



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.

UNIVERSITÄT LUZERN

Juristische Methodik

Droese/Luminati

11.11.2011

Teil Droese:

1. Einführung:

Im Zentrum der juristischen Methodenlehre stehen die Probleme der Gesetzesauslegung.

„Methodik für den Hausgebrauch“:

1. Einordnung des SV (welches Rechtsgebiet ist betroffen??)
2. Meistens Ergänzung des SV
3. Genauere Betrachtung des Gesetzestextes (Kommentare, Aufsätze...)
4. Subsumtion
5. Konklusion (konkretes Ergebnis)

Subsumtion und Konklusion:

	Sachverhalt	X möchte über sein Vermögen letztwillig verfügen....	Untersatz (2. Prämisse)
Subsumtion	Rechtsregel	Wer nach Art. 465 ZGB....	Obersatz (1. Prämisse)
Konklusion	Schlussfolgerung	X kann über sein Vermögen letztwillig verfügen	Schlussatz (Urteil)

→ Die Subsumtion setzt eine Konkretisierung der Rechtsregel auf den individuellen Fall voraus. Folglich muss deren Sinngehalt ermittelt werden. Dabei ist zuerst, durch die Auslegungselemente, der Auslegungsgegenstand zu fixieren (obj. Sinn der Norm).

2. Methodik der juristischen Fallbearbeitung

1. SV erfassen
2. SV rechtlich einordnen (welche Rechtsfragen stellen sich etc.)
3. Aufgabenstellung erfassen (was genau wird gefragt etc.)
4. Vorbereitung der Falllösung (SV unter Berücksichtigung der Fragen lesen)
5. Gliederung der Falllösung
 - Zivilrecht: lösen mit Anspruchsmethode (wer schuldet wem was woraus?)
 - Haftpflichtrecht: lösen mit Anspruchsmethode
 - Strafrecht: Gliederung gemäss Deliktsaufbau, Tatnächster, TB-Elemente prüfen....
6. Falllösung
7. Ende (Ergebnis präsentieren)

3. Grundprinzipien der Gesetzesauslegung

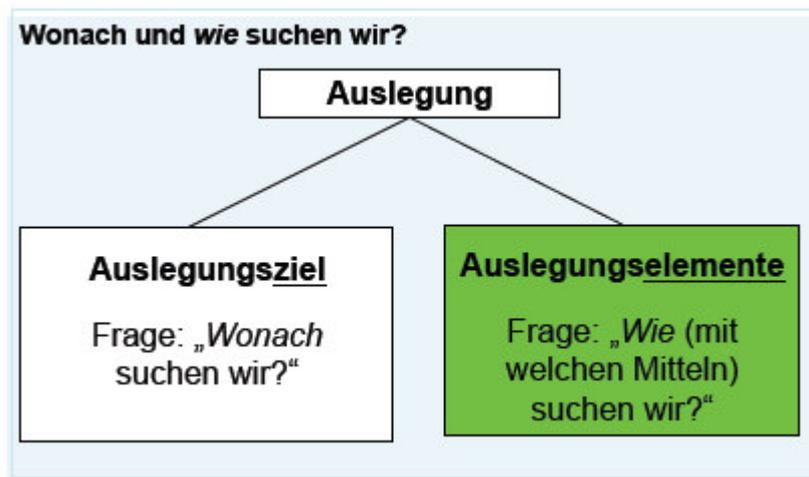
Auffrischung und Anknüpfung:

1. Rangordnung der Rechtsquellen in Art. 1 ZGB
2. Ausgangspunkt der Auslegung ist stets das Legalitätsprinzip

Grundfrage: Subsumtionsautomat (enge Gesetzesbindung) VS. Richterkönig (relativ frei):

Dabei ist es für den Richter wichtig, ein Mittelmaß zwischen rationaler Deduktion und subjektivem Werturteil zu finden! Denn wenn der Richter zu eng ans Gesetz gebunden ist, besteht die Gefahr des Demokratieverlustes, keine Überprüfbarkeit und keine Vereinheitlichung. Der Vorteil ist jedoch, dass auf ein konkreter Fall eingegangen wird.

Wonach suchen wir?:



Das Auslegungsziel:

Es ist danach zu fragen, was *vernünftige und korrekte Gesetzesadressaten* unter ihren Umständen aus der gesetzgeberischen Erklärung als Sinn herauslesen können.

→ Objektive Interpretation des Auslegungsziels:

- Historische Grundlage, Entstehungsgeschichte der auszulegenden Norm → obj.- historische (entstehungszeitliche) Methode
- Gegenwärtiger Kontext, aktuelles Umfeld der Norm → obj. - zeitgenössische (geltungszeitliche) Methode

Der obj.-Entstehungszeitliche Sinn als Regel und Ausgangspunkt der Auslegung! Abgewichen davon wird, wenn erhebliche Veränderungen der Realien vorliegen, es einen Nachweis des Irrtums der gesetzlichen Organe gibt oder eine erhebliche Zeitspanne seit dem Erlass des Rechtssatzes besteht.

→ Dabei gelten stets die Schranken der richterlichen Rechtsfortbildung. Also den Begründungszwang und kein Umfunktionieren einer Bestimmung (keine Auslegung contra rationem legis), denn wo der Sinn der Norm noch immer gelten könnte benötigt es keine Änderung.

Was sind Auslegungselemente?:

Sie sind Hilfsmittel zur Ermittlung des Sinngehaltes einer Norm; also Werkzeuge zu dessen Ermittlung. Es wird dabei gefragt, welche eigentliche Absicht (ratio legis) die Norm hat.

Elemente/Methoden:

- Grammatikalisches Element (Wortlaut)
 - Systematisches Element (Gesamtzusammenhang)
 - Realistisches Element (Tatsachen etc.)
 - Historisch/Entstehungszeitliches Element (damalige Idee)
 - Teleologisches Element (Zweck)
- ...
- } Gesetzestext/Wortlaut
} Interessenswahrung des Gesetzgebers

Methodenpluralismus des BGer:

Das BGer lehnt es ab, eine Hierarchie unter den Auslegungsmethoden zu bilden! Grunds. zieht es aber das grammatische Element vor!

→ Kritik daran:

- Grundsatzlosigkeit
- Fokussierung auf den Gesetzeswortlaut sei verfehlt, weil der Wortlaut nie oder höchst selten klar sei...

Grammatisches Element (Wortlaut als Ausgangspunkt):

Zu unterscheiden sind verschiedene Normtextelemente:

1. Deskriptive TBME (beschreibende), die auf einen Wirklichkeits-SV hinweisen.. (z.B. Tier in Art. 56 OR)

2. Normative TBME (vorschreibende), die sich auf Abstraktion oder Wertung bezieht. (z.B. juristische Fachbegriffe wie Aneignung, Eigentum etc.)

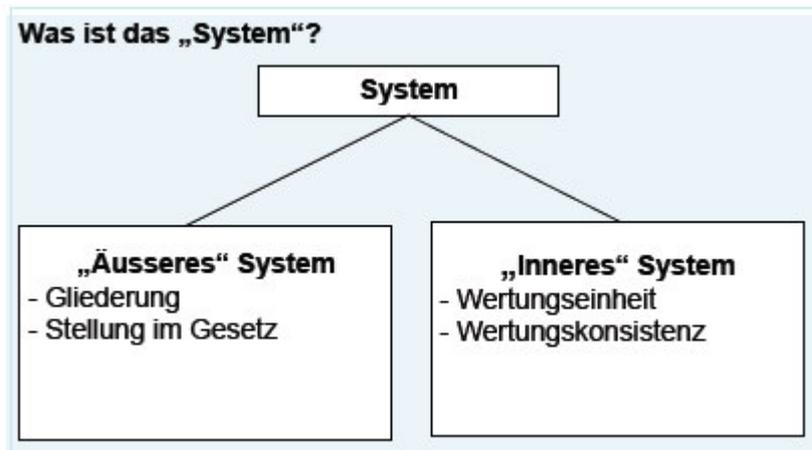
→ Trotz der grossen Bedeutung des Wortlauts sei auch auf die Grenzen hingewiesen:

- Ziel der Auslegung bleibt stets der Sinn... Es geht also nicht um den Wortlaut an sich, sondern um den gesetzgeberischen Willen!
- Keine Wortlautgrenze im schweizerischem Methodenverständnis.



Systematisches Element:

- Formale Auslegungsregeln (wie z.B. Umkehrschlüsse, Analogieschlüsse, etc.)
- Verfassungskonforme Auslegung
- Völkerrechtskonforme Auslegung



- Bedeutung des Kontextes einer Gesetzesbestimmung
- Äussere Gliederung der Rechtsordnung

Bedeutung formaler Auslegungsregeln:

- Analogieschluss¹ oder Umkehrschluss²?
- Vorrang:
 - lex specialis
 - lex posterior (jüngeres vor älterem)
 - lex superior (hierarchisches Gesetz)

→ Verfassungs- und Völkerrechtskonforme Auslegung

Historisches Element:

Im Mittelpunkt hier steht die Entstehungsgeschichte der Norm.

Materialien wie Protokolle von Expertenkommissionen, Vorentwürfe und Entwürfe, Botschaften des BRates etc. sind wichtig zur Erörterung.

Teleologisches Element (Zweck der Norm):

Hier fragt man sich stets nach der ratio legis.

Man muss aber beachten, dass das Gesetz immer den Schutz bestimmter Interessen bezweckt... Entscheidend ist somit die Interessenwertung durch den Gesetzgeber!!!

Der Zweck einer Norm lässt sich entweder direkt aus der konkreten Norm, aus einem bestimmten Rechtsinstitut, aus der Bezeichnung eines Gesetzes, der Berücksichtigung des ganzen Gesetzes oder aus Materialien entnehmen.

¹ Analogieschluss: A ist so zu behandeln, dann ist B auch so zu behandeln obwohl es nicht steht.

² Umkehrschluss: A steht, folglich würde B auch stehen wenn es so wäre... Tut es aber nicht!

Realistisches (soziologisches) Element:

Ziel ist es, den tatsächlichen Verhältnissen (Realien) zur Zeit der Entstehung des Gesetzes Rechnung zu tragen.

Z.B. Zäune aus Stein → ehemalige Holzschutzmassnahme, nicht wegen Ästhetik, wie heute vielleicht gemeint werden könnte!!

Nochmals zum Methodenpluralismus des BGer:

Was tun, wenn sich die verschiedenen Auslegungselemente widersprechen??

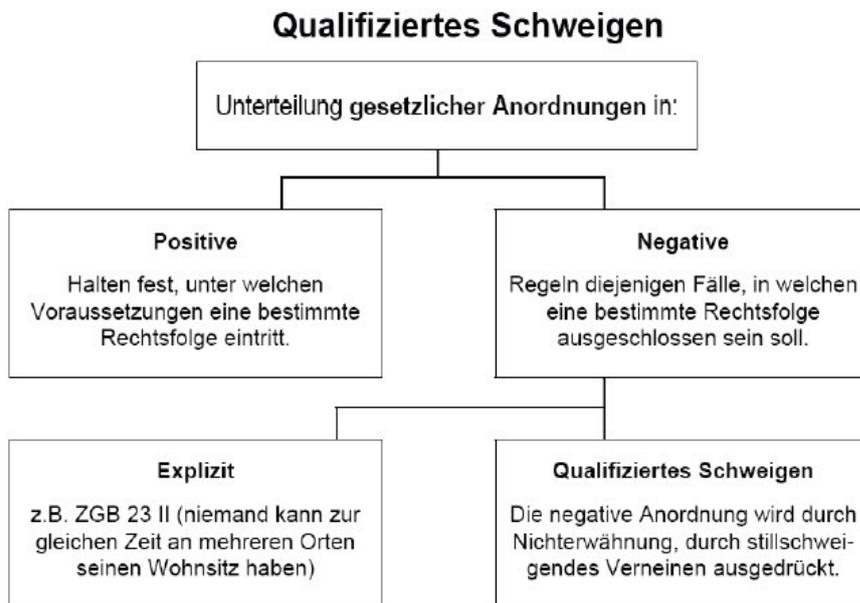
- Frage nach der sachlich überzeugendsten Lösung
- Gewichtung berücksichtigen
- Vorrang des Wortlautes?



