



# 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 I

Professor Dr. Michele Luminati  
Vorlesungsnotizen von Jonas Achermann

---

26. Oktober 2005

## I. Einleitung

### 1. Zugang zum Gesetz

Dieses Vorlesungsfach soll einen gewissen Abstand zur üblichen juristischen Arbeit herstellen. Es geht auf Distanz und beobachtet den Juristen bei seiner gewöhnlichen Arbeit mit dem positiven Recht aus einer gewissen Distanz. Es wird eine neue Perspektive eingenommen.

#### Text 1: Franz Kafka, Vor dem Gesetz, 1915

Kafkas Text wird in vielen Textwissenschaften (Germanistik, Philosophie, usw..) unterschiedlich ausgelegt. Auch in der Rechtswissenschaft sind unterschiedliche Auslegungen möglich und gemacht worden.

Kafka lebte zur Zeit der Jahrhundertwende und war deshalb geprägt von der **Kodifikationsidee**. Er selbst arbeitete in der Arbeiter-Unfall-Versicherung-Anstalt Prag und deshalb in einem sehr **bürokratischen Umfeld**.

*Textinterpretation:* Der Ausdruck "Mann vom Lande" weist auf einen Menschen hin, der keine juristische Erfahrung geschweige denn Ausbildung hat. Ihm fehlt der Zugang zum Gesetz. Der juristisch ausgebildete Mensch wird deshalb gezwungenermaßen für den Laien zum "Torhüter". Ohne Unterstützung des Torhüters hat der Laie keine Chance, Zugang zum Recht zu bekommen. Zwar kann der Laie die Gesetze lesen, doch die **wirkliche Bedeutung des Wortlautes (Auslegung)** und das **formelle Recht** dazu bleibt ihm verschlossen. Somit ist der Rechtstext (das Gesetz) für den Laien zwar lesbar, die wirkliche Bedeutung bleibt ihm jedoch dennoch unverständlich und unzugänglich.

Hegel formulierte genau für diese Tatsache ein Sinnbild: Er lässt den Diktator die Gesetze so hoch aufhängen, dass sie niemand lesen kann. Hegel setzte dies gleich mit der Tatsache, dass die gewöhnlichen Menschen die Gesetze zwar lesen können, ihnen der wahre Sinn des Textes, der durch juristische Auslegung bestimmt wird, verborgen bleibt.

Auch Eugen Huber, dem Verfasser des ZGB war sich dieser Problematik bewusst. Deswegen versuchte er die höchst formalen Begriffe der Rechtssprache durch volksnahe und zugängliche Begriffe zu ersetzen. Durch diese zugänglichen Begriffe lässt sich ein Gesetzestext zwar leichter lesen, gleichzeitig wird aber die unterschiedliche Auslegung und somit die Schwammigkeit des Gesetzestextes erhöht.

Es ist also festzuhalten, dass der Gesetzesverfasser einen **Zielkonflikt** zu bewältigen hat:

Einerseits könnte er eine **formale präzise Gesetzessprache** verwenden, um verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten entgegenzuwirken. Dies hat jedoch den Nachteil, dass Laien diese formalen juristischen Begriffe nicht mehr verstehen und für die Gesetzeslektüre einen Juristen gebrauchen. Andererseits kann der Gesetzesverfasser auch eine **volksnahe und zugängliche Sprache** verwenden, damit jedermann das Gesetz lesen und verstehen kann. Dies hat jedoch den Nachteil, dass das Gesetz unbestimmte, schwammige Begriffe mitbringt für deren Auslegung wiederum einen erfahrenen Juristen benötigt wird.

Wenn dieser Zielkonflikt verstanden worden ist, verwundert es kaum, dass die Juristerei auch schon als "Geheimwissenschaft" betitelt wurde. Weil beide Extreme für den Laien absolut unzugänglich sind.

#### Text 2: Johannes Braun, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2001

Dieser Text erscheint viel optimistischer als der Kafka-Text. Das Gesetz wird als Instrument des Menschen bezeichnet und nicht umgekehrt. Der Mensch steht über dem Gesetz, verwendet und ändert es. Das Recht erscheint anpassbar und flexibel.

*Textinterpretation:* Auch in diesem Text lässt sich ein Paradoxon des Rechts, einen **Zielkonflikt** erkennen. Das Recht wird als anpassbares Instrument bezeichnet, dies steht im Gegensatz zu einer Anschauung, welche das Recht als "gottgegebenes" unveränderbares betrachtet. Dieser Zielkonflikt lässt sich sehr schön im Gerichtssaal veranschaulichen:

Einerseits sollte die **Rechtssprechung konstant, voraussehbar und präzise** sein, damit sie den Anforderungen der Rechtssicherheit genügt. Der Rechtsanwender (die Judikative) sollte nichts anderes sein als ein Subsumtionsautomat (Montesquieu: "bouche de la loi"). Andererseits hat das Gericht in jedem Fall aufgrund des Sachverhaltes **anders zu entscheiden**, vielmals sind die vorgegebenen gesetzlichen Bestimmungen zu unbestimmt. Dem Richter kommt unzweifelhaft auch eine schöpferische Tätigkeit zu, ganz offensichtlich ist dies im Beispiel der Lückenfüllung.

Dieser Zielkonflikt veranschaulicht, dass die Gerichtstätigkeit im Grunde genommen ein eigentlicher Balanceakt darstellt: Um ihre Systemkonformität als "Judikative" zu wahren, sollten die Gerichte eigentlich reine Subsumtionsautomaten darstellen. Denn die Anpassung des Gesetztextes an neue Wirklichkeiten und Realitäten ist im Grunde genommen ganz klar die Aufgabe der Legislative. Jedoch kommt die Legislative in vielen Fällen zu spät oder hat für bestimmte Fälle keine (oder eine unklare) Regelung getroffen. Hier muss der Richter (weil er zu einem Urteil "verdammte" ist) schöpferisch tätig werden. Um unverdächtig zu wirken, benutzen die Richter für ihre schöpferische Tätigkeit den Deckmantel der "Auslegung".

---

10. November 2005

## 2. Juristische Methodik, was ist das?

Text 3: Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975

Methodenlehre ist nach Larenz eine Reflexion über die eigene Wissenschaft. Die Methodenlehre findet auf einer Metaebene statt. Diese ist jedoch nicht losgelöst von der Anwendung, sie ist nicht zeitlos. Die Methodenlehre ist vom vorherrschenden Rechtsmodell **abhängig**, also von der Art und Weise wie das Recht funktioniert (in der angloamerikanischen Rechtsordnung herrscht also eine ganz andere Methodik als in Kontinentaleuropa: Man orientiert sich an vielmehr an Case Law).

Methodenlehre schafft nach Larenz einen Abstand zur üblichen Dogmatik, es gibt eine **Beobachtungsperspektive**.

Es geht um die Frage der zutreffenden Methode: Die Methodenlehre dient dazu, **die richtige Methode** zu finden. Es wird eine Wertung zwischen den verschiedenen Vorgehensweisen vorgenommen. Deswegen kann man die Methodenlehre nach Larenz auch als **normative Ordnung** betrachten. Die Richtigkeit bemisst sich am Erkenntnisziel. Auf kontinentaleuropa ist das Erkenntnisziel: Die richtige Norm finden und richtig verstehen (Larenz vertritt hier eine **positivistische Auffassung**, das Recht ist in den geschriebenen Normen zu finden) Es geht um das Suchen um die richtige Lösung. Larenz glaubt also an *eine* richtige Entscheidung des Falles.

Problematisch ist, dass bei dieser Betrachtungsweise die Methodenlehre damit automatisch an eine hintergründige Ideologie gekoppelt wird. Wenn man es so liest, tönt es eigentlich losgelöst von Ideologien, doch wenn man *eine* richtige Lösung finden will, ist man gezwungenermassen von einer Ideologie abhängig.

Methodenfragen können daher nach Larenz nicht von den leitenden Prämissen einer Rechtsordnung getrennt werden.

Text 4: Stig Strömholm, Allgemeine Rechtslehre, 1975

Wie bei Larenz steht in diesem Text der **Richter im Mittelpunkt**.

Strömholm hat im Vergleich zu Larenz eine völlig entgegengesetzte Auffassung. Die juristische Methodik ist - seiner Meinung nach - geprägt von einer **rechtsoziologischen, rechtsempirischen Art** und steht damit im Gegensatz zum rechtsphilosophischen Ansatz der Methodenlehre. Er vergleicht die Methode bildhaft mit einem Kompass, der dem Richter einigermassen anzeigt, wo es durchgehen soll. Das Ziel ist vom Gesetzgeber vorgegeben.

Dieses Bild sagt viel aus: es geht also darum, sich der von Gesetzgeber vorgegebenen Norm möglichst nah anzunähern. Strömholm relativiert also die **Fiktion** von Larenz, dass es nur *ein* richtiges Ziel gibt. Strömholm nimmt die Problematik der unbestimmten und widersprüchlichen positiven Normen auf. Der Richter muss sich an den leitenden Entscheidungen, dem allgemeinen Rechtsgefühl der Gesellschaft, der herrschenden Meinung und an der Berufstradition (Dogmatik) orientieren, um sich zu einer möglichen richtigen Lösung leiten zu lassen.

Strömholm spricht damit auch das grosse Problem des **Vorverständnisses** des Richters an. Das Vorverständnis ist das, was hinter dem Richter steckt und in die Entscheidung einfließt.

Der Richter muss gezwungenermassen ins Ziel kommen (Entscheidungspflicht) und für seine Entscheidung auch eine Begründung angeben. Strömholm meint, dass man empirisch zeigen kann, dass die wahren Gründe des Entscheidungsprozesses nicht in der juristischen Begründung des Entscheiders zur Sprache kommen. Der Richter entscheidet also aufgrund seines Vorverständnisses und legt dann a posteriori eine juristische gut klingende Begründung darüber. (Dieses Verfahren wird auch Hermeneutik genannt).

Strömholm relativiert den Text von Larenz, seiner Ansicht nach, ist die Methodenlehre nicht auf ein Ziel (bei Larenz die richtige Entscheidung des Richters) aus, sondern **analysiert** auch das Vorgehen bei der Rechtsfindung.

#### Text 5: Klaus Adomeit, Rechtstheorie für Studenten, 1979

Adomeit zitiert am Anfang *Kelsen*, einer der wichtigsten Verfassungstheoretiker. Kelsen ist ein reiner Positivist. Kelsen meint, dass es im Rahmen des positiven Rechts mehrere Möglichkeiten einer Lösung gibt, welche je nach Auslegung differenzieren können. Nach Kelsen ist der Wille des Interpreten (Richters) massgebend, nicht der Gesetzestext.

Adomeit setzt dieser Auffassung entgegen, dass man sich immerhin anstrengen muss, eine *richtige* Lösung zu finden. Die Methodenlehre ist eine **Orientierungshilfe** im juristischen Zauberwald. Nach Adomeit gibt es zwei Ebenen: Die Hermeneutik, die sehr stark von Interpreten abhängt. Dennoch muss man lernen, wie man sich in der Dogmatik zurechtfindet, wie man möglichst richtig Gesetze auslegt. Diese sehr **technische Aufgabe** kommt der Methodenlehre zu.

#### Text 6: Hans-Martin Pawlowski, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2000

Nach Pawlowski gibt es wieder eine Wertung, es gibt ein *richtig* und ein *falsch*. Ähnlich wie bei Larenz. Er glaubt, dass es unterdessen viel schlechte juristische Ausbildung und Urteile gibt. Deswegen wird die Methodenlehre immer wichtiger. Nach Pawlowskis Auffassung, kommt der Methodenlehre die Aufgabe zu, eine schwindende gemeinsame **Weltanschauung** (Glaubensrichtungen, Philosophien) zu **ersetzen**.

Pawlowski vertritt hier eine sehr stark **ideologisierte Haltung**. Es steckt sehr viel Moral hinter Pawlowskis Meinung. Dies ist eine radikale Position, welche die Methodenlehre extrem ideologisch auflädt.

#### Text 7: Friedrich Müller / Ralph Christensen, Juristische Methodik, 2002

Alles was Juristen tun, ist Gegenstand der Methodik nach Müller/Christensen. Nicht nur der Richter steht im Mittelpunkt, sondern die **gesamte Arbeit an der Norm**. Also neben der Gesetzesauslegung auch die Gesetzgebung.

In dieser Konzeption wird der Richter ebenfalls als schöpferisch tätig dargestellt. Er verschafft der Norm Geltung, welche im Gesetz lediglich Buchstaben als Buchstaben dasteht.

Die Rechtsmethodik hat nach Müller/Christensen wie bei Strömholm auch einen **analytischen Ansatz**. Es findet einen Vergleich zwischen dem ist/soll-Zustand statt. Es geht im Unterschied zu Larenz und Pawlowski nicht um eine Vorgabe, sondern um eine **Reflektion** was geschieht, mit einem **demokratischen-rechtsstaatlichen Masstab**. Dies hat das Ziel der Selbstkritik, der Selbstreflektion.

#### Text 8: Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 2002

Kramer fokussiert sich wieder auf den **Aspekt der richterlichen Gesetzesanwendung**. Die juristische Methodik ist für ihn eine Art Werkzeug für den Richter, den richtigen Inhalt einer Norm herauszuarbeiten. Für ihn ist es auch eine **präskriptive, normative** Methode, welche einen **richtigen Weg** vorgibt.

Doch Kramer erkennt, dass der Richter als Subsumtionsautomat eine Illusion ist. Dennoch sollte die Methodenlehre den grossen Spielraum des Richters einschränken.

#### Text 9: Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 1999

Dieser Text ist geprägt von der Auslegung in der Zeit des Nationalsozialismus. Er beschäftigt sich mit der Frage, wie in der NS-Zeit genau die gleichen Gesetze wie heute (deutsches BGB) gelten konnten und wie die Methodenlehre Schutzinstrument gegen solche dikatorische "Einlegungen" sein könnte.

Die **Auslegung** geschieht in im Rahmen zulässiger Methoden, bei der sog. "Einlegung" wird die Auslegung durch ideologische Konzepte erweitert.

Rüthers nimmt erstens die **Illusion des Subsumtionsautomaten** auf. Recht muss gezwungenermassen an die Gesellschaft angepasst werden, wenn es legitim sein soll. Doch Rüthers plädiert dafür, dass dies bewusst und nicht unreflektiert (wie in der NS-Zeit) geschieht. Die Methodenlehre soll hier dem Missbrauch der schöpferischen Tätigkeit entgegenstehen.

Rüthers spricht zudem die zweite **Illusion** an, dass die **Rechtsanwendung unpolitisch** sein soll. Alle Gerichte stehen in einem Widerspruch zwischen ihrer rechtsstaatlich zugewiesenen Subsumtionsaufgabe und politischer Wertung. (z.B. vgl. Bun-

desgerichtsentscheid Appenzeller Frauenstimmrecht, "Umschreibung" der Kantonsverfassung) Die Methodenlehre soll diesen Widerspruch reflektieren untersuchen, um Missbrauch vorzubeugen.

Rüthers stellt den Anspruch, dass Entscheide transparent und nachvollziehbar sein müssen. Die Methodenlehre soll die Kriterien für diesen Anspruch erarbeiten.

## Text 10: Hansjörg Seiler, Einführung in das Recht, 2004

Die Rechtsmethodik nach Seiler eine **reine Lösungstechnik** für den Richter.

