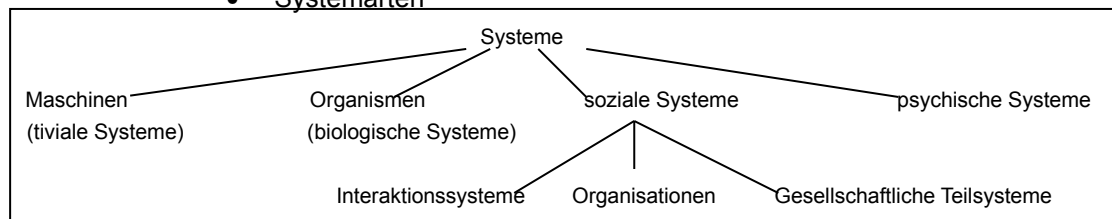


1. Der systemtheoretische Ansatz

- Systemtheorie als soziologische Gesellschaftstheorie > Niklas Luhmann (1927-1998), Soziologe und Jurist
- Ausgangspunkt: Unendliche Komplexität der Welt
- Reaktion: Ausdifferenzierung von funktionalen Teilsystemen
 - Funktionssysteme operieren nach eigenem Code
 - Ziel der Ausdifferenzierung: Reduktion gesellschaftlicher Komplexität
 - Kontingenz der Systeme = sie sind das Resultat einer der möglichen Entscheidungen > ‚es könnte auch anders sein‘
- Begriffe
 - System = Produkt der Stabilisierung einer Differenz von innen und aussen > ein System ist mehr als die Summe seiner Teile

- Systemarten



- Gesellschaft ist für Luhmann nicht die Summe aller Menschen, sondern Kommunikation > Menschen als psychische Systeme sind insofern relevant, als jede Kommunikation psychische Systeme verlangt
- Kommunikation = konstitutive Operationsform für soziale Systeme > besteht aus einer dreifachen Selektion
 - Information: Selektion aus einem Repertoire von Möglichkeiten
 - Mitteilung: Akt der Übertragung von Information
 - Verstehen: Ankommen der Mitteilung (mit der Möglichkeit des Missverstehens)
- Differenz System/Umwelt
 - Umwelt ist stets systemrelativ > Umwelt ist systembezogen und wird durch systemeigene Operationen erzeugt
- Autopoiese
 - Def.: Systeme werden als autopoietisch bezeichnet, wenn sie die Elemente aus denen sie bestehen, durch die Elemente, aus denen sie bestehen, selbst produzieren und reproduzieren.
 - Operative Geschlossenheit = Selbstbezüglichkeit der Systemoperationen > System besteht aus eigenständigen Kommunikationseinheiten, die selbstreproduktiv sind > Aufbau der Systemstrukturen durch eigene Operationen > Anschlusszwang der systemeigenen Operation > Gedächtnis des Systems

- Kognitive Offenheit = Beobachtungsfähigkeit des Systems gegenüber der Umwelt (Fenster, Fühler) > Unterscheiden, ob eine Operation zum System gehört oder nicht und diese dann anschliessend als zum System zugehörig (oder eben nicht) bezeichnen.
 - Sinn
 - Es gibt immer eine unendliche Anzahl möglicher Anschlussmöglichkeiten = Kontingenz (man kann so oder auch anders entscheiden)
 - Zwang zur Selektion > Sinnzwang
 - Andere Anschlussmöglichkeiten bleiben verfügbar
 - Evolution
 - Variation = unerwartete, überraschende Kommunikation
 - Selektion = auf der Grundlage abweichender Kommunikation erfolgende Auswahl/Ablehnung von Möglichkeiten
 - Retention/Stabilisierung = Integration der brauchbaren Möglichkeiten in die Systemstruktur > Ausgangspunkt weiterer Innovationen/Variationen
 - Problem: Wie ist Koevolution von Teilsystemen möglich, wenn Teilsysteme autopoietisch sind? Durch strukturelle Kopplung = auf Dauer angelegte Umweltelemente, die notwendig sind für die Fortsetzung systeminterner Operationen > gewisse Teilsysteme stehen somit in einer engeren Beziehung
- Rechtssystem als autopoietisches Sozialsystem zweiten Grades
 - Funktion: Aufrechterhaltung von Erwartungen auch im Falle der Enttäuschung > Recht als Instrument generalisierter Stabilisierung in Bezug auf eine unbekanntes Zukunft > Begrenzung dessen, was im Laufe der Zeit erwartet werden kann
 - Kommunikationen über Recht/Unrecht (=Code)
 - Code definiert die Grenzen des Rechtssystems = operative Geschlossenheit
 - Das Rechtssystem entwirft eine systemeigene Umwelt, es verarbeitet Umwelteinflüsse nach Massgabe seiner eigenen Binnenstruktur und konstruiert ein inneres Modell der Aussenwelt (=Rechtswirklichkeit)
 - Re-konstruktion gesellschaftlicher Konflikte nach eigenen Kriterien als Erwartungskonflikte (Enttäuschung) > Prozessierung der konflikte über rechtseigene Normierungen, Verfahren und dogmatische Figuren und Produktion einer verbindlichen Entscheidung als ‚Fallnorm‘, die für weitere Rechtskommunikationen anschlussfähig ist
 - Rechtsevolution
 - Variation: Umweltfaktoren (zB Streitfall, technische Erfindungen (Internet), wissenschaftliche Erkenntnisse, Naturkatastrophen); für das moderne Recht steht die Gesetzgebung, als „Rauschen der Politik“, im Vordergrund

- Selektion: Markierung eines neuen Sachverhalts durch Recht/Unrecht-Unterscheidung durch systeminterne Verfahren (insbes. Gerichtsverfahren)
- Restabilisierung: Integration der Lösung in das Rechtssystem durch Dogmatik (Entwicklung von Begriffen und allg. Entscheidungsregeln für weitere Fälle, Systematisierung) und/oder Rechtsprechung (Präjudizienbindung, *stare decisis*)
- Ko-Evolution
 - Interdependenz des Rechts mit anderen Teilsystemen
 - Strukturelle Kopplungen zwischen Recht – Politik
 - Kontextsteuerung durch Einfluss auf Selektionsbedingungen der anderen Teilsysteme

