



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Methodische Fehler in der Examensklausur" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 18.9.2020)

All rights reserved.

Methodische Fehler in der Examensklausur

A. Einleitung

Nicht nur in der Gesellschaft, sondern auch im Recht erleben wir eine Veränderung der Wissensstrukturen. Während man früher sozusagen zu Fuß in der Bibliothek nach Informationen suchen musste, hat man heute einen technisch optimierten Zugriff auf eine viel größere Menge von Informationen.¹

Was ist nun die Auswirkung dieser Informationsexplosion auf das Recht? Mit dem Wissen explodiert auch das Nichtwissen. Nicht nur, dass mit der Zunahme des Einzelwissens der Überblick verloren geht, es verschwindet auch die Regelmäßigkeit. Je mehr Entscheidungen und sonstige Literatur elektronisch abrufbar wird, umso mehr Informationen können wir schnell über Einzelheiten erlangen. Aber in dieser Häufung von Informationen ertrinkt die Regel. Für das amerikanische Recht hat das *Jack Balkin* am Beispiel der Fahrlässigkeit gezeigt.² Dieser Begriff hat eine soziale und eine individuelle Komponente. Vor der Computerisierung hatte man sich angewöhnt, für die Bestimmung des Verhältnisses von beiden Komponenten eine kleine Anzahl von Entscheidungen zu zitieren, aus denen sich ein klares Bild ergab. Jetzt sind aber per Mausklick auch alle Entscheidungen verfügbar, die zwischen diesen Leitentscheidungen liegen. Wenn man auch sie in die Analyse des Fahrlässigkeitsbegriffs einbezieht, löst sich das Schwarzweiß in Grau auf. Oder – wie es *Jack Balkin* formuliert hat – es ergibt sich zwischen der sozialen und der individuellen Komponente eine Zickzacklinie, die nicht mehr zu einer sinnvollen Struktur verallgemeinert werden kann.

Bei uns geht es nicht um die *ratio decidendi*, denn das kontinentale Rechtssystem geht vom Gesetz aus. Aber auch bei uns gab es bisher einen Kompass zur ungefähren Orientierung und Voraussage dessen, was die Gerichte unter dem Gesetz als Recht produzieren: die sogenannte herrschende Meinung. Sie bestand, oder besser: wurde geformt, aus einer kleinen Anzahl von Entscheidungen, garniert mit etwas Literatur. Aber leider sind die Zeiten der Gemütlichkeit

¹Vgl. dazu *Augsberg* Die Lesbarkeit des Rechts, Weilerswist 2009, S. 123 ff.

²*Balkin* Nested oppositions, Yale Law Journal, 1999/1, 669.

unwiderrufflich vorbei. Heute sind immer mehr Entscheidungsanalysen und immer mehr Jahrgänge von Zeitschriften per Mausklick verfügbar. Jeder kann sich damit rasch für sein Problem eine herrschende Meinung zusammenklicken. Die Zunahme des dogmatischen Wissens zahlen wir mit dem Nichtwissen dessen, was "wirklich" die herrschende Meinung ist.

Wie wird das Rechtssystem auf diese Situation reagieren? Positionen können jetzt nicht mehr quantitativ bewertet werden. Denn jeder Computer spuckt auf Knopfdruck beliebig lange Kolonnen von Entscheidungen desselben Gerichts aus, die für und gegen eine bestimmte Interpretation sprechen. In den Vordergrund tritt in dieser Situation die qualitative Bewertung der Argumente. Welches Argument ist spezifischer und näher der Sache? Wenn die Quantität an Informationen – anders als früher – keinen Unterschied mehr macht, wird die methodische Dimension umso entscheidender. Denn diese bewertet nicht die Quantität, sondern die Qualität, das heißt das Design der Information.

Der Jurist als Jäger und Sammler von Zitaten ist somit eine Figur von gestern. Was heute zählt, ist der Jurist als Informationsdesigner, der nicht durch Quantität erschlägt, sondern durch Qualität an der richtigen Stelle überzeugt. Fußnotenkolonnen treten zurück hinter der methodischen Strukturierung. An die Stelle von biederem Fleiß tritt der professionelle Stil.

Methodik ist der Weg zu diesem Ziel. Sie ist der Motor jeder professionellen Tätigkeit. Das gilt auch im Recht und besonders im Examen. Denn das Examen ist nicht nur eine Wissens-, sondern vor allem eine Verstehensprüfung. Das heißt, Sie werden anhand von Wissensstrukturen zu Problemen geführt, die Sie nicht kennen und auch nicht kennen müssen. Der Kern jeder Examensklausur sind Auslegungsprobleme. Wenn man diese beherrschen will, muss man ihre Regeln kennen und in der Klausurenpraxis ihre praktische Anwendung üben. Auslegung setzt ihrerseits Logik und Argumentation voraus, so dass Fehler auf allen drei Ebenen auftreten können.

B. Logische Fehler

Logische Fehler in der juristischen Argumentation sind viel häufiger als man denkt.³ Die *petitio principii* zum Beispiel besteht im versteckten Einschleusen normativer Prämissen. Ein bekanntes Beispiel dazu ist die Frage, ob der Bundespräsident bei der Ausfertigung von Gesetzen ein materielles Prüfungsrecht hat. Als Argument wird manchmal vorgebracht, dies sei zu bejahen im Hinblick auf die in Art. 61 GG vorgesehene Präsidentenanklage und den in Art. 56 GG geregelten Amtseid. Aber Art. 61 GG sagt nicht, weswegen wir den Präsidenten anklagen können, sondern nur, dass es überhaupt eine solche Klagemöglichkeit gibt, sofern ein Verfassungsverstoß vorliegt. Diese Norm gibt aber gerade keine Auskunft darüber, ob der Bundespräsident die Verfassung verletzt, weil er ein materielles Prüfungsrecht ausgeübt hat oder weil er es gerade nicht ausgeübt hat.

