



This text is a preprint of:

**Ralph Christensen/Felix Hanschmann, Was bleibt von der Gesetzesbindung bei der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“?, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Band 65, Mohr-Siebeck, 2017, S. 485 – S. 511.**

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

**Christensen, Ralph/Hanschmann, Felix (2017): "Was bleibt von der Gesetzesbindung bei der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“?" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Band 65, Mohr-Siebeck, (2017): S. 485 – S. 511.)**

## Ralph Christensen/Felix Hanschmann

### Was bleibt von der Gesetzesbindung bei der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“?

Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“<sup>1</sup> ist eine Wiederholung der alten.<sup>2</sup> Aber bei dieser Wiederholung kommt es zu einer Verschiebung von Elementen und einem Auftrennen von als fest geglaubten Nahtstellen. Es breitet sich dadurch ein leichtes Zittern aus, welches schließlich das ganze Gebäude des herkömmlichen Verwaltungsrechts einstürzen lässt. Was kann man sehen, wenn sich der Staub legt?

Zunächst eine freie Fläche, die sowohl für den Methodiker als auch für den Dogmatiker neue Ideen möglich macht und viel Arbeit verspricht. Aber natürlich

<sup>1</sup>Es handelt sich dabei weniger um eine akademische Schule (vgl. dazu J. Ph. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, 2016, S. 13 m. w. N. in Fn 50), sondern um einen gemeinsamen Denkstil (zu diesem Begriff vgl. O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 54 ff., unter Bezug auf den Wissenschaftstheoretiker oder Wissenssoziologen Ludwik Fleck.

<sup>2</sup>Vgl. dazu F. Ossenbühl, Grundlagen des Verwaltungsrechts, in: Die Verwaltung 40 (2007), S. 125 ff.; S. Meyer, Fordert der Zweck im Recht wirklich eine ‚Neue Verwaltungsrechtswissenschaft‘?, in: Verwaltungsarchiv, Band 101 (2010), S. 351 ff, 352; E. Schmidt-Aßmann, Die Integration von Reformimpulsen in die Systematik des Verwaltungsrechts, in: W. Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft, S. 1011 ff., 1016 f.; K. Lange, Die Verwaltung 40 (2007), S. 135 ff., 135 f.; A. Voßkuhle, Diskussionsbemerkung, in: VVdStRL 67 (2008), S. 343; H.-H. Trute, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), S. 9 ff. Zum Stichwort „neu“ vgl. A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 1 ff., Rn.1, Fn. 17.

auch die Reste alter Strukturen, so dass man entscheiden muss, ob es sich um entsorgungspflichtige Altlasten handelt, oder sinnvolle Vorgaben für eine Neugestaltung.

## I. Risse im System

Die deutsche Rechtswissenschaft ist traditionell dem Systemdenken verpflichtet.<sup>3</sup> Dabei wird zumeist ein starker Begriff des Systems zugrunde gelegt.<sup>4</sup> Danach soll nicht nur die Rechtswissenschaft systematisch vorgehen, sondern auch das Recht selbst soll ein System bilden.<sup>5</sup>

### 1. Bildet das Recht ein System?

Der Systemgedanke im Recht hat seine Dominanz verloren.<sup>6</sup> In den USA hat er kaum Fuß fassen können.<sup>7</sup> In Europa ist er im Verschwinden. Die Demokratie lässt sich kein System verordnen.<sup>8</sup> Der Gesetzgeber ist nicht zum Bau eines solchen verpflichtet.<sup>9</sup> Schließlich fußt der Gesetzgebungsprozess auf Kompromissen. Dies wird in einem föderalen System besonders deutlich.<sup>10</sup> Im

<sup>3</sup>F. Schoch, Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 177 ff., 191 f.; E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, mit dem Kap. 1: „System und Systembildung im Verwaltungsrecht“.

<sup>4</sup>Vgl. dazu O. Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt / ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 ff., 36 ff., mit Bezug auf C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 74 ff. Vgl. zur historischen Dimension dieses Problems grundlegend M. Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995, S. 121 ff. zum staatsrechtlichen Positivismus. Implizites Leitbild ist das von Bentham entwickelte Panoptikum, worin sich vom zentralen Turm des Gefängnisses aus das Verhalten der Gefangenen in jeder einzelnen Zelle kontrollieren lässt. Also genau das, was Foucault als Leitbild der Disziplinargesellschaft ausgemacht hat. In der Wissensgesellschaft entfallen die Voraussetzungen dafür in einem langsamen Prozess.

<sup>5</sup>C.-W. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 162 ff.; J. Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 105 ff., 177 f.; ders., Die Rechtsfortbildung, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2015, S. 246 ff., 255 f. Zum Unterschied von Formalobjekt und Materialobjekt einer Wissenschaft vgl. M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 241 ff., 247 ff.

<sup>6</sup>Vgl. zur Systemskepsis M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2000, S. 81 ff.

<sup>7</sup>Die hierarchische Verbindung von Verfassungsrecht zu einer Einheit ist in anderen Rechtskreisen so nicht vorhanden und wird als deutsche Besonderheit wahrgenommen. Vgl. O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 36, m. w. N.

<sup>8</sup>Vgl. BVerfGE 121, S. 317 ff., 381 ff., Sondervotum Masing: „Gefahr paternalistischer Bevormundung.“

<sup>9</sup>Vgl. dazu O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 66; ders., Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt / ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 ff., 36 ff.; A. Hasebeck, Die Einheit der Rechtsordnung als Aufforderung an den Gesetzgeber? Zu verfassungsrechtlichen Anforderungen wie „Systemgerechtigkeit“ und „Widerspruchsfreiheit“ der Rechtssetzung, in: Der Staat 41 (2002), S. 429 ff.

<sup>10</sup>Vgl. dazu P. Lerche, Fragen der Stabilität des Grundgesetzes, in: P. M. Huber (Hrsg.), Das Grundgesetz zwischen Stabilität und Veränderung, 2007, S. 73 ff.

Europarecht findet man einen mehrfachen Kompromiss zwischen nationalen und europäischen Interessen, zwischen verschiedenen politischen Richtungen und außerdem noch getrennten Institutionen.<sup>11</sup> Vor allem aber soll diese Aufteilung nicht ein monistisches System herstellen, sondern demokratischen Pluralismus garantieren.

Im öffentlichen Recht war das Systemdenken niemals naheliegend: „Das Recht verdankt seine Entstehung nicht einer einzigen Quelle.“<sup>12</sup> Diese Einsicht Ossensbühls ist heute allgemein akzeptiert.<sup>13</sup> Schon durch die zunehmende Bedeutung des Völkerrechts<sup>14</sup> und erst recht durch die Entwicklung des Unionsrechts wird die Rechtsquellenlehre zum „polyzentrischen Gefüge“.<sup>15</sup> Es gibt im öffentlichen Recht die Außenwirkung von Innenrecht<sup>16</sup> und die Integration privater Rechtssetzungsrechte.<sup>17</sup> Schließlich eine horizontale Vernetzung und vertikale Stufung, ohne dass man eine durchgängige Hierarchie bilden könnte.<sup>18</sup> Es entsteht also weder eine Pyramide, noch ein flaches Netz, sondern eine Verflechtung von Rechtsquellen. Dieses polyzentrische Moment wird in der Bundesrepublik noch durch den Föderalismus verstärkt.<sup>19</sup> Auch dies ist ein „vom Grundgesetz vorausgesetzter Mangel an Homogenität“.<sup>20</sup> Es gibt inzwischen eine Vielzahl landesspezifischer Verwaltungsblätter und schon wegen des Wettbewerbsföderalismus lassen sich klassische Rechtsgebiete wie Polizei- und Kommunalrecht kaum noch bundesländerübergreifend darstellen.<sup>21</sup>

Eine materielle Finalität kann also im Recht nicht angenommen werden.<sup>22</sup> Gerade die Eigengesetzlichkeit des Rechts fordert also den Schutz seiner demokratischen Kontingenz vor der Selbstermächtigung der Wissenschaft über das Stichwort System.<sup>23</sup> Deswegen vollzieht die Rechtstheorie heute einen Abschied vom Prinzip<sup>24</sup>

<sup>11</sup>Vgl. dazu F. Müller / R. Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. II, Europarecht, 3. Aufl., 2012, Rn. 53, 349, 543, 622.

<sup>12</sup>F. Ossensbühl, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, § 100 Rn. 40.

<sup>13</sup>E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S. 34.

<sup>14</sup>Ebd., S. 42 ff.

<sup>15</sup>Ebd., S. 34, so auch die Kapitelüberschrift bei Schmidt-Aßmann.

<sup>16</sup>M. Ruffert, *Rechtsquellen und Rechtsstrukturen des Verwaltungsrechts*, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 1163 ff., Rn. 15 ff.

<sup>17</sup>Ebd., Rn. 18 ff.

<sup>18</sup>Ebd., S. 171 ff.

<sup>19</sup>O. Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, in: M. Jestaedt / ders., *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 1 ff., 36 ff.

<sup>20</sup>P. Lerche, *Fragen der Stabilität des Grundgesetzes*, in: P. M. Huber (Hrsg.), *Das Grundgesetz zwischen Stabilität und Veränderung*, 2007, S. 73 ff., 75.

<sup>21</sup>Vgl. O. Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, in: M. Jestaedt / ders., *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 1 ff., 39.

<sup>22</sup>O. Lepsius, ebd., S. 37; M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, 2006, S. 17 ff., 81 ff. Zur Unterscheidung von Methode und Erkenntnisgegenstand prinzipiell O. Lepsius, *Erkenntnisgegenstand und Erkenntnisverfahren in den Geisteswissenschaften der Weimarer Republik*, in: *Ius Commune* 22 (1995), S. 283 ff.; M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, S. 269 ff., 280 ff.; ders., *Wie das Recht, so die Auslegung – Die Rolle der Rechtstheorie bei der Suche nach der juristischen Auslegungslehre* –, in: *ZÖR* 55 (2000), S. 133 ff.

<sup>23</sup>Vgl. dazu M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, 2006, S. 85.

<sup>24</sup>M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, 2006, S. 81, Fn. 42.

und geht vom „Gängelband des Systems“.<sup>25</sup> Nach dieser Entzauberung der Theorie durch Theorie<sup>26</sup> kann das System höchstens noch als methodologisches Leitbild auftreten: „In einem übergreifenden Sinne kann der Gedanke eines Systems nur auf die Methode der Rechtswissenschaft, nicht aber auf das Recht als ihren Gegenstand bezogen werden.“<sup>27</sup>

## 2. Zwingt die Methode zum System?

Wenn wir schon nicht vom Ganzen her denken können, so könnten wir doch versuchen, zum Ganzen hin zu denken. Zwingt uns also die juristische Methode zum System?

Braucht man für die systematische Auslegung die Einheit der Rechtsordnung? Mit dieser Auslegungsregel will man keine Ganzheit konstruieren, sondern nur Widersprüche vermeiden, soweit man sie sehen kann. Man muss Normkonflikte nicht abstrakt und für alle Zeiten beheben. Gerade die vom Verfassungsgericht entwickelte Methode der praktischen Konkordanz<sup>28</sup> und allgemein der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>29</sup> sind „eine mustergültige Methode zur Produktion von relationierenden Ergebnissen“.<sup>30</sup> Deswegen bezieht sich die systematische Auslegung meist auf ein einzelnes Gesetz in einem bestimmten Bundesland und vergleicht ihr Ergebnis mit anderen Rechtsquellen gleicher Hierarchiestufe. Zwar kommen als ergänzende Verständnishilfen auch Normtexte höherer oder niedrigerer Hierarchiestufen in Betracht (z. B. die Grundrechte im Rahmen des straßenrechtlichen Gemeingebrauchs), aber bei Normwidersprüchen greift dann eine Konformauslegung ein, welche der höherrangigeren Norm im Konfliktfall Vorrang zuweist. Zudem kann die Systematik mit Hilfe der funktionsdifferenten Auslegung korrigiert werden, die man in der Verfassung für die Begriffe „verfassungsmäßige Ordnung“ oder „öffentliche Gewalt“ kennt. Insgesamt erzwingt die Methode der systematischen Auslegung keinen einheitlichen Gegenstand. Ein transzendentes Argument ist damit noch nicht begründet.

