



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Textualismus oder Wo bleibt der Wille des Gesetzgebers? Ein transatlantischer Vergleich" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 15.7.2020)

All rights reserved.

Textualismus oder Wo bleibt der Wille des Gesetzgebers?

Ein transatlantischer Vergleich

Recht ist kein Text. Das ist häufig die nicht offen ausgesprochene Grundlage juristischer Auslegungstheorien. Sprache ist allen gemeinsam und kein Privateigentum der Juristen. Man kann sie mittlerweile sogar empirisch überprüfen. Das stört die Machtausübung der Juristen und erschwert den Weg zu einem gewollten Ergebnis. Deswegen neigen Juristen dazu, die Sprache herabzusetzen. Sie gilt dann als bloßer Ausdruck von Absichten des Gesetzgebers oder Repräsentant von grundlegenden Werten. Die Sprache selbst ist ein durchlässiges Medium und man muss nur auf die grundlegende Ebene von Absichten oder Werten gelangen. Eine solche Auffassung ist in einer parlamentarischen Demokratie nicht vereinbar. Trotzdem führt sie im Schatten der Macht ein zähes Eigenleben.

Ein Einspruch gegen diese Auffassung ist der Textualismus. Dies ist ein Stichwort aus der amerikanischen Rechtstheorie. Die Auffassung wendet sich gegen die Gleichsetzung von Gesetz und ursprünglicher Absicht des Autors. Sie betont demgegenüber das sprachliche Eigengewicht des Textes. Eine entsprechende Debatte gibt es natürlich auch im europäischen Rechtskreis. In diesem Streit werden Reichweiten und Grenzen der Sprache im Recht sichtbar.

Im Vergleich der Argumente fällt auf, dass Juristen bei der Interpretation von Gesetzen ziemlich Ähnliches tun: Sie arbeiten mit Wortlaut, Zusammenhang, Geschichte und Zweck. Allerdings führen kleine Akzentverschiebungen zu großen Verschiebungen in der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative. Stellt man Geschichte und Zweck in den Vordergrund, wird die Gestaltungsmacht des Richters größer. Stellt man Wortlaut und Systematik in den Vordergrund, wird sie kleiner. In einer parlamentarischen Demokratie hat die richterliche Macht Schranken. Aber es macht einen Unterschied, ob man diese als Handschellen oder Spinnweben begreift. Das vorliegende „Manifest des Textualismus“ nimmt zu diesem Problem Stellung.

1. Argumente gegen den Willen des Gesetzgebers

Häufig wird die Möglichkeit der genetischen Konkretisierung im Gemeinschaftsrecht aus texttheoretischen Überlegungen abgelehnt. Die Vorstellungen, Absichten und Zwecke des historischen Gesetzgebers können für die Auslegung keine Rolle spielen, weil sich das Gesetz nach seinem Erlass von den Absichten und Zwecken seiner Urheber ablöst. Das so entstandene eigenständige Gebilde muss nunmehr aus sich selbst verstanden werden.¹ Der beherrschenden Stellung des Gesetzgebers wird dabei eine Heterogonie der Zwecke² entgegengehalten: „Der Zusammenhang einer Zweckreihe besteht demnach nicht darin, dass der zuletzt erreichte Zweck schon in den ursprünglichen Motiven (...) als Vorstellung enthalten sein muss, (...), sondern er wird wesentlich dadurch vermittelt, dass infolge nie fehlender Nebeneinflüsse der Effekt einer Handlung mit der im Motiv gelegenen Zweckvorstellung im Allgemeinen sich nicht deckt.“ Über die Vervielfältigung und Anreicherung des Ursprungszwecks soll hier das Gesetz der Heterogonie der Zwecke ein „Prinzip des Wachstums geistiger Werte“³ begründen und damit den selbständigen Organismus⁴ des Rechts von seinem Urheber ablösen. Nun gibt es aber nicht nur ein vermehrendes Wachstum, sondern auch ein Zurückbleiben gegenüber dem Ursprungszweck. Dieser bleibt demnach als Bezugspunkt nötig, um die Frage des Wachstums oder Zurückbleibens beurteilen zu können. Weiter wird geltend gemacht, dass der Gesetzgeber bzw. Vertragspartner schon seine ursprüngliche Zwecksetzung inhaltlich gar nicht voll überblicken kann: „Es ist ein häufiger Irrtum zu meinen, dass der Gedanke der vollständige Sklave unseres Willens sei und nur das hervorbringe, was wir wollen, während doch der Gedanke dem Willen gegenüber seine volle Selbständigkeit hat und vielfach über die Tragweite des Willens hinausgeht. (Das Denken) hat unendlich viele Zusammenhänge, es zeigt in den Begriffen einen Ideeninhalt, den der subjektiv Denkende nicht ahnt.“⁵ Weil jeder Gedanke selbständig und gegen die Absicht seiner Schöpfer fortwirken kann, ist das Recht als geistige Wirklichkeit etwas

¹Vgl. etwa Binding, K., Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885, S. 455 und ff. Binding bemüht sich als einer der ersten um eine systematische Kritik der Prämissen der subjektiven Lehre.

²Vgl. dazu Mennicken, A., Das Ziel der Gesetzesauslegung – Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungslehre, 1970, S. 26.

³Wundt, W., System der Philosophie, 1919, S. 327. Vgl. zu den Problemen dieser Wachstumsregel: Bloch, E., Über Heterogonie der Zwecke, in: ders., Philosophische Aufsätze zur objektiven Phantasie, GA Bd. 10, 1977, S. 431 ff., insbes. 435 ff.

⁴Vgl. grundsätzlich zum Organismusbegriff Kaufmann, E., Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts, 1908; Zippelius, R., Das Wesen des Rechts, 1978, S. 167 f. Kritisch zur Organismusmetapher: Müller, F., Die Einheit der Verfassung, 1979, S. 162 und öfter. Zur politischen Funktion: ders., Korporation und Assoziation, 1965, S. 87, 89, 90, 95 ff., 98 ff., 146 f. Zur Organismusmetapher als Begründungsfigur des Bedeutungswandels: Munzer, H. / Nickel, G., Does the Constitution mean what it always meant?, in: Columbia Law Review, 1977, S. 1029 ff., 1046. Unabhängig von der Verbindung zur Organismusmetapher wird der Entwicklungsgedanke gegen eine Fixierung des Rechts gewendet bei Kirchof, P., Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987, S. 33: „Wer ein Gesetz in der Problemsicht und in den Lösungen seines Entstehens festschreiben wollte, nähme dem Recht den Atem und der das Recht vollziehenden Gewalt die Befugnis zum Nach-Denken der Vorschrift. Recht ist Kultur, also Entwicklung.“

⁵Kohler, J., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1906, S. 123.

Eigenständiges. Die Entscheidung muss daher unabhängig von den Materialien dem Gesetz selbst entnommen werden. Auch in diesem Einwand ist wieder Richtiges enthalten, das dann aber durch zu große Generalisierung falsch wird.

