

Prüfung vom 20. Juni 2019 zur Vorlesung Methodenlehre FS 2019 – Lösungsskizze

Frage 1:

1a): Welche Position würde F.C. von Savigny zu diesen Aussagen einnehmen?

Wiprächtiger charakterisiert den Rechtsfindungsprozess als eine schöpferische Tätigkeit, die letztlich «nicht begründbar» sei. Denn es bleibe ein Rest des Unerklärlichen und Unauflösbaren bestehen, der stark in der menschlichen Persönlichkeit der Richterin begründet sei. Wiprächtiger streicht damit den „subjektiven“, d.h. individuellen Charakter des Auslegungsvorganges hervor.

Savigny vertritt demgegenüber eine objektiviertere Betrachtungsweise der Auslegung, die zu dieser Position kontrastiert. Er geht von vier *canones* - dem grammatischen, dem logischen, dem historischen und dem systematischen Element – aus und misst diesen (für den „Normalfall“) abschliessenden Charakter zu. Dabei nimmt er an, 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 er es für möglich erachtet, den wahren Inhalt des Gesetzestextes zu erkennen. Er erachtet es zudem geradezu als das Ziel der Auslegung, das Gesetz in seiner Wahrheit zu erkennen. Dazu hat sich die Interpretin in den Standpunkt des Gesetzgebers zu versetzen. Sie soll das Gesetz im Denken neu entstehen lassen. Nach dem Methodenverständnis von Savigny 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 bei Wiprächtiger betonte individuelle Element lässt sich folglich kaum mit Savignys Auslegungsverständnis vereinbaren.

1b) Inwiefern könnten diese Aussagen ein Problem für die juristische Methodenlehre darstellen und welche Ansätze zur Lösung dieses Problems kennen Sie?

Diese Aussagen könnten ein Problem für die juristische Methodenlehre darstellen, wenn man die Rationalität, Wissenschaftlichkeit und Objektivität juristischer Entscheidungstätigkeit in den Blick nimmt. Kann man angesichts des Schöpferischen und Individuellen des Auslegungsprozesses noch überzeugend dartun, dass der Auslegungsprozess ein rationaler und wissenschaftlicher Vorgang sei?

Wichtige Ansätze zur Diskussion und einige Lösungsvorschläge für dieses Problem der Rationalität finden sich etwa in der Argumentationstheorie Robert Alexys und in der neueren Hermeneutik bei Josef Esser.

Alexy würde der in der eingangs zitierten Aussage von Wiprächtiger 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? Von der Beantwortung dieser Fragen hängen für Alexy der Wissenschaftscharakter und die Legitimität des Rechts und der Rechtsanwendung ab. 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. Der Aussage, wonach Schöpferisches und Individuelles jeder

Rechtsanwendung innewohnen, stimmt Alexy somit zu. Alexy erarbeitet vor diesem Hintergrund 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. 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. Dementsprechend ist eine rationale und intersubjektive Kontrolle der juristischen Entscheidungsfindung aus der Sicht von Alexy möglich und notwendig, um die mit der Individualität der Rechtsanwendung und mit deren schöpferischer Komponente aufgeworfene Problematik zu lösen.

Die *neuere Hermeneutik* 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. Josef Esser betont in diesem Zusammenhang den Einfluss von Entscheidungs- bzw. Ergebnisvorstellungen auf die Rechtsanwendung. Die für das Ergebnis massgebende Bemühung um das richtige Begriffs- oder Normverständnis werde von vornherein durch die Vorstellung des Ergebnisses bestimmt. Dieses aus dem Vorverständnis hervorgehende Anwendungsziel determiniert nach Esser schon vor jeder hermeneutischen Frage an den Text die Auswahl der rechtlich «relevanten» Fakten und der «geeigneten» Normen. Dabei leitet Esser aus der vorverständnisgeprägten Struktur des Verstehens ab, dass der Richter jeweils mit einer ganz wesentlich auch aus ausserdogmatischen Quellen schöpfenden, materialen Richtigkeitsüberzeugung an den zu interpretierenden Text herantrete.

