

Bachelorarbeit

Frühlingssemester 2023

Betreuer:

Herr. Dr. Robert Baumann

Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts: Flucht oder Segen?

Erarbeitet von:

Lüthi Sina

Dienstag, 30. Mai 2023

Management Summary

Das Bundesgericht wendet einen pragmatischen Methodenpluralismus für die Auslegung von Rechtsätzen an. Dabei werden die verschiedenen Auslegungselemente, das grammatikalische Element, das systematische Element, das historische Element und das teleologische Element genutzt, um die ratio legis der in Frage stehende Rechtsnorm zu ergründen. Das Bundesgericht hat ausserdem die Möglichkeit, die einzelnen Auslegungselemente so zu gewichten, dass die Auslegung zu einem möglichst befriedigenden Ergebnis führt. So soll vor allem dem konkreten Einzelfall angemessen Rechnung getragen werden.

Der pragmatische Methodenpluralismus und das Richterrecht im Allgemeinen stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den fundamentalen Elementen des schweizerischen Rechtsstaats, so sieht etwa das Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV vor, dass sich jedes staatliche Handeln auf eine gesetzliche Grundlage zu stützen hat. In diesem Zusammenhang muss eine Rechtsnorm das Erfordernis des Rechtssatzes erfüllen. Dennoch ist es nicht möglich, dass Rechtsnormen auf Grund ihres generell-abstrakten Charakters jeden Anwendungsfall bis ins kleinste Detail regeln, weshalb es nötig ist, dass den rechtsanwendenden Behörden mittels unbestimmter Rechtsbegriffe einen gewissen Auslegungsspielraum offengelassen wird.

Auch das Gewaltenteilungsprinzip und das demokratische Prinzip steht in einem gewissen Widerspruch zum rechtsschöpferischen Tätigwerden des Bundesgerichts, insbesondere dort wo ein Gericht über die Grenzen der Auslegung hinaus nach der Manier des Gesetzgebers Recht setzt (Art. 4 ZGB) oder etwa wenn es einem Ausführungsgesetz, welches der Umsetzung einer angenommenen Verfassungsinitiative dienen soll, auf Grund eines Verstosses gegen das Völkerrecht die Anwendung untersagt. Jedoch sind für das Bundesgericht die Bundesgesetze massgebend (Art. 190 BV), was der Legislative im Verhältnis zur Judikative grundsätzlich eine starke Position verschafft. Hinzu kommt, dass in der Schweiz das demokratische Prinzip grundsätzlich dem rechtstaatlichen Prinzip vorgeht. Das Bundesgericht fungiert somit lediglich als Fremdkontrolle der Legislative (zuweilen auch der Exekutive), ohne dabei übermässig in deren Kompetenzen einzugreifen.

Schliesslich stellt sich die Frage, inwiefern sich der pragmatische Methodenpluralismus auf die Rechtsicherheit auswirkt, dabei spielt vor allem das Vorverständnis der Richter und Richterinnen in Kombination mit der fehlenden Rangordnung der Auslegungselemente eine Rolle, so wird teilweise davon ausgegangen, dass sich Richter und Richterinnen ein Urteil auf Grund

ihres Vorverständnisses bilden, und danach gerade jenes Auslegungselement am höchsten gewichten, welches dieses Ergebnis am besten zu begründen vermag. Jedoch ist dem entgegenzuhalten, dass eine unterschiedliche Gewichtung der Auslegungselemente nicht immer auch zu einem unterschiedlichen Ergebnis führt. Zudem dient die in Art. 1 Abs. 3 ZGB festgehaltene Beachtungspflicht der Präjudizien der Rechtssicherheit, wobei die präjudizielle Wirkung der bewährten Überlieferung sich noch dadurch verstärkt, dass Praxisänderungen grundsätzlich nur dort erfolgen sollen, wo ernsthafte sachliche Gründe dafür vorliegen.

Im Vergleich zu den Auslegungsmethoden der USA wird überdies deutlich, dass die Schweizer Justiz deutlich unabhängiger erscheint als die amerikanische und dass die Rechtsauslegung in der Schweiz trotz eines gewissen Gestaltungspielraums bei der Gewichtung der einzelnen Elemente insgesamt sehr einheitlich und ausgeglichen angewendet wird.

1 Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	VI
Materialienverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XIV
1. Einleitung.....	1
1.1 Ausgangslage.....	1
1.2 Fragestellung	1
1.3 Ziel.....	1
2 Auslegung und Methodenlehre	2
2.1 Gesetzliche Grundlagen.....	2
2.1.1 Art. 1 ZGB - Anwendung des Rechts	2
2.1.1.1 Entstehungsgeschichte	2
2.1.1.2 Art. 1 Abs. 1 ZGB:.....	4
2.1.1.3 Art. 1 Abs. 2 ZGB.....	5
2.1.1.4 Art. 1 Abs. 3 ZGB.....	5
2.1.2 Art. 4 ZGB Gerichtliches Ermessen.....	6
2.1.2.1 Entstehungsgeschichte	6
2.1.2.2 Zweck und Anwendungsbereich des Art. 4 ZGB	7
2.2 Ziel der Auslegung	7
2.3 Der pragmatische Methodenpluralismus	8
2.3.1 Die erste Formel	9
2.3.2 Die zweite Formel	9
2.3.3 Objektive Verständnismethode	10
2.3.4 Das grammatikalische Element.....	10
2.3.4.1 Mehrsprachigkeit in der Schweiz.....	11
2.3.4.2 Einzelfallgerechtigkeit	12
2.3.5 Das systematische Element	12
2.3.5.1 Einzelfallgerechtigkeit	13
2.3.6 Das historische Element	14
2.3.6.1 Einzelfallgerechtigkeit	15
2.3.7 Das teleologische Element	16
2.3.7.1 Das Verhältnis zu den anderen Auslegungselementen	17
2.3.7.2 Extensive Interpretation	18
2.3.7.3 Restriktive Auslegung.....	18

2.3.7.4	Einzelfallgerechtigkeit	19
2.3.8	Weitere Elemente	19
2.3.8.1	Einzelfallgerechtigkeit	20
2.4	Abgrenzung zur richterlichen Rechtsfortbildung	20
2.4.1	Arten von Lücken.....	21
2.4.1.1	Lücken praeter legem.....	22
2.4.1.2	Lücken intra legem	22
2.4.1.3	Ausnahmelücken.....	23
2.4.1.4	Qualifiziertes Schweigen	23
2.4.2	Arten der Lückenfüllung	24
2.4.2.1	Analogieschluss	24
2.4.2.2	Umkehrschluss	24
2.4.2.3	Teleologische Reduktion	25
2.5	Grenzen der richterlichen Rechtschöpfung	26
2.6	Fazit	27
3	Der pragmatische Methodenpluralismus im Rechtsstaat	28
3.1	Legalitätsprinzip	28
3.1.1	Art. 5 Abs. 1 BV Legalitätsprinzip	28
3.1.1.1	Erfordernis der Gesetzesform	29
3.1.1.2	Das Erfordernis des Rechtssatzes/der genügenden Normdichte.....	30
3.1.2	Art. 1 StGB Keine Sanktion ohne Gesetz	31
3.1.3	Zwischenfazit	33
3.2	Gewaltenteilung und demokratische Legitimation.....	33
3.2.1	Die beschränkte Verfassungsgerichtbarkeit in der Schweiz	35
3.2.2	Art. 164 Abs. 1 BV Gesetzgebung.....	35
3.2.3	Die Rolle des Bundesgerichts bei Volksinitiativen.....	37
3.2.4	Zwischenfazit	38
3.3	Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit	39
3.3.1	Präjudizien.....	40
3.3.1.1	Präjudizielle Bedeutsamkeit.....	41
3.3.1.2	Veröffentlichung	42
3.3.2	Praxisänderung	42
3.3.2.1	Art. 23 Abs. 1 BGG Praxisänderung und Präjudiz	44
3.3.3	Art. 8 Abs. 1 BV Rechtsgleichheit.....	44
3.3.3.1	Grundsätzliches zu Art. 8 Abs. 1 BV.....	44

3.3.3.2	Spannungsverhältnis der Rechtsgleichheit zu Praxisänderungen	45
3.3.4	Art. 9 BV Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben	45
3.3.4.1	Willkürverbot	45
3.3.4.2	Willkür bei der Rechtsetzung	46
3.3.4.3	Willkür bei der Rechtsanwendung	46
3.3.5	Richterliches Vorverständnis	47
3.3.6	Zwischenfazit	49
3.4	Fazit	51
4	Richterrecht und Auslegung in den USA	52
4.1	Das amerikanische common law	52
4.2	Case law	52
4.3	Statory Law	53
4.4	Verfassung	54
4.5	Supreme Court of the United States	55
4.5.1	Verfassungsgerichtbarkeit	55
4.5.2	Richterinnen und Richter des Supreme Court of the United States	56
4.5.3	Zuständige Richterinnen und Richter im Fall Dobbs v. Jackson	56
4.5.4	Ernennung der Richter und Richterinnen	56
4.5.5	Debatte über die politische Haltung der Richterinnen und Richter	57
4.5.6	Originalism	57
4.5.7	Living Constitution	58
4.5.8	Weiter Auslegungsschulen	59
4.5.9	Rangordnung der unterschiedlichen Auslegungsschulen	59
4.5.10	Fall Dobbs v. Jackson	59
4.5.10.1	Precedents	59
4.5.10.2	Entscheidung für ein Overruling	60
4.5.10.3	Begründung zum Ouverruling	60
4.5.10.4	Auslegung der Verfassung	60
4.5.10.5	Würdigung der politischen und gesellschaftlichen Argumente	61
4.5.10.6	Dissenting	62
4.6	Vergleich	64
4.6.1	Vergleich der Methodenlehren und Auslegungsschulen	64
4.6.2	Vergleich unter Betrachtung des Falls Dobbs v. Jackson	65
4.7	Fazit	67
5	Schlussfazit	68

Literaturverzeichnis

AEMISEGGER HEINZ, Die Bedeutung des US-amerikanischen Rechts bzw. der Rechtskultur des common law in der Praxis schweizerischer Gerichte - am Beispiel des Bundesgerichts, AJP (2008) 18 ff.

BAUMANN ROBERT, Die Kohärenz der Rechtsordnung, Überlegungen zur Funktion und zur verfassungsrechtlichen Legitimation der juristischen Methoden, Basel 2023.

BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, Art. 1-197 BV, 2. Aufl., Zürich 2017.

BIAGGINI GIOVANNI/HAAG STEPHAN, Kommentar zu Art. 23 und 113-119 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Art. 1-133 BGG, 3. Aufl., Basel 2018.

BÖHM ANDREAS, Dobbs vs. Roe – oder das Recht des letzten Wortes, AJP (2022) 1115 ff.

Bundesgericht, Geschäftsbericht 2022, <www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-publikationen/federal-pub-geschaeftsbericht.htm>, besucht am: 26. März 2023. (zit. Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2022)

Bundesrat, Erläuterung zur Volksabstimmung vom 28.11.2021, <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20211128.html>, besucht am: 30. März 2023. (zit. Äusserung des Initiativkomitees zur Justiz-Initiative)

DREGGER SEBASTIAN, Die Verfassungsinterpretation am US-Supreme Court, Begründungen und politische Ausrichtung zwischen „Originalism“ und „Living Constitution“, Diss. Eichstätt-Ingolstadt, Baden-Baden 2019.

DROESE LORENZ, Res iudicata ius facit, Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2015.

DUBS HANS, Richterrecht und Rechtssicherheit, SJZ 87 (1991) 293 ff.

EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER AXEL, Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012.

EPINEY ASTRID, Kommentar zu Art. 36, 54, 84, 85, 138–142, 166, 190, 192–194, 196 Ziff. 1 und 2, Art. 197 Ziff. 1 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 1-197 BV, Basel 2015.

EPINEY ASTRID/DIEZIG STEFAN, Kommentar zu Art. 139 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 1-197 BV, Basel 2015.

FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012.

GRAF DAMIAN K., Praxisänderung im Strafrecht, Zürich 2011.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.

HÄNNI JULIA, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, Zur Präjudizienrezeption als Methodik gerichtlicher Entscheidungsfindung, Unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte, Habil. Luzern, Zürich/St. Gallen 2022.

HAY PETER, US-Amerikanisches Recht, 7. Aufl., München 2020.

HONSELL HEINRICH, Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Kommentar zu Art. 4 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012.

HÜBNER EMIL/MÜNCH URSULA, Das politische System der USA, eine Einführung, 7. Aufl., München 2013.

KOLTERMAN ARNE, "Reversing Roe", der wunde Punkt vom 13. Oktober 2018, <www.lto.de/recht/feuilleton/f/reversing-roe-dokumentation-abtreibung-usa-supreme-court/>, besucht am: 2. April 2023. (zit. Reversing Roe)

KRAMER ERNST A., Judizieren contra legem, recht (2017) 180 ff. (zit. KRAMER, Judizieren contra legem)

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019. (zit. KRAMER)

KUNZ Peter V., Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?, recht (2017) 141 ff.

LAMMERS GUILLAUME, Deuxième partie Droit constitutionnel, L'intervention du juge dans la procédure d'initiative populaire fédérale, in: Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Le législateur, son juge et la mise en oeuvre du droit, Genève/Zurich/Bâle 2014.

LANGER LORENZ, «Einfach nur Recht sprechen»? Gerichte zwischen Politik und Richterrecht, ZBl 124 (2023) 171 ff.

LEHMANN PETER/HONSELL HEINRICH, Kommentar zur Einleitung von Art. 1 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

LOOSER MARTIN E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2011.

MELIN PATRICK, Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland, Tübingen 2005.

MIDDENDORF PATRICK/GROB BEATRICE, Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB und PartG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

NIGGLI MARCEL, Zur Problematik der Auslegung in Zivil- und Strafrecht, AJP (1993) 154 ff.

PFAFFINGER MONIKA, Kommentar zu Art. 4 ZGB, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 2018.

REICH JOHANNES, «Originalismus» als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, in: Baer Susanne/Lepsius Oliver/Schönberger Christoph/Waldhoff Christian/Walter Christian (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 65, Tübingen 2017.

RUDOLPH ROGER, Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht, Zürich/ Basel/Genf 2021.

RUSSO ALFIO, Les modes de désignation des juges, Etude de droit constitutionnel suisse et comparé, Bâle 2021.

SCHINDLER BENJAMIN, Kommentar zu Art. 5, 10a, 29, 30 Abs. 1 und 3, Art. 144, 191a Abs. 2 und 3, Art. 191c, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Art. 1–197 BV, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023.

SEFEROVIC GORAN, Kommentar zu Art. 189 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 1-197 BV, Basel 2015.

SEILER HANSJÖRG, Das Verhältnis zwischen Richterrecht und formellem Gesetzgeber, LeGes 3 (2016) 357 ff.

STEIN SARAH KATHARINA, Trumps Supreme Court und der Schwangerschaftsabbruch, Verfassungsblogg vom 14. Oktober 2019, <www.verfassungsblog.de/trumps-supreme-court-und-der-schwangerschaftsabbruch/>, besucht am: 2. April 2023. (zit. Trumps Supreme Court)

Supreme Court of the United States, Current Members, <www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>, besucht am: 3. April 2023. (zit. Supreme Court of the United States, Current Members)

Supreme Court of the United States, The Supreme Court at Work, <www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>, besucht am: 3. April 2023. (zit. Supreme Court of the United States, The Supreme Court at Work)

TRECHSEL STEFAN/FATEH-MOGHADAM BIJAN, Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Basel 2021.

TRECHSEL STEFAN, Kommentar zu Art. 1 ZGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997.

TSCHANNEN PIERRE, Wem gehört die Verfassung? Neuer Streit um die Gewaltenteilung, ZBJV 12 (2007) 793 ff.

TSCHENTSCHER AXEL, Kommentar zu Art. 9, 10, 11 und 67 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 1-197 BV, Basel 2015.

UHLMANN FELIX/ FLEISCHMANN FLORIAN, Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, 15. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017.

WALDMANN BERNHARD, Kommentar zu Art. 8 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 1-197 BV, Basel 2015.

WYTTENBACH JUDITH /WYSS KARL-MARC, Kommentar zu Art. 164 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Art. 1-197 BV, Basel 2015.

WALTER HANS PETER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht (1999) 157 ff.

WERRO FRANZ, Kommentar zu Art. 1 und 16-19 CC, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédict (éd.), Commentaire Romand Code Civil I, Art. 1-359 CC, Bâle 2010.

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, BBl 1904 IV 1 ff.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 1 ff.

Eidgenössische Volksinitiative «Bestimmung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter im Losverfahren (JustizInitiative)», Vorprüfung, 1. Mai 2018, BBl 2018 2669 ff.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Schweizer Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17 Juni 2005 (SR 173.110)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
E.	Erwägung
EGMR	Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
ERMK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
f./ff.	folgende/fortfolgende
Hrsg.	Herausgeber*in
i. e. S.	im engeren Sinne
LCFF	Loi sur les Chemins de fer fédéraux du 20 mars 1998 (RS 742.31)
LeGes	Gesetzgebung & Evaluation: Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft
lit.	litera
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

Rz.	Randziffer
Sect.	Section
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Rechtsammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
U.S. Const.	Verfassung der Vereinigten Staaten
v.	gegen
vgl.	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

1. Einleitung

Diese Bachelorarbeit behandelt den pragmatischen Methodenpluralismus des schweizerischen Bundesgerichts und überprüft seine Vereinbarkeit mit dem schweizerischen Rechtsstaat. Darüber hinaus soll diese Arbeit die Grundzüge der amerikanischen Verfassungsauslegung aufgreifen und anhand eines ausgewählten Urteils des Supreme Courts (Dobbs v. Jackson) einen Vergleich zwischen den Auslegungsmethoden der USA und des pragmatischen Methodenpluralismus des Bundesgerichts wagen.

1.1 Ausgangslage

Damit eine Norm im konkreten Einzelfall angewendet werden kann, muss sie ausgelegt werden. Das Bundesgericht folgt dabei einem pragmatischen Methodenpluralismus. Die verschiedenen Auslegungselemente sind das grammatikalische, das systematische, das historische, und das teleologische. Diese unterstehen dabei keiner hierarchischen Rangordnung. Die Auslegung steht im direkten Zusammenhang damit, ob jemand Recht bekommt oder nicht. Die Auslegung ist somit von hoher praktischer Bedeutung und relevant für die Rechte und Pflichten der Einzelnen.

1.2 Fragestellung

Wie ist der pragmatische Methodenpluralismus des Bundesgerichts in Anbetracht der Bedeutung, welche er für die Rechtsunterworfenen im Einzelfalle hat, zu beurteilen? Ist er eine Flucht vor einer klaren Festlegung, welche mehr Rechtssicherheit schaffen würde? Oder ist er ein Segen, weil er der Einzelfallgerechtigkeit dient?

1.3 Ziel

Ziel dieser Arbeit ist es, die Auslegungsmethoden des Bundesgerichts zu untersuchen und ihre Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip zu überprüfen. Darüber hinaus soll ein Vergleich mit den Auslegungsmethoden der USA dabei helfen, die Frage, ob es sich beim pragmatischen Methodenpluralismus des Bundesgerichts um eine Flucht oder einen Segen handelt, zu beantworten.

2 Auslegung und Methodenlehre

Dieses Kapitel beschäftigt sich mit der Auslegung und der juristischen Methodenlehre. Dabei soll besonders der pragmatische Methodenpluralismus, welcher vom Bundesgericht angewendet wird, im Fokus stehen. Dazu werden zuerst einige der wichtigsten gesetzlichen Grundlagen aufgezeigt, welche die Auslegung von Rechtsnormen durch die Gerichte legitimieren. In einem nächsten Schritt wird darauf eingegangen, worin die Notwendigkeit der richterlichen Auslegung besteht und welches Ziel sie verfolgt. Des Weiteren werden die einzelnen Auslegungselemente des pragmatischen Methodenpluralismus und deren jeweiligen Besonderheiten thematisiert und ihre Bedeutung für die Einzelfallgerechtigkeit durch Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dargelegt. Schliesslich wird in diesem Kapitel aufgezeigt, wo die Auslegung ihre Grenzen erreicht und inwiefern sie sich von der richterlichen Rechtsfortbildung abgrenzen lässt.

2.1 Gesetzliche Grundlagen

Die Grundzüge der Methodenlehre lassen sich bis ins römische Recht und in die antike Rhetorik zurückverfolgen. Entsprechend wurden die Regeln der Methodenlehre seitdem von den herrschenden Denkweisen und Traditionen geprägt. Die so entstandenen Gebote haben sich vorrangig durch die Lehre und Rechtsprechung in unserer heutigen Rechtsordnung manifestiert. Dennoch gibt es auch generell-abstrakte Normen, welche eine gesetzliche Legitimation für die Methode der Rechtsanwendung schaffen.¹ So wird also dem Rechtspositivismus in gewisser Weise Rechnung getragen, indem zumindest «im Ansatz ein Recht der Methode»² sowohl in der Bundesverfassung als auch in anderen wichtigen Kodifikationen verankert wurde.

2.1.1 Art. 1 ZGB - Anwendung des Rechts

2.1.1.1 Entstehungsgeschichte

Eugen Huber war derjenige, der die Idee hatte, das ZGB mit verschiedenen Einleitungsartikeln zu beginnen und in Art. 1 sogleich die Auslegung und das Lückenproblem zu regeln. Mit Art. 1

¹ KRAMER, S. 45 f.

² PFAFFINGER, KUKO, Art. 1 ZGB Rz. 1.

sollte gemäss Eugen Huber angemessen berücksichtigt werden, dass jeder Begründung eine Verallgemeinerung zu Grunde liegt, weshalb diese stets auch Nachbarfälle miteinbeziehen muss.³ Durch die Schaffung des Art. 1 ZGB sollte ausserdem sichergestellt werden, dass die Flexibilität und die praktische Verankerung des Privatrechts trotz dessen Kodifizierung erhalten bleibt.⁴ Gleichzeitig widerspiegeln die Bestimmungen des ersten Artikels des ZGB den zur Zeit des Erlassens vorherrschenden Umbruch in Bezug auf das methodisch-politische Umfeld. Namentlich den Wandel, welcher das Verhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsnorm und zwischen Richter und Gesetz kennzeichnete. Geprägt wurde dieser Wandel durch zwei Pole, so standen auf der einen Seite *die Begriffsjurisprudenz, das Lückenlosigkeitsdogma* und *der Richter als Subsumtionsautomaten* und auf der anderen Seite *die Gefühlsjurisprudenz, die freie Rechtsschöpfung und der Richterkönig*.⁵ Dieses politisch-methodische Umfeld hatte für die gesetzgebende Instanz insofern eine besondere Relevanz, als es beim Erlass des Schweizerischen Zivilgesetzbuches primär darum ging, die unterschiedlichen kantonrechtlichen Traditionen in Form des Bundesrechts zu vereinen.⁶ Wobei es gerade im Hinblick auf das Lückenlosigkeitsdogma Überzeugungsarbeit bedurfte. Denn obwohl dieses bereits durchwegs als überkommen bezeichnet wurde, waren seine Nachwirkungen in der Westschweiz noch nicht überwunden. So waren die Gerichte in den Kantonen Genf, Waadt und Neuenburg nur in engen Grenzen ermächtigt, das Zivilrechtsgesetz auszudehnen und zu ergänzen. Im Kontrast dazu wurde den Gerichten in anderen Kantonen eine weiterreichende Kompetenz zugesprochen. So konnten etwa die Gerichte im Kanton Wallis gestützt auf allgemeine Rechtsgrundsätze eine richterliche Rechtsfortbildung betreiben. In ähnlicher Weise erlaubte auch die *Billigkeit* den Richtern in Basel-Land und Freiburg eine solche Rechtsfortbildung. Diese kantonale Diskrepanz sollte durch das ZGB aufgehoben werden, und zwar zugunsten der richterlichen Freiheit.⁷ Demnach verband Eugen Huber mit Art. 1 Abs. 1 ZGB insgesamt einen weiten Auslegungsbegriff, welcher auch Raum für die Analogie liess, trotzdem war seine Vorstellung von der richterlichen Rechtsfortbildung insofern eher traditionell, als dass es für die Richter zu beachten galt, dass individuelle Freiheit und das Gemeinwohl die tragenden Pfeiler des Gesetzes bilden und sie jeweils gegeneinander abzuwägen sind.

³ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 5.

⁴ WERRO, CR, Art. 1 CC Rz. 2.

⁵ EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB Rz. 11.

⁶ EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB Rz. 20; BBI 1904 IV 7 f.

⁷ EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB Rz. 21.

