



Sources of Language and Law

www.legal-linguistics.net

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Surfen auf der Informationsflut. Die wachsende Bedeutung der Methodik für die Praxis" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 17.9.2020)

All rights reserved.



dr. dr. ralph christensen

surfen auf der informationsflut

die wachsende bedeutung
der methodik
für die praxis

I. Grundlagen

1. Wie sieht juristische Praxis aus?

Praxis ist, was Juristen jeden Tag tun. Aber das ganz Nahe sieht man nicht. Es bildet den Blickpunkt, bleibt aber unsichtbar.

Um zu wissen, was wir tun, müssen wir uns einen Blick von außen gönnen. Nehmen wir für einen Augenblick die Perspektive Ecos ein, wonach wir nicht einfach in der kruden Realität leben, sondern in einer Enzyklopädie.¹ Um die Stichworte dieser Enzyklopädie und ihre Verknüpfung wird beständig gerungen. Die Juristen haben bei diesem Ringen eine besonders wichtige Rolle.

„Wissenschaft“, zum Beispiel, ist ein Wort, mit dem viele umgehen. Dieser Begriff hat sogar seine eigene Theorie, deren wichtigste Texte ganze Regalwände füllen können. Juristen definieren dieses Stichwort in einem Satz: Wissenschaft ist der methodengeleitete und systematische Versuch zur Gewinnung neuer Erkenntnisse, deren Deutung und Weitergabe.² Klassisch sogar noch kürzer als methodengeleiteter Versuch zur Ermittlung der Wahrheit.³ Sehen wir einmal von allen Schwierigkeiten der Wahrheitstheorie ab⁴, und betrachten wir allein die Probleme, welche sich aus dem Merkmal „methodengeleitet“ ergeben. Viele Wissenschaftstheoretiker würden das Merkmal „methodengeleitet“ für sinnvoll halten und nur darüber streiten, ob die in der Wissenschaft anzuwendende Methode empirisch induktiv, kritisch deduktiv oder eher pragmatisch aussehen sollte. Aber es gibt auch Wissenschaftstheoretiker, die dieses Merkmal für fragwürdig halten. So hat etwa Feyerabend die Wissenschaftstheorie auf die Geschichte der Wissenschaft angewendet, und dabei anhand des Turmexperiments von Galilei interessante Ergebnisse erzielt. Galilei hätte, wenn er den methodischen Grundsätzen einer bestimmten Spielart des kritischen Rationalismus gefolgt wäre⁵, nach dem Scheitern seines Turmexperiments eigentlich seine Theorie verwerfen und zum Aristoteli-

¹ Vgl. U. Eco, *Lector in fabula*, 1987, S. 166 ff.; sowie *ders.*, *Semiotik und Philosophie der Sprache*, 1985, S. 77 ff., 125 ff.; sowie die kleine Schrift *dess.*, *Die Bibliothek*, 1987.

² Vgl. die Nachweise bei *Denninger*, *Alternativkommentar*, Art. 5, Rn. 14; *Jaras / Piero*, *Grundgesetzkommentar*, Art. 5, Rn. 76.

³ So schon *Smend* zur Wissenschaftsfreiheit der Weimarer Reichsverfassung.

⁴ Vgl. G. Skirbekk (Hrsg.), *Wahrheitstheorien*, 1977.

schen Weltbild zurückkehren müssen.⁶ Feyerabend folgert daraus, dass eine strikte methodische Orientierung wichtige wissenschaftliche Fortschritte verhindert hätte und deswegen die Wissenschaft genauso wie die Kunst als primär kreative Anstrengung verstanden werden müsse. Nach der Definition der Juristen würde allerdings der von Feyerabend entwickelte Grundsatz „Anything goes“ nicht die notwendigen Merkmale des Wissenschaftsbegriffs erfüllen. Ein entsprechendes Verhalten wäre nicht nur nicht förderungswürdig, sondern würde im Ernstfall eines Rechtsstreits auch nicht unter dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit nach Artikel 5 des Grundgesetzes stehen.

Artikel 92 der deutschen Verfassung vertraut den Richtern die rechtssprechende Gewalt an. Aber das deutsche Wort „Gewalt“ hat zwei Wurzeln: *vis* und *potestas*. Anders formuliert: „Gewalt“ kann negativ codiert sein als böse Macht, die sich jeder Rechtfertigung entzieht oder positiv als gutes Walten der Obrigkeit⁷. Das Englische ist hier deutlicher, wenn es unterscheidet zwischen *authority*, *force* und *violence*. Wenn also die Juristen in unserer Sprache und damit in unserer Welt walten, dann müssen wir immer und immer wieder die Frage stellen: zu Recht oder zu Unrecht?

Sie selbst glauben, dass die unsichtbare Hand des Rechts aus dem Streit der vielen das für alle Beste hervorbringt. Aber die streitenden Parteien haben oft das Gefühl, dass dadurch, dass jeder etwas anderes wollte, eine Entscheidung herauskam, die keiner gewollt hat.

Wer hat nun recht? Entscheiden müssen das wieder die Juristen. Vertrauen sollten wir dieser Entscheidung nur, wenn wir sie auch nachvollziehen und überprüfen können. Als Maßstab wäre dabei die juristische Methodik heranzuziehen. Sie ist in der Lage, ein Stück der unsichtbaren Hand des Rechts sichtbar und überprüfbar zu machen. Aber, so lautet der schnelle Einwand unserer Juristen, über Methodik redet man nicht, sondern Methodik hat man. Diese rasche Art von Immunisierung ist inakzeptabel. Dazu ist das Tun der Juristen zu wichtig. Zudem reden Juristen beständig über die Methode anderer. Hat

⁵ Feyerabend hat seine Position in einem kritischen Dialog mit *Lakatos* formuliert und seine Einwände zielen vor allem auf dessen Verständnis des kritischen Rationalismus.

⁶ Das Turmexperiment scheitert daran, dass der herabgeworfene Hut nicht vom Fuß des Turmes entfernt aufkommt, wie es die Voraussage in Anbetracht der Fliehkraft der Erddrehung hätte erwarten, sondern am Fuße des Turms. Galilei konnte diese Abweichung nicht erklären, weil er noch nicht über die erst von *Newton* entwickelte Theorie der Gravitation verfügte.

⁷ Vgl. dazu m.w.N. *F. Müller / R. Christensen / M. Sokolowski*, Rechtstext und Textarbeit, 1997, S. 15 f.

der Arzt lege artis operiert, hat der Bauingenieur seine Berechnung auf dem jeweiligen Stand der Wissenschaft durchgeführt? Im Messen anderer sind die Juristen nicht zurückhaltend. Also müssen sie auch sich selbst messen lassen mit der Frage, ob der, der die Entscheidung trifft, lege artis argumentiert und auf dem Stande der Kunst sich befindet.

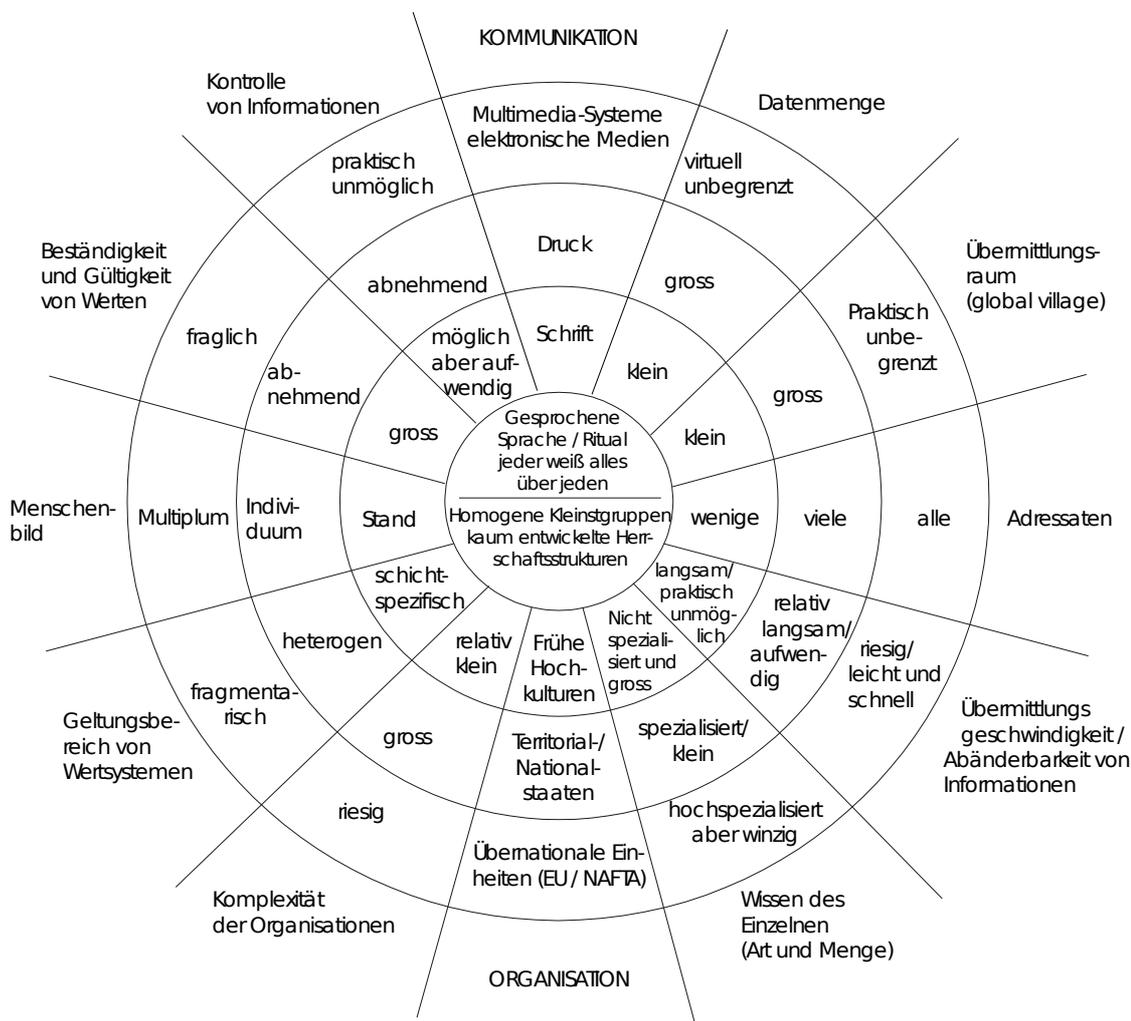
2. Warum wächst die Bedeutung juristischer Methodik?

Für die zunehmende Bedeutung juristischer Methodik gibt es zwei Gründe: erstens die Explosion des Wissens und zweitens das Verschwinden der herrschenden Meinung.

