

Anwendung und Auslegung des Verwaltungsrechts

Andreas Kley, Dr. rer. publ. und Rechtsanwalt, Professor für Staatsrecht an der Universität Bern

I. Ausgang jeder Rechtsanwendung: Gesetzsmässigkeitsprinzip

Die Bundesverfassung erklärt in Art. 5 Abs. 1 das Recht als Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns. Mit dieser Bestimmung hat der schweizerische Verfassungsgeber ein zentrales rechtsstaatliches Postulat formell anerkannt. Rechtssätze sind Massstäbe, welche in der konkreten Rechtsanwendung zu beachten sind. Die Vorteile des Gesetzsmässigkeitsprinzips beschrieb 1324 MARSILIUS VON PADUA im «Defensor Fidae» wie folgt:¹

«Es ist notwendig, im Staate etwas festzusetzen, ohne das gerichtliche Urteile auf keinen Fall richtig gefällt werden können, durch das sie rechtmässig gefällt und vor Mängeln, soweit es menschenmöglich ist, bewahrt werden (Obersatz). Nun ist das Gesetz von dieser Art; denn der Herrscher ist verpflichtet, nach dem Gesetz die Urteile zu fällen (Untersatz). Also ist es notwendig, im Staat das Gesetz zu schaffen (Schlussatz). Der Obersatz dieses Beweises ist fast selbstverständlich und steht dem Unbeweisbaren sehr nahe. Der Untersatz wird deutlich werden aus folgendem: Zur Vollkommenheit eines Urteils wird die richtige innere Einstellung der Richter und volle Kenntnis der Dinge, über die ein Urteil gefällt werden soll, erfordert; deren Gegenteil verdirbt die gerichtlichen Urteile. Denn eine verkehrte innere Einstellung des Richters, z. B. die des Hasses oder der Liebe oder der Habgier, führt das Streben des Urteilenden irre. Dies wird von dem Urteil ferngehalten, und es wird davor bewahrt, wenn der Richter oder Herrscher verpflichtet ist, nach den Gesetzen die Urteile zu fällen; denn das Gesetz ist von jeder verkehrten Einstellung frei; es ist ja nicht geschaffen für einen Freund oder einen Feind, für einen Menschen, der nützt oder schadet, sondern ganz allgemein für jemand, der im bürgerlichen Leben gut oder schlecht handelt. Denn alles andere bleibt für das Gesetz unwesentlich und liegt ausserhalb des Gesetzes, es liegt aber nicht so ausserhalb des Richters. Denn die vor Gericht gestellten Personen können für den Urteilenden Freund oder Feind sein, nützlich oder schädlich durch Schenken oder Versprechen; das gilt auch für ihre sonstigen Absichten: sie können im Richter eine Einstellung verursachen, die sein Urteil irreführt. Deshalb darf nach Möglichkeit kein Urteil dem Ermessen des Urteilenden anvertraut, sondern muss durch Gesetz bestimmt und in gesetzlicher Form verkündet werden.»

Die Gesetzesbindung will – das macht MARSILIUS besonders deutlich – Gerechtigkeit, Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und die Umsetzung des Demokratieprinzips herstellen.² Es fragt sich allerdings, wie diese Zwecke der Gesetzesbindung umgesetzt werden können.

Das Demokratieprinzip wird in der Rechtsanwendung insofern verwirklicht, als Entscheide und Urteile sich möglichst an den in einem demokratischen Verfahren beschlossenen Gesetzen zu orientieren haben. Diese Abstützung am Gesetz ist erschwert, da Gesetze immer mehr oder weniger bestimmt sind und stets ausgelegt werden müssen. Die Auslegung möchte eine «Anbindung» der Rechtsanwendungsakte an das demokratische Gesetz sicherstellen. OTTO BÄHR hat 1864 für das Verwaltungsrecht gefordert, dass der Vorgang der Auslegung in einem förmlichen Verfahren stattfindet und spezialisierten Instanzen zugewiesen wird: Er wollte Verwaltungsgerichte einrichten und mit dieser Instanz zugleich Verwaltung und König an das demokratische Gesetz «anbinden»;³

«Damit der «Rechtsstaat» zur Wahrheit werde, genügt es nicht, dass das öffentliche Recht durch Gesetze bestimmt sei, sondern es muss auch eine Rechtsprechung geben, welche das Recht für den konkreten Fall feststellt und damit für dessen Wiederherstellung, wo es verletzt ist, eine unzweifelhafte Grundlage schafft. Durch eine solche tätige Vermittlung des Rechts zwischen den im Staatsleben sich bewegenden Gegensätzen würden diese wesentlich an Schärfe verlieren, und es würde einer ruhigen, gleichmässigen Fortentwicklung der Verhältnisse in weit höherem Masse der Weg gebahnt sein.»