2.1.1.2 Art. 1 Abs. 1 ZGB:

«Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.»⁸

Dem ersten Absatz des Art. 1 ZGB ist zu entnehmen, dass der Wortlaut des Gesetzes nicht allein ausschlaggebend für dessen Anwendbarkeit ist.⁹ Gemeint ist damit, dass den Gerichten das Gesetz als primäre Rechtsquelle dient, sofern es hinsichtlich der zu beantwortenden Rechtsfrage nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält, wobei die Konjunktion «oder» nicht ausschliessend verstanden werden darf. Der klare Wortlaut stellt nämlich keine Alternative zur Auslegung dar, da auch ein an sich klarer Wortlaut regelmässig einer Auslegung bedarf. Vielmehr steht der Wortlaut in einem symbiotischen Verhältnis zur Auslegung.¹⁰ Nur ausnahmsweise, wenn der Wortlaut einer Norm bereits so klar ist, *«dass er alle Fälle richtig erfasst und umgekehrt Fälle nicht erfasst, auf welche die ratio nicht zutrifft,»¹¹* erübrigt sich eine weitere Auslegung durch die Rechtsanwendenden. Ansonsten muss der Wortlaut von den Rechtsanwendenden stets ausgelegt werden, damit sich ihnen der wahre Sinn des Gesetzestextes offenbart.¹² In Bezug auf den Wortlaut wird die Forderung, nach welcher die Gerichte die Grenzen des Wortlauts nicht überschreiten dürfen, als verfehlt bezeichnet.¹³ Falls nämlich der Wortlaut einer Bestimmung deren Sinn nicht korrekt wiedergibt, so darf und muss bei der Auslegung von diesem fehlerhaften Wortlaut abgewichen werden.¹⁴ Des Weiteren lässt sich dem Art. 1 Abs. 1 ZGB eine Reihenfolge für die Rechtsanwendung entnehmen, so sieht er vor, dass der Anwendende stets beim Gesetz zu beginnen hat.¹⁵ Der so verstandene Vorrang des Gesetzes für die Rechtsanwendung gemäss dem Abs. 1 ist also der erste Schritt der Rechtsfindung vor dem subsidiär relevanten Art. 1 Abs. 2 ZGB.¹⁶

⁸ Art. 1 Abs. 1 ZGB.

⁹ KRAMER, S. 46 f.

¹⁰ KRAMER, S. 67; Art. 1 ZGB Rz. 6.

¹¹ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 1.

¹² HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 4.

¹³ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 3.

¹⁴ BGE 103 Ia 115, E. 3; FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 67 f.

¹⁵ MIDDENDORF/GROB, Art. 1 ZGB Rz. 6.

¹⁶ EMMENEGER/TSCHENTSCHER, BK, Art. 1 ZGB Rz. 24.

2.1.1.3 Art. 1 Abs. 2 ZGB

«Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.»¹⁷

Nach Art. 1 Abs. 2 ZGB hat das Gericht, wenn es dem Gesetz keine Vorschrift entnehmen kann, nach Gewohnheitsrecht zu entscheiden. Das Gewohnheitsrecht soll demnach als sekundäre Rechtsquelle zur Ausfüllung von Gesetzeslücken dienen. Für das schweizerische Privatrecht ist das Gewohnheitsrecht kaum von Bedeutung, dennoch sind die Gerichte von Amtes wegen gemäss dem Grundsatz *«iuria novit curia»* verpflichtet, Gewohnheitsrecht anzuwenden, unabhängig davon, ob die Parteien dessen Existenz nachweisen.¹⁸ Die tertiäre Rechtsquelle basiert auf der gerichtlichen Rechtsfortbildung *modo legislatoris*. Diese Ergänzung des Gesetzesrechtes bezieht sich in erster Linie auf zwei Fälle, nämlich beim Vorliegen einer Lücke *praeter Legem* oder im Falle einer Ausnahmelücke.¹⁹ Dies bedeutet, dass das Gericht nach selbst aufgestellten Regeln entscheiden darf und muss. Diese Regeln müssen so aufgestellt werden, dass sie für eine Vielzahl von unbestimmten Fällen gelten können. Die Bildung solcher generell-abstrakter Regeln soll also namentlich nach Art des Gesetzgebers erfolgen. Damit ein Gericht zu dieser Art von Rechtsfortbildung befugt ist, müssen sodann zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, zum einen muss das Gesetz lückenhaft sein, zum anderen darf kein Gewohnheitsrecht existieren, welches auf die Rechtsfrage eine Antwort geben kann. Das Gericht ist bei der Rechtsfortbildung jedoch nicht frei und muss sich an methodische Vorgaben halten. Darüber hinaus muss das Gericht bei der Rechtsfortbildung die Gesamtrechtsordnung beachten.²⁰

2.1.1.4 Art. 1 Abs. 3 ZGB

«Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.»²¹

Das anwendende Gericht ist nach Art. 1 Abs. 3 ZGB verpflichtet, sich mit der bewährten Lehre und den Überlieferungen auseinanderzusetzen.²² Diese Hilfsmittel sind sowohl bei der Auslegung als auch bei der Suche nach anwendbarem Gewohnheitsrecht und der Rechtsfortbildung

¹⁷ Art. 1 Abs. 2 ZGB.

¹⁸ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 20 ff; MIDDENDORF/GROB, Art. 1 ZGB Rz. 11.

¹⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 154.

²⁰ MIDDENDORF/GROB, Art. 1 ZGB Rz. 12.

²¹ Art. 1 Abs. 2 ZGB.

²² PFAFFINGER, KUKO, Art. 1 ZGB Rz. 9.

im Sinne des Gesetzgebers heranzuziehen. Unter dem Begriff der bewährten Lehre versteht man hauptsächlich die Rechtswissenschaft, deren Argumentation nachhaltig überzeugt und die darüber hinaus angemessen und zweckmässig erscheint. Mit der Überlieferung ist die bewährte Praxis der obersten Gerichte gemeint. Auch wenn die Befolgung der konstanten Präjudizien nicht absolut verbindlich ist, soll eine Praxisänderung nur dann vorgenommen werden, wenn dafür ernsthafte und sachliche Gründe sprechen. Solche sachlichen Gründe können beispielsweise in einer neueren und besseren Erkenntnis der ratio legis liegen oder sich durch veränderte äussere Verhältnisse oder einer gegenwartsnahen Rechtsanschauung rechtfertigen. Mit einer stabilen und konstanten Rechtsprechung soll vor allem dem Gebot der Rechtssicherheit Rechnung getragen werden.²³

2.1.2 Art. 4 ZGB Gerichtliches Ermessen

«Wo das Gesetz das Gericht auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat es seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.»²⁴

2.1.2.1 Entstehungsgeschichte

Wie Art. 1 ZGB gehört auch Art. 4 ZGB zu den Einleitungsartikeln, die auf Eugen Hubers Idee gründeten. Die Entstehungsgeschichte des Art. 4 ZGB begann mit Eugens Hubers «Erläuterungen zum Vorentwurf». Diese Erläuterungen wurden hauptsächlich für alle Nichtjuristen verfasst, welche damals als Mitglieder der Expertenkommission am neuen Gesetzgebungswerk mitarbeiteten. Im ersten Entwurf zum Art. 4 ZGB wurde sodann auch zum ersten Mal darauf hingewiesen, dass das gerichtliche Ermessen niemals zur Gutheissung richterlicher Willkür führen darf. Stattdessen hat eine Entscheidung nach gerichtlichem Ermessen immer auf Recht und Billigkeit gestützt zu sein.²⁵

²³ MIDDENDORF/GROB, Art. 1 ZGB Rz.12.Rz.14.

²⁴ Art. 4 ZGB.

²⁵ HRUBESCH-MILLAUER, BK, Art. 4 ZGB Rz. 39 ff.

2.1.2.2 Zweck und Anwendungsbereich des Art. 4 ZGB

Die generell-abstrakte Form von Rechtsnormen führt dazu, dass sie auf eine Vielzahl von Fällen angewendet werden können und dabei für eine Vielzahl von Personen bestimmt sind. Mit der generell-abstrakten Form der Gesetze geht jedoch grundsätzlich auch immer eine Typisierung und eine Schematisierung einher. Dadurch besteht die Möglichkeit, dass eine gesetzliche Regelung nicht immer den individuellen Gegebenheiten von Einzelfällen gerecht wird und somit zu unangemessenen Lösungen führt. Mit Art. 4 ZGB räumt die gesetzgebende Instanz den Rechtsanwendenden einen Ermessensspielraum ein, um die Unzulänglichkeiten, die sich aus den generell-abstrakten Gesetzen ergeben können, auszugleichen und dem Einzelfall Rechnung zu tragen.²⁶ Billigkeitsentscheide dürfen nur erfolgen, wenn sie im Gesetz vorgesehen sind und auch dann nur im bezeichneten Rahmen.²⁷ Eine Entscheidung hat also dort nach Recht und Billigkeit zu ergehen, wo dem richterlichen Ermessen entweder durch die Formulierung des Gesetzes oder durch Auslegung ein Spielraum gewährt wird.²⁸ Sodann ist das Gericht bei seiner Ermessensausübung grundsätzlich an die dem Gesetz zugrunde liegenden Zielsetzungen und Wertungen gebunden.²⁹ Überschreitet das Gericht diese Schranken, begeht es eine Ermessensüberschreitung. Schöpft es hingegen das eingeräumte Ermessen nicht aus, liegt eine Ermessensunterschreitung vor.³⁰ Der Anwendungsbereich von Art. 4 ZGB umfasst nicht nur das Privatrecht, sondern erstreckt sich grundsätzlich auch auf das öffentliche Recht. Zwar findet sich für die Anwendung im öffentlichen Recht keine verfassungsrechtliche Grundlage, jedoch wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die juristische Methodenlehre im öffentlichen Recht in ähnlicher Weise wie im Privatrecht angewendet werden kann.³¹ Allerdings müssen, sofern das betreffende Gesetz andere öffentlich-rechtliche Regelung enthält, diese berücksichtigt werden. So zum Beispiel beim Analogieverbot im Strafrecht (vgl. 3.1.2).³²

2.2 Ziel der Auslegung

Das Ziel der Auslegung ist es, den Sinn einer Rechtsnorm zu ermitteln.³³ Die Auslegungsbedürftigkeit von Rechtsnormen ergibt sich schon aus deren mitunter unvollkommenem Wortlaut.

²⁶ HRUBESCH-MILLAUER, BK, Art. 4 ZGB Rz. 1 f.

²⁷ PFAFFINGER, KUKO, Art. 1 ZGB Rz. 8.

²⁸ FOUNTOULAKIS/HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 2.

²⁹ FOUNTOULAKIS/HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 4.

³⁰ PFAFFINGER, KUKO, Art. 1 ZGB Rz. 8.

³¹ BGE 133 II 305, E. 5.2; BGE 134 II 249, E. 2.3.

³² HRUBESCH-MILLAUER, BK, Art. 4 ZGB Rz. 16.

³³ BGE 124 II 372 E. 5c.

Erst durch die Auslegung der jeweiligen Norm kann nämlich ermittelt werden, ob der tatsächliche Sinn dem Wortlaut entspricht oder über diesen hinausgeht. Umgekehrt kann der eigentliche Sinn einer Rechtsnorm aber auch enger sein, als ihr Wortlaut es zuerst vermuten lässt. Zuweilen ist es sogar möglich, dass der Wortlaut dem wahren Sinn einer Norm gar widerspricht. Hinzu kommt, dass Rechtsätze oftmals nur das Wesentliche umfassen, damit der Gesetzestext nicht unüberschaubar wird.³⁴ Schliesslich gibt es auch durchaus Fälle, in denen der Gesetzgeber sich ganz bewusst dazu entschloss, Formulierungen offen zu gestalten und überlässt damit willentlich den Gerichten die Konkretisierung einer bestimmten Norm.³⁵ Um all diesen Eventualitäten Rechnung zu tragen und schliesslich den wahren Sinn einer Rechtsnorm auf den konkreten Einzelfall anwenden zu können, bedient sich das Gericht der Auslegung. Dieses Ziel, durch Auslegung den wahren Sinn des Gesetzes zu ermitteln, verdeutlicht das Bundesgericht sodann mit seiner häufig verwendeten Formel, in welcher es heisst: «*Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis.*»³⁶

2.3 Der pragmatische Methodenpluralismus

Das Konzept des Methodenpluralismus ist auf die Canones nach Friedrich Carl von Savigny (grammatisches, logisches, historisches und systematisches Auslegungselement) zurückzuführen, wobei in der neueren Methodentheorie das teleologische Element an die Stelle des logischen Elements getreten ist.³⁷ Aus diesen klassischen Auslegungselementen und dem Streben des Bundesgerichts nach einer Methode, die zum einen den Einzelfall angemessen berücksichtigen soll und zum anderen dazu führen soll, dass der jeweilige Entscheid auch in den Dienst einer generalisierenden Rechtsverwirklichung und Rechtsfortbildung gestellt werden kann, entstand sodann ein pragmatischer Methodenpluralismus.³⁸ Als pragmatisch wird der Methodenpluralismus bezeichnet, da zwischen den verschiedenen Elementen keine Rangordnung besteht, stattdessen herrscht namentlich Pragmatismus.³⁹ Das Bundesgericht lehnt eine Rangordnung deshalb ab, weil es den Ansatz verfolgt, jeweils jene methodischen Argumente am höchsten zu gewichten, welche ihm im Einzelfall am geeignetsten erscheinen, um den wahren Sinn einer Norm zu ermitteln.⁴⁰ Diesen pragmatischen Methodenpluralismus nimmt das Bundesgericht

³⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 9.

³⁵ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 15.

³⁶ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 17; BGE 121 III 219, E. 1aa.

³⁷ HÄNNI, S. 29.

³⁸ WALTER, S. 157.

³⁹ KUNZ, S. 145.

⁴⁰ KRAMER, S. 143.

nun schon seit dem Jahr 1995 für sich in Anspruch und hat seither zwei Grundformeln entwickelt.⁴¹

2.3.1 Die erste Formel

«Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach den subjektiven Wertvorstellungen der Richter aufgegeben ist, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers. Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regulationsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt.»⁴²

2.3.2 Die zweite Formel

«Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden. Abweichungen von einem klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, dass der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen.»⁴³

⁴¹ WALTER, S. 158.

⁴² BGE 134 IV 297, E. 4.3.1; WALTER, S. 158.

⁴³ BGE 131 III 314, E. 2.2; WALTER, S. 158.

2.3.3 Objektive Verständnismethode

Wie oben bereits mehrfach erwähnt soll durch Auslegung der Sinn einer Norm ermittelt werden, doch dieser Sinn kann sowohl in einer subjektiven als auch einer objektiven Weise verstanden werden. Wird also nach dem subjektiven Sinn einer Rechtsnorm gefragt, so wird ermittelt, welcher Sinn eine bestimmte Person (z. B. bestimmte am Gesetzgebungsverfahren beteiligte Personen oder Richterinnen und Richter) einer Norm zuordnen würde. Beim objektiven Verständnis soll hingegen losgelöst von den im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Meinungen und den subjektiven Ansichten der Normadressaten nach dem Sinn einer Norm gefragt werden. Es ist heute unbestritten, dass die objektive Verständnismethode anzuwenden ist, dies geht schon aus der oben aufgeführten Formel (vgl. 2.3.1) hervor, wo das Bundesgericht sagt, dass die *ratio legis* nicht nach den subjektiven Wertvorstellungen der Richter zu ermitteln sei. Stattdessen ist ein Rechtssatz nach der objektiven Verständnismethode auszulegen, welche gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dem Sinn entspricht, welcher eine rechtssuchende Person einer Rechtsnorm vernünftigerweise zuordnen würde.⁴⁴ Diese objektive Auslegungsmethode ist einerseits auf das Vertrauensprinzip zurückzuführen und dient andererseits der Rechtssicherheit und der Zweckmässigkeit, denn wenn jeder einzelne Normadressat die Gesetze nach seinen individuellen Wertvorstellung auslegen würde, wäre das Recht durch und durch unvorhersehbar.⁴⁵ Dem ist hinzuzufügen, dass auch bei der Auslegung von Rechtsgeschäften grundsätzlich von einem objektiven Verständnis auszugehen ist, jedoch erlaubt der geschlossene Adressatenkreis von Rechtsgeschäften teilweise auch die Berücksichtigung von subjektiven Ansichten. Somit gilt, dass die Auslegung von allgemein verbindlichen Rechtssätzen grundsätzlich stärker an ein objektives Verständnis gebunden ist als diejenige von Rechtsgeschäften.⁴⁶

2.3.4 Das grammatikalische Element

Der Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut einer Bestimmung. Falls der Text nicht eindeutig ist und verschiedene Interpretationen möglich sind, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite des Textes gesucht werden.⁴⁷ Die Auseinandersetzung mit dem Wortlaut und dessen wahren Wortsinn ist das Thema des

⁴⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 20 ff; BGE 114 Ia 25, E. 3c.

⁴⁵ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 25 f.

⁴⁶ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 11.

⁴⁷ BGE 134 II 249, E. 2.3.

grammatikalischen (auch grammatischen) Auslegungselementes.⁴⁸ Die Ermittlung des Wortsinnes ist auch deshalb so wichtig, weil der Wortsinn das wichtigste Indiz für die Feststellung des Normsinnes darstellt.⁴⁹ Obwohl der Wortlaut einer Rechtsnorm oft klar und vernünftig erscheint, ist er immer auslegungsbedürftig. Damit sich nämlich überprüfen lässt, ob der Wortsinn einer Bestimmung mit deren *ratio legis* übereinstimmt, ist die logische Konsequenz davon, dass der Wortlaut zuerst ausgelegt werden muss.⁵⁰ Ein schönes Beispiel dazu lässt sich etwa aus Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO über den Konsumentenvertrag herauslesen, nach dessen Gesetzestext das Gericht am Wohnsitz der beklagten Parte bei Streitigkeiten zuständig ist. Daraus lässt sich ableiten, dass nur natürliche Personen «*Konsumentinnen oder Konsumenten*» sein können, da nur diese über einen Wohnsitz verfügen.⁵¹ Der Wortlaut einer Rechtsnorm stellt somit naturgemäss den «*starting point*» derer Auslegung dar.⁵² So sieht es auch das Bundesgericht, welches in einer Vielzahl seiner Urteile festhielt, dass der Wortlaut der Ausgangspunkt jeder Auslegung sei.⁵³ Zur Bestimmung des Wortsinns sind sämtliche sprachlichen Ausdrucksmittel des Gesetzes zu berücksichtigen. Dazu gehört selbstverständlich der Gesetzestext selbst, aber auch die Titel und Marginalien und sogar die Art der Absatzbildung, Satzzeichen und gegebenenfalls die Schriftgestaltung.⁵⁴

2.3.4.1 Mehrsprachigkeit in der Schweiz

Eine Besonderheit des schweizerischen Rechts und in Bezug auf das grammatikalische Auslegungselement besonders bedeutsam ist die Dreisprachigkeit der Bundesgesetze.⁵⁵ Die Gesetzestexte der Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch sind einander rechtlich gleichgestellt (Art. 70 Abs. 1 BV). Einerseits stellt diese Mehrsprachigkeit eine wichtige Auslegungshilfe dar, andererseits gehen mit ihr durchaus auch Herausforderungen einher, nämlich wenn der Wortlaut der Gesetze nicht in allen Sprachen einheitlich ist. In solchen Fällen muss durch Auslegung ermittelt werden, welche Gesetzesversion den Normsinn am zutreffendsten wiedergibt.⁵⁶

⁴⁸ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 64.

⁴⁹ KRAMER, S. 67.

⁵⁰ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 67.

⁵¹ KRAMER, S. 92.

⁵² KRAMER, S. 67.

⁵³ BGE 133 V 9, E. 3.1; BGE 148 IV 17, E. 2.1; BGE 147 V 79, E. 7.3.1.

⁵⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 73.

⁵⁵ KRAMER, S. 89.

⁵⁶ Art. 2 Abs. 1 LCFF; FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 77.

2.3.4.2 Einzelfallgerechtigkeit

Ein Beispiel für den Mehrwert, welcher die Mehrsprachigkeit bei der grammatikalischen Auslegung bieten kann, findet sich in BGE 132 III 470 ff., in welchem das Bundesgericht darüber zu entscheiden hatte, welche Gesellschaftsform der SBB zuzuschreiben ist. In diesem Falle war es der deutsche Gesetzestext, der zu unpräzise formuliert war. Das Bundesgericht konnte seine Begründung, dass die SBB eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft sei, jedoch auf den französischen Gesetzestext stützen, in welchem die SBB ganz eindeutig als "*société anonyme de droit public*" bezeichnet wird.⁵⁷

Ein weiteres Beispiel für die Bedeutung der grammatikalischen Auslegung findet sich in BGE 138 III 157, wo das Bundesgericht die Frage zu beantworten hatte, wer nach Art. 47 OR Anspruch auf eine Genugtuungszahlung haben kann. Gemäss dem französischen Gesetzestext steht nur den «Familienmitgliedern» eines Getöteten einen Anspruch auf Genugtuung zu. Der deutsche Text sieht indessen vor, dass «Angehörige» eine Genugtuungszahlung verlangen dürfen. Das Bundesgericht führt aus, dass der deutsche Wortlaut dem französischen vorzuziehen ist. Entsprechend kann auch die Lebenspartnerin als Angehörige verstanden werden. Diese dürfe deshalb nicht mit der Begründung, sie sei kein «Familienmitglied» vom Anwendungsbereich des Art. 47 OR ausgeschlossen werden.⁵⁸

2.3.5 Das systematische Element

Beim systematischen Auslegungselement geht es darum, dass eine einzelne Rechtsnorm nicht isoliert betrachtet werden darf. Vielmehr muss sie im Zusammenhang mit den thematisch zusammengehörenden Normen verstanden werden.⁵⁹ Die Rechtsordnung und ihre Normen stellen somit eine Einheit dar, weshalb sie immer im Rahmen ihres normativen Kontextes zu interpretieren sind. Dadurch soll verhindert werden, dass wertungswidersprüchliche Interpretationen die Akzeptanz und die Überzeugungskraft der Rechtsordnung untergraben.⁶⁰ Auch die verfassungskonforme Auslegung ist als Konsequenz des systematischen Auslegungselements zu verstehen. Bei der verfassungskonformen Auslegung geht es einerseits darum, dass die Normenhierarchie eingehalten wird, andererseits wird durch sie aber auch sichergestellt, dass die gesamte Rechtsanwendung auf die in der Verfassung festgelegte Grundwerte ausgerichtet ist.

⁵⁷ Art. 2 Abs. 1 LCFF; BGE 132 III 470, E. 3.3; FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 71.

⁵⁸ BGE 138 III 157, E. 2.3.2; FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 79.

⁵⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 89.

⁶⁰ KRAMER, S. 99 ff.

Obwohl verfassungswidrige Gesetz in der Schweizer Rechtsordnung nicht völlig auszuschliessen sind (Art 190 BV), bleibt die gesetzgebende Instanz grundsätzlich an die Verfassung gebunden. Deshalb ist auch bei der Gesetzesauslegung davon auszugehen, dass die gesetzgebende Instanz Verstösse gegen die Verfassung vermeiden will. Falls also mehrere Auslegungsmöglichkeiten denkbar sind, hat der Gesetzgeber grundsätzlich diejenige vorzuziehen, welche verfassungskonform ist.⁶¹ Jedoch sind auch der verfassungskonformen Auslegung Grenzen gesetzt, so darf die Konstitutionalisierung einer Norm nicht etwa dazu führen, dass derer wahrer Sinn beiseitegeschoben wird.⁶² Dies bedeutet, dass ein Gesetz jeweils nur soweit verfassungskonform ausgelegt werden darf, dass der Rahmen der vertretbaren Normsinnhypothese nicht überschritten wird, andernfalls würde eine solche Interpretation namentlich zu einer Auslegung *contra ratio legis* führen.⁶³ Das systematische Auslegungselement hat sodann auch eine Auswirkung auf die Interpretation des Wortlautes einer Norm. Eine systematische Betrachtungsweise kann nämlich dazu führen, dass ein und dasselbe Wort innerhalb eines Gesetzten unterschiedlich zu interpretieren ist. Regelmässig wird einer solchen systematischen Auslegung einzelner Worte innerhalb eines Gesetzes jedoch bereits durch eine Begriffsdefinition im betreffenden Gesetz vorgegriffen.⁶⁴

2.3.5.1 Einzelfallgerechtigkeit

Ein Beispiel für eine solche systematische Auslegung bietet etwa BGE 130 IV 111, in welchem das Bundesgericht zu entscheiden hatte, ob ein Vortrag, der während einer geschlossenen Veranstaltung in einer Waldhütte vor 40–50 Personen gehalten wurde, als «öffentlich» im Sinne von Art. 261^{bis} StGB zu verstehen sei. Das Bundegericht erörterte in diesem Zusammenhang, dass dem Wort «öffentlich» innerhalb des StGB unterschiedliche Bedeutungen zukommen können. Sodann hielt es in seinem Urteil fest, dass das StGB verschiedene Straftatbestände umfasst, welche «öffentlich» als Tatbestandmerkmal beinhalten. Deshalb sei es naheliegend, dass der Verschiedenartigkeit dieser Straftatbestände mit einer tatbestandsbezogenen Auslegung Rechnung getragen werden muss. Demnach ist sowohl das Rechtsgut, welches durch die Strafbestimmung geschützt werden soll für die jeweilige Definition des Wortes «öffentlich» relevant als auch die Frage, weshalb «öffentlich» überhaupt als strafbegründendes Element vorausgesetzt wird. Im Falle des Art. 261^{bis} StGB geht es darum, die Würde des Menschen in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, einer Ethnie oder Religion zu schützen. Das

⁶¹ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 85.

⁶² BGE 109 Ia 273, E. 12c S. 302.

⁶³ KRAMER, S. 118.

⁶⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 88.