³Vgl. dazu *Puppe* Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008, S. 118 ff.; *Mastronardi* Juristisches Denken, 2. Aufl. 2003, S. 188 ff.

Auch Art. 56 GG sagt nur, dass der Bundespräsident die Verfassung wahren und verteidigen soll. Allerdings kann er dies nur dort, wo er Kompetenzen hat. Die Norm selbst begründet gerade keine Kompetenzen. Beide argumentativen Ansatzpunkte beruhen also auf Zirkelschlüssen und sind daher nicht methodisch sauber deduziert.

Ein weiteres Beispiel wäre das Fehlen von Prämissen. So etwa die Behauptung, dass ein bestimmter Normtext als Ausnahmevorschrift eng auszulegen sei. Meist wird nicht begründet, dass die Norm wirklich eine Ausnahmevorschrift darstellt. Oder es wird mit dem Zweck der Vorschrift gearbeitet, ohne seine Herleitung zu begründen, so dass die Zwecke des Interpretieren dem Text unterschoben werden.

C. Argumentationsfehler

Die gute Examensklausur besticht nicht zuletzt auch durch eine methodisch ansprechende Problemerkörterung und entsprechende Problemementscheidung. Auch insofern können einerseits klassische Fehlerquellen ausgemacht werden und andererseits kann eine Klausur bereits durch eine gute Strukturierung der Argumente⁴ an Qualität gewinnen und Punkte sammeln.

I. Auswendig gelernte Hindernisse

Im Rahmen einer Examensklausur ist Zeit ein kostbares Gut. Deswegen wird häufig empfohlen, sich gewisse Argumentationsmuster für die juristische Problemdiskussion zurecht zu legen. Man soll mit derjenigen Ansicht beginnen, die man ablehnen möchte. Zunächst sind deren Argumente aufzuzählen. Dann führt man die Gegenposition ein und zählt deren Argumente auf, um sich dann mit einem letzten, schlagenden Argument der bevorzugten Ansicht anzuschließen.⁵ Der Streitentscheid endet dann regelmäßig mit dem Satz: „Aus diesen Gründen ist der zuletzt genannten Ansicht zu folgen“.

Eine solche Vorgehensweise empfiehlt sich jedoch regelmäßig nicht. Dies lässt sich mithilfe zweier Argumente begründen:

1. In einer Examensklausur wird Verstehen aufgrund von Wissen geprüft. Das heißt, der Kandidat verfügt im Idealfall über eine Wissensstruktur, auf deren Grundlage man zur Ungewissheit eines Problems gelangt. Dieses muss er mit Argumenten bearbeiten. Nur in diesem Bereich der Ungewissheit kann das Verständnis des Examenskandidaten geprüft werden. Jeder Korrektor ist unzufrieden, wenn genau an dieser Stelle vorbereitete Streitstände abgespult werden. Er kann dann nicht beurteilen, was für jede berufliche Praxis später zentral ist, nämlich die Fähigkeit, mit dem häufig auftretenden Problem der Ungewissheit professionell umzugehen. Desweiteren ist die Streitdarstellung meistens von kommerziellen Anbietern schematisch vorstrukturiert und verfehlt die eigentliche Problemlage. Wenn man dieselbe peinliche Darstellungsart in

⁴Vgl. dazu *Gast*, Juristische Rhetorik, 4. Aufl. 2006, Rn. 255 ff.

⁵##Fn von Puppe, S. 157 – überprüfen!## s. nur *Fahse/Hansen* Übung für Anfänger im Zivil- und Strafrecht, 8. Aufl. 1996, S. 32 m.w.N.

mehreren Klausuren findet, gelangt man als Prüfer zu der Überzeugung, dass hier lediglich eine Karteikarte des Repetitors auswendig gelernt wurde und damit keine eigene Leistung vorliegt.

2. Aber das ist noch nicht einmal das Schlimmste. Der entscheidende Fehler ist vielmehr, dass man die erste Meinung mit Argumenten aufzählt, um dann die zweite Meinung mit Argumenten hinzuzufügen um dann am Ende mittels eines zurückbehaltenen Arguments zu entscheiden. Das hat mit Argumentation nichts zu tun. Argumentation ist ein dynamischer Prozess, bei dem man die Argumente des Gegners entweder widerlegt oder in die eigene Position integriert und diese so verändert.⁶ Solange Gegenargumente jedoch noch offen sind, ist die vom Bearbeiter vertretene Position nicht schlüssig. Erst wenn alle Gegenargumente bearbeitet worden sind, kann von der eingenommenen Position tatsächlich ausgegangen werden. Vorher ist eine abschließende Stellungnahme methodisch fehlerhaft. Hierbei handelt es sich auch nicht um einen Fehler, der vom so genannten Antwortspielraum des Prüfungskandidaten gedeckt ist. Denn dass man mit offenen Gegenargumenten zu einem Urteil gelangen kann, wird in der Wissenschaft von niemandem vertreten.

