Sources of Language and Law
www.legal-linguistics.net

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Wie kann man haltbare von unhaltbaren Urteilen unterscheiden?" In: SOULL – Sources of Language and Law, https://legal-linguistics.net (Last update: 7.7.2020)

All rights reserved.

Wie kann man haltbare von unhaltbaren Urteilen unterscheiden?

Wie kann man haltbare von unhaltbaren Urteilen unterscheiden?

Gegenstand von Entscheidungsanalysen sind gerichtliche Urteile. Worin liegt ihre Untersuchungsperspektive und welche sind ihre Instrumente?

I. Normative Vorgaben

Eine Entscheidungsanlyse muss keine Maßstäbe erfinden. Die Gerichte sind an Gesetze und die Verfassung gebunden. Wie der Richter die in Art. 20 III und 97 I GG geregelte Gesetzesbindung erfüllen kann, ist allerdings streitig. Traditionell formuliert man die Gesetzesbindung im Rahmen eines Rechtserkenntnismodells als Bindung an einen im Text vorgegebenen Bedeutungsgegenstand. Dieses semantische Modell scheitert aber an seiner unrealistischen Einschätzung der Sprache. Deswegen muss man das Problem der Entscheidungsanalyse pragmatisch reformulieren. Die Bindungen liegen nicht in einem der Erkenntnis vorgegebenen Gegenstand, sondern in den Anforderungen an das richterliche Handeln. Die juristische Entscheidungsanalyse braucht ein Modell gebundener Rechtserzeugung.

Ausgangspunkt für eine Entscheidungsanalyse sind die normativen Vorgaben der Verfassung. Daran ist die praktische Arbeit der Gerichte zu messen. Das unterscheidet die juristische Entscheidungsanalyse von einer soziologischen oder linguistischen Untersuchung. Als ersten Schritt bedarf es einer Beschreibung der von den Gerichten verwendeten Arbeitsinstrumenten.

II. Arbeitsinstrumente

Die 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.[1] Danach lässt sich die Bedeutung eines Textes nur in der entwicklungsoffenen Gesamtheit einer Sprache bestimmen. Diese Erkenntnis ist sozusagen der Konvergenzpunkt so unterschiedlicher Entwicklungen wie der angelsächsischen postanalytischen Philosophie, der in Frankreich unter dem Stichwort Dekonstruktion entwickelten Strukturalismuskritik und der in Deutschland unter Berufung auf die Humboldt-Tradition vollzogenen pragmatischen Wende in der Sprachwissenschaft. Aber wenn der Richter einen Konflikt von Lesarten zu entscheiden hat, ist das Ganze der Sprache für ihn nicht verfügbar. Das heißt, er muss die Kontexte des Gesetzes schrittweise erarbeiten, ohne sich die Illusion machen zu können, 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.

Die grammatische Auslegung erschließt den Kontext des Fachsprachgebrauchs bzw. der Varianten der Alltagssprache. Die systematische Auslegung erschließt den Kontext des Gesetzes bzw. der Rechtsordnung als Ganzes. Die historische Auslegung erbringt den Kontext früherer Normtexte und die genetische den der Gesetzesmaterialien. Das sind die klassischen canones von Savigny. Die Kontexte können dann noch zu Schlussfiguren kombiniert werden.

Wenn man diese Instrumente von ihrer theoretischen Verdinglichung zu objektiver Bedeutung, Gesamtsinn, Wille des Gesetzgebers oder Zweck des Gesetzes ablöst und als praktische Textstrategien wahrnimmt, liefern sie wertvolle Instanzen für die juristische Argumentation.

1. Wortlaut: Wie normativ ist Sprache?

Der Ausgangspunkt für die Spracharbeit der Juristen ist die Krise. Kommunikation läuft nicht als reibungslos eingespielte Gewohnheit, wo Unklarheiten entweder einvernehmlich beseitigt oder als irrelevant behandelt werden. Vielmehr besteht über die Fortsetzung der Kommunikation Streit. Dieser wurde durch Einschaltung von professionellen Juristen, durch Anfertigung von Schriftsätzen, Ausgestaltung eines Verfahrens usw. allmählich auf den Gesetzestext hingeführt, um dessen Lesart jetzt ein Konflikt besteht.

Eine erste und sicher naheliegende Reaktion auf diese Krise ist, auf die Sprache selbst zurück zu gehen. Darauf, was die Wörter, um die Streit besteht, wirklich bedeuten. Dazu dient das Wortlautargument. Ein Wortlautargument oder die grammatische Auslegung wird auf der Textoberfläche sichtbar, wenn sich ein Gericht ausdrücklich auf den „Wortlaut“ beruft. Es liegt auch dann vor, wenn sich ein Gericht auf einen genau bezeichneten Normtext bezieht oder das Gericht den Wortlaut eines Normtextes zitiert. Das Wortlautargument soll von der Zeichenkette zur Bedeutung führen. Da aber dieser Übergang

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

streitig und damit nicht mehr selbstverständlich ist, bedarf er der Begründung. Zwei Begründungsstrategien sind dabei häufig. Einmal die Berufung auf ein Wörterbuch und zum anderen die Berufung auf die eigene Sprachkompetenz.

a) Was leistet ein Wörterbuch für die Auslegung? Die Hoffnung der Juristen darauf, dass ihnen das Wörterbuch mit seinen Bedeutungsbeschreibungen die Arbeit abnehmen könnten, trügt zwangsläufig. Eine *durch die* Sprache in Gestalt der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke vorgegebene Grenze finden sie nicht. Sie entdecken allenfalls Hinweise auf immer weitere Varianten des Sprachgebrauchs und damit das Gegenteil der gesuchten Grenze.

Das sprachwissenschaftliche Konzept des Fehlers kann man nicht umwenden in eine Grenze juristischer Auslegung. In der Sprachwissenschaft ist heute anerkannt, daß sich eine funktionierende Sprache nur als Gesamtheit beschreiben läßt. Die Bedeutung eines einzelnen Wortes verweist auf die entwicklungsoffene Gesamtheit aller anderen und kann vielleicht nur im Zusammenhang gemeinsamer Überzeugungssysteme bestimmt werden.[2] Die Sprache läßt sich nicht begreifen nach der Architektur der Großrechner, wo es eine Zentraleinheit gab, in der die Regeln gespeichert waren, und Terminals, wo diese Regeln lediglich angewendet wurden. Vor allem die Sprachgeschichte hat gezeigt, daß die Ordnung der Sprache nach dem Muster des Marktes als „invisible-hand-Phänomen“ entsteht.[3] Sie gleicht eher einem Netz, dessen Architektur vom einzelnen Nutzer – mehr oder weniger relevant – mitgestaltet wird. Vor diesem Hintergrund markieren sprachliche Fehler nicht mehr als einen „*Grenzwert des Verständlichen*“[4], „d.h. ihr Bereich beginnt dort, wo es nicht mehr möglich wäre, eine Wortgebrauchs- und Urteilspraxis als konsistent zu verstehen.“[5]

Daraus folgt aber auch, daß jede Korrektur eines Sprechers riskant und begründungsbedürftig ist: „Dementsprechend sind weder Artikulation noch Verständnis nur reproduktiv; sie sind vielmehr auch unkontrollierbar schöpferisch, und jede individuelle Sinnzuweisung verschiebt die geltenden Grenzen der semantischen Normalität.“[6] Der Rekurs auf eine in Bedeutungsbeschreibungen bzw. -erklärungen festgeschriebene und damit dem Sprachgebrauch buchstäblich „vorgeschriebene“

[2] Der sogenannte Holismus der heutigen Sprachwissenschaft ist keineswegs eine radikale Neuerung. Besonders in der deutschen von Humboldt herkommenden Tradition war er immer anerkannt: „Es gibt nichts einzelnes in der Sprache, jedes ihrer Elemente kündigt sich nur als Teil eines ganzen an“ *Wilhelm von Humboldt*, über das Vergleichen des Sprachstudium in Beziehung auf die verschiedenen Epochen der Sprachentwicklung, in: *derselbe*, Schriften zur Sprachphilosophie, Werke in fünf Bänden, Bd. III, Darmstadt 1963, S. 10. Der neuerliche Akzent auf diesen Holismus knüpft vor allem an die Sprachphilosophie Donald Davidsons an: vgl. dazu *Schaedler-Om*, der soziale Charakter sprachlicher Bedeutung und propositionaler Einstellungen, Würzburg 1997, S. 35 ff., sowie das grundlegende Werk von *Mayer*, Semantischer Holismus, Berlin 1997.

[3] Vgl. dazu das grundlegende Werk von *Keller*, Sprachwandel, 1994, vor allem S. 87 ff.

[4] *Glüer*, Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung, Berlin 1999, S. 65.

[5] *Glüer*, Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung, Berlin 1999, S. 28.

[6] *Gloy*, Sprachnormen als 'Institutionen im Reich der Gedanken' und die Rolle des Individuums in Sprachnormierungsprozessen, in: *Mattheier* (Hrsg.), Norm und Variation, 1997, S. 27 ff., 30.

Bedeutung kann nicht als Vorgabe für die Entscheidung über Sinn und Unsinn und damit über die Möglichkeiten und Grenzen einer Verwendung sprachlicher Ausdrücke einspringen. Dies ist der Grund dafür, dass Wörterbuch, Lexikon, sowie alle sonstigen anerkannten und selbsternannten Autoritäten in Sachen Sprache mit ihren Bedeutungserklärungen und -definitionen immer wieder nur Beispiele über Beispiele für den Sprachgebrauch in bestimmten Kontexten geben können. Sie liefern „keine gemeinsame Grammatik, keine gemeinschaftlichen Regeln, keine tragbare Interpretationsmaschine, die so eingestellt ist, dass sie die Bedeutungen beliebiger Äußerungen ausspuckt."[7]

b) Die Besinnung auf die eigene Sprachkompetenz Weil das Wörterbuch keine objektiven Pflichten zu richtigem Sprechen kodifiziert, sondern subjektive Rechte zur Abweichung beschreibt, bleibt für den Halt suchenden Juristen nur der Rückgriff auf die eigene Sprachkompetenz. Dieser wird häufig als Lehnstuhlmethode bezeichnet. Man lehnt sich zurück und stellt sich die Frage, wie man selbst als idealer Sprecher die streitige Wendung gebrauchen würde. Aus den Regeln des Gebrauchs soll sich dann ergeben, welche Art Verwendung sprachliche Ausdrücke zulassen. „Die Anknüpfung der grammatischen Auslegung an den allgemeinen Sprachgebrauch, d.h. an die Umgangssprache, liegt insofern am nächsten, weil angenommen werden kann, dass derjenige, der etwas sagen will, die Worte mit dem Sinn gebraucht, in dem sie gemeinhin verstanden werden."[8]

Die Gebrauchsregeln bestimmen damit deren Bedeutung und weisen so zugleich umgekehrt ihrer Äußerung die Grenzen anerkannt möglicher Rede. Kurzum, Regeln „legen fest, unter welchen Umständen" ein Ausdruck „sinnvoller, bzw. korrekterweise verwendet werden kann."[9] Zwar bleibt es jedem unbenommen, so zu reden, wie ihm der Schnabel gewachsen ist; um den Preis allerdings, nicht ernstgenommen zu werden oder sich gar mit dem, was man zu sagen hat, nicht mehr verständlich machen zu können. In diesem von der Absicht auf Verständigung ausgehenden Druck wechselseitiger Konformität liegt, *Kripkes* kommunitaristisch gewendeten *Wittgenstein* zufolge, die ganze Normativität von Sprache.[10] Und so verdankt ihm, wie *Kathrin Glüer* resümiert, die Sprachphilosophie „einen neuen Slogan: ‚Bedeutung' ist normativ."[11]

Mit der Regel im Rücken soll sich der Richter an das kritische Geschäft machen können, darüber zu befinden, inwiefern Äußerungen der Verfahrensbeteiligten

[7] *Davidson*, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen, in: *Picardi / Schulte* (Hrsg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, 1990, S. 203 ff., 226.

[8] *Anweiler,* Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 84.

[9] *Glock*, Wie kam die Bedeutung zur Regel?, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 429 ff., 431.

[10] Siehe *Kripke*, Wittgenstein über Regeln und Privatsprache. Eine elementare Darstellung, 1987. Zur Kritik *Glüer*, Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung, 1999, S. 84 ff.; sowie *dies.*, Bedeutung zwischen Norm und Naturgesetz, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 449 ff., v. a. S. 454.

[11] *Glüer*, Schwerpunkt: Sprache und Regeln. Ist Bedeutung normativ?, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 393 f., 293.

im Rahmen einer möglichen Verwendungsweise des Gesetzes als Ausdruck von Recht liegen. Und sie soll ihn so in die Lage versetzen, sprachlich die Spreu vom Weizen zu trennen, um dementsprechend sein Urteil zu fällen.

Dies scheint nach den gängigen Vorstellungen von Sprache einleuchtend und muss sich doch wieder von der Praxis eines anderen belehren lassen.[12] Vor Gericht geht es sprachlich nicht um ein Verstehen sprachlicher Äußerungen. Die Feuerprobe darauf haben die Äußerungen der Parteien bereits bestehen müssen, damit ihr Anliegen überhaupt als ein rechtliches gelten kann. Sie wird den Parteien von zahlreichen institutionalisierten Auflagen abverlangt. Und sie fordert von ihnen einen nicht unerheblichen Aufwand, wie etwa die Formulierung von Schriftsätzen und die Einschaltung professioneller Juristen, um sich ins Spiel einer Entscheidung von Recht zu bringen. Mit dem Eintritt in das Verfahren steht also nicht mehr die Frage einer Regelkonformität zur Debatte. Vielmehr treten die sich diametral entgegenstehenden Rechtsmeinungen in einen semantischen Kampf ein, der auf das Ganze der Bedeutung des Gesetzestextes im Fall ausgeht.[13]

Es geht den Parteien also, allgemein gesprochen, nicht darum, welche Bedeutung ein Ausdruck hat, sondern darum, welche ihm zukommen soll. Und das heißt nach der eigenen Voraussetzung des semantischen Normativismus, dass es den Parteien auch nicht darum geht, was der Regel gemäß ist, sondern darum, was als Regel gelten soll. Als unabhängige Berufungsinstanz für die Entscheidung kann die Regel so aber nicht mehr greifen. Sie ist es, die als Einsatz im semantischen Kampf auf dem Spiel steht, indem die Parteien versuchen, jeweils ihre Lesart des Normtextes als Recht im Fall durchzusetzen.[14] Auch in ihrer pragmatischen Wendung kann Sprache den Konflikt der Bedeutungen somit nicht entscheiden.

Der von der herkömmlichen Lehre vorausgesetzte semantische Normativismus scheitert an den Unwägbarkeiten von Sprache als Praxis. Die Verhältnisse im Gerichtssaal treiben nur das auf die Spitze, was im Alltag regelmäßig vorkommt. Die Entscheidung über Regelkonformität einer sprachlichen Äußerung kann nicht durch Sprache vorgegeben sein; nicht einmal die Entscheidung darüber, ob die Verwendung eines Ausdrucks sich noch im Rahmen des Üblichen bewegt. Und schon gar nicht vermag eine Norm bzw. Regel eindeutig und unwiderruflich vorzuzeichnen, was in jedem Einzelfall ihre korrekte Befolgung ist.[15] Regeln vermögen daher auch nicht die Verwendung sprachlicher Ausdrücke auf eine ihnen zukommende Bedeutung festzulegen, wie es der Normativismus will.

Um eine derartige Festlegung leisten zu können, müsste die Regel für die Bedeu-

[12] Grundsätzlich angesichts der praktischen Verhältnisse von Verständigung *Davidson*, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen, in: *Picardi / Schulte* (Hrsg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, 1990, S. 203 ff., 227.

[13] Ausführlich dazu *F. Müller / Christensen / Sokolowski*, Rechtstext und Textarbeit, Berlin 1997, S. 59 ff.

[14] Näher dazu *Christensen / Sokolowski*, Recht als Einsatz im semantischen Kampf, ersch. in Zeitschrift für Semiotik.

