dass ein Gesetzestext offen und geschlossen zugleich, inklusiv und exklusiv in einem ist, hängt damit zusammen, dass das Gesetz – rechtssoziologisch gesprochen – eine strukturelle Kopplung zwischen Rechtssystem und anderen Sozialsystemen darstellt. Aus dem gesellschaftlichen Rauschen, so könnte man sagen, filtert das Gesetz Geräusche heraus, so dass das Recht sie «hören» kann, und blockt andere *ab ovo* ab.

Nun ist dieser unscheinbare Sachverhalt viel weniger harmlos, als es den Anschein macht. Dass der Gesetzestext das Recht hören und nicht hören lässt, sehen und nicht sehen lässt – d.h. als eine Art Filter fungiert –, macht gerade

184 Der Begriff der Offenheit eines Textes wird in der Methodenlehre – was ja nach dem Gesagten nicht mehr zu erstaunen vermag – nicht einheitlich verwendet; cf. z.B. Alain Papaux, Introduction à la philosophie du «droit en situation», Bruxelles et al., Bruylant et al. 2006, S. 190 ff., der von *open texture* spricht, womit er im wesentlichen den Umstand bezeichnet, dass «les notions univoques sont rarissimes» *(op. cit.:* S. 191). Diese Offenheit – oder Porosität – des Textes ist nicht dasselbe wie die *soziologische* Offenheit des Textes, um die es vorliegend geht. Wenn hier von *offenem* Gesetzestext gesprochen wird, so wird damit das Phänomen benannt, dass der Gesetzestext das Einfallstor ist, um soziale Normen in das Recht zu «importieren», wo diese Normen dann in einem morphogenetischen Prozess zu Rechtsentscheidungen gemacht werden. Darauf ist sogleich einzugehen.

185 Cf. Derrida (Fn. 26), S. 39; ferner dazu auch Engberg (Fn. 83), 71; Ogorek Regina, «Ich kenne das Reglement nicht, habe es aber immer befolgt!»: Metatheoretische Anmerkungen zur Verständnisdebatte, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Recht verstehen: Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht, Berlin, de Gruyter 2004, S. 299.

186 Cf. vorne S. 275 f.

die Brisanz der dahinter stehende Sozialstrategie aus. Der Gesellschaft eröffnet sich dadurch die Möglichkeit einer heimlichen Manipulation des Rechts. Das wird erkennbar, wenn man sich mit Luhmann nochmals vor Augen führt, was «strukturelle Kopplung» konkret bedeutet. Es bedeutet: Das Recht beobachtet «diejenigen Umweltausschnitte, an die ... [es mit dem Gesetz] strukturell gekoppelt [ist], mit bevorzugter Aufmerksamkeit ...».[187] Und diesen Bereich bevorzugter Aufmerksamkeit des Rechts kann die Gesellschaft ausbeuten, um das Recht festzulegen. Denn: «Irritationen, die diesem Ausschnitt zugerechnet werden, lassen sich mit Hilfe des Gedächtnisses ... [des Rechts] rasch interpretieren und auflösen. Sie erscheinen von vornherein schon als normal und verweisen auf nahe liegende Alternativen. Das ... [Recht] ist mit diesem Umweltbereich nicht auf ein ad hoc Lernen angewiesen und wird daher auch weniger als anderswo zur ‹Verdrängung› der Irritation neigen».[188]

Ein Beispiel für eine solche erhöhte Aufmerksamkeit des Rechts für Irritationen der Wirtschaft liefert die altrechtliche Praxis der Gerichte und Behörden zu den körperschafts- und anstaltsrechtlichen Transaktionen. Vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes waren diese Vorgänge nur äusserst spärlich geregelt: Die Fusion war lediglich für Aktiengesellschaften (Art. 748 f. aOR), für Kommanditaktiengesellschaften (Art. 770 Abs. 3 aOR)[189] und für Genossenschaften (Art. 914 aOR) vorgesehen.[190] Während die Umwandlung immerhin für den Fall der Konversion einer Aktiengesellschaft in eine GmbH bekannt war (Art. 824 ff. aOR), waren sowohl die Spaltung als auch die Vermögensübertragung auf direktem Weg dem schweizerischen Recht fremd. Das Bundesgericht sowie das Eidgenössische Amt für das Handelsregister blieben vor dem Hintergrund dieser Rechtslage freilich nicht untätig und haben in beachtlichen Entscheidungen ein Strukturanpassungsrecht auf rechtsfortbildender Basis entwickelt.[191] Hier hat die Wirtschaft ersichtlich die Vertrautheit des geschriebenen Rechts (seine «bevorzugte Aufmerksamkeit») mit Personenzusammenschlüssen und Stiftungen genutzt, um praktisch benötigte