Für eine vorausgesetzte Einheit könnte sprechen, dass man in der heutigen postanalytischen Philosophie und Linguistik die Bedeutung holistisch begreift. Kommt man also über die Sprache um das System nicht herum? Dass Bedeutung holistisch ist, führt nun aber gerade nicht zu einem vertikalen Holismus, der vom Ganzen der Sprache her argumentiert. Das Ganze der Sprache ist nicht verfügbar. Sobald man das Ganze bestimmt, wird es zum Einzelnen und büßt seine Rolle als

---

<sup>25</sup>Ebd., S. 81.

<sup>26</sup>Ebd., S. 85.

<sup>27</sup>O. Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt / ders., Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 ff., 37.

<sup>28</sup>Vgl. dazu F. Müller / R. Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl., 2013, Rn. 130, 392, m. w. N.

<sup>29</sup>Vgl. dazu P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl., 1999. Zum historischen konkreten statt abstrakt zeitlosen Verständnis von Konflikten auch O. Lepsius, Karl Loewenstein, in: P. Häberle / M. Kilian / H. Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehre, 2015, S. 411 ff.

<sup>30</sup>O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 66.

kontrollierende Zentralinstanz ein. Die Gegenposition des Atomismus scheidet aber daran, dass Bedeutung eine relationale Eigenschaft ist und keine intrinsische Eigenschaft von Sprachelementen. Ähnliches gilt aber auch für Tatsachen, da diese nicht begriffsfrei zugänglich sind. Eine Auffanglinie ist zunächst der Molekularismus. Dieser versucht, Bedeutungen im Rahmen von Texten oder Tatsachen im Rahmen von Theorien zu verorten. Damit wird die Einheit des Ganzen durch eine Mehrzahl von Sprachspielen oder Paradigmen ersetzt, die nichts miteinander zu tun haben. So meint man, den relationalen Bedeutungsdrift in einer Gestalt und damit einer Grenze auffangen zu können. Es entsteht dadurch aber das bekannte Problem der Inkommensurabilität. Molekulare Einheiten konkurrierender Paradigmen sind danach deduktiv getrennt und können nicht sinnvoll miteinander sprechen. Es gibt eine Vielzahl von Welten, aber als Inseln, zwischen denen keine Brücken bestehen.

Dieses Problem wird erst mit der Kritik Davidsons am Unverträglichkeitstheorem von Kuhn und Feyerabend überwunden. Davidson zeigt, dass von Inkommensurabilität nur in einer gemeinsamen Welt gesprochen werden kann.<sup>31</sup> Dabei stellt Davidson die Frage nach der Bedeutung nicht als eine der Eigenschaft von Ausdrücken, sondern als eine nach deren Verstehen oder Interpretation.<sup>32</sup> Damit vermeidet er die Unzulänglichkeiten des Quineschen Holismus. Er trennt sich vom Verifikationismus und konzipiert den Holismus so, dass nicht die Sprache als Ganzes zum Bedeutungsträger wird. Wenn das Ganze der Bedeutungsträger wäre, könnte man nicht mehr erklären, wie wir einzelne Äußerungen verstehen. Stattdessen schlägt die heutige Sprachphilosophie ein Lernmodell vor, das Bedeutung nicht voraussetzt, sondern ihre Erzeugung eben als Interpretation vor dem offenen Horizont eines Ganzen untersucht.<sup>33</sup>

Damit ist der Holismus nicht mehr nach dem Schema Teil und Ganzes konzipiert, sondern nach dem Schema Gestalt und Horizont. Eine Gestalt kann man nur vor dem Hintergrund eines unbestimmt bleibenden Horizonts sehen. Aber der Horizont wird dadurch nicht zum eigentlichen Träger der Bedeutung.

## II. Gesetzesbindung

Es wird immer wieder betont, dass das „Neue Verwaltungsrecht“ die Gesetzesbindung nicht verdrängen will.<sup>34</sup> Was heißt nun nicht verdrängen? Ihren

---

<sup>31</sup>Vgl. dazu grundsätzlich G.-L. Lueken, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, 1992, insb. S. 152 ff.

<sup>32</sup>Dazu vor allem D. Davidson, Radikale Interpretation, in: ders., Wahrheit und Interpretation, 1990, S. 183 ff.

<sup>33</sup>Zum Interpretationismus Davidsons J. Liptow, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, 2004, S. 183 ff.

<sup>34</sup>Vgl. J. Ph. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, 2016, S. 25, m. w. N. in Fn. 98; zur klassischen „rechtsaktbezogenen“ Perspektive: R. Schmidt-De Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1998, S. 145; zur Profilierung der neuen rechtsetzungsorientierten Perspektive: A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, S. 1 ff., Rn. 15 ff.; Ch. Möllers, Methoden, in: ebd., S. 123 ff., Rn. 23 ff.

Geltungsbereich einschränken oder ihre Wirkung präzisieren? Hier gibt es eine grundlegende Ambivalenz, die sich an vielen Stellen der maßgeblichen Texte nachweisen lässt. Im Vorwort zur ersten Auflage der „Grundlagen des Verwaltungsrechts“ formulieren die Herausgeber das Problem folgendermaßen: „Gesetzesbindung im Sinne von Subsumtionrichtigkeit bleibt ein zentraler Maßstab; dieser ist aber angesichts der Einschätzungs- und Gestaltungsoffenheit vieler Rechtsvorschriften zu ergänzen durch Zielwerte wie Effizienz, Akzeptabilität, Kooperationsbereitschaft, Flexibilität oder Implementierbarkeit.“<sup>35</sup> Es stellt sich die Frage, wie sich die Maßstäbe nach dem Strichpunkt zur Gesetzesbindung verhalten: additiv oder integrativ. Additiv wäre eine räumlichen Abgrenzung zweier Bereiche, nämlich einerseits der Gesetzesbindung und andererseits sonstiger Steuerungsmöglichkeiten. Im eigentlichen Text gibt es aber eine Vielzahl von Formulierungen, die nicht für räumliche Abgrenzung, sondern für inhaltliche Präzisierung sprechen.<sup>36</sup> Diese Ambivalenz hat sich auch in den beiden Referaten der Deutschen Staatsrechtslehrertagung ausgedrückt. Während dem ersten Referat die räumliche Metapher zugrunde liegt,<sup>37</sup> fordert das zweite Referat die inhaltliche Präzisierung.<sup>38</sup> Dieses Problem hat auch die anschließende Diskussion beherrscht.<sup>39</sup>

## 1. Der verzögerte Abschied von der alten „Juristischen Methodik“

Im Kontext des „Neuen Verwaltungsrechts“ bedeutet „Juristische Methode“ die Methode des staatsrechtlichen Positivismus von Gerber und Laband.<sup>40</sup> Es geht bei der Abgrenzung zur Juristischen Methodik weniger um die Vorgehensweise des Rechts oder der Rechtswissenschaft, sondern um einen „Denkstil“, den man

<sup>35</sup>W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, Vorwort zur 1. Aufl. der „Grundlagen des Verwaltungsrechts“, 2012, S. IX.

<sup>36</sup>A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, S. 1 ff., Rn. 11.; Integration der Gesetzesbindung in eine problemorientierte Handlungsperspektive Rn. 71 „Verknüpfung“; Ch. Möllers, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, S. 123 ff., Rn. 23 f.

<sup>37</sup>I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 228 ff.

<sup>38</sup>M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 288 ff.

<sup>39</sup>Sie die Diskussionsbeiträge von J. Isensee, S. 338 f.; E. Schmidt-Aßmann, S. 340 f.; I. Pernice, S. 341 f.; A. Scherzberg, S. 348 f.; O. Lepsius, S. 349 f.; M. Jestaedt, S. 352 f., alle in VVdStRL 67 (2008).

<sup>40</sup>Vgl. A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, S. 1 ff., Rn. 2 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechte Dogmatik, 2013, S. 11 f.; I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 236 ff.; kritisch zu diesem Begriff juristischer Methodik T. Vesting, in: ....., Reform, Bd. X, S. 253 ff.; A. v. Bogdandy, in: ders. / P. Cruz Villalón / P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum: Bd. IV, 2011, § 57, Rn. 48. Zur Bedeutung Otto Meyers in dieser Hinsicht vgl. Ch. Engel, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: ders. / W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205 ff., 216 f., m. w. N. in Fn. 67 und 68.

durch einen anderen ersetzen will.<sup>41</sup> Dieser wird ganz überwiegend anhand folgender Merkmale bestimmt: Die Juristische Methodik ist auf einen abstrakten Rechtsakt als Ergebnis bezogen und blendet die Erzeugung aus.<sup>42</sup> In ihrer Betrachtung ist sie auf das Gericht und dessen Kontrollperspektive zentriert.<sup>43</sup> Kann man die Sicht auf die Gesetzesbindung aus der alten „Juristischen Methodik“ fortführen und lediglich erweitern oder muss man die Gesetzesbindung jetzt neu konzipieren?

Das „Neue Verwaltungsrecht“ thematisiert dieses Problem als Emanzipation vom „zivilistischen Subsumtionsparadigma“.<sup>44</sup> Dieses wird einer ausführlichen Kritik unterzogen. Zunächst ist die Übertragung von Zivilrecht aufs öffentliche Recht abzuweisen.<sup>45</sup> Das damalige Zivilrecht hat sich mit dem BGB auf eine einzige und ziemlich stabile Rechtsquelle beziehen können. Indem das Zivilrecht die Dynamik der Rechtsentwicklung über das Vertragsrecht externalisiert hat, kann man das Recht eher als statisch verstehen. Dies ist im öffentlichen Recht nur sehr beschränkt möglich. Das öffentliche Recht bezieht sich zudem auf eine große Vielfalt von Rechtsquellen mit unterschiedlichen Hierarchiestufen und ist auch viel stärker von Supra- und Transnationalisierung des Rechts betroffen.<sup>46</sup> Ein Richter ist auch nicht lediglich die „viva vox“ des Gesetzes, er bedürfe für sein Handeln im Rahmen der Gewaltenteilung einer Legitimation.<sup>47</sup> Diese Legitimationsnotwendigkeit wurde von der alten Vorstellung des Richters als Subsumtionsautomaten invisibilisiert. In einer gestuften Rechtsordnung seien Rechtsanwendung und Rechtserzeugung notwendigerweise verbunden als so genanntes „Doppelantlitz“.<sup>48</sup> Schließlich ist im öffentlichen Recht als Standard-situation eine Konkurrenz von Konkretisierungsinstanzen anzunehmen. Neben dem Gesetzgeber handle die Verwaltung und schließlich der Richter und bei den

---

<sup>41</sup>Vgl. zum Begriff „Denkstil“: O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 58 ff. unter Bezug auf L. Fleck, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache, Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv, hrsg. von L. Schäfer / T. Schnelle, 1980, vgl. dazu bei Lepsius S. 54 ff., m. w. N.

<sup>42</sup>A. Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, S. 1 ff., Rn. 3, m. w. N. in Fn. 19; M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 288 ff., 289 ff.; Ch. Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 257 f.; M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 242 ff., 259 f.

<sup>43</sup>A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, S. 1 ff., Rn. 4; E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 14.

<sup>44</sup>Vgl. dazu M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 242 ff., 249.

<sup>45</sup>Vgl. dazu M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 241 ff., 248 f.

<sup>46</sup>H.-H. Trute, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch, in: Die Verwaltung, 2007, S. 9 ff., 21 ff.

<sup>47</sup>M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 250.

<sup>48</sup>Vgl. dazu M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 22, 24.

Gerichten gebe es neben den Fachgerichten auch die Verfassungsgerichtsbarkeit.<sup>49</sup> Diese Argumente sind alle durchschlagend. Aber es fehlt als zentrales Problem die Sprache. Subsumtion ist natürlich am Ende vollkommen unverzichtbar. Vorher müssen die Begriffe aber, wie immer in der Logik, feststehen. Sonst können wir nicht rechnen. Wenn man wie die alte „Juristische Methodik“ glaubt, mit der Subsumtion sei alles getan, muss man annehmen, dass die Sprachkompetenz des Anwenders zur Bestimmung der Bedeutung des Gesetzestextes ausreicht. Aber genauso wenig wie man „aus dem Kopf“ eine Brücke bauen kann, kann man „aus dem Kopf“ die Bedeutung eines Wortes übersehen. Wenn die Bedeutung eines Wortes durch all die Wörter bestimmt wird, die regelmäßig in seiner Umgebung auftauchen, ist klar, dass wir ohne Analyse nur einen kleinen Zipfel davon sehen können. Deswegen ist es natürlich eine ungläubliche Hybris, wenn man mit der klassischen „Juristischen Methodik“ die so genannte Wortlautgrenze mit der grammatischen Auslegung gleichsetzt. Juristen haben deshalb schon immer, unter der Überschrift „Systematik“ nach anderen Gebrauchsbeispielen gesucht, als denen, die ihnen direkt einfallen. Meistens in Kommentaren als einer speziellen Form juristischer Wörterbücher. Aber auch dort findet man keine Gewissheit, weil jedes Wort in der Sprache ständig in neuen Kontexten auftaucht. Wenn also über Bedeutung erst einmal Streit entstanden ist, dann ist eine ausführliche Analyse nur die Wissensgrundlage für den Prozess der Argumentation.