[15] Siehe *Kripke.*, Wittgenstein über Regeln und Privatsprache. Eine elementare Darstellung, 1987.

tung sprachlicher Ausdrücke konstitutiv im Sinne *Searles* sein.[16] Nimmt man das jedoch ernst, so könnte paradoxerweise die Regel genau deshalb den abweichenden Sprachgebrauch nicht vom korrekten unterscheiden: „Denn jeder semantisch inkorrekte Gebrauch“ würde, wie *Kathrin Glüer* zu Recht einwendet, damit automatisch zu einem „Bedeutungswandel oder –verlust“. Das aber heißt nichts anderes, als dass mit der Alternative „korrekt/bedeutungslos“ ausgerechnet der Verstoß gegen die Regel als Alternative entfällt.[17] Der semantische Normativismus scheitert an der Konstituierungsthese, die ihm seine Durchschlagskraft verleihen sollte. Denn wenn man diese aufweicht, indem man *Bedeutung* als Basis für die Unterscheidung von Korrektheit oder Inkorrektheit, von Konformität oder Verstoß zulässt, verliert die Regel ihr Privileg einer Ermöglichungsbedingung sinnvoller Rede. Sie wäre nur noch einer der vielen Gesichtspunkte dafür, sich Klarheit über einen bestimmten Sprachgebrauch zu verschaffen. Sie wäre „eine behelfsmäßige Durchgangsstation zwischen Satz und Interpretation, welche die Erkenntnis der Struktur erleichtert, für die richtige Interpretation von Äußerungen aber keineswegs notwendig ist.“[18]

Mit der praktischen Instabilität des Regelhaften bricht aber der juristischen Praxis der objektive Erkenntnisgegenstand weg. Es fragt sich, was die Regel hier überhaupt noch austragen kann. *Donald Davidsons*, vor allem gegen *Kripke* gewendete Antwort lautet: gar nichts.[19] Wenigstens dann nicht, wenn es überhaupt um die Möglichkeit geht, sich sprachlich verständlich zu machen. Bedeutung gewinnen Äußerungen ganz ohne Regeln allein durch Interpretation. Um zu ihrem Verständnis zu gelangen, braucht es nicht einmal eine gemeinsame Sprache. Wäre dies unabdingbare Voraussetzung, so wäre es ganz und gar unerklärlich, dass es zum Verständnis auch noch der vordergründig abstrusesten Wortverdrehungen und Sprachspielereien kommen kann, wie Davidson anhand der so genannten „Malapropismen“ zeigt.[20] Worauf es für die Verständigung also ankommt, sind weder Regeln, noch ist es eine gemeinsame Sprache. Es ist vielmehr nur nötig, „dass wir dem anderen etwas liefern, das als Sprache verständlich ist.“[21]

Möglich wird dies dadurch, dass unsere Äußerungen immer in einem weiten Zusammenhang von Praktiken und Überzeugungen stehen. Dazu ist ferner nötig, dem anderen zu unterstellen, dass er sehr wohl weiß, wovon er redet und was er tut und dass er sich im großen und ganzen seine Überzeugungen auf den

[16] So *Glock*, Wie kam die Bedeutung zur Regel?, in Deutsche Zeitschrift für Philosophie, 2000, S. 429 ff., 443 ff. Dagegen *Glüer*, Bedeutung zwischen Norm und Naturgesetz, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 449 ff., 462 ff.

[17] Vgl. *Glüer*, Bedeutung zwischen Norm und Naturgesetz, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 449 ff., 460.

[18] *Mayer*, Regeln, Normen, Gebräuche. Reflexionen über Ludwig Wittgensteins „Über Gewissheit“, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 409 ff., 418.

[19] Siehe *Davidson*, Die zweite Person, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 395 ff., v. a. S. 396 ff. Zuvor schon *ders.*, Kommunikation und Konvention, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, 1990, S. 372 ff.

[20] Siehe *Davidson*, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen, in: *Picardi / Schulte* (Hrsg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, 1990, S. 203 ff.

[21] *Davidson*, Die zweite Person, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 395 ff., 401.

gleichen Wegen bildet wie wir auch. Dieses „Prinzip der Nachsicht“[22] besagt nicht, dass Verstehen zu völliger Konformität zwingen würde. Es bietet ganz im Gegenteil die Grundlage dafür, Divergenzen festzustellen. Von Sprache bleibt damit allerdings nicht mehr als ein kontextsensibler Differenzierungsprozess, der sich ständig verändert.[23] Und was man die Bedeutung eines Ausdrucks nennt, ist eine mehr oder weniger flüchtige Momentaufnahme in diesem Prozess; ein Knoten im einem Netz von Differenzen, den Verständnis und Interpretation schürzen und den der nächste Akt der Verständigung wieder lösen kann.

Normativität kann damit nie aus der Sprache kommen, sondern immer nur von Sprechern. Sprachnormen sind durch und durch praktisch. Sie dienen den Zwecken der Vereinfachung und Stabilisierung von Kommunikation. Für Juristen allerdings nimmt die Frage einer Normierung von Sprache eine schärfere Gangart an. Juristen werden erst in dem Moment angerufen, in dem ein Konflikt über Normen für die Sprecher unlösbar geworden ist. Sprachlich gesehen, hat der Rechtsstreit also nichts mit Normen zu tun. Er geht darum, was im Fall als Norm gelten *soll*. Der Richter entscheidet dementsprechend darüber, was als normativ durchzusetzen ist.

c) Normativität wird in der Sprache nicht vorgefunden, sondern hergestellt Als Zwischenergebnis ist zweierlei festzuhalten: Erstens sind Sprachregeln eine soziale Praxis, die vom Sprecher mitgeformt wird. Zweitens ist jede Beschreibung wegen des holistischen Charakters der Sprache mit der Einschränkung der Beobachterperspektive zu versehen. Eine versionslose Beschreibung gibt es nicht. Was bedeutet dies nun für die in der juristischen Sprachtheorie gesuchte Normativität?

Natürlich hat Sprache mit Normativität zu tun. Sie ist, jedenfalls wenn man vom Regelbegriff in der Tradition Wittgensteins ausgeht, tendenziell normativ. Wenn ein Sprecher das Wort ergreift, beansprucht er mit seiner Sprachverwendung Korrektheit. Dieses Problem wurde zunächst unter dem Stichwort Sprachnormen in der Linguistik diskutiert. Neuerdings spricht man aber auch in der analytischen Philosophie von einer „normativistischen Wende“. Fraglich ist, ob die Ergebnisse dieser Diskussion den Juristen beim Abtragen ihrer Begründungslasten helfen können?

In der strukturalistischen Linguistik waren Sprachnormen zunächst die Auswahl aus mehreren Möglichkeiten des Sprachsystems. Ein Nachhall dessen findet sich noch bei Lyotard, wenn er das Äußern eines Satzes als Unrecht gegenüber den unterdrückten Möglichkeiten der Sprache begreift.[24] Mit der pragmatischen Wende in den Sprachwissenschaften wurde dieser methodische Begriff ersetzt durch einen sozialen, wonach Sprachnormen als Institutionen in der kommu-

[22] Zu diesem Prinzip in Hinblick auf die „Bedingungen des Verstehens“ hier nur *Stüber.*, Donald Davidsons Theorie sprachliche Verstehens, 1993, S. 144 ff.

[23] Dazu *Schalk*, Zu den Zeichen selbst: Der Sinn der Bedeutung, in: Journal Phänomenologie 13, 2000, S. 2 f., 2.

[24] Vgl. *Warmer / Gloy*, Lyotard. Darstellung und Kritik seines Sprachbegriffs 1995: 105 ff.

nikativen Praxis anzusehen sind.[25] Sie dienen den Zwecken der Vereinfachung und Stabilisierung von Kommunikation. Dabei wird aber betont, dass diesen Sprachnormen keinerlei legitimierende Rolle zukommt, sondern sie jederzeit gekündigt werden können, wenn die Zwecke der Kommunikation es fordern oder erlauben.

Mit diesen beiden Begriffen ist aber die Problemebene, auf welcher die Juristen auftreten noch nicht erreicht. Juristen braucht man erst im Kommunikationskonflikt, wo unterschiedliche Sichtweisen des Sachverhalts und unterschiedliche Lesarten des Normtextes antagonistisch aufeinander treffen. In dieser Situation kann man sich nicht darauf beschränken, auf die Normativität als implizite Tendenz der Sprache zu verweisen. Vielmehr stehen sich zwei Versuche zur Instituierung dieser Normativität unversöhnlich gegenüber. Man kann sich auch nicht über diese Verschiedenheit und Vielfalt der Sprache freuen, sondern muss eine Entscheidung treffen. Damit stößt man auf das Problem der Kodifikation von Sprachregeln: „Den meisten Regeln bzw. Handlungsmustern, denen wir täglich folgen, folgen wir blind, d.h. ohne eine Beschreibung dieser Regeln im Kopf zu haben. Normen – im Unterschied zu anderen Regeln – verlangen dagegen nach Beschreibungen bzw. Formulierungen, und zwar deswegen, weil Normierer und Normenadressaten (diejenigen, die einer Norm unterliegen) auf den Gegenstand der Norm verweisen können müssen (...)."[26] Für Sprachnormen ist charakteristisch, dass sie sich Verbindlichkeitscharakter beilegen und ihren Anlass in einem Sprachkonflikt finden.[27] Diese Art von Sprachnormen verhält sich zum Kommunikationskonflikt metasprachlich und es stellt sich die Frage, woher sie ihre Legitimität beziehen kann?

Gerade die „normativistische Wende" in der analytischen Philosophie bestätigt nun die schon in der Linguistik erarbeitete Position, dass die Sprache selbst diese Legitimität nicht zu liefern vermag. Die normative Tendenz ist danach der Sprache implizit und kann gerade nicht die Gestalt expliziter Regeln annehmen, weil der Sinn der dabei verwendeten Begriffe bereits die Existenz von Normen voraussetzen würde.[28] Sprache entscheidet nur über Verständlichkeit. Ob

[25] *Gloy*, Sprachnormen als 'Institutionen im Reich der Gedanken' und die Rolle des Individuums in Sprachnormierungsprozessen. In: Mattheier (Hrsg.): Norm und Variation, 1997 S: 27 ff.; *derselbe,* Sprachnormenforschung in der Sackgasse?, in: Beiträge zur Geschichte der deutschen Sprache und Literatur 115, 1993: 30 ff.

[26] *Wimmer*, Sprachkritik und reflektierter Sprachgebrauch, in: Sprache und Literatur, 1983, S. 3 ff., 7. Wimmer stellt den metasprachlichen Charakter der Normformulierung in den Vordergrund. Während Gloy stärker auf den Bezug zur sprachlichen Normalitätserwartung abstellt. Das weist auf den „Charakter der Normen als Sinngrößen mit sozialer Geltung bei den Handelnden" *Gloy*, Sprachnormen als 'Institutionen im Reich der Gedanken' und die Rolle des Individuums in Sprachnormierungsprozessen, in: *Mattheier* (Hrsg.), Norm und Variation, 1997, S. 27 ff., 31 hin. „Normen sind intentionale Sachverhalte; sie sind gewollt bzw. werden als von anderen gewollt (als deren normative Erwartungen) erlebt und erlegen bestimmte Verpflichtungen, etwas zu tun oder zu unterlassen auf. Als derartige Sinngebilde stellen sie interpretative Konzepte der Sprachpraxis dar, die in vielen Fällen für die Beschaffenheit der sprachlichen Vorkommnisse verantwortlich gemacht werden." *Gloy*, ebd., S. 28.

[27] *Wimmer,* Sprachkritik und reflektierter Sprachgebrauch. In: Sprache und Literatur, 1983, S. 3 ff: 8.

[28] *Knell*, Die normativistische Wende in der analytischen Philosophie. Zu Robert Brandoms

aber ein verständlicher Sprachgebrauch angemessen, korrekt usw. ist, entscheidet sich durch die normativen Einstellungen der an der jeweiligen sozialen Praxis Beteiligten. Das heißt, man kann Sprache besser verstehen, wenn man berücksichtigt, dass in konkreten Sprachspielen normative Praktiken durch entsprechende Einstellungen der Beteiligten instituiert werden. Aber nicht die Sprache entscheidet über die Legitimität oder den Konflikt dieser Praktiken sondern die Beteiligten.

Das Normativitätsproblem verweist also nicht auf eine in der Sprache vorhandene normative Bedeutungssubstanz sondern auf eine Praxis des Forderns und Lieferns von Gründen, den sogenannten „space of reason".[29] Damit trifft sich die „normativistische Wende" der analytischen Philosophie mit den Ergebnissen der Linguistik. Denn dort wurde schon immer betont, dass eine Sprachnorm nicht durch Sprachgründe gerechtfertigt werden kann, sondern Sachgründe aus dem jeweiligen Sprachspiel braucht. Wir müssen also davon ausgehen, dass wir in der Sprache nicht nur Bewohner, sondern auch Architekten dieses „space of reason" sind.[30] Damit wird offensichtlich, dass das Setzen einer Sprachnorm die Möglichkeit ihrer Kritik hervorbringt und dass die Entscheidung über konfligierende Sprachnormen keinen Erkenntnisakt, sondern ein ethisches Problem darstellt.

Juristisches Entscheiden ist semantische Arbeit *an* der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke. Diese Arbeit besteht in der Entscheidung von Bedeutungskonflikten zur Festlegung auf Sprachnormen. Sprachnormen können aber nicht einfach dadurch konstatiert werden, dass man im Wörterbuch nachschlägt. Sprachnormen deuten vielmehr auf legitimatorische Standards. Und die müssen angesichts der Vielfalt und Divergenz des Sprachgebrauchs immer wieder gesetzt und auch durchgesetzt werden. Solange Äußerungen überhaupt verständlich sind, ist jeder Versuch zu ihrer Korrektur oder Zurückweisung bereits der erste Zug in einem Normierungskonflikt, der auf bestimmte Standards der Legitimierung pocht. Die aber sind selbst zu rechtfertigen. Denn in der Situation der Entscheidung über Recht anhand von Sprache steht nicht Sinn gegen Unsinn, sondern Bedeutung gegen Bedeutung, eine vorneweg so gut wie die andere. Damit ist klar, dass der Wortlaut des Gesetzes zentral ist. Aber nicht in dem Sinne, dass er der sichere Schlüssel ist, den man nur umdrehen muss, um zur einzigen objektiven Bedeutung zu gelangen. Zentral ist der Wortlaut als Kampfplatz für die Argumente. Er ist als Einstieg in den Zusammenhang der Argumentation zu verstehen.

Theorie begrifflichen Gehaltes und diskursiver Praxis. In: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 225 ff, 235.

[29] *Brandom*, Making it explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment, 1994, S. 5.

[30] *Knell*, Die normativistische Wende in der analytischen Philosophie. Zu Robert Brandoms Theorie begrifflichen Gehaltes und diskursiver Praxis. In: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 225 ff, 245.

2. Zusammenhang: Gibt es in Texten eine Sinnmitte?

Wie stabil ist der Zusammenhang der juristischen Argumentation? Findet man darin Halt für die Entscheidung? Mit dieser Fragestellung stößt man auf die systematische Auslegung. Die Systematik soll es ermöglichen, das einzelne Auslegungsproblem in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung zu stellen. Man kann dabei enge und weite Kontexte unterscheiden. Fraglich ist aber, ob sich bei der Auslegung des Gesetzes ein letzter finden lässt, der die Öffnung des Textes endgültig begrenzt, oder ob man mit dem Problem der Unendlichkeit der Kontexte pragmatisch umgehen muss.

a) Die Metapher des Buches Wenn Rechtserkenntnis möglich sein soll, braucht sie einen Gegenstand, mit dem sie übereinstimmt. Dieser Gegenstand wiederum ist als Gesetz nur dann möglich, wenn es für die Öffnung des Textes eine letzte Grenze gibt. Erst diese Grenze definiert den Gegenstand der Erkenntnis. Deswegen muss die herkömmliche Auslegungslehre als Rechtserkenntnislehre behaupten, dass das Ganze der Rechtsordnung mehr sei als die Fluchtlinie der praktischen Arbeit der Gerichte. Dieses Ganze müßte in der systematischen Auslegung für die Erkenntnis vielmehr verfügbar sein. Diese Verfügbarkeit soll erreicht werden über den Begriff des Lesens.

Lesen kann man einen Text nur, wenn man schon begonnen hat, ihn zu verstehen. Der Leser braucht eine Verständnishypothese. In der herkömmlichen Methodenlehre wird nun diese Hypothese mit dem medialen Paradigma des Buches aufgeladen. Aus dem Wirtschaftsgut wird demnach eine metaphysische Figur, deren Aufgabe darin besteht, das Gleiten der Schrift in definierten Grenzen ruhig zu stellen. Das Buch mit all seinen Enden aus Fußnoten, Randbemerkungen, Lektüren, usw. wird zur Sinntotalität gerundet. Diese wiederum soll dann dem Verstehen des Lesers Form und Maß geben.

Vor allem die klassische Hermeneutik hat diese Form des Buches zum ontologischen Strukturmoment des Verstehens gemacht: „Der Sinn dieses Zirkels, der allem Verstehen zugrunde liegt, hat aber eine weitere hermeneutische Konsequenz, die ich den 'Vorgriff der Vollkommenheit' nennen möchte. Auch das ist eine offenbar formale Voraussetzung, die alles Verstehen leitet. Sie besagt, dass nur das verständlich ist, was wirklich eine vollkommene Einheit von Sinn darstellt.[31]

Mit diesem Vorgriff soll nahegelegt werden, dass im Text eine objektive Sinneinheit vorhanden ist, die den Leser zu führen vermag. Dieser Sinn ist der für den Leser objektiv vorgegebene Bezugspunkt. Aus der Sicht der Leser mag sich der Sinn eines Textes wandeln[32]. Aus der Sicht des Textes ist die jeweilige Lesart nur eine unter vielen, welche die Sinnfülle des Textes im Prinzip nie erschöpfen können. Deswegen läßt sich vom Standpunkt der klassischen Hermeneutik her sagen, dass das Werk gerade im Wandel identisch bleibt.

[31] Gadamer, Wahrheit und Methode, 1965, S. 299.
[32] Ebd. S. 379.

