
Methodenlehre

30. Juni 2016

08.00-10.00 Uhr

Dauer: 120 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte sowohl bei Erhalt als auch bei Abgabe der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst **3 Seiten** (inkl. diese Seite, exkl. weitere Deckblätter) und **6 Aufgaben** (2 Fragen mit je 3 Aufgaben).

Hinweise zur Aufgabenlösung

- Bitte beginnen Sie jede der Aufgaben 1a-2c auf einer neuen Seite.
- Argumentieren Sie ausführlich. Bewertet werden u.a. die Menge und die Qualität der Argumente.

Hinweise zur Bewertung

- Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu. Die Punkte verteilen sich wie folgt auf die einzelnen Aufgaben:

Aufgabe 1a	5 Punkte	11 % des Totals
Aufgabe 1b	10 Punkte	17,8% des Totals
Aufgabe 1c	10 Punkte	17,8% des Totals
Aufgabe 2a	10 Punkte	17,8% des Totals
Aufgabe 2b	10 Punkte	17,8% des Totals
Aufgabe 2c	10 Punkte	17,8% des Totals
<hr/>		
Total	55 Punkte	100%

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg!

Fragen und Antworten

Vorbemerkung: Angesichts der offenen Fragestellungen sind mit hinreichender Begründung weitere als die hier skizzierten Antworten möglich.

Frage 1:

Zitat: „Die Richter sind nur der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht.“

(Montesquieu, De l' Esprit des Lois, 1748)

Frage 1a: *Welche zentralen Fragen der Methodenlehre sind mit diesem Zitat angesprochen? Bitte nennen Sie mindestens zwei zentrale Fragen.*

Montesquieu spricht mit diesem Zitat zunächst die Gewaltenteilung und im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Unterscheidung zwischen rechtsetzender und rechtsprechender Gewalt an. Damit geht die Frage nach den Kompetenzen der Gerichte einher. Gemäss Montesquieus Lehre zur Gewaltenteilung sind die Kompetenzen der Gerichte stark begrenzt. Zwar ist heute anerkannt, dass eine strikte Trennung von Rechtsetzung und Rechtsprechung nicht möglich ist, weil Auslegung immer auch eine schöpferische Komponente enthält. Aber unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung ist es immer noch zutreffend, dass die Gerichte nur den „Mund des Gesetzes“ bilden, und die Kompetenz für die Rechtsschöpfung primär beim demokratischen Gesetzgeber liegt. Dies zeigt, dass es bei Methodenfragen stets auch um die rechtsstaatliche Gewaltenteilung und letztlich um Fragen staatlicher Machtverteilung geht.

Das zur Gewaltenteilung Gesagte bedeutet nicht, dass alle Entscheidungen durch das Gesetz vorgezeichnet sind. Das Gesetz muss immer wieder konkretisiert und ergänzt werden. Dabei ist der Gesetzgeber auf die Kooperation der Gerichte angewiesen. Zudem liesse sich eine mechanische Bindung an das Gesetz mit sprachlichen und anderen Mitteln gar nicht realisieren. Damit spricht das Zitat auch das Verhältnis von Rechtsanwendung und Rechtsnorm sowie die Frage an, ob und wie weit überhaupt Raum für Auslegung durch die Gerichte besteht. Wie stark sind die Gerichte an den Gesetzestext gebunden? Gleichzeitig spricht das Zitat auch die Frage nach der Möglichkeit von Lücken und der Lückenfüllung sowie die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung durch Gerichte an.

Entsprechend behandelt das Zitat die Charakterisierung des Auslegungsvorgangs und des Richterbildes: Ist Auslegung – wie das Zitat impliziert – als mechanisches Subsumieren („Richter als Subsumtionsautomat“) bzw. als blinder Gesetzesvollzug ohne Eigenverantwortung oder (wie heute anerkannt) als schöpferischer Vorgang zu verstehen? Inwieweit sind dabei Wertungen durch die Richterinnen und Richter erforderlich und zulässig?