2. Gesetzgebung und Politik

1) Ausgangspunkt: Beziehung zw. Recht und Politik

- Entwicklung und Stand der Gesetzgebungslehre
 - Das Kodifikationszeitalter (18.-19. Jh.)
 - Gesetzgebung als Regierungskunst
 - Ansätze einer wissenschaftlichen Behandlung (Montesquieu, 1748; Filangheri, 1780; Bentham 1781)
 - Rechtspositivismus und liberaler Rechtsstaat
 - Neutralität des Juristen
 - Strengste Gewaltenteilung
 - Isolierung der Rechtsfrage und Isolierung der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung
 - Konzentration der Methodenlehre auf Gesetzesanwendung
 - Gesetzgebung als rein polit. Prozess
 - Gesetzgebung als juristische Kunst; Mythos des Gesetzgebers: z.B. Code Napoléon, Eugen Huber
 - Neues Interesse nach 1945
 - Gesetzesflut/Gesetzesinflation und Dekodifikation
 - Staatl. Interventionismus
 - Zunahme der Sondergesetze
 - Aufgabe des Vollständigkeitsideals
 - Zunahme symbolischer Gesetzgebung
 - Funktionswandel des Gesetzes
 - Motor der Veränderungen
 - Instrument (vermeintlicher) sozialer Steuerung
 - Kurzlebige Zweckmässigkeitsregeln
 - Gesetzesflut
 - F 1992 ca 130'000 Gesetze
 - I 1990 ca 150'000 Gesetze
 - CH:

- 2002: 1655 Gesetze und Verordnungen auf Bundesebene
 - AS 1970-2002 12 Laufmeter nur deutsche Fassung
 - SR 3 Laufmeter/schweiz. Recht und ca 3 Laufmeter/int. Recht
 - Abnahme der Qualität der Gesetzgebung und daraus erhöhtes Interesse an einer Gesetzgebungslehre
 - Ressourcenknappheit
 - Kosten/Nutzen-Analysen
 - Frage nach der Notwendigkeit und Nützlichkeit staatl. Intervention (Entrechtlichung/Deregulierung)
 - Zunehmender Einfluss der Verfassungsgerichtsbarkeit auf den Gesetzgebungsprozess
 - Juristenausbildung und Gesetzgebungslehre
- **Der systemtheoretische Ansatz (Text Luhmann)**
 - **Ablehnung der Einheit von Recht und Politik**
 - Codierung des polit. Systems nach Regierende/Regierte und nach Regierung/Opposition
 - Unterschiedliche Zeitdimension
 - Gegenläufige Tendenzen von Politik und Recht
 - juristische Fesselung der politischen Gewalt
 - politische Instrumentalisierung des Rechts
 - Positivierung des Rechts und Demokratisierung der Politik stützen sich gegenseitig
 - **Gesetzgebung ist der Ort der Transformation von Politik in Recht, der Ort der rechtlichen Beschränkung der Politik**
 - Methodische Anleitungen aus dem Rechtssystem können polit. Kommunikation irritieren, aber direkte Steuerung nicht möglich
 - Aber: Strukturelle Kopplung (=auf Dauer angelegte Umweltelemente, auf die sich das Teilsystem verlassen kann) zwischen Recht und Politik > Gesetzgebung
- **Kritik an Luhmann und Weiterentwicklung der Systemtheorie (Text Aschke)**
 - **Kontextsteuerung**
 - Operationen in Teilsysteme verändern die Rahmenbedingungen für andere Teilsysteme
 - Einfluss auf Selektionsbedingungen der anderen Teilsysteme
 - Koordination der Teilsysteme durch Orientierung an mehrere andere Teilsysteme und an allg. gesellschaftl. Kommunikation
 - Umsetzung der Intentionen des Gesetzgebers bedarf ergänzender Konkretisierungen in anderen Systemkontexten
 - Pragmatische und institutionelle Kontexte führen zu einer Einschränkung vertretbarer Auslegungen
 - Ständige gegenseitige Prägung
 - **Ko-Evolution**

- Unterschiedliche Autonomisierungsgrade der Teilsysteme > Ko-Variationen möglich
 - Gezielte Interferenz
 - Kommunikation über Organisation > Aufbau von Inter-Systembeziehungen
- Methodische Konsequenzen
 - Ausgangspunkt: Systemdifferenz
 - Ausgangspunkt: Notwendigkeit der Kopplungen = Koordinationsbedarf
 - Normprogramm des Gesetzgebers so formulieren, dass die Chance seiner Umsetzung (mit allen Ungenauigkeiten) in rechtliche Entscheidungen erhöht wird
 - Intensivierung/Institutionalisierung der Inter-System-Beziehungen

2) Symbolische Gesetzgebung

- Was sind symbolische Gesetze?
 - Gravierende Diskrepanz zw. Norm und Wandel der politischen oder sozialen Verhältnisse > symb. Gesetz
- Was ist symbolische Gesetzgebung?
 - Frage nach der Intention des Gesetzgebers
 - Frage nach intendierten und nicht intendierten Gesetzeswirkungen > Problem der unklaren Zielformulierungen des Gesetzgebers
 - Massgebliches Kriterium: Frage nach Handlungsspielraum (≠Wille) des Gesetzgebers
 - Definition: Wenn der Gesetzgeber einen normativen Anspruch erhebt, ohne die Voraussetzungen für die wirksame Umsetzung dieses Anspruchs zu schaffen, die er schaffen könnte.
- Wie lässt sich symb. Gesetzgebung feststellen?
 - Empirische Untersuchung von Aubert (1966)
 - Gesetzeszweck: Schutz der Interessen der Hausangestellten
 - Umsetzung des Gesetzes?
 - Geringe Anwendung auf Arbeitsverhältnisse
 - Kaum Gerichtsfälle
 - Wirkungslose Strafbestimmungen (Norwegisches Hausangestelltengesetz, § 18: Geldstrafen werden verhängt, wenn jemand wiederholt trotz Protest die Hausangestellte entgegen den gesetzlichen Bestimmungen länger arbeiten lässt.)
 - Gesetzesentstehung > Produkt eines polit. Kompromisses, Gesetz diente lediglich der symbolischen Befriedigung