Zunächst zur Explosion des Wissens. Wenn man sich vergegenwärtigt, dass 90 % aller Wissenschaftler der Menschheit jetzt leben und Wissen produzieren, wird die Explosion tatsächlich zum zureichenden Bild der Entwicklung. Max Baumann⁸ erläutert dieses Bild folgendermaßen: "Der Kernbereich stellt eine historisch frühe Stufe dar, auf welcher Kommunikation und gesellschaftliche Organisation in gleicher Weise alle Mitglieder der jeweiligen Gruppe umfassen. Hauptkommunikationsmittel (nebst Tanz, Gesang, Ritual) in diesen archaischen Kleingesellschaften ist die gesprochene Sprache. Jeder weiß alles über jeden, die Übermittlung ist schnell, und es existiert kein Informationsmonopol. Herrschaftsstrukturen sind kaum entwickelt, Religion, Sitte und Recht bilden eine Einheit. Darum herum liegen drei konzentrische Kreise, die gleichsam die Wellen der Explosion der gesellschaftlichen Organisation wie der in den jeweiligen Systemen verfügbaren Informationen und Kommunikationsmittel darstellen. Die zeitlichen Abstände dieser Explosionswellen werden dabei immer kürzer. Was im Schema gleich groß dargestellt wurde, entspricht in der geschichtlichen Realität ungefähr Zeiträumen von 5.000 Jahren, 500 Jahren, 5 Jahrzehnten, während wir am äußersten Rand bereits in Kurz- und Kürzestperioden von wenigen Jahren oder zum Teil nur nach Monaten zu rechnen haben."

⁸ M. Baumann, *Recht - Sprache - Medien oder Die Notwendigkeit der interdisziplinären Öffnung der Rechtswissenschaft*, in: *Gesetzgebung heute*, 1995/3, S. 11 ff., 23 f.

Das Wissen des Einzelnen und die Kontrolle von Informationen



Was ist nun die Auswirkung dieser Informationsexplosion auf das Recht? Schon Laotse⁹ wusste: "Je weiter einer hinaus geht, desto geringer wird sein Wissen." Das heißt, mit dem Wissen explodiert auch das Nichtwissen. Nicht nur, dass mit der Zunahme des Einzelwissens der Überblick verlorengeht, es verschwindet auch die Regelmäßigkeit. Je mehr Entscheidungen und sonstige Literatur elektronisch abrufbar wird, umso mehr Informationen können wir schnell über Einzelheiten erlangen. Aber in dieser Häufung von Informationen ertrinkt die Regel. Für das amerikanische Recht hat das Jack Balkin am Beispiel der Fahrlässigkeit gezeigt.¹⁰ Dieser Begriff hat eine soziale und eine

⁹ Laotse, Tao te king, aus dem Chinesischen von Richard Wilhelm, Zürich 1976, S. 90.

¹⁰ J. Balkin, Nested oppositions, in: Yale Law Journal, 99/1, S. 669 ff.

individuelle Komponente. Vor der Computerisierung hatte man sich angewöhnt, für die Bestimmung des Verhältnisses von beiden Komponenten eine kleine Anzahl von Entscheidungen zu zitieren, aus denen sich ein klares Bild ergab. Jetzt sind aber per Mausklick auch alle Entscheidungen verfügbar, die zwischen diesen Leitentscheidungen liegen. Wenn man auch sie in die Analyse des Fahrlässigkeitsbegriffs einbezieht, löst sich das Schwarzweiß in Grau auf. Oder wie es Jack Balkin formuliert hat, es ergibt sich zwischen der sozialen und der individuellen Komponente eine Zickzacklinie, die nicht mehr zu einer sinnvollen Struktur verallgemeinert werden kann.

Bei uns geht es nicht um die *ratio decidendi*, denn das kontinentale Rechtssystem geht vom Gesetz aus. Aber auch bei uns gab es bisher einen Kompass zur ungefähren Orientierung und Voraussage dessen, was die Gerichte unter dem Gesetz als Recht produzieren: die sogenannte herrschende Meinung. Sie bestand, oder besser wurde geformt, aus einer kleinen Anzahl von Entscheidungen, garniert mit etwas Literatur. Aber leider sind die Zeiten der Gemütlichkeit unwiderfürlich vorbei. Heute sind immer mehr Entscheidungsanalysen und immer mehr Jahrgänge von Zeitschriften per CD-ROM verfügbar. Jeder kann sich damit rasch für sein Problem eine herrschende Meinung zusammenklicken. Die Zunahme des dogmatischen Wissens zahlen wir mit dem Nichtwissen dessen, was "wirklich" die herrschende Meinung ist.

Wie wird das Rechtssystem auf diese Situation reagieren? Positionen können jetzt nicht mehr quantitativ bewertet werden. Denn jeder Computer spuckt auf Knopfdruck beliebig lange Kolonnen von Entscheidungen desselben Gerichts aus, die für und gegen eine bestimmte Interpretation sprechen. Vom OVG Münster wird etwa gesagt, es stelle für die Qualifikation des behördlichen Hausrechts auf den Zweck des Besuchers ab. Dem BayVGH wird unterstellt, er halte den Zweck der Behörde für entscheidend. Durch Mausklick kann man diese Rollen leicht vertauschen. In den Vordergrund tritt in dieser Situation die qualitative Bewertung der Argumente. Welches Argument ist spezifischer und näher der Sache? Wenn die Quantität an Informationen keinen Unterschied mehr macht, wird die methodische Dimension entscheidend. Denn diese bewertet nicht die Quantität, sondern die Qualität, das heißt das Design der Information.

Der Jurist als Jäger und Sammler von Zitaten ist eine Figur von gestern. Was heute zählt, ist der Jurist als Informationsdesigner, der nicht durch Quantität erschlägt, sondern durch Qualität an der richtigen Stelle überzeugt. Fußnotenkolonnen treten zurück hinter der me-

thodischen Strukturierung. An die Stelle vom biederem Fleiß tritt der professionelle Stil.

II. Begriff der Auslegung

3. Wie funktioniert Auslegung?

Herkömmlich werden für die Beschreibung der Arbeit der Gerichte drei Bezugspunkte verwendet: der Gegenstand der Auslegung, ihre Ziele und ihre Mittel. Diese drei Dimensionen werden als vollkommen zutreffend beibehalten. Es sollen aber trotzdem gewisse metaphysische Implikationen verabschiedet werden, welche die herkömmliche Theorie diesen drei Dimensionen unterschiebt.

Das beginnt mit dem Begriff Auslegung. Genau wie das Wort Motorhaube war dies ursprünglich eine Metapher. Sie sollte deutlich machen, dass die Aufgabe des Rechtsanwenders darin besteht, den im Behälter des Normtextes eingefalteten Willen des Gesetzgebers wie einen Teppich wieder auszulegen. Nur um den Abstand zu dieser traditionellen Vorstellung zu markieren, wird hier gelegentlich von Textarbeit gesprochen. Auch der Gegenstand der Auslegung wird von der herkömmlichen Theorie im Sinne eines idealen Bedeutungsgegenstandes aufgeladen zu einem *lex ante casum*. Die Ziele der Auslegung sollen sich nicht aus den politischen Entscheidungen der Verfassung, sondern aus den Auslegungstheorien ergeben. Und schließlich werden die Mittel der Auslegung nicht von der Praxis aufgenommen und konsequent durchdacht, sondern abgeleitet aus einer philosophischen Theorie des Rechts oder der Sprache. All diese vielen Voraussetzungen werden hier als Vorentscheidungen eingeklammert.

4. Was ist Gegenstand der Auslegung?

Im Mittelpunkt der alten Auslegungskonzeption steht eine bestimmte Theorie sprachlicher Bedeutung. Diese ist im Text objektiv vorgegeben und wirkt damit als Brücke zwischen dem Normtext und der darin repräsentierten Rechtsnorm. Als Brücke bietet sie eine Bequemlichkeit vor allem für den Richter, der den nicht abreißenden Strom neuer Fälle überqueren will, ohne sich die Last eigener Verantwortung aufzuladen. Das Gesetz als Bedeutungsbrücke besteht und funktioniert unabhängig vom richterlichen Handeln als objektiver sprachlicher Artefakt: Der Richter hat keine Entscheidung zu treffen, sondern nur eine Erkenntnis nachzuvollziehen. Dem Normtext ist objektiv eine Bedeutung zugeordnet, welche gleich einem Behälter die auf den Fall

anzuwendende Rechtsnorm enthält. Wenn der Rechtsanwender über die Brücke der Bedeutung zu der hinter dem Text liegenden Rechtsnorm gelangt ist, hat er die Vorgaben des Textes ausgeschöpft, als Arbeitsleistung eine Bedeutungserkenntnis erbracht und ist genau insoweit legitimiert.

Die klassische Auslegungslehre ist damit gleichzeitig eine Theorie sprachlicher Bedeutung und ein Modell zur Rechtfertigung juristischen Handelns. Allerdings hat diese elegant aussehende Kriegsmaschine eine Schwachstelle. Sie beruht auf der Voraussetzung, dass sich eine volle und mit sich selbst identische Textbedeutung als sicherer Ausgangspunkt für weitere Ableitungen und juristische Entscheidungen nachweisen lässt. Der stabilen Textbedeutung kommt die Aufgabe zu, die Rechtfertigungsfrage weg vom Richter und hin zur objektiven Instanz des Gesetzes zu verschieben. Wenn man „normativ“ all die Umstände nennt, die der anstehenden Entscheidung ihre Richtung geben, so ist diese Normativität in der klassischen Lehre sowohl vom Entscheidungssubjekt als auch vom Argumentationsprozess vollkommen abgelöst und in die Sprache projiziert. Die Sprache wird hier zum Subjekt des Rechts und zur Quelle der Normativität.

Die Theorie sieht den Richter als Diener der Sprache. In jeder praktischen Situation muss natürlich der Richter die Rolle der Sprache als Quasisubjekt übernehmen. Der Diener souffliert den Herren. Es ist eine Doppelrolle. In jedem wirklichen Verfahren muss der Richter sich zum Herren über die Sprache machen, um seine Verständnisweise des Gesetzestextes gegen andere durchzusetzen. Die Sprachunterworfenheit ist damit nur die rhetorische Deckung, hinter der sich der Übergang zum Sprachbeherrscher ohne die Möglichkeit äußerer Kritik vollziehen kann.

Der Positivismus ist damit die Fassade einer obrigkeitsstaatlichen Jurisprudenz. Er liefert ihre Selbstdarstellung nach außen gegenüber anderen sozialen Systemen und insbesondere ihre Rechtfertigung und Immunisierung gegen Kritik. Aber für die nicht ganz reflexionsunwilligen Standesvertreter gibt es eine zweite Variante juristischer Selbstverständigung: den Dezisionismus. Das Gesetz ist für ihn bedeutungslos. Allein der Richter entscheidet, was Recht ist. Es handelt sich um die zynische, eher nach innen zu den Fachkollegen als nach außen zu den Laien gewendete Form des juristischen Bewusstseins.

Nur scheinbar sind Positivismus und Dezisionismus Gegensätze: In Wahrheit ergänzen sie sich nach dem Muster einer klassischen Zweierbeziehung. Der Positivismus verdient nach außen hin das Geld sozialer Legitimation, während der Dezisionismus in aller Stille die Entscheidungen trifft. Der Dezisionismus begleitet als dunkler Schatten des Positivismus alle seine Bewegungen und trifft hinter der rhetorischen Fassade eines reibungslosen Legitimationsmodells alle die Entscheidungen, zu denen der Positivismus nicht in der Lage ist.

