



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-Siebek, 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-Siebek, (2017): S. 485 – S. 511.)

Neue Verwaltungsrechtswissenschaft oder Was bleibt von der Gesetzesbindung?

Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“¹ ist eine Wiederholung der alten.² 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

¹Es 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.

²Vgl. 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.³ Dabei wird zumeist ein starker Begriff des Systems zugrunde gelegt.⁴ Danach soll nicht nur die Rechtswissenschaft systematisch vorgehen, sondern auch das Recht selbst soll ein System bilden.⁵ Entscheidend für ein System ist, dass es die Stellung und den Austausch seiner Elemente von einem Zentrum her kontrollieren kann.⁶ Es gibt also eine Leitunterscheidung, die als Zentrum zwar alle Programme kontrolliert, jedoch selber stabil bleibt. Können wir uns das Recht heute noch so vorstellen?

1. Die Vervielfältigung des Rechts

Heute muss man in allen Rechtsgebieten mit einer Vielzahl von Rechtsquellen arbeiten und kann sich kaum noch auf rein nationale beschränken. Gefährdet ist damit die Vorstellung einer natürlichen Einheit des Rechts.

a) Rechtsvergleichung oder das andere Recht im Eigenen

Wegen der nationalen Bindung hat die Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht bisher kaum Aufmerksamkeit gefunden.⁷ Das staatliche Handeln muss eine Legitimität an demokratisch zustande gekommenem Recht aufweisen. Diese

³F. 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“.

⁴Vgl. 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.

⁵C.-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.

⁶Vgl. dazu U. Stäheli, Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, 2000, S. 36 ff.

⁷Vgl. Ch. Möllers, Methoden in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 123 ff., Rn.40: „Schattendasein“.

Gesetzesbindung richtet das öffentliche Recht auf die eigenen nationalen Rechtsquellen aus. Die Rechtsvergleichung hat bisher diesen Selbstbezug gestört und wurde deswegen im öffentlichen Recht konsequent vernachlässigt. Außerdem sind nach der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung alle Rechtsnormen, die nicht zum nationalen Recht gehören, nicht als Recht anzusehen. Dies ist Ausdruck des überlieferten Leitbilds einer pyramidalen Ordnung des Rechts.⁸

Jede Rechtserzeugung muss von der nächsthöheren Ebene abgeleitet werden, bis hinauf zur Grundnorm.⁹ Die Grenzen dieser nationalen Rechtsordnung und die dabei vorausgesetzte reinliche Trennung von Sein (fremdes Recht) und Sollen (eigenes Recht) setzt aber einen praktisch nicht verfügbaren archimedischen Punkt voraus,¹⁰ von dem aus sich diese Trennung vollziehen ließe.

Mit der Internationalisierung des Rechts¹¹ werden Pyramiden zunehmend historisch. Die neuere Rechtsvergleichung begreift das nationale Rechtssystem kontextuell als Kreis in Kreisen, so dass ein normativer horizontaler Austausch denkbar wird.¹² Auch im neuen Verwaltungsrecht hat sich einiges geändert.¹³ Die Rechtsvergleichung ist vor allem durch das Unionsrecht fast so etwas, wie ein fünftes Auslegungselement geworden.¹⁴ Die herkömmliche Trennung von Völkerrecht, nationalem Recht, privatem und öffentlichem Recht wird zunehmend als unterkomplex empfunden.¹⁵ Die Rechtsvergleichung soll dabei sogar einen

⁸Vgl. zu diesen älteren, mittlerweile überwundenen Vorbehalten E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S. 26: „Können mittlerweile als überwunden gelten“. Vgl. dazu J. Boughey, *Administrative Law: The next Frontier for Comparative Law*, in: *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 62 (2013), S. 55 ff.

⁹Vgl. dazu H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 23 ff. Grundsätzlich dazu Th. Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 72 ff.

¹⁰Th. Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 74.

¹¹Vgl. dazu H.-H. Trute, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch*, in: *Die Verwaltung* 40 (2007), S. 9 ff., 23 ff., 24 f.

¹²Vgl. dazu Th. Coendet, ebd., S. 74 sowie H.-H. Trute, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch*, in: *Die Verwaltung* 40 (2007), S. 9 ff., 25.

¹³E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S. 25: „Die neue Rolle der Rechtsvergleichung“ erscheint dort als Kapitelüberschrift. Vgl. auch Ch. Möllers, *Methoden*, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 123 ff., Rn.40, m. w. N.

¹⁴Grundlegend P. Häberle, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfte“ Auslegungsmethode*, in: *JZ* 1989, S. 913 ff., 915 f. Kritisch dazu Ch. Möllers, *Methoden*, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 123 ff., Rn.41 sowie J. M. Mössner, *Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung*, in: *AöR* Bd. 99 (1974), S. 193 ff., *methodische Probleme*, S. 203. Vgl. weiterhin I. Lipowicz, *Die Verwaltung* 40 (2007), S. 155 ff.; ausführlich G. Trantas, *Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts*, 1998, zu den Methoden S. 31 ff., 63 ff. Vgl. weiterhin A. Schwartze, *Die Rechtsvergleichung*, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2015, S. 53 f., differenzierend S. 69; F. Müller / R. Christensen, *Juristische Methodik II, Europarecht*, 3. Aufl. 2012, Rn. 516 ff. Die Rede vom fünften Auslegungselement bedürfte der Präzisierung, vgl. dazu Th. Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 140 f., 151 f.

¹⁵M. Herdegen, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 1995, § 2.

höheren Rang einnehmen als die sozialwissenschaftlich informierte Reflexion.¹⁶ Sie kann horizontal oder vertikal erfolgen.¹⁷ Vor allem aber speichert sie Erfahrungswissen in Form erfolgreicher juristischer Praxis. Das heißt, sie verlangt vom Juristen nicht, sich als Sozialwissenschaftler oder Wirtschaftswissenschaftler zu gebärden.

Die Gefährdung des eigenen Systems durch das andere Recht soll allerdings aufgefangen werden. Dem Austausch wird ein *tertium comparationis* zugrunde gelegt. Es findet sich in der gesellschaftlichen Funktion des Rechts.¹⁸ Hier übernimmt das öffentliche Recht mit einer Zeitverzögerung von einigen Jahrzehnten eine Theorie aus der privatrechtlich kultivierten Rechtsvergleichung. Grundlage für den Transfer seien „Ähnlichkeiten der zu lösenden Sachprobleme“.¹⁹ Vorausgesetzt ist ein universelles Problem und eine universelle gesellschaftliche Funktion. Dafür gilt die „*praesumptio similitudinis*“, wonach gleiche Probleme auf eine ähnliche Weise gelöst werden.²⁰ Diese Vermutung privilegiert die Übereinstimmung und unterdrückt Verschiedenheit. Weiter reduziert der funktionale Ansatz das Recht auf ein bloßes Steuerungsinstrument²¹ und seine kulturelle Verwobenheit in Gerechtigkeitsvorstellungen historischer Bedingungen wird negiert.²² Die funktionale Methode wurde deswegen in der Rechtsvergleichung von einer kulturellen Wende abgelöst.²³ Im Rahmen der kulturellen Wende findet man in der Rechtsvergleichung keine universellen Prinzipien, die als übergeordnetes Konzept der Rechtsvergleichung zugrunde gelegt werden können. Auch dies wäre noch ein subordinatives Konzept, welches, von der Gefahr des Ethnozentrismus abgesehen, statt zu sicheren Grundlagen in heftigen Streit führen würde.²⁴ Es gibt also kein Außerhalb der Vergleichung. Daraus erklärt sich der Kreis aus Kreisen ohne übergeordnete Ebene. Auch das nationale Recht kann seine eigene Bestimmtheit nicht als Pyramide in sich selbst begründen. Es muss vielmehr

¹⁶Ch. Möllers, *Verwaltungsarchiv* 93 (2002), S. 22 ff., 47 ff., 52 ff.; M. Eifert, *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch*, in: *VVdStRL* 67 (2007), S. 286 ff., 313.

¹⁷Vgl. dazu ..., Schönberger, in: *IPE* Bd. IV, § 71, Rn. 52.

¹⁸K. Zweigert / H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, 3. Aufl. 1996, S. 33; Bezugnahme bei Martin Eifert, *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch*, in: *VVdStRL* 67 (2007), S. 286 ff., 313.

¹⁹Vgl. dazu E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S. 27.

²⁰Vgl. dazu K. Zweigert / Hein Kötz, *ebd.*, S. 39 sowie Th. Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 159.

²¹Der Begriff Steuerung hat einige zu vermeidende Konnotationen: „Er stammt aus der Kybernetik und Mechanik, er suggeriert Beherrschbarkeit. (...) Mit der Steuerungsidee wird der Gesetzesbindung eine alternative, schärfere Bindungsform gegenübergestellt, die keine Verbesserung darstellt.“ O. Lepsius, *Redebeitrag*, in: *VVdStRL* 67 (2007), S. 349 f., 350.

²²Th. Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 160 ff.

²³Zur Entwicklung der Rechtskultur als methodischem Konzept in der Rechtsvergleichung siehe R. Cotterrell, *Comparative Law and Legal Culture*, in: M. Reimann / R. Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, S. 79 ff., S. 710 f. V. Grosswald Curran, *Cultural Immersion Difference and Categories in U. S. Comparative Law*, in: *American Journal of Comparative Law* 46 (1998), S. 43 ff., 51 sowie grundlegend Th. Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 161 ff.

²⁴Vgl. dazu Th. Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 14 sowie S. 161 ff.

einen Umweg über andere Rechtskontexte nehmen. Wir stehen somit rechtspolitisch (Internationalisierung, Transnationalisierung, Globalisierung)²⁵ wie rechtstheoretisch²⁶ vor einer Zäsur des nationalen Rechtssystems.²⁷ Diese drückt sich etwa in der Figur des Anwendungsvorrangs und der partiellen Überordnung des Unionsrechts aus. An die Stelle einer Pyramide tritt damit kein flaches Netz, sondern eher ein Geflecht: „Die rechtsvergleichende Arbeit am geltenden Recht besteht in einer beständigen Überschreitung: alles tun, um das eigene Recht als seine ethnozentrische oder geografische Grenze anzuerkennen, aber auch, um sie zu überwinden, ohne sie zwangsläufig zu verraten.“²⁸

b) Der Sturz der Spitze in den Schacht der Pyramide

Die Idee, dass das Recht selbst eine Einheit darstellen könnte, kommt aus dem Zivilrecht.²⁹ Betrachten wir diese Bewegung bei Larenz: „Auslegung‘ ist, wenn wir an die Wortbedeutung anknüpfen, ‚Auseinanderlegung‘, Ausbreitung und Darlegung des in dem Text Beschlossenen, aber gleichsam verhüllten Sinnes.“³⁰ Wenn man die Rechtslage aus dem Text des Gesetzes ablesen will, stößt man aber auf eine Schwierigkeit: Die vorgeblich objektive Bedeutung ist nicht festzustellen. Das Gesetz existiert nur in einer Vielzahl von Lesarten. Ohne Verfahren³¹ und die dort vorgetragenen Argumente weiß man nicht, welche Lesart die beste ist. Man will im Gesetz eine Regel finden und sie in der Entscheidung abbilden. Aber niemand hat eine versionslose Beschreibung. Es fehlt die Regel für die Anwendung der Regel. Die herkömmliche Lehre reagiert auf diese Schwierigkeit mit einer Erweiterung der Anzahl der Rechtsquellen. Die Rechtsprinzipien

²⁵Vgl. dazu G. Teubner, *Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts*, in: H. Brunckhorst / M. Kettner (Hrsg.), *Globalisierung und Demokratie*, 2000, S. 240 ff.

²⁶Vgl. dazu den Begriff „Veränderung“, welche T. Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 187 und durchgehend entwickelt.

²⁷Die Einbindung der Verwaltung in supra- und transnationale Strukturen verändert sie als Akteur, weil andere Loyalitäten ausgebildet werden und andere Steuerungszusammenhänge auftreten. Vgl. dazu H.-H. Trute, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch*, in: *Die Verwaltung* 40 (2007), S. 9 ff., 25.

²⁸T. Coendet, *Rechtsvergleichende Argumentation*, 2012, S. 189.

²⁹Vgl. dazu O. Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, in: M. Jestaedt, in: ders., *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 1 ff., 38 f. Zur Übernahme der zivilrechtlichen Methodik bei der Disziplinbildung des öffentlichen Rechts vgl. M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 241 ff, 248 f.; weiterhin Th. Vesting, *Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts? – Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht*, in: H. Schlosser (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch 1896 – 1996*, 1997, S. 183 ff., 186 ff.

³⁰K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., Berlin 1979, S. 299; ders., in: *NJW* 1965, S. 1 ff. Wie fest dieser Begriff immer noch etabliert ist, zeigt etwa C. Buck, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, 1998, S. 29.