Die klassische Hermeneutik kommt damit dem Anliegen herkömmlicher juristischer Methodik stark entgegen. Mit ihrem autoritären Begriff von Tradition und ihrem Konzept der Interpretation als Teilhabe an der hermeneutischen Wahrheit wendet sie sich gegen einen drohenden Subjektivismus des Lesens. Die Bindung des Richters an das Gesetz könnte mit diesem objektivistischen Konzept eines Überlieferungsgeschehens einlösbar werden. Wenn Gadamer „methodos“ mit „Weg des Nachgehens“ übersetzt und als Möglichkeit eines „Immer-wieder nachgehen-Könnens“ bestimmt, wird eine Methode zur Strukturierung dieses Vorgangs sichtbar. Der Vorgriff auf Vollkommenheit besagt methodisch, dass man den Text als Buch nehmen muß, welches eine klar abgegrenzte und vollkommene Einheit von Sinn darstellt. Dabei wird dem Leser eine „transzendente Sinnerwartung“[33] als Bucherwartung unterstellt, welche dann im hermeneutischen Zirkel mit der geschlossenen Sinntotalität des vorliegenden Buches zunehmend verschmilzt. Der Spielraum möglicher Lektüren ist damit klar fixiert. Es gibt keinen Raum zwischen Leser und Text, sondern der Leser muß in der Sinntotalität des Textes verschwinden. Allein der Text spricht. Er führt in der Interpretation ein Selbstgespräch.

Um diese Einfalt für den Richter methodisch verfügbar zu machen, muß der hermeneutische Zirkel allerdings mit juristischen Inhalten gefüllt werden.

Man will die Verfügbarkeit der Rechtsordnung als Sinnganzes dadurch erreichen, dass man das Ganze auf ein Zentrum hin reduziert: die Gerechtigkeit bzw. die Rechtsidee. Dieses Zentrum garantiere die Kohärenz des Systems und erlaube die Auslegung und Anwendung seiner Elemente im Innern einer Formtotalität als gerechte Lösung des Streitfalls.[34]

Die traditionell normative Vorstellung des geschlossenen Textes ist auf dem Weg über die Buchreligionen tief in unserem Alltagsbewusstsein verankert. Aber das heißt nicht, dass sie in der Praxis einlösbar sei. Wenn man in einem Rechtsstreit von dogmatischen Inhalten über methodische Aussagen zu grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen gelangt, findet man dort kein festes Fundament. Man hat damit zwar eine Bewegung im diskursiven Netz des Rechts vollzogen, aber diese führt nicht von der Unsicherheit in die Gewissheit; eher im Gegenteil. In einer pluralistischen Gesellschaft sind die letzten Grundlagen besonders divergent und die diskursiven Vorkehrungen institutioneller Art laufen gerade darauf hinaus, diesen Streit zu vermeiden. Die Gerechtigkeitsvorstellungen liefern keinen letzten Horizont des rechtlichen Wissens, aus dem die Entscheidung konkreter Streitigkeiten *deduziert* werden könnte. Vielmehr liegt die Leistung des Rechts für die funktionale Differenzierung genau darin, auf dem Weg über die Trennung von Recht und Moral diese letzten Grundlagen aus konkreten Streitigkeiten herauszuhalten. Hinter diesen Stand kann man nicht zurück. Ein Archimedischer Punkt, von dem aus man die Einheit des Rechts

[33] *Gadamer*, Vom Zirkel des Verstehens, in: Gesammelte Werke, Band 2, S. 57 ff., 61 f.

[34] Vgl. zu den hier angesprochenen strukturellen Problemen: *Derrida,* Die Struktur, das Zeichen und das Spiel im Diskurs der Wissenschaften vom Menschen, in: *ders.*, Die Schrift und die Differenz, 1976, S. 422 ff., 422 f.

fixieren könnte, ist nicht verfügbar. Es bleibt für die Gerichte nur eine Fluchtlinie, auf der sie versuchen, Widersprüche in der Rechtsordnung zu vermeiden.

Die traditionelle Lehre hatte den Weg vom Textäußeren zu den inneren Werten des Rechts empfohlen. Ein Gericht darf sich nicht damit begnügen, auf der äußerlichen Ebene Texte zu verknüpfen, sondern muss in die Tiefe vorstoßen. Die so genannte „vertikale Auslegung“[35] soll ins Innere des Rechts führen. Aber die Abfahrt nach innen funktioniert in der Praxis nicht. Das Recht versammelt sich nicht zu einem inneren Wesen. Man findet statt dessen nur eine Vielzahl weiterer Normtexte auf derselben oder einer anderen Regelungsebene. Keine dieser Normen stellt die zentrale Steuerungseinheit oder den Gesamtsinn dar, sondern nur eine weitere mögliche Verknüpfung. Auf der Fahrt nach innen geht es den Juristen wie dem Neurowissenschaftler, der statt des gesuchten Zentral-Ichs nur eine Vielzahl von homunculi findet. Auch die Einheit des Rechts löst sich in eine Vielzahl von Beobachtungsperspektiven auf, so dass man ohne letzten Halt wieder im Äußeren landet.

Die Gründe dafür sind prinzipieller Art. Sie liegen im Begriff des letzten Kontexts: „Der gesamte Kontext jedoch ist weder prinzipiell noch in der Praxis beherrschbar. Bedeutung ist kontextgebunden, der Kontext jedoch ist unbegrenzt.“[36] Die Unbegrenztheit des Kontextes erscheint zunächst kontraintuitiv, denn unser Blick ist fokussiert. Aber die Fokussierung erfolgt vor einem *offenen* Horizont, der gerade nicht zu fassen ist: „Der Kontext ist in einem doppelten Sinn unbegrenzt. Erstens steht jeder Kontext einer weitergehenden Beschreibung offen. Im Prinzip gibt es keine Begrenzung, was in einen gegebenen Kontext eingeführt werden oder sich als für die Performanz eines bestimmten Sprechakts als relevant erweisen könnte. Diese strukturale Offenheit des Kontextes ist für alle Disziplinen wesentlich: Der Wissenschaftler entdeckt Faktoren, die vorher als für das Verhalten gewisser Objekte nicht relevant galten; der Historiker bewertet bestimmte Ereignisse unter dem Aspekt neuer oder neu interpretierter Daten; der Literaturkritiker stellt eine Beziehung zwischen einer Passage und einem Text oder Kontext her, die diese in einem neuen Licht erscheinen lassen.“[37] Gerade weil die Bedeutung vom Kontext bestimmt wird, ist sie für Veränderungen offen. Und es kommt noch ein zweiter Grund hinzu. „Der Kontext ist auch in einem anderen Sinne nicht beherrschbar: Jeder Versuch zur Kodifizierung des Kontexts kann auf den Kontext, den er beschreiben will, aufgepfropft werden und so einen neuen Kontext schaffen, der sich der vorherigen Formulierung entzieht. Versuche, Grenzen zu beschreiben, ermöglichen immer eine Verschiebung dieser Grenzen; so hat Wittgensteins Ausführung, dass man nicht 'Bu Bu Bu' sagen und damit 'wenn es nicht regnet, gehe ich spazieren' meinen kann, paradoxerweise die Möglichkeit geschaffen, genau dies zu tun.“[38]

[35] *Bleckmann,* Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *ders.*, Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 41 ff., 44.
[36] *Culler,* Dekonstruktion, 1988, S. 137.
[37] Ebd., S. 137.
[38] Ebd., S. 138.

b) Strategien systematischer Auslegung Der Weg „in die Tiefe“ des Rechts mündet also ins Nirgendwo. Deswegen bleibt den Gerichten gar nichts anderes übrig, als die Rechtssätze horizontal zu vernetzen. Der Kontext einer Bedeutung muss immer neu beschrieben werden. Die Einheit des Rechts ist kein fester Punkt, den man erreichen könnte. Sie liegt vielmehr auf der Fluchtlinie ständig neuer Beschreibungen. Diese Fluchtlinie ist auch nicht Gegenstand einfacher Beobachtung. Sie wird nur dann sichtbar, wenn man die Beobachter beobachtet. Das Heranziehen des Kontextes führt damit nicht zur Sinnmitte des Rechts, sondern in die Beobachtung zweiter Ordnung. Genau diese Konsequenz zeigt sich mit voller Deutlichkeit in der Praxis der Gerichte. In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt, die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung. Diese Beobachtung zweiter Ordnung wirft Legitimationsfragen auf, die bisher nur unter dem missverständlichen Titel des Präjudizes als Rechtsquelle thematisiert wurden. Erst wenn man sich klar macht, dass das Recht *nicht* Quellen *entnommen*, sondern unter einschränkenden Vorgaben vom Gericht *geschaffen* wird, kann man von der unzulänglichen Metaphysik der „Quellen“ wegkommen und operationale methodische Fragen erörtern.

Im Rahmen der überlieferten Prozeduren systematischer Textbearbeitung hat zunächst eine Abgrenzung zur grammatischen Auslegung zu erfolgen. Die Schwierigkeit liegt darin, dass die Einheit eines Textes keine semantische, sondern eine pragmatische Größe ist. Diese Einheit ist also nicht natürlich gegeben, sondern hängt von der jeweiligen Fragestellung des Interpreten ab. Gewiß liegt systematische Auslegung dann vor, wenn man von einem Normtext mit eigener amtlicher Nummerierung auf einen anderen übergreift. Aber sie kann auch innerhalb eines einzelnen Normtextes erfolgen, wenn in ihm verschiedene Regelungen enthalten sind; sogar innerhalb desselben Satzes, wenn dieser etwa Meinungs- und Pressefreiheit nebeneinander garantiert. Die Abgrenzung wird also durch die aus der Fragestellung folgende Sicht auf die fragliche Texteinheit bestimmt.

Die systematische Auslegung verknüpft mindestens zwei Normtexte zu einem Argument. Auf der Textoberfläche wird dies durch Nennung der betroffenen Normtexte meist ersichtlich.

Eine grundlegende Form systematischer Auslegung liegt darin, Widersprüche in der Bedeutungsfixierung zu vermeiden[39]. Gemeinhin wird dieser Grundsatz als Beobachtung erster Ordnung formuliert: „Ihm zufolge haben gleichlautende Begriffe ein und derselben Rechtsordnung – mögen sie in einem engeren oder weiteren Textzusammenhang stehen – grundsätzlich auch den gleichen Inhalt.“[40] Weil Texte eine Bedeutung aber nicht einfach „haben“, muß der Grundsatz für die Strukturierung des Materials durch den Beobachter formuliert werden. Das wird auch deutlich, wenn es in der Praxis heißt: „Diese Bestim-

[39] Vgl. etwa zu den Voraussetzungen unter denen eine einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrecht zu erfolgen hat EuGH Rs. 133/99 Rn. 26.

[40] *Potacs,* Auslegung im öffentlichen Recht, 1994, S. 78.

mungen sind gleichlautend und müssen einheitlich ausgelegt werden (...)."[41] Im Gegenschluß hat man dann bei unterschiedlichen Formulierungen die Option unterschiedlicher Bedeutungszuweisung.[42] Trotzdem gibt es die Möglichkeit, bei gleicher Formulierung unterschiedlich zu interpretieren, wenn dafür besondere Gründe sprechen. Meist wird diese Strategie als *funktionsdifferente Auslegung* bezeichnet. Sie bestätigt wiederum, dass die Einheit der Rechtssprache eben kein Gegenstand der Beobachtung ist, sondern nur als Anforderung an die Aktivität der Gerichte gelten kann. Immer dann, wenn es gewichtige Gegengründe gibt, ist das Ziel der Einheitlichkeit zu suspendieren.

Eine andere Arbeitsmethode der Gerichte liegt darin, aus der Stellung einer Regelung innerhalb eines bestimmten Kapitels Konsequenzen abzuleiten.[43] Zur Profilierung des Regelungsumfangs kommen aber nicht nur benachbarte Vorschriften in Betracht, sondern es können auch weiter entfernt liegende Normtexte Ansatzpunkte bieten.[44] Die hierbei leitende Vermutung lässt sich etwa folgendermaßen formulieren: „Die Norm A darf daher nicht so ausgelegt werden, dass sie auch nur teilweise mit dem Sachverhalt übereinstimmt, der von der Vergleichsnorm B geregelt wird. Aus dem Inhalt der Norm B kann somit negativ auf den Inhalt der Norm A geschlossen werden und umgekehrt. Das Ideal besteht bei dieser Form der Anwendung der systematischen Auslegungsmethode darin, den Inhalt der Norm A mit präzisen Begriffen zu umreißen, die den gesamten Inhalt der Norm umfassen, aber nicht in die Regelungsmaterie der Norm B hinübergreifen."[45] Weitere Strategien der systematischen Auslegung hängen von den rechtlichen Vorgaben für das Gericht ab. So kann man im Einzugsbereich der Grundrechte von mehreren möglichen Interpretationen die am wenigsten belastende wählen.[46]

c) Von der Systematik erster Ordnung zur Systematik zweiter Ordnung In der Praxis der Gerichte ist die Einheit des Rechts nicht verfügbar. Die Gerichte reagieren darauf mit einer Ergänzung der Systematik erster Ordnung durch eine Systematik zweiter Ordnung. Das heisst, sie beobachten nicht das Recht, sondern den Beobachter des Rechts.

In einer empirischen Studie wurde mit Hilfe der Datenbank Juris eine statistische Abhandlung über die Zitierpraxis deutscher Gerichte erstellt[47], wobei u. a. die Frage aufgeworfen wurde, in wie vielen bundesdeutschen Gerichtsurteilen

[41] EuGH, Slg. 1963, S. 417 ff., 432.

[42] EuGH, Slg. 1981, S. 2781 ff., 2794 (Analog Devices).

[43] Vgl. etwa EuGH, Slg. 1964, S. 1251 ff., 1275 (Costa/ENEL); EuGH, Slg. 1976, S. 91 ff., 100 (Manghera).

[44] Vgl. dazu EuGH, Slg. 1969, S. 193 ff., 201 (Kommission/Italienische Republik); EuGH, Slg. 1971, S. 69 ff., 81 (Sirena);

[45] *Anweiler,* Die Auslegungsmethoden der Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 178; vgl. etwa EuGH Rs. 159/00 Rn. 26 ff.

[46] Vgl. dazu EuGH, Slg. 1969, S. 419 ff., 425 (Stauder), EuGH, Slg. 1978, S. 169 ff., 179 (Lührs); EuGH, Slg. 1988, S. 169 ff., 206 (Dänemark/Kommission).

[47] *Wagner-Döbler / Philipps.,* Präjudizien in der Rechtsprechung. Statistische Untersuchung anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte, in: Rechtstheorie 1992, S. 228 ff.

Entscheidungen anderer Gerichte zitiert werden. Die Untersuchung stützte sich bei ihren Vergleichen in erster Linie auf Entscheidungen aus den Jahren 1980 und 1988. Ergebnis war, dass 1446 von 3046 in Juris gespeicherten Urteilen der obersten Bundesgerichte aus dem Jahr 1980 Zitate enthielten[48]. Bei Urteilen aus dem Jahr 1988 war dieser Anteil mit 3503 von 5603 Urteilen noch etwas höher[49]. Daraus ergibt sich, dass in weit mehr als der Hälfte aller Begründungstexte dieser Gerichte auf mindestens ein Urteil eines anderen Gerichts Bezug genommen wird[50].

Bei den Untergerichten war der Anteil wesentlich geringer, von den 10143 in Juris gespeicherten Dokumenten aus dem Jahr 1980 wurde in weniger als einem Viertel auf andere Urteile verwiesen, 1988 stieg diese Quote immerhin auf ein knappes Drittel (rund 3800 von 13376)[51].

In dieser Untersuchung wird deutlich, dass es eine überragende Bedeutung der Praxis der eigenen Gerichtsbarkeit gibt[52]. Nur für einen geringen Teil aller Urteile spielt die Rechtsprechung anderer Gerichtszweige eine Rolle; dieser Anteil bewegt sich in der Regel im Promille-Bereich, nur gelegentlich steigt er auf mehr als 5 %[53]. Es war festzustellen, dass hierbei das Bundesverfassungsgericht sowie der Bundesfinanzhof eine große Rolle spielen.

Weiter wurde untersucht, wie sich die Entscheidungen der Bundesgerichte bzw. der Bundesgerichtshöfe auf die unteren Instanzen auswirken. Die Frage war jetzt, wie oft in Begründungstexten unterer Instanzen anderen Urteilen zugestimmt oder aber widersprochen wurde. Das wurde dann mit dem entsprechenden Verhalten der obersten Bundesgerichte verglichen. Hier war zu bemerken, dass bei nachgeordneten Instanzen der Anteil bestätigender Bezugnahmen höher ist als bei den obersten Bundesgerichten[54].