Frage 1b: *Wie ist die Aussage von Montesquieu gemäss Zitat aus Sicht des verfassungsbezogenen Auslegungsverständnisses zu beurteilen?*

Das verfassungsbezogene Auslegungsverständnis versteht den Rechtsfindungsprozess integral als verfassungsrechtlich zugewiesene Aufgabe. Es orientiert sich an der Verfassung und der von ihr vorgegebenen Zuständigkeits- und Kompetenzordnung. Verfassungsargumente sind dabei nicht nur Entscheidungskriterien zwischen verschiedenen Auslegungshypothesen, sondern sie leiten den gesamten Auslegungsvorgang. Es ist mit Blick auf das verfassungsbezogene Auslegungsverständnis stets zu eruieren, welcher Akteur in der spezifischen Rechtsordnung bzw. im betroffenen Gemeinwesen den Deutungs- und Entscheidungsprimat hat, um eine Rechtsfrage zu entscheiden. Je nachdem besteht mehr oder weniger Raum für eine Eigenentscheidung der Richterin oder des Richters. Die Verfassung setzt, da sie in hohem Masse konkretisierungsbedürftig ist, keine fixen Grenzen, sondern sie gibt nur den Rahmen der Auslegung vor. Das verfassungsbezogene Auslegungsverständnis verlangt aber, dass stets mit zu reflektieren ist, welches der verfassungsrechtliche Spielraum der rechtsanwendenden Behörde und welches deren Grenzen sind. Damit auch ist auch die Frage aufgeworfen, welche Staatsgewalt in einem konkreten Fall die Kompetenz zur Entscheidung hat. Der verfassungsbezogene Ansatz leitet aus der demokratischen Verfassung den Verfassungsgrundsatz der Gesetzesbindung ab, der gebietet, das erkennbar vom demokratischen Gesetzgeber Vorentscheidene zu respektieren.

Aus dieser Perspektive lässt sich argumentieren, dass es im Grundsatz dem verfassungsbezogenen Ansatz entspricht, wenn die Gerichte bloss den „Mund des Gesetzes“ (Montesquieu) darstellen. Auch die Betonung der Gewaltenteilung insbesondere zwischen Judikative und Legislative ist mit dem verfassungsbezogenen Auslegungsverständnis vereinbar. Es ist eine aus der Verfassung fliessende Kompetenz primär der Gerichte, Recht zu sprechen und nicht zu setzen. Das verfassungsbezogene Auslegungsverständnis verlangt jedoch nicht so weitgehenden Gesetzesgehorsam, wie ihn Montesquieu mit diesem Zitat impliziert. Es begrenzt die Aufgabe des Richters nicht derart stark wie Montesquieu, sondern erkennt vielmehr an, dass Auslegung ein schöpferischer Vorgang ist, dass die Sprache vage ist und dass Gesetze unvollständig sowie lückenhaft sind. Zudem bildet der Wortlaut des Gesetzes auch gemäss dem verfassungsbezogenen Auslegungsverständnis nur den Ausgangspunkt der Auslegung.

Entsprechend betont das verfassungsbezogene Auslegungsverständnis die Stellung der Rechtsanwender im verfassungsrechtlichen Gefüge, so dass diese sich bei der Auslegung zu vergegenwärtigen haben, welche Rolle sie in diesem Gefüge einnehmen und welches ihre Kompetenzen sind. Montesquieu macht mit seinem Zitat ebenfalls eine Aussage bezüglich der Kompetenzen, Zuständigkeit und Rolle von der Gerichte: diese sei beschränkt, eng an das Gesetz und dessen Wortlaut gebunden.

Frage 1c: *Welche Schlussfolgerungen ziehen Sie aus dem Zitat für das Lückenverständnis von Montesquieu? Wie stellen Sie sich ausgehend von diesem Zitat das Lückenverständnis von Montesquieu vor?*

Montesquieus Aussage ist vor dem Hintergrund seiner Lehre zur Gewaltenteilung zu sehen, gemäss welcher die Aufgabe des Richters stark begrenzt sein muss. Das Anliegen Montesquieus ist es, mittels Gewaltenteilung die Machtkonzentration und damit den Machtmissbrauch zu verhindern. Denn wer Macht besitzt, ist immer fähig, sie zu missbrauchen. Das Zitat lässt

sich mit Blick auf das Lückenproblem so interpretieren, dass Montesquieu eine starke Bindung an das Gesetz postuliert. Die Kompetenz, das Gesetz abzuändern oder zu ergänzen, wird dem Richter abgesprochen. Entsprechend wären – wenn Montesquieu den Begriff der Lücke in diesem Kontext verwenden würde – nach heutigem Verständnis sowohl die Lückenfüllung durch Analogie und teleologische Reduktion als auch die Rechtsfindung *praeter legem* (Rechtsfortbildung) ausgeschlossen.