### Zusammenfassung: 2. Juristische Methodik, was ist das?

Die juristische Methodik kann über ihren **Gegenstand** definiert werden:

Hier plädieren die meisten Autoren dafür, dass die juristische Methodik hauptsächlich die **Rechtsanwendung**, die Arbeit des Richters als Gegenstand hat. Müller/Christensen gehen in dieser Frage weiter, sie definieren juristische Methodik als die wissenschaftspraktische Technik normtext- bzw. normorientierter Entscheidungen. Nach ihnen ist Gegenstand der juristischen Methodik also **alles, was mit der Arbeit an der Norm** zu tun hat (also z.B. auch die Gesetzgebung). Die Vorlesung wird sich in diesem erweiterten Bereich bewegen.

Die juristische Methodik kann aber auch über ihr **Vorgehen** definiert werden:

Hier gehen die Meinungen der Rechtswissenschaftler auseinander. Einige meinen, juristische Methodik sei **normativ, präskriptiv** definiert und gibt dem Interpreten den richtigen Weg vor. Die juristische Methodik soll also eine Auslegungsanleitung sein. Andere sehen die juristische Methodik als **analytische** Wissenschaft, welche die Entscheidungen in der Interpretation von Normen analysieren soll. Diese analytische Vorgehensweise soll der Selbstreflexion und -kritik dienen. Schlussendlich gibt es noch diejenige Gruppe Rechtswissenschaftler, welche die juristische Methode als **deskriptive, praktische** Auslegungsanleitung sehen. Während der Vorlesung soll vor allem die analytische Position im Vordergrund stehen

Schlussendlich kann die juristische Methodik auch noch über ihren **Sinn** definiert werden:

Auch hier gibt es verschiedene Ansätze: Vertreter der normativen juristischen Methodik gehen davon aus, dass sie die **innere Ordnung der Rechtsordnung** gewährleisten soll. Vertreter der deskriptiven juristischen Methodik gehen davon aus, dass sie vielmehr eine **Lösungstechnik oder Orientierungshilfe** sein soll. In der Vorlesung wird vor allem der Gesichtspunkt vertreten, dass der juristische Methodik eine **rechtsstaatliche Funktion** zukommen soll, indem die richterliche Tätigkeit laufend hinterfragt wird

---

17. November 2005

## II. Methode der Gesetzgebung

*Definition Gesetzgebung:* Erlass von Normen in einem vorgeschriebenen Verfahren. Die Geltung dieser Normen hängt vom Gesetzgebungsverfahren ab. Das Verfahren gibt der erlassenen Norm seine Legitimität. Mit der Gesetzgebung wird eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle der Zukunft generalisiert geregelt. Politische Meinungen werden in verbindliche Normen umgesetzt. Die Gesetzgebung ist eindeutig ein **politischer Prozess**.

### 1. Der systemtheoretische Ansatz

Die Systemtheorie stellt die Brille dar, welche wir verwenden, um den Gesetzgebungsprozess zu analysieren. Begründer der Systemtheorie ist **Niklas Luhmann**. Luhmann war Soziologe mit einer starken Verbindung zur Juristerei.

## Text 11: Klaus Röhl, Rechtssoziologie

## Text 12: Vanessa Duss, Systemtheorie

Der Ausgangspunkt von Luhmanns Theorie ist, dass die Welt unfassbar komplex ist. Als Reaktion darauf bildet die Gesellschaft vereinfachende Teilsysteme der Welt (Reduktion). Die Gesellschaft verteilt die Komplexität der Welt auf diese Teilsysteme um sie besser zu erfassen (**funktionale Ausdifferenzierung**). Solche Teilsysteme sind z.B. Religion, Wirtschaft, Recht, usw.

Diese Teilsysteme funktionieren alle nach einem **eigenständigen Code**, welcher immer binär (zweiteilig) ist. z.B. im **Recht** gilt der Code recht/unrecht, in der **Wirtschaft** haben/nichthaben, in der **Wissenschaft** wahr/unwahr. Die Systeme betrachten gesellschaftliche Vorgänge nur nach diesem Code.

Alles was in diesen Teilsystemen entsteht ist **kontingent**, d.h. es könnte auch anders sein, nichts ist absolut. Es wird immer nach dem Code entschieden. Wo eine Entscheidung ist, ist immer auch eine andere Möglichkeit, die ebenfalls hätte bevorzugt werden können.

*Definition System:* Einzelne Komponenten bilden ein Ganzes. Die Elemente wirken zusammen, dass sie in ihrer Gesamtheit mehr sind, als die bloße Summe ihrer selbst. **Ein System lässt sich immer gegen aussen abgrenzen**. Es gibt unterschiedliche Systemarten (z.B. Maschinen, Organismen, soziale Systeme, psychische Systeme). Für uns zentral, ist das soziale System.

Luhmann sagt, dass das soziale System nicht aus der Gesamtheit der Individuen besteht, sondern auf der **Gesamtheit der Kommunikationen** zwischen diesen Individuen. Das Individuum an sich, hat in der Systemtheorie nach Luhmann also keine Bedeutung

*Definition Kommunikation:* Nach Luhmann besteht Kommunikation aus den drei Elementen **Information, Mitteilung und Verstehen**.

*Definition Differenz System/Umwelt:* Systeme entstehen durch die funktionale Ausdifferenzierung. Ein System definiert sich durch die Abgrenzung zur Umwelt. Die Umwelt ist also die Aussenseite des Systems. Die **Umwelt ist so betrachtet also immer systemrelativ**. Es gibt nicht *die* Umwelt. Je nach der Perspektive des Systems ist die Umwelt anders. Das System betrachtet die Umwelt durch die Codierung seines eigenen binären Codes. Die Wahrnehmung der Umwelt fällt dadurch für jedes System anders aus.

*Definition Autopoiese:* Die Systeme operieren selbstständig und autonom von der Umwelt (**operative Geschlossenheit**). Die Operationen im System sind **selbstbezüglich**. Das heißt, eine Operation im System schließt immer an eine vorhergehende Operation an. (z.B. Beachtung der höheren Rechtssprechung im System Recht). Das System hat somit gewissermaßen ein Gedächtnis, welches sich an bereits abgeschlossene Vorgänge erinnern kann. Dennoch besteht eine gewisse Durchlässigkeit gegenüber der Umwelt (**kognitive Offenheit**): Das System beobachtet die Umwelt, lässt sich eventuell davon beeinflussen.

*Begriff Sinn:* Die Sinnbildung hat mit der Kontingenz zu tun. Die Sinnbildung ist das Instrument der Auswahl bei der Entscheidung zwischen mehreren Möglichkeiten. Weil man entscheiden *mus*s, herrscht auch ein Sinnzwang. Die nicht gewählten Möglichkeiten einer Entscheidung sind durch diese Entscheidung nicht definitiv verloren. Im Gegenteil, sie bleiben verfügbar (sie liegen sozusagen in der Schublade bereit).

*Begriff Evolution:* Die Evolution beantwortet die Frage nach der Weiterentwicklung der Gesellschaft und ihrer Systeme. Nach Luhmann läuft dieser Entwicklungsvorgang nicht linear ab. Sondern die Evolution basiert auf **Variation** (überraschende, unerwartete Kommunikation), **Selektion** (auf der Grundlage abweichender Kommunikation erfolgende Auswahl/Ablehnung von Möglichkeiten) und **Retention/Stabilisierung** (Diejenigen Dinge, welche sich stabilisiert haben, werden eingebaut). **Interne Kopplung** (zwischen bestimmten Systemen bestehen sehr enge Beziehungen (z.B. Politik/Recht). Hier können Neuentwicklungen in einem System durch interne Kopplung das andere sehr stark beeinflussen).

Die ganze Theorie übertragen wir jetzt auf das *Rechtssystem*:

Das Rechtssystem ist natürlich ebenfalls ein eigenständiges, autonomes Teilsystem im Sinne der Systemtheorie von Luhmann. Die **Funktion des Rechtssystems ist die Stabilisierung/Aufrechterhaltung von gesellschaftlichen Erwartungen** (z.B. wenn ich etwas bezahle, erwarte ich, dass ich den Kaufgegenstand auch bekomme). Der binäre Code welcher dem Rechtssystem unterliegt ist **recht/unrecht**. Der Code definiert die Grenzen des Rechtssystems: Was nicht mit recht/unrecht bewertet werden kann, gehört zur Umwelt des Rechtssystems. Diese Umwelt heißt **Rechtswirklichkeit**. Die **Rechtsevolution** geschieht durch das Heranbringen von Problemen an das Rechtssystem (**Variation**). Das richtigste Variationselement ist natürlich das Gesetz, das "Rauschen der Politik" (der Reklamationslärm welcher die Politik verursacht). Die Variation liefert also sozusagen das Rohmaterial. Diese neuen Probleme müssen nun mit dem Code recht/unrecht markiert werden (**Selektion**). Diese Lösung wird schlussendlich in das Rechtssystem eingebaut (**Stabilisation**). Diese Aufgabe hat im Rechtssystem die Dogmatik, die sich der Systematik und der Präjudizienbindung bedient. Diese Stabilisierung bildet Grundlage für weitere Entwicklungen und Evolutionen (**Ko-Evolution**).



## 2. Gesetzgebung und Politik

Das Ziel der Vorlesung ist es, einen (beschränkten) Einblick in die **Gesetzgebungslehre** zu geben.

### 2.1 Ausgangssituation: Die Beziehung zwischen Recht und Politik

Die Gesetzgebungslehre ist ein neuerer Zweig der Rechtswissenschaft. Erst im Kodifikationszeitalter (18.-19. Jh) kommt die Frage auf, wie *gute* Gesetze gemacht werden. Es gibt Ansätze einer ersten wissenschaftlichen Behandlung (z.B. Montesquieu, Filangieri, Bentham) der Gesetzgebung.

Heute prägen uns noch immer die Konzeptionen des **Rechtspositivismus** und des **liberalen Rechtsstaates**: Nach diesen Konzeptionen sollen sich die Juristen neutral verhalten. Sie werden getrennt vom Regierungsapparat. Es herrscht eine strengste Gewaltenteilung, der Justizapparat wird von der Gesetzgebung abgetrennt, welche Sache der Politik (des Parlamentes) sein soll (Die Richter haben lediglich "bouche de la loi" zu sein). Diese Konzeptionen haben dazu geführt, dass sich die Methodenlehre bisher hauptsächlich auf die Gesetzesanwendung konzentriert hat. Die Gesetzgebung sollte ein rein politischer Prozess sein

Die Gesetzgebungslehre hat seit 1945 neues Interesse bekommen. Seit dieser Zeit hat die **Gesetzesflut**<sup>1</sup> massiv zugenommen. Der Wohlfahrtsstaat hat sehr viele punktuelle Spezialgesetze produziert, weil er versucht hat, alle Lebensbereiche staatlich zu regulieren (Gesetzgebung als Instrument gesellschaftlicher Steuerung). Aus diesem Grund haben die zentralen Kodifikationen (z.B. ZGB, BV, OR, StGB) an Bedeutung verloren und die Widersprüchlichkeiten zugenommen (sog. Prozess der **Dekodifikation**). Mit dieser Gesetzesflut hat auch die Qualität der Gesetze massiv abgenommen und die symbolische Gesetzgebung<sup>2</sup> massiv zugenommen.

**Mit dieser Entwicklung hat sich das Gesetz in seiner grundlegenden Funktion gewandelt**.: Früher hatte es eine ganz klare **Stabilisierungsfunktion**. Heute wird das Gesetz dazu benutzt, um **Veränderungen (in) der Gesellschaft** zu bewirken, es soll eine soziale Steuerung betrieben werden. Die Gesetze sind viel unbeständiger und kurzlebiger geworden durch den Funktionswandel. Das Gesetz verliert somit das Image des "perfekt Durchdachten".

Diese Abnahme der Qualität der Gesetze hat zu einem erneuten und erhöhten Interesse an einer klaren Gesetzgebungslehre geführt. Es werden nun auch Kosten-Nutzen-Analysen von Gesetzen durchgeführt (Gesetze kosten Geld!). Die Frage nach der Notwendigkeit und Nützlichkeit staatlicher Intervention wird vermehrt aufgenommen (sog. Prozess der Entrechtlichung).

Die Resultate dieses erneuten Interesses an der Gesetzgebungslehre sind offensichtlich: Die Verfassungsgerichte entwickeln "minimal standards" für die Gesetzgebung. Im Rahmen der Normenkontrolle werden auch gesetzgebungsmethodische Fragen diskutiert. Die Gesetzgebungslehre wird auch vermehrt in der Juristenausbildung vermittelt. Es entstehen Lehrstühle und Forschungsprojekte in diesem Rechtsbereich.

Das Hauptwerk der Gesetzgebungslehre in der deutschsprachigen Schweiz ist das Werk von Peter Noll:

#### Text 13: Peter Noll, Gesetzgebungslehre

Peter Noll lehnt die Proklamation ab, dass Gesetzgebung eine reine politische Angelegenheit sei. Er lehnt somit auch die scharfe Trennung von Recht und Politik ab, **er lehnt damit eigentlich die rechtspolitische Konzeption ab** (Trennung von Recht und Politik. Die Politik steht über dem Recht, gibt die Gesetze vor. Der Richter hat diese Gesetze anzuwenden und dabei keine Wertung einfließen zu lassen). Noll meint, dass das Recht die Politik ebenfalls binden sollte (*Legalitätsprinzip*).

Noll weist zudem zurück, dass die Gesetzgebungslehre eine reine wissenschaftliche Beratung der Politik sein soll. Er definiert die **Aufgaben der Gesetzgebungslehre** erstens als eine **kritisch-analytische Beratung der Politik**, zweitens als **Machtbegrenzung**, und schlussendlich als **Konkretisierung des Rechtsstaatsgedanken**.

Für Noll geht es bei der Gesetzgebung nicht nur allein um eine wertenden Tätigkeit, sondern auch um eine **rationale Tätigkeit**. Nolls Theorie ist ein Versuch, die politische Willkür und Irrationalität zu binden. Dem politischen Gesetzgebungsvorgang sollen bestimmte rationale Routinen und Regeln unterliegen.

---

<sup>1</sup> Als veranschaulichendes Beispiel: Allein im Jahre 2002 sind 1655 neue Bundesgesetze erlassen worden, das bedeutet ungefähr 35000 Seiten neues Recht.

<sup>2</sup> Gesetze, welche die Politik macht, um sich und die Gesellschaft zu befriedigen, rechtlich betrachtet aber kaum umsetzbar sind (z.B. Verwahrungsinitiative). Die symbolische Gesetzgebung ist in der nächsten Vorlesung Hauptthema

Noll glaubt sehr stark an die **Steuerungsfunktion der Gesetzgebung** (sog. *Steuerungsoptimismus*), dass die neuen Gesetze und das bestehende Recht die Gesellschaft steuern können. Heute macht sich jedoch eine Steuerungskeptis breit: Es wurde empirisch bewiesen, dass sich mit dem Gesetz nicht alle gesellschaftlichen Strömungen steuern lassen (z.B. die Generalprävention im Strafrecht schützt nicht vor Rechtsverbrechern, die es trotzdem immer geben wird.).

#### Text 14: Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft

Luhmann ist Begründer des systemtheoretischen Ansatzes und er vertritt ihn demzufolge auch. Er glaubt, dass das **Recht und die Politik in zwei getrennte Systeme ausdifferenziert** sind. Die beiden Systeme haben unterschiedliche Codes; die Codierung des politischen Systems (Regierende/Regierte) findet im Rechtssystem keine Anwendung.