So hat der Richter aufgrund seiner sozialen Erfahrung bestimmte Begriffe und Kategorien, ein bestimmtes Vorverständnis gebildet. Mit dessen Hilfe wählt er die „offensichtlich“ relevanten Merkmale eines Falles und der „geeigneten“ Normen zu dessen Lösung schon unbewusst aus, registriert sie und ordnet sie ein.“ Wenn der Richter einen Fall lösen will, und er die dafür angemessene Methode wählt, sind es für Esser Erwägungen über die Vernünftigkeit, Brauchbarkeit und Konsensfähigkeit des Ergebnisses, die diese Methodenwahl bestimmen. Für Esser ist es eine völlig normale Situation, dass derjenige, der das Recht anwendet, seine Methode so wählt, dass er vom Ergebnis her denkt. Der Rechtsanwender steuert seine Methodenwahl aus einer teleologischen Richtigkeitskontrolle des Ergebnisses unter dem Gesichtspunkt der Akzeptierbarkeit in einer sozialen Ordnung. Esser verteidigt dabei die Rationalität richterlichen Entscheidens und weist auf die Gefahren hin, die sich aus einer unreflektierten Übernahme von Vorverständnissen für die Begründbarkeit rechtlicher Aussagen ergeben. Konsensfähigkeit ist für ihn zentral. Denn jeder Richter / jede Richterin muss – so Esser – das Ergebnis ihrer Entscheidung rechtfertigen oder doch plausibel machen.

1c): Welche Rolle spielen die klassischen *canones* (Elemente der Auslegung) angesichts des Befundes in diesem Zitat?

Sowohl bei Alexy wie auch bei Esser nehmen die herkömmlichen *canones* nach wie vor eine wichtige Funktion ein. Bei Alexy spielen sie eine massgebliche Rolle als Diskursregeln für die Annäherung an das Ideal eines rationalen Auslegungsprozesses. Auch Esser hält fest, dass die herkömmliche Methodenlehre nicht abgeschafft gehöre, sondern umgekehrt ernst genommen werden müsse, weil sie einen Teil

jener argumentativen Figuren liefere, in denen die Plausibilität von Begründungszusammenhängen zumindest für Juristenkreise konsensfähig werde.

Frage 2

2a: Welche der Ihnen bekannten theoretischen Strömungen der Methodenlehre würde(n) die Aussage «Das Bundesgericht urteilt nicht politisch» bestreiten?

Die Freirechtsschule würde diese Aussage des Präsidenten des Bundesgerichts wohl mit dem Hinweis darauf kritisieren, dass die Orientierung am lebenden, wirklichen (und damit auch politischen) Recht eine zentrale Rolle im Auslegungsprozess (insbesondere bei der Lückenfüllung) spielt. Die gesellschaftliche Wirklichkeit soll demnach möglichst in den Auslegungs- und Rechtsfindungsprozess einbezogen werden; eine strikte Abkopplung dieses Prozesses von politischen Auffassungen erscheint aus dieser Sicht kaum denk- bzw. machbar.

Die Vertreter und Vertreterinnen der Critical Legal Studies (CLS) würden diese Aussage vehement bestreiten. Sie betonen die schöpferische Komponente richterlicher Rechtsfindung und die Abhängigkeit der Rechtsfindung von der Person des Richters/der Richterin, 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 und die Rechtsanwendung seien objektiv, neutral und rational. Vielmehr propagieren die CLS die historische und gesellschaftliche Bedingtheit von Recht, und verweisen auf den politischen und ideologischen Charakter des Rechts und der Rechtslehre. Am herkömmlichen Richterbild kritisieren die CLS entsprechend, Gerichte fällten nicht, wie die herrschende Auffassung annehme, «neutral» und «rational» mechanisch-logisch einen in Gesetz und Recht vorgezeichneten Entscheid.