Zwar gibt es Berufe, für die Auswendiglernen eine sinnvolle Kompetenz ist, zum Beispiel Schauspieler oder Souffleur. Die juristischen Berufe gehören allerdings nicht dazu. Hier muss man improvisieren können. Das Instrument, das wir haben, um mit Ungewissheit professionell umzugehen, ist in der empirischen Wissenschaft das Experiment und in den Geisteswissenschaften die Argumentation. Wer die Grundstruktur der Argumentation nicht begriffen hat und stattdessen auswendig Gelerntes präsentiert, hat das eigentliche Ausbildungsziel verfehlt.⁷

II. Professionelle Argumentation

Anstatt also die einzelnen Meinungen hintereinander darzustellen, empfiehlt es sich vielmehr, die Reihenfolge der Argumente an den unterschiedlichen Auslegungscanones (s. hierzu ausführlich Abschnitt IV.2.) auszurichten.⁸

Dabei ist mit dem Wortlautargument zu beginnen.⁹ Sodann bietet sich eine Darstellung der systematischen und teleologischen Argumente und Gegenargumente an. Der umfassend nach allen Regeln ausgelegte Wortlaut bildet zugleich die Grenze der Auslegung, sodass u.U. eine abschließende Korrektur der gefundenen Auslegungsergebnisse angezeigt sein kann.¹⁰

Hat man derart die Problemdiskussion anhand der canones gedanklich vorstrukturiert, muss sich der Examenskandidat in seiner Klausur hieran abarbeiten

⁶Vgl. dazu *Wohlrapp* Der Begriff des Arguments, 2008, S. 185 ff.

⁷Grundsätzlich zur Charakterisierung des juristischen Denkens *Mastronardi* (Fn. 3) S. 287 ff.

⁸So auch *Puppe* (Fn. 3) S. 159.

⁹Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, ##, S. 320

¹⁰Anschaulich hierzu die Entscheidung BVerfGE 92, 1 zur Frage der Wortlautgrenze des Gewaltbegriffs in § 240 Abs. 1 StGB.

und jeweils Argumente und Gegenargumente finden.¹¹ Sodann können Zwischenergebnisse festgehalten werden, z.B.: „Aus teleologischen Gesichtspunkten sprechen daher die besseren Argumente für die letztgenannte Ansicht.“

Abschließend kann dann entschieden werden, welche Ansicht aufgrund der vorangegangenen Zwischenergebnisse favorisiert werden soll. Bei der Gewichtung der Argumente ist zu beachten, dass normtextnäheren Erwägungen wie Wortlaut und Systematik regelmäßig ein gewisser Vorrang einzuräumen ist, sofern sie eine hinreichende Aussagekraft aufweisen. Die teleologische Auslegung, die im dynamischen Europa- und Völkerrecht¹² eine wichtige Rolle spielt, kommt erst zum Zug, wenn die normtextnäheren Argumente keine Aussagekraft aufweisen.

D. Auslegungsfehler

Die Auslegung von Gesetzen ist in der Klausur ihre Kernkompetenz. Herkömmlich werden für die Beschreibung dieser Tätigkeit drei Bezugspunkte verwendet: der Gegenstand der Auslegung, ihre Ziele und ihre Mittel.¹³

I. Gegenstand der Auslegung

Gegenstand der Auslegung ist allein der vom Gesetzgeber geschaffene Normtext. Der erste Schritt in der Examensklausur liegt darin, diesen Text zu finden. Im Strafrecht mag dies schnell gehen, in der öffentlich-rechtlichen Klausur muss man sich dafür manchmal viel Zeit nehmen. Wenn Sie diesen Text gefunden haben, müssen Sie als nächstes das Auslegungsproblem klar herausarbeiten. In der Klausur kann man daher die Wendung im Normtext, an der das Auslegungsproblem ansetzt, zitieren. Nur auf der Grundlage einer klaren Problembeschreibung kann der Prozess der Auslegung gute Ergebnisse liefern.

Beispiel: So geht es etwa bei der Frage nach dem materiellen Prüfungsrecht des Bundespräsidenten bei der Ministerernennung um die Rechtsfolge von Art. 64 GG („werden ernannt“), dagegen bei dem materiellen Prüfungsrecht bei der Ausfertigung von Gesetzen in Art. 82 GG um den Tatbestand (was heißt „die nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze“).

II. Die Mittel der Auslegung

Die Auslegung wird herkömmlich in Regeln gefasst.¹⁴ Sie dienen dazu, das zu analysierende Problem in Zusammenhänge einzuordnen. Die grammatische Auslegung erschließt den Fachsprachgebrauch bzw. Varianten der Alltagssprache. Die systematische Auslegung erschließt den Kontext des Gesetzes bzw. der Rechtsordnung als Ganzes. Die historische Auslegung erbringt den Kontext

¹¹ *Puppe* (Fn. 3) S. 159 spricht anschaulich von einem „Argumentationstennismatch“.

¹² So bezeichnet der EGMR die EMRK als ein living instrument: „The Convention is, however, a living instrument to be interpreted in the light of present-day conditions.“ S. etwa EGMR NJW 2002, 3453 (Rs. Ferrazzini); EGMR EuGRZ 2007, 671 (Rs. Dangeville).

¹³ Vgl. dazu etwa *Schwacke*, Juristische Methodik, 4. Aufl. 2003, S. 65.

¹⁴ Vgl. zu den sog. canones *Gast* (Fn. 4) Rn. 640 ff.

früherer Normtexte und die genetische den der Gesetzesmaterialien. Das sind die klassischen canones nach Savigny. Neben diese einfachen Elemente, deren Leistung nur eben darin besteht, Kontexte zu erschließen, treten die zusammengesetzten Argumentformen, insbesondere die teleologische Auslegung und die verschiedenen Schlussformen.

