

Institution und Methode

Die Revisionen der Bundesverfassung sowie von Artikel 1 und 4 ZGB, ihre Relevanz für die richterliche Rechtsfindung

Am 1. Januar 2000 jährt sich zum 125. Mal die Errichtung des Zürcher Kassationsgerichts. Dazu passt, dass am gleichen Tag zwei Revisionen in Kraft treten, die mit Grundprinzipien der richterlichen Rechtsfindung zusammenhängen. Allerdings wurde eben dieser Zusammenhang bis anhin kaum thematisiert. Gemeint sind die Totalrevision der Bundesverfassung sowie die Revision von Art. 1 und 4 ZGB. Dazu nachstehend einige Reflexionen.

1. Relevanz für die richterliche Rechtsfindung

1.1 Totalrevision der Bundesverfassung

Die Bedeutung der Verfassung beziehungsweise ihrer Totalrevision für die richterliche Rechtsfindung scheint *prima vista* auf der Hand zu liegen, beschäftigt sie sich doch verschiedentlich mit der Judikative:

- Im Kapitel über die Grundrechte¹ fordert Art. 29 der neuen Bundesverfassung (BV) den Richter auf, gleiche und gerechte Behandlung der Parteien zu gewährleisten, rechtliches Gehör zu leihen, notfalls unentgeltliche Rechtspflege anzubieten. Art. 30 BV statuiert den "Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht". Der habeas corpus-Artikel 31 BV verlangt *gerichtliche* Beurteilung des Freiheitsentzugs. Schliesslich ist die strafrechtliche Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 BV *gerichtlich* überprüfbar auszugestalten.
- Im Zusammenhang mit dem Verhältnis Bund – Kantone² soll gemäss Art. 51 BV über den Gewährleistungsvorbehalt des Bundes sichergestellt werden, dass die Kantonsverfassungen dem Bundesrecht nicht widersprechen, also die vorste-

¹ 2. Titel, 1. Kapitel BV.

² 3. Titel, 1. Kapitel BV.

hend genannten Gerichtsprinzipien nicht unterlaufen werden³. Gemäss Art. 122 und 123 BV sind "die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung" in Zivil- und Strafsachen bei den Kantonen angesiedelt.

- Der 5. Titel schliesslich über die Bundesbehörden behandelt im vertrauten Gewaltenteilungs-Dreiklang nebst der Bundesversammlung und dem Bundesrat auch das Bundesgericht⁴.

Stellung und Funktion des Gerichts im Kontext der Gesellschaftsstruktur insgesamt (Grundrechte), des Föderativstaats im besonderen (Bund – Kantone) sowie der Gewaltenteilung auf Ebene Bund (Legislative – Exekutive – Judikative) werden also durchaus thematisiert. Entsprechend kamen diese Themen denn auch im Rahmen der breiten Vernehmlassung⁵, der bundesrätlichen Botschaft⁶, der Parlamentsdebatte und der Abstimmung vom 18. April 1999 ausgiebig zur Sprache.

Wenig beachtet wurde und wird jedoch, wie sich all dies auf die richterliche Rechtsfindung als solche, auf den Vorgang des Umsetzens von Normen in Einzelurteile auswirken soll; und dies speziell im gesamtgesellschaftlichen Kontext. Konkret:

- Während das zweite Kapitel des 5. Titels BV ausführliche Bestimmungen über Organisation, Verfahren und Zuständigkeiten der Bundesversammlung enthält⁷, der Umsetzung von der demokratischen Basis in generell-abstrakte Normen also grosses Gewicht beimisst, scheint ihn die Umsetzung der solchermassen geschaffenen Normen in individuell-konkrete Urteile wenig zu interessieren: Die entsprechenden Themen werden allesamt auf Gesetzesstufe hinunterdelegiert⁸.
- Der Vorgang der richterlichen Rechtsfindung, gleichsam seine innere Anatomie, wird konventionellerweise als Thema der Methodenlehre und dabei oft bloss im

³ Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl. 149, 1997, 1 ff., 218 unter Hinweis darauf, dass die Kantone den Grundsatz der Gewaltenteilung zu beachten haben; vgl. dazu auch unten Ziff. 3.3. Dazu auch Art. 35 BV im Sinn einer "programmatischen Normschicht", KOLLER, Der Einleitungsartikel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, AJP 1999, 656 ff., 663.

