

# Grundsätze der Gesetzesauslegung

Autor(en): **Germann, Oskar Adolf**

Objektyp: **Article**

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

Band (Jahr): **43 (1924)**

PDF erstellt am: **28.06.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895854>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Grundsätze der Gesetzesauslegung.<sup>1)</sup>

Von

Privatdozent Dr. OSKAR ADOLF GERMANN, Bern.

---

## I.

Fast in allen Wissenschaften machte sich in neuerer Zeit ein Bedürfnis nach methodologischer Selbstbesinnung geltend, in der Rechtswissenschaft besonders seit Beginn unseres Jahrhunderts. In diesem Aufsatz kann es sich selbstverständlich nicht darum handeln, eine vollständige juristische Methodenlehre zu entwickeln.<sup>2)</sup> Die Probleme der Gesetzgebung scheiden von vornherein aus; nur die Methode der „Rechtsanwendung“ ist Gegenstand der Erörterungen, d. h. die Methode, nach der eine Streitfrage vom Richter entschieden werden soll.<sup>3)</sup> Damit nicht trotz dieser Beschränkung unter der Fülle des Stoffes die Klarheit zu leiden hat, muss ich den Gegenstand noch wesentlich enger umgrenzen: ich beschränke mich darauf, einige

---

<sup>1)</sup> Nach Notizen für einen Vortrag, den der Verfasser im Februar 1921 als Einleitung zu einem Diskussionsabend des Bernischen Juristenvereins über „Rechtsanwendung und Praxis“ gehalten hat.

<sup>2)</sup> Die juristische Methodenlehre bildet m. E. einen unentbehrlichen Zweig der juristischen Ausbildung. Im Lehrplan unserer Universitäten ist sie leider noch nicht vorgesehen.

<sup>3)</sup> E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung* (1920) S. 347 f., bedient sich des Ausdrucks „Rechtsanwendung“ in einem weitem Sinn: darunter fallen auch die selbsttätige Befolgung des Rechts durch die Rechtsgenossen und die Exekution. Auch die „Rechtsanwendbarkeitsnormen“, die Giesker in einer unter diesem Titel erschienenen Abhandlung (1914) S. 10 den „Rechtsauslegungsnormen“ zur Seite stellt, scheiden von vornherein aus.

Grundsätze der Gesetzesauslegung aufzustellen. Gewohnheitsrecht und freie Rechtsfindung kommen also hier gar nicht in Betracht.

## II.

Es sei mir gestattet, von einigen ganz einfachen Beispielen auszugehen. Nach Art. 216 des Obligationenrechts bedarf der Grundstückkauf der öffentlichen Beurkundung, ebenso ein darauf abzielender Vorvertrag. Das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch enthält dagegen keine Bestimmung über die Form des Vorvertrags. Da die Gültigkeit der Verträge in der Regel nicht an eine besondere Form gebunden ist, die Formvorschrift für den Hauptvertrag also eine Ausnahme darstellt, so wäre nach formalen Auslegungsgrundsätzen anzunehmen, diese Ausnahmebestimmung könne weder extensiv interpretiert noch analog angewandt werden und deshalb sei der Vorvertrag auch formlos abgeschlossen gültig. Würde aber damit nicht der Zweck der Formvorschrift für den Hauptvertrag illusorisch gemacht?<sup>4)</sup>

Ein weiteres Beispiel.<sup>5)</sup> Unser altes Obligationenrecht enthielt bekanntlich noch keine Bestimmung darüber, ob die am Telephon ohne Annahmefrist gestellte Vertragsofferte nach den Bestimmungen über den Vertragsabschluss unter Anwesenden oder Abwesenden zu beurteilen, ob also der Antragsteller noch gebunden sei, wenn die Annahme nicht sogleich am Telephon erfolgt. Eine wörtliche Auslegung hätte unzweifelhaft eine Anwendung der Bestimmungen über Abwesende ergeben; des Telephons bedient man sich ja gerade unter Abwesenden. Richtig ist aber trotzdem die gegenteilige Lösung, die ja nun im revidierten Obligationenrecht auch ausdrücklich vorgesehen ist; denn am Telephon kann man

---

<sup>4)</sup> Das Beispiel wird ebenfalls erwähnt von Danz, Einführung in die Rechtsprechung (1912) S. 93, und Reichel, Gesetz und Richterspruch (1915) S. 113.

<sup>5)</sup> Vergl. Zitelmann, Lücken im Recht (1903) S. 10.

ebenso gut einen Vertrag sofort abschliessen wie bei räumlichem Zusammensein.

Endlich noch ein Beispiel aus dem Strafrecht. Wenn ein Arzt eine Operation vornimmt, so erfüllt er augenscheinlich den Tatbestand der Körperverletzung. Und doch ist der Arzt selbstverständlich, sofern er die Operation kunstgerecht vornimmt, nicht strafbar. „Selbstverständlich,“ sagt unser Rechtsbewusstsein; aber wie lässt sich die Straflosigkeit aus dem positiven Recht begründen?<sup>6)</sup> Diese Frage bringt die formalistische Jurisprudenz nicht wenig in Verlegenheit. Notstand im Sinne des Gesetzes liegt in den meisten Fällen nicht vor. Gewohnheitsrecht?<sup>7)</sup> — doch ist es nicht merkwürdig, dass auch die neuern, dem Gewohnheitsrecht feindlichen Strafgesetze keine ausdrückliche Bestimmung über die Straflosigkeit des Heileingriffs enthalten? Man hat ferner ein privilegierendes Recht des Arztes konstruieren wollen<sup>8)</sup> auf Grund des Patents zur Berufsausübung — doch dann bliebe ja jeder Heileingriff eines Nichtmediziners oder eines ausländischen Arztes gleichwohl eine strafbare Körperverletzung.<sup>9)</sup> Endlich hat man versucht, die Straflosigkeit durch die Einwilligung des Verletzten zu begründen<sup>10)</sup> — für diese Auffassung bietet jedoch das positive Recht keinen Anhaltspunkt; im Gegenteil: die Tötung des Einwilligenden jedenfalls ist nach unsern Gesetzen ausdrücklich mit Strafe bedroht.

---

<sup>6)</sup> Vergl. Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen (1892) und in der Z.f.Schw.Strafr. VI S. 332 f.; Stooss, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung (1898); v. Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht, in der Festgabe für Bekker (1899); v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 22. Aufl., (1919) S. 147.