³¹Die Unterschätzung des Verfahrens ist ein wichtiger Gesichtspunkt, den die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft gegen das alte Verwaltungsrecht geltend macht. Vgl. dazu die Kritik am *Verwaltungsverfahrensgesetz*: J. Ph. Schaefer, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts*, 2016, S. 179 u. 181; grundlegend E. Schmidt-Aßmann, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, 2012, § 27, Rn. 1.

springen als Gegenstand der Erkenntnis dort in die Bresche, wo die Bedeutung des Normtextes sich einer umstandslosen Erkenntnis von Recht versagt. Am Grundverhältnis einer Erkenntnis ändert sich für die herkömmliche Ansicht dadurch nichts. Sie verlagert lediglich ihren Gegenstandsbezug. Hinter dem Gefüge gesetzlicher Anordnungen soll ein weiteres System liegen, zu dem man sich über den bloßen Text hinaus durcharbeiten müsse. „Deswegen lässt sich aus dem System auch Neues ableiten nach der Devise: Das System weiß mehr als der Einzelne und natürlich auch mehr als Verfassungsorgane im Rahmen ihrer Zuständigkeit.“³²

Man kann die Prinzipien³³ allerdings nicht einfach anwenden; vielmehr bedarf es dazu einer darüber hinausgehenden Wertung.³⁴ Diese Notwendigkeit ergibt sich aus dem Konflikt zwischen verschiedenen Prinzipien:³⁵ „Prinzipien sind normative Aussagen so hoher Generalitätsstufen, dass sie in der Regel nicht ohne Hinzunahme weiterer normativer Prämissen angewendet werden können und meistens durch andere Prinzipien Einschränkungen erfahren.“³⁶

Diese weitere Wertung entnehmen wir dann aus dem Innersten des inneren Systems, der Rechtsidee, sei diese nun naturrechtlich, neu-hegelianisch, wertungsbezogen³⁷ oder diskurstheoretisch³⁸ bestimmt. Mit dem Abschluss dieser Bewegung nach innen landet man wieder beim Hegel'schen Begriff der Totalität und damit einem vertikalen Holismus: „Geht man ‚von unten‘, d. h. von den positiven Einzelregeln auf die ihnen zugrunde liegenden Leitgedanken zurück, ‚von oben‘, also von der Rechtsidee zu deren historischen Konkretisierungen in der gegebenen Rechtsgemeinschaft herunter, und lässt sich übereinstimmend aufgrund beider Gedankengänge ein Rechtsgedanke formulieren, so handelt es sich um ein rechtsethisches Prinzip.“³⁹

Mit der Ausdehnung des Begriffs der Auslegung auf einen Fundus an Rechtsprinzipien, zusammengehalten von der Rechtsidee, hat sich die argumentative Bewegung der klassischen Lehre zur Totalität gerundet. Dabei ist diese Totalität strukturiert wie die stratifizierte Gesellschaft, über dem vom Adel der Prinzipien beherrschten Volk der Begriffe thront die Rechtsidee wie ein König.

³²O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz, Selbstreflektion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 65

³³Vgl. grundlegend zu diesem Begriff J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., 1990, mit Klassifikation der Prinzipien S. 87 ff.; sowie R. Dworkin, Bürgerrechte ernst genommen, 1984, S. 56 ff.; J. Habermas, Faktizität und Geltung, 4. Aufl., 1994, S. 254 ff.; H.-J. Koch / H. Rübmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 97.

³⁴R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1996, S. 390; E. A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 188.

³⁵Vgl. dazu F. Bydlinski, Juristische Blätter 1996, S. 684; R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 143 ff.

³⁶R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., 1996, S. 390.

³⁷Vgl. dazu F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 131 f., 297 ff.

³⁸Vgl. dazu R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl., 1994, S. 201 f.

³⁹Vgl. dazu F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 133.

Die Frage, wie zu entscheiden ist, wird von der herkömmlichen Lehre also nicht mit der Argumentation im Verfahren beantwortet, sondern ontologisch. Hinter dem Gesetz werden als weitere Instanzen die Prinzipien und die Rechtsidee behauptet. Um sie zu erreichen, hat die traditionelle Lehre den Weg vom Textäußeren zu den inneren Werten des Rechts empfohlen. Ein Gericht darf sich demnach nicht damit begnügen, auf der äußerlichen Ebene Texte zu verknüpfen, sondern muss in die Tiefe vorstoßen.

Das ist ein holistischer Ansatz, der vertikal von der Sinneinheit des Systems her jede Einzelheit beherrschen will. Deswegen heißt die entsprechende Methode auch „Vertikale Auslegung“.⁴⁰ Sie soll den Richter vom bloßen Text ins Innere des Rechts führen. Aber die Abfahrt nach innen funktioniert in der Praxis nicht. Das Recht versammelt sich nicht zu einem inneren Wesen.

Der aus dem deutschen Idealismus stammende Systembegriff ist heute nicht mehr vertretbar. Das liegt an der Rechtsidee als Spitze der Pyramide. Sie soll das ganze System kontrollieren und muss deshalb inhaltlich bestimmt werden. In diesem Moment muss sie sich von den anderen Elementen abgrenzen und wird genau dadurch zum Teil des Systems.⁴¹ Heute gibt es nur noch eine Schrumpfform des Idealismus in Form der Systemtheorie. Sie versteht das Recht als autopoietisch.⁴² Man müsste dann aber die Leitunterscheidung von Recht/Unrecht von dem im System ablaufenden Programmen trennen können. Das funktioniert aber nicht, weil sich kein Text vom Gesamten der Sprache semantisch abdichten lässt.⁴³

Auch in den Sozialwissenschaften wird der zu starke Begriff des Systems zunehmend durch den schwächeren Begriff des Feldes ersetzt.⁴⁴ Dieser setzt nicht ein unveränderliches Zentrum als Code voraus, sondern kann die jeweilige Einheit als umstritten und nicht vollkommen geschlossen begreifen. Ein Feld ist eine Population von Akteuren, die eine Arena konstituieren, worin sie ihre Handlungen aufeinander beziehen.⁴⁵ Hier kann man auch die Leitunterscheidung

⁴⁰A. Bleckmann, Die systematische Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: ders., Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 41 ff., 44.

⁴¹Die Kritik an zu einfachen Vorstellungen der politischen Steuerung vom Recht hat der Systemtheorie vor allem Einfluss verschafft. Es war vor allem der Hinweis auf die Eigenrationalität von sozialen Systemen. Vgl. dazu N. Luhmann, Soziale Systeme, 5. Aufl., 1994, S. 57 ff.; ders., Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 38 ff.; grundlegend G. Teubner / H. Willke, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, in: ZfRSoz, Bd. 5 (1984), S. 4 ff.; H. Willke, Entzauberung des Staates, 1983, S. 9 ff., 105 ff.; G. Teubner, Die Episteme des Rechts, in: D. Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 115 ff.

⁴²Vgl. dazu M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 241 ff., 272 f.

⁴³Dies ist der Grundgedanke der dekonstruktiven Kritik an der Systemtheorie. Vgl. dazu grundsätzlich N. Binczek, Im Medium der Schrift, 2000, S. 67 ff.; U. Stäheli, Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, 2000, S. 36 ff.

⁴⁴...

⁴⁵Vgl. dazu P. Bourdieu, Die Regeln der Kunst. Grenze und Struktur des literarischen Feldes, 1999; ders., Principles of an Economic Anthropology, in: N. J. Smelser / R. Swedberg (Hrsg.), The Handbook of Economic Sociology, 2005, S. 75 ff.; K. Lewin, Resolving Social Conflicts and Field Theory, in: The Social Sciences, 1997; J. Beckert, Die sittliche Einbettung

eines Sprachspiels als umstritten begreifen und eine Entwicklung bzw. Schwerpunktverlagerung zulassen. Wichtig für das Problem der Interdisziplinarität ist auch, dass man das System nach außen nicht abdichten muss und nur nachträglich über Irritationen reden kann. Insgesamt lockert sich durch diese Entwicklung der Identitätszwang der die Dialektik als Denkweise von Hegel über Larenz bis zu Luhmann hin bestimmt hat. Heute wird selbst Hegel gegen diesen Identitätszwang gelesen.⁴⁶

c) Vom System zum polyzentrischen Feld der Rechtsquellen

Der Systemgedanke im Recht hat seine Dominanz verloren.⁴⁷ In den USA hat er kaum Fuß fassen können.⁴⁸ In Europa ist er im Verschwinden. Die Demokratie lässt sich kein System verordnen.⁴⁹ Der Gesetzgeber ist nicht zum Bau eines solchen verpflichtet.⁵⁰ Schließlich fußt der Gesetzgebungsprozess auf Kompromissen. Dies wird in einem föderalen System besonders deutlich.⁵¹ Im Europarecht findet man einen mehrfachen Kompromiss zwischen nationalen und europäischen Interessen, zwischen verschiedenen politischen Richtungen und außerdem noch getrennten Institutionen.⁵² 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.“⁵³ Diese Einsicht Ossenhühls ist heute allgemein akzeptiert.⁵⁴ Schon durch die zunehmende Bedeutung des Völkerrechts⁵⁵ und erst recht durch die Entwicklung des Unionsrechts wird

der Wirtschaft. Von der Effizienz- und Differenzierungstheorie zu einer Theorie wirtschaftlicher Felder, in: L. Herzog / A. Honneth, *Der Wert des Marktes*, 2014, S. 548 ff., 570 ff.

⁴⁶Vgl. P. Stekeler-Weithofer, *Hegels Analytische Philosophie. Die Wissenschaft der Logik als kritische Theorie der Bedeutung*, 1992; ders., *Hegels Phänomenologie des Geistes. Ein dialogischer Kommentar. Band I: Gewissheit und Vernunft*, 2014.

⁴⁷Vgl. zur Systemskepsis M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, 2000, S. 81 ff.

⁴⁸Die 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.

⁴⁹Vgl. BVerfGE 121, S. 317 ff., 381 ff., Sondervotum Masing: „Gefahr paternalistischer Bevormundung.“

⁵⁰Vgl. 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.

⁵¹Vgl. dazu P. Lerche, *Fragen der Stabilität des Grundgesetzes*, in: P. M. Huber (Hrsg.), *Das Grundgesetz zwischen Stabilität und Veränderung*, 2007, S. 73 ff.

⁵²Vgl. dazu F. Müller / R. Christensen, *Juristische Methodik*, Bd. II, *Europarecht*, 3. Aufl., 2012, Rn. 53, 349, 543, 622.

⁵³F. Ossenhühl, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, § 100 Rn. 40.

⁵⁴E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S. 34.

⁵⁵Ebd., S. 42 ff.

die Rechtsquellenlehre zum „polyzentrischen Gefüge“.⁵⁶ Es gibt im öffentlichen Recht die Außenwirkung von Innenrecht⁵⁷ und die Integration privater Rechtsetzungsrechte.⁵⁸ Schließlich eine horizontale Vernetzung und vertikale Stufung, ohne dass man eine durchgängige Hierarchie bilden könnte.⁵⁹ 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.⁶⁰ Auch dies ist ein „vom Grundgesetz vorausgesetzter Mangel an Homogenität“.⁶¹ Es gibt inzwischen eine Vielzahl landesspezifischer Verwaltungsblätter und schon wegen des Wettbewerbsföderalismus lassen sich klassische Rechtsgebiete wie Polizei- und Kommunalrecht kaum noch bundesländerübergreifend darstellen.⁶²

Eine materielle Finalität kann also im Recht nicht angenommen werden.⁶³ Gerade die Eigengesetzlichkeit des Rechts fordert also den Schutz seiner demokratischen Kontingenz vor der Selbstermächtigung der Wissenschaft über das Stichwort System.⁶⁴ Deswegen vollzieht die Rechtstheorie heute einen Abschied vom Prinzip⁶⁵ und geht vom „Gängelband des Systems“.⁶⁶ Nach dieser Entzauberung der Theorie durch Theorie⁶⁷ 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.“⁶⁸

2. Steckt das System in der Methode?

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?

⁵⁶Ebd., S. 34, so auch die Kapitelüberschrift bei Schmidt-Aßmann.

⁵⁷M. 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.

⁵⁸Ebd., Rn. 18 ff.

⁵⁹Ebd., S. 171 ff.

⁶⁰O. Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt / ders., Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 ff., 36 ff.

⁶¹P. Lerche, Fragen der Stabilität des Grundgesetzes, in: P. M. Huber (Hrsg.), Das Grundgesetz zwischen Stabilität und Veränderung, 2007, S. 73 ff., 75.

⁶²Vgl. O. Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt / ders., Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 ff., 39.

⁶³O. 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.

⁶⁴Vgl. dazu M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 85.

⁶⁵M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 81, Fn. 42.

⁶⁶Ebd., S. 81.

⁶⁷Ebd., S. 85.

⁶⁸O. Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt / ders., Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 ff., 37.

a) Die systematische Auslegung

Juristen müssen bei der Falllösung nicht nur Zusammenhänge herstellen, sondern auch Normwidersprüche auflösen und eventuell eine praktische Konkordanz durchführen. Steckt in diesem Tun eine implizite Tendenz zum System?

Dafür spricht, dass man das Verstehen des Rechts aus dem Zusammenhang als systematische Auslegung bezeichnet. Das könnte dazu führen, auch das Recht selbst im Wege des „Als Ob“ als System oder Einheit aufzufassen.⁶⁹ Von der Philosophie her betrachtet wird damit ein transzendentes Argument nahegelegt,⁷⁰ das eine implizite Voraussetzung juristischer Theorie explizieren will.

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 Konkordanz⁷¹ und allgemein der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁷² sind „eine mustergültige Methode zur Produktion von relationierenden Ergebnissen“.⁷³ 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 Konfliktsfall Vorrang zuweist. Zudem kann die Systematik mit Hilfe der funktionsdifferenzierten 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.

Ein weiteres Argument für die Einheit des Systems setzt bei der Erfahrung an, dass ein alter Normtext durch eine Novellierung einer Norm in seiner Umgebung oder sogar ein ganzes Gesetz durch Veränderungen von anderen Gesetzen eine neue Bedeutung gewinnen kann, an die seine Urheber nicht gedacht haben.⁷⁴

⁶⁹Zur Hermeneutik als Quelle des Einheitsdenkens im Recht vgl. M. Jahn, Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre, in: M. Jestaedt. / O. Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S.175 ff., 180 f.

⁷⁰Vgl. dazu J. A. Aertsen u.a., Transzendental, in: J. Ritter u.a. (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 10, 1998, S. 1358 ff.; H. Holz, Einführung in die Transzendentalphilosophie, 3. Aufl., 1991, m. w. N.

