



# Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

# Juristische Methodik

## Teil Prof. Dr. Michele Luminati

---

### EINFÜHRUNG

#### 1. Wo stehen wir heute?

- Gesetzesflut  
Das Gesetzgebungsverfahren wird immer mehr beschleunigt. Damit nimmt die Qualität der Gesetze ab. Gesetze verunglücken immer öfters, da man sich weniger Zeit für deren Ausarbeitung nimmt. Gesetzesänderung sind zudem immer öfters auf parlamentarische Initiativen zurückzuführen. Dabei wäre es nicht die Kompetenz der Parlamentarier, Gesetzeskonzepte zu entwickeln. Expertenwissen wird immer weniger gefragt obwohl die Komplexität von Sachgeschäften stark zugenommen hat.  
Weiter wird das Gesetz immer mehr als ein Notizbuch betrachtet, in welchem man Gesetze streichen und revidieren kann. Dies führt zu einer höheren Beanspruchung des Verwaltungsapparats sowie zu vermehrten Gerichtsverfahren.
- Schlechte Gesetzesvorlagen  
Es werde zunehmend konzeptlos, aktionistisch und sprachlich unsorgfältig legiferiert. Dies hat mit der Zunahme von parlamentarischen Initiativen zu tun. Durch handwerkliche Fehler geraten Normen in Widerspruch zueinander. Experten haben zudem immer weniger Einfluss auf die Gesetzgebung.
- Monsterparagraph  
Art. 8 Abs. 3 des Zweitwohnungsgesetzes besteht aus einem einzigen Satz mit 51 Wörtern, die sich auf mehrere verschachtelte Nebensätze verteilen. Nur wenige können diesen Artikel verstehen und erklären.

#### a. Normentstehung

##### Probleme der Gesetzgebung:

- Unveränderlichkeit des Gesetzes & Positivierung des Rechts  
Gesetze sollen auf Dauer ausgelegt sein. Dies wollte man mit der Positivierung des Rechts erreichen. Gesetze haben jedoch eine immer kürzere Lebensdauer und werden immer öfters revidiert. Bei jedem neuen Problem wird auf Gesetzgebung zurückgegriffen.
- Gesellschaftlicher Problemdruck & Dauer der Gesetzgebungsverfahren  
Für alle Probleme erwartet die Gesellschaft möglichst rasche Lösungen. Das Gesetzgebungsverfahren ist jedoch von langer Dauer, da die Prozesse kompliziert sind.
- Einheit der Rechtsordnung & unsystematische Gesetzgebung  
Gesetze entstehen immer schneller, man kann von einer Gesetzesflut und von Eilgesetzen sprechen. Diese rasch gemachten Gesetze stehen im Widerspruch zu anderen Gesetzen. Dieses Problem muss vom Richteramt ausgebadet werden, wodurch das Richterrecht an Bedeutung gewinnt.
- Regelung neuer Probleme & mangelnde Folgenabschätzung

Es treten immer neue Probleme auf, welche mittels Gesetzgebung geregelt werden sollen. Da immer öfters ein internationaler Bezug besteht, ist es zunehmend schwieriger, die Konsequenzen der Gesetzgebung abschätzen zu können. Zudem kommt es bei der Gesetzgebung meist zu Kompromisslösungen, weshalb es oft an klaren Wertungsentscheidungen im Gesetz fehlt.

- Kluft zwischen Laien und Spezialisten & Legitimationsprobleme  
Laien können Gesetzgebung oft nicht nachvollziehen, da sie die juristische Sprache nicht verstehen. Dies führt zu Legitimationsproblemen.
- Nationale Gesetzgebung & globale Dimension  
Die Globalisierung führt zu einer zunehmenden Gesetzesflut der EU. Die enorme Normausdehnung kann zu Normenkollisionen und Normkonflikten führen.

### **Hemmung der Wirkung von Gesetzen:**

- Beim Gesetzgeber
  - Programmfehler
  - Implementationsfehler
- Bei der ausführenden Instanz
  - Vollzugsdefizit
  - Vollzugsfehler (Die Verwaltung muss das Gesetzesziel verstehen und auch dementsprechend vollziehen. Daran scheitert es oft.)
- Bei den Adressaten
  - Widerspenstigkeit
  - Missbrauch (Ein Gesetz wird umgangen und kommt in der Praxis daher nicht zur Anwendung.)
- Bei den Interpreten
  - Verunsicherte Auslegung
  - Sinnverändernde Kasuistik

## **b. Normanwendung**

### **Machtverschiebung vom Gesetzgeber auf Justiz = Gefährdung des Gewaltenteilungsprinzips**

Die Richterschaft ist zur Gesetzgebung nicht demokratisch legitimiert. Bloss das Parlament hat die legitimierte Macht zur Rechtsetzung. Immer mehr Gesetze werden jedoch durch die Justiz erlassen. Richter ist nicht mehr länger Diener des Gesetzes, sondern kann als Pianist vor der Partitur des Gesetzes angesehen werden.

Für diese Entwicklung gibt es 2 Ursachen:

- Die Gesetzgebung erfüllt ihre Regelungsaufgaben nur mangelhaft.
    - Dies hängt mit der Veränderungsgeschwindigkeit der Moderne und der Trägheit des Gesetzgebungsapparates zusammen. Der Gesetzgeber kann oder will nicht schnell genug reagieren.
    - Zudem treffen gesellschaftliche Konflikte oft zuerst auf den Richter. Der Gesetzgeber will nicht sofort handeln und macht das Gesetz lieber aufgrund einiger vorangegangener Entscheidungen. Der Richter steht jedoch unter einem Entscheidungszwang und kann nicht auf eine Regelung des Gesetzgebers warten.
  - Der Gesetzgeber erfüllt seine Pflicht nicht wie er sollte, und der Richter übernimmt Aufgaben, die er nicht übernehmen sollte. Es kommt zu einer Zunahme von Richterrecht. Wird dieses Richterrecht erneut angewendet, wird der Gesetzgeber verdrängt.
- ⇒ Nicht die Legislative entscheidet, was die Justiz binden soll, sondern die Justiz bestimmt selbst, wie und in welchem Umfang sie gebunden sein will.

### **Abschied vom herkömmlichen Verständnis richterlicher Tätigkeit:**

- Unklarheit und Widersprüchlichkeit der Gesetze

Gründe dafür sind Gesetzesvermehrung und Kasuistik.

- Kein verbindlicher Auslegungskanon = Methodenpluralismus  
Der Gesetzestext ist eine bloße Ausgangslage und kann verschieden ausgelegt werden. Es besteht eine Gestaltungsmacht.
- Keine Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung, da schwer trennbar.
- Sprachtheoretische Erkenntnisse = Keine Wortlautgrenze  
Man kam zur Erkenntnis, dass die Bedeutung eines Ausdrucks im Gebrauch und nicht im Wort steckt.
- Normerzeugung durch Richter = Alles ist Richterrecht  
Durch die Verknüpfung des Abstrakt-Allgemeinen mit dem Konkret-Individuellen erzeugt der Richter eine Norm, unter welche subsumiert wird.

## 2. Theoretische Erklärungsangebote

### a. Systemtheorie

Mit der Systemtheorie von Niklas Luhmann soll die unendliche Komplexität der Welt reduziert werden durch Ausdifferenzierung von funktionalen sozialen Teilsystemen.

#### **Funktionale Ausdifferenzierung:**

Es bestehen verschiedene Teilsysteme, welche sich einem speziellen Problem der Gesellschaft widmen und dieses versuchen zu lösen:

- Recht
- Wirtschaft
- Kunst
- Wissenschaft
- ...

Jedes dieser Teilsysteme operiert nach einem eigenen Code. Das Rechtssystem verfügt über den binären Code Recht / Unrecht. Entscheidungen beruhen im Recht somit niemals auf dem Kriterium Schön / Hässlich!

Durch die Ausdifferenzierung soll die gesellschaftliche Komplexität reduziert werden. Die Systeme sind dabei kontingent. Eine Entscheidung könnte immer auch anders sein.

#### **Verhältnis System & Umwelt:**

- System  
Ein System ist das Produkt einer Differenzierung. Mit einem Kreis wird eine Differenz zwischen einem Innern und Äußern geschaffen. Das System ist geschlossen, ein sich ausdifferenziertes Ganzes. Das System ist mehr als die Summe seiner Teile.
- Umwelt  
Alles, was nicht zum System gehört. Die Umwelt ist systembezogen und wird durch systemeigene Operationen erzeugt.

#### **Kommunikation:**

Soziale Systeme bestehen aus Kommunikation. Menschen sind nur insofern relevant, als jede Kommunikation psychische Systeme voraussetzt. Die Gesellschaft ist daher nicht die Summe aller Menschen, sondern Kommunikation.

Das biologische System besteht hingegen auch Leben und psychische Systeme aus Bewusstseinsprozessen.

- Information: Selektion aus allem Möglichen
- Mitteilung: Akt der Übertragung von Information
- Verstehen: Ankommen der Mitteilung

**Autopoiese:**

Systeme werden als autopoietisch bezeichnet, wenn sie die Elemente aus denen sie bestehen, durch die Elemente aus denen sie bestehen, selbst produzieren und reproduzieren.

**Operative Geschlossenheit:**

Die Systemoperationen sind selbstbezüglich. Das System besteht aus eigenständigen Kommunikationseinheiten, die selbstreproduktiv sind. Die Systemstruktur wird durch eigene Operationen aufgebaut. Es besteht ein Anschlusszwang der systemeigenen Operationen.

**Kognitive Offenheit:**

Jedes System ist beobachtungsfähig gegenüber seiner Umwelt. Jedes System muss mit seiner Umwelt in gewissem Kontakt stehen. Ein Gericht würde bspw. nicht benutzt werden, wenn es nicht von den Bürgern beansprucht werden würde.

**Sinn:**

Es besteht eine Kontingenz, da es eine unendliche Anzahl möglicher Anschlussmöglichkeiten gibt. Dies zwingt ein System zur Selektion. Es besteht ein Sinnzwang, da nicht wahnsinnig selektiert werden kann. Was ausgeschlossen wurde verschwindet jedoch nicht gänzlich. Bei einer Rechtsänderung knüpft man bspw. an eine Meinung an, welche lange Zeit eine Minderheitenmeinung war und als erledigt schien.

**Evolution:**

- Variation  
Unerwartete, überraschende Kommunikation.  
⇒ Gesetzesrevision, Gesetzgebung aufgrund Umweltfaktoren (Streitfall, technische Erfindungen, wissenschaftliche Erkenntnisse, Naturkatastrophen, ...)
- Selektion  
Auswahl/Ablehnung von Möglichkeiten.  
⇒ Gerichtsverfahren
- Retention / Stabilisierung  
Integration der brauchbaren Möglichkeiten in die Systemstruktur. Dies führt als Ausgangspunkt zu weiteren Innovationen und Variationen.  
⇒ Integration einer Lösung ins Rechtssystem durch
  - Dogmatik (Entwicklung von Begriffen und allgemeinen Entscheidungsregeln für weitere Fälle & Systematisierung)
  - Rechtsprechung (Präjudizienbindung)⇒ Neue Form im Privatrecht führt zu neuen Theorien und Variationen.

**Koevolution von Teilsystemen bei Autopoiese:**

Durch strukturelle Kopplung einzelner Systeme entstehen auf Dauer angelegte Umweltelemente, die notwendig sind für die Fortsetzung systeminterner Operationen. Gewisse Teilsysteme stehen somit in einer engeren Beziehung.

- Recht & Wirtschaft: Eigentum / Vertrag
- Wirtschaft & Politik: Steuern / Abgaben
- Politik & Recht: Verfassung

**Rechtssystem:**

Das Rechtssystem hat als Funktion, Erwartungen auch im Falle der Enttäuschung aufrecht zu erhalten. Das Gesetz erzeugt Erwartungen. An einer solchen Erwartung darf festgehalten werden, auch wenn sie enttäuscht wird. Dies schafft Rechtssicherheit für die Zukunft.

- ⇒ Beahlt ein Käufer den Kaufpreis nicht, darf er beklagt werden und man darf auf der Zahlung des Kaufpreises beharren.

Der Code Recht / Unrecht definiert die Grenzen des Rechtssystems und führt zur operativen Geschlossenheit.

⇒ In einem Rechtsstreit kann man nicht einwenden, der Gegner habe etwas bestimmtes auch noch gesagt.

Das Rechtssystem konstruiert ein inneres Modell der Aussenwelt, die Rechtswirklichkeit. Es kommt zur einer Rekonstruktion gesellschaftlicher Konflikte nach eigenen Kriterien als Erwartungskonflikte.

## **b. Rechtslinguistik**

### **Recht operiert im Modus des Entscheidens:**

- Ausgangspunkt  
Es besteht ein interessengebundener Konflikt und Bedarf nach einer Lösung.
- Problem  
Garantie der Einheitlichkeit & Verlässlichkeit der Rechtsentscheidungen. Das Bundesgericht benötigt in seinen Entscheidungen eine gewisse Konstanz um nicht willkürlich zu erscheinen.
- Kontinentale Lösung  
Schaffung eines Systems von abstrakten Sollsätzen und Vertrauen in die Festlegungskraft von Texten. Kodifizierung soll Einheitlichkeit der Entscheidungen und Orientierung am Willen des Gesetzgebers garantieren.