4. Gesetzeslücken

Das Vorliegen einer Lücke darf nicht leichthin angenommen werden (wegen Richterkönig vs. Subsumtionsautomat)

Unter einer Gesetzeslücke versteht man das Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung. Es lässt sich also keine Antwort aus dem Gesetz auf eine Frage entnehmen.



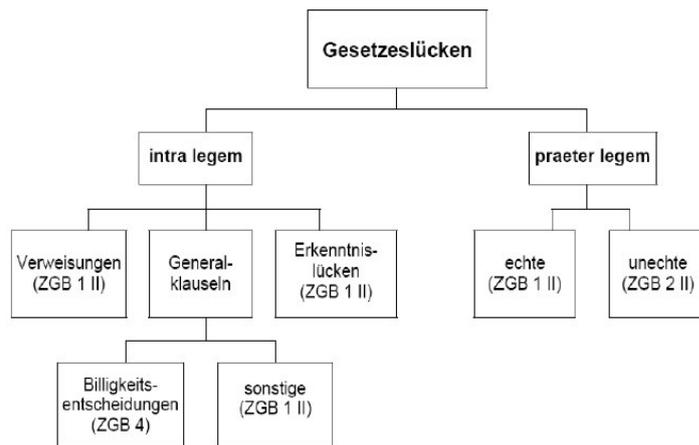
Auslegung und Lückenfüllung lassen sich nicht klar abgrenzen; weil der Richter bei der Auslegung des Gesetzes nicht an dessen Wortlaut gebunden ist (dieser kann, gemessen an der ratio legis, zu eng oder zu weit sein).

Abgrenzung Auslegung - Lückenfüllung

Auslegung	Findet sich im fraglichen Gesetz eine Antwort?	(ans Gesetz) gebundene Rechtsfindung
	Rechtsfreier Raum/qualifiziertes Schweigen?	
⇕ Fließender Übergang ⇕		
Lückenfüllung	Gesetzeslücke	freie Rechtsfindung

Drei-Kandidaten-Schema





Besteht eine Lücke, so fragt man sich zuerst, ob es sich um ein qualifiziertes Schweigen handelt und zweitens, ob es sich um einen rechtsfreien Raum handelt. Ist dies nicht der Fall, ist auszulegen (oder??).

Echte Lücke (es gibt wirklich keine Norm dazu...):

Liegt vor, wenn das Gesetz eine positive Regelung vermissen lässt, obwohl die Rechtsordnung eine fordert.

Die Erforderlichkeit einer Regelung bzw. die Planwidrigkeit des Gehens einer solchen ist aus der *lex lata* (bestehendes Recht) abzuleiten, nicht aus der *Wunschvorstellung der lege ferenda* (werdendes Recht).

Gesetzgeber hat etwas untrlassen zu regeln, was er eigentlich hätte tun sollen!

Echte Lücken müssen vom Richter geschlossen werden!

Unechte Lücken (es gibt eine Regelung, jedoch ist die Antwort dieser nicht befriedigend...):

Liegt vor, wenn das Gesetz auf eine bestimmte Rechtsfrage zwar eine Antwort enthält, diese aber im konkreten Fall sachlich völlig unbefriedigend, d.h. krass stossend ist.

Unechte Lücken müssen grundsätzlich vom Gesetzgeber geschlossen werden.

→ Schauen ob man durch Auslegung die Norm „sinnvoll machen kann“..



Echte Lücken zu füllen ist dem Richter aufgegeben, unechte zu korrigieren ist ihm Grundsätzlich verwehrt, sei es denn, die Beruung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch (→ „Notbremse“ Art. 2 Abs. 2 ZGB) dar.

Abgrenzung echte/unechte Lücke

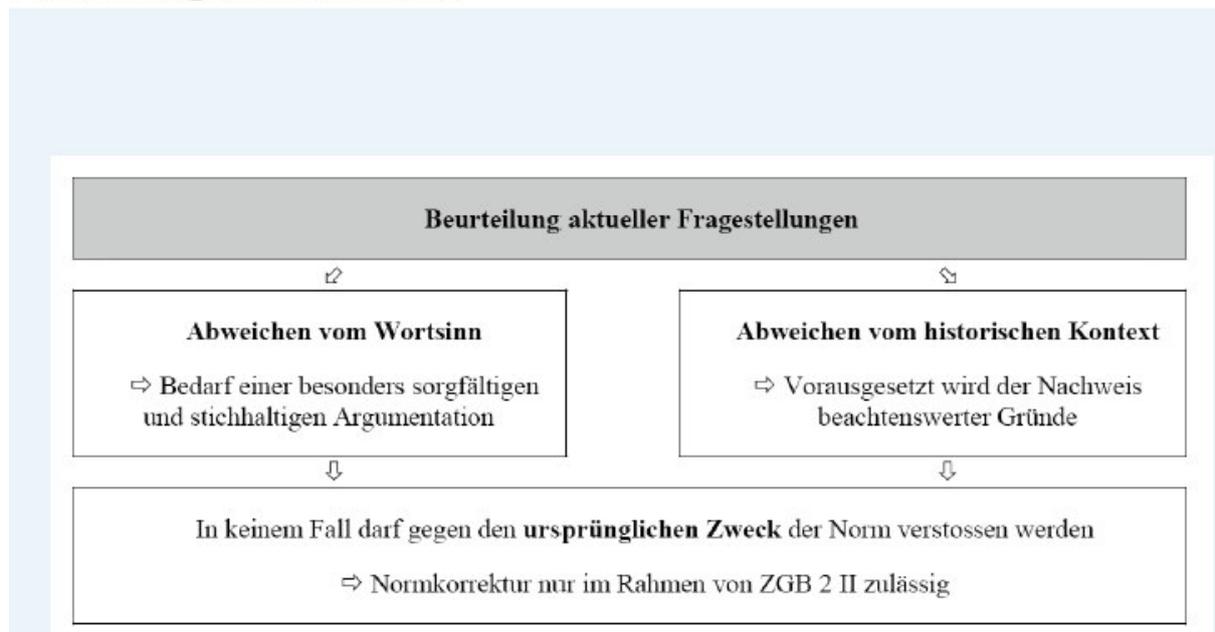
Lückenart	Wann besteht eine derartige Lücke?	Lückenfüllung
echte Lücke (gesetssystematische)	Dem Gesetz ist auf eine wesentliche Rechtsfrage überhaupt keine Antwort zu entnehmen (ZGB 1 II) ⇒ Gesetzesergänzung als richterliche Pflicht (Rechtsverweigerungsverbot)	Lückenfüllung gemäss ZGB 1 II
⇕ Teilweise nicht klar abgrenzbar ⇕		
unechte Lücke (rechtspolitische)	Die im Gesetz vorgesehene Regelung führt im konkreten Fall zu einem Rechtsmissbrauch (ZGB 2 II) ⇒ Gesetzesberichtigung grundsätzlich verboten (Legalitätsprinzip)	Lückenfüllung nach ZGB 1 II oder ZGB 4

Bedeutung des Wortlauts:

Entscheidend für dich Wahl des Lösungsweges ist die Bedeutung, die dem Wortlaut zugemessen wird: Bleibt das Gericht ganz dem Wortlaut verhaftet, kann es angesichts völlig unbefriedigender Ergebnisse nur unechte Lücken feststellen.

Allerdings ist das Gericht nach Art. 1 ZGB nicht an den Wortlaut gebunden. Der Gesetzeswortlaut kann zu weit oder zu eng formuliert sein.

Bedeutung des Wortlauts

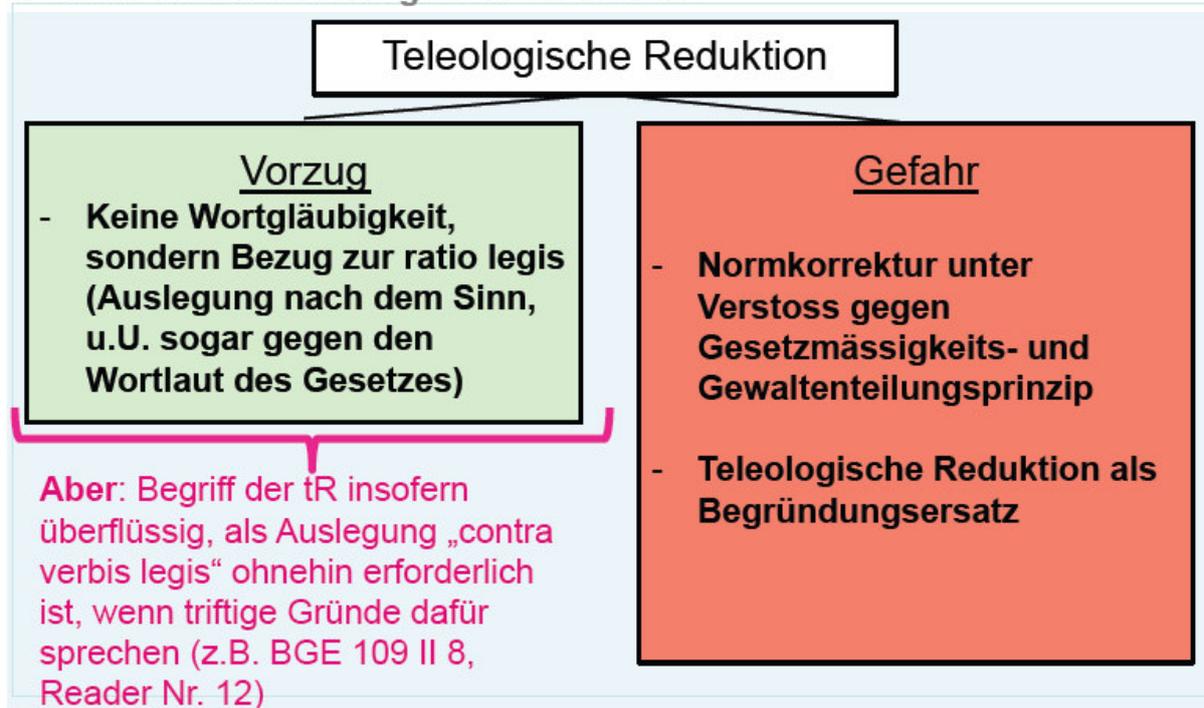


Begriff der teleologischen Reduktion:

Sie besagt, dass der eindeutige Wortsinn einer Regelung eingeschränkt (reduziert) werden kann, wenn er sich, verglichen mit der Teleologie des Gesetzes, als zu weit gefasst erweist – d.h. wenn der Regelungszweck einer andern Norm, die Natur der Sache oder ein rechtsethisches Prinzip wertungsmässig nach einer Differenzierung verlangen.

→ Zu weit gefasster Wortlaut wird reduziert...