Dieses Problem ist im Neuen Verwaltungsrecht schon angekommen. Denn eines seiner zentralen Anliegen besteht darin, die dienende Rolle des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht zu überwinden.<sup>50</sup> Wenn es keine Gewissheit in der Sprache gibt, braucht man das Verfahren, um trotzdem navigieren zu können. Es verliert seinen Status als Diener.<sup>51</sup> Trotzdem ist die Artikulation des Problems im Neuen Verwaltungsrecht noch ambivalent. Braucht man für die Realität der Rechtserzeugung einen Neubau der „Juristischen Methodik“ oder nur einen Anbau?

## 2. Die statische Auffassung der Gesetzesbindung als deduktive Ableitung

Die alte „Juristische Methodik“ kann und muss erhalten bleiben. Sie benötigt lediglich einen Anbau. Das ist die Position von Ivo Appel,<sup>52</sup> der als Erstreferent

---

<sup>49</sup>M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 241 ff., 253 f. „Rechtskonkretisierungskonkurrenzen“.

<sup>50</sup>Vgl. dazu O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 62; I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 226 ff., 238 f.

<sup>51</sup>Vgl. dazu A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Abmann / ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, S. 1 ff., Rn. 15 ff.

<sup>52</sup>I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 226 ff.



auf der Staatsrechtslehrertagung das Neue Verwaltungsrecht in das Kontinuum der verwaltungsrechtlichen Dogmatik einordnet. Die klassische Auffassung der Gesetzesbindung bleibe erhalten und man benötige daneben noch einen „Raum“ oder „Ort“ für das Problem der Steuerung der Rechtserzeugung. Die Frage nach dem „Wie“ der Steuerung, die unter anderem mit Selbstprogrammierung<sup>53</sup> beantwortet wird, müsse durch die Frage nach dem „Wo“ ergänzt werden. Es gehe nicht um die Alternative entweder Gesetzesbindung oder Steuerung. Auch nicht um eine Entwicklung von der Gesetzesbindung zur Steuerung, sondern um ein „geordnetes Nebeneinander“.

### a) Leistungsstaat: Juristen erstellen die Semantik des Gesetzes

Die Sprache wird von den Juristen ausgerechnet mit Hilfe der Gesetzesbindung aus der Untersuchung ausgeklammert. Der Text von Appel, der sich durchaus an vorderster Front der Methodik bewegt,<sup>54</sup> zeigt diese Einschränkung exemplarisch: „Stellt man die strukturelle Offenheit von Sprache in Rechnung, ist Rechtsanwendung durch Auslegung sprachlich gefasster Normen nie nur Erkenntnisakt, sondern hat stets auch konstitutiven Charakter. Aus sprachwissenschaftlicher Perspektive ist die Rechtswissenschaft – auch Falllösungswissenschaft am Maßstab des Rechts – daher nie nur eine anwendungsbezogene Interpretationswissenschaft, sondern stets auch eine rechtssetzende Handlungs- und Entscheidungswissenschaft.“<sup>55</sup> Damit führt uns die sprachliche Reflexion genau zu dem Punkt, an dem die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft ansetzt. Jetzt wird aber die Sprache wieder aus dem Fokus genommen. Zunächst wird zugegeben, „dass die Rechtswissenschaft eine implizit bleibende eigene juristische Sprachtheorie pflegt, die Ergebnisse der sprachwissenschaftlichen Fachdiskussion zu einem guten Teil verleugnet.“<sup>56</sup> Nun könnte man daran denken, mit Hilfe der von der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft entwickelten Erweiterungen des juristischen Fokus diese implizite Sprachtheorie zu überwinden. Es geschieht aber das Gegenteil: „Offenbar darf die Rechtswissenschaft als Falllösungswissenschaft am Maßstab des Rechts die Grundannahme nicht in Frage stellen, dass eine solche Bindung über das Medium der Sprache möglich ist – genauso wie sie (unabhängig vom jeweiligen Stand des Determinismus-Indeterminismus-Streites) nicht in Frage stellen kann, dass Normadressaten durch normative Vorgaben überhaupt determiniert werden können. Ohne diese Grundannahme wäre Recht als normatives Konzept weitgehend hinfällig.“<sup>57</sup> Damit ist das Problem der

<sup>53</sup>Vgl. dazu M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 288 ff., 317 f.

<sup>54</sup>Seine Position ist methodologisch fein ausdifferenziert. Er stellt sogar Fragen, auf die die Methodik nicht nur keine Antworten hat, sondern die sie noch gar nicht selbst gestellt hat. (Vgl. I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 226 ff., 239, Fn. 112. Jede dieser Fragen verdient mindestens eine ausführliche Monografie. Nur an einer Stelle fällt er hinter seine eigenen Vorgaben zurück. Das ist das Problem der Gesetzesbindung.

<sup>55</sup>I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 261, Fn. 118.

<sup>56</sup>Ebd.

<sup>57</sup>Ebd.

Sprache in den Bereich der Metaphysik abgeschoben und für die weitere Analyse nicht mehr zu berücksichtigen. Ein wirkliches Problem ist verschwunden. Für Metaphysik sind Juristen nicht zuständig. Die Sprachlichkeit des Rechts ist damit erledigt. Dieser ganze Vorgang der Exklusion vollzieht sich in einer Fußnote.

Dieser Ausschluss hat einen systematischen Grund: Die Juristen betrachten die Sprache als ihr Eigenes. Das erstaunt, weil doch immerhin viele Menschen sprechen können, wenn auch nicht ganz so gut wie die Juristen. Warum also diese Selbstermächtigung?

Hier wird eine Gefahr abgewehrt. Juristen sehen sich durch die Integration von Fremdwissen gefährdet. Sie begreifen das Verstehen von Gesetzestexten als ihre Kernkompetenz. Man überhöht das gern mit dem Wort Hermeneutik. Nun ist die Hermeneutik eine ehrwürdige Lehre und die Ausfüllung dieses Begriffs in der Philosophie zwischen Schleiermacher, Dilthey und Gadamer streitig. Gerade deswegen bildet sie eine Abschirmung für das, was Juristen tun. Hermeneutik gilt heute fast durchgängig als juristische Kernkompetenz.<sup>58</sup> Man ist in der Nähe der Theologie und nicht der Sprachwissenschaft. Zwischenfragen könnten aufhalten. Auch der Gottesdienst ist eher Frontalunterricht und eine Diskussion nicht vorgesehen.

Die Sprachwissenschaft könnte das, was Juristen tun, nüchterner bestimmen: Juristen erzählen in der Dogmatik Gebrauchsbeispiele. Sie erzählen sie nicht vollständig und nur soweit es zu ihrer Position passt. Gebrauchsbeispiele finden sich durch die Regeln der Auslegung. Die Gebrauchsbeispiele, die als erstes in den Blick kommen, nennt man traditionell grammatische Auslegung. Wenn man Beispiele anderer erst aufsuchen muss, nennt man dies systematische Auslegung. Zudem kann man die Gebrauchsweisen noch aus der Entstehungsgeschichte, der Abgrenzung zu Vorläufernormen oder dem verfolgten Zweck der Regelung ableiten. Im Prinzip geht ein Jurist beim Sprachverstehen also nicht anders vor als ein Sprachwissenschaftler.<sup>59</sup> Nur dass dieser die Korpora, aus denen er seine Gebrauchsbeispiele entnimmt, offenlegt. Ein Jurist tut dies nur zum Teil, indem er sich auf einzelne Vorentscheidungen, Kommentarstellen oder Lehrbücher beruft. Natürlich verwenden Juristen und Sprachwissenschaftler diese Techniken zu unterschiedlichen Zwecken: Der eine will beschreiben, der andere will entscheiden. Das genau ist das Problem der Interdisziplinarität. Beschreibungen können den Übergang zur Entscheidung erleichtern, aber nicht vorgeben. Wieso wird diese Reflexionsebene jedoch ausgegrenzt?

Ein möglicher Grund könnte in der Befürchtung zu suchen sein, dass die Sprachwissenschaft den Inhalt des Gesetzes festlegt. Interdisziplinarität darf man

---

<sup>58</sup>Vgl. dazu grundlegend als klassischen Ort K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., 1979, S. 181 ff.; A. Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 1999, S. 67 ff.; Ph. Mastronardi, Juristisches Denken, 2. Aufl., 2003, S. 26 ff., der aber auf die Argumentation als grundlegenden Aspekt verweist.

<sup>59</sup>Vgl. dazu M. Morlok, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: B. Ehrenzeller / P. Gomez / M. Kotzur / D. Thüerer / K. A. Vallender (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, 2008, S. 67 ff., 72.

deshalb nicht zulassen. Sie soll nur zugelassen werden außerhalb der Gesetzesbindung. Fremdwissen lässt sich nur in getrennten Räumen verarbeiten, jenseits der Gesetzesbindung. In den heiligen Bereich der Sprache des Gesetzes dürfen nur Juristen, während Fremdwissenschaftlern der Weg ins Jenseits gewiesen wird.

Zugrunde gelegt ist dabei die Vorstellung, dass das Gesetz über die Anwendung seiner Sprache bindet. Wir gelangen hier zur Kernaufgabe der Jurisprudenz: den Übergang zwischen Text und Praxis zu ermöglichen.<sup>60</sup> Die Rechtswissenschaft hat also die Aufgabe „den Übergang zwischen Text und Praxis zu bewerkstelligen, das ‚law in the books‘ in soziale Praxis zu übersetzen oder umgekehrt.“<sup>61</sup> Die Lösung dieser Aufgabe würde ein Weiterdenken der „Juristischen Methodik“, wie sie der staatsrechtliche Positivismus entwickelt hat, verlangen.<sup>62</sup> Aber man will an der Vorstellung der Anwendung festhalten und sie nur um einen weiteren Raum der Rechtserzeugung ergänzen.<sup>63</sup> Man rettet so die Vorstellung, dass das Eigene der Jurisprudenz in der Definition gesetzlicher Begriffe liegt und deren logischer Verknüpfung.

## b) Die Ableitung aus dem System

Das doppelte Rechtsantlitz verwandelt sich damit in eine Zwei-Raum-Einheit. In der Arbeit des Rechts sind Rechtsanwendung und Rechtserzeugung nicht untrennbar verbunden, sondern teilbar zusammengesetzt. Die Gesetzesbindung des Richters bezieht sich nach herkömmlicher Vorstellung auf die Bedeutung des Gesetzestextes. Allerdings kann nach Appel dieser Text dem Richter nicht die einzig richtige Entscheidung vorgeben. Wie muss man Gesetzesbindung aber dann verstehen? Er geht davon aus, dass Gesetzesbindung Begründbarkeit aus dem Gesetz verlange. Die Wendung „Begründung aus dem Gesetz“ ist allerdings mehrdeutig. Handelt es sich um Ableitung im Sinne einer Determination oder nur um die Kontrolle eines unabhängig davon gefundenen Ergebnisses? Die Methodik, sagt Isensee,<sup>64</sup> ist nach dem Weg. Damit hat er Recht. Methodik ist die kritische Reflexion, auf das, was die Praxis schon kann. Dies wird prinzipiell formuliert und damit vom Können ins Wissen transformiert. Schließlich kann dieses Wissen dann an rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung gemessen werden. Aber man kann das, was nach dem Weg kommt, auf das Ergebnis

<sup>60</sup>A. v. Arnauld, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: A. Funke / J. Lüdemann, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 ff., 75.

<sup>61</sup>Ebd., S. 77.