<sup>7)</sup> So Oppenheim a. a. O. S. 18 f.

<sup>8)</sup> Z. B. Olshausen, Kommentar, 10. Aufl. (1916) S. 864.

<sup>9)</sup> Gegen die Begründung als Gewohnheitsrecht oder als Berufsrecht auch Stooss und v. Liszt a. a. O.

<sup>10)</sup> So vor allem das deutsche Reichsgericht, Entsch. Bd. 25 S. 375; Bd. 38 S. 34. Dagegen v. Liszt a. a. O. S. 149.

Diese wenigen Beispiele dürften vorläufig genügen. Man ersieht daraus: mit einer Auslegung nach dem Wortlaut und formalistischen Interpretationsregeln kommt man gar leicht auf Abwege. Immer zahlreicher sind daher in den letzten Dezennien die Stimmen geworden, die energisch Abkehr von der überlieferten Buchstaben- und Begriffsjurisprudenz verlangen. Namentlich im Deutschen Reich, wo manche Juristen sich durch formalistische Konstruktionen besonders hervorgetan, wo daher die neue Bewegung eine breite Angriffsfläche fand, schwoll sie bald mächtig an; hoch gingen die Wogen in dem Kampf, der zeitweise sogar scharf polemische Formen angenommen hat. Es ist nicht zu leugnen, die Gegensätze wurden dabei in ihren feinsten Wurzeln enthüllt und in ihren letzten Konsequenzen beleuchtet. Aber die Anhänger der neuen Richtung haben gelegentlich auch übers Ziel hinausgeschossen.

### III.

Ich meine vor allem die sogenannten Freirechtler. Einige unter ihnen gerieten in ihrem Siegesrausch bis hart an den Abgrund der Willkür, aus dem ein langer, mühsamer Pfad die Menschheit hinaufgeführt hat auf die Höhe des Rechts. Die Aufstellung fester Gesetzestafeln war einst ein weltgeschichtliches Ereignis. Allgemein gültiges, unverbrüchliches Recht galt es zu schaffen, um die Willkür zu überwinden. Sollte nun, wie heute viele zu wünschen scheinen, der Richter bloss nach seinem Gefühl oder gesunden Menschenverstand urteilen, so wären wir glücklich wieder bei jenen primitiven Zuständen angelangt; die steuerlose Gefühlsjurisprudenz wäre ein Rückfall in die Kadi-Justiz längst verflossener Zeiten.

Aber auch wenn der Richter verpflichtet wird, nicht einfach jeden Einzelfall nach seinem Gutdünken zu entscheiden, sondern seinem Urteil jeweils generelle Normen zugrunde zu legen: beruht nicht auch dann immerhin der Inhalt jener Normen auf seinem subjektiven Werturteil? Und geht ein anderer Richter nicht aus von andern

Werturteilen? Ergibt sich so nicht eine Ungleichheit in der Behandlung gleichliegender Fälle, die wiederum als Willkür erscheint?

Die Überwindung dieser Willkür ist das Verdienst des positiven Rechts. Das positive Recht steht objektiv fest und gilt für alle gleich in gleichen Fällen. Das positive Recht schafft jene Rechtssicherheit, jene zuverlässigen sozialen Beziehungen, die eine unentbehrliche Grundlage unserer modernen hochdifferenzierten Wirtschaft bilden, und eine Voraussetzung jeder höheren Kultur.<sup>11)</sup> Die Rechtssicherheit ist allerdings ein Gut, dessen Wert man meist so lange übersieht, als man es ungestört besitzt. Erst wenn sie zu wanken beginnt — in unsichern, revolutionären Zeiten oder in unzivilisierten Ländern, wo die abgeschlossenen Geschäfte keinen zuverlässigen Rechtsschutz finden —, wird man sich ihres Werts bewusst. Die Rechtssicherheit hat es ermöglicht, dass wir nicht alle Bauern oder Jäger — oder Diebe sein müssen. Das Vertrauen auf die Rechtssicherheit hat die Arbeitsteilung ermöglicht und damit eine Spezialisierung auf den Beruf, der den besonderen Fähigkeiten des Einzelnen entspricht: Gewerbe, Handel, Wissenschaft und Kunst. Sie alle setzen voraus, dass Rechtssicherheit die Beschaffung des Nötigsten, vor allem die Ernährung, gewährleistet. Würde nun das feste Gerüst des positiven Rechts beseitigt, müsste da nicht das ganze Gebäude zusammenstürzen?

Dies wird von den Bannerträgern der neuen Bewegung nicht immer genügend gewürdigt. So sehr sie sich um die Kritik des Bisherigen verdient gemacht haben, so sehr muss man sich hüten, ihnen zu folgen, wo sie mit dem Faulen auch das Gesunde vernichten — oder wie man so geschmackvoll zu sagen pflegt: das Kind mit dem Bade ausschütten. Das Kind ist hier das positive Recht, einst unter Schmerzen geboren, ein stattliches Kind, gesund und

---

<sup>11)</sup> Näher begründet in meiner Schrift zur „Rechtfertigung des Rechts“ (1919) S. 36 f.

lebenskräftig, man muss es nur nicht durch einen engenähten Formalismus erdrosseln. Mit Recht ist darauf hingewiesen worden, wie wenig formallogische Konstruktionen fruchten, da es sich ja beim richterlichen Urteil um eine Willensentscheidung handelt, die auf Werturteilen beruht; aber ebenso gefährlich wäre es, alles dem persönlichen Werturteil des Richters anheimzustellen. Es gilt, zwischen Willkür und Formalismus, den beiden bösen Klippen, an denen die juristische Methodenlehre zu scheitern droht, einen gangbaren Weg hindurch zu finden.

#### IV.

A. Dieser Weg ist, wie ich zeigen möchte, eine teleologische Methode.<sup>12)</sup> Wir neuzeitlichen, zur kritischen Selbstbesinnung erwachten Menschen vermögen die überlieferten Urteile und Vorurteile und Einrichtungen nicht mehr unbesehen hinzunehmen; auch das Recht ist uns nicht mehr bloss eine gegebene Erscheinung, die in ihrem kausalen, geschichtlichen Werden zu begreifen ist: wir sind uns bewusst, dass das Recht von uns Menschen abgeändert, ja aufgehoben, und neues Recht geschaffen werden kann. Die Geltung des Rechts hängt also ab von unserm wertenden Wollen. Wir fragen nach seinem Zweck, und nur soweit es sich zu rechtfertigen vermag als Mittel zu diesem Zweck, wollen wir es bewahren.