### **Rechtslinguistische Frage:**

*"Kann eine sprachliche Formulierung die Einheitlichkeit von Rechtsentscheidungen in einer Vielzahl höchst unterschiedlicher Fälle garantieren?"*

Sprachwissenschaftliche Erkenntnisse, welche Frage verneinen:

- Text ist auslegungsfähig und -bedürftig
- Dogmatik (Auslegungsgeschichte) zeigt Mehrzahl möglicher Deutungen
- Sinnggebung aufgrund bestimmten Wissens, Textdeutung immer subjektiv
- Gesetzestexte eröffnen Interpretationsspielräume aufgrund verschiedener Einzelfälle
- Juristische Dogmatik wichtiger als semantische Eindeutigkeit des Textes
- Mehrere Adressaten  
Ein Gesetzestext wird nicht nur für Juristen geschrieben, sondern auch für das Volk. Juristen und Laien verfügen nicht über identisches Wissen. Die rechtliche Kommunikation ist für Laien oft unverständlich. Eine linguistische Optimierung der Gesetzestexte schafft Illusion der Allgemeinverständlichkeit.

### **Wie können dennoch Verlässlichkeit & Einheitlichkeit erreicht werden?**

- Dogmatik  
Durch eine institutionell gebundene Auslegungs- und Anwendungspraxis soll Stabilität geschaffen werden.
- Institutionelle Faktoren
  - Instanzenzug: Untere Instanzen überlegen sich, wie obere Instanzen den Fall beurteilen würden. Der Instanzenzug wird damit mitgedacht, wodurch es zu einer Kontrolle der Entscheidungen kommt.
  - Präjudizien
  - herrschende Meinung

## c. Diskursanalyse

### **Traditionelle juristische Sprachtheorie**

- Der Gesetzestext sei hinreichend bestimmt und besitzt einen objektiven Inhalt. Das Recht spricht sich im richterlichen Urteil aus.
- Verständlichkeit wird angenommen. Die Sprache sei vollkommen durchsichtig und problemlos beherrschbar.
- Texte haben eine stabile Bedeutung.
- Die Interpretation als innerer Monolog des Richters führe zum richtigen Ziel.
- Methodenlehre bestimmt den Weg zum einzig richtigen Ergebnis.
- ⇒ Fazit 1: Die juristische Sprachtheorie ist eine Fehlkonstruktion, da sie das Verfahren und den Argumentationsprozess ausblendet und damit soziale Komponente fehlen.
- ⇒ Fazit 2: Juristische Sprachtheorie geht von einer monologischen Betrachtung aus und entmündigt die Betroffenen. Der Richter erkennt bloss den objektiven Inhalt.

### **Neuer Ansatz: Diskursanalytische Sprachtheorie**

- Gerichtsverfahren als semantischer Kampf. Jede Partei will die eigene Deutung des Gesetzestextes durchsetzen.
- Der Richter spricht Recht. Er entscheidet sich für eine Deutung. Der Gesetzgeber hingegen spricht kein Recht.
- Das Gerichtsverfahren ist ein Interaktionsgefüge, in welchem in Form von Sprache gehandelt wird. Das Gericht ist nach Luhmann selbst ein System.
- Sprechen ist soziales Handeln.
  - Sprache ist nie vollständig transparent. Wenn jemand sagt, dass er Bauchschmerzen hat, kann dies stimmen oder aber eine Lüge sein.
  - Die Bedeutung von Texten verschiebt sich stets bei ihrer Übertragung auf neue Kontexte.
  - Die Sprache ist zudem situationsabhängig.
  - Bedeutung gewinnen Äusserungen ganz ohne Regeln allein durch Interpretation.
  - Sprache ist ein Wechselseitiges-sich-verständlich-machen

### **Wie wird aus dem Sprechen des Richters Recht?**

- Recht wird im kommunikativen Handeln der daran Beteiligten gemacht. Sowohl die Parteien, die Anwälte wie auch die Richter tragen dazu bei.
- Die Beteiligten sind dabei den Bedingungen des Diskurses unterworfen.
- Der Richter als Laokoon, da er in Bindungen und Zwänge verstrickt ist. Er ist damit nicht völlig frei in seinem Urteil.
- Die Normativität wird in der Sprache hergestellt.
  - Normtext ist mit grosser Anzahl von Verwendungsmöglichkeiten verknüpft. Es gibt dogmatische Bedeutungserklärungen, gerichtliche Vorentscheidungen, Alltags- sowie Fachsprache, etc.
  - Der Richter verfügt über ein Kopplungspotential und muss daraus eine feste Form der Rechtssprache erstellen. Alle Parteiargumente müssen berücksichtigt und gegeneinander abgewägt werden.
  - Erstellung einer einzig wahren Geschichte.
  - Richter muss sich am Ende über die Pluralität der Sprache hinwegsetzen, indem er eine Entscheidung, ein Urteil, fällt.
  - Er muss dies in der Sprache vollziehen und eine dritte Sprache finden.
  - Die Entscheidung muss in der Sprache der Parteien verständlich gemacht werden und ihre Einwände müssen verarbeitet werden.



## Richterliche Bindung durch

- Soziale Strukturen
- Grammatik des Rechts  
Es bestehen gewisse Begrifflichkeiten oder Argumentationsmuster, welche berücksichtigt werden müssen.
- Kontrolle über begleitende Kritik durch Rechtswissenschaft  
Das Bundesgericht hat in jüngster Zeit begonnen, nicht mehr Literatur zu zitieren, sondern bloss auf ältere BGEs zu verweisen. Diese Entwicklung ist kritisch, da damit die Rechtswissenschaft ausgeschlossen wird.
- Rechtsstaatliche Vorgaben zur Kontrollierbarkeit & Nachvollziehbarkeit  
Instanzenzug, Verfahrensregeln, Begründungszwang, Willkürverbot, ...
- Begründungszwang  
Demokratische Legitimation muss auf das Urteil übertragen werden. Der Richter muss seine Entscheidung rechtfertigen. Die Begründung muss sich dabei am Stand der Argumente orientieren. Die argumentative Geltung bemisst sich an der Verarbeitung der Einwände. Im Argumentationsvorgang wird zuerst etwas behauptet, indem eine These aufgestellt wird. Diese muss begründet werden. Diese These kann dann widerlegt werden. Dabei orientiert man sich an normativen Auslegungsregeln und dem juristischen Methodeninstrumentarium.

## METHODE DER NORMSETZUNG

### 1. Recht und Politik

#### a. Gesetzgebung

**Ziel:**

Bewusstsein für methodische Probleme der Gesetzgebung schaffen

**Thema:**

Nicht staatsrechtliche Regeln der Gesetzgebung, sondern "wirkliche" Funktionsweise. Das Subsystem Recht und sein Code wird diskutiert.

#### b. Recht und Politik aus systemtheoretischer Sicht

**Ablehnung der Einheit von Politik und Recht:**

Zwischen dem Rechtssystem und dem politischen System muss unterschieden werden, trotz der engen und offensichtlichen Zusammenhänge zwischen Politik und Recht.

- Unterschiedliche Codierung:
  - Politische System codiert nach Regierende/Regierte (Macht/Nicht-Macht)
  - Recht arbeitet mit dem Code Recht/Unrecht (rechtmässig/rechtswidrig)
- Politische Kommunikation erfolgt im Schema Regierung/Opposition
- Funktion des politischen Systems: Kollektiv bindende Entscheidungen treffen
  - ⇒ Weiterbehandlung dieser Entscheidungen durch Rechtssystem
  - ⇒ Politische System kann seine Entscheidungen nicht selber vollstrecken, benötigt dazu das Rechtssystem.
- Unterschiedliche Zeitdimension:
  - Politik steht unter erheblichem Zeitdruck (gedrängt von Wahlen & Medien)
  - Recht ist sehr langsam, wird durch Erfordernisse der Sorgfalt und Begründbarkeit gebremst
- Politik hat eine fast unbegrenzte Bandbreite von Themen

- ⇒ Beschleunigung & Verzögerung
- ⇒ Insiderwissen notwendig, um Vorgänge zu verstehen
- ⇒ Machtabhängigkeit der Handhabung dieser Differenz

### **Gegenläufige Tendenzen von Recht und Politik**

- Juristische Fesselung der politischen Gewalt  
Das Recht versucht Vorgaben für die Politik zu machen. Dadurch stellt das Recht eine Fessel für die Politik dar, da bspw. die Verfassung beachtet werden muss. Es gibt kaum noch rechtsfreie Räume. Die politische Gewalt wird somit durch das Recht gebunden.
- Politische Instrumentalisierung des Rechts  
Das Recht wird für politische Entscheidungen instrumentalisiert. Die Politik macht so starke Vorgaben, dass das Rechtssystem gar nicht mehr selber entscheiden kann.

### **Positivierung des Rechts & Demokratisierung der Politik stützen sich gegenseitig:**

Das Recht wird ständig von der Politik geändert und positiviert. Die Legitimität der Politik wird durch das Recht erzeugt, indem sich die Politik am Recht orientiert.

Recht erlaubt Politik und begrenzt es gleichzeitig.

Recht braucht Politik zudem für seine Durchsetzung.

### **Gesetzgebung:**

Gesetzgebung ist der

- Ort der Transformation von Politik in Recht,
- Ort der rechtlichen Beschränkung der Politik
- ⇒ Zeitausgleich, da Gesetzgebung relativ rasch in Gang gesetzt und abgeschlossen werden kann. Der Erlass eines Gesetzes ist die politisch erwünschte Reaktion des Rechtssystems. Die Gesetzgebung ist primär ein politischer Akt. Indem politische Entscheidungen in Recht transformiert werden. Die Politik bindet sich dann an dieses gemachte Recht. Das Recht ist somit ein Ort des Übergangs von einem System ins andere.

### **Keine direkte Steuerung möglich:**

- ⇒ Rechtliche Regelungen des Gesetzgebungsverfahrens können politische Kommunikation nur irritieren und stören.

Die Systeme sind immer selbstbezogen und können nicht direkt gesteuert werden. Die Politik operiert weiterhin nach ihrem eigenen Code, sie kann sich jedoch an das Recht halten. Politik versucht sich jedoch immer mehr von der Rechtsstaatlichkeit zu lösen.

### **Kontextsteuerung**

- Operationen im Teilsystem A bzw. B verändern die Rahmenbedingungen für Teilsystem B bzw. A - gegenseitiger Einfluss auf Selektionsbedingungen  
Wenn die Politik ein Gesetz produziert, muss sich auch das Recht an dieses Gesetz halten. Was das Recht macht, beeinflusst auch die Politik, da die Politik das Recht betrachtet und beobachtet.
- Einschränkung vertretbarer Auslegungen  
Politik beschränkt den Auslegungsrahmen durch bestimmte Vorgaben.
- Ständige gegenseitige Prägung  
Die Systeme entwickeln sich gemeinsam weiter.

## **c. Methodische Konsequenzen**

### **Fazit 1:**

Es liegt eine Systemdifferenz vor.

- ⇒ Verunmöglicht eine direkte Steuerung (weil Code des einen Systems nicht unmittelbar anwendbar ist im anderen System)

**Fazit 2:**

Zwischen den Systemen besteht Koordinationsbedarf.  
Damit beide Systeme ihre Funktion erfüllen können, muss eine gewisse Koordination gewährleistet sein.

**Konsequenz 1:**

Normprogramm des Gesetzgebers ist so zu formulieren, dass die Chance seiner Umsetzung in rechtliche Entscheidungen erhöht wird.  
Unklare und widersprüchliche Gesetze müssen vermieden werden.

**Konsequenz 2:**

Umsetzung der Intentionen des Gesetzgebers bedarf ergänzender Konkretisierung.  
⇒ Normanwendung ist und muss schöpferisch sein!  
Die Rechtsanwendung ist ein kreativer Akt, womit die Norm weiterentwickelt wird. Das Rechtssystem besitzt eine Autonomie womit der Wille des Gesetzgebers noch nicht einzig ausschlaggebend ist. Richterliche Arbeit ist kreative Arbeit.  
Im Gesetzgebungsverfahren entstehen viele intersystematische Beziehungen. Die Politik wirkt im Gesetzgebungsverfahren stark mit. Die Politik weiss jedoch nicht, was das Recht am Ende mit diesem politischen Produkt machen wird.

## 2. Symbolische Gesetzgebung

### a. Symbolische Gesetze

Bei einem symbolischen Gesetz handelt es sich um ein Gesetz, welches im normalen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen ist.  
Mit der Zeit wird das Gesetz jedoch symbolisch, weil sich die gesellschaftlichen Verhältnisse derart verändert haben, dass das Gesetz nicht mehr angewendet wird. Es verliert durch den politischen oder sozialen Wandel an seiner Bedeutung bzw. seine Bedeutung für die Gesellschaft verändert sich.  
⇒ Es liegt eine gewaltige Diskrepanz zwischen einer Norm und dem Wandel der sozialen oder politischen Umstände vor.

*Bsp.: Der Straftatbestand der Abtreibung bestand noch lange Zeit in unserem StGB. Diese Norm wurde jedoch nicht mehr angewendet, da sich die gesellschaftliche Ansicht bezüglich der Strafbarkeit der Abtreibung geändert hat.*

### b. Symbolische Gesetzgebung

Symbolische Gesetzgebung liegt vor, wenn der Gesetzgeber einen normativen Anspruch erhebt, er jedoch gleichzeitig unterlässt, die Voraussetzungen für die wirksame Umsetzung dieses Anspruchs zu schaffen, obwohl es ihm möglich wäre, diese Voraussetzungen zu schaffen.  
Für dieses Nichtausnutzen seines Handlungsspielraums wird keine plausible Erklärung geliefert.

**Frage nach der Intention des Gesetzgebers:**

Man muss danach fragen, was der Gesetzgeber wollte, was er jedoch nicht gemacht hat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens.  
Mithilfe einer Botschaft kann der Wille des Gesetzgebers besser konstruiert werden.  
Es ist jedoch oft sehr schwer, das ursprüngliche Ziel eines Gesetzes zu erforschen, da die Gesetzesziele oft sehr vage formuliert sind oder die Ziele vorgeschoben werden.