Ein weiterer prinzipieller Einwand gegen die Berechtigung genetischer Konkretisierung ist das Kränkungsargument: „Würden die unterschiedlichen Verhandlungspositionen im Wege einer subjektiv-historischen Auslegung verwertet, würde der damalige mühsame Einigungs- und Verhandlungserfolg verschenkt; mit der Argumentation und Auslegung unter Berücksichtigung nationalbetonter und Einigungsfortschritten gegenüber zurückhaltender Thesen würde der Integrationsprozess ins Stocken geraten und nachträglich ‚Salz in alte Wunden‘ gestreut werden. Die bewusste Nichtveröffentlichung der Materialien hatte somit Methode und sollte dem Dauer- wie auch dem Eigencharakter der Gemeinschaft durch eine gezielte Loslösung von den Gründungsverhandlungen und deren politischer Entstehungsgeschichte dienen.“⁶ Auch dieser Gedanke überzeugt nicht. Denn zunächst ist es unwahrscheinlich, dass einer damaligen Verhandlungspartei schon ein Wille für die Entscheidung eines späteren konkreten Falls zugeschrieben werden kann. Und selbst wenn, wäre gerade im Interesse dieses Staates zu fordern, dass ein Abweichen nicht stillschweigend geschieht, sondern offen vollzogen und deshalb mit anderen Konkretisierungselementen erst noch begründet wird.

Schließlich wird als Einwand gegen die genetische Konkretisierung im Gemeinschaftsrecht noch das Qualitätsargument vorgebracht: „Einer Heranziehung der subjektiv-historischen Auslegung steht darüber hinaus der Kompromisscharakter vieler Vertragsnormen entgegen. Angesichts der Fülle der zu regelnden Probleme und des enormen Zeitdrucks bei den Vertragsverhandlungen, verbunden mit den jeweils doch erheblich voneinander abweichenden Vorstellungen, Präferenzen und Idealen der nationalen Vertragsdelegationen, sind einige der Vertragsnormen als bloße Kompromissformeln zu verstehen, die in allererster Linie aus Gründen des Pragmatismus und einer möglichst zügigen Einigung in diesem sprachlichen Gewand formuliert wurden.“⁷ Wie sich bei einer Analyse der Aussagekraft von Gesetzesmaterialien gezeigt hat⁸, sind die eine Regelung tragenden gesetzgeberischen Zwecke oft nicht belegbar, und zwar nicht nur wegen Dokumentationsmängeln, sondern auch wegen unzureichender sachlicher Durcharbeitung des Vorhabens. Der Gesetzgeber orientiert sich meist nur an typischen Problemen oder Situationen und überlässt die nähere Ausgestaltung der Praxis. Zudem kann man einem Normtext kaum je einen klar abgrenzbaren Hauptzweck zuord-

⁶Buck, C., Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 145. Unter Bezug auf Everling, U., Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987, in: Festschrift für Hans von der Groeben, 1987, S. 111 ff., 146.

⁷Buck, C., Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 145. Unter Bezug auf Everling, U., Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987, in: Festschrift für Hans von der Groeben, 1987, S. 111 ff., 145.

⁸Vgl. Baden, E., Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: Röduig, J. (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 369 ff., 393. Vgl. auch die entsprechenden Empfehlungen an den Gesetzgeber, diesem Zustand abzuhelfen: in: ders., Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, 1977, S. 250 ff.

nen, sondern oft nur verschiedene, häufig nicht einmal miteinander vereinbarte Zwecke.⁹ Auch dieses Problem des Formelkompromisses verschärft sich im komplexen Gesetzgebungsverfahren des Gemeinschaftsrechts noch beträchtlich. Der Konflikt zwischen den Zwecken soll dann von der Rechtsprechung im Weg einer Kollisionsentscheidung gelöst werden. Dazu müssen die den Kompromiss tragenden Ausgangszwecke überhaupt erst bekannt sein. Auch das Qualitätsargument ist nur geeignet, die subjektive Auslegungsdoktrin unplausibel zu machen, nicht aber die praktische Möglichkeit genetischer Konkretisierung in Frage zu stellen.

Die genetische Interpretation wirft technische Fragen auf, die mit der Diversifikation des Gesetzgebers im Gemeinschaftsrecht verknüpft sind. Schon wenn man den gesetzgeberischen Willen anhand der Protokolle von Parlamentsdebatten zu ermitteln versucht, stößt man zunächst auf den enttäuschenden Umstand, dass Kontroversen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens selten sind.¹⁰ Zudem vollziehen sich die eigentlichen Entscheidungsprozesse im Gemeinschaftsrecht oft in einem über die Protokolle nicht zugänglichen Vorfeld von politischer Arbeit zwischen den Regierungen oder im Rat und der Kommission. Außerdem gibt es Vorbereitungen in den Ministerien der Nationalstaaten und innerhalb des Europaparlaments in Ausschüssen und Fraktionen. Die Komplexität nationaler Legislative wird also im Gesetzgebungsverfahren der Gemeinschaft noch gesteigert. Hier sind die eigentlichen Legislativorgane Kommission und Rat. Das Parlament ist zwar seit dem Amsterdamer Vertrag in seiner Rolle gestärkt worden, indem man das Mitentscheidungsverfahren deutlich ausdehnte. Aber es wurden in diesem Vertrag auch die nationalen Parlamente stärker in den Gesetzgebungsprozess einbezogen, so dass die Diversifikation der Legislative institutionell noch weiter getrieben wurde.

Über Art. 19 EUV und andere Vorschriften wird das Rechtsstaatsprinzip aus den nationalstaatlichen Traditionen der Mitgliedsländer ins Gemeinschaftsrecht aufgenommen. Dieser Grundsatz enthält auch Aussagen über die Publikation von Gesetzen. Danach müssen diese für die rechtsunterworfenen Bürger allgemein oder jedenfalls leicht zugänglich sein. Schon diese rechtsstaatliche Regel macht das Heranziehen nichtveröffentlichter Gesetzesmaterialien fragwürdig. Entscheidend ist für den Gerichtshof aber das rechtliche Gehör im Verfahren. Diese zentrale Figur von Rechtsstaatsprinzip und Methodenkultur verbietet es, in die Konkretisierung von Gesetzen Materialien einzubeziehen, die den anderen Teilnehmern des Verfahrens nicht zugänglich sind: „Nur wenn sichergestellt ist, dass die Streitparteien im Verfahren vor dem EuGH nicht überraschend mit unveröffentlichten und daher unbekanntem Absichtsbekundungen der Mitgliedstaaten, die diese anlässlich des Vertragsschlusses geäußert hatten, konfrontiert werden, kann eine wirksame Angriffs- oder Verteidigungsstrategie durch die Prozessbevollmächtigten der Parteien entworfen werden.“¹¹ Auch der EuGH selbst

⁹Vgl. dazu Englisch, K., Einführung in das juristische Denken, 1977, S. 80.

¹⁰Vgl. dazu und zum Folgenden: Wank, R., Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 61 – 63 m. w. N.

¹¹Anweiler, J., Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 249 f.

verlangt vor allem im Hinblick auf Verfahren, bei denen auch natürliche Personen klagebefugt sind, dass nur veröffentlichte und damit jedermann zugängliche Materialien zugrunde gelegt werden.¹² Auf dieser Grundlage wird klar, warum der EuGH beim Konkretisieren des Primärrechts kaum die genetische Auslegung verwendet. Denn in diesem Bereich gibt es entweder keine Materialien oder sie sind lediglich als Interviews mit einzelnen Beteiligten in wissenschaftlichen Quellen einsehbar. Im Sekundärrecht dagegen sind die Materialien allgemein zugänglich, und dort zieht der EuGH in einem ganz anderen Ausmaß auch die Materialien heran. Das zeigt insgesamt, dass der Stellenwert der genetischen Auslegung nicht etwa vom Wesen des Gemeinschaftsrechts bestimmt wird, sondern von den methodenbezogenen Normen, die das Primärrecht für den EuGH enthält. Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass im Primärrecht die genetische Interpretation einen ganz geringen, im Sekundärrecht dagegen einen Stellenwert aufweist, wie er für jede sonstige Rechtsordnung charakteristisch ist.