Beide Systeme laufen zudem nach anderen Zeitdimensionen ab: Die Politik ist immer unter Zeitdruck, sie muss rasch auf Ereignisse reagieren (z.B. Terrorismusproblematik). Das Recht hat viel mehr Zeit bei der Entscheidungsfindung, es entwickelt dogmatische Figuren über Jahrhunderte hinweg. Richter haben mehr Zeit bei der Abwägung des Entscheides.

Diese beiden Systeme sind auch gegenläufig. Dies begründet sich darin, dass sie **unterschiedliche Zwecke** haben. Die Aufgabe der Politik ist es, einen Konsens ihrer politischen Partizipanten zu bilden. Das Recht hingegen bietet sich an - als Instrument - den gefundenen Konsens umzusetzen.

Trotz der Trennung stehen beide System in einem engen Austausch (sog. *strukturelle Kopplung*): Die Politik versucht das Recht für seine Zwecke zu nützen, als Instrument für seine Ziele. Das Recht seinerseits, versucht die politische Macht zu binden. Neben diesen **konträren Intressen** sind die beiden Systeme aber auch **voneinander abhängig!** Das Recht ist legitime Existenzgrundlage der Politik (Rechtsstaat), es braucht aber im Gegenzug die Gewaltmittel der Politik für seine Geltung. Luhmann bezeichnet diese gegenseitige Abhängigkeit als *parasitärisches Verhältnis*.

**Gesetzgebung ist in diesem Austausch zwischen den beiden Systemen Recht und Politik der zentrale Ort, sozusagen das Bindeglied.** Hier geschieht die Transformation von politischen Entscheidungen in den rechtlichen Code. Die Gesetzgebung ist auch der Ort der rechtlichen Beschränkung der Politik durch das Recht. Die Gesetzgebung ist also der Ort des Austausches zwischen Recht und Politik

Man muss aufpassen, dass man Luhmann nicht falsch versteht: Er vertritt damit *nicht* eine rechtspositivistische Auffassung. Es gibt für ihn keine hierarchische Abhängigkeit zwischen Recht und Politik. *Positivität* im Sinne Luhmanns bedeutet, dass Recht dauernd abänderbar ist. Deswegen ist das Rechtssystem für das Politiksystem auch so interessant und deswegen versucht es immer wieder in das Rechtssystem einzuwirken.

**Luhmann lehnt die Steuerungsfunktion der Gesetzgebung radikal ab** (sog. *Steuerungskeptis*). Für Luhmann stehen die beiden Systeme differenziert und auf gleicher Ebene gegenüber. Politik kann bei anderen Gesellschaftssystemen (z.B. auch Religion) höchstens Irritationen auslösen. Die anderen System entscheiden selbstständig, ob sie auf die Irritationen der Politik reagieren wollen (so auch das Recht). Politik und Recht sind nach Luhmann zwar getrennt, aber dennoch strukturell gekoppelt, d.h. stärker voneinander abhängig, als andere Systeme untereinander.

#### Text 15 Aschke: Kommunikation, Kordination und soziales System

Aschke kritisiert den Ansatz von Luhmann und versucht den systemtheoretischen Ansatz weiterzuentwickeln. Aschke vertritt die Theorie einer sog. **Kontextsteuerung**, die zwischen Steuerungsoptimismus und Steuerungs pessimismus positioniert ist.

Es besteht nach Aschke mehr Steuerungsfunktion auf das Recht durch die Politik, als Luhmann anerkennen möchte. Die Realität zeigt überall auf der Welt, dass neue Gesetze aus der Politik sofort von den Gerichten angewandt werden.

**Die Politik verändert gemäss Aschke die gesamten Rahmenbedingungen und die Selektierungsmöglichkeiten des Rechtssystems.** Das Recht kann zwar noch immer nach seiner systemeigenen Codierung arbeiten, doch der Kontext des Rechtssystem wird durch das politische System manipuliert. Es handelt sich also nicht um eine lineare Steuerung, sondern eine Steuerung, welche die Rahmenbedingungen anpassen kann. Innerhalb dieser Rahmenbedingungen hat der Richter noch immer einen freien Ermessensspielraum. Er wird also nicht direkt gesteuert.

Die Beeinflussung des politischen Systems gehen nach Aschke also weiter als blosse Irritationen der Umwelt, auf welche das Rechtssystem frei wählen kann, ob es darauf reagieren möchte (kognitive Offenheit). Die Rahmenbedingungen werden durch die Kontextsteuerung zwingend abgeändert, ohne dass das Rechtssystem darauf Einfluss nehmen könnte. Es herrscht eine stärkere Koordination zwischen den Systemen, als Luhmann dies vertritt. Es besteht eine **gegenseitige Prägung**, die mehr ist, als eine gegenseitige Irritation.



Begriff der *Ko-Evolution*: Das rechtliche System und das politische System sind bei ihrer Evolution (Weiterentwicklung) aufeinander angewiesen. Sie nehmen Rücksicht aufeinander (z.B. neue Gesetze werden unter Mitarbeit von Juristen und Politikern erstellt) bei ihrer Fortentwicklung (Autopoiese).

Es besteht ein Koordinationsbedarf zwischen den beiden Systemen Politik und Recht (z.B. bei der Erstellung von neuen Gesetzen), weil sonst die Effizienz beider Systeme gestört würde. Das Normprogramm des Gesetzgebers (politisches System) sollte so formuliert sein, damit es die Chance hat, in rechtlichen Entscheidungen (im Rechtssystem) umgesetzt zu werden.

## 2.2. Symbolische Gesetzgebung

Die symbolische Gesetzgebung ist ein sehr gutes Beispiel, um zu zeigen was geschieht, wenn das Rechtssystem und das politische System nicht zusammen harmonieren. Beispiel *Verwahrungsinitiative*, welche im politischen System ausgebrütet worden ist und im Rechtssystem kaum umsetzbar ist, weil sie gegen die EMRK verstösst.

### Text 16: Harald Kindermann, Symbolische Gesetzgebung

Kindermann beginnt mit einer Unterscheidung *symbolische Gesetzen* und *symbolischer Gesetzgebung*:

*symbolische Gesetze* bestehen, wenn zwischen der Gesellschaft im Umfeld eines Gesetzes und dem Gesetz selber mit der Zeit (also durch Zeitablauf) eine grosse Diskrepanz besteht. Z.B. im Strafgesetzbuch wurde die Norm des Abtreibungsverbotes, die seit den 1940iger Jahren galt, mit der Zeit von den Richtern nicht mehr beachtet und berücksichtigt. Aufgehoben wurde die Norm durch das politische System allerdings erst viel später (2001).

Aber uns interessiert in erster Linie die *symbolische Gesetzgebung*:

Die zentrale Ausgangsfrage der symbolischen Gesetzgebung ist der **Wille (Intention) des Gesetzgebers**. Problematisch ist jedoch, dass der Wille des Gesetzgebers sehr schwer festzustellen ist, weil mehrere Leute (teilweise sehr kontrovers) diesen Willen ausmachen. Aus diesem Grund musste man bei der Auslegung von der subjektiv- zur objektiv-historischen Auslegung des gesetzgeberischen Willens wechseln. D.h. man nimmt den Gesetzestext aus Ausgangslage, um daraus den Willen des Gesetzgebers herauszufinden. Den Willen des Gesetzgebers zu eruieren, ist natürlich eine Interpretationsfrage des Richters und immer eine Fiktion.

Dabei lässt sich zwischen *intendierten Wirkungen* (Die Wirkung, welche der Gesetzgeber mit dem Gesetz anstrebte) und *nicht intendierten Wirkungen* (Wirkungen die tatsächlich auftreten, vom Gesetzgeber aber nicht gewollt waren) unterscheiden.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die genaue Ermittlung des gesetzgeberischen Willens sehr schwierig ist.

Kindermann definiert die symbolische Gesetzgebung folgendermassen: **Wenn der Gesetzgeber einen normativen Anspruch erhebt, ohne die Voraussetzungen für die wirksame Umsetzung dieses Anspruchs zu schaffen**, die er (aber) schaffen könnte. Er nützt den Handlungsspielraum also nicht vollständig aus und gibt keine Erklärung dafür ab, wieso er dies nicht tut. Es werden Probleme verrechtlicht, doch gleichzeitig die Vollzugshandlungen nicht bereitgestellt, so dass der Regelungszweck des Gesetzes eigentlich gar nicht umgesetzt werden kann. Wenn die Gesetzgebung also rein symbolischer Art ist, dann fehlt ihm die Effektivitätsgrundlage, die für das rechtliche System unabdingbar ist.

Wie kann man eine symbolische Gesetzgebung feststellen? Es handelt sich dabei um eine empirische, rechtsoziologische Arbeit. *Beispiel Aubert*, welcher 1966 in Norwegen das Haushaltsangestellten-Gesetz untersucht hat. Deklariertes Ziel dieses Gesetzes war: Schutz der Interessen der Haushaltsangestellten. Die empirische Untersuchung von Aubert brachte aber ans Licht, dass 90% der Haushaltsangestelltenverhältnisse nicht diesem Gesetz entsprach, es aber es keine Gerichtsfälle gab. Aubert fand heraus, dass diese Diskrepanz an den unwirksamen Strafnormen dieses Gesetzes lag. Es war nämlich eine Geldbusse für den Arbeitgeber vorgesehen, falls der Haushaltsangestellte länger als gesetzlich normiert arbeiten mussten. Dies war natürlich völlig unwirksam, weil die Haushaltsangestellten sogleich gekündigt haben, wenn sie unzufrieden waren. Einen Arbeitgeber einzuklagen würde nur das Verhältnis stören und einen Unmenge an Zeit und Nerven kosten. Somit war dieses gesamte Gesetz natürlich völlig unwirksam. Diese Unwirksamkeit ist vom norwegischen Parlament aber bewusst gestaltet worden, um die verschiedenen politischen Interessen (Der Gegner und Befürworter) in Einklang zu bringen; die Befürworter hatte eine Regelung, die Gegner die Gewissheit, dass sie nicht wirksam ist.

Man kann **verschiedene Typen** von symbolischer Gesetzgebung unterscheiden. **Bekennnormen** sind Normen, die in der Regel in **ideologischen Auseinandersetzungen** entstehen und **deklaratorischen** Charakter haben. Ihr Zweck ist also lediglich, eine ideologische Richtung verdeutlichen wollen (in gewisser Weise kann man hier die Menschenrechtsnormen als Bei-

spiel anführen. Oder das französische Gesetz, welches den armenischen Völkermord anerkennt.). **Alibigesetzgebung**, welche das **Vertrauen der Bevölkerung** in die Regierung zu stärken soll, aber eigentlich völlig ineffizient ist (z.B. Antiterrorgesetze). Alibigesetze entstehen oft auch aufgrund des kurzen Zeitrahmens der Politik (Die Politiker müssen noch vor der nächsten Wahl ein Gesetz vorlegen um zu beweisen, dass sie etwas getan haben). Bei der **Kompromissgesetzgebung** geht es darum, dass aufgrund des **Ringens der Parteien** im Parlament ein ineffizientes Gesetz entsteht. Teilweise nur aus dem Grund, damit ein politisches Problem vom Tisch ist (z.B. Haushaltsangestelltengesetz Norwegen).

Mit symbolischer Gesetzgebung werden also gewisse Ziele verfolgt: Es werden Ideologien deklariert, das Vertrauen der Bevölkerung in die Regierung gestärkt und Kompromisse erzeugt. Doch die **sachliche Durchsetzung der geregelten Materie ist nicht gewährleistet** und diese Tatsache stellt das rechtliche System und die Gerichte vor gewaltige Probleme.

Die Tendenz zeigt eindeutig, dass die symbolische Gesetzgebung zunimmt. Man kann davon ausgehen, dass es eher solche Gesetzgebung gibt, je eher die **gesellschaftlichen Interessen konträr** sind, je **höher die Kosten** zur Lösung eines Problem sind, je **komplexer der Regelungsgegenstand** ist.

Gefahren und Probleme der symbolischen Gesetzgebung sind, dass sie **überflüssige Verwaltungskosten** verursachen, dass **einzelne Normadressaten** getäuscht werden und dass **effektivere Lösungen des Problems verhindert** werden. **Somit sind schlussendlich die rechtsstaatlichen Prinzipien verletzt.**

### Text 17: Goran Mazzuccheli, Mehr Sicherheit dank härteren Urteilen? Die Funktion strafrechtlicher Sanktionen aus kriminologischer Sicht

Das Strafrecht ist sehr anfällig für symbolische Gesetzgebung. Weil das Strafrecht in einem sehr sensiblen Bereich operiert, wo Ängste der Bevölkerung eine grosse Rolle spielen. In letzter Zeit dringt ganz klar die Tendenz durch, dass die politische Reaktion auf die Zunahme von Straftaten die **Verschärfung der Strafnormen** (Alibigesetzgebung) ist. Es wird auf die Eindringlichkeit gesetzt, weil man Sicherheitsbedürfnisse der Gesellschaft stärken möchte. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich legitim, doch die Gefahr ist gross, dass die Meinung der Bevölkerung in Enttäuschung umschlagen könnte, wenn erkannt wird, dass trotz höherer Strafen, die Anzahl Straftaten nicht abnimmt

### Text 18: NZZ, Hohe Hürden für lebenslange Verwahrung. Initiative dürfte in der Praxis keine Bedeutung erlangen.

Die Verwahrungsinitiative wurde angenommen trotz des klaren Widerstandes des Parlamentes. Mit der Verwahrungsinitiative sind **massive rechtliche Probleme** behaftet und die **Effizienz (also die Durchsetzung) dieses Gesetzes scheint höchst ungewiss**. Parallel zur Einführung der Verwahrungsinitiative wurde das StGB revidiert. Ebenfalls mit einer Verschärfung der Verwahrungsbestimmungen.

Konkrete Probleme:

- Es gibt in der Verwahrungsinitiative keine Begrenzung des Täterkreises: Welche Täter sollen in den Bereich der Verwahrungsinitiative fallen?
- Eine Überprüfung ist nur möglich, wenn neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen. Diese Bestimmung ist nicht vereinbar mit der EMRK

Das aktuelle Problem der Verwahrungsinitiative ist, dass man von der Politik her versucht, die Effizienz dieses Gesetzes zu erhöhen indem man diese Probleme abzubauen versucht. Man versucht also, den Symbolcharakter zu reduzieren. Die Verwahrungsinitiative wird abgeschwächt, so dass schlussendlich die Grundanliegen der Initianten nicht mehr gewahrt sind. Im Endeffekt haben wir einen reinen und unheimlich grossen **Papiertiger** vor uns.

---

15. Dezember 2005

## 3. Gesetzgebungsmethode

Es geht in in dieser Vorlesung um die **materielle Gesetzgebungsmethode**. Die formelle Gesetzgebungstechnik ist Thema der übernächsten Vorlesungsstunde.