Problematik der teleologischen Reduktion



5. Auslegung und Lückenfüllung ausserhalb des Privatrechts: Besonderheiten des öffentlichen Rechts und des Strafrechts

Art. 1 des ZGB findet vorrangig Anwendung auf Sachbereiche des ZGB, OR und das übrige Privatrecht.

Formell findet der Artikel keine Anwendung in:

- kantonalem Recht
- öffentlichem Recht des Bundes und der Kantone
- Strafrecht
- Verfahrensrecht
- bei der Auslegung des Verfassungsrechts

Regel für den Anwendungsbereich des Art. 1 ZGB:

Die Übertragung des Art. 1 auf andere Rechtsgebiete ist grundsätzlich möglich (z.B. ins Verfahrens-, Verwaltungs- und SozialversicherungsR).

→ Ausnahme: Anwendung von Art. 1 ZGB auf ein anderes Rechtsgebiet ist ausgeschlossen (?????)

Anwendung von Art. 1 ZGB:

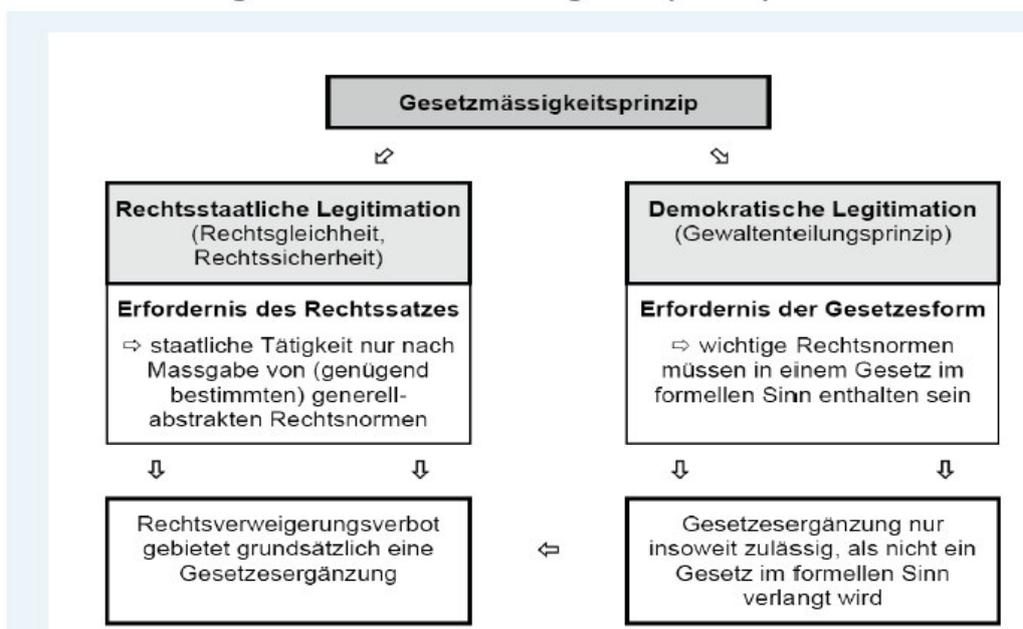
Die Übertragung der Auslegungsmethode ist grundsätzlich unproblematisch. Das Gleiche gilt für die Lückensystematik (*praeter/intra legem*) für das PrivatR.

Lückenfüllung in Verwaltungs-, Verwaltungsverfahren-, Prozess- und SozialversicherungsR ist grundsätzlich zulässig (?????).

Problematik der Anwendung von Art. 1 ZGB:

- Keine Lückenfüllung, wo Lehre und Rechtsprechung ein Gesetz im formellen Sinn (Rechtssatz welcher Referendum „überstanden“ hat und somit durch Souverän abgesichert wurde) verlangen.
- bei staatlichen Eingriffen wie Steuern, Abgaben, bei Eingriffen in verfassungsmässig garantierte Freiheitsrechte wie z.B. bei einer Zwangsmedikation etc. oder im Strafrecht.

Lückenfüllung und Gesetzmässigkeitsprinzip



Auslegung/Lückenfüllung im Verfassungsrecht:

- z.B. Art. 21 (Kunstfreiheit) Was ist denn überhaupt alles Kunst??!
- Tragweite und Sinn der Norm ist durch Auslegung zu ermitteln
- Art. 8 BV.. Wieso fällt auch automatisch eine Juristische Person darunter?? Durch Auslegung!!
- es werden vor allem alte BV's zu Rate gezogen!
- Verfassungsauslegung als schöpferischer Vorgang
 - Tendenziell grössere Auslegungsfreiheit des Verfassungsauslegers
 - Schöpferische, kreative Funktion des Verfassungsrichters, aber keine völlige Freiheit des Richters, sondern Bindung an die Wertentscheidungen des Verfassungsgebers.
- entstehungszeitliche-/geltungszeitliche Auslegung (????)
- Methodenpluralismus
- Rückgriff auf traditionelle Auslegungselemente (Art. 1 Abs. 1 ZGB):
 - Grammatikalisches Element
 - Systematisches Element
 - Historisches Element (Materialien zur alten und neuen BV)
 - Teleologisches Element
 - Realistisches Element

Rechtsfortbildung im Verfassungsrecht:

Fallgruppen richterlicher Verfassungsfortbildung (→ Kreativwerden der Verfassungsrichter):

1. Rechtskonkretisierung innerhalb des Textes (z.B. Art. 29 BV)
 2. Rechtskonkretisierung ausserhalb des Textes (d.h. freie Rechtsschöpfung ohne Abstützung auf den Verfassungstext)
- Gelernte Lückendogmatik (Gewohnheitsrecht etc.) wird im Verfassungsrecht nicht angewendet!!

Lücken im Verfassungsrecht:

- keine Lücken im Bereich der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung → Subsidiaritätsprinzip nach Art. 3 BV
- Selten Lücken im Zusammenhang mit der Organisation der Bundesbehörden
- Kein Rückgriff auf Lückendogmatik im Zusammenhang mit den Grundrechten!

Auslegung/Lückenfüllung im Strafrecht:

- Strafbarkeit (Freiheitsstrafen) kann nur durch Gesetz berücksichtigt werden
 - formelles Gesetz für Freiheitsentzüge
 - materielles Gesetz genügt nach h.L. für andere Strafen
- Gilt auch für Zwangsmassnahmen, die nicht Strafen i.e.S. sind
- Auslegung ist auch im StrafR unabdingbar und erlaubt (Sinn, nicht Wortlaut der Norm begrenzt die Auslegung; Gefahr der Berufung auf die ratio legis beachten)
- Gewohnheitsrecht kann weder eine Strafdrohung schaffen, noch eine bestehende verschärfen, aber ausschliessen!
- Ausgeschlossen ist die Lückenfüllung!!!!!!
- Auslegung erfolgt grundsätzlich gleich wie in den anderen Rechtsgebieten
- Ziel ist die Ermittlung der ratio legis (d.h. der objektive Sinn der Norm)

Auslegung/Lückenfüllung im Steuerrecht:

- SteuerR als Eingriffsrecht, da es in die staatliche Selbstregulierung lenkend eingreift.
- Bedeutung des Legalitätsprinzips (Grundsätze der Besteuerung sind in einem formellen Gesetz umschrieben)
- im Übrigen gelten die üblichen Auslegungsregeln

→ Vor der Subsumtion prüfen ob der wirtschaftliche Gehalt des Vorganges dem zivilrechtlichen Vorgang entspricht. Falls keine Kongruenz besteht, liegt eine Umgehung/Scheingeschäft vor.

Es wird also, nur um der Steuerersparnis willen, ein ungewöhnliches Vorgehen gewählt:

- obj.: ungewöhnliche Rechtsgestaltung
- subj.: Absicht der Steuerersparnis

6. Auslegung/Lückenfüllung: Willenserklärung

Zweiseitige Willenserklärung:

Der Auslegungsstreit bezieht sich darauf, wenn der Vertrag unstetig zusammengekommen ist. Er besteht aber nur über dessen Inhalt, die Existenz ist nicht fraglich!

Lösungsansatz:

Feststellung des tatsächlichen, übereinstimmenden Parteiwillens nach Art. 18 OR (wenn sich dieser nicht feststellen lässt, wird das Vertrauensprinzip nach Art. 2 ZGB angewendet)

Erste Phase der Auslegung:

Ermittlung des wirklichen Parteiwillens durch Auslegungsmittel/Elemente wie:

- Wortlaut
- Umstände
- Vertragszweck
- etc.

→ Heikel:

- Keine Auslegung bei eindeutigem Vertragstext (Widerspricht Art. 18 OR)
- Unklarheitsregel (Beruht auf dem Vertrauensprinzip und ist nicht geeignet, den wirklichen Parteiwillen festzusetzen)

Zweite Phase der Auslegung durch Vertrauensprinzip:

Ist eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht nachweisbar, so ist nun zu fragen (und nur dann!!) in welchem Sinn die Erklärung in der konkreten Situation vom aufmerksamen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte.

→ Für die Auslegung mit dem Vertrauensprinzip sind dieselben Kriterien massgeblich wie im Zusammenhang mit der Erforschung des tatsächlichen Parteiwillens.

Der Richter fragt nun, ob der Erklärungsempfänger diese Indizien nach Treu und Glauben korrekt gedeutet hat.

Gesetzesauslegung	Vertragsauslegung
Vor der Auslegung ist zu prüfen, ob die Norm rechtsgültig und wirksam ist.	Vor der Auslegung ist zu prüfen, ob der Vertrag überhaupt gültig zustande gekommen ist (Konsensstreit, OR 20 ff., ZGB 27)
Gegenstand der Auslegung ist nie der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers oder des Rechtsanwenders. Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des objektiven Sinns der Norm, der „ratio legis“. Im Normalfall ist zudem nach der entstehungszeitlichen Methode vorzugehen (= objektiv-historische Methode).	Gegenstand der Auslegung ist in erster Linie die Ermittlung des wirklichen Parteiwillens. Nur wenn sich der wirkliche Parteiwille nicht ermitteln lässt, ist nach dem Vertrauensprinzip (objektiv) auszu-legen. Bei der Auslegung ist auf den Zeitpunkt des Vertrags-schlusses abzustellen.
Der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers ist unbeachtlich und deshalb nicht zu ermitteln.	Der tatsächliche Parteiwille (1. Auslegungsschritt) ist mit folgenden Mitteln zu erforschen: <ul style="list-style-type: none"> • Wortlaut des Vertrages • Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss • Verkehrsübung, Handelsbräuche • Vertragszweck • Gesetzeskonforme bzw. „vernünftige Auslegung“ • Begleitumstände des Vertrages

Die Auslegung hat ihren Ausgangspunkt zwar im Wortlaut , aber auch bei scheinbar klarem Wortlaut ist stets nach Sinn und Bedeutung der gesetzgeberischen Anordnung zu fragen (vgl. Art. 1 Abs. 1 ZGB). Eine Auslegung entgegen dem klaren und unzweideutigen Wortlaut fällt nur ausnahmsweise in Betracht, nämlich wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass der klare Wortlaut den wirklichen Sinn der Norm nicht wiedergibt.	Auch bei scheinbar eindeutigem Vertragstext ist auszulegen (vgl. Art. 18 OR). Das Abweichen vom Wortlaut ist – sofern ein abweichender tatsächlicher Parteiwille nachgewiesen ist – an sich unproblematisch (Zulässigkeit der Simulation)
Die Frage, wie ein Gesetz auszulegen ist, ist immer „Rechtsfrage“ und kann deshalb vom Bundesgericht überprüft werden.	Die Frage nach dem tatsächlichen Parteiwillen ist nicht Rechts-, sondern „Tatfrage“ (d.h. eine Frage des massgeblichen Sachverhalts), weshalb das BGer an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden ist, sofern der Sachverhalt nicht geradezu willkürlich festgestellt wurde.
Die „ratio legis“ (objektiver Sinn der Norm) ist mit Hilfe folgender Auslegungselemente zu ermitteln: <ul style="list-style-type: none"> • Grammatisches Element • Systematisches Element (evtl. auch formale Auslegungsregeln) • Teleologisches Element • Historisches Element (Entstehungsgeschichte) • Realistisches (soziologisches) Element • Verfassungskonforme Auslegung 	Die Vertragsinterpretation nach dem Vertrauensprinzip erfolgt mit Hilfe folgender Auslegungselemente: <ul style="list-style-type: none"> • Wortlaut • Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss • Vertragszweck • Verkehrsübung, Handelsbräuche • Gesetzeskonforme Auslegung • „vernünftige“ Auslegung • Begleitumstände • Evtl. formale Regeln (in dubio contra stipulatorem...)