Einfache Regeln der Auslegung erlauben Easterbrook Planungen, ermöglichen Prozessvergleiche und vermeiden „die Suche nach Nadeln, die den Richter bestechen, weil nur er in der Lage ist, sie im Heuhaufen riesiger Dokumentenarchive zu finden.“

Bei der Vorstellung, hinter dem Gesetz stehe ein formierender Wille, den der Normtext erst nachträglich verkörpert, wird die Sprache auf ein bloßes Ausdrucksmedium ohne Eigengewicht reduziert.¹³ Wenn man dieses vom Repräsentationsgedanken behauptete Modell eines vorausdrücklichen Willens und seiner nachträglichen Verkörperung ernst nimmt, muss man die Frage stellen, welche Seite bei dieser Verknüpfung die eigentlich formierende ist. Diese Frage betrifft das grundlegende Problem einer Lehre, nach der die Textbedeutung durch die Absicht des Textproduzenten festgelegt wird. Eine Absicht ist immer etwas Bestimmtes, und eine bestimmte Absicht kann man nur im Rahmen einer bestimmten Sprache haben.¹⁴ Das heißt, dass die Absicht nicht vom Sprachsystem unabhängig ist, sondern sich in dieses einschreibt.¹⁵ Daher kann man nicht von einer vorausdrücklichen Intention auf die Bedeutung des Textes schließen, sondern nur umgekehrt von der Bedeutung eines Textes zurück auf die Intention.¹⁶ Die Bedeutung eines Textes kommt nicht, die die subjektive Auslegungslehre es voraussetzt, so zustande, dass der Textproduzent irgendwelche bedeutungsverlei-

¹²EuGH Slg. 1976, S. 1639 ff., 1665 (Milac).

¹³Vgl. zur Kritik an dieser Reduktion: Derrida, J., *Die Stimme und das Phänomen*, 1979, S. 79 ff.; vgl. weiterhin Lyotard, J.-F., *Der Widerstreit*, 1987, S. 229 (Nr. 188).

¹⁴Vgl. dazu Wittgenstein, L., *Philosophische Untersuchungen*, Werkausgabe Bd. 1, 1984, Randbemerkungen und § 38. Auch §§ 337 ff., 358. Zusammenfassende Darstellung bei Savigny, E. v., *Die Philosophie der normalen Sprache*, 2. Aufl. 1980, S. 36 ff. Kurze Darstellung der sprachphilosophischen Kritik am sinnkonstitutiven Subjekt auch bei Wellmer, A., *Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne. Vernunftkritik nach Adorno*, in: ders., *Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne*, 1985, S. 48 ff., 77 ff.

¹⁵Vgl. dazu Derrida, J., *Signatur, Ereignis, Kontext*, in: ders., *Randgänge der Philosophie*, 1976, S. 124 ff., 150.

¹⁶Vgl. dazu auch Frank, M., *Das individuelle Allgemeine*, 1985, S. 251 ff., wo am Beispiel der Position Hirschs gezeigt wird, dass der Rekurs auf „authorial meaning“ keineswegs auf die Individualität des Autors zurückführt.

henden Akte ausführt, sondern die Intentionalität des Textproduzenten muss an ein bestimmtes System sprachlicher Bedeutungen¹⁷ anknüpfen. Aus diesem Grund kann der gesetzgeberische oder auktoriale Wille nicht als archimedischer Punkt außerhalb der Sprache angesehen werden, welcher gegenüber der Vielfalt der Interpretationen den identischen Textsinn wahr¹⁸. Der vorausdrückliche Wille kann sich mit dem Normtext nur nach Maßgabe einer Ordnung verknüpfen. Diese Ordnung muss als Struktur formulierbar sein und ist damit auf Bedeutung und Sprache verwiesen.¹⁹ Damit kommt die angeblich äußerliche sprachliche Form der vorgeblich reinen Innerlichkeit des Willens zuvor. Wittgenstein hat dementsprechend an verschiedenen Sprachspielen gezeigt, dass es nicht möglich ist, Meinen oder Wollen als sprachunabhängigen Akt zu vollziehen.²⁰ Das Wollen ist kein privater Akt reiner Innerlichkeit, sondern wird Subjekten im Kommunikationsprozess aufgrund bestimmter Kriterien zugeschrieben, die ihrerseits ein Sprachspiel eigener Art darstellen.²¹ Als Ursprung seines Ausdrucks kommt der Wille immer zu spät. Tatsächlich hat die auktoriale Intention nie einen rein individuellen Status, sondern kann nur einer sprachlichen Konvention folgend formuliert werden, deren Kontext sie nie vollständig überblickt.

Die Technik der Auslegung will eine Hierarchie zwischen dem Gesetz und Urteil als abgeleitetem Text herstellen. Danach soll der Richter nicht seinen Willen an die Stelle des Willens des Gesetzgebers setzen. Nun ist aber jedes Lesen eine Sinnverschiebung. Denn der Leser versteht den Text meist aus einer völlig neuen bzw. anderen Lebenssituation heraus; oder wie man neuerdings formuliert: Er propft den Text auf einen neuen Kontext auf. Verhindern lässt sich diese Produktivität des Lesens nicht. Das ist heute unumstritten. Aber vielleicht lässt sie sich erschweren, bremsen oder in ihrer Gewalt, die sie dem Text antut, teilen und kontrollieren.

Als Bremsklötze für die Geschwindigkeit der Sinnvermehrung kommen drei Instanzen in Frage: Der Autor, der Text und der Vorgang des Lesens. Der heutige Ansatz liegt beim Leser. Die Bezeichnungen dafür sind verschieden: Rezeptionsästhetik, reader orientated criticism oder Konstruktivismus. Man kommt damit auf eine Wahrheit zurück, die schon Lichtenberg formulierte, wenn er das Lesen als Picknick bezeichnete, zu dem der Autor die Wörter und der Leser die Bedeutung beisteuert. Wenn man den Vorgang des Lesens so ins Zentrum rückt, heißt das natürlich nicht, dass Autor und Text verschwinden. Sie treten

¹⁷Vgl. zu diesem Problem die grundlegende Auseinandersetzung Derridas mit Husserl: Derrida, J., Die Stimme und das Phänomen, 1979, S. 54 f. und öfter.

¹⁸Vgl. dazu auch Frank, M., Was ist Neostrukturalismus?, 1983, S. 25 ff.

¹⁹Vgl. als knappe Darstellung der bei Derrida, J., Die Stimme und das Phänomen, 1979, entwickelten Kritik: Frank, M., Was ist Neostrukturalismus? 1983, insbes. S. 288 ff. Dort auch die Parallelisierung der Position Derridas zur sprachanalytischen Position Tugendhats im Hinblick auf die Kritik an einem vorsprachlichen Bewusstsein.

²⁰Vgl. dazu Wittgenstein, L., Philosophische Untersuchungen, 1984, § 552, § 665. Vgl. auch zur Grammatik von „Meinen“, „Wollen“ u.ä. §§ 36, 540, 661, 693. Vgl. dazu auch Busse, D., Historische Semantik, 1987, S. 119 ff.

²¹Vgl. dazu Schroth, U., Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 22 mit Verweis auf Wittgenstein.

nur als Ursprung bzw. Gegenstand der Bindung des Lesers zurück. Sie tauchen aber als Widerstände für dessen Konstruktionen wieder auf. Denn der Leser ist bei der Konstruktion der Bedeutung nicht frei. Er wird in seiner Lesetechnik durch seine Ausbildung und die jeweilige Kultur formiert. Mitreden über die Bedeutung darf er erst als „projektierter Leser“, „informierter Leser“, „Modell-Leser“, „Superleser“, usw. Um mitreden zu können, muss er die Materialien kennen.