### **Frage nach dem Handlungsspielraum (≠Wille) des Gesetzgebers:**

Da es mehrere Gesetzgeber gibt, ist es falsch, nach dem einzigen Willen des Gesetzgebers zu fragen. Es besteht nur die Möglichkeit nach dem Handlungsspielraum des Gesetzgebers bei der Normentstehung zu fragen.

### **c. Feststellung symbolischer Gesetzgebung**

- 1) Frage nach dem Gesetzeszweck
- 2) Prüfung, wie das Gesetz umgesetzt wurde

### **d. Typen symbolischer Gesetzgebung**

#### **Bekennnormen:**

Haben einen ideologischen Charakter und finden sich oft in der Verfassung.

Bsp.: La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915. (Frankreich, Loi nr. 2001-70)

⇒ Diese Norm ist nicht anwendbar, da keine Handhabung besteht. Es sind keine Bestimmungen enthalten, die vorschreiben, wie bei einer Genocide-Leugnung zu bestrafen ist. Die Genocide-Leugnung wurde erst später in einem weiteren Gesetz unter Strafe gestellt.

Bsp.: Art. 20 Abs. 4 des Grundgesetzes von Deutschland besagt, dass das Sozialinteresse dem Individualinteresse vorgeht.

#### **Alibigesetzgebung:**

Dienen der Stärkung des Vertrauens der Bürger in die Handlungsfähigkeit der Regierung und erwecken den Anschein einer Lösung. Solche Gesetze werden erlassen, "damit etwas getan ist". Die Politik will das Vertrauen der Gesellschaft gewinnen.

Man möchte sich durch Erfolge krönen, doch kann über einen Erfolg eines Gesetzes erst nach langer Zeit entschieden werden. Deshalb überzeugt man die Bevölkerung durch die guten Absichten zur Gesetzesschaffung. Bei aktuellen Vorfällen fordert die Gesellschaft schnelle Lösungen, womit die Alibigesetzgebung weiter verstärkt wird.

Bsp.: Terrorbekämpfung

⇒ Es werden Anti-Terror-Gesetze erlassen, damit die Bürger meinen, man sei tätig und tut etwas. Terror kann jedoch nicht effektiv mit einem blossen Gesetz bekämpft werden!

#### **Kompromissgesetzgebung:**

Ergebnisse gegenseitigen Nachgebens. Die Einigung betrifft nicht die Sache, sondern bezieht sich lediglich darauf, dass die sachliche Entscheidung und damit das Problem vertragen wird. Scheinkompromisse besitzen unpräzise und mehrdeutige Formulierungen, so dass jede Partei sich auf den Gesetzestext berufen kann.

⇒ Man deklariert, ein Problem gelöst zu haben. Das Gesetz ist jedoch so ausgestaltet, dass es sich nicht durchsetzen lässt. Erst vor Gericht kann eine Lösung gefunden werden.

### **e. Schlussfolgerungen für die Gesetzgebungslehre**

#### **Zweck der symbolischen Gesetzgebung:**

Symbolische Gesetzgebung führt zur Realisierung bestimmter politisch-strategischer Ziele, nicht aber zur Erreichung der offiziell proklamierten sachlichen Gesetzesziele.

### **Faktoren für symbolische Gesetzgebung:**

- Vorliegen von stark konträren gesellschaftlichen Interessen in der Gesellschaft
- Lösung des Problems verursacht hohe Kosten
- Komplexer Regelungsgegenstand (z.B. Umweltrecht). Die Lösung "symbolische Gesetzgebung" ist einfacher.

### **Wesentliche Probleme:**

- Verursachung überflüssiger Verwaltungskosten
- Täuschung der Normrezipienten  
Dies ist sehr problematisch, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen Politik und Bürgern zerstört wird, weil die Gesetze keine Wirkung entfalten.
- Verhinderung tatsächlich effektiver Lösungen  
Da man schnelle Gesetzesänderungen vermeiden will, wird oft auf eine effektivere Lösung verzichtet.
- Verletzung rechtsstaatlicher Prinzipien

## **f. Beispiele**

### – **Norwegisches Hausangestelltengesetz:**

In Norwegen werden die Hausangestellten enorm ausgenutzt durch schlechte Arbeitsverträge und -bedingungen. Das Gesetz soll die Hausangestellten als schwächere Partei schützen.

Nach der Gesetzes Einführung stellte sich bei einer empirischen Untersuchung heraus, dass nur 10% der Arbeitsverträge mit dem Gesetz verträglich sind. Die restlichen 90% der Verträge waren gesetzeswidrig. Es kam jedoch zu keinen Klagen.

§ 18 der Norm lautet: "Geldstrafen werden verhängt, wenn jemand wiederholt trotz Protest die Hausangestellte entgegen den gesetzlichen Bestimmungen länger arbeiten lässt."

Die Norm ist vollkommen wirkungslos. Anstatt Klage zu erheben, wird einfach der Arbeitgeber, die Familie, gewechselt.

Das Gesetz entstand aus einem Kompromiss zwischen Arbeitgebern und -nehmern. Die Gesetzgebung war nur ein symbolischer Akt, eine symbolische Befriedigung.

### – **Amerikanische Prohibitionssetzung**

#### – **Art. 641a ZGB:**

Tiere sind keine Sachen (Abs. 1), werden aber als solche behandelt (Abs. 2). Die Norm ist deklaratorisch mit einem symbolischen Charakter.

#### – **Verwahrunginitiative**

#### – **Minarettverbot**

#### – **"Burkaverbot"**

Das Verbot darf nicht religiös begründet werden, weshalb man nicht offiziell von einem Burkaverbot sprechen kann. Vielmehr spricht man vom Verheimlichungsverbot. Dabei handelt es sich um ein allgemeines Verbot der Verheimlichung des Gesichts. Es bestehen jedoch zahlreiche Ausnahmen, die fast jede Verheimlichung wieder erlauben (Tragen von Fasnachtsmasken, Verheimlichung aus Sicherheitsgründen, aus sportlichen Gründen, ...).

Das Verheimlichungsverbot darf nicht mittels Sicherheitsgründen begründet werden.

Denn auch unter einem langen Mantel kann sich eine Schusswaffe verstecken. Das Gesetz dient also nach Art. 1 der Gewährleistung der freien gesellschaftlichen Interaktion.

Gründe für eine symbolische Gesetzgebung:

- Geringer regulativer, aber hoher expressiver Gehalt
- Zahl der möglichen Anwendungsfälle ist gering
- Angedrohte Sanktionen haben etwas Hilflöses

- Ob sie jemals verhängt werden, sei nicht sicher.
  - Unklare Zielformulierung: Die Politik wollte klar ein Burkaverbot, juristisch musste dieses verbot jedoch anders formuliert werden.
- ⇒ Es handelt sich allenfalls um eine Alibigesetzgebung!
- ⇒ Burkaverbot gilt jedoch nicht als eindeutig symbolische Gesetzgebung nach den herkömmlichen Faktoren.

### 3. Gesetzgebungslehre (=Legistik)

#### a. Lernziele

- ⇒ Einblick in den aktuellen Stand der Legistik
- ⇒ Grundkenntnisse der materiellen Gesetzgebungsmethode

#### b. Grundsätzliche Kriterien der Legistik

##### **Rationalität (Steuerung / Beherrschbarkeit):**

- Die gesetzliche Norm soll soziale Zustände im erwünschten Sinn beeinflussen. Gesetze sollen also Verhalten steuern. Dies ist nicht immer realistisch! Der Steuerungsoptimismus der 1970er Jahre ist uns heute etwas verloren gegangen!
- Es bestehen politische Forderungen nach "better regulation". Ein neues Gesetz muss einen bisherigen Zustand besser regeln!
- Mit der materiellen und formellen Bereinigung sollen die Mängel des geltenden Rechts bereinigt werden.

##### **Interdisziplinarität:**

- Normative Beherrschung der Tatsachen.
- Kenntnis komplexer Zusammenhäng, zu deren Verständnis andere Wissenschaften herbeigezogen werden müssen.

##### **Materielle Grundsätze:**

- ⇒ **Kriterien für eine - juristisch betrachtet - gute Gesetzgebung!**
- Notwendigkeit (Verhältnismässigkeitsprinzip)  
Gesetze sollen notwendig sein, um ein Problem zu beheben.  
Probleme, Ziele und Prioritäten müssen benannt werden und Handlungsalternativen müssen diskutiert werden.
  - Subsidiarität  
Regelung muss adäquat zum Problem sein.  
Zudem ist für die Regulierung die tiefstmögliche staatliche Ebene zu wählen (Verfassung, Gesetz, Verordnung, ...).
  - Adäquanz  
Eignung & Wirksamkeit der Regulierung muss gegeben sein und die richtige Normierungsstufe muss gewählt werden.  
Inwieweit ist das gewählte Instrument wirksam für das Problem? Braucht es ein Gesetz oder reicht eine Verordnung?
  - Praktikabilität im Vollzug (Föderalismus)  
Die Norm muss in einem föderalistischen System vollzogen werden.  
Wie sehen die Vollzugsmöglichkeiten aus?  
Wie kooperieren Bund und Kantone miteinander?

- Responsivität  
Anpassungsfähigkeit, Offenheit für zukünftige Veränderungen (muss tauglich sein, um auch auf eine zukünftige Problemstellung reagieren zu können) und Flexibilität der Norm müssen gegeben sein.
- Kontinuität  
Norm muss auf Dauer angelegt sein. Stabilität, Erwartungssicherheit, Vorsehbarkeit und Planbarkeit müssen garantiert sein.
- Kostengünstigkeit  
Das Kosten-Nutzen-Prinzip muss beachtet werden, wozu eine Gesetzesfolgeabschätzung vorgenommen werden muss.  
Bringt das Gesetz mehr Kosten als Nutzen?

### c. Massnahmen des Bundes zur Sicherung der Gesetzgebungsqualität

- Permanente Qualitätssicherung bei jeder Gesetzesrevision
- Permanente Überprüfung der Regelungsalternativen
- Permanente Überprüfung der Notwendigkeit
- Verbesserung der legistischen Ausbildung
  - Erarbeitung eines Gesetzgebungsleitfadens
  - Erarbeitung von Normkonzepten
  - Schaffung eines Forums für Rechtsetzung
  - Ständiger Austausch der Politik mit Lehre und Rechtsprechung
  - Verwaltungsinterne Redaktionskommission, welche Begriffe überprüft.
- Sprachliche Optimierung

### d. Methodische Konsequenzen

- Legistik als juristische Metadisziplin  
Legistik beschäftigt sich nicht mit einem konkreten Gegenstand, sondern mit vielen dogmatischen Aspekten. Dient allen juristischen Fachbereichen.
- Legistik liefert Voraussetzungen für die Arbeit der Fachjuristen  
⇒ Schaffung einer Rechtsetzungskultur / Qualitätssicherung
- Legistik stellt Regeln und Modelle für einen rationalen und nachvollziehbaren Gesetzgebungsprozess auf
- Legistik verhindert übertriebenen juristischen Spezialistentum durch
  - Faktenbezogenheit
  - Effektivität
  - Konkretheit / Klarheit
  - Systematisierung (es braucht einen breiten Blick)
- Legistik bleibt aber eine juristische Disziplin (≠politische)  
Massstäbe werden vom Recht entwickelt und dann in die Politik hineingetragen.

### e. Gesetzgebungsmethodik

Die Gesetzgebungslehre ist Teil der Gesetzgebungswissenschaft, die darauf ausgerichtet ist, ein methodisches Vorgehen im Hinblick auf die Ausarbeitung rechtlicher Normen zu entwickeln.

Sie beruht auf einer Zerlegung von Arbeitsgängen, die

- zur Annahme von gesetzliche Normen in mehreren Phasen führen,

- auf der an der Kybernetik orientierten Gestaltung des Prozesses, und
- auf der Aufstellung methodologischer Gebote (=Liste von Rationalitätskriterien), die auf die einzelnen Sequenzen, die der analytischen Zerlegung des Prozesses entsprechen, anwendbar sind.

## f. Materielle und formelle Gesetzgebungsmethode

### Materielle Gesetzgebungsmethode:

Erzeugung "guter" Rechtsnormen mithilfe eines rationalen Gesetzgebungsprozesses.

#### 1) Definition des Problems

Die Ausgangslage wird analysiert. Ursachen des Problems müssen objektiv analysiert werden. Man darf sich dabei nicht den Pressionen der Interessengruppen untergeben. Die Problemstruktur ist zu erkennen und es ist zu entscheiden, ob ein Gesetzesvorhaben überhaupt notwendig ist.

⇒ Ist-Zustand untersuchen

#### 2) Festsetzung der Ziele

Gesetzesziele sind oft politisch vorgegeben und daher ein primär politischer Akt. Es sollen hierarchisch geordnete, operative und widerspruchslöse Ziele formuliert werden, was die Aufgabe der Juristen darstellt.

⇒ Soll-Zustand definieren

#### 3) Lösungssuche

Instrumente und Strategien müssen bestimmt werden, mit welchen das Ziel erreicht werden soll. Dazu gehören Regulierung, Koordination und Kooperation sowie die Schaffung von positiven Anreizen (Subventionen) oder negative Anreizen (Gebühren). Alternativlösungen sind zudem zu entwerfen.

Ist es allenfalls möglich, auf eine Regelung zu verzichten?

Ist die Regelungsdichte notwendig?

Soll die Regelung dispositiv oder zwingend ausgestaltet sein?

#### 4) Vorausschauende Bewertung (ex ante)

Ist die Prognose geeignet, den Zweck zu erreichen? Können Nebenfolgen eintreten?

Diese Ex-ante-Evaluation ist anspruchsvoll und kostspielig.