187 Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, RJ *9* (1990), S. 206.

188 Luhmann (Fn. 187), S. 206 f.

189 Eine rechtsformübergreifende Fusion war zwischen Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft gesetzlich geregelt: Art. 750 und 770 Abs. 3 aOR.

190 Cf. BGE 91 I 438, 441; BGE 102 Ib 140, 142 ff.; BGE 108 Ib 450, 453 ff.; BGE 115 II 272, 273 ff.; BGE 116 II 713, 715 ff.

191 Cf. BGE 53 II 1 (Vereinsfusion); BGE 87 I 301 (Umwandlung einer Genossenschaft in einen Verein ohne Liquidation); BGE 115 II 415 (Stiftungsfusion); BGE 125 III 18 (Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft ohne Liquidation); zur Praxis des EHRA betreffend die Rechtsformumwandlung eingehend Thomas Weibel, Art. 1, in: Frank Vischer et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPR, Steuerrecht), Zürich, Schulthess 2004, Art. 1 N 11 f. m.N.

Transaktionen «durchzusetzen», die vom ursprünglichen Text des Zivilgesetzbuches bzw. des Obligationenrechts weit entfernt waren.

Dieses ganz spezifische Spektrum von Aufmerksamkeit bzw. Nichtaufmerksamkeit des Rechts macht das Rechtssystem für die Gesellschaft «berechenbar». Wie muss man sich das vorstellen? Oder genauer: Wie kann es denn «Berechenbarkeit» in einem Umfeld von operativ geschlossenen Sozialsystemen überhaupt geben? Eine Antwort auf diese Fragen erheischt eine nähere Betrachtung der Sequenzen, in welchen sich die Interaktionen zwischen Recht und Gesellschaft abspielen: Zuerst versucht die Gesellschaft, das Funktionieren des Rechtsgedächtnisses in einem *trial and error*-Prozess nachzuvollziehen.[192] Damit lernt die Gesellschaft «ihr» Recht kennen («Verstehen verstehen»[193]); sie lernt zunächst, in welchen Fällen das Rechtssystem aufmerksam für gesellschaftliche Prozesse ist und in welchen nicht. Dieses Wissen erlaubt der Gesellschaft in einem zweiten Schritt einen proaktiven Umgang mit dem Recht. Denn sie weiss jetzt, auf welche «Stellen» des Gesetzestextes sie ihre Impulse zu richten hat, um die Aussichten auf die erwünschten Ergebnisse zu steigern.

Diese Zusammenhänge werden von BGE 129 III 335 plastisch veranschaulicht. In diesem Fall war zu entscheiden, ob Art. 333 Abs. 3 OR, wonach der Erwerber eines Betriebs solidarisch mit dem Veräusserer für Arbeitnehmerforderungen haftet, die *vor* Betriebsübernahme enstanden sind, auch dann Anwendung findet, wenn das Veräusserungsgeschäft im Rahmen eines *Konkursverfahrens* abgeschlossen wird. Das Problem lag darin, dass die Anwendung von Art. 333 OR, der den Arbeitnehmerschutz erhöhen soll, in Situationen insolvenzbedingter Betriebsübergänge zu einem Abbau des angestrebten Schutzeffektes beiträgt: Durch die Belastung des Betriebserwerbers mit der erwähnten Haftung wird das Gelingen solcher Transaktionen (und damit die Erhaltung der im fraglichen Betrieb bestehenden Arbeitsplätze) gefährdet. Obwohl der Gesetzestext von Art. 333 OR keine Einschränkung im Hinblick auf Insolvenzlagen enthält, entschied das Bundesgericht aus Gründen des Arbeitsplatzschutzes, dass die Solidarhaftung des Erwerbers eines Betriebes aus einer Konkursmasse gemäss Art. 333 Abs. 3 OR entfällt. Ein solches Urteil war nur möglich, weil die Wirtschaft durch eine lange Reihe von an das Recht gerichteten Irritationen (namentlich in Form von wissen-