Text 19: Peter Noll, Gesetzgebungslehre, 1973

Text 20: Charles-Albert Morand, Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften, 1988

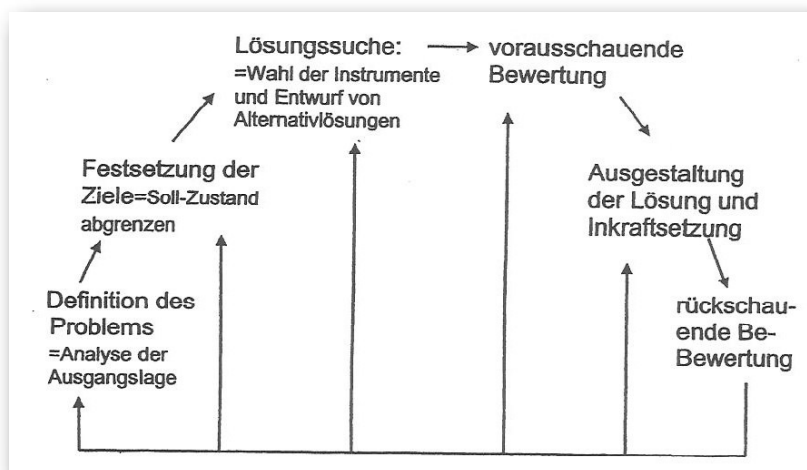
Die Rechtswissenschaft stellt den Anspruch an die Gesetzgebung (und somit an den Gesetzgeber im politischen System), dass die Gesetzgebung **rational** ist. Das heißt, dass sie im rechtswissenschaftlichen System anwendbar ist. Noll stellt an die Gesetzgebungslehre den Anspruch, der Setzung des materiell "richtigen" Rechts. Dieser Grundsatz setzt voraus, dass man noch an die Steuerungsfunktion des Rechts glaubt. Bei Morand ist dieser Anspruch auch da, aber stärker zurückgenommen. Für Morand erstreckt sich die Gesetzgebungsmethodik nur auf die Rationalität des Gesetzestextes in Sinne von kohärenten Gesetzeszielen, nicht aber auf inhaltlich gutes Recht. Er beschränkt sich also lediglich auf die formelle Komponente der Rechtsentstehung und bezieht sich nicht auf den materiellen Inhalt einer Rechtsnorm. Man kann sagen, dass Morand eher als Noll das Konzept der Trennung zwischen Recht und Politik verfolgt.

Die zweite Erkenntnis beider Autoren ist, dass die Gesetzgebungsmethode unweigerlich **interdisziplinär** sein muss. Weil die Regelungsmaterien sehr **komplex** geworden sind (z.B. Gentechnologie, wo es für eine rechtliche Regelung unbedingt biologische Erkenntnisse braucht). Die Juristen sind eigentlich lediglich Normierungsspezialisten, welche die Erkenntnisse aus anderen Wissenschaften verarbeiten.

Schlussendlich bleibt noch die Frage der Einordnung der Gesetzgebungsmethode in die gesamte Rechtswissenschaft. Die Methodenlehre insgesamt ist eine **Metadisziplin** der Rechtswissenschaft. Somit ist auch die Gesetzgebungsmethodik eine, weil sie Teil der gesamten Methodenlehre ist. Jedoch hat sie Unterschiede im Vergleich zur Rechtsanwendungsmethodenlehre.

Die juristische Methodenlehre hat nach Morand das Ziel, überhöhtes juristisches Spezialistentum zu vermeiden. Er will verhindern, dass Juristen am Werk sind, die methodisch zu wenig geschult sind. Die Gesetzgebungsmethode soll die **Faktenbezogenheit**, **Effektivität**, **Konkretheit** und **Systematisierung** von neuen Gesetzen sicherstellen.

Man kann unterscheiden zwischen **materiellen** und **formellen** Gesetzgebungsmethodik. Bei der **materiellen Gesetzgebungsmethode** geht es um eine **Anleitung für die Erzeugung "guter" Rechtsnormen und wie dies auf rationale Weise geschieht**. Die **formelle Gesetzgebungsmethode** beschäftigt sich hauptsächlich mit der **Technik**, wie man eine gute Norm schreibt. Sie ist also in erster Linie **Gesetzgebungstechnik** (hier gibt es auch offizielle Leit- und Richtlinien für die Erzeugung eines technisch guten Gesetzes). Wir werden uns folgend mit der materiellen Gesetzgebungsmethode befassen:



**Adressaten** solcher Konzepte sind primär die Juristen in der Verwaltung, welche die Gesetze vorbereiten und nicht das Parlament.

**Definition des Problems:** Fraglich ist, ob wirklich ein Problem besteht, oder ob eines durch Interessengruppen hochgeschaukelt wird (z.B. Verwahrungsinitiative). Diese Definition des Problems bedarf oft soziologischer Untersuchungen. Das **Problem sollte objektiv definiert** werden. Das Postulat dieses Punktes ist, dass der Gesetzgeber sich also selbst ein Bild der Situation machen sollte und nicht nur auf Pressionen aus der Umwelt reagiert. Schlussendlich wird die Frage beantwortet, ob es überhaupt ein Gesetz braucht um das Problem zu beseitigen.

**Festsetzung der Ziele:** Der **Soll-Zustand** wird definiert. Es geht hier vor allem um einen **politischen Akt**. Diese Ziele sollten **widerspruchsflos** zu anderen Zielen, **hierarchisch** einordbar und **operativ** sein. Nicht dass es rein symbolische Ziele werden, wie z.B. bei der Verwahrungsinitiative, welche völlig anderen Zielen (Einhaltung der Menschenrechte, EMRK) widerspricht.

**Lösungssuche:** Hier werden die richtigen und adäquaten **Instrumente** gesucht, mit welchen man diesen Soll-Zustand erreichen kann. Will man **regulieren** (per Gesetz vorschreiben, wie man sich zu verhalten hat), **Anreize schaffen** (positiv oder negativ) oder lediglich eine vom Staat her eine **Koordinations- und Kooperationsfunktion** übernehmen. Wichtig ist, dass man auch verschiedene **Alternativlösungen** ausarbeitet und einander entgegensetzt. Hier stellen sich die Fragen, ob man überhaupt eine

Regelung einführen will, wie hoch die Regelungsdichte sein sollte, ob es dispositive oder zwingende Regelungen sein sollten, usw.

*Vorausschauende Bewertung:* **Prognosen** im gesellschaftlichen und sozialen Bereich sind hochkomplex und sehr schwer. Hier darf man nicht den Anspruch stellen, dass sie 100% korrekt sein werden.

*Ausgestaltung der gewählten Lösung und Inkraftsetzung:* Hier geht es um die eigentliche **Gesetzestechnik**, die korrekte Ausformulierung der Normen.

*Rückschauende Bewertung:* Im Idealfall kann man die Gesetzgebung an negative oder fehlende Wirkungen **anpassen**. Ideal wäre, wenn schon von Gesetzes wegen vorgesehen wird, dass es in regelmässigen Abständen geprüft wird.

Dies ist an sich ein sehr schönes und optimales Modell, fraglich ist nur, wie man rationale Gesetzgebungsmethoden in der Wirklichkeit durchsetzt?

Die Gesetzgebung ist eigentlich ein **Akt des Souveräns**, hier kann man keine Gebote auferlegen (siehe Verfassungsinitiative). Der Souverän ist in seiner Willensgestaltung völlig frei (so kann er z.B. die Verfassung abändern). Ein Instrument um die Gesetzgebungsmethodik durchzusetzen ist jedoch die **(abstrakte) Normenkontrolle durch Verfassungsgerichte**. Da Verfassungsgerichte Gesetze auf Verfassungskonformität überprüfen können, besteht mittelbar eine Kontrolle der Einhaltung der Gesetzgebungsmethode durch den Gesetzgeber.<sup>3</sup> Es gibt zudem auch bereits Diskussionen, über die Einführung von **Gesetzgebungsverfahrensgesetze**, welche bei der Gesetzgebung die Einhaltung der Grundsätze der materiellen Gesetzgebungsmethodik garantieren sollen.

### Text 21: BGE 110 Ia 7ff.

Die beiden Urteile (Texte 21 und 22) sollen darstellen, wie gesetzgebungsmethodische Ansprüche via **Verfassungsgerichtsbarkeit** durchgesetzt werden. In der Schweiz geschieht dies grundlegend anders als in Deutschland:

Das Bundesgericht überprüft ob das kantonale Steuergesetz verfassungskonform ist. Dabei überprüft es eigentlich mittelbar, ob die kantonale Gesetzgebung methodisch sauber abgelaufen ist. In geraffter Form formuliert das Bundesgericht dabei die Schritte einer solchen Gesetzgebungsmethode. Das ganze wird auf einer Ebene abgehandelt die sehr oberflächlich und damit unbefriedigt bleibt, mit relativ schwammigen und dubiosen Grundlagen (z.B. Tatsachenannahme aufgrund eines NZZ-Artikels).

Fazit des Bundesgerichtes: Weil man keine Statistiken über die soziologische Wirklichkeit verfügt, kann der kantonale Gesetzgeber frei verfügen. Das Bundesgericht macht allerdings einen gummigen Rückgriff auf die Rechtsgleichheit in Art. 4 aBV und erklärt das Gesetz damit für ungültig.

Das Bundesgericht geht also von **materiellen Grundlagen** aus (in denen allerdings die methodischen Anforderungen an die Gesetzgeber beinhaltet sind). Es urteilt über die **Sinn- und Zweckmässigkeit** des Gesetzes, das **Willkürverbot** und die **Verhältnismässigkeit**. Das Urteil demonstriert sehr schön, wie sehr das Gericht damit überfordert wird, auf materieller Ebene abzulären, ob die Gesetzgebungsmethodik eingehalten wurde. Es zeigt auf, dass das Gericht nicht wie ein Gesetzgeber arbeiten kann.

### Text 22: Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts 1979, BVgerGE 50, 290 - Mitbestimmung

Der deutsche Verfassungsgerichtshof hat diese Problematik erkannt und macht die Kontrolle der Verfassungskonformität grundlegend anders: Er beurteilt nicht materiell, sondern lediglich **formell**: Er schaut nur, ob der Gesetzgeber sein Produkt **richtig** (anhand der Kriterien der materiellen und formellen Gesetzgebungsmethodik) **erzeugt** hat. Auch diese Form der Verfassungskontrolle ist heikel und hat viele Diskussionen ausgelöst, weil das Verfassungsgericht somit über das Parlament erhoben wird.

Das Bundesverfassungsgericht kontrolliert also lediglich, ob der Gesetzgeber die grundlegenden methodischen Anforderungen bei der Gesetzgebung eingehalten hat und das Gesetz somit legitim entstanden ist. Somit muss der Gesetzgeber eigentlich nach dem oben - von Morand vorgestellten - System gearbeitet haben: Tatsachenfeststellung, Systematische Beurteilung der Fakten und Prüfungen von Alternativen, Prognosepflicht, Beobachtung und Korrektur

Wenn das Verfahren korrekt abläuft, dann geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass das Produkt als Verfassungskonform betrachtet werden kann. Es verzichtet auf eine materielle Kontrolle der Vorgaben der Verfassung.

---

<sup>3</sup> In der Schweiz ist die Normenkontrolle allerdings aufgrund Art. 191 BV beschränkt.

## 4. Das Problem der Gesetzesfolgen als methodische Herausforderung

Text 23: Peter Noll, Gesetzgebungslehre

Text 24: Christoph Gusy, Was bewirken Gesetze?

Text 25: Carl Böhret, Gesetzesfolgenabschätzung (GFA): Modisch oder Hilfreich?

Wie kann man **Gesetzesfolgen** untersuchen? Es gibt die vorausschauende und die rückschauende Bewertung.

**Vorausschauende Bewertung:** Es wirken so viele Faktoren auf die Gesellschaft ein, dass es schwierig zu sagen ist, wie die potentiellen Effekte neuer Normen ausschauen werden. Methoden für die vorausschauende Bewertung wären die **Rechtsverglei-**chung, die **experimentelle Gesetzgebung** (Gesetz auf Probe) und die **Gesetzesfolgenabschätzung (GFA)**: prospektiv, begleitend und retrospektiv.

**Rückschauende Bewertung:** War schon immer ein Gegenstand der **Rechtssoziologie**. Heute auch als *Effektivitätsforschung* oder *Implementationsforschung* bezeichnet. Hauptfrage ist, wie man die Gesetzesziele erreichen kann, ohne unerwünschte Nebenwirkungen. Dabei kann man rechtsinterne (innerhalb der gesamten Rechtsordnung, z.B. Konflikte mit übrigen Gesetzen) und rechtsexterne (ausserhalb des Gesetzes, Z.B. Umgehungen von Normen durch die Rechtssubjekte) Wirkungen unterscheiden. Im Zuge der Vermehrung von Spezialgesetzen (Gesetze die ein ganz spezifische Problem regeln wollen), geht die Tendenz ganz klar dahin, dass die Gesetze schon selbst Bestimmungen über die regelmässige Selbstüberprüfung beinhalten (review-clauses), Gesetze die nur beschränkt gültig sind (sunset-clauses), oder ein Gesetz dass erst in Kraft tritt, wenn bestimmte Bedingungen eintreten (sunrise-clauses).

---

22. Dezember 2005

## 5. Gesetzgebungstechnik

Text 26: Georg Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre

*Begriffsdefinitionen:*

Die **Methode der Rechtssetzung** ist nach Müller die richtige Art des Vorgehens um zum Ziel der "richtigen", "guten", "gerechten" Rechtsnorm zu gelangen. Was eine "richtige" Rechtsnorm ist, setzt also bei Müller ein Werturteil voraus.

Das **Rechtssetzungsverfahren** ist der Weg zu diesem Ziel. Somit also Prinzipien, Gesichtspunkte, Kriterien und Masstäbe, welche zu diesem Ziel führen. Müller meint, dass es heute unbestritten ist, dass es eine Methode der Gesetzgebung gibt.<sup>4</sup> Beweis dafür sind z.B. der Gesetzgebungsleitfaden des Bundes oder die Richtlinien des Landtags von Baden-Württemberg (siehe Text 29). Mit dem Rechtssetzungsverfahren wird auch der Ablauf des Entscheidungsprozesses bestimmt, in welchem die Rechtsnormen bestimmt werden. Es bestimmt welche Organe den Anstoss zur Gesetzgebung einleiten, die Gesetze erzeugen oder durchsetzen.

Die **Rechtssetzungstechnik** beinhaltet die technischen Werkzeuge zur äusseren Gestaltung der Rechtsnormen. Regeln die den Aufbau, die Form, die Struktur und Sprache der Rechtsnormen bestimmen. Die Rechtssetzungstechnik ist von allen drei Begriffen in der Praxis am meisten etabliert. Müller glaubt, die Elemente einer guten Gesetzgebungstechnik sind ein **klarer Aufbau**, **verständliche Sprache**, **angemessene Dichte** und **ausreichende Bestimmtheit**. Die Einhaltung dieser Elemente erhöhen die Chancen der Wirksamkeit, Durchsetzung, Anwendung und Akzeptanz des Gesetzes.

Text 27: Thomas Fleiner-Gerster, Wie soll man Gesetze schreiben?

Fleiner stellt sich die Frage, ob eine Methode der Gesetzgebung überhaupt erlernbar ist. Er meint, dass die reine Technik der Gesetzgebung sehr wohl erlernbar ist, nicht aber jedoch, die Intentionen des Gesetzgebers. Diese müssen in einem politischen Prozess entstehen. Weil die Intentionen des Gesetzgebers jedoch in der gesellschaftlichen Wirklichkeit umgesetzt werden müssen, braucht es Leute (Juristen), welche die Methoden der Gesetzgebung anwenden um diese Intentionen in wirksame Normen transformieren.