Es muss an dieser Stelle nicht eigens hervorgehoben werden, dass bei dieser tätigen Vermittlung des Rechts die Rechtsanwälte heute eine bedeutende Rolle spielen. Die Entwicklung des Verwaltungsrechts war in der Tat auf die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit angewiesen. In Deutschland setzte diese Entwicklung bereits kurz nach den Schriften von BÄHR und GNEIST⁴ ein. Die Schweizer Kantone wurden erst durch Art. 98 a OG⁵ im Jahr 1992 dazu verpflichtet. Die z. T. fehlende kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit hat wesentlich dazu beigetragen, dass sich das kantonale Verwaltungsrecht nur unvollständig und sehr lückenhaft als Rechtsdisziplin entwickeln konnte.

Die Anwendung und Auslegung des Verwaltungsrechts erfolgt mittels zweier wichtiger Leitplanken: Zum einen stellen die Auslegungselemente der juristischen Methodenlehre die Anbindung an das Gesetz sicher (im Folgenden II.), zum andern sorgt die Rechtsgleichheit dafür, dass die einmal entwickelte Gesetzesauslegung und -praxis rechtsbeständig bleibt (im Folgenden III). Schliesslich sind die gefundenen Ergebnisse vor dem Hintergrund moderner Methodenlehren zu bewerten (IV.)

II. Problem der Gesetzesauslegung

1. Auslegungsbedürftigkeit allen Rechts

Sämtliche Rechtssätze in der Verfassung, den formellen Gesetzen und den Verordnungen müssen *ausgelegt* werden. Der Moment der Auslegung ist für die Verwirklichung des Rechts von grösster Bedeutung: Die generell-abstrakten Rechtssätze werden gewissermassen in individuell-konkrete Rechtsanwendungsakte überführt.

Der klassische Rechtssatz ist regelmässig konditional, d. h. als «Wenn-Dann-Satz» zusammengesetzt: Der Tatbestand T zieht die Rechtsfolge R nach sich. Die konsequente Rechtsfolge wird in folgenden drei Schritten von Obersatz, Untersatz und Schlussatz bestimmt:

1. Rechtsnorm: Tatbestand R ⇒ Rechtsfolge R
2. Vergleich: Tatbestand T = Sachverhalt S? Falls ja:
3. Folgerung: Sachverhalt S ⇒ Rechtsfolge R.

In diesem Zusammenhang spricht die Lehre vom *Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung* (von griech. *syllogismos*, «Zusammenrechnen»). Er bedeutet den logischen Schluss vom Allgemeinen (dem Gesetz) auf das Besondere (die Rechtsanwendung mit der Verfügung). Man schliesst mit andern Worten von der generell-abstrakten Norm auf den konkreten Tatbestand. Die Anwendung der verwaltungsrechtlichen Rechtsnorm auf diesen konkreten Tatbestand führt zu einer individuell-konkreten Verfügung, die nur für bestimmte Personen gilt. Im Verwaltungsrecht gilt das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Dieses verpflichtet die Behörden⁶, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den sie als den zutreffenden ansehen, und ihm auch diejenige Auslegung zu geben, von der sie überzeugt sind.⁷

Das grosse Problem der Auslegung ist freilich: Wann lässt sich der Tatbestand der Rechtsnorm mit dem Sachverhalt gleichsetzen, so dass ihm die Rechtsfolge R angefügt werden kann? Gibt es bestimmte Kriterien, welche die Identifikation von Sachverhalt und Tatbestand erleichtern? Tatsächlich gibt es bestimmte Argumentationslinien, welche von der *juristischen Methodenlehre* entwickelt wurden. Sie kennt Auslegungsmethoden oder -elemente, welche die Anbindung der Verfügungen und der Urteile an das Gesetz sicherstellen sollen. Diese werden in den folgenden Ziff. 2–7 vorgestellt.⁸

2. Grammatikalische Auslegung

Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortbedeutung, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Massgebliches Element der grammatikalischen Auslegung ist der Gesetzestext; man fragt nach dem Sinn des Wortlautes in der verwendeten Sprache etwa in folgender Weise: Welcher (Sonder-)Sprache (Alltag, Handel, Technik usw.) ist der Wortlaut entnommen? Was bedeutet er in jener Sprache? In welchem sachlichen Zusammenhang wird der Wortlaut verwendet?