Gilt nun ein Rechtssatz, weil und soweit er sozialen Zwecken dient, so ist klar, dass es wiederum diese Zwecke sind, die im Zweifel über seinen Geltungsbereich Aufschluss geben. Ist zweifelhaft, ob ein gewisser Rechtssatz

---

<sup>12)</sup> Aus der schweizerischen Literatur vergl. hierüber Gmür, Die Anwendung des Rechts (1908) S. 50 f.; Wieland, Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft (1910) S. 29 f.; Egger, Schweiz. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft (1913) S. 12 f.; Reichel, Gesetz und Richterspruch (1915) S. 67 f.; Staffel, in der Schw. Jur. Z. XIV S. 265 f.; auch Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode I (1920) S. 370 f., und E. Huber, Recht und Rechtsverwirklichung (1920) S. 382, 387.

auf den zur Entscheidung vorliegenden Fall anwendbar sei, so führen alle philologischen und formallogischen Interpretationskünste zu nichts oder zu ganz zufälligen, grundlosen und darum — wie wir gesehen — oft unhaltbaren Ergebnissen. Nur der Nachweis, dass auch im vorliegenden Fall das gleiche Interesse, derselbe Zweck massgebend ist, auf dem die Geltung des angezogenen Rechtssatzes beruht, nur dieser Nachweis vermag die Anwendbarkeit des Rechtssatzes darzutun.

B. Ich möchte das zunächst an den eingangs erwähnten Beispielen darlegen.

Formloser Vorvertrag. Zweck der Formvorschrift für den Grundstückkauf ist offenbar Schutz des Grundstückseigentümers vor übereilter Veräußerung. Könnte nun der Vorvertrag, der ja bereits zum Abschluss des Hauptvertrags verpflichtet, gültig formlos abgeschlossen werden, wie dies nach deutschem BGB den Anschein hat, so würde natürlich die Schutzbestimmung ihren Zweck nicht mehr erreichen; sie könnte durch Abschluss eines Vorvertrags ganz einfach umgangen werden. Mit Recht hat daher das Reichsgericht auch für die Gültigkeit des Vorvertrags die gleiche Form verlangt wie für den Hauptvertrag.<sup>13)</sup> Der formale Auslegungsgrundsatz, wonach Ausnahmegestimmungen nicht analog angewandt werden können, erweist sich als unhaltbar.<sup>14)</sup>

Vertragsofferte am Telephon. Fragt man nach dem Zweck, der den Bestimmungen der Art. 4 und 5 des alten OR über die Vertragsofferte augenscheinlich zugrunde lag, so lässt sich leicht feststellen, dass die einseitige Bindung des Offerenten nur solange dauern sollte, als dies nötig erscheint, um den Abschluss des Vertrages zu ermöglichen. Demnach Anwendung der Bestimmungen über den Vertragsabschluss unter Anwesenden, wenn Offerent und Oblat

---

<sup>13)</sup> Entsch. R.Ger. Bd. 53 S. 263.

<sup>14)</sup> Über einen ähnlichen Fall analoger Anwendung des Rechts durch A. Heusler vergl. His in der Z.f.Schw.R., N. F. Bd. 41 S. 52 f.

sich persönlich des Telephons bedienen.<sup>15)</sup> Diese Auffassung ist nun ja durch das revidierte OR ausdrücklich gutgeheissen worden. Es geht also nicht an, sich an die einzelnen Worte zu klammern und darauf abzustellen, was sie im gewöhnlichen Sprachgebrauch bedeuten. Das wäre philologische, aber nicht juristische Interpretation. Die Worte „anwesend“ und „abwesend“ bilden Bestandteile eines Rechtssatzes, ihre Bedeutung im vorliegenden Fall kann nur aus dem besondern Zusammenhang ermittelt werden, in der Weise, dass ein vernünftiger Sinn der Bestimmung gesucht wird, ein Zweck, der sie gerechtfertigt erscheinen lässt.

Endlich noch kurz zum Heileingriff. Der Tatbestand der Körperverletzung scheint erfüllt. Zweck der Strafbarkeit der Körperverletzung ist jedoch offenbar der Schutz von Leib und Leben. Da nun die Operation gerade auch diesem Zwecke dient, so wäre es widersinnig, sie wegen der als Mittel zum Zweck notwendigen, vorübergehenden Körperverletzung zu bestrafen.<sup>16)</sup> Sobald man die Strafvorschrift über die Körperverletzung nach ihrem Zweck auslegt, zeigt es sich, dass der Heileingriff nicht darunter fallen kann.

C. Überall ist der Zweck, auf dem die Geltung des Rechtssatzes beruht, massgebend für seine Auslegung. Dieser Zweck braucht nun aber keineswegs übereinzustimmen mit den Motiven des Gesetzgebers. Die sogenannten Motive, die mit dem Gesetzentwurf veröffentlicht zu werden pflegen, bezeichnen übrigens nur die Zwecke, die der Redaktor des Entwurfs verfolgt hat. Allein, der Entwurf wird meist nicht ohne Änderungen zum Gesetz; und die Beweggründe der gesetzgebenden Behörde für die Annahme der Vorlage brauchen sich auch

---

<sup>15)</sup> Vergl. Zitelmann a. a. O. S. 11.

<sup>16)</sup> Ebenso Oppenheim in der Z.f.Schw.Strafr. VI S. 338 f.; Graf Dohna, Die Rechtswidrigkeit (1905) S. 95; v. Liszt a. a. O. S. 147; vergl. auch die Botschaft des Bundesrates zum Entw. eines Schw. Strafges. (1918) S. 12.