Lückenfüllung bei Verträgen:

Eine Vertragslücke liegt vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben.

Abgrenzung Auslegung/Vertragsergänzung:

- Auslegung und Ergänzung gehen oft ineinander über
- Waren sich die Parteien tatsächlich einig, so liegt keine Lücke vor (sondern Vertragsinhalt richtet sich nach der Vorstellung derjenigen Partei, die den Schutz des Vertrauensprinzips genießt)
- Besteht kein normativer Konsens hinsichtlich des konkreten Inhaltes, stellt sich die Frage der Lückenhaftigkeit
- Fehlt es an der Einigung in einem obj. Wesentlichen Punkt, so ist nach Art. 1 Abs. 1 OR kein Vertrag zustande gekommen → es muss auch nicht ergänzt werden (denn obj. wesentliche Punkte kann man eben gerade nicht ergänzen)

Vorgehen bei Vertragslücken:

Liegt eine Lücke im umschriebenen Sinn vor, erfolgt die Füllung in erster Linie durch dispositives Recht, dann durch Gewohnheitsrecht und dann durch das Gericht mit einer vom Richter selbst gesetzter Regel.

→BGer: Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter (falls dispositive Bestimmungen fehlen) zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung des hypothetischen Parteiwillens hat er sich am Denken und Fühlen *vernünftiger und redlicher* Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren.

Abgrenzung Gesetzeslücken – Vertragslücken

Gesetzeslücken	Vertragslücken
Keine Lücke bei „qualifiziertem Schweigen“	Keine Lücke bei „qualifiziertem Schweigen“ (insbes. als stillschweigendem Verweis auf das Gesetz). Keine Lücke liegt vor, wenn das Gesetz eine zwingende Regelung bereithält.
Rechtsgrundlage: Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB	Rechtsgrundlage: Art. 2 Abs. 1 ZGB (Handeln nach Treu und Glauben)
Gesetzeslücke als „ planwidrige Unvollständigkeit “	Vertragslücke als „ Normalfall “
Feststellung der Lücke setzt Gesetzesauslegung voraus.	Feststellung der Lücke setzt Vertragsauslegung voraus. Problematik konkludenter Vertragsschlüsse.
Grundsätzlich keine Gesetzeskorrektur , ausser die Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 2 ZGB seien erfüllt.	Grundsätzlich keine Vertragskorrektur , wenn der Vertrag als „ungerecht“ erscheint.
Grundsätzlich keine Anpassung an veränderte Gegebenheiten mittels unechter Lücke/Lückenfüllung (Zuständigkeit des Gesetzgebers) „Unechte Lücke“: darf nur bei Vorliegen von Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) angenommen werden.	Anpassung des Vertrages an veränderte Verhältnisse unter engen Voraussetzungen möglich („ <i>clausula rebus sic stantibus</i> “). H.L. orientiert sich am Rechtsmissbrauchsverbot.

<p>Gesetzeslücken muss der Richter füllen (Rechtsverweigerungsverbot), auch wenn es an einer bedeutsamen Norm fehlt. Ausnahmen: Strafrecht, Steuerrecht</p>	<p>Keine Vertragsergänzung bei objektiv wesentlichen Vertragspunkten: Sind diese nicht geregelt, so ist überhaupt kein (ergänzungsbedürftiger) Vertrag zustande gekommen (Abgrenzung Konsens – Vertragslücke).</p>
<p>Lückenfüllung durch:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Gewohnheitsrecht • Richterliche Regelbildung <p>Methodisches Vorgehen vom Gesetz vorgegeben.</p>	<p>Vertragsergänzung durch:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dispositives Gesetzesrecht, sofern dieses für das konkrete Vertragswerk „passt“; d.h. Lückenfüllung durch Subsumtion unter generell-abstraktes Gesetzesrecht • Vertragsergänzung nach „kasuistischer Methode“ (selten: richterliche Regelbildung) <p>Methodisches Vorgehen in der Lehre umstritten!</p>
<p>Die gerichtliche Regelung muss in die vom Gesetz vorgegebenen Wertungen passen, d.h. mit dem Gesetz harmonieren.</p>	<p>Die Vertragsergänzung muss in den bestehenden Vertrag passen, d.h. mit diesem harmonieren.</p>

Auslegung/Lückenfüllung bei *formbedürftigen* Verträgen:

Bezüglich Auslegung besteht grundsätzlich kein Unterschied zwischen formfreien und formbedürftigen Rechtsgeschäften. Die in Art. 18 Abs. 1 OR verankerte Auslegung nach Willensprinzip gilt für beides.

Ist der formbedürftige Vertrag, so wie er vereinbart wurde, formungültig, ist jede Ergänzung ausgeschlossen!

Andernfalls steht der Ergänzung nichts im Weg, auch wenn die Lücke einen Punkt betrifft, der formbedürftig gewesen wäre, falls die Parteien ihn selbst geregelt hätten.

Auslegung/Lückenfüllung bei *einseitigen* Willenserklärungen:

Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sie keine Willensübereinstimmung zweier Parteien voraussetzen

→ Auslegungsgrundsatz: Willensprinzip:

Es ist immer auf den tatsächlichen Willen der Person abzustellen.

Auslegung bei Testamenten:

- Nach dem Willensprinzip auslegen
- man möchte den wirklichen Willen des Erblassers ermitteln (dabei ist nicht auf vertrauenstheoretische Gesichtspunkte abzustellen)

→ Auslegungselemente:

- Familienverhältnisse und persönliche Beziehungen
- Beruf, Bildungsstand, etc.
- Religion, politische Haltung etc.
- Ansichten, Meinungen, Gewohnheiten
- Vermögensstand

→ Lehre und Rechtsprechung stützen sich bei dieser Auslegung auf formale Regeln wie:

- Vermutung dass Gewolltes und Gesagtes übereinstimmen (Wortlaut als primäres Auslegungsmittel)

→ Erweist sich die Verfügung von Todes wegen als lückenhaft, so stellt sich die Frage, ob diese Lücke durch den Richter gefüllt werden darf:

Jüngere Lehre und Rechtsprechung sind relativ grosszügig da es an Form gebunden ist (aber gerade deswegen ist es auch nicht unproblematisch...)

Stiftungsstatuten:

- Stiftungsgeschäft ist einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft
- Inhalt des Stiftungswillens bildet Willensäusserung
- für die Rechtswirkung ist weder die Zustimmung der Organe, Behörden etc. erforderlich

→ **Auslegung von Stiftungsstatuten:**

- Auslegung erfolgt nach dem Willensprinzip
- Massgeblich ist somit wirklicher Wille, nicht eine obj. Auslegung nach Vertrauensprinzip
- es muss auf Externas (wie bei Testament) zurückgegriffen werden

→ Fehlt es an der Essentialia (Zweck der Stiftung, Vermögenswidmung etc.) so ist eine Ergänzung *unmöglich!* Fehlt es an etwas anderem so kann die Stiftungsaufsichtsbehörde die erforderlichen Massnahmen ergreifen.

Ökonomische Analyse des Rechts (Gastvorlesung)

Theoretische Grundlagen

Rational Choice-Theorie:

→ unter Knappheits-Situationen Entscheidungen treffen

Homo oeconomicus verhalten sich:

- Rationalitätsannahme
- Egoistisch
- unbegrenzte Willenskraft

Richterliche Entscheide im Lichte der Verhaltensökonomie:

Das Problem der kognitiven Täuschung:

- Verfügbarkeitsverzerrung (Vorurteile, häufig ausgelöst durch Medien (vgl. Raserunfälle))
- Rückschaufehler (hätte Schädiger nicht vorsichtiger sein müssen.... Schwierig da Unfall ja schon passiert ist...)
- Ankereffekt (Anker für Richter = Unfall ist ja schon passiert → Beeinflussung des Richters)
- Bestätigungsfehler (Hypothese will bestätigt werden (Versuch dies zu bestätigen.... Was spricht dafür...))
- egozentrische Verzerrung (Selbstüberschätzung)

Ökonomie als Methode:

Anwendung des ökonomischen Ansatzes auch auf ausserökonomische Bereiche wie Politik, Familie etc. → ökonomischer Imperialismus

Effizienzbegriffe:

- Paretoeffizienz: Besserstellung einer Person, ohne dass jemand anders schlechter gestellt wird. z.B. freiwillige Tauschaktion → Niemand darf schlechter gestellt werden.
- Kaldor-Hicks-Effizienz: Erhöhung des gesellschaftlichen Nutzens, d.h. hypothetische Kompensation der Verlierer reicht aus.
→ When an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, nine times out of ten he means Kaldor-Hicks effect....

Das Coase-Theorem (Hobbes vs. Coase)

Bsp. Rauch einer Fabrik verschmutzt Luft und Wäsche von 5 Anwohnern... Effizienteste Lösung suchen:

- Variante A: ohne Transaktionskosten (also kein Verhandeln und Durchsetzen von Verträgen)
- Variante B: mit Transaktionskosten

Ergebnis A: Es stellt sich immer das effiziente Ergebnis ein!

→ Effizienzthese: das Ergebnis ist effizient

→ Invarianzthese: gleiches Ergebnis, unabhängig von der Zuteilung der Verfügungsrechte

Ergebnis B: Effizienz- und Invarianzthese gelten nicht!!!