192 Diesen *trial and error*-Prozess könnte man anhand der Äquilibrationstheorie von Jean Piaget, Six études de psychologie, St. Amand, Denoël 1964, S. 134 ff., modellieren, dies im Sinne von Manfred Aschke, Kommunikation, Koordination und soziales System: Theoretische Grundlagen für die Erklärung der Evolution von Kultur und Gesellschaft, Stuttgart, Lucius & Lucius 2002, S. 196 ff., der diese psychologische Theorie für die Soziologie und die Theorie sozialer Systeme transformiert und fruchtbar gemacht hat.

193 Heinz v. Foerster, Wissen und Gewissen: Versuch einer Brücke, Frankfurt, Suhrkamp 1993, S. 282 ff.

schaftlichen Abhandlungen, die teilweise von ihr selbst in Auftrag gegeben wurden) dem Bundesgericht den ökonomischen Irrtum einer literalen Anwendung von Art. 333 OR plausibel gemacht hatte.[194]

Was mithin einem Beobachter als harmlose Dauerberieselung des Rechts durch gesellschaftliche Klänge erscheint, ist in Wahrheit also ein gezieltes Insinuieren von – alteuropäisch gesprochen – «gesellschaftlichen Werten» in die Operationen des Rechts. Die Gesellschaft beliefert das Recht mit den Kriterien, die dieses zur Entscheidung des Konflikts benötigt. Dass diese *social norms*[195] vorerst einen juristischen Anpassungsprozess durchmachen, dass sie also nicht *tel quel* übernommen, sondern vorgängig noch in die «Worte des Rechts» übersetzt werden – dass mithin so etwas wie eine *juridische Morphogenese*[196] stattfindet –, ergibt sich daraus, dass das Recht als autopoietisches System *inputs* aus seiner Umwelt nicht direkt übernehmen kann, sondern zunächst systemintern rekonstruieren muss.[197]

Dieser morphogenetische Vorgang ist z.B. in BGE 120 II 331 besonders deutlich erkennbar. Zu beurteilen war die Frage, ob die Swissair Beteiligungen AG für Forderungen ihrer konkursiten Tochter, der IGR Holding Golf and Country Residences AG, haftet, weil auf dem Briefpapier der IGR sowie auf den Titelseiten ihrer Werbebroschüren jeweils in den Fusszeilen das Swissair-Logo sowie der Satz «Die IGR ist ein Unternehmen der Swissair» aufgedruckt waren. Das Bundesgericht hielt diesen Umstand für vertrauenserweckend. Das auf diese Art zustande gekommene Vertrauen betrachtete es sodann als in rechtlich relevanter Weise enttäuscht, weil die IGR in ihrem geschäftlichen Verhalten die Standards der Swissair nicht beachtete, was diese zur Intervention hätte veranlassen sollen. Da diese nicht erfolgte, erkannte das Bundesgericht auf eine Haftung der Swissair, die sich aus einer «Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung aus culpa in contrahendo» ergebe.[198] Der Schlüssel zu diesem Entscheid ist nicht primär die Rechtsfigur der *culpa in*

---

194 Cf. für eine eingehende Analyse all dieser Impulse Marc Amstutz, Interpretatio multiplex: Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel et al., Helbing & Lichtenhahn 2004, S. 79 ff.

195 Zum Begriff der *social norms* statt anderer Rex D. Glensy, Quasi-Global Social Norms, Connecticut Law Review *38* (2005), S. 83 ff. m.N.