Bundesgericht führte dazu aus, dass Äusserungen und Verhaltensweisen, die eben dieses Rechtsgut verletzen in einem Rechtsstaat grundsätzlich inakzeptabel seien und dass der Begriff «öffentlich» in diesem Fall nur vermög, einen engen und privaten Rahmen auszuschliessen, was auf den konkreten Vortrag nicht zutrif.⁶⁵

Ein weiteres Beispiel für das systematische Auslegungselement in Verbindung mit der Verfassungskonformen Auslegung findet sich in BGE 125 III 368. In diesem Fall hat das Bundesgericht erneut festgehalten, dass der in Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV (Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV) statuierte Anspruch auf Lohnleichheit zwischen Mann und Frau direkt anwendbar ist und deshalb auch als zwingende Norm auf die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse anzuwenden ist.⁶⁶

2.3.6 Das historische Element

Die historische Auslegung bezieht sich auf den Willen des Gesetzgebers. Dies bedeutet, dass versucht wird, den ursprünglichen Willen des Gesetzgebers zu verstehen, indem historische Materialien wie die Botschaft des Bundesrates, Parlaments- und Kommissionsprotokolle sowie Vorentwürfe beigezogen werden. Obwohl diese Materialien für die Gesetzesinterpretation weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend sind, können sie als Hilfsmittel verwendet werden, um den Willen des Gesetzgebers besser nachvollziehen zu können und somit den Sinn der Norm zu erkennen. Insbesondere bei unklaren Bestimmungen kommt den Gesetzesmaterialien regelmässig ein grosser methodischer Wert als Auslegungshilfe zu.⁶⁷

In Bezug auf das historische Auslegungselement stellt sich sodann die Grundsatzfrage, ob die Gesetze entstehungszeitlich (*ex tunc*) oder geltungszeitlich (*ex nunc*) zu interpretieren sind. Nach der *objektiv-historischen* Auffassung wird eine entstehungszeitliche Interpretation verfolgt, demnach sei das Gesetz so auszulegen, dass es dem vormaligen und einmaligen Willen des historischen Gesetzgebers entspricht. Dagegen wird mit dem *objektiv-geltungszeitlichen* Verständnis der Ansatz verfolgt, dass Gesetze geltungszeitlich zu interpretieren sind, also so wie der Normsinn anhand seines Wortlauts und der Systematik heute vernünftigerweise zu verstehen ist.⁶⁸ Argumente für das Festhalten an einer entstehungszeitlichen Auslegungsmethode sind etwa die Stabilität und die Kontinuität des Rechts.⁶⁹ Für eine geltungszeitliche

⁶⁵ BGE 130 IV 111 S. 117 ff; FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 89.

⁶⁶ BGE 125 III 368, E. 2.

⁶⁷ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 9.

⁶⁸ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 38 f; KRAMER, S. 135 f.

⁶⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 47.

Auslegungsmethode spricht, dass dynamische Gesetze, welche sich im Einklang mit den bestehenden Konflikten und Problemen der Gesellschaft weiterentwickeln, besser geeignet sind, um eben diese zu lösen.⁷⁰

Bei dieser Grundsatzfrage geht es jedoch keineswegs nur um einen rein wissenschaftlichen Disput. Die Auswirkungen, welche die beiden unterschiedlichen Auslegungsmethoden auf die Praxis haben, zeigen sich namentlich auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche in Bezug auf den Stellenwert der Gesetzesmaterialien uneinheitlich ist.⁷¹ Allerdings verweist das Bundesgericht auch darauf, dass bei relativ neuen Gesetzen der Wille des historischen Gesetzgebers nicht ignoriert werden soll. Grundsätzlich gilt also, je älter die Materialien sind, umso weniger relevant sind sie für die Gesetzesinterpretation.⁷² Indessen stehen das Ziel der Auslegung, die Bedeutung des Normsinns in der Gegenwart zu ermitteln und das historische Auslegungselement nicht grundsätzlich im Widerspruch zueinander. Denn der historische Normsinn stellt gerade den Ausgangspunkt für die Eruiierung eines *objektiv-geltungszeitlichen* Verständnisses dar.⁷³ Des Weiteren hat das Bundesgericht auch zum Ausdruck gebracht, dass Materialien nur in jenen Fällen beigezogen werden sollen, wo sie auch tatsächlich eine klare Antwort zu geben vermögen. Wenn die Materialien hingegen keine klare Antwort geben können, stellen sie auch keine verlässliche Auslegungshilfe dar.⁷⁴ Insgesamt lässt sich zu den Gesetzesmaterialien festhalten, dass diese zwar nicht die Funktion eines verbindlichen Interpretationsmittels tragen, jedoch sind sie eines von vielen Hilfsmitteln, das zur Ermittlung des Normsinns herbeigezogen werden können. In dieser Funktionsweise dienen sie besonders bei jungen Gesetzen als wertvolle Anhaltspunkte, um die Absicht des Gesetzgebers, welche hinter einer Norm steht, nachvollziehen zu können.⁷⁵

2.3.6.1 Einzelfallgerechtigkeit

Nach der *objektiv-historischen* Methode hat das Bundesgericht etwa in BGE 76 II 51 entschieden, dass ein Analogieschluss, welcher dazu führen sollte, dass die Regelungen bezüglich der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Art. 706 OR auch auf die Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen angewendet werden könnten, ausgeschlossen sei. Begründet hat es seine Entscheidung anhand der Gesetzmaterien, welche aufzeigten, dass auch der

⁷⁰ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 45.

⁷¹ KRAMER S. 137.

⁷² BGE 115 V 347, E. 1c; BGE 127 III 342, E. 2a; HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 9; KRAMER, S. 146.

⁷³ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 91.

⁷⁴ BGE 111 V 279, E. 2b.

⁷⁵ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 100.

historische Gesetzgeber die Anfechtungsmöglichkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen bewusst ausschliessen wollte.⁷⁶

In anderen Entscheiden vertritt das Bundesgericht hingegen eine eher objektiv-geltungszeitliche Methode, entsprechend macht es in einigen seiner Entscheide darauf aufmerksam, dass die Gesetzesmaterialien nicht massgebend seien, sondern was dem Gesetz im Lichte allgemeiner Rechtsanschauung zu entnehmen ist, wobei es die gegenwärtigen Verhältnisse sind, welche es zu berücksichtigen gilt.⁷⁷ So auch in BGE 112 II 1, wo das Bundesgericht eine *objektiv-geltungszeitliche* Anschauung vertrat, als es entschieden hat, dass Art. 57 Abs. 3 ZGB analog auch auf die Aktiengesellschaft Anwendung findet, obwohl sich aus der Botschaft des Bundesrats eindeutig ableiten liess, dass gerade Aktiengesellschaften nicht von Art. 57 Abs. 3 ZGB erfasst werden sollen.⁷⁸ In seiner Begründung hat das Bundesgericht diesbezüglich festgehalten: « [...] das Gesetz in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihm zugrunde liegenden Wertungen, auszulegen ist. Die Vorarbeiten sind weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend; insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitwirkten, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selber zum Ausdruck kommen.»⁷⁹

2.3.7 Das teleologische Element

Das Wort teleologisch leitet sich vom alt griechischen Wort Telos (Zweck/Ziel) ab. Das bedeutet, dass das teleologische Auslegungselement sich mit dem rechtspolitischen Zweck einer Norm beschäftigt. Anders formuliert, wer sich mit der teleologischen Auslegung auseinandersetzt, muss sich die Frage stellen, welches Ziel mit der betreffenden Norm tatsächlich erreicht werden soll. Der Interpret soll sich also nicht rein formalistisch mit dem Wortlaut oder gar mit den leeren Begrifflichkeiten einer Rechtsnorm befassen, vielmehr soll er sich so in die gesetzliche Anordnung hineindenken, dass er ihren Zweck zu ergründen vermag.⁸⁰ Ähnlich wie beim historischen Auslegungselement gibt es auch beim teleologischen zwei Varianten der Interpretation. Einerseits gibt es die *subjektiv-teleologische Methode*, welche nach dem Zweck fragt, welcher der historische Gesetzgeber der Norm zugrunde gelegt hat. Andererseits wird bei der

⁷⁶ BGE 76 II 51, E. 2; KRAMER, S. 137.

⁷⁷ BGE 81 I 274, E. 3; BGE 63 II 143, E.7; KRAMER, S. 145.

⁷⁸ KRAMER S. 137.

⁷⁹ BGE 112 II 1, E. 4a.

⁸⁰ KRAMER, S. 171 f.

objektiv-teleologischen Methode nach dem Zweck gefragt, welcher der Norm in der heutigen Zeit und unter Beachtung der aktuellen Rechtslage zuzurechnen ist.⁸¹

2.3.7.1 *Das Verhältnis zu den anderen Auslegungselementen*

Das teleologische Auslegungselement ist mit den anderen Auslegungselementen (dem grammatischen, dem systematischen und dem historischen) verbunden. Denn der Zweck einer Norm lässt sich nur erschliessen, wenn diese in ihrer Gesamtheit betrachtet werden. Der Zweck einer Norm muss somit durch ihren Wortlaut, durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie steht, und durch die Gesetzgebungsarbeiten, aus denen sie hervorgegangen ist, ermittelt werden.⁸² Allerdings ist besonders das Verhältnis zum grammatikalischen Auslegungselement dadurch geprägt, dass sich der Zweck einer Rechtsnorm regelmässig gerade nicht dem ausdrücklichen Wortlaut entnehmen lässt. Dies lässt sich schon allein dadurch erklären, dass gerade das Motiv einer Rechtsnorm regelmässig nicht im Gesetzestext steht.⁸³ Die teleologische Betrachtungsweise einer Norm steht deshalb mit einem begriffsjuristischen Vorgehen im Widerspruch. Allein die logische Deduktion auf der Grundlage des Wortlautes und den begrifflichen systematischen Zusammenhängen kann demnach nicht ausreichen, um ein Auslegungsergebnis zu erreichen, welches auch der Zielsetzung einer Norm angemessen Rechnung trägt.⁸⁴ Im Zusammenhang mit dem systematischen Auslegungselement ist demnach auch die Betrachtung einer einzelnen Bestimmung im Gesamtzusammenhang des Gesetzes grundsätzlich darauf ausgerichtet, den Zweck hinter einer Norm zu erfassen. Die Verknüpfung zwischen dem systematischen und dem teleologischen Auslegungselement, führt somit zur Auseinandersetzung mit dem teleologischen Gesamtsystem. Schliesslich dient auch die Beschäftigung mit den Gesetzesmaterialien dazu, die Zwecküberlegung hinter einer Norm zu erfassen. Es ist festzuhalten, dass die genannten Auslegungselemente alle darauf abzielen die *ratio legis* einer Norm zu ermitteln und somit teleologisch orientiert sind.⁸⁵

⁸¹ KRAMER, S. 173.

⁸² FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 108.

⁸³ KRAMER, S. 174 f.

⁸⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 110.

⁸⁵ KRAMER, S. 175 ff.

2.3.7.2 *Extensive Interpretation*

Bei der teleologischen Auslegung kommt es vor, dass ein nicht eindeutiger Rechtsbegriff ausdehnend ausgelegt werden muss, damit er dem wahren Zweck einer Norm entspricht. Eine solche extensive Interpretation geht über den Wortlaut einer Rechtsnorm nur insofern hinaus, dass sie sich auch auf Fälle erstreckt, die nicht ohne weiteres von der Formulierung erfasst werden. Dies kann entweder darauf zurückzuführen sein, dass die Formulierung verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zulässt oder dass andere Fälle als so ähnlich betrachtet werden, dass es aus rechtlicher Sicht Sinn macht, diese gleich zu behandeln.⁸⁶ Das bedeutet, dass durch eine extensive Auslegung des Wortsinns auch ähnliche Fälle unter eine Norm subsumiert werden können. Die Auslegung bewegt sich jedoch immer noch im Rahmen des noch möglichen Wortsinns. Wenn die Interpretation jedoch über die Grenzen des Wortsinns hinausgeht, handelt es sich nicht mehr um eine extensive Auslegung, sondern um einen Analogieschluss (vgl. 2.4.2.1), welcher der richterlichen Rechtsfortbildung zuzuordnen ist. Die Abgrenzung zwischen der extensiven Auslegung und der Analogie sind jedoch fließend und abgesehen vom strafrechtlichen Analogieverbot nicht von grosser praktischer Bedeutung.⁸⁷

Die Funktionsweise der extensiven Auslegung lässt sich besonders gut am Beispiel des Begriffs «Schüler» verdeutlichen. So würde man durch extensive Auslegung einer Norm, welche nach ihrem Wortlaut auf «Schüler» Anwendung findet, zum Schluss kommen, dass unter den Begriff «Schüler» auch «Berufsschüler» subsumiert werden können. Im Gegensatz dazu wäre die Grenze zur Analogie wohl überschritten, wenn der Begriff «Schüler» auch auf «Studenten» ausgeweitet würde.⁸⁸

2.3.7.3 *Restriktive Auslegung*

Das Pendant zur extensiven Auslegung ist die restriktive Auslegung, entsprechend kommt diese zur Anwendung, wenn der Rechtsgedanke einer Bestimmung weniger weit reicht als ihr Wortlaut. Im Sinne einer restriktiven Auslegung hat etwa der EGMR entschieden, dass die Formulierung «ungebührliche oder beleidigende Äusserungen» des Art. 8 Ziff. 2 EMRK in Bezug auf die Beschränkungen des Briefverkehrs auf Ausdrücke wie "Affenpack" und "Spanner" keine

⁸⁶ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 12.

⁸⁷ KRAMER, S. 71 f.

⁸⁸ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 13.

Anwendung findet.⁸⁹ Die restriktive Auslegung hat wiederum nur eine fließende Grenze zur teleologischen Reduktion (vgl. 2.4.2.3).⁹⁰

2.3.7.4 Einzelfallgerechtigkeit

Ein Beispiel für eine teleologische Auslegung findet sich in BGE 117 Ia 387, wo das Bundesgericht zu beurteilen hatte, ob Art. 6 Ziff. 1 EMRK, wonach «Presse und Öffentlichkeit»⁹¹ unter gewissen Umständen vom Verfahren ausgeschlossen werden können, auch dahingehend ausgelegt werden kann, dass zwar die Öffentlichkeit grundsätzlich ausgeschlossen wird, die Pressevertreter und Pressevertreterinnen jedoch der Hauptverhandlung beiwohnen dürfen.⁹² Das Bundesgericht argumentierte, dass die Annahme, dass der Ausschluss der Öffentlichkeit zwingend mit dem Ausschluss der Presse einhergehen muss, nicht dem Sinn und Zweck des Art. 6 Ziff. 1 EMRK entspreche. Diese Vorschrift diene nämlich der staatlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit oder dazu schützenswerte Interessen der Prozessparteien zu wahren. Ob es im Rahmen einer Verhandlung geboten sei, die Öffentlichkeit und die Presse auszuschliessen, erfordert eine Abwägung der jeweils betroffenen Interessen. Deshalb ist es Aufgabe der Gerichte abzuwägen, ob und in welchem Umfang sie den Interessen der Prozessparteien und dem öffentlichen Interesse an der Information der Allgemeinheit Rechnung tragen. Entsprechend sei es zulässig, wenn das öffentliche Interesse berücksichtigt wird und die Presse zur Verhandlung zugelassen wird.⁹³

2.3.8 Weitere Elemente

Neben den vier bisher thematisierten klassischen Elementen der Gesetzesauslegung werden von der Doktrin und der Praxis noch weitere Auslegungskriterien berücksichtigt. Dazu gehören neben der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch das realistische Element, welches verlangt, dass auch die *Realien*, also die tatsächlichen naturwissenschaftlichen, technischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten ebenso wie die überwiegend geteilten

⁸⁹ BGE 119 Ia 71, E. 3c; EGMR vom 25.02.1992, Pfeifer und Plankl gegen Österreich, Nr. 10802/84, § 47.

⁹⁰ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 16.

⁹¹ Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

⁹² BGE 117 Ia 387, S. 388 ff.

⁹³ BGE 117 Ia 387, S. 391, E. 3; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 123.

gesellschaftlichen Anschauungen und Wertvorstellungen, die Praktikabilität und Umsetzbarkeit in die Auslegung miteinfließen.⁹⁴

2.3.8.1 *Einzelfallgerechtigkeit*

Ein Beispiel für die Beziehung von Realien in Form einer Expertenbefragung geht aus BGE 125 III 312 hervor, in welchem es darum ging, mit welchem Zinssatz der Schaden aus einem künftigen Verdienstaussfall zu kapitalisieren sei.⁹⁵ Um die Frage zu beantworten, hat sich die I. Zivilabteilung an verschiedene Personen und Institutionen gewendet, um von diesen die nötigen Expertisen einzuholen.⁹⁶ Gestützt auf die Expertenaussagen hat das Bundesgericht im Ergebnis festgehalten, dass es nicht geboten sei, eine Praxisänderung vorzunehmen, da es keine Anhaltspunkte dafür gab, dass sich die Ertragslage der in Frage stehenden Anlagen in absehbarer Zukunft verschlechtern könnte.⁹⁷

2.4 **Abgrenzung zur richterlichen Rechtsfortbildung**

Grundsätzlich gilt, dass es Aufgabe der Gerichte ist, Recht anzuwenden und in diesem Zusammenhang auch diejenigen Rechtsnormen auszulegen, welche ihrem Wortlaut nach nicht eindeutig sind. Hingegen ist die Gesetzgebung grundsätzlich Aufgabe der Legislative und zuweilen auch des Volks. Diese Trennung geht auf das Gewaltenteilungsprinzip zurück, wonach die Legislative und die Judikative grundsätzlich voneinander getrennte Aufgaben wahrnehmen. Die Trennung von Legislative und Judikative ist sodann auch im Hinblick auf das demokratische Prinzip (vgl. 3.2) des schweizerischen Rechtsstaats wesentlich. Zuständig für die Gesetzgebung sind in diesem Sinne die durch das Volk gewählten Abgeordneten und das Volk selbst. Diese an sich klare Trennung wird aber durch die Tatsache aufgeweicht, dass das Gesetz lückenhaft ist.⁹⁸ Die Lückenhaftigkeit des Gesetzes wird heute kaum mehr ernstlich bestritten und geht teilweise schon aus dem Gesetzestext selbst hervor, so z.B. in Art. 1 Abs. 2 ZGB.⁹⁹ Die Aufgaben der Lückenfüllung in einem konkreten Streitfall obliegt demjenigen Gericht, welches sich mit dem Fall befasst.¹⁰⁰ Durch das Vorliegen von Lücken wird also das Schaffen neuer Regeln in die Hände der Judikative gelegt, dies ergibt sich schon aus dem in Art. 29 Abs. 1 BV statuierten Verbot der Verweigerung oder Verzögerung eines Rechtsanwendungsaktes, wonach

⁹⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 124; RUDOLPH, Rz. 148.

⁹⁵ BGE 125 III 312, E. 1.

⁹⁶ BGE 125 III 312, E. 4.

⁹⁷ BGE 125 III 312, E. 7.

⁹⁸ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 3 ff; KRAMER, S. 209.

⁹⁹ KRAMER, S. 209 f.

¹⁰⁰ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 20.

Rechtsunterworfenen einen Anspruch darauf haben, dass Gerichte und Verwaltungsbehörde innert einer angemessenen Frist handeln. Andernfalls würde die zuständige rechtsanwendende Instanz eine Rechtsverweigerung begehen. Darüber hinaus trägt die richterliche Rechtsfortbildung auch der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit Rechnung.¹⁰¹ Die Grenzen zwischen Auslegung und Lückenfüllung sind in der Praxis fließend.¹⁰² Grundsätzlich kann jedoch gesagt werden, dass das Gericht sich so lange im Rahmen der Auslegung bewegt, als es unter Berücksichtigung der im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Werte den Sinn einer Norm bestimmt. Hingegen ist von Rechtsschöpfung auszugehen, wenn das Gericht das Gesetz ergänzen muss, weil darin nur die Richtung gewiesen wird.¹⁰³ In anderen Worten ausgedrückt: Die richterliche Rechtsschöpfung beginnt dort, wo die Auslegung endet, nämlich bei der Wortsinnngrenze.¹⁰⁴ Praktisch ist die Unterscheidung von Rechtsschöpfung und Auslegung – abgesehen vom Analogieverbot nach Art. 1 StGB (vgl. 3.1.2) – nicht von grosser Bedeutung, denn sowohl für die Auslegung und die Gesetzergänzung gelten die gleichen Grundsätze, da namentlich beide auf das gleiche Ergebnis ausgerichtet sind, nämlich die Rechtsfindung. Hinzu kommt, dass heute auch im Falle der blossen Auslegung von Gesetzen davon ausgegangen wird, dass das Gericht eine rechtsschöpferische Tätigkeit wahrnimmt.¹⁰⁵

2.4.1 Arten von Lücken

Lücken liegen vor, wenn nach den gegenwärtigen Wertungen und Prinzipien unserer Rechtsordnung eine gesetzliche Regelung für einen bestimmten Sachverhalt eigentlich erforderlich wäre, im Gesetz jedoch keine solche Regelung vorliegt. Es handelt sich somit um eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts.¹⁰⁶ Das Gericht übernimmt in diesem Fall die Aufgabe, in Manier der gesetzgebenden Instanz eine gegebene Ordnung zu vervollständigen. Wobei es seine Regelung so gestalten muss, dass sich diese widerspruchlos in das bestehende Gesetzesrecht einfügt.¹⁰⁷ In der Literatur und Rechtsprechung werden verschiedene Arten von Lücken unterschieden, wobei es bis heute keine einheitliche Begriffs- und Kategorienbildung

¹⁰¹ BAUMANN, N. 48.

¹⁰² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 138.

¹⁰³ HRUBESCH-MILLAUER, BK, Art. 4 ZGB Rz. 355.

¹⁰⁴ KRAMER, S. 205.

¹⁰⁵ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 22 ff; RUDOLPH, Rz. 173.

¹⁰⁶ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 44.

¹⁰⁷ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 129.

gibt.¹⁰⁸ Heute erscheint jedoch die Unterscheidung von Lücken *intra legem*, *praeter legem* und den Ausnahmelücken als sachgerecht.

2.4.1.1 *Lücken praeter legem*

Wenn das Gesetz bis zur Grenze seines möglichen Wortsinns ausgelegt wird, ihm dennoch die erforderliche Regelung nicht entnommen werden kann, handelt es sich um eine Lücke *praeter verba legis* (ausserhalb des Gesetzeswortlaut). Dem Gesetz fehlt es somit an einer Regelung, welche tatsächlich erforderlich wäre.¹⁰⁹ Das Fehlen der erforderlichen Regelung wird durch Auslegung festgestellt, weshalb diese Art von Lücke auch als «*teleologische Lücke*» bezeichnet wird. Um eine teleologische Lücke zu schliessen, behilft sich das Gericht einem Analogieschluss (vgl. 2.4.2.1). Die teleologische Lücke ist bei weitem die bedeutendste und häufigste Form der Lücken *praeter legem*.¹¹⁰ Es gibt jedoch noch weitere Erscheinungsformen der Lücke *praeter legem*, so kann sie etwa in Form einer «*technischen Lücke*» vorkommen. Von technischen Lücken ist die Rede, wenn ein Gesetz eine staatliche Aufgabe festhält, darüber hinaus aber das zuständige Organ oder das Verfahren, welches einzuhalten ist, nicht nennt.¹¹¹ Eine weitere Erscheinungsform ist die «*Kollisionslücke*», welche sich aus zwei einander widersprechenden Rechtsnormen ergibt. Die beiden Rechtsnormen heben sich in diesem Fall gegenseitig auf, was dazu führt, dass ohne Auslegung keine der Normen Anwendung finden könnte.¹¹² Die Ursachen von Lücken *praeter legem* sind vielfältiger und können sich etwa aus dem technologischen Fortschritt ergeben, mit welchem die gesetzgebende Instanz nicht Schritt halten kann. Die Ursache kann jedoch auch einer unsorgfältigen oder unvollständigen Gesetzesredaktion entstammen.¹¹³

2.4.1.2 *Lücken intra legem*

Lücken *intra legem* werden auch als *Delegationslücken* bezeichnet, da in solchen Fällen die Legislative die Aufgabe, die notwendigen Entscheidungsgrundlagen für einen konkreten Fall zu schaffen, auf das Gericht überträgt. In anderen Worten handelt es sich dabei um *generalklauselhafte* Rechtsnormen, welche auf richterliches Ermessen verweisen.¹¹⁴ Im Falle einer

¹⁰⁸ RUDOLPH, Rz. 162; FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 59.

¹⁰⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 60; KRAMER, S. 220.

¹¹⁰ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 65; KRAMER, S. 222.

¹¹¹ KRAMER, S. 220 f.

¹¹² KRAMER, S. 222.

¹¹³ RUDOLPH, Rz. 165.

¹¹⁴ KRAMER, S. 218.