In der Praxis entziehen sich die sprachlichen Bedingungen den Vorgaben der juristischen Bedeutungsspekulation. Das tatsächliche Vorgehen der Praxis ist viel komplexer als die einlinigen Konstruktionen der klassischen Lehre. Wenn man die Entscheidungssammlung eines beliebigen Gerichts betrachtet, dann fällt auf, dass den einzelnen Entscheidungen Leitsätze sei es vorangestellt, sei es in zentraler Position der Begründungstexte eingeschrieben sind. Unter diese Leitsätze, nicht etwa unter den Normtext selbst, wird der zu entscheidende Fall subsumiert. Zwar sind die Leitsätze ihrerseits mit dem Normtext verknüpft, aber nicht im Weg einer Subsumtionslogik, sondern über die Standards einer bestimmten Argumentationskultur. Man müsste also bei realistischer Betrachtung sagen, dass der Normtext mit einer Vielzahl von Rechtsnormen verbunden wird und nicht etwa nur eine „enthält“. Wenn der Positivismus statt dessen eine Eins-zu-eins-Beziehung zwischen Zeichen und Bedeutung, bzw. Gesetzestext und Rechtsnorm unterstellt, übersieht er nicht nur auf der rechtstheoretischen Ebene die Vielzahl von fallentscheidenden Leitsätzen. Vielmehr beachtet er auch auf der sprachtheoretischen Ebene nicht, dass man mit einer Textinterpretation nicht etwa die reine Bedeutung an die Stelle des Zeichens setzt, sondern nur eine Zeichenkette an die Stelle einer anderen. Sobald man die sprachtheoretisch / rechtsnormtheoretische Vorentscheidung als den blinden Fleck des Positivismus einer Befragung unterzieht, fällt der gesicherte Ursprung weg, der die Kontinuität der dogmatischen Ableitungen und die Homogenität des juristischen Diskurses gewährleisten sollte. Es wird vielmehr deutlich, dass jede Entscheidung den Normtext einem neuen Kontext aufpropft¹¹, welcher bei Erlass des Textes nicht vorhersehbar war.

Unveränderlich vorgegeben ist der Konkretisierung nur der Normtext als Zeichenkette. Die Rechtsnorm als tragender Leitsatz der Entscheidung muss demgegenüber in einem von rechtsstaatlichen Anforderungen her strukturierten Vorgang erst erzeugt werden. Diese

¹¹ Vgl. zu diesem Begriff *Derrida*, Signatur, Ereignis, Kontext, in *ders.*, *Randgänge der Philosophie*, 1976, S. 124 ff, 136.

Neuformulierung des Problems erlaubt es Geltung und Bedeutung eines Normtextes zu unterscheiden. Wir wissen am Beginn der Konkretisierung, dass der Normtext etwas bedeutet. Darin liegt seine Geltung. Wir wissen aber vor seiner methodengerechten Verarbeitung nicht, was er bedeutet. Denn diese Bedeutung des Normtextes wird als Rechtsnorm erst von den Gerichten und gerade nicht vom Gesetzgeber erzeugt. Die Rechtsnorm ist in dem Zeitpunkt, da ein Jurist mit der Prüfung eines Sachverhalts beginnt, nicht nur deshalb und insoweit unfertig, als sich „ihr Sinn“ dann jeweils erst „in der Konkretisierung vollendet“. Das ist die unzulängliche Problemformulierung der Hermeneutik. Sie ist vielmehr, genau gesagt, in Bezug auf diesen Fall und in dieser Phase der Entscheidung noch nicht vorhanden. Denn der Normgeber hat, realistisch gesehen, nicht Normen gegeben, sondern nur Vorläufer, Eingangsdaten; der Gesetzgeber nur Normtexte, nicht bereits selbst normativ wirkende Größen.

Als Gegenstand juristischer Textarbeit kommt somit nicht die Bedeutung in Betracht. Sie steht erst am Ende juristischer Arbeit und ist gerade keine Voraussetzung. Gegenstand ist vielmehr das Textformular, die bloße Zeichenkette.

Wenn hier die Zeichenkette noch ohne sprachliche Bedeutung als Gegenstand der Rechtsarbeit ausgegeben wird, ist damit natürlich nicht gesagt, dass dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext keinerlei sprachliche Bedeutung zukäme. Das wäre nicht nur contraintuitiv, sondern man könnte dann die Zeichenketten des Rechts gar nicht als solche erkennen.¹² Normtexte sind keine bedeutungsleeren Zeichen. Ganz im Gegenteil! Normtexte haben in der Situation juristischer Entscheidung eher zu viel als zu wenig Bedeutung. Mit dem Normtext als Zeichenkette wird eine große Anzahl von Verwendungsweisen verknüpft, die der Text in die Entscheidungssituation mitbringt. Jeder der beiden streitenden Parteien hat eine sehr spezifische Vorstellung davon, was der fragliche Normtext für ihr Regelungsproblem „sagt“ oder „bedeutet“. Es gibt außerdem meist eine Vielzahl dogmatischer Bedeutungserklärung in der Literatur und eine gewisse Anzahl gerichtlicher Vorentscheidungen. Dazu kommen die mitgebrachten Verwendungsweisen aus der Rechtstradition, der Entstehungsgeschichte, der „Alltagssprache“ und der juristischen Fachsprache. Dieses Überangebot an Bedeutung wird aber in der juristischen Arbeit zunächst eingeklammert. Aus dem Gesetz als Sprachform wird ein Medium gemacht. Das heißt, die von den Parteien und

¹² A. Somek, *Der Gegenstand der Rechtserkenntnis*, Baden-Baden 1996, S. 59 Fußnote 284 und *ders.*, *N. Forgo*, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, Wien 1996, S. 36.

anderen vorgetragenen festen Kopplungen¹³ zwischen Zeichen und Bedeutung bzw. Textformular und Textbedeutung werden zurückgestellt. Die Kopplung wird gelöst und es entsteht ein Kopplungspotential. Das Verfahren erstellt dann im Wege der streitigen Argumentation aus der losen Kopplung wieder eine feste Form der Rechtssprache und muss ihr Ergebnis dann an normativen Vorgaben und sprachlichen Anschlusszwängen legitimieren.

Der Zug der Einklammerung vorgefundener oder mitgebrachter Bedeutungen ist für den entscheidenden Juristen unvermeidbar. Denn die mitgebrachten Verwendungsweisen nicht nur der Parteien, sondern auch der Gerichte und der Literatur schließen sich gegenseitig aus. Mitgebracht vom Normtext in die Entscheidungssituation wird also nicht „die Bedeutung“, sondern der Konflikt um die Bedeutung. Genau diesen Konflikt um die sprachliche Bedeutung muss der Richter am praktischen Fall entscheiden.

5. Wo liegt das Ziel der Auslegung?

Die Technik der Auslegung will eine Hierarchie herstellen zwischen einem heiligen Text und einem abgeleiteten Text. Wir haben auf der einen Seite einen Gott, den Dichter oder Gesetzgeber und auf der anderen Seite einen Priester, Literaturwissenschaftler oder Richter. Der Priester soll seinen Gott nicht sagen lassen, was ihm so einfällt. Also etwa behaupten, dass Gott seine Gnade nur gegen Ablass gewähre. Er soll wirklich das Wort Gottes verkünden. Genauso soll der Richter nicht seinen Willen an die Stelle des Willens des Gesetzgebers setzen.

Nun ist aber jedes Lesen eine Sinnverschiebung. Denn der Leser versteht den Text meistens aus einer vollkommen neuen Lebenssituation heraus oder wie man neuerdings formuliert: Er propft den Text auf einen neuen Kontext auf. Verhindern lässt sich diese Produktivität des Lesens nicht. Das ist heute unumstritten. Aber vielleicht lässt sich diese Produktivität erschweren, bremsen oder in ihrer Gewalt, die sie dem Text antut, teilen und kontrollieren.

Als Bremsklötze für die Geschwindigkeit der Sinnvermehrung kommen drei Instanzen in Frage: der Autor, der Text oder der Vorgang des Lesens.

¹³ Diesen von *F. Haider* in der Wahrnehmungspsychologie entwickelten Begriff verwendet *Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1989, S. 196, 198 ff, 111 f und öfter. Vgl. auch *D. Krause*, *Luhmann-Lexikon*, Stuttgart 1996, S. 124.

6. Bindung an den Ursprung: Die subjektive Lehre

Beginnen wir mit dem Autor, also der Frage, was will uns der Dichter bzw. Gesetzgeber sagen? Der Sinnverschiebung durch den Leser soll hier ein sicherer Ursprung entgegengestellt werden.

Die klassische subjektive Lehre verwendet damit das Prinzip der Autorschaft mit dem Ziel, dem juristischen Diskurs einen Mittelpunkt zu verschaffen. Die Verknüpfung von Normtext und Rechtsnorm soll um den Autor als Einheit und Ursprung der Bedeutung gruppiert werden. Von ihm verlangt man, dass er den im Text verborgenen Sinn offenbart, den Zusammenhang und die stabile Bedeutung garantierte. Die damit beschriebene Autorenfunktion¹⁴ soll im Völkerrecht von den Vertragsparteien bzw. sonst dem Gesetzgeber übernommen werden. Die Gedanken des Autors stehen hinter dem Zeichen des Normtextes und machen sie zu einem sinnvollen Ganzen¹⁵. Denn das Gesetz ist als Schöpfung menschlichen Geistes anzusehen, und der Gesetzgeber bzw. die Vertragsparteien haben mit seiner Verabschiedung bestimmte Vorstellungen und Absichten zum Ausdruck bringen wollen. Ziel der Gesetzesauslegung muss es demnach sein, den tatsächlichen Willen als historisches Faktum zu ermitteln. Indem sie ein vom menschlichen Geist Produziertes als solches erkennt¹⁶, ist die juristische Auslegung ein Sonderfall der philologischen Auslegung historischer Texte.

Das Auslegungsmodell der subjektiven Lehre will eine sichere Bindung des Richters an den Gesetzgeber als Ursprung der Gesetze. Es hat aber nie funktioniert. Das wird deutlich, wenn man die Verknüpfung des gesetzgeberischen Willens nicht mit dem Gedanken, sondern mit der Sprache betrachtet: „Gegen die realpsychische Zurechnung des Gesetzes auf den Willen ist jedoch insbesondere der Einwand zu erheben, dass sie an dem Wesen der Rechtssetzung vorbeisieht und damit die sprachlichen Qualitäten des Gesetzes verkennt (...). Die Setzung bedeutet als Vorgang der sprachlich-logischen Sphäre eine Objektivierung, welche ihren Gegenstand dem Vorgang

¹⁴ Vgl. zur Beschreibung der Autorenfunktion und ihrer Rolle als Verknüppungsprinzip im Diskurs: *Foucault*, Die Ordnung des Diskurses, 1977, S. 18 ff.

¹⁵ Vgl. zu dem damit gesetzten Repräsentationsmodell: *Hang*, Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der objektiven Auslegung von Gesetzen, in: DÖV 1962, S. 329 ff., 330 f.