→ mit Transaktionskosten stellt sich nicht immer ein effizientes Ergebnis ein

→ Zuteilung der Verfügungsrechte kann bezüglich der Effizienz eine Rolle spielen

Aufgabe des Rechts:

- klare Zuteilung der Verfügungsrechte
- Minimierung der Transaktionskosten durch gutes Vertragsrecht

Anwendungsbeispiele

Privatrecht:

Hauptanwendungsbereiche: Tort Law (Art. 41 OR), Contract law

Ökonomie der Familie (Becker):

- Partnersuche: anhand rationaler Kriterien („Kosten-Nutzen-Analyse“), durch Eheschluss zeigt man Bindungswillen...
- Theorie der Haushaltsproduktion: Welche Güter werden produziert (Nahrung, Geborgenheit, Kinder!! Etc.), Welche Vorteile hat die gemeinsame Produktion (economics of scale am bsp. des Kochens für die Familie, Arbeitsteilung und Spezialisierung)
- Scheidung: Nutzen der bestehenden Ehe < Nutzen der alternativen Ehe abzüglich Scheidungskosten

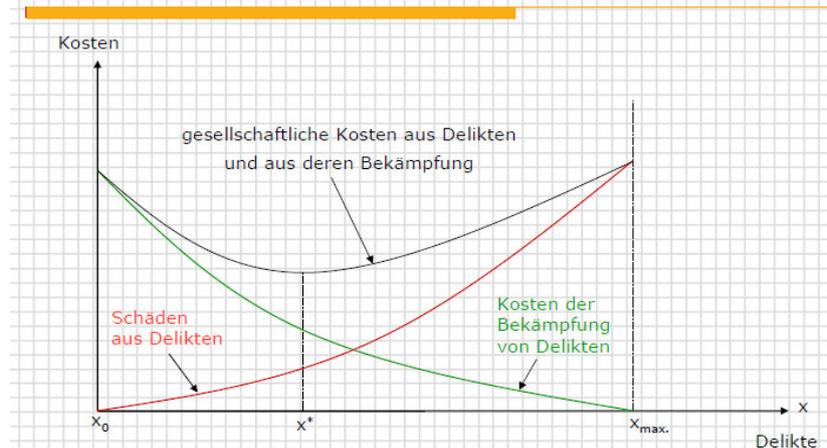
Erschwerung der Scheidung und Unterhaltsrecht:

- fördert sorgfältige Auswahl des Partners
- Schutz der Investition des nichterwerbstätigen Ehepartners
- Schutz der Kinder

Strafrecht:

- der rational Delinquent: Kosten-Nutzen-Kalkül des Delinquenten beeinflusst:
 - höhere Strafe
 - wichtiger: Wahrscheinlichkeit, gefasst und bestraft zu werden erhöhen
- optimale Kriminalitätsrate: Minimierung der gesellschaftlichen Kosten

Optimale Kriminalitätsrate



Öffentliches Recht:

- ökonomische Theorie der Politik (auch Politiker verhalten sich egoistisch)
- ökonomische Theorie der Bürokratie (auch Beamte verhalten sich egoistisch)

Möglichkeiten und Grenzen

5 Prüfpunkte der Regulierungsfolgenabschätzung:

1. Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns
2. Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen
3. Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft
4. Alternative Regelungen
5. Zweckmässigkeit im Vollzug

Kosten-Nutzen-Analyse:

Saldo der diskontierten Kosten und Nutzen einer Regulierung muss positiv sein:

- Bewertung des Nutzens häufig schwierig
- Es spielt keine Rolle wer gewinnt und wer verliert: Kaldor-Hicks-Effizienz genügt (d.h. hypothetische Kompensation)

Anwendung in der Rechtsprechung?:

- Problem, dass öffentliche Analyse des Rechts aus dem Common law Raum kommt (im Zivilrecht vorwiegend Richterrecht, wir haben kodifiziertes Recht)
- explizite Anweisung durch den Gesetzgeber bzw. Wirtschaftlichkeit zu berücksichtigen
- bei der Auslegung von Gesetzen ist es immer eine Frage der Legitimation (de lege deshalb nur in engen Grenzen möglich)

Ökologische Analyse des Rechts als Auslegungsmethode?:

„Hand Rule“ als Sorgfaltsmassstab im Deliktsrecht (Art. 41 OR): Haftung wenn:

Kosten für die Vorsichtsmassnahmen des Schädigers < Schadenswahrscheinlichkeit x erwarteter Schaden

→ Schaden hätte vermieden werden müssen!

Teil Luminati

Die aktuelle Problemlage

1. Normsetzung

a) Probleme der Gesetzgebung

- Unveränderlichkeit des Gesetzes und Positivierung des Rechts bedingen einander (Recht wird gemacht und auch wieder geändert u.a. wegen gesellschaftlichen Neuerungen.. das Mittel dagegen ist das Recht)
- Gesetz ist auf Dauer angelegt und dient deshalb der Rechtssicherheit
- Gesellschaftlicher Problemdruck \leftrightarrow Dauer der Gesetzgebungsverfahren
- Einheit der Rechtsordnung \leftrightarrow unsystematische Gesetzgebung (wegen zu schnellen Gesetzen)
- Regelung bisher unbekannter Probleme führt zu einer mangelnden Folgenabschätzung
- Kluft zwischen Laien und Spezialisten führt zu Legitimationsproblemen (kein Verständnis für das was produziert wird, dies führt wiederum zu einem grösseren Spielraum für Spezialisten)
- keine Konditionalnormen (wenn... dann...) sondern nur noch Negativkataloge (ob etwas erlaubt ist oder nicht...) Dies führt dazu dass keine Lösungsansätze vorhanden sind, da die Kondition fehlt!!

b) das Problem der Gesetzeswirkungen

- Gesetzeszweck: grosse Unbekannte durch Überflutung, Eile etc?
- Unbestimmtheit des Gesetzeszwecks führt zu Wirkungsdefiziten
- Gesetzgebung als Rechtsänderung führt zu rechtsinternen Wirkungen
- Gesetz und Rechtsumwelt führt zu rechtsextremen Wirkungen (kein Automatismus, Gesetze zu befolgen \rightarrow Missachtung der Gesetze)
- Steigerung der Gesetzesqualität durch Anwendung der Gesetzgebungsmethode

2. Normanwendung: vom Rechtsstaat zum Richterstaat?

c) Abschied vom herkömmlichen Verständnis der richterlichen Tätigkeit

- Unklarheit und Widersprüchlichkeit der Gesetze
- kein verbindlicher Auslegungskanon führt zum Methodenpluralismus
- keine Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung
- Sprachtheoretische Erkenntnisse führen dazu, dass es keine Wortlautgrenze mehr gibt
- Normerzeugung durch Richter führt dazu, dass alles Richterrecht ist (vorher besteht die Norm noch gar nicht)

3. Was hemmt die Wirkung von Gesetzen?

- Gesetzgeber \rightarrow Programmfehler, Implementationsfehler
- Ausführende Instanz (Verwaltung) \rightarrow Vollzugsdefizit, Vollzugsfehler
- Adressaten \rightarrow Widerspenstigkeit, Missbrauch der Gesetze
- Interpretieren (vor allem Gerichte) \rightarrow Verunsichernde Auslegung, Sinnverändernde Kasuistik

Erklärungsangebote

1. Systemtheorie

a) Systemtheorie als soziologische Gesellschaftstheorie (Luhmann)

b) Ausgangspunkt: Unendliche Komplexität der Welt

Durch Reduktion (geschieht durch Selektion) der Komplexität Überlegen und nicht wahnsinnig werden.

c) Reaktion: Ausdifferenzierung von funktionalen Teilsystemen

- Funktionssysteme operieren nach eigenem Code
- Ziel der Ausdifferenzierung ist die Reduktion von gesellschaftlicher Komplexität
- Kontingenz der Systeme = sie sind das Resultat einer der möglichen Entscheidungen → Es könnte auch anders sein... (Jeder Revolutionsschub resultiert aus etwas...)
- das Gleiche muss auch der Jurist machen. Die Funktion von Gesetzen/Infos selektionieren

d) Begriffe

- System = Produkt der Stabilisierung einer Differenz von innen und aussen (ein System ist mehr als die Summe seiner Teile)

- Kommunikation:

- Gesellschaft ist nicht die Summe aller Menschen, sondern Kommunikation
- Kommunikation nach Luhmann ist die konstitutive Operationsform für soziale Systeme (besteht aus dreifacher Selektion: 1. Information (Selektion von eigenem Repertoire von Möglichkeiten → was will ich mitteilen?? 2. Mitteilung (Akt der Übertragung einer Information 3. Verstehen (Ankommen der Mitteilung)

- Umwelt = ist kein System! Also alles was ausserhalb von mit als System liegt!

Es ist stets systemrelativ → Umwelt ist systembezogen und wird durch systemeigene Operationen erzeugt.

- Autopsie (Autonomie nach Luhmann):

- Systeme werden als autopoietisch³ bezeichnet, wenn sie die Elemente aus denen sie bestehen, durch die Elemente aus denen sie bestehen, selbst produzieren und reproduzieren (→ Regeln können nur aus Regeln bestehen).

- Operative Geschlossenheit = Selbstbezüglichkeit der Systemoperation → System besteht aus eigenständigen Kommunikationseinheiten, die selbstproduktiv sind → Aufbau der Systemstrukturen durch eigene Operationen → Anschlusszwang der systemeigenen Operationen

→ Gedächtnis des Systems (Jede Operation bezieht sich auf vorherangelegene Operation vgl. Regeln entstehen aus Regeln oder Zuhilfenahme von BGE's)

- Kognitive Offenheit = Beobachtungsfähigkeit des Systems gegenüber der Umwelt → Unterscheiden, ob eine Operation zum System gehört oder nicht und diese dann anschliessend als zum System zugehörig (oder eben nicht) bezeichnen.

→ jedoch muss trotzdem Bezug zu aussen bestehen, ansonsten würde das System nicht funktionieren

³ Ist der Prozess der Selbstschaffung und Erhaltung eines Systems

- Sinn:

- Es gibt immer eine unendliche Anzahl möglicher Anschlussmöglichkeiten = Kontingenz (man kann so oder anders entscheiden)
- Zwang zur Selektion $\leftarrow \rightarrow$ Sinnzwang
- Andere Anschlussmöglichkeiten bleiben verfügbar

e) Evolution

1. Variation: unerwartete, überraschende Kommunikation \rightarrow Irration (etwas geschieht ausserhalb des Systems)
2. Selektion: aus der Grundlage abweichender Kommunikation erfolgt Ablehnung/Auswahl von Möglichkeiten (was wird mit Irration gemacht...)
3. Retention/Stabilisierung: Integration der brauchbaren Möglichkeiten in die Systemstruktur \rightarrow neues Element muss in das System integriert werden (z.B. Irritation) führt dazu, dass neue Variationsmöglichkeiten entstehen (z.B. BGer entscheidet anders, dies führt zu einer Auslösung...)

\rightarrow Problem: Wie ist Koevolution von Teilsystemen möglich, wenn Teilsysteme autopoietisch sind? Durch strukturelle Koppelung einzelner Systeme = auf Dauer angelegte Umweltelemente, die notwendig sind für die Fortsetzung systeminterner Operationen \rightarrow gewisse Teilsysteme stehen somit in einer engeren Beziehung (z.B. Recht und Politik sind gekoppelt über Gesetzgebung)

f) Rechtssystem als autopoietisches Sozialsystem zweiten Grades

Funktion:

Aufrechterhaltung von Erwartungen auch im Falle der Enttäuschung \rightarrow Recht als Instrument generalisierter Stabilisierung in Bezug auf eine unbekanntere Zukunft \rightarrow Begrenzung dessen, was im Laufe der Zeit erwartet werden kann (z.B. Vertrag wird nicht vollständig erfüllt... was nun?? Gesetz bietet Rechtssicherheit \rightarrow Begrenzung von Erwartungen \rightarrow Reduktion)

Kommunikationen über Recht/Unrecht (= Code):

- Code definiert die Grenzen des Rechtssystems
- Rekonstruktion gesellschaftlicher Konflikte nach eigenen Kriterien als Erwartungskonflikte (Enttäuschung)

Rechtsevolution:

- Variation: Umweltfaktoren, wissenschaftliche Erkenntnisse; für das moderne Recht steht die Gesetzgebung als Rauschen der Politik im Vordergrund
- Selektion: Markierung eines neuen SV durch Recht/Unrechts-Unterscheidung durch systeminterne Verfahren (insb. Gerichtsverfahren)
- Restabilisierung: Integration der Lösung in das Rechtssystem durch Dogmatik und Rechtsprechung
- Ko-Evolution \rightarrow Interdependenz⁴ des Rechts mit anderen Teilsystemen, insb. strukturelle Koppelungen zwischen Recht und Politik

⁴ Wechselseitige Abhängigkeit

2. Rechtslinguistik

a) Recht operiert im Modus des Entscheidens → Ausgangspunkt ist interessegebundener Konflikt und Bedarf nach Lösung

Problem ist die Garantie der Einheitlichkeit und Verlässlichkeit der Rechtsentscheidungen
Kontinentale Lösung: Schaffung eines Systems von abstrakten Sollenssätzen und Vertrauen in die Festlegungskraft von Texten → Kodifikationen

b) Rechtslinguistische Frage: Kann eine sprachliche Formulierung die Einheitlichkeit von Rechtsentscheidungen in einer Vielzahl höchst unterschiedlicher Fälle garantieren?