○ Typen symb. Gesetzgebung

- Bekenntnisnormen = haben ideologischen Charakter, finden sich häufig in Verfassungen
Beispiele: Sozialinteresse geht vor Individualinteresse (Art. 44 Abs. 2 Verfassung von Guatemala, 1985), La France reconnait publiquement le génocide arménien de 1915 (République Française, Li nr. 2001-70)
- Alibigesetzgebung = dienen der Stärkung des Vertrauens der Bürger in die Handlungsfähigkeit der Regierung, erwecken den Anschein einer Lösung, „damit was getan ist“ (häufig im Strafrecht, Umweltrecht)
- Kompromissgesetzgebung = Ergebnisse gegenseitigen Nachgebens, Vertagung des Problems, Verzicht auf effektive Durchsetzungsmittel

○ Schlussfolgerungen für die Gesetzgebungslehre

- Zweck: Realisierung bestimmter politisch-strategischer (symbolischer) Ziele, nicht aber Erreichung der offiziell proklamierten (sachlichen) Gesetzesziele
- Wesentliche Faktoren für symb. Gesetzgebung
 - Stark konträre gesellschaftliche Interessen
 - Hohe Kosten zur Lösung des Problems
 - Komplexer Regelungsgegenstand (zB Umweltrecht)
- Wesentliche Probleme
 - Verursachung überflüssiger Verwaltungskosten
 - Täuschung der Normrezipienten
 - Verhinderung tatsächlich effektiver Lösungen
 - Verletzung rechtsstaatlicher Prinzipien

○ Beispiel Verwahrung

- Allg. Problematik des Strafrechts: Versagen der traditionellen Strafzwecke
 - Öffentliche Ängste und Empörung > Politik reagiert mit Verschärfung der Sanktionen (Eindrücklichkeit)
 - Positive Generalprävention > Angstabbau Stärkung des Vertrauens
 - Incapacitation > Unschädlichmachung
 - Betonung der Sicherung > Massstab ist Gefährlichkeit
 - Primär symbolische Wirkung > Anti-Furcht-Politik, Null-Risiko
 - Legitime symbolische (Straf)Gesetzgebung > Gefahr kontraproduktiver Wirkungen
- Verwahrungsinitiative
 - 8. Februar 2004: Annahme durch Volk <> klare Ablehnung im Parlament

- Parallel dazu StGB-Revision
- Inhalt Initiative
- Blablablablablalaaaa
 - Problem Täterkreis
 - Problem Überprüfung nur wenn neue wiss. Erkenntnisse vorliegen <> EMRK
- Schwierige Umsetzung

3. Gesetzgebungsmethode

1) Grundsätzliche Kriterien

- Rationalität der Gesetzgebung
 - Noll: Setzung „richtigen“ Rechts > Notwendigkeit rationaler Verfahren
 - Noll: Steuerungsanspruch
 - Morand: Beschränkung auf rationalen Teil des Gesetzgebungsprozesses
 - Geeignete Mittel
 - Kohärenz der Wertentscheidungen
- Interdisziplinarität
 - Komplexität der Regelungsmaterien
 - Juristin ist „nur“ Normierungsspezialistin
- Methode der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
 - Metadisziplin
 - Teil der jur. Methode
 - Dient der Vermeidung überhöhten jur. Spezialistentums
 - Faktenbezogenheit
 - Effektivität
 - Konkretheit/Klarheit
 - Systematisierung

2) Materielle und formelle Gesetzgebungsmeth.

- Materielle Methode
 - Erzeugung ‚guter‘ Rechtsnormen
 - Rationaler Gesetzgebungsprozess
- Formelle Methode (=Rechtsetzungstechnik)
 - Äussere Gestaltung von Rechtsnormen
 - Regelungstechniken
- Verfahrensmodell der materiellen Gesetzgebungsmethode

- Definition des Problems
 - Analyse der Ausgangslage
 - Objektive Problemanalyse <> Pressionen der Interessengruppen
 - Erkennen der Problemstruktur
 - Ist Gesetzesvorhaben notwendig?
- Festsetzung der Ziele
 - Soll-Zustand definieren > primär
 - Formulierung hierarchisierter, operativer und widerspruchsfreier Ziele
- Lösungssuche
 - Bestimmung der Instrumente und Strategien zur Zielerreichung
 - Regulierung
 - Schaffung von pos. oder neg. Anreizen
 - Koordination/Kooperation
 - Entwurf von Alternativlösungen
 - Regelungsverzicht?
 - Regelungsdichte?
 - Dispositiv oder zwingend?
- Vorausschauende Bewertung
- Ausgestaltung der Lösung und Inkraftsetzung (Rechtsetzungstechnik)
- Rückschauende Bewertung

3) Konkrete Durchsetzung rationaler Ges.gesetzgebungsmaßnahmen.