¹⁶ Vgl. zu dieser Verknüpfung mit der Philologie und der romantischen Verstehelehre die *Diltheysche* Formulierung: "Nur was der Geist geschaffen hat, versteht er". *Dilthey*, Gesammelte Schriften VII, 1927, S. 148. Ähnlich *Boeckh*, Enzyklopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften, 2. Aufl. 1886, S. 111 ff.; für die Aufnahme in der juristischen Methodendiskussion vgl. die Nachweise bei *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl. 1977, S. 85 ff.

subjektiver Willensbildung entzieht und ihm ein Eigendasein zuweist¹⁷. Dieses von Forsthoff nicht weiter entfaltete Argument ist unter Berücksichtigung sprachphilosophischer Erkenntnisse tatsächlich geeignet, das von der subjektiven Lehre in Anschlag gebrachte Repräsentationsmodell an einem zentralen Punkt in Frage zu stellen. Denn bei der Vorstellung, dass hinter dem Gesetz ein formierender Wille steht, den der Normtext nachträglich verkörpert, wird tatsächlich die Sprache auf ein bloßes Ausdrucksmedium ohne Eigengewicht reduziert¹⁸. Wenn man das vom Repräsentationsgedanken nahegelegte Modell eines vorausdrücklichen Willens und seiner nachträglichen Verkörperung ernst nimmt, muss man auch die Frage stellen, welche Seite bei dieser Verknüpfung die eigentlich formierende ist. Diese Frage betrifft das grundlegende Problem einer Lehre, wonach die Textbedeutung durch die Absicht des Textproduzenten festgelegt ist. Eine Absicht ist immer etwas Bestimmtes, und eine bestimmte Absicht kann man nur im Rahmen einer bestimmten Sprache haben¹⁹. Das heißt, dass die Absicht nicht vom Sprachsystem unabhängig ist, sondern sich in dieses einschreibt²⁰. Daher kann man nicht von einer vorausdrücklichen Intention auf die Bedeutung des Textes schließen, sondern nur umgekehrt von der Bedeutung eines Textes auf die Intention²¹. Die Bedeutung eines Textes kommt also nicht, wie das die subjektive Auslegungslehre voraussetzt, so zustande, dass der Textproduzent irgendwelche bedeutungsverleihenden Akte ausführt, sondern die Intentionalität des Textproduzenten muss anknüpfen an ein bestimmtes System sprachlicher Bedeutungen²². Aus diesem Grund kann der gesetzgeberische oder auktoriale Wille nicht als archimedischer Punkt außerhalb der Sprache angesehen werden, welcher ge-

¹⁷ Forsthoff, *Recht und Sprache*, 1940, S. 45.

¹⁸ 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).

¹⁹ Vgl. dazu *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, 1971, Randbemerkungen unter § 38. Auch §§ 337 ff., 358. Zusammenfassende Darstellung bei *E. v. Savigny*, *Die Philosophie der normalen Sprache*, 2. Aufl. 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.

²⁰ Vgl. dazu *Derrida*, *Signatur, Ereignis, Kontext*, in: *ders.*, *Randgänge der Philosophie*, 1976, S. 124 ff., 150.

²¹ 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 Individualität des Autors zurückführt.

²² Vgl. zu diesem Problem die grundlegende Auseinandersetzung Derridas mit Husserl: *Derrida*, *Die Stimme und das Phänomen*, 1979, passim.

genüber der Vielfalt der Interpretationen den identischen Textsinn wahr²³. 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 verwiesen²⁴. Damit kommt die äußerliche sprachliche Form der vorgeblich reinen Innerlichkeit des Willens zuvor.

7. Bindung an den Gegenstand: Die objektive Lehre

Wenn es für die Bindungen des Richters keinen sicheren Ursprung gibt, dann liegen diese Bindungen vielleicht im Gegenstand: dem Text.

Aus dem Argument, dass der gesetzgeberische Wille, um für seine Adressaten verstehbar zu sein, ohnehin nur solche Absichten verfolgen könne, für die sein Textformular allgemein verständliche Zeichen bereithalte, wird hier also gefolgert, dass Ziel der Auslegung nicht die Wiederherstellung eines vom Autor intendierten Wortsinnes sein könne, sondern nur der dem Text immanente objektive Sinn des Gesetzes selbst. Der gesetzgeberische Wille gleicht in diesem Modell einem Bahnreisenden, der, nachdem er seine Fahrkarte gelöst hat, unabhängig von seinem Zutun und ohne weitere Steuerungsmöglichkeiten an einen Ort befördert wird, welcher nach dem Fahrplan schon vorher feststand. Der Auslegende kann sich hier damit begnügen festzustellen, dass der Autor X bei der sprachlichen Objektivierungsstelle ein Ticket gelöst hat, und sich danach auf das Studium der (sprachlichen) Fahrpläne beschränken.

Mit dieser Konstruktion wird von der objektiven Lehre ein Prinzip der diskursiven Verknappung in Anspruch genommen, das Foucault unter dem Stichwort "Kommentar" beschrieben hat²⁵. Im Rahmen dieser Figur kommt dem Sekundärtext die Aufgabe zu, zum ersten Mal das zu sagen, was im Text schon immer angelegt war, und unablässig das zu wiederholen, was eigentlich nie gesagt worden ist. Diese maskierte Wiederholung soll den Zufall des Diskurses bannen, indem sie ihm das Zugeständnis macht, dass das Neue zwar nicht im Inhalt der Aussage, aber im Ereignis ihrer Wiederkehr liegt. In seiner Analyse

²³ Vgl. dazu auch *Frank*, Was ist Neostrukturalismus?, 1983 S. 25 ff.

²⁴ 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.

²⁵ *Foucault*, Die Ordnung des Diskurses, 1977, S. 16 ff., insbes. S. 18

beschreibt Foucault die Kommentierung als ein spezifisches Verfahren der Kontrolle²⁶, wonach die Arbeit der Kommentatoren mittels sekundärer Texte die Bedeutung der Primärtexte repetiert, festschreibt und auf die Reproduktion eines vorgegebenen Sinns verpflichtet²⁷. Die Interpretation ist damit nicht offen gegenüber einer Anzahl untereinander vergleichbarer Lesarten, sondern gefordert ist die eine authentische Interpretationsweise, welche entweder getroffen oder verfehlt wird. Die Möglichkeit des Verfehlens ist dabei nur eine empirische Einschränkung, die sich einzig aus der Tatsache herleitet, dass es keine absolut zuverlässige Technik des Verstehens gibt. Dies kann jedoch nichts daran ändern, dass alles, was wir tatsächlich verstanden haben, auf den objektiven Sinn des Textes zurückzuführen ist. Es geht also bei dieser juristisch säkularisierten Form der Inspirationslehre²⁸ nicht um die Produktion einer Entscheidung, sondern um die Affirmation eines bereits Vorentschiedenen²⁹. Man glaubt an eine geregelte Sprache, in welcher der fragliche Sachverhalt bereits klassifiziert ist; diese soll vom Auslegenden lediglich nachgesprochen werden³⁰.

Aber mit der Bedeutung ist es wie mit der Liebe: wenn man erst nach ihr fragen muss, ist sie schon verschwunden. Das heißt die normativen Erwartungen der Juristen an die Sprache sind nicht einlösbar.

²⁶ Es geht dabei nicht um ein Einschließen oder Einsperren des Diskurses, sondern um seine innere Formation. Vgl. dazu *Deleuze, Foucault*, 1987, S. 63, 83 ff., 85 und öfter

²⁷ Vgl. zur Stabilisierungsfunktion juristischer Dogmatik die Untersuchung von *Harrenburg*, *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis*, 1986, S. 184 ff., 201 ff.

²⁸ Vgl. dazu *Hang*, Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der objektiven Auslegung von Gesetzen, in: *DÖV* 1962, S. 329 ff., 331 „(...) Nach der Inspirationslehre werden wirkliche Gedanken Gottes, nicht solche des Verkünders erkannt. Allerdings wird auch in der Jurisprudenz behauptet, der Jurist müsse bei der Auslegung auf die Stimme des ‚objektiven Geistes‘ lauschen, um der Rechtsidee Geltung zu verschaffen. Diese (wohl unbewusste) Parallele von objektivem Geist und Heiligem Geist muss jedoch bei näherem Zusehen erschrecken“. Vgl. als positive Aufnahme der Beziehung zur Theologie und sogar zu Orakelsprüchen: Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1973, S. 208 f.

²⁹ Kritisch zum Bild des "Nachsprechens" auch *Kirchhof*, *Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache*, 1987, S. 23

³⁰ Vgl. dazu *Foucault*, *Die Ordnung des Diskurses*, 1977 S. 18: „Das unendliche Gewimmel der Kommentare ist vom Traum einer maskierten Wiederholung durchdrungen: an seinem Horizont steht vielleicht nur das, was an seinem Ausgangspunkt stand: das bloße Rezitieren“.

8. Bindungen in der Konstruktion: Der heutige Ansatz

Der heutige Ansatz liegt beim Leser. Die Bezeichnungen dafür sind verschieden: Rezeptionsästhetik, reader orientated criticism oder Konstruktivismus. Man kommt damit auf eine Wahrheit zurück, die schon Lichtenberg formulierte, wenn er das Lesen als Picknick bezeichnete, zu dem der Autor die Wörter und der Leser die Bedeutung beisteuern. Wenn man so den Vorgang des Lesens ins Zentrum rückt, heißt das natürlich nicht, dass Autor und Text verschwinden. Sie treten nur zurück als Ursprung bzw. Gegenstand der Bindung des Lesers. Sie tauchen aber wieder auf als Widerstände für die Konstruktionen des Lesers. Denn der Leser ist bei der Konstruktion der Bedeutung nicht frei. Er wird formiert in seiner Lesetechnik durch Ausbildung und jeweilige Kultur. Mitreden über die Bedeutung darf er erst als "projektierte Leser", "informierter Leser", "Modell-Leser", "Superleser" usw. Der juristische Leser wird formiert durch Ausbildung und Prüfungsdruck. So wie man die professionellen Standards des Verbrechens erst im Strafvollzug lernt, so lernt man als Jurist die professionellen Standards des Lesens im Sprachvollzug beim Repetitor. Erst durch die Sprachdressur in der Ausbildung ist es möglich, dass sich die Konstruktionen juristischer Leser überschneiden oder ähneln.

Das Ziel der Auslegung eine Hierarchie herzustellen zwischen heiligem Text und abgeleitetem Text lässt sich also nur durch eine Formierung des Lesers erreichen. Wie diese Formation des Lesers aussehen soll, hängt natürlich davon ab, was man vom Leser bzw. Juristen erwartet.

9. Die Vorgaben der Verfassung

Vorhersehbare Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit sind die Extrempunkte des möglichen Erwartungshorizonts. Aber die Einlösung dieser Ziele hängt nicht nur davon ab, was politisch und sozial möglich ist, sondern auch davon, was die Struktur der Sprache als Medium des Rechts zulässt. In den damit angedeuteten Grenzen sind Methodenfragen politisch rechtlicher Entscheidung zugänglich. Eine Rechtsordnung kann also etwa in ihrer Verfassung Regeln formulieren, welche der Textarbeit der Gerichte Ziele vorgeben und somit ihre eigene Anwendung mitbestimmen. Eine starke Betonung der Rechtssicherheit würde etwa methodisch einlösbar durch eine Privilegierung von Wortlaut und Systematik. Natürlich mit dem Risiko von Formalismus und Versteinerung. Eine Hervorhebung der Einzelfallgerechtigkeit lässt sich etwa durch besonderes Schwergewicht auf Zweckargu-

mente einlösen. Natürlich mit dem Risiko mangelnder Vorhersehbarkeit und Steuerungskraft des Rechts.