Lücke *intra legem* wird demnach eine Frage zwar vom Gesetz geregelt, die anzuwendende Norm enthält aber typischerweise unbestimmte Rechtsbegriffe, welche einer zusätzlichen Wertung durch die Gerichte bedürfen. Als Beispiel für solche unbestimmte Rechtsbegriffe gelten etwa «wichtige Gründen»¹¹⁵, «besondere Umstände»¹¹⁶, «Ermessen»¹¹⁷, «Billigkeit»¹¹⁸ und «Treu und Glauben»¹¹⁹.¹²⁰ Delegationslücken sind sodann exemplarisch für den fließenden Übergang zwischen Auslegung und richterliche Rechtsschöpfung. Zwar handelt es sich bei der gerichtlichen Interpretation von gesetzlich unbestimmten Rechtsbegriffen formell noch immer um Auslegung, weil sich die Rechtsfindung gerade innerhalb des Wortsinns der fraglichen Norm bewegt. Weil aber der Interpretationsspielraum durch die offene Formulierung besonders gross ist, liegt faktisch eine Lücke vor, welche durch die Schaffung von Richterrecht zu schliessen ist.¹²¹

2.4.1.3 *Ausnahmelücken*

Die Ausnahmelücke verhält sich zur Lücke *praeter legem* spiegelbildlich, ihr Wortsinn ist demnach nicht zu eng, sondern zu weit gefasst. Es werden Fälle von klarem Wortsinn einer Norm erfasst, obschon diese eigentlich nicht erfasst sein sollten.¹²² Eine Ausnahmelücke liegt somit dort vor, wo eine gebotene Ausnahme von der Regel nicht erlassen wurde. Die Lücke besteht in diesem Fall im Fehlen einer einschränkenden Bestimmung. In Fällen von Ausnahmelücken wird nach einer Lückenschliessung mittels der teleologischen Reduktion (vgl. 2.4.2.3) verlangt.¹²³

2.4.1.4 *Qualifiziertes Schweigen*

Nicht überall, wo das Gesetz keine Regelung vorsieht, ist von einer Lücke auszugehen. Es gibt sodann auch jene Fälle, in denen das Gesetz eben gerade nicht planwidrig unvollständig ist, sondern durch sein Schweigen die Rechtslage korrekt zum Ausdruck bringt. Ein solches

¹¹⁵ Art. 337 OR; Art. 418 OR; Art. 545 Abs. 2 OR.

¹¹⁶ Art. 47 OR.

¹¹⁷ Art. 42 Abs. 2 OR; Art. 50 Abs. 2 OR; Art. 52 Abs. 2 OR; Art. 100 Abs. 2 OR.

¹¹⁸ Art. 26 Abs. 2 OR; Art. 39 Abs. 2 OR; Art. 54 Abs. 1 OR.

¹¹⁹ Art. 2 Abs. 1 ZGB.

¹²⁰ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 73 ff.

¹²¹ RUDOLPH, Rz. 164;

¹²² KRAMER, S. 223 f.

¹²³ RUDOLPH, Rz. 168.

qualifiziertes Schweigen soll ausdrücken, dass in diesem Fall keine Regelung vorgesehen ist. Für die rechtsanwendenden Behörden bedeutet ein qualifiziertes Schweigen, dass sie nicht zur richterlichen Rechtsfortbildung legitimiert sind. Da die gesetzgebende Instanz die betreffende Regelung schon abschliessend normiert hat.¹²⁴

2.4.2 Arten der Lückenfüllung

2.4.2.1 Analogieschluss

In der Praxis gilt der Analogieschluss (*argumentum per analogiam*) als das wichtigste Mittel zur Lückenfüllung.¹²⁵ Der Analogieschluss kann dort angewendet werden, wo ein Sachverhalt zwar nach dem Wortsinn einer Rechtsnorm die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, dieser jedoch auf Grund seiner Ähnlichkeit trotzdem unter die Rechtsnorm subsumiert werden soll.¹²⁶ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt ein Analogieschluss hinreichend gleich gelagerte Verhältnisse voraus. Entsprechend müssen derjenige Sachverhalt, auf den eine Rechtsnorm bereits Anwendung findet, und jener, bezüglich welchem sich die Frage nach der Möglichkeit eines Analogieschlusses stellt, hinreichende sachliche Gemeinsamkeiten aufweisen.¹²⁷ Obwohl die Grenzen zwischen extensiver Auslegung und Analogie fließend sind, wird die Analogie strenggenommen nicht mehr der Auslegung zugeordnet, sondern der Rechtsfortbildung.¹²⁸ Ein Analogieschluss liegt demnach dort vor, wo die Interpretation oder eben die richterliche Rechtsfortbildung über die Wortsinnngrenze einer Norm hinaus geht.¹²⁹ Anders formuliert, behilft man sich dort eines Analogieschlusses, wo dem Wortsinn einer Norm trotz extensiver Auslegung keine Regelung für einen ähnlich gelagerten Fall zu entnehmen ist.

2.4.2.2 Umkehrschluss

Der Umkehrschluss (*argumentum e contrario*) ist das Gegenstück zum traditionellen Analogieschluss und basiert ebenfalls auf einer analogischen Struktur. Anders als beim Analogieschluss wird beim Umkehrschluss jedoch angenommen, dass eben gerade keine Gesetzeslücke vorliegt, sondern ein qualifiziertes Schweigen. Aus dem Umstand, dass eine bis zur Grenze des noch

¹²⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 44 ff.

¹²⁵ KRAMER, S. 226; RUDOLPH, Rz. 172.

¹²⁶ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 28.

¹²⁷ BGE 130 V 71, E. 3.2.1.

¹²⁸ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 12; KRAMER, S. 205.

¹²⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 108; KRAMER, S. 63.

möglichen Wortsinns ausgelegte Norm den zu beurteilenden Fall nicht erfasst, wird somit der Schluss gezogen, dass sich das Gesetz bewusst ausschweigt und der infrage stehende Fall gerade nicht erfasst werden soll. Der Umkehrschluss anerkennt demnach, dass die Rechtsnorm abschliessenden Charakter hat und nicht analog auf einen weiteren Fall angewendet werden kann.¹³⁰ Deshalb ist von einem Umkehrschluss grundsätzlich auch dort auszugehen, wo es ein Analogieverbot gibt, namentlich also im Strafrecht.¹³¹

2.4.2.3 Teleologische Reduktion

Die teleologische Reduktion bezeichnet eine zweckmotivierte Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Rechtsnorm auf weniger als die innere Wortlautgrenze. Bei der teleologischen Reduktion wird somit im Gegensatz zur Analogie der Anwendungsberiech einer Norm nicht auf andere Fälle ausgeweitet, sondern schliesst einen Fall von dem Anwendungsberiech aus, obwohl dieser nach Wortlaut unter die Norm zu subsumieren gewesen wäre. Bei der teleologischen Reduktion wird davon ausgegangen, dass eine bestimmte Fallgruppe zwar vom Wortlaut einer Norm, nicht aber von deren Zweck erfasst wird. Sie dient dazu, eine verdeckte Lücke oder Ausnahmelücke zu schliessen und den Anwendungsbereich einer Norm mit ihrem Zweck in Einklang zu bringen. Entsprechend kommt die teleologische Reduktion dann zur Anwendung, wenn eine Regelung zu undifferenziert ist, und eine eigentlich erforderliche Ausnahme nicht vorsieht. Die teleologische Reduktion ist damit das Spiegelbild zum Analogieschluss.¹³² Zwar wird die Zulässigkeit der teleologischen Reduktion von einer Mindermeinung immer noch bestritten, das Bundesgericht wendet sie jedoch seit jeher an und hat sie sodann in BGE 121 III 219 ausdrücklich anerkannt:¹³³ *«Bei der teleologischen Reduktion handelt es sich [...] um einen zulässigen Akt richterlicher Rechtsschöpfung und nicht um einen unzulässigen Eingriff in die rechtspolitische Kompetenz des Gesetzgebers [...].»*¹³⁴ Allerdings ist die Anwendung der teleologischen Reduktion nur da geboten, wo sie durch Hinzufügen einer sinngemässen Einschränkung zur Rückführung des Normtextes auf die ratio legis eingesetzt wird, nicht aber wenn sie zur Nichtanwendung unwillkommener Regelungen führen soll.¹³⁵

¹³⁰ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 65; HÄNNI, Verfassungsstruktur, S. 71.

¹³¹ KRAMER, S. 238.

¹³² FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 69 f; RUDOLPH, Rz.181 f.

¹³³ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 70 f; HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 16 f; KRAMER, S. 256.

¹³⁴ BGE 121 III 219, E. 1aa.

¹³⁵ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 16; KRAMER, S. 252.

2.5 Grenzen der richterlichen Rechtschöpfung

Die Gerichte sind dazu verpflichtet, Rechtsfragen zu beantworten, welche für ihr Urteil im konkreten Fall wesentlich sind. Um eine solche Antwort geben zu können, müssen sie sich wo nötig auch rechtsschöpferisch betätigen, da sie andernfalls eine unzulässige Rechtsverweigerung nach Art. 29 Abs. 1 BV begehen würden. Demgegenüber steht jedoch der Grundsatz der Gewaltenteilung, nach welchem die Zuständigkeit zur Rechtsetzung grundsätzlich bei der Legislative liegt. Für die Gerichte bedeutet dies, dass es an die Gesetze gebunden ist und dessen Lücken nur nach den der Rechtsordnung zugrunde liegenden Prinzipien und Wertungen schliessen darf. In diesem Sinne beschränkt sich die richterliche Rechtsfortbildung auf taktische Entscheidungen, die strategische Entscheide sind hingegen der Legislative zu überlassen.¹³⁶ Das Gericht hat sich also an gewisse Grenzen bei der Rechtsfindung zu halten. Dazu gehört, dass sie im Rahmen der Lücken *praeter legem* nicht dazu befugt sind, ein rechtspolitisches *Desideratum* zu verwirklichen, da dies in der Kompetenz der gesetzgebenden Instanz liegt, welche überdies die notwendigen Ressourcen für ein solches Unterfangen besitzt.¹³⁷

Die Grenzen der Zulässigkeit zur Schliessung einer Ausnahmelücke durch eine teleologische Reduktion wird sodann überschritten, wenn das Gericht eine Gesetzeskorrektur vornimmt, welche dem tatsächlichen Normsinn widerspricht. Dabei würde es sich namentlich um ein *Judizieren contra rationem legis* handeln.¹³⁸ Es gibt jedoch auch Ausnahmen von der unzulässigen Gesetzeskorrektur, so etwa in jenen Fällen, in denen das Resultat der Rechtsanwendung ohne das korrigierende Eingreifen dermassen unangemessen wäre, dass sich eine richterliche Berichtigung aufdrängt.¹³⁹ Die Legitimation für eine solche Berichtigung lässt sich schon aus dem Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB ableiten, wonach ein offener Missbrauch des Rechts keinen Rechtsschutz findet. In Fällen, in denen das strikte Befolgen des formalen Rechts zu materiell krassem Unrecht führen würde, handelt es sich bei der Berichtigung durch richterliche Rechtsfortbildung nicht um eine unzulässige Gesetzeskorrektur.¹⁴⁰ Auch dort, wo sich die gesetzgebende Instanz bei der Rechtsetzung über gewisse Tatsachen geirrt hat oder sich die Sachlage seit dem Erlass einer Regelung derart gewandelt hat, dass ihre Anwendung nach dem gegenwärtigen Verhältnis als rechtsmissbräuchlich gelten würde, ist eine Berichtigung möglich.¹⁴¹

¹³⁶ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 81 ff.

¹³⁷ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 93; KRAMER, S. 215.

¹³⁸ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 93; KRAMER, S. 257; KRAMER, *Judizieren contra legem*, S. 186.

¹³⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 15 Rz. 96 f.

¹⁴⁰ FORSTMOSER/VOGT, § 10 Rz. 93, § 15 Rz. 97; LEHMAN/HONSELL, BSK, Art. 2 Abs. 2 ZGB Rz. 27.

¹⁴¹ FORSTMOSER/VOGT, § 10 Rz. 100.

2.6 Fazit

Damit Gerichte sich trotz zuweilen unpräzisen oder gar lückenhaften Gesetzen nicht der Rechtsverweigerung schuldig machen, müssen sie die Möglichkeit haben, diese auszulegen, und zwar so, dass sie zu einem möglichst gerechten Urteil finden, ohne dabei denn Sinn und Zweck einer Norm zu missachten. Aus diesem Grund folgt das Bundesgericht seit nun bald 30 Jahren einem pragmatischen Methodenpluralismus. Pragmatisch ist dieser Methodenpluralismus, weil die verschiedenen Auslegungselemente, das grammatikalische, das systematische, das historische und das teleologische Auslegungselement keiner festen Rangordnung unterstellt sind. Dies ermöglicht dem Bundesgericht bei der Auslegung von generell-abstrakten Normen einen gewissen Gestaltungsspielraum, um den Einzelfall und dessen konkreten Gegebenheiten angemessen berücksichtigen zu können. Darüber hinaus soll er aber auch dazu dienen, dass das Bundesgericht seiner Pflicht nach Art. 1 Abs. 2 ZGB gerecht wird, nämlich, dass es *«nach der Regel entscheidet, welche es als Gesetzgeber aufstellen würde.»* Das Bundesgericht schafft mit seiner Rechtsprechung nämlich tatsächlich Recht und muss deshalb neben der Einzelfallgerechtigkeit auch immer beachten, dass es seine Entscheidungen im Dienst einer generalisierenden Rechtsverwirklichung zu fällen hat. Diese beiden fast schon widersprüchlichen Pflichten sind wohl nur mit Hilfe einer gewissen Flexibilität zu meistern. Weshalb ein pragmatischer Methodenpluralismus ein geeignetes Mittel erscheint, um am Ende ein möglichst befriedigendes Ergebnis erreichen zu können. In diesem Sinne ist festzuhalten, dass der pragmatische Methodenpluralismus der Einzelfallgerechtigkeit tatsächlich dient.

3 Der pragmatische Methodenpluralismus im Rechtsstaat

Nachdem die Grundzüge des pragmatischen Methodenpluralismus und des Richterrechts aufgezeigt worden sind und ihre Bedeutung für den Einzelfall aufgezeigt wurde, sollen in diesem Kapitel die Herausforderungen und Kontroversen betrachtet werden, welche mit der richterlichen Auslegung und der richterlichen Rechtschöpfung einhergehen können. Dazu soll unter Beachtung der gesetzlichen Grundlagen geprüft werden, wie sich das Richterrecht mit den wichtigsten Grundsätzen des schweizerischen Rechtsstaats vereinbaren lässt. In einem ersten Schritt wird dazu das Legalitätsprinzip und seine Bedeutung für die Rechtsanwendung thematisiert. In diesem Zusammenhang wird in einem nächsten Schritt das Gewaltenteilungsprinzip und insbesondere die fehlende demokratische Legitimation des Richterrechts im Fokus stehen. Schliesslich wird sich dieses Kapitel mit den Auswirkungen des Richterrechts auf die Rechtssicherheit und die Vorhersehbarkeit des Rechts auseinandersetzen, wobei auch auf das richterliche Vorverständnis und dessen Bedeutung für die Urteilsfindung eingegangen wird.

3.1 Legalitätsprinzip

Der Gesetzesmässigkeitsgrundsatz ist ein fundamentales Element jedes Rechtsstaates.¹⁴² Nach dem Legalitätsprinzip hat jedes staatliche Handeln gesetzmässig zu sein. Daraus ergeben sich zwei zentrale Anforderungen an das staatliche Handeln. Zum einen muss sich jedes Tätigwerden der Gerichte und Behörden auf eine generell-abstrakte Norm stützen können. Zum anderen ist staatliches Handeln an die gültigen Rechtsnormen gebunden. Das bedeutet, dass staatliche Instanzen nur dort tätig werden dürfen, wo sie vom Gesetz dazu ermächtigt werden. Dabei haben sie so vorzugehen, wie die Rechtsordnung es vorschreibt.¹⁴³ Es stellt sich somit die Frage, ob der pragmatische Methodenpluralismus mit dem Legalitätsprinzip zu vereinbaren ist, schliesslich kommt die richterliche Interpretation gerade dort zum Zuge, wo eine generell-abstrakte Norm nicht eindeutig ist, wo also scheinbar keine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage vorliegt.

3.1.1 Art. 5 Abs. 1 BV Legalitätsprinzip

«Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»¹⁴⁴

¹⁴² UHLMANN/FLEISCHMANN, S.8.

¹⁴³ FORSTMOSER/VOGT, § 7 Rz. 20 ff.

¹⁴⁴ Art. 5 Abs. 1 BV.

In Art. 5 BV werden die Grundsätze des rechtstaatlichen Handelns aufgezählt, wobei in Abs. 1 das Legalitätsprinzip statuiert wird, wodurch das Recht zum Ausdruck der demokratischen Legitimation wird. Überdies wird dadurch ein vorhersehbares Staatshandeln garantiert.¹⁴⁵ Die Formulierung in Art. 5 Abs. 1 BV definiert indessen nicht genauer was unter dem Begriff «*Recht*» zu verstehen ist. Die Botschaft stellt jedoch klar, dass unter dem in Abs. 1 festgehaltenen Begriff «*Recht*» nur generell-abstrakte Normen verstanden werden, da die Allgemeinheit des Gesetzes auch die Wahrung der Rechtsgleichheit sicherstellen soll. Weiterhin wurde in der Botschaft auch festgehalten, dass der Begriff «*Recht*» Rechtsnormen unabhängig von ihrem Rang abdecke (nationales und internationales Recht sowie Verfassungs-, Gesetzes-, und Verordnungsrecht).¹⁴⁶

3.1.1.1 *Erfordernis der Gesetzesform*

Die hierarchische Struktur der Gesetzte steht mit derer demokratischsten Legitimation in Zusammenhang. Grundsätzlich gilt, dass mit sinkender Normstufe auch die Legitimation abnimmt. So unterstehen Annahme und Änderung von Verfassungsrecht in Bund und Kantonen dem obligatorischen Referendum (Art. 140 Abs. 1 lit. a und Art. 51 Abs. 1 BV) und sind damit die am höchsten legitimierten Rechtsätze des Landesrechts. Das Gesetzesrecht unterliegt regelmässig dem fakultativen Referendum (für den Bund Art. 141 Abs. 1 lit. a BV), hingegen werden Verordnungen ohne die direkte Mitwirkung des Volkes durch die zuständigen Behörden jeweils in eigener Kompetenz erlassen. Die Normenhierarchie geht sodann grundsätzlich auch mit der gegen unten abnehmenden Wichtigkeit einher (vgl. Art. 164 Abs. 1 BV).¹⁴⁷ Die Normstufe ist aus Sicht des Legalitätsprinzips insofern von besonderer Relevanz, da sich die Anforderungen an die Normstufe nach der Tragweite des staatlichen Handelns richtet. Eine staatliche Massnahme, welche besonders wichtig ist oder einen schweren Eingriff in die Grundrechte der Rechtsunterworfenen zur Folge hat, muss sich namentlich auf ein Gesetz im «*formellen Sinn*» stützen können, während für weniger schwerwiegende Eingriffe eine Grundlage in Form eines Gesetzes im «*materiellen Sinn*» genügt.¹⁴⁸ Als Gesetze im «*formellen Sinn*» werden jene Erlasse bezeichnet, welche in einem verfassungsmässigen Gesetzgebungsverfahren ergangen sind (sie werden in der Regel als Gesetz bezeichnet). Unter einem Gesetz im «*materiellen Sinn*»

¹⁴⁵ SCHINDLER, St. Galler Kommentar, Art. 5 BV, Rz. 20.

¹⁴⁶ BBI 1997 132; SCHINDLER, St. Galler Kommentar, Art. 5 Abs. 1 BV, Rz. 21.

¹⁴⁷ SCHINDLER, St. Galler Kommentar, Art. 5 Abs. 1 BV, Rz. 24.

¹⁴⁸ UHLMANN/FLEISCHMANN, S.8.

werden hier nur jene generell-abstrakte Norme gemeint, welche nicht im formellen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden.¹⁴⁹

3.1.1.2 Das Erfordernis des Rechtssatzes/der genügenden Normdichte

Damit sich das staatliche Handeln zulässigerweise auf eine gesetzliche Grundlage stützen kann, müssen Rechtssätze auch in Bezug auf ihre Bestimmtheit gewisse Voraussetzung erfüllen. Das Erfordernis des Rechtssatzes wird durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung wie folgt definiert:

«Die Rechtsnorm soll so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten bzw. die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit voraussehen kann.»¹⁵⁰

Allerdings ist bei den Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm auch zu beachten, dass eine generell-abstrakte Norm, welche gerade darauf ausgelegt ist, eine Vielzahl von Fällen zu regeln, nur mit begrenzter Präzision erlassen werden kann.¹⁵¹ Normtexte, welche jede Facette des staatlichen Handelns möglichst umfassend und bis ins kleinste Detail regeln und legitimieren wollen, tendieren nämlich zur Komplexität und Unübersichtlichkeit, was wiederum der Vorhersehbarkeit als Kernanliegen des Legalitätsprinzips schaden würde.¹⁵² Es liegt in der Natur der Sache, dass eine generell-abstrakte Norm gerade dazu dienen soll, eine Vielzahl von Fällen zu regeln und deswegen dem Einzelfall nicht oder nicht immer Rechnung tragen kann. In diesem Sinne hält auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung fest, dass das Erfordernis der genügenden Normdichte nicht auszuschliessen vermag, dass den anwendenden Behörden durch einen Rechtsatz ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, solange das Ziel der Regelung hinreichend bestimmt ist und somit eine angemessene Kontrolle über die Handhabung der Norm möglich bleibt. Entsprechend kann die gesetzgebende Instanz nicht vollständig auf die Verwendung allgemeiner Begriffe verzichten, welche erst durch die Auslegung der Behörden konkretisiert werden. Wenn nämlich auf solche Begriffe gänzlich verzichtet würde, könnten die Gerichte die Vielgestaltigkeit der Verhältnisse nicht gebührend berücksichtigen.¹⁵³

¹⁴⁹ SCHINDLER, St. Galler Kommentar, Art. 5 Abs. 1 BV, Rz. 24.

¹⁵⁰ BGE 125 I 361, E. 4.a; SCHINDLER, St. Galler Kommentar, Art. 5 Abs. 1 BV, Rz. 37.

¹⁵¹ SCHINDLER, St. Galler Kommentar, Art. 5 Abs. 1 BV, Rz. 35.

¹⁵² SCHINDLER, St. Galler Kommentar, Art. 5 Abs. 1 BV, Rz. 32.

¹⁵³ BGE 125 I 361, E. 4.a; BGE 123 I 112, E. 7a.

3.1.2 Art. 1 StGB Keine Sanktion ohne Gesetz

«Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt.»¹⁵⁴

Der in Art. 1 StGB statuierte Grundsatz *«keine Strafe ohne Gesetz»* (nulla poena sine lege) ist ein weiterer direkter Ausfluss des Legalitätsprinzips und dient dem Schutz vor staatlicher Willkür und der Rechtssicherheit.¹⁵⁵ Dieser Grundsatz gilt sodann als verletzt, wenn ein Bürger für eine Handlung strafrechtlich verfolgt wird, die nicht als strafbar im Gesetz definiert ist oder wenn das Gesetz, welches eine Handlung als strafbar definiert, als ungültig angesehen wird. Die Bedeutsamkeit, die dem Art. 1 StGB in Bezug auf die Auslegung und die richterliche Rechtsfortbildung zukommt, liegt demnach darin, dass ein Gericht eine Handlung grundsätzlich nicht unter eine Strafnorm subsumieren darf, wenn dies die Grenzen der Auslegung überschreiten würde.¹⁵⁶ Konkret bedeutet dies, dass die Gerichte auch im Strafprozess zur Auslegung von Rechtsätzen legitimiert sind, darüber hinaus sind sie aber grundsätzlich nicht befugt, im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung einen Analogieschluss zum Nachteil des Angeklagten vorzunehmen.¹⁵⁷ Umgekehrt widerspricht ein Analogieschluss dem in Art. 1 StGB festgehaltenen Grundsatz von vornherein nicht, wenn dieser zugunsten des Angeklagten wirkt. Die hohen Anforderungen an das Legalitätsprinzip gelten deshalb etwa für Schuldausschliessungsgründe nicht. Jedoch löst sich das Bundesgericht auch vom strikten Analogieverbot bezüglich der Auslegung zum Nachteil des Angeklagten und verneint die Wortsinnngrenze als Grenze der richterlichen Rechtsanwendung. Begründet wird diese Auffassung vor allem dadurch, dass die Rechtsanwendung darauf ausgerichtet sein muss, aus dem Normsinn ein befriedigendes Ergebnis zu gewinnen. Dabei sei eine Kongruenz zwischen Sinn und Wortlaut nicht erforderlich. Diese Loslösung vom strikten Analogieverbot ergibt sich sodann auch daraus, dass auch im Rahmen des Strafrechts keine Lückenlosigkeit existiert. Wenn es also einer Strafnorm an Bestimmtheit fehlt, ist es nach Meinung der bundegerichtlichen Rechtsprechung möglich, eine solche teleologische Lücke mittels Analogieschluss zu schliessen.¹⁵⁸

«Der Gesetzestext ist Ausgangspunkt der Gesetzesanwendung. Selbst ein klarer Wortlaut bedarf aber der Auslegung, wenn er vernünftigerweise nicht der wirkliche Sinn des Gesetzes sein kann. Massgebend ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich

¹⁵⁴ Art. 1 Abs. 1 StGB.

¹⁵⁵ TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Praxiskommentar StGB, Art. 1 StGB Rz. 3.

¹⁵⁶ TRECHSEL/FATEH-MOGHADAM, Praxiskommentar StGB, Art. 1 StGB Rz. 1.

¹⁵⁷ KRAMER, S. 47.