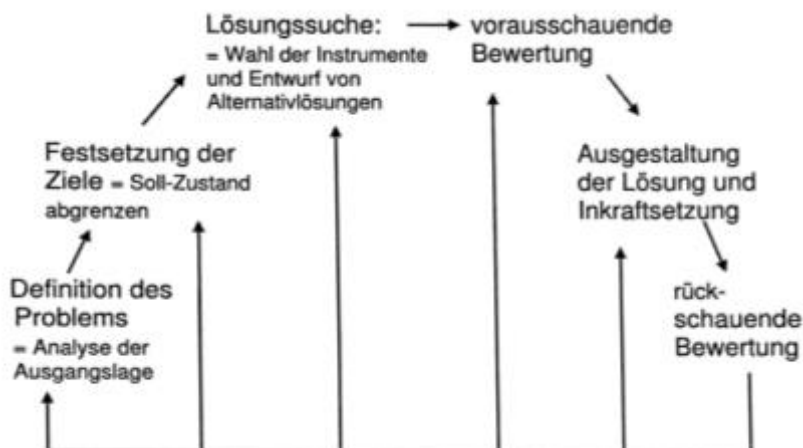
#### 5) Ausgestaltung der Lösung und Inkraftsetzung (Rechtsetzungstechnik)

Dies ist die technische Arbeit, die formale Ausgestaltung des Erlasses. Artikel müssen formuliert werden, wobei allgemeine Rechtsgrundsätze beachten werden müssen.

#### 6) Rückschauende Bewertung (ex post)

Die konkrete Wirkung eines Gesetzes wird untersucht und analysiert. Allenfalls kann es zu einer Revision des Gesetzes kommen, wenn ungeplante Nebenwirkungen entstanden sind.

Oft steht in einem Gesetz selbst in einer Regelung, dass das Gesetz nach einer bestimmten Dauer auf seine Wirkung überprüft werden muss.





### **Formelle Gesetzgebungsmethode: Gesetzgebungstechnik**

Gesetzgebungstechnik, wonach Normen weder zu generell-abstrakt sein sollen, noch zu viel Kasuistik beinhalten sollen.

- Verantwortlich für die äussere Gestaltung von Rechtsnormen. Normen sollen in einfacher und verständlicher Sprache geschrieben sein.
- Schafft Regelungstechniken.

## **g. Konkrete Durchsetzung rationaler Gesetzgebungsmethoden**

### **Gesetzgebung als Akt des Souveräns?**

Heutzutage ist der Gesetzgeber nicht mehr der Souverän!

### **Kontrolle des Gesetzgebers mittels Normenkontrolle:**

Durch geschriebene Verfassungen, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebungsverfahrensgesetze werden die Normen kontrolliert.

Verfassungen selbst beschränken die Macht der Politik, indem die Verfassung Prinzipien enthält, welche eingehalten werden müssen.

Die Verfassungsgerichte schreiben vor, was verfassungsmässig ist.

### **Rationalitätserfordernisse:**

Folgende Vorschriften auferlegen dem Gesetzgeber ein Mindestmass an Rationalität:

- Gleichheit vor dem Gesetz
- Willkürverbot
- Verhältnismässigkeitsprinzip

### **Verfassungsgerichtliche Durchsetzung methodischer Anforderungen:**

- In der Schweiz: materielle Normenkontrolle durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht versucht selbst nachzuvollziehen, ob das Gesetz den methodischen Prinzipien (Verhältnismässigkeit, Notwendigkeit, ...) standhält oder nicht.

Kriterien sind

- Bestehen einer objektiven, soliden Grundlage
- Sinn- und Zweckmässigkeit des Gesetzes
- Beachtung des Willkürverbots
- Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Norm muss geeignet (prospektiv und retrospektiv) und erforderlich sein. Zudem muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden).

Problem hierbei ist, dass das Bundesgericht oft überfordert und überlastet ist, so dass es zu einer vollständigen materiellen Kontrolle nicht fähig ist.

- In Deutschland: formelle Normenkontrolle durch Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht kontrolliert nur, ob der Gesetzgeber seine Pflicht getan hat. Kriterien sind

- die Tatsachenfeststellung,
- die systematische Beurteilung der Fakten und Prüfung von Alternativen,
- Prognosepflicht (vorausschauende Beurteilung muss vorgenommen werden)
- Beobachtung und allenfalls Korrektur der Regelung. Dafür ist eine rückschauende Bewertung vorzunehmen.
- Norm braucht ein Mindestmass an Klarheit und Bestimmtheit.

⇒ Der Gesetzgeber muss alle diese Kriterien einhalten, ansonsten ist die Norm verfassungswidrig.

## h. Das Problem der Gesetzesfolgen als methodische Herausforderung

Es stellt sich immer die Frage, zu welchem konkreten Zeitpunkt die Beurteilung der Erforderlichkeit, Geeignetheit etc. vorgenommen werden soll.

### Vorausschauende Bewertung:

⇒ Problem: Schwierig, zuverlässige Voraussagen über potentielle Effekte neuer Normen zu machen.

Vorausschauende Bewertungen können gemacht werden durch:

- Rechtsvergleichung  
Man orientiert sich immer auch an den Rechtssystemen und -ideen der anderen Länder.  
*Bsp.: Hat es dort etwas gebracht, einen bestimmten Sachverhalt unter Strafe zu stellen?*
- Experimentelle Gesetzgebung = Gesetz auf Probe  
Ein Gesetz wird in einem gewissen Gebiet probenhalber und befristet eingeführt, um seine konkreten Wirkungen zu untersuchen. Erste Erfahrungen sollen gesammelt werden. Erst nach einer empirischen Prüfung wird das Gesetz dann richtig erlassen.
- Gesetzesfolgeabschätzung  
Verknüpfung von verschiedenen Elementen, z.B. Verteilung der Beeinträchtigung, Vollziehbarkeit durch rechtsanwendende Instanzen, Akzeptanz/Befolgung durch Normadressaten, ...

### Rückschauende Bewertung:

⇒ Problem: Juristen gewinnen noch mehr Macht, weil man heute mehr weiss, als damals, als das Gesetz geschaffen wurde.

- Effektivitäts- und Implementationsforschung  
Es geht um die soziale Wirksamkeit der Gesetze. Die Faktorenviefalt ist dabei problematisch.  
Hat das Ganze funktioniert?
- Institutionalisierung von Effektivitätsanalysen
  - Review-clauses: Nach einer gewissen festgelegten Zeit muss eine Überprüfung des Gesetzes stattfinden (Hat sich das Gesetz bewährt?)
  - Sunset-clauses: Von Anfang an eingebaute Befristung auf laufende Legislaturperiode. Ein Gesetz gilt bis zu einem gewissen Zeitpunkt und dann wird beurteilt, ob und wie es gewirkt hat.
  - Sunrise-clauses: Im Gesetz selber ist eine Bedingung enthalten, die zuerst eintreten muss, damit das Gesetz in Kraft tritt.

# METHODEN DER NORMANWENDUNG

## 1. Historische Dimension I: Kodifikation und Steuerung der Auslegung

### Rechtsgeschichtlicher Überblick 1650 – 1950

Zeit	Bezeichnung	Schlagwörter/Epoche(n)	Politisches Ereignis	Kodifikationen	Rechtswissenschaft	
1650 bis 1800	Frühe Neuzeit (16. - 18. Jh.)	Barock (Ende 16. - Mitte 18. Jh.)	1648 Westfälischer Frieden (= Beendigung 30-jähriger Krieg)	1768 Österreich: Codex Theresianus	Wolff (1679 - 1754): „Grundsätze des Natur- und Völkerrechts“ (1754) Montesquieu (1689 - 1755): „De l'Esprit des Lois“ (1748) Bentham (1748-1832): „The introduction to the principles of morals and legislation“ (1789)	
		Absolutismus (Ende 16. - 18. Jh.)	1740-1786 Herrschaft Friedrich II. (der Grosse / Philosophenkönig 1712-1786), König von Preussen	1779 Preussen: Müller-Arnold-Prozess 1780 Grossekanzler Carmer Ausarbeitung Kodifikation mit Svarez und Klein		
		Vernunftrecht / Rationalismus (Mitte 17. - 18. Jh.)	1776 Amerik. Revolution „bill of rights“	1787 Österreich: Josephinisches Gesetzbuch		
		Aufklärung (spätes 17. - 18. Jh.)	1789 Franz. Revolution	1794 Preussen: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR)		
			1796 Untergang „Alle Eidgenossenschaft“ 1798-1803 Helvetische Republik	1797 Österreich: Westgalizisches Gesetzbuch probeweise in Kraft		
1800 bis 1950	Moderne (19. - 20. Jh.)	Industrialisierung (Beginn: Ende 18. Jh.)	1799 - 1814/15 Herrschaft Napoleons	1804 Napoleonsche Kodifikationen: Code Civil (CC) Code de procédure civile Code de commerce Code d'instruction criminelle Code pénal	Thibaut (1772-1840): „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ (1814) Savigny (1779-1861): „Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft“ (1814) Historische Rechtschule (ab 1814) Germanisten / Romanisten (Mitte 19. Jh.) Pandektistik / Begriffsjurisprudenz (Mitte - Ende 19. Jh.) Jhering (1819-1892): „Der Kampf ums Recht“ (1872) Freirechtsschule / Interessenjurisprudenz: Ehrlich (1862-1922): „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ (1913), Fuchs (1859-1929), Kantorowicz (1877-1940), Heck (1858-1943) Legal realism (zu Beginn des 20. Jh.) Institutionelle Rechtslehren (ab 1933): Schmitt (1888-1985): „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ (1934) Neue Hermeneutik / Rechtssoziologische Forschung (ab Mitte 20. Jh.) Wertungsjurisprudenz (ab Mitte 20. Jh.)	
		Liberalismus (19. Jh.)	1805 Niederlegung Kaiserkrone durch Franz II.			1804 - ca. 1870 Schweiz: Kantonale Kodifikationen
		Nationalismus I: Rassenlehren, Sozialdarwinismus, Antisemitismus (Mitte - Ende 19. Jh.)	1815 Wiener Kongress			1811 Österreich: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)
		Kolonialismus (Ende 19. - anfangs 20. Jh.)	1848 Gründung Schweiz. Bundesstaat	1804 - ca. 1870 Schweiz: Kantonale Kodifikationen		
		Nationalismus II: Faschismus, Nationalsozialismus, Kommunismus (20. Jh.)	1871 Deutsches Kaiserreich (Herrschaft Bismarcks bis 1890)	1900 Deutschland: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)		
			1914 - 1918 1. Weltkrieg	1912 Schweiz: Zivilgesetzbuch (ZGB)		
			1933 - 1945 Herrschaft Hitlers 1939 - 1945 2. Weltkrieg 1949 Teilung Deutschlands			

### a. Das Kodifikationszeitalter

#### Definition nach Jeremy Bentham, 1802:

Kodifikation als umfassende und systematische Rechtsordnung eines Staates oder eines selbstständigen Rechtsbereichs.

#### Grundkriterien des Kodifikationsdenkens:

##### – Lückenlosigkeit

Es herrscht die Ansicht, je mehr geregelt ist, desto grösser ist die Gestaltungsmacht des Gesetzes.

Lückenlosigkeit kann durch zwei verschiedene Gedanken geschaffen werden:

- Lückenlosigkeit durch möglichst detaillierte und umfassende Regelungen.
- Lückenlosigkeit durch abstrakte Regelungen, die auf jeden Einzelfall anwendbar sind.

- Logische Ableitbarkeit  
Aus Grundsätzen und Prinzipien soll das ganze Recht abgeleitet werden.
- Systematisierung  
Der Rechtsstoff muss in eine Ordnung gebracht werden. Die Kasuistik darf nicht nur aufeinandergehäuft werden.

### **Neues Rechtsquellen-system:**

Das Recht soll in einem einzigen Werk gesammelt und aufgezeichnet werden. Das Werk soll alles beinhalten, was das Recht ausmacht.

Es gilt das Konzept des freien Bürgers, weshalb alle Bürger demselben Recht unterstehen sollen. Eine Einheitlichkeit des Rechts ist gefordert.

Durch ein solches Gesetzwerk soll Planbarkeit und Sicherheit geschaffen werden und somit soll es zu einer allgemeinen Glückseligkeit der Gesellschaft kommen.

Die Kodifikation soll sprachlich verständlich formuliert sein. Sie soll einfach und klar sein, so dass jedermann sie verstehen kann. Trotzdem soll sie aber umfassend und vollständig sein.

Dies ist ein etwas utopisches Denken.

Interpretationen sind tendenziell gefährlich.

Wie weit kann Gewohnheitsrecht oder römisches Recht noch neben der Kodifikation bestehen?

Achtung: Kodifikation ≠ Codex des römischen Rechts

### **Definition der Kodifikation im Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte:**

Die Kodifikation steht für eine umfangreiche Sammlung und geplante Gestaltung von Recht in einem bestimmten Gebiet.

Sie bezeichnet aber auch das mediale Erzeugnis dieses Prozesses, das moderne Gesetzbuch.

Kodifizierung ist der Prozess, an dessen Ende dann die Kodifikation steht.