Es gab schon viele Versuche mit Hilfe spezieller normativer Regeln im Rahmen eines Gesetzes dessen Anwendung mitzubestimmen. Einige davon sind kläglich gescheitert. Andere waren ausgesprochen erfolgreich.

Gescheitert sind solche Versuche dann, wenn sie versucht haben die Anwendung des Rechts von vornherein festzulegen, etwa durch Auslegungsverbote. Damit wird etwas verlangt, was an der Sprache als Medium des Rechts scheitern muss. Jede Anwendung einer Regel pflöpft diese auf einen neuen Kontext auf und verschiebt sie damit wenigstens minimal. Ein Verbot der Auslegung könnte also nur erfolgreich sein als Verbot der Anwendung eines Gesetzes. Und selbst bei diesem Verbot müssten wir wahrscheinlich bald über Ausnahmen nachdenken.

Normative Auslegungsregeln scheitern also dann, wenn sie von Sprache und Anwender zu viel verlangen. Sie sind aber ausgesprochen erfolgreich, wenn sie durch Festlegung erreichbarer Ziele dem Anwender ein offenes Orientierungsprogramm bieten. Ein solches Erfolgsmodell stellen die methodenbezogenen Normen aus dem Umkreis des Rechtsstaatsprinzips dar. Von den Gerichten wird eine stabile und voraussehbare Rechtsanwendung verlangt. Hier liegt der Schwerpunkt. Aber um die Gefahr der Versteinerung auszuschließen, liegt ein gewisses, wenn auch kleineres Gegengewicht in dem Erfordernis der Einzelfallgerechtigkeit. Diese grundlegende Vorgabe wird ergänzt durch eine Vielzahl flankierender Einzelregelungen, wie etwa die Garantie effektiven Rechtsschutzes, die Begründungspflicht der Gerichte, die Garantie rechtlichen Gehörs usw. Dieser Komplex methodenbezogener Normen des Verfassungsrechts, hat sich gerade in der Tradition der Staaten bewährt, welche die Europäische Gemeinschaft bilden.

Wenn nicht schon der Gegenstand der Rechtsarbeit Bindungen vorgeben kann, heißt das nicht dass keinerlei Bindungen bestünden. Die Alternative zum Positivismus liegt nicht darin, dass man den Richter zum König macht, dessen Entscheidungen aus dem normativen Nichts kommen. Genau diese Situation haben wir ja schon, wenn auch nicht offen, sondern hinter der positivistischen Fassade aus objektiver Bedeutung und allgemeinen Prinzipien. Die Alternative liegt vielmehr darin, die Bindungen des Richters vom Gegenstand in die Konstruktion des Gegenstands zu verlegen. Wenn man also die Fiktion einer Bindung des Richters an die objektive Bedeutung des Textes

aufgibt, folgt daraus nicht Regellosigkeit. Vielmehr treten an die Stelle fiktiver Bindungen wirkliche Bindungen.

Als aus dem Rechtsstaatsprinzip und anderen methodenbezogenen Normen abgeleitete Forderungen nach Kontrollierbarkeit und Nachvollziehbarkeit juristischen Handelns beziehen sich diese Bindungen auf den mit der Formulierung von Sprachregeln verknüpften Prozess der Sprachnormierung. Die Notwendigkeit der Sprachnormierung, welche sich daraus ergibt, dass die Sprachregeln nicht handhabbare Vorgegebenheiten sind, setzt auch die Möglichkeit einer Sprachkritik als metakommunikative Auseinandersetzung über die Sprachnorm. Wenn Kommunikation kein durch vorgegebene Regeln automatisierter Vorgang ist, sondern Raum für sinnkonstitutive Akte enthält, dann beinhaltet sie auch die Möglichkeit einer kommunikativen Ethik³¹, die diese gestalterischen Eingriffe zwar nicht, wie die Theorie der kommunikativen Kompetenz annimmt, einer vollständigen Steuerung unterwirft, aber doch kritisierbar macht. Die linguistische Diskussion kann somit jedenfalls die strukturelle Möglichkeit von Bindungen beim Prozess der Regelerzeugung dartun, indem sie auf die Sprachreflexionen als Ermöglichungsbedingung für die Entwicklung einer kommunikativen Ethik hinweist. Das Rechtsstaatsprinzip mit seinen Anforderungen an die Begründung juristischer Entscheidungen kann insoweit als ein kodifizierter Sonderfall kommunikativer Ethik angesehen werden. Es kodifiziert eine bestimmte Kultur des Streitens, welche als Auseinandersetzung über sprachliche Normierung auch im alltäglichen Handeln vorkommt, im juristischen Bereich aber durch Rechtsprechung und Lehre eine spezifische Ausprägung erfahren hat. Zur Konkretisierung seiner Maßstäblichkeit muss der Ist-Zustand der praktischen Rechtsarbeit an seinen Soll-Maßstäben gemessen werden und dort, wo erforderlich, zu begrifflich verallgemeinerungsfähigen Strukturen fortentwickelt werden.

Der Ansatzpunkt ist somit ein sprachspiel-immanenter. Man darf im Unterschied zur rein deskriptiven Argumentationstheorie weder auf einen kritischen Maßstab vollständig verzichten, noch im Sinne der Theorie des praktischen Diskurses einen philosophischen Rationalitätsmaßstab auf den Gegenstandsbereich des Rechts anwenden. Entgegen solchen Übertragungen von notwendig deduktiver Form

³¹ Vgl. zum Begriff einer kommunikativen Ethik: *Heringer*, Sprachkritik — Die Fortsetzung der Politik mit besseren Mitteln, in: *ders.* (Hrsg.), Holzfeuer im hölzernen Ofen, 1982, S. 3 ff., 27 ff. Grundsätzlich auch zu Konversationsmaximen: *Grice*, Logik und Konversation, in: *Meggler* (Hrsg.), Handlung, Kommunikation, Bedeutung, 1979, S. 243 ff.

liegt die Chance der Rechtstheorie darin, induktiv bei den praktischen Problemen anzusetzen.

10. Welches sind Ihre Mittel?

Ein Bedeutungskonflikt wird entschieden, indem man das fragliche Zeichen kontextualisiert. Die Gerichte bestimmen die Bedeutung eines Gesetzestextes, indem sie andere Texte zur Bestätigung oder Abgrenzung heranziehen. Diese Kontexte werden erschlossen durch die sogenannten *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.

Ein weiterer Kontext für die Entscheidung ist die Wirklichkeit. Aber weil keiner einen privilegierten Zugang zur Realität hat, formuliert man besser: die Nachbarwissenschaften wie Soziologie, Psychologie, Ökonomie usw. Der Name für diesen Kontextlieferanten wechselt. Früher sprach man von der Natur der Sache oder von natürlichen Ordnungen. Das Bundesverfassungsgericht spricht neuerdings von Normbereichselementen.

Neben diese einfachen Elemente, deren Leistung nur eben darin besteht, Kontexte zu erschließen, treten die zusammengesetzten Argumentformen wie z.B. die teleologische Auslegung und die verschiedenen Schlussformen.

Diese Mittel der Auslegung sind weder von der Sprache noch von der Natur des Verstehens her vorgegeben. Trotzdem ist auffällig, dass z.B. Wortlaut, Entstehung, Systematik und Zweckargument in ganz verschiedenen Rechtstraditionen und von ganz verschiedenen Gerichten durchgängig verwendet werden. Der sachliche Grund für diese Ähnlichkeit dürfte wohl in der holistischen Struktur sprachlicher Bedeutung liegen.³² 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 entwi-

³² Die holistische Struktur von Bedeutung wurde in der postanalytischen Philosophie vor allem von *Davidson* und *Rorty* herausgearbeitet. Vgl. als gut verständliche Darstellung: *V. Mayer*, *Semantischer Holismus. Eine Einführung*, Berlin 1997.

ckelten Strukturalismuskritik und der in Deutschland unter Berufung auf die Humboldt-Tradition vollzogenen pragmatischen Wende in der Sprachwissenschaft. Aber wenn Bedeutung eine holistische Größe ist und man muss über den Konflikt verschiedener Lesarten entscheiden, ist das Ganze gerade nicht verfügbar. Das heißt, man muss die Kontexte schrittweise arbeiten, 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.

III. Einzelelemente der Auslegung

11. Welche Argumentationslasten hat grammatische Auslegung?

Die grammatische Auslegung findet weder in der Fachsprache noch gar in der Alltagssprache einen einheitlichen und stabilen Sprachgebrauch vor. Auch durch Nachschlagen im Lexikon findet der Richter nur Beispiele für den Sprachgebrauch in bestimmten Kontexten; aber keine Sprachnormen, die ihm Auskunft darüber geben, welcher Sprachgebrauch der richtige oder vorzugswürdige sei. Es ist gut, wenn Juristen überhaupt im Zweifel über den Sprachgebrauch in Wörterbüchern nachschlagen. Dennoch finden sie dort nicht die von der Sprache vorgegebene und von den Lexikographen aufgeschriebene Grenze zulässigen Sprechens. Sie finden vielmehr allenfalls Anregungen für bisher nicht bedachte Verständnisvarianten. Und sie finden Hinweise auf vorher vielleicht übersehene Kontexte. Mit dem Griff zum Wörterbuch ist die Arbeit grammatischer Arbeit also nicht getan. Sie beginnt damit erst.

Dies liegt in nichts geringerem als in den "Verhältnissen unsrer Sprache" selbst begründet. Um die einzige Bedeutung des Rechtstextes zu garantieren, muss die juristische Theorie die Komplexität des Sprechens zu *der* Sprache reduzieren. Die erste Vereinfachung liegt darin, dass man von *der* Sprache ausgeht, als sei diese eine überschaubare und homogene Größe mit Normen, die überall und für jeden gleich 'gelten'. Die zweite Vereinfachung betrifft den Kontext einer geäußerten Zeichenkette, welcher als endlich und beherrschbar vorausgesetzt wird, um so die Klarheit der Bedeutung zu garantieren. Die Praxis allerdings belehrt hier sehr schnell eines besseren. Schon die schlichte Frage, wie dunkel es sein muss, damit man von „Nachtzeit“ sprechen kann, erschüttert das Vertrauen in die Sicherheit vorgegebener Bedeutung. Notorisch vor allem dann, wenn sie von Juris-

ten gestellt wird. Stehen gar zwei Juristen beisammen, um darüber zu diskutieren, so ist vollends jeglicher sprachliche Boden unter den Füßen verloren.

Diesseits all dieser Vereinfachungen lehrt die Sprachwirklichkeit schnell, dass eine Äußerung auch dann, wenn sie „Kopfschütteln“ oder auch heftigere Widersprüche hervorruft, noch längst nicht sprachwidrig ist. Solange sie verständlich bleibt, ist der Versuch zu ihrer Korrektur bereits ein Normierungskonflikt, der auf bestimmte Standards der Legitimierung pocht. Gerade Sprachnormen können nicht einfach festgestellt werden. Weder dadurch, dass ein Muttersprachler am Schreibtisch nachdenkt, noch dadurch, dass man im Wörterbuch nachschlägt. Sprachnormen deuten vielmehr auf legitimatorische Standards hin und fordern sie auch ein. Zu deren Untersuchung muss man sich allerdings konkret auf das jeweilige Sprachspiel einlassen. Sprachnormen und aus ihnen erwachsenden Konflikte entziehen der Vorstellung einer im Wortlaut *vorgegebenen* Bedeutung sehr schnell den Boden. Sie machen ein gestaltendes Moment im Sprechen sichtbar, welches sich der schlichten Dichotomie sprachwidrig oder sprachrichtig entziehen.