Sprachwissenschaftliche Erkenntnisse sprechen gegen diese Annahmen denn, Text ist eine sprachliche Ausdrucksform (→ Auslegungsfähig und -bedürftig); Auslegungsgeschichte eines Textes zeigt eine Mehrzahl möglicher Deutungen, zwischen denen sich der Interpret entscheiden muss; Gesetzestexte haben mehrere Adressaten → Formulierungen sind nicht allein auf den juristischen Interpreten ausgerichtet

→ Konsequenz:

- Gesetzestexte haben eher die Funktion semantische Interpretationsspielräume zu eröffnen → Funktionalität im Hinblick auf unterschiedliche Fallkonstellationen (nicht zu eng, sondern flexibel bleiben; aber nicht der Text ist für die Flexibilität verantwortlich, sondern institutionelle Elemente wie z.B. Dogmatik)

c) Wie können dennoch Verlässlichkeit und Einheitlichkeit erreicht werden?

- durch Etablierung einer institutionell gebundenen Auslegungs- und Anwendungspraxis → Interpretationsgemeinschaft
- durch institutionelle Faktoren → Präjudizien, herrschende Meinung

3. Diskursanalyse

a) (Die Fehlkonstruktion der) juristischen Sprachtheorie

- Gesetzestext ist hinreichend bestimmt, hat obj. Inhalt → Recht manifestiert sich im Urteil
- Annahme der Verständlichkeit → Sprache ist problemlos beherrschbar
- Texte haben stabile Bedeutung
- Interpretation führt zum einzig richtigen Ziel
- Methodenlehre bestimmt den Weg zum einzig richtigen Ergebnis

→ Fazit:

- Juristische Sprachtheorie blendet Verfahren und Argumentationsprozess aus → Fehlen der sozialen Komponente
- Sprachtheorie geht von monologischer Betrachtung aus und entmündigt die Betroffenen (obj. Inhalt ist nur für Richter erkennbar)

b) Neuer Ansatz: Diskursanalytische Sprachtheorie

- Gerichtsverfahren ist ein Kampf um die Bedeutung (um Durchsetzung der eigenen Bedeutung)
- Rechtsprechung = Richter spricht Recht
- Sprechen ist soziales Handeln:
- Sprache ist nie vollständig transparent
- Bedeutung von Texten verschiebt sich stets mit ihrer Übertragung auf neue Kontexte
- Sprache ist situationsabhängig
- Bedeutung gewinnen Äußerungen ganz ohne Regeln allein durch Interpretation

- Grundfrage: Wie wird aus dem Sprechen des Richters Recht?
- Recht wird im kommunikativen Handeln der daran Beteiligten gemacht
- Richter als Laokoon (Verstrickung in Bindung und Zwänge)
- Normativität wird in der Sprache hergestellt

c) Richterliche Bindung wird erreicht durch

- Bindung an soziale Struktur und an Grammatik des Rechts
- Rechtsstaatliche Vorgaben zur Kontrollierbarkeit und Nachvollziehbarkeit (z.B. Begründungszwang: Begründung muss sich am Stand der Argumente orientieren)

→ Problem: Praktiker wissen, wann eine Begründung argumentativ gültig ist, können es aber nicht formulieren

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

b) Recht und Politik aus systemtheoretischer Sicht

- Ablehnung der Einheit von Politik und Recht, denn Politik hat eine völlig andere Funktion
- Codierung des politischen Systems nach Regierende (Politik will Recht als Macht benutzen)
- Unterschiedliche Zeitdimension (Politik unter Zeitdruck, Recht langsam)
- Gegenläufige Tendenzen von Recht und Politik
- Positivierung des Rechts und Demokratisierung der Politik stützen sich gegenseitig
- Keine direkte Steuerung möglich -> rechtliche Regelungen des Gesetzgebungsverfahrens können politische Kommunikation nur irritieren

c) Methodische Konsequenzen

- Systemdifferenz → keine direkte Steuerung
- Koordinationsbedarf
- Konsequenz 1: Normprogramm des Gesetzgebers so formulieren, dass die Chance seiner Umsetzung in rechtliche Entscheidungen erhöht wird
- Konsequenz 2: Umsetzung der Intentionen des Gesetzgebers bedarf ergänzender Konkretisierungen → Normanwendung ist schöpferisch

2. Symbolische Gesetzgebung

a) Was sind symbolische Gesetze?

- Gravierende Diskrepanz zwischen Norm und Wandel der politischen und sozialen Verhältnisse führen zu symbolischer Gesetzgebung (Symbol, da faktisch nicht mehr anwendbar....)
- keine Voraussetzung zur Umsetzung wurde getroffen trotz faktischem Können

b) Was ist symbolische Gesetzgebung?

Wenn der Gesetzgeber einen normativen Anspruch erhebt, ohne die Voraussetzungen für die wirksame Umsetzung dieses Anspruchs zu schaffen, die er schaffen könnte.

c) Wie lässt sich die symbolische Gesetzgebung feststellen?

- Empirische Untersuchung von Aubert.....

d) Typen symbolischer Gesetzgebung

- Bekenntnisnormen = haben starken ideologischen Charakter, finden sich oft in Verfassungen
- Alibigesetzgebung = dienen der Stärkung des Vertrauens der Bürger in die Handlungsfähigkeit der Regierung, erwecken den Anschein einer Lösung damit etwas getan ist (z.B. Anti-Terror Gesetze)
- Kompromissgesetzgebung = Ergebnisse gegenseitigen Nachgebens, Vertagung des Problems, Verzicht auf effektive Durchsetzungsmittel

e) Schlussfolgerungen für die Gesetzgebungslehre

- Zweck: Realisierung bestimmter politisch-strategischer Ziele, nicht aber Erreichung der offiziell proklamierten Gesetzesziele
- Wesentliche Faktoren für symbolische Gesetzgebung:
 - Stark konträre gesellschaftliche Interessen
 - Hohe Kosten zur Lösung des Problems
- Wesentliche Probleme:
 - überflüssige Verwaltungskosten
 - Täuschung der Normrezipienten
 - Verhinderung tatsächlicher effektiver Lösungen
 - Verletzung rechtsstaatlicher Prinzipien

→ Z.B. Minarettinitiative

3. Gesetzgebungslehre

a) Peter Nolls Pionierwerk

- Ablehnung des strengen Rechtspositivismus
- Ablehnung des Wertungsmonopols der Politik
- Gesetzgebungslehre dient der Machtbegrenzung
- Glaube an Rationalität der Gesetzgebung
- Steuerungsoptimismus

b) Gesetzgebung als Versuch einer Herrschaft über Fakten und Mächte

- mit gesetzlichen Normen soziale Zustände beeinflussen
- Wertfragen nicht ausklammerbar
- Frage nach der Setzung richtigen Rechts
- Überzeugung des Gesetzgebers, gerecht sein zu wollen

c) Multidisziplinäre (= fächerübergreifend) Gesetzgebung

- Rechtstatsachenforschung und Tatsachenforschung
- Interdisziplinäre Zusammenarbeit
- Jurist als Sachverständiger für Entscheidungen
- Kein Gegensatz zwischen Demokratie und wissenschaftlicher Gesetzgebung
- Ohne Gesetzgebungslehre Gefahr der juristischen Spezialistentum.

Methode der Normsetzung

1. Gesetzgebungslehre (=Legistik)

a) Kriterien der Legistik

Grundsätzliche Kriterien der Legistik:

- Rationalität (Normen sollen soziale Zustände im erwünschten Sinn beeinflussen; bessere Gesetzgebung; Beseitigung der Mängel des geltenden Rechts (formelle und materielle Bereinigung)
- Interdisziplinarität (Normative Beherrschung der Tatsachen; Kenntnis komplexer Zusammenhänge; Jurist ist „nur“ Normierungsspezialist; Kooperation mit anderen Gebieten)
- materielle Grundsätze:
 - Notwendigkeit (Verhältnismäßigkeitsprinzip) → Problem, Ziele, Handlungsalternativen
 - Subsidiarität → Problemadäquanz, tiefstmögliche staatliche Ebene
 - Adäquanz (Eignung und Wirksamkeit der Regulierung)
 - Praktikabilität → Vollzug (Föderalismus)
 - Responsivität (Anpassungsfähigkeit, Flexibilität)
 - Kontinuität → benötigt Stabilität, Sicherheit, Planbarkeit
 - Kostengünstigkeit → Gesetzesfolgenabschätzung

b) Massnahmen des Bundes (zur Sicherung der Gesetzgebungsqualität)

- Qualitätssicherung bei jeder Gesetzesrevision
- Permanente Überprüfung der Regelungsalternativen
- Permanente Überprüfung der Notwendigkeit
- Verbesserung der legistischen Ausbildung
 - Gesetzgebungsleitfaden vom Bund für die Schritte zum Vorgehen
 - Erarbeitung von Normkonzepten
 - Ständiger Austausch mit Lehre und Rechtsprechung
 - Verwaltungsinterne Redaktionskommission
- sprachliche Optimierung

c) Methodische Konsequenzen

- Legistik als juristische Metadisziplin (dient allen juristischen Fachbereichen)
- Legistik liefert Voraussetzung für die Arbeit der Fachjuristen → Schaffung einer Rechtssetzungskultur
- Legistik stellt Regeln und Modelle für einen rationalen und nachvollziehbaren Gesetzgebungsprozess auf
- Legistik verhindert übertriebenes juristisches Spezialistentum durch Faktenbezogenheit (gibt es wirklich ein Problem welches gelöst werden muss??), Effektivität, Klarheit und Systematisierung
- Legistik bleibt aber eine juristische Disziplin. Die Gegenpartei bildet die Politik

d) Materielle und formelle Methode

- Materielle Methode = Erzeugung guter Rechtsnormen, rationaler Gesetzgebungsprozess
- Formelle Methode = Gesetzgebungstechnik (Feinarbeit an Norm)

→ Verfahren der materiellen Gesetzgebungsmethode:

1. Definition des Problems (Analyse der Ausgangslage, Objektive Problemanalyse (= Loslösung von Aufbauscheidung), Erkennen der Problemstruktur, ist Gesetzesvorhaben notwendig??)
2. Festsetzung der Ziele (Soll- Zustand definieren (was soll also bezweckt werden?))
3. Lösungssuche (1. Bestimmung der Instrumente und Strategien zur Zielerreichung 2. Entwurf von Alternativlösungen (Regelungsverzicht etc.))
4. Vorausschauende Bewertung
5. Ausgestaltung der Lösung und Inkraftsetzung
6. Rückschauende Bewertung (Wirksamkeit; werden Ziele erreicht?)

e) Konkrete Durchsetzung rationaler Gesetzgebungsmethoden

Möglichkeiten:

- Normkontrolle:

- Geschriebene Verfassungen (Selbstbindung der Macht)
- Verfassungsgerichtsbarkeit (")
- Gesetzgebungsverfahrensgesetze

- Verfassungsrechtliche Durchsetzung methodischer Anforderungen:

1. CH: materielle Kontrolle durch das BGR:

Kriterien hier sind Sinn- und Zweckmäßigkeit, Willkürverbot und Verhältnismässigkeit, sowie Geeignetheit zur Erreichung der Ziele, Erforderlichkeit und Interessenabwägung

2. formelle Kontrolle durch Bundesverfassungsgericht:

Kriterien sind hier die Tatsachenfeststellung, Systematische Beurteilung der Fakten und Prüfung von Alternativen, Prognosepflicht und Beobachtung sowie Korrektur.

f) Das Problem der Gesetzesfolgen als methodische Herausforderung

- Vorausschauende Bewertung:

das Problem dabei liegt in der Voraussage über potentielle Effekte neuer Normen. Instrumente dazu sind: Rechtsvergleichung, Experimentelle Gesetzgebung (Gesetz auf Probe) und Gesetzesfolgenabschätzung

- Rückschauende Bewertung:

- Effektivitäts- und Implementationsforschung
- Institutionalisierung von Effektivitätsanalysen:
 - Review-clauses
 - Sunset-Clauses (Einführung zeitlicher Limite, Begrenzte Gültigkeit)
 - Sunrise-Clauses (Inkraftsetzung hängt von verschiedenen Faktoren ab)

Ist z.B. vorgesehen in Bundessubventionsgesetz (beinhaltet nämlich eine Effektivitätsanalyse → review-clauses)

Methoden der Normanwendung

a) Das Kodifikationszeitalter

- Kodifikation als umfassende und systematische Rechtsordnung eines Staates oder eines selbstständigen Rechtsbereichs (Def. Nach Bentham)
- Lückenlosigkeit
- Logische Ableitbarkeit (führt zu:)
- Systematisierung

b) Die einzelnen Kodifikationen und die Auslegungsfrage

1. ALR:

- Kasuistik → Abstraktion
- alle Rechtsgebiete umfassende Kodifikation
- Auslegungskonzept:
- Wortlautbindung, Logik, ratio legis
- Authentische Interpretation (nach Willen des Gesetzgebers auslegen) durch Gesetzeskommission
- Verbot der Berücksichtigung von Lehrmeinungen (heute unvorstellbar!)
- Kommentierverbote
- Bindung des Richters
- Lückenproblem → Analogie, allg. vernunftrechtliche Grundsätze } Lückenfüllung per Analogie und
natur } rechtl. Grunds, danach Meldepflicht
- Anzeigepflicht bei Lücken
- Ziel: Konfliktvermeidung durch Vernunft

2. CC:

- Ablehnung der Kasuistik
- Vereinfachung und Abstraktion
- Richterliche Entscheidungsfreiheit
- Auslegungskonzept:
- Auslegungsgebot und Entscheidungszwang des Richters
- Verzicht auf *refere legislatif* (Gesetzeskommission)
- Generalmaximen (= Anleitung, Prinzipien für Richter)
- Verbot der Präjustizienbildung (Gerichte müssen im Einzelfall entscheiden, nicht im Allgemeinen)

3. ABGB:

- Beschränkung auf das Privatrecht
- Freiheitsgarantie
- Ablehnung der Kasuistik
- Auslegungskonzept:
- Interpretationskanon: Wortlaut, Logik, ratio legis
- Analogie und Naturrecht als subsidiäre Rechtsquelle
- Primat der Gesetzgebung
- Verbot der Präjudizienbildung

c) Die Entwicklung in der Schweiz vor dem ZGB

(- Übernahme des CC während der Helvetik)

- Kodifikationsaktivitäten in den Kantonen zwischen Rechtstransfer und Kreativität
- Vorbilde des CC: GE, WA, VD
- Vorbild des ABGB: BE, LU
- Vorbild des Zürcher Privat Gesetz Buches: TG, NW, ZG
- Kantone ohne Zivilrechtskodifikation: OW, UR, IR/AR

Methoden der Normanwendung

a) Historische Rechtsschule (= Konzept Savignys)

- RW als kritische Analyse der geschichtlichen Vorbedingtheit juristischer Normen (Gegenmodell zur vernunftrechtlichen Auffassung der Kodifikation (= unhistorisch...) als zeitloses, rationales Konstrukt
- Savigny: RW muss historisch und systematisch arbeiten
- Savignys Auslegungslehre:
 - Jeder Text ist auslegungsbedürftig und -fähig
 - Jeder Text kann ausgelegt werden

→ Juristen sollen nicht überflüssig sein!

Historisches und systematisches Arbeiten, dann bedürfe es keiner Kodifikation. Jurist soll im Zentrum der Rechtsentwicklung stehen!!

Ziel der Auslegung ist die Rekonstruktion des dem Gesetze innewohnenden Gedankens:

- Suche des dem Normtexts zu Grunde liegenden Gedankens
- Gedankengang im eigenen Denken wiederholen
- ≠ Ermittlung des Willens des Gesetzes oder des Willens des historischen Gesetzgebers!
- der Text selber liefert den Sinn

Auslegungselemente:

- Grammatikalisches (Wort)
- Logisches (logische Struktur des Gesetzestextes)
- Historisches (Frage nach dem Zustand vor dem Gesetz und Vergleich zwischen diesem Zustand und dem durch das Gesetz gegebenen Zustand ≠ Entstehungsgeschichte)
- Systematisch (Verhältnis des einzelnen Gesetzes zum gesamten Rechtssystem)
- Teleologisches Element wird nur als Hilfsmittel gebraucht, wenn die Auslegung nicht zum Ziel führt

(Zwischenrepetition:

Die Schüler Savignys beschränken sich auf die Systematisierung, nicht wie Savigny historisch und systematisch! Dabei bildet stets das römische Recht die Basis)

b) Pandektistik⁵

- am römischen Recht (Pandekten/Digesten) orientierte Zivilrechtsdogmatik
- begrifflich-systematische, konstruktive Erfassung und Aktualisierung des römischen Rechts
- Schaffung eines widerspruchsfreien, positiven Privatrechtssystems durch Exegese (= Auslegung) der Pandekten
- Pandektistik als Begriffsjurisprudenz (ahistorischer Positivismus etc.)
- Ziel: Gesetzgebung der Kodifikation durch wissenschaftliches Rechtssystem = Begriffsjurisprudenz
- Überleitung zum Gesetzespositivismus der zweiten Kodifikationswelle
- Isolierung der Rechtswissenschaft von der gesellschaftspolitischen Perspektive
- Rechtsfälle durch logische Operation lösbar; richterliche Arbeit als reine Subsumtion
- das BGB als dogmatisches Meisterwerk der Pandektistik

c) Kritik an der Pandektistik nach Jhering

- Kritik an Lebensfremdheit
- Recht dient konkreten Interessen
- Recht entsteht aus Kampf zwischen Interessengegensätzen (Recht als Spielball....)
- Zwecke sind Schöpfer des Rechts
- Zweck = gesetzgeberisches Motiv und Funktion des Rechtssatzes im Rechtsganzen

Methoden der Normanwendung

a) Kritik der Begriffsjurisprudenz (Savigny) durch Jhering

- Hinwendung zur Rechtswirklichkeit → Überwindung der Pandektistik
- Rechtsentwicklung durch Kampf → Recht als Ergebnis miteinander ringender Interessen
- Zweckorientierung des Rechts → Theologie

b) Abschluss der Kodifikationsphase

- veränderte Juristenrolle → von „Gesetzgeber“ zum Interpret (Einschränkung durch Lückenlosigkeit)

c) Freirechtsschule

Vertreter davon sind Ehrlich, Kantorowicz und Fuchs

Kantorowicz:

- Anknüpfung an Jhering
- Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung
- Recht beruht auf Anerkennung → freies Recht (Kontrast zu staatlichem Recht)
- Rechtsanwendung ist primär ein Willens- und Gefühlsakt (= Rechtsgefühl) → gegen Rationalität
- klassische Methode ist nur pseudologische Technik → Gefahr der richterlichen Willkür
- Sicherungsmittel gegen richterliche Willkür:
 - Richtereid
 - Richterkollegium (à la supreme cour USA)
 - Instanzenzug (Möglichkeit, Urteil wieder zurückzuziehen)
 - Volkswahl (es wird auf charakterliche Eigenschaften abgestellt → Richter ist dem Volk nahe)
- Tragisch: Teilweise Übernahme dieser Ideologie der Nazis dabei war Kantorowicz selbst Jude!!

⁵ Die Pandektenwissenschaft bereitete das in Deutschland als Gewohnheitsrecht rezipierte römische Recht der Pandekten (lat. Digesten), das vornehmlich Fallrecht war, in der Weise auf, dass es daraus abstrakte Rechtssätze und Rechtsbegriffe extrahierte und sie systematisch darstellte.

Fuchs:

- Radikale Ablehnung des Positivismus → Anerkennung der politischen Dimension der Rechtsprechung
- Freie richterliche Rechtsfindung → erhöhte Bedeutung der Richterpersönlichkeit
- Rechtsgefühl (Intuition) als Grundlage für den richterlichen Entscheid

d) Interessenjurisprudenz

Vertreter war u.a. Heck:

- Praktische Rechtsanwendungslehre (geht von Jhering aus)
- allein die den Rechtsnormen zugrundeliegenden Interessen bilden die Grundelemente der Rechtsentstehung:
 - Wertmassstäbe (Richter werten Interessen an Wertmassstab)
 - Grundlage des Rechts ist der permanente Widerstreit entgegengesetzten Interessen
 - Norm beruht auf Interessenkompromiss → Abwägungsentscheidung (Zweck der Norm zeigt welches Interesse überwogen hat)
- **Kritik an Begriffsjurisprudenz und an Freirechtsschule**
 - Lückenhaftigkeit der Kodifikation als Normzustand → keine deduktiv-konstruktivistische Rechtsfindung
 - Gesetzesbindung des Richters, aber doch gewisse Freiheit (Mittelweg)
- Rechtsfindung als Rechtszweckbetrachtung bei Gebot der Gesetzestreue → denkender Gehorsam
 - Richter hat den dem Fall zugrundeliegenden Konflikt herauszuarbeiten (Rekonstruktion des Falls)
 - widerstreitende Interessen erkennen und gegeneinander abwägen
- Gesetzgeberischer Wille steht also absolut im Vordergrund
- Notwendigkeit der Interpretation, Ergänzung und Korrektur mehrdeutiger, lücken- und fehlerhafter Normen
- Orientierung an Willen des Gesetzgebers und richterliche Eigenwertung
- Gesetzeswortlaut bindet nicht Grenze weil er den Willen des Gesetzgebers suchen muss
- Subj.-historische Methode → Feststellung der im Gesetzgebungsverfahren massgeblichen Absichten → obj. Gemeinschaftsinteressen

e) Eugen Huber

- Anerkennung der Lückenhaftigkeit der Kodifikation, aber Lückenlosigkeit der Rechtsordnung
- Art. 1 Abs. 2 ZGB als Anleitung zur Lückenfüllung

f) Wertungsjurisprudenz (Larez)

- Fortbildung der Interessenjurisprudenz
- RW ist Denken in Werten (verankert z.B. in BV)
- rechtsethischer Gehalt der Grundprinzipien der Rechtsordnung (vor allem hier manifestiert sich die Entwicklung)
- Vorrang der obj.-historischen Methode

Methoden der Normanwendung

4. Richterliches Vorverständnis

a) Hermeneutik

1. Das Auslegungsverständnis der älteren Hermeneutik: (auch Savigny)

- Texte in ihrem urspr. Sinn verstehen (Verfasser hat Sinn in Text verpackt!! → Autor steht im Zentrum) → authentische Interpretation
- Eigenständigkeit des Objekts
- Interpretation als kongeniale Anverwandlung (sich in Text und Autor einfühlen und urspr. Sinn des Textes rekonstruieren... „zu Ende denken“)

2. Gadamer → neue Hermeneutik:

- Subjektivität:
 - Standortgebundenheit des Interpretieren
 - Interpretation als produktiver Prozess (keine Reproduktion, kreativer Prozess!)
→ nicht mehr Verfasser und Text stehen im Zentrum (bouche de la loie), sondern Interpret (= Subjekt)

- Vorverständnis:

- durch Lebensgeschichte vorstrukturierte Verstehensfähigkeit des Interpretieren = Lebensverhältnis zur Sache
→ wie Text interpretiert wird ist eng verbunden mit Lebensgeschichte des Interpretieren!
Ist Vorbedingung!! Nur so können Texte produktiv interpretiert werden!