Der Befund einer wachsenden Bedeutung von Präjudizien bestätigt sich auch beim EuGH.[55] Eine Inhaltsanalyse[56] der EuGH-Begründungen vom Jahrgang 1999 kommt zu folgendem Ergebnis: „Der Verweis auf frühere Rechtsprechung ist nicht

[48] Ebd. S. 230.
[49] Ebd.
[50] Ebd.
[51] Ebd.
[52] Ebd., S. 233.
[53] Ebd., S. 233.
[54] Ebd., S. 238.
[55] Vgl. dazu die grundlegende Arbeit von *Dederichs*: Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, im Erscheinen 2003., auf die das folgende Referat Bezug nimmt.
[56] Vgl. zu dieser Methode *Dederichs / Christensen,* Inhaltsanalyse als methodisches Instrument zur Untersuchung von Gerichtsentscheidungen, vorgeführt am Beispiel der Rechtsprechung des EuGH, in: *F. Müller* (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik III, 2003, im Erscheinen. Außerdem grundlegend zu dieser Methode *Langridge,* Inhaltsanalyse: Grundlagen und Methoden, 1994; *Merten,* Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis, 1995; *Früh,* Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis, 1998; *Berth,* Inhaltsanalyse, 1999. Speziell für die Anwendung auf das Recht auch *Limbach,* Die sozialwissenschaftliche Inhaltsanalyse richterlicher Entscheidungen, in: JA 1976, S. 353 ff.; *Wambsganz,* Computerunterstützte Inhaltsanalyse zweier Strafrechtskommentare, 1999.

nur in jeder Hinsicht die häufigste Argumentationsform in den Entscheidungen des EuGH, die Häufigkeit des Verweises auf frühere Rechtsprechung übertrifft die der übrigen Argumentationsformen zudem um ein Vielfaches. Dies verlangt eine grundsätzliche Neubewertung der Gewichtung der Argumentationsform in der Methodik des EuGH: Der Verweis auf frühere Rechtsprechung steht hier an erster Stelle, die Argumentationsformen der 'klassischen' Auslegungscanones sind dem nachgeordnet."[57]

Wie lässt sich diese Entwicklung von der Kohärenz der Gesetze zu jener der Urteile[58] beschreiben? Zunächst kann man nicht sagen, die Systematik erster Ordnung werde durch die der zweiten Ordnung verdrängt, denn die normale systematische Auslegung kommt weiterhin vor. Besser könnte man von einem Ergänzungsverhältnis sprechen, denn die Systematik zweiter Ordnung kann nur dort verwendet werden, wo das entsprechende Gericht schon tätig war.

Dies bestätigt sich auch dadurch, dass der Internationale Gerichtshof nur selten auf die eigene Rechtsprechung Bezug nimmt, weil er eben meistens neue Fragen zu beantworten hat. Die Beobachtung zweiter Ordnung kommt nur in einer "dichten" Rechtsordnung in Betracht.

Dabei ist das Wort „Ergänzung" aber immer noch missverständlich. Denn es konnotiert Randgebiete und entlegene Provinzen des Rechts. Tatsächlich aber kommt die Systematik zweiter Ordnung gerade in den zentralen Bereichen zum Tragen, wo es die meisten Judikate gibt.

Die Systematik erster Ordnung zeigt sich dagegen eher in den Randgebieten und bei speziellen Rechtsfragen. Wenn man diese Entwicklung zureichend beschreiben will, muss man von einem wachsenden Überwiegen der Systematik zweiter Ordnung gegenüber derjenigen erster Ordnung ausgehen. Die Inhaltsanalyse des EuGH-Jahrgangs 1999 kommt bezüglich des Stellenwerts der Bezugnahme auf eigene Judikatur innerhalb der Argumentation des Gerichts zu folgendem Ergebnis: „Die Gewichtung der Argumentationsformen in der Methodik des EuGH

[57] *Dederichs,* Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, im Erscheinen 2003.

[58] Im Rahmen der Systemtheorie kommt das Stichwort Kohärenz nicht vor. Das vorliegende Problem wird dort unter der Überschrift Konsistenz der Entscheidungspraxis verhandelt. Vgl. dazu *Luhmann,* Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in: *ders.* ,Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 374 ff., 394 ff. Dabei macht sich die Systemtheorie immer noch Illusionen über die Möglichkeit von Konsistenz und die mangelnde Beachtlichkeit von deren Fehlen. Dazu grundsätzlich *Stäheli,* Sinnzusammenbrüche, 2000. Kern des Problems ist der von *Luhmann* aus der Protologik von *Spencer Brown* übernommene Begriff der Kondensierung bzw. Konfirmation. Die Protologik sieht von der Zeit ab. Wenn man solche zeitabstrakten methodischen Annahmen auf zeitlich strukturierte Thematiken überträgt, erzeugt man dadurch idealistische Illusionen von Dauerhaftigkeit und Stabilität. Sachadäquater ist demgegenüber der eine prinzipielle Verschiebung enthaltende Begriff der Iteration. Eine Dekonstruktion dieser Annahmen der Systemtheorie muß im vorliegenden Zusammenhang unterbleiben. Vgl. dazu *Stäheli,*, ebd., S. 280 ff.; *Baecker,* Zeit und Zweideutigkeit im Kalkül der Form, in: Nummer 3, 4/5, 1996, S, 11 ff.; *Gasché,* The Tain of the mirror, 1986, insbes. S. 192 und öfter. In der Systemtheorie können diese idealistischen Grundannahmen nur funktionieren, weil sie die Rhetorizität von Sprache unterschätzt und exiliert. Vgl. dazu *Stäheli,* Sinnzusammenbrüche, 2000, S. 150 ff.

muss grundsätzlich neu bewertet und dem Verweis auf frühere Rechtsprechung gegenüber den übrigen Argumentationsformen eine herausragende Bedeutung beigemessen werden. Der Verweis auf frühere Rechtsprechung wird in den Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 insgesamt 1199-mal verwendet und ist damit die häufigste Argumentationsform. Der Verweis auf frühere Rechtsprechung wird in den Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 mehr als doppelt so häufig verwendet, wie die grammatikalische Auslegung als zweithäufigste Argumentationsform und mehr als viermal so häufig wie die teleologische Auslegung als dritthäufigste Argumentationsform. Von den 259 Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 enthalten nur 38 keinen Verweis auf frühere Rechtsprechung, d. h. 85 % aller Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 enthalten wenigstens einen Verweis auf frühere Rechtsprechung. In 154 der 259 Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 ist der Verweis auf frühere Rechtsprechung die häufigste Argumentationsform. Damit ist der Verweis auf frühere Rechtsprechung auch bezogen auf einzelne Entscheidungen die häufigste Argumentationsform. Der EuGH stützt seine Argumentation in einer Entscheidung typischerweise nicht nur einmal, sondern mehrfach auf frühere Rechtsprechung."[59]

Im Rahmen der herkömmlichen Lehre hat man mit der Erklärung dieses Phänomens Probleme. Um trotz der offensichtlich aktiven Rolle der Gerichte die herkömmliche Vorstellung objektiv vorgegebenen Rechts zu retten, erklärt man das Präjudiz zur subsidiären Rechtsquelle. Jenseits der „Wortlautgrenze" oder bei „Unbestimmtheit" des Textes sollen die Vorentscheidungen in die Bresche springen und dem Richter Rechtserkenntnis ermöglichen. Das Rechtserkenntnismodell bleibt so die prinzipielle Schranke bei der Untersuchung der Rolle des Präjudizes. Wenn der Normtext als Gegenstand der Bedeutungserkenntnis versagt, wird er von der Vorentscheidung als Gegenstand der Erkenntnis ersetzt. In einem nicht näher einzugrenzenden Bereich wird dem Präjudiz damit eine normtextähnliche Rolle eingeräumt. Es ist angeblich Gegenstand der Rechtserkenntnis und richterlicher Bindung. Aber natürlich kann der Text einer Vorentscheidung dem Leser ebenso wenig eine feste Bedeutung als Gegenstand vorgeben, wie dies der Normtext vermochte. Nach dem praktischen Versagen des Rechtserkenntnismodells bleibt die argumentative Rolle des Präjudizes nach wie vor zu bestimmen.

Die bisherige Diskussion um die Wirkung von Vorentscheidungen in der Praxis der Gerichte wird durch die prinzipiellen Schranken der traditionellen Rechtserkenntnislehre behindert. Diese wirken bis in die Terminologie hinein. Man stellt die faktische Wirkung von Präjudizien in der kontinentalen Tradition ihrer normativen Wirkung in der angelsächsischen gegenüber.[60] Normativität

[59] *Dederichs,* Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, im Erscheinen 2003.

[60] Vgl. zur Diskussion *Schima,* Zur Wirkung von Auslegungssentscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: *Feldner, / Forgó,* (Hrsg.), Norm und Entscheidung, 2000, S. 280 ff.; *Toth,* The Authority of Judgements of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects, in: Yearbook of European Law 4 (1984), S. 1 ff.; *Pietrek,*

wird dabei als statische Eigenschaft eines Textes verstanden, den man einfach anwenden muss. Diese Vorstellung stimmt weder für Gesetze noch für die angelsächsischen Präjudizien. Wenn man im Rahmen einer Rechtserzeugungsreflexion Normativität nicht als Gegenstand, sondern als Prozess fasst, kann man in der bisher unklaren Diskussion über die Bindungswirkung von Vorentscheidungen besser differenzieren: eine *Bindung an Normtexte* heißt, dass man sich nicht mittels besserer Argumente einfach davon lösen darf. Eine *argumentative Bindung* bedeutet, dass ein Kontext der Entscheidung die Richtung gibt, aber durch bessere Argumente verdrängt werden kann.

Präjudizien können, insofern sie methodisch haltbar sind, der aktuellen Entscheidung Richtung geben und wirken damit auf die Normativität ein. Aber sie fungieren nicht als legitimierender Zurechnungspunkt neuer Entscheidungen. Sie sind nur Argumente.

3. Vorgeschichte: Kann man aus Erfahrung lernen?

Bei der historischen Auslegung muss man die Entstehungsgeschichte von der Vorgeschichte des Normtextes unterscheiden.

a) Unterscheidung von genetischer und historischer Auslegung In Lehre und Rechtsprechung werden diese beiden Elemente nicht selten miteinander vermengt. So bezeichnet etwa das Bundesverfassungsgericht[61] die Auslegung aus „Gesetzesmaterialien und Entstehungsgeschichte“ als „historische“. Korrekt heißt diese Auslegung, von der das Gericht spricht, die *genetische.* Die *historische* ist dagegen die rechtsgeschichtliche (gesetzgebungsgeschichtliche) anhand der Texte von Normvorläufern, Normvorbildern als Antwort auf die Frage: Wie war das denn früher geregelt?

Die historische Auslegung arbeitet also mit *Normtexten,* und zwar *mit anderen Normtexten* als den im vorliegenden Fall zu bearbeitenden, nämlich mit früheren, nicht mehr geltenden Wortlauten. Von der *systematischen* Auslegung, bei der ebenfalls andere Vorschriften vergleichend herangezogen werden, unterscheidet sich die *historische* dadurch, daß außer Kraft gesetzte Normtexte sowie mit ihrer Hilfe entwickelte Rechtsnormen mit gleichem, ähnlichem oder zumindest funktionell vergleichbarem Normprogramm, und zwar aus älteren Zeitabschnitten, in die Überlegung eingeführt werden.

Die genetische Auslegung arbeitet mit *Nicht-Normtexten* (Diskussionen, Überlegungen, Entwürfe, Parlamentsreden, Ausschußberichte, amtliche Begründun-

Verbindlichkeit von Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWGV, 1989; *Barcelò,* Precedent in European Community Law, in: *MacCormik / Summers* (Hrsg.), Interpreting Precedents: A Comparative Study, 1997, S. 407 ff.; *Ehricke,* Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 364, 1997; *Arnell,* Interpretation and Precedent in English and Community Law: Evidence of Crossfertilization?, in: *Andenas,* (Hrsg.), English Public Law of Europe, 1998, S. 93 ff.

[61] BVerfGE 11, 130 und st. Rspr.

gen) aus der rechtspolitischen Debatte, vor allem aber aus den Verhandlungen der legislativen Gremien; und zwar betreffen diese Texte die Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien *derselben Normtexte,* nämlich der im Fall zu bearbeitenden.

Als *Beispiel* soll das materielle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten dienen. Bei *genetischer Auslegung* wird die Frage gestellt: Was wurde zum fraglichen Problem im Parlamentarischen Rat (und in den Verhandlungen von Herrenchiemsee) gesagt? Die *historische Auslegung* argumentiert mit der Kompetenzverteilung zwischen Reichspräsident und Kanzler nach der Weimarer Reichsverfassung.

Das Risiko des Zirkelschlusses Die historische Auslegung kann, wenn sie oberflächlich und global durchgeführt wird, in einen Zirkelschluss führen. Gerade die Diskussion um das materielle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten macht dies deutlich. Die Gegner einer materiellen Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten weisen mit besonderem Nachdruck auf die gegenüber dem Reichspräsidenten der Weimarer Reichsverfassung geschwächte Stellung des Bundespräsidenten hin, den das Grundgesetz in die Rolle des repräsentativen Staatsoberhaupts zurückgedrängt habe. Damit wird aus der geschwächten Stellung des Staatsoberhauptes eine restriktive Auslegung auch der ihm verbleibenden Befugnis gefordert. Gegen diese Einschränkung wird zu Recht geltend gemacht, daß die auf induktivem Wege gefundene Bewertung beim Vergleich der Befugnisse des Reichspräsidenten und des Bundespräsidenten nicht wieder zur Einschränkung einer dem Bundespräsidenten verbliebenen Befugnis verwendet werden dürfe. Das würde einen Zirkelschluß bedeuten, da gerade zu prüfen ist, ob die Verringerung der Befugnisse des Präsidenten auch die Ablehnung etwa einer materiellen Prüfungsbefugnis enthalte.

Die historische Auslegung muss also im Detail durchgeführt werden und ihre eigene Erzählweise reflektieren. Denn auch hier wird eine Entwicklung nicht einfach abgebildet, sondern vom Auslegenden erst hergestellt. Er bringt zwei weit voneinander entfernte Texte in Verbindung und muss dafür Plausibilität liefern.

c) Kontinuität und Diskontinuität als historische Erzählweise Die Verknüpfung eines geltenden und eines früheren Normtextes wird meistens über die Erzählung von Kontinuität oder Diskonituität hergestellt. In der Kontinuitätserzählung hat der Gesetzgeber den alten Normtext unverändert übernommen und damit vielleicht auch früher vertretene Inhalte. In der Diskontinuitätserzählung hat er den Text nicht übernommen oder zumindest geändert und damit jedenfalls teilweise alte Lesarten unvertretbar gemacht.

Gemeinsam ist diesen Erzählweisen die Ausbeutung des Entwicklungsgedankens. Diese aus der deutschen und anderen nationalen Rechtsordnungen bekannten Muster findet man sogar im Gemeinschaftsrecht. Die historische Konkretisierung von Vorläufernormen spielt im jungen Gemeinschaftsrecht naturgemäß eine geringe Rolle. Allerdings werden ihre Möglichkeiten mit der Zeit zunehmen. Dort,

wo sich die Möglichkeit historischer Konkretisierung bietet, wendet der EuGH Argumentationsmuster an, die aus der nationalen Methodenkultur bekannt sind. Im Sekundärrecht wird die historische Konkretisierung möglich, wenn Vorgängerverordnungen oder Richtlinien existieren.[62] Die anzuwendende Verordnung oder Richtlinie erweitert oftmals frühere Regelungen. Häufig wird die Vorgängerregelung im Bereich von Richtlinien durch die nachfolgende aber auch verändert und ergänzt. Diese vor allem im Sekundärrecht zu beobachtende Entwicklung ist eine Quelle von zusätzlichen Argumenten. Dabei interpretiert der EuGH eine neue Bestimmung so, dass die Kontinuität der Rechtsstruktur gewahrt wird. Das heißt, wenn die anderen Konkretisierungselemente mehrere Möglichkeiten eröffnen, ist der Lesart der Vorzug einzuräumen, welche den Zusammenhang am besten gewährleistet.[63] Wenn aber der Normtext vom Gesetzgeber verändert wird, dann ist die Kontinuitätsregel suspendiert und es ist im Gegenteil davon auszugehen, dass diese Veränderung zu einer neuen Lesart führen muss.[64] So führt der EuGH zur Frage des Entzugs einer Trennungszulage für EG-Beamte folgende Argumentation ins Feld: „Schon die Tatsache, dass vorliegend das Wort ‚Umkreis' durch das Wort ‚Entfernung' ersetzt worden ist, lässt einwandfrei erkennen, dass die Verfasser des Textes von dem Begriff der ‚Luftlinie' (der in dem Wort ‚Umkreis' klar zum Ausdruck kam) abgehen und dem gegenüber den Begriff der (Straßen- oder Schienen-)Strecke einführen wollten."[65]

Natürlich kann nach dem Ende der historizistischen Geschichtsphilosophie auch der Entwicklungsgedanke der juristischen Argumentation keine objektive Grundlage verschaffen, sondern eben nur weitere Argumente. Aber mehr ist nicht zu verlangen.

4. Entstehungsgeschichte: Will der Autor etwas sagen?

Die subjektive Auslegungslehre verwendet die genetische Konkretisierung, um den Willen des Autors zu bestimmen: „Vermittels dieser Methode erforscht der Auslegende den wahren Willen des historischen Vertrags- oder Gesetzgebers, bemüht sich also um eine möglichst genaue Kenntnis dessen, was die Schöpfer mit dem Erlass der Norm erreichen wollten."[66] Die Bedeutung des Textes wird dann mit dem Willen des Gesetzgebers gleichgesetzt:[67] Normen gelten hier als Willensausdruck eines gebietenden Subjekts. Entscheidend soll die Feststellung sein, welchen besonderen Sinn eine historisch bestimmte Personengruppe mit den gewählten Worten verbunden hat. Die Vorstellungen, Absichten und Wertorien-

[62] Vgl. *Lutter,* Die Auslegung angeglichenen Rechts, in: JZ 1992, S. 593 ff., 599 ; *Anweiler,* Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 255.

[63] EuGH, Slg. 1969, S. 43 ff., 51 (Klomp)

[64] Vgl. *Potacs,* Auslegung im öffentlichen Recht, 1994, S. 138 f.