⁴ Art. 188 ff. BV.

⁵ Botschaft (FN 3), 69 ff.

⁶ Botschaft (FN 3), insbesondere im Zusammenhang mit dem Reformbereich Justiz, 487 ff.

⁷ Art. 148 ff. BV.

⁸ Art. 188 Abs. 2 BV. Die gesetzlichen Regelungen hiezu sind zwar ihrerseits ausführlich (so namentlich im Bundesgesetz über die politischen Rechte, SR 161.1; im Geschäftsverkehrsgesetz, SR 171.11, im Publikationsgesetz, SR 170.512). Dennoch liegt ein qualitativer Unterschied namentlich darin, dass eben der *Gesetzgeber* genauer definieren soll, wie der Richter *mit ihm selbst* beziehungsweise mit seinem "Produkt" umzugehen habe.

Sinn einer subsumtionstechnischen Heuristik behandelt⁹. Die Bundesverfassung schweigt sich hierüber aus. Dies müsste nicht so sein. Bekanntes Gegenbeispiel ist die deutsche Rechtsordnung, welche auf Verfassungsebene den Richter auf "Gesetz und Recht" verweist¹⁰.

- Immerhin sind einige Formulierungen in der neuen Bundesverfassung festzustellen, welche die richterliche Rechtsfindung als solche berühren; bezeichnenderweise nicht im Bereich der Behördenkompetenz, sondern der Grundrechte¹¹: Gemäss Art. 8 Abs. 1 BV¹² sind "alle Menschen vor dem Gesetz gleich". Dies tangiert die richterliche Rechtsfindung in zweierlei Hinsicht: Zum einen soll der Richter das Gesetz "gleich", will sagen willkürfrei, *anwenden*. Zum anderen muss auch das Gesetz als solches dem materiellen Gebot der Gleichheit entsprechen. Adressat der Norm ist also nicht nur der *Gesetzesanwender*, sondern ebenso der *Gesetzgeber*¹³. Bezogen auf die richterliche Rechtsfindung bedeutet dies, dass er einem "ungleichen" Gesetz die Gefolgschaft versagen muss¹⁴.
- Desgleichen enthält der bereits erwähnte Art. 30 BV Relevantes für die richterliche Rechtsfindung: Streitigkeiten sind durch unabhängige und unparteiische Gerichte zu beurteilen. Diese Bestimmung will nicht nur Ausnahmegerichte ausschliessen¹⁵, sondern spezifisch die *gerichtliche* Beurteilung statuieren; also die vom *Mechanismus* beziehungsweise vom *Rechtsfindungsvorgang* her korrekte Umsetzung von Normen in Einzelurteile¹⁶. Die "Unabhängigkeit" des Richters bedeutet mithin mehr als bloss, dass er seine Zuständigkeit auf ein generell abstraktes Gesetz stützen, sondern ebenso, dass er auch gedanklich unabhängig sein muss. Auch *insofern* handelt es sich um eine Konkretisierung des Gewaltenteilungsprinzips¹⁷.

⁹ Auch wenn dabei mehr und mehr die Einordnung im Kontext der Gewaltenteilung artikuliert wird; und zwar auch im Rahmen rein praktischer Rechtsfindungsempfehlungen, vgl. zum Beispiel HÖHN, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993, 240.

¹⁰ Art. 20 Abs.3 Grundgesetz; vgl. weitere Hinweise bei ZK-DÜRR, Vorbem. Art. 1 und 4 ZGB, N 265.