196 Morphogenese ist die Lehre der Formbildung; cf. dazu die Übersicht von Annick Lesne und Paul Bourgine, Introduction, in: Paul Bourgine und Annick Lesne (sous la dir.), Morphogenèse, L'origine des formes, Paris, Belin 2006, S. 13 ff.; die juridische Morphogenese trefflich beschrieben hat Ogorek (Fn. 184), S. 299: «Rechtstexte sind mitnichten letzte, präzise Antworten oder Weisungen, sondern zeitbezogene Angebote an die Deutungskultur. … Rechtsnormen initiieren also einen professionellen, aber nicht von der Profession selbst gesteuerten Deutungsprozess.»

197 Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt, Suhrkamp 1989, S. 88 f.

198 BGE 120 II 331, 335.

*contrahendo*. Man kann diesen Entscheid nur verstehen, wenn man beobachtet, was sich ausserhalb des Rechtssystems abgespielt hat: Die Emergenz einer spezifischen Erwartungsordnung in der Wirtschaft. Diese hat im Lauf der Jahre ihre Erwartungen so ausgeformt, dass die vermögensmässige Selbständigkeit einer Tochtergesellschaft relativiert wurde. Und zwar in dem Sinne, dass bei hoher Intensität der werbemässigen Eingliederung eines abhängigen Unternehmens in den Konzern die Erwartung eines Einstehenmüssens der Muttergesellschaft ausgebildet wurde. Das ist nichts anderes als eine *social norm*, die zwar nicht juristisch, aber soziologisch gilt (sie ist in der Wirtschaft kontrafaktisch stabilisiert). Es ist nun diese *social norm*, die das Bundesgericht rezipiert und (durch juridische Morphogenese) zu einer Rechtsnorm transformiert hat.

In den vorangehenden Beispielen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird die Bedeutung der Tatsache erkennbar, dass das Gesetz als *Text* angelegt ist. Nur weil das Gesetz in diesem Medium verkörpert ist, ist das geschilderte Spiel zwischen Gesellschaft und Recht überhaupt möglich. Hätten die Zeichen des Gesetzes eine semantische Identität – eine starre bzw. essentialistische Bedeutung –, wie dies in der herrschenden Methodenlehre angenommen wird,[199] würde das Rauschen der Gesellschaft an den Toren des Rechts abprallen. Aber die Grenzen der semantischen Identität von Zeichen sind Funktionen eines offenen Systems permanenter Neudifferenzierungen.[200] Damit steht jedes Zeichen im Bann ungezählter Deutungsvarianten. Das schafft die Möglichkeit von Sinnveränderungen bei der Zeichenwiederholung und somit: *die Möglichkeit, dass die Gesellschaft dem Recht laufend Mass gibt, dass sie modulierend das juridische Sprachspiel bestimmt*. Ein spektakuläres Beispiel für eine solche Textfluktuation ist die *écriture* des BGB, das der Reihe nach in einem Kaiserreich, im Weimarer Parlamentarismus, im faschistischen Regime des Dritten Reichs, in der Bonner Republik und schliesslich im wiedervereinten Deutschland gegolten hat.[201] Aber welche rechtsmethodische Folgerung sollte aus dieser (rechtssoziologischen) Beobachtung gezogen werden?

Gezeigt wurde, dass die herrschende juristische Methodenlehre vor allem als Ausfluss rechtsstaatlicher Grundsätze verstanden wird, namentlich der Idealforderung, dass gleiche Fälle gleich entschieden werden sollen.[202] Dieses

199 Cf. etwa Meier-Hayoz (Fn. 16), Art. 1 N 136, der meint, Nichtsubsumierbarkeit unter den sprachlichen Sinn bedeute nicht schon Lückenhaftigkeit des Gesetzes, und der damit klar zu erkennen gibt, dass er von so etwas wie einem fixen Textinhalt ausgeht.

200 Cf. eingehend vorne S. 271 f.

201 Cf. dazu die Beiträge und Diskussionsberichte in Uwe Diederichsen und Wolfgang Sellert, Das BGB im Wandel der Epochen: 10. Symposion der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart», Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 2002.