Diese Mittel der Auslegung sind weder von der Sprache noch von der Natur des Verstehens her vorgegeben. Trotzdem ist auffällig, dass z.B. Wortlaut, Entstehung, Systematik und Zweckargument in ganz verschiedenen Rechtstraditionen und von ganz verschiedenen Gerichten durchgängig verwendet werden. Der sachliche Grund für diese Ähnlichkeit dürfte wohl in der holistischen Struktur sprachlicher Bedeutung liegen.¹⁵ Danach lässt sich die Bedeutung eines Textes nur in der entwicklungs-offenen Gesamtheit einer Sprache bestimmen. Aber wenn Bedeutung eine holistische Größe ist und man über den Konflikt verschiedener Lesarten entscheiden soll, ist das Ganze nicht verfügbar. Das heißt, man muss die Kontexte schrittweise abarbeiten, ohne sich der Illusion hinzugeben, damit das Ganze restlos im Griff zu haben. Die Formen dieses schrittweisen Erschließens von Bedeutung haben sich dann historisch herausgebildet und stabilisiert in den heutigen canones der Auslegung.

1. Grammatische Auslegung

Die Auslegung beginnt mit dem Wortlaut. Herkömmlich wird empfohlen, auf Legaldefinitionen zu achten, danach auf den Fachsprachgebrauch und dann eventuell den allgemeinen Sprachgebrauch. Das ist auch vollkommen richtig, aber bedarf der Erklärung. Der Sprachgebrauch ist nicht homogen und einfach als Regel zu fassen. Er besteht vielmehr in einer zum Teil widersprüchlich Menge von Beispielen. Deswegen gibt es Wörterbücher für den allgemeinen Sprachgebrauch und Kommentare für den juristischen Fachsprachgebrauch, worin Beispiele gesammelt und ein Stück weit systematisiert werden.

Beispiel: Das Wort „Partei“ kann sowohl die politische Partei meinen, als auch die Partei eines Prozesses bezeichnen. Die schlichte grammatische Auslegung führt hier also nicht zu einer einheitlichen Regel.

Im Europarecht besteht bei der grammatischen Auslegung die Besonderheit, dass streng genommen alle Wortlaute der unterschiedlichen Amtssprachen¹⁶ berücksichtigt werden müssen, denn diese sind – zumindest theoretisch – alle gleichwertig. Dies kann die Wortlautinterpretation verkomplizieren, aber auch Klarheit schaffen.

Beispiel: Während das Wort „Partei“ in der deutschen Sprache noch zwei unterschiedliche, juristisch relevante Bedeutungen hat, würde ein Blick in die französische Fassung hier helfen (le parti = die politische Partei; la partie = die Partei im Prozess).

¹⁵Die holistische Struktur von Bedeutung wurde in der postanalytischen Philosophie vor allem von *Davidson* und *Rorty* herausgearbeitet. Vgl. als gut verständliche Darstellung: *V. Mayer Semantischer Holismus. Eine Einführung*, 1997.

¹⁶Bei derzeit 27 Mitgliedsstaaten verfügt die EU über 23 Amtssprachen.

Ein typischer Fehler bei der grammatischen Auslegung besteht nun darin, dass man sie mit der eigenen Sprachkompetenz kurzschließt. Natürlich ist grammatische Auslegung das, was uns beim Lesen als erstes als Bedeutungshypothese einfällt. Aber man darf damit nicht unkritisch umgehen. Unsere Kompetenz ist begrenzt und deswegen braucht man Kommentare bzw. Wörterbücher. In der Klausur werden diese wichtigen Hilfsmittel ersetzt durch dogmatisches Hintergrundwissen. Das Lernen der Dogmatik kann allzu peinliche Lesarten ausschließen, aber natürlich niemals die Definition aller streitigen Begriffe liefern. Sie sind kein Datenspeicher und dies wird von Ihnen auch nicht verlangt. Eine auswendig gelernte Standarddefinition ist eher peinlich und meistens auch mit mehreren Elementen als der grammatischen Auslegung begründet. Also geht es hier zunächst um ein Herantasten an die Definition mit Hilfe von Beispielen.

Neben dem Überschätzen der eigenen Sprachkompetenz oder des Definitionskalenders ist ein weiterer typischer Fehler der grammatischen Auslegung der, anzunehmen, sie liefere die Bedeutung des Textes. Der Wortlaut ist jedoch nicht gleichzusetzen mit der Semantik¹⁷. Diese ist mehr als das zufällige Aufzählen von Beispielen. Jeder Wörterbuchautor ordnet seine Beispiele systematisch und eventuell nach der Entstehungsgeschichte. Wenn man die Semantik eines Textes beschreiben will, braucht man alle vier canones.