¹¹ *Bezeichnenderweise* deshalb, weil Grundrechte typischerweise Bezug nehmen zu Normen ausserhalb der positiven Rechtsordnung; dazu auch unten Ziff. 2.1.

¹² Entspricht passagenweise dem bisherigen Art. 4 aBV.

¹³ Botschaft (FN 3), 142 oben.

¹⁴ Allerdings wird dies auf Bundesebene durchkreuzt durch Art. 191 BV, entsprechend dem bisherigen Art. 113 Abs. 3 aBV. Das Anwendungsgebiet beschränkt sich also auf kantonale Gesetze im Rahmen der Anfechtung mittels staatsrechtlicher Beschwerde (was im Rahmen des separaten Reformvorhabens Justiz hinwiederum zur Revision ansteht, Botschaft (FN 3) 487 ff., 640 ff.).

¹⁵ Dies zwar auch; entsprechend dem bisher hiefür einschlägigen Art. 58 aBV; vgl. Botschaft (FN 3) 183.

¹⁶ Botschaft (FN 3) 183 unter Hinweis insbesondere auch auf Art. 6 Ziff.1 EMRK.

¹⁷ Botschaft (FN 3) 183 unter Hinweis darauf, dass dies im Rahmen der neuen Verfassung bloss dort gilt, wo (u.a. auch gemäss EMRK) ein *Anspruch* auf gerichtliche Beurteilung besteht. Demgegenüber geht

Was der Richter "im Detail" tut, hat also durchaus Verfassungsrang. Es laufen bei ihm Gesichtspunkte der Grundrechte (unabhängige Beurteilung) sowie der Gewaltenteilung (richterliche *Beurteilung* statt exekutive oder legislative Willkür) zusammen. Doch die in der juristischen Methodenlehre so zentrale Frage nach dem Ausmass der richterlichen Bindung an das Gesetz beziehungsweise nach seiner Unabhängigkeit vom Gesetz wird nicht releviert – vielleicht deshalb nicht, weil sie auf Verfassungsebene zur Gretchenfrage werden könnte: Wie hältst Du es mit der institutionellen Rechtsordnung?

1.2 Relevanz von Art. 1 und 4 ZGB¹⁸

Die Revision des Scheidungsrechts wird zum Anlass genommen, gleichsam nebenbei einige veraltete Gesetzesformulierungen an den heutigen Sprachgebrauch anzupassen. Hierzu gehört auch die geschlechtsneutrale Umformulierung des Begriffs "der Richter" in "das Gericht" bei zahlreichen Bestimmungen des ZGB; und dabei namentlich auch bei Art. 1 und 4 ZGB¹⁹. Dazu ist folgendes zu bemerken:

- Es ist wohl sinnvoll, das Postulat der geschlechtsneutralen Terminologie in die kurze Formulierung "das Gericht" umzusetzen; namentlich bei all jenen zahlreichen Bestimmungen, bei welchen es darum geht, dass der Richter überhaupt Entscheidungskompetenz haben soll²⁰. Hier wäre etwa die Formulierung "die Richterin oder der Richter" zu umständlich.
- Anders jedoch bei Art. 1 und 4 ZGB. Diese Bestimmungen beschlagen gerade *nicht* die Zuständigkeit des Richters²¹. Vielmehr geht es um die *Art und Weise, wie* der Richter Recht findet. Es geht um jenen bekannten Rechtsfindungskanon, bei dem letztlich die Person des Richters im Zentrum steht; so jedenfalls nach zeitgemäsem Verständnis. Die heutige Methodenlehre und die eng damit verwobene Rechtstheorie²² erhellen nicht bloss die Bedeutung der Person des Richters mit seinem Umfeld, seinem Geschlecht, seinem sprachlichen und sons-

Art. 25 a nBV gemäss dem Reformvorhaben Justiz, Botschaft S. 640, insofern weiter, als es generell bei "Rechtsstreitigkeiten" eine Rechtsweggarantie vorsieht, und zwar im Sinn einer *richterliche* Beurteilung.