Ein guter Gesetzgeber muss nach Fleiner eine gute Sprache und eine gute Form haben, weil dies die unabdingbare Folge eines durchdachten Inhalts ist. Das Ziel von Normen und Gesetzen ist die Verwirklichung von gesellschaftspolitischen Interessen in Form von Rechten und Pflichten. Fleiner befasst sich mit der **Vorgehensweise** bei der Erarbeitung von Normen, welche optimalerweise folgenden Ablauf nehmen sollte:

---

<sup>4</sup> Was lange Zeit nicht der Fall war.



Zuerst müssen die **Ziele** müssen ganz klar formuliert werden. Denn nur, wer ein ganz klares Ziel vor Augen hat, formuliert auch klare Gesetze. Eine klare Zielformulierung sollte also unbestimmte Normen verhindern.

Somit muss die Zielsetzung konkretisiert werden. Dies ist detailliert möglich, indem der Gesetzgeber **Thesen der Zielsetzung** erarbeitet (und diese evt. wieder mit den politischen Intensionen vergleicht). Dabei muss das Problem **objektiv analysiert** werden, die **Zielsetzung gerechtfertigt** werden, die **Geeignetheit des Instrumentes** überprüft werden sowie die **Realisierbarkeit des Gesetzes** (Ist das Gesetz **faktisch möglich**, **rechtlich möglich** (liegt Gesetzgebungsbefugnis des konkreten Gesetzgebungsorgans vor), **realistisch**, durch **Rechtsnormen verwirklicht**?) Zudem sollte das **Ziel-Mittel Verhältnis** umschrieben werden (Dabei müssen die Rechte und Pflichten sowie Übergangsfragen überlegt werden, und die Randbedingungen für den Vollzug im Auge behalten werden). Schlussendlich sollten noch **Zielkonflikte** mit bereits bestehenden Zielen eruiert und gelöst werden.

Danach ist der zweite Schritt die **normative Gestaltung der Ziele**. Um dies zu tun, gibt es verschiedene Möglichkeiten: Einerseits können **Verhaltenspflichten** auferlegt werden (Hier muss man sich genau überlegen, wer Adressat der Verhaltenspflichten und wer Vollzugsorgan ist). Die zweite Möglichkeit wäre der Erlass von **Kompetenzen** (Hier muss ebenfalls gefragt werden, wer die Kompetenzen bekommen soll). Die dritte Möglichkeit schlussendlich wäre die Einführung einer **Bewilligungspflicht**. Parallel zu diesem Schritt muss man sich daneben noch **Geltungsfragen**, das **Übergangsrecht** und die **Regelungsstufe** dieses Gesetzes überlegen.

Schlussendlich wird die **Formulierung des materiellen Inhalts** der Rechtsnormen notwendig. Fleiner meint, dass es hier zwei Methoden gibt. Einerseits die induktive Methode, welche er den Juristen zuordnet und andererseits die deduktive Methode, welche er den Politikern zuordnet. Die **induktive Methode** sucht aus ganz vielen Einzelfällen einen gemeinsamen Nenner, indem diese Einzelfälle miteinander verglichen werden. Dabei muss man den Abstraktionsgrad festsetzen: es muss überlegt werden, wie offen die Formulierung einer Norm sein soll (z.B. bei Grundrechten findet eine sehr allgemeine Formulierung statt, während bei Verordnungen oft sehr detailliert geregelt wird.). Der Vorteile dieser induktiven Methode ist die Lebensnähe. Der Nachteil daran ist allerdings die Konzeptlosigkeit. Die **deduktive Methode** hingegen geht von einem politischen Programm aus, welches man versucht zu einer Rechtsnorm umzufunktionieren. Diese Methode führt jedoch dazu, dass sie relativ oft allgemein umschriebene Zweckartikel hervorbringt. Der Vorteil dieser Methode ist die Konzeptnähe zu einer Idee, die bereits durchdacht ist. Allerdings ist diese Methode teilweise nicht sehr lebensnah, weil Vorstellungen, welche aus dem politischen System kommen, im Rechtssystem nicht umsetzbar sind. Fleiner plädiert für eine **Kombination** beider Methoden bei der Formulierung des materiellen Rechts

Häufige Fehler beim Erlass eines Gesetzes sind somit:

- **Fehlender Normzweck.**
- **unbestimmter Adressatenkreis.**
- **keine logische Gliederung der Normen/des Gesetzes.**
- **keine ausgewogene Regelungsdichte**
- **Rechtsunsicherheiten, weil keine klare Kompetenzzuordnung besteht**

## Text 28: Georg Müller, Elemente einer Rechtsetzungslehre

Müller redet bei der Rechtssetzungstechnik etwas mehr von einer inhaltlichen Gestaltungsmethode wie Fleiner sie sieht. Müller bezieht sich also mehr auf den Inhalt während Fleiner sich mehr auf die formelle Vorgehensweise konzentriert.

Erstes (und höchstes?) Prinzip der Gesetzgebungstechnik nach Müller ist die **Adressatengerechtigkeit**. Sie umfasst hauptsächlich die **Verständlichkeit der Norm**. Diese Ansicht geht davon aus, dass sich Menschen in der Regel normgerecht verhalten. Damit der Mensch weiss, was er tun, lassen oder dulden sollte, muss er zwingenderweise die Norm auch verstehen. Dagegen steht die die **Funktionsgerechtigkeit** der Norm. Dabei wird eine politische Vorstellung ins Rechtssystem integriert. Dies hat die Gefahr, dass die Norm nicht mehr adressatengerecht ausgestaltet werden kann.

Um die Gesetzesflut zu vermeiden, sollte man die Regeln an ihrem Ziel messen: Die **Notwendigkeit der Normierung** tritt in den Vordergrund. Dabei spielen Überlegungen eine Rolle, ob die Rechtsnormen verhältnismässig sind, ob es bessere Alternativen dazu gibt oder ob es bereits vorbestehende Regelungen gibt (z.B. auch Regeln des sozialen Lebens). Dabei geht es eigentlich um eine **Kosten-Nutzen-Analyse**: Sind die Kosten, welche das Gesetz verursacht, das Regelungsbedürfnis wert? Dabei müssen die Auswirkungen auf das ganze Rechtssystem betrachtet werden. Weil hier eine vorausschauende Bewertung notwendig wird, ist diese Notwendigkeit sehr schwer abzuschätzen.

Schlussendlich muss man sich auch Gedanken machen über die **Praktibilität** der Rechtsnormen. Damit eine Norm vollziehbar ist, muss sie auch praktikabel sein. Es handelt sich also um ein Vollzugsproblem. Je benutzerfreundlicher ein Gesetz aufgebaut ist, desto grösser ist die Bereitschaft, danach zu handeln. Deswegen sollte die Anwendung des Gesetzes einfach sein. Die Vollzugsorgane sollten auch genügend Freiraum bekommen, damit sie sich überlegen können, wie sie handeln sollen und dabei

auf persönliche Bedürfnisse der Adressaten Rücksicht nehmen können (Wirkungsorientierte Offenheit. Sozusagen “Kundenfreundlichkeit” bei den Vollzugsorganen).

## Text 29: Richtlinien der Landesregierung von Baden-Württemberg zum Erlass von Vorschriften

Es handelt sich bei den Richtlinien um ein “Kochbuch” oder eine “Bedienungsanleitung” des Gesetzeserlasses. Es könnte auch eine verkürzte Miniversion des Gesetzgebungsleitfadens des Bundes darstellen.

Als erstes steht eine **Erforderlichkeitsprüfung** an um der Gesetzesflut entgegenzuwirken. Dabei wird zuerst die Notwendigkeit, Wirksamkeit und Verständlichkeit geprüft. Schlussendlich wird eine Pflicht zur Gesetzesbegründung festgelegt. Dies ist eine typisch deutsche Sache, welche in der Schweiz nicht besteht.

Danach wird die **Ausgestaltung** des Gesetzes näher reglementiert

---

12. Januar 2006

## III. Methode der Gesetzesauslegung

### 1. Europäische Kodifikationen und Steuerung der Auslegung

Zuerst befassen wir uns mit dem geschichtlichen Hintergrund der Gesetzesauslegung:

#### a. Merkmale des Kodifikationszeitalters

Das Kodifikationszeitalter nahm seinen Ursprung in der Mitte des 18. Jahrhunderts. Noch heute ist die Rechtsordnung geprägt vom Kodifikationsgedanken (v.a. auf Kontinentaleuropa). Problem dieser Zeit war, dass es unterschiedlichste, widersprüchliche und unsystematische Rechtsquellen gab. Darauf reagierte man mit dem Kodifikationsgedanken, dass also eine übersichtliche Rechtsordnung (neu) erschaffen werden soll.

**Definition** Kodifikation (Bentham): **Umfassende und systematische Rechtsordnung eines Staates oder eines selbstständigen Rechtsbereichs**. Diese Definition geht von der Utopie aus, dass die Kodifikation **lückenlos**, **ableitbar** und **systematisch** ist. Eine Kodifikation bedeutet auch, dass alle restlichen (bisherigen) Rechtsquellen ausgeschlossen werden.

Ab dem 18. Jahrhundert beginnt man die Rechtswissenschaft als autonome Wissenschaft zu sehen, die unabhängig von der Religion agiert (säkularisiert ist). Gerade weil man wissenschaftlich vorgehen möchte, “baut” man nach geometrischen Vorbild (also nach rationalen Prinzipien)<sup>5</sup> Rechtssysteme auf; Das Recht besteht aus Grundprinzipien und daraus werden Untersätze abgeleitet.

Man ging dabei vom **Ideal der Rechtseinheit und Gleichförmigkeit des Rechts** aus. In dieser Situation war dieses Ideal sehr verständlich, weil eine regelrechte Rechtszersplitterung herrschte (römisches Recht, Gewohnheitsrecht, Privilegien von höheren Gesellschaftsschichten, usw.). Die Rechtssetzung der Kodifikation war also nicht nur punktueller Eingriff, sondern der Versuch das Recht (neu) zu ordnen (und veraltete Rechtssätze über Bord zu werfen). In dieser Zeit waren die **Berechenbarkeit** und **Disziplin** die vorherrschenden Grundsätze. Man ging davon aus, dass die Einhaltung dieser Grundsätze (nicht nur im Rechtssystem), die Menschen glücklich mache.

Zudem war das Gesetz das unmittelbare **Herrschaftsinstrument des Herrschers** um die Gesellschaft zu steuern. Man ging davon aus, wenn man allen Leuten vorschreibt, was sie zu tun haben, könne man sie glücklich machen.

**Kriterien** der Kodifikation:

- **Vernunft**: Dieses Kriterium betraf vor allem die bereits bestehenden Normen (Stammesrecht, Gewohnheitsrecht, römisches Recht). Sie wurden nun am Massstab der Vernunft geprüft. Dabei wurden die meisten bestehenden Rechtssätze überworf, weil dieses historisch gewachsene Recht sich oftmals auf partikuläre Interessen abstützte. Das Ius Commune (Die Rechtstheorie Europas basierend auf der Corpus Iurus Civilis) die Rechtstheorie, welche in Bologna gelehrt wurde, wurde ebenfalls kritisch betrachtet.

---

<sup>5</sup> gewissermassen wollte man die rationalen Naturwissenschaften nachahmen, die als “Wissenschaft” galten und populär waren.

- **Gemeinwohl:** Der Herrscher soll mit der berechenbaren und disziplinierten Kodifikation die Gesellschaft (zwangsweise) glücklich machen. Er dringt dabei problemlos bis in die Intimsphäre der Bürger vor.<sup>6</sup>
- **Gewährleistung höchstpersönlicher Rechte der Bürger:** Dennoch bekommt das Bürgertum mit der Kodifikation die sog. Bürgerrechte: Subjektive Rechte welche gegen die Obrigkeit durchsetzbar sind (wie z.B. das Eigentumsrecht). Dadurch werden die Kodifikationen **ambivalent**, die Freiheitsidee des Bürgertums kollidiert natürlich mit dem Gesetzgebungsanspruch des Herrschers. Die beiden Pole sind nun gegeneinander abzuwägen.
- **Klarheit und Einfachheit:** Diesbezüglich ist immer noch die **Adressatenfrage** von Bedeutung; man kann ein Gesetz für das Volk (z.B. ZGB) oder für die Juristen (z.B. BGB) einfach schreiben. Man kann sagen dass ein Gesetz einfach ist, weil es einfach lesbar ist, oder andererseits, weil es klare juristische Begriffe beinhaltet. Man kann sagen es ist einfach, weil es kasuistisch (Fallbeispielhaft wie das ALR) oder weil es abstrakt (wie der Code Civil) geschrieben ist. Die Definition der Einfachheit und Klarheit ist somit eine Sache der Perspektive.
- **Vollständigkeit:** Hier kann man auch von unerschiedlichem ausgehen. Entweder man versucht eine materielle Vollständigkeit im Gesetz selber zu erreichen durch eine kasuistische Gesetzgebung oder man fordert lediglich eine Vollständigkeit der Rechtsordnung (und nicht des geschriebenen Gesetzes). Die Vollständigkeit wird im zweiten Ansatz durch die Systematik erreicht (Man leitet von den Grundsätzen der Rechtsordnung auf den ungelösten zweifelhaften Fall ab).

## b. die einzelnen Kodifikationen

### Preussen (Allgemeines Landrecht - ALR)

**Historischer Hintergrund:** Vom preussischen Kaiser Friedrich II wurde angesichts der unübersichtlichen und widersprüchlichen Rechtslage eine umfassende Rechts- und Justizreform eingeleitet um Misstände der Justiz zu beheben. Seine Juristen beschränkten sich aber darauf, das bestehende Recht zu sammeln und zu systematisieren. Dies stellt Friedrich II nicht wirklich zufrieden. Erzürnt über das Urteil im Müller-Arnold-Prozess<sup>7</sup> lässt er die obersten Richter festnehmen und leitet eine radikale Justizreform ein, welche eine absolut neue Kodifikation hervorbringen sollte. Resultat daraus, war das preussische ALR.

Die **Grundidee** der Justizreform war, dass eine umfassende Kodifikation geschaffen werden soll, welche uneingeschränkt gelten solle und alle anderen bestehenden Rechtsquellen "vernichtet". Damit sollte die Einfachheit, Klarheit und Berechenbarkeit gewährleistet werden.

Die grundlegenden **Prinzipien** des ALR: Das ALR ist **kasuistisch** aufgebaut und wollte alle möglichen Tatbestände klar regeln (und hatte dadurch etwa. 20 000 Artikel).<sup>8</sup> Das ALR war zudem eine **alle Rechtsgebiete** umfassende Kodifikation. Darin wurde auch eine **ständestaatliche Struktur** aufrechterhalten. Gewisse Privilegien von Volksschichten (wie z.B. Adelige) wurden also aufrechterhalten.

Sehr bemerkenswert war das **Auslegungskonzept** der ALR. Das Gesetz sah eine strikte Wortlaublichkeit vor und im beschränkten Masse auch eine systematische Auslegung und eine Auslegung nach der "ratio legis" (§ 46). Wenn der Sinn des Gesetzes jedoch zweifelhaft war (was eigentlich im Widerspruch zum Konzept des einfachen und vollständigen Gesetzes stand) musste der Richter die Gesetzeskommission zur Beurteilung anfragen (§ 47). Die ALR enthielt somit ein untauglicher Versuch, die Rechtsprechung zu disziplinieren. Es wurde also versucht, die Interpretation der Gesetze, durch eine Bindung an eine bestimmte Behörde, an die Rechtssetzung zu überwälzen (**authentische Interpretation**). Zudem wurde dem Richter auch untersagt, Lehrmeinungen der Rechtswissenschaft zu beachten (Kommentarverbot). Damit war die Dogmatik natürlich gestorben.