[65] EuGH, Slg. 1961, S. 239 ff., 261 f. (Simon)

[66] *Anweiler,* Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 247.

[67] Vgl. zur Kritik an der Ermittlung eines psychologischen Willens des Gesetzgebers und entsprechender Beweiserhebung: *Gropp*, Die Rechtsfortbildung contra legem – Ein Beitrag zur rechtstheoretischen Erforschung der Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht, 1974, S. 75; *Clauss,* Zum Begriff der Unklarheit, in: JZ 1960, S. 306 ff., 308, Fn. 29.

tierungen dieser Personen sind möglichst genau zu ermitteln[68]: „Zu betonen ist, daß nach der hier vertretenen Meinung bei der Auslegung von Rechtsvorschriften auf den historischen Willen abzustellen ist. Demnach muß ein Rechtsetzer jenen Sinngehalt gegen sich gelten lassen, der seiner Äußerung nach Maßgabe von Kommunikationsregeln zu ihrem Entstehungszeitpunkt beizumessen ist. Die Festlegung auf die Ermittlung des historischen Willens wird schon durch das Verständnis von Rechtsnormen als durch Kommunikationsregeln zum Ausdruck gebrachte Willenserklärungen nahegelegt. Denn nur die zum Entstehungszeitpunkt maßgeblichen Umstände können einem Rechtsetzer bei der Erklärung seines Willens als von ihm berücksichtigt zugesonnen werden. In Systemen grundsätzlich abänderbarer Normen - wie dem Gemeinschaftsrecht und der österreichischen Rechtsordnung - spricht außerdem für ein Abstellen auf den „historischen Willen“, daß die Aufhebung und Änderung von Rechtsvorschriften grundsätzlich den dafür zuständigen Rechtsetzungsorganen vorbehalten ist. Sofern diese Organe keine Änderung der Rechtslage vornehmen, ist darin ein Einverständnis mit dem Willen und den Wertungen des historischen Gesetzgebers zu sehen.“[69]

a) Kritik der subjektiven Auslegunglehre Aber kann man wirklich die Bedeutung eines Textes mit dem Willen seines Autors gleichsetzen?

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[70]. 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[71]. Das heißt, dass die Absicht nicht vom Sprachsystem unabhängig ist, sondern sich in dieses einschreibt[72]. 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[73]. Die Bedeutung eines Textes kommt nicht, wie die subjektive Auslegungslehre

[68] Vgl. dazu *Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, 1982, S. 172 f., m. w. N.

[69] *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 26 f., m. w. N.

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

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

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

[73] Vgl. dazu auch *Frank*, Das individuelle Allgemeine, 1985, S. 251 ff., wo am Beispiel der Position *Hirschs* gezeigt wird, dass der Rekurs auf „authorial meaning“ keineswegs auf die

es voraussetzt, so zustande, dass der Textproduzent irgendwelche bedeutungsverleihenden Akte ausführt, sondern die Intentionalität des Textproduzenten muß an ein bestimmtes System sprachlicher Bedeutungen[74] 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 wahrt[75]. 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[76]. 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[77]. Das Wollen ist kein privater Akt reiner Innerlichkeit, sondern wird Subjekten im Kommunikationsprozeß aufgrund bestimmter Kriterien zugeschrieben, die ihrerseits ein Sprachspiel eigener Art darstellen[78]. 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.

b) Möglichkeiten genetischer Auslegung Bleibt genetische Auslegung sinnvoll, wenn man sich von der Metapher des allmächtigen Autors verabschiedet? Muss also der informierte Leser des Gesetzes die Materialien kennen?

Häufig wird die Möglichkeit der genetischen Konkretisierung 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[79]. Der beherrschenden Stellung des Gesetzgebers wird dabei eine Heterogonie der Zwecke[80] entgegengehalten: „Der Zusammenhang einer Zweckreihe besteht demnach nicht darin, dass der zuletzt erreichte Zweck schon in den ursprünglichen Motiven (...) als Vorstellung enthalten sein muß, (...),

Individualität des Autors zurückführt.

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

[75] Vgl. dazu auch *Frank*, Was ist Neostrukturalismus?, 1983, S. 25 ff.

[76] Vgl. als knappe Darstellung der bei *Derrida*, Die Stimme und das Phänomen, 1979, entwickelten Kritik: *Frank*, 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.

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

[78] Vgl. dazu *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 22 mit Verweis auf *Wittgenstein*.

[79] Vgl. etwa *Binding,* 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.

[80] Vgl. dazu *Mennicken*, Das Ziel der Gesetzesauslegung – Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungslehre, 1970, S. 26.

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"[81] begründen und damit den selbständigen Organismus[82] 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[83]„. Weil jeder Gedanke selbständig und gegen die Absicht seiner Schöpfer fortwirken kann, ist das Recht als geistige Wirklichkeit etwas 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 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 Gemeinschaft-

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

[82] Vgl. grundsätzlich zum Organismusbegriff. *Kaufmann*, Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts, 1908; *Zippelius*, Das Wesen des Rechts, 1978, S. 167 f. Kritisch zur Organismusmetapher: *F. Müller*, 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 / Nickel*, 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 *Kirchhof,* 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".

[83] *Kohler,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1906, S. 123.

srechte und den ursprünglichen Vorstellungen der Vertragsstaaten."[84] 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. 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.

Ein faktisches Problem für die genetische Auslegung liegt darin, dass der Gesetzgeber nicht einfach eine einzelne Person ist, sondern in Gremien diversifiziert ist.

Dieses faktische Problem macht zwar die Aussicht darauf, einen gesetzgeberischen Willen zu ermitteln, eher unwahrscheinlich. Es vermehrt aber die Grundlagen für Argumente: „Da der Gesetzgeber ein Gremium ist (...), kann es nicht auf die Vorstellung einzelner Abgeordneter ankommen. Aber vielfach gibt es Materialien darüber, wie diejenigen, die den Gesetzestext verfaßt haben (...) oder wie die Meinungsführer im Parlament das Gesetz verstanden haben."[85] Wegen der Beteiligung einer Mehrzahl von Organen wird der Umfang der Materialien etwa im Gemeinschaftsrecht noch größer. Damit nimmt auch die Möglichkeit zu, aus diesen Texten Argumente zu gewinnen.

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"[86]. 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[87]. Auch diese Gefahr ist durch die erhöhte Komplexität des Gesetzgebungsvorgangs im Gemeinschaftsrecht noch erhöht. Die in der Verwendung der Materialien als Begründungsinstanz potenziell liegende

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

[85] Vgl. dazu *ders.*, S. 35 f.

[86] *Gmelin,* Quousque?, 1910, S. 70.

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

Beliebigkeit wird deutlich, wenn man berücksichtigt, dass der gemeinschaftsrechtliche Gesetzgeber ein pluriformes und heterogenes Gebilde ist[88], 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.

c) Genetische Auslegung jenseits der Willensmetapher 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[89]. 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 durch ein Mehrheits- oder Agentenmodell[90] 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[91]. 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[92]. Zwar kann man die als gemeinsam behauptete Absicht auf grundlegende Gesichtspunkte und Zwecke einschränken[93]. 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[94]. 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

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

[89] Vgl. dazu *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 83 ff.

[90] Vgl. dazu *MacCallum,* Legislative Intent, in: *Summers* (ed.), Essays in Legal Philosophy, 1968, S. 237 ff., 262 ff. (majority model), 266 ff. (agency model).

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

[92] Vgl. dazu *MacCallum*, Legislative Intent, in: Summers (ed.), Essays in Legal Philosophy, 1968, S. 237 ff., 254 f.

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

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

einer Gesamtheit zugerechnet wird[95]. 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."[96]

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 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[97]. 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 konflikthaft. 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."[98]

Die Realität des Verfahrens kommt erst dann in den Blick, wenn man sich von dem stillschweigend vorausgesetzten Modell der Gesetzgebung als einem Fall *kooperativen* Handelns[99] 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. Paktentheorie[100] der Lösung dieser Aufgabe

[95] Vgl. dazu *MacCallum*, ebd., S. 251.

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

[97] Eine allerdings sehr allgemeine Beschreibung des Gesetzgebungsverfahrens gibt *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 84.

[98] *Anweiler,* Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 248 f.

[99] Vgl. dazu *Habermas*, 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 nahe legt. 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.

[100] Vgl. zur Paktentheorie: *Baden*, Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien,

vorgearbeitet. Wenn man diese Theorie von den impliziten Willens- und Vertragskonstruktionen[101] ablöst, bringt sie anstelle der anthropomorph aufgefaßten Absichten[102] und des personifizierten Gesetzgebers den Vorgang der Gesetzgebung als arbeitsteiligen Prozeß[103] 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 Einzelaussage. An diese Vorarbeiten der Paktentheorie kann die semantische Analyse des Gesetzgebungsverfahrens als eines kompetitiven Handlungsspiels vertiefend anknüpfen.

Entgegen der objektiven Lehre in ihrer strengen Form ist damit die Möglichkeit genetischer Auslegung dargetan[104]. Ihr Stellenwert und ihre Einordnung in den Gesamtvorgang der Konkretisierung hängen allerdings von den methodenbezogenen Normen im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips ab.

5. Zweck und Notwendigkeit seiner Begründung

Die Verwendung des teleologischen Arguments wird auf der Textoberfläche eines Urteils kenntlich, wenn dort nach „Sinn und Zweck", „Ziel" oder dem „Geist" des Gesetzes gefragt wird.[105] Auch die Wendung „Zweck" erscheint häufig auf der Textoberfläche eines teleologischen Arguments. Eine weitere Wendung, die teleologische Argumentation anzeigt, ist „sollen" oder das Wort „dient".

Die teleologische Auslegung zählt zu den zusammengesetzten Schlussformen, weil der Zweck zunächst begründet werden muss, bevor mit ihm gearbeitet werden kann.

a) Überschätzung des Zwecks Die traditionelle Methodenliteratur sieht im Recht ein Instrument zur Verwirklichung staatlicher Zwecke. Im deutschen Rechtskreis wurde das vor allem von der sogenannten Wertungsjurisprudenz ausbuchstabiert. Allerdings ist die instrumentelle Sicht des Rechts unterkomplex.

---

in: *Rödig* (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 369 ff., insbes. 378; näher zu den Regeln der genetischen Auslegung auch *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 37 ff.; vgl. zur Paktentheorie noch die Nachweise bei *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 1977, S. 249, Fn. 106.

[101] Vgl. dazu *Baden*, Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: *Rödig,* (Hrsg.), Studien zu eines Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 369 ff.

[102] Vgl. zu den Warnungen vor anthropomorphen und vereinfachenden Fiktionen: *Krüger*, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 14. Ähnlich *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 15 und *Perelman*, Logik und Argumentation, 1979, S. 79.

[103] Vgl. dazu *Baden,* Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß, 1977, S. 60, auch allgemein S. 57 ff.

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

[105] Vgl. *Bleckmann,* Rechtsquellen, in: *Dauses,* (Hrsg.): Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Band I, 1997, Rn. 15, Fn. 23, 25, 26.

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.

Teleologische Auslegung hat also besondere Risiken. Denn häufig „(kann) das vermeintliche Abzielen auf den abstrakt gültigen Regelungszweck (...) nicht verdecken, dass hier tatsächlich massive Vorurteile, Wert- und Normvorstellungen rechtspolitischer, allgemeinpolitischer, moralischer und religiöser Art unreflektiert zur Wirkung kommen."[106]

Das Risiko dieser Vorgehensweise wird noch erhöht, wenn man der teleologischen Auslegung Vorrang einräumt[107] und sie sogar zur Grenze vertretbarer Rechtsansichten macht: „Um eine sichere Abgrenzung zwischen Rechtsanwendung und Rechtssetzung zu gewährleisten und dem Gewaltenteilungsprinzip Beachtung zu verschaffen, darf im Wege der Auslegung die objektiv erkennbare Zielsetzung des Gesetzes nicht verfehlt werden. Diese bildet eine Grenze für die Rechtsanwendung in allen ihren Erscheinungsformen."[108] Auch wenn man den Zweck nicht einfach behauptet oder aus einer Paraphrasierung des Normtextes gewinnt, sondern ihn mit Hilfe der Canones ableitet, liegt hier das Willkürrisiko darin, dass dieser Zweck an die Stelle der Wortlautgrenze tritt. Aus der instrumentellen Sicht wird so eine Instrumentalisierung des Rechts für die jeweiligen politischen Zwecke des Zeitgeistes.

b) Die Begründung des Zwecks 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 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 *normgelöste* subjektive 'Wertung' oder 'Abwägung'. Die Frage nach dem 'Sinn und Zweck' der zu konkretisierenden Norm bildet jedoch eine unterscheidbare und damit selbstständige Fragestellung

[106] *Busse*, Was ist die Bedeutung von Gesetzestexten, in: *F. Müller* (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, 1989, S. 93 ff., 99.
[107] *Frisch,* Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, 2000, S. 10, *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 343 ff., *BydIinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, S. 556 f.
[108] *Frisch,* Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, 2000, S. 11.

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."[109]

Die Herleitung des Zwecks entscheidet über die Einordnung des teleologischen Arguments. Wird er aus Wortlaut oder Systematik abgeleitet, spricht man von der objektiv teleologischen Auslegung. Wird der Zweck aus den Materialien bezogen, heißt die Methode subjektiv teleologische Interpretation.

c) Chancen und Risiken teleologischer 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 und überhaupt erst einmal über eine authentische Fassung von Normtexten entscheiden muss. Teleologische Auslegung ist aber auch dort besonders gefordert, wo die etablierte Rechtsordnung durch vollkommen neuartige Entwicklungen in der Welt herausgefordert wird.

Aus der Grundstruktur der teleologischen Auslegung ergibt sich auch das besondere Problem mit ihr. Auch sie führt keineswegs zur Sicherheit, sondern erbringt eine konfligierende Vielfalt von Ergebnissen. Dies gilt auch für die objektive Teleologie dort, wo der Normtext explizit eine Zweckbestimmung zum Ausdruck bringt. Zum einen ist die teleologische Auslegung der Unsicherheit ausgesetzt. Sie erfährt zum einen in ihrer Ausgangssituation die Welt unabweisbar als kontingent. Und sie kann nie den festgefügten Bahnen der Kausalität folgen. Das ergibt sich schon daraus, „dass historische Prozess und damit alles menschliche Handeln nicht objektiv bestimmt sind, sondern ins Reich der Möglichkeiten fallen, d.h. immer auch anders ausfallen können als im konkreten Fall."[110] Mit jeder Möglichkeit tut sich eine Alternative auf, an der sie sich überhaupt als eine solche definiert. Damit ist die teleologische Auslegung zugleich einer prinzipiellen Unbestimmtheit in Bezug auf das mit ihr verfolgte Ziel ausgesetzt. Sie kann sich angesichts der vielen divergierenden Zielsetzungen, die sich in einer pluralistischen und zudem hochdifferenzierten Gesellschaft mit der einen Norm verfolgen lassen, nicht ihrer Wirkungen sicher sein. Sie kann also selbst wieder nur eine Möglichkeit setzen. Und die definiert sich logisch bekanntlich nur negativ dadurch, dass sie nicht notwendig ausgeschlossen ist. Die Kunst der teleologischen Auslegung ist es, methodisch nachvollziehbar mit ihrer eige-

[109] *F. Müller*, Juristische Methodik, 7. Aufl., 1997, Rn. 364.
[110] *Mastornardi*, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen, in: Gesetzgebung heute 1998/2/3, S. 69 ff., 69.

nen doppelten Kontingenz fertig zu werden und sie nicht durch das päpstliche Werturteil zu überspielen.

6. Abschliessende Regelung oder Analogie

Wenn ein Regelungsziel im Gesetz nicht nachgewiesen werden kann, ist es eben nicht zu erreichen, weil das Gesetz eine abschließende Regelung darstellt. Diese Lesart des Gesetzes bedarf keiner besonderen Begründung. Erst die zweitbeste Lesart, nämlich die Annahme einer Lücke, bedarf einer Begründung. Dabei ist der herkömmliche Begriff der Lücke äußerst unklar. Um diesen Begriff rechtsstaatlich präzise handhaben zu können, sind zwei Voraussetzungen zu unterscheiden: Erstens muss man, um eine Lücke im Gesetz annehmen zu können, ein Regelungsziel angeben. Zweitens muss man feststellen, dass das Gesetz diesem Regelungsziel nicht genügt.

a) Begründung der Lücke Das vorausgesetzte Regelungsziel bedarf einer Begründung. Ohne eine solche Begründung ist davon auszugehen, dass das Gesetz eine abschließende Regelung darstellt und das fragliche Ziel eben gerade nicht enthält. Im Strafrecht ist dies durch Art. 103 Abs. 2 GG vorgegeben. Eine darüber hinausgehende Argumentation ist dort nicht mehr möglich. Das StGB ist abschließend. In anderen Rechtsgebieten besteht dieses Verbot nicht. So dass die regelmäßig anzunehmende Lesart, das Gesetz sei eine abschließende Regelung, mit entsprechenden Argumenten widerlegt werden kann.