- Gesetzgebung als Akt des Souveräns?
- Normenkontrolle
 - Geschriebene Verfassungen
 - Verfassungsgerichtsbarkeit
 - Gesetzgebungsverfahrensgesetze
- Verfassungsgerichtl. Durchsetzung methodischer Anforderungen
 - CH: Materielle Kontrolle durch Bundesgericht
 - Kriterien?
 - Objektive, solide Grundlage
 - Sinn- und Zweckmäßigkeit
 - Willkürverbot
 - Verhältnismäßigkeit
 - Geeignetheit zur Erreichung der Ziele > prospektiv und retrospektiv
 - Erforderlichkeit (Alternativen?)
 - Interessenabwägung
 - Problem: Überforderung des Gerichts

- D: formelle Kontrolle durch Bundesverfassungsgericht
 - Kriterien?
 - Tatsachenfeststellung
 - Systematische Beurteilung der Fakten und Prüfung von Alternativen
 - Prognosepflicht > vorausschauende Beurteilung
 - Beobachtung und Korrektur > rückschauende Bewertung

4) Das Problem der Gesetzesfolgen als methodische Herausforderung

- Vorausschauende Bewertung > Problem: Voraussage über potentielle Effekte neuer Normen
 - Rechtsvergleichung
 - Experimentelle Gesetzgebung = Gesetz auf Probe
 - Gesetzesfolgenabschätzung
- Rückschauende Bewertung
 - Effektivitäts- und Implementationsforschung
 - Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks ohne erhebliche unerwünschte Nebenwirkungen
 - Rechtsinterne Wirkungen
 - Rechtsexterne Wirkungen
 - Institutionalisierung von Effektivitätsanalysen
 - Review-clauses
 - Sunset-clauses
 - Sunrise-clauses
- Gründe für Ineffektivität > Tabelle

Gesetzgeber	Programmfehler Implementationsfehler
Ausführende Instanzen	Vollzugsdefizit Vollzugsfehler
Adressaten	Widerspenstigkeit Missbrauch
Interpreten	Verunsichernde Auslegung Sinnverändernde Kasuistik

- Korrektur?
 - Vorschlag Noll: Zentralstelle für Vorbereitung des Gesetzgebung
 - Methodische Hauptprobleme
 - Feststellung des Gesetzeszwecks

- Unbestimmte Rechtsnormen
- Lange Wirkungsketten zwischen Gesetz und Adressaten
- Steigerung der Gesetzesqualität durch Anwendung der Gesetzgebungsmethode

3. Rechtswissenschaft und Kodifikation

1) Historische Rechtsschule

- 1814 Streit Thibaut/Savigny > Vernunft und Kodifikation vs. Geschichtlichkeit und Volksgeist
 - Thibaut nimmt Stellung für eine nationale Kodifikation als Mittel zur nationalen Einigung (Rechtseinheit=Reichseinheit) und zur Rationalisierung des Rechts nach vernunftrechtl. Muster
 - Savigny lehnt allg. Kodifikation ab, weil sie unhistorisch sind und die Rechtsentwicklung willkürlich unterbrechen > Rechtsreform kann nur auf rechtswissenschaftlicher Arbeit beruhen
- Historische Rechtsschule
 - Kodifikationskritik>Ablehnung der Gleichsetzung von Recht und positivem Gesetz. Gesetz ist aber auch für Savigny eine zentrale Rechtsquelle
 - Rechtsquellenlehre>Recht entsteht einerseits im Volk, andererseits wird mit zunehmender kultureller Entwicklung dieses ‚Volksrecht‘ zum Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitung (technisches Recht) = „doppeltes Leben des Rechts“
 - Volksgeist und Bildungstradition
 - Ursprung und einzig wahre Quelle des Rechts bleibt der Volksgeist; das so entstandene Recht wird dann von der Rechtswissenschaft bearbeitet > Gesetz sollte Produkt dieser systematisierenden Arbeit und nicht der gesetzgeberischen Willkür sein.
 - Volksgeist wird von Savigny nicht biologisch-rassistisch verstanden, sondern als nationale Kulturtradition
 - Erneuerung der jur. Ausbildung
 - Rechtswissenschaft muss
 - historisch („jeden Stoff bis zu seiner Wurzel verfolgen“) und
 - systematisch („mit den Begriffen rechnen“; Erarbeitung der leitenden Grundsätze) sein
 - Selbständiges Dasein des (Privat)rechts
 - Hauptgegenstand der wiss. Arbeit ist das Privatrecht, das in Anlehnung an Kant als Bestandteil der Autonomie des Individuums betrachtet wird
 - Sein Inhalt sind die subjektiven Rechte (insbes. Eigentums- und Vertragsfreiheit), die nicht durch pos. Gesetz begründet werden müssen

- Jurist als gesellschaftspolitische Schaltstelle > doppeltes Dasein des Rechts
- Rechtswissenschaft als kritische Analyse der geschichtlichen Vorbedingtheit jur. Normen > Gegenmodell zur vernunftrechtlichen Auffassung der Kodifikation als zeitloses, rationales Konstrukt
- Klassisches Röm R als Ausbildungsvorbild
- Primat der Rechtswissenschaft > HistRS wertet die Rolle der Juristen wieder auf
- Historische Rechtsschule und Politik>Das individualistische Röm Privatrecht entspricht den frühliberalen Postulaten; die Kodifikationskritik entspricht der Phase politischer Restauration
- Savignys Auslegungslehre > vier Elemente
 - Ziel der Auslegung ist „die Rekonstruktion des dem Gesetze innewohnenden Gedankens“ > Sinn der Norm, Rekonstruktion des dem Normtext zu Grunde liegenden Gedankens (des Gesetzgebers)
 - Auslegungselemente (für Savigny keine zwingende Reihenfolge, sondern Notwendigkeit des Zusammenwirkens)
 - Grammatisches > Wort
 - Logisches > logische Struktur des Gesetzestextes
 - Historisches > Frage nach dem Rechtszustand vor dem Gesetz und Vergleich zwischen diesem Zustand und dem durch das Gesetz gegebenen Zustand
 - Systematisches > Verhältnis des einzelnen Gesetzes zum gesamten Rechtssystem
 - Teleologisches Element wird von Savigny nicht angeführt bzw. nicht als Auslegungselement betrachtet (gegen auch damals herrschender Auffassung) > für Savigny nur Hilfsmittel wenn die Auslegung nicht zum Ziel führt