Der Rechtsstreit verschärft diese Lage noch. In ihm ist der Sprachkonflikt als Lebensmoment der gerichtlichen Auseinandersetzung institutionalisiert. Das „Gesetz“ ist in seiner Bedeutung immer erst akut zu produzieren. Es muss erst zum Text einer Norm fortgeschrieben werden. Und es muss überhaupt erst aktuell in diesem „Moment von Bedeutung“ vor den Fall gesetzt werden. Zu meinen es werde hier lediglich eine Bedeutung festgestellt, die der Gesetzestext schon irgendwie bei sich „hat“, oder gar zu meinen, es werde lediglich erkannt, was „hinter“ den Worten des Gesetzes steckt und zwischen seinen Zeilen „verborgen“ ist, heißt die Semantik der Rechtserzeugung auf den Kopf zu stellen. Juristische Semantik kann nicht Arbeit mit der Sprache sein, sondern ist immer Arbeit an Sprache, indem sie in Hinblick auf den Normtext über sie in ihrer Bedeutung als Recht entscheidet. Statt also nach einer Bedeutung des Normtextes als vorgegebenem Ding zu suchen, steht die grammatische Auslegung vor der Aufgabe, das Funktionieren des Textes als einer Äußerung zu dem, was als Recht gelten soll herauszuarbeiten. Ihr Grundproblem ist nicht eines der Erkenntnis, sondern eines der Entscheidung. Die Frage ist nicht: *wie* ist das Gesetz zu verstehen? Denn jeder der in den Rechtsstreit Involvierten hat schon verstanden. Daran entzündet sich sprachlich gesehen überhaupt der Streit. Damit steht für eine

Rechtserzeugung die Frage an, welches Verständnis vorzuziehen sei.

Eine Rangfolge für das Verstehen ist in der Sprache aber nicht vorgesehen. Ihre Funktion ist erfüllt, wenn Verständigung hergestellt ist. Um eine solche Rangfolge angeben zu können, müssen überhaupt erst Mechanismen geschaffen werden, die in dem von Foucault beschriebenen Sinn eine Ordnung des Diskurses garantieren; Strukturen also, die Verstehen nicht vermehren, sondern verknappen. Von den verschiedenen möglichen Arten das fragliche Textstück zu lesen, soll und darf dann nur noch eine legitim sein. Der Griff zum Wörterbuch kann ebenso wenig aus der Bredouille dieser Entscheidung helfen, wie die Anrufung sonstiger sprachlicher Autoritäten. Der schlichte Widerspruch hebt die Einzigartigkeit ihres Machtworts über die Sprache bereits aus, sofern der nur als ein solcher verstanden wird. Die Lektüre eines Lexikons führt nicht zu feststehenden Daten. Sie eröffnet nur Fragerichtungen. Es handelt im Kern um Gebrauchsbeispielzählungen. Diese Beispiele werden paradigmatisch eingesetzt und sind nicht in eine vorhandene oder empirisch feststellbare Regel auflösbar. Im Rahmen der lexikalischen Semantik wird der Lexikon-eintrag als offene Aufzählung von Beispielen und gerade nicht als Grenze zulässiger Verwendungen verstanden. Ein natürliches Konzept von Wörtlichkeit und zulässiger Verwendung ist nicht zu haben.

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

Über die Pflicht zur Begründung der Entscheidung ist der Richter an überprüfbare Maßstäbe gebunden. Dieser Pflicht des Gerichts entspricht auf der Seite des Bürgers ein Recht auf Sprache. Er hat ein

subjektives Recht darauf, dass der Richter seine Entscheidung nicht einfach nur fällt, sondern in der Begründung auch dem demokratisch legitimierten Normtext sprachlich zurechnet. Direkt mit Hilfe von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung und indirekt mit Hilfe der fachlichen Kritik ist dieses Recht auch durchsetzbar.

12. Wie arbeitet man mit der Systematik?

Die systematische Auslegung eröffnet nicht einen Kontext des Gesetzes, aus dem dann der Regelungsgehalt entnommen werden kann. Sie engt die Vielfalt der Möglichkeiten zur Interpretation nicht ein, sondern erweitert sie unabsehbar. Die systematische Auslegung eröffnet mit jedem herangezogenen Text einen neuen Zusammenhang, der den Normtext wieder in einem neuen Licht erscheinen lässt.

Das Grundproblem der systematischen Auslegung liegt in der Auswahl und Verknappung. Denn man bräuchte dazu einen Blick auf das Ganze der Rechtsordnung, sowie ein stabiles Zentrum als Ausgangspunkt. Aus der politischen Mahnrhetorik ist die Technik bekannt, das "Ganze" aufmarschieren zu lassen. Ziel ist es die starke Hand über die "Teile" herrschen zu lassen, indem man ihnen ihren Platz anweist ganz so, wie der Dompteur dem Löwen seinen Schemel.

Indes ist diese Technik, den Platz des Ganzen zu besetzen für eine seriöse Argumentation nicht gangbar. Das Ganze kann nicht den Teilen gegenübergestellt werden, ohne dass logische Aporien entstehen. Denn selbst dort, "wo bei der Konkretisierung der Norm A das Verfahren systematischer Auslegung 'rein' durchführbar sein sollte - was meist nicht der Fall sein wird -, wären die übrigen Konkretisierungsmomente zumindest in Bezug auf die zur Klärung der Wirkung von A herangezogenen Normtexte B, C, usw. aktuell, da B, C usw. damit gleichfalls für den anstehenden Rechtsfall für den anstehenden Rechtsfall konkretisierungsbedürftig und insofern (zumindest indirekt) 'einschlägig' werden."³³ Hinzu kommt, dass die Systematik eines Gesetzes und schon gar der ganzen Rechtsordnung nicht frei von Widersprüchen ist.³⁴

Es bleibt also das Auswahl- und Begrenzungsproblem. Und der Schlüssel für dessen unter rechtsstaatlichen Vorgaben annehmbare Bewältigung liegt zuallererst in seiner Anerkennung. Daraus ergeben

³³ F. Müller / R. Christensen, Juristische Methodik, 9. Auflage Berlin 2004, Rn. 367.

³⁴ Grundlegend zu dieser Problematik einer Entsubstantialisierung der systematischen Auslegung: F. Müller, Die Einheit der Verfassung, 1979. Zu den Problemen der Textkohärenz bei Rechtstexten vgl. aus linguistischer Sicht D. Busse, Recht als Text, 1992, S. 41 ff.

sich dann auch die entsprechenden Begründungsanforderungen. Die einzelnen Konkretisierungsschritte, für die Auswahl und den Abschluss von Lesarten funktionieren als Instrumente zur Überprüfung von Bedeutungshypothesen. Nicht anders im übrigen als bei der grammatischen Auslegung, mit der die systematische denn auch Hand in Hand geht. Alles in allem kann also die Systematik nie allein entscheidend sein. Sie bedarf, um Ergebnisse zu produzieren der Strukturierung durch juristische Schlussfiguren.

13. Wie funktioniert historische und genetische Auslegung?

Die genetische und historische Auslegung als Unterfälle der systematischen machen eine grundsätzliche Schwierigkeit besonders offensichtlich: die durch die Auslegungselemente herangeführten Kontexte bedürfen ihrerseits der Auslegung, so dass sich die geschilderten Probleme noch einmal potenzieren. Eine Theorie, die dagegen den Normtext als Ausdruck eines subjektiv oder objektiv bestimmten Willens begreift, muss von vornherein die sich allein schon aus der Komplexität und der inneren Widersprüchlichkeit des Entstehungsprozesses rechtlicher Regelungen ergebende Komplexität des genetischen und historischen Konkretisierungselements verfehlen. Dem steht die für einen wachen Verstand unübersehbare Tatsache entgegen, dass "die in den Materialien zu findenden Äußerungen als diskursives Netz, als *diskursive Strategie* in den Zusammenhang einer *Semantik kompetitiven Handelns* eingeordnet werden" müssen.³⁵ Für den entscheidenden Juristen stellt sich damit nicht nur die Aufgabe, den mit den jeweiligen Quellentexten eröffneten Kontext in Hinblick auf den Normtext zu beurteilen. Er muss zudem auch über seine Relevanz und Tauglichkeit als ein solcher Kontext befinden. "Die im Umkreis der 'Paktentheorie' unternommenen Versuche, Einzeläußerungen von Parlamentariern anhand der Mehrheitsregel, der Zuordnung zu Meinungsgruppen usw. zu gewichten (...), gilt es auf dem Weg über sprachtheoretische Reflexion zu entfalten."³⁶

Überblickt man die an den herkömmlichen Canones orientierten Elemente der Rechtserzeugung insgesamt, so lässt sich nicht nur für die historisch genetische Auslegung, sondern generell für eine juristische Methodik, die den Anforderungen an die Praxis juristischer Textarbeit gerecht werden will, der folgende Leitsatz aufstellen:

³⁵ F. Müller / R. Christensen, *Juristische Methodik*, 9. Auflage Berlin 2004, Rn. 361.

³⁶ F. Müller / R. Christensen, *Juristische Methodik*, 9. Auflage Berlin 2004, Rn. 361.

"Wenn sich die Fiktion eines einheitlichen Objekts des Verstehens (...) auflöst, zeigt sich als dessen eigentlicher Gegenstand der Normtext. Im Verlauf der Konkretisierung werden zu ihm Kon-Texte erschlossen, die es voneinander abzuschichten und entsprechend ihrer Nähe zum fraglichen Normtext zu gewichten gilt."³⁷

14. Welche Rolle spielen Realdaten?

Bei Presse, Meinung, aber auch Rundfunk und Kunst zeigt sich besonders deutlich der Charakter grundrechtlicher Leitbegriffe als Verweisungsbegriffe auf die soziale Wirklichkeit³⁸ Für die Rundfunkfreiheit sagt das Bundesverfassungsgericht: "Inhalt und Tragweite verfassungsrechtlicher Bestimmungen hängen (auch) von Ihrem Normbereich ab; ihre Bedeutung kann sich bei Veränderungen in diesem Bereich wandeln".³⁹ Die technische Veränderung von drahtlosem Rundfunk mit begrenzten Frequenzen zum Breitbandkabel verändert den Inhalt der Rundfunkfreiheit: Man kann von der Innenpluralität öffentlich rechtlicher Rundfunkanstalten langsam übergehen zu einem Modell der Außenpluralität. Inhaltliche Vielfalt soll dann durch die Vielzahl der Anbieter hergestellt werden und nicht mehr durch öffentlich rechtliche Rundfunkräte.⁴⁰

IV. Juristische Schlussformen

15. 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.⁴¹ Auch die Wendung „Zweck“ erscheint häufig bei Berücksichtigung eines teleologischen Arguments. Eine weitere Wendung, die teleologische Argumentation anzeigt, ist „sollen“ oder das Wort „dient“.