¹⁸ Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998, AS 10, 1998, 1118 ff., insbesondere Art. 8.

¹⁹ Botschaft des Bundesrats vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 148, 1996, 1 ff., v.a.

²⁰ Statt vieler aus verschiedenen Rechtsgebieten z.B Art. 28, 166, 598, 651 ZGB.

²¹ ZK-DÜRR, Vorbem. Art. 1 und 4 ZGB, N 84 ff., mit weiteren Hinweisen.

²² Namentlich basierend auf ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2.A., Frankfurt am Main 1972; seinerseits Bezug nehmend speziell auf GADAMER, Wahrheit und Methode, (gesammelte Werke, Tübingen 1990); weitere Hinweise bei ZK-DÜRR, Vorbem. zu Art. 1 und 4 ZGB, N 159 ff.

tigen Vorverständnis, sondern sie postulieren das entsprechende Bewusstsein: Der hermeneutische Zirkel ist nicht bloss anerkannt, er ist auch kein vitioser mehr²³.

Hinzu kommt, dass Art. 1 Abs. 3 ZGB geradezu pionierhaft schon 1907 das damals noch wenig etablierte Vorverständnis positiviert hat²⁴.

- Nicht zuletzt auch das Geschlecht des Richters beziehungsweise der Richterin wird heute mehr und mehr als relevantes Moment der Rechtsfindung anerkannt. Hier genügen Hinweise auf die Stichwörter Rechtspsychologie²⁵ und Gender-Studies²⁶.

Jedenfalls erstaunt es, dass das Bestreben nach einer geschlechtsneutralen Formulierung gerade hier zu einer geschlechtslosen Variante geführt hat - sei's drum! Jedenfalls scheint der Gesetzgeber auch bei dieser Revision für die Funktion des Richters "en detail" wenig Interesse zu zeigen.

2. Zwei unterschiedliche Arten der Rechtsstruktur

2.1 Separierung zwischen Institution und Methode

Die vorstehenden Feststellungen im Zusammenhang mit den beiden Revisionen per 1. Januar 2000 lassen zwei verschiedene Rechtsaspekte erkennen; einerseits das *Institutionelle* im Bereich des positiven Verfassungsrechts beziehungsweise der privatrechtlichen "Verfassung" der Art. 1 und 4 ZGB, andererseits das *Methodische* im Bereich der Detailanatomie der richterlichen Rechtsfindung. Die gegenseitige Beziehung dieser beiden Bereiche erweist sich als dilemmatisch:

- Aus der Sicht der Institution ist zwar klar, dass es das Gericht braucht. Dieses gehört zur Errungenschaft zeitgemässer Rechtsinstitutionen; und zwar durchaus wegen der spezifischen Funktion des richterlichen Urteilens. Es soll bewusst nicht ausreichen, dass die Gesetzgebungsinstitution aufgerufen ist, bei ihren "Produkten" im generell-abstrakten zu bleiben; vielmehr soll zusätzlich die Umsetzung solcher Vorgaben ins individuell-konkrete nicht einem reinen Ausfüh-

²³ So explizit HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, unveränderter Nachdruck 1993, 153, auf den sich diesbezüglich namentlich ESSER und GADAMER (FN 22) beziehen.

²⁴ ZK-DÜRR, N 533 ff. zu Art. 1 ZGB mit weiteren Hinweisen.

²⁵ Ein breiter Überblick etwa bei JAKOB / USTERI / WEIMAR (Hrsg.), *Psyche-Recht-Gesellschaft*, Bern und München 1995.

²⁶ Statt vieler HANSEN/NOWOTNY (Hrsg.), *Wie männlich ist die Wissenschaft?* Frankfurt am Main 1989; speziell daselbst LIMBACH, 87 ff.

rer²⁷ überantwortet werden, sondern spezifisch noch den "Filter" des *richterlichen* "Urteilens" durchlaufen. Doch wird in das institutionelle System nicht wirklich internalisiert, dass diese Funktionen spezifisch von *Richtermenschen* erbracht wird. Diese Menschen sind nicht Teil des Systems; sie nehmen bloss Systemfunktion wahr.