2. Argumente für die Sprache des Gesetzgebers

Gesetze bringen nach Easterbrook keine Bedeutung mit, sondern bedürfen der Konkretisierung durch Kontexte. Kann dann die Sprache des Gesetzgebers für die Rechtsanwendung überhaupt irgendeine Bedeutung haben?

Das in dem angesprochenen Diversifikationsproblem enthaltene kritische Potenzial lässt sich noch weiter entfalten. Dabei werden die praktischen Schwierigkeiten der Arbeit mit den Materialien gegen die Möglichkeit gewendet, aus diesen Kontexten Argumente abzuleiten. Die Unsicherheit und Lückenhaftigkeit der Materialien gewährt das Gegenteil eines sicheren Ausgangspunkts: „Tatsache ist, daß die gesamte Praxis (...) sich auf die Entstehungsgeschichte beruft, wo diese für die sonst wünschenswerte Entscheidung verwertet werden kann, und daß im gegenteiligen Fall die Motive usw. beiseitegeschoben oder als unwichtig widerlegt werden.“²² Damit wird die Tendenz angesprochen, dass mit Hilfe von willkürlich ausgewählten Einzeläußerungen der vorgeblich einheitliche Wille des Gesetzgebers seine Konturen verliert und sich deswegen in der Praxis als beliebig auszufüllende Fiktion erweist.²³ Auch diese Gefahr ist durch die erhöhte Komplexität des Gesetzgebungsvorgangs im Gemeinschaftsrecht noch erhöht. Die in der Verwendung der Materialien als Begründungsinstanz potenziell liegende Beliebigkeit wird deutlich, wenn man berücksichtigt, dass der gemeinschaftsrechtliche Gesetzgeber ein pluriformes und heterogenes Gebilde ist,²⁴ dem sich schwerlich ein einheitlicher Wille zuschreiben lässt. Die Entstehungsgeschichte weist nicht nur Zufälligkeiten auf, sondern vor allem auch Widersprüche zwischen einzelnen Äußerungen, die ohne eine systematische Strukturierung dann oft die Begründung gegensätzlicher Ergebnisse erlauben.

Um mit diesem Problem fertigzuwerden, muss man die genetische Konkretisierung vom Begriff des Willens ablösen. Zunächst wird dabei die Willensmetapher durch den Begriff einer Handlung ersetzt, die es sowohl kausal als auch in ihrer Finalität zu verstehen gilt.²⁵ Der Fortschritt dieser Ersetzung kann sich jedoch nur dann auswirken, wenn man auch die vorgestellte Einheitlichkeit und Homogenität der Normierungshandlung auflöst. Dabei kann der vorgestellte Gesamtwille

²²Gmelin, H., *Quousque?*, 1910, S. 70.

²³Vgl. dazu Schmitt, C., *Gesetz und Urteil*, 1969, S. 25. Weitere Nachweise bei Honsell, Th., *Historische Argumente im Zivilrecht*, 1982, S. 42 f.

²⁴Vgl. dazu Krüger, U., *Der Adressat des Rechtsgesetzes*, 1969, S. 13. Vgl. auch Engisch, K., *Einführung in das juristische Denken*, 1977, S. 91 mit differenzierten Folgerungen auf S. 95.

²⁵Vgl. dazu Schroth, U., *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, 1983, S. 83 ff.

durch ein Mehrheits- oder Agentenmodell²⁶ ersetzt werden. Danach ist der gesetzgeberische Wille mit dem der Mehrheit der gesetzgeberischen Körperschaft gleichzusetzen, beziehungsweise mit dem Willen derjenigen Personen, die den verabschiedeten Entwurf oder Vertrag formuliert haben.

Doch auch im Rahmen eines Mehrheits- oder Agentenmodells bleibt der Nachweis einer gemeinsamen Handlungsfinalität bzw. -absicht schwierig.²⁷ Selbst wenn man unterstellt, dass die betreffenden Personen die von ihnen formulierte Zeichenkette unter möglichst vollständiger Berücksichtigung des Kontextes reflektieren, beseitigt dies nicht alle Unsicherheiten über den Gebrauch der verwendeten Zeichen.²⁸ Zwar kann man die als gemeinsam behauptete Absicht auf grundlegende Gesichtspunkte und Zwecke einschränken.²⁹ Aber die Unterstellung solcher Zwecke als gemeinsame bedarf noch einer Begründung.

Allerdings gewinnt diese Zurechnung eine gewisse Plausibilität durch eine linguistische Analyse, welche parallele Phänomene aus dem juristischen Bereich in die Untersuchung einbezieht.³⁰ Auch bei juristischen Personen redet man von Absichten, die man bei Bedarf etwa ihren Organen zuschreibt. Dabei lässt sich auch nicht sagen, dass das Wort ‚Absicht‘ in einem metaphorischen oder von der wörtlichen Bedeutung abgelösten Sinn gebraucht werde. Der Sprachgebrauch verweist hier vielmehr auf soziale Regeln, nach denen das Handeln einzelner einer Gesamtheit zugerechnet wird.³¹ Es ist kein Grund ersichtlich, der die Existenz ähnlicher Regeln im Rahmen der genetischen Konkretisierung ausschließen könnte.

Die allgemeine Möglichkeit einer Zurechnung kann so als begründet angesehen werden. Aber es bleiben technische Fragen offen: „Hinsichtlich der Brauchbarkeit solcher Materialien stellt sich zunächst ohnehin die Frage, welche der am Abschluss der Gemeinschaftsverträge beteiligten Personen ausschlaggebend für den Willen ihres jeweiligen Mitgliedstaates sein sollen: die jeweiligen Unterhändler, nur der Leiter der Verhandlungsdelegation oder nur der zuständige Minister.“³²

Die Art und Weise dieses Zurechnens fordert also neben der Beachtung rechtlicher Gesichtspunkte noch eine genauere Untersuchung der vorausgesetzten sprachlichen Regeln. Insoweit müssen die als Kontexte zum Normtext herangezogenen

²⁶Vgl. dazu MacCallum, G., Legislative Intent, in: Summers, P. (ed), Essays Legal Philosophy, 1968, S. 237 ff., 262 ff. (majority model), 266 ff. (agency model).

²⁷Vgl. zu den Schwierigkeiten einer Ermittlung: Engisch, K., Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963 S. 7; Bär, R., Zeitgemäßes Recht, Dies Academicus, 1973, S. 13, 15.

²⁸Vgl. dazu MacCallum, G., Legislative Intent, in: Summers, P. (ed.), Essays in Legal Philosophy, 1968, 237 ff., 254 f.

²⁹Vgl. dazu etwa Köbl, U., Allgemeine Rechtstheorie. Aspekte der Gesetzesbindung, in: Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979, S. 1005 ff., 1029.

³⁰Vgl. dazu MacCallum, G., Legislative Intent, in: Summers, P. (ed.), Essays in Legal Philosophy, 1968, 237 ff., 249, 250 ff. Vgl. Dazu die Aufforderung, das Sprachspiel anzuschauen, bei Schroth, U., Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 78.

³¹Vgl. dazu MacCallum, ebd., S. 251.

³²Anweiler, J., Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 248. Grundlegend dazu und zu weiteren: Paulson, S., Attributing Intentions to Collective Bodies, in: Ars Interpretandi, 1998, S. 69 ff.