Als Argument gegen die vorrangige Lesart abschließender Regelung genügt nicht jede Begründung. Die rechtspolitischen Wunschvorstellungen eines Richters, Gutachters oder Rechtsunterworfenen können dem vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber geschaffenen Text nicht entgegengehalten werden: Denn die Annahme einer Lücke ist „keine Aussage über einen Gegenstand und seine Defektheit, sondern ein Werturteil über die Regelungsbedürftigkeit und -möglichkeit (...)“[111]. Rechtspolitik genügt als Begründung nicht.

Ein Zuviel an Begründung liegt demgegenüber vor, wenn das Fehlen einer Regelung im Wege einer Gesamtanalogie begründet wird unter Bezug auf die Rechtsordnung als Ganzes, die Rechtsidee oder die Gerechtigkeit. Die Rechtsordnung als Ganzes oder die Gerechtigkeit sind als holistische Größen gerade nicht handhabbar. Auch wenn entschlossene Juristen immer wieder abgesunkene Philosopheme wie den Neuhegelianismus, Neukantianismus oder bestimmte Lesarten der Diskurstheorie bemühen, vermag das nichts an dem Umstand zu ändern, dass Rechtsidee oder Gerechtigkeit als formulierbare Größen nicht zentral oder als zentrale Größen nicht formulierbar sind. Damit schlägt die Scheinobjektivität eines Bezugs auf das Ganze in subjektive Willkür um. Zwei Strategien zur Begründung einer Lücke sind allerdings legitim: Einmal die Ableitung der Lücke aus der Entstehungsgeschichte. Dabei wird über genetisches und evtl. his-

[111] Vgl. *Esser,* Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtswissenschaft, 1972, S. 177 ff., 179; *Coing,* Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1993, S. 281 ff.

torisches Element ein bestimmter Plan des Gesetzgebers nachgewiesen, welcher im Text nur unvollständig realisiert ist. Dann liegt eine so genannte planwidrige Lücke vor. Daneben gibt es noch die so genannte Wertungslücke. Dabei wird eine höherrangige Norm oder ein höherrangiger Normenkomplex zur Begründung der Lücke herangezogen. Beide Strategien haben allerdings auch Probleme. Die planwidrige Lücke setzt zum einen den Plan voraus. Diesen kann man mit Hilfe der Regierungsbegründung oder der Debatte in Ausschüssen oder Plenum des Parlaments begründen. Die entscheidende Engstelle ist aber der Nachweis, dass dieser Plan aus einem Fehler des Gesetzgebers heraus nur unvollständig realisiert wurde. Dieser Nachweis bedarf des Einsatzes aller Konkretisierungselemente und dürfte nur extrem selten zu führen sein.

Die Wertungslücke setzt demgegenüber die Konkretisierung einer höherrangigen Rechtsquelle voraus und zusätzlich den Nachweis, dass auf der darunter liegenden Ebene das gerade gewonnene Normprogramm der höherrangigen Rechtsquelle nur unvollständig realisiert ist. Aber selbst wenn diese Argumentationssequenz gelingt, stellen sich noch weitere normative Probleme. Diese ergeben sich aus dem Grundsatz der funktionellen Gewaltenteilung. Denn der Richter ist nicht befugt, an Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers die Verfassung zu Normtexten zu konkretisieren. Daher erscheint im Hinblick auf Gewaltenteilung und Gesetzesvorbehalt in diesem Bereich nur eine Analogie zu Gunsten des Bürgers denkbar. Nicht aber eine Analogie zu Lasten des Bürgers.

b) Die Reichweite der Lücke Wenn die Begründung des Regelungsziels gelungen ist, muss festgestellt werden, inwieweit dieses Regelungsziel im Gesetz realisiert ist. Hier liegen die größten Schwierigkeiten in der von der herkömmlichen Jurisprudenz gepflegten Sprachtheorie und Rechtsnormtheorie. Wenn man mit dem klassischen Gesetzespositivismus das Gesetz als anwendbaren Befehl versteht, hat man immer, wenn dies nicht möglich ist, eine Lücke. Die Rechtsordnung bestünde dann fast nur noch aus Lücken. Denn das Gesetz ist praktisch nie ein anwendbarer Befehl. Der Bereich der Lücken bleibt fast genauso groß, wenn man mit der herkömmlichen Auslegungslehre das Gesetz als dem Fall vorgeordnete normative Substanz versteht. Eine solche normative Substanz stellt sich bei genauer Betrachtung immer als Projektion heraus, so dass man Lücken nur vermeiden kann, wenn man genaue Betrachtungen des Gesetzes vermeidet. Erst wenn man den Normtext als Eingangsdatum für die legeartis herzustellende Rechtsnorm begreift, lässt sich der aktive Anteil des Richters an der Entscheidung innerhalb der Gesetzbindung begreifen. Damit kann die Überforderung des Gesetzes und die grenzenlose Expansion des Lückenbegriffs überwunden werden.

Man stößt dann allerdings auf ein zweites Erkenntnishindernis[112] in der juristischen Sprachtheorie. Juristen machen in ihrem Zugriff auf die Sprachwissenschaft aus dem linguistischen Begriff der Regel eine gesetzespositivistische Norm, welche

[112] Vgl. zu diesem Begriff *Bachelard,* Le matérialisme rationell, Paris 1972, S. 4 ff.

eindeutig zu entscheiden erlaubt, ob ein Sprachgebrauch legitim ist oder nicht.[113] Wenn die Regel dies nicht erlaubt, im Bereich von Vagheit, Mehrdeutigkeit usw., muss dann mit Prinzipien gearbeitet werden. Wenn die Sprachregel so aufzufassen wäre, gäbe es bei der sprachlichen Konstitution der Rechtsnorm wiederum nur Lücken. Tatsächlich sind aber Sprachregeln eher so beschaffen, wie die von den Juristen erfundenen Prinzipien. Das heißt, sie sind nur vorläufige Zwischenschritte bei der Interpretation und bedürfen einer genauen Abgrenzung und Abstufung im Verhältnis zu anderen Sprachregeln. Erst wenn man neben der herkömmlichen Rechtsnormtheorie auch noch die beschränkte juristische Sicht der Sprache aufgibt, kann man die Leistung des Gesetzes realistisch einschätzen und die Restgröße der Lücke präzise bestimmen.

c) Beispiele für den Analogieschluss Das häufigste Risiko des Analogieschlusses ist eine Gesamtanalogie, welche mit holistischen Grössen Argumentiert.

Ein aktuelles Beispiel für diese Problematik ist die Auseinandersetzung zwischen dem OVG Münster und dem Bundesverfassungsgericht über die Möglichkeit des Verbots von neonazistischen Demonstrationen nach 15 VersG im Hinblick auf das Merkmal der öffentlichen Ordnung. Das OVG Münster geht davon aus, dass das Grundgesetz eine antinationalsozialistische Grundordnung sei, die entsprechende Meinungsinhalte von vornherein ausschließe und sieht deswegen eine Grundlage für entsprechende Verbote. Demgegenüber nimmt das Bundesverfassungsgericht an, dass die Justiz sich auch gegenüber neonazistischen Versammlungen meinungsneutral verhalten müsse. In der versammlungsrechtlichen Literatur[114] wird das Vorgehen des OVG Münster als Rechtsfortbildung gesehen. Das Versammlungsgesetz weise eine Lücke auf, wenn es nicht erlaube, neonazistische Versammlungen wegen ihres Meinungsinhalts zu verbieten. Diese Lücke soll durch eine Erweiterung des Begriffs der öffentlichen Ordnung geschlossen werden. Danach soll der Begriff der öffentlichen Ordnung in 15 VersG nicht einfach auf moralische Vorstellungen in der Bevölkerung verweisen, sondern diese moralischen Vorstellungen seien eben auch geprägt von den elementaren Schutzgütern der Verfassung: „Vielmehr kennzeichnet die öffentliche Ordnung den Grundkonsens, der sich in der Rechtsordnung als Summe des positiven Rechts niedergeschlagen hat, ohne dass diese deshalb im Einzelfall einschlägige, handhabbare Tatbestände zur Verfügung stellen könnte. Die gegenüber der Integrität dieser Rechtsordnung subsidiäre Funktion der öffentlichen Ordnung fängt damit Lücken auf, die allgemeinen oder bereits spezifischen besonderen Implikationen der Rechtssetzung geschuldet sind. Dem juristischen Analogieschluss ähnlich erlaubt sie den Ordnungsbehörden unter Wahrung des Gesetzesvorbehalts, die freiheitsschützenden und freiheitsbegrenzenden Linien der Rechtsordnung auszuziehen.“[115] Damit können neonazistische Versammlungen, wenn sie gegen den „Grundkonsens“ der

[113] Vgl. dazu *Alexy,* Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: *Alexy / Koch / Kuhlen ./ Rüßmann,* (Hrsg.) Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 9 ff., 16 f.; *ders.*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: ebd., S. 217 ff.

[114] Vgl. dazu *Battis / Grigoleit*, Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, S. 121 ff.

[115] Vgl. dazu ebd., S. 128.

Verfassung verstoßen, nach 15 VersG verboten werden. Inhalte der Verfassung werden damit zentriert zu einem Grundkonsens, welcher dann Orientierung für eine Rechtsfortbildung durch die Gerichte liefern soll.: „Auf ihn soll sich die öffentliche Ordnung als Verweisungsbegriff beziehen. Aber was ist der normative Inhalt des Grundkonsenses und wie lässt sich dessen Inhalt methodisch bestimmen? Einzelne Normen wie Art. 26, Art. 139 GG und Eingriffstatbestände kann man in Gesetzestexten ausfindig machen. Welche Erkenntnismittel stehen aber zur Bestimmung des Grundkonsenses zur Verfügung? Welcher Grundkonsens der positiven Rechtsordnung mit Blick auf Nazismus und Neonazismus zu Grunde liegt, das wird man sich nur aus der positiven Rechtsordnung selbst und ihrer Einzeltatbestände erschließen können. Ein anderes Erkenntnismittel ist nicht ersichtlich, denn außer den Einzeltatbeständen hat sich nichts 'niedergeschlagen' oder 'manifestiert'. An den einzelnen Tatbeständen der positiven Rechtsordnung kann man erkennen, wie weit der antinazistische Grundkonsens wirklich gereicht hat. Die Debatte im Bundestag über die Strafbarkeit der so genannten Auschwitz-Lüge ist ein Lehrstück über den wahren Grundkonsens – mehr war nicht möglich. Deshalb ist es methodisch unzulässig, den 'Grundkonsens' bzw. die 'Summe der Rechtsordnung' gegen die Einzeltatbestände der positiven Rechtsordnung auszuspielen."[116]

Ein weiteres Beispiel für eine unzulässige Gesamtanalogie ist der Versuch für gewisse Extremfälle die Möglichkeit polizeilicher Folter zu legitimieren. Dann müsste aber in Bezug auf die Folter eine Regelungslücke im Polizeigesetz bestehen: „Zweifellos liegt keine Formulierungslücke vor. Darunter ist das Fehlen einer gesetzlichen Regelung zu verstehen an einem Ort und in Bezug auf eine Frage, wo nach dem gesetzlichen Plan eine Regelung zu erwarten ist. Eine Formulierungslücke schließt § 35 BwPolG sicher aus: Zwang bei Vernehmungen ist ausnahmslos verboten. Doch eine Wertungslücke vorliegen. Das Gesetz regelt ein bestimmtes Problem, tut dies aber auf eine Art und Weise, die unvernünftig und ungerecht ist.[117]

Hier eine Wertungslücke anzunehmen ist vollkommen unhaltbar. Eine solche Lücke entsteht nicht durch Berufung auf Vernunft oder Gerechtigkeit. Denn diese taugen nicht als Deduktionsgrundlage für Einzelentscheidungen. Vernunft und Gerechtigkeit sind wichtige Ziele für die Arbeit der Gerichte und die Rechtskultur als Ganze. Aber der einzelne Jurist kann sie weder handhaben noch definieren. Deswegen ist eine Wertungslücke nur anzunehmen wenn eine höherstufige Norm an der entsprechenden Stelle eine Regelung fordert und diese fehlt. Allerdings verbieten alle höherstufigen Rechtsquellen, sowohl die Verfassung, als auch das Europarecht, als auch das Völkerrecht das Foltern eindeutig. Das Fehlen einer einfachgesetzlichen Regelung über das Foltern im Polizeigesetz ist damit gerade keine Lücke, sondern eine abschließende Regelung. Dies bestätigt auch der Verweis in § 10 Abs. 4 PolG auf § 136a StPO.

[116] Vgl. dazu *Rühl,* „Öffentliche Ordnung" als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 531 ff., 537.

[117] *Brugger,* Würde gegen Würde, in: VBlBW 1995, S. 446 ff., 448 f.

Ein gelungener Analogieschluss könnte das Problem sein, ob bei geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen eine Beweisverwertung nur durch das Gericht in Betracht kommt, ohne dass den übrigen Verfahrensbeteiligten Kenntnis und Einsicht gewährt wird.[118] Alternative wäre eine Entscheidung nach Beweislastgrundsätzen. Dies führt allerdings dann zum Nachteil, wenn sich die nicht beweisbelastete Partei auf den Geheimnisschutz beruft. In diesem Fall wäre die Klage nach allgemeinen Grundsätzen daher abzuweisen. Nach der angesprochenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 99 VWGO alter Fassung gibt es hier allerdings eine Alternative: „Ein Inkameraverfahren ist danach zulässig, wenn hierdurch die Rechtsschutzposition der beweisbelasteten Partei allenfalls verbessert werden kann. Dieser Grundgedanke ist nicht auf Aufkunftsklagen gegen den öffentlich-rechtlichen Dienstherrn beschränkt. Er gilt grundsätzlich auch für Klageverfahren in der Hauptsache. Jedenfalls in diesen Fällen ist damit das Inkameraverfahren auch im Hauptsacheverfahren die verfassungsrechtlich vorzugswürdige und gebotene Lösung. Es wahrt den Geheimnisschutz für die beweisbelastete Partei. Gleichzeitig ermöglicht es die vollständige Kontrolle der tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung durch das Gericht und ist daher gemessen am Gebot effektiven Rechtsschutzes immer noch die bessere Lösung. Es bleibt allein die Beschränkung des rechtlichen Gehörs des Beteiligten, der die geheimzuhaltenden Unterlagen nicht kennt und nicht kennen darf. Diese Beschränkung ist sachlich gerechtfertigt und damit hinzunehmen, da dies seine Rechtsschutzposition gegenüber der Alternative der Beweislastentscheidung allenfalls verbessert, jedenfalls nicht verschlechtert.“[119]

7. Weitere Schlussfiguren

Die Kombination von Kontexten zu neuen Schlussfiguren ist für Erfindungen der Praxis prinzipiell offen. Drei häufige Formen sollen noch kurz angesprochen werden.

a) Größenschluß und quantitative Verschiedenheit 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.

Als Beispiel wäre an eine Norm zu denken, die im Bereich der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder nach Artikel 84 GG die Erteilung einer Genehmigung durch die Landesbehörde von der Zustimmung eines Bundesministers abhängig macht. In der Literatur wird vertreten, dass eine solche Regelung über einen Größenschluss aus Artikel 84 V GG gerechtfertigt werden könnte. Denn Artikel 84 V 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

[118] Vgl. dazu BVerfG, S. 101, 106 ff.

[119] *Mayen,* Verwertbarkeit von geheimgehaltenen Verwaltungsvorgängen im gerichtlichen Verfahren?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 537 ff., 542.

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 Artikel 84 V 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.

Eine weitere problematische Verwendungsweise des Größenschlusses liegt bei der Diskussion um die Folter bei polizeilicher Befragung vor: Wenn sogar die polizeiliche Tötung eines Bürgers erlaubt sei, dann erst recht seine Folterung.[120] Der Schluss vom Größeren auf das darin enthaltene Kleinere ist aber nur möglich, wenn es sich wirklich um eine rein quantitative Verschiedenheit handelt. Qualitative Differenzen können mit dem Größenschluss aber nicht überbrückt werden. Die Folter ist aber kein Minus zur Tötung, was man schon daran erkennen kann, dass manche Menschen bereit sind, zur Verteidigung ihrer Würde ihr Leben aufs Spiel zu setzen.

b) Reduktion als semantische Verknappung Die Etymologie hilft bereits auf den entscheidenden Sprung. Man braucht sich nur an das lateinische „reducere“ als einem „Zurückbringen“ oder „Zurückführen“ zu erinnern. Damit ist von vornherein klar, dass es sich bei der Reduktion um eine einengende Argumentation handelt im Unterschied etwa zu den ergänzenden und erweiternden Argumentationsformen der Analogie und des Größenschlusses. Die sind eben „pro-ductiv“. Das heißt, sie entlocken dem Normtext ein weitergehenderen Sinn, wie ein schneller Blick in den „Kleinen Stowasser“ lehrt.

Aufgabe der teleologischen Reduktion ist es nachzuweisen und zu begründen, dass „von einer Rechtsvorschrift nur der von ihr ausdrücklich erwähnte Tatbestand erfasst ist.“[121] Die Notwendigkeit zur teleologischen Reduktion ergibt sich daraus, dass es von Wortlaut und Aussage der Vorschrift her durchaus möglich wäre, sie auf ähnliche oder vergleichbare Fälle anzuwenden. Und zwar, ohne der Sprache eine über das für eine Bedeutungsfestlegung notwendige Maß hinaus gehende Gewalt anzutun oder gröblich die Gesetze logischen Folgerns zu missachten. Im Gegensatz zu einer semantischen Vervielfachung des Regelungsumfangs durch den Analogieschluss geht es bei der teleologischen Reduktion um Verknappung. Er ist im wahrsten Sinne des Wortes ein Ausschluss.