Zudem stellt sich die Frage, ob sich aus dem Zitat schliessen lässt, dass Montesquieu dem Dogma der Lückenlosigkeit des Gesetzes folgt, wonach das Gesetz „vollkommen“, „geschlossen“ oder „vollständig“ ist. Es liesse sich argumentieren, dass die vom Zitat implizierte strikte Bindung der Gerichte an das Gesetz und ihre fehlende Kompetenz zur Rechtsschöpfung eine solche Vollständigkeit des Gesetzes notwendig unterstellt, da andernfalls nicht alle Rechtskonflikte geregelt werden könnten. Es ist aber in Betracht zu ziehen, dass Montesquieu von der Geltung des Naturrechts ausging, welches durchaus zur Ergänzung der positiven Gesetze herangezogen werden könnte. Entsprechend liesse sich argumentieren, dass auch Montesquieu annahm, die positiven Gesetze seien unvollständig und könnten mit Rückgriff auf das Naturrecht vervollständigt werden.

Frage 2:

Zitat: „Dass jede Rechtsfindung, auch wo sie als blosser Rechtsanwendung auftritt, notwendig schöpferisch ist, hat längst v. Bülow überzeugend dargetan: durch das geltende Recht über das geltende Recht hinaus strebt, bewusst oder unbewusst, jede Rechtswissenschaft. Der Gegensatz der freien Rechtsfindung und der technischen liegt daher nicht darin, dass die erste über das Gesetz hinaus gehen würde, er liegt eher in dem Wege, der eingeschlagen wird. Denn diese verlangt, dass das Wunderwerk nie anders als mit den Mitteln einer ein für alle Mal gegebenen juristischen Technik bewirkt werde, *die freie erwartet auch etwas von den schöpferischen Gedanken einer grossen Individualität*. Die technische Rechtsfindung ist daher demselben Geiste entsprungen, wie das Kollegialprinzip und der Instanzenzug: dem Bedürfnisse, die Individualität des Richters überall nach Möglichkeit auszuschalten. Aber das ist ein vergebliches Beginnen, denn jede Anwendung einer allgemeinen Regel auf den einzelnen Fall geht notwendig durch eine Persönlichkeit hindurch. Wie die juristische Überlieferung zwar selbst ein Ergebnis gesellschaftlicher Vorgänge und doch gleichzeitig ein Werk der Männer ist, die daran gearbeitet haben, so wird sie auch von denen, die die Arbeit fortsetzen, immer neu gebildet und geformt: das römische Recht würde uns zweifellos ein ganz anderes Gesicht zeigen, wenn in dem, was auf uns gekommen ist, nicht Ulpian und Paulus, sondern Javolenus und Celsus das grosse Wort führen würden, und im heutigen gemeinen Rechte, so sehr es auch ganz im Zeichen juristischer Technik steht, kann jeder Kundige die Bestandteile genau unterscheiden, die noch im XIX. Jahrhundert seine grossen Bildner, Savigny, Puchta, Arndts, Vangerow, Bähr, Ihering, Windscheid und Bekker, dem Bau eingefügt haben. Eine persönliche Note hat die Rechtspflege daher zu allen Zeiten gehabt, zu allen Zeiten wirkten gesellschaftliche, politische, kulturelle Strömungen auf sie mit Notwendigkeit ein.“

(Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, abgedruckt in: *Recht und Leben, Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, 1967, S. 194)

Frage 2a: *Welche Position würde Savigny zu diesen Aussagen von Ehrlich einnehmen?*

Eugen Ehrlich vertritt hier die Auffassung, dass jeder Rechtsanwendung schöpferische und individuelle Elemente innewohnen. Er will mit seiner Freirechtslehre aber nicht zur richterlichen Freiheit im Sinne der Willkür auffordern. Vielmehr betont er die Bedeutung der Persönlichkeit der Richter, welche als „Organe der Gesellschaft“ die genauen sozialen Verhältnisse zu analysieren und zu kennen haben, und sich bei der Entscheidung sorgfältig an den sozialen Sachverhalten orientieren müssen. Ehrlich versteht unter der „freien Rechtsfindung“ dementsprechend nicht eine Rechtsprechung nur nach dem individuellen Belieben des Richters, sondern will dessen notwendigerweise individuelle Entscheidung an objektiven Kriterien orientieren. Wenn eine Entscheidung nicht eindeutig aus dem Gesetz zu entnehmen sei, solle auf soziale Normen zurückgegriffen werden, auf das „lebende Recht“, also die faktisch bestehende, anerkannte und befolgte gesellschaftliche Ordnung. Die im Zitat von Ehrlich betonte Individualität der Auslegung impliziert indessen die subjektive Prägung dieses Vorgangs.