Materialien auf einen inneren Zusammenhang hin befragt werden. Die als Anknüpfungspunkt für ein Argument in Betracht kommende Einzeläußerung muss in die Struktur des Gesetzgebungsverfahrens systematisch eingeordnet werden.³³ Der innere Zusammenhang wird allerdings noch nicht erfasst, wenn man normative Strukturierungsvorschläge der Gesetzgebungslehre als Beschreibungen liest. Gesetzgebung ist nicht schlicht einvernehmliches Handeln, sondern in seiner Realität meist sehr konfliktuell. Darin liegt für das herkömmliche Verständnis eine große Schwierigkeit: „Die Ansichten der Vertragsparteien werden im Allgemeinen sogar entgegengesetzt gewesen sein. Zudem sind solche Äußerungen während der Vertragsverhandlungen häufig nur als taktische Züge zu verstehen und geben nicht die eigentliche Absicht der Parteien kund.“³⁴

Die Realität des Verfahrens kommt erst dann in den Blick, wenn man sich von dem stillschweigend vorausgesetzten Modell der Gesetzgebung als einem Fall *kooperativen* Handelns³⁵ ablöst und diesen Prozess im Rahmen einer Semantik *kompetitiven* Handelns begreift. Erst dann können die widersprüchlichen Einzeläußerungen als Teile eines kompetitiven Handlungsspiels systematisch verortet und in ihrer Tragweite verstanden werden. Im Rahmen der subjektiven Auslegungslehre hat die sog. Paktentheorie³⁶ der Lösung dieser Aufgabe vorgearbeitet. Wenn man diese Theorie von den impliziten Willens- und Vertragskonstruktionen³⁷ ablöst, bringt sie anstelle anthropomorph aufgefassten Absichten³⁸ und des personifizierten Gesetzgebers den Vorgang der Gesetzgebung als arbeitsteiligen Prozess³⁹ in den Blick. Dabei werden vor allem die zeitliche Reihenfolge, aber auch rechtliche Gesichtspunkte wie etwa die Mehrheitsregel und der Kontext der Einzeläußerung zur Strukturierung verwendet. Das ermöglicht neben der Zurechnung auch ein Gewichten der als Anknüpfungspunkt dienenden

³³Eine allerdings sehr allgemeine Beschreibung des Gesetzgebungsverfahrens gibt Schroth, U., Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 84.

³⁴Anweiler, J., Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 248 f.

³⁵Vgl. dazu Habermas, J., Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, in: KJ 1987, S. 1 ff., 15 f., der zunächst konzediert, dass die „Konkurrenz widerstreitender Interessen“ die Übertragung seines auf Einverständnis zielenden Argumentationsmodells erschwert, dann aber doch die Notwendigkeit einer solchen Übertragung nahelegt. Auch in der herkömmlichen Vorstellung eines einheitlichen Gesamtwillens und personifizierten Gesetzgebers ist das Modell einer auf die kooperative Herstellung von Gemeinsamkeiten zielenden Handlungszusammenhangs enthalten, welches sowohl den Eigenwert als auch das praktische Gewicht von Differenzen und Konflikten verkennt.

³⁶Vgl. zur Paktentheorie: Baden, E., Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: Rüdiger, J. (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 369 ff., insbes. 378; näher zu den Regeln der genetischen Auslegung auch Schroth, U., Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 37 ff.; vgl. zur Paktentheorie noch die Nachweise bei Engisch, K., Einführung in das juristische Denken, München, 1977, S. 249, Fn. 106.

³⁷Vgl. dazu Baden, E., Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: Rüdiger, J. (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 369 ff.

³⁸Vgl. zu den Warnungen vor anthropomorphen und vereinfachenden Fiktionen: Krüger, U., Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 14. Ähnlich Noll, P., Gesetzgebungslehre, 1973, S. 15 und Perelman, Ch., Logik und Argumentation, 1979, S. 79.

³⁹Vgl. dazu Baden, E., Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, 1977, S. 60, auch allgemein S. 57 ff.

Einzelansage. An diese Vorarbeiten der Paktentheorie kann die semantische Analyse des Gesetzgebungsverfahrens als eines kompetitiven Handlungsspiels vertiefend anknüpfen.⁴⁰

Entgegen der objektiven Lehre in ihrer strengen Form ist damit die Möglichkeit genetischer Auslegung dargetan.⁴¹ Ihr Stellenwert und ihre Einordnung in den Gesamtvorgang der Konkretisierung hängen allerdings von den methodenbezogenen Normen im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips ab.

Die teleologische Konkretisierung einer Vorschrift vollzieht sich in zwei Schritten. Zunächst das Telos zu bestimmen, sodann ist damit zu argumentieren. Dabei ist die Vorgehensweise dann objektiv-teleologisch, wenn „Sinn und Zweck“ der zu konkretisierenden Vorschrift anhand von Grammatik oder Systematik ermittelt werden; sie ist subjektiv-teleologisch bei der Gewinnung des Telos aus den Materialien, also aufgrund historischer oder genetischer Argumente. Die Prozedur ist mithin nur legitim, soweit „Sinn und Zweck“ des zu behandelnden Normtexts anhand anderer Konkretisierungselemente belegt werden. Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem anderen Gesichtspunkt nachweisbar ist, disqualifiziert sich als normgelöste subjektive „Wertung“ oder „Abwägung“.⁴²

Die im Traditionellen verharrende Literatur ordnet die Teleologie den Canones zu und sieht sie damit als eingliedriges Argument einer Verknüpfung von Normtext und zu Grunde liegendem Zweck. Da der Zweck als das Wichtigste am Recht gilt, ist der Stellenwert des teleologischen Arguments zentral; und es soll sogar möglich sein, mit einem Gesamtzweck der Rechtsordnung zu argumentieren. Der EuGH sieht demgegenüber die Teleologie in einleuchtender Weise als mehrgliedriges Argument, welches nicht zentral ist, sondern dem Wortlaut untergeordnet werden muss. Eine Argumentation mit dem Gesamtzweck des Gemeinschaftsrechts vermeidet er. Der EuGH entwickelt das Zweckargument damit von einer traditionell methaphysischen Voraussetzung hin zu einer überprüfaren Schlussform. Trotzdem bleibt, vor allem wenn sich das teleologische Argument mit der speziellen Dynamik des Gemeinschaftsrechts verbindet, im systematischen Teil die Frage der Legitimität noch zu untersuchen.

Die traditionelle Methodenliteratur sieht im Recht ein Instrument zur Verwirklichung staatlicher Zwecke. Im deutschen Rechtskreis wurde das vor allem von

⁴⁰Da der Rechtsetzungsprozess in der Gemeinschaft sehr komplex ist, wird immer wieder an seiner Optimierung gearbeitet. Vgl. dazu beispielsweise Böhm-Amtmann, E., Entstehung, Grundzüge und Entwicklungstendenzen des Konzepts „European Governance“ und die Rolle der EU-Mitgliedstaaten, in: Bohne, E. (Hrsg.), Ansätze zur Kodifikation des Umweltrechts in der Europäischen Union: Die Wasserrahmenrichtlinie und ihre Umsetzung in nationales Recht, 2005, S. 85 ff.; Hennecke, F., Die Wasserrahmenrichtlinie und ihre Umsetzung durch die Bundesländer im Lichte der Grundzüge für eine bessere Rechtsetzung nach dem Konzept „European Governance“, in: ebd., S. 99 ff.

⁴¹Vgl. zur Möglichkeit genetischer Auslegung unter Auseinandersetzung mit Einwänden, die sich aus einem an Gadamer orientierten hermeneutischen Ansatz ableiten lassen: Schroth, U., Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 28 ff. Vgl. im Übrigen zur Verteidigung der subjektiven Auslegung: Engisch, K., Einführung in das juristische Denken, 1977, S. 247, Fn. 98.