⁷¹Vgl. dazu F. Müller / R. Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl., 2013, Rn. 130, 392, m. w. N.

⁷²Vgl. dazu P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl., 1999. Zum historisch 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.

⁷³O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 66.

⁷⁴Vgl. dazu O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht, in:

Natürlich ist es vollkommen richtig, dass man bei Verknüpfungen neuen Sinn entdecken kann. Selbst in einem fortlaufenden Gespräch kann man die Erfahrung machen, dass sich der ursprünglich angesetzte Sinn eines Begriffs im Laufe des Gesprächs anreichert oder sogar verschoben hat. Die empirische Gesprächsanalyse hebt solche Entwicklungen immer wieder hervor.⁷⁵ Gespräche sind insoweit auch semantische Aushandlungsprozesse. Selbst in einem geschriebenen Text wird man den ersten Satz am Ende anders verstehen und wieder anders bei der Lektüre weiterer Texte des Autors. Aber auch das zeigt in keiner Weise, dass ein Ganzes als System anzunehmen ist, in welches diese Klugheit zu externalisieren wäre.

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 kontrollierende Zentralinstanz ein. Die Gegenposition des Atomismus scheitert aber daran, dass Bedeutung eine relationale Eigenschaft ist und keine intrinsische Eigenschaft von Sprachelementen. Aber auch Tatsachen sind nicht begriffsfrei zugänglich, so dass der Atomismus nicht funktioniert. 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.⁷⁶ Dabei stellt Davidson die Frage nach der Bedeutung nicht als eine der Eigenschaft von Ausdrücken, sondern als eine nach deren Verstehen oder Interpretation.⁷⁷ 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

E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 53 ff., 65: „Deutsche Öffentlichrechtler indes pflegen einen materiellen Systemanspruch. Deswegen lässt sich aus dem System auch Neues ableiten nach der Devise: Das System weiß mehr als der Einzelne und natürlich auch mehr als Verfassungsorgane im Rahmen ihrer Zuständigkeit.“

⁷⁵...

⁷⁶Vgl. dazu grundsätzlich G.-L. Lueken, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens*, 1992, insb. S. 152 ff.

⁷⁷Dazu vor allem D. Davidson, *Radikale Interpretation*, in: ders., *Wahrheit und Interpretation*, 1990, S. 183 ff.

wäre, könnte man nicht mehr erklären, wie wir einzelne Äußerungen verstehen. Stattdessen schlägt Davidson ein Lernmodell vor, das Bedeutung nicht voraussetzt, sondern ihre Erzeugung eben als Interpretation vor dem offenen Horizont eines Ganzen untersucht.⁷⁸

Mit Davidson ist also der methodische Aspekt wieder vom Wertaspekt getrennt. Man braucht für die Bestimmung des Einzelnen das Ganze, aber dieses Ganze ist dadurch nicht von vorrangigem Wert. Diese Trennung gelingt ihm, weil er den 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.

b) Einheit als Horizont statt Figur

Die Gerichte verwenden die "Einheit des Rechts, bzw. der Rechtsordnung" zwar als Legitimationstitel und Überhöhung normaler juristischer Argumentationstechniken. Praktisch argumentieren sie auf das Ziel der Kohärenz hin. Sie Gerichte wollen ihr Urteil ins Ganze der Rechtsordnung und die Kette bisheriger Entscheidungen harmonisch einfügen.⁷⁹ Die Kohärenz kann aber am Ganzen der Rechtsordnung nicht gemessen werden, weil dieses nicht verfügbar ist. Die Gerichte nehmen deswegen eine praktische Entparadoxierung vor, indem sie eine relative Kohärenz feststellen. Kohärenz ist kein Urmeter außerhalb der Argumentation, keine selbständige Größe. Sie besteht vielmehr in der Auseinandersetzung mit den ins Verfahren eingebrachten Beispielen.

Die Rechtspraxis kommt ohne den Bezug zum Ganzen nicht aus. Das ergibt sich notwendig schon aus ihrer Sprachlichkeit. Recht lässt sich nur im Kontext bestimmen. Das ist die unverlierbare Einsicht der Diskussion um die Einheit⁸⁰ der Rechtsordnung. Gescheitert ist die Bezugnahme an der praktischen Unlösbarkeit der Idee eines Ganzen als einer formulierbaren Totalität. Das wiederum zeigt, dass man für eine angemessene Vorstellung juristischen Entscheidens Überlegungen braucht, die weit über das hinausgehen, was die bisherige Hermeneutik und auch viele Ansätze holistischer Philosophie geleistet haben. Die Frage bleibt, *wie* dieser holistische Bezug zu denken ist. Die Forderung nach einem Holismus ohne Ganzes⁸¹ liefert uns dafür die Form der Paradoxie. Wir unterstellen die Einheit der Rechtsordnung als Form und streiten in der Praxis über ihren Inhalt. Dabei gibt es keine objektive Wir-Perspektive, sondern

⁷⁸Zum Interpretationismus Davidsons J. Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, 2004, S. 183 ff.

⁷⁹Vgl. dazu grundlegend H.-J. Strauch, *Rechtsprechungstheorie. Richterliche Rechtsanwendung und Kohärenz*, in: K. D. Lerch, *Die Sprache des Rechts*, Band 2, *Recht verhandeln*, 2005, S. 479 ff.

⁸⁰Vgl. dazu F. Müller, *Die Einheit der Verfassung*, 1979.

⁸¹Siehe dazu M. Seel, *Für einen Holismus ohne Ganzes*, in: G. W. Bertram / J. Liptow (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie*, 2002, S. 30 ff.; vgl. dazu außerdem G. W. Bertram / J. Liptow, *Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung*, in: dies. (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie*, 2002, S. 7 ff.

nur eine Vielzahl von Sichtweisen, die sich im praktischen Verfahren durch eine Vernetzung mit anderen Entscheidungen aneinander abarbeiten müssen.

Solange die Frage der Handhabung des Ganzen nicht überzeugend gelöst ist, wird sich der Holismus immer wieder zu propagandistischer Virtualität verflüchtigen. Der Versuch zur Strukturierung dieser Dimension muss auf der Ebene der Sprache des Gesetzes ansetzen. Nur pragmatisch lässt sich der Holismus moderieren. Wie also soll sich die Frage nach der Bedeutung des Gesetzes noch sinnvoll stellen lassen, wenn man von der holistischen Dimension nicht absehen kann?

Wenn jeder Versuch, die Einheit des Rechts als Text zu fixieren, bereits im Moment der Bezugnahme auf die „Einheit“ desavouiert wird⁸² und die Bedeutungsbestimmung in praktischen Kommunikationsvorgängen situativ erfolgt, erhält die Frage der Einheit des Rechts eine bislang in der Rechtstheorie nicht problematisierte Rahmung. Einheit kann man nicht im Weg der spekulativen Rechtserkenntnis auffinden, sondern man muss sie in der Argumentation praktisch herstellen. Dadurch kann das Problem der Einheit reformuliert werden als relative Kohärenz durch Vernetzung. Das zeigt sich klar unter den Bedingungen hypertextueller Rechtsarbeit. Der Holismus wird dort durch praktische Verknüpfungsmöglichkeiten operational, aber er verliert die vorgeordnete Hierarchie und das sichere Zentrum. Der Hypertext besteht nicht aus einem einheitlichen, sukzessive zu rezipierenden, eben linearen Text: er ist ein Konglomerat bzw. ein Komplex von Texten, die durch Referenzverknüpfungen verbunden sind. Im Hypertext wird das Ganze zum Horizont, den man nur praktisch bearbeiten kann, ohne seinen Inhalt definieren zu können. Das Verknüpfen von Texten kehrt den Grundzug der Intertextualität und der Interlegalität hervor, der im Hypertext besonders offensichtlich wird. Damit muss man auch im Recht die traditionelle Vorstellung einer der Erkenntnis objektiv vorgegebenen Einheit des Textes fallen lassen. Das alles Recht in sich beschließende Gesetzbuch sollte der sichere Garant einer die widerspruchsvollen Strebungen vereinheitlichenden Totalität des gesellschaftlichen Handelns sein. Von dieser Idee gilt es sich zu verabschieden. Der radikale Holismus, wonach Bedeutung nur dem Zentrum zukam, funktioniert im Hypertext nicht mehr.

Der Weg "in die Tiefe" des Rechts mündet also ins Nirgendwo. Deswegen bleibt den Gerichten gar nichts anderes übrig, als die Rechtssätze horizontal zu vernetzen. Der Kontext einer Bedeutung muss immer neu beschrieben werden. Die Einheit des Rechts ist kein fester Punkt, den man erreichen könnte. Sie liegt vielmehr auf der Fluchtlinie ständig neuer Beschreibungen. Diese Fluchtlinie ist auch nicht Gegenstand einfacher Beobachtung. Sie wird nur dann sichtbar, wenn man die Beobachter beobachtet. Das Heranziehen des Kontextes führt damit nicht zur Sinnmitte des Rechts, sondern in die Beobachtung zweiter Ordnung. Genau diese Konsequenz zeigt sich mit voller Deutlichkeit in der Praxis der Gerichte. Gerichte greifen häufig auf eigene Entscheidungen zurück, wenn sie einen Fall lösen. Dieser empirisch gut bestätigte Vorgang nimmt sogar zu. Es ist mittlerweile über Inhaltsanalysen von Gerichtsurteilen empirisch

⁸²Vgl. dazu F. Müller, Die Einheit der Verfassung, 1979.

nachgewiesen, dass der Bezug auf die eigene Rechtsprechung in der Arbeit der Gerichte eine wichtige Rolle spielt: Der Verweis auf frühere Rechtsprechung wird etwa in den Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 insgesamt 1199-mal verwendet und damit zehnmal so häufig wie die Systematik des Gesetzes.⁸³ In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt: die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung.

Deswegen spielen auch die Gerichte eine wichtige Rolle für das Neue Verwaltungsrecht.⁸⁴ Die alte „Juristische Methodik“ hatte dafür keinen Raum. Der Richter war nur die lebende Stimme des Gesetzes.⁸⁵ Darin liegt eine „Verkürzung von Rechtsanwendung auf Rechtserkenntnis und, damit einhergehend, die Ausblendung der jeder Rechtsanwendung immanenten Rechtserzeugungselemente.“⁸⁶ Indem das Neue Verwaltungsrecht die rechtsaktbezogene Betrachtung zur rechtserzeugenden Betrachtung erweitert, wird auch die produktive Rolle der Richter für die Entwicklung des Verwaltungsrechts deutlich.⁸⁷

c) Das Risiko des richterlichen Gesetzesfallrechts

Eine Schwierigkeit der Systematik zweiter Ordnung liegt darin, dass ein Gericht weder seine eigenen Entscheidungen noch gar die anderer Gerichte voll überblicken kann und dass schon deshalb häufig Widersprüche zwischen Präjudizien bestehen. Diese verborgenen Nester von Widersprüchen⁸⁸ können den Bezug auf Vorentscheidungen willkürlich machen, aber auch in einem laufenden Verfahren zu guten Argumenten führen.

Ein weiteres Problem liegt darin, dass die Dogmatik ihre Rolle als kritische Reflexionsinstanz gegenüber den Gerichten nicht gut erfüllt und vielmehr „schon Züge der kritiklosen Unterwerfung“ zeigt: „Mit mächtigen Senatsvorsitzenden will man es sich nicht verscherzen. Von ihnen zitiert zu werden, ist die Hoffnung vieler.“⁸⁹ Den Gerichten wird damit die Rolle einer neutralen Instanz gegenüber den streitenden Lehrmeinungen zugewiesen.⁹⁰ Tatsächlich wäre die Aufgabe der Wissenschaft als Komponente der Gesetzbindung, die Entscheidungen der Gerichte zu kontrollieren.

⁸³Vgl. M. Dederichs, Die Methodik des EuGH, Baden-Baden 2004, S. 106.

⁸⁴Vgl. I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 266.

⁸⁵Vgl. dazu grundsätzlich R. Ogorek, Richterkönig und Subsumtionsautomat, 1986.

⁸⁶M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 58.

⁸⁷Vgl. E. Schmidt-Aßmann, Der Beitrag der Verwaltungsgerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: VBIBW 1986, S. 381 ff., 387 ff.; ders., Aufgaben und Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VBIBW 2000, S. 45 ff., 50 ff.; H. Schulze-Fielitz, Verwaltungsrechtsdogmatik als Prozess der Ungleichzeitigkeit, in: DV, Bd. 27 (1994), S. 277 ff., 287 ff.; Ch. Möllers, Methode, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, S. 123 ff., Rn. 28.

⁸⁸Vgl. dazu J. Balkin, Nested oppositions, in: Yale Law Journal (1999), S. 669 ff.

⁸⁹Vgl. dazu O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 88.

⁹⁰Vgl. H. Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, S. 27.