- Hermeneutischer Zirkel (=Ablauf):

- ständige Wechselwirkung zw. Beobachter und Beobachtet (Beeinflussung durch neues Vorverständnis)
- Vorverständnis → Auslegung → Nachverständnis
→ (Interpret mit Vorwissen geht an Text heran und tritt in „Dialog“ mit Text. Dadurch entsteht neues Verständnis (Nachverständnis). Dies bildet dann die Basis (Vorverständnis) für die nächste Interpretation.)

b) Vorverständnis und juristische Methodenlehre (Esser)

1. Mängel der akademischen Methodenlehre

- Praxis benutzt Methoden nur um Entscheidung lege artis zu begründen (es wird erst bei Begründung „Kanon abgehandelt“, es wird nicht im Vorhinein gemacht!!)
- Falsche Vorstellung glatter Subsumtion (sei nicht möglich!)
- Glaube an logisch-deduktive Arbeitsweise (rein durch logisches Vorgehen soll man zur Lösung gelangen) → Ausschaltung der Wertungen

2. Wertungsproblematik

- Rechtspolitische Entscheidung vorrangig (Interpretation durch Rechtspolitik kann nicht ausgeblendet werden!! Auswahl von Möglichkeiten liegt immer vor und wird in Betracht gezogen → Abwägung zwischen Wertungen/Möglichkeiten)
- Suche nach Sachgerechtigkeit (Bestreben, sachgerechte Entscheidung zu treffen, Richter spürt wohin Lösung ungefähr geht (Wertungen))

3. Urteilsbegründung

- Herstellung von Konsens (richterlicher Diskurs und Dogmatik) über Vernünftigkeit der einzig richtigen Lösung (man möchte aufzeigen, dass Entscheidung/Lösung auch Vernünftig und richtig ist)
- Richtigkeitsnachweis (Akzeptanz der Lösung)

4. Unterscheidung zwischen:

- individuellem Vorverständnis (menschliche Erfahrungen, Prägung durch die persönliche Geschichte, politische Überzeugung etc.)
- professionellem Vorverständnis (berufliche Prägung)
- kollektivem Vorverständnis (Zeitgeist, allgemeine RechtesEinstellung, beruhen auf breitem Konsens)

5. Vorverständnis und Vorurteil

Vorverständnis ist kein Vorurteil (politisierte Variante) sondern Voraussetzung! Man muss sich dessen immer bewusst sein, dass man dies bereits „mitnimmt“!

c) Konsequenz für die richterliche Tätigkeit nach Esser

1. Bindung an das Gesetz ← → Richterkönig?

- Gesetzgeber hat nur Regelungsprimat → Abschied vom wahren Sinn
- Richter entscheidet über das geltende Recht → gesellschaftspolitische Relevanz richterlicher Arbeit

2. Lückenfüllung?

- es gibt keine Lücken mehr, Selbsttäuschung
- keine Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung (es handelt sich immer um eine kreative, schöpferische Tätigkeit)

3. Sachverhalt und Norm

- Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Fall und Norm (Such danach, wie ich Lösung gestalten möchte.... Was ist passend??! Eigentlich zuerst Entscheidung und erst dann Begründung....)
- Sachverhalt bestimmt das richterliche Vorverständnis in Bezug auf die Normauswahl und Blick auf die Norm konstituiert den Sachverhalt (darf natürlich so im Urteil nicht stehen, da es sich schlussendlich stets um subjektive Werturteile handelt)

4. Rechtsstaatliche Anforderungen (unvermeidbare richterliche Subjektivität in Grenzen halten)

- Selbstkontrolle → kritisches Bewusstsein der Richter
- Bereitschaft zur Korrektur des Vorverständnisses wegen Routinegefahr!
- Redlichkeit und Transparenz → neuer Begründungsstil

d) Vorverständnis und Vorurteil in der Strafrecht

1. Schweizer Besonderheiten: Parteipolitische Zugehörigkeit der Richter

- politisches Element der Richterwahlen (Wahlkriterien, Wiederwahlen etc.)
- rechtspolitische Meinungsverschiedenheiten in Gerichten verlaufen nicht parallel zur Parteizugehörigkeit (Innergerichtliche Gruppendynamik durch lange Zusammenarbeit etc.)

2. Rechtsprechung ist eminente politische Tätigkeit

- Auslegungsbedürftigkeit der Gesetze (Gestaltungsspielraum der Gerichte)
- Gewährung von Handlungsspielräumen durch den Gesetzgeber (Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe, Strafzumessung etc. Gesetzgeber definiert lediglich Leitplanken)
- Unvermeidliche Produktion von Richterrecht
- Problem: mangelndes Bewusstsein der Richter → fehlendes Bewusstsein über das Vorverständnis (sie meinen sie würden ganz objektiv entscheiden)

5. Gerichte und Rechtssystem

a) Ausdifferenzierung von Rechtsprechung und Gesetzgebung

1. Autonomisierung der Justiz gegenüber sozialen Beziehungen (durch Rückgriff auf Gesetzgebung. Gerichte dürfen nicht nach sozialen Codes etc. entscheiden, sondern nach Gesetz! Müssen immer wieder anknüpfen an vorheriges Vorverständnis...)

2. Gesetzgeber liefert generell-abstrakte Normen deren Auswirkung auf Freund und Feind nicht kontrollierbar ist → Richter wird an das Gesetz gebunden

b) Entscheidungszwang der Richter

1. Operative Schliessung bei kognitiver Offenheit (Arbeit unter Entscheidungszwang, nach Gesetz entscheiden...)

2. Orientierung der Justiz nur an eigener Codierung (ans Gesetz gebunden)

c) Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung

1. Hierarchisch → Wiesungshierarchie = Gericht als ausführendes Organ (Rechtsanwendung = Beschränkt die Aufgabe des Gerichts indem es nur ausführt was Gesetzgeber vorgibt) oder

2. Zirkulär → wechselseitige Bezugnahme, gegenseitige Beobachtung → wechselseitige Beschränkung der Spielräume (Gesetzgeber überlegt sich was überhaupt gerichtbar ist, Gerichte schauen auf Gesetzgebung da sie eingeschränkt sind...)

3. Richterrecht → Beteiligung der Gerichte an Rechtsproduktion (nur das gilt, was Gerichte als Recht bezeichnen)

d) Funktion der traditionellen Methodenlehre

1. Identifikation des gesetzgeberischen Willens

2. Stärkung des hierarchischen Modells (Subsumtion) (durch Begrenzung der Justiz)

XI. Das Verständlichkeitskarusell („Repetition“)

a) Ausgangspunkt (Rep.)

1. Problem der Normsetzung
Fehlende Qualität, Überfluss etc.

2. Problem der Normanwendung
Gesetze sind widersprüchlich und unklar, Verständlichkeit zwischen Laien und Juristen, kein Kanon beim Auslegen...

b) Rechtstheoretische Einsichten

1. Systemtheorie

- Funktionale Ausdifferenzierung (Entstehung eines autonomen Rechtssystems)

- Autopoiese (als best. Form der Autonomie von Systemen, welche mit Begriff von operativen Offenheit agiert)

- Evolution (in welcher Art und Weise Rechtssystem sich anpasst (Variation, Selektion etc.)

2. Rechtslinguistik

- Texte sind auslegungsfähig und -bedürftig

- Subjektivität der Interpreten (vgl. Hermeneutik → es gibt keinen obj. Sinn des Textes)

- Gesetzestexte haben mehrere Adressaten -> Laien und Juristen (Verständlichkeitsproblem)

- Gesetzestexte haben die Funktion semantische Interpretationsspielräume zu eröffnen (Flexibilität des Rechts sich an Problemlage anzupassen...)
- Verbindlichkeit durch institutionell gebundene Auslegungs- und Anwendungspraxis und durch institutionelle Faktoren (wie kann man richterliche Tätigkeit kontrollieren und Willkür zu vermeiden?? Sei möglich durch Dogmatik und durch institutionelle Faktoren wie Instanzenzug etc.

3. Diskursanalyse

- Gerichtsverfahren ist ein semantischer Kampf (Kampf und Sprache, Wörter etc.)
- Gerichtsverfahren ist ein Interaktionsgefüge
- Sprache ist nie vollständig transparent (ist nie eindeutig! Ein Wort kann verschiedene Bedeutungen haben und diese verändern sich auch immer...)
- Sprache ist situationsabhängig (von vielen anderen Faktoren auch noch abhängig)

→ wie erreicht man richterliche Bindung??

- Bindung an soziale Strukturen und an Grammatik des Rechts (innere Logik)
- Kontrolle über begleitende Kritik durch die Rechtswissenschaft (ständiger Austausch zwischen RW und Rechtsprechung)
- Rechtsstaatliche Vorgaben
- Begründungszwang

c) Rechtshistorische Einsicht

1. Kodifikation und Steuerung der Auslegung

- Authentische Interpretation und Gesetzeskommission (gescheiterter Versuch richterliche Auslegung an Wort des Gesetzgebers zu binden → Subsumtionsautomat)
- Entscheidungszwang und Entscheidungsfreiheit (Gegenbeispiel: CC)

2. Kodifikation und Rechtswissenschaft

- Zentralität der RW (Savigny: hat zentrale Rolle für ihn...)
- Auslegungskanon
- Konstruktivismus

3. Richterpersönlichkeit

- Freirechtsschule: Richterkönig
- Interessenjurisprudenz: Denkender Gehorsam
- Wertungsjurisprudenz: Orientierung an Grundwerten

d) Konsequenzen für Normsetzung

1. Trennung von Recht und Politik

- Gesetzgebung als Ort der Transformation von Politik und Recht
- Koordinationsbedarf und Kontextisierung
- Rolle der Gerichte (Gerichte sammeln Irritationen und müssen nach Code des Rechts entscheiden.... → das eine nimmt immer Bezug auf das andere!!)

2. Notwendigkeit einer Gesetzgebungsmethode

- Formelle Methode
- Materielle Methode

e) Konsequenzen für Normanwendung

- Abschied vom Kodifikationsmythos
- Betonung des richterlichen Vorverständnisses
- Unverständlichkeit (Laien – Juristen) als Strukturmerkmal rechtlicher Kommunikation
- Abschied von Fiktionen klassischer Methodenlehre
- Öffnung zu sprachwissenschaftlichen und diskursanalytischen Ansätzen hin (so soll es weitergehen)