202 Cf. z.B. Kramer (Fn. 64), S. 36.

Gerechtigkeitspostulat soll mittels Methodenlehre realisiert werden. Insofern sollen «Rechtsanwendungsregeln» dem Recht ermöglichen, sich durch eigene Strukturen zu koordinieren, «ohne damit im Voraus schon festzulegen, wie viele und welche Operationen ... das Zitieren bestimmter Texte [...] auslösen ... wird».[203] Versteht man Methodenlehre in dieser Weise, so führt das, wie gezeigt, zu einer gewissen Einseitigkeit der Perspektive. Das lässt sich sehr schön am Umstand beobachten, dass die Methodenliteratur zweigeteilt ist, nämlich in Äusserungen zur Rechtsanwendung, die Bibliotheken füllen, und in Äusserungen zur Sachverhaltsbildung, die auf wenigen Druckseiten Platz haben.[204] Seine Ursache findet diese ungleiche Spaltung darin, dass die Rechtsfindungsmassstäbe nach diesem Methodenverständnis hauptsächlich im «Innern» des Rechts, also im Gesetz, zu suchen sind. Insbesondere bedeutet das, dass die *Konsequenzen* einer Rechtsentscheidung, die sich ja immer erst in der Umwelt des Rechts ereignen, bei der Anwendung juristischer Regeln nicht berücksichtigt werden.[205] Juristischer Konsequentialismus ist der herkömmlichen Methodenlehre fremd.[206] Das aber heisst nichts anderes als: Die Schnittstelle Recht/Gesellschaft ist in der Rechtsmethodik sich selbst oder, wie Bierling sagt, einem «mehr oder weniger methodischen fortgesetzten Experimentieren»[207] überlassen.

Illustrativ für eine solche methodenbedingte Unempfänglichkeit für soziale Diskurse ist die höchstinstanzliche Rechtsprechung zur Frage, ob das jederzeitige Kündigungsrecht von Art. 404 Abs. 1 OR zwingenden Charakter besitzt. Das Bundesgericht bejaht das für alle Aufträge, also selbst in Fällen, für die der Grundsatz der zwingenden Natur von Art. 404 Abs. 1 OR nicht passt. Begründet wird diese Auffassung hauptsächlich mit dem Argument, dass «[d]er klare Wortlaut des Gesetzes ... eine Differenzierung nicht [zulässt]».[208] Damit wird in Kauf genommen, dass jene Verträge, für die das jederzeitige Kündigungsrecht nicht angemessen ist, faktisch vom Grundsatz *pacta sunt*

---

203 Luhmann (Fn. 134), S. 338.

204 Nur als (freilich symptomatisches) Beispiel sei hingewiesen auf Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien et al., Springer 1991, der in einem rechtsmethodischen Lehrbuch von insgesamt 652 Seiten gerade 10 Seiten (417–427) der Sachverhaltsermittlung widmet. Nebenbei bemerkt: Wohl zeigt dieses konkrete Beispiel auch sehr anschaulich den Stellenwert der Gesellschaft in der herkömmlichen Rechtsmethodik.

205 Cf. auch Moor (Fn. 1), S. 78 f.: «Ce qui pourtant est le problème essentiel a ainsi été abandonné au bord de la route: celui de la production concrète du droit et de ses méthodes. Autrement dit, et en prenant le terme de méthode au pied de la lettre: si, à partir des faits, le chemin y retourne, en passant (mais *en passant* seulement) par la norme, que signifie ce passage?».

206 Cf. z.B. Neil MacCormick, Argumentation und Interpretation im Recht: «Rule Consequentialism» und rationale Rekonstruktion, in: Gunther Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden, Nomos 1995, S. 39 ff.

207 Ernst Rudolf Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Aalen, Scientia 1961, S. 47.

208 BGE 115 II 464, 465 f.

*servanda* dispensiert werden. Zumal in der Wirtschaft kann die dadurch bewirkte Verringerung der Voraussehbarkeit zu unzumutbaren Situationen führen. Diese Blindheit für gesellschaftliche Konsequenzen ist die direkte Folge aus einem strikt platonischen Verständnis des Gesetzestextes, das in dieser Rechtsprechung kultiviert wird. Mit seinem Wortlautargument «friert» das Bundesgericht das System des Auftragsrechts auf eine andere Zeit der Geschichte «ein». Daraus ergibt sich ersichtlich eine hochgradige Hermetik des Rechts gegenüber gesellschaftlichen Bedürfnissen.