¹⁵⁸ POPP/BERKEMEIER, BSK, Art. 1 StGB Rz. 36.

namentlich aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann. Sinngemässe Auslegung kann auch zu Lasten des Beschuldigten vom Wortlaut abweichen. Im Rahmen solcher Gesetzesauslegung ist auch der Analogieschluss erlaubt; denn er dient dann lediglich als Mittel sinngemässer Auslegung. Der Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 1 StGB) verbietet bloss, über den dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommenden Sinn hinauszugehen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt wird»¹⁵⁹

Die herrschende Lehre stimmt diesbezüglich mehrheitlich mit der Rechtsprechung überein und lehnt dementsprechend die Wortlautgrenze auch im Bereich des Strafrechts als Kriterium ab. Demnach soll zumindest die Denkweise der Analogie angewendet werden können.¹⁶⁰ Auf der anderen Seite wird jedoch auch die Kritik geäussert, dass es nicht Sache der Judikative sei, ein Gesetz, welches moralisches Unrecht nicht für strafbar erklärt, zu korrigieren. Eine solche Korrektur sei die Aufgabe der gesetzgebenden Instanzen und müsse, wenn sie denn gewollt wird, durch eine Gesetzesrevision vorgenommen werden.¹⁶¹ Jedoch ist der dynamische Umgang mit dem Wortlaut wohl gerade darauf zurückzuführen, dass der gesetzgebenden Instanz eine zeitliche Bindung an die einmal erlassene Norm fehlt. Schliesslich ist es nicht die Legislative, welche menschliches Verhalten unter den aktuellen Gegebenheiten und der gesellschaftlichen Wandlungen beurteilen muss, sondern die Strafjustiz. Entsprechend haben die Gerichte Handlungen zu bewerten, deren Erscheinungsformen und Auswirkungen sich laufend verändern. Dass die fortlaufenden Veränderungen der gesellschaftlichen Wertvorstellung im Zusammenspiel mit neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen und einer sich rasant entwickelnden Technologie die bundesgerichtliche Rechtsanwendung beeinflusst, zeigt sich auch darin, dass die Auslegung des Bundesgerichts sich in der ersten Zeit nach Inkrafttreten eines Gesetzes in einem eher engen Sinnhorizont bewegt. Mit zunehmender Distanz zum Zeitpunkt des Inkrafttretens wird jedoch auch eine Auslegung gegen den Wortsinn vorgenommen, wenn es für ein befriedigendes Ergebnis notwendig ist.¹⁶²

¹⁵⁹ BGE 127 IV 198, E 3.b.

¹⁶⁰ GRAF, Rz.87; NIGGLI, AJP, S. 166; POPP/BERKEMEIER, BSK, Art. 1 StGB Rz.37; TRECHSEL, Kurzkommentar StGb, Art. 1 StGB Rz. 24.

¹⁶¹ GRAF, Rz. 88; NIGGLI, AJP, S. 167 f.

¹⁶² POPP/BERKEMEIER, BSK, Art. 1 StGB Rz. 37.

3.1.3 Zwischenfazit

Somit ist festzuhalten, dass das Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV trotz seines umfassenden Geltungsanspruches nicht fordert, dass jegliches Staatshandeln akribisch genau durch generell-abstrakte Normen geregelt wird. Zumal es einerseits für die rechtsetzenden Instanzen gar nicht möglich ist, jedes staatliche Handeln bis in seine Einzelheiten miteinzukalkulieren und andererseits, weil unter einer derartigen Komplexität der Gesetzestexte die Vorhersehbarkeit des Rechts leiden würde.¹⁶³ Überdies ist es mitunter sachdienlich, wenn den rechtsanwendenden Behörden einen gewissen Gestaltungsspielraum eingeräumt wird, damit sie den individuellen Gegebenheiten des Einzelfalls Rechnung tragen können.¹⁶⁴ Dem ist noch hinzuzufügen, dass die gesetzgebende Instanz den Gerichten diesen Gestaltungsspielraum durch die Verwendung von *unbestimmten Rechtsbegriffen* gerade einräumen will.¹⁶⁵ Auch der Grundsatz «*keine Strafe ohne Gesetz*» trägt dem Legalitätsprinzip Rechnung und schützt die Rechtsunterworfenen vor staatlicher Willkür. Darüber hinaus stellt der in Art. 1 StGB statuierte Grundsatz sicher, dass die Rechtsunterworfenen die Folgen eines bestimmten Verhaltens voraussehen können. Die Tatsache, dass auch das Strafrecht nicht lückenlos ist und das dynamische Umfeld, in welchem wir uns bewegen, führt dazu, dass das Analogieverbot im Strafrecht zunehmend aufgeweicht wird. Dadurch soll es auch im Rahmen der strafrechtlichen Rechtsanwendung möglich bleiben, über den Wortsinn einer Rechtsnorm hinaus ein befriedigendes Ergebnis zu erreichen.¹⁶⁶ Somit wird deutlich, dass der pragmatische Methodenpluralismus des Bundesgerichts nicht ein Widerspruch zum Legalitätsprinzip darstellt, sondern viel mehr die notwendige Ergänzung bietet, welche dazu führt, dass die Gesetze, auf welche sich der Grundsatz der Gesetzmässigkeit bezieht, richtig angewendet werden.

3.2 Gewaltenteilung und demokratische Legitimation

Der zuvor erläuterte Grundsatz der Gesetzmässigkeit dient ferner der demokratischen Legitimation des Staatshandelns. Das Erfordernis der Gesetzesform verlangt, dass sich staatliches Handeln auf Gesetze abstützen, welche von der Volksvertretung und gegebenenfalls auch unter Mitsprache des Volkes erlassen worden sind.¹⁶⁷ So sind grundsätzlich Regelungen auf Stufe der Verfassung zu erlassen, wo sie des Volks- und Ständemehrs bedürfen. Wichtige Regelung

¹⁶³ SCHINDLER, St. Galler Kommentar, Art. 5, Rz. 31.

¹⁶⁴ EPINEY, BSK BV, Art. 5 Abs. 1 Rz. 46.

¹⁶⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 393, 408; SEFEROVIC, BSK, Art. 189 BV Rz. 14.

¹⁶⁶ POPP/BERKEMEIER, BSK, Art. 1 StGB Rz. 36.

¹⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 333.

sind sodann in Form von Gesetzen im formellen Sinn zu erlassen, womit diese in die Zuständigkeit des Parlaments fallen und sodann dem fakultativen Referendum unterstehen. Schliesslich dienen die Verordnungen dazu, die Gesetze zu konkretisieren, wofür die Regierung oder allenfalls das Parlament zuständig ist.¹⁶⁸ Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob durch die Gesetzesauslegung und Rechtsschöpfung des Bundesgerichts die demokratische Funktion dieses Grundsatzes untergraben wird. Ferner gilt es zu prüfen, ob der Gewaltenteilung gebührend Rechnung getragen wird, wenn das Bundesgericht in die Rolle der gesetzgebenden Instanz schlüpft, indem es rechtsetzend tätig wird.

Im Rahmen der kürzlich abgelehnten «Justiz-Initiative» stand vor allem ein rechtsstaatliches Defizit im Bereich der Gewaltenteilung in der Kritik. Konkret ging es dabei um die richterliche Unabhängigkeit oder anders formuliert um die richterliche Parteiabhängigkeit, welche nicht nur innerhalb der Schweiz kritisiert wird. So wurde auch innerhalb des Europarates die Kritik geäussert, dass die Schweizer Politik sich in unzulässiger Weise in die Justiz einmische und diese dadurch beeinflusse. Umgekehrt wird auch die Frage, ob die Gerichte die Politik beeinflussen, immer gewichtiger.¹⁶⁹ Ausgehend von der Idee einer absoluten Volkssouveränität wie sie von Jean-Jacques Rousseau definiert wurde, ist davon auszugehen, dass eine vom Volk getroffene Entscheidung nicht durch die Gerichte infrage gestellt werden soll.¹⁷⁰ Zwar kommt den Präjudizien im römisch-germanischen Rechtskreis nicht die gleich hohe Bedeutung zu wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis, da sie über keinen bindenden Charakter verfügen, bekanntlich wird jedoch von Bundesgerichtsentscheiden nur selten abgewichen (vgl. Praxisänderung). Hinzu kommt, dass Bundesgerichtentscheide, welche durch richterliche Rechtsfortbildung konkretisiert wurden, nicht mehr nur präjudizielle Bedeutung haben, sondern als Rechtsquelle vom gleichen Rang wie das Gesetz selbst gelten.¹⁷¹ Demnach wurde im Zusammenhang mit der erwähnten Initiative vom Initiativkomitee der Vorwurf geäussert, dass «*immer mehr politische Entscheide, nicht in den Parlamenten gefällt werden, sondern durch das höchste Gericht. Dieses entscheidet [...] unter Umgehung der Volksrechte.*»¹⁷² Aber auch schon zuvor gab es heftige Kritik an Bundesgerichtentscheiden, etwa als im Jahr 2012 die direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen der Ausschaffungsinitiative verneint wurde oder als das Bundesgericht im Rahmen der Beschränkungsinitiative den Vorrang des Freizügigkeitsabkommens festhielt.¹⁷³ Es stellt

¹⁶⁸ BAUMANN, Rz. 14.

¹⁶⁹ BBI 2018 2669; LANGER, S. 173.

¹⁷⁰ LAMMERS, S. 94 f.

¹⁷¹ FORSTMOSER/VOGT, § 2 Rz. 108 f.

¹⁷² Äusserung des Initiativkomitees zur Justiz-Initiative, S. 24.

¹⁷³ LANGER, S. 174.

sich also immer öfters die Frage, ob die Judikative, welche nicht direkt vom Volk gewählt wird (Art. 168 Abs. 1 BV), sich in die parlamentarische Tätigkeiten einmischt und ob dies mit der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip eines Rechtsstaats zu vereinbaren ist.¹⁷⁴

3.2.1 Die beschränkte Verfassungsgerichtbarkeit in der Schweiz

Den oben erwähnten Kritiken ist jedoch entgegenzuhalten, dass in der Schweiz nach wie vor eine beschränkte Verfassungsgerichtbarkeit herrscht. Das bedeutet, dass das Bundesgericht nicht dazu ermächtigt ist, die Anwendung von verfassungswidrigen Bundesgesetzen oder verfassungswidrigem Völkerrecht zu verwehren.¹⁷⁵ Diese beschränkte Verfassungsgerichtbarkeit, welche in Art. 190 BV statuiert ist, soll sicherstellen, dass Bundesgesetze nicht durch einen richterlichen Entscheid als unanwendbar erklärt werden können. Somit liegt die Verantwortung für die Einhaltung der Verfassung beim Erlassen von Bundesgesetzen bei der Bundesversammlung. Tatsächlich stellt dies eine Abweichung von der funktionalen Gewaltenteilung dar, da das Parlament und das Volk schlussendlich eine judikative Aufgabe übernehmen. Dies entspricht dem allgemeinen Vorrang des demokratischen Prinzips, nach welchem die Bundesversammlung als Volksvertretung zum Teil auch eine gewisse Überordnung gegenüber dem Bundesgericht einnimmt.¹⁷⁶ Allerdings bedeutet dies grundsätzlich nicht, dass der demokratische Gesetzgeber die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht nicht zu beachten hat und sich über die Verfassung hinwegsetzen dürfte.¹⁷⁷ Trotzdem bringt die Regelung des Art. 190 BV eine starke Stellung der Legislative mit sich, welche im internationalen Vergleich durchaus nicht der Regel entspricht. So sehen sowohl die meisten Rechtsordnungen der europäischen Staaten als auch jene der USA eine Verfassungsgerichtbarkeit vor.¹⁷⁸

3.2.2 Art. 164 Abs. 1 BV Gesetzgebung

« Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über:

a. die Ausübung der politischen Rechte;

¹⁷⁴ LAMMERS, S. 93.

¹⁷⁵ EPINEY, BSK BV, Art. 190 Rz.2.

¹⁷⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1416.

¹⁷⁷ EPINEY, BSK BV, Art. 190 Rz. 23.

¹⁷⁸ EPINEY, BSK BV, Art. 190 Rz. 2.

- b. die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte;*
- c. die Rechte und Pflichten von Personen;*
- d. den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben;*
- e. die Aufgaben und die Leistungen des Bundes;*
- f. die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts;*
- g. die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden»¹⁷⁹*

Art. 164 Abs. 1 BV hält fest, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen auf formell-gesetzlicher Stufe zu erlassen sind.¹⁸⁰ Somit stellt er in Verbindung mit dem in Art. 5 Abs. 1 BV verankerten Legalitätsprinzip und der in Art. 190 BV festgehaltene Massgeblichkeit der Bundesgesetze die demokratische Legitimation in doppelter Hinsicht sicher. Einerseits dadurch, dass nur das demokratisch gewählte Parlament wichtige Themen regeln darf und andererseits dadurch, dass die entsprechenden Erlasse der Referendumpflicht nach Art 141 Abs. 1 lit. a BV und somit einer demokratischen Mitbestimmung unterliegen.¹⁸¹

Es ist nicht ganz einfach abzugrenzen, welche Rechtsnormen auf Grund ihrer Wichtigkeit in Form eines Gesetzes im formellen Sinn zu erlassen sind. Art. 164 Abs. 1 BV zählt zwar die wichtigkeitssensiblen Bereiche auf, jedoch handelt es sich dabei nicht um eine abschliessende Aufzählung.¹⁸² Das Bundesgericht stützt die Beurteilung der Wichtigkeit deshalb auf vier Kriterien ab:

- Eingriffsintensität: Schwerwiegende Eingriffe in die Rechte und Freiheiten von Privaten, vor allem in deren Freiheitsrechte, müssen in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein.
- Anzahl der Betroffenen: Wenn durch eine Regelung ein grosser Personenkreis betroffen ist, dann wird eher eine Grundlage in Form eines Gesetzes im formellen Sinn benötigt.
- Finanzielle Bedeutung: Regelungen, welche von grosser finanzieller Tragweite sind, bedürfen einer Grundlage in Form eines Gesetzes im formellen Sinn.

¹⁷⁹ Art. 164 Abs. 1 BV.

¹⁸⁰ WYTTENBACH/WYSS, BSK BV, Art. 190 Rz. 3.

¹⁸¹ WYTTENBACH/WYSS, BSK BV, Art. 190 Rz. 2.

¹⁸² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 353 f.

- Akzeptierbarkeit: Massnahmen, bei denen zu erwarten ist, dass sie mit einem Widerstand der Betroffenen einhergehen, sollten ihre Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn haben.¹⁸³

Art. 164 Abs. 1 BV verlangt jedoch nicht, dass sämtliche Einzelheiten, welche im Zusammenhang mit einem wichtigen Erlass stehen, im Gesetz selbst zu regeln sind. Vielmehr soll sichergestellt werden, dass die grundlegenden rechtspolitischen Entscheidungen durch die Legislative getroffen werden, um so die demokratisch legitimierten Grundlagen auf Gesetzesstufe zu verankern. Konkretisierungen und Ausführungen zu den Gesetzen können sodann auch in Form einer Verordnung erlassen werden.¹⁸⁴

3.2.3 Die Rolle des Bundesgerichts bei Volksinitiativen

Durch die Volksinitiative hat das Volk die Möglichkeit, Vorschläge zur Änderung oder Erweiterung der Verfassung einzureichen. Zur Gültigkeit bedarf es die Unterschriften von 100'000 Stimmberechtigten innert 18 Monaten seit der amtlichen Veröffentlichung.¹⁸⁵ Falls eine Initiative die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzt, wird sie von der Bundesversammlung als ganz oder teilweise ungültig erklärt.¹⁸⁶ Die Formulierung, dass Initiativen welche *zwingende* Bestimmungen des Völkerrechts verletzen von der Bundesversammlung als ungültig erklärt werden, impliziert, dass Verstösse gegen *nicht zwingende* Bestimmungen des Völkerrechts keine Ungültigkeit der Initiative zur Folge haben und entsprechend dem Volk und den Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden. Wird also eine Volksinitiative angenommen, welche gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstösst, ergibt sich daraus ein Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht und dem Völkerrecht. Gemäss Art. 190 BV ist jedoch das Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden massgebend, was bedeutet, dass ein Konflikt zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht zugunsten des Völkerrechts zu entscheiden ist.¹⁸⁷ Die geltende Rechtslage scheint also zu einem unbefriedigenden Ergebnis zu führen, wenn eine angenommene Verfassungsinitiative, welche gegen Völkerrecht verstösst, aufgrund des Art. 190 BV nicht angewendet werden kann.¹⁸⁸

¹⁸³ BGE 133 II 331, E. 7.2.1; BGE 145 V 380, E. 6.3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 354.

¹⁸⁴ WYTENBACH/WYSS, BSK, Art. 190 BV Rz. 10.

¹⁸⁵ Art. 138 Abs. 1 BV; Art 139 Abs. 1 BV.

¹⁸⁶ Art. 139 Abs. 3 BV.

¹⁸⁷ EPINEY/DIEZIG, BSK BV, Art. 139 Rz. 38.

¹⁸⁸ EPINEY/DIEZIG, BSK BV, Art. 139 Rz. 39.

Im Zusammenhang mit dieser Problematik steht wohl auch die Prüfung der Gültigkeit einer Initiative nach Art. 139 Abs. 3 BV durch die Bundesversammlung. Die Bundesversammlung als politische Institution muss dabei eine rechtliche Kontrolle in Bezug auf die Vereinbarkeit mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts vornehmen.¹⁸⁹ Das Bundesgericht kann überdies die Entscheidung der Bundesversammlung gemäss Art. 189 Abs. 4 nicht überprüfen. Es ist also fraglich, ob es nicht sinnvoller wäre, wenn das Bundesgericht zur Überprüfung der Gültigkeit einer Initiative legitimiert würde, bevor diese dem Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet wird, anstatt eine bereits vom Volk und den Ständen angenommene Initiative aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit dem Völkerrecht unangewendet zu lassen. So könnte eine Aufgabenteilung in Bezug auf die Überprüfung der Gültigkeit zwischen Bundesversammlung und Bundesgericht dazu führen, dass sowohl dem Stimmrecht der Bürger und Bürgerinnen gebührend Rechnung getragen wird als auch die Grundzüge der Rechtsstaatlichkeit respektiert werden.¹⁹⁰

3.2.4 Zwischenfazit

Insgesamt kann also gesagt werden, dass in der Schweiz das demokratische Prinzip im Vergleich zum rechtsstaatlichen stärker gewichtet wird. Gemäss Art. 148 Abs. 1 BV ist die Bundesversammlung unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone die oberste Gewalt im Bund. Hinzu kommt eine Reihe von Institutionen der direkten Demokratie (Volksinitiative, obligatorisches und fakultatives Referendum), welche dem Volk die Möglichkeit einräumt, direkt an wichtigen politischen Entscheidungen teilzunehmen.¹⁹¹ Die Rolle der Legislative wird durch die Regelung von Art. 164 Abs. 1 BV zusätzlich gestärkt, da sie sicherstellt, dass alle «wichtigen» gesetzlichen Grundlagen in Form von Gesetzen im formellen Sinn zu erlassen sind, womit die Kompetenz zum Erlassen wichtiger Rechtsnormen in die Hände der vom Volk direkt gewählten Legislative gelegt wird. Der Bedeutung der demokratischen Legitimation von Bundesgesetzen wird zusätzlich mit Art. 190 BV Rechnung getragen, welcher statuiert, dass Völkerrecht und die Bundesgesetze für das Bundesgericht massgebend sind. Dadurch wird grundsätzlich verhindert, dass das Bundesgericht die gesetzgeberische Tätigkeit des Parlaments auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüfen kann.

¹⁸⁹ LAMMERS, S. 97.

¹⁹⁰ LAMMERS, S. 97.

¹⁹¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 179a.

Tatsächlich ist es aber möglich, dass das Bundesgericht eine Verfassungsnorm oder deren Ausführungsgesetz, welche auf eine Volksinitiative zurückzuführen sind, nicht mit dem Völkerrecht in Einklang bringen kann, obwohl es grundsätzlich an eine verfassungskonforme Auslegung gebunden ist.¹⁹² Das Bundesgericht entscheidet in einem solchen Fall also namentlich, dass eine demokratisch legitimierte Volksentscheidung nicht angewendet wird. Jedoch ist dabei auch zu beachten, dass es in einer rechtsstaatlichen Demokratie gerade geboten ist, dass die Judikative als Fremdkontrolle der Legislative (zuweilen auch der Exekutive) fungiert.¹⁹³ Schliesslich ist das Gericht in gewisser Weise auch ein Garant für die Demokratie in einem Rechtsstaat, denn auch das Volk soll nicht die alleinige Macht innehaben, sondern soll bei der Ausübung seiner Tätigkeiten an die Einhaltung des Rechts gebunden sein. Denn in einem Rechtsstaat geht es auch darum, die Interessen von Minderheiten zu schützen und so die berühmte «Tyrannei der Mehrheit» zu verhindern.¹⁹⁴ Oder wie es von Pierre Tschannen formuliert wurde: *«Jeder weiss: Das Volk ist wirklich nicht immer im Recht. Doch nur die Justiz hat von Amtes wegen das Pech, diesen Satz autoritativ aussprechen zu müssen.»*¹⁹⁵ Insgesamt kann also festgehalten werden, dass das Bundesgericht durch Auslegung und Rechtsfortbildung nicht übermässig in die Kompetenzen der anderen Gewalten eingreift und auch die Autonomie des Volkes nur in zulässiger und nötiger Weise hemmt.

3.3 Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit

Im kontinentaleuropäischen Recht liegt die Basis der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit und der Rechtseinheit im Gesetz und in der Bindung der Gerichte an das Gesetz.¹⁹⁶ Damit ist das bereits zuvor erwähnte für den Rechtsstaat fundamentale Legalitätsprinzip angesprochen. Der Grundsatz, dass alle staatlichen Tätigkeiten an Normen zu binden sind, ist jedoch nicht nur für das demokratische Prinzip und die Gewaltenteilung relevant, es soll sodann auch dafür sorgen, dass das Recht für die Rechtsunterworfenen vorhersehbar ist, damit sich der Einzelne danach richten kann.¹⁹⁷ Wenn jedoch das Gesetz eine Rechtsfrage nicht abschliessend regelt und entsprechend auch keine abschliessend regulierte Rechtsnorm publiziert wird, an welcher sich die Rechtsunterworfenen orientieren können, ist es Aufgabe der Gerichte, eine Rechtsnorm durch Auslegung zu konkretisieren oder gar durch richterliche Rechtsfortbildung zu erweitern.

¹⁹² FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 85 ff.

¹⁹³ BIAGGINI, OFK, ART. 188 BV, Rz. 3.

¹⁹⁴ LAMMERS, S. 95.

¹⁹⁵ TSCHANNEN, S. 802.

¹⁹⁶ DUBS, S. 294.

¹⁹⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 171.

Aufgrund dieser richterlichen Gestaltungsspielräume, unabhängig davon, ob sie von der Legislative gewollt sind oder nicht, ist die Voraussehbarkeit der Rechtslage nicht vollumfänglich gewährleistet.¹⁹⁸ Es stellt sich demnach die Frage, wie die Rechtsicherheit und die Voraussehbarkeit des Rechts mit einem lückenhaften Gesetz, welches erst durch die richterliche Rechtsprechung konkretisiert werden kann, zu vereinbaren sind.

3.3.1 Präjudizien

Im Gegensatz zum angelsächsischen Raum, wo das traditionell entstandene Gewohnheitsrecht (common law) gilt, welches überwiegend Fallrecht ist und demnach auf Präjudizien beruht, gilt im kontinentaleuropäischen Recht das Gesetzesrecht (statutory law), welches auf den aus gesetzgeberischen Akten entstandenen Regeln basiert. Jedoch verringern sich die Unterschiede der beiden Rechtssysteme fortlaufend, so werden im angelsächsischen Raum zunehmend Rechtsgebiete durch Gesetze umfassend geregelt. Demgegenüber werden aber auch die Präjudizien im kontinentaleuropäischen Rechtssystem immer bedeutsamer. In der Schweiz ist die Konkretisierung durch die richterliche Rechtsprechung beispielsweise bei den Grundrechten von massgebender Bedeutung. Aber auch bei älteren, allgemeingehaltenen Gesetzen sind Juristen und Juristinnen oftmals auf Präjudizien angewiesen.¹⁹⁹

Die Entscheidung und die Erwägungen eines Gerichts im Zusammenhang mit einem konkreten Fall können präjudizielle Wirkung auf spätere, ähnlich gelagerte Fälle haben. Zwar sind solche Präjudizien für spätere Fälle und die rechtsanwendenden Behörden nicht unumstösslich, da ihnen keine rechtliche Bindung zukommt. Dennoch sind sie von grosser praktischer Bedeutung, da Gerichte, welche sich später mit ähnlichen Fällen befassen, grundsätzlich nur zurückhaltend von Präjudizien abweichen. Insbesondere untere Instanzen folgen in der Regel den Präjudizien der oberen Instanzen und vor allem jenen des Bundesgerichts.²⁰⁰ Anders formuliert sind die Instanzgerichte zwar nicht de jure, wohl aber de facto an die Präjudizien des Bundesgerichts gebunden.²⁰¹ Entsprechend würde eine Rechtsvertretung ihrem Klientel wohl nur sehr selten zu einem Prozess raten, wenn gegen eindeutige Präjudizien angekämpft werden muss.²⁰² Dieses

¹⁹⁸ DUBS, S. 294.