³⁷ F. Müller / R. Christensen, *Juristische Methodik*, 9. Auflage Berlin 2004, Rn. 361.

³⁸ Vgl. B. Jeand'Heur, *Verfassungsrechtliche Schutzgebote*, 1993, S. 26 ff.).

³⁹ Vgl. dazu BVerfGE 74, 297 ff., 350. Dazu auch schon BVerfGE 73, S. 117 ff.:

⁴⁰ Vgl. dazu F. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 1990, S. 106 ff. Für die Kunstfreiheit vgl. BVerfGE 81, 298 ff., 304 ff.; E 82, 1 ff., (4); vgl. dazu F. Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 1990, S. 106 ff.; vgl. als vieldiskutierter Ausgangsfall BGH, JZ 1990, S. 1137 ff. zum "Opus pistorum" von H. Miller. Dazu auch B. Jeand'Heur, in: *Strafverteidiger*, 1991, S. 165 ff.

⁴¹ Vgl. A. Bleckmann, *Rechtsquellen*, in: M. Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*. Band I, München 1997, Rn. 15, Fn. 23, 25, 26.

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. 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.“⁴²

Das Risiko dieser Vorgehensweise wird noch erhöht, wenn man der teleologischen Auslegung Vorrang einräumt⁴³ 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 Rechts-

⁴² D. Busse, Was ist die Bedeutung von Gesetzestexten, in: F. Müller (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Berlin 1989, S. 93 ff., 99.

⁴³ M. Frisch, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts. Münster 2000, 10, K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin / Heidelberg / New York 1991, S. 343 ff., F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien / New York 1991, S. 556 f.

anwendung in allen ihren Erscheinungsformen.⁴⁴ 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 Willkürisiko 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, da Gesichtspunkte von 'Sinn und Zweck' der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der anderen Elemente belegt werden können. Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem anderen Konkretisierungsgesichtspunkt nachweisbar ist, disqualifiziert sich als *normgelöste* subjektive 'Wertung' oder 'Abwägung'. Die Frage nach dem 'Sinn und Zweck' der zu konkretisierenden Norm bildet jedoch eine unterscheidbare und damit selbstständige Fragestellung bei jeder Arbeit mit grammatischen, historischen und systematischen sowie mit den über die Canones hinaus entwickelten Elementen der Konkretisierung. In deren Rahmen und durch sie kontrolliert kann das Argument aus dem 'Telos' der (in der Regel noch nicht abschließend erarbeiteten) Vorschrift brauchbare zusätzliche Hilfsgesichtspunkte bieten.“⁴⁵

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. Das ist beispielsweise im Europarecht der Fall. Entsprechend argumentiert der EuGH in seiner Rechtsprechung auffallend

⁴⁴ M. Frisch, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, Münster 2000, S. 11.

⁴⁵ F. Müller / R. Christensen, Juristische Methodik. 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 364.

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. Die teleologische Auslegung kann nie den festgefühten 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.“⁴⁶ Zum zweiten ist die teleologische Auslegung einer prinzipiellen Unbestimmtheit in Bezug auf das mit ihr verfolgte Ziel ausgesetzt. Man 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 über den Zweck sein. Die Kunst der teleologischen Auslegung ist es, methodisch nachvollziehbar mit ihrer eigenen doppelten Kontingenz fertig zu werden und sie nicht durch das päpstliche Werturteil zu überspielen.

16. Umkehrschluss als Respektierung des Gesetzgebers

Aufgabe des Umkehrschlusses ist es nachzuweisen, dass „von einer Rechtsvorschrift nur der von ihr ausdrücklich erwähnte Tatbestand erfasst ist.“⁴⁷ Im Gegensatz zu einer semantischen Vervielfachung des Regelungsumfangs durch den Analogieschluss geht es beim Umkehrschluss um Verknappung. Er ist im wahrsten Sinne des Wortes ein Ausschluss. Mit dem Umkehrschluss lehnt man eine Analogie ab. Er ist in einem demokratischen Rechtsstaat die naheliegende und nicht der Begründung bedürftige Lesart. Erst die Analogie bedarf einer besonderen Begründung.

⁴⁶ P. Mastornardi, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen, in: *Gesetzgebung heute* (1998) 2/3, S. 69 ff., 69.

⁴⁷ M. Potacs, *Auslegung im öffentlichen Recht*, Baden-Baden 1994, S. 157.

17. Analogieschluss und Begründung einer Lücke

Die Möglichkeit eines Analogieschlusses besteht, wenn eine so genannte Lücke im Gesetz vorliegt. 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 (...)“⁴⁸. 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

⁴⁸ Vgl. J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1972, 177 ff., 179; H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin / New York 1993, S. 281 ff.

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. historisches 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 Vorschrift voraus und zusätzlich den Nachweis, dass auf der darunter liegenden Ebene das gerade gewonnene Normprogramm der höherrangigen Vorschrift 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 vor-

geordnete 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 *lege artis* 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 Erkenntnishindernis⁴⁹ in der juristischen Sprachtheorie. Juristen machen in ihrem Zugriff auf die Sprachwissenschaft aus dem linguistischen Begriff der Regel eine gesetzespositivistische Norm, welche eindeutig zu entscheiden erlaubt, ob ein Sprachgebrauch legitim ist oder nicht.⁵⁰ 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

⁴⁹ Vgl. zu diesem Begriff G. Bachelard, *Le matérialisme rationell*. Paris 1972, 4 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu R. Alexy, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in: ders. / H.-J. Koch / L. Kuhlen / H. Rüßmann (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden 2003, 9 ff., 16 f.; ders., *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: ebd., S. 217 ff.

eine Grundlage für entsprechende Verbote. Demgegenüber nimmt das Bundesverfassungsgericht an, dass die Justiz sich auch gegenüber neonazistischen Versammlungen meinungsneutral verhalten müsse. In der versammlungsrechtlichen Literatur⁵¹ 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.“⁵² Damit können neonazistische Versammlungen, wenn sie gegen den „Grundkonsens“ der 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

⁵¹ Vgl. dazu *U. Battis / K. Grigoleit*, Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2001), S. 121 ff.

⁵² Vgl. dazu ebd., S. 128.

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.⁵³

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: „Zweifelloos 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 es könnte eine Wertungslücke vorliegen. Das Gesetz regelt ein bestimmtes Problem, tut dies aber auf eine Art und Weise, die unvernünftig und ungerecht ist.“⁵⁴

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. Im Gegenteil verbieten alle höherstufigen Rechtsquellen, von der Verfassung über das Europarecht bis zum 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.

Ein gelungener Analogieschluss ist die Entscheidung, ob bei geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen eine Beweisverwertung nur durch das Gericht in Betracht kommt, ohne dass den übrigen Verfahrensbe-

⁵³ Vgl. dazu *U. Rühl*, „Öffentliche Ordnung“ als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2003), S. 531 ff., 537.

⁵⁴ *W. Brugger*, Würde gegen Würde, in: *VBIBW* (1995), S. 446 ff., 448 f.

teiligten Kenntnis und Einsicht gewährt wird.⁵⁵ 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 einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 99 VwGO alter Fassung gibt es hier allerdings eine Alternative: „Ein In-Camera-Verfahren ist danach zulässig, wenn hierdurch die Rechtsschutzposition der beweisbelasteten Partei allenfalls verbessert werden kann. Dieser Grundgedanke ist nicht auf Auskunftsklagen gegen den öffentlich-rechtlichen Dienstherrn beschränkt. Er gilt grundsätzlich auch für Klageverfahren in der Hauptsache. Jedenfalls in diesen Fällen ist damit das In-Camera-Verfahren 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.“⁵⁶

17. 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 Landesbe-

⁵⁵ Vgl. dazu BVerfG, S. 101, 106 ff.

⁵⁶ T. Mayen, Verwertbarkeit von geheimgehaltenen Verwaltungsvorgängen im gerichtlichen Verfahren?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2003), 537 ff., S. 542.

hörden zu. Bei der Weisung liegt die ganze Verantwortung bei dem anweisenden Bundesminister. Dem Land kann mit einer Weisung also die ganze Verantwortung 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.⁵⁷ 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.

18. Reduktion als semantische Verknappung

Die Etymologie hilft bereits auf den entscheidenden Sprung. Man braucht sich nur an das lateinische „re-ducere“ 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 weitergehenden Sinn, wie ein schneller Blick in den „Kleinen Stovasser“ lehrt.

Die Reduktion produziert nicht. Sie verbraucht einen möglichen Sinn, ähnlich wie im Grunde auch der Umkehrschluss. Der Umkehrschluss

⁵⁷ W. Brugger, Würde gegen Würde, in: VBIBW (1995), S. 446 ff., 447

schneidet aber von vornherein eine mögliche Semantisierung des Normtextes ab. Man könnte ihn gewissermaßen als eine aus dem Schweigen der Vorschrift geborene Desemantisierung betrachten. Die Reduktion ist eher eine aus der Fülle der Auslegungsmöglichkeiten, 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 Überschwang an möglicher Bedeutungsproduktion einen Riegel vorzuschieben. Ähnlich wie beim Umkehrschluss geht es darum, gegen ein Ausschöpfen sprachlicher Möglichkeiten spezifische juristische Kontexte zur Geltung zu bringen. Wenn man im Rahmen der grammatischen Auslegung in einem guten Lexikon nachschlägt, findet man sehr viele Beispiele, von denen einige in juristische Kontexte nicht passen. Die Begründung dafür liefert der Reduktionsschluss. Er muss sich dabei zur Einschränkung der Möglichkeit grammatischer Auslegung auf die Systematik des Gesetzes beziehen oder auf den mit Hilfe der Systematik begründeten Zweck. Nur dann erfolgt die Reduktion *lege artis*.

19. 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.⁵⁸

V. Mögliche Fehler

20. Wie erkennt man logische Fehler?

Logische Fehler bei der Subsumption sind extrem selten. Dafür genügt die Aristotelische Schlusslogik vollauf: Alle Drachen können fliegen. Tante Emma ist ein Drache. Tante Emma kann fliegen. Was soll dabei schiefgehen?

Manchmal bringt die Logik einen Ertrag, wenn es um die Konstruktion der Prämissen für den Obersatz geht. Ich will mich wegen dem knappen Raum auf zwei Beispiele beschränken.

a) Petitio principii

Die *petitio principii* besteht im versteckten Einschleusen normativer Prämissen. Ein bekanntes Problem dazu ist die Frage, ob der Bundespräsident bei der Ausfertigung von Gesetzen ein materielles Prüfungsrecht hat. Als Argument wird manchmal vorgebracht, dies sei zu bejahen im Hinblick auf die in Art. 61 vorgesehene Präsidentenanklage und den in Art. 56 GG geregelten Amtseid. Aber Art. 61 GG sagt nicht, weswegen wir den Präsidenten anklagen sollen, weil er ein materielles Prüfungsrecht ausgeübt hat oder weil er es gerade nicht ausgeübt hat. Auch Art. 56 sagt nur, dass der Bundespräsident die Verfassung wahren und verteidigen soll. Allerdings kann er dies nur dort, wo er Kompetenzen hat. Die Norm selbst begründet gerade keine Kompetenzen.

b) Das Fehlen einer Prämisse

Beispiel wäre etwa die Behauptung, dass ein bestimmter Normtext als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen sei. Meist wird nicht begründet, dass die Norm wirklich eine Ausnahmenvorschrift darstellt. Oder es wird mit dem Zweck der Vorschrift gearbeitet, ohne seine Herleitung zu begründen usw.