Ein weiterer typischer Fehler ist die Gleichsetzung der grammatischen Auslegung mit der Wortlautgrenze. Was uns an Lesarten zu einem Text einfällt, ist nicht die Grenze der Verständlichkeit, sondern die Grenze unserer Kompetenz. Selbst das Wörterbuch ist kein Sprachgesetzbuch. Es will uns nicht sagen, wie man richtig spricht. Es versteht sich vielmehr als Sammlung und teilweise Systematisierung von Beispielen. Das Wörterbuch erweitert also die Kompetenz des Lesers, aber es entscheidet keinen Konflikt um Lesarten, solange beide verständlich sind. Denn Verständlichkeit ist die einzige Grenze, die es in der Sprache gibt. Die Wortlautgrenze ist demgegenüber keine Sprachgrenze, sondern eine methodische Grenze. Jeder, der etwas Verständliches äußert, kann sich auf den Sprachgebrauch berufen. Das entscheidet praktisch nichts. Die Wortlautgrenze ist vielmehr die Frage, ob eine Lesart mit allen canones der Auslegung vereinbar ist. Man muss also differenzieren zwischen dem Wortlaut als Beginn der Auslegung, das ist die grammatische Auslegung, und dem Wortlaut als Grenze der Auslegung, das sind alle sprachbezogenen Regeln der Auslegung.

2. Systematische Auslegung

Der typische Fehler liegt hier darin, dass man die Rechtsordnung als ein systematisch geschlossenes Ganzes ansieht, worin alle vordergründigen Widersprüche eigentlich schon gelöst sind. Damit wird von der systematischen Auslegung zuviel verlangt. Die Rechtsordnung ist nicht per se ein sinnvolles Ganzes, sondern erst die Rechtspraxis macht sie dazu.¹⁸ Wer mehr behauptet, muss darlegen, dass man das Ganze der Rechtsordnung erkennen kann. Aus der politischen

¹⁷So aber *Puppe*, S. 64.

¹⁸Vgl. grdsl. *Friedrich Müller* Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus, 2. Aufl. 2007, insb. S. 185 ff.

Mahnrhetorik ist die Technik bekannt, das "Ganze" aufmarschieren zu lassen, mit dem Ziel, es über die "Teile" herrschen zu lassen. Es soll den Teilen ihren Platz so anweisen, wie der Dompteur dem Löwen seinen Schemel. Daraus entstehen allerdings logische Aporien. Das Ganze ist nicht verfügbar, ohne es zum Teil zu machen. Tatsächlich werden Widersprüche erst in der Rechtsanwendung gelöst und die systematische Auslegung ist dazu die wichtigste Strategie. Sie achtet auf den Zusammenhang des Gesetzes. In welchem Abschnitt des Gesetzes steht die Norm? Wo kommt der auszulegende Begriff noch vor? Wenn wir wissen, was er an anderer Stelle bedeutet, gehen wir davon aus, dass er hier dasselbe bedeutet. Es handelt sich dabei aber lediglich um eine widerlegliche Vermutung.

Beispiel: So ist etwa der Begriff der öffentlichen Gewalt in Art. 19 Abs. 4 GG anders zu verstehen als in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Dies lässt sich mit der unterschiedlichen Funktion der Vorschriften begründen: Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG sichert prozessual die Bindung aller drei Gewalten an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) ab, daher ist hier der Begriff der öffentlichen Gewalt entsprechend weit zu verstehen. Art. 19 Abs. 4 GG will hingegen nur effektiven Rechtsschutz *durch* die Gerichte sicherstellen, nicht aber *gegen* gerichtliche Entscheidungen. Somit ist die Judikative bei Art. 19 Abs. 4 GG nicht vom Begriff der öffentlichen Gewalt erfasst. Auch Akte der Legislative sind h.M. nicht von Art. 19 Abs. 4 GG erfasst, denn eine prinzipale Normenkontrolle ist dem BVerfG vorbehalten, was sich wiederum mittels eines systematischen Arguments aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 100 GG begründen lässt.

Das nennt man funktionsdifferente Auslegung, aber auch hierfür benötigt man Argumente und nicht schlichte Behauptungen.

Hier zeigt sich das Hauptanliegen der systematischen Auslegung. Sie will Widersprüche in der Rechtsordnung vermeiden oder ausräumen. Die Anwendungsbereiche unterschiedlicher Normen muss so verstanden werden, dass beide sinnvoll bleiben.

Beispiel: So kann man etwa den Begriff des Verbotsgesetzes (§ 134 BGB), der über § 59 Abs. 1 VwVfG auf den Vertrag öffentlichen Rechts Anwendung findet, nicht so weit auslegen, dass der Absatz 2 des § 59 VwVfG überflüssig wird.

Eine weitere Ausprägung der systematischen Auslegung ist demgemäß im Verfassungsrecht die sogenannte praktische Konkordanz. Auch diese will Gesetze kompatibel halten, aber nicht das einzelne Problem in ein vorgegebenes Ganzes einordnen, wie das Puzzlestück ins Puzzle. Die systematische Auslegung ist also nicht Erkenntnis einer vorgegebenen Ordnung, sondern das fallbezogene Schaffen einer solchen Ordnung.

3. Historische und genetische Auslegung

Häufig werden die Begriffe historische und genetische Auslegung miteinander verwechselt oder sogar einfach gleichgesetzt. Die historische Auslegung arbeitet mit früheren Normtexten, sie kontrastiert also den aktuellen geltenden Wortlaut mit nicht mehr geltenden Wortlauten. Sie unterscheidet sich somit von der

systematischen Auslegung dadurch, dass sie keine *gleichzeitig* geltenden Normen heranzieht und von der genetischen dadurch, dass sie überhaupt mit *Normtexten* arbeitet.¹⁹

Die genetische Auslegung arbeitet demgegenüber nicht mit Normtexten, sondern vielmehr mit den begleitenden Materialien des Normentstehungsprozesses, also z. B. den Protokollen von Parlamentsreden, Ausschussberichten und amtlichen Begründungen in den legislativen oder verfassungsgebenden Gremien. Diese sind alle bezogen auf den Normtext, um dessen Auslegung es geht.