¹⁹⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 13 Rz. 307.

²⁰⁰ FORSTMOSER/VOGT, § 2 Rz. 108.

²⁰¹ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 39.

²⁰² FORSTMOSER/VOGT, § 16 Rz. 35.

Vorgehen wird durch Art. 1 Abs. 3 ZGB gerechtfertigt und ist insbesondere für die Rechtssicherheit von Bedeutung.²⁰³

Aber auch das Fehlen einer formellen Verbindlichkeit der Präjudizien gilt es in Bezug auf die Rechtssicherheit zu beachten. Denn auch wenn die unteren Gerichte nur selten vom Urteil einer oberen Instanz abweichen, ist es ihnen erlaubt, dies zu tun. Dies kann für die Rechtssuchenden insofern ein Nachteil darstellen, als sie gegebenenfalls einen Instanzenzug in Kauf nehmen müssen, um ihre Argumentation, welche der Rechtsprechung der oberen Instanz entspricht, schliesslich durchsetzen zu können.²⁰⁴ Trotz dieses Nachteils der fehlenden Verbindlichkeit der oberinstanzlichen Präjudizien soll es den unteren Instanzen zustehen, sich kritisch mit der Rechtsauffassung von übergeordneten Gerichten auseinanderzusetzen. Denn eine durch die wissenschaftliche Kritik angeregte Abweichung kann letztlich, wenn ihre Begründung überzeugend ist, zu einer Überprüfung der nicht befolgten Präjudizien durch das höhere Gericht führen und bilden auf diese Weise ein wichtiges Werkzeug für die lebendige Entwicklung des Richterrechtes.²⁰⁵

3.3.1.1 Präjudizielle Bedeutsamkeit

Die Wirkung von Präjudizien ist variabel, dies bedeutet, dass sich die Wirkung von Präjudizien grundsätzlich an ihrer Begründung misst. Je eingehender sich in der Begründung mit der Lehre und der zuvor ergangenen Rechtsprechung auseinandergesetzt wird, desto grösser ist in der Regel die präjudizielle Wirkung eines Entscheides.²⁰⁶ Das Alter eines Urteils ist hingegen nicht entscheidend für dessen präjudizielle Bedeutung, so ist es durchaus möglich, dass einem jüngeren Entscheid keine erhebliche präjudizielle Wirkung zukommt, während die Begründung eines älteren Entscheides bis heute zu überzeugen vermag.²⁰⁷ In diesem Sinne ist auch die Formulierung «*bewährte Überlieferung*» aus Art. 1 Abs. 3 ZGB nicht in einem zeitlichen Sinn zu verstehen, sondern bezieht sich auf die Überzeugungskraft der Präjudizien. Als wesentlicher Anhaltspunkt für die Beurteilung der Bedeutsamkeit gilt auch die Akzeptanz, welche einem Entscheid von den übrigen Gerichten und der Doktrin entgegengebracht wird. Wird ein Entscheid nämlich stark kritisiert, ist es gut möglich, dass die darin gestellte Rechtsfrage weiterhin

²⁰³ DROESE, S. 273.

²⁰⁴ DUBS, S. 293.

²⁰⁵ DUBS, S. 295.

²⁰⁶ DROESE, S. 273.

²⁰⁷ FORSTMOSER/VOGT, §16 Rz. 30.

diskutiert wird und keine Einigkeit bezüglich der Antwort erreicht wird. Einem solchen Urteil wird demnach wohl nie eine grosse präjudizielle Bedeutsamkeit zukommen.²⁰⁸

3.3.1.2 *Veröffentlichung*

Durch Veröffentlichung seiner Urteile soll das Bundesgericht dem Bedürfnis nach Vorraussehbarkeit im Rahmen des Richterrechts gerecht werden.²⁰⁹ Dabei ist auf die immense Zahl an Urteilen zu verweisen, welche das Bundesgericht alljährlich fällt, im Jahr 2022 waren es 7138 Urteile.²¹⁰ Sämtliche Entscheide und Teilentscheide des Bundesgerichts werden seit dem 01.01.2007 im Internet veröffentlicht und sind somit für die Öffentlichkeit zugänglich. Durch angemessene Nachforschungen können die publizierten Entscheide einen hilfreichen Einblick in die Rechtsprechung des Bundesgerichts verschaffen und somit aufzeigen, wie eine Rechtsfrage bisher in der Praxis beantwortet wurde.²¹¹

3.3.2 **Praxisänderung**

Unter Praxisänderung oder auch Rechtsprechungsänderung wird die Abweichung von einschlägigen Präjudizien verstanden. Dabei kann es sogar sein, dass eine langjährige und grundsätzlich unumstrittene Rechtsprechung plötzlich umgestossen wird.²¹² Im Falle einer Praxisänderung wird darauf regelmässig schon in der Regeste des betreffenden Urteils ausdrücklich hingewiesen.²¹³ Wie oben bereits erwähnt kommt den Präjudizien im schweizerischen Recht keine formelle Bindung zu, weshalb Praxisänderungen grundsätzlich möglich sind. Oft gelangt das Bundesgericht durch die von der Lehre geäusserte Kritik zur Auffassung, dass seine frühere Rechtsprechung der Rechtslage nicht entspricht und entscheidet sich sodann zu einer Rechtsprechung, welche der tatsächlichen Rechtslage besser gerecht wird. Bei Urteilen, die sich im Rahmen des Wortsinns einer Rechtsnorm bewegen, wird die Praxisänderung ohne Weiteres durch das Legalitätsprinzip gerechtfertigt, aus welchem abzuleiten ist, dass ein Gericht zur Praxisänderung nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist. Die inhaltliche Richtigkeit eines Urteils und dessen Gesetzeskonformität hat nämlich grundsätzlich Vorrang vor dem

²⁰⁸ FORSTMOSER/VOGT, §16 Rz. 37 f.

²⁰⁹ DUBS, S. 294.

²¹⁰ Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2022, S. 9.

²¹¹ DUBS, S. 294.

²¹² BGE 102 II 313; KRAMER, S. 322.

²¹³ BGE 98 IV 156 ff; BGE 104 IV 72 ff; BGE 129 I 110 ff; KRAMER, S. 323.

Rechtsgleichheitsprinzip und der Rechtssicherheit.²¹⁴ Es gilt jedoch, dass angesichts der Rechtsgleichheit und des Vertrauensschutzes gründlich geprüft werden muss, ob die neue Rechtsauffassung wirklich diejenige ist, die rechtlich fundierter ist.²¹⁵ Das Bundesgericht ändert seine Praxis demnach nur, wenn es dafür überzeugende Gründe gibt. Fehlt es an solchen Gründen oder stehen sie gleichwertigen Gegengründen gegenüber, so gebietet die Rechtssicherheit dem Vertrauensschutz, dass bei der bisherigen Rechtsprechung zu bleiben ist.²¹⁶ Eine Praxisänderung kann deshalb gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur erfolgen, wenn es dafür «*ernsthafte sachliche Gründe*» gibt. Solche sachlichen Gründe können etwa in Form von besseren Erkenntnissen des Gesetzeszwecks, der Anpassung an veränderte äusserliche Gegebenheiten oder in gewandelten Rechtsanschauungen bestehen.²¹⁷ Überdies sind die Anforderung an die Gründe für eine Praxisänderung umso strenger zu beurteilen, je länger die bisherige Rechtsprechung praktiziert worden ist. Ausserdem gilt für Praxisänderungen, dass die Änderung grundsätzlich zu erfolgen haben. Sie darf sich also nicht bloss auf eine einzelne Abweichung begrenzen, stattdessen muss die neue Praxis wegleitend sein und entsprechend für alle gleichartigen Sachverhalte gelten.²¹⁸

Wenn die bisherige Rechtsprechung sich nicht innerhalb des Wortsinns bewegt hat, sondern ihre Begründung im gesetzesübersteigenden Richterrecht liegt, kann sich eine Praxisänderung nicht auf das Legalitätsprinzip und auf den Vorzug der überwiegenden Gesetzeskonformität berufen.²¹⁹ In solchen Fällen ist zwar von einer grundsätzlichen Befolgungspflicht der Präjudizien auszugehen, jedoch sollte es dem Bundesgericht auch hier möglich bleiben, von seiner Rechtsprechung abzuweichen, wenn die bisherige Auslegung angesichts der veränderten Umstände nicht mehr haltbar ist.²²⁰

²¹⁴ KRAMER, S. 324 f.

²¹⁵ KRAMER, S. 325.

²¹⁶ HONSELL, BSK, Art. 1 ZGB Rz. 39.

²¹⁷ WALDMANN, BSK, Art. 8 BV Rz. 41.

²¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 592.

²¹⁹ KRAMER, S. 326 f.

²²⁰ KRAMER, S. 327 f.

3.3.2.1 Art. 23 Abs. 1 BGG Praxisänderung und Präjudiz

«Eine Abteilung kann eine Rechtsfrage nur dann abweichend von einem früheren Entscheid einer oder mehrerer anderer Abteilungen entscheiden, wenn die Vereinigung der betroffenen Abteilungen zustimmt.»²²¹

In Art. 23 Abs. 1 BGG wird eine prozedurale Vorsorge für Praxisänderungen des Bundesgerichts statuiert, die sich jedoch nur auf eine qualifizierte Praxisänderung bezieht.²²² Das bedeutet, dass mit der Regelung vorrangig die widerspruchsfreie und einheitliche Rechtsprechung innerhalb des Bundesgerichts gewahrt werden soll und nicht das Vertrauen in die Kontinuität der Rechtsprechung. Der Begriff Praxisänderung ist in Art. 23 Abs. 1 BGG entsprechend nicht gleich zu verstehen wie im Zusammenhang mit den in Praxis und Lehre entwickelten Regeln über die Zulässigkeit einer Praxisänderung.²²³

3.3.3 Art. 8 Abs. 1 BV Rechtsgleichheit

«Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.»²²⁴

3.3.3.1 Grundsätzliches zu Art. 8 Abs. 1 BV

Das Rechtsgleichheitsgebot, welches in Art. 8 Abs. 1 BV verankert wurde, ist von grosser Bedeutung für die Juristische Methodenlehre und steht sodann in direktem Zusammenhang mit der Rechtssicherheit. Nach dem Gebot der Rechtsgleichheit sind alle generell-abstrakten Rechtsnormen durch die rechtsanwendenden Instanzen im Bund, in den Kantonen sowie in den Gemeinden auf alle Rechtsunterworfenen und in allen gleich gelagerten Fällen in gleicher Weise anzuwenden.²²⁵ Dieser Grundsatz, dass Gleiches gleich zu behandeln ist, stellt auch den Ursprung für das Bedürfnis und die Notwendigkeit des Analogieschlusses dar.²²⁶ Zudem verpflichtet das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot die rechtsanwendenden Behörden dazu, unbestimmte Rechtsbegriffe immer gleich auszulegen.²²⁷ Jedoch gilt das Gebot der rechtsgleichen Rechtsanwendung jeweils nur für den Zuständigkeitsbereich ein- und derselben Behörde. Das bedeutet, dass beispielsweise eine Rechtsmittelbehörde anders entscheiden kann als deren

²²¹ Art. 23 Abs. 1 BGG.

²²² KRAMER, S. 323.

²²³ BIAGGINI/HAAG, BSK, Art. 23 BGG Rz. 8.

²²⁴ Art. 8 Abs. 1 BV.

²²⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 765.

²²⁶ KRAMER, S. 49.

²²⁷ WALDMANN, BSK, Art. 8 Abs. 1 BV Rz. 40.

untergeordnete Behörde es in einem analogen Fall getan hat, ohne dass es sich dabei um eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 BV handelt.²²⁸ Selbiges gilt auch, wenn gleiche oder ähnliche kantonale Bestimmungen in verschiedenen Kantonen anders angewendet oder ausgelegt werden.²²⁹ Nebst dem Analogieschluss wird auch dessen Gegenstück, namentlich der Umkehrschluss, aus Art. 8 Abs. 1 BV begründet. Dieser leitet sich sodann aus dem negativen Gleichheitsgebot ab, dass Ungleiches ungleich zu behandeln ist.²³⁰

3.3.3.2 *Spannungsverhältnis der Rechtsgleichheit zu Praxisänderungen*

Die Rechtsgleichheit steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zur oben erwähnten Praxisänderung, denn in jenen Fällen in denen eine Behörde ihre Praxis ändern will, etwa indem sie einen unbestimmten Rechtsbegriff anders auslegt, als sie dies zuvor getan hat, bewirkt dies zwangsläufig eine Ungleichbehandlung zwischen den bisherigen und den künftigen Sachverhalten.²³¹ Es bedarf deshalb einer sorgfältigen Abwägung, in welcher sich einerseits das Erfordernis der richtigen Rechtsanwendung und andererseits die Rechtssicherheit, das Prinzip des Vertrauensschutzes und das Rechtsgleichheitsgebot gegenüber stehen.²³²

3.3.4 **Art. 9 BV Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben**

«Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.»²³³

3.3.4.1 *Willkürverbot*

Auch der Schutz vor Willkür nach Art. 9 BV dient der Rechtsicherheit und der Vorhersehbarkeit des Rechts und ist damit von essenzieller Bedeutung für die Juristische Methodenlehre.²³⁴ Durch das Willkürverbot wird natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts – unter gewissen Voraussetzungen auch juristische Personen des öffentlichen Rechts – ein Mindestmass an Gerechtigkeit im Umgang mit den Behörden garantiert, es kommt damit einem

²²⁸ WALDMANN, BSK, Art. 8 Abs. 1 BV Rz. 38.

²²⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 766.

²³⁰ KRAMER, S. 49.

²³¹ WALDMANN, BSK, Art. 8 Abs. 1 BV Rz. 41.

²³² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 768.

²³³ Art. 9 BV.

²³⁴ KRAMER, S. 49.

selbständigen verfassungsmässigen Recht gleich.²³⁵ Das Willkürverbot dient aus materiell-rechtlicher Sicht als Auffanggrundrecht (subsidiärer Charakter), es findet also nur da Anwendung, wo in Bezug auf eine Verhaltensweise kein anderes Grundrecht geltend gemacht werden kann. Hinsichtlich der Willkür gibt es sodann immer und überall eine Kognition.²³⁶ Somit stellt das Willkürverbot das letzte Mittel dar, welches die beschwerdeführende Partei ergreifen kann, wenn sie über keine anderen Argumente mehr verfügt, um sich gegen eine staatliche Handlung zu wehren, welche als ungerecht oder falsch empfunden wird.²³⁷ Aus diesem Grund, kommt dem Willkürverbot im schweizerischen Rechtsstaat eine grundlegende Bedeutung zu und dient der Öffentlichkeit als wichtiger Rechtsschutz gegen willkürliche Anordnungen oberster kantonalen Behörden.²³⁸ Adressaten des Willkürverbots sind sowohl die gesetzgebenden Behörden als auch die rechtsanwendenden Behörden.

3.3.4.2 *Willkür bei der Rechtsetzung*

Im Falle der Rechtsetzung kommt das Willkürverbot dort zur Anwendung, wo eine erlassene Rechtsnorm sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt oder die Norm sinnlos erscheint. So kann eine Norm als willkürlich eingestuft werden, wenn sie im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht geeignet scheint, um den ihr zugrunde liegenden Zweck überhaupt erfüllen zu können. Auch im Zusammenhang mit dem Gleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV kann eine Norm als willkürlich eingestuft werden, wenn durch sie Gleiches willkürlich ungleich behandelt wird oder andersherum, wenn Ungleiches willkürlich gleichbehandelt wird.²³⁹

3.3.4.3 *Willkür bei der Rechtsanwendung*

Eine zentrale Bedeutung kommt dem Willkürverbot auch bei der Rechtsanwendung zu, womit es auch für die Auslegungsmethode und insbesondere im Hinblick auf deren Überprüfung durch das Bundesgericht massgeblich ist. Willkür liegt dann vor, wenn eine Norm im Einzelfall offensichtlich falsch ausgelegt wird. Von einer solchen qualifizierten Unrichtigkeit bei der Auslegung ist nach der bundesgerichtlichen Praxis in folgenden Fällen auszugehen:

- im Falle grober Fehler in der Sachverhaltsermittlung;

²³⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 806.

²³⁶ TSCHENTSCHER, BSK, Art. 9 BV Rz. 3.

²³⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 807.

²³⁸ TSCHENTSCHER, BSK, Art. 9 BV Rz. 3.

²³⁹ TSCHENTSCHER, BSK, Art. 9 BV Rz. 8.

- im Falle einer offensichtlichen Gesetzesverletzung;
- im Falle offensichtlicher Missachtung eines allgemein geltenden Rechtsgrundsatzes;
- Im Falle einer Missachtung des tragenden Grundgedankens eines Gesetzes;
- im Falle von groben Ermessensfehlern;
- im Falle eines Entscheides, welcher an einem inneren, unauflösbaren Widerspruch leidet;
- im Fall eines stossenden Widerspruchs zum Gerechtigkeitsgedanken.²⁴⁰

Das Bundesgericht hält zudem fest, dass Entscheide nicht allein deshalb als willkürlich einzustufen sind, weil es an ihrer Stelle auch eine andere vertretbare Lösung gegeben hätte, auch wenn diese vorzuziehen gewesen wäre. Erst ein Entscheid, der offensichtlich unhaltbar ist und welcher in einem klaren Widerspruch mit den tatsächlichen Gegebenheiten steht, verstösst gegen das Willkürverbot. Zudem ist die Auslegung der gesetzesanwendenden Behörde nur als willkürlich einzustufen, wenn diese zu einem Ergebnis führt, welches unhaltbar ist, wenn dagegen nur die Begründung unhaltbar ist, jedoch nicht das Ergebnis, so vermag dies nicht auszureichen, um gegen das Willkürverbot zu verstossen.²⁴¹ Insgesamt bietet das Willkürverbot somit einen wichtigen Rechtsschutz, auch wenn die Hürden des Willkürverbots bei der gerichtlichen Überprüfung höher sind als wenn die Verletzung eines anderen Grundrechts geltend gemacht werden kann.²⁴²

3.3.5 Richterliches Vorverständnis

Dass das Urteil eines Gerichts nicht nur von der reinen Subsumtion der betroffenen Rechtsnormen abhängt, sondern auch die politischen und gesellschaftlichen Hintergründe sowie die persönlichen Anschauungen von Richter und Richterinnen in ein Urteil miteinfließen, wurde von der Richtersozio­logie längst bestätigt.²⁴³

Zwar soll im Allgemeinen ein subjektives Vorverständnis schon dadurch zur Geltung kommen, dass die Auffassung von Wörtern und Formulierungen nicht objektiv sein kann, da ihnen abhängig von den Gepflogenheiten und Wertvorstellungen des Interpreten und der Interpretin

²⁴⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 812.

²⁴¹ BGE 124 I 247 E. 5.

²⁴² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 807.

²⁴³ SEILER, S. 372.

nicht eine statische Bedeutung zukommt. Jedoch ist davon auszugehen, dass die Sprache im Umgang mit Gesetzestexten nicht sonderlich problematisch ist, da Juristen und Juristinnen die rechtliche Fachsprache grundsätzlich beherrschen und den Wörtern im juristischen Sprachgebrauch eine mehr oder weniger klar bestimmte Bedeutung zukommt.²⁴⁴ Entsprechend ist die Subjektivität bei der Textinterpretation vor allem darauf zurückzuführen, dass Interpreten und Interpretinnen stets mit einem gewissen Vorverständnis an einen Text herantreten. Es besteht somit von Anfang an eine Sinnerwartung an einen Gesetzestext.²⁴⁵

Im Zusammenhang mit dem richterlichen Vorverständnis steht auch das politisch gefärbte Wahlverfahren der Bundesrichterinnen und Bundesrichter. Da die Bundesrichterinnen und Bundesrichter von der Bundesversammlung gewählt werden und diese die Proporzansprüche der politischen Parteien berücksichtigen wird öfters bemängelt, dass die Richter und Richterinnen trotz öffentlicher Ausschreibung der Richterstellen nach ihrer Parteiangehörigkeit gewählt werden. Zudem geben die Richterinnen und Richter ihrer Partei grundsätzlich einen Anteil ihres Gehalts ab, was im Übrigen auch von der Staatengruppe gegen Korruption (GRECO) des Europarates kritisiert wird.²⁴⁶

Der Einfluss, welcher dieses richterliche Vorverständnis und die Parteiangehörigkeit auf die Urteilsfindung hat, wird indessen durch die fehlende Rangordnung der Auslegungselemente im Rahmen des pragmatischen Methodenpluralismus verstärkt.²⁴⁷ Die mehr oder weniger freie Gewichtung der unterschiedlichen Auslegungselemente ist insbesondere in jenen Fällen von grosser praktischer Relevanz, in denen die Anwendung der verschiedenen Elemente zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen führen kann.²⁴⁸ Denn dadurch kann teilweise der Eindruck entstehen, dass Richter und Richterinnen gerade jenes Auslegungselement am höchsten gewichten, welche das von ihnen durch ein subjektives Vorverständnis geprägtes Auslegungsergebnis am besten zu begründen vermag.²⁴⁹ Dieser Ansicht ist immerhin entgegenzuhalten, dass die unterschiedliche Gewichtung der Elemente nicht in jedem Fall auch zu einem anderen Ergebnis führt.²⁵⁰ Hinzu kommt, dass die Richter und Richterinnen nach Art. 1 Abs. 3 ZGB grundsätzlich auch bei der Auslegung von Normen die bewährte Lehre und Rechtsprechung zu beachten haben.²⁵¹ Schliesslich ist noch in Erinnerung zu rufen, dass der pragmatische

²⁴⁴ KRAMER, S. 361.

²⁴⁵ KRAMER, S. 365.

²⁴⁶ Art. 168 Abs. 1 BV; Art. 5 Abs. 1 BGG; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1710 f.

²⁴⁷ BAUMANN, Rz. 20.

²⁴⁸ RUDOLPH, Rz. 151.

²⁴⁹ FORSTMOSER/VOGT, §19 Rz. 165 ff; KRAMER, S. 202.

²⁵⁰ FORSTMOSER/VOGT, §19 Rz. 169.

²⁵¹ FORSTMOSER/VOGT, §19 Rz. 170.

Methodenpluralismus auf eine Rangordnung der Elemente verzichtet, um im konkreten Einzelfall ein befriedigendes und somit das *gerechteste* Ergebnis zu erreichen.²⁵²

3.3.6 Zwischenfazit

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Auslegung und die richterliche Rechtsfortbildung eine gewisse Gefahr für die Rechtssicherheit bergen.²⁵³ Die fehlende formelle Bindung an Präjudizien kann nämlich dazu führen, dass das Bundesgericht aber auch die unteren Instanzen von einer langjährigen Praxis abweichen. Eine solche Praxisänderung mindert sodann auch die Vorhersehbarkeit des Rechts. Damit Praxisänderungen die Rechtssicherheit und die Rechtsgleichheit nicht übermässig gefährden, wird für das Abweichen von Präjudizien grundsätzliche verlangt, dass «ernsthafte sachliche Gründe» vorliegen.²⁵⁴ Um eine Praxisänderung zu rechtfertigen reicht es sodann nicht aus, dass neben der bisherigen Rechtsprechung auch eine andere vertretbar wäre, vielmehr muss die neue Praxis die rechtlich fundiertere sein.²⁵⁵ Denn nur, wenn die bisherige Praxis als unrichtig erkannt wurde, ist dem Erfordernis der richtigen Rechtsanwendung den Vorrang zu gewähren. Angesichts der Anforderungen, welche an eine Praxisänderung gestellt werden, ist zu erkennen, dass der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutzprinzip Rechnung getragen wird.²⁵⁶ Auch das Gleichheitsgebot aus Art. 8 Abs. 1 BV dient der Rechtssicherheit, indem es einerseits die rechtsanwendenden Behörden dazu verpflichtet, unbestimmte Rechtsbegriffe immer gleich auszulegen und andererseits vorgibt, dass alle Rechtsunterworfenen grundsätzlich gleich zu behandeln sind. Das Willkürverbot nach Art. 9 BV ist vor allem bei der Rechtsanwendung von elementarer Bedeutung und dient den Rechtsunterworfenen sodann als «letztes Mittel», um sich gegen «*unhaltbares*» staatliches Handeln zu wehren.²⁵⁷ Gleichzeitig ermöglicht es dem Bundesgericht die Auslegung anderer rechtsanwendenden Instanzen auf qualifizierte Unrichtigkeit hin zu überprüfen.²⁵⁸ In Bezug auf das richterliche Vorverständnis kann eine gewisse Subjektivität zwar nicht abgestritten werden, jedoch wird diese durch die Bindung der Richter und Richterinnen an das Gesetz und durch die in Art. 1 Abs. 3 ZGB statuierte Beachtungspflicht relativiert.²⁵⁹ Dem ist noch hinzuzufügen, dass der Gesetzgeber gerade nicht auf vage Begriffe, welche in der Praxis zu konkretisieren sind,

²⁵² RUDOLPH, Rz. 150.

²⁵³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 768.

²⁵⁴ KRAMER, S. 325.

²⁵⁵ KRAMER, S. 325.

²⁵⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 768.

²⁵⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 807.

²⁵⁸ BBI 1997 I 144 f.