Sie strebt formal und inhaltlich nach:

- Einfachheit
- Widerspruchsfreiheit
- Vollständigkeit

## **b. Die einzelnen Kodifikationen und die Auslegungsfrage**

### **Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR) von 1794:**

- Kasuistik: Das ALR enthält 19'194 Paragraphen und ist damit sehr umfassend. Man wollte eine möglichst detaillierte Rechtsordnung erlassen, damit den Richtern möglichst wenig Spielraum belassen wird. Das ALR nahm sogar selbst Subsumtionen vor. Bei einem Rechtsstreit soll bloss das ALR aufgeschlagen werden müssen um die Lösung zu finden. Juristen braucht es demzufolge nicht mehr. Bürger sollen das Gesetz selber lesen, verstehen und anwenden können.  
Die wissenschaftliche Rechtslehre soll ausgeschlossen werden, weshalb das ALR deren Aufgaben zu übernehmen hat.  
Diese umfassende Regelung funktioniert jedoch nicht, da man nicht alles voraussehen und regeln kann! Der Gesetzgeber war durch den Ausschluss von Wissenschaft und Rechtsprechung überfordert.
- Kodifikation umfasste alle Rechtsgebiete: Neben dem bürgerlichen Recht umfasste das ALR auch Handels-, Wechsel-, See- und Versicherungsrecht und darüber hinaus auch Staats-, Kirchen-, Straf-, Stande- und Lehnrecht.
- Ständestaatliche Struktur: Das ALR war kein bürgerliches Recht. Es gab noch Privilegien für den Adel, worauf man Rücksicht nehmen musste. Einige Regeln wurden jedoch auch für die Bürger erlassen. Man stand in einem Spannungsverhältnis der Freiheit der Bürger & der Macht des Herrschers.

- Auslegungskonzept:
  - § 46: Wortlautbindung, Logik und ratio legis für den Richter massgebend
  - § 47: Authentische Interpretation durch die Gesetzeskommission: Ist ein Artikel nicht eindeutig, darf der Richter nicht selbst ein Urteil fällen. Sobald Zweifel auftauchen, muss der Richter die Gesetzeskommission aufsuchen, welche dem Richter vorschreiben wird, wie er zu urteilen hat. Dies stellt eine totale Bevormundung des Richters dar. Es ist sehr umständlich, bei jedem kleinsten Zweifel die Gesetzeskommission anzurufen.  
Die authentische Interpretation fand man bereits bei den Römern. Und auch George Bush beanspruchte die authentische Interpretation des Terrorgesetzes. Nur er darf somit das Gesetz interpretieren. Dies kommt vom Gedanken, dass der Gesetzgeber wohl der beste Interpret seines eigenen Textes sei.
  - § 6: Verbot der Berücksichtigung von Lehrmeinungen: Diese Bestimmung ist gegen die Rechtswissenschaft und gegen die Juristen gerichtet.
  - Kommentierverbote
  - § 48: Bindung des Richters: Richter ist an den unmittelbaren Wortlaut und den Beschluss der Gesetzeskommission gebunden.
  - § 49: Lückenproblematik: Findet der Richter kein Gesetz (was eigentlich undenkbar ist, da die Kodifikation lückenlos sein sollte), muss der Richter durch Analogie zu ähnlichen Fällen und durch Bezug auf allgemeine vernunftrechtliche (=naturrechtliche) Grundsätze entscheiden.
  - § 50: Anzeigepflicht bei Lücken: Jede Lücke ist an die Gesetzeskommission zu melden. Diese prüft, ob tatsächlich eine Lücke vorliegt und ergänzt und vervollständigt die Kodifikation bei Bedarf.

#### **Code civil (CC) von 1804:**

- Ablehnung der Kasuistik: Der Code civil bestand bloss aus 2'281 Paragraphen. Man setzte vielmehr auf Abstraktion, indem man nur Grundprinzipien und Leitsätze aufstellte, welche auf jeden Einzelfall angewendet werden sollen.
- Vereinfachung & Abstraktion: In der Kodifikation sollen keine Details geregelt werden. Der Gesetzanwender muss sich die Kasuistik selber schaffen.
- Richterliche Entscheidungsfreiheit: Die Richter haben grosse Freiräume in der Interpretation von Gesetzen. Die Angst des Königs, dass die Richter gegen ihn entscheiden könnten, ist verschwunden.
- Auslegungskonzept:
  - Art. 4: Auslegungsgebot und Entscheidungszwang des Richters: Der Richter kann nicht einwenden, das Gesetz sei dunkel, ungenügend oder schweigend. Der Richter muss in jedem Fall ein Urteil fällen. Der Richter kann grundsätzlich problemlos entscheiden, da die allgemeinen Prinzipien im Gesetzbuch auf den Einzelfall anwendbar sind. Es gibt keine Gesetzeskommission.
  - Verzicht auf référé législatif (Gesetzeskommission)
  - Generalmaximen: Es bestanden Rechtsgrundsätze.
  - Art. 5: Verbot der Präjudizienbindung: Die ständige Rechtsprechung war kein Argument.

#### **Allg. bürgerliches Gesetzbuch der österreichischen Monarchie (ABGB) von 1811:**

- Beschränkung auf das Privatrecht: Das ABGB bestand aus 1'502 Paragraphen. Dem Richter wird ein Entscheidungsspielraum gewährt. Im Gesetz wird jedoch bestimmt, wie zu entscheiden ist. Es besteht zudem ein Entscheidungszwang des Richters.
- Freiheitsgarantie
- Ablehnung der Kasuistik: Das ABGB bevorzugt eine zur Abstraktheit geneigte Kürze und Beschränkung auf flexible allgemeine Grundsätze.

- Auslegungskonzept
  - § 6: Interpretationskanon: Wortlaut, Logik und ratio legis: Ähnlich wie beim ALR wird aufgezählt, wie man das Gesetz zu interpretieren hat. Dabei sind der Wille und die Absicht des Gesetzgebers zu berücksichtigen.
  - § 7: Analogie und Naturrecht als subsidiäre Rechtsquellen.
  - § 8: Primat der Gesetzgebung. Nur der Gesetzgeber darf ein Gesetz auf allgemein verbindliche Art klären.
  - § 12: Verbot der Präjudizienbindung: Urteile haben nicht die Kraft eines Gesetzes und dürfen nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden. Bestimmung ist dem CC nahe.

### c. Die Entwicklung in der Schweiz vor dem ZGB

#### **Helvetik (1798 - 1803):**

Bis 1848 war die Schweiz ein Staatenbund. Die Kantone sind autonom. Eugen Huber sammelte in seinem Buch "Geschichte und System des schweizerischen Privatrechts" die bestehenden Rechtsgewohnheiten und Gesetze aller Kantone.

#### **Kodifikationsaktivitäten in den Kantonen zwischen Rechtstransfer und Kreativität.**

##### **Vorbild CC:**

- Genf (1804)
- Waadt (1819)
- Tessin (1837)
- Freiburg (1850): Art. 8 enthält eine Auslegungsregel. Es soll vernunftrechtlich nach Recht und Billigkeit ausgelegt werden. Dies ist nicht typisch für den Code civil.
- Neuenburg (1854/55)
- Wallis (1855): In Art. 5 befindet sich eine Auslegungsregel. Wenn man keine Lösung finden kann, soll nach naturrechtlichen Prinzipien entschieden werden. Es besteht damit eine Orientierung am Naturrecht.

##### **Vorbild ABGB:**

- Bern (1831)
- Luzern (1839): An keinem Ort wird auf die ABGB Bezug genommen. Auf Auslegungsregeln wird verzichtet. Der Gesetzgeber hält es nicht für notwendig, spezielle Auslegungsregeln aufzustellen, da klar sei, dass der Richter dem Gesetz zu gehorchen hat.
- Solothurn (1848)
- Aargau (1855): Art. 12 und 13 sind von dem ABGB kopiert. Art. 14 besagt, dass kein Gericht ein fremdes Gesetz oder eine Meinung eines Rechtsgelehrten in sein Urteil aufnehmen darf. Dies schränkt die Auslegungsmacht des Richters ein. Dieses Verbot der Rechtsgleichheit ähnelt beinahe dem ALR.

##### **Vorbild Zürcher PGB von 1856 (J. C. Bluntschli):**

Auf Auslegungsbestimmungen wird verzichtet. Man geht davon aus, dass die Richter sich an das Gesetz gebunden fühlen. Es besteht ein Vertrauen in die Justiz.

- Nidwalden (1853): Keine Auslegungsmethoden im Gesetz vorhanden.
- Thurgau (1860)
- Graubünden (1862)
- Zug (1861)
- Schaffhausen (1865)
- Glarus (1869)

### **Kantone ohne Zivilrechtskodifikation:**

In vielen Kantonen kam es zu Kodifikationsversuchen, die jedoch scheiterten. Oder aber man vertrat die Meinung, auch ohne Kodifikation leben zu können. Dies heisst nicht, dass das Recht nicht weiterentwickelt wurde. Das Recht wird ohne Kodifikation modernisiert.

Die Kantone waren sich bewusst, dass andere Kantone eine Kodifikation besitzen. Vorteil einer fehlenden Kodifikation ist, dass man in der Praxis zwischen mehreren Regelungen auswählen kann. Man sucht sich aus verschiedenen Kodifikationen der anderen Kantone diejenigen Regeln, die für einen am besten passen.

- Uri
- Schwyz: Das Luzerner Recht wird kopiert, ohne dass es zu Recht gemacht wird. Das Luzerner Gesetzbuch wird den Richtern bloss als Richtlinie verteilt.
- Obwalden
- St. Gallen
- Appenzell
- Basel: Besass die einzige Universität und somit Rechtsgelehrte. Bereits im 18. Jahrhundert entstand in Basel eine Kodifikation. Sie waren wissenschaftlich fortgeschritten und deshalb empfanden sie es nicht für nötig, eine neue Kodifikation zu schaffen.

## **2. Historische Dimension II: Kodifikation und Rechtswissenschaft**

### **a. Historische Rechtsschule**

#### **Rechtswissenschaft:**

Die Rechtswissenschaft soll die geschichtliche Vorbedingtheit einer juristischen Norm kritisch analysieren. Die Rechtswissenschaft muss historisch und systematisch arbeiten. Die Kodifikation wird nicht mehr vernunftrechtlich als ein zeitloses, rationales Konstrukt angesehen. Nach Savigny benötigt es daher keine Kodifikation mehr. Er ist gegen das ALR seiner Zeit. Es benötigt bloss eine Rechtswissenschaft, welche das Recht entwickelt. Die Rechtswissenschaft soll historisch und systematisch arbeiten. Das Monopol der Rechtsentwicklung geht so auf die Juristen über.

#### **Savigny's Auslegungsmethode:**

Da die römischen Juristen die Kunst des Auslegens optimal beherrschten, soll man ihre Methoden, das römische Recht, erlernen.

Nach seiner Ansicht sind die Texte grundsätzlich missverständlich und deshalb ist jeder Text auslegungsbedürftig. Die Auslegung beschränkt sich daher nicht nur auf die dunkeln und unklaren Texte. Auch ein als klar erscheinender Text ist auszulegen.

Es braucht daher keine Kodifikation, sondern gute Juristen. Diese liefern das Recht und stehen somit im Zentrum der Rechtsentwicklung.

Die heutige Position vertritt jedoch die Auffassung, dass Texte grundsätzlich klar sind.

Die Auslegung ist eine Kunst. Es gibt keine mechanische Auslegungsmethode. Man muss den Gedankengang, der zur Norm führte, nochmals erleben und so nachvollziehen. Der Gedanke, auf welchem der Normtext beruht, wird gesucht. Es geht hingegen nicht um die Ermittlung des "Gesetzeswillen". Die Auslegung hängt daher nie mit dem Willen des Gesetzgebers zusammen.

Ziel der Auslegung:

- ⇒ Auslegung ist die Rekonstruktion des dem Gesetze inwohnender Gedankens  
≠ Ermittlung des Willens des (historischen) Gesetzgebers!

### **Auslegungselemente:**

- Grammatikalisches Element → Wort
- Logisches Element → logische Struktur des Gesetzestextes
- Historisches Element → Frage nach dem Rechtszustand vor dem Gesetz und Vergleich zwischen diesem Zustand und dem durch das Gesetz geschaffenen Zustand ≠ Entstehungsgeschichte
- Systematisches Element → Verhältnis des einzelnen Gesetzes zum gesamten Rechtssystem

Dabei besteht zwischen den verschiedenen Auslegungselementen keine zwingende Reihenfolge. Heute spricht man auch von Methodenpluralismus. Die verschiedenen Elemente müssen allen zusammen spielen. Man muss jedes einzelne Element im Auge behalten. Mit dem Text und den Elementen muss operiert werden.

- Teleologisches Element als blosses Hilfsmittel:  
Wird nicht als Auslegungselement betrachtet sondern als blosses Hilfsmittel, wenn die Auslegung durch die anderen Elemente nicht zum Ziel führt. Durch das teleologische Element sollen "unrichtige" Auslegungsergebnisse korrigiert werden, oder ein unvollständiger oder mehrdeutiger Text soll analysiert werden.

## **b. Pandektistik**

### **Pandektistik:**

Ist eine Zivilrechtsdogmatik, welche sich am römischen Recht, d.h. an Pandekten und Digesten, orientiert. Das römische Recht wird begrifflich-systematisch, konstruktiv erfasst und aktualisiert.

Aus Savigny's Wissenschaft übernehmen die Pandektisten nur den systematischen Aspekt.

- ⇒ Schaffung eines widerspruchsfreien, positiven Privatrechtssystems durch Exegese der Pandekten.
- ⇒ Pandektistik als Begriffsjurisprudenz:
  - Ahistorischer Positivismus: Geschichte wird ausgeklammert.
  - Aufbau eines Systems ausgeklügelter Begriffshierarchien und logischer Deduktionen
  - Fortsetzung der vernunftrechtlichen Systematisierungsbestrebungen
- ⇒ Überleitung zum Gesetzespositivismus der zweiten Kodifikationswelle: Die Historizität ist verloren gegangen.
- ⇒ Isolierung der Rechtswissenschaft von der gesellschaftspolitischen Perspektive: Rechtswissenschaft konzentriert sich ausschliesslich auf die Begriffskonstruktion
- ⇒ Rechtsfälle werden durch logische Operationen lösbar; richterliche Arbeit als reine Subsumtion.
- ⇒ Das BGB (1900) als systematisches und dogmatisches Meisterwerk der Pandektistik

### **Pandektisten = Romanisten:**

Juristen, die selbst Schüler von Savigny waren. Sie arbeiten jedoch nicht mehr nur historisch, wodurch sie noch ganz andere Entwicklungen des Rechts entdecken. Sie bemerken, dass es noch weitere Rechtsinstitute gibt, welche das römische Recht noch nicht kannte. Mit neuen Problemen entstehen auch neue Rechtsinstitute, wie bspw. die Gefährdungshaftung. Die Romanisten gehen von der bürgerlichen Freiheit aus. An dieser Fiktion der Rechtsgleichheit bleiben sie hängen.