Dies konnte natürlich nicht lange aufrechterhalten werden. Dennoch und gerade deswegen ist die ALR ein typisches Modell für die extreme Position des Kodifikationsgedankens und deren Probleme

### Code Civil

**Historischer Hintergrund:** Der CC (Code Civil) war Napoleons wichtigstes Werk und gilt heute noch in Frankreich (natürlich mit Abänderungen). Der CC ist Modell für sehr viele europäische Zivilrechtsordnungen geworden und somit für Europa eine noch heute sehr bedeutende Kodifikation.

<sup>6</sup> So gab es in der ALR Bestimmungen die vorgaben, wie lange die Mutter ihr Kind stillen sollte.

<sup>7</sup> Arnold, ein Adelige, zweigte den Bach für die Mühle des Müllers ab. Vor dem Gericht bekam Arnold Recht aufgrund adeliger Privilegien

<sup>8</sup> Konsequenz war, dass die Artikel sehr konkrete Fälle umschrieben. Es gibt Artikel welche bestimmten, wie lange die Mutter stillen soll und nach welchem Geschlecht erzoget werden soll, wenn Zwitter auf die Welt kommen.

**Prinzipien** des CC: Der Code Civil lehnt die Kajuistik ab und kommt deswegen mit viel weniger Artikel (rund 2300) aus. Es ist im Gegensatz dazu **Vereinfachung und Abstraktion** angesagt; es sollen nur die allgemeinen Rechtsgrundsätze in die Kodifikation aufgenommen werden. Somit beinhaltet die CC auch der Entscheid für die grössere Entscheidungsfreiheit des Richters, weil ihnen nur Prinzipien vorgegeben wird. Um im Einzelfall entscheiden zu können, bedarf es einer Auslegung dieser Prinzipien. Der CC stand im Vergleich zur ALR also ausdrücklich hinter einer Auslegung des Richters

Das **Auslegungskonzept** sieht dementsprechend anders aus als in der ALR. Höchst bedeutend ist dabei Art. 4 des Code Civil: "Der Richter muss entscheiden". Zum ersten Mal wurde eine **Entscheidungspflicht des Richters** eingeführt. Früher war es möglich, dass der Richter nicht entscheiden musste. Weil nur die Grundsätze geregelt sind, hat der Richter viel grössere **Auslegungsfreiheiten**, er kann notfalls auch nach Gewohnheit zu urteilen, wenn er keine Regelung findet.

---

19. Januar 2006

### Österreichisches AGBG

**Historischer Hintergrund:** Unter der Kaiserin Theresia wird eine Kommission einggerufen, welche eine Gesetzessammlung machen sollte. Weil die Gesetzessammlung des bestehenden Rechtes jedoch zu chaotisch war, wurde sie zurückgewiesen. Unter Kaiser Joseph wurde dann das Josephinische Gesetzbuch erlassen, welches vorerst sehr ähnliche Komponente wie das preussische ALR aufwies. Wie beim ALR gab es ein Auslegungsverbot und eine Gesetzeskommission. Dies wurde stark kritisiert, so dass es zu einem neuem Entwurf kam, bei dem sich das Konzept eher an den Code Civil angleichte.

**Prinzipien** des AGBG: Das AGBG ist wie der Code Civil ein Zivilgesetzbuch, es hatte also nur den Anspruch, den Privatrechtsbereich zu regeln. Es garantiert in diesem Rahmen auch die Freiheitsrechte des Bürgertums. Es lehnt wie der Code Civil die die Kasuistik ab und enthält dadurch etwa schlanke 1500 Artikel.

Zentral für das **Auslegungskonzept** ist des AGBGs ist Paragraph 6: Der Interpretationskanon ist hier zuerst **Wortlaut**, dann **Logik** und schlussendlich die **Ratio Legis** (Absicht des Gesetzgebers). Wenn aus der Auslegung keine Lösung hervorgeht, bestimmt das AGBG zugleich Regeln für die Rechtsfortbildung; In diesem Fall sollte man subsidiär per **Analogie**, **Systematik** und **Naturrecht** vorgehen (Paragraph 7). Im Endeffekt ist im AGBG also ein Vorgehen nach naturrechtlichen Prinzipien vorgesehen.

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

Die drei soeben vorgestellten Kodifikationen sind Ursprung für alle künftigen europäischen (Privatrecht-) Gesetzgebungen. Der Code Civil wurde gewissermassen "mit Waffen exportiert", auch in die Schweiz, wo er während der Helvetik galt (1798-1803). Nach der Helvetik bis 1898 hatten die Kantone eine selbstständige Kompetenz, Zivilgesetzgebungen zu erlassen. Somit ergab sich natürlich eine ganz Palette von kantonalen Zivilrechtsordnungen. Die Kodifikationsaktivitäten der Kantone liessen sich sehr grob in vier Gruppen einteilen: Die westschweizer Kantone folgten hauptsächlich dem Vorbild des **Code Civils**<sup>9</sup>, im Mittelland folgte man vornehmlich dem Vorbild des **AGBGs** und die ostschweizerischen Kantone folgten hauptsächlich dem Vorbild der Zürcher Privatrechtsordnung, dem sog. **PGB**. Schlussendlich gab es noch eine Gruppe ohne Privatrechtsordnung. Dies aus unterschiedlichsten Motiven; in Basel verliess man sich z.B. auf die Traditionen des römischen Rechts während gewisse Innerschweizer Kantone den Kodifikationsideen feindlich gegenüberstanden und sich lieber auf das Gewohnheitsrecht verliessen.

### Vorbild CC

Die Zivilrechtsordnung des Kantones **Waadt** kann im Grossen und Ganzen als Nachfolger des CC betrachtet werden. Jedoch gab es einige dominante Abweichungen: Das Entscheidungsobligatorium als den Hauptpunkt des CC fehlte gänzlich und zudem wurde die richterliche Rechtsfindung durch ein Verbot der Rechtsvergleichung eingeschränkt. Dies geht den Prinzipien des CC entgegen, weil dieser der richterlichen Entscheidungsfindung sehr grossen Spielraum eingeräumt hatte.

Die **Freiburger** Zivilrechtsordnung beinhaltet in Artikel 8 eine Anleitung zur Lückenfüllung (Wortsinn, Ratio Legis, Systematik des kantonalen Rechtes). Sollte innerhalb dieser Kaskade trotzdem keine Lösung gefunden werden, verweist das Gesetz auf die Billigkeit des Richters, was sehr an den CC erinnert.

Die Zivilrechtsordnung des Kantons **Wallis** ist ebenfalls an den CC angelehnt, wobei die Verweisung an die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Art. 5 jedoch eine typische Eigenart des AGBGs ist.

---

<sup>9</sup> Der Kanton Genf übernahm ihn sogar komplett.

## Vorbild AGBG

Die Einleitungstitel der **Luzerner** Zivilrechtsordnung entsprechen fast wortwörtlich den Einleitungstitel des AGBG, doch interessanterweise übernahm man in Luzern die Auslegungsbestimmungen nicht. Wie aus Kommentaren hervorgeht, verzichtete man auf diese, weil man eine strikte Gesetzesbindung vom Richter verlangte. Das (qualifizierte) Schweigen bedeutete also, dass man dem Richter keine grosse Interpretationsfreiheit vorsehen wollte. In der Billigkeit des Richters sah man das Tor zur Willkür.

Im Kanton **Aargau** erscheint vordergründig alles AGBB-konform, doch der Kanton Aargau sah man ein Verbot der Rechtsvergleichung und Anlehnung an Rechtsmeinungen vor, was zum Konzept der preussischen ALR passt.

## Vorbild Zürcher Zivilgesetzbuch (PBG)

Das PBG nimmt im Gesetz selber keine Auslegungsbestimmungen auf.

Die **Nidwaldner** Zivilrechtsordnung ist nach dem PBG aufgemacht, mischt aber etwas vom Konzept der AGBG bei (Keine Bindung der Präjudizen).

## 3. Rechtswissenschaft und Kodifikation

### a. Historische Rechtsschule

#### Text 45: Thibaut, über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland

Thibaut plädierte nach dem Abzug der französischen Truppen für eine **einheitliche, nationale Kodifikation** für das gesamte deutsche Staatsgebiet. Er versprach sich dadurch auch die spätere Einigung zu einer politischen Einheit als Folge der Rechtseinheit. Thibaut nimmt also eine **Position des Vernunftrechts** ein.

#### Text 46: Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

Savigny gilt im Privatrechtsbereich noch bis heute als der wichtigste europäische Jurist.

Savigny stellte sich in Gegenposition zu Thibaut, weil er glaubte, dass sich das Recht durch den Volksgeist entwickelt und in einer Kodifikation etwas unhistorisches, willkürlich Gesetztes sah. Für Savigny entwickelt sich das Recht ähnlich wie eine Pflanze die wächst. Nur die Rechtswissenschaft (von deren Funktionsweise Savigny ganz bestimmte Vorstellungen hatte) kann diese Rechtsentwicklung erkennen. Der Jurist nahm in dieser Ansicht natürlich eine sehr zentrale Rolle ein, er galt als gesellschaftspolitische Schaltstelle.

Savigny hat die **historische Rechtsschule** eingeführt, deren wichtigsten Grundkonzepte die **Kodifikationskritik** (Für Savigny war die Kodifikation höchstens eine zentrale Rechtsquelle, doch für ihn bestand das Recht aus viel mehr als einem simplen Gesetz), **Rechtsquellenlehre** (Das Recht entsteht einerseits aus der Geschichte und Entwicklung des Volkes und andererseits mit zunehmender kultureller Entwicklung durch wissenschaftliche Bearbeitung dieser historisch gewachsenen Rechtssätze durch die Rechtswissenschaft. Dieser Umstand bezeichnete Savigny als "Doppeltes Wesen des Rechts"), **Volksgeist und Bildungstradition** (Jedes Volk hat eine eigene Entwicklung des Rechts. Diese Tatsache widerspricht der Willkür des Gesetzgebers, welcher mit einer Kodifikation in diese Entwicklung eingreift. Der Begriff "Volksgeist", wie ihn Savigny geprägt hat, darf nicht verwechselt werden mit dem nationalsozialistischen Begriff "völkisches Recht"!).

Wenn die Rechtsentwicklung korrekt verlaufen soll, dann braucht es nach Savigny gut geschulte Juristen, welche in der Lage sind, diese gewachsenen Rechtssätze zu bearbeiten und zu systematisieren. Die Ausbildung dieser Juristen soll nach Savigny einerseits **historisch** sein, deswegen hat das römische Recht für Savigny einen hohen Stellenwert. Weil die Römer eine hohe Systematik und Abstraktion entwickelten, musste eine solche Ausbildung andererseits auch **systematisch** sein. Man sollte als Jurist wie die alten Römer "mit den Begriffen" rechnen können. Das klassische römische Recht war für Savigny also Ausbildungsmodell.

Das Privatrecht hat nach Savigny ein selbstständiges Dasein, bedarf also keiner staatlichen Legitimation. Es ist Bestandteil der Autonomie des Individuums (Umsetzung von Kantschen Gedanken). Aufgrund dieser Konzeption erhalten die subjektiven Rechte einen hohen Stellenwert.

Kodifikationen sind aufgrund der Ansicht von Savigny dadurch natürlich etwas völlig falsches, weil sie geschichtlos und rational sind und damit völlig den historischen Grundsätzen von Savignys Lehre widersprachen. Mit der Kodifikation konnte unmöglich ein sich ständig weiterentwickelndes Recht eingefangen werden.



Savigny war seinerzeit politisch einerseits liberal (die Idee des freien individuellen Bürgers mit subjektiven Rechten, welche von den Römern kam, entsprach den frühliberalen Postulaten) gleichzeitig aber auch konservativ (in dem er die Kodifikationsidee ablehnte).

## Text 47: Savigny, System des heutigen Römischen Rechts

Dieser Text befasst sich mit Savignys Auslegungslehre, von welcher allgemein gesagt wird, dass sie die Grundlage des heutigen Auslegungskanon sei. Dies stimmt aber nur bedingt;

Für Savigny ist **Aufgabe der Auslegung** die "Rekonstruktion des dem Gesetz innewohnenden Gedankens". Es geht also darum den **Sinn der Norm** zu finden (was *nicht* der "Ratio Legis", dem Wille des Gesetzgebers, entspricht).

Die **Auslegungselemente** sind nach Savigny zuerst das **grammatische Element** (die Wortlautauslegung), dann das **logische Element** (Welches die logische Struktur des Gesetztextes in die Auslegung miteinbezieht), dann das **historische Element** (dabei geht es nicht wie heutzutage um die Materialien der Gesetzesentstehung, sondern um den Rechtszustand vor und nach der auszulegenden Gesetzesnorm. Es geht also um die Frage, welchen Rechtszustand eine Norm verändern wollte, um einen Vergleich eines alten und eines neuen Rechtszustandes). Schlussendlich kommt das **systematische Element** (Das Verhältnis der auszulegenden Norm zur gesamten Rechtsordnung).

Interessant ist die Tatsache, das teleologische Element fehlt; für Savigny ging die Feststellung des gesetzgeberischen Willens über die Auslegung hinaus und gehörte in den Bereich der Rechtsfortbildung. Die Rechtsfortbildung darf erst dann ergriffen werden, wenn die Auslegung zu keinem Resultat führt.

---

26. Januar 2006

## b. Pandeistik/Begriffsjurisprudenz

Aus dem Vorbild der systematischen Komponente von Savignys Lehre wurde die Pandeistik entwickelt. Die Pandeistik war eine am **römischen Recht** orientierte Zivilrechtsdogmatik. Als einer der Hauptvertreter der Pandektisten kann Puchta genannt werden. Die Pandektisten wurden auch "**Romanisten**" genannt. Ihre Kontrahenten, welche das historische Element von Savignys Lehre weiter ausprägten und sich somit mehr am lokal und regional gewachsenen Recht orientierten, waren die sog. "**Germanisten**". Schon bald lagen die beiden (unter Savigny noch vereinten Positionen) miteinander im Widerstreit.

Die Romanisten entwickelten somit nur das systematische Element von Savignys Lehre weiter, während sie das historische Element beiseite liessen. Weil sie streng mit den Begriffen "rechneten" (deduktive Methode mit Ableitungen und Systematisierung), wurden sie auch als "**Begriffsjuristen**" bezeichnet. Ihre Vision war, durch ihre wissenschaftliche Arbeit ein gemeinsames deutsches Recht zu entstehen zu lassen.

Damit entstand die widersprüchliche Situation, dass Savignys Nachfolger durch ihre wissenschaftliche Tätigkeit eine Kodifikation entwickelten, obwohl Savigny immer ein Gegner einer solchen Kodifikation war. Dabei versuchten sie unpolitisch vorzugehen. Die Rechtswissenschaft wurde von der Gesellschaftspolitik abgetrennt und konzentrierte sich ausschliesslich auf die logische Begriffskonstruktion (und entfernte sich dadurch auch teilweise von der gesellschaftlichen Realität).