²⁵⁹ BAUMANN, Rz. 20; FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 169 f.

verzichten kann. Deshalb weist jedes Gesetz einen gewissen Grad an Unbestimmtheit auf.²⁶⁰ Demnach ist es regelmässig gerade die Auslegung solcher generell-abstrakten Normen, welche in solchen Fällen überhaupt erst zur Rechtssicherheit führen kann, da erst durch sie die tatsächliche Tragweite einer Rechtsnorm konkretisiert wird.²⁶¹ Dies bedeutet jedoch nicht, dass nicht auch die Legislative zur Wahrung der Rechtssicherheit im Rahmen des Richterrechts beitragen kann. Schliesslich ist es der Legislative überlassen, die richterliche Rechtsprechung in einem Gesetz zu positivieren (selbiges gilt grundsätzlich für die verordnungsgebende Instanz bezüglich Richterrecht auf Verordnungsstufe). Eine legislatorische Positivierung von Richterrecht ist zuweilen sogar angezeigt, insbesondere wenn die richterliche Rechtsprechung in einem Bereich besonders umfangreich oder widersprüchlich ist, sodass sie für die Rechtssuchenden nur noch schwer überschaubar ist.²⁶²

²⁶⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 344.

²⁶¹ FORSTMOSER/VOGT, § 3 Rz. 18 ff.

²⁶² SEILER, S. 363.

3.4 Fazit

Abschliessend kann festgehalten werden, dass der pragmatische Methodenpluralismus und die rechtsstaatlichen Prinzipien auf den ersten Blick in einem gewissen Widerspruch zueinander stehen. Bei näherer Betrachtung der einzelnen rechtsstaatlichen Prinzipien lässt sich jedoch erkennen, dass sie erst zusammen mit dem pragmatischen Methodenpluralismus und dem Richterecht im Allgemeinen ein symbiotisches System bilden. Nach dieser Betrachtungsweise dienen die richterliche Auslegung und Rechtsfortbildung dem Legalitätsprinzip, indem sie die Normen, auf welche sich Staatshandeln stützen muss, konkretisieren und die lückenhaften Gesetze vervollständigen. Die Konkretisierung und Erweiterung der Rechtsnormen durch die Gerichte trägt sodann zur Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit des Rechts bei. Im Sinne des demokratischen Prinzips steht es der Legislative sodann frei, jene durch die Gerichte konkretisierten und erweiterten Rechtsnormen in Form von generell-abstrakten Normen zu erlassen und damit wiederum die Gerichte an das Gesetz zu binden und für Kontinuität zu sorgen, womit sogleich der Gewaltenteilung Rechnung getragen wird. Gleichzeitig fungiert die Judikative und insbesondere das Bundesgericht als Kontrollinstanz und sorgt durch Rechtsprechung dafür, dass auch dem Volk in seinem Handeln gewisse Grenzen gesetzt sind, um so eine *Tyrannie der Mehrheit* zu verhindern. Nebst der Aufzählung der Vorzüge des pragmatischen Methodenpluralismus und des Richterrechts sollte jedoch nicht völlig auf eine kritische Betrachtungsweise verzichtet werden. Insbesondere das wohl unvermeidliche Vorverständnis der Richter und Richterinnen, welches durch die Abwesenheit einer strikten Rangordnung der Auslegungselemente verstärkt wird, kann teilweise zu einer relativ subjektiven und damit unvorhersehbaren Auslegung von Rechtsnormen führen. Dennoch ist auch an dieser Stelle nochmals zu betonen, dass die richterliche Auslegung nicht einzig durch das Vorverständnis der Richter und Richterinnen geprägt wird, sondern grundsätzlich nach der im vorherigen Kapitel ausgeführten Methode zu erfolgen hat. Der Spielraum, welcher den Gerichten im Sinne des pragmatischen Methodenpluralismus zukommt, erlaubt es den Gerichten lediglich, bei der Ermittlung des befriedigendsten und gerechtesten Urteils im konkreten Einzelfall pragmatisch vorzugehen. Somit ist schliesslich festzuhalten, dass auch wenn der pragmatische Methodenpluralismus nicht über jeden Zweifel erhaben ist, er zur Einzelfallgerechtigkeit beiträgt, ohne dabei die rechtsstaatlichen Prinzipien zu gefährden.

4 Richterrecht und Auslegung in den USA

Nachdem die Auslegungsmethoden in der Schweiz und ihre Vereinbarkeit mit dem schweizerischen Rechtsstaat in den letzten Kapiteln aufgezeigt wurden, soll nun ein Blick über die Grenzen hinaus gewagt werden. Dieses Kapitel wird sich hauptsächlich dem Urteil des Supreme Courts im Fall *Dobbs v. Jackson* widmen, dazu wird in einem ersten Schritt auf die amerikanischen Rechtsquellen und in diesem Zusammenhang vor allem auf die Doktrin der *stare decisis* eingegangen. Danach werden der Supreme Court und dessen Richterinnen und Richter im Fokus stehen, dabei soll dieses Kapitel auch die politische Debatte rund um die Ernennung der Richterinnen und Richter aufgreifen und aufzeigen, inwiefern die Thematik mit den Auslegungsmethoden des Supreme Courts zusammenhängt. Sodann sollen zwei zentrale Auslegungsmethoden des Supreme Courts kurz vorgestellt werden, der «*Originalism*» und die «*Living Constitution*». Sodann soll dieses Kapitel die wichtigsten Erwägungen im Rahmen des Urteils *Dobbs v. Jackson* wiedergeben, um die Auslegungsmethoden des Supreme Courts mit derjenigen des schweizerischen Bundesgerichts zu vergleichen.

4.1 Das amerikanische common law

Das schweizerische Rechtssystem des «*civil law*» stützt sich auf das Gesetzesrecht und bindet die Gerichte bei der Rechtsanwendung an die Rechtsquellen, welche aus umfassenden Kodifikationen bestehen. Demgegenüber gehört die Rechtsordnung der USA mit Ausnahme des französisch geprägten Louisianas der «*common law tradition*» an.²⁶³ Das amerikanische Rechtssystem des «*common law*», welches ursprünglich aus dem englischen Recht stammt, wird durch das «*case law*» und durch naturrechtliche Einflüsse gekennzeichnet. Es wird somit von einem kasuistischen, sich auf die Rechtsprechung abstützende Rechtsanwendung geprägt und verfolgt weitgehend eine induktive Methodik.²⁶⁴

4.2 Case law

Die Befolgung von «*Precedents*» erfolgt in den Vereinigten Staaten grundsätzlich ähnlich wie hierzulande, sprich es geht darum, dass Fälle in der Gegenwart gleich entschieden werden sollen wie bereits zuvor entschiedene, gleich gelagerte Fälle.²⁶⁵ Jedoch wird im amerikanischen «*common law*» das Richterrecht dem Gesetzesrecht grundsätzlich übergeordnet, während den

²⁶³ MELIN, S. 5.

²⁶⁴ LOOSER, Rz. 2.

²⁶⁵ DREGGER, S. 43.

Präjudizien in der Schweiz keine formelle Verbindlichkeit zukommt.²⁶⁶ Die berühmte Formulierung «*stare decisis*» bezeichnet dabei den Mechanismus, nach welchem die Gründe, welche in der Vergangenheit für die Urteilsfindung tragend waren, zu den entscheidungstragenden Gründen des aktuellen Falles gemacht werden.²⁶⁷ Insbesondere die Urteile des Supreme Courts sind für die untergeordneten Gerichte aber auch für den Supreme Court selbst verbindlich. Die «*stare decisis*» als Methode des US Supreme Court zeichnet sich durch eine sehr strikte Befolgung von Präjudizien aus. Eine Abweichung von Präjudizien ist nur da möglich, wo ein konkreter Fall sich erheblich vom bereits entschiedenen Fall unterscheidet, sogenannt «*distinguishing*». Die Bindung an Präjudizien ist dermassen stark, dass sich der US Supreme Court dazu bekennt, dass sie zuweilen zu Entscheiden führt, die zwar inhaltlich falsch sind, aus Gründen der Übereinstimmung mit dem Präjudiz jedoch nicht anders gefällt werden können. Begründet wird dieser bindende Charakter von Präjudizien vor allem durch die legitimen Erwartungen der Rechtsunterworfenen, welche umso gewichtiger sind, je älter die Präjudizien sind, da mit der Zeit auch das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die Präjudizien gewachsen ist.²⁶⁸

Dennoch sind auch die Präjudizien des amerikanischen Rechts nicht unumstösslich. So kann auch der Supreme Court unter gewissen Voraussetzungen die präjudizielle Wirkung eines Entscheides aufheben, das sogenannte «*ouVERRuling*». In diesem Sinne hat der Supreme Court zwischen verschiedenen Interessen abzuwägen, wobei er sich in Bezug auf den betreffenden Präzedenzfall etwa die Fragen stellen muss, ob sich die daraus ergangenen Regeln in der Zwischenzeit als unhaltbar erwiesen haben, weil sie sich in der Praxis nicht anwenden oder durchsetzen lassen. Oder ob das Rechtsvertrauen in besonders schwerer Weise von einer Aufhebung betroffen wäre, so dass eine Aufhebung als unverhältnismässig zu betrachten wäre. Oder ob sich seit dem Urteil die Umstände in einem solchen Masse verändert haben, dass die Regel ihrer wesentlichen Anwendung oder Rechtfertigung beraubt wurde. Teilweise wird die Aufhebung jedoch auch von der Qualität der Argumentation des Präjudizes oder seiner Kohärenz mit anderen damit zusammenhängenden Entscheidungen abhängig gemacht.²⁶⁹

4.3 Stutory Law

Über einen Langzeitraum griff der Kongress als gesetzgebende Instanz nur selten korrigierend in das durch die Präjudizien geschaffene Recht ein, indem er «Statutes» (Gesetze) erliess.

²⁶⁶ AEMISEGGER, S. 23; LOOSER, Rz. 2.

²⁶⁷ DREGGER, S. 43.

²⁶⁸ HÄNNI, S. 129.

²⁶⁹ HÄNNI, S. 130 f.

Jedoch gewann das geschriebene Recht seit Mitte des 20. Jahrhunderts stetig an Bedeutung, so dass es tendenziell nicht mehr als eine sekundäre Rechtsquelle einzuordnen ist.²⁷⁰ Ein wichtiges Beispiel für die zunehmende Kodifizierung des Rechts zeigte sich zuerst vor allem auf dem Gebiet des Handelsrechts. Da das amerikanische Fallrecht zur Folge hatte, dass in den verschiedenen Bundesstaaten unterschiedliche Rechtsordnungen galten, wuchs mit dem überregionalen Handelsverkehr auch das Bedürfnis nach einer Vereinheitlichung des Rechts. Jedoch hat die gesetzgebende Instanz auf Bundesebene keine Anstalten gemacht, das Vorhaben auf nationaler Ebene anzugehen.²⁷¹ Stattdessen wurden die einzelnen Bundesstaaten selbst tätig, indem sie auf der Grundlage eines Gesetzesvorschlages einzelstaatliches Recht erliessen. So entstand der «UCC» (Uniform Commercial Code), welcher den Bundesstaaten 1951 zur Annahme vorgelegt wurde. 1953 hat Pennsylvania als erster Bundesstaat den UCC erlassen, schon in den darauffolgenden 20 Jahren haben alle anderen Bundesstaaten es ihm gleichgetan.²⁷² Der grosse Stellenwert des geschriebenen Rechts wird heute in den Vereinigten Staaten weitgehend anerkannt, zumal dem geschriebenen Recht heute in der Praxis eine grosse Bedeutung zugemessen wird. Sodann ist das Richterrecht in vielen Rechtgebieten kontinuierlich durch geschriebenes Recht ersetzt worden, wobei es sich dabei in einem erheblichen Umfang um staatliche Regulierungen handelt, wodurch die Bedeutung des einzelstaatlichen Rechts abnimmt.²⁷³

4.4 Verfassung

Die «*United States Constitution*» (Die Verfassung der Vereinigten Staaten) wurde am 17. September 1787 unterzeichnet und bildet bis heute die Spitze der amerikanischen Rechtsordnung. So besteht in den Vereinigten Staaten eine umfassende Verfassungsgerichtbarkeit, welche dafür sorgt, dass der Verfassung Vorrang vor allen anderen Rechtsquellen zukommt.²⁷⁴ Mit der Erweiterung der Vereinigten Staaten von den dreizehn Gründerstaaten auf fünfzig Gliedstaaten entwickelte sich die amerikanische Verfassung ausserdem zu der wohl starrsten Verfassung der Welt.²⁷⁵ Dies liegt vor allem an den hohen Anforderungen und Quoren, welche für eine Verfassungsänderung erfüllt werden müssen.²⁷⁶ Denn obwohl zwischen 1789 und 2014 insgesamt 11'623 Anträge auf eine Verfassungsänderung eingereicht wurden, waren davon gerade mal 27

²⁷⁰ MELIN, S. 7.

²⁷¹ MELIN, S. 17.

²⁷² MELIN, S. 17.

²⁷³ MELIN, S. 18.

²⁷⁴ REICH, S. 717.

²⁷⁵ REICH, S. 714.

²⁷⁶ Art. V U.S. Const; HÜBNER/MÜNCH, S. 16.

erfolgreich. Bekanntermassen blieb der bestehende Verfassungstext aber auch durch diese wenigen Teilrevisionen unberührt. Stattdessen hat man die ursprüngliche Verfassungsurkunde mit 27 «*amendments*» (Zusatzartikeln) ergänzt.²⁷⁷ Diese Unantastbarkeit unterstreicht den Stellenwert, welche die Verfassung in den Vereinigten Staaten einnimmt.²⁷⁸

4.5 Supreme Court of the United States

Der «*Supreme Court of the United States*» ist das oberste Gericht der Vereinigten Staaten und besteht seit dem 2. Februar 1790.²⁷⁹ Neben seiner Funktion als oberste Appellationsinstanz des Landes ist der Supreme Court vor allem für die Verfassungsgerichtbarkeit zuständig, was ihn zum wichtigsten Verfassungsinterpreten der Vereinigten Staaten macht.²⁸⁰

4.5.1 Verfassungsgerichtbarkeit

Zu den wichtigsten Funktionen des Supreme Court gehört die Verfassungsinterpretation im Rahmen seiner Zuständigkeit als Verfassungsgericht. Die Verfassung selbst sieht die Zuständigkeit des Supreme Court als Verfassungsgericht nicht ausdrücklich vor. Jedoch wurde ihm die Befugnis zur Überprüfung von einzelstaatlichen Gesetzen durch den «*Judiciary Act*» von 1789 übertragen. Ausserdem hat der Supreme Court seine Zuständigkeit als Verfassungsgericht im Rahmen von Bundesgesetzen 1803 durch das Urteil *Murby v. Madison* bestätigt.²⁸¹ Der Supreme Court hat somit die Kompetenz des „*judicial review*“ und kann demnach sowohl einzelstaatliche als auch bundesstaatliche Gesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen.²⁸² Überdies hat der Supreme Court die Kompetenz zu entscheiden, welche Fälle er zur Verhandlung zulässt. Es ist ihm daher gestattet, Fälle, in denen es um «*political questions*» geht, abzulehnen. Diese Regelung soll zur Gewaltenteilung beitragen und sicherstellen, dass die Judikative nicht übermässig in die Ermessensspielräume der Legislative und der Exekutive eingreift.²⁸³

²⁷⁷ REICH, S. 714.

²⁷⁸ REICH, S. 715.

²⁷⁹ Supreme Court of the United States, The Supreme Court at Work.

²⁸⁰ BÖHM S. 1121; HÜBNER/MÜNCH, S. 134.

²⁸¹ BÖHM S. 1121; HAY, Rz. 57.

²⁸² BÖHM S. 1121; HÜBNER/MÜNCH, S. 134.

²⁸³ HÜBNER/MÜNCH, S. 137.

4.5.2 Richterinnen und Richter des Supreme Court of the United States

Der Supreme Court besteht aus neun Richtern und Richterinnen, wobei die Gesamtbesetzung sich aus einem «*Chief Justice*» (obersten Richter) und acht «*Associate Justices*» (beigeordneten Richtern und Richterinnen) ergibt.²⁸⁴

4.5.3 Zuständige Richterinnen und Richter im Fall *Dobbs v. Jackson*

John G. Roberts Jr. ist der Oberste Richter des Supreme Courts, er wurde im Jahr 2005 vom damaligen republikanischen Präsidenten George W. Bush ernannt.

Clarence Thomas ist einer der beigeordneten Richter des Supreme Courts, er wurde im Jahr 1991 ernannt, womit er die längste Amtszeit der aktuellen Supreme Court Besetzung innehat. Auch er wurde vom damaligen republikanischen Präsidenten George W. Bush ernannt.

Stephen G. Breyer ist einer der beigeordneten Richter des Supreme Courts, er wurde im Jahr 1994 ernannt und wurde vom damaligen demokratischen Präsidenten Bill Clinton ernannt.

Samuel A. Alito Jr. ist ebenfalls einer der beigeordneten Richter und ist seit dem Jahr 2006 im Amt, er wurde von George W. Bush ernannt.

Sonia Sotomayor ist eine der beigeordneten Richterinnen, sie ist seit dem Jahr 2009 im Amt und wurde vom damaligen demokratischen Präsidenten Barack Obama ernannt.

Elena Kagan ist eine der beigeordneten Richterinnen und ist seit dem Jahr 2010 im Amt und wurde vom damaligen Präsidenten Barack Obama ernannt.

Neil M. Gorsuch ist einer der beigeordneten Richter und ist seit dem Jahr 2017 im Amt, er wurde vom damaligen republikanischen Präsidenten Donald Trump ernannt.

Brett M. Kavanaugh ist einer der beigeordneten Richter und ist seit dem Jahr 2018 im Amt, er wurde auch von Donald Trump ernannt.

Amy Coney Barrett ist eine der beigeordneten Richterinnen und ist seit dem Jahr 2020 im Amt und wurde auch von Donald Trump ernannt.²⁸⁵

4.5.4 Ernennung der Richter und Richterinnen

Die Richter und Richterinnen des US Supreme Courts werden vom Präsidenten unter Zustimmung einer einfachen Mehrheit des Senats auf Lebenszeit ernannt und sind grundsätzlich nicht abwählbar. Dies soll vor allem dazu führen, dass sie bei der Ausführung ihres Amtes unabhängig bleiben.²⁸⁶ Ausnahme von der Amtsdauer auf Lebenszeit bestehen im Falle einer Amtsanklage «*Impeachment*» einer Richterin oder eines Richters, die/der in einem

²⁸⁴ Supreme Court of the United States, Current Members.

²⁸⁵ Supreme Court of the United States, Current Members.

²⁸⁶ Art. III, Sect. 1 U.S. Const.; HAY, Rz. 57b; HÜBNER/MÜNCH, S. 133.

Amtsenthbungsverfahren etwa auf Grund einer schweren Pflichtverletzung für schuldig befunden wird und damit seines Amtes enthoben wird.²⁸⁷

4.5.5 Debatte über die politische Haltung der Richterinnen und Richter

Welcher Präsident für die Ernennung einer Richterin oder eines Richters zuständig war, sorgt in den Vereinigten Staaten immer wieder für heftige politische Debatten. So wird davon ausgegangen, dass die Parteiangehörigkeit eines Präsidenten zumindest in der Tendenz darauf schliessen lässt, welche Art der Verfassungsauslegung («*Originalism*» oder «*living Constitution*») von einer Richterin oder einem Richter zu erwarten ist. So ernennen republikanische Präsidenten regelmässig konservative Richterinnen und Richter, während demokratische Präsidenten eher liberale Richterinnen und Richter ernennen.²⁸⁸ Besonders die Abtreibungsfrage polarisiert in diesem Zusammenhang immer wieder. So versprach Präsident Donald Trump schon während seines Wahlkampfes, dass er Richterinnen und Richter ernennen werde, welche das Urteil «*Roe v. Wade*» umstossen werden.²⁸⁹ Wie aus der obigen Aufführung der Richterinnen und Richter hervorgeht, besteht der oberste Gerichtshof momentan aus sechs konservativen Richterinnen und Richter sowie drei liberalen Richterinnen und Richter, wobei die Hälfte der konservativen Richter tatsächlich durch Donald Trump ernannt wurden.²⁹⁰

4.5.6 Originalism

Als «*Originalism*» wird eine der Hauptauslegungsschulen des amerikanischen Rechtssystems bezeichnet. Der Originalism ist eine Auslegungsmethode, welche sich vor allem mit dem ursprünglichen Wortlaut der US-Verfassung beschäftigt.²⁹¹ Dennoch bedeutet dies nicht, dass im Rahmen des Originalism nur der offensichtliche Wortlaut des Verfassungstextes von Bedeutung ist. Den einzelnen in der Verfassung aufgeführten Artikeln kann nämlich trotzdem eine andere Bedeutung zukommen als der Wortlaut andeutet. Vertreter des Originalism sind jedoch der Meinung, dass die Gerichte bei der Verfassungsauslegung an das gebunden sind, was die Urheber der Verfassung zum Zeitpunkt der Ratifizierung für Regelungsabsichten hatten. Es wird also grundsätzlich nach der Bedeutung gesucht, welche die Ratifizierer den einzelnen

²⁸⁷ Art. I, Sect. 3 Cl. 7 U.S. Const.

²⁸⁸ HAY, Rz. 57b; RUSSO, Rz. 716.

²⁸⁹ Reversing Roe; Trumps Supreme Court.

²⁹⁰ RUSSO, Rz. 737.

²⁹¹ REICH, S. 735.

Verfassungsbestimmungen beigemessen haben.²⁹² Diese sich streng am ursprünglichen Bedeutungsgehalt orientierende Auslegungsmethode soll einerseits im Sinne der Gewaltenteilung vor richterlichem Machtmissbrauch schützen. Auf der anderen Seite wollen die Gerichte so sicherstellen, dass politische Entscheidungen nicht in den Gerichtssälen, sondern durch demokratische Mehrheitsentscheidungen getroffen werden.²⁹³ So soll es den Befürwortern des Originalism nicht grundsätzlich darum gehen, die Verfassung vor Änderungen und Ergänzungen zu bewahren, viel mehr soll diese Auslegungsmethode dazu dienen, die Schaffung von neuen Verfassungsrechten auf dem demokratischen Weg zu verwirklichen. Namentlich soll dazu das dafür vorgesehene Amendment-Verfahren des Artikel V der Verfassung genutzt werden.²⁹⁴

4.5.7 Living Constitution

Die Auslegungsmethode der «*Living Constitution*» steht im klaren Kontrast zum Originalism, Vertreter einer Living Constitution gehen bei der Verfassungsauslegung davon aus, dass sich die Bedeutung und der Inhalt der Verfassung ständig im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung verändern kann. Demnach ist der ursprüngliche Wortlaut der Verfassung nicht der zentrale Anhaltspunkt oder gar der Endpunkt der Auslegung, sondern stellt lediglich deren Anfangspunkt dar. Die Living Constitution zeichnet sich dadurch aus, dass die Verfassung kein starres und lebloses Dokument sein soll, vielmehr soll sich die Verfassung ständig an die aktuellen Bedürfnisse und Gegebenheiten anpassen lassen. Für diese Anpassungen sorgen die Gerichte in Form der richterlichen Rechtsfortbildung. Gerichte sollen so die Möglichkeit haben, Verfassungsbestimmungen auf neue Anwendungsgebiete und Fallgruppen zu übernehmen und anzuwenden. Die Befürworter einer Living Constitution begründen diesen enormen richterlichen Gestaltungsspielraum damit, dass nur ein umfangreiches richterliches Prüfungsrecht die Rechtsstaatlichkeit der Vereinigten Staaten auf lange Sicht sicherstellen kann. Zudem soll die Methode der Living Constitution darauf abzielen, Machtexzesse der Legislative und der Exekutive zu verhindern und somit dem Schutz von Minderheiten beitragen und die Rechte der Einzelnen schützen.²⁹⁵

²⁹² DREGGER, S. 55 f.

²⁹³ DREGGER, S. 19.

²⁹⁴ Art. V U.S. Const.; DREGGER, S. 86.

²⁹⁵ DREGGER, S. 19 f.

4.5.8 Weiter Auslegungsschulen

Nebst dem Originalism und der Living Constitution gibt es eine Reihe weiterer Auslegungsschulen, die von der amerikanischen Rechtslehre anerkannt werden. Von grosser Bedeutung bei der Rechtsanwendung und der Rechtsauslegung sind beispielsweise auch die bereits erwähnte *stare decisis*. Die Auslegungsschulen der Living Constitution und des Originalism sind vor allem deswegen besonders erwähnenswert, weil sie mit ihren starken Gegensätzen die Vielfaltigkeit der amerikanischen Methodenlehre deutlich machen.²⁹⁶ Aber auch der politische Disput, welcher mit den Urteilen des Supreme Courts und der Ernennung von Richtern und Richterinnen einhergeht, wird mit den beiden genannten Methoden in Verbindung gebracht.