### **Germanisten:**

Orientieren sich am Sozialrecht. Sie sind sozial-liberal. Sie fordern eine deutsche Kodifikation.



### c. Kritik an der Pandektistik (Jhering)

#### **Jhering:**

Jhering war selbst ein Pandektist. Seine Idee ist, dass das Recht konstruiert werden muss. Dabei lehnt er sich an den Darwinismus an. Er überträgt den Darwinismus auf die Gesellschaft. Zudem übernimmt er auch Modelle der Soziologie.

#### **Kritikpunkte:**

- Lebensfremdheit der Pandektistik

#### **Recht nach Jhering:**

- Recht dient konkreten Interessen und nicht einer abstrakten Rechtsidee
- Recht entsteht und entwickelt sich aus einem Kampf zwischen Interessengegensätzen. Das Recht entsteht erst in einem Interessenskonflikt.
- Der Richter muss einen Konflikt aufgrund der vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessensentscheide im Gesetz lösen. So wird stark auf die gesetzgeberischen Motive und Zwecke abgestellt. Dogmatik bleibt dabei aber nicht völlig ohne Bedeutung.
- Zwecke sind die Schöpfer des Rechts. Mit ZGB 1 kommt die Anerkennung der schöpferischen Tätigkeit des Richters.
- Zweck: Gesetzgeberisches Motiv und Funktion des Rechtsatzes im Rechtsganzen
- Funktionales Verständnis → ratio legis & teleologisches Auslegungselement sind bedeutend und gehören zur Auslegung dazu.

## 3. Historische Dimension III: Richterpersönlichkeit und Auslegung

### a. Kritik der Begriffsjurisprudenz durch Jhering

- Hinwendung zur Rechtswirklichkeit  
⇒ Überwindung der Pandektistik
- Rechtsentwicklung durch Kampf  
⇒ Recht als Ergebnis miteinander ringender Interessen und Machtströmungen
- Zweckorientierung des Rechts  
⇒ Teleologie wird stark aufgewertet

### b. Abschluss der Kodifikationsphase um 1900 (BGB, ZGB)

- Veränderte Juristenrolle  
Durch die Entstehung der grossen Kodifikationen wird die Funktion des Gesetzinterpreten und der Juristen stark verändert. Der Jurist wird zum Interpret des abgeschlossenen juristischen Werkes. Er spricht kein Recht mehr, sondern wendet es bloss noch an.  
⇒ Vom Gesetzgeber zum Interpreten
- Notwendigkeit einer methodischen Neuorientierung
- Subsumtionsautomat oder Richterkönig?  
Dies sind die 2 Extreme, wie der Jurist gesehen werden kann.

### c. Freirechtsschule

- Eugen Ehrlich (1862 - 1922)  
Eugen Ehrlich gilt als Begründer der Rechtssoziologie.

*Es gibt keine andere Gewähr der Rechtspflege als in der Persönlichkeit des Richters. Nur dadurch, dass der Schwerpunkt der Rechtspflege künstlich in die Gesetzgebung verlegt worden ist, ist es möglich geworden, die schlichte Wahrheit solange unserer Erkenntnis zu entrücken, dass die höchste Aufgabe, die an einen Menschen herantreten kann, bei denen, die zu ihrer Lösung berufen werden, geistige und sittliche Grösse voraussetzt, die das übliche Mittelmaß weit übersteigt.*

⇒ **Richterkönig als zentrale Figur**

⇒ **Es wird auf das Subjekt des Richters abgestellt. Er soll nicht hinter seiner Funktion verschwinden, so wie beim Subsumtionsautomaten.**

⇒ **Der Gesetzgeber hat nicht das Primat.**

– **Hermann Kantorowicz (1877 - 1940)**

*Ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmaschine, freilich einer von der feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht, ist er imstande, mit Hilfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen.*

*Der Parallelismus, der zwischen dogmatischer Jurisprudenz und orthodoxer Theologie – allein von dieser sei hier die Rede – heute besteht, springt in die Augen. Dort Gott, hier ‘der Gesetzgeber’, beides für die Erfahrung unzugängliche Wesen.*

⇒ **Anknüpfung an Jhering**

⇒ **Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung. Es bestehen keine geschlossenen Rechtssysteme. Durch diese Lückenhaftigkeit besitzt der Richter grössere Spielräume.**

⇒ **Existenz des freien Rechts. Es entsteht frei in der Gesellschaft und ist nicht bereits vorprogrammiert durch die Juristen. Es entsteht spontan durch Handlungen. Die Rechtsanwendung ist nicht beschränkt auf die vom Staat beauftragten Interpreten.**

⇒ **Rechtsanwendung ist primär ein Willens- und Gefühlsakt**

⇒ **Klassische Methode ist nur pseudologische Technik**

⇒ **Sicherungsmittel gegen richterliche Willkür.**

- **Richtereid**

- **Richterkollegium**

- **Instanzenzug**

- **Volkswahl: Die meisten europäischen Staaten kennen eine Richterkarriere. man kommt über eine Prüfung in diese Karrierelaufbahn. Das Modell der Volkswahl besteht nur in den USA und in der Schweiz.**

– **Ernst Fuchs (1859 - 1929)**

*Nur Richterkönigen können wir die freie Rechtsfindung und Interessenabwägung, also die Rechtsprechung vom höheren Standpunkt wahrer Gerechtigkeit anvertrauen, die unsere niedere Begriffsjurisprudenz ablösen muss. Die dialektische Konstruktion mit ihren Interpretationskünsten für die subalterne Schreibjustiz, die freie Rechtsfindung mit ihrer Schöpferkraft für das Richterkönigtum.*

*Hat nun die juristische Kunst der Gesetzesauslegung auf dem Privatrechtsgebiet mit jener Entwicklung des praktischen Lebens, das durch jene Kunst zugleich widerspiegelt und gestaltet werden soll, gleichen Schritt gehalten? Diese für die Rechtswissenschaft entscheidende Frage müssen wir rundweg verneinen. Wir stecken mit unseren juristischen Techniken noch im Mittelalter, als wäre jene ganze gewaltige wirtschaftliche Revolution hoch über den Köpfen der deutschen Zivilrechtsjurisprudenz beinahe spurlos weggebraust. Die deutsche Rechtswissenschaft ist, von guten Ansätzen abgesehen, im Grunde und tiefsten Kern, historisch-philologisch und konstruktiv-deduktiv geblieben, statt modern-naturwissenschaftlich und erfahrungsgemäss induktiv zu werden.*

– Fazit

- Die Richterkönigsposition lehnt den strikten Gesetzespositivismus ab. Die politische Dimension der Rechtsprechung wird anerkannt. Recht ist etwas Politisches.
- Durch die freie richterliche Rechtsfindung hat die Richterpersönlichkeit eine erhöhte Bedeutung. (Figur des Richterkönigs)
- Rechtsgefühl als Grundlage der richterlichen Entscheidung.
- Sozialgestaltende Rechtsfindung unter Berücksichtigung des Gesetzgebungsprogramms.

**d. Interessenjurisprudenz (Philipp Heck - 1858-1943)**

– Praktische Rechtsanwendungslehre (keine Philosophie)

Der Richter hat Interessen gegeneinander abzuwägen, so wie der Gesetzgeber.

– Kritik an Begriffsjurisprudenz und an Freirechtsschule

Heck liegt zwischen den Extrempositionen des Richterkönigs und des Subsumtionsautomaten. Er kritisiert beide Extrempositionen. Er sieht die Lückenhaftigkeit ebenfalls als Prinzip, weshalb keine deduktiv-konstruktivistische Rechtsfindung besteht. Er sieht aber eine verfassungsrechtlich gebotene Bindung des Richters ans Gesetz. Er macht ihn nicht zum Sklaven aber bindet ihn an den Gehorsam des Gesetz.

- *Die Interessenjurisprudenz ist eine Methodenlehre für die praktische Rechtswissenschaft. Sie will die Grundsätze feststellen, die der Richter bei seiner Fallentscheidung befolgen soll und die deshalb auch für denjenigen Forscher bedeutsam sind, der die Arbeit des Richters vorbereiten will (...).*
- *Auch der Richter hat Interessen abzugrenzen, Interessenkonflikte zu entscheiden wie der Gesetzgeber. In dem Streit der Parteien tritt ihm ein Interessenkonflikt entgegen.*
- *Ausgangspunkt ist die Erwägung, dass der Gesetzgeber die menschlichen Interessen nach seinen Werturteilen gegeneinander abgrenzen will und dass der Richter die Aufgabe hat, dieses Endziel durch seine Fallentscheidungen zu verwirklichen. Der nächstliegende Weg besteht darin, dass er die Gesetzesgebote anwendet, die Tatbestände unter die gesetzlichen Begriffe, die in Gesetzesgeboten enthalten sind, subsumiert, also dem Gesetze gehorcht. Aber die Schwierigkeit der Gesetzgebung hat zur Folge, dass diese Subsumtion nicht immer geeignet ist, die Gesetzesziele zu erreichen.*
- *Deshalb beschränkt sich die Aufgabe des Richters nicht auf die logische Subsumtion unter die Gesetzesbegriffe, sondern er hat auch die vom Gesetzgeber ins Auge gefasste Interessenlage zu erforschen. [...] Nicht bloß logische Anwendung der Begriffe wird gefordert, sondern eine die Interessenwertung, d. h. wie man früher sagte, eine «den Sinn und den Geist des Gesetzes» berücksichtigende Rechtsprechung. [...]*
- *Das Ergebnis [der Auslegung] kann sein, dass eine Lücke vorliegt, eine nicht gewollte Unbestimmtheit des Gesetzes oder ein Fehlen der anwendbaren Gebote. Auch diese Lücke ist durch Interessenabgrenzung unter Bindung an die Werturteile des Gesetzgebers und unter subsidiärem Eingreifen der Eigenwertung auszufüllen.*

Der Richter hat das Ziel der Gesetzgebung durch seinen Endentscheid umzusetzen und ist dabei an die Wertentscheidung des Gesetzgebers gebunden. Die Gesetzgebung ist jedoch nicht so klar, dass eine reine Subsumtion immer zum Ergebnis führt. Der Richter muss deshalb auch selbst denken. Die Interessenabwägung muss vom Richter wiederholt und auf den Einzelfall angewendet werden. Lücken dürfen sogar durch subsidiäres Eingreifen von Eigenwertungen gefüllt werden. Damit kann die Richterpersönlichkeit ins Urteil einfließen.

- Allein die den Rechtsnormen zugrundeliegenden Interessen bilden die Grundelemente der Rechtsentstehung
  - Materielle Interessen
  - Wertmassstäbe
    - ⇒ Anerkennung der normativ-wertenden Dimension
  - Grundlage des Rechts ist der permanente Widerstreit entgegengesetzter Interessen
  - Konkrete Gestalt der Norm beruht auf Interessenkompromiss
    - ⇒ Abwägungsentscheidung
  - Keine reine Zweckorientierung
  
- Rechtsfindung als Rechtszweckbetrachtung bei Gebot der Gesetzestreue
  - ⇒ Denkender Gehorsam
    - Richter hat den dem Fall zugrunde liegenden Konflikt herauszuarbeiten
    - Widerstreitende Interessen erkennen und gegeneinander abwägen
    - Entscheidung nach der vom Gesetzgeber in der Rechtsnorm bereits vorweggetroffenen interessenwertenden Entscheidung
  
- Lückenhaftigkeit und Ergänzungsbedürftigkeit des Gesetzes
  - Gesetzeswortlaut bildet keine normative Grenze
  - Analogie
  - Orientierung an Willen des Gesetzgebers und an richterliche Eigenwertung = Koexistenz von Bindung und Freiheit
  - Feststellung der im Gesetzgebungsverfahren massgeblichen Absichten als empirisch-historische Tatsachen

#### e. Eugen Huber (1849-1923)

Eugen Huber ist ein Antipositivist und auf der Seite der Freirechtler.

- Punktuelle Verwertung verschiedener Modelle
- Innovation in der Tradition  
Eugen Huber stützt sich auf die Tradition aber ist dabei doch sehr innovativ.
- Anerkennung der Lückenhaftigkeit der Kodifikation, aber Lückenlosigkeit der Privatrechtsordnung  
Die Kodifikation ist nach Eugen Huber lückenhaft. Das Gesetz muss deshalb eine Anleitung geben, wie man Lücken füllen kann. Dabei besteht ein Entscheidungszwang.
- ZGB 1 Abs. 2 als Anleitung zur Lückenfüllung durch Regelbildung
  - Vorbild Aristoteles
  - Vorbild gemeinrechtliche Literatur
  - Vorbild Freirechtsschule
  - Unbewusste Übung
  - Umsetzbare methodische Anleitung?
  - Schwierigkeit der Regelbildung
  - Verwischung der Differenz zu ZGB 4

*Nun kann aber ferner der Fall eintreten, dass bei einer Lücke des gesetzten Rechts auch kein Gewohnheitsrecht vorhanden ist. Wo nimmt dann der Richter den Rechtssatz her, nach dem er sein Urteil sprechen soll? Seine vernünftige Einsicht, sein Gewissen, sein Charakter, seine Bildung und Erfahrung müssen ihn hier leiten, damit er das Recht nicht nach seiner Willkür, sondern in einem Verfahren finde, das einer sorgfältigen Ausübung seines Amtes entspricht. Darnach ist in erster Linie erforderlich, dass er sich nach dem umsehe, was für ähnliche Fälle andere schon gesagt oder entschieden haben. Er muss dafür eine sorgfältige, seines Amtes würdige Prüfung treffen. Er soll sich an die bewährte Lehre und Überlieferung halten, wie Abs. 2 von Art. 1 es formuliert. (...)*

*(...) Findet er aber auch hierin keine Anhaltspunkte, so wird er nur noch seiner eigenen, individuellen Überzeugung folgen können, und was hierfür ihm an Anweisung gegeben werden kann, besteht einzig darin, dass ihm gesagt wird, er habe nicht den Fall zu entscheiden nach Willkür, nach dem Eindruck der augenblicklichen Umstände, nach Mitleid, Entrüstung oder persönlicher Neigung, sondern so, als würde er gleich dem Gesetzgeber den Satz formulieren, um ihn dann auf den Fall anzuwenden, der seines Urteiles harret. In diesem Sinne ist Abs. 3 zu verstehen. Er bedeutet das gleiche, was in der Doktrin schon in die Worte gekleidet worden ist: Der Richter soll in solchen Fällen so entscheiden, wie der konsequente Gesetzgeber selbst entschieden haben würde, wenn er an diese Fälle gedacht hätte.*

⇒ Richterpersönlichkeit und damit Erfahrung und Charakter des Richters sind massgebend.