- Aus der Sicht des Richters wiederum steht dessen eigene institutionelle Funktion zunächst nicht im Vordergrund. Er befasst sich prioritär mit dem Sachverhalt und dem einschlägigen Gesetz. Sein Bezug zur weiteren Rechtsordnung wird ihm allenfalls dort bewusst, wo er beim bekannten Hin- und Herwandern seines Blicks zwischen Sachverhalt und Gesetz auf Unklarheiten oder Ungereimtheiten des letzteren stösst. Erst jetzt – bei der Frage, wie weit er dem Gesetz beziehungsweise dessen Wortlaut folgen *muss*²⁸ -- wird ihm bewusst, dass er im Kontext der verfassungsmässigen Institutionen eine Rolle spielt, die er nun eben spielen muss oder allenfalls ablegen darf.

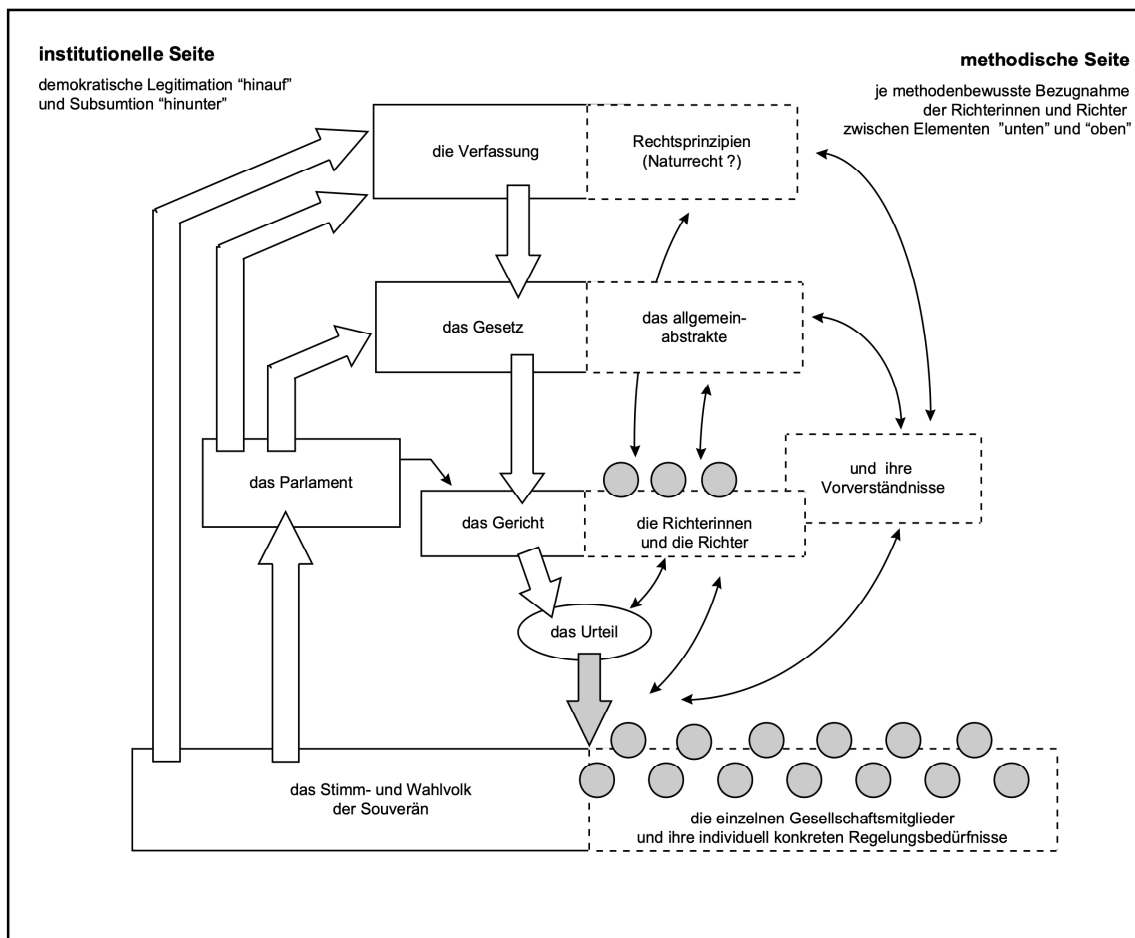
Zwei unterschiedliche Betrachtungsweisen also, die aneinander vorbeizuzielen scheinen.