Die Pandektisten waren der Meinung, dass alle Rechtsfälle durch **logische Operationen** lösbar waren. Die richterliche Arbeit war nach ihnen also eine reine **Subsumtion** ("sie mussten nur mit Begriffen rechnen"). Den Richtern wurde keine wertende oder politische Tätigkeit zugestanden, die Lösung eines Rechtsfalles ergibt sich aus der Systematik.

Das **deutsche BGB** ist ein typisches systematisches und dogmatisches **Produkt der Pandektisten**. Die Germanisten bekämpften das BGB als "undeutsch" und warfen ihm vor, die faktische Rechtsungleichheit, welche zu seiner Entstehungszeit in der Gesellschaft vorherrschte (Proletariat und Arbeitgeber) zu ignorieren. Es ist sprachlich und technisch enorm unterschiedlich zur Schweizerischen Privatrechtskodifikation, weil Eugen Huber viel eher ins "Germanistenlager" einzuordnen ist.

## 4. Richterbild und Auslegung (18.-19. Jh.): Der Subsumtionsautomat

Im Folgenden wird das Richterbild im Verlauf der Geschichte besprochen. Die Diskussion um das Richterbild zieht sich seit Aristoteles durch die Geschichte und bewegt sich zwischen den Extrempolen "reiner Subsumtionsautomat" bis "Richterkönig".

## a. Kodifikationen und Justizreformen des 18. Jh.

Text 51: Friedrich der Grosse, König von Preussen, Das politische Testament, 1752

Text 52: Friedrich der Grosse, König von Preussen, Cabinets-Ordre vom 14.4.1780

Als Reaktion auf den Arnold-Müller-Prozess griff Friedrich II. von Preussen in den Prozess ein (Machtspruch) und ordnete eine radikale Justizreform an. Dies sorgte in Europa für grossen Aufruhr, weil Friedrich vorher versprochen hatte, niemals in einen Prozess einzugreifen (Idee der Gewaltenteilung). Dadurch galt er als aufgeklärter Absolutist, welcher die Gewaltenteilung respektieren würde. Durch den Eingriff in das Justizverfahren, leistete sich Friedrich einen Machtspruch, der bereits zu dieser Zeit verpönt war.

Im Rahmen der **Justizreform** führte Friedrich die **Ausdifferenzierung der Justiz aus dem politischen System** durch. Der Machtspruch des Kaisers sollte ausbleiben, doch die mittelbare Kontrolle der Justiz durch den Herrscher wurde durch die Gesetzgebung gewährleistet. Zudem wurde durch die Justizreform die **Egalisierung aller Leute vor dem Recht** verankert (es sollte keine Klassen mit Privilegien mehr geben). Erstmals fand auch eine **Trennung zwischen Verwaltung und Justiz** statt; die Verwaltung unterstand direkt dem Herrscher, die Justiz wurde von seinem direkten Herrschaftsbereich ausgesondert. Der **personelle Zugriff auf das Justizpersonal** wurde jedoch ausgebaut; es sollten nur ausgebildete Juristen zum Zug kommen und eine Disziplinarkontrolle (Amtsenthebungen durch den Kaisers waren damit möglich) wurde eingeführt.

**Die Botschaft von Friedrich war also ein Rückzug aus der Rechtsprechung, jedoch gekoppelt mit einer doppelte Kontrolle der Justiz durch Gesetzgebung und Personaltherrschaft.**

Auch das Bürgertum war interessiert daran, dass die Justiz nicht direkt der Kontrolle des Herrschers unterlag, sondern nach Gesetz urteilte. Das Bürgertum versprach sich davon, dass die Rechtspflege korrekt wird. D.h. es gab keine Privilegien mehr, welche die Wirtschaftsentwicklung blockierten. Das Schreckgespenst des Bürgertums hiess damals Willkür des Herrschers. Die Gesetzbindung wirkte natürlich der Willkür entgegen. Somit entsprach Friedrich mit seiner Vorgehensweise frühliberalen Anliegen.

## b. Bürgerliches Justizmodell

Text 50: Montesquieu, De L'Esprit des Lois, 1748

Text 67: Regina Ogorek, die erstaunliche Karriere des "Subsumtionsmodells" oder wozu braucht der Jurist Geschichte?

Die wohl meist falsch verstandene Aussage der Rechtswissenschaft ist diejenige von Montesquieu, in der er den Richter als "bouche de la loi" bezeichnet. Sie wird oftmals fälschlicherweise dahingehend verstanden, dass der Richter ein "reiner Subsumtionsautomat" des Gesetzes sei. Dabei hat sich Montesquieu mit dieser Aussage auf den Rahmen des Geschworenengerichtes bezogen; die Geschworenen urteilen, ob jemand schuldig ist oder nicht und der Richter ist an dieses Geschworenenurteil gebunden. Somit bezog sich diese Aussage also nur auf das fehlende Ermessen des Richters im Rahmen eines Geschworenengerichtes.

Aus dieser völligen Missdeutung im Kontext bürgerlicher und rechtsstaatlichen Überlegungen, entstand die Lehre der strengen Gewaltenteilung (bürgerliches Justizmodell), in der der Richter keine Macht hat, sondern nur die Gesetze anwenden kann. Weil man gesehen hat, dass dies nicht wirklich funktionieren kann (ALR), hat man bereits im Gesetz richterliche Rechtsfindungsregeln postuliert.

Das Ziel der Auffassung des Richters als Subsumtionsautomaten, die tatsächlich eine lange Zeit anhielt, ist eine strenge Gewaltentrennung mit einem absolut neutralen Richter. Dabei wird der Richter **personell unabhängig** gemacht, ist jedoch in seiner Tätigkeit völlig und streng **an das Gesetz gebunden** ("unabhängig aber mit gezogenen Zähnen"). Diese Auffassung ist eigentlich bis heute das **Modell der Justiz** und dies auch aus völlig legitimen Gründen.

Doch was die Tätigkeit von Richtern in der Realität betrifft, so ist sie eine völlig andere als nach der Modellauffassung; die werten Tätigkeiten des Richters können heutzutage nicht abgesprochen werden, weil eine Kodifikation unweigerlich immer Rechtslücken hat. Diese Diskrepanz zwischen dem **Unabhängigkeitsdogma** (Der Unabhängigkeit und Gesetzesgebundenheit des Richters) und der **Realität der Rechtsprechung** hat man schon damals bemerkt. Richterrecht gab es also schon damals, nur wurde es nicht als solches anerkannt.

Dieses bürgerliche Justizmodell ging natürlich Hand in Hand mit der Begriffsjurisprudenz.

## 5. Richterpersönlichkeit und Rechtsfindung

Am Bild des Richters als gesetzgebundenen Subsumtionsautomaten wurde in der nachfolgenden Zeit heftig gerüttelt.

## a. Antiformalistische und antipositivistische Bewegungen

Als erster hat der ursprüngliche Romanist und Pandektist **Rudolf von Jhering** auf einen Schlag begonnen, die Begriffsjurisprudenz heftig zu kritisieren. Er versuchte plötzlich, die Rechtswissenschaft an die neuen vorherrschenden Wissenschaften (damals die neu aufgekommen Sozialwissenschaften) anzuknüpfen. In den Sozialwissenschaften wird gekämpft um die Interessen, Jhering meint, dass vor dem Gericht eigentlich genau dasselbe geschieht: Nach Jhering das Recht ein "**Kampfprodukt**" (also nicht zu vergleichen mit der romantisch anmutenden Metapher von Savigny des Rechts als geschichtlich gewachsene Pflanze). Der Richter hat in diesem Kampf der Interessen Entscheidungen zu treffen. Dabei muss er beachten, dass der Gesetzgeber schon konkrete Vorentscheide getroffen hat. D.h. der Richter muss auf die **Zwecke der (gesetzlichen) Normierung** Acht haben. Mit dieser Auffassung rückt erstmals das **teleologische Element ("ratio legis")** in den Mittelpunkt des Interesses. Der Richter hat den bereits gefällten Zweckentscheid des Gesetzgebers umzusetzen.

Am Ende der Kodifikationszeitalters änderte sich auch die Juristenrolle: Die Juristen waren plötzlich nicht mehr in der Rolle der Gesetzesgeber (weil die Kodifikationen nun erstellt waren), sondern in der Rolle der Interpreten der neu bestehenden Kodifikationen. D.h. das **Element der Auslegung wurde noch stärker in den Vordergrund** gerückt. Daraufhin (und auf Jherings Kritik an der Begriffsjurisprudenz) entstand auch der **Methodenstreit** der unterschiedlichen Schulen:

**Freirechtsschule** (Vertreter: Ehrlich, Kantorowicz, Fuchs): Die Freirechtsschule geht von einem **freien, wertenden und politischen Richter** aus, der **rechtsschöpferische Aufgaben** hat. Die Autoren der Freirechtsschule waren sehr polemisch in ihren Schriften und haben den strengen Gesetzespositivismus des Pandektismus heftig angegriffen. Konsequenz ihres Richterbildes war, dass die Ausbildung der Persönlichkeit (geistige und sittliche Grösse) des Richters absolut Vorrang vor der technischen Seite der juristischen Ausbildung hatte. Der Richter musste in erster Linie ein ausgeprägtes Rechtsgefühl haben (was Erfahrung und Selbstreflektion voraussetzte, trotzdem ein sehr schwammiger Begriff blieb). Der Richter hat in der freirechtlichen Auffassung hohe schöpferische Tätigkeiten. Diese Auffassung entsprach also der Extremposition des "Richterkönigs". Dies bedeutete aber nicht, dass die Richter tun konnten was sie wollten. Die Gesetzgebungen waren trotzdem sozusagen "Anleitung und Vorbild". Trotzdem ist heute "Freirecht" ein negativ aufgeladener Begriff, welcher mit Willkür verbunden wird.

**Interessenjurisprudenz**: Die **gemässigte und realistischere Abwandlung** der Freirechtler war die Interessenjurisprudenz. Die Ausgangslage war diesselbe; der Gesetzespositivismus des Pandektismus wurde kritisiert. Die **Lückenhaftigkeit** wurde als Normalzustand einer Kodifikation betrachtet. Der Richter hatte die Aufgabe, im Rahmen der Lückenfüllung, das Recht systemkonform weiterzuentwickeln. Bei der Lückenfüllung hatte der Richter also eine rechtsschöpferische Ausgabe, doch diese hatte systemkonform zu sein. D.h. der Richter musste schauen, wie der Gesetzgeber Interessenkonflikte löste oder im konkreten Falle lösen würde (als Hypothese). Die Richter waren nach den Auffassungen der Interessenjurisprudenz "denkendes Gehorsam", welche also mitdenken mussten und nicht einfach automatisch und systematisch arbeiten konnten. Diese schöpferische Tätigkeit des Richters war im Grunde genommen schon immer vorhanden, sie wurde aber nun erstmals in die Methodenlehre eingebaut und anerkannt.

### Text 56: Eugen Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Zivilgesetzbuches, Bern 1901

Eugen Huber hat sein "Kind", das ZGB, in allen Vorbereitungsphasen intensiv begleitet und konnte dadurch seine Ideen ganz massiv durchsetzen. Das Methodenkonzept des ZGB wird nächste Stunde Thema sein.

---

2. Februar 2006

### Text 56: Eugen Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Zivilgesetzbuches, Bern 1901

Aus Hubers Ansichten lässt sich erkennen, dass er viel eher auf der Linie der Freirechtsschule als auf der Linie des Pandektismus fährt. Er begründete dies aufgrund der traditionellen Rechtsgeschichte der Schweiz, wo der Richter immer eine relativ freie Hand hatte. Huber befasste sich historisch betrachtet nicht mit den römischen Rechtsüberlieferungen sondern mit der eidgenössischen Rechtstradition. Er arbeitete somit als **Germanist**. Dies drückt sich auch eindeutig in der Sprache des ZGB aus; es hat keine gelehrte Terminologie wie das deutsche BGB. Das ZGB enthält somit intensiv das Element der Volkstümlichkeit. Es ist zudem nicht an grosse europäische Kodifikationen dieser Zeit angelehnt, sondern eine Mischung aus den bisher bestehenden kantonalen Zivilrechtsordnungen.

Huber bekennt sich in diesem Text eindeutig zur **Lückenhaftigkeit der Kodifikation**. Hingegen ist nach seiner Meinung die Rechtsordnung lückenlos. Konsequenz aus dieser Betrachtung ist, dass es eine **Grenze zwischen der Auslegung** (im Rahmen der Kodifikation) **und einer richterliche Rechtsfortbildung** gibt (nämlich dort, wo die Kodifikation eine Lücke hat). Bei der richterlichen Rechtsfortbildung (Lückenfüllung) ist der Richter an die Rechtsordnung gebunden, welche ja lückenlos ist. Art. 1 ZGB dient als Anleitung dieser Lückenfüllung.

## Text 60: Georg Dahm, Leitsätze über die Stellung und Aufgaben des Richters

In der Zeit des Nationalsozialismus wurde die Justiz politisiert, d.h. im Rechtssystem wurde der Rechtscode ("Recht - Unrecht") wurde durch den damaligen politischen Code ("Freund - Feind") ersetzt.

Dahm forderte, dass die richterliche Tätigkeit der nationalsozialistischen Ideologie entsprechen musste. Das ging sogar so weit, dass der Richter positive Gesetzesbestimmungen aufheben konnten, wenn dies dem "gesunden Volksempfinden" entsprach. Weil die Generalklausel des "gesunden Volksempfinden" natürlich Tür und Tor öffnete für richterliche Willkür, banden die Nationalsozialisten diese Klausel an Führer und Partei, um das richterliche Ermessen einigermassen einzubinden.

Das nationalsozialistische System kann als Missbrauch des Freirechtgedankens betrachtet werden; es entsprach nicht mehr dem Freirechtsgedanken, weil das Rechtssystem mit politischen Gedanken überlagert wurde. Dadurch ist der Richter nicht mehr unabhängig. Es gab in der Zeit des Nationalsozialismus sog. "Richterbriefe", welche voraussetzten, was die Richter in bestimmten Fällen zu entscheiden hatten. Zudem gab es auch eine richterliche Nachkontrolle, die auf dem Mittel der Einschüchterung basierte.<sup>10</sup> Konsequenz daraus war, dass (vor allem in der Strafjustiz) sehr hohe Strafen verhängt wurden.

## 6. Richterliches Vorverständnis und Auslegung

Text 69: Pio Caroni - Einleitungsartikel des Zivilgesetzbuches

Text 70: Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung

Text 71: Ernst Zeller, Auslegung von Gesetz und Vertrag - Methodenlehre für die juristische Praxis

Die Rechtswissenschaft ist eine **Sprachwissenschaft** und kann nur durch und mit Sprache existieren. Bezüglich der Linguistik gilt die unumstössliche Erkenntnis, dass die **Sprache multivalent** ist; das heisst, die Sprache ist immer eine subjektive Beschreibung der Realität. Wortbedeutungen sind unbestimmt und veränderlich.<sup>11</sup> Die Qualität des Rechts hängt somit von der Qualität der Sprache ab. Somit lässt sich für die Ausbildung der Juristen eine klare Forderung nach Sprachbildung begründen.