## **f. Methodendiskussion nach 1945 (Ausblick)**

- Fortbildung der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz
  - Rechtswissenschaft ist Denken in Werten
  - Entscheidung von Interessenkonflikten durch einen Werte realisierenden Umgang mit den Rechtsnormen
  - Tragende Grundgedanken liegen den Konfliktentscheidungen zugrunde, sind nicht mit diesen identisch: In den tragenden Grundgedanken findet man die Anleitung für eine Lückenfüllung.
  - Rechtsethischer Gehalt der Grundrechtsprinzipien der Rechtsordnung
    - ⇒ Orientierung auf Rechtsidee
  - Rechtsidee
    - ⇒ Naturrecht? Verfassung?: Idee des Naturrechts von ewigen gültigen Prinzipien.
  - Vorrang der objektiv-historischen Methode: Nicht der Gesetzgeber als solches ist massgebend, nicht subjektiv-historisch.
- Neue Hermeneutik  
Infragestellung des Subsumtionsautomaten.
- Richtersozioologie und Justizkritik
- Systemtheorie
- Rechtlinguistik
- Diskurstheorie

## **g. Richterkönig oder Kommentarkaiser?**

- Stabilisierungsfunktion der Dogmatik  
In der Rechtsevolution entstehen (1) neue Variationen, danach (2) kommt es zu einer Selektion & Beschäftigung mit neuen Elementen und (3) die Dogmatik stabilisiert die neuen Variationen.
- Funktionen des Kommentars:  
Der Kommentar ist das grosse Monument der Dogmatik. Es handelt sich dabei um ein Rückkoppelungssystem, da Gerichtsentscheidungen und Normen durch die Dogmatik stabilisiert und in das System eingebunden werden.
  - Gedächtnismaschine: Jede Entscheidung knüpfen an vorhergehende Entscheidungen an. Die Kommentare knüpfen ebenfalls an vorhergehende Rechtsprechung und Lehre an.
  - Medium des Rechtsdiskurses: Kommentare transportieren die herrschende Lehre und stabilisieren die Rechtsposition. Man zitiert nicht den Kommentar als solchen, sondern die dahinterstehende herrschende Meinung.

- Normtextgeleitete Interpretation: Gegenstand der Kommentare sind die geltenden Gesetze. Der Diskurs wird damit auf bestimmte Elemente reduziert.
  - Komplexitätsreduktion: Man muss nicht alle einzelnen Dissertationen lesen und Entscheidungen berücksichtigen. Im Kommentar sieht man an einem einzigen Ort, welcher Zustand des Rechts herrscht. Will man vom Kommentar abweichen, muss man dafür starke Argumente vorbringen.
  - Kommunikation zwischen Praxis und Wissenschaft: Die Rechtswissenschaft wird in der Rechtsevolution integriert.
  - Aktualisierung des Gesetzes: Instrument der Gesetzanpassung.
- Kommentarkaiser steht über dem Richterkönig?  
Sind Aebi-Müller und Eitel die Kommentarkaiser unserer Zeit?

#### 4. "Law and ..." -Movements

##### Beispiele für "Law and Movements":

- Law and psychology
- Law and feminism
- Law and society
- Critical race theory
- Law and literature
- Law and economics

##### a. Das Aufkommen ausserjuristischer Theorien

###### Seit den 1970-Jahren:

Die Autonomie und die Objektivität des Rechts werden zunehmend in Frage gestellt. Man verbindet das Rechtssystem zunehmend mit sozialen, ökonomischen, politischen und kulturellen Kontexten. Man sucht nach ausserjuristischen theoretischen Massstäben. Es kommt zu einem interdisziplinären Formalismus, indem der Rahmen für die Rechtswissenschaft durch andere Wissenschaften gesteckt wird.

###### Postmoderne:

In der Postmoderne wird evident, dass sich das Recht auf keiner einheitlichen ethischen Basis mehr gründet. Es wird zunehmend schwierig, gemeinsame Grundlagen zu finden. Die stabile Metaethik des Rechts und die stabile Auslegungspraxis sind nicht mehr gegeben.

###### Interpretive turn:

- Neue Hermeneutik
- Sprache konstruiert die Welt
- Kontextabhängigkeit von Information
- Auslegung von Texten ist kulturell bedingt
- Auslegung von Texten ist Produkt des Interpretieren

##### b. Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR) - Law and Economics

###### 1960er-Jahre: Transaktionskostenanalyse (Coase):

Grundsätzlich reguliert sich der Markt selbst. Das Recht ist eigentlich irrelevant für das Marktgeschehen. Die Zuweisung von Handelsrechten ist nicht relevant, solange der Markt funktioniert.

Nur bei einer Verzerrung des Markts, durch zu hohe Transaktionskosten, soll das Recht eingreifen und die Marktsituation wieder rekonstruieren. Das Recht soll korrigierend intervenieren.

### **1970er-Jahre: Posner**

Posner überträgt die gesamten mikroökonomischen Prinzipien auf das gesamte Rechtssystem. Das Recht und die Rechtswissenschaft verfügen über keine Autonomie mehr. Das Recht kann sich nicht unabhängig von der Wirtschaft entwickeln.

Dabei will Posner nicht nur empirisch aufzeigen, wie das Recht funktioniert, sondern auch aufzeigen, wie es zu funktionieren hat.

Man geht vom *homo oeconomicus* aus, der nur handelt, wenn er einen Nutzen in der Handlung sieht. Es wird stets eine Kosten-Nutzen-Analyse vorgenommen. Man versucht stets rational den Gewinn zu maximieren.

Ziel ist die Effizienz und die Maximierung des gesamtgesellschaftlichen Nutzens.

Dabei muss man sich Fragen, ob Rechtsnormen und gerichtliche Entscheidungen Anreize für das Verhalten der Marktteilnehmer geben oder nicht.

Grundthese ist, dass sich Richter und Gesetzgeber dogmatisch, unbewusst, am gesellschaftlichen Nutzen orientieren. Hat eine Norm keinen Nutzen, muss das Recht restriktiv und normativ angepasst werden.

- Legitimation der Rechtsnormen durch effiziente Ressourcenallokation:
  - Eine gesellschaftliche Nutzenmaximierung ist auch erreicht, wenn der von einer Änderung Begünstigte die Benachteiligung der anderen kompensieren kann. (Kaldor-Hicks-Kompensation).
  - Die juristische Argumentation ist erhöht rational.
  - Das Recht besitzt eine erhöhte Steuerungsfähigkeit. Auch das Verhalten von potentiellen Normbrechern wird gesteuert (strafrechtlich). Die Kosten-Nutzen-Abwägung soll dazu führen, dass man sich an die Norm hält.
- Folgeorientierung richterlicher Entscheidungen  
Die Richter müssen bei ihren Entscheidungen mitüberlegen, welche Folgen ihre Entscheidungen haben werden.
- Kritik
  - Es wird angenommen, dass Gewinnmaximierung an sich ein gesellschaftlicher Wert ist. Es gibt jedoch auch Tätigkeiten, die man vornimmt, um jemandem einen Gefallen zu machen.
  - Es besteht kein *homo oeconomicus*. Es bestehen heterogene Individualinteressen und eine begrenzte Rationalität.
  - Die Effizienz führt nicht immer zu einer gerechten Ressourcenverteilung. Bestehende Ungleichheiten werden oft festgeschrieben und nicht in Frage gestellt.
  - Es besteht eine marktwirtschaftliche Ideologie.
  - Reduktion des Lebens auf die Gelddimension.
  - Autonomie des Rechts wird in Frage gestellt.
  - Folgeorientierung überfordert die Gerichte.

## **c. Recht und Literatur**

### **Law-in-literature:**

Recht ist oft auch Gegenstand der Literatur (Bsp.: Der Richter und sein Henker, Dürrenmatt). Die Literatur kann auch als Rechtsquelle betrachtet werden, indem sie das Recht in einer emotional anderen Form vermittelt.

Die Literatur ist rechtlich relevant für die ethische Dimension des Rechts.

### **Law-as-literature:**

- Hermeneutischer Zugang
  - Recht & Literatur sind gleich zu behandeln
  - Analyse von Rechtstexten mit literarischen Methoden. Das Recht bedient sich selbst literarischen Strukturen.
  - Infragestellung des klassischen juristischen Methodenkanons.
  - Betonung der Subjektivität der Interpretation.
  - Aufbrechen des juristischen Formalismus.
  - Storytelling als Instrument der Zulassung anderer Stimmen im Rechtsdiskurs. Der Jurist konstruiert sich die Rechtswirklichkeit.
- ⇒ Recht & Kultur?

## **d. Feministische Rechtstheorien**

### **Blinde oder sehende Justitia?**

*Es ist eine "sehende Justitia" zu wünschen, die Gleichheit von Verschiedenem wägt. Gleichheit ohne (einseitige) Angleichung herstellt, wohl wissend, dass zwar in vielen Rechtsbereichen formal Gleichheit der Geschlechter hergestellt worden ist, dass aber der übergeordnete Gerechtigkeitsgedanke manchmal auch "Gleichheit in der Ungleichheit ohne Angleichung" verlangt. Die traditionelle Justitia verschliesst die Augen vor der Wirklichkeit, wie sie sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung, aber auch aus wissenschaftlichen Studien aller Disziplinen ergibt. [...].*

*Es wäre daher zu wünschen, dass die Rechtsprechung auf differenzierendere Weise als bisher und in einem umfassenderen Verständnis des verfassungsrechtlichen Gebots, Frau und Mann als gleichberechtigt behandelt und zu ihrer tatsächlichen Gleichstellung im Sinne der Anerkennung ihrer Gleichwertigkeit beiträgt. Es wäre zu wünschen, dass die moderne Justitia eine sehende wird, die Gleichheit (als Gleichheit des Menschenantlitzes) mehr mit Verschiedenem (soziale, psychologische, wirtschaftliche Wirklichkeit) wägt und so mithilft, eine Gleichheit zu verwirklichen, die Gleichwertigkeit nicht ausschliesst, sondern tatsächliche Unterschiede [...] zur Kenntnis nimmt.,,*

Margrit Bigler-Eggenberger, Justitias Waage – oder waagemutige Justitia (2003)

- Gleichheit nicht im Sinne des Gleich-seins. Unterschiede sind notwendig!

### **Kampf um Gleichberechtigung:**

- Olympe de Gouges (1791): Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne
- Mary Woolstonecraft (1792): A Vindication of the Rights of Women
- Moderne Menschenrechtserklärungen
- BV 8

### **Liberaler Feminismus:**

- Gleichheitsmodell

Es wird von einer universalen Menschenwürde ausgegangen. Diskrepanzen werden als soziale Konstrukte angesehen. Das Gesetz und Recht soll Männer und Frauen gleich behandeln, womit ein geschlechtsneutrales Recht gefordert wird. Man kämpft gegen Diskriminierungen.

### **Radikaler Feminismus:**

- Differenzmodell

Die Unterschiedlichkeit von Mann und Frau wird als biologische Differenz betrachtet. Männer und Frauen haben unterschiedliche Vorstellungen und Verhaltensweisen. Die männliche Rationalität steht in Gegensatz zur weiblichen Weltauffassung. Das Rechtssystem muss diese Differenz beachten. Das Recht soll Männer und Frauen ungleich behandeln. Ein geschlechtssensibles Recht ist gefordert.



Das Recht greift nur im öffentlichen Bereich. In der Privatsphäre herrscht das Individuum. Genau dieses Prinzip wird vom radikalen Feminismus kritisiert, da die Gewalt der Männer gerade im privaten Bereich sehr gross ist. Die Abhängigkeit der Frau wird gerade durch die Trennung von öffentlichem und privatem Recht aufrechterhalten.

Die Sexualität wird in der männlichen Herrschaft gesehen. Die Sexualität ist eine soziale Konstruktion zur Etablierung einer gender-Hierarchie.

Das Recht muss sich gegen die bestehenden Hierarchien richten und die verdeckten Hierarchien herauschälen und berücksichtigen.

Die Realität der Frauen soll Basis der Rechtsinterpretation sein.

Alternative Konfliktlösungsmethoden (Mediation) sollen eingeführt werden, da sie der Frauennatur (Sensibilität, Kooperation) besser entsprechen. Gender Mainstreaming muss betrieben werden.

Die Scheinobjektivität des Rechts muss in der Rechtspraxis entlarvt werden.

Der radikale Feminismus wurde weiterentwickelt zu:

– Kulturellem Feminismus

Es bestehen besondere weibliche Formen der Konfliktlösung und Moral. Das Recht soll moralisch und ethisch aufgeladen werden.