Die historische Auslegung verwendet den Entwicklungsgedanken und geht davon aus, dass eine Veränderung im aktuellen Recht verglichen mit der früheren Rechtslage auch die Übernahme früherer Auslegungsergebnisse erschwert. Eine wörtliche Übernahme der früheren Norm dagegen lässt es als möglich erscheinen, auch frühere Auslegungsergebnisse weiter zu vertreten.

In der Klausur sind historische und genetische Auslegung natürlich nur möglich, wenn frühere Normtexte oder entstehungsgeschichtliche Materialien mitgeteilt würden, was zwar nicht nie, aber doch sehr selten geschieht. Im Europarecht dagegen sind die Motive hingegen etwa bei Richtlinien anfangs mit abgedruckt und deswegen natürlich als genetisches Argument auch gut verwertbar.

4. Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung nach dem Regelungszweck gewinnt besonders dort an Bedeutung, wo die Rechtsordnung gewissermaßen im Fluss ist. Sei es, dass sie sich noch in einem Stadium ihrer allmählichen Herausbildung und allmählichen Verfestigung zu einer solchen befindet. Das ist beispielsweise im Europarecht der Fall. Entsprechend argumentiert der EuGH in seiner Rechtsprechung auffallend häufig teleologisch. Das betrifft vor allem die Abstützung der grammatischen Auslegung, bei der das Gericht das Problem einer in sich divergenten Mehrsprachigkeit von Recht zu bewältigen hat. Teleologische Auslegung ist aber auch dort besonders gefordert, wo die etablierte Rechtsordnung durch vollkommen neuartige Entwicklungen in der Welt herausgefordert wird.²⁰

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 selbstständiges Element der Konkretisierung, das heißt, dass Gesichtspunkte von 'Sinn und Zweck' der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der anderen Elemente belegt werden können. Teleologische Argumente sind zu begründen vom Autor des Gesetzes her²¹ oder mit Wortlaut und Systematik, nicht aber vom Zweck des Lesers her.

5. Analogie

¹⁹Vgl. dazu *Müller/Christensen* Juristische Methodik, 10. Aufl. 2009, Bd. I, Rn. 360 f.

²⁰Vgl. dazu *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 2. Aufl. 2007, Bd. II, Rn. 433 ff.

²¹Etwa in Form von Erwägungsgründen und Zielen, wie sie häufig im Europarecht formuliert werden.

Der typische Fehler besteht hier darin, dass man eine Analogie einfach durchführt, ohne ihre Voraussetzungen zu diskutieren. Der Analogieschluss setzt eine (planwidrige) Lücke im geschriebenen Gesetzestext voraus, sowie eine vergleichbare Interessenlage. Als Gegenbegriff zur abschließenden Auslegung bedarf er einer besonderen Begründung. Eine Analogie ist nur möglich, wenn eine Lücke im Gesetzestext zu begründen ist, entweder aus einem nur unvollständig realisierten Plan des Gesetzgebers oder aus einem höherstufigen Prinzip. In der Klausur hat man es in der Regel mit der aus der Verfassung oder dem Europarecht heraus begründeten Analogie zu tun, weil die Gesetzesmaterialien hier nicht zugänglich sind.

Im Bereich des Strafrechts sind Analogien zulasten des Angeklagten verboten (*nulla poena sine lege stricta*), s. Art. 103 Abs. 2 GG. Auch bei der Eingriffsverwaltung ist eine Analogie wegen des aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Gesetzesvorbehalts und der funktionellen Gewaltenteilung unstatthaft.²² Der Richter darf sich nicht zum Gesetzgeber erster Stufe machen, d.h. er darf keine Normtexte produzieren. Denn die Konkretisierung der Verfassung zu Normtexten ist Aufgabe der Parlamente. Er ist nur Gesetzgeber zweiter Stufe, d.h. er sagt, was der Normtext für den Fall bedeutet. Er füllt das vom Gesetzgeber geschaffene Textformular aus, vollendet die Rechtserzeugung, die vom Parlament begonnen wurde. Der Richter kann im Bereich der Eingriffsverwaltung nicht unter Konkretisierung von Verfassungsprinzipien oder in Vollendung des gesetzgeberischen Plans Normtexte setzen. Nur zugunsten des Bürgers kann er im Rahmen der systematischen Auslegung höherstufige Prinzipien heranziehen, um einschränkende Merkmale der Voraussetzungen des einfachen Gesetzes zu überwinden.

Beispiel: Zu nennen wäre insofern etwa die Schaffung der vorbeugenden Leistungsklage in der VwGO. Nach der Systematik dieses Gesetzes setzt die Leistungsklage eine gegenwärtige Außenrechtsbeziehung voraus. In Extremfällen drohender Rechtsverletzung kann Art. 19 Abs. 4 GG dazu zwingen, auf das Merkmal der Gegenwärtigkeit zu verzichten. Ein weiteres Beispiel wäre die Schaffung des Kommunalverfassungsstreits als Konsequenz eines verfeinerten Gewaltenteilungsprinzips.

6. Größenschluss

Der typische Fehler liegt hier darin, dass man eine Verschiedenheit überbrücken will, die nicht rein quantitativ ist. Im Größenschluss wird von der Möglichkeit eines weitergehenden Eingriffs auf die Zulässigkeit eines geringfügigeren Eingriffs geschlossen. Dieser Schluss wird gemeinhin formuliert als *argumentum a maiore ad minus* oder auch *maius minus continet*.