<sup>62</sup>Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht (Jahr), S. 83 ff., 97 ff.; Ch. Möllers, Braucht das Öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, in: Verwaltungsarchiv 90 (1999), S. 187 ff.; A. Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht (Jahr), S. 171 ff.

<sup>63</sup>M. Jestaedt, Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?, in: A. Funke / J. Lüdemann, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 24.

<sup>64</sup>J. Isensee, Redebeitrag, in: VVdStRL 67 (2008), S. 338.

nochmals anwenden.<sup>65</sup> Je öfter man das tut, umso stärker beeinflusst die Ergebniskontrolle auch den Weg zur Entscheidung. Die Begründung, welche der Rechtsstaat vom Rechtsfunktionär fordert, muss allerdings nicht den Weg zur Entscheidung darlegen, sondern nur die Kontrolle ermöglichen. Insoweit geht es um Begründung und nicht um Herstellung.

Bei Appel wird Begründbarkeit stillschweigend mit Ableitbarkeit gleichgesetzt. Abgeleitet wird zwar nicht mehr die einzig richtige Entscheidung. Das ist der Fortschritt gegenüber der alten „Juristischen Methodik“. Aber abgeleitet wird ein fester Rahmen. Dieser Rahmen kann den Bezirk definieren, welchen Fremdwissen nicht betreten kann. Die Sprache des Gesetzes ist Eigentum der Juristen. Es geht um sprachliche Deduktion, nicht um Überprüfung. Nur außerhalb dessen, was sprachlich deduzierbar sein soll, gibt es dann Rechtserzeugung: „Wo die Gesetzesbindung und damit der Bereich der Rechtsanwendung enden, beginnt der rechtserzeugende Teil der Rechtsverwirklichung (Rechtserzeugungsraum). Hier ist Platz für steuerungswissenschaftliche Überlegungen.“<sup>66</sup>

Welche Maßstäbe braucht man jenseits der Gesetzesbindung? Appel unterlässt zu Recht die Ausschmückung mit privaten oder aus Fremdwissen ausgeborgten philosophischen Maßstäben und verweist stattdessen ganz nüchtern auf die Steuerungswissenschaft. Aber trotzdem ergibt sich aus diesen Richtigkeitsmaßstäben ein Paradox: Wenn man sie explizieren wollte, würden sie entweder zum Gesetz gehören, als Argument im Auslegungstreit, oder sie würden den Maßstab des Gesetzes verdrängen. Auch Appel selbst sieht dieses Problem und lässt die Alternative offen, ob man entweder alles normativ verankern muss oder dieser Versuchung gerade widerstehen sollte.

Grundlegender ist aber folgendes Problem: Wie kann der Raum der Rechtsanwendung überhaupt bestimmt werden? Die Frage nach dem „Wo“ setzt Grenzen voraus, die gezogen werden können. Wo liegen diese?

In der herkömmlichen Theorie wird die Gesetzesbindung statisch verstanden. Dabei wird das Gesetzbuch mit dem Bild des Buches als Sinneinheit aufgeladen. Aus dem Wirtschaftsgut wird eine metaphysische Figur, deren Aufgabe darin besteht, das Ganze des Rechts von einem ungreifbaren Horizont in eine beherrschbare Figur zu verwandeln. Auf das Buch setzt man die Hoffnungen, weil es mit seinem ersten und seinem letzten Satz scheinbar klare Grenzen aufweist und man glaubt, von seiner Sinnmitte aus das Ganze beherrschen zu können. Das Buch mit all seinen Enden aus Anmerkungen, Fußnoten und Schlussbemerkungen wird damit zur Sinn Ganzheit gerundet.<sup>67</sup> Diese wiederum soll dann dem Verstehen des Lesers Form und Maß geben. Vor allem die klassische Hermeneutik hat diese Form des Buches zum ontologischen Strukturmoment des Verstehens gemacht: „Der Sinn dieses Zirkels, der allem Verstehen zugrunde

<sup>65</sup>A. Scherzberg, Redebeitrag, in: VVdStRL 67 (2008), S. 348 f.

<sup>66</sup>I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 228 ff., 262.

<sup>67</sup>Vgl. damit M. Wetzel, Die Enden des Buches oder die Wiederkehr der Schrift, 1991, S. XII.

liegt, hat aber eine weitere hermeneutische Konsequenz, die ich den ‚Vorgriff der Vollkommenheit‘ nennen möchte. Auch das ist eine offenbar formale Voraussetzung, die alles Verstehen leitet. Sie besagt, dass nur das verständlich ist, was wirklich eine vollkommene Einheit von Sinn darstellt.“<sup>68</sup> Mit diesem Vorgriff soll nahegelegt werden, dass im Text eine objektive Sinneinheit vorhanden ist, die den Leser zu führen vermag. Dieser Sinn ist der für den Leser objektiv vorgegebene Bezugspunkt. Aus der Sicht der Leser mag sich der Sinn eines Textes wandeln.<sup>69</sup> Aus der Sicht des Textes ist die jeweilige Lesart nur eine unter vielen, welche die Sinnfülle des Textes im Prinzip nie erschöpfen können. Deswegen lässt sich vom Standpunkt der klassischen Hermeneutik her sagen, dass das Werk gerade im Wandel identisch bleibt. An das Buch knüpft also ein objektives Überlieferungsgeschehen an. Seine Form soll als immanentes Maß im Verstehen des Richters die Bindung an das Gesetz garantieren. Ein Verfahren braucht man dazu nicht.

Demgegenüber hat die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft gerade die konstitutive Rolle des Verfahrens für das Recht herausgearbeitet.<sup>70</sup> Damit ist der herkömmliche Bedeutungsidealismus verabschiedet<sup>71</sup> und die Bedeutung als nachträgliche begriffen<sup>72</sup>. Verfahren und Prozess kommt damit eine tragende Rolle beim Problem der Rechtsbestimmtheit zu.<sup>73</sup> Dass diese Frage jetzt gestellt wird, liegt daran, dass sich die mediale Infrastruktur des Rechts grundlegend geändert hat.<sup>74</sup> Ein Jurist sitzt nicht mehr vor Büchern, sondern vor dem Computer. Die Grenzen der Welt des Buches werden schon sichtbar, als mit Telegraphie, Rundfunk, Film und Fernsehen andere Medien zum Buch in Konkurrenz traten.<sup>75</sup> Aber die Massenmedien konnten die Welt des Buches und seine stille Hermeneutik zunächst nicht gefährden. Erst mit den digitalen Medien hat der Text die Grenzen des Buches als Sinntotalität verlassen.<sup>76</sup> Jetzt werden Probleme sichtbar, die bisher im Schatten der hermeneutischen Selbstverständlichkeiten

<sup>68</sup>H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 6. Aufl., 1990, S. 299.

<sup>69</sup>Ebd., S. 379.

<sup>70</sup>Vgl. dazu I. Appel, *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch*, in: *VVdStRL* 67 (2008), S. 226 ff., 271 ff., m. w. N.

<sup>71</sup>Vgl. ebd., S. 305 ff.; vgl. dazu auch grundlegend A. Somek, *Rechtssystem und Republik*, 1992, S. 475 ff., 305 ff.

<sup>72</sup>Ebd., S. 311 ff.

<sup>73</sup>Allgemeinere Ansätze in diese Richtung wären G. Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999, wonach sich „die Frage der Rechtstaatlichkeit nicht mehr statisch als Frage nach den ‚herrschenden‘ Gesetzen, sondern dynamisch als Frage nach dem Wie des Prozessierens von Recht (stellt)“, S. 15; K.-H., Ladeur, *Prozidurale Rationalität – Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 7 (1986), S. 265 ff.; N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl. 1975; U. Neumann, *Material und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989), S. 52 ff.

<sup>74</sup>Vgl. dazu grundlegend T. Vesting, *Die Medien des Rechts 4: Computer*, 2015 sowie K.-H. Ladeur, *Die Textualität des Rechts*, 2016, S. 302 ff., 306 ff.

<sup>75</sup>Vgl. dazu H., Schanze, *Integrale Mediengeschichte*, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch der Mediengeschichte*, 2001, S. 252 ff., 263 ff.

<sup>76</sup>Vgl. dazu G. P., Landow, *Hypertext. The Convergence of Contemporary Critical Theory and Technology*, 1997, S. 57; sowie J. D. Bolter, *Writing Space. The Computer, hypertext and the History of Writing*, 1991, S. 240.

lagen, die Triangulierung des Verstehens im Text. Autor und Leser gedacht in vorgeprägten Rollen verlieren ihren Halt im Buch. Der Autor wird anonym, der Leser übernimmt seine Funktion und dem Text fehlen objektiv vorgegebene Grenzen. Es gilt also, das Verstehen neu zu denken.

Mit den neuen Medien wird die Verknüpfung des Textes mit anderen Wissenssegmenten im Hypertext außen angeschrieben. Damit wird die Zuordnung von Zeichenkette und Bedeutung plurifiziert. Beim stillen Lesen konnte man an die einzige Bedeutung des Textes als Sinntotalität glauben. Denn der Leser muss seine eigene Auslegungskultur und den Wissensschatz, den er dem Text zuführt, nicht bemerken. Er kann alles, was er schafft, objektiv attribuieren, und so glauben, dass allein der Text spricht. Der Hypertext macht dagegen die Vielzahl der Verknüpfungen von Zeichenkette und Bedeutung im Außen sichtbar. Aus dem System kann man nicht mehr deduzieren.

### c) Ableitung aus dem Willen des Gesetzgebers

Man könnte aber als Grundlage für die Ableitung eines Rahmens an den Willen des Gesetzgebers denken. In der jüngeren Diskussion, sagt dazu Möllers,<sup>77</sup> habe die subjektiv-historische Auslegung verstärkte Aufmerksamkeit gefunden. Er fügt allerdings hinzu, dass ein Wille des Gesetzgebers als griffige Großformel heute nicht mehr ernst genommen werden könne. Ein vorausdrücklicher Wille des Gesetzgebers ließe sich schon gar nicht formulieren. Ein solcher Wille kommt gegenüber dem Ausdruck immer zu spät. Es kann also nur um den Sprachgebrauch des historischen Gesetzgebers gehen, nicht um „seinen“ Willen. Kann man nun diesen Sprachgebrauch als Inhalt der Gesetzesbindung fixieren?

Das Gesetz ist ein Text, der eine Vorgeschichte in seiner Entstehung und eine Nachgeschichte in seiner Anwendung hat. In dieser ganzen Geschichte wird der Text immer wieder gebraucht. Aber ist von der Vielzahl der Sprachgebräuche einer privilegiert? Nur wenn uns die historische Sprachgemeinschaft eine feste Bedeutung liefern könnte, wäre eine Versteinerung der Bedeutung möglich. Diese Interpretationsgemeinschaft ist aber historisch, und wir können sie nicht befragen. Wir haben nur Kontexte als Spuren. In diesen Kontexten finden wir Verwendungsbeispiele. Wenn wir daraus Regeln destillieren wollen, fällt uns auf, dass die Interpreten keine Gemeinschaft bilden. Menschen leben nicht mehr in Gemeinschaften, sondern in Gesellschaft. Darin gibt es Vielfalt vor allem in der Sprachverwendung. Untersucht man mit einer sog. Kookkurrenzanalyse<sup>78</sup> einen Sprachzustand zu einem bestimmten Zeitpunkt, finden wir deshalb im Medien-corpus andere Verwendungsweisen als im Literaturcorpus und im Rechtscorpus.

<sup>77</sup>Ch. Möllers, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., 2012, S. 123 ff., Rn. 23.

<sup>78</sup>Vgl. dazu E. Felder / M. Müller / F. Vogel, Korpuspragmatik. Paradigma zwischen Handlung, Gesellschaft und Kognition, in: dies. (Hrsg.), Korpuspragmatik. Thematische Korpora als Basis diskurslinguistischer Analysen, 2012, S. 3 ff.; M. Müller, Vom Wort zur Gesellschaft: Kontexte in Korpora. Ein Beitrag zur Methodologie der Korpuspragmatik, in: ebd., S. 33 ff.; F. Vogel, Das Recht im Text. Rechtspragmatische Usus in korpuslinguistischer Perspektive, in: ebd., S. 314 ff.

Gerade auch der Rechtscorpus ist besonders inhomogen. Denn Juristen streiten über den richtigen Sprachgebrauch.