keineswegs zu decken mit denen des Redaktors; ebenso wenig mit den Ansichten, die von einzelnen Mitgliedern des Parlaments bei der Beratung des Gesetzes geäußert worden sind. Bei uns ist übrigens das Parlament, die Bundesversammlung, gar nicht Gesetzgeber, Gesetzgeber ist das Volk. In einer Entscheidung des Bundesgerichts<sup>17)</sup> wird mit Recht darauf hingewiesen, dass die Bundesversammlung zwar den Text des künftigen Gesetzes berät und endgültig feststellt, über die Annahme des Gesetzes aber das Volk entscheidet, sei es ausdrücklich durch Abstimmung, sei es stillschweigend dadurch, dass es das Referendum nicht ergreift: in beiden Fällen wird nur der Gesetzestext selbst genehmigt; die Beweggründe des Volks sind aus den Materialien nicht ersichtlich. „Solche Materialien“, führte das Bundesgericht aus,<sup>18)</sup> „haben den Charakter von blossen Hilfsmitteln für die Auslegung, denen ein entscheidendes Gewicht dann nicht mehr zukommt, wenn sie im Widerspruch stehen mit dem, was aus dem Gesetzestext . . . als der gesetzliche Wille in dem betreffenden Punkte entnommen werden muss. Denn der im Gesetz niedergelegte Willensinhalt besteht eben für sich selbst, objektiviert und losgelöst von den Meinungsäußerungen Einzelner, die bei der Ausarbeitung des Gesetzes über dessen künftigen Inhalt erfolgt sind.“ Nur der publizierte Gesetzestext soll Gesetzeskraft haben, die „Motive“ sind ja vom Gesetzgeber selbst nicht als verbindlich erklärt worden. Dies formelle Argument haben namentlich Thöl, Wach und Binding, unter den Schweizer Juristen wohl zuerst Speiser,<sup>19)</sup> gegen die Auslegung gemäss den Gesetzesmaterialien geltend gemacht.<sup>20)</sup>

<sup>17)</sup> A. S. Bd. 34 II S. 826.

<sup>18)</sup> A. S. Bd. 34 II S. 826. Vergl. auch Bd. 25 II S. 845 und Bd. 27 I S. 530.

<sup>19)</sup> Z.f.Schw.R., N. F. Bd. 4 S. 553 f. Dagegen Martin, Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le CCS (1909) p. 15—17.

<sup>20)</sup> Gegen die Interpretation nach den Gesetzesmaterialien bereits Heusler in der Z.f.Schw.R., N. F. Bd. 1 S. 6.

Massgebend für die Auslegung ist aber auch nicht etwa der Sinn, der dem Gesetzestext selbst zur Zeit des Erlasses zugeschrieben wurde. Wäre er massgebend, so müsste unsere gesetzgebende Behörde, wenn sie jene Gesichtspunkte nicht mehr für gerechtfertigt hält, ein neues Gesetz schaffen, selbst für den Fall, dass sie entsprechend dem veränderten Sprachgebrauch für ihre abweichende Auffassung denselben Gesetzestext wieder vorzuschlagen hätte; denn es wäre in der Tat denkbar, dass der nach jetzigem Sprachgebrauch den neuen Postulaten entsprechende Gesetzestext wörtlich übereinstimmte mit dem bisherigen Text, der nur deshalb nicht mehr genügte, weil seine verbindliche Auslegung mit veralteten Anschauungen beschwert war.<sup>21)</sup> Dass der Erlass eines solchen gleichlautenden Gesetzes als sinnlos empfunden würde, ist selbstverständlich.

Die Auslegung nach den Zwecken, die einst beim Erlass des Gesetzes bestimmend waren, die historische Auslegung, führt also in allen ihren Formen zu unhaltbaren Ergebnissen.

C. 1. Ein Beispiel. Nach dem deutschen StGB ist, im Gegensatz zum gemeinen Diebstahl, bloss mit Busse oder Haft und bloss auf Antrag zu bestrafen, wer Nahrungs- und Genussmittel von unbedeutendem Wert oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbräuche entwendet. Es handelt sich um das Delikt des sogenannten Mundraubs. Der Tatbestand dieses Delikts, das eine lebhaftige Polemik veranlasste, ist durch eine Novelle vom Jahre 1912 in der Weise erweitert worden, dass der Entwendung von Nah-

---

<sup>21)</sup> Beispiel: Der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika hatte früher die Arbeiterschutzgesetzgebung als verfassungswidrig, mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen individueller Freiheit unvereinbar erklärt. Dies entsprach offenbar der Auffassung des Freiheitsbegriffs zur Zeit des Erlasses der Verfassung. In einer neuern Entscheidung hat nun aber der Gerichtshof, seine frühere Praxis ändernd, die „social control“ geradezu als Bedingung wahrer Freiheit anerkannt. Vergl. Holcombe, State government in the U. S. (1916) p. 379.

rungs- und Genussmitteln nunmehr die Entwendung von andern Gegenständen des hauswirtschaftlichen Verbrauchs, also insbesondere auch die Entwendung von Heizmaterial gleichgestellt ist. Bis dahin war eine arme Frau, die ein bisschen Holz entwendete, um ihre Kinder nicht frieren zu lassen, wegen gemeinen Diebstahls mit Gefängnis zu bestrafen. So nach dem Wortlaut, so nach herrschender Auslegung. Auch das Reichsgericht hatte in diesem Sinne entschieden.<sup>22)</sup> Man hielt den Entscheid im Ergebnis für ungerecht, aber nicht für unrichtig; man schob die Schuld auf das Gesetz. Demgegenüber wurde von Kantorowicz (dem bekannten Vorkämpfer der Freirechtsbewegung) auf einer Soziologen-Tagung der Standpunkt vertreten, der als ungerecht empfundene Entscheid sei *de lege lata* gar nicht notwendig, sondern beruhe auf schlechter Auslegungsmethode.<sup>23)</sup> Sehen wir zu, ob oder inwiefern sich diese Andeutung als zutreffend erweist.

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung zeigt, dass bei der Debatte im Deutschen Reichstag ein Antrag gestellt worden war, statt „Genussmittel“ zu sagen „Genuss- und Feuerungsmittel“.<sup>24)</sup> Der Fall der Entwendung von Heizmaterial ist also nicht einfach vergessen worden; im Gegenteil ist man versucht, aus der Verwerfung des Antrags zu schliessen, der Gesetzgeber habe eben die Privilegierung des Mundraubs nicht auch auf die Entwendung von Heizmaterial ausdehnen wollen. Aber der Wille des historischen Gesetzgebers — vorausgesetzt er komme überhaupt in der Ablehnung des Antrags zum Ausdruck — ist ja für die heutige Geltung und Deutung des Rechtssatzes keineswegs massgebend. Heutzutage könnten wir es nicht mehr verstehen, wenn die Entwendung von Gegenständen des einfachsten Bedarfs, die ebenfalls sofortigem Verbräuche dienen sollten, eher

---

<sup>22)</sup> Entsch. R.Ger. in Strafs. Bd. 9 S. 46.

<sup>23)</sup> Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie (1911) S. 8.