Urteile beziehen sich auf einen konkreten Fall zu einem bestimmten Zeitpunkt der Rechtsentwicklung und in der Umgebung anderer Fälle ihrer Zeit. „Da Richterrecht aber letztlich aus der Fallentscheidung entsteht, bleibt häufig nicht nur verborgen, welche leitenden Grundsätze die Judikatur beherrschen, sondern man ist auch damit konfrontiert, dass Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, wie Präjudizien auf den Einzelfall anzuwenden sind.“⁹¹ Sie sind also in hohem Maße kontextualisiert: „Dies müsste zur Folge haben, dass Rechtssprechungskaustik in wesentlich geringerem Maße verallgemeinerungsfähig, weil von den konkreten Umständen abhängig ist, als nach dem herkömmlichen deutschen Verständnis üblich.“⁹²

Kann das Recht also in den Vorentscheidungen allein gefunden werden? Die Bindung von Präjudizien ohne Gesetz wäre ein striktes System des *case law*. Wenn man das *case-law*-System jedoch genauer untersucht, steht auch hier eine Regel im Hintergrund, welche die Verkettung mit Vorentscheidungen erst ermöglicht. Diese wird allerdings nicht direkt, sondern indirekt thematisiert. Auch Präjudizien können den juristischen Wunsch nach Instruktivität nicht erfüllen. Die Vergangenheit des Rechts ist keine vorgegebene Größe, in der die Einzelscheidung ihren fraglosen Platz findet, sondern eher eine Projektionsfläche. Ständig muss man passende und unpassende Präjudizien argumentativ unterscheiden, häufig auch überzeugende und nicht überzeugende. Der Richter muss die Kette der Vorentscheidungen selbst knüpfen. Dabei kann jede Gegenwart ihre eigene Vergangenheit erfinden und einfach weglassen, was ihr nicht passt. Manchmal steht am Anfang langer Zitatenkette, die bei den Gerichten schon zum Textbaustein geronnen sind, lediglich ein *obiter dictum*. Dieses wurde nebenbei und ohne Begründung eingeführt und bildet dann die Grundlage für alle späteren Bezüge. Ganz ohne Metaphysik findet man so einen grundlosen Grund. Schon bei schriftlicher und erst recht bei computerunterstützter Überlieferung macht aber allein die Vielzahl der erfassten Entscheidungen deutlich, dass Tradition nicht homogen ist, sondern heterogen, umstritten und widersprüchlich.⁹³ Genau betrachtet sind Rechtsprechungsketten immer voller wirklicher und scheinbarer Widersprüche.

Früher war man bei der Analyse der Sprache auf Introspektion angewiesen und es gab als Grundlage für die Sprachbeschreibung nur wenige Gebrauchsbeispiele. Heute wird über den Computer eine große Zahl von Gebrauchsbeispielen erfasst. Damit sieht man viel deutlicher, was tatsächlich in der Sprache geschieht. Juristen beschreiben Begriffe, indem sie die Worte betrachten, die in ihrer Umgebung auftreten. Diese Beschreibungen werden aufgenommen und eventuell fallbezogen weiterentwickelt. Allerdings sind Juristen bei diesen Beschreibungen häufig zu

⁹¹... Richardi, NZA, 2008, 1, 2.

⁹²Vgl. I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 226 ff., 61, Fn. 120; grundlegend zu diesem Problem O. Lepsius, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), S. 319 ff., 354 ff.

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

stark von Einzelfällen beeindruckt und vergessen den Zusammenhang. Das ist die Gefahr des Impressionismus. Die Korpuslinguistik kann durch methodisch geleitete Suchanfragen diesen Impressionismus korrigieren. Damit wird der tatsächliche Zusammenhang juristischer Debatten ohne voreilige Parteinahme sichtbar. Die eigentliche Stellungnahme, ob diese Weiterentwicklung wünschenswert ist oder nicht, wird damit nicht vorentschieden. Aber niemand kann dann noch behaupten, er sei die herrschende Meinung bzw. es kann niemand den Gerichten eine Meinung unterstellen, die sie gar nicht vertreten. Die leicht zugänglichen Instrumente der Korpusanalyse verschaffen der juristischen Diskussion also eine sicherere Grundlage. Die scheinbare Objektivität von Wertungen aus Gerechtigkeit, Rechtsidee usw. werden ersetzt durch die Objektivität, die sich in der juristischen Diskussion herausbildet. Auch die Korpuslinguistik kann die Begriffe des Rechts nicht definieren. Aber sie kann zu einer besseren Grundlage für vorläufige Umschreibungen der gesetzlichen Begriffe führen, die dann am Fall zu diskutieren sind.

Die Methoden der Korpuslinguistik explizieren dabei in systematischer Weise zunächst nur, was Juristen schon immer getan haben. Aber [müsste hier nicht ein „sie“ eingefügt werden?] verschaffen der Einschätzung juristischen Handelns auch eine empirische Grundlage in der Sprache.⁹⁴ Man kann den Kontext viel schneller und leichter überblicken. Früher war es Fleiß, Glück und Zufall, die gesteuert haben, ob man eine Entscheidung oder Literaturstelle überhaupt in der Bibliothek findet. Heute ist Glück und Zufall als Anteil stärker reduziert. Man findet den gesetzlichen Begriff mit Hilfe der Kookkurenzanalyse im ganzen Korpus mit jeweils bis zu zehn Wörtern rechts und links. Vor allem kann man sich aber vom Gerichtspositivismus absetzen, der isolierte Definitionen eines Gerichts als Offenbarung nimmt. Mit Hilfe Kookkurenzanalyse lässt sich nämlich die einzelne Stelle jederzeit zur Volltextanalyse erweitern. Damit verbessert sich die Lösung eines Problems, welches die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft folgendermaßen bestimmt: „In jedem Fall muss die richterliche Rechtsfortbildung genau auf ihre Entstehungsbedingungen hin untersucht und ihre Verallgemeinerbarkeit kritisch überprüft werden. Dazu bedarf es eines methodischen Ausbaus der Rechtsprechungsanalyse. Anders als in Common-Law-Rechtsordnungen fehlt es in einer Tradition der Fallanalyse, die die gerichtliche Entscheidung nicht nur auf die Stimmigkeit der Begründung hin analysiert, sondern auch die Kontexte des Sachverhalts eingehend behandelt.“⁹⁵ Korpuslinguistik wird in einigen Jahren, wie heute schon in den USA (vgl. das erste Urteil eines Supreme Courts (State of Utah) 2011 UT 38, 266 P.3d 702), Teil der Entscheidungsarbeit von Gerichten

⁹⁴Eine solche Analyse ist keine Google-Anfrage. Damit erfährt man nichts über die Sprachstruktur, sondern höchstens über die Investitionsstruktur. Wer hat wieviel investiert, um ganz vorne auf der Trefferliste zu stehen? Eine Kookkurenzanalyse setzt zunächst eine Unterscheidung von Textoberfläche und Texthintergrund voraus, eine Liste von gleichbedeutenden Wörtern und viele weitere technische Vorkehrungen. Es gibt aber heute schon Referenzkorpora, bei denen man ohne die Methode der Herstellung genau zu überblicken schon Anfragen durchführen kann, so etwa der „Deutsche Referenzkorpus“ des Instituts für deutsche Sprache.

⁹⁵Ch. Möllers, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, S. 123 ff., Rn. 28.

sein. Diese Entwicklung führt nicht dazu, dass wir den Gesetzespositivismus durch einen Richterpositivismus ersetzen. Das Recht ist weder im Gesetz, noch in der Wissenschaft oder bei den Gerichten vorgegeben. Es muss immer diskutiert werden. Aber diese Diskussion hat Anschlusszwänge, in dem, was wir bisher schon für Recht gehalten haben. Diese Anschlusszwänge macht die Korpuslinguistik besser sichtbar.

3. Der Malstrom der Interdisziplinarität

Die Auseinandersetzung mit vielfältigen Formen außerjuristischen Wissens war für das öffentliche Recht unvermeidlich.⁹⁶ Die Zunahme gesellschaftlicher Komplexität führt zu neuen Aufgaben (Umwelt, Märkte, Medien),⁹⁷ die ohne Wissen über die geregelten Wirklichkeitsausschnitte⁹⁸ und ohne Betrachtung der Folgen nicht zu bewältigen waren. Schon in den 1980er Jahren entstand die Risikodebatte.⁹⁹ Ein weiterer Schub war die Internationalisierung des Rechts¹⁰⁰ sowie die gleichzeitigen Auswirkungen der Digitalisierung.¹⁰¹ Das öffentliche Recht nahm daher Anleihen bei Politologen,¹⁰² der Systemtheorie,¹⁰³ bei Governance,¹⁰⁴

⁹⁶Vgl. dazu E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrecht der Dogmatik*, 2013, S. 19 f.; J. Ph. Schaefer, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts*, 2016, S. 77 ff.

⁹⁷K. Lange, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, in: *Die Verwaltung* 40 (2007), S. 135 ff., 135.

⁹⁸W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: *Die Verwaltung* 49 (2016), S. 1 ff., 4; ... Kluth, in: *NJW* 1999, S. 3513 ff., 3515; ... Bryde, in: P. Badura / ... Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. I, 2001, S. 531 ff., 533.

⁹⁹Vgl. dazu Ch. Bumke, *Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in Deutschland*, in: E. Schmidt-Aßmann / W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 73 ff., 116 ff.; R. Schröder, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, 2007, S. 76 ff.

¹⁰⁰Vgl. zur Europäisierung J. Ph. Schaefer, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts*, 2016, S. 212 ff.; vgl. dazu J. Terhechte, *Einführung*, in: ders. (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der EU*, 2011, § 1 ff.; A. v. Bogdandy, *Verwaltungsrecht im europäischen Rechtsraum*, in: ders. / S. Cassese / P. M. Huber (Hrsg.), *IPE IV*, 2011, § 57, Rn. 1 ff.; I. Augsberg, *Methoden des europäischen Verwaltungsrechts*, in: J. Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der EU*, 2011, § 4; O. Lepsius, *Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts*, in: *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), S. 179 ff.

¹⁰¹Vgl. dazu Th. Vesting, *Jura* 2001, S. 299 ff.; ders., *Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft*, (Jahr?) S. 253 ff., 288 ff. *Leitbild der Wissensgesellschaft*.

¹⁰²P. W. Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, 1999. Kritische Diskussion bei A. v. Arnauld, *Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht*, in: A. Funke / J. Lüdemann, *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, (Jahr), S. 65 ff., 92 f.

¹⁰³Vgl. dazu Th. Vesting, *Jura* 2001, S. 299 ff.; M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein . . .*, 2006, S. 32 ff. und 71 ff.

¹⁰⁴Vgl. dazu A. Voßkuhle, *Neue Verwaltungswissenschaft*, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 1 ff., 68, m. w. N.; C. Franzius, *Warum Governance?*, in: *KJ* 2009, S. 25 ff.; grundlegend G. F. Schubert (Hrsg.), *Governance-Forschung: Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, 2005, S. ...; Ch. Bumke, *Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in Deutschland*, (Jahr?) S. 73 ff., 103 ff.

Netzwerkmodellen¹⁰⁵ oder Steuerungstheorien.¹⁰⁶ Das Fach steht damit vor dem Problem der Responsivität¹⁰⁷ von Dogmatik: Wie kann man fremdes Wissen aufnehmen, ohne die eigene Identität zu verlieren?¹⁰⁸

a) Die Aufnahme fremden Wissens

Die alte von Gerber und Laband entwickelte „Juristische Methode“¹⁰⁹ hat außerjuristisches Wissen ausgegrenzt, um die Identität des Öffentlichen Rechts überhaupt erst zu erzeugen.¹¹⁰ Der Gegenstand der Disziplin war die Definition von Begriffen des Gesetzes und deren Verknüpfung nach den Vorgaben der aristotelischen Logik. Alles, was an politischem und historischem Wissen in den alten Staatswissenschaften enthalten war, wurde ausgegrenzt.¹¹¹ Das "Neue Verwaltungsrecht" hat genau diese Bewegung umgekehrt.¹¹² Das fremde Wissen

¹⁰⁵Vgl. dazu K.-H. Ladeur, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer „Logik der Netzwerke“: rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft, in:, Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstatus, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), S. 59 ff.; Ch. Möllers, Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts, in: J. Oebbecke (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, S. 285 ff. I. Augsberg, Das Gespinnst des Rechts: zur Relevanz von Netzwerkmodellen im juristischen Diskurs, in: Rechtstheorie 38 (2007), S. 479 ff.

¹⁰⁶Ch. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in Deutschland, in: E. Schmidt-Aßmann / W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 73 ff., 105 ff.; G. F. Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / ders. [Stimmen hier die Hrsg.? Handschriftliche Anmerkung: Aßmann ...] (Hrsg.), Reform des Verwaltungsrechts, 1993, S. 65 ff.; A. Voßkuhle, Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft, in: Die Verwaltung 32 (1999), S. 545 ff., 547 ff.

¹⁰⁷Vgl. dazu G. Teubner, Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, in: ARSP 68 (1982), S. 13 ff.; Teubner bezieht sich auf Ph. Nonet / Ph. Selznick, Law and Society in Transition: Toward Responsive Law, 1987; vgl. dazu auch F. Raimondi, Die Zeit der Demokratie. Politische Freiheit nach Carl Schmitt und Hannah Arendt, 2014, S. 142 ff.; P. Gehring, Can the Legal Order Respond?, in: Ethical Perspectives: Journal of the European Ethics Network, 13/2, 2006, S. 469 ff., 491 und 473; Ch. Menke, Kritik der Rechte, 2015, S. 150 ff.

¹⁰⁸Vgl. dazu grundsätzlich M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 242 ff.; ders., Braucht die Wissenschaft vom öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?, in: A. Funke / J. Lüdemann, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 17 ff., 26, gefordert sei eine „Rezeptionsreflexionsdisziplin“: „Wie wirken nicht-juridische Disziplinen, mag man sie – eher ‚einfühlsam‘ – Nachbarwissenschaften oder aber – eher ‚nüchtern‘ – Fremdwissenschaften nennen, auf die juristischen Disziplinen ein?“, ebd., S. 26; zur Eigengesetzlichkeit des positiven Rechts vgl. ders., Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 27 ff., 43 ff., 49 ff.

¹⁰⁹Vgl. dazu M. Stolleis, Entwicklungsstufen des Verwaltungsrechts, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., 2012, S. 65 ff., Rn. 26 ff.

¹¹⁰Zur Übernahme der zivilrechtlichen Methodik bei der Disziplinwertung des öffentlichen Rechts vgl. M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 241 ff., 248 f.