Die Privilegierung eines historischen Sprachgebrauchs würde diesen versteinern. Das Gesetz würde eingefroren mittels Argumenten, die nur sehr schwer oder gar nicht zu überprüfen wären. Die Juristen müssten dann vor allem historische Sprachanalysen durchführen. Dass dem nicht so ist, hat gute Gründe. Ein Gesetz wird ständig überarbeitet, und wir wüssten gar nicht, welchen Zeitpunkt wir für welchen Paragraphen zugrunde legen sollten. Denn die Änderung einer Textstelle kann die Tragweite einer anderen Textstelle grundlegend verändern. Außerdem leben wir in einer rechtsstaatlichen Demokratie. Das Gesetz soll also den Untertanen nicht aufgezwungen werden, sondern begründet werden in ihrer Sprache. Diese Begründung und die Diskussion im Verfahren müssen natürlich mit der gegenwärtigen Sprache erfolgen. Die Gesetze sollen durch ihre Anwendung weiterentwickelt werden, was durch eine Versteinigung der Bedeutung abgeschnitten werden würde.

Im Unionsrecht wäre dies von vornherein undenkbar. Hier gewinnt dieses Argument im Hinblick auf die Dynamik einer immer enger werdenden Gemeinschaft ein entscheidendes Gewicht: „Zur Verwirklichung des gemeinsamen Marktes und der Ziele des Art. 2 EGV ist es unverzichtbar, anstelle des historischen Willens der Vertragspartner auf den objektivierten Willen des Vertrages abzustellen. Eine Gegenüberstellung der Eindrücke von den Vertragsverhandlungen mit der Praxis des Gerichtshofs belegt überzeugend die Diskrepanz zwischen dem heutigen Stand der Unionsrechte und den ursprünglichen Vorstellungen der Vertragsstaaten.“<sup>79</sup> Sonst würde man bei der Auslegung von Gesetzen nicht von Kontexten in der Mehrzahl sprechen, sondern nur vom Kontext im Singular: Da Auslegung ein soziales Unterfangen ist, weil Worte keine natürliche Bedeutung haben und Wirkung erst aus dem Kontext beziehen, müssen wir Kontexte konsultieren.<sup>80</sup> Ein Gesetz ist immer komplexer als seine Entstehungsgeschichte.

### 3. Die dynamische Gesetzesbindung als argumentative Überprüfung

Das Ganze der Entscheidung bleibt diesseits der Gesetzesbindung. Es darf keine Entscheidung jenseits des Gesetzes geben. Man kann Entscheidung nicht zerlegen. Die räumliche Metapher ist missverständlich. Wenn wir an Bedeutung gebunden sind und Bedeutung ein offener Prozess ist, dann können wir nicht endgültig unterscheiden zwischen Bedeutung des Gesetzes und sonstiger sprachlicher Bedeutung. Die Bedeutung wird immer im Ganzen der Sprache gemacht. Wir können nur engere oder weitere Kontexte unterscheiden.

---

<sup>79</sup>C. Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 145. Unter Bezug auf U. Everling, Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987, in: Festschrift für Hans von der Groeben, 1987, S. 111 ff., 126.

<sup>80</sup>Siehe hierzu F. H. Easterbrook, Text, History and Statutory Interpretation, in: Harvard Law Journal of Law and Public Policy 1994, S. 61 ff., 64 und 69.

Aber die Entscheidung lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten.<sup>81</sup> Die Juristische Methodik kann nicht die Klugheitsregeln liefern, die man braucht, um das Amt eines Landrats auszufüllen. Ebenso wenig würde ein Polizist die Regeln für die Anwendung eines Schlagstocks oder eines Präzisionsgewehrs in einem Lehrbuch zur Juristischen Methodik nachschlagen. Aber das heißt nicht, dass man sein Tun außerhalb des Gesetzes in einem „Jenseits“ verorten müsste. Wir müssen vielmehr die Frage stellen, ob die Voraussetzungen für den Einsatz des Gewehres (alle anderen Mittel versagen) vorliegen und ob diese Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist. Solange es also überhaupt ein Polizeigesetz gibt, befinden wir uns mit allen Regeln der Klugheit und Steuerung diesseits des Gesetzes. Im Neuen Verwaltungsrecht wird dies auch weithin anerkannt. Das zweite Referat auf der Staatsrechtslehrertagung zum Neuen Verwaltungsrecht bestimmt den Schnitt zur alten „Juristischen Methodik“ denn auch anders: Deduktion aus dem Gesetz sei unrealistisch.

#### **a) Ein Rahmen oder viele Kontexte der Rechtserzeugung**

Dem Ableitungsmodell als räumliche Trennung von Rechtsanwendungssubstanz und Steuerung wird hier ein integriertes Modell gegenübergestellt. Das integrale Modell arbeitet mit Kontexten statt mit einem Rahmen. Was also an der Theorie des Rahmens ist unhaltbar?

Schon vor dem Neuen Verwaltungsrecht wurde das Phänomen der richterlichen Rechtserzeugung im Rahmen der Reinen Rechtslehre klar herausgearbeitet. Danach stellt die Rechtsordnung eine Pyramide<sup>82</sup> dar, wonach jeder Akt der Regelungssetzung den Doppelcharakter von Rechtserkenntnis bezüglich der Ermächtigungsnorm und Rechtserzeugung bezüglich der untergeordneten Norm aufweist: „Die auf dem Boden des anglo-amerikanischen ‚Common Law‘ erwachsene Theorie, dass nur die Gerichte Recht erzeugen, ist ebenso einseitig wie die auf dem Boden des europäisch-kontinentalen Gesetzesrechts erwachsene Theorie, dass die Gerichte überhaupt kein Recht erzeugen, sondern nur schon geschaffenes Recht anwenden. Diese Theorie läuft darauf hinaus, dass es nur generelle, jene, dass es nur individuelle Rechtsnormen gebe. Die Wahrheit liegt in der Mitte (...). Die richterliche Entscheidung ist die Fortsetzung, nicht der Beginn des Rechtserzeugungsprozesses.“<sup>83</sup> Hier wird wie im Neuen Verwaltungsrecht die Realität richterlicher Rechtserzeugung anerkannt. Kelsen legt auch in keiner Weise einen semantischen Rahmen für die Rechtserzeugung in der höherrangigen Norm nahe.

<sup>81</sup>Vgl. dazu auch Ch. Möllers, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., 2012, S. 123 ff., Rn. 23 ff.

<sup>82</sup>Die schwierige Einordnung der Grundnorm war immer ein theoretischer Stachel für Entwicklungen innerhalb der Reinen Rechtslehre. In diesem Begriff kreuzen sich das neu-kantianische Motiv einer transzendental-logischen Bedingung für Rechtsbegriff (vgl. dazu H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 205) und die anhand Vaihingers „Philosophie des Als-Ob“ anschließende Lesart der Grundnorm als Fiktion (vgl. dazu H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 206; zum Fiktionsbegriff bei Vaihinger und zum Folgenden A. Somek, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, 1996, S. 18 ff.; zu Kelsens Anschluss an Vaihinger S. 23 ff.).

<sup>83</sup>H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 260.



Aber er will den Bereich der Rechtserzeugung aus der Wissenschaft ausklammern: „Da die Reine Rechtslehre nur eine Erkenntnis des gegebenen positiven Rechts, nicht aber eine Vorschrift für seine richtige Erzeugung ist, will sie weder eine Anweisung dafür geben, wie man gute Gesetze macht, noch auch Ratschläge erteilen, wie man aufgrund oder im Rahmen der Gesetze gute Entscheidungen und Verfügungen treffen kann.“<sup>84</sup> In dieser Äußerung wird eine Trennung zweier Bereiche deutlich: einmal der wissenschaftliche Bereich bloße Anwendung des vorgegebenen Rechts. Zum anderen der irrationale, wissenschaftlich nicht strukturierbare Vorgang der tatsächlichen Erzeugung oder Verwirklichung von Recht.

Es kämen jetzt zwei Wege in Betracht, um den Ansatz der Reinen Rechtslehre zu konkretisieren, wenn man denn die Rechtserzeugung überhaupt in den Bereich der Wissenschaft einbeziehen will. Man könnte einerseits versuchen, Rechtsanwendung und Rechtserzeugung räumlich zu trennen oder man könnte versuchen, die Kelsen'sche Beschränkung der Rationalität auf Rechtsanwendung zu überwinden. Auch Erzeugung kann rational sein. Martin Eifert will die Rechtserzeugung im Rahmen der Gesetzesbindung kontrollieren. Die „Trennungstheorie“ hingegen möchte die Reinheit der Kelsen'schen Theorie noch steigern, indem sie die Trennung ausführt.<sup>85</sup> Die Ermächtigungsnorm gibt danach einen definierten Rahmen für den Spielraum der Rechtserzeugung vor. Dabei wirken die Prämissen der positivistischen Rechtsnormtheorie als spezifische Schranken weiter. Denn der Mittelweg zwischen der Fiktion einer vollständig determinierten Rechtswendung und einer bindungslosen Rechtssetzung soll dadurch gefunden werden, dass man im Wege einer äußeren Zuordnung beide Bereiche miteinander kombiniert. Der von Kelsen mit der „generellen Norm“ gleichgesetzte Normtext soll dabei eine semantische Rahmenfunktion für die Erzeugung der so genannten „individuellen Norm“ haben: „Die Bestimmung des Rahmens ist nur die erste, notwendige und wichtige Stufe des rechtswissenschaftlichen Erkenntnisprozesses; ihm müssen sich weitere Stufen anschließen, die mit anderen sozialwissenschaftlichen Methoden diesen Prozess fortsetzen.“<sup>86</sup> Die positivistische Rechtsnormtheorie definiert damit den Rahmen der Rechtserkenntnis, während die Rechtserzeugungswissenschaft ihren Gegenstand in den diesen Rahmen ausfüllenden „Willenselementen“ findet.

In der Reinen Rechtslehre bleibt die Rahmenfunktion der Rechtsnorm, allerdings ein bloßes Bild.<sup>87</sup> Die Probleme dieser positivistischen Anbindung einer Rechtserzeugungsreflexion treten deshalb erst dort hervor, wo man sich um die rechtstheoretische und methodische Einlösung der Metapher von der Rechtsnorm als Rahmen der Rechtserzeugung bemüht. Diesen Anforderungen stellt sich ein Ansatz, der die Rahmenmetapher dadurch einlösen will, dass er den positivistisch

---

<sup>84</sup>H. Kelsen, *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*, in: JW (1929), S. 1723 ff., 1726.

<sup>85</sup>Vgl. dazu auch U. Lemke, *Einheit aus Erkenntnis?*, 2009, S. 179 ff.

<sup>86</sup>P. Römer, *Hans Kelsen und das Problem der Verfassungsinterpretation*, in: D. Deiseroth / F. Hase / K.-H. Ladeur (Hrsg.), *Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft*, 1981, S. 180 ff., 197.

<sup>87</sup>Ebd., S. 199.

verstandenen Inhalt der Rechtsnorm als falsifizierende Instanz für den Prozess der Rechtserzeugung begreift. Auch hier wird unter dem Stichwort der „normativen Produktion“<sup>88</sup> der Gedanke der Rechtserzeugung zunächst aufgenommen, um dann in spezifischer Weise modifiziert zu werden: „Da es der Rechtsarbeiter ist, der entscheidet, und die Rechtsnorm nicht vorentschieden hat, ist er es auch, der das geltende Recht in seiner Normumsetzung erst erzeugt.“<sup>89</sup> Fraglich ist allerdings, was man sich unter Stichwort „Normumsetzung“ vorstellen soll. Heißt dies lediglich, dass der Rechtsarbeiter gewissen Bindungen an den Normtext und methodischen Standards unterliegt, oder ist ihm die zu erzeugende Rechtsnorm auch schon in irgendeiner unvollständigen Weise im Text vorgegeben? Der Fortgang der Argumentation macht deutlich, dass die zweite, den Abstand zum Positivismus wieder aufhebende Variante gemeint ist: „Sofern die (...) These, dass die Rechtsnorm keinen substantiell erfassbaren Inhalt habe, besagen soll, dass die in verbindlichen Rechtstexten formulierte Norm noch keinen normativen Gehalt hat, dürfte sie zu stark sein.“<sup>90</sup> Und kurz darauf wird explizit die Annahme formuliert, „dass die in verbindlichen Rechtstexten formulierten Normen durchaus schon normativen Gehalt haben und insofern auch Normen sein können. Wichtig und festzuhalten ist jedoch, dass unter der Perspektive der Rechtsproduktion im Verbund von Gesetzgebung und Rechtsprechung diese Normen nicht als etwas Vorentschiedenes nur zu ermitteln und anzuwenden, sondern in der weiteren Rechtsarbeit erst zu erarbeiten und auszugestalten sind.“<sup>91</sup>

Damit geht dieser Ansatz deutlich von einer *lex ante casum* aus, deren vorausgesetzte Geltungssubstanz eben nur noch nicht vollständig ist im Hinblick auf den zu lösenden Fall und deswegen durch dogmatische Aussagen ergänzt werden muss. Die herkömmliche Lehre von der Anwendung einer im Text vorgegebenen Rechtsnorm wird damit in ihrer Reichweite nur eingeschränkt, nicht aber zugunsten einer Rechtserzeugungsreflexion überwunden.