<sup>24)</sup> Antrag Lasker und Genossen.

und höher strafbar wären als die Entwendung von Genussmitteln. Es wäre uns unbegreiflich, wenn man der Not nicht wenigstens ebenso viel zugute halten wollte wie der Naschhaftigkeit. Wenngleich durch das Gesetz ausdrücklich nur der Mundraub privilegiert worden war, so hätte doch die Bestimmung zweckentsprechend auch auf die Entwendung von Heizmaterial ausgedehnt werden sollen.

Nur ein Bedenken erhebt sich dagegen: widerspricht eine solche Auslegung nicht dem Grundsatz *nulla poena sine lege*? Wird nicht durch diesen Rechtssatz, der ja auch im deutschen StGB ausdrücklich festgelegt ist, jede Analogie im Strafrecht von vornherein ausgeschlossen?

Wir werden auch da wiederum nach dem Zweck dieses Rechtssatzes fragen. Er war ein Hauptpostulat der individualistisch-liberalen Aufklärung. Es galt, die Freiheit des Einzelnen vor staatlicher Willkür zu sichern. Darum sollte die Strafe, diese einschneidendste Massnahme gegen die Persönlichkeit des Individuums, nur verhängt werden dürfen, wenn sie im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Dieser Zweck des Rechtssatzes, der ja zweifellos auch noch für seine gegenwärtige Geltung massgebend ist, schliesst nun aber die analoge Anwendung strafrechtlicher Bestimmungen zugunsten des Täters keineswegs aus. Im Gegenteil: es würde dem Zweck dieser Schutzbestimmung widersprechen, wenn sie zum Nachteil des Täters weiter ausgelegt werden sollte, als der Wortlaut selbst verlangt.<sup>25)</sup>

C. 2. Ein weiteres Beispiel dafür, wie irreführend es wäre, bei der Auslegung eines Rechtssatzes auf den Willen des historischen Gesetzgebers abzustellen, bildet das französische Gesetz über das Koalitionsrecht, die *syndicats professionnels*. Dieses Gesetz, das im Jahre 1884 hauptsächlich auf Betreiben von Waldeck-Rousseau erlassen worden war, sollte nach Absicht seiner Urheber die Krönung der individualistischen Grundrechte sein. Aber

---

<sup>25)</sup> Keine Strafe ohne Strafgesetz, das heisst nicht: keine Strafmilderung ohne ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes. Übereinstimmend die herrschende Lehre.

das Gesetz diene in der Folge doch ganz andern Bedürfnissen: wie G. Morin, Professor an der Universität Montpellier, in seinem kürzlich erschienenen Buch „La révolte des faits contre le code“ treffend auseinandersetzt,<sup>26)</sup> ist es nicht die Souveränität der Individuen, sondern die Solidarität ihrer Interessen, auf der nach heutigen Verhältnissen und Anschauungen das Recht zur Koalition und Syndikatsbildung beruht. Demgemäss die Interpretation des Kassationshofes in einem Entscheid vom Jahr 1916, im Gegensatz zu einem frühern Entscheid aus dem Jahre 1892, der noch ganz im Geist der Urheber des Gesetzes getroffen war.

Es kommt da auch im Rechtsleben ein Prinzip geistiger Entwicklung zum Ausdruck, das von seinem Entdecker, dem Philosophen Wundt, Prinzip der Heterogonie der Zwecke genannt worden ist. Der ursprüngliche Zweck, hier also das Motiv des Gesetzgebers, tritt oft im Lauf der Entwicklung in den Hintergrund; der Rechtssatz dient in der Folge andern Bedürfnissen; der Zweck, auf dem seine gegenwärtige Geltung beruht, deckt sich nicht mehr mit jenem ursprünglichen Zweckmotiv.

D. In den bisher erwähnten Fällen war der massgebende Zweck unmittelbar dem Rechtssatz zu entnehmen, unter den der Fall subsumiert werden kann. Dies ist nun aber nicht immer möglich. Oft muss zurückgegriffen werden auf Zweckgedanken, die nur mittelbar, in andern Rechtssätzen der positiven Rechtsordnung zum Ausdruck kommen. Die zutreffende Lösung ergibt sich hier erst aus einer systematisch-teleologischen Auslegung.<sup>27)</sup>

Diese erfasst das positive Recht als ein System von Zwecken, in dem die einzelnen Rechtssätze nur Glieder

<sup>26)</sup> P. 32—39.

<sup>27)</sup> Zur systematischen Auslegung Heuberger in der Z.f.Schw.R., N. F. Bd. 24 S. 122; Gutherz in der Schw.Z.f.Strafr. 20. Jahrg. S. 353 f.; Egger a. a. O. S. 8, und besonders eingehend Baumgarten a. a. O. S. 295 f. Vergl. auch in meiner Schrift über die Teilnahme nach dem Entw. eines Schw. Strafges. (1923) S. 36 N. 3.

sind, die sich gegenseitig bedingen und bestimmen. Die Norm, die der Richter seiner Entscheidung zugrunde legt, bemisst sich nicht nach dem einzelnen, in einem positiven Rechtssatz zum Ausdruck gelangten Zweck, sondern nach der Gesamtheit des Zwecksystems der positiven Rechtsordnung.

D. 1. Dafür ein Beispiel aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts.<sup>28)</sup>

Tatbestand: Die 18jährige B. B., deren Eltern in Binningen wohnten, brachte in Basel, wo sie in Stellung war, ein aussereheliches Kind zur Welt. Der von ihr als dessen Vater bezeichnete Beklagte erhob in erster Linie die Einrede der Unzuständigkeit der baselstädtischen Gerichte, da die Mutter zur Zeit der Geburt in Basel keinen Wohnsitz gehabt habe.

Es handelt sich also hier um eine Frage des Gerichtsstands im Vaterschaftsprozess. Massgebend ist dafür Art. 312 ZGB. Dieser bestimmt, dass die Vaterschaftsklage nicht nur am Wohnsitz des Beklagten, sondern auch am Wohnsitz der klagenden Partei, der Mutter, angebracht werden könne. Welches ist nun im vorliegenden Fall Wohnsitz der Mutter? Die Mutter ist minderjährig, als Wohnsitz der Minderjährigen wäre nach Art. 25 ZGB der Wohnsitz ihrer Eltern anzunehmen. Das Bundesgericht macht jedoch in seiner Entscheidung eine Ausnahme zugunsten der selbständig erwerbenden minderjährigen Mutter, der ein eigener Gerichtsstand zuerkannt wird.