⁴²Müller, F. / Christensen, R., Juristische Methodik, Bank I, 9. Aufl. 2005.

der sogenannten Wertungsjurisprudenz ausbuchstabiert. Allerdings ist die instrumentelle Sicht des Rechts unterkomplex. Sie übersieht bereits die funktionale Differenzierung zwischen Recht und Politik. Vor allem aber macht die Sprache und macht der rechtliche Kommunikationsprozess jeden Instrumentalismus zunichte. Zwecke kann man nur *in der Sprache* formulieren und verfolgen. Sie liegen ihr nicht im Sinn eines Repräsentationsmodells zu Grunde. Man sieht das schon daran, wie die herkömmliche Lehre die Zwecke des Gesetzes formuliert: es wird einfach eine bestimmte naheliegende Lesart des Normtextes zum Zweck des Gesetzes ernannt. So ist es etwa der Zweck einer Schadenersatznorm, dem Geschädigten zu einem Ersatzanspruch zu verhelfen. Dieses Vorgehen ist nicht nur zirkulär, sondern führt vor allem auch zu einem Voluntarismus, der willkürlich einzelne Lesarten als grundlegende Zwecke des Rechts auszeichnet.

Gebunden bleibt die Rechtserzeugung mittels teleologischer Auslegung dadurch, dass sie als zusammengesetzte juristische Schlussform zunächst eine Begründung des fraglichen Zwecks voraussetzt. „Die teleologische Interpretation ist kein selbständiges Element der Konkretisierung, da Gesichtspunkte von ‚Sinn und Zweck‘ der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der anderen Elemente belegt werden können. Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem anderen Konkretisierungsgesichtspunkt nachweisbar ist, disqualifiziert sich als *normbelöste* subjektive ‚Wertung‘ oder ‚Abwägung‘. Die Frage nach dem ‚Sinn und Zweck‘ der zu konkretisierenden Norm bildet jedoch eine unterscheidbare und damit selbständige Fragestellung bei jeder Arbeit mit grammatischen, historischen und systematischen sowie mit den über die Canones hinaus entwickelten Elementen der Konkretisierung. In deren Rahmen und durch sie kontrolliert kann das Argument aus dem ‚Telos‘ der (in der Regel noch nicht abschließend erarbeiteten) Vorschrift brauchbare zusätzliche Hilfsgesichtspunkte bieten.“⁴³

Aus dieser Grundstruktur der teleologischen Auslegung ergibt sich ihre Problematik. Auch sie führt keineswegs zur Sicherheit, sondern erbringt eine widersprüchliche Vielfalt von Ergebnissen. Damit ist die teleologische Interpretation zugleich einer prinzipiellen Unbestimmtheit in Bezug auf das mit ihr verfolgte Ziel ausgesetzt. Sie kann sich angesichts der vielen divergierenden Zwecke, die sich in einer pluralistischen und hoch differenzierten Gesellschaft mit der Regelung anstreben lassen, nicht ihrer Wirkungen sicher sein. Sie kann also selbst wieder nur eine Möglichkeit setzen. Und diese definiert sich logisch bekanntlich nur negativ dadurch, dass sie nicht notwendig ausgeschlossen ist. Die Kunst der teleologischen Auslegung besteht darin, methodisch nachvollziehbar mit ihrer eigenen Mehrdeutigkeit fertig zu werden und diese nicht durch ein päpstliches Werturteil zu überspielen.

„Worte beziehen ihre Bedeutung aus der Gemeinschaft der Interpreten. (...)“ Für Easterbrook ist „die richtige Interpretengemeinschaft diejenige der Zeitgenossen des erlassenden Gesetzgebers.“

⁴³Müller, F., Juristische Methodik, 1997, Rn. 364.

Ein grundsätzlicher Einwand gegen die genetische Konkretisierung ist zunächst das so genannte Versteinerungsargument. Danach lässt das Auslegungsziel der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens keine Anpassung des Gesetzes an aktuelle Probleme zu und versteinert insoweit seine Umsetzung. Vor allem im Gemeinschaftsrecht gewinne dieses Argument im Hinblick auf die Dynamik einer immer enger werdenden Gemeinschaft ein entscheidendes Gewicht: „Zur Verwirklichung des gemeinsamen Marktes und der Ziele des Art. 2 EGV ist es unverzichtbar, anstelle des historischen Willens der Vertragspartner auf den objektivierten Willen des Vertrages abzustellen. Eine Gegenüberstellung der Eindrücke von den Vertragsverhandlungen mit der Praxis des Gerichtshofs belegt überzeugend die Diskrepanz zwischen dem heutigen Stand der Gemeinschaftsrechte und den ursprünglichen Vorstellungen der Vertragsstaaten.“⁴⁴ Dieses Argument steht der genetischen Konkretisierung aber nur dann entgegen, wenn man der subjektiven Auslegungslehre folgt und das Ergebnis der genetischen Konkretisierung zum Inhalt des Gesetzes erklärt. Dies wurde hier aber schon im ersten Teil aus allgemein bedeutungstheoretischen Erwägungen abgelehnt. Dass die Ergebnisse genetischer Konkretisierung bei der Auslegung des Gesetzes eine Rolle spielen, ist mit dem Versteinerungsargument noch nicht ausgeschlossen. Denn die Dynamik einer immer enger werdenden Gemeinschaft wäre nur dann gefährdet, wenn dieses Element ausschlaggebende Bedeutung hätte. Im Gesamtprozess der Konkretisierung wird es dagegen durch die Ergebnisse anderer Elemente, wie vor allem der teleologischen Auslegung, relativiert. Deswegen kann das Versteinerungsargument zwar der subjektiven Auslegungsdoktrin, nicht aber der genetischen Konkretisierung entgegengehalten werden.

Juristen bilden keine Gemeinschaft. Man befindet sich aber in Gesellschaft anderer Juristen. Diese Gesellschaft kann sehr unangenehm werden, wenn diese nämlich bessere Argumente haben.

3. Argumente über Willen und Sprachen hinaus

Schon bei der obigen Diskussion der Canones haben sich die Grenzen der herkömmlichen Auslegungslehre gezeigt. Die Arbeit des EuGH mit der Entstehungsgeschichte liefert zwar Argumente, aber niemals den endgültigen und festen Sinn, den die subjektive Doktrin fordert.⁴⁵ Auch Art. 52 Abs. 7 der Grundrechtscharta welcher verlangt, die Erläuterungen der Chartaverfasser gebührend zu berücksichtigen, enthält nur die Forderung nach entstehungsgeschichtlicher Auslegung (dem genetischen Konkretisierungselement); nicht aber ist er als Festlegung des Gesetzessinns auf die subjektive Auslegungslehre zu verstehen. Und die Verwendung des systematischen Arguments durch den EuGH macht deutlich, dass auch die Einheit des Rechts ihrerseits dem Gleiten des Textsinns ausgesetzt ist, den sie doch beenden sollte. Was ist nun aus diesem Scheitern

⁴⁴Buck, C., Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 145. Unter Bezug auf Everling, U., Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987, in: Festschrift für Hans von der Groeben, 1987, S. 111 ff., 126.

⁴⁵Vgl. dazu Ziegenhorn, G., Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtscharta, 2008, S. 59 ff.

der klassischen Auslegungslehre zu folgen?

Man könnte die Fahndung nach einer festen Bedeutung als Basisgegenstand der Rechtserkenntnis aufgeben und damit das alte Paradigma verlassen. An die Stelle der vergeblichen Suche nach einem letzten Fundament träte dann endlich das praktische und praktisch lösbare Problem, das unvermeidliche Gleiten des Sinns zu strukturieren.