2) Pandektistik/Begriffsjurisprudenz

- Pandektistik = am römR (insb. Pandekten/Digesten) orientierte Zivilrechtsdogmatik
 - Begrifflich-systematische, konstruktive Erfassung und Aktualisierung des römischen Rechts > Aus Savignys Wissenschaftskonzept übernehmen die Pandektisten nur den systematischen Aspekt.
 - Überwindung der Rechtszersplitterung durch ein wissenschaftlich erzeugtes „gemeines Recht“
 - Pandektistik als Begriffsjurisprudenz = ahistorischer Positivismus > Aufbau eines Systems ausgeklügelter Begriffshierarchien und logischer Deduktionen > Fortsetzung der vernunftrechtl. Systematisierungsbestrebungen!
- Überleitung zum Gesetzespositivismus der 2.ten Kodifikationswelle

- Isolierung der Rechtswissenschaft von den gesellschafts-politischen Perspektiven > Rechtswissenschaft konzentriert sich ausschliesslich auf die Begriffskonstruktion
- Rechtsfälle durch logische Operationen lösbar; richterliche Arbeit als reine Subsumtion
- Das BGB (1900) als system. und dogmat. Meisterwerk der Pandektistik

4. Gesetzgebungstechnik

1) Rechtsetzungstechnik

- Def.: Anwendung des Instrumentariums zur ÄUSSEREN Gestaltung von Rechtsnormen
- Inhalt: Regeln zu Aufbau, Sprache, Form, spez. Regelungstechniken (Verweisungen, Zweckartikel usw.)
- Praxis: Checklisten, Leitfäden, Richtlinien für Organe der Rechtsetzung

2) Methode der Gesetzgebung zur Erarbeitung einfacher und verständlicher Normen

- Formulierung der Ziele
 - Vermeidung unbestimmter Normen
 - Konkretisierung der polit. Zielsetzung durch Gesetzgeber > Erarbeitung von Thesen
 - ‚objektive‘ Analyse des Problems > Interdisziplinarität > Mitarbeit von Experten (Soziologen, Psychologen etc.)
 - Rechtfertigung der Zielsetzung; Abwägung von Partikulärinteressen und öff. Interesse
 - Geeignetheit des Instruments
 - Realisierbarkeit der Ziele durch das Mittel der Gesetzgebung
 - Verhältnis Ziel und Mittel überprüfen
 - Wie viele Rechte und Pflichten müssen auferlegt werden zur Verwirklichung der Ziele > vernünftiges Mass
 - Übergangsrecht beachten
 - Erkennen der Randbedingungen wie Organisation und Finanzierung des Vollzugs und der Gesetzeskontrolle
 - Zielkonflikte lösen > Kerngehalt der Partikulärinteressen eruieren
 - > Hearings abhalten und Alternativen vorschlagen

- Normative Gestaltung der Ziele
 - Möglichkeiten
 - Direkte Auferlegung von Verhaltenspflichten > Adressatenfrage
 - Erlass von Kompetenznormen
 - Regelung von Bewilligungspflichten
 - Normen, die bei allen drei Varianten gelten, betreffend
 - Geltungsfragen > zeitliche, örtliche, personelle und sachliche Geltung festlegen
 - Übergangsrecht
 - Regelungsstufe wählen
- Formulierung des materiellen Inhalts
 - Induktive, juristische Methode
 - allg. Nenner suchen durch Abstraktion konkreter gewünschter Lebenswirklichkeit
 - Sammlung und Vergleich möglichst vieler konkreter Beispiele
 - Abstraktionsgrad bestimmen
 - Beachtung des „Koordinatensystems“
 - Deduktive, politische Methode
 - Gesetzesnormen aus politischem Programm ableiten
 - Formulierung allgemeingültiger Zweckartikel
 - Fazit: Kombination der beiden Methoden

3) Gesetzgebungsfaden des Bundes

- Gesetzgebungsverfahren
- Methodik
 - Problemanalyse > kausale Modellierung
 - Zielbestimmung > hierarchische Strukturierung
- Gesetzgebung und Grundrechte
- Kompetenzverteilung
- Wahl der Erlassform
- Legalitätsprinzip und Delegation
- Ausgestaltung > Technik
 - Festlegung des normativen Gehalts
 - Harmonie der Rechtsordnung
 - Rechtssicherheit
 - Vertrauensschutz
 - Verhältnismässigkeit
 - Regelungsdichte

- Entwurf
- Einheit der Materie
- Intertemporales Recht
- Vollzugsinstrumente
- Redaktion

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

Der Subsumtionsautomat

1) Kodifikation und Justizreformen des 18. Jh.

- Preussen: Müller-Arnold-Prozess (1779) als Auslöser
 - Wassermüller Arnold wendet sich mit einer Bittschrift an den König
 - König kassiert das Gerichtsurteil und setzt Richter in Haft > Machtspruch
 - Entlassung des Justizministers
 - Beginn einer Justizreform
- Ausdifferenzierung der Justiz aus dem politischen System
 - Absolutistisches Interesse
 - Weisungsfreie (= keine Machtsprüche), dafür aber gesetzgebundene Rechtspflege
 - Egalisierung der Rechtsprechung durch Orientierung an Kodifikation > Abbau von Privilegien, Nivellierung der Untertanenschaft
 - Trennung zwischen Verwaltung und Rechtspflege > Effizienzsteigerung der Verwaltung, die an den Herrscher gebunden bleibt
 - Disziplinierung und Kontrolle des Justizpersonals als Instrument der Steuerung
 - Interesse des Bürgertums
 - Garantie ‚korrekter‘ Rechtspflege durch Ausgliederung der Justiz > personelle Unabhängigkeit
 - Gesetzesbindung und Willkürvermeidung > Rechtsstaat