Beispiel: Als Beispiel wäre an eine Norm zu denken, die im Bereich der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder nach Art. 84 GG die Erteilung einer Genehmigung durch die Landesbehörde von der Zustimmung eines Bundesministers abhängig macht. In der Literatur wird vertreten, dass eine solche

²²Vgl. dazu *Beaucamp* ARSP 2009, 83 (105).

Regelung über einen Größenschluss aus Art. 84 Abs. 5 GG gerechtfertigt werden könnte.²³ Denn Art. 84 Abs. 5 GG lässt eine Weisung durch den Bundesminister an die Landesbehörden zu. Bei der Weisung liegt die ganze Verantwortung bei dem anweisenden Bundesminister. Dem Land kann mit einer Weisung also die ganze Verantwortung, das heißt zu 100 % entzogen werden. Daraus könnte man nun schließen, dass damit auch gerechtfertigt wäre, dem Land nur 50 % der Verantwortung zu entziehen, indem zu der Genehmigung durch die Landesbehörde eine Zustimmung des Ministers tritt. Dann könnte man vom Größeren, nämlich 100 %, auf das Kleinere, also 50 % schließen.

Allerdings überbrückt der Größenschluss nur eine rein quantitative Verschiedenheit bei einem qualitativ gleichen Eingriff. Qualitative Unterschiede im Eingriff können damit nicht überwunden werden. Daran scheitert der Größenschluss im vorliegenden Fall. Denn Art. 84 Abs. 5 GG erlaubt die Weisung nur für einzelne Fälle, nicht als Behelfsmittel der laufenden Verwaltung. Unsere Norm sieht die Zustimmung jedoch in jedem einzelnen Fall vor und bringt damit einen qualitativen Unterschied ins Spiel, an dem der Größenschluss scheitert.

7. Abwägung

Der typische Fehler liegt hier darin, dass man über die black box der Abwägung subjektive Neigungen als objektive ausgibt. Abwägung ist ohne Waage kein Vorgang, denn Argumente haben kein messbares Gewicht.²⁴ Sie ist nur ein Bild für das Ergebnis einer Argumentation, wonach einer Seite der Vorzug eingeräumt wird. Dieses Vorranggeben bedarf der Begründung.²⁵ Sie liegt auch nicht im Bild der Abwägung. Die Lektüre der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Kunstfreiheit bieten hier Anschauungsmaterial in Hülle und Fülle.²⁶

Es empfiehlt sich, bei der Darstellung der Abwägung argumentativ in zwei Stufen vorzugehen: Zunächst ist die abstrakte Wertigkeit der beiden jeweils beeinträchtigten Rechtsgüter zu vergleichen, über deren Rang durch die Abwägung zu entscheiden ist. Die Kollisionen können sich etwa zwischen Rechtsgütern von Verfassungsrang und einfachgesetzlichen Rechtsgütern ergeben. Schwieriger ist es schon, auf der Ebene der Verfassung selbst Rangunterschiede zu begründen. Diese wären etwa zwischen Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt und solchen ohne Schranken zu machen. Oder zwischen zwei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt, wenn das eine leichter einzuschränken ist als das andere. So ist etwa Artikel 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), der mit einfachem Regelungsvorbehalt leichter eingeschränkt werden kann, prima facie weniger bedeutsam als Artikel 5 Abs. 1 GG mit qualifiziertem Schrankenvorbehalt.

Mit dem Vergleich der abstrakten Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter ist nur der erste vorbereitende Schritt der Abwägung getan. Der zweite, entscheidende

²³ ##Belege##

²⁴ Puppe (Fn. 3) S. 90.

²⁵ Vgl. zur Abwägung grundlegend Wohlrapp (Fn. 6) S. 316 ff.

²⁶ S. nur BVerfGE 30, 173 (Mephisto); instruktiv auch BVerfGE 83, 130 (Josephine Mutzenbacher).

Schritt liegt im Vergleich der konkreten Eingriffsintensität. Hier ist zu klären, bei welchem Rechtsgut der Eingriff schwerwiegender ist. Für die Arbeit an dieser Frage ist die Unterscheidung von Peripherie und Kernbereich der entsprechenden Rechtsgüter nützlich, wobei natürlich jeder Eingriff in den Kernbereich schwerer wiegt. Ein solcher Eingriff liegt dann vor, wenn die fragliche Handlungsmodalität nicht ersetzbar ist, ohne dass die Freiheitsgarantie entfällt. Wenn es dagegen um eine ersetzbare, das heißt, um eine funktional gleichwertige Handlungsmodalität geht, so wird nur die Peripherie betroffen. Die Seite mit dem Kernbereichseingriff hat dann im Ergebnis Vorrang. Zentral ist also das Gedankenexperiment des Wegdenkens: Bleibt von der Freiheitsgarantie noch etwas Sinnvolles übrig oder bricht sie als Ganzes zusammen, wie zum Beispiel eine Pressefreiheit ohne Informantenschutz? Daneben gibt es aber noch weitere Hilfsgesichtspunkte, welche in der Klausur nützlich sein können. Etwa die Frage, ob eine der beiden Seiten Handlungsalternativen hat oder mit dem Rücken zur Wand steht. Oder zum Beispiel die Frage, auf welcher Seite der geschaffene Zustand leicht revisibel ist und wo er nur schwer wieder rückgängig gemacht werden kann. Insgesamt gilt also, dass in der Klausur am Ende einer Abwägung mehr herauspringen muss als bloße subjektive Präferenzen. Gerade hier will der Korrektor juristische Argumente sehen.