Dieser Aufgabe einer nachpositivistischen Methodologie will man aus dem Weg gehen, indem man die Grundlagen der herkömmlichen Auslegungslehre neu gruppiert. Mit dem Anspruch sprachwissenschaftlicher Argumentation soll dargetan werden, dass Inhalt und Wort in doppelter Weise differieren⁴⁶. Einmal drücke das Wort immer nur einen Bruchteil des vorausgehenden Denkens aus, zum anderen habe die Sprache im Hinblick auf ihre Praktikabilität eine eigentümliche Unbestimmtheit und Weite. Dies gelte jedoch nur für die Sprache als Möglichkeit, nicht für das gesprochene Wort als Geschehnis. Wenn die objektive Lehre den Bedeutungsreichtum der Sprache als möglichen Sinnträger auf das gesetzte oder gesprochene Wort übertrage, nehme sie eine metonymische Vertauschung vor. Als gesprochenes oder gesetztes Wort sei ein Text nämlich eindeutig.

Mit dieser Überlegung ist man nicht einfach zum Ausgangspunkt der subjektiven Lehre zurückgekehrt. Vielmehr geht es diesem Ansatz darum, die Argumentation der objektiven und der subjektiven Lehre zu verbinden. Vermittelnde Positionen in der klassischen Doktrin gehen davon aus, dass die „Sprachstruktur“ *allein* den Sinn des Normtextes nicht determinieren könne. Hinzutreten müsse vielmehr ein Autor, der ein im Sprachsystem vorgegebenes Schema in einer bestimmten Lage verwendet. Die Bedeutung einer Äußerung ergebe sich dann aus der vom Sprecher verwendeten Sprache *und* aus dem diesen Verwendungsakt tragenden Willen.⁴⁷ Aus dieser Addition von subjektiver und objektiver Lehre entstehe eine volle und mit sich identische Bedeutung, welche als historisches Faktum unveränderlich sei. Die Möglichkeit der Übersetzung, vor allem auch die einer Auslegung als *Rechtserkenntnis* scheinen diese feste Bedeutung zu fordern.⁴⁸ Denn man brauche einen klaren Beurteilungsmaßstab dafür, ob Interpretation und Übersetzung ihren Gegenstand treffen oder verfehlen.

Die „volle und mit sich identische“ Bedeutung des konkreten Sprechakts soll also der Auslegung eine substantielle Grundlage verschaffen. Garantiert wird sie hiernach nicht durch einen vorsprachlichen Willen, noch durch die Systematik einer formulierbaren Einheit des Rechts, sondern sie entsteht als das Ergebnis einer additiven Verbindung von Sprache und Willen des Gesetzgebers. Diese situationsbezogene Bedeutung soll durch die Sprache und die Absichten des

⁴⁶Vgl. dazu und zum Folgenden Haug, W., Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der objektiven Auslegung von Gesetzen, in: DÖV 1962, S. 329 ff., 330 f. Ähnlich die Argumentation bei Roth-Stielow, K., Umwelt und Recht, in: NJW 1970, S. 2057 ff., 2058.

⁴⁷Vgl. zu diesen „vermittelnden“ Lehren die Nachweise bei Mennicken, A., Das Ziel der Gesetzesauslegung, 1970, S. 29 und 58 ff.

⁴⁸Vgl. zum Paradigma eindeutiger Übersetzbarkeit als Quelle sprachphilosophischer Verwirrung: Derrida, J., Semiologie und Grammatologie. Gespräch mit Julia Kristeva, in: ders., Positionen, 1986, S. 52 ff., 57 f.

Autors ein für allemal festgelegt sein und einen unverrückbaren Ausgangspunkt für die Weiterentwicklung darstellen. Neben der grammatischen Auslegung ist damit die genetische für den vorgegebenen „Inhalt“ des Gesetzes die entscheidende Erkenntnisinstanz, und das vom Gesetzgeber „Gewollte“ kann neben dem „Gesagten“ die Reichweite des Gesetzesbindungspostulats bestimmen.⁴⁹

Diese Kombination von subjektiver und objektiver Auslegungslehre scheint zunächst Vorteile zu bieten. Denn sie behauptet weder, dass allein die Sprache des Gesetzes noch dass nur der Wille des Gesetzgebers die Bedeutung des Normtextes bestimme. Aber tatsächlich führt sie aus den Aporien der klassischen Lehre nicht heraus. Sie verteilt diese Aporien lediglich gleichmäßig auf zwei Seiten. Das Problem liegt hier bereits in der Gegenüberstellung von „Gesagtem“ und „Gewolltem“, als seien dies getrennte Größen, welche – zusammengezählt – die Bedeutung des Gesetzes ergäben. Tatsächlich lässt sich weder das „Gesagte“ unabhängig vom „Gewollten“ verstehen, noch umgekehrt das „Gewollte“ unabhängig vom „Gesagten“ erkennen oder formulieren. Statt dieser Form von Addition müsste untersucht werden, wie beide Größen im Sprechen bzw. Verstehen real miteinander verbunden sind. Das Nebeneinanderstellen von subjektiver und objektiver Lehre addiert demgegenüber lediglich die Probleme der rein sprachlichen und der rein auktorialen Bedeutungskonzepte.

An die Stelle bedeutungstheoretischer Spekulationen über letzte Gründe sollte man etwas anderes setzen. Debatten über das Verhältnis von Autor und Text, von Intention und Konvention bleiben abstrakt, solange sie die tatsächlichen semantischen Vorgänge ausklammern. In der gerichtlichen Arbeit ist die Entscheidung über letzte Fundamente durch das Verfahren und seine Argumente aufgeschoben. Diesen Prozess gilt es zu strukturieren. Nicht die Bedeutungstheorie ist der dafür geeignete Ansatz, sondern eben diese gerichtliche Praxis selbst. Die Analyse einer solchen bedarf allerdings eines leitenden Gesichtspunkts, der von Innen, d. h. aus dem fraglichen Handlungszusammenhang stammen sollte. Hier werden die *methodenbezogenen Normen* als Soll-Größen verwendet, um von dorthin den Ist-Zustand der semantischen Praxis zu beurteilen.

„Wir müssen stattdessen zugeben, dass es Lücken in Gesetzen gibt, genauso wie im Recht insgesamt. Wo der Text keine Antwort bereithält, sollte das Gericht keine hineinlegen – weder kraft Gesetzes, Materialien oder Moralphilosophie, noch kraft Ökonomik! Stattdessen sollte der Auslegende andere Rechtsquellen anzapfen. Darunter behördliche, gerichtliche und private Entscheidungen.“

Präjudizien sind mithin kein Gegensatz zum Gesetz, sondern ein Weg, die Gesetzesbindung praktisch zu machen. In der fallorientierten Arbeit der Gerichte zeigt sich ein Verhältnis von Immanenz und Transzendenz, welches Normativität

⁴⁹Vgl. dazu etwa Koch, H.-J. / Rüßmann, H., *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 188 ff., 210 ff.; Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, S. 289 ff.; Schlink, B., *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft*, in: *Der Staat* 1980, S. 73 ff., 100 f.; Harenburg, J., *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis*, 1986, S. 294 f.