Zur Begründung beruft sich das Bundesgericht auf Art. 47 des SchKG, wo für den selbständig erwerbenden Mündel ein eigenes Betreibungsdomizil vorgesehen ist. Diese Bestimmung soll analog anwendbar sein auf den Prozessgerichtsstand des selbständig erwerbenden Unmündigen; denn für einen eigenen Prozessgerichtsstand, sagt das Bundesgericht, liessen sich die gleichen Gründe anführen. Die gleiche ratio legis, der gleiche Zweck wäre

---

<sup>28)</sup> A.S. Bd. 45 II S. 241 f.

also nach Ansicht des Bundesgerichts auch hier massgebend. Man mag darüber denken wie man will, jedenfalls beruht die Erwägung auf einer sehr weitherzigen, systematisch-teleologischen Interpretation; stützt sie sich doch sogar auf eine Bestimmung eines andern Gesetzes. Im Schlusssatz der Begründung (und auf diesen Satz möchte ich das grösste Gewicht legen) wird noch hinzugefügt: besonders für die Vaterschaftsklage rechtfertige sich die Anerkennung eines eigenen Gerichtsstands der selbständig erwerbenden Minderjährigen; sonst nämlich gehe diese, wenn die Eltern im Ausland wohnen, des ihr durch Art. 312 gewährten Rechts auf Klageerhebung am eigenen Wohnsitz verlustig; sie könnte den Beklagten tatsächlich nur an dessen Wohnsitz belangen, der Beklagte hätte es also in der Hand, durch Wechseln des Wohnsitzes der Klage auszuweichen; Art. 312 würde in solchem Fall seinen Zweck nicht mehr erfüllen. Das Bundesgericht entscheidet hier offensichtlich gegen den Wortlaut des Art. 25, um den Zweck der Bestimmung des Art. 312 voll zur Geltung zu bringen.

E. Es sei mir an dieser Stelle eine allgemeine Bemerkung gestattet über die Rechtsprechung des Bundesgerichts vom Standpunkt der teleologischen Methode. Während in unsern untern Gerichten, namentlich in den stark mit Laien durchsetzten Landgerichten vielfach noch eine formalistische, philologische und formallogische Auslegung und unvermittelt daneben eine hemmungslose Gefühlsjurisprudenz herrscht, hat der teleologische Gesichtspunkt die Rechtsprechung des Bundesgerichts längst in massgebender Weise bestimmt.

Aus der ältern Praxis wären hauptsächlich die Entscheide über die Haftpflicht zu erwähnen: AS Bd. 31 II S. 44; Bd. 32 II S. 621 f.; Bd. 33 II S. 21 f. Ein klassisches Beispiel: Art. 2 des Gesetzes über die Ausdehnung der Haftpflicht erklärt mit Bezug auf das Baugewerbe als haftpflichtig den „Inhaber des betreffenden Gewerbes“. Daraus hätte durch Auslegung nach dem Wortlaut gefol-

gert werden können, nur Unternehmer, die gewerbsmässig Bauarbeiten ausführen lassen, seien der Haftpflicht unterstellt. Allein diese Auslegung, sagte das Bundesgericht,<sup>29)</sup> würden dem (aus dem Zusammenhang sich ergebenden) vernünftigen Sinn und Zweck des Gesetzes nicht gerecht. Der Grund für die Ausdehnung der Fabrikhaftpflicht auf das Baugewerbe liege zweifellos in der Gefährlichkeit der Bauarbeiten, die den spezifischen Gefahren des Fabrikbetriebes gleich zu schätzen sei. Diese Gefährlichkeit ist aber, wie das Bundesgericht mit Recht betont hat, durch die technische Natur der Bauarbeiten bedingt, also unabhängig davon, ob der Unternehmer sie berufsmässig betreibt oder nicht.

Verfolgt man die neueste Praxis des Bundesgerichts, so gewinnt man den Eindruck, unser Höchstgericht habe sich von den überlieferten formalistischen Auslegungsgrundsätzen gänzlich frei gemacht und lasse sich je länger je mehr durch Zweckgesichtspunkte in seinem Urteil bestimmen. Man vergleiche etwa Bd. 45 II S. 568 f., Bd. 46 II S. 206, Bd. 48 II S. 173.

Im ganzen genommen, darf jedenfalls die Rechtsprechung des Bundesgerichts als vorbildlich bezeichnet werden. Diese Anerkennung hat ihm auch das Ausland gezollt.

Dagegen wurde das deutsche Reichsgericht wegen seiner formalistischen Auslegung vielfach heftig angegriffen. Bekannt sind die polemischen Schriften des Karlsruher Rechtsanwalts Fuchs, der eine ganze Reihe reichsgerichtlicher Entscheidungen einer scharfen, hie und da allerdings nicht gerechtfertigten Kritik unterzog.

Weniger formal urteilten die Gerichte in Frankreich. Zu einer Zeit, da der deutsche Richter noch meist als subalternen Diener des Gesetzes sich fühlte, war die französische Jurisprudenz, vorab die Cour de Cassation, längst recht frei in der Auslegung. Bezeichnend für die herr-

---

<sup>29)</sup> A. S. Bd. 32 II S. 621-622.

schende Auffassung ist die Rede, die der Präsident des Kassationshofs, Ballot-Beaupré, bei der Centenarfeier des C. C. gehalten hat (dem Richter werden da innert der Schranken des Gesetzes „les pouvoirs d'interprétation les plus étendus“ zugewiesen). Wenn gleichwohl in der französischen Literatur, ebenso wie in der deutschen, um die Jahrhundertwende eine starke Bewegung zugunsten einer freieren Rechtsfindung einsetzte,<sup>30)</sup> so hatte diese dort viel weniger eine Spitze gegen die Praxis, sondern galt vornehmlich der Erneuerung und Vertiefung der Doktrin, im Geiste der neuen kulturellen Strömungen, im Geiste der anti-positivistischen neuen Philosophie — Bergsons Stern war aufgegangen.