Schon der Philosoph Wittgenstein wusste, das ein gutes Gleichnis den Verstand

[120] Brugger , Würde gegen Würde, in: VBlBW 1995, S. 446 ff.„ S. 447
[121] *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 1994, S. 157.

erfrischt. Und da es hier um die Struktur juristischen Sprachhandelns geht, auch dies meint „Pragmatik“, soll es eines aus der Fülle des Alltagsleben sein. Nehmen wir an, eine Mutter verabschiedet sich mit Blick auf eine reich gefüllte Obstschale von ihrem Sprössling mit den Worten: „Dass du mir ja nichts von den Äpfeln nimmst!“ Der Knabe greift sich daraufhin eine Birne und beißt mit der folgenden Überlegung, die hoffen lässt, dass er sich dereinst einmal zum Jurastudium entschließen wird, herzhaft hinein: Zwar hat sie vom Obst in der Obstschale geredet. Und ich weiß, dass sie auf ein hübsches Arrangement wert legt. Von daher wäre es durchaus möglich, dass sie mit ihrer Anweisung meinte, dass ich mir überhaupt nichts nehmen soll, da ja, pars pro toto der Apfel überhaupt für Obst stehen kann und in Hinblick darauf als Oberbegriff Äpfel und Birnen durchaus vergleichbar sind. Zumal, da sie sich als Obstsorten so ähnlich sind, dass das Sprichwort ausdrücklich zu verhindern sucht. An diesem Punkt entschließt sich der Knabe auf dem so begonnen Weg der Auslegung der mütterlichen Vorschrift zu deren Worten zurück umzukehren. Denn: Sie kann jedoch nicht gemeint haben, dass ich mir kein Stückchen Obst nehme. Zum einen legt sie großen Wert auf eine gesunde und vor allem auf eine vitaminreiche Ernährung und es würde ihr von daher bestimmt nicht gefallen, wenn ich jetzt etwa zu einem Keks greifen würde. Sie nervt mich ja auch ständig mit der Ermahnung, statt zu Schokoriegeln und Hamburgern lieber zu einer Apfelsine oder Banane zu greifen, wenn 'der kleine Hunger kommt'. Von daher hat sie mich noch nie abgehalten, Obst zu essen, wenn ich es nur wollte. Außerdem weiß ich, dass sie heute noch einen Apfelkuchen backen will und dazu genau die Äpfel in der Schale braucht, ohne dass sie Zeit hätte, neue zu besorgen, falls einer oder mehrere fehlen sollten. Also kann sie nur gemeint haben, dass ich die Äpfel in Ruhe lassen soll, mich ansonsten aber nach Lust und Appetit bedienen kann.

Auf den juristischen Nenner gebracht enthält diese kleine Parabel alle Ingredienzen des Umkehrschlusses als Argumentationsform. Er ist immer dann angebracht, wenn eine semantische Ausweitung der Vorschrift zwar möglich und nach den Regeln juristischer Kunst auch zulässig ist, jedoch bezogen auf den Regelungszusammenhang zu unsinnigen Konsequenzen führt. Im Beispiel wäre dies die Verhinderung einer gesunden Ernährung durch eine Ausweitung des mütterlichen Verbots. Um die Unsinnigkeit der Konsequenzen einer exzessiveren Semantisierung der fraglichen Vorschrift begründet nachweisen zu können, muss aus dem weiteren Kontext der jeweiligen Vorschrift heraus argumentiert werden. Dies trifft im übrigen Schlußformen zu. In der Regel ist dies der Zusammenhang aller umgebenden Rechtstexte, hier die Anordnungen der Mutter zu gesunder Ernährung. Es ist dies weiter der Verweis auf den Regelungszweck, hier die Bewahrung des Apfelbestands. Und es treten gewöhnlich noch historische Erwägungen hinzu so wie hier die Erinnerung an die ständigen Ermunterungen zum Obstverzehr. Alles in allem dient die teleologische Reduktion mit der Anmahnung einer Beschränkung auf den ausdrücklich festgelegten Schutzbereich einer Vorschrift in besonderer Weise dem Vertrauensschutz.

Die Reduktion produziert nicht. Sie verbraucht einen möglichen Sinn, ähnlich wie imgrunde auch der Umkehrschluss. Der Umkehrschluss schneidet aber

von vornherein eine mögliche Semantisierung des Normtextes ab. Man könnte ihn gewissermaßen als eine aus dem Schweigen der Vorschrift darüber geborene Desemantisierung betrachten. Die Reduktion ist eher eine aus der Not einer Schwatzhaftigkeit der Auslegungsmöglichkeiten, einer Überfülle von Bedeutungserklärungen, durch die sich der Normtext beim Wort nehmen lässt, geborene Resemantisierung. Bei einer Reduktion wird auf Grund sonstiger Kriterien ein engerer Sinngehalt angenommen, als er der sprachlichen Plausibilität der betreffenden Rechtsvorschrift nach zum Ausdruck kommt. In diesem Sinn kann man sagen, dass durch Reduktion die sprachliche Plausibilität einer Bestimmung nach Maßgabe sonstiger Kriterien eingeengt wird. Die Reduktion dient dazu, einem allzu großen Überschwang an möglicher Bedeutungsproduktion, einer überschiessenden Freude an der Semantik, einen Riegel vorzuschieben. Ähnlich wie beim Umkehrschluss geht es darum, gegen ein Ausschöpfen der Semantik und ein Ausreizen der Logik die Regelung zur Geltung zu bringen, auf die die entsprechende Vorschrift vor allem entsprechend ihrem Rechtstextzusammenhang, den erkennbar mit ihr verbundenen Zwecken und ihrer Geschichte im Laufe juristischen Setzens und Entscheidens beschränkt bleiben sollte, ohne dass sie dies mit ihren eigenen Worten noch einmal eigens sagen würde.

c) Konformauslegung als Normenkontrolle Die verfassungskonforme Auslegung ist keine Auslegungsmethode. Sie ist eine Vorzugsregel zwischen verschiedenen mit den üblichen Methoden erarbeiteten Ergebnissen. Daraus folgt, dass sie selbst methodenkonform verwendet werden muss. Sie kommt erst dann zum Einsatz, wenn die normalen Methoden zu mehreren gleichrangigen Ergebnissen führen. Damit verbindet die verfassungskonforme Auslegung Normauslegung und Normenkontrolle.

Zugleich ergeben sich daraus ihre Grenzen. Die verfassungskonforme Auslegung darf keinesfalls zum Vehikel dafür werden, dass Richter und Gesetzgeber heimlich ihre Plätze tauschen. Ihre Grenzen ergeben sich aus dem geltenden Rechten, an erster Stelle aus der Funktionsverteilung zwischen Gericht und Gesetzgeber. Das heißt konkret, dass die als Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung erarbeitete Verständnis keinesfalls auf eine Korrektur des vom Gesetzgeber geschaffenen Normtextes hinauslaufen darf.

In einem Normtext mit mindestens zwei Lesarten. Eine verstößt gegen die Verfassung, die andere nicht. Der Grundsatz verfassungskonformer Auslegung fordert nun die 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 gemacht hat.

III. Wann ist eine Entscheidung haltbar?

Juristische Entscheidungsanalyse heißt, dass man ein Urteil an seinen normativen Vorgaben misst und bestimmt, ob es haltbar ist oder nicht.

1. Wie kann man die Legitimität des Gesetzes auf die Entscheidung übertragen?

Recht ist notwendig an Sprache gebunden. In einem System geschriebenen Rechts treten seine Vorschriften als Normtexte auf, d. h. als amtlich autorisierte Textformulierungen geltenden Rechts. Die Rechtsordnung bildet ein Kontinuum von Texten, die für anders nicht lösbare Konfliktfälle sanktioniert sind durch ‚als solche' sprachlose Gewalt, die wiederum ihrerseits durch die zugehörigen Verfahren sprachlich vermittelt wird. *Rechtsstaatliches Recht* arbeitet möglichst wenig mit bloßer und möglichst weitgehend mit sprachlich geformter, vermittelter und kontrollierbarer konstitutioneller Gewalt[122]. Diese Form von Sprachlichkeit der Rechtsordnung entspricht dem Streben des bürgerlichen Verfassungsstaats der Neuzeit nach *Rationalität.* Diese ist funktionell zweideutig. Sie ist doppelt wirksam, indem sie einmal Herrschaftsprozesse erleichtern hilft, zum ändern die Voraussetzung für Konsens schafft. Das drückt sich in einer doppelten Form von Sprachlichkeit der Rechtstexte aus: *anordnende* und *rechtfertigende Texte.* Diese durchgehende Textstruktur setzt historisch die Organisationsleistungen des Verfassungsstaats der Moderne (wie: innere Souveränität und Monopol legitimer Gewaltausübung, Normenhierarchie und systematischen Rechtsschutz) voraus.

Recht ist auch Instrument von Herrschaft. Als rechtsstaatlich geformtes ist es zugleich Instrument der Begrenzung von Herrschaft. Insoweit Macht inhaltlich und prozedural *als Recht* in spezifischer Formalisierung auftritt, ist sie auch spezifischen Bedingungen, Brechungen, Kontrollen unterworfen[123]. Die Formalisierung unseres Typus von Rechtsordnung erfolgt durch Sprache. Diese unterwirft die Herrschaftsvorgänge der Kommunikation, der Möglichkeit sprachlicher Kritik, der Notwendigkeit sprachlicher Rechtfertigung. Im *demokratischen* Rechtsstaat nach dem Modell des Grundgesetzes sollen rechtsstaatliche Form und demokratische Politik im Sinn eines „materiellen Rechtsstaats" zusammenkommen. Nicht dem formalistisch-autoritären Rechtsstaat mit Zügen des Obrigkeitsstaates, wohl aber dem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat entsprechen zusätzliche verfassungsrechtliche Sicherungen der *Konsensfunktion* seiner Rechtstexte: auf der Seite der *anordnenden Texte* Forderungen wie Tatbestandsbestimmtheit, Rückwirkungsverbote, rechtliches Gehör, usw.; auf der Seite der *rechtfertigenden Texte*, die verschiedenen Begründungspflichten, Einzelinstitute wie das der Abweichenden Meinung bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, usw.

Über solche Beispiele hinaus läßt sich die *Textstruktur* dieser Rechtsordnung insgesamt nach folgenden Ebenen gliedern: Sowohl der Normtext als auch der gerichtliche Tenor sind *anordnende Texte.*[124] Sie unterscheiden sich dadurch, auf unterschiedlichen Konkretisierungsstufen im Prozess der Entscheidungsfindung

[122] Vgl. hierzu *F. Müller, Recht, Sprache, Gewalt*, S. 18 ff., 29 f. - Grundlegend zum Problem der Schrift: *Derrida, Grammatologie, 1974, ders., Die Schrift und die Differenz, 1976.*

[123] Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem Rechtsstaatsprinzip in ständiger Rechtsprechung die Forderung nach Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit ab; vgl. zuletzt BVerfGE 99, 216, 242.

[124] Vgl. *F. Müller / Christensen. / Sokolowski*, Rechtstext und Textarbeit, 1997, S.117.

zu stehen. Während sich aber die Legitimität der Anordnung im Normtext aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ergibt, muss die des Gerichts jeweils erst noch begründet werden. Diesem Legitimitätstransfer dient die Entscheidungsbegründung als *rechtfertigender Text.*[125] In ihr tauchen die Auslegungsinstrumente im Rahmen von Argumentformen auf.

Gewaltenteilung als Teilung, Verteilung und Kontrolle der Textkompetenzen ist eine der wesentlichsten Eigenschaften rechtsstaatlicher Textstruktur. Dem Richter wird die rechtsprechende Gewalt übertragen, aber nur soweit er der in Artikel 97 GG angeordneten Gesetzesbindung genügt. Den Umstand, daß seine Entscheidung der Gesetzesbindung Genüge tut, muß der Richter in der Begründung seines Urteils darlegen. Dabei muß er sich mit den Interpretationen der Prozeßbeteiligten und mit den einschlägigen Entscheidungen anderer Gerichte auseinandersetzen. So findet die Souveränität seiner Interpretation Grenzen.

Über die Pflicht zur Begründung der Entscheidung ist der Richter an überprüfbare Maßstäbe gebunden.[126] 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 sie in der Begründung auch dem demokratisch legitimierten Normtext zurechnet. Direkt mit Hilfe von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung und indirekt mit Hilfe der fachlichen Kritik ist dieses Recht auch einklagbar.

Das Bundesverfassungsgericht formuliert dieses aus Artikel 103 GG abzuleitende Recht folgendermaßen: „Art. 103 Abs. l GG gibt den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem für die jeweilige gerichtliche Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern, und verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dabei kann es in besonderen Fällen geboten sein, die Verfahrensbeteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen will. Es kann im Ergebnis der Verhinderung eines Vertrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozeßbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte. Allerdings ist zu beachten, daß das Gericht grundsätzlich weder zu einem Rechtsgespräch noch zu einem Hinweis auf seine Rechtsauffassung verpflichtet ist. Auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, müssen daher die Verfahrensbeteiligten grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und ihren Vortrag darauf einstellen“.[127]

Eine Entscheidung, solange sie eine Rechtsentscheidung und keine bloße Ge-

[125] Vgl. *F. Müller, F. / Christensen. / Sokolowski,* Rechtstext und Textarbeit, 1997, S. 117, 121 ff. sowie *Brink*, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, der bei der Rechtfertigungsfunktion weiter differenziert zwischen erklärender und kontrollierender Funktion der Begründung.

[126] Vgl. *F. Müller / Christensen / Sokolowski,* Rechtstext und Textarbeit, 1997, S. 138 ff.

[127] BVerfGE 98, 218, 263, unter Bezug auf BVerfGE 83, 24, 35; 86, 133, 144 f.

walt sein will, muß dem Betroffenen Einfluß auf die Sprache geben, die in der Entscheidung an die Stelle seiner eigenen tritt. Wenn dagegen diese Sprache schon vorher feststeht, haben wir kein Recht vor uns, sondern nur sprachlich verbrämte Gewaltausübung. Darin liegt die wichtige Rolle des Rechts auf Gehör.

Die Textstruktur des Rechtsstaats[128] bewirkt eine Einschränkung der Verknüpfungsmöglichkeiten und eine Hierarchisierung von Texten, ausgehend von den Postulaten der Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Einzelfallgerechtigkeit. Ziel dabei ist ein Transfer der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers auf die Einzelfallentscheidung.

Die Aufgabe der Urteilsbegründung ist damit der Legitimationstransfer. Um diese Aufgabe zu erfüllen, hat sie bestimmten Anforderungen zu genügen. Sie muss den Stand der Geltung erreichen, indem sie den besseren Argumenten den Vorrang gibt und das Gesetz als Grenze der Argumentation respektiert.

2. Was muss eine Begründung leisten?

Die Notwendigkeit einer Begründung von Gerichtsurteilen ergibt sich in der deutschen Verfassung aus dem Rechtsstaatsprinzip und im Gemeinschaftsrecht, bzw. internationalen Recht schon aus dem Grundsatz einer geordneten Rechtspflege.[129] Was von einer Begründung verlangt werden muss, wird definiert durch die praktische Entwicklung der jeweiligen Rechtskultur. Allerdings steckt darin auch ein prinzipielles Problem. Wie kann man einen Legitimationstransfer vom Gesetz auf das Urteil durchführen, wenn der Wortlaut des Gesetzes keine objektive Bedeutung aufweist, welche die konkrete Entscheidung schon enthält?

Eine Lösung dieses Problems ist nur möglich, wenn man die sprachlichen Bedingungen realistisch einschätzt. Ein Legitimationstransfer ist nicht semantisch über sprachliche Bedeutung möglich, sondern nur pragmatisch über die Überargumentation im Verfahren. Welchen Stand muss nun diese Argumentation erreichen, damit eine Begründung des Urteils im Rahmen der gesetzlichen Legitimität möglich ist?

In Betracht käme Akzeptanz. Man könnte solange begründen, bis noch der letzte einverstanden wäre. Das mag im Freundeskreis vorkommen, im Rechtssystem nicht. Seine Funktion ist eine Entscheidung zu treffen, dort wo gemeinsame Akzeptanz aller Beteiligten gerade nicht mehr möglich ist. Wenn Annahme durch die Betroffene als wirkliche oder psychologische Größe damit gerade nicht in Betracht kommt, was kann man dann eine gute Begründung nennen?

Man könnte daran denken, die Akzeptanz zu idealisieren. Eine Begründung ist gut, wenn man sie in einer idealen Sprechsituation anerkennen müsste. Aber dieser Weg ist nicht gangbar. Denn entweder man lässt die ideale Sprechsituation undefiniert. Dann weiß niemand, wann eine Begründung gut ist. Oder man definiert die Regeln für die Konstitution dieser idealer Situation. Dann hat man

[128] *F. Müller,* Juristische Methodik und Politisches System, 1976, S. 80 ff., 95 ff.
[129] Vgl. dazu: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte in NJW 1999, S. 2429.

aber zwei Folgeprobleme: Erstens erkennt man sofort, dass die Situation des Rechts gerade nicht die des herrschaftsfreien idealen Sprechens ist. Man muss dann zu allen möglichen Hilfsregeln greifen, die das Problem nur verschieben. Wichtiger ist aber die zweite Klippe. Sobald man die Regeln des herrschaftsfreien Sprechens definiert, ist der, der sie nicht erfüllt nicht mehr in der Vernunft. Statt Herrschaftsfreiheit zu erzeugen, hat man die Menschen eingeteilt in rationale Subjekte und therapiebedürftige Objekte.