⁵⁸ Dieser Zusammenhang gilt natürlich auch für die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, vgl. dazu *M. Amstutz*, Zwischenwelten zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: *G. Teubner / Ch. Joerges* (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, Baden-Baden 2003, S. 213 ff.

21. Was sind Übergriffsfehler?

Das Recht ist als Sollensaussage auf die Formung der Realität bezogen. Häufig braucht man, um die Tragweite einer Regelung einschätzen zu können, Informationen über die Wirklichkeit. Es geht hier um die Verknüpfung des rechtlichen Sprachspiels mit anderen Sprachspielen und Wissenschaften wie Ökonomie, Soziologie usw. Diese Verknüpfung muss man zunächst einmal erkennen. Sonst ist die juristische Argumentation unvollständig. Aber selbst wenn man sie erkennt, gibt es noch spezifische Fehlerrisiken.

a) Übergriffsfehler

In jeder Geisteswissenschaft sind alle anderen Disziplinen mit Stellvertretern präsent. Es gibt eine Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtslinguistik usw. Ein Problem entsteht dann, wenn diese interne Repräsentation den Anschluss an den Stand der Kunst verliert und unter Niveau argumentiert. Ein Klassiker sind hier die Entscheidungen des BGH zum Wesen der Ehe. Ein Übergriffsfehler liegt also vor, wenn eine nötige Rückkopplung an die Fachwissenschaften unterbleibt und der Richter sich zum Soziologen, Linguisten usw. aufschwingt.

b) Unterwerfungsfehler

Dieser Fehler besteht in der normativen Wendung einer faktischen Entwicklung. Tatsächliche Entwicklungen sind an das Normprogramm rückzukoppeln und daran zu messen. Wenn das Normprogramm solche Entwicklungen gerade verbieten will, dann können sie natürlich nicht zur Bestimmung des Inhalts des fraglichen Normtextes herangezogen werden. Methodisch gewendet bedeutet dies, dass Normbereichsargumente beim Konflikt mit textbezogenen Konkretisierungselementen zurücktreten müssen. Sonst würde man das Recht jeder Tatsächlichkeit ausliefern und damit verraten.

22. Welche sprachlichen Fehler machen Juristen?

Wenn man sich die Wurzel einer der Praxis der Rechtserzeugung verpflichteten Methodik vor Augen hält, dann lässt sich daraus eine Faustformel für sprachliche Fehler in der juristischen Textarbeit ableiten. Sie verdankt der grundlegenden Kritik einer Auffassung nach der Recht aus der im Normtext vorgegebenen Bedeutung zu erkennen ist. Von daher kann man umgekehrt immer dort einen sprachlichen

Fehler der Juristen vermuten, wo hypostasierend solcherlei Bedeutungen für die Begründung ins Feld geführt werden. Konkret ist das etwa dann der Fall, wenn bei der grammatischen Auslegung lexikalische Gebrauchsbeispiele einfach behauptet oder sofort ins Normative gewendet werden. Damit wird der Rechtsfindung eine normative Wendung durch die Sprache gegeben, die diese nicht zu tragen vermag. Recht wird aus der Sprache gefolgert statt in ihr gemacht. Es wird dann aus der Sprache heraus argumentiert anstatt auf eine Bedeutungsgebung hin. Und es wird mit ihr gearbeitet statt an ihr. Die Folge ist, dass die Argumentation dann lediglich die Willkür der Setzung bemäntelt und einer solchen juristischen Handelns Tür und Tor geöffnet sind.

Paradebeispiel dafür ist der unbestimmte Rechtsbegriff, der sich nicht von ungefähr grösster Beliebtheit in den Amtsstuben der Verwaltung erfreut. Hier wird schon mit dem Terminus Bestimmtheit behauptet, wo es in Wahrheit nur um Bestimmbarkeit gehen kann. Man wendet hier gewisse Sprachfragmente, die sich aufgrund der traditionellen methodischen Schwierigkeiten damit besonders anbieten, und gibt ihnen eine normative Wendung. Da, wo die Sprache, natürlich erwartungsgemäß, diese nicht erfüllt und zu tragen vermag, folgert man zu gleich die Offenheit eines Beurteilungsspielraums. Der Verwaltungsrichter ist damit aus dem Schneider einer von ihm zu verantwortenden Bedeutungsgebung und die Behörde frei, diesen Spielraum bar jeder gerichtlicher Kontrolle nach ihrem Gutdünken auszufüllen.

VI. Gesetz und Verfahren

23. Was heißt Gesetzesbindung?

Die Rechtsprechung ist durch die Verfassung an Recht und Gesetz gebunden. Und der Artikel 97 I des Grundgesetzes setzt noch einmal ausdrücklich den Richter von allen Abhängigkeiten und Bindungen frei außer der einen und entscheidenden: "Dem Gesetz unterworfen" zu sein. Was aber kann Gesetzesbindung noch heißen, wenn realiter die Erzeugung von Recht nur in den Händen des Juristen liegen kann?

Die praktischen Schwierigkeiten und Aporien, in die das positivistische Modell eines im Gesetz gegebenen Rechts führt werden gewöhnlich gegen ersteres zugunsten einer Freisetzung des Richters vom Gesetz überspielt. Mit einem halbherzigen Bedauern wird dies dadurch gerechtfertigt, dass man ansonsten wohl kaum der gleichfalls verfassungsmäßig gebotenen Pflicht zur Entscheidungsfindung

nicht nachkommen könne. Es wird ein ganzes Arsenal von Formeln und Figuren, von der "Lückenfüllung", über die Auslegung "intra ius contra legem" bis hin zum "Richterrecht", die bei Licht besehen lediglich überspielen, dass die Gesetzesbindung so zur rhetorischen Fassade gerät.

Die Entgegensetzung von Recht und Gesetz wurzelt in einem einseitigen Verständnis des Begriffs der Gesetzesbindung, dessen Zwangsläufigkeit sich schon sprachlich leicht als Schein entlarven lässt. Löst man das Nominalkompositum "Gesetzesbindung" auf, so zeigt sich eine Ambivalenz, die die tatsächliche Alternative zweier grundsätzlicher Betrachtungsweisen zutage fördert. Das Postulat der Gesetzesbindung kann nämlich einmal verstanden werden als eine Bindung "durch" das Gesetz. Dies zieht eine Auffassung von "Gesetz" nach sich, die ihm einen objektiven Inhalt zumessen muss. Nur so wäre es möglich, irgendeine Bindungswirkung vom Normtext auf den Richter ausgehen zu lassen. Gesetzesbindung hieße dann zu erkennen und nachzuvollziehen, was das Gesetz an Recht als seine objektive Bedeutung enthält und somit vorgibt. "Bindung" wird damit zu einer geheimnisvollen, dem geisterhaften Wirken toter Materie zugesprochenen Kraft einer über die richtige Erkenntnis der Gesetzesbedeutung vermittelten Determination.

An der Frage, worin diese Bedeutung dann im einzelnen besteht scheiden sich die beiden Varianten dieser Zugangsweise. Das Ursprungsmodell will in ihm den Ausdruck eines gesetzgeberischen Willens sehen, während das Gegenstandsmodell diese Bedeutung allein in ihrer Verkörperung durch den Gesetzestext selbst sieht.

Diesem Verständnis von "Gesetzesbindung" lässt sich ein anderes entgegensetzen, das in seinen Konsequenzen auch den praktischen Anforderungen an die juristische Textarbeit gerecht wird: Die Bindung "an" das Gesetz. Diese Auffassung geht von dem mit dem Gesetz tatsächlich und konkret gegebenen aus. Sie bezieht die Bindung auf den bloßen Wortlaut des Gesetzes als einer Zeichenfolge, also, wenn man so will, ganz buchstäblich auf dessen Buchstaben. Entsprechend handfest praktisch und vor allem auch überprüfbar ist der Sinn, den dann die Rede von der "Bindung" annehmen kann. Gegenstand der Bindung ist die Zeichenfolge des Normtextes. Mittel der Bindung sind die verfassungsrechtlich begründeten Standards einer praktischen Bedeutungskonstitution. Das Ausmaß der Bindung ist von daher auch nicht mehr eine geisterhaft unterstellte Determination, sondern die relative Plausibilität der Rechtserzeugung im Rahmen der juristischen Argumentationskultur.

Zusammengenommen macht dies das Konstruktionsmodell der Gesetzesbindung aus, das den tatsächlichen Verhältnissen juristischen Handelns gerecht zu werden vermag: Die Gesetzesbindung ist dem Richter unter dem normativen Druck einer Forderung abverlangt, die zurückzuweisen ihn seine Identität als Rechtsarbeiter kostet. Er kann sich der Bindung seiner Textarbeit an das Gesetz nur unter dem Preis seiner Rolle entziehen, um den Preis *seines* 'Rechts auf Recht'. Er muss sich also immer an der Elle des Normtextes messen lassen. Er muss seine Semantisierung des Normtextes dadurch ausweisen, dass er mit der von ihm für den Fall zu bildenden Entscheidungsnorm nur über das Recht entscheidet, das mit der Rückbindung an das Gesetz vom amtlichen Wortlaut vorbedeutet ist. Das heißt allerdings zugleich nicht mehr, als dass er immer nachweislich nichts anderes tut, als mit dem Gesetzestext zu arbeiten. Damit tritt auch an Stelle eines ominösen Willen des Gesetzgebers auf Seiten des Richters ein "Wille zum Gesetz", der die Bindung dort verortet, wo sie realiter ihren Sitz hat: Beim Subjekt, das diese Bindung eingeht und einzugehen hat.

24. Was heißt Begründungspflicht?

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.⁵⁹ Was von einer Begründung verlangt werden muss, wird definiert durch die praktische Entwicklung der jeweiligen Rechtskultur. Allerdings steckt darin auch ein prinzipielles Problem. Was kann man von einer Begründung verlangen?

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

⁵⁹ Vgl. dazu neuerdings wieder: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte in NJW 1999, S. 2429 und *Heitmann*, NJW 1997, S. 1826 ff.

Konstitution dieser idealer Situation. Dann hat man 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 un abgeschlossenen 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 Pro-

blem 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 kontaminiert. 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 Anspruchsbeurteilung 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 vorge-

brachten 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 erreicht⁶⁰, 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.

25. Wann ist eine Interpretation 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 weisen. 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 letz-

⁶⁰ Vgl. zu diesem Kriterium des Geltung von Argumentation *H. Wohlrapp*, Die diskursive Tendenz, in: *ders.* (Hrsg.), *Wege der Argumentationsforschung*, 1995, S. 395 ff, 400; sowie *G.-L. Lueken*, *Konsens, Widerstreit und Entscheidung*, in: *ebd.*, S. 358 ff., 378.

tere 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.⁶¹ 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.

⁶¹ N. Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Frankfurt/M. 1993, S. 119, 163 f., 201 f., 204 f.