Beispiel: Einem Berufstrompeter wird das nächtliche Üben per Ordnungsverfügung verboten, um die Nachtruhe der Nachbarn zu gewährleisten. Bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Ordnungsverfügung muss im Rahmen des Ermessens letztlich die Frage beantwortet werden, ob die Ordnungsbehörde die betroffenen Grundrechte hinreichend berücksichtigt und richtig gegeneinander abgewogen hat. Bei einem abstraktem Wertvergleich wäre der schrankenlosen Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) grundsätzlich Vorrang vor den gesundheitlichen Interessen der Nachbarn (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG) einzuräumen. Allerdings hat hier der Trompeter eine Alternative, er könnte nämlich auch tagsüber proben. In diesem Fall kämen beide Freiheitsgarantien hinreichend zur Entfaltung. Der Musiker wird also durch die Verfügung nicht im Kernbereich seiner Kunstfreiheit tangiert. Somit ist im Ergebnis eine Abwägung zu seinen Lasten rechtmäßig gewesen.

8. Verfassungskonforme Auslegung?

Der typische Fehler liegt hier in der Verwechslung mit der systematischen Auslegung im Lichte der Verfassung. Die verfassungskonforme Auslegung ist keine Auslegungsmethode. Sie ist eine Vorzugsregel zwischen verschiedenen Lesarten.²⁷ Eine Lesart verstößt gegen die Verfassung, die andere nicht. Der Grundsatz verfassungskonformer Auslegung fordert nun, diejenige Lesart auszuwählen, die mit der Verfassung in Einklang steht. Allerdings nur, wenn der umfassend konkretisierte Wortlaut diese Lesart noch zulässt. Sonst würde man gegen die funktionelle Gewaltenteilung verstoßen und dem Gesetzgeber einen Normtext unterschieben, den er gar nicht geschaffen hat. Die verfassungskonforme Auslegung

²⁷Vgl. kritisch dazu *Lembke* Einheit aus Erkenntnis, 2009, S. 221.

ist nur ein Unterfall der Konformauslegung. Diese gibt es auch im Verhältnis zum Europarecht und im Verhältnis von Gesetz und Verordnung.

III. Ziel der Auslegung

Die methodische Dimension ist in der Examensklausur so wichtig, weil sie den jungen Juristen in die Objektivität des Rechts einfügt. Das Recht ist nichts Beliebigen, was wir einfach konstruieren oder erfinden. Es hat eine eigentümliche Objektivität. Jeder, der im Recht professionell agiert, weiß, dass er Fehler machen kann, die seine Ziele scheitern lassen. Wie aber diese Objektivität erfasst werden kann, ist streitig. Das Recht verknüpft den Gesetzgeber mit Gesetzestext und Richter. Manchmal versucht man die Objektivität bei nur einer dieser drei Instanzen zu verorten. So etwa die subjektive Lehre beim Gesetzgeber, die objektive Lehre beim Geist des Gesetzes und neuere Ansätze beim Richter. Tatsächlich garantiert erst das Zusammenspiel dieser drei Faktoren im streitigen Verfahren die Objektivität des Rechts.

Auch der Superleser kann die Bedeutung des Textes nicht versionsfrei erfassen. Deswegen gibt es im Recht das Verfahren und die streitige Diskussion der Beteiligten. Dadurch werden Lesarten so lange getestet, bis man die beste gefunden hat.

Damit ist der Normtext nicht den willkürlichen Launen des Richters preisgegeben. Denn der ist im Rahmen des Rechtsstaats nicht Gesetzgeber erster Stufe, der sich die Obersätze seiner Subsumtionen selbst schafft. Er ist nur Gesetzgeber zweiter Stufe, der seine Entscheidung zurückführen muss auf einen vom Parlament geschaffenen Normtext. Zurückführen heißt dabei nicht, dass die Entscheidung dem Normtext entnommen werden muss oder auch nur aus ihm herausgelesen werden könnte. Der Normtext ist nicht der große Behälter für kleine Entscheidungen. Der Gesetzgeber kann nicht einzelne Fälle vorwegnehmen und deren Entscheidung mit einem Stück Text determinieren. Zurückführen heißt vielmehr, dass sich der Richter im Rahmen einer durch Verfassung und Wissenschaft definierten Argumentationskultur vom Normtext irritieren lässt. Denn man kann im Rahmen einer solchen Argumentationskultur dem Normtext nicht jede beliebige Entscheidung zurechnen.

Über die Pflicht zur Begründung der Entscheidung ist der Richter an überprüfbare Maßstäbe gebunden. Dieser Pflicht des Gerichts entspricht auf der Seite des Bürgers ein Recht auf Sprache. Er hat ein subjektives Recht darauf, dass der Richter seine Entscheidung nicht einfach nur fällt, sondern in der Begründung auch dem demokratisch legitimierten Normtext sprachlich zurechnet. Direkt mit Hilfe von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung und indirekt mit Hilfe der fachlichen Kritik ist dieses Recht auch durchsetzbar.

Die Argumentation und Begründung ist in der Examensklausur deswegen so zentral und kann nicht durch auswendig gelernte Module ersetzt werden. Wer sich so vorbereitet, wird nicht nur im Examen und in der Praxis scheitern, sondern er verfehlt auch den zentralen Auftrag des Rechts.