In der Schweiz spielt der *mehrsprachige Wortlaut* eine besondere Rolle. Im Bund erscheinen die Erlasse in den drei Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch. Alle drei Amtssprachen sind gleichwertig; es gibt keinen Urtext, der irgendeinen Vorrang beanspruchen könnte. Der fremdsprachige Wortlaut ein und derselben Norm kann wichtige Hinweise zur grammatikalischen Auslegung liefern. Allerdings können textliche Unterschiede zwischen den drei Amtssprachen Schwierigkeiten nach sich ziehen. Es ist wichtig, dass die in drei Sprachen abgefassten Rechtsnormen nur einen einzigen Sinn haben, ansonsten kann die grammatikalische Auslegung nicht spielen.

Das Gesagte veranschaulicht ein Fall, in dem es um die Rückführung von drei entführten Tessiner Zeugen Jehovas ging. Diese hatten sich in der Türkei auf die Suche nach der Arche Noah gemacht. Noch bevor sie diese entdeckt hatten, wurden sie von der Kurdischen Arbeiterpartei (PKK) entführt und als Geiseln genommen. Der Bund konnte nach einer Intervention in der

Türkei ihre Befreiung herbeiführen. Die in dieser Befreiungsaktion aufgelaufenen Kosten wollten die drei Bibelforscher nicht übernehmen, da sie die Geiselnbefreiung nicht «bestellt» hätten. Vielmehr sei die Schweiz ja von sich aus tätig geworden. Sie stützten sich dabei auf die romanischen Sprachfassungen, die von einem Begehren oder einer Bestellung (*richiede* bzw. *demande*) sprachen, währenddem die deutsche Fassung den weiteren Ausdruck «veranlasst» benutzte. Die grammatikalische Auslegung ergab damit keinen eindeutigen Normsinn. Das Bundesgericht erklärte die zahlungsunwilligen Bibelforscher für gebührenpflichtig und stützte sich dabei auf die teleologische und systematische Auslegung ab.⁹

In der Lehre wird immer wieder der Versuch unternommen, die grammatikalische Methode als einzige zuverlässige und sichere Methode darzustellen. Zum Teil wurden die Akzente etwas anders gesetzt und eine semantische Auslegungsmethode¹⁰ erfunden. Diese kann ihrem Anspruch schon deshalb nicht gerecht werden, weil der Wortlaut einer Gesetzesstelle nicht etwas objektiv Feststehendes ist, sondern für jeden anders «lautet».

3. Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung knüpft an die Stellung einer Vorschrift innerhalb eines Kontextes (Verfassung, Gesetz, Verordnung, Vertrag) an. Dabei geben insbesondere Titel, Untertitel und Marginalien wichtige Hinweise für die systematische Auslegung. Denn es macht einen grossen Unterschied, ob eine Norm «nur» den Zweckartikel oder das Kernstück der materiellen Ordnung darstellt.

Es ist für die systematische Auslegung wichtig, dass eine bestimmte Auslegung einer Rechtsnorm mit den andern Vorschriften des betreffenden Gesetzes und den Rechtsnormen des betreffenden Gebiets überhaupt harmonisch ist. Die Rechtsordnung beruht auf ihrer Einheit; eine widersprüchliche Auslegung stünde diesem Postulat entgegen.

4. Objektiv und subjektiv historische Auslegung

Die historische Auslegung stellt auf den Normsinn ab, der zur Zeit ihrer Entstehung als der zutreffende angesehen wurde. Eine Norm gilt so, wie sie der Gesetzgeber ursprünglich verstanden wissen wollte. Bei der *subjektiv-historischen Interpretation* ist der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers massgebend; d. h. es ist auf die Meinungen abzustellen, die in den konkreten Parlamentsdebatten zu diesem Gesetz abgegeben worden sind. Dabei wäre es nicht zulässig, Parlamentarier, die an der Ausarbeitung einer (Verfassungs-)bestimmung beteiligt waren, als Zeugen vorzuladen, um eine möglichst wahrheitsgetreue entstehungszeitliche Interpretation zu ermöglichen.¹¹ Diese würden gewissermassen zum Mund des Gesetzes,¹² welche nachgerade «authentisch» interpretieren. Eine derartige Zeugenbefragung

wäre mit der Gewaltenteilung nicht zu vereinbaren. Die legislative Körperschaft könnte direkt Einfluss auf hängige Prozesse und die Rechtsprechung nehmen.