2.2 Gemeinsamkeiten von Institution und Methode

Näheres Hinsehen zeigt aber auch Gemeinsamkeiten beziehungsweise Parallelen; dies erhellt aus der nachstehenden Grafik.

²⁷ Sei es der seit der Distanzierung vom Gesetzespositivismus beargwöhnte "Subsumtionsautomat", sei es jene Gemeinwesensfunktion, die üblicherweise als zweite Gewalt Exekutive genannt wird. Letztere ist natürlich nach wie vor etabliert, doch unterstehen deren Handlungen grösstenteils ihrerseits der richterlichen Kontrolle.

²⁸ Dazu statt vieler KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern München 1998, 214 ff.; HÖHN (FN 9), 311 ff.; ZK-DÜRR, Vorbem. zu Art. 1 und 4 ZGB, N 47 ff., 213 ff., Art. 1 N 358 ff.



Die institutionelle Seite bildet gleichsam das Äussere, die methodische Seite das Innere. Die vier institutionellen Ebenen Verfassung, Gesetz, Gericht und Stimmvolk haben je ihr inneres Korrelat: Allgemeine Rechtsprinzipien, allgemein-abstraktes, die einzelnen Richtermenschen und die einzelnen Gesellschaftsmitglieder mit ihren Regulationsbedürfnissen. Erst im Urteil fallen die beiden Seiten zusammen²⁹.

Die Wirkungsstruktur im Institutionellen ist klar und geradlinig: Demokratische Legitimation "hinauf", Auswirkung gemäss Delegationsordnung "hinunter"³⁰. Auf der methodischen Seite geht es um ein differenziertes Geflecht von Bezugnahmen der Richter zu verschiedensten Rechtsfindungselementen, zu generell abstrakten Aspekten, zu individuell konkreten, aber auch zum Bewusstsein um das eigene Vorverständnis. Diesem hermeneutische Zirkel fehlt begriffsnotwendig der Fix-

²⁹ Je nach Betrachtungsweise lässt sich die hier abgehandelte Separierung in Institution und Methode selbst beim ausgefallten Urteil feststellen: Einerseits das institutionelle Faktum des mit staatlicher Hilfe durchsetzbaren Urteils, andererseits der Urteil-Fäll-Vorgang, der seine sehr spezifische psychologische Gesetzmässigkeit aufweist, vgl. WEIMAR, Psychologische Dimensionen juristischen Subsumierens, in Psyche-Recht-Gesellschaft (FN 25), 169 ff.

³⁰ Auch hier bestehen de facto natürlich weitergehende Differenzierungen, welche namentlich die Abgrenzung gegenüber der methodischen Seite fließend erscheinen lassen; dazu unten Ziff. 3.2.

punkt. Jeder Teil des ganzen Geflechts versteht sich einzig in seiner Relation zu den anderen Teilen³¹. Soweit stabilisierende Fixpunkte auf pragmatischer Ebene aufscheinen, stammen sie wiederum von der institutionellen Seite; namentlich daher, dass die betreffenden Gremien, das Parlament und die Richter, als solche bestellt und "im Amt" sind³².