Spricht das für eine Rezeption der Derridaschen Texttheorie in der Methodenlehre? Ich glaube, dass wir die Wahl nicht haben. Soll Recht weiterhin als Integrationsfaktor der Gesellschaft dienen, muss in Betracht gezogen werden, dass die moderne Gesellschaft eine polykontexturale ist, d.h. eine solche, die aus zahlreichen Handlungsfeldern («Kontexten») besteht, welche eine jeweils unterschiedliche Logik befolgen (z.B. Logik des Profits für die Wirtschaft, Logik des Machtgewinns für die Politik, Logik der Aesthetik für die Kunst usw.).[209] In einer solchen Gesellschaft hat ein «monoaxiologisches» Recht ausgedient. Ganz im Sinne Carbonniers braucht diese ein *flexible droit.*[210] Aber normative Flexibilität hat einen hohen Preis: Woher soll sich das Recht die Massstäbe bzw. die Werte beschaffen, mit denen es dem betroffenen gesellschaftlichen Kontext entsprechen kann? Sehr schnell wäre es kognitiv überfordert, müsste es bei jedem Konflikt, der ihm zur Schlichtung vorgelegt wird, aus innerer Kraft eine «kontextgerechte» Axiologie entwickeln.

Gerade in dieser Hinsicht bietet nun ein Derridasches Textbild eine verheissungsvolle Alternative an: Wenn es stimmt, wie ich das hier vertrete, dass die Massstäbe der juristischen Entscheidung nicht ausschliesslich rechtsintern – also gesellschaftlich «blind» – produziert werden, sondern – im Sinne der geschilderten juridischen Morphogenese – durch den «Transfer» von *social norms* aus der «Lebenswelt» in das Recht hinein,[211] hätte man einen bemerkenswerten Mechanismus der *Pluralisierung von Rechtspraxis* vor sich: Nicht nur würde das Recht kognitiv entlastet; es würde auch die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass Rechtslösungen zustande kämen, die dem Sozialkontext, in welchem der zu schlichtende Konflikt entstanden ist, angemessen sind. Denn dieser Konflikt würde aufgrund einer Bedeutung des Gesetzestextes behandelt, der das Produkt von «Wertungen» ist, die ursprünglich aus dem Kontext

209 Cf. zur polykontexturalen Gesellschaft eingehend Marc Amstutz, Andreas Abegg und Vaios Karavas, Soziales Vertragsrecht: Eine evolutorische Studie, Basel et al., Helbing & Lichtenhahn 2006, S. 32 f.

210 Jean Carbonnier, Flexible Droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris, LGDJ 2001; cf. ferner Moor (Fn. 1), S. 49 f.

211 Cf. in diesem Sinne auch Luhmann (Fn. 135), S. 315: «Jedes Rechtssystem ist und bleibt auf Transfer gesellschaftlicher Wertvorstellungen in rechtliche Relevanzen angewiesen»; ferner Engberg (Fn. 83), S. 76 f.

stammen, welchem der Konflikt entsprungen ist. Der gleiche Gesetzestext könnte so in den verschiedenen Kontexten der Gesellschaft jeweils einen verschiedenen Sinn tragen, einen Sinn, der jedes Mal auf den in Frage stehenden Kontext «passte». Die Frage nach einem polykontexturalen Recht wäre somit primär eine solche der juristischen Methodik.