2) Bürgerliches Justizmodell

- ‚bouche de la loi‘
 - Montesquieus Bezugsrahmen: englisches Justizsystem, Geschworenengerichte
 - Subsumtion beschränkt auf Richterspruch auf der Grundlage des Geschworenenurteils
 - *bouche de la loi* bezieht sich auf fehlendes Ermessen des engl. Geschworenengerichts

- Montesquieu fordert lediglich Gewaltentrennung und Machtbegrenzung
- Historische Rechtsschule: Richter als ‚Gelehrter auf dem Richterstuhl‘ > neues Berufsethos durch Verwissenschaftlichung > Ausrichtung auf ‚Technik‘
- Gesetzliche Rechtsfindungsregeln > justizpädagogisches Anliegen
- Richterliche ‚Neutralität‘ als politische Entscheidung für strengste Gewaltentrennung
- Rechtsstaatliche Anforderungen an die Justiz
 - Unabhängigkeitsgarantie und Gesetzesbindung > unpolitischer Richter ist personell unabhängig und gesetzesgebunden
 - Diskrepanz zwischen Unabhängigkeitsdogma und Realität der Rechtsprechung
 - Marginalisierung methodischer Einsichten
 - Allm. Anerkennung des Richterrechts

5. Richterpersönlichkeit und Rechtsfindung

1) Antiformalistische und antipositivistische Bewegungen

- Kritik der Begriffsjurisprudenz durch Rudolf von Jhering („Der Kampf ums Recht“, 1872)
 - Hinwendung zur Rechtswirklichkeit > Überwindung der Pandektistik
 - Rechtsentwicklung durch Kampf > Recht als Ergebnis miteinander ringender Interessen und Machtströmungen
 - Zweckorientierung des Rechts > Teleologie

- Abschluss der Kodifikationsphase (BGB, ZGB) verändert Juristenrolle > vom Gesetzgeber zum Interpreten > erhöhte Methodendiskussion

- Freirechtsschule
 - Eugen Ehrlich (1862-1922; Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903) > Begründung der Rechtssoziologie
 - Hermann Kantorowicz (1877-1940; Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906)
 - Ernst Fuchs (1859-1929; Schreibjustiz und Richterkönigtum, 1907; Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, 1908; Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909; Juristischer Kulturkampf, 1912; Was will die Freirechtsschule?, 1929)
 - Radikale Ablehnung des Gesetzespositivismus > Anerkennung der politischen Dimension der Rechtsprechung
 - Freie richterliche Rechtsfindung > erhöhte Bedeutung der Richterpersönlichkeit (Figur des Richterkönigs)
 - Rechtsgefühl als Grundlage der richterlichen Entscheidung
 - Sozialgestaltende Rechtsfindung unter Berücksichtigung des Gesetzgebungsprogramms

- Interessenjurisprudenz
 - Philipp Heck (1858-1943); Max Rümelin (1861-1931); Heinrich Stoll (1891-1937)
 - Kritik an Gesetzespositivismus
 - Lückenhaftigkeit der Kodifikation als Normalzustand
 - Systemkonforme Weiterentwicklung des Rechts durch den Richter > Rechtsnorm als bewertende Entscheidung von Interessenkonflikten
 - Rechtsfindung als Rechtszweckbetrachtung bei Gebot der Gesetzestreue > „denkender Gehorsam“

- Weitere Bewegungen
 - Frankreich: Überwindung der *Ecole de l'exegèse* durch François Gény (*Méthode d'interprétation des sources en droit privé positif*, 1899)
 - USA : Legal Realism

2) Eugen Huber

- Volkstümlichkeit und Verständlichkeit > Adressatenfrage
- keine gelehrte Terminologie (<> BGB)
- konkrete Darstellungsweise > keine Abstraktion, keine straffe Systematik
- Laienrichtertum > republikanische Tradition
- Anerkennung der Lückenhaftigkeit der Kodifikation
- Aber: Lückenlosigkeit der Rechtsordnung
- ZGB 1 II als Anleitung zur Lückenfüllung

3) Nationalsozialismus

- Ideologische Überdeterminierung des Rechtsdiskurses
- Gesundes Volksempfinden als Rechtsgeltungsquelle, die dem Gesetz vorgeordnet ist
- Orientierung an Partei und Führer
- „intuitive“ Rechtsfindung

- keine richterliche Unabhängigkeit

6. Richterliches Vorverständnis und Auslegung

1) Hermeneutik (=Auslegungskunst)

- Das Auslegungsverständnis der älteren Hermeneutik
 - Texte in ihrem urspr. Sinn verstehen > authentische Interpretation
 - Eigenständigkeit des Objekts
 - Interpretation als kongeniale Anverwandlung
- Hans-Georg Gadamer, Wahrheit und Methode (1960) > Neue Hermeneutik
 - Subjektivität
 - Standortgebundenheit des Interpreten
 - Interpretation als produktiver Prozess
 - Vorverständnis
 - durch Lebensgeschichte vorstrukturierte Verstehensfähigkeit des Interpreten = Lebensverhältnis zur Sache
 - Produktive Bedingung des Verstehens
 - Hermeneutischer Zirkel
 - ständige Wechselwirkung zw. Beobachter und Beobachtetem
 - Vorverständnis > Auslegung > Nachverständnis

2) Vorverständnis und juristische Methodenlehre (Esser)

- Mängel der akademischen Methodenlehre
 - Praxis benutzt Methoden nur um Entscheidung lege artis zu begründen
 - Falsche Vorstellung glatter Subsumtion
 - Glaube an logisch-deduktive Arbeitsweise
 - Ausschaltung der Wertungen
- Wertungsproblematik
 - Rechtspolitische Entscheidung vorrangig
 - Suche nach Sachgerechtigkeit
- Urteilbegründung
 - Herstellung von Konsens über Vernünftigkeit der Lösung
 - Richtigkeitsnachweis