Der Ansatz der neueren Hermeneutik würde diese Aussage wohl zumindest relativieren. Aus Sicht der neueren Hermeneutik spielt das Vorverständnis eine bedeutsame Rolle im Auslegungsvorgang. So betont etwa Josef Esser die Bedeutung des Vorverständnisses für die Erfassung des Sachverhalts, für die Erfassung der relevanten Norm, unter welche der Sachverhalt subsumiert wird und für das Ergebnis. Dieses Vorverständnis ist dabei auch von politischen Hintergrundannahmen geprägt. Daher erscheint eine völlige Trennung des individuellen Rechtsanwendungsvorganges von politischen Auffassungen auch aus Sicht der neueren Hermeneutik nicht überzeugend.

2b: Wie würde N. Luhmann die Aussagen des Präsidenten des schweizerischen Bundesgerichts aus Sicht der Systemtheorie kommentieren?

Luhmann zielt mit der Systemtheorie darauf ab, die gesamten Systeme der Gesellschaft und damit auch das System “Recht” zu beschreiben. Sein Ziel ist es zu beschreiben, wie das Recht ist, nicht vorzuschreiben, wie das Recht sein soll. Er entwickelt also kein juristisches Methodenprogramm, sondern nimmt eine analysierende und beobachtende Perspektive ein. Nach Luhmanns Theorie «nehmen wir die Position eines Beobachters dritter Ordnung ein: Wir beobachten, wie diejenigen beobachten, die beobachten, wie man am besten einen Text versteht, dessen Wortsinn dem Beobachter erster Ordnung keine befriedigende Entscheidung liefert» (Luhmann, Recht der Gesellschaft, S. 372 f.). Systeme setzen dabei eine Unterscheidung zwischen einem System und seiner Umwelt voraus. Die Beziehung zwischen einem System und seiner Umwelt ist geprägt durch die Art und Weise, wie die Systeme miteinander «kommunizieren». Alle Systeme sind autopoietisch – also selbst herstellend und referentiell geschlossen – und binär kodiert, wobei der Code des Rechts «Recht-Unrecht» bildet. Das System “Recht” steht somit eigenständig neben dem System “Politik”. Da Luhmann das Recht und die Politik als unterschiedliche Systeme qualifiziert, bedürfen politische Urteile und Hintergrundannahmen

der Übersetzung in das Rechtssystem – in den Code des Rechts. Luhmann würde dem Präsidenten des schweizerischen Bundesgerichts insofern wohl zustimmen.

Frage 3: Wie argumentiert das Bundesgericht und wie beurteilt sich die bundesgerichtliche Herangehensweise aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts?

Die ökonomische Analyse des Rechts (öAR) wendet Grundannahmen der Ökonomie auf das Recht an. Demnach versuchen die Einzelnen, ihren Nutzen (Befriedigung) zu vermehren. Sie reagieren auf Anreize, um durch Verhaltensänderung ihre Bedürfnisse auch unter veränderten Bedingungen optimal zu befriedigen. Ausgangspunkt ist also die Annahme, der Mensch handle eigeninteressiert, rational, nutzenmaximierend und reagiere auf Veränderungen seiner Umwelt durch Änderungen seines Verhaltens. Die einzelnen Menschen streben danach, ihre Bedürfnisse zu befrieden und ihre Mittel dabei möglichst effizient einzusetzen. Das Menschenbild der ökonomischen Analyse des Rechts ist der *homo oeconomicus*, der versucht, die knappen ihm verfügbaren Ressourcen zu seinem eigenen Vorteil zu nutzen. Dazu stellt er eine ökonomische, rationale Kosten-Nutzen-Kalkulation an. Wenn sich die Umwelt des Menschen verändert, wirkt dies als Anreiz für eine Veränderung seines Verhaltens, genau so, wie dies nach dem ökonomischen Gesetz von Angebot und Nachfrage bei einer Veränderung der Preise geschieht. Der Preismechanismus dient so auch als Modell für ausserwirtschaftliches Verhalten.