Dass die herkömmliche Rechtsmethodik nicht auf eine solche flüssige Offenheit des Gesetzestextes eingerichtet ist, bedeutet nicht, dass die von Derrida aufgezeigten Mechanismen des Textes nicht dennoch gewisse Spuren in der Rechtsprechung hinterlassen haben. Nur geschieht das, ohne dass das Recht davon weiss, also zufällig und ohne Kontrolle. Beispielsweise speist sich das Kartellrecht aus ökonomischen Theorien, ohne diesen Umstand auch im geringsten methodisch zu reflektieren.[212] Tatsache ist aber, dass diese Theorien oft im Entscheid faktisch normativ wirken, also sich keineswegs darauf beschränken, bloss zur Information des Rechts beizutragen. Ein auch juristisch normativer Umgang mit Entscheidungselementen wie (z.B. ökonomischen Theorien) setzt voraus, dass verstanden wird, wie solche Elemente in den Gesetztestext einfliessen und wie sie dort die Zeichenspiele beeinflussen. Erforderlich ist also eine Rechtsmethodik, die mit Differenzbildung und Differenzverschiebung in der *écriture* des Gesetzestextes umgehen kann.

Aber was müsste eine juristische Methode in der flüssigen Zeichenwelt Derridas konkret leisten können? Ich möchte diese Frage wie folgt angehen: Der Umstand, dass durch das Gesetz hindurch unzähliges gesellschaftliches «Material» in das Rechtssystem hineinfliesst, produziert darin eine hohe Varietät, die mit Redundanz ausbalanciert werden muss.[213] Und gerade in diesem Balanceakt sehe ich die vordergründige Aufgabe einer modernen Rechtsmethodik. Eine Skizze dieses Gedankens muss hier zum Abschluss genügen:

Juristisches Argumentieren besteht darin, die im Recht vorhandenen Elemente (Sachverhalt, Tatbestand und Rechtsfolgen) konsistent (d.h. «juristisch zutreffend») zu verknüpfen. Die Schwierigkeit liegt im Umstand, dass im Recht eine Vielzahl von solchen Elementen existiert und damit eine Vielzahl von Verknüpfungsmöglichkeiten. Mit anderen Worten herrscht im Recht erhebliche Varietät. Um diese zu bewältigen, muss die Vielzahl möglicher Verknüpfungen so verringert werden, dass in Fällen einer bestimmten Kategorie (z.B. Diebstahl, Grundlagenirrtum, Organverantwortlichkeit oder Urheberrechtsverletzung) der Rechtsadressat mit hinreichender Gewissheit voraussehen kann, was er zu erwarten hat. Zu diesem Zweck verwenden Juristen «Gründe», d.h. Argumente, mit denen kontrolliert wird, ob eine Ele-

212 Zu diesem Beispiel eingehend Marc Amstutz, Hic sunt leones: Von kollektiver Marktbeherrschung und symbolischer Gesetzgebung im Coop/Waro-Entscheid der Wettbewerbskommission, sic! *9* (2003), S. 673 ff.

213 Eingehender zum ganzen und zum folgenden Amstutz (Fn. 212), S. 681 ff. m.N.

mentverknüpfung «juristisch zutreffend» oder «juristisch unzutreffend» ist. Ob ein Grund zulässig ist oder nicht, wird von den Methodenregeln festgelegt. Damit wird Redundanz in das Recht eingeführt und der Überraschungseffekt des juristischen Entscheidens reduziert.

Wie Varietät und Redundanz im Recht gegeneinander ausbalanciert werden müssen, kann freilich nicht ein für allemal festgelegt werden. Den Regeln der Rechtsmethodik ist aufgetragen, Varietät und Redundanz des Rechts immer wieder in ein Verhältnis zu bringen, das der (sich über die Zeit wandelnden) Komplexität der polykontexturalen Gesellschaft angemessen ist. Man könnte deshalb eine solche Rechtsmethodik als eine *evolutorische* bezeichnen.[214] Sie zu schreiben, bleibt eine Aufgabe der künftigen Forschung.

214 Cf. zu diesem Gedanken einer evolutorischen Rechtsmethodik auch Marc Amstutz, Historizismus im Wirtschaftsrecht: Überlegungen zu einer evolutorischen Rechtsmethodik, in: Rainer J. Schweizer et al. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich, Schulthess 2002, 9 ff.; für den angelsächsischen Rechtsraum hat William N. Eskridge, Dynamic Statutory Interpretation, University of Pennsylvania Law Review *135* (1987), S. 1479 ff., ein Model dynamischer Gesetzesinterpretation vorgeschlagen.