¹¹¹Vgl. dazu W. Krebs, Juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: E. Schmidt-Aßmann / W. Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 209 ff., 217.

¹¹²Vgl. dazu 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. 25; vgl. dazu auch I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem

wurde gesucht. Voraussetzung dafür war die Überwindung der Informationsnaivität¹¹³ im Recht. Diese ging davon aus, dass das nötige Wissen leicht zugänglich ist, passend portioniert¹¹⁴ und fraglos sicher ist.¹¹⁵ Solange man fremdes Wissen ausgrenzt, kann man dies glauben. Wenn man es aufnimmt, sieht man, dass Wissen nicht leicht zugänglich ist, es eben nicht in der richtigen Portionierung kommt und die Fragestellung nicht genau zu der Fragestellung des Juristen passt. Außerdem ist es noch höchst umstritten.¹¹⁶

Die „Juristische Methode“ hat sich seit Gerber und Laband weiterentwickelt.¹¹⁷ Aber für die Bewältigung dieser Probleme hatte sie der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ trotzdem wenig Hilfe anzubieten. Die zivilrechtliche Methodenlehren hatten für das Fremdwissen noch nicht einmal einen Platz vorgesehen.¹¹⁸ Mit der Wirklichkeit kann man nur bei der Feststellung des Sachverhalts in Beziehung treten. Meist dient die teleologische Argumentation als trojanisches Pferd¹¹⁹ für fremdes Wissen. Bei der konkreten Anwendung der teleologischen Auslegung wird allerdings sichtbar, dass ein Normtext nicht einfach einem Zweck

dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 226 ff., 244, Fn. 63. Verändert haben sich danach die Partnerdisziplinen, während das in der alten Staatswissenschaft die Geschichte war, ist es heute vor allem die Ökonomie, Politologie, Soziologie und Technikwissenschaften, vgl. dazu auch A. Voßkuhle, ebd., Rn. 39.

¹¹³Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 49 (2016), S. 1 ff., 10 ff.; vgl. dazu J. Ph. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, 2016, S. 14.

¹¹⁴Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, ebd. S. 10 f. sowie ... Kaufhold, in: I. Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, 2013, S. 151, 162.

¹¹⁵Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, ebd.; knappe, aber wesentliche Darstellung bei Ch. Engel,..... in: VVdStRL 67 (2007), S. 350 f. Er stellt die Frage, ob eine Offenheit der Disziplin überhaupt möglich ist und sieht das Problem darin, dass Juristen ständig Fragen stellen, auf die Empiriker nicht direkt antworten. Außerdem stehen ihre Antworten unter sehr vielen Bedingungen, während das Recht eine verbindliche Entscheidung produzieren will. Vgl. grundlegend zu diesem Problem auch Ch. Engel, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: Ch. Engel / W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205 ff., 228 ff.

¹¹⁶W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 49 (2016), S. 1 ff., 10 ff.

¹¹⁷Vgl. dazu Ch. Engel, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: ders. / W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205 ff., 218 ff., der einen Überblick über die veränderten Bedingungen des von Otto Mayer aus dem staatsrechtlichen Positivismus übernommenen Projekts aufzählt. Zur historischen Verortung der „Juristischen Methode“ vgl. M. Stolleis, Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 65 ff., Rn. 26 ff., zu den heute aktuellen Veränderungen des Staatsbildes Rn. 111 ff.

¹¹⁸Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 49 (2016), S. 1 ff., 26: „Immerhin verwenden manche Methodenlehren, beispielsweise die von Larenz/Canaris, ein eigenes Kapitel auf die Sachverhaltsbeurteilung – meist allerdings nicht auf die Erhebung von Realbereichswissen.“ (S. 8) Dies ist für die klassischen Methodenlehren ein genereller Befund, vgl. dazu F. Bydlinky, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, zur Sachverhaltsermittlung S. 417 ff., Realbereichswissen wird nicht thematisiert.

¹¹⁹Vgl. dazu M. Hensche, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 43 ff., 72 ff.; M. Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 9 ff.; M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2007), S. 288 ff., 301.

folgt. Ein solcher Text folgt vielen Zwecken und diese sind oft widersprüchlich.¹²⁰ Schließlich bietet die teleologische Auslegung keinerlei methodische Handhabe, um mit dem importierten Wissen umzugehen. Erst über die Rezeption der philosophischen Hermeneutik wurde klar, dass man einen Normtext nur im Kontext der Wirklichkeit verstehen kann.¹²¹ Inzwischen war unter dem Stichwort „Normbereich“ eine Reflexionsebene für die Einbeziehung fremden Wissens in die Normkonkretisierung vorgesehen. Über diese allgemeine Ebene ist das Neue Verwaltungsrecht weit hinaus gekommen und an dieser Stelle hat die juristische Methodik viel zu lernen.

Die Folgenbetrachtung¹²² ist eine weitere methodische Figur, die zum Zwecke der Deklaration von Importwissen vor allem im Zivilrecht entwickelt wurde. Hier hat das „Neue Verwaltungsrecht“ viele sinnvolle Differenzierungen eingeführt. Man unterscheidet den „output“¹²³ als unmittelbares Ergebnis von den Auswirkungen für die Adressaten als „impact“.¹²⁴ Schließlich werden auch die längerfristigen Wirkungen, wie etwa Abschreckung, von der Grundrechtsausübung oder Hemmungen neuer Entwicklungen am Markt unter dem Stichwort „outcome“¹²⁵ berücksichtigt. Mit dieser Differenzierung kann der grundlegende Einwand gegen die Folgenbetrachtung, dass nämlich Folgen nicht zu überblicken seien, abgeschwächt werden. Vor allem kann man die Risiken einer solchen Folgenbetrachtung deutlich sehen.

Ein weiterer wichtiger Berührungspunkt von Neuem Verwaltungsrecht und moderner juristischer Methodik ist der so genannte „Realbereich“.¹²⁶ Dies ist der Wirklichkeitsausschnitt, auf den sich die Norm bezieht. Dabei weist Hoffmann-Riem darauf hin, dass nicht nur der vom historischen Gesetzgeber ins Auge

¹²⁰W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 49 (2016), S. 1 ff., 5.

¹²¹Vgl. dazu F. Müller / R. Christensen, Juristische Methodik, 11. Aufl., 2013, mit dem Stichwort Normbereich, Rn. 397 ff., 235 ff. und Bezug zur Hermeneutik Rn. 93, 239.; vgl. auch W. Hoffmann-Riem,, in: E. Schmidt-Aßmann / ders., Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 ff., 23 ff.; H.-H. Trute,, in: ebd., S. 293 ff.; H. Schulze-Fielitz,, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), S. 11 ff., 15; M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 241 ff., 257 ff.; vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 49 (2016), S. 1 ff., 8 f.; unter Verweis auf F. Müller, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl. 1994.

¹²²Vgl. zu dieser Entwicklung grundlegend ... Welde, Juristische, 1979; ... Lübke-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981; M. Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1994 (oben: 1995); ... Zhang, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung, 2010, S. 29 ff., 85 ff.; ... Wischmeier, Zwecke im Recht des Verfassungsstaats, 2015, S. 217 ff., m. w. N. Fn. 141 sowie S. 366 ff. mit Fn. 198 ff.

¹²³W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 49 (2016), S. 1 ff., 5.

¹²⁴Ebd.

¹²⁵Ebd., S. 5.

¹²⁶Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem,, in: E. Schmidt-Aßmann / ders. (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 ff., 36 ff.; ders., „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 49 (2016), S. 4.

gefasste Wirklichkeitsausschnitt gemeint ist, sondern auch ein möglicher Faktenwandel in diesem Bereich zu berücksichtigen wäre.¹²⁷

In allen diesen Formen der Deklaration von Importwissen stellt sich die Frage, wie es im Verfahren aufzunehmen wäre. Auch hier hat das „Neue Verwaltungsrecht“ wichtige Präzisierungen entwickelt. Das Recht verfügt mit dem Beweisverfahren über eigene Regeln zur Verarbeitung von Fremdwissen. Hoffmann-Riem hat herausgearbeitet, dass diese sich nur auf den Sachverhalt beziehen und auf den Realbereich wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht oder nur mit Vorsicht übertragen werden können.¹²⁸

b) Das Problem der Methode

Grundlegend stellt sich bei der Rezeption von Fremdwissen¹²⁹ das Problem, wie weit man Inhalte unabhängig von Methoden rezipieren kann.¹³⁰ Juristen bevorzugen Inhalte. Denn Methoden sind vor allem in den empirischen Wissenschaften sehr voraussetzungsvoll. Dies birgt aber Risiken, wie man am Beispiel der Übertragung von Wissen aus der Philosophie sehen kann. Es gibt praktisch keine in der Philosophie erkennbare Sammelbezeichnung, die nicht irgendein

¹²⁷Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, in: E. Schmidt-Aßmann / ders. (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 53 ff. sowie ders., „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: *Die Verwaltung* 49 (2016), S. 4.

¹²⁸W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: *Die Verwaltung* 49 (2016), S. 8.

¹²⁹Warum gerade das öffentliche Recht eine besondere Affinität zur „Rezeptionsreflexion“ hat, begründet M. Jestaedt, *Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie*, in: A. Funke / J. Lüdemann, *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, S. 18 ff., 41 f.; generell zum Problem der Interdisziplinarität R. Czada, *Disziplinäre Identität als Voraussetzung von Interdisziplinarität?*, in: K. Bizer / F. Führ / Ch. Hütting (Hrsg.), *Responsive Regulierung: Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung*, 2002, S. 23 ff.; allgemein zu Verdrängungsverhalten gegenüber Fremdwissen R. Dreier, *Was ist und wozu allgemeine Rechtstheorie*, 1975, S. 16; Ch. Engel, *Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft*, in: ders. (Hrsg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998, S. 11 ff., 33 f.; M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, S. 6 ff.; H.-H. Trute, *Staatsrechtslehre als Sozialwissenschaft*, in: H. Schulze-Fielitz, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, *Die Verwaltung*, Beiheft 7, 2007, S. 115 ff., 117; zu Verkehrsregeln mit den Nachbarwissenschaften vgl. Th. Vesting, *Nachbarschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft – „Verkehrsregeln“ und „Verkehrsströme“*, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 253 ff., 256 ff.

¹³⁰Vgl. dazu Ch. Engel, *Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition*, in: ders. / W. Schön, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 205 ff., 238 f.; ders., *Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft*, in: ders. (Hrsg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998, S. 11 ff.; H.-H. Trute, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch*, *Die Verwaltung*, Beiheft 2 (1999), S. 9 ff., 19; Ch. Bumke, *Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland*, in: E. Schmidt-Aßmann / W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 73 ff., 124; Ch. Möllers, *Methoden*, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., 2012, S. 123, Rn. 42; W. Hoffmann-Riem, *Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht*, *Die Verwaltung*, Beiheft 2 (1999), S. 83 ff., 87 ff.

entschiedener Jurist auf die Rechtswissenschaft angewendet hätte. Das grundlegende Missverständnis ist immer, dass man philosophische Aussagen aus ihrem Kontext löst und zum Fundament erklärt.¹³¹ Tatsächlich ist die Philosophie eine Klinge, die man so lange schleift, bis nichts mehr übrig bleibt. Entscheidend ist somit ihre Methode. Man kann nicht ihre Aussagen als „Gesslerhut“ im Recht verwenden. Hier hat die Rechtstheorie tatsächlich die von Jestaedt beschriebene Aufgabe des Torwächters.¹³² Fruchtbar ist dagegen die Anwendung philosophischer Methoden. Viele noch heute verwendete Formulierungen aus der Grundrechtstheorie des Bundesverfassungsgerichts kommen ursprünglich aus der phänomenologischen Rechtstheorie.¹³³ Die Bearbeitung des Problems der Interdisziplinarität als Sachbezogenheit des Rechts wurde von der Hermeneutik angeregt.¹³⁴ Viele Präzisierungen von Problemstellungen sind durch analytisches Instrumentarium¹³⁵ entstanden und die Öffnung des heutigen Systembegriffs im Recht verdankt sich auch dekonstruktiven Arbeitsweisen.¹³⁶

Bei der empirischen Wissenschaft gibt es schon eher Inhalte.¹³⁷ Aber auch hier ist es riskant, sie ohne Verständnis über die Tragweite der angewendeten Methoden zu übertragen: „Die Sozialwissenschaft durchläuft, wenn sie in der Lehre und/oder Praxis folgenreich werden will, Filter einer spezifischen Verwendungstauglichkeit und erlebt einen Gestaltwandel; Theorietransformationen, nicht Theorietransfer ist das Schlagwort. Dabei büßt sie zumindest z. T. den ihr vom professionellen Stab der Sozialwissenschaft zugemessenen Erklärungsgehalt ein. Der Tendenz nach führt die Assimilation zur Verwandlung, die häufig in einer Banalisierung und Trivialisierung besteht.“¹³⁸ Vor

¹³¹Vgl. als Warnung vor solchem Vorgehen am Beispiel der Wissenschaftstheorie A. Funke, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie – Zur Einführung, in: ders. / J. Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 1 ff., 6 mit der Überschrift „Anwendung“ wissenschaftstheoretischer Erkenntnisse? Zur falschen Vorstellung des Profitierens von fremder Autorität.

¹³²Vgl. dazu M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, Kap. V, S. 69 ff.

¹³³So z.B. die Formulierung des Kernbereichs als denjenigen Bereich an einem Freiheitsrecht, den man nicht wegdenken kann, ohne dass die Freiheit als Ganzes zusammenbricht. Zur phänomenologischen Rechtstheorie vgl. K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., 1979, S. 119 ff., m. w. N. in den Fn. 56 ff.