Bei einer historischen Auslegung muss die konkrete Auseinandersetzung mit den Verfassungs- bzw. Gesetzgebungsmaterialien hinzutreten. Dazu gehören Berichte und Anträge der Regierung sowie die Beratungen im Parlament gemäss den Protokollen. Wird dies im Auslegungsvorgang nicht geprüft, so handelt es sich eher um Mutmassungen, als um eine effektiv historische Auslegung. Das Bundesgericht hatte in seinem «Willkürteil»¹³ hohe Anforderungen an die Materialien gestellt und eine entsprechende und unbestritten gebliebene Äusserung des Berichterstatters der vorberatenden Kommission als ungenügend angesehen. Es ist allerdings unklar, ob damit neu ein höherer Standard bei den Materialien durchgesetzt werden soll.

Demgegenüber zieht die *objektiv-historische Auslegung* die Bedeutung einer Norm heran, die durch die allgemeine gesellschaftliche Anschauung zur Zeit ihrer Entstehung bestimmt war. Es ist allerdings nicht einfach, diese «allgemeine Anschauung» festzustellen.¹⁴

5. Zeitgemässe Auslegung

Die zeitgemässe Auslegung stellt auf den Sinn der Norm ab, wie er sich zur Zeit der Rechtsanwendung ergibt. Es gibt im Verfassungsrecht zentrale Fragen, bei denen der Wille des historischen Verfassungsgebers besonders respektiert werden will. Im Sinne der subjektiv-entstehungszeitlichen Interpretation hatte es zunächst das schweizerische Bundesgericht abgelehnt, das Frauenstimmrecht über eine Verfassungsneuinterpretation einzuführen.¹⁵ Gemäss Bundesgericht war die Frage der Einführung des Frauenstimmrechts nicht *justitiabel*, d. h. nicht das Bundesgericht, sondern der Verfassungsgeber hatte die entsprechende Antwort zu geben. Es handelt sich genau genommen um ein Problem der Gewaltenteilung und des Vorranges der verfassungsgebenden Gewalt. Mit der Änderung der politischen Grosswetterlage kann auch dieser Vorrang stark relativiert werden, sodass plötzlich die richterliche Einführung des Frauenstimmrechts möglich wird. Es ist an den erfolgreichen Appenzell I. Rh.-Frauenstimmrechtsfall von 1990 zu erinnern.¹⁶ Dieses Beispiel zeigt eindrücklich, dass es in der Verfassungsrechtsprechung nicht einen methodisch einzig richtigen Nachvollzug der Verfassung gibt. Vielmehr handelt es sich dabei um das *Wahrnehmen einer politischen Funktion* im Gefüge der Gewaltenteilung.

6. Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung stellt auf Zweck und Ziel der Rechtsnorm ab. Dabei ist es wichtig, dass der Zweck in der Rechtsnorm oder im betreffenden Gesetz bereits enthalten sein

muss; es wäre unzulässig, normfremde Zwecke in die Norm hineinzulegen. Der objektive Zweck der Norm – die *ratio legis* – soll die Sinn Grenzen abstecken helfen. Die teleologische Auslegung hilft dort nicht mehr weiter, wo verschiedene gesetzliche Zwecke miteinander in Konflikt kommen. Dies ist etwa der Fall, wenn Erleichterungen für die Wirtschaft mit Förderungsmassnahmen zugunsten des Umweltschutzes zusammentreffen.

Die Auslegung nach dem Gesetzeszweck gehört zu den extensiven, dynamischen Auslegungselementen. Sie erlaubt es, eine Rechtsnorm im Hinblick auf veränderte Umweltbedingungen anders und «neu» auszulegen.