- Unterscheidung zwischen
 - individuellem Vorverständnis > Prägung durch die persönliche Geschichte, polit. Überzeugung
 - professionellem Vorverständnis > berufliche Sozialisation > Konsequenzen für die Ausbildung?
 - kollektivem Vorverständnis > Zeitgeist, allg. Rechtseinstellungen
- Vorverständnis und Vorurteil

3) Konsequenzen für die richterliche Tätigkeit

- Bindung an das Gesetz? Richterkönig?
 - Gesetzgeber hat nur Regelungsprimat > Abschied vom ‚wahren Sinn‘
 - Richter entscheidet über das geltende Recht > gesellschaftspolitische Relevanz richterl. Arbeit
 - Tatsache, dass Fall unterschiedlich beurteilt werden kann
- Lückenfüllung?
 - Lücke ist Selbsttäuschung
 - Keine Unterscheidung zw. Auslegung und Lückenfüllung
- Sachverhalt und Norm
 - Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Fall und Norm
 - Sachverhalt bestimmt das richterl. Vorverständnis in Bezug auf die Normauswahl und Blick auf die Norm konstituiert den Sachverhalt
- Rechtsstaatliche Anforderungen
 - Selbstkontrolle > kritisches Bewusstsein
 - Bereitschaft zur Korrektur des Vorverständnisses
 - Redlichkeit und Transparenz > neuer Begründungsstil

4) Richterliche Tätigkeit aus systemtheoretischer Sicht (Luhmann)

- Ausdifferenzierung von Gesetzgebung und Rechtsprechung
 - Autonomisierung der Justiz gegenüber sozialen Beziehungen
 - Gesetzgeber liefert generell-abstrakte Normen deren Auswirkung auf Freund und Feind nicht kontrollierbar ist > Richter wird an das Gesetz gebunden
- Entscheidungszwang der Gerichte > Operative Schliessung > Orientierung der Justiz nur an eigene Codierung
- Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung?

- Hierarchisch > Weisungshierarchie = Gericht als ausführendes Organ (Rechtsanwendung)
- Zirkulär > wechselseitige Bezugnahme, gegenseitige Beobachtung > wechselseitige Beschränkung der Spielräume
- Richterrecht > Beteiligung der Gerichte an Rechtsproduktion
- Funktion der traditionellen Methodenlehren
 - Identifikation des gesetzgeberischen Willens
 - Stärkung des hierarchischen Modells (Subsumtion)

7. Auslegungsdiskussion in der Schweiz

1) Die klassische Auslegungslehre: Meyer-Hayoz

- Ermittlung des objektiven Sinns der Norm
 - Vernünftige und korrekte Gesetzesadressaten
 - Erkennbare Umstände
 - Vertrauensgrundsatz
- Objektiv-historisch oder objektiv-zeitgemäss?
 - Entstehungszeitlicher Sinn
 - historische Verwurzelung
 - Entstehungsgeschichte > Materialien
 - Vorteile
 - Gewaltentrennung
 - Reduktion der Willkür
 - Stabilität und Kontinuität
 - Falls Auslegungsergebnis aus objektiven Gründen unhaltbar > Rechtsfortbildung
 - Erhebliche Veränderung der Realien
 - Tiefgreifender Wandel der Bewertungen
 - Unbefriedigende Konsequenzen
 - Zeitgemässer Sinn
 - Rücksichtnahme auf Gegenwartsbedürfnisse
 - Dynamik des Rechts
 - Gefahr der Zufälligkeit und Willkür > Enge Kriterien der Rechtsfortbildung
- Ablehnung der subjektiv-historischen Methode
- Ablehnung der freirechtlichen Postulate
- Ablehnung der strengen wortjur. Methode

2) Reflektiertes Methodenbewusstsein: Hans Peter Walter

- Abschied vom Subsumtionsautomaten
 - Richterliche Rechtsfortbildung als Selbstverständlichkeit > Überwindung der doktrinär übersteigerten Gewaltenteilungslehre
 - Norm und Rechtswirklichkeit > Gesetzgeber zeichnet den Kurs vor, aber Gerichte befinden autonom über den Fall und lassen dadurch die Norm zur Rechtswirklichkeit werden.
- Methodenpluralismus des Bundesgerichts
 - Doppeltres Streben (höchst)richterlicher Tätigkeit: Einzelfallgerechtigkeit und generalisierende Rechtsfortbildung > keine Verpflichtung auf eine bestimmte Methode
 - Methodische Haltung des Bundesgerichts zunächst als Methodensynkretismus kritisiert (Hans Huber, 1955)
 - Methodenpluralismus (vgl. zB BGE 123 III 24; BGE 124 III 266)
- Gründe dafür
 - Verändertes Umfeld
 - Meinungsvielfalt in der Rechtsprechung
 - Gesetzesflut > Kompromisscharakter der Gesetzgebung (vgl. symbolische Gesetzgebung) und abnehmende Kohärenz der Rechtsordnung > Glaube an vorgegebene Systemgeschlossenheit des Gesetzes ist gebrochen
 - Ergebnisorientierte Rechtsprechung > keine methodische Fixierung
 - Brüchigkeit der alten Methodenkommode
 - Schroffe Gegenüberstellungen zwischen historischer und zeitgemässer Auslegung ist sinnwidrig > gegenseitige Verständnishilfe
 - Recht als Produkt der Zeit > Zeitgemässes Rechtsverständnis unabdingbar
 - Ausufernde der Auslegungselemente > Problem der Rangordnung verschärft sich
 - Lösung: qualitative Bewertung der einzelnen Auslegungselemente > Methodenkombination
- Konsequenzen
 - Suche nach einem akzeptablen Verhältnis von deduktiver und wertender/volitiver Rechtsfindung
 - Sorgfältige Ausschöpfung aller anerkannten Auslegungskriterien
 - Nachvollziehbarkeit der Entscheidung > so rational wie möglich, so subjektiv wie nötig
 - Methodenehrlichkeit