¹³⁴Vgl. dazu W. Hassemer, Das Proprium der Strafrechtswissenschaft, in: Ch. Engel / W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 185 ff., 190.

¹³⁵Vgl. dazu die vorbildliche Arbeit von D. Gruschke, Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats, 2014; vgl. S. 78 zur Kritik an dem in der Jurisprudenz vor allem von Koch verwendeten verkürzten Vagheitsbegriff, vgl. dazu H.-J. Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessungsermächtigungen im Verwaltungsrecht: Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung, 1979.

¹³⁶Vgl. dazu etwa T. Coendet, Rechtsvergleichende Argumentation, 2012, S. 81 ff. zusammenfassend.

¹³⁷Die Politologie ist von den Voraussetzungen ihrer Methodik her nicht so komplex wie Psychologie, Soziologie oder Ökonomie und lässt eine leichtere Rezeption ihrer Erkenntnisse zu. Vgl. dazu Ch. Engel, Linking Political Science and Law, in: ders. / A. Héritier (Hrsg.), Linking Politics and Law, 2003, S. 7 ff., 13 sowie O. Jouanjan,, in: EuGRZ 2004, S. 362 ff.

¹³⁸W. Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht: Kommunikation in einer multidisziplinären Scientific Community, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), S. 83 ff., 85; vgl. auch A. Voßkuhle, Methode und Pragmatik im

allem aber sind diese Inhalte gerade nicht als Antworten auf die juristischen Fragen konzipiert¹³⁹ und sie gelten immer nur vorläufig unter dem Vorbehalt weiterer Untersuchungen.¹⁴⁰ Diese kann ein Jurist nicht durchführen: „Die begrenzte Möglichkeit der Nutzung wissenschaftlicher Expertise ist besonders deutlich bei Prognosen, beispielsweise im Risikorecht. Wer als Rechtswissenschaftler versuchen wollte, für alle Faktenannahmen und Prognosen Belege über entsprechende mit wissenschaftlichen Methoden empirischer Forschung erhobene Erkenntnisse anzuführen, müsste schnell kapitulieren. Ich beispielsweise könnte diesen Vortrag nicht halten und Lehrbücher und Monographien müssten teilweise geschwärzt werden. Bei manchen bliebe nicht einmal das Abkürzungsverzeichnis übrig.“¹⁴¹ Der Jurist dagegen will endgültig und verbindlich entscheiden.¹⁴² Deswegen ist das juristische Wissen mit dem Fremdwissen inkongruent.¹⁴³

Wenn man also Fremdwissen übertragen will, muss diese Inkongruenz bearbeitet werden. Weil Experimente nicht zur Verfügung stehen, bleibt als zweitbeste Instanz nur die Argumentation.¹⁴⁴ Über Einwände, deren Integration und Widerlegung können die Rationalität von Annahmen jedenfalls ein Stück weit überprüft werden. Auch das ist ein Ergebnis des Neuen Verwaltungsrechts: Das Verfahren¹⁴⁵ und die Argumentation ist für die Integration von Fremdwissen

öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: H. Bauer u.a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 171 ff., 182.

¹³⁹ „Anleihen finden i. Ü. keineswegs immer offen statt. Zu bedenken sind auch verdeckt ablaufende ‚osmotische‘ Rezeptionsprozesse, meist trivialisierte Erkenntnisse anderer Wissenschaften“: A. v. Arnould, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: A. Funke / J. Lüdemann, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 ff., 79.

¹⁴⁰Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorie und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 49 (2016), S. 1 ff., 11; eine weitere Zuspitzung ergibt sich daraus, „dass es zu jedem Expertenwissen auch einen Gegenexperten zu geben pflegt“ (S. 11).

¹⁴¹W. Hoffmann-Riem, ebd., S. 11.

¹⁴²Vgl. dazu vor allem St. Magen, Entscheidungen unter begrenzter Rationalität als Proprium des öffentlichen Rechts, in: Ch. Engel / W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 303 ff.

¹⁴³Vgl. dazu A. v. Arnould, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: A. Funke / J. Lüdemann, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 ff., 84 f.; vgl. als Stufenmodell für eine kontrollierte Rezeption fremden Wissens A. Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: H. Bauer u.a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 171 ff., 188 ff.; W. Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: E. Schmidt-Aßmann / ders. (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 ff., 59 f.; M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., (Jahr) S. 37 f., 70 ff., 75 ff.; J. Lüdemann, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: S. Boysen u.a. (Hrsg.), Netzwerke: 47. Assistententagung Öffentliches Recht, 2007, S. 266 ff.

¹⁴⁴Zum Stellenwert der Argumentation M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem und dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2007), S. 286 ff., 313; vgl. dazu auch I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 226 ff., 267.

¹⁴⁵I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und

entscheidend.

c) Die Ausblendung fremden Wissens

Ein integratives Verständnis von Interdisziplinarität hat Risiken, die im Neuen Verwaltungsrecht klar gesehen werden. Es kann zunächst zu dem Hume'schen Problem¹⁴⁶ führen. Hume wollte nicht etwa den Übergang vom Empirischen zum Normativen verbieten, sondern verhindern, dass man seine Schwierigkeiten unterschätzt und seine Risiken vermindert. Zu dem Problem methodischer Beliebigkeit tritt noch hinzu, dass der Wissenstransfer von einzelnen gebildeten Persönlichkeiten vorgenommen wird. Innerhalb der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft wird immer wieder darauf hingewiesen, „dass der Vorgang des Öffnens und Verschließens gegenüber dem Nichtdogmatischen weder kontinuierlich noch systematisch erfolgt und auch selten Gegenstand des fachlichen Selbstgesprächs über die verwaltungsrechtswissenschaftliche Arbeitsweise war. Alles hängt vielmehr von der Vorbildung und dem persönlichen Forschungsinteresse des verwaltungsrechtswissenschaftlichen Akteurs ab.“¹⁴⁷ Es fehlt also die Kontrolle durch die fachliche Diskussion. Daraus entsteht das Risiko einer introvertierten Selbstermächtigung.¹⁴⁸ Das Neue Verwaltungsrecht überwindet dieses Risiko durch eine breit aufgestellte fachliche Diskussion. Aber es überwindet dieses Risiko nicht vollständig. In der Darstellung der Methoden des Neuen Verwaltungsrechts werden in einem eigenen Abschnitt „Interdisziplinarität“ Bezüge zu

steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 271 f., 272: „Anders als im klassischen Rechtsakt bezogenen Modell, in dem das gesetzlich (klar) vorgegebene materielle Recht als Herr, das Verfahren als Diener fungieren kann, ist bei Bestehen von Spielraum nicht klar, wer überhaupt Herr ist und wem das Verfahren dienen sollte. (...) Das Verfahren wird im Gegenteil zur Maß gebenden rechtlichen Vorgabe, es steuert das Verhalten auf dem Weg zu einer Entscheidung unter Unsicherheitsbedingungen. Der einzuschlagende Weg ist dann aber auch ausschlaggebend dafür, welche Entscheidung in der Sache getroffen wird.“ (Fn. 165, S. 272).

¹⁴⁶Vgl. dazu O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft (Jahr), S. 53 ff., 72 und die grundlegende Kritik an der juristischen Verwendung systemtheoretischer Konstruktionen als normative Folie: O. Lepsius, Steuerungsperspektive Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999; zum Problem Methodensynkretismus oder Methodenlosigkeit vgl. Ch. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 73 ff., 124; Ch. Möllers, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 123 ff., Rn. 42; Kritik am Begriff des Methodensynkretismus W. Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften (Bandende)

¹⁴⁷Ch. Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: E. Schmidt-Aßmann / W. Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 118 ff., 123; vgl. dazu auch O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 72.

¹⁴⁸Vgl. dazu O. Lepsius, ebd., S. 73: „Diese paradoxe Introvertiertheit dient natürlich auch einem spezifischen disziplinären Zweck, nämlich der Selbstermächtigung der Juristen für sozialwissenschaftlich informiertes, interdisziplinäres Arbeiten.“

anderen Disziplinen dargestellt.¹⁴⁹ Geschichte, Wirtschaftswissenschaft, Sozialwissenschaften und Naturwissenschaft finden einen eigenen Abschnitt. Es gibt auch einen Abschnitt über kulturwissenschaftliche Bezüge.¹⁵⁰ Aber eine Wissenschaft fehlt: die Sprachwissenschaft. Obwohl diese mit der Rechtslinguistik eine eigene Unterdisziplin für die juristischen Probleme ausgebildet hat, mit regen Publikationstätigkeiten und vielen Tagungen.¹⁵¹

Wieso ist ausgerechnet die Sprache ein blinder Fleck der juristischen Reflexion? Der Gesetzestext ist zunächst Sprache. Dies kann die Arbeit der Juristen erschweren. Denn Sprache ist allen gemeinsam und gerade kein Privateigentum der Juristen. Man kann sie mittlerweile sogar empirisch überprüfen.¹⁵² Das beeinträchtigt die Machtausübung der Juristen und erschwert den Weg zu einem gewollten Ergebnis. Deswegen neigen Juristen dazu, die Sprache herabzusetzen. Sie gilt dann als bloßer Ausdruck von Absichten des Gesetzgebers oder Repräsentant von grundlegenden Werten. Die Sprache selbst ist danach ein durchlässiges Medium und man muss nur auf die grundlegende Ebene von Absichten oder Werten gelangen. Eine solche Auffassung ist in einer parlamentarischen Demokratie nicht vereinbar. Trotzdem führt sie im Schatten der Macht ein zähes Eigenleben.

Das Sprachverstehen kann damit nicht das Eigene der Jurisprudenz sein. Sprachverstehen können auch andere. Rechtswissenschaft ist eine sehr alte

¹⁴⁹Ch. Möllers, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, S. 123 ff., Rn. 42 – 52.

¹⁵⁰Ebd., Rn. 51.

¹⁵¹Schon 1985 gab es eine kommentierte Bibliographie von U. Reitemeier / O. Bettscheider, Studien zur juristischen Kommunikation. Eine kommentierte Bibliographie, 1985. Die deutsche Diskussion ist seither nicht zu überblicken, nur wenige Beispiele seien hier aufgezählt: Grundlegend D. Busse, Juristische Semantik. Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht, 2. Aufl., 1993; E. Felder, Juristische Textarbeit im Spiegel der Öffentlichkeit, 2003; ders., Semantische Kämpfe außerhalb und innerhalb des Rechts, in: Der Staat 49 (Jahr), S. 543 ff.; ders. / F. Vogel (Hrsg.), Handbuch Sprache im Recht, im Erscheinen 2016; J. Ludt(?), Semantische Kämpfe im Recht. Ein rechtslinguistische Analyse zu Konflikten zwischen dem EGMR und nationalen Gerichten, 2015; St. Mouritsen, The dictionary Is Not a Fortres: Definitional Fallacies and a Corpus-Based Approach to Plain Meaning, in: Brigham Young University(?) Law Review, S. 1915 ff.; F. Vogel, Linguistik rechtlicher Normgenese. Theorie der Rechtsnormdiskursivität am Beispiel der Online-Durchsuchung, 2012; ders., Rechtslinguistik: Zur Bestimmung einer Fachrichtung, in: E. Felder / ders. (Hrsg.), Handbuch Sprache im Recht, im Erscheinen 2016; F. Vogel / R. Christensen, Korpusgestützte Analyse der Verfassungsrechtsprechung: Eine Abwägung von Prinzipien findet nicht statt, in: Rechtstheorie 44 (Jahr), S. 29 ff.; F. Vogel / R. Christensen / St. Pötters, Richterrecht der Arbeit – Empirisch untersucht. Möglichkeiten und Grenzen computergestützter Textanalyse am Beispiel des Arbeitnehmerbegriffs, 2015; F. Vogel / H. Hamann, Vom corpus juris zu den corpora iurum – Konzeption und Erschließung eines juristischen Referenzkorpus (JuReko), in: Jahrbuch der Heidelberger Akademie der Wissenschaften für 2014.

¹⁵²Vgl. dazu F. Vogel / R. Christensen, Korpusgestützte Analyse der Verfassungsrechtsprechung. Eine Abwägung von Prinzipien findet nicht statt, in: Rechtstheorie 2013, S. 29 ff.; F. Vogel / R. Christensen / St. Pötters, Richterrecht der Arbeit – empirisch untersucht. Möglichkeiten und Grenzen computergestützter Textanalysen am Beispiel des Arbeitnehmerbegriffs, 2015; F. Vogel / H. Hamann, Vom corpus iuris zu den corpora iurum – Konzeption und Erschließung eines juristischen Referenzkorpus (JuReKo), in: Handbuch der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, 2014.

Disziplin. Vielleicht ist sie schon alt genug, um zuzugeben, dass ihr nichts wirklich Eigenes zukommt.¹⁵³ Ein solches Proprium müsste sie von allen anderen unterscheiden und man würde mit dieser Definition nicht fertig werden. Das heißt natürlich nicht, dass man die Jurisprudenz nicht vorläufig von anderen Disziplinen abgrenzen könnte. Man muss die Identität der Disziplin als Suchbild begreifen.¹⁵⁴ Wenn man dies wollte, bliebe tatsächlich etwas Wichtiges übrig. Der Umstand nämlich, dass das Öffentliche Recht die Effizienz der Durchsetzung anderer gesellschaftlicher Logiken stört. Die Herrschaft des Staates zu kontrollieren, bleibt natürlich nach wie vor eine wichtige Aufgabe.¹⁵⁵ Aber mittlerweile ist jedenfalls im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland der Staat weitgehend domestiziert und die eigentliche Bedrohung von Freiheit geht von gesellschaftlicher Macht aus.¹⁵⁶ Es gibt mittlerweile einen selbstreferenziellen Kapitalismus, der sich den Fragen nach Legitimation, Verantwortung, Recht und Steuer systematisch entzieht.¹⁵⁷ Die Privatautonomie dient dabei als verschleierndes Mäntelchen.¹⁵⁸ „Dem Optimierungsfetisch der Ökonomie, dem Steuerungswahnsinn der Politik sowie den legitimen Egoismen der Privatrechtssubjekte kann und muss das Öffentliche Recht selbstbewusst entgegenreten. Kurz: Öffentliches Recht stört immer und muss um seiner Idee willen auch immer stören.“¹⁵⁹ Mit der Aufgabe, die Entgrenzung von gesellschaftlichen Logiken zu verhindern,¹⁶⁰ bleibt für das Öffentliche Recht mehr als genug zu tun. Ob man dies dann Identität oder Proprium nennt, ist nicht mehr entscheidend. Kennzeichnend ist, dass die Entscheidung über den Konflikt und die Begrenzung gesellschaftlicher Logiken im Wege einer Argumentation erfolgt, die rechtsstaatlichen Standards genügt.