konstituiert.⁵⁰ Die Anwendung greift nicht direkt auf die Norm zu, sondern macht sie in anderen Anwendungen indirekt sichtbar.⁵¹ Dies kann aber nur die eine Seite der Medaille sein. Zwar ist damit das Verhältnis von Norm und Fall grundsätzlich als ein internes markiert.⁵² Das Normativität allein ausmachende, interne Verhältnis von Anwendungsfall und Normauszeichnung hat sich seiner selbst in der anderen Anwendung gewahr zu werden. Die Blindheit des Normativen in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handeln als normativ gehaltvoll aufzuheben. Genau hier kommt die Transzendenz der Norm ins Spiel. Wenn die Norm angewendet wird, verschwindet sie im Fall. Aber wenn man ihre Anwendung als geglückt und vorbildlich beobachtet, wird sie als Anwendung eines anderen wieder vom Fall abgehoben.⁵³ Ohne Präjudizien lässt sich also Recht nicht finden.⁵⁴

Kann das Recht aber in den Vorentscheidungen allein gefunden werden? Die Bindung an Präjudizien ohne Gesetz wäre ein striktes System des *case law*. Wenn man das *case-law*-System jedoch genauer untersucht, steht auch hier eine Regel im Hintergrund, welche die Verkettung mit Vorentscheidungen erst ermöglicht. Diese wird allerdings nicht direkt, sondern indirekt thematisiert. Auch Präjudizien können den juristischen Wunsch nach Instrukktivität nicht erfüllen. Die Vergangenheit des Rechts ist keine vorgegebene Größe, in der die Einzelentscheidung ihren fraglosen Platz findet, sondern eher eine Projektionsfläche. Ständig muss man passende und unpassende Präjudizien unterscheiden, häufig auch überzeugende und nicht überzeugende. Der Richter muss die Kette der Vorentscheidungen selbst knüpfen. Dabei kann jede Gegenwart ihre eigene Vergangenheit erfinden und einfach weglassen, was ihr nicht passt. Manchmal steht am Anfang langer Zitatenketten, die bei den Gerichten schon zum Textbaustein geronnen sind, lediglich ein *obiter dictum*. Dieses wurde nebenbei und ohne Begründung eingeführt und bildet dann die Grundlage für alle späteren Bezüge. Ganz ohne Metaphysik findet man so einen grundlosen Grund. Schon bei schriftlicher und erst recht bei computerunterstützter Überlieferung macht aber allein die Vielzahl der erfassten Entscheidungen deutlich, dass Tradition nicht homogen ist, sondern heterogen, umstritten und widersprüchlich.⁵⁵ Natur-

⁵⁰Morlok, M., Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Ehrenzeller, B. / Gomez, P. / Kotzur, M. / Thürer, D. / Vallender, K. A. (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, 2008, S. 73.

⁵¹Bertram, G. W., Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern, A. / Menke, Ch., Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 289 ff., 296. „Die Norm wird dadurch erneuert, dass der neue Fall in sie eingetragen wird. Sie tritt dem Fall nicht als gegebene Größe gegenüber. Der Eintrag macht sie zu einer neuen, immanenten Größe.“

⁵²Bertram, G., W., ebd., S. 296, Bliebe es aber dabei, so fielen Norm und Anwendung amorph in sich zusammen. „Im Sinne der Immanenz gibt es keinen Abstand zwischen Norm und Anwendung. Es ist unmöglich, zwischen die Norm und ihre Anwendung zu treten und zu überprüfen, ob das eine auf das andere passt oder umgekehrt.“

⁵³Bertram, G. W., ebd., S. 297.

⁵⁴Morlok, M., Der Text hinter dem Text, in: Blankennagel, A. / Pernice, I. / Schulze-Fielitz, H. (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, 2004, S. 93 ff., 133.

⁵⁵Morlok, M., Der Text hinter dem Text, in: Blankennagel, A. / Pernice, I. / Schulze-Fielitz, H. (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, 2004, S. 93 ff., 133.

lich sind Rechtsprechungsketten, wenn man sie genau betrachtet, immer voller wirklicher und scheinbarer Widersprüche.

Ein gelungenes Beispiel für die Entfaltung der Gesetzesbindung in Entscheidungsketten stellt demgegenüber die Rechtsprechung des EuGH zum Eingriffsbegriff in die Grundfreiheiten dar.⁵⁶ Es wurde hier jeweils bereichsspezifische eine Erweiterung der klassischen Diskriminierung entwickelt und der Begriff durch entsprechende Erwägungen wieder sinnvoll eingeschränkt. Normative Bewertung heißt hier, dass man vom Gesetz auf die Kompatibilität dieser Entscheidungsketten achtet. Der normative Kontostand des EuGH ist bei den nationalen Gerichten und der Wissenschaft in diesem Bereich sehr hoch. Allerdings unterliegt dieser Kontostand einer laufenden Neubewertung und kann sich ändern. Diese Änderung begründet sich meistens daraus, dass der Gesetzestext nicht ausreichend berücksichtigt wurde oder die verschiedenen Entscheidungsketten untereinander nicht kompatibel sind. Dies verdeutlicht etwa die Rechtsprechung zur Frage der Drittwirkung der Grundfreiheiten.

Weder Gesetz noch Richter allein garantieren das Funktionieren der Rechtsordnung. Es ist vielmehr ihr Zusammenspiel in der Vernetzung von Entscheidungen unter der Vorgabe des Gesetzes als Form, kontrolliert durch die normative Bewertung. Im Recht verbindet die gerichtliche Entscheidung den Einzelfall mit dem Gesetz, indem sie eine Regel formuliert, deren Einheit als Form unterstellt wird, ohne konkret verfügbar zu sein. Es handelt sich also um eine Praxis, die im jeweiligen Einzelakt fortgeschrieben wird, ohne dass die Einheit all dieser Akte schon verfügbar wäre. Nur so kann Recht aus einer sich selbst stabilisierenden Praxis entstehen. Der Zusammenhang beruht auf einzelnen Episoden. Die Menge der bereits gelungenen Kommunikationserfahrungen bildet sozusagen ein Corpus von Präzedenzfällen, der betrachtet wird, als ob er eine Einheit bilden könnte. Man versucht, die gegenwärtige Kommunikation an die Kette bereits gelungener Kommunikation anzuschließen. Die Bindung an Vorentscheidungen bedarf also der methodischen Kontrolle.

Interdisziplinarität

Der Wille ist entsorgt. Die Sprache bleibt. Aber sie bleibt nicht allein. In der Sprache gibt es Absichten. In der Sprache gibt es Macht. In der Sprache gibt es auch Bezug zur Wirklichkeit. Auch wenn uns weder der Wille des Gesetzgebers noch der Text selbst die Arbeit abnehmen kann, trifft der Richter keine freie Entscheidung. Es gibt vielmehr jede Menge Bindungen an Absichten, Sprache, Macht und Wirklichkeit. Nur wenn er sie alle abarbeitet, darf er entscheiden.

Wenn im Recht jemand über Vernunft redet, handelt es sich um einen gescheit-

⁵⁶Vgl. dazu EuGH v. 11.7.1974 – Rs. 8/74, Slg. 1974, 837; EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165; EuGH v. 15.12.1995 – Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921; EuGH v. 25.7.1991 – Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4239; EuGH v. 20.2.1979 – Rs. 120/78, Slg. 1979, 649; EuGH v. 24.11.1993 – Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 (Gebhard). Die Rechtsprechung des EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit ging hingegen oftmals getrennte Wege, s. hierzu nur Barnard, C., *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 3. Aufl. 2010, Part IV, S. 559 ff.

erten Philosophen. Er glaubt, ungebildeten Juristen seine Weisheit aufdrängen zu können. Man sollte ihm mit Zurückhaltung und Milde begegnen. Alles andere schafft nur unnötige Störungen. Zum Glück ist die Vernunft vielfältig und entzieht sich ihrer Monopolisierung.