Mit der Gleichsetzung von Gesetzestext und noch unentfalteter Rechtsnorm bleibt dieser Ansatz letztlich doch im Rahmen der alten „Juristischen Methodik“. Entsprechend wird auch die der Dogmatik zugewiesene Rolle normativer Produktion eingeschränkt. Ziel der Dogmatik soll es sein, das positive Recht zu ermitteln und das aufgrund des positiven Rechts geltende Recht zu erkennen. Danach gibt es also normative Gehalte, die einem aussageunabhängig bestimmbareren Gegenstand geltendes Recht in deskriptiv-empirischer Weise entnommen werden können und jeder normativen Produktion vorausgehen.<sup>92</sup> Es kehrt so die nur scheinbar antipositivistische Zwei-Welten-Lehre wieder, welche mit ihrem dual-

---

<sup>88</sup>J. Harenburg, *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis*, 1986, S. 6 und durchgängig; vgl. zusammenfassend zur arbeitsseitigen Rechtsproduktion ebd., S. 363 ff.

<sup>89</sup>Ebd., S. 275.

<sup>90</sup>Ebd.

<sup>91</sup>Ebd., S. 279.

<sup>92</sup>Vgl. zu dieser Zweiteilung: J. Harenburg, *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis*, 1986, S. 44: „Eine dogmatische Aussage ist demgemäß die Behauptung einer Rechtsregel bzw. einer Norm, für die der Anspruch rechtlicher Geltung erhoben wird und die dem Gesetz in deskriptiv-empirischer Interpretation zu entnehmen ist.“ Zum Ziel der Dogmatik allgemein vgl. S. 270 f.

istischen Denken die Prämissen der „Juristischen Methodik“ nicht überwindet, sondern nur verdoppelt. Man glaubt, an der Theorie einer zumindest teilweise im Text vorgegebenen Rechtsnorm festhalten zu müssen, weil man befürchtet, der richterlichen Bindung sonst ihren Gegenstand zu entziehen. Mit dem Ziel, der richterlichen Bindung einen festen Bezugspunkt zu verschaffen, lässt sich formulieren: „Soweit diese Norm solchen Gehalt hat, kann sie auch mögliche Zurechnung beschränken.“<sup>93</sup>

Die im Ansatz richtige Bestimmung des richterlichen Handelns wird in den engen Rahmen der positivistischen Rechtsnormtheorie gepresst: „Rechtsanwendung ist ein Vorgang des ‚Law in making‘, des ‚Law in action‘ und bleibt doch positivistisch gebunden an die höherrangige Norm.“<sup>94</sup> Zu unterstreichen wäre hier das Wort „positivistisch“. Die für eine Rechtsanwendungslehre entwickelte positivistische Theorie der Gesetzesbindung soll auch für die Rechtserzeugung den semantisch vorgegebenen Rahmen festlegen.

Der Rahmen bezieht sich also semantisch auf den Inhalt der Rechtsnorm.<sup>95</sup> Daraus entwickelt sich dann die aus dem Film „Highlander“ bekannte Argumentform: „Es kann nur einen geben.“ Eine Mehrzahl von Lesarten mag zwar innerhalb des Rahmens möglich sein. In Bezug auf die durch den Rahmen gezo- gene Grenzziehung bleibt hinsichtlich zulässiger (innerhalb des Rahmens) bzw. unzulässiger (außerhalb des Rahmens) Lesarten allerdings nur die Alternative von Wahrheit und Irrtum.

Aber Semantik besteht aus Gebrauchsbeispielen. Man findet hier kein Bauwerk, welches viele Zimmer umfasst, sondern zumeist getrennte Gebäude. Wenn die Bedeutung des Wortes in den Worten liegt, die regelmäßig in seiner Umgebung auftreten, gibt es keinen umfassenden Kontext, sondern viele verschiedene. An die Stelle eines einzigen Rahmens tritt eine Vielzahl von Kontexten. Die Vorstellung einer räumlichen Trennung von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung scheidert damit an den sprachlichen Möglichkeiten des Rechts. Man vergisst dabei, dass die Romanze einen übermenschlichen Helden voraussetzt. Der richtige Highlander besiegt den falschen mit gottgleichen Fähigkeiten. Dem Richter aber fehlt das Auge Gottes. Deswegen kann er für die Bedeutung des fraglichen Normtextes keine versionslose Beschreibung liefern. Ohne göttliche Fähigkeiten bleibt er notwendig in Lesarten verstrickt. Wenn er dies vergisst, bleibt er unter dem Niveau des Problems, und aus der Romanze wird eine Komödie. Es gibt bessere und schlechtere Lesarten, aber nicht die einzige Wahrheit. Daher kann man bei der Rechtserzeugung keine klare Scheidung von Erkenntnis und Erzeugung vornehmen. Die beiden Elemente bleiben in jeder Regelbefolgung notwendig verknüpft.

Aus dem Scheitern des räumlichen Rahmenmodells ist zu folgern, dass Juristische

---

<sup>93</sup>Ebd., S. 275.

<sup>94</sup>Vgl. P. Römer, Hans Kelsen und das Problem der Verfassungsinterpretation, in: D. Deiseroth / F. Hase / K.-H. Ladeur (Hrsg.), Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft, 1981, S. 180 ff., 198.

<sup>95</sup>Vgl. dazu auch U. Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 178 ff.

Methodik nicht primär der Erzeugung von Ergebnissen dient, sondern vornehmlich zur Kontrolle. Nötig ist dazu aber noch ein zweiter Schritt: Herkömmlich neigt man dazu, der „Juristischen Methodik“ Gewissheit zuzusprechen und den eventuell herangezogenen Elementen des Fremdwissens Ungewissheit. Auch die Gewissheit dieser Unterscheidung muss man zur Ungewissheit hin auflösen. Tatsächlich verpflichtet das Gesetz nur zur bestmöglichen Entscheidung unter den Bedingungen der Ungewissheit.

Wie aber sieht die beste Entscheidung aus, wenn man, nach Eifert, Rechtsanwendung und Rechtserzeugung zwar begrifflich, aber nicht faktisch aufspalten kann? Wenn man unter der Bedingung von Ungewissheit entscheiden will, genügt es nicht, Zweifel wegzuschieben. Sondern man muss sie abarbeiten. Der Weg dazu liegt im Verfahren und der dort möglichen Argumentation. Argumentieren kann man über alle Steuerungsmittel und -zwecke, aber die Ergebnisse muss man am Gesetz kontrollieren. Aber die Frage lautet dann, wie das gemacht werden kann, wenn die sprachliche Bedeutung des Textes nicht einfach verfügbar ist.

#### **b) Gewährleistungsstaat: Juristen garantieren einen fairen Streit um das Gesetz**

„Juristen arbeiten adversatorisch. Beide Parteien erhalten die Chance, ganz verschiedene Geschichten zu erzählen. Im Verwaltungsverfahren und vor den Verwaltungsgerichten kann sich der Bürger auch darauf beschränken, die Plausibilität der Geschichte der Verwaltung zu erschüttern. Das ist nicht nur eine Spielart der hermeneutischen Methode, das adversatorische Verfahren ist auch eine weitere Antwort auf das Herrschaftsproblem. Es dient der prozeduralen Fairness.“<sup>96</sup> Diese Beschreibung kann man in ganz verschiedene Richtungen wenden. Nur ein Teilaspekt davon ist ein Verstehensproblem. Das ganze Verfahren des gegenläufigen Erzählens verweist auf einen Prozess der Argumentation. Es wäre also naheliegender, mit der Argumentationstheorie als Analyseinstrument in das einzusteigen, was die Juristen tun. Es geht also um mehr als Begriffsdefinition und logische Verknüpfung.

Wenn die Sprachwissenschaft eine Sachdiskussion empirisch untersucht, findet sie Folgendes: Die zentralen Begriffe wie Verantwortung und Demokratie werden etwa in einer Diskussion über das Flüchtlingsproblem nicht einfach angewendet, sondern in Abgrenzung zur Position des Gegners allmählich verändert.<sup>97</sup> So ist es auch in einem Rechtsstreit. Die meisten Begriffe können einfach routinemäßig angewendet werden. Man merkt das daran, dass im Verfahren kein Streit entsteht. Die zentralen oder streitigen Begriffe unterliegen dagegen einem Aushandlungsprozess. Die Semantik wird über Argumente und Gegenargumente

<sup>96</sup>Ch. Engel, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition – Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des Öffentlichen Rechts, in: ders. / W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205 ff., 233 f.

<sup>97</sup>Vgl: dazu A. Deppermann, Semantische Verschiebungen in Argumentationsprozessen: Zur wechselseitigen Elaboration von Semantik, Quaestiones und Positionen der Argumentierenden, in: G. Lueken (Hrsg.), Formen der Argumentation, 2000, S. 141 ff, m. w. N.

erst hergestellt. Die Logik hat dabei eine begleitende Rolle als Bühne für die semantische Entwicklung.<sup>98</sup> Ist ein aufgebockter Wohnwagen eine bauliche Anlage oder ist er es nicht? Es geht bei solchen Streitigkeiten nicht einfach um die Subsumtion, sondern es geht zugleich darum, was eigentlich die Regel ist. Das entscheidende Problem besteht darin, den Begriff der baulichen Anlage, die durch diesen Fall in Frage steht, angesichts dieser Herausforderung neu zu bestimmen. Bei genauer Betrachtung wird also nicht ein stabiler Begriff angewendet, sondern wir bemühen uns um eine Entscheidung, wie seine Bedeutung weiter zu entwickeln oder zu stabilisieren ist. Dass wir uns dabei auf Vorbildfälle beziehen, entspricht dem nicht nur im Recht, sondern auch generell dem in der Sprache vorhandenen Bedürfnis, eine Begriffsentwicklung in die Kontinuität der bisherigen Verwendung zu stellen. Dabei stützen die Folgerungen in derselben Weise die Prämissen, wie diese die Konklusionen stützen. Dieser wechselseitige Einfluss gibt der juristischen Argumentation eine retroreflexive Struktur.<sup>99</sup> Die dabei vorausgesetzten Zusammenhänge sind für logische Schlüsse oder harte theoretische Aussagen nicht stabil genug. Durch Zusammentreten von Argumenten erreicht man aber trotzdem eine gewisse Festigkeit, welche durch selbstbezügliche Argumentation die eigenen Voraussetzungen verstärkt. Die Beteiligten müssen ihre Thesen durch Aufbieten von Gründen und Ausräumen von Einwänden als gültig erweisen. Ihre Positionen werden vom jeweiligen Verfahrensgegner zerpfückt, der ihre Übergänge durch Einwände wieder auseinandernimmt. Jetzt muss der betreffende Verfahrensbeteiligte diese Einwände entkräften, indem er die Möglichkeit des Übergangs wieder neu zusammensetzt. Dieser Vorgang der inhaltlichen Argumentation findet sozusagen auf der Bühne statt.<sup>100</sup> Aber in den Kulissen wirken die logischen Strukturen. Alle sachlichen Repliken sind nicht durch eine Ausbildung in Logik oder Argumentationstheorie zu gewinnen. Dazu braucht man vielmehr eine juristische Ausbildung und ein außergewöhnliches Maß an Phantasie. Die logischen Strukturen bleiben demgegenüber in besonderer Weise stabil gegen die Inhaltsmodellierung des Argumentierens. Die Logik brauchen wir also wie Atemluft beim Reden als festen Dreh- und Angelpunkt für eine Theorie im Fluss. Entscheidend ist die semantische Ausarbeitung der Begriffe. Und genau dies taucht in der „Juristischen Methodik“ nicht auf. Erst am Ende, wenn die Begriffe feststehen, kann man rechnen und den so genannten Syllogismus anwenden. Die alte „Juristische Methodik“ hat den ganzen Prozess der Erzeugung der Semantik streitiger Begriffe unsichtbar gemacht. Diese Invisibilisierung ist noch nicht rückgängig gemacht. Natürlich gibt es im Rechtsstreit

<sup>98</sup>Vgl. dazu und zum Folgenden H. Wohlrapp, Über nicht-deduktive Argumente, in: P. Klein (Hrsg.), *Praktische Logik. Traditionen und Tendenzen. 350 Jahre Joachimi Jungini ‚logica hamburgensis‘*, S. 217 ff.; ders., *Jenseits von Logizismus und Zweckrelativismus. Zur Rolle der Logik im Argumentieren*, in: *Dialektik 1 (Jahr)*, S. 25 ff.; grundlegend ders., *Der Begriff des Arguments, Über die Beziehung zwischen Wissen, Forschen, Glauben, Subjektivität und Vernunft*, 2008.