¹⁵³Vgl. in diesem Sinne A. v. Arnould, 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: „Die einzelnen Zutatensind also nicht disziplinäres ‚Eigentum‘ der Rechtswissenschaft. Charakteristisch ist eher die Mixtour“ unter Bezug auf W. Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht (Jahr), S. 83 ff., 87; H. Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Jahr), S. 11 ff., 15 ff.

¹⁵⁴A. v. Arnould, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: A. Funke / J. Lüdemann, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 66.

¹⁵⁵Vgl. dazu Ch. Engel, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition – Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des Öffentlichen Rechts, in: ders. / W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205 ff., 235 ff.

¹⁵⁶Vgl. dazu O. Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf / H. Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 ff., 68 ff.

¹⁵⁷Ebd., S. 69.

¹⁵⁸Ebd., S. 68.

¹⁵⁹O. Depenheuer, in: D. Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage seiner Identität, 2012, S. 73 ff., 88.; vgl. zur Zerstörung des Staates durch den Neoliberalismus auch A. Badiou, Wider den globalen Kapitalismus, 2016, S. 18 ff.

¹⁶⁰Vgl. O. Depenheuer, ebd.: „Das Öffentliche Recht“ stört die anderen gesellschaftlichen Systeme, die sich bei der Entwicklung ihrer Systemlogik nicht vom Öffentlichen Recht begrenzen lassen wollen – aber doch begrenzt werden müssen. Doch das Öffentliche Recht will und darf sich nicht den Systemlogiken der anderen Systeme beugen und unterwerfen.

II. Gesetzesbindung

Es wird immer wieder betont, dass das „Neue Verwaltungsrecht“ die Gesetzesbindung nicht verdrängen will.¹⁶¹ Was heißt nun nicht verdrängen? Ihren 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.“¹⁶² 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.¹⁶³ Diese Ambivalenz hat sich auch in den beiden Referaten der Deutschen Staatsrechtslehrertagung ausgedrückt. Während dem ersten Referat die räumliche Metapher zugrunde liegt,¹⁶⁴ fordert das zweite Referat die inhaltliche Präzisierung.¹⁶⁵ Dieses Problem hat auch die anschließende Diskussion beherrscht.¹⁶⁶

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.¹⁶⁷ Es geht

¹⁶¹Vgl. 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 Verwaltungswissenschaft, 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.

¹⁶²W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / A. Voßkuhle, Vorwort zur 1. Aufl. der „Grundlagen des Verwaltungsrechts“, 2012, S. IX.

¹⁶³A. Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, 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.

¹⁶⁴I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 228 ff.

¹⁶⁵M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 288 ff.

¹⁶⁶I. Isensee, ebd., S. 338 f.; E. Schmidt-Aßmann, Redebeitrag, S. 340 f.; I. Pernice, Redebeitrag, S. 341 f.; A. Scherzberg, Redebeitrag, S. 348 f.; O. Lepsius, Redebeitrag, S. 349 f.; M. Jestaedt, Redebeitrag, S. 352 f.

¹⁶⁷Vgl. A. Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., 2012, S. 1 ff., Rn. 2 ff.; E.

bei der Abgrenzung zur Juristischen Methodik weniger um die Vorgehensweise des Rechts oder der Rechtswissenschaft, sondern um einen „Denkstil“, den man durch einen anderen ersetzen will.¹⁶⁸ Dieser wird ganz überwiegend anhand folgender Merkmale bestimmt: Die Juristische Methodik ist auf einen abstrakten Rechtsakt als Ergebnis bezogen und blendet die Erzeugung aus.¹⁶⁹ In ihrer Betrachtung ist sie auf das Gericht und dessen Kontrollperspektive zentriert.¹⁷⁰ Sie setzt ein geschlossenes dogmatisches System voraus¹⁷¹ und blendet fremdes Wissen aus.¹⁷² Die letzten beiden Voraussetzungen wurden, wie bereits im Text gezeigt, vom Neuen Verwaltungsrecht überwunden. Wie steht es mit dem ersten Problem? Kann man tatsächlich am Gesetz eine bloße Ergebniskontrolle vornehmen und dabei den Bereich von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung klar trennen?¹⁷³

Das „Neue Verwaltungsrecht“ thematisiert dieses Problem als Emanzipation vom „zivilistischen Subsumtionsparadigma“.¹⁷⁴ Dieses wird einer ausführlichen

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.

¹⁶⁸Vgl. 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.

¹⁶⁹A. Voßkuhle, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, 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.; ders., in: E. Schmidt-Aßmann / W. Hoffmann-Riem, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 73 ff., 75 ff.; M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 242 ff., 259 f.

¹⁷⁰A. 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.

¹⁷¹Vgl. dazu O. Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt / ders., *Rechtswissenschaftstheorie*, (Jahr), S. 1 ff., 36 ff.; M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ... 2006, S. 81 ff.

¹⁷²Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: ders. / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 9 ff.; ders., „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: *Die Verwaltung* 49 (2016), S. 1 ff., insbes. 6 ff., 8 und durchgängig; A. Voßkuhle, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2. Aufl., 2012, S. 1 ff., 37 ff.; J. Ph. Schäfer, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts*, 2016, S. 77 ff.

¹⁷³Vgl. zum Problem M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 17 f., 57 ff.; ders., „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 242 ff., 250 ff.

¹⁷⁴Vgl. dazu M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel

Kritik unterzogen. Zunächst ist die Übertragung von Zivilrecht aufs öffentliche Recht abzuweisen.¹⁷⁵ 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 im Zivilrecht das Recht als statisch verstehen. Dies sei im öffentlichen Recht nur sehr beschränkt möglich. Das öffentliche Recht bezieht sich zudem auf eine große Vielfalt von Rechtsquellen mit unterschiedlichen Hierarchiestufen und sei auch viel stärker von Supra- und Transnationalisierung des Rechts betroffen.¹⁷⁶ Ein Richter sei auch nicht lediglich die „viva vox“ des Gesetzes, er bedürfe für sein Handeln im Rahmen der Gewaltenteilung einer Legitimation.¹⁷⁷ 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“.¹⁷⁸ Schließlich sei im öffentlichen Recht als Standard-situation eine Konkurrenz von Konkretisierungsinstanzen anzunehmen. Neben dem Gesetzgeber handle die Verwaltung und schließlich der Richter und bei den Gerichten gebe es neben den Fachgerichten auch die Verfassungsgerichtsbarkeit.¹⁷⁹ Diese Argumente sind alle durchschlagend. Aber wieder 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 ausreiche. 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 unglaubliche 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

/ W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 242 ff., 249.

¹⁷⁵Vgl. dazu M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 241 ff., 248 f.

¹⁷⁶H.-H. Trute, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch*, in: *Die Verwaltung*, (Jahr?), S. 9 ff., 21 ff.

¹⁷⁷M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 250.

¹⁷⁸Vgl. dazu M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, 2006, S. 22, 24.

¹⁷⁹M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel / W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 241 ff., 253 f. „Rechtskonkretisierungskonkurrenzen“.

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.¹⁸⁰ Wenn es keine Gewissheit in der Sprache gibt, braucht man das Verfahren, um trotzdem navigieren zu können. Es verliert seinen Status als Diener.¹⁸¹ 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,¹⁸² der als Erstreferent 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 Selbstprogrammierung¹⁸³ 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,¹⁸⁴ zeigt diese Einschränkung exemplarisch: „Stellt man die strukturelle Offenheit von Sprache in Rechnung,

¹⁸⁰Vgl. 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 dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 226 ff., 238 f.

¹⁸¹Vgl. dazu A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann / ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, S. 1 ff., Rn. 15 ff.

¹⁸²I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 226 ff.

¹⁸³Vgl. dazu M. Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 288 ff., 317 f.

¹⁸⁴Seine 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.

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.¹⁸⁵ 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.“¹⁸⁶ 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.“¹⁸⁷ Damit ist das Problem der 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. Da aber die wenigsten Juristen philosophisch promoviert sind, ist es doch ziemlich unwahrscheinlich, dass ausgerechnet in einer Verstehenslehre das Eigene ihrer Wissenschaft liege. Aber die Hermeneutik ist schon lange die Art ihrer Selbstreflexion.¹⁸⁸ Man ist in der Nähe der Theologie und nicht der Sprachwissenschaft. Zwischenfragen könnten aufhalten. Auch der Gottesdienst

¹⁸⁵I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 261, Fn. 118.

¹⁸⁶Ebd.

¹⁸⁷Ebd.

¹⁸⁸Vgl. 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.

ist eher Frontalunterricht und eine Diskussion nicht vorgesehen. Aber man 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. Bei diesen Erzählungen lassen sie sich nicht gern von anderen stören.

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.¹⁸⁹ 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 ausgegrenzt?

Die Gefahr, dass die Sprachwissenschaft den Inhalt des Gesetzes festlegt, besteht aber gar nicht. Man könnte Interdisziplinarität hier zulassen. Aber 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. Fremdwissenschaftlern wird der Weg ins Jenseits gewiesen. Sprache brauchen wir jetzt nicht mehr.

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.¹⁹⁰ 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.“¹⁹¹ Die Lösung dieser Aufgabe würde ein Weiterdenken der „Juristischen Methodik“, wie sie der staatsrechtliche Positivismus entwickelt hat, verlangen.¹⁹² Man müsste sich also lösen von der Vorstellung der Anwendung und die Rechtserzeugung in den Blick nehmen.¹⁹³ Zu überwinden wäre also die Vorstellung, dass das Eigene

¹⁸⁹Vgl. dazu M. Morlok, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: B. Ehrenzeller / P. Gomez / M. Kotzur / D. Thürer / K. A. Vallender (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, 2008, S. 67 ff., 72.

¹⁹⁰A. v. Arnould, 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.

¹⁹¹Ebd., S. 77.

¹⁹²Vgl. dazu W. Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht (Jahr), S. 83 ff., 97 ff.; Ch. Möllers, Brauch 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.

¹⁹³M. Jestaedt, Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wis-

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,¹⁹⁴ 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 nochmals anwenden.¹⁹⁵ 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 dann 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.“¹⁹⁶

Welche Maßstäbe braucht man jenseits der Gesetzesbindung? Appel unterlässt zu Recht die Ausschmückung mit privaten oder aus Fremdwissen ausgeborgten philosophischen Maßstäben. Hier sind wir in der Rechtstheorie typischerweise mit der Eingeschränktheit eines philosophischen Wissens konfrontiert. Das ist

senschaftstheorie?, in: A. Funke / J. Lüdemann, Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 24.

¹⁹⁴J. Isensee, Redebeitrag, in: VVdStRL 67 (2008), S. 338.

¹⁹⁵A. Scherzberg, Redebeitrag, in: VVdStRL 67 (2008), S. 348 f.

¹⁹⁶I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 228 ff., 262.

bei Appel nicht der Fall. Das öffentliche Recht kuriert von der Trunkenheit kurzfristiger philosophischer Leserreisen. Richtigkeit ist hier kein philosophischer Maßstab, sondern verweist ganz nüchtern auf die Steuerungswissenschaft. Insoweit ist unser „Jenseits“ ziemlich diesseitig. 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.¹⁹⁷ Diese wiederum soll dann dem Verstehen des Lesers Form und Maß geben. Vor allem die klassische Hermeneutik hat diese Form des Buches zum ontologischen Strukturmoment des Verstehens gemacht: „Der Sinn dieses Zirkels, der allem Verstehen zugrunde liegt, hat aber eine weitere hermeneutische Konsequenz, die ich den ‚Vorgriff der Vollkommenheit‘ nennen möchte. Auch das ist eine offenbar formale Voraussetzung, die alles Verstehen leitet. Sie besagt, dass nur das verständlich ist, was wirklich eine vollkommene Einheit von Sinn darstellt.“¹⁹⁸ 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.¹⁹⁹ 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.

Gerade die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft hat die konstitutive Rolle des Verfahrens für das Recht herausgearbeitet.²⁰⁰ Damit ist der herkömmliche

¹⁹⁷Vgl. damit M. Wetzel, Die Enden des Buches oder die Wiederkehr der Schrift, 1991, S. XII.

¹⁹⁸H.-G. Gadamer, Wahrheit und Methode, 6. Aufl., 1990, S. 299.

¹⁹⁹Ebd., S. 379.

²⁰⁰Vgl. dazu I. Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis

Bedeutungsidealismus verabschiedet²⁰¹ und die Bedeutung als nachträgliche begriffen²⁰². Verfahren und Prozess kommt damit eine tragende Rolle beim Problem der Rechtsbestimmtheit zu.²⁰³ Dass diese Frage jetzt gestellt wird, liegt daran, dass sich die mediale Infrastruktur des Rechts grundlegend geändert hat.²⁰⁴ 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.²⁰⁵ 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.²⁰⁶ Jetzt werden Probleme sichtbar, die bisher im Schatten der hermeneutischen Selbstverständlichkeiten 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, habe die subjektiv-historische Auslegung verstärkte Aufmerksamkeit gefunden. Er

und steuerwissenschaftlichem Anspruch, in: VVdStRL 67 (2008), S. 226 ff., 271 ff., m. w. N.