7. Komparative Auslegung

Die komparative Auslegung zieht Parallelvorschriften aus fremden Rechtsordnungen heran. Die komparative Auslegung erforscht rechtsvergleichend die übereinstimmende oder unterschiedliche Entwicklung oder Gestaltung von Rechtsbegriffen, Rechtssätzen und Rechtsinstituten in verschiedenen Rechtsordnungen. Sie spielt bei der Auslegung der verschiedenen Rechtsvorschriften je nach Gebiet eine unterschiedliche Rolle. Ihr Ziel ist es, die beste Lösung für ein konkretes Sachproblem zu suchen. Sie wird zum Teil neben den klassischen vier *canones* als die fünfte Auslegungsmethode bezeichnet.¹⁷

In jüngster Zeit hat die komparative Methode im Rahmen des europäischen Gemeinschaftsrechts eine erhebliche Bedeutung erhalten. In der Schweiz spielte sie bislang bei der Auslegung der Verfassung eine geringere Rolle. Heute führt die Verankerung wesentlicher Postulate des Rechtsstaates im Völkerrecht zu einer steigenden Bedeutung der komparativen Auslegung. Gerade die Menschenrechte finden ihren Niederschlag in völkerrechtlichen Konventionen und eignen sich von daher gut zur Lösung nationaler Grundrechtsfragen. Die komparative Auslegung vermag der nationalen Verfassungsordnung wichtige Impulse zu geben.

Die komparative Methode spielt in allen Rechtsordnungen eine grosse Rolle. Sie erhält in allen Staaten im Zuge der zunehmenden Internationalisierung und Integration der Staaten ein grösseres Gewicht. Sie gewinnt eine spezifische Bedeutung, wenn ein Staat eine ihm fremde Gesetzgebung integral übernimmt, so wie dies etwa mit dem Code Civil in gewissen afrikanischen Ländern, dem Schweizer ZGB in der Türkei, dem US-amerikanischen Recht in Japan nach 1945 oder vor allem auch etwa mit den österreichischen und schweizerischen Kodifikationen in Liechtenstein geschehen ist.

8. Rang der einzelnen Auslegungsmethoden

Die verschiedenen Auslegungsmethoden sind alle gleichrangig. Das Bundesgericht hat sich für den *Methodenpluralismus* entschieden. Das Bundesgericht verwendet dabei folgende Formulierungen:¹⁸

«Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zugrunde liegenden Wertung.»

Bei jedem Auslegungsproblem hat eine Abwägung stattzufinden, welche Methode den Ausschlag geben soll. Damit verbunden ist ein Wertungs- und Entscheidungsprozess, dem eine entscheidende Bedeutung zukommt. Die Wertung bestimmt letztlich das Auslegungsergebnis; die gefundene Auslegung lässt sich immer auf das Gesetz «abstützen». Die von der Behörde gewählte Auslegungsmethode dient eher als nachträgliche Rechtfertigung für das von ihr gewählte Auslegungsergebnis, als die bestimmende Methode (= «Hinführung») zum Ergebnis. Es ist bemerkenswert, dass der sehr gesetzestreu, um nicht zu schreiben, positivistisch argumentierende OTTO BÄHR anerkennt, dass die Auslegung ein schöpferischer Prozess ist:¹⁹

«Die Urteilsfindung ist an sich ein logischer Prozess, mittelst dessen Besonderes unter ein Allgemeines subsumiert wird. Sie ist ein Erzeugnis nicht des Wollens, sondern des Erkennens; und mit Recht wird deshalb der Richterspruch ein «Erkenntnis» genannt. Freilich sind die Denkgesetze, unter welchen dieses Erkennen steht, nicht so zwingender Natur, dass die mittelst solcher zu ziehenden Schlüsse mit absoluter Nothwendigkeit sich gestalteten; und deshalb bleibt die Rechtsprechung in gewissem Sinne und Maasse stets ein freies geistiges Schaffen.»

III. Rolle der Rechtsgleichheit bei der Rechtsanwendung

Der Prozess der Auslegung ist also ein ziemlich unsicherer Vorgang. Die von Marsilius gesetzte Erwartung wird zu einem guten Teil enttäuscht. Auch ein gutwilliger und nicht Freund und Feind unterscheidender Richter kommt notgedrungen oft in Entscheidungssituationen, in denen die Gesetze mit guten Gründen gegensätzliche Auslegungen zulassen. Der Gesetzestext hilft nicht mehr weiter, sondern lässt schlicht Spielraum, ohne dass eine Lücke vorliegt.²⁰ Freilich ist es wichtig zu sehen, dass die Auslegungsmethoden nicht die einzigen Mittel sind, die für Rechtssicherheit und Gerechtigkeit sorgen. Daneben sichert die Rechtsgleichheit des Art. 8 Abs. 1 BV eine gleichmässige Rechtsanwendung. Die Rechtsgleichheit erlangt in diesen Situationen eine um so grössere Bedeutung, um so grösser die Entscheidungsfreiheit ist. Der Rechtsanwender kann der Rechtsgleichheit nur genügen, wenn er eine «Praxis» entwickelt. Er wird in der Regel verschiedene Fallgruppen bilden, welche typisch vorkommende gleichartige Situationen zusammenfassen. «Beim Erlass gleichartiger Verfügungen, die auf ähnlichen Sachverhalten beruhen und in Anwendung der gleichen Rechtsnormen ergehen, hat die Behörde nach einheitlichen, über den Einzelfall hinaus gültigen Kriterien vorzugehen, mit anderen Worten, eine Praxis zu bilden»²¹. Der Spielraum des Gesetzes wird also durch diese Praxis ausgefüllt, und das Gesetz wird insofern ergänzt. Diese Praxis kann so stark sein, dass sie sich gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes durchsetzt, weil der Rechtsanwender das Gesetz für falsch ansieht. Der Einzelne hat aufgrund der Gleichbehandlung