## V.

Dass die Entwicklung der Rechtswissenschaft in engstem Zusammenhang mit der allgemeinen Kulturentwicklung vor sich gehe, ist wohl noch kaum genügend erkannt und anerkannt worden. Und doch ist dieser Zusammenhang gerade in der neuern Rechtsgeschichte ganz offenkundig. Im Zeitalter der Aufklärung, als nacheinander in Frankreich, England und Deutschland die Intelligenz zu kritischem Selbstbewusstsein erwachte und alle sozialen Bindungen des Mittelalters abzustreifen suchte, soweit sich diese nicht auch von ihrem individualistischen Standpunkt rechtfertigen liessen, finden wir entsprechend in der Jurisprudenz das gegen die Tradition sich auflehrende, kritisch-individualistische Naturrecht. Dann, als Reaktion gegen diesen extremen Individualismus, die historische Rechtsschule, die zeitlich und innerlich mit der politischen Reaktion von 1815 und einer Verehrung alles Geschichtlichgewordenen, Romantisch-mittelalterlich-völkischen zusammengeht. Endlich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Positivismus; ich nenne bloss einen Namen, der diese Richtung am besten verkörpert: Windscheid. Seine

<sup>30)</sup> Les méthodes juridiques (1911) XVI: Allocution prononcée par M. Saleilles.

bei aller blendenden Dialektik engherzig formalistische, am Buchstaben klebende Auslegung entspricht ganz den positivistischen, jede überempirisch-kritische Wertung verneinenden, jedem höhern, metaphysischen Gedankenflug abholden Tendenzen der Zeit. Es ist die Zeit des Positivismus von Comte und Stuart Mill; es ist die Zeit des alleinseigmachenden naturwissenschaftlichen Empirismus — der Berthelot und Helmholtz; es ist die Zeit des Naturalismus in der Literatur — Maupassant, Zola, Hauptmanns „Weber“; es ist die Zeit der Realpolitik, die für Ideale und religiöses Gefühl nur ein spöttisches Lächeln übrig hat; es ist die Zeit des Materialismus und platten Rationalismus, die ja noch unser 20. Jahrhundert weithin überschatten.

Aber gegen Ende des 19. Jahrhunderts bereits deuten verschiedene Anzeichen auf das Kommen einer neuen Zeit. Die Wissenschaft begnügt sich nicht mehr mit der Feststellung des positiv Gegebenen, sie will nicht nur wissen, wie etwas ist, sondern fragt auch, wie es sein sollte; sie will nicht nur wissen, was geschieht, sondern fragt auch, was geschehen sollte. Neben die bloss deskriptive stellt sich die wertkritisch-normative Betrachtungsweise. Es ist hauptsächlich das Verdienst der Neukantianer, diesen für die Jurisprudenz entscheidenden Gesichtspunkt in den Vordergrund gerückt zu haben. Die Bedeutung des Willenselements ist schon von Schopenhauer und Eduard v. Hartmann betont worden, neuerdings von Wundt und Windelband. Vielleicht noch nachhaltiger war der in gleicher Richtung wirkende Einfluss des Pragmatismus von W. James, sowie der französischen „Philosophie nouvelle“ im Sinn von Bergson, Boutroux, Lachelier und Le Roy. Während früher der Verstand unbestritten den höchsten Rang unter den psychischen Funktionen beanspruchte und theoretische Erkenntnis mehr galt als praktische Wirksamkeit, wird jetzt mehr und mehr der Primat des Willens und der „praktischen Vernunft“ anerkannt. „Le travail normal de l'intelligence,“ sagt Bergson in seiner Einführung in die Metaphysik, „est loin d'être un travail

désintéressé. Nous ne visons pas, en général, à connaître pour connaître, mais à connaître pour un parti à prendre, pour un intérêt à satisfaire.“ Soviel über die neue Bewegung in der Philosophie.

Anschliessend ein Wort über die entsprechende Bewegung in der Literatur. Auch hier ein Streben, über den platten rationalistischen Positivismus sich zu erheben. Man denke an die Märchendramen des spätern Hauptmann, oder an Rilkes „Stundenbuch“. Und wie in Deutschland Hauptmann, so haben sich in Frankreich Brunetière und Paul Bourget, in Belgien Huysmans in der zweiten Hälfte ihres Schaffens vom Naturalismus abgewandt, man vergleiche etwa bei Bourget „Le divorce“ mit einem der frühern Romane, z. B. „Physiologie de l'amour moderne“.

Hat sich übrigens nicht auch in der Malerei ein ähnlicher Umschwung vom naturalistischen Impressionismus zu aktiveren, nach höhern Werten ringenden, meist auch bewusst idealisierenden Kunstrichtungen vollzogen? Ist auf Manet, Monet und ihre Anhänger nicht Cézanne gefolgt, der namentlich in seinen Portraits bereits deutlich über die blosser Wiedergabe passiver Eindrücke hinausging, Hodler, der noch viel eigenwilliger die Kunst begriff, und — als Vertreter des sogenannten Expressionismus — Picasso, Chagall, Kandinsky?

In engstem Zusammenhang mit dieser allgemeinen Kulturbewegung machten sich auch in der Jurisprudenz seit Beginn des neuen Jahrhunderts Strömungen geltend, den einseitigen Positivismus zu überwinden. In Frankreich, wo die neue philosophische Richtung von Boutroux und Bergson bald grossen Einfluss gewann, konnten sich selbst Juristen, die, wie Hauriou, der soziologisch-positivistischen Schule Durkheims nahestanden, diesem Einfluss nicht entziehen. Von Frankreich nahm denn auch die neue Bewegung hauptsächlich den Anlauf. 1899 erschien das Buch von Gény über die „Méthode d'interprétation“, mit einem empfehlenden Vorwort von Saleilles, der damals weit über die Grenzen seines Landes hinaus europäischen

Rufes genoss. Gény hat später noch durch eine ganze Reihe von Werken die juristische Methodenlehre befruchtet und vertieft.<sup>31)</sup> Als Vertreter der neuen Richtung wären ausserdem Lambert und Duguit zu nennen.<sup>32)</sup> Auch bei der jungen Generation — wenn man nach Dissertationen urteilen darf — hat der neue Geist Eingang gefunden.