²⁰¹Vgl. ebd., S. 305 ff.; vgl. dazu auch grundlegend A. Somek, Rechtsystem und Republik, 1992, S. 475 ff., 305 ff.

²⁰²Ebd., S. 311 ff.

²⁰³Allgemeinere Ansätze in diese Richtung wären G. Calliess, Prozedurales Recht, 1999, wonach sich „die Frage der Rechtsstaatlichkeit 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, Prozedurale 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.

²⁰⁴Vgl. 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.

²⁰⁵Vgl. dazu H., Schanze, Integrale Mediengeschichte, in: ders. (Hrsg.), Handbuch der Mediengeschichte, 2001, S. 252 ff., 263 ff.

²⁰⁶Vgl. 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.

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 nicht gewollt. Weder vom Gesetzgeber noch vom System. Es ist vielmehr 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. 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. Wenn wir also mit einer Kookkurenzanalyse²⁰⁷ einen Sprachzustand zu einem bestimmten Zeitpunkt untersuchen, finden wir im Mediencorpus andere Verwendungsweisen als im Literaturcorpus und im Rechtscorpus. 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. Wenn das so wäre, hätten wir davon gehört. Also ist es so nicht, und dies 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. Das dürfen wir nicht durch eine Versteinerung der Bedeutung abschneiden.

Im Unionsrecht wäre dies von vornherein undenkbar. Hier gewinnt dieses Argu-

²⁰⁷Vgl. 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. Rechtsprachlicher Usus in korpuslinguistischer Perspektive, in: ebd., S. 314 ff.

ment 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.“²⁰⁸ 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.“ 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.

Natürlich kann die Juristische Methodik 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“ anders. Diese sei deduktiv gewesen und hätte das Ergebnis oder mindestens den Rahmen der Entscheidung aus dem Gesetz ableiten wollen. Dies sei unrealistisch.

²⁰⁸C. 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.

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 Pyramide²⁰⁹ 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.“²¹⁰ 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. 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.“²¹¹ 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, wie man den Ansatz der Reinen Rechtslehre konkretisieren könnte, 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

²⁰⁹Die 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 Vaihingens „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.).

²¹⁰H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 260.

²¹¹H. Kelsen, *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*, in: *JW* (1929), S. 1723 ff., 1726.

überwinden. Auch Erzeugung kann rational sein. Eifert will die Rechtserzeugung im Rahmen der Gesetzesbindung kontrollieren, Appel schlägt sich auf die Seite derer, die sich hier eine klare Trennung wünschen. Die Trennungstheorie möchte die Reinheit der Kelsen'schen Theorie noch steigern, indem sie die Trennung ausführt.²¹² 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.“²¹³ 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, wie Römer selbst feststellt,²¹⁴ allerdings ein bloßes Bild. 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 verstandenen Inhalt der Rechtsnorm als falsifizierende Instanz für den Prozess der Rechtserzeugung begreift. Auch hier wird unter dem Stichwort der „normativen Produktion“²¹⁵ 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.“²¹⁶ 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

²¹²Vgl. dazu auch U. Lemke, *Einheit aus Erkenntnis?*, 2009, S. 179 ff.

²¹³P. 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.

²¹⁴Ebd., S. 199.

²¹⁵J. Harenburg, *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis*, 1986, S. 6 und durchgängig; vgl. zusammenfassend zur arbeitsseitigen Rechtsproduktion ebd., S. 363 ff.

²¹⁶Ebd., S. 275.

Gehalt hat, dürfte sie zu stark sein.“²¹⁷ 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 aus(zu?)gestalten sind.“²¹⁸

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 „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.²¹⁹ [Stimmt der Satz so?] Damit kehrt die nur scheinbar antipositivistische Zwei-Welten-Lehre wieder, welche mit ihrem dualistischen 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 [Das?] Ziel, der richterlichen Bindung einen festen Bezugspunkt zu verschaffen, lässt sich formulieren: „Soweit diese Norm solchen Gehalt hat, kann sie auch mögliche Zurechnung beschränken.“²²⁰

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.“²²¹ Zu unterstreichen wäre hier das Wort „positivistisch“. Die für eine Rechtsanwendungslehre entwickelte

²¹⁷Ebd.

²¹⁸Ebd., S. 279.

²¹⁹Vgl. 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.

²²⁰Ebd., S. 275.

²²¹Vgl. 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.

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.²²² Daraus entwickelt sich dann die aus dem Film „Highlander“ bekannte Argumentform: „Es kann nur einen geben.“ Eine Mehrzahl von Lesarten ist nicht möglich. Es bleibt 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 scheidet damit an den sprachlichen Möglichkeiten des Rechts.

Die Folgerung aus dem Scheitern des räumlichen Rahmenmodells wäre dann wohl, dass Juristische 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. Wie ist das zu machen, wenn die sprachliche Bedeutung des Textes nicht einfach verfügbar ist?

b) Gewährleistung: 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 Fair-

²²²Vgl. dazu auch U. Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 178 ff.

ness.“²²³ 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.²²⁴ 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 erst hergestellt. Die Logik hat dabei eine begleitende Rolle als Bühne für die semantische Entwicklung.²²⁵ 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. Dieser²²⁶ [Steht diese Fn. an der richtigen Stelle? Es stand nur ein handschriftlicher Vermerk am Rand, ohne Diktat] wechselseitige Einfluss gibt der juristischen Argumentation eine retroreflexive Struktur. 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 Voraus-

²²³Ch. Engel, (Diktat: Ch. Engel, ... das fügen wir in der Fn. 3 [= jetzt 57] ein. Wie soll das eingefügt werden?) 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.

²²⁴Vgl. 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.

²²⁵Vgl. dazu und zum Folgenden H. Wohlrapp, Über nicht-deduktive Argumente, in: P. Klein (Hrsg.), Praktische Logik. Traditionen und Tendenzen. 350 Jahre Joachimi Jungini ‚logiga 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.

²²⁶Vgl. dazu H. Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, 2008, Kap. 9, Reflexivität.

setzungen 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.²²⁷ 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 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.²²⁸ 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. Vor allem aber müssen die rechtsstaatlichen Standards eingehalten werden.²²⁹ Was ist also die Bedeutung eines Rechtsbegriffs? Die empirische Methode der Kookkurenzanalyse 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

²²⁷Vgl. 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.

²²⁸Nach 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.

²²⁹W. Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches Wissen“, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 49 (2016), S. 1 ff., 21.

neu hinzukommenden Wörter mit ihren Kollokationen auswerten würde, würde sich dadurch die Zahl der Wörter des jeweiligen Wortfeldes exponentiell erhöhen. Die Unterstützung durch zunehmend intelligenter werdende Suchmechanismen und Wörterbuch-gestützte Informationsretrieval wird der Linguistik und dem Recht nützen: „Hier berühren sich Überlegungen, Ideen, Techniken aus sehr unterschiedlichen Wissensbereichen, deren Zusammentreffen aber dazu führt, dass jeder dieser Bereiche eine erhebliche Leistungssteigerung erfährt und mehr Werte on the fly erzeugt werden können. Techniken hierzu sind im Rahmen von Statistikverfahren entwickelt worden.“²³⁰ Aber natürlich gibt es den Vorbehalt des praktisch Möglichen.²³¹

Wenn man über eine Kookkurenanzalyse 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. „Der Computer ist strikt an in der Vergangenheit programmierte Befehlssequenzen gebunden, die sich weder automatisch noch autodidaktisch an überraschenden Kontextänderungen anpassen können.“²³² 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 dar. Die Erfassung des Sprachgebrauchs durch eine Kookkurenanzalyse 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. Dies ist 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 selektiert und synthetisiert²³³ über Rahmenanalyse²³⁴.

Die Hoffnung, für eine Lesart des Gesetzes nicht argumentieren zu müssen, sondern diese einfach im System zu erkennen, ist nicht leicht zu enttäuschen, es handelt sich um eine Wunschkonstellation.²³⁵ Der Wunsch nach Instruktivität²³⁶ wird hier in das System projiziert. Auch die maschinelle Auswertung von Quellenkorpora kann die Entscheidung nicht ersetzen. Im Zentrum dieser

²³⁰H. 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.

²³¹Hoffmann-Riem

²³²Th. Vesting, Die Medien des Rechts: Computernetzwerke, 2015, S. 55.

²³³J. Habermas, Ach, Europa: Kleine politische Schriften, 2008, S. 162.

²³⁴Vgl. dazu H. Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, 2008, Kap. 5, Rahmenstrukturen, S. 237 ff.

²³⁵Vgl. dazu H. Winkler, Docuverse, 1997, S. 11.

²³⁶Vgl. dazu M. Morlok, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: B. Ehrenzeller / P. Gomez / M. Kotzur / D. Thürer / K. A. Vallender (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, 2008, S. 28 ff., 31.

Arbeit wird immer die Argumentation im Verfahren stehen. Der Information-
szuwachs, 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 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. Wir können jetzt
computerbasiert vielmehr an Informationen auffinden und sind nicht mehr so
stark der Kompetenz des jeweiligen Wissenschaftlers ausgeliefert. 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 Grund-
lage arbeiten wir nicht nach den Regeln der Kunst. Aber die Notwendigkeit,
über den Konflikt der Lesarten juristisch zu entscheiden, kann uns die beste
Kookkurenzanalyse und das beste Wörterbuch nicht abnehmen.

Wörterbuch und Computer helfen uns also, eine große Zahl von Bedeutungsvari-
anten 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
„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. 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. Also auch
hier ist der Staat kein Eingriffsstaat, der den Bürgern die Sprache entzieht, auch
kein Leistungsstaat, der für sie spricht und die Bedeutung nach Bedürftigkeit
verteilt. Sondern er ist ein Gewährleistungsstaat, 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.“²³⁷ Jede neue Fallkonstellation kann also die Regel verschieben.²³⁸ Daher kann eine Sprache oder ein Text nicht als geschlossen betrachtet werden, sondern durch jede Interpretation kann das vorhandene Zeichenmaterial neu und anders differenziert werden.

Lässt sich aus dem „open texture“-Argument von Waismann ableiten, dass Vagheit zur Eigenschaft der ganzen Regel wird?²³⁹ Natürlich haben wir bei jeder Grenze das Problem der Unschärfe, was mittlerweile auch in Logik und Sprachphilosophie anerkannt wird.²⁴⁰ 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.²⁴¹ Ohne Fälle lassen sich Regeln nicht

²³⁷F. Waismann, Verifizierbarkeit, in: R. Bubner (Hrsg.), Sprache und Analysis – Texte zur englischen Philosophie der Gegenwart, 1968, S. 154 ff., 160 f.

²³⁸In 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 vorlägen, 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 man sich von der Vorstellung vorgegebener Regeln, welche das Sprechen steuern, verabschieden. Regeln sind ein nachträgliches methodisches Hilfskonstrukt des Sprachbeobachters.

²³⁹S. Müller-Mall, Performative Rechtserzeugung, 2012, S. 238.

²⁴⁰Vgl. dazu D. Gruschke, Vagheit im Recht: Grenzfälle und fließende Übergänge im Horizont des Rechtsstaats, 2014, vor allem S. 172 ff.

²⁴¹Ebd., S. 239.

beurteilen.²⁴² Man muss also nicht die Regel verwerfen, sondern die Vorstellung einer Steuerung des Sprechens durch die Regel.

Was wäre nun aus dem Scheitern des Regelplatonismus zu folgern? 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 Sprachnorm²⁴³ 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.²⁴⁴ 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.²⁴⁵ Das Befolgen leitet sich weder aus der Regel ab, noch zeichnet die 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.“²⁴⁶ 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.“²⁴⁷ Und das wiederum entscheidet sich daran, welche Ereignisse wir als die Anwendung von Regel auszeichnen.²⁴⁸ 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

²⁴²Ebd., S. 241 f.

²⁴³R. Christensen, Was heißt Gesetzesbindung? 1989, S. 218, 275, m. w. N. zur Diskussion in der Sprachwissenschaft.

²⁴⁴Vgl. dazu auch I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts, 2009, S. 95 ff.

²⁴⁵Vgl. L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, 1984, §§ 195 ff. Dazu auch J. McDowell, Wittgenstein on Following a Rule, in: Synthese 58, 1984.

²⁴⁶G. 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.

²⁴⁷L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, 1984, § 201.

²⁴⁸Zur 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.

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.²⁴⁹ 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.“²⁵⁰ 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.“²⁵¹ Das Normativität ausmachende, interne Verhältnis von Anwendungsfall und Normauszeichnung hat sich seiner selbst gewahr zu werden. Fälle lassen sich ohne Regeln nicht beurteilen.²⁵² Die Blindheit des Normativen in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handeln als normativ gehaltvoll aufzuheben. Genau hier kommt die Transzendenz der Norm ins Spiel. Wenn die Norm angewendet wird, verschwindet sie im Fall. Aber wenn man ihre Anwendung als geglückt und vorbildlich beobachtet, wird sie als Anwendung eines Anderen wieder vom Fall abgehoben.²⁵³ 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,²⁵⁴ 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

²⁴⁹Grundlegend 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.

²⁵⁰G. 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.

²⁵¹Ebd.

²⁵²S. Müller-Mall, Performative Rechtserzeugung, 2012, S. 296.

²⁵³G. 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.

²⁵⁴S. Müller-Mall, Performative Rechtserzeugung, 2012, S. 267 ff.

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.