im Unrecht ausnahmsweise einen Anspruch, dass eine dauerhaft gesetzwidrige Praxis auch auf ihn angewendet wird. Verfolgt eine Behörde oder ein Gericht eine konsequent gesetzwidrige Praxis, so kann jeder Dritte verlangen, ebenfalls in gleicher gesetzwidriger Weise begünstigt zu werden.²² Das Gesetz wird in dieser Situation schlicht beiseite geschoben und dessen Auslegung spielt keine Rolle mehr.

IV. Bewertung

BERND RÜTHERS kam in seinen historischen und methodologischen Untersuchungen zum Schluss, dass die Rechtsanwendung ein «durch und durch menschlicher, unheiliger und politischer Prozess ist»²³. Und: «Der Wortlaut der Vorschriften hat *de facto* für das Auslegungsergebnis nur eine begrenzte, angesichts der vorstehenden Analysen darf man sagen, untergeordnete Bedeutung»²⁴. An dieser Tatsache hat bis heute keine normative juristische Methodenlehre etwas ändern können. Auch wenn einzelne Autoren es unternommen haben, mittels der grammatikalischen und semantischen Auslegung (und logischen Operatoren²⁵) den Gesetzestext völlig unbestechlich und neutral zu machen, so bleibt es bei der Tatsache, dass der Mensch und sein Verstehen die Rechtsanwendung ausmachen. Das erscheint nur vor dem Hintergrund eines naturwissenschaftlich überhöhten Wissenschaftsideals als problematisch. Für die Jurisprudenz als Geisteswissenschaft ist dieses Ergebnis indes vielmehr selbstverständlich: Gesetzesanwendung ist nicht etwa Deduktion, sondern «Produktion». Die «deduktiven» Verfahren sind – um eine Formulierung von HIPPELS aufzunehmen – «Methoden des Nichtwissens um das eigene Tun»²⁶, welche dem rechtspolitischen Subjektivismus ein Feld freier und unkontrollierter Betätigung lassen.

Heute ist es weithin akzeptiert, dass für die Rechtswissenschaft als Geisteswissenschaft die Hermeneutik die erkenntnistheoretische Grundlage aller Tätigkeit bildet. Die daraus gezogenen Folgerungen sind in der heutigen Auslegungslehre weithin akzeptiert. Gleichwohl wird immer noch so getan, als ob das Ideal der eindeutigen Gesetzes- oder Verfassungsdeduktion eigentlich möglich wäre. Trotz dieser Erkenntnisse glauben viele Gerichte und die Rechtsunterworfenen selbst an eindeutige Auslegungs- und Rechtsfindungsergebnisse. Diese sind nur insofern eindeutig, als dass ein endgültiger Entscheid gefällt wird, nicht aber, dass eine schlüssige Begründung für genau dieses Ergebnis geliefert werden kann oder dass der Ausgang eines Prozesses genau vorhergesagt werden könnte. Prospektiv gibt es indessen kein Verstehen, vielmehr verstehen wir viel zu viel, um vermöge dieses Verstehens vorauszusagen, wie eine Gesetzesanwendung verlaufen wird.