Savigny vertritt demgegenüber eine objektiviertere Betrachtungsweise der Auslegung, die zu der hier von Ehrlich vertretenen Position kontrastiert. Savigny geht davon aus, dass eine objektive Sinnermittlung des Gesetzes, unabhängig von der Person des Rechtsanwenders möglich sei. Sein Ziel ist die „Reconstruction“ der dem Gesetze innewohnenden Gedanken. Der Gesetzestext erscheint somit als wieder zu erschaffender Gedanke. Savigny strebt insofern danach, die „Wahrheit“ eines Gesetzes zu ermitteln, als der wahre Inhalt des Gesetzestextes erkannt werden kann und soll. Nach seinem Methodenverständnis lässt sich die Subjektivität der Sichtweise durch die Methode zurückdrängen. Diese sei eine wissenschaftliche Tätigkeit, für welche es der Gelehrsamkeit bedürfe. Juristen sind entsprechend die „Sprachrohre“ des im Volksgeist begründeten Rechts. Die von der Individualität der auslegenden Person abhängige Betrachtungsweise rückt bei Savigny somit in den Hintergrund. Das von Ehrlich konzipierte individuelle Element lässt sich folglich kaum mit Savignys Auslegungsverständnis vereinbaren.

Frage 2b: *Welche Ihnen bekannte Strömungen der Methodenlehre haben (mit diesen Aussagen Ehrlichs) vergleichbare Gedanken aufgenommen?*

Mit diesen Aussagen Ehrlichs vergleichbare Gedanken greift die Neuere Hermeneutik auf. Sie betont, dass Verstehen und Auslegen nicht nur reproduktive, sondern auch produktive Prozesse seien. So merkt Gadamer an: «Wer einen Text verstehen will, vollzieht immer ein Entwerfen. Er wirft sich einen Sinn des Ganzen voraus, sobald sich ein erster Sinn im Text zeigt. Ein solcher zeigt sich wiederum nur, weil man den Text schon mit gewissen Erwartungen auf einen bestimmten Sinn hin liest.» (Wahrheit und Methode, 1960, S. 271). Demnach stellt der Verstehensvorgang einen schöpferischen Akt dar, welcher ein Vorverständnis voraussetzt. In einem „hermeneutischen Zirkel“ wird das Verstehen auf Basis des Vorverständnisses sodann vertieft. Damit wird die Möglichkeit der „Objektivität“ der Auslegung durch die Erkenntnisse der Neueren Hermeneutik zentral in Frage gestellt.

Auch die Critical Legal Studies (CLS) betonen die schöpferische Komponente richterlicher Rechtsfindung und die Abhängigkeit der Rechtsfindung von der Person des Richters/der Richterinnen, von ihren politischen Vorstellungen sowie Wertvorstellungen. Die CLS wenden sich gegen formales Rechtsdenken und betonen, dass die richterliche Tätigkeit immer politisch geprägt ist. Richterinnen und Richter seien als «ideologische und politische Akteure» tätig. Die CLS kritisieren gerade die Annahme, das Recht könne objektiv, neutral und rational sein. Vielmehr propagieren die CLS die historische und gesellschaftliche Bedingtheit von Recht,

und verweisen auf den politischen und ideologischen Charakter des Rechts und der Rechtslehre. Insofern finden sich Parallelen zur Freirechtsschule, welche sich gegen die Auffassung wendet, allein mithilfe von Logik und Dogmatik könne das Recht ermittelt werden. Am herkömmlichen Richterbild kritisieren die CLS, Gerichte fällten nicht, wie die herrschende Auffassung annehme, «neutral» und «rational» mechanisch-logisch einen in Gesetz und Recht vorgezeichneten Entscheid.