- Angepasster Begründungsstil

3) Verfassungskonf. Auslegung: Giovanni Biaggini

- Das gängige Verständnis der verfassungskonformen Auslegung
 - Spielart der systematischen(-teleologischen) Auslegung
 - Hierarchische Gliederung des staatlichen Normensystems > Stufenordnung, Überordnung der Verfassung
 - Annahme, dass der Gesetzgeber keine mit der Verfassung unvereinbaren Regelungen erlassen will > Einheit der Rechtsordnung
 - Auslegungsregel: Im Zweifel sind gesetzliche Regelungen verfassungskonform zu interpretieren
 - Im Zweifelsfall ist derjenigen Normhypothese der Vorrang zu geben, die am ehesten geeignet ist, die übergeordneten Wertentscheidungen der Verfassung zu verwirklichen
 - Verbindung von Normtextauslegung mit Normenkontrolle
 - Frage nach Verf.mässigkeit der zu konkretisierenden Gesetzesnorm mit Blick auf durchgehende Verfassungskonformität
 - Vorzugsregel bei der Entscheidung zw verschiedenen, mit den üblichen Auslegungsinstrumenten erarbeiteten Ergebnissen
 - Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten (BV 35) > Horizontalwirkung > indirekte Wirkung auf Privatrechtsbeziehungen > Auch EMRK und andere Völkerrechtsnormen mit Grundrechtsgehalt sind zu berücksichtigen
 - Grenzen der verfassungskonformen Auslegung
 - BV 190 > steht nicht einer verfassungskonformen Auslegung der Bundesgesetze entgegen, verlangt aber, dass der Gesetzeswortlaut und die darin zum Ausdruck kommenden Wertungen des Gesetzgebers respektiert werden = Anwendungsgebot
 - Keine Auslegung contra rationem legis > verfassungskonforme Interpretation nur im Rahmen möglicher Sinnvarianten, Rückgriff auf Verfassung nur wenn sich aus den anderen Auslegungsaspekten dafür Anhaltspunkte ergeben
 - Keine unmittelbare Berufung auf Grundrechte > unhaltbare Einschränkung etwa der Vertragsfreiheit, die auch verfassungsrechtlich gewährleistet ist > nur als Auslegungshilfen bei gesetzlicher Unbestimmtheit
- Die Ausdehnung zum Postulat der Verfassungskonformität der Auslegung
 - Privatrechtliches vs. Öffentlichrechtliches Auslegungsverständnis
 - > Kritik an Dominanz der Privatrechtler in der Methodenlehre
 - Verneinung der Massgeblichkeit von ZGB 1

- Dient lediglich als Aufhänger für die methodischen Anleitungen, steht aber auf der gleichen Normstufe wie die zu interpretierenden Normen
 - ZGB 1 hat nicht Verfassungsrang
 - Bindung der Gerichte an das Gesetz in BV 5 und BV 9 (Willkürverbot) geregelt, Entscheidungszwang durch BV 29 (Rechtsverweigerungsverbot)
- Verfassungsrechtliche Bedingtheit der Methodenlehren
- Traditioneller Auslegungskanon bietet keinen Schutz gegen Manipulation > hat praktischen Nutzen, dient der Reduktion argumentativer Komplexität, ist aber keine Qualitätsgarantie und bietet keine Richtigkeitsgewähr
- Kein Gegensatz zw. entstehungs- und geltungszeitlicher Auslegung
- Kein eigenständiges Dasein des Gesetzes <> privatrechtl. Mythos
- Verfassungsrechtliche Postulate > Öffnung der juristischen Methode zur Verfassung > Konsens demokratischer Rechtsgemeinschaft muss alle Stufen der Normkonkretisierung tragen > Methodenfragen sind Macht- und Verfassungsfragen und entscheiden über den Rechtsinhalt
 - Verfassung bestimmt das Verhältnis von RichterIn und Gesetz > Frage nach der Position der Gerichte im Prozess der Rechtswirklichkeit
 - Gesetzesbindung = Beachtung der Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers > Gewaltentrennung
 - Gesetzesvorbehalt = Beachtung des Entscheidungsprimats des Gesetzgebers, Weiterentwicklung des Rechts in wichtigen Fragen ist Sache des Gesetzgebers
 - Gerichtsorganisation > nur BGer soll wichtigere Rechtsfortbildung vornehmen
 - Verfassung setzt Schranken der richterliche Rechtsschöpfung und –fortbildung
 - Entscheidung des Gesetzgebers als Ausgangspunkt für die Rechtsanwendung
 - Historische Auslegung als notwendige Durchgangsstufe > keine Privilegierung der entstehungszeitlichen Auslegung > Frage ob Aktualisierung gerechtfertigt werden kann
 - Methodenpragmatismus innerhalb verfassungsrechtlicher Grenzen > problembewusst, regelgeleitet, zeitgemässe Auslegung nur wenn aus verfassungsrechtl. Gründen geboten > verfassungsrechtl. Bedingtheit der Methodenlehre
 - Kritische Hinterfragung der Methodenlehren > Historisierung, keine Verabsolutierungen
 - Beachtung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen bei der Handhabung der Auslegungsregeln
- Wie beurteilen Sie die Postulate von Biaggini?
 - Kann man die aktuelle Verunsicherung überhaupt überwinden? Gegenlösung: mit der Verunsicherung leben (Stärkung des

Selbstbewusstseins, Schärfung der Kritikfähigkeit und der theoretisch-methodischen Fähigkeiten der JuristInnen)

- Postulate bez. Richterliche Stellung fallen weit hinter rechtstheoretischen und rechtssoziologischen Wissensstand zurück
- Beziehung Gesetzgeber – Gerichte wird wieder auf eine vertikale Hierarchie zurückgeführt