Das Bundesgericht hatte sich in einem UWG-Urteil mit der Meinungsfreiheit beschäftigt. Einem Forscher war verboten worden, zu behaupten, dass von Mikrowellenöfen eine Gesundheitsgefährdung ausgehe.²⁷ Das Bundesgericht führte aus: «Von

einer der Bundesverfassung oder der Europäischen Menschenrechtskonvention widersprechenden Anwendung des UWG kann dabei nicht die Rede sein»²⁸. Das Bundesgericht kann diesen Brustton der Überzeugung anschlagen, da es als letzte Instanz immer Recht hat. Allerdings beschwerte sich der Forscher danach bei den Strassburger Organen der Europäischen Menschenrechtskonvention wegen der Verletzung der Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkannte mit Urteil vom 25. 8. 1998 auf eine Verletzung der Meinungsfreiheit, da der Eingriff in die Meinungsfreiheit des Forschers in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig sei. Die vom Bundesgericht behauptete Eindeutigkeit seiner Verfassungsauslegung («nicht die Rede») kontrastiert mit dem Feststellungsurteil des Strassburger Gerichtshofs. Eigentlich müssten die beiden gegensätzlichen Urteile viel mehr erstaunen – oder hat sich das interessierte Publikum schlicht daran gewöhnt? Der hier erfolgte *autoritäre Auftritt* des Bundesgerichts ist kein Einzelfall; er kommt auf allen Gerichtsstufen und in allen Ländern vor. Die Behörden und Gerichte überspielen insoweit das methodische Problem. Gerade dieses Vorgehen verweist direkt auf einen wunden Punkt. Da nämlich die gefällten Urteile methodisch nicht einsichtig sind, darf darüber auch nicht gesprochen werden: Es gibt keine Rede davon . . .

Die (auch methodisch nicht zu beseitigende) Unsicherheit der Gesetzesauslegung gehört zum wirklichen Rohstoff anwaltlicher Tätigkeit. Für den erfolgreichen Rechtsanwalt ist – unbeschadet aller Theorien und Verfahren, die eine eindeutige Gesetzesauslegung versprechen – die Arbeit mit den Auslegungselementen zentral. Er oder sie wird einerseits versuchen, mittels der Auslegungselemente Argumente für die eigene Seite zu finden, andererseits vermindert er oder sie durch Absprachen und Vereinbarungen die Unsicherheiten der Gesetzesauslegung. Heute geschieht dies in zunehmenden Masse vor allem dann, wenn die Parteien eines verwaltungsrechtlichen Rechtsstreits die Unsicherheit mit einem durch ein Mediationsverfahren ermöglichten Vergleich beenden.²⁹ Im Verwaltungsrecht gelangt dieses Vorgehen immer mehr zur Anwendung, so etwa im Umweltrecht oder im Gesundheitsrecht.³⁰ Die Rechtswissenschaft kann hier dem Staat und den Rechtsunterworfenen einen grossen Dienst erweisen, wenn sie in Zusammenarbeit mit benachbarten Wissenschaften derartige Verfahren evaluiert und vorschlägt. Ein gut eingerichteter Staat wird von derartigen Vorschlägen weit mehr profitieren als die verstiegenen und erkenntnistheoretisch unhaltbaren Behauptungen³¹ einer methodisch einzig richtigen Gesetzesinterpretation.

¹ Deutsche Ausgabe: MARSILIUS VON PADUA, Der Verteidiger des Friedens, Berlin 1958, I 11 § 1, S. 99 f.

² GEORG MÜLLER und ULRICH HÄFFELIN, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, S. 74.

³ OTTO BÄHR, Der Rechtsstaat, Kassel/Göttingen 1864, S. 192 f.

⁴ Vgl. RUDOLF GNEIST, Der Rechtsstaat, Darmstadt, 1. Aufl., 1872; 2. Aufl., 1879.

⁵ Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. 12. 1943, SR 173.110; in Kraft seit dem 15. 2. 1992. Art. 191 b BV (nach

der Justizreform vom 12. 3. 2000) nimmt diese Anforderung auf.

⁶ Ich benutze den Begriff «Behörde» sowohl für Verwaltungsbehörden als auch für verwaltungsunabhängige Justizorgane, wie die Verwaltungsgerichte und Rekurskommissionen.

⁷ BGE 110 V 52 f.

⁸ Vgl. dazu auch meinen Beitrag, Die Auslegung des liechtensteinischen Verwaltungsrechts, LJZ 1996, S. 84–93 oder: ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern/München 1998, S. 65 ff.