Die ökonomische Analyse des Rechts macht die Effizienz in diesem Sinne zum normativen Kriterium des Rechts (potenziell für alle Rechtsgebiete). Die Effizienz wird ermittelt, indem die Folgen der Norm für die Steigerung der Wohlfahrt bestimmt wird: Je grösser die Wohlfahrtssteigerung, desto effizienter die Norm. Das Effizienzkriterium kann auf vielfältige Weise auf das Rechtssystem angewandt werden, auch auf das Strafrecht. Am Effizienzkriterium lassen sich sowohl Rechtsnormen als auch rechtliche Urteile und Entscheidungen messen. Ein (Auslegungs-)Instrument der öAR ist dabei die Folgenorientierung. Die Folgenorientierung besteht darin, dass die Auswirkungen von Rechtsnormen und gerichtlichen Entscheidungen prognostiziert und (im Kontext der öAR mit Blick auf die Steigerung gesellschaftlicher Wohlfahrt) bewertet wird. Insgesamt fodert die ökonomische Analyse des Rechts eine Öffnung der Rechtswissenschaft, um stärker auf die (wirtschaftlichen) Folgen von Rechtsetzung und Rechtsprechung sowie auf die gesellschaftlichen Auswirkungen von Recht zu achten.

Im vorliegenden Fall legt das Bundesgericht den zur Debatte stehenden Art. 255 Abs. 1 Buchstabe a StPO weit aus. Es gibt zu, dass aus dem Wortlaut der Norm «der beschuldigten Person» abgeleitet werden könnte, dass die Erstellung eines DNA-Profiles nur zur Abklärung bereits begangener und den Strafverfolgungsbehörden bekannter Delikte zulässig sei, deren die beschuldigte Person verdächtigt wird. Eine solch enge Auslegung entspreche jedoch – so das Bundesgericht – nicht dem Sinn und Zweck der Bestimmung: Auch für noch unbekannte, künftige Delikte dürfe ein DNA-Profil erstellt werden. Das Bundesgericht stellt somit massgeblich auf das teleologische Auslegungselement ab und berücksichtigt dabei die Folgen einer engen bzw. weiten Auslegung. Die weite Auslegung ermöglicht es laut dem Bundesgericht, die Interessen der Strafverfolgung besser zu verwirklichen und insbesondere auch Irrtümer bei der Identifikation einer Person zu verhindern; indem die Regelung präventiv wirkt, könne sie zum Schutz von Dritten beitragen. Das Gericht rückt somit die gesellschaftlichen Ziele der Prävention von Verbrechen und Vergehen in den Fokus – nicht aber die Grundrechte von Beschuldigten. Das Beweismittel der DNA soll demnach in einem weiteren Sinn zur Abklärung von gegenwärtig zu untersuchenden wie auch von zukünftigen Verbrechen oder Vergehen der wegen dringenden Tatverdachts in ein Strafverfahren verwickelten Person – oder allgemein ausgedrückt für strafprozessuale Zwecke – entnommen werden können. Damit dient die DNA-Analyse insbesondere auch präventiven Zwecken. Hier liesse sich aus der Sicht der öAR diskutieren, inwiefern die aufgrund der teleologischen Auslegung erweiterte Anwendung und umfassendere Erstellung eines DNA-Profiles tatsächlich effizient ist oder nicht. Eine Kosten-Nutzen-Analyse könnte aus Sicht der öAR etwa ergeben, dass die (teure) Erstellung eines DNA-Profiles auch für die Prävention von höherem Nutzen ist (für die Sicherheit und Wohlfahrt der Gesellschaft) als die damit verbundenen Nachteile (insbesondere

Beeinträchtigungen des Grundrechts auf Privatsphäre); dass die hohen Kosten somit aufgewogen werden.