In Deutschland und Österreich standen an der Spitze der neuen Bewegung Ehrlich, Zitelmann, Kantorowicz, Radbruch, Stampe, Jung und Rumpf.<sup>33)</sup> Auch an Ihering, den grossen Vorläufer, sei hier erinnert, an sein epochemachendes Werk über den „Zweck im Recht“, an seine Ausführungen über die Lehre vom „Besitzwillen“, die ihm gewissermassen als Paradigma für seine teleologische Auffassung dienen sollte, an „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“, mit jener köstlichen Selbstironie über seine eigene frühere, rein dialektische Methode. Und nun Stammler. Er steht etwas abseits von der Bewegung, ist vielleicht auch zu intellektualistisch gerichtet, als dass er sich ihr anschliessen könnte. Doch ist es jedenfalls sein Verdienst, im Geiste der Neukantianer nachdrücklich auf die Notwendigkeit einer „kritischen“ Betrachtungsweise hingewiesen, neben dem positiven ein „richtiges“ Recht postuliert zu haben.

Für die übrigen Länder mag eine kurze Bemerkung genügen. In England gab es überhaupt keinen Gesetzes-

---

<sup>31)</sup> Vergl. besonders „La technique législative“ (1904) und das dreibändige Werk „Science et technique en droit privé positif“ (1914—1921).

<sup>32)</sup> Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, t. I (1903); Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive* (1910). — Aus der belgischen Literatur ist zu erwähnen: van der Eyken, *Méthode positive de l'interprétation juridique* (1907).

<sup>33)</sup> Vergl. z. B. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (1903), und Stampe, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung* (1907); besonders eingehend Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914). Die deutsche Literatur hat am meisten zur grundsätzlichen Erörterung der methodologischen Probleme beigetragen.

positivismus. Dagegen griff die Bewegung über auf die andern kontinentalen Länder. Aus der italienischen Jurisprudenz seien etwa Degni, Donati und Coviello genannt.<sup>34)</sup>

In der Schweiz hat vor allem unser ZGB durch Art. 1, 2 und 4 in der Geschichte der Methodologie Epoche gemacht; es hat unsern Richtern eine Stellung zum Gesetze vorgezeichnet, um die sie ausländische Kollegen oft beneiden. In der Literatur ist zuerst der Lausanner Professor Roguin mit einer Schrift moderner Tendenz hervorgetreten, „La règle de droit“ betitelt; kürzlich erschien nun sein abschliessendes dreibändiges Werk „La science juridique pure“.<sup>35)</sup> Viel beachtet wurde auch, namentlich in Deutschland und Frankreich, das Buch des thomistisch gerichteten Wallisers Cathrein über „Recht, Naturrecht und positives Recht“.<sup>36)</sup> Hervorzuheben sind ferner die Rektoratsreden der Professoren Wieland in Basel und Egger in Zürich, sowie die Abhandlung von Prof. Gmür über die „Anwendung des Rechts nach Art. 1 des ZGB“, und die „Observations“ des Genfer Professors Martin.<sup>37)</sup> Endlich hat Eugen Huber auch selbst noch ausdrücklich in seinem Buch über „Recht und Rechtsverwirklichung“<sup>38)</sup> zugunsten der neuen methodologischen Grundsätze sich ausgesprochen.

## VI.

Die neue Bewegung war in erster Linie ein Protest, eine Auflehnung gegen die Einseitigkeit des Positivismus und der Begriffsjurisprudenz, die da glaubte, durch formalistische Konstruktionen in jedem Fall einen Ent-

<sup>34)</sup> Vergl. z. B. Degni, *L'interpretazione della legge* (1909) und Donati, *Il problema delle lacune* (1910).

<sup>35)</sup> Dieses streift allerdings das Problem der Auslegung nur, um es aus der „reinen Rechtswissenschaft“ auszuschneiden: t. I p. 582—594.

<sup>36)</sup> 2. Aufl. (1909).

<sup>37)</sup> Literaturangabe bereits oben zu Abschnitt IV.

<sup>38)</sup> Vergl. besonders S. 351 f., 377 f.

scheid aus dem Gesetz ableiten zu können. Nachdem man einmal die Haltlosigkeit dieser formalistischen Konstruktionen eingesehen und erkannt hatte, dass das positive Recht Lücken aufweist, wo die freie Rechtsfindung einspringen muss: da begann man das Problem tiefer zu erfassen, — man wurde gewahr, dass es sich bei aller Rechtsfindung grundsätzlich um ein praktisches Problem, um eine normative Fragestellung handelt. Die dogmatische Rechtswissenschaft hat nicht einfach theoretische Erkenntnisse zu ermitteln, sie hat nicht nur festzustellen, was positives Recht ist, sondern die Normen zu bestimmen, nach denen der Richter entscheiden soll, auch in den Fällen, in denen sich aus dem positiven Recht kein Anhaltspunkt hierfür ergibt. Dabei ist nach teleologischer Methode vorzugehen. Bei Aufstellung von Entscheidungsnormen im Lückengebiet hat man sich, wie der Gesetzgeber, zu fragen, welchen Zweck man erreichen will und welche Norm hiezu als geeignetes Mittel erscheint.

Die teleologische Methode ist aber, wie die tiefer eindringenden Vertreter der neuen Bewegung richtig erkannten, auch massgebend für die Auslegung des positiven Rechts. Der Zweck ist hier allerdings durch die positivrechtlichen Werturteile bereits festgelegt. Grundsätzlich ist indessen auch hier die Fragestellung normativ: die richtige Entscheidungsnorm ist zu suchen; nur ist in der Regel das Interesse an der Rechtssicherheit so gross und diese hängt so sehr ab von einer gleichmässigen, zuverlässigen Anwendung des positiven Rechts, dass der Richter, auch wenn er einmal eine positive Norm nicht billigt, doch an sie, an die in ihr zum Ausdruck kommenden, dem positiven Recht immanenten Werturteile sich halten wird. Doch grundsätzlich ist auch hier die Fragestellung normativ. Der Richter ist nicht Diener des Gesetzes, sondern umgekehrt das Gesetz ein Mittel in der Hand des Richters.

Damit möchte ich schliessen. Nur noch eins: Bei aller Wertschätzung einer klar bewussten Methode darf doch ohne weiteres anerkannt werden, dass eine gesunde

Intuition mehr wert ist als eine nur halbverstandene Methode. Die Persönlichkeit des Richters bürgt in höherm Grade für eine gute Rechtsprechung als seine Gelehrsamkeit.

Man hat die Rechtsanwendung darum eine Kunst genannt. Aber so wenig es der Künstler verschmäht, nicht nur sein Material, sondern auch die Technik, die kunstgerechte Verwendung seiner Werkzeuge kennen zu lernen, ebenso — meine ich — sollte der Richter bestrebt sein, neben dem Gesetzesmaterial auch die richtige Methode der Rechtsanwendung zu beherrschen.

---