<sup>99</sup>Vgl. dazu H. Wohlrapp, *Der Begriff des Arguments*, 2008, Kap. 9, Reflexivität.

<sup>100</sup>Vgl. dazu G. L. Lueken, *Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens*, in: ders. (Hrsg.), *Formen der Argumentation*, 2000, S. 13 ff.; P. Stekeler-Weithofer, *Schlüsse, Folgen und Begründungen. Eine regellogische Perspektive auf der Grundlage begrifflicher und empirischer Wahrheit*, in: G.-L. Lueken (Hrsg.), *Form der Argumentation*, 2000, S. 107 ff.

Verstehen. Das, was unstrittig bleibt, ist verstanden. Das mag man Hermeneutik nennen. Aber entscheidend ist die Argumentation.

Die alte „Juristische Methodik“ hat das Eigene der Jurisprudenz zu eng bestimmt und damit das Wesentliche am Prozess der Rechtserzeugung aus der Reflexion ausgeklammert.<sup>101</sup> Halten wir zunächst fest: Die Steuerung der Einbeziehung fremden Wissens muss von der Sprache des Rechts her erfolgen. Begründet wird dies damit, dass bei Verwendung fremden Wissens die normativen Standards, soweit sie bindungsfähig sind, eingehalten werden müssen.<sup>102</sup> Was ist also die Bedeutung eines Rechtsbegriffs? Die empirische Methode der ob bereits erwähnten Kookkurrenzanalyse<sup>103</sup> geht davon aus, dass die Bedeutung eines Wortes durch die Wendungen bestimmt wird, die in seiner Umgebung regelmäßig erscheinen. Dies kann man heute, bezogen auf Textkorpora, mit dem Computer auswerten. Aber natürlich gibt es auch hier Grenzen. Denn es wird schnell ein Komplexitätsniveau erreicht, das zwar dem holistischen Charakter der Sprache besser gerecht wird, aber praktisch nicht mehr abgearbeitet werden kann. Wenn man in einer Liste von Kollokationen die neu hinzukommenden Wörter mit ihren Kollokationen auswerten würde, würde sich dadurch die Zahl der Wörter des jeweiligen Wortfeldes exponentiell erhöhen. Diesbezüglich wird – wie die Entwicklung entsprechender Techniken im Rahmen von Statistikverfahren zeigt – die Unterstützung durch zunehmend intelligenter werdende Suchmechanismen und Wörterbuch-gestützte Informationsretrieval der Linguistik und dem Recht zwar zweifellos nützen.<sup>104</sup> An dem Vorbehalt des praktisch Möglichen kommt man aber nicht vorbei.

Wenn man über eine Kookkurrenzanalyse den Sprachgebrauch möglichst umfassend erhebt, findet man eine Vielzahl divergierender Verwendungen. Daraus ergeben sich Muster, aber eben noch keine Entscheidung über die Vorzugswürdigkeit dieser Muster. Denn der „Computer ist strikt an in der Vergangenheit programmierte Befehlssequenzen gebunden, die sich weder automatisch noch autodidaktisch an überraschenden Kontextänderungen anpassen können.“<sup>105</sup> Zur Grundlage der Entscheidung könnte man verschiedene Gesichtspunkte anwenden. Etwa den engsten oder den weitesten Sprachgebrauch oder den zahlmäßig häufigsten. Ein gemeinsamer Kern aller Verwendungen findet sich nicht immer und ein bloßes Abzählen der Häufigkeit stellt noch keine Entscheidung über die Vorzugswürdigkeit für eine bestimmte Fallkonstellation

---

<sup>101</sup>Nach M. Jestaedt, Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?, in: A. Funke / J. Lüdemann, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 17 ff., 23 f. gilt das für die Juristische Methodik generell, so dass sich die Notwendigkeit einer fachspezifischen Wissenschaftstheorie ergibt? Unter welcher Überschrift man allerdings die Reflexion der Rechtserzeugung betreibt, dürfte nicht der entscheidende Punkt sein.

<sup>102</sup>W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches Wissen“, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 49 (2016), S. 1 ff., 21.

<sup>103</sup>Siehe hierzu die bereits oben in Fn. 78 angegebene Literatur.

<sup>104</sup>H. Speer, Grenzüberschreitungen, Vom Wörterbuch zum Informationssystem. Das deutsche Rechtswörterbuch im Medienwandel, in: F. Müller (Hrsg.), Politik (Neue) Medien und die Sprache des Rechts, 2007, S. 261 ff.

<sup>105</sup>Th. Vesting, Die Medien des Rechts: Computernetzwerke, 2015, S. 55.

dar. Die Erfassung des Sprachgebrauchs durch eine Kookkurrenzanalyse wirkt also zunächst einmal zentrifugal. Für die Entscheidung einer Rechtsfrage brauchen wir aber eine zentripetale Kraft der Auswahl. Diese Auswahl macht aus der Addition von Sprachgebräuchen eine Gestalt. Und genau hierin liegt die Aufgabe dogmatischer Theorie. Aber auch diese im Bereich des öffentlichen Diskurses entstehende Notwendigkeit einer Gestaltbildung kann eine Fallentscheidung nicht immer vorgeben. Dazu bedarf es häufig der Argumentation im Verfahren, welche Sprachgebräuche selegiert und synthetisiert<sup>106</sup> über Rahmenanalyse<sup>107</sup>.

Auch die maschinelle Auswertung von Quellenkorpora kann die Entscheidung nicht ersetzen. Im Zentrum dieser Arbeit wird immer die Argumentation im Verfahren stehen. Der Informationszuwachs, den die neuen Medien liefern, wäre ohne diese Argumentation eine bloße Addition. Das Wissen bedarf einer qualitativen Vernetzung, die in sich geordnet und strukturiert ist. Technische Informationszugänge liefern keine Semantik oder ein interpretiertes Wissen, nur tote Mengen und Zeichen. Es gibt also tatsächlich ein Risiko der neuen Möglichkeiten der großen Datenmengen, nämlich dass mit Hilfe von Textmassen ausladend wenig gesagt wird und dabei die entscheidende Leistung der Verarbeitung von Informationen vergessen wird. Aber dieses Risiko bestand schon bei allen Medienrevolutionen und bisher ist es immer nach einiger Zeit gelungen, die Chancen des neuen Mediums zu nutzen. Man kann auf der Grundlage von Korpora und genauerer Analysen die Vielfalt und Vernetztheit der jeweiligen Sprache besser sichtbar machen. Aber genau darin liegt das Risiko für den Irrglauben in der Jurisprudenz, im Wörterbuch stecke die Wortlautgrenze und man könne sie dort einfach nachlesen. Wenn man jetzt computerbasiert ein Mehr an Informationen auffinden kann, sind wir nicht mehr so stark von der Kompetenz des jeweiligen Wissenschaftlers oder Richters abhängig. Wir können die Belegstellen gegebenenfalls selbst aufsuchen. Dieses Vorgehen liefert uns nicht den Sinn des Gesetzes, aber es liefert uns eine Fülle von Möglichkeiten, vorgeschlagene Lesarten zu verstärken oder zu relativieren. Ohne diese Grundlage arbeiten wir nicht nach den Regeln der Kunst. Aber die Notwendigkeit, über den Konflikt der Lesarten juristisch zu entscheiden, kann uns die beste Kookkurrenzanalyse und das beste Wörterbuch nicht abnehmen.

Wörterbuch und Computer helfen uns also, eine große Zahl von Bedeutungsvarianten zu entdecken und auch dabei, diese auf Kontexte zu beziehen. Aber eine Sprachgrenze liefern sie nicht. Denn die einzige Grenze in der Sprache ist die Verständlichkeit. Die empirische Analyse entlastet uns also nicht von dem Streit, welche der gefundenen Verwendungsweisen für unsere Zwecke die beste ist.

Was bleibt damit vom Eigenen des Rechts? Natürlich die direkte sprachliche Steuerung durch das Gesetz in den unstreitigen Fällen. Vor allem aber die

---

<sup>106</sup>J. Habermas, Ach, Europa: Kleine politische Schriften, 2008, S. 162.

<sup>107</sup>Vgl. dazu H. Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, 2008, Kap. 5, Rahmenstrukturen, S. 237 ff.

„Gewährleistung“ des Argumentationsprozesses in den streitigen Fällen. In allen wichtigen Fragen ist also die Steuerung durch das Gesetz indirekt. Das Gericht muss hier den Relevanzhorizont der Argumentation im Auge behalten und zur Not von Amts wegen entweder erweitern oder einschränken. In der Hauptsache muss es aber bei dem Streit um die Bedeutung der Begriffe Waffengleichheit und Fairness garantieren.<sup>108</sup> Das erfordern die rechtsstaatlichen Maßstäbe. Schließlich ist in der Begründung darzulegen, welche Argumente den Stand der Geltung erreicht haben, also alle Einwände integriert oder widerlegt haben.<sup>109</sup> Der Staat ist also weder ein Eingriffsstaat, der den Bürgern die Sprache entzieht, noch ein Leistungsstaat, der für sie spricht und die Bedeutung nach Bedürftigkeit verteilt. Vielmehr ist der Staat auch hier ein Gewährleistungsstaat,<sup>110</sup> der sicherstellt, dass der Streit um Bedeutung auf dem richtigen Niveau geführt und entschieden wird.

### c) Kann man einem Gesetz folgen, das man erst erzeugt?

Aber selbst wenn wir diese Vielfalt zunächst außer Acht lassen, stellt sich die grundlegende Frage, wie man von Verwendungsbeispielen zur Formulierung einer Sprachregel gelangt. Der Sprachphilosoph Friedrich Waismann beschreibt dieses Problem folgendermaßen: „Ein Ausdruck ist dann definiert, wenn die Situation beschrieben ist, in die er gebracht werden soll. Nehmen wir für einen Augenblick an, wir könnten Situationen vollständig und ohne etwas auszulassen beschreiben (wie beim Schachspiel), dann ließe sich eine erschöpfende Liste all der Bedingungen aufstellen, unter denen der Ausdruck zu gebrauchen ist: wir würden mit anderen Worten eine vollständige Definition konstruieren, das heißt ein Denkmodell, das ein für allemal sämtliche Fragen eines möglichen Gebrauchs vorweg nimmt und entscheidet. Da wir aber in Wahrheit nie die Möglichkeit eines unvorhergesehen auftauchenden Faktors ausschließen können, gelangen wir nie zur absoluten Sicherheit.“<sup>111</sup> Jede neue Fallkonstellation kann also die Regel verschieben.<sup>112</sup> Daher kann eine Sprache oder ein Text nicht

<sup>108</sup>Ch. Becker, Was bleibt? Recht und Postmoderne, 2014, S. 130 ff.

<sup>109</sup>Vgl. dazu grundsätzlich H. Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, 2008, Kap. 7.

<sup>110</sup>Vgl. dazu A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 1 ff., Rn. 49 zu heute diskutierten Staatsleitbildern.

<sup>111</sup>F. Waismann, Verifizierbarkeit, in: R. Bubner (Hrsg.), Sprache und Analysis – Texte zur englischen Philosophie der Gegenwart, 1968, S. 154 ff., 160 f.