3. Kontingenz von Institution und Methode

3.1 Rollenspiel und Rollenernst des Richters

Kontingenz zwischen Institution und methodisch bewusster richterlicher Rechtsfindung lässt sich nicht dadurch erreichen, dass sich der Richter in eine abstrakte Institution denaturiert; natürlich noch viel weniger dadurch, dass er sich vom institutionellen Kontext loslöst³³. Vielmehr geht es darum, dass er sich seiner *Rolle* im faktisch bestehenden Rechtssystem bewusst ist³⁴. Dies ist letztlich nichts anderes, als was das Wesen de "hermeneutischen Zirkels" ausmacht³⁵.

Zu eben diesem Rollenspiel gehört es, dass der Richter die Gesetze anwendet; dass er sie – im kontinentaleuropäischen Kodexsystem – als prioritäre Norm befolgt³⁶. Eben dies ergibt sich wiederum aus dem hermeneutischen Methodenbewusstsein; konkret daraus, dass der Richter bei der Beurteilung eines Falls als starkes Rechtsfindungselement das Gesetz vorfindet, welches – eingebettet in eine aufwendige Rechtsstruktur – "Geltung" beansprucht.

Das Rollenspiel wird gleichsam zum Rollenernst, wo das Geltung beanspruchende Gesetz in Widerspruch zu dem steht, was der Richter unter Einbezug sämtlicher Rechtsfindungselemente – einschliesslich wiederum das (unbefriedigende) Gesetz selbst – entscheiden würde. Hier wird der Richter – nimmt er seine Rolle ernst – gegen das Gesetz entscheiden³⁷.

³¹ ESSER (FN 22), 136 ff.

³² Siehe oben bei FN 16 und 17 unter Hinweis auf das verfassungsmässige Gewicht der auf ein generell-abstraktes Gesetz abgestützten Richterzuständigkeit.

³³ Zur sogenannten Freirechtsbewegung, vgl. KRAMER (FN 28) 214; ZK-DÜRR, Vorbem. zu Art. 1 und 4 ZGB, N 68, 148 ff, Art. 1 ZGB, N 503 f.

³⁴ Prägnant diesbezüglich LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt am Main, 3.A. 1983, 82 ff.

³⁵ ESSER a.a.O. (FN 31); ZK-DÜRR, Vorbem. zu Art. 1 und 4 ZGB, N 159 ff., 217 f.

³⁶ Auf Bundesebene namentlich gestützt auf Abs. 148 Abs. 1 BV, wonach die Bundesversammlung die *oberste* Gewalt im Bund ausübt; im Gegensatz zum Common Law-System, vgl. Hinweise bei ZK-DÜRR, Vorbem. zu Art. 1 und 4 ZGB, N. 266 ff.

³⁷ Wo die Reizschwelle vom Rollenspiel zum Rollenernst liegt, kann hier nicht breiter erörtert werden. Das weite Feld der Radbruch'schen Formel lässt grüssen.

Er spielt dann nicht mehr die Rolle eines Mitglieds der Institution Gericht, sondern jene der Person, welche als Person urteilt. Vielleicht lässt sich hier gar nicht mehr von einer Rolle sprechen³⁸.

3.2 Die Rolle des Gesetzgebers

Damit relativiert sich die traditionelle Vorrangstellung des Gesetzgebers. Dazu hier noch kurz die folgenden Schlaglichter:

Die Funktion des Parlaments, materielle Entscheidungen zu treffen, also nicht etwas Vorgegebenes anzuwenden, ist seinerseits Rollenspiel im Rahmen des institutionellen Systems. Näheres Hinsehen zeigt, dass auch hier Entscheidungsmechanismen zum Tragen kommen, die stark von methodologischen Aspekten beeinflusst sind. "Gute" Gesetzgebung ist nicht nur sprachlich und systematisch sauberes Formulieren von politisch entschiedenen Inhalten. Vielmehr greifen sprachliches System und inhaltliche "Richtigkeit" ineinander über³⁹. Eben damit hängt zusammen, dass der Gesetzgeber sehr oft (immer?) nicht neu entscheidet, was der Richter nachher anzuwenden hat, sondern dass er die Gerichtspraxis nachvollzieht. Hievon zeugt gerade die Totalrevision der Bundesverfassung sehr eindrücklich. Etwas anderes als das von der Praxis Entwickelte nachzuvollziehen, *konnte* der Gesetzgeber gar nicht⁴⁰. Mit anderen Worten: Gleich wie der Richter das vom Gesetzgeber Vorgegebene ins Individuell-konkrete umsetzt, so extrapoliert der Gesetzgeber das von der Gerichtspraxis Geschaffene ins Generell-abstrakte⁴¹.

3.3 Institutionelle und methodische Gewaltenteilung

Das Dilemmatische zwischen Institution und Methode beschlägt also nicht bloss das Verhältnis zur methodologisch bewussten richterlichen Rechtsfindung. Viel-

³⁸ Dort, wo nur noch der eigenverantwortliche Gedanke im Raum steht, bildet sich letztlich "Subjektivität pur". So etwa Betrachtungsweisen der neuen Linguistik, statt vieler BUSSE, Juristische Semantik, Berlin 1993, 293, 298, BETTI, Die Problematik der Auslegung in der Rechtswissenschaft, Festschrift ENGISCH, Frankfurt am Main 1969, 205 ff., 206 f.

³⁹ NOLL, Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1973, v.a. 103 ff; RHINOW, Rechtssetzung und Methodik, Basel und Stuttgart 1979, v.a. 124 ff.; BAUMANN, Recht - Sprache - Medien oder die Notwendigkeit der interdisziplinären Öffnung der Rechtswissenschaft, in Gesetzgebung heute, Bern 1996, 11 ff.; BRÜHLMEIER, System und Gerechtigkeit, in Die Zukunft des Rechts, Forschungsgespräch St. Gallen, Basel 1999, 57 ff., v.a. 66 f.

⁴⁰ Botschaft (FN 3) 36 ff.

⁴¹ Das wohl prominenteste Beispiel dieses Phänomens stellen die nationalstaatlichen Kodices des 19. und frühen 20. Jahrhunderts dar, welche letztlich nichts anderes taten, als das durch Gerichtsgebrauch entwickelte Gemeine Recht "nachzukodifizieren", dazu statt vieler COING / WILHELM (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band I bis IV, Frankfurt am Main 1974, 1976, 1977 und 1979.

mehr empfiehlt es sich, das Institutionelle und das Methodische als zwei Ebenen quer durch das ganze Spektrum der Gesellschaftsgewalten zu verstehen. Also gleich, wie es auf der institutionellen Ebene einerseits das Parlament als Gesetzgeber und andererseits das Gericht als Judikative gibt, lassen sich auf der Ebene des Kommunikationsgeflechts der in solchen Funktionen wirkenden Menschen methodische Mechanismen freilegen, welche einerseits mit generell-abstrakten Bezugnahmen und andererseits mit individuell-konkreten Umsetzungsfunktionen betraut sind.

Konsequenterweise fungiert der Gesetzgeber auf dieser methodischen Ebene nicht als prioritäre Institution mit Befehlsgewalt, sondern als reflektierender Körper mit Normumsetzungsauftrag. Und der Richter figuriert nicht als Befehls-empfänger des Gesetzgebers, sondern als gleichrangiger Mitreflektierender, allerdings mit der Spezialzuständigkeit für das individuell-konkrete Umsetzen. Es stehen sich zwei Gruppen von Menschen gleichrangig in konstruktivem Dialog gegenüber. Ob und wieviele Mitglieder der "Legislativ-Gruppe" hiezu bereit sind, mag hier offen bleiben. Jedenfalls spricht nichts dagegen, dass die "Judikativ-Gruppe" – und mit ihr unsere Jubilarin -- diese ihre gleichrangige Position schon einmal einnimmt.