An die Stelle der Akzeptanz muss man deswegen die Geltung einer Argumentation setzen. Eine Begründung ist gut, wenn sie gilt. Was heißt nun Geltung einer Argumentation.

Argumentation ist eine Sequenz von Sprechakten, die man einteilen kann in Behauptung, Begründung und Widerlegung. Ein Vorgang also, den man aus jedem juristischen Prozess kennt. Die Begründung eines Urteils soll das Ergebnis dieses Prozesses darstellen. Es gibt innerhalb der Jurisprudenz vor allem im Bereich der Rechtsmittelverfahren eine große Menge impliziten Wissens darüber, wann eine juristische Begründung gültig ist. Um dieses implizite Wissen theoretisch erfassen zu können, bedarf es wiederum eines Blickes von außen. Nützlich ist hier die Hilfe der philosophischen Argumentationstheorie.

Die Argumentationstheorie entwickelt sich in der Philosophie von einem Spezialgebiet zu einer zentralen Bedingung für zukünftiges philosophisches Weiterdenken. Die philosophische und wissenschaftstheoretische Entwicklung führt von ganz verschiedenen Voraussetzungen aus zu dem Ergebnis, dass die Rationalität einer Argumentation nicht von außen begründet werden kann. Denn für eine Letztbegründung fehlt uns ein der Argumentation entzogener Archimedischer Punkt. Die Praxis des Argumentierens ist damit die einzige Instanz möglicher Verbindlichkeit. Das heißt aber nicht, dass die Philosophie vor der faktischen Argumentation kapitulieren müsste. Vielmehr muss sie ihr Vorgehen ändern. Statt in einer Missionarsstellung Rationalität von oben überzustülpen, muss sie von innen her im prinzipiell unabgeschlossenen Prozess der Argumentation mitarbeiten. Die Philosophie wird damit als Argumentationstheorie zur reflexiven Aufstufung der Praxis.

Die Bandbreite philosophischer Argumentationstheorie reicht von rein empirischen Analysen über rhetorischen Untersuchungen der argumentativen Wirkmechanismen bis zu normativ ausgerichteten Versuchen einen Regelkanon des Argumentierens zu erarbeiten. Das Problem dieser Entwicklung liegt darin, dass die von der Argumentationstheorie vorgeschlagenen Unterscheidungen nicht anders als argumentativ entwickelt werden können. Objekt- und Metaebene sind von Anfang an contaminiert. Deswegen kann auch der Anfang der Argumentationstheorie nicht oberhalb praktischen Streitens liegen, sondern nur inmitten der Argumentation. Und diesen Entwicklung vollzieht sich nicht einfach in der Philosophie, sondern in jeder Argumentation, die sich selbst zum Thema macht. Argumentationstheorie im Recht ist deswegen nicht denkbar von außen, vom Feldherrnhügel der Philosophie aus. Sondern nur von innen, als mitarbeitende Reflexion.

Wenn die philosophische Argumentationstheorie diese mitarbeitende Reflexion am Beispiel der Begründung von Rechtsentscheidungen vollzieht, ergibt sich folgendes: Der Prozess wird ausgelöst durch die Rechtsmeinung der Parteien, die sich natürlich gegenseitig ausschließen. Durch das gerichtliche Verfahren werden die Parteien zu einer Distanzierung von diesen Meinungen gezwungen, indem sie ihre Anträge begründen müssen. Mit der Formulierung der Schriftsätze, mit der Einschaltung eines professionellen Juristen wird die Rechtsmeinung bis zu einem gewissen Grad schon der Probe unterzogen, ob sie auch für sich betrachtet, unabhängig von der Person des Klägers oder des Beklagten, Bestand haben kann. Schon damit ist der erste Schritt vom Meinungskampf zum semantischen Kampf um Gesetzestexte vollzogen und es beginnt damit der Prozess der Argumentation. Diese Argumentation im Prozess hat, wenn man juristischer Erfahrung und philosophischer Analyse folgt, eine retroreflexive Struktur. Das heißt, der Begründungszusammenhang einer Rechtsmeinung wirkt auf die Voraussetzungen, die in diese Begründung eingehen, zurück. Es handelt sich hier um eine Rückkopplungsschleife, die sich aus der Dynamik der Argumentation ergibt. Weil der Prozess widerstreitende Rechtsmeinungen klärt und zur Entscheidung bringt, steht nicht von vornherein fest, welche Annahmen als sicher in Anspruch genommen werden können. Erst im semantischen Kampf oder Argumentationsprozess selbst, wenn die Geltung der zur Anspruchsbegründung herangezogenen Rechtsmeinungen untersucht wird, kann die Bedeutung einzelner Elemente der Argumentation sichtbar werden. Diese entfaltet sich erst in der Beziehung des einzelnen Elements zu den anderen Elementen und wird vom streitigen Fortgang des Gesamtprozesses. Der nächste Schritt kann dabei die vorherigen Schritte beeinflussen und zu ihrer Revision führen. Es wird also im Rechtsstreit die ursprüngliche Rechtsmeinung aufgrund der vorgebrachten Einwände und Widerlegungen beständig reformuliert, was wiederum zu einer Veränderung der Gegenargumente führen kann.

Dieser retroreflexive Prozess der Argumentation kann idealerweise solange weitergehen, bis eine gültige Version der streitigen Rechtsmeinung erreicht ist. Dann müssen die Prozessbeteiligten eine entsprechende theoretische Basis verfügbar machen und alle Einwände ihres Prozessgegners ausräumen, bzw. so reformulieren, dass sie in die Begründung der eigenen Rechtsmeinung integriert werden können. Mit diesem Status der Einwandfreiheit ist im Ergebnis eine gültige These erreicht[130], bzw. der Streit der Rechtsmeinungen richtig entschieden.

Dieses Ergebnis muss in der Begründung des Urteils dargestellt werden. Die Begründung ist damit nicht an der Akzeptanz der Beteiligten orientiert, dem bloßen Meinungsstand. Sie ist vielmehr orientiert am Stand der Argumente, das heißt, der Geltung. Geltung ist Einwandfreiheit. Wenn und solange eine Rechtsentscheidung alle gegen sie vorgebrachten Argumente integriert oder ausräumt, ist sie gültig.

[130] Vgl. zu diesem Kriterium des Geltung von Argumentation *Wohlrapp*, Die diskursive Tendenz, in: *ders.* (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung, 1995, S. 395 ff, 400; sowie *Lueken*, Konsens, Widerstreit und Entscheidung, in: ebd., S. 358 ff., 378.

3. Wann ist ein juristisches Argument besser?

Eine Interpretation ist besser, wenn sie die von der Zeichenkette und dem mitgebrachten Bedeutungskonflikt bereitgestellten Anschlussmöglichkeiten für die Argumentation effektiver nutzt. Argumentativ effektiver heißt, dass sie die Einwände, bzw. Widerlegungen des Gegners entweder in die eigene Argumentation integrieren oder ausräumen kann. Wie macht man das?

Was als Widerlegung gilt und wie man eine solche ausräumt, bzw. integriert, darüber gibt es im juristischen Bereich sehr viel implizites Wissen. Formuliert wird dieses von der Disziplin der juristischen Methodik. Danach gibt es für die Entscheidung des Konflikts von Argumenten in der Praxis der Gerichte Ansätze, die zwar noch einer Strukturierung bedürfen, aber im Prinzip in die richtige Richtung wiesen. Zu denken ist hier an die vom Bundesverfassungsgericht unter dem missverständlichen Titel „objektive Auslegungslehre“ eingeführte Regel für die Vorzugswürdigkeit von Argumenten. Danach soll im Konfliktfall die historische und genetische Auslegung hinter der grammatischen, bzw. systematischen Auslegung zurücktreten. Denn letztere stünden näher am Normtext und erlaubten auch den Normunterworfenen eine bessere Orientierung.

Wenn man an diese schon praktizierten Kriterien anknüpft, ergibt sich im Falle von Konflikt, bzw. Widerlegung die Notwendigkeit einer doppelten Bewertung. Erstens sind die Argumente normstrukturell oder abstrakt zu bewerten. Zweitens müssen die Argumente konkret nach ihrer Intensität oder Schwere eingeordnet werden. Normstrukturell ist das Gewicht eines Arguments umso größer, je näher es am Normtext steht. Das heißt, textbezogene Argumente schlagen Normbereichsargumente aus dem Feld, und diese wiederum bloß rechtspolitische Bewertungen usw. Neben diese Einordnung des Arguments in die Normstruktur als direkt textbezogen, indirekt textbezogen und normgelöst, muss eine konkrete Bewertung treten. Diese lässt sich aber nur schwer vom jeweiligen Fall abheben. Als Unterscheidungen bieten sich an Möglichkeit, Plausibilität und Evidenz.[131] Möglich ist dabei ein Argument, wenn es nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Plausibel heißt, dass das Argument überzeugend ist, aber Alternativen denkbar sind. Evident ist ein Argument, wenn im Moment gar keine Alternativen denkbar sind.

4. Kann das Gesetz der Argumentation eine Grenze ziehen?

Ein Besonderheit juristischer Argumentation ist die Bindung an das Gesetz. Um seine Auslegung wird gestritten. Das Gesetz ist also Feld der Argumentation. Eine weitere Besonderheit, welche für die normale Argumentation nicht gilt, liegt noch darin, dass das Gesetz außerdem Grenze der Argumentation sein soll. Ist eine solche Grenze in der Argumentation überhaupt denkbar?

Der Streit um Interpretation und Gebrauch von Texten ist alles andere als ein

[131] *Luhmann*, Gesellschaftsstruktur und Semantik, 1993, S. 119, 163 f., 201 f., 204 f.

müßiges Spiel. In der Jurisprudenz geht es um Entscheidungsgewalt, verbunden mit Texten.

Der Richter übt, wie Artikel 92 der Verfassung unzweideutig erklärt, Gewalt aus. Dabei ist in der deutschen Sprache .Gewalt' nicht notwendig negativ codiert. Sie kann auch positiv verstanden werden als „Walten" der guten Obrigkeit.[132] Will man die positive und negative Bedeutungskomponente auseinanderhalten, braucht man Beiworte wie legitime / illegitime Gewalt. Im Englischen dagegen kann man schon im Hauptwort nuancieren und *power, authority, force* und *violence* unterscheiden. Ob der Richter nun *authority* oder *violence,* legitime oder illegitime Gewalt ausübt, soll im Sinn der Tradition davon abhängen, ob er sich mit seiner Entscheidung innerhalb der Grenzen des Rechts hält oder nicht. Die Grenzen des Rechts sind durch Interpretation zu ermitteln. Solange der Richter auslegt, ist demnach die von ihm ausgeübte Gewalt demokratisch legitimiert, denn er kann seine Entscheidung auf ein für alle beschlossenes Gesetz zurückführen. Hört er auf zu interpretieren und verwendet er Texte nur noch zu Machtzwecken, übt er eine illegitime Gewalt aus, die demokratisch nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Die Unterscheidung von bloßer Auslegung und machtfunktionalem Gebrauch trägt damit eine schwere politische Bürde: nicht weniger als die praktische Einlösung des demokratischen Modells hängt davon ab. Die methodische Abschichtbarkeit der Interpretation von machtfunktionaler Benutzung des Gesetzes ist folglich das Nadelöhr, durch das die Unterscheidung von gerechtfertigter und nicht mehr zu rechtfertigender staatlicher Gewalt hindurch muß.

Damit steht im Mittelpunkt juristischer Methodik die Frage, ob und wie in der praktischen Rechtsarbeit eine Grenze zwischen legitimer richterlicher Gewalt und illegitimer Machtanmaßung gezogen werden kann.

Der ältere Ansatz juristischer Methodik war noch in der Vorstellung vom Text als einem Behälter befangen, worin die Entscheidung des Rechtsfalls schon enthalten sei und nur noch ausgelegt werden müsse. Als Behälter fungierte dabei die Bedeutung des Textes, die in der Lage sei, der Rechtserkenntnis einen Gegenstand in Form einer Rechtsnorm vorzugeben. Ein solcher Gegenstand ist aber nicht auffindbar; daher wurde die Fiktion des Behälters immer mehr ausgedehnt. An die Stelle des einzelnen Normtextes traten die Rechtsordnung oder ihre Sinneinheit als Ganzes oder sogar die Gerechtigkeitsidee. Angesichts dieses Rückzugs (wissenschaftshistorisch: degenerative Problemverschiebung) hat die Strukturierende Rechtslehre vorgeschlagen, die grundlegende Perspektive zu verändern: der „Gegenstand" ist eine bloße Projektion des Lesers und genau um diesen Leser (Zeichenbenutzer, Richter, Rechtsarbeiter) als Achse ist die Analyse zu drehen. Die Gesetzesbindung ist dann nicht länger auf einen angeblich vorgegebenen Inhalt des Gesetzes bezogen, sondern wird im Prozeß der *Herstellung* der Rechtsnorm verwirklicht. Die Projektion vorgeblich innerer Eigenschaften des

[132] Vgl. als ein andersartiges Beispiel die positive Variante in der Verwendung des Wortes „Gewalt" als „revolutionäre Gewalt": *Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, in: ders., Gesammelte Schriften, Band II 1, 1980, S. 179 ff.* S. 202.

Textes wird damit durch das Verständnis der Auslegungsgrenze als relationale Größe ersetzt. Gebunden ist der Richter zunächst an den vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext als Zeichenkette im Sinn seiner „Geltung“. Dessen für den Fall entscheidende *Bedeutung* muß er als „Normativität“ der Rechtsnorm erst herstellen. Aber dabei ist er nicht frei, sondern an die von den rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung sanktionierten Standards einer Argumentationskultur gebunden.

An die Stelle von fiktiven Gegenstandsprojektionen treten jetzt also real fundierte Beziehungen zwischen Zeichenkette (Normtext im Gesetzbuch), wissenschaftlichen Standards (juristische Methodik incl. Dogmatik) und politischen Entscheidungen in der Verfassung (demokratischer Rechtsstaat). Dabei war von vornherein mitbedacht, daß auch der Kontext von Normtexten ein bestimmter, aber nicht begrenzbarer ist. Die Rolle der klassischen canones besteht gerade darin, mit Fachsprachgebrauch (grammatische). Parlamentsdebatten (genetische), Voriäufertexten (historische Auslegung) usw. diese bestimmten Kontexte zu erschließen. Aber die canones sind nur zu einer Vermehrung und Vervielfältigung des Textsinnes in der Lage, ohne schon für sich allein eine Entscheidung zwischen konfligierenden Lesarten zu erlauben. An dieser Stelle greifen die politischen Entscheidungen der Verfassung ein. Sie ermöglichen zunächst, eine Hierarchie in die Kontexte zu bringen, wonach der spezifischere, engere Kontext bei einem Konflikt Vorrang haben soll. Aber allein damit wäre noch nicht viel gewonnen. Außerdem überträgt die Verfassung dem Richter die Gewalt, den methodologischen Konflikt verschiedener Interpretationsvarianten zu entscheiden. Dies jedoch nicht unbegrenzt, sondern erschwert durch die Vorgabe, in der Begründung darzulegen, daß und wie er seine Entscheidung am Normtext und den damit verbundenen methodisch operationalisierten Anschlußzwängen des juristischen Sprachspiels legitimieren kann.

Die Grenze der Interpretation hat in der Jurisprudenz damit jeden fiktiven oder spekulativen Charakter verloren und wird zum Ernstfall der politischen Abgrenzung von individueller Freiheit und sozialer Gemeinschaft. Der Richter führt keine theoretisch-kognitive Rechtserkenntnis durch, er übt vielmehr praktische Gewalt aus. Diese Gewalt wird geteilt, erschwert und kontrolliert durch den Bezug zum Normtext und zu argumentativen Standards, den er in seiner Begründung plausibel darlegen muß.

IV. Ergebnis: Die Überprüfung und Geltung einer Rechtsnormhypothese

Der Transfer der gesetzlichen Legitimität auf das Urteil kann nur gelingen, wenn die vom Gericht gewählte Auslegungsvariante des Normtextes haltbar ist. Die Auslegungsvariante gibt dem Normtext seine Bedeutung und kann deswegen auch Rechtsnormhypothese genannt werden. Diese Rechtsnormhypothese wird überprüft an den Argumenten, die im Verfahren vorgebracht werden. Das Verfahren

organisiert einen Konflikt, um der Begründung richterlicher Entscheidung einen Relevanzhorizont zu verschaffen, der gegebenenfalls im Rahmen der Amtsermittlung zu ergänzen ist, so dass er dem Niveau der wissenschaftlichen Diskussion genügt. Die Rechtsnormhypothese muss den Stand der Geltung erreichen. Das heißt, sie muss alle Gegenargumente entweder integrieren oder widerlegen. Dann ist dem Gesetz als Grenze Genüge getan. Der Rechtsstaat kann eine Grenze im Normtext nicht objektiv vorgeben. Aber er fordert von den Gerichten eine Praxis der Grenzziehung.