In allen Sprachwissenschaften spielt die **Hermeneutik** (=Auslegungskunst) eine dominierende Rolle. Die Hermeneutik bedeutet - überspitzt formuliert - etwas aus dem Text herauszunehmen, was nicht in ihm steht. Im Text von Zeller ist von der grossen Diskussion rund um die Hermeneutik und deren Wandlung (die mit der Arbeit von Hans-Georg Gadamer aufkam) in den Nachkriegsjahren die Rede:

Die **ältere Hermeneutik** ging davon aus, dass Texte einen **einzig richtigen objektiven und ursprünglichen Sinn** enthalten. Für die juristische Auslegung bedeutet dies, dass man den Richter an die **authentische Auslegung** bindet, d.h. der Text ist einzig und allein im Sinne des Verfassers auszulegen (*kongenielle Anverwandlung*). Die ältere Hermeneutik geht also davon aus, dass er Interpret versuchen muss, sich möglichst gut in den Text einzufühlen, um den ursprünglichen (vom Verfasser gegebenen) Sinn herauszufinden. Die heutige historische Auslegung ist mit diesem Ansatz verwandt (sie geht allerdings vom objektiven und nicht vom subjektiven Sinn aus). Der Interpret stellt in diesem Ansatz ein **Neutrum** dar, der von seiner Seite her nichts in den Text hineinlegen darf.

Die **neuere Hermeneutik** (geprägt von Hans-Georg Gadamer) betont hingegen die **Subjektivität bei der Auslegung eines Textes**. In diesem Ansatz ist die Auslegung eines Textes von Interpretieren abhängig, er geht mit seiner **persönlichen Perspektive und Sicht der Dinge** (Vorverständnis) an die Auslegung des Textes heran. Somit ist eigentlich jede Interpretation einerseits **anders**, wenn sie von einem anderen Interpretieren vorgenommen wird, und andererseits **produktiv**, das heisst, einen Schritt weiter als der ursprüngliche Sinn, welcher vom Verfasser in den Text hineingelegt wurde. Die neuere Hermeneutik geht also davon aus, dass es bei der Auslegung des Textes eine **Evolution (Weiterentwicklung) des ursprünglichen Sinnes** gibt (was im Grunde genommen notwendig ist für die Rechtsentwicklung). Ein wesentliches Element der neueren Hermeneutik ist somit das sogenannte **Vorverständnis**: Der Begriff des "Vorverständnisses" darf nicht mit dem Begriff des "Vorurteils" gleichgesetzt werden. Das Vorverständnis wird als **Lebensverhältnis zur Sache** definiert und bezeichnet eigentlich die Betrachtungsperspektive mit der ein Interpret an die Auslegung des Textes herangeht. Das Vorverständnis ist die Prämisse dafür, dass die Interpretation (Auslegung) evolutiv sein muss, denn mitbeeinflussend für die Interpretation ist die Vorgeschichte des Interpretieren.

Mit dem *hermeneutischen Zirkel* wird die **Wechselwirkung zwischen Text und Interpretation** bezeichnet; das heisst, sowohl Text wie Interpret verändern sich mit dem Zusammentreffen aufeinander. Auf der Interpretenseite verändert und korri-

---

<sup>10</sup> So wurden von Gerichten freigesprochene Leute regelmässig noch im Gerichtssaal von der SS abgeführt. Teilweise verhängten die Richter der Strafjustiz gerade deswegen hohe Strafen, um die Verurteilten von einer Abführung durch die SS fernzuhalten.

<sup>11</sup> So hat sich z.B. in der Schweiz das Verständnis über den Begriff der "Guten Sitten" im Laufe der Zeit erheblich verändert.



giert sich mit der Beschäftigung des Textes das Vorverständnis (zum Nachverständnis) und auf der Textseite verändert mit der Bearbeitung der Sinn des Textes (er wird ebenfalls weiterentwickelt).

Die Erkenntnisse der neueren Hermeneutik wendet Esser an die gängige Methodenlehre an und kritisiert, dass der Richter eigentlich entscheiden kann wie er will. Die Methodenlehre dient dem Richter nur zur nachträglichen Begründung seines Entscheides. Sie kann den effektiven Entscheidungsprozess nicht beeinflussen und ist lediglich ein Instrument der Entscheidungsbegründung. Durch die Kritik von Esser wird das Modell der Subsumtion natürlich sehr relativiert und das pandektistische Modell bekämpft. Der Richter weiss eigentlich instinktiv vorher schon, wie er entscheiden wird und legt sich für diesen Entscheid den Sachverhalt und die Begründung zurecht. Diese Tatsache wird als **Wertungsproblematik** bezeichnet, die rechtspolitisch Entscheidung des Richters geschieht also schon vorgängig und nicht im Rahmen der Subsumtion.

Die Urteilsbegründung des Richters wird v.a. an das Rechtssystem gekoppelt. Der Richter will mit seiner Begründung nicht in erster Linie die Parteien, die Gesellschaft oder das politische System zufriedenstellen, sondern das Rechtssystem; d.h. die Begründung richtet sich in erster Linie an die oberen Instanzen. Deswegen werden bei der Urteilsbegründung auch vornehmlich herrschende Lehre und Präjudizen miteinbezogen. Die Begründung richtet sich also an das Rechtssystem, obwohl die ursprüngliche Entscheidung des Richters aufgrund seines Rechtsgefühls getroffen wurde. **Der Entscheidungsprozess hat also nichts mit der Urteilsbegründung zu tun.**

Nach Esser kann man unterscheiden zwischen einem **individuellen Vorverständnis** des Richters (persönlich vorgeprägte Motivationen, politische Vorstellungen des Richters), welches nicht direkt in das Urteil einfließen sollte, dem **beruflichen Vorverständnis** (Gerichtstradition, Ausbildung, Dogmatik, Rechtsprinzipien) und dem **kollektiven Vorverständnis** (Ideen der Demokratie, allgemeine Werte), welche nicht umgestossen werden können. Essers Forderung daraus ist, dass man sich dieser Vorverständnisse bewusst wird und in der juristischen Ausbildung lernt, diese Vorverständnisse kritisch zu reflektieren.

Diese Ansicht hat massive Konsequenzen für die richterliche Tätigkeit. Somit wird das Dogma der Gesetzesbindung (als verfassungsrechtliche Vorgabe) in Frage gestellt. Das Bild des Richterkönigs (gegenüber dem Bild des Subsumtionsautomaten) rückt viel mehr in den Vordergrund.

Dass heisst aber nicht, dass nach Esser der Gesetzgeber machtlos wird, sondern der Gesetzgeber hat vielmehr **Regelungsprimat**: Er kann sich mit der politischen Regelung eines bestimmten Tatbestandes vor dem Richter befassen. Somit steht der Gesetzgeber nicht senkrecht über dem Richter, sondern lediglich noch horizontal vor dem Richter.

Natürlich gibt es nach Essers Betrachtungsweise keinen eindeutigen Zweck und einen wahren Sinn einer Norm. Der Richter entscheidet, was als Recht gilt. Er ist also schlussendlich massgeblich für die Geltung einer Norm. Zudem gibt es nach diesem Konzept keine Lücken mehr. Oder vielmehr; jede richterliche Tätigkeit ist Lückenfüllung und Auslegung zugleich. Nach Esser ist die Grenze dazwischen rein illusorisch und existiert nicht (mehr).

---

## 9. Februar 2006

Konsequenz aus diesen Überlegungen ist, dass sich die Richter bewusst sein müssen, welche grosse Freiheit sie eigentlich haben. Das erste Postulat, das sich aus dieser Erkenntnis ergibt, ist, dass die Richter **kritische Selbstkontrolle** üben sollten; sie sollten sich von den realitätsfremden Bildern der wertungsfreien Interpretation verabschieden. Dies muss mit einer **Bereitschaft zur (ständigen) Korrektur** des Vorverständnisses Hand in Hand gehen. Als Folge und drittes Postulat folgt daraus die Forderung nach **Redlichkeit und Transparenz**; der Begründungsstil sollte den Entscheidungsvorgang nachvollziehbar machen und nicht bloss der Deckung eines vorher gefällten Entscheids dienen.

### Text 72: Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft

Es geht in diesem Text um dasselbe Thema (um die Beziehung zwischen Gesetzgebung und Rechtssprechung), jedoch unter dem Blickwinkel der Systemtheorie betrachtet. Nach Luhmann sind die **Gesetzgebung** und die **Rechtssprechung** zwei voneinander zu unterscheidende **ausdifferenzierte Systeme**. Das System der Gesetzgebung gibt **generell-abstrakte Normen** vor und im System der Rechtssprechung besteht der **Entscheidungszwang** der Gerichte und eine Bindung an die generell-abstrakten Normen des Gesetzgebungssystems.

Das Bild des Verhältnisses zwischen diesen beiden Systemen unterscheidet sich in der Betrachtung von Luhmann vom Bild, welches uns in der rechtsstaatlichen Lehre vermittelt wird: Das Verhältnis zwischen beiden Systemen ist in der Realität eigentlich nicht hierarchisch sondern zirkulär. Die Richter entscheiden eigentlich politisch (d.h. mit einem Vorverständnis) statt unabhängig. Dennoch plädiert Luhmann dafür, dass das rechtsstaatliche Bild (als Bild) aufrecht erhalten werden muss, weil es kein besseres gibt.



Luhmann meint zudem, dass das Richterrecht im letzten Jahrhundert enorm an Bedeutung gewonnen hat, weil die Kodifikationen immer älter werden und die Normen deswegen laufend aktualisiert (und an die aktuellen Realien der Gesellschaft angepasst) werden müssen.

Aufgrund dieser Erkenntnisse reflektiert Luhmann die Bedeutung der Methodenlehre: Er glaubt, dass die klassische Methodenlehre eine konstruierte Stütze des rechtsstaatlichen Modells ist, um den Spielraum der Rechtssprechung einzugrenzen. Die Methodenlehre braucht es, um das hierarchische Bild des hohen Gesetzgebers und des untergebenen Richters aufrechtzuerhalten. Die Methodenlehre ist somit eine entscheidende Stütze für das Bild des rechtsstaatlichen Modells.

## Semesterrepetition und Stoffabgrenzung

mögliche Testfragen (teilweise mit deren Beantwortung):

### I. Einleitung

- Inwiefern hat die juristische Methodenlehre eine rechtsstaatliche Funktion (1 Punkt)?

Durch die juristische Methodenlehre kann man den Soll- und den Ist-Zustand des Rechtssystems eruieren. Die Autoren, welche in der juristischen Methodik eine rechtsstaatliche Funktion sehen, fordern, dass die juristische Methodenlehre dafür herangezogen wird, die Diskrepanz (Lücke) zwischen diesen beiden Zuständen zu schliessen.

### II. Methode der Gesetzgebung

- Was versteht man systemtheoretisch unter kognitiver Offenheit eines Systems (1 Punkt)?

Darunter versteht man die Fähigkeit eines einzelnen Systems, seine Umwelt (andere Systeme) zu beobachten. Es reagiert auf Veränderungen aber operativ geschlossen, nämlich mit einer Umsetzung gemäss systemeigenen Code. Es handelt sich bei der kognitiven Offenheit also nicht um eine Kommunikation zwischen den Systemen.

- Beschreiben Sie das allgemeine Evolutionsmodell von Luhmann und geben Sie für jeden Evolutionsschritt an, welche recht-  
sinternen Einrichtungen hauptsächlich daran beteiligt sind (3 Punkte)?

Von der biologischen Evolutionstheorie her übernimmt Luhmann folgendes Evolutionsmodell mit folgenden chronologischen Evolutionsschritten: Variation, Selektion und Stabilisierung.

Die Variation ist gewissermassen der Zufall, ein überraschender Input. Die Selektion ist die Einordnung dieses überraschenden Inputs mit dem systemeigenen Code (übernimmt es den Input oder nicht, wie wird er mit dem Code markiert?). Der dritte Schritt ist die (allfällige) Integration dieses Inputs in die Systemstruktur.

Bezüglich des Rechtssystems stehen bei der Variation neue Sachverhalte oder neue Gesetzgebungen ("Rauschen der Politik") im Vordergrund. Bei der Selektion stehen die Gerichte im Vordergrund, weil sie den Sachverhalt nach dem systemeigenen Code (recht/unrecht) markieren und einordnen. Bei der Stabilisierung stehen die Rechtswissenschaft und die Dogmatik im Vordergrund, welche diese Neuerungen in die Systemstruktur einbauen.

- Wodurch unterscheiden sich formelle und materielle Gesetzgebungsmethode (1 Punkt)

Bei der materiellen Gesetzgebungsmethode geht es um die Erstellung einer "guten" Norm im Rahmen des rationalen Gesetzgebungsprozesses, welche die vom Gesetzgeber gewünschte (intendierte) Wirkung zeitigt. Daneben geht es bei der formellen Gesetzgebungsmethode um die Äussere Gestaltung der Rechtsnormen, um eine reine Regelungstechnik.

- Zählen sie zwei Gründe für die Ineffizienz von Gesetzen auf (1 Punkt)

Gründe wären: unbestimmter Adressatenkreis, fehlender Normzweck, keine logische Gliederung der Normen, Rechtsunsicherheiten (weil keine klare Kompetenzzuteilung), unausgewogene Regelungsdichte.

### III. Methode der Gesetzesauslegung

- “Wenn aber ein zweifelhafter Fall vorkommt, soll dieser durch die Richter der höchsten kaiserlichen Stelle vorgelegt werden und dort aufgrund kaiserlicher Autorität entschieden werden, da es allein dieser zusteht, die Gesetze sowohl zu erlassen wie auch zu interpretieren.”

Welche Art von Gesetzesinterpretation wird hier verlangt und welche der drei grossen Europäischen Kodifikationen des 18.-19. Jhds. folgte diesem Konzept (2 Punkte)?

Es geht hier um die authentische Interpretation. Die ALR von Preussen folgte diesem Auslegungskonzept.

- Zählen sie zwei Argumente auf, die gegen eine solche Interpretationsregel sprechen (2 Punkte)?

Eine solche Interpretationsregel blockiert die Rechtsentwicklung und -fortbildung. Und rechtsstaatlich gesehen, wird die Gewaltentrennung missachtet, weil die Justiz sehr eingeschränkt wird.

- Was versteht Esser unter dem “Vorverständnis” und welche Arten davon kann man unterscheiden (2 Punkte)? (mit Textauschnitt)

Esser versteht unter dem Vorverständnis das “Lebensverhältnis zur Sache”. Es gibt das individuelle, allgemeine und kollektive Vorverständnis

- Nennen Sie zwei Unterschiede im Auslegungsverhältnis zwischen älterer und neuerer Hermeneutik (2 Punkte)

Als erster Unterschied lässt sich nennen, dass bei der älteren Hermeneutik davon ausgegangen wird, dass durch die Auslegung ein ursprünglicher und objektiver Sinn des Verfassers gefunden werden kann und muss (authentische Interpretation). Währenddessen wird bei der neueren Interpretation akzeptiert dass der ursprüngliche Sinn durch die Auslegung weiterentwickelt werden kann.

Als zweiter Unterschied lässt sich nennen, dass bei der älteren Hermeneutik der Interpret bei der Auslegung als Neutrum herantritt. Er soll sich möglichst in den Verfasser einfühlen (kongeniale Anverwandlung) und mit dieser Vorgehensweise den Sinn des Textes herausfinden. Bei der neueren Hermeneutik wird akzeptiert, dass jeder Interpret ein anderes Vorverständnis in die Auslegung hineinbringt.

- Welche Konsequenzen hat die Lehre vom richterlichen Vorverständnis für das Problem der Lückenfüllung (1 Punkt).

Dass die Lücke eine Fiktion ist, weil die Auslegung und die Rechtsfortbildung eines Textes beides schöpferische Tätigkeiten sind. Somit kann dazwischen keine Grenze gezogen werden.

---