4.5.9 Rangordnung der unterschiedlichen Auslegungsschulen

Ähnlich wie beim pragmatischen Methodenpluralismus des Schweizerischen Bundesgerichts herrscht auch zwischen den unterschiedlichen Auslegungsmethoden des Supreme Courts keine strenge hierarchische Rangordnung.²⁹⁷

4.5.10 Fall *Dobbs v. Jackson*

4.5.10.1 *Precedents*

Beim Fall *Dobbs v. Jackson* hatte der Supreme Court zu entscheiden, ob ein Gesetz des Staates Mississippi, welches Abtreibungen nach der 15. Schwangerschaftswoche generell verbietet, verfassungskonform ist.²⁹⁸

Das zu überprüfende Gesetz steht im Widerspruch mit zwei «*Stare decisis*» des Supreme Courts (*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* und *Roe v. Wade*), weshalb darüber entschieden werden musste, ob die beiden Präjudizien ausser Kraft gesetzt werden.²⁹⁹

Im Fall *Roe v. Wade* wurde 1973 festgehalten, dass ein von der Verfassung implizites Recht auf Privatsphäre das Recht auf Abtreibung enthalte.³⁰⁰

Im Fall *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* wurde im Jahr 1992 entschieden, dass sich ein implizites Recht auf Abtreibung aus der «*due process clause*» des 14. Zusatzartikel herleiten lasse.³⁰¹

²⁹⁶ DREGGER, S. 40.

²⁹⁷ DREGGER, S. 43.

²⁹⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 4.

²⁹⁹ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 5.

³⁰⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) ff; LANGER, S. 172.

³⁰¹ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833. (1992) ff.

4.5.10.2 Entscheidung für ein *Ouvruling*

Der Supreme Court entschied sich für ein «*Ouvruling*» der Fälle (*Casey* und *Roe*) und beschloss damit, dass er seinen eigenen Präjudizien nicht mehr folgt und es damit den Bundesstaaten und ihren gewählten Vertretern künftig erlaubt ist, Gesetze zu erlassen, welche Abtreibungen verbieten.³⁰²

4.5.10.3 Begründung zum *Ouvruling*

Der Supreme Court kam zum Schluss, dass das Recht auf Abtreibung nicht von der Verfassung und auch nicht vom 14. Zusatzartikel und der darin enthaltenen «*Due Process Clause*» geschützt wird, weil der Verfassung keinerlei Hinweise auf ein solches Recht entnommen werden kann. Der Supreme Court hielt in diesem Zusammenhang weiter fest, dass das Recht auf Abtreibung sich grundlegend von den anderen Freiheitsrechten unterscheidet, welche gemäss früheren Urteilen vom Schutzbereich des 14. Zusatzartikels erfasst werden. In diesem Sinn besteht keinerlei Ähnlichkeit zwischen dem Zerstören von fötalem Leben «*destroy of fetal life*» und Themen wie intime sexuelle Beziehungen, Empfängnisverhütung und Ehe.³⁰³

Weiterhin hielt der Supreme Court in seinem Urteil fest, dass die Methode der «*stare decisis*» nicht dazu verpflichtet, an einem Urteil ewig festzuhalten, welches wie im Fall *Roe* auf einem Missbrauch der richterlichen Autorität «*abuse of judicial authority*» basiert. Das Urteil sei nämlich von Anfang an unhaltbar falsch «*egregiously wrong*» und die damalige Begründung aussergewöhnlich schwach gewesen. Das Urteil habe zudem nicht zu einer nationalen Lösung für die Abtreibungsfrage gesorgt, sondern die diesbezügliche Debatte angeheizt und die Spaltung zwischen den beiden Lagern noch vertieft.³⁰⁴

4.5.10.4 Auslegung der Verfassung

Schliesslich zeigt der Supreme Court auf, wieso durch die Auslegung der Verfassung kein Recht auf Abtreibung begründet werden kann. Dazu hält er fest, dass die Verfassungsauslegung mit «*the language of the instrument*» beginnt, was wohl in einem ähnlichen Sinn verstanden werden darf wie die Formel des Schweizerischen Bundesgerichts, nach welcher «*der Ausgangspunkt jeder Auslegung, der Wortlaut der Bestimmung bildet*».³⁰⁵ Da die Verfassung kein ausdrückliches Recht auf Abtreibung nennt, sei es Aufgabe derjenigen, die sich auf ein solches

³⁰² Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 5.

³⁰³ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 5.

³⁰⁴ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 6.

³⁰⁵ BGE 133 V 9, E. 3.1.

Recht berufen wollen, zu beweisen, dass ein solches Recht implizit aus dem Verfassungstext hervorgehe.³⁰⁶ In diesem Zusammenhang hält der Supreme Court fest, dass in den Fällen *Roe* und *Casey* extrem locker mit dem Verfassungstext umgegangen worden sei. So wurden damals gleich mehrere Artikel genannt, aus denen ein Recht auf Abtreibung implizit hervorgehen soll, darunter vor allem aus dem 14. Zusatzartikel und damit durch den «*Due Process Clause*» gewährten Schutz der Freiheit und aus dem impliziten Recht auf Privatsphäre.³⁰⁷

Um feststellen zu können, ob das Recht auf Abtreibung als ein nicht ausdrücklich genanntes Recht von der «*Due Process Clause*» geschützt wird, musste der Supreme Court prüfen, ob es sich dabei um ein Recht handeln könnte, welches tief in der Geschichte und der Kultur der Vereinigten Staaten verwurzelt ist und deshalb implizit aus dem Konzept der geordneten Freiheit hervor geht. Dazu hat das Gericht die Geschichte des Rechts auf Abtreibung analysiert.³⁰⁸ Im Sinne dieser *historischen Auslegung* hielt der Supreme Court fest, dass ein Recht auf Abtreibung schon deshalb nicht zu dieser Kategorie gezählt werden könne, weil ein solches Recht bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten noch gänzlich unbekannt war. Zudem waren Abtreibungen zum Zeitpunkt der Ratifizierung des 14. Zusatzartikels unabhängig vom Schwangerschaftsstadium in drei Viertel der Staaten per Gesetz verboten.³⁰⁹ Um dies zu belegen, zitierte der Supreme Court mehrere Gesetze und Urteile aus den vergangenen Jahrhunderten (vor allem 14. Jh.–18. Jh.), welche sich auf das Verbot von Abtreibungen bezogen.³¹⁰

4.5.10.5 Würdigung der politischen und gesellschaftlichen Argumente

Auch mit den von den Befürwortern der Fälle *Roe* und *Casey* vorgebrachten Argumenten bezüglich der sich verändernden Gesellschaft hat der Supreme Court sich auseinandergesetzt. So anerkannte das Gericht zwar, dass die Abwesenheit eines Rechts auf Abtreibung die Freiheit von Frauen in gewisser Weise einschränken kann, etwa weil Frauen aufgrund ungewollter Schwangerschaften nicht mehr gleichermassen in der Lage sind, die Art von Beziehungen zu wählen, welche sie sich wünschen oder dass sie durch ungewollte Schwangerschaften bei der Ausübung ihres Berufes unter Umständen nicht gleichermassen konkurrenzfähig sind wie es Männer sind, die nicht ungewollt schwanger werden können.

³⁰⁶ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 9.

³⁰⁷ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 9 ff.

³⁰⁸ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 12 ff.

³⁰⁹ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 15 f.

³¹⁰ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 16 ff.

Jedoch würdigte der Supreme Court auch die Gegenargumente im Rahmen der veränderten Gesellschaft. So habe sich beispielsweise die Einstellung gegenüber der Schwangerschaft unverheirateter Frauen drastisch geändert. Zudem seien Diskriminierungen auf Grund von Schwangerschaften verboten und die Kosten für die medizinische Versorgung im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft werden entweder durch die Versicherung oder von der Regierung übernommen. Auch müsse eine Frau, die ihr Neugeborenes zur Adoption freigibt, heute kaum noch befürchten, dass das Kind kein geeignetes Zuhause findet.³¹¹ Schliesslich hielt der Supreme Court fest, dass beide Seiten wichtige politische Argumente vorbringen können, dass es aber Aufgabe der Befürworter von Roe und Casey sei, aufzuzeigen, dass dieses Gericht befugt sei, diese Argumente abzuwägen und zu entscheiden, wie die Abtreibung in den Staaten geregelt werden kann. Diesen Nachweis konnten die Befürworter jedoch nicht erbringen, weshalb der Supreme Court die Befugnis zur Abwägung und Gewichtung dieser Argumente an die Menschen und ihre gewählten Vertreter zurückgibt.³¹²

4.5.10.6 Dissenting

Wichtig zu erwähnen ist, dass die drei *liberalen* Richterinnen und Richter dem *Ouverture* nicht zugestimmt haben. Entsprechend haben sie sich dazu geäußert, wieso sie mit dem Urteil nicht einverstanden sind. So wurde vor allem die historische Auslegungsmethode der anderen Richter und Richterinnen kritisiert. Sie hielten in diesem Zusammenhang fest, dass die Praxisänderung nur von der Frage abhängig gemacht wurde, ob zum Zeitpunkt des Erlasses des 14. Zusatzartikels ein Recht auf Abtreibung bestand.³¹³ In ihrer gemeinsamen Stellungnahme haben Breyer, Sotomayor und Kagan nicht bestritten, dass es damals tatsächlich kein solches Recht gegeben hat, jedoch haben sie auch darauf verwiesen, dass der 14. Zusatzartikel eben nicht vom Volk, sondern von Männern erlassen wurde: «*But, of course, “people” did not ratify the Fourteenth Amendment. Men did.*»³¹⁴ Es sei deshalb wenig überraschend, dass diese Männer sich der Bedeutung von Abtreibungsrechten für Frauen und deren Relevanz für die Gleichberechtigung der Frauen nicht bewusst waren.³¹⁵ In diesem Zusammenhang fügten sie hinzu, dass wenn die Verfassung und ihre Zusatzartikel heute immer noch so zu verstehen seien, wie sie

³¹¹ Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 33 f.

³¹² Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 35.

³¹³ Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 12 ff.

³¹⁴ Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 14.

³¹⁵ Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 14.

zum Zeitpunkt des Erlassens verstanden worden sind, dies dazu führe, dass Frauen zu Bürgerinnen zweiter Klasse degradiert würden.³¹⁶ Weiterhin stellten sie fest, dass «*The Framers*» wussten, dass sich die Verfassung laufend an die Veränderung der Gesellschaft anpassen müsse, weshalb die Rechte in Form von «*general terms*» geschrieben wurden. Der Supreme Court habe dieser Aufforderung bis anhin Folge geleistet, indem er die Verfassung so ausgelegt hat, wie es in Anbetracht der aktuell geltenden Gegebenheiten als angemessen erschien.³¹⁷ Nach dieser Auslegungsmethode müsste anerkannt werden, dass die Freiheit und Gleichheit, welche im 14. Zusatzartikel verankert wurde, sich im Laufe der Zeit wandeln und erweitern könne.³¹⁸ In diesem Zusammenhang wird auch darauf verwiesen, wenn nur die Rechte von der vorgesehenen Freiheit und Gleichheit des 14. Zusatzartikels umfasst werden, welche schon im 19. Jahrhundert bestanden, dann würde sich aus dem 14. Zusatzartikel etwa auch das Recht jemanden der einer anderen Rasse angehört zu heiraten oder das Recht nicht ohne Zustimmung sterilisiert zu werden, nicht ableiten lassen.³¹⁹

Es wird auch kritisiert, dass das Gericht nicht genügend gewürdigt hat, dass das Recht auf Abtreibung auch direkt mit der körperlichen Integrität einer Frau zusammenhängt: «*There are few greater incursions on a body than forcing a woman to complete a pregnancy and give birth.*»³²⁰ Sodann gehöre die Entscheidung, ob und wann jemand Kinder haben möchte, zu den intimsten und persönlichsten Entscheidung überhaupt, was vom Supreme Court selbst in vielen seiner früheren Urteilen bestätigt wurde.³²¹

Schliesslich äussern sich die liberalen Richter auch noch zu der Doktrin der «*Stare decisis*» und warum das Urteil, welches aus ihrer Sicht ohne einen legitimen Grund eine Praxisänderung vorsieht, «*the rule of law*» gefährdet.³²² Sie sind der Meinung, es führe zu einer tiefgreifenden

³¹⁶ Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 15.

³¹⁷ Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 16.

³¹⁸ Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 17 f.

³¹⁹ Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 27.

³²⁰ Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 21.

³²¹ Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 22.

³²² Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 55 ff.

Instabilität des Rechts und lasse das Vorgehen des Supreme Courts «*aggressive*» und «*grasping*» wirken.³²³

4.6 Vergleich

Im Rahmen der in diesem Kapitel behandelten Gebiete ist es wichtig, dass beim Vergleich der beiden Methoden nicht einzig auf das Urteil *Dobbs v. Jackson* abgestellt wird. Da dieses Urteil des Supreme Courts augenscheinlich ein Extremfall darstellt, sollte es nicht als Basis einer Verallgemeinerung dienen. Es scheint deshalb angebracht, den Vergleich in zwei Teile aufzuteilen. Im ersten Teil sollen die beiden Methoden vor allem aus einer allgemeinen, sich auf die Theorie beziehende Sichtweise verglichen werden. Erst in einem zweiten Schritt soll explizit die Auslegungsmethode im Fall *Dobbs v. Jackson* analysiert und wo möglich mit dem pragmatischen Methodenpluralismus des Bundesgerichts verglichen werden.

4.6.1 Vergleich der Methodenlehren und Auslegungsschulen

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Auslegungsmethoden und Rechtsanwendung des Supreme Courts und des schweizerischen Bundesgerichts zumindest in der Theorie viele Gemeinsamkeiten aufweisen. So wird von beiden Gerichten gefordert, dass sie sich an ihre Präjudizien halten. Im schweizerischen Rechtssystem kommt den Präjudizien zwar keine formale Verbindlichkeit zu, trotzdem sind die höchstinstanzlichen Gerichte beider Länder dazu angehalten, nur unter gewissen Umständen eine Praxisänderung vorzunehmen. Für das Bundesgericht müssen dafür unter anderem ernste sachliche Gründe vorliegen oder ein früheres Urteil muss nach der heutigen Auffassung unhaltbar falsch erscheinen. Auch die Rechtsicherheit und das Vertrauen der Rechtsunterworfenen wird berücksichtigt und gegen das Legalitätsprinzip und dem Gebot der korrekten Rechtsanwendung abgewogen. Ganz ähnlich sind die Voraussetzungen für das *Ouverture* des Supreme Courts. Auch hier bedarf es einer Abwägung, um von *stare decisis* abweichen zu dürfen. Gründe, welche für ein *Ouverture* sprechen, können etwa darin bestehen, dass sich die aus dem Präjudiz ergangenen Regeln in der Zwischenzeit als unhaltbar erwiesen haben. Oder wenn sich seit dem Urteil die Umstände in einem solchen Masse verändert haben, dass die Regel ihrer wesentlichen Anwendung oder Rechtfertigung beraubt wurde. Auch die Qualität der Argumentation im Präzedenzfall kann für die Abwägung relevant

³²³ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597, U.S. ____ (2022), Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting S. 57.

sein. Auf der anderen Seite hat auch der Supreme Court das Rechtsvertrauen der Rechtsunterworfenen zu berücksichtigen und sollte in jenen Fällen, in denen es in besonders schwerer Weise von einer Praxisänderung betroffen ist, mit der Aufhebung von *stare decisis* zurückhaltend sein.

Auch befassen sich sowohl die amerikanischen als auch die schweizerischen Auslegungsmethoden mit dem Wortlaut der jeweiligen Rechtsnorm und nutzen sie als Ausgangspunkt für die Auslegung. Weiterhin beschäftigen sich sowohl der Supreme Court als auch das Bundesgericht mit einem historischen Auslegungselement und fragen nach den Absichten des Gesetzes oder Verfassungsgebers.

Deutlich wird auch, dass weder die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts noch jene des Supreme Courts gänzlich objektiv sind. In beiden Ländern ist besonders die Wahl/Ernennung von Richterinnen und Richter politisch gefärbt, was zwangsläufig mit einem gewissen richterliche Vorverständnis in Verbindung gesetzt wird. In beiden Ländern ist davon auszugehen, dass dieser Umstand durch die fehlende Rangordnung in Bezug auf die verschiedenen Methodenschulen oder Auslegungselemente noch verstärkt wird.

Auffallend ist, dass sich die Auslegungsmethoden des amerikanischen Rechtssystems deutlicher in zwei Lager aufteilen lassen als dies in der Schweiz der Fall ist. So gehen die Auslegungsschulen des *«Originalism»* und der *«Living Constitution»* von zwei gegensätzlichen Auslegungsmethoden aus. Auf der einen Seite steht der Originalism als starre, konservative sich auf die Entstehungsgeschichte konzentrierende Methode, welche das Ziel verfolgt, politische Entscheidungen der Exekutive und Legislative zu überlassen. Demgegenüber steht auf der anderen Seite die Auslegungsmethode der Living Constitution, welche für eine geltungszeitliche und liberale Interpretation und Rechtsfortbildung steht und dazu dienen soll, die anderen Gewalten zu hemmen und die Rechte der Einzelnen zu schützen und zu stärken.

4.6.2 Vergleich unter Betrachtung des Falls *Dobbs v. Jackson*

Im Fall *Dobbs v. Jackson* entscheidet sich das Gericht für ein *Ouverture* der Entscheide *Roe* und *Casey*. Begründet wird diese Abweichung von den langjährigen Präzedenzfällen dadurch, dass die beiden Urteile vom Supreme Court als *«egregiously wrong»* betrachtet werden. In diesem Zusammenhang wird sogar der Vorwurf eines *«abuse of judicial authority»* geäußert. Gestützt werden diese Ergebnisse und die damit einhergehenden Vorwürfe aber fast ausschliesslich dadurch, dass es vor dem Urteil im Fall *Roe* keine Gesetze oder Rechtstraditionen gab, welche belegen, dass ein Recht auf Abtreibung in der Geschichte und der Kultur der

Vereinigten Staaten verwurzelt ist. Um dieses Argument zu unterstreichen, zählt der Supreme Court eine Reihe von Gesetzen und Lehrmeinungen auf, welche bis ins 14. Jahrhundert zurückreichen.

Eine so stark auf der Historie eines Gesetzes aufbauenden Auslegung wäre bei der Auslegung nach dem pragmatischen Methodenpluralismus nur schwer vorstellbar. Zwar ist auch das Bundesgericht bei der Gewichtung der einzelnen Auslegungselemente relativ frei, jedoch gilt gerade bei der Konsultierung von Gesetzesmaterialien, dass älteren Materialien eine weniger grosse Bedeutsamkeit zukommen als den jüngeren. Auch ist anzunehmen, dass das Bundesgericht im Rahmen des teleologischen Auslegungselements dem Sinn eines Rechts auf Abtreibung unter Anbetracht der geltenden Umstände mehr Relevanz zukommen liesse.

Auch scheint der Supreme Court das Vertrauen der Rechtsunterworfenen nicht im gleichen Ausmass zu würdigen, wie es das Bundesgericht wahrscheinlich getan hätte. Dass ein Recht, von welchem die Rechtsunterworfenen bis anhin annehmen durften, dass es verfassungsmässig geschützt ist, plötzlich keinen Bestand mehr hat, scheint nämlich dazu geeignet zu sein, das Vertrauen in das Recht und die Rechtssicherheit erheblich zu beeinträchtigen. Insbesondere da zumindest nach schweizerischem Recht davon auszugehen ist, dass ein mögliches Verbot von Abtreibungen mit erheblichen Grundrechtseinschränkungen verbunden ist. So wären unter anderem die Rechtsgleichheit zwischen Mann und Frau nach Art. 8 Abs. 3 BV, die persönliche Freiheit und das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit nach Art. 10 Abs. 2 BV sowie der Schutz der Privatsphäre nach Art. 12 Abs. 1 BV betroffen.

Weiterhin scheint das Bundesgericht grundsätzlich eine neutralere Sprache anzuwenden als dies im vorliegenden Urteil des Supreme Courts der Fall war. So sprechen die konservativen Richter und Richterin immer wieder von «*destroy of fetal life*» oder sogar von «*destroy of an unborn human being*»³²⁴. Während die liberalen Richter und Richterinnen gerne auf die Formulierung «*force a woman to give birth*» zurückgegriffen haben.

Auch die im Fall *Dobbs v. Jackson* auffallende politische Bedeutung ist besonders beachtenswert, wobei in diesem Zusammenhang festgehalten werden muss, dass der Supreme Court tatsächlich nur durch ein *Overruling* des Urteils *Dobbs v. Jackson* die Regelungsbefugnis zurück an die Legislative übertragen konnte. Zwar gestaltet sich ein direkter Vergleich zwischen den beiden Systemen schwierig, da die Bundesrichterinnen und Bundesrichter in der Schweiz nicht von der Exekutive, sondern der Legislative gewählt werden und sich die Situationen auch in

³²⁴ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597, U.S. ____ (2022), Opinion of the Court S. 35.

Anbetracht der eingeschränkten Verfassungsgerichtbarkeit grundsätzlich unterscheiden. Dennoch bleibt es kaum vorstellbar, dass in landesweiten Wahlkämpfen damit geworben wird, dass im Fall einer Wahl dafür gesorgt wird, dass das Bundesgericht Fälle nach den politischen Vorlieben der Wähler entscheidet. Diese Vorgehensweise steht nämlich in klarem Widerspruch mit dem Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht.³²⁵

4.7 Fazit

Der Vergleich zeigt, dass die verschiedenen Auslegungsmethoden in den USA und der Schweiz durchaus einige Gemeinsamkeiten haben. Diese zeigen sich etwa in der Handhabung von Praxisänderungen, welche sich trotz der unterschiedlichen Rechtssysteme des common laws und des civil laws in vielen Punkten ähnlich sind. Auch die relativ freie Gewichtung von verschiedenen Auslegungselementen lässt sich in beiden Methoden erkennen. Durch diese fehlende Rangordnung ergeben sich aber auch die grössten Unterschiede bei der Auslegung und den Urteilsfindungen im Einzelfall. So scheint die amerikanische Auslegungsmethode etwas stärker unter dem Einfluss der Politik zu stehen als dies in der Schweiz der Fall ist. Auch dass Richterinnen und Richter sehr gegensätzliche Auslegungsmethoden verfolgen ist beim pragmatischen Methodenpluralismus des Bundesgerichts nicht in diesem Ausmass erkennbar. Obwohl das Bundesgericht bei der Auslegung auf Grund der freien Gewichtung der einzelnen Auslegungselemente auch einen gewissen Gestaltungspielraum nutzen kann, erscheint die Auslegung grundsätzlich ausgeglichen und eine Begründung stützt sich in der Regel nicht auf einem einzigen Auslegungselement ab. Vielmehr dient der Gestaltungspielraum, der den Richtern und Richterinnen des Bundesgerichts bei der Auslegung zukommt dazu, den besonderen Umständen des Einzelfalls gebührend Rechnung zu tragen und nicht, um politische Versprechungen einzulösen. An dieser Stelle soll jedoch nochmals darauf hingewiesen werden, dass der Fall *Dobbs v. Jackson* zwar ein interessantes Beispiel darstellt, jedoch schon aus den abweichenden Meinungen der drei liberalen Richter und Richterinnen deutlich wird, dass dieser Fall auch ganz anders hätte beurteilt werden können und sich deshalb keine allgemeingültige Schlussfolgerung über die Auslegungsmethoden des Supreme Courts beruhend auf diesem einzelnen Urteil herleiten lassen. Allerdings ist es gerade deswegen auch illustrativ dafür, wie vielfältig die Auslegungsmethoden der Vereinigten Staaten sind und inwiefern das Ergebnis eines Einzelfalls durch die richterliche Auslegung und Rechtsfortbildung beeinflusst werden kann.

³²⁵ Art. 30 Abs. 1 BV.

5 Schlussfazit

Abschliessend kann gesagt werden, dass ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen der bundesgerichtlichen Auslegungsmethode und dem Rechtsstaatsprinzip unumgänglich ist. Dennoch wäre es wohl vermessen davon auszugehen, dass es sich beim pragmatischen Methodenpluralismus um eine Flucht handelt. Da es schlicht unmöglich ist, dass jeder einzelne Aspekt bis ins kleinste Detail von den gesetzgebenden Instanzen hervorgesehen und auf generell-abstrakte Weise normiert wird. Zudem würde eine solche Gesetzesflut erst recht zu einem unüberschaubaren und somit zur Unvorhersehbarkeit des Rechts führen. Deshalb ist der pragmatische Methodenpluralismus nicht als Gefährdung der Rechtsicherheit zu betrachten, sondern vielmehr als die notwendige Ergänzung, die ein umfassend reguliertes Rechtssystem benötigt, um auch in der Praxis für Rechtssicherheit zu sorgen und in diesem Sinne der Einzelfallgerechtigkeit zu dienen. Den pragmatischen Methodenpluralismus zum Segen zu erklären wäre wahrscheinlich ebenso vermessen. Schliesslich lässt sich nicht leugnen, dass die richterliche Auslegung – bis anhin – an das Menschsein gebunden ist und deshalb stets mit einer gewissen Subjektivität gekoppelt ist. Insofern ist davon auszugehen, dass der pragmatische Methodenpluralismus nicht über jeden Zweifel erhaben sein kann und keine Fehlerlosigkeit für sich beanspruchen darf. Bisher wurde jedoch auch noch keine andere Auslegungsmethode gefunden, welche eine solche Fehlerlosigkeit aufweisen könnte. Dies verdeutlicht sich unter der Betrachtung anderer Auslegungsmethoden wie etwa derjenigen der USA. Abschliessend darf also dennoch gesagt werden, dass der vom Bundesgericht angewendete pragmatische Methodenpluralismus ein äusserst effektives Mittel ist, um im Einzelfall für Gerechtigkeit zu sorgen.