⁹ Vgl. Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese I-1997, S. 167 ff. Da die Zeugen Jehovas sich weiterhin der Zahlungspflicht widersetzen, verzichtete der Bundesrat später auf die Eintreibung der Auslagen. Schliesslich wurde auch die Verordnung über die Gebühren der diplomatischen und konsularischen Vertretungen der Schweiz, SR 191.11, am 5. 6. 2000 geändert: Der Bund kann diese Gebühren im Falle von Geiselfreierungen herabsetzen oder erlassen. Das Recht wurde gewissermassen der Lebens- und Staatspraxis angepasst.

¹⁰ Vgl. HANS JOACHIM KOCH und HELMUT RÜSSMANN, Juristische Begründungslehre, München 1982.

¹¹ Vgl. Urteil der Verwaltungsbeschwerde-Instanz des Fürstentums Liechtenstein Nr. 1946/17 vom 25. 11. 1946, Entscheidungen der Liechtensteinischen Gerichtshöfe 1946–1947, S. 53.

¹² Die «*bouche de la loi*», so die berühmte Formulierung von MONTESQUIEU, Vom Geist der Gesetze, XI. Buch, 6. Kapitel, übersetzt von Kurt Weigand, Stuttgart 1965, S. 221.: «... die Richter der Nation sind, wie gesagt, lediglich der Mund, der den Wortlaut des Gesetzes spricht, Wesen ohne Seele gleichsam, die weder die Stärke noch die Strenge des Gesetzes mässigen können.»

¹³ Vgl. BGE 126 I 81 ff. und dazu RENÉ RHINOW, Von der Mühe des Bundesgerichts mit der Verfassung, NZZ vom 2. 5. 2000, Nr. 101, S. 15.

¹⁴ Vgl. BGE 83 I 180 f.

¹⁵ Vgl. BGE 83 I 170.

¹⁶ BGE 116 Ia 359.

¹⁷ HANS J. WOLFF, OTTO BACHOFF und ROLF STÖBER, Verwaltungsrecht I, München 1994, 10. Aufl., S. 331 f. m. w. H.

¹⁸ BGE 124 V 185 (189 f., E. 3a).

¹⁹ OTTO BÄHR, Der Rechtsstaat, Kassel/Göttingen 1864, S. 13 f. Erst viel später hat JOSEF ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, dieser Tatsache eine rechtsphilosophische Grundlage gegeben: Er fand sie in der Hermeneutik, vgl. dazu ANDREAS KLEY, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, S. 160 ff.

²⁰ In den juristischen Methodenlehren folgt hier automatisch und unreflektiert die Behandlung der Lückenproblematik, die in der Rechtspraxis praktisch keine Bedeutung hat (vgl. z. B. KRAMER, FN 8, S. 131 ff.). Viel wichtiger und bedeutsamer ist die Behandlung der Praxis, die das Gesetz abändert, korrigiert, erweitert und ausebnet.

²¹ BGE 125 II 162.

²² Siehe das drastische Beispiel des Bundesgerichtsurteils C 222/99 vom 23. 10. 2000 (Publikation vorgesehen), NZZ vom 10./11. 2. 2001, S. 14 m. w. H.

²³ BERND RÜTHERS, Wir denken die Rechtsbegriffe um . . . Weltanschauung als Auslegungsprinzip, Zürich/Osnabrück 1987, S. 94–95.

²⁴ BERND RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1973, S. 435.

²⁵ Siehe das eher abschreckende Beispiel bei KOCH und RÜSSMANN (FN 10), S. 49.

²⁶ ERNST VON HIPPEL, Über Objektivität im öffentlichen Recht, AöR 1927, 393 ff., insb. S. 418.

²⁷ Vgl. den von FRANZ WEBER bearbeiteten Beitrag im Journal Franz Weber vom Jan./Febr./März 1992, Nr. 19, S. 3 ff. («Mikrowellen: Gefahr wissenschaftlich erwiesen»).

²⁸ BGE 120 II 82.

²⁹ Siehe die weiteren Angaben bei ANDREAS KLEY, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, S. 314 ff.

³⁰ Vgl. das Freiburger Reglement vom 21. November 2000 über die Pflegeleistungserbringer und die Aufsichtskommission, Art. 94 und 100–105: siehe Art. 100: «Patientinnen und Patienten, die der Ansicht sind, dass ihre gesetzlich anerkannten Rechte nicht gewahrt wurden, können sich mit ihrer Beanstandung an die Mediatorin oder den Mediator wenden; sie oder er hört sie an und versucht eine Versöhnung zwischen den Parteien herbeizuführen.»

³¹ Vgl. meinen Beitrag «Wittgenstein und die moderne juristische Methodik», Recht 1996, S. 189–199.