<sup>112</sup>In der Diskurstheorie des Rechts wird dieses Problem der Regelformulierung unter dem verkürzenden Stichwort „Defeasibility“ rubriziert. (Vgl. dazu C. Becker, Begründen und Entscheiden, 2008, S. 135.) Nachdem es erwähnt wurde, wird es sogleich beiseite geschoben mit folgender Formulierung: „Im Vorgriff auf den noch zu entwickelnden Begriff des tatsächlichen Diskurses besteht eine diskurstheoretische Möglichkeit zu erklären, warum Regeln defeasible sind, also die Ausnahmen zu Regeln nicht aufzählbar sind, darin, dass uns nur der tatsächliche Diskurs mit beschränkten Erkenntnismöglichkeiten dessen, was richtig ist, zur Verfügung steht. Diese Überlegung zeigt, dass Regeln nur dann endgültige konkrete Handlungsanweisungen beinhalten können, wenn die Voraussetzungen des in allen Hinsichten idealen Diskurses vorliegen, wenn wir also etwa unendlich viel Zeit hätten und alles wüssten.“ (Carsten Becker, ebd., S. 135, Fn. 475.) Diese Erklärung könnte auch die Fortexistenz der in der Neuzeit ausgestorbenen Wissenschaft der Angelogie begründen, als Vorgriff auf das Jüngste Gericht. Tatsächlich muss



als geschlossen betrachtet werden, sondern durch jede Interpretation kann das vorhandene Zeichenmaterial neu und anders differenziert werden.

Lässt sich dann aus dem „open texture“-Argument von Waismann aber ableiten, dass Vagheit zur Eigenschaft der ganzen Regel wird?<sup>113</sup> Natürlich haben wir bei jeder Grenze das Problem der Unschärfe, was mittlerweile auch in Logik und Sprachphilosophie anerkannt wird.<sup>114</sup> Aber wie kann man mit unscharfen Grenzen vernünftig umgehen? Das macht man über Argumentation und normative Bewertung der vorgeschlagenen Regeln. Das heißt, Vagheit macht deutlich, dass es bei der Aufstellung von Regelformulierungen um Sprachnormen geht. Die Grenze zwischen Bedeutungskern und Hof wird also nicht von der Regel, sondern von den Anwendern bestimmt.<sup>115</sup> Ohne Fälle lassen sich Regeln nicht beurteilen.<sup>116</sup> Man muss also nicht die Regel verwerfen, sondern die Vorstellung einer Steuerung des Sprechens durch die Regel.

Aus dem Scheitern des Regelplatonismus folgt zunächst, dass wir im Gesetzestext keine Sprachregeln finden. Wir können sie nicht einfach erkennen, sondern wir müssen sie probeweise formulieren. Dazu verknüpft man gelungene Gebrauchsbeispiele unter normativer Bewertung zu einem vorläufigen Ganzen als Horizont. Man bewegt sich damit immer relativ zu einem Korpus von Beispielen und muss den überschießenden Anteil einer Regelformulierung offen legen. Diesen überschießenden Anteil könnte man auch eine Sprachnorm<sup>117</sup> nennen. Methodisch kann man sich damit nicht auf die grammatische Auslegung beschränken, sondern muss, wie der Lexikologe, auch Zusammenhang, Zweck und Geschichte einer Wendung berücksichtigen. Die juristische Spracharbeit wird also nach Verabschiedung des Regelplatonismus komplexer.

Gesetze können den Rechtsanwender nicht durch eine Regel der Bedeutung binden. Denn es gibt deren viele. Deswegen folgen wir der Regel grundlos, das heißt ohne sprachliche Metaregeln.<sup>118</sup> Aber das heißt eben nicht grundlos in dem Sinne, dass wir keine Argumente finden können. Über die Aufstellung einer Sprachnorm und deren Angemessenheit kann man diskutieren und vernünftig entscheiden, wenn man spezifische Kontexte berücksichtigt.

Wie Wittgenstein schon für den Begriff der Regel gezeigt hat, können Normen nie in eine irgendwie geartete äußerliche Beziehung zu ihrer Verwendung gesetzt werden.<sup>119</sup> Das Befolgen leitet sich weder aus der Regel ab, noch zeichnet die

---

man sich von der Vorstellung vorgegebener Regeln, welche das Sprechen steuern, verabschieden. Regeln sind ein nachträgliches methodisches Hilfskonstrukt des Sprachbeobachters.

<sup>113</sup>S. Müller-Mall, *Performative Rechtserzeugung*, 2012, S. 238.

<sup>114</sup>Vgl. dazu D. Gruschke, *Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats*, 2014, vor allem S. 172 ff.

<sup>115</sup>Ebd., S. 239.

<sup>116</sup>Ebd., S. 241 f.

<sup>117</sup>R. Christensen, *Was heißt Gesetzesbindung?* 1989, S. 218, 275, m. w. N. zur Diskussion in der Sprachwissenschaft.

<sup>118</sup>Vgl. dazu auch I. Augsberg, *Die Lesbarkeit des Rechts*, 2009, S. 95 ff.

<sup>119</sup>Vgl. L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*. Werkausgabe Band 1, 1984, §§ 195 ff. Dazu auch J. McDowell, *Wittgenstein on Following a Rule*, in: *Synthese* 58, 1984.

Regel ihre Befolgung vor: „Die Regel steht ihrer Aktualisierung nicht als eine Instanz gegenüber, die außerhalb dieser Aktualisierung Bestand hätte. Es gibt kein Auseinanderstehen zwischen Regel und Aktualisierung derart, dass man betrachten könnte, inwieweit die Aktualisierung der Regel gerecht wird.“<sup>120</sup> Vielmehr zeigt sich die Regel erst in der Praxis ihrer Anwendung. „Regel“, sagt Wittgenstein, ist das, was „sich, von Fall zu Fall der Anwendung, in dem äußert, was wir ‚der Regel folgen‘ und was wir ‚ihr entgegenhandeln‘ nennen.“<sup>121</sup> Und das wiederum entscheidet sich daran, welche Ereignisse wir als die Anwendung von Regel auszeichnen.<sup>122</sup> Indem wir dies tun, entziehen wir diesen Bezug unserem Handeln, „entäußern“ ihn, um diesem durch den Verweis auf die andere Anwendung als Fall von Regel ein Maß zu setzen. Zugleich hat das normativ anleitende Moment darin keinen anderen Sitz als in diesem Verhältnis der Beobachtung. Ganz analog dazu, dass wir die Welt nicht wahrnehmen, sondern sie uns durch die Beobachtung schaffen, ganz so befolgen wir nicht Regeln, sondern wir machen sie uns mit der Frage der Anwendung zu einer solchen. Wir machen „es uns zur“ Regel, in dieser und keiner anderen Weise vorzugehen.

In der fallorientierten Arbeit der Gerichte zeigt sich ein Verhältnis von Immanenz und Transzendenz, welches Normativität konstituiert.<sup>123</sup> Die Anwendung greift nicht direkt auf die Norm zu. Vielmehr wird diese erst eingesetzt: „Die Norm wird dadurch erneuert, dass der neue Fall in sie eingetragen wird. Sie tritt dem Fall nicht als gegebene Größe gegenüber. Der Eintrag macht sie zu einer neuen, immanenten Größe.“<sup>124</sup> Dies kann aber nur die eine Seite der Medaille sein. Zwar ist damit das Verhältnis von Norm und Fall grundsätzlich als ein internes markiert. Blicke es aber dabei, so fielen allerdings Norm und Anwendung amorph in sich zusammen: „Im Sinne der Immanenz gibt es keinen Abstand zwischen Norm und Anwendung. Es ist unmöglich, zwischen die Norm und ihre Anwendung zu treten und zu überprüfen, ob das eine auf das andere passt oder umgekehrt.“<sup>125</sup> Das Normativität ausmachende, interne Verhältnis von Anwendungsfall und Normauszeichnung hat sich seiner selbst gewahr zu werden. Fälle lassen sich ohne Regeln nicht beurteilen.<sup>126</sup> Die Blindheit des Normativen in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handeln als normativ gehaltvoll aufzuheben. Genau hier kommt die Transzendenz der Norm

---

<sup>120</sup>G. W. Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: A. Kern / Ch. Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 296.

<sup>121</sup>L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, 1984, § 201.

<sup>122</sup>Zur Individuierung von Handlungen als Ereignissen und der entsprechenden Form von Handlungssätzen D. Davidson, Die logische Form von Handlungssätzen, in: ders. Handlung und Ereignis, 1990, S. 155 ff.

<sup>123</sup>Grundlegend J. Derrida, Gesetzeskraft, 1991; Georg W. Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: A. Kern / Ch. Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 289 ff., hier vor allem S. 296 ff.

<sup>124</sup>G. W. Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: A. Kern / Ch. Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 296 ff.

<sup>125</sup>Ebd.

<sup>126</sup>S. Müller-Mall, Performative Rechtserzeugung, 2012, S. 296.

ins Spiel. Wenn die Norm angewendet wird, verschwindet sie im Fall. Aber wenn man ihre Anwendung als geglückt und vorbildlich beobachtet, wird sie als Anwendung eines Anderen wieder vom Fall abgehoben.<sup>127</sup> Wenn sich Gerichte also für das Verständnis der Gesetze an Vorentscheidungen orientieren, so tun sie das, weil es gar nicht anders geht. Sprache ist die Verknüpfung gelungener Kommunikationsakte unter mitlaufender normativer Bewertung.

Wir müssen tatsächlich umdenken vom Anwenden aufs Erzeugen. Aber das ruhige Dahinfließen des Gesetzes ist nicht mystisch,<sup>128</sup> sondern mit Mitteln von Sprach-, Medienwissenschaft und Jurisprudenz zu beschreiben. Die Objektivität des Rechts, das Wiederaufgreifen von Rechtserzeugungsereignissen durch andere, lässt sich im Wege der Berücksichtigung sprachlicher Normativität durchaus erklären. Der Ursache-Wirkungsgedanke von Regel und Anwendung muss aber nicht nur umgekehrt, sondern auch disloziert werden, von der Regelebene auf die Fallebene oder von der *langue* auf die *parole*. Dabei zeigt sich Folgendes: Ein Normtext hat tatsächlich nicht eine Bedeutung. Aber deswegen hat er nicht gar keine Bedeutung. Es fehlt nur ein endgültiges Fundament. Beim Schach wäre dies eine Figur, die alle anderen schlägt und selber nicht geschlagen werden kann. Damit könnte das Spiel nicht mehr funktionieren. Die wörtliche Bedeutung ist ein solches letztes Fundament, welches einen bestimmten speziellen Kontext und eine bestimmte Verständnisweise sacrosanct macht. Wörtliche Bedeutung ist Fundamentalismus in der Methodik. Diese Konstruktion ist heute nicht mehr haltbar. Aber deswegen kann man nicht Bedeutung und Sprachregel abschaffen. Es muss in jedem Spiel einen offenen Ereignisraum geben, in dem man argumentieren kann. Das Gesetz bindet nicht durch seinen Inhalt, sondern als Form. Aber diese Form ist nicht leer, sie ist übervoll mit gegenläufigen Lesarten. Dieser Streit ist zu klären. Sonst hätte ein Verfahren keinen Sinn.

Im Recht gibt es eine Grundparadoxie, die darin besteht, dass wir an Normen gebunden sind, die wir selbst schaffen. Ein solches Paradox muss praktisch entfaltet werden. Dies geschieht, indem wir die Norm als Form gemeinsam voraussetzen, aber über ihren Inhalt streiten. Zwischen dem „Dass“ der Norm und dem „Was“ ihres Inhalts kann nicht die Erkenntnis, sondern nur die Praxis der Argumentation eine vorläufige Brücke schlagen. Normativität ist kein dem Handeln vorgegebener Maßstab, sondern eine perspektivische Form, welche die Kommunikationsteilnehmer sich gegenseitig unterstellen.

Die Bindungen der Rechtserzeugung sind keine Handschellen. Bedeutung lässt sich nicht einfrieren, und der Richter muss handeln. Sie sind aber auch keine Spinnweben, die man einfach abstreifen kann. Sie gleichen eher elektronischen Fußfesseln. Wir können nicht jede Gefahr damit von vornherein abwehren. Aber wir können sie mindestens verorten.

---

<sup>127</sup>G. W. Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: A. Kern / Ch. Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 297.

<sup>128</sup>S. Müller-Mall, Performative Rechtserzeugung, 2012, S. 267 ff.