Berührungspunkte finden sich ferner mit der ökonomischen Analyse des Rechts insofern, als die Freirechtslehre eine Öffnung der Rechtswissenschaften zu den Sozialwissenschaften propagiert, um die gesellschaftlichen Auswirkungen von Recht und Rechtsprechung zu ergründen. Auch die ökonomische Analyse des Rechts fordert, stärker auf die (wirtschaftlichen) Folgen von Rechtsetzung und Rechtsprechung zu achten.

Frage 2c: *Wie würde Alexy diese Aussagen Ehrlichs beurteilen? Welche Position würde er dazu einnehmen?*

Robert Alexy würde dieser Aussage von Ehrlich wohl insofern zunächst zustimmen, als er ebenfalls davon ausgeht, dass die Rechtsanwendung eine schöpferische Tätigkeit ist. Dieser Befund ist Ausgangspunkt seiner juristischen Argumentationstheorie, für welche er die Diskurstheorie auf das Recht überträgt. Kernfragen der Methodenlehre sind für Alexy: Wo und in welchem Umfang sind Wertungen erforderlich? Wie ist das Verhältnis dieser Wertungen zu den Methoden der juristischen Auslegung und den Sätzen sowie Begriffen der Rechtsdogmatik zu bestimmen? Wie können diese Wertungen rational begründet oder gerechtfertigt werden? Ist rationale juristische Argumentation angesichts dieses Befundes überhaupt möglich? Wie kann die Richtigkeit des Ergebnisses garantiert werden? Einigkeit besteht – so Alexy – bislang nur im Negativen: dass das juristische Entscheiden nicht allein durch Gesetz, Präjudiz, Dogmatik und herkömmliche juristische Methodenlehre, sondern auch durch ausserjuristische bzw. moralische Wertungen gesteuert wird. Von der Beantwortung dieser Fragen hängen für Alexy der Wissenschaftscharakter und die Legitimität des Rechts und der Rechtsanwendung ab. Der Analyse Ehrlichs, wonach Schöpferisches und Individuelles jeder Rechtsanwendung innewohnen, stimmt Alexy somit zu.

Alexy gibt sich mit dieser Analyse aber nicht zufrieden, sondern er erarbeitet eine juristische Argumentationstheorie mit konkreten Verfahrensregeln, um die damit verbundenen Wertungen und Freiräume möglichst zu rationalisieren. Es geht ihm wesentlich um die rationale Kontrolle der Rechtsanwendung. Er verfolgt mit dieser Theorie daher ein anderes Erkenntnisziel und nimmt eine andere Perspektive auf die Methodenlehre ein als Ehrlich. Denn auch wenn die Freirechtslehre nicht die Freiheit von rationalen Bindungen fordert, rückt sie das Problem der Rationalität juristischer Entscheidungstätigkeit nicht gleichermassen in den Fokus wie es die juristische Argumentationstheorie Alexys vorsieht. Die Überzeugungskraft und Legitimität von gerichtlichen Entscheidungen hängen für Alexy geradezu von der rationalen Überprüfbarkeit ihrer Ergebnisse ab. Die Rationalität und Richtigkeit der Argumentation werden dabei durch die Verwendung von bestimmten Diskursregeln garantiert. Entsprechend sei eine normative Aussage dann rational und richtig, wenn sie das Ergebnis eines bestimmten Verfahrens darstellt. Alexy sieht somit gewissermassen in der Einhaltung von formalen Regeln die Gewähr für die Richtigkeit des Ergebnisses. Solche formalen Aspekte erscheinen bei Ehrlichs Ansatz deutlich weniger prominent. Für Alexy bedürften die Aussagen Ehrlichs im Zitat im Gegenzug wohl insofern der Einschränkung, als Ehrlich auf die Bedeutung der „grossen“ Individualität der Richterpersönlichkeit für die freie Rechtsfindung abstellt. Das damit zum

Ausdruck gebrachte Vertrauen in das Potenzial starker Richterpersönlichkeiten würde Alexy wohl nicht uneingeschränkt teilen, zumal damit nicht dargetan ist, wie eine rationale und intersubjektive Kontrolle der juristischen Entscheidungsfindung möglich wäre. Folglich könnte die Konzeption Ehrlichs für die Lösung des Problems der Rationalität der juristischen Argumentation nicht genügen.