– Ökofeminismus

Die Frauen haben einen anderen Bezug zur Natur. Diese Überlegung soll in das Umweltrecht einfließen.

**Postmoderner Feminismus:**

Das männliche Recht wird in Frage gestellt. Es gibt nur konstruierte Realitäten, keine objektiven Wahrheiten.

Beim postmodernen Feminismus werden Sex und Gender zusammengenommen. Beide werden als Sozialkonstruktionen angesehen. Auch das Biologische ist durch das Recht konstruiert, da man bspw. einen Namen bekommt.

In der Natur gibt es keine strikte Zweigeschlechlichkeit, sondern fließende Übergänge. Auf das Recht übertragen heisst das, das keine fixierte Geschlechterordnung besteht soll, sondern alles auf einer freien Bestimmung basieren soll.

Das Recht muss neu gelesen werden. Dies stellt eine interpretatorische Aufgabe dar. Man muss mit verschiedenen Interpretationsweisen versuchen, auf die Tatsachen des Feminismus besser Rücksicht zu nehmen.

Äquivalenzrechte sollen die Möglichkeit der freien Wahl einer Lebensform ermöglichen. Ein freier Selbstentwurf soll ermöglicht werden. Die traditionellen Vorstellungen sollen nicht reproduziert werden.

- Alle Feminismus-Theorien hinterfragen die Interpretationsmethoden des Prinzips der Vernunft.
- Rechtsgleichheit ≠ einheitlicher Begriff.
- Der Feminismus und seine Forderungen werden auf andere Diskriminierungsformen ausgeweitet, bspw. auf die Rasse.

## 5. Richterliches Vorverständnis

### a. Hermeneutik

Hermeneutik ist die Kunst, etwas aus einem Text herauszulesen, was nicht direkt im Text steht.

### **Ältere Hermeneutik: (bspw. Savigny)**

Die Interpretation der Texte soll möglichst authentisch sein. Man ging davon aus, dass der Text in seinem herkömmlichen, ursprünglichen Sinn zu verstehen ist. Damit steht der Autor des Textes im Fokus, der Gesetzgeber.

Die authentische Interpretation ist die daraus resultierende Konsequenz, dass nur noch der Textverfasser selbst interpretieren darf.

Man muss sich in den Text hinein fühlen und den ursprünglichen Sinn heraus schälen. Dieser Aspekt findet sich auch noch in den heutigen historischen Auslegungselementen.

Der Interpret wird als neutrale Figur, als Maschine, angesehen. Er darf nicht subjektiv etwas zur Interpretation beitragen. Die Interpretation ist kongeniale (geistesverwandte, gleichgesinnte) Anverwandlung.

### **Neue Hermeneutik: (bspw. Hans-Georg Gadamer)**

#### – Subjektivität

Der Interpret rückt in das Zentrum der Beobachtung. Der Interpret ist standortgebunden, hat seine eigene Sicht der Dinge. Man tritt mit eigenen Einsichten und einem Vorverständnis an den Text heran. Jeder hat ein eigenes Lebensverhältnis zur Sache.

Das Lesen und Verstehen eines Textes (Interpretation) wird als produktiver Akt angesehen. Durch die Interpretation wird der Text neu gemacht, er kann sich verändern. Es wird nicht bloss reproduziert, was der Autor gemeint hat. Die Interpretation ist notwendig, um alte Texte anschlussfähig zu halten, indem sie an Veränderungen angepasst werden.

#### – Vorverständnis

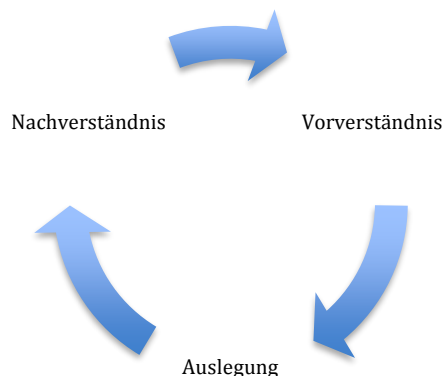
Ein solches Vorverständnis, ein gefüllter Rucksack, ist notwendig, um einen Text interpretieren zu können. Die Fähigkeit, einen Text zu interpretieren, hängt von seiner Lebensgeschichte (seinem Lebensverhältnis zur Sache) des Interpreten ab. Das Vorverständnis ist keine Störung sondern eine notwendige Voraussetzung und produktive Bedingung für die Textinterpretation.

#### – Hermeneutischer Zirkel

Es besteht eine ständige Wechselwirkung zwischen Beobachter und Beobachtetem. Der Ausleger beeinflusst den Text, der Text beeinflusst den Ausleger.

Der Interpret tritt mit einem gewissen Vorverständnis an den Text heran. Dieses Vorverständnis kann sich während der Textauslegung korrigieren. Daraus ergibt sich ein Nachverständnis (=revidiertes Vorverständnis), welches wiederum für einen nächsten Text als Vorverständnis dient.

⇒ Der hermeneutische Zirkel ist ein notwendiges Erkenntnisinstrument



## b. Vorverständnis und juristische Methodenlehre (Esser, 1910-1999)

### **Mängel der akademischen Methodenlehre:**

Die Praxis nimmt den Auslegungskanton ex post und begründet das bereits gefällte Ergebnis. Der Entscheidungsprozess entspricht damit nicht der beigebrachten Subsumtion. Methoden werden von der Praxis dazu missbraucht, um Entscheidung *lege artis* zu begründen. Zudem besteht keine glatte Subsumtion, was irrtümlicherweise angenommen wird. Die Tatsache, dass man es nie geschafft hat, einen verbindlichen Kanon festzulegen, zeigt, dass er eine bloss legitimierende Funktion hat und nicht Basis der richterlichen Arbeit darstellt. Es besteht ein Glaube an eine logisch-deduktive Arbeitsweise. Die Richterarbeit ist nicht politisch, ist wertungsfrei. Wertungen werden ausgeschaltet.

### **Wertungsproblematik:**

Entscheidungen müssen schlüssige Entscheidungen sein, welche genügend argumentiert sind. Rechtspolitische Entscheidungen geniessen Vorrang. Man hat stets Sachgerechtigkeit zu suchen.

Fiktion müssen aufgespürt und entlarvt werden.

### **Urteilsbegründung:**

Die Urteilsbegründung dient dazu, einen Konsens über die Vernünftigkeit der Lösung herzustellen und eine vernünftige Lösung zu erlangen. Dies stellt einen rechtsinternen Prozess dar.

Eine Entscheidung wird aber nicht immer hingenommen, sie kann auch kritisiert werden. Die Entscheidung wird jedoch als rational dargelegt und sollte grundsätzlich als richtig anerkannt werden. Ein Richtigkeitsnachweis für getroffene Entscheidungen ist zu finden.

### **Verschiedene Vorverständnisse:**

- Individuelles Vorverständnis:  
Man ist geprägt durch die eigene Geschichte und durch die eigenen politischen Überzeugungen.  
⇒ Justice ist what the judge ate for breakfast.
- Professionelles Vorverständnis:  
In der beruflichen Ausbildung wird die Interpretationsfähigkeit anhand von Falllösungen und Fallarbeiten gefördert. Dabei orientiert man sich an einer bundesgerichtskonformen Auslegung. Es ist eine bewusste Schulung, welche den "Rucksack" mit beeinflusst. Aus dieser Ausbildung entsteht eine Gefahr der Routine. Routine ist sowohl Teil der Professionalisierung wie auch Gefahr, da man nicht immer gleich entscheiden darf.
- Kollektives Vorverständnis:  
Der Zeitgeist und allgemeine Rechtseinstellungen sind ebenfalls prägend.

### **Vorverständnis ≠ Vorurteil:**

Ein Vorurteil ist eine negative Seite des Vorverständnisses. Es kann durchaus Vorurteile geben, sie sollten jedoch vermieden werden.

## c. Konsequenzen für die richterliche Tätigkeit

### **Konsequenzen bezüglich der Gesetzesbindung des Richters:**

⇒ **Bindung an das Gesetz - Richterkönig?**

Der Gesetzgeber besitzt nur Regelungsprimat. Er hat Vorrang bezüglich der Regelung. Damit verabschiedet man sich vom Glauben an den wahren Sinn einer Norm.

Der Richter entscheidend hingegen über das geltende Recht. Die richterliche Arbeit ist damit von gesellschaftspolitischer Relevanz. Der Richter hat eine politische Funktion. Der

Rechtsanwender entwickelt einen konkreten Normbefehl. Um eine verifizierte Lösung zu finden, muss er sein Vorverständnis reflektieren (=hermeneutischer Zirkel).

#### **Konsequenzen bezüglich der Lückenfüllung durch den Richter:**

Nimmt man an, dass ein Text immer interpretationsfähig ist, kann es keine Lücken geben.

Die Lückentheorie stützt sich auf die Auffassung, dass ein Text vollständig sei.

Da ein Text immer auslegungsbedürftig und -fähig ist, ist er per se lückenhaft.

Auch die normale Auslegung, die Subsumtion, ist kreativ und schöpferisch, so wie die Lückenfüllung. Beide Auslegungen geben der Norm einen Sinn. Es besteht kein Unterschied zwischen Auslegung und Lückenfüllung.

Die Lücke stellt eine Selbsttäuschung dar.

Die Lückentheorie könnte man deshalb vergessen.

#### **Konsequenzen bezüglich des Verhältnisses von Sachverhalt und Norm:**

Im juristischen hermeneutischen Zirkel wandert der Blick stets zwischen Fall und Norm hin und her.

Der Sachverhalt bestimmt das richterliche Vorverständnis in Bezug auf die Normauswahl.

Mit der Vorstellung einer Lösung sucht man sich Sachverhaltselemente, die passen. Der Blick auf die Norm konstituiert den Sachverhalt. Der Sachverhalt wird konstruiert, indem man durch Selektion gewisse rechtliche Informationen ausschält. Man überlegt sich bereits, welche rechtlichen Normen man zur Anwendung bringen möchte.

⇒ Gegenseitige Beeinflussung

#### **Rechtsstaatliche Anforderungen:**

Eine Selbstkontrolle infolge eines kritischen Bewusstseins mit dem eigenen Vorverständnis ist gefordert. Man muss bereit sein, sein Vorverständnis zu korrigieren und anzupassen.

Eine Transparenz in der Begründung und Entscheidung muss gegeben sein. Dadurch entsteht ein neuer Begründungsstil.

Man kann nicht darauf vertrauen, dass das Gesetz automatisch funktioniert.

## **6. Gerichte und Politik**

### **a. CH-Besonderheit: Parteipolitische Zugehörigkeit der RichterInnen**

#### **Richterwahlen: politisch oder politisiert?**

Um Richter zu werden, muss man einer Partei angehören. Nur sehr wenige Richter sind in der Schweiz parteilos. Man vertritt den Proporz. Deshalb ist es strategisch sinnvoll, derjenigen Partei beizutreten, die am wahrscheinlichsten Anspruch auf einen weiteren Richter hat. Damit würde eine politisierte Justiz vorliegen.

Nach Erfahrungen spiegelt sich die Parteizugehörigkeit jedoch nur selten in der Tätigkeit der Gerichte wieder.

Die Wiederwahl stellt ebenfalls ein Problem dar, da sich der Richter dadurch verpflichtet fühlt, in gewisser Weise zu entscheiden.

#### **Rechtspolitische Meinungsverschiedenheiten in Gerichten verlaufen nicht parallel zur Parteizugehörigkeit:**

Es besteht ein richterliches Selbstverständnis.

Oft herrschen Meinungsverschiedenheiten auch zwischen Richtern derselben Partei.

Die innergerichtliche Gruppendynamik ergibt sich aus

- Arbeitsethos
- Präjudizien
- Lange Zusammenarbeit

## **b. Rechtsprechung ist eminent politische Tätigkeit**

Die Gesetze sind auslegungsbedürftig.  
Der Gesetzgeber gewährt dabei Handlungsspielräume für die Auslegung durch Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe oder bei der Strafzumessung.  
Damit wird unvermeidlich Richterrecht produziert.  
Das Problem ist das mangelnde Bewusstsein der Richter und eine fehlende kritische Reflexion über das Vorverständnis.

## **7. Gerichte und Rechtssystem**

### **a. Ausdifferenzierung von Gesetzgebung und Rechtsprechung**

Die Justiz autonomisiert sich gegenüber sozialen Beziehungen.  
Der Gesetzgeber liefert generell-abstrakte Normen, deren Auswirkung auf Freund und Feind nicht kontrollierbar sind. Der Richter wird an das Gesetz gebunden.

### **b. Entscheidungszwang der Gerichte**

Es ist eine operative Schliessung erforderlich.  
Die Justiz darf sich dabei nur an der eigenen Codierung orientieren. Es darf nicht ein fremder Code auf einen Fall angewendet werden.

### **c. Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung**

#### **Hierarchisch:**

Dies ist das klassische Modell. Durch die Weisungshierarchie ist das Gericht das ausführende Organ, welche Rechtsanwendung betreibt.

#### **Zirkulär:**

Man geht von einer wechselseitigen Bezugnahme und einer gegenseitigen Beobachtung aus.  
Man beschränkt sich gegenseitig in den Spielräumen. Rechts- und Politiksystem schauen gegenseitig aufeinander.

#### **Richterrecht:**

Die Gerichte beteiligen sich an der Rechtsproduktion. Das Recht hat damit politische Funktion.

### **d. Funktion der traditionellen Methodenlehren**

Identifikation des gesetzgeberischen Willens ist gefordert.  
Dies stärkt das hierarchische Modell der Subsumtion.  
Indem man sich am Gesetzgeber orientiert, soll die Hierarchie gestärkt werden.