



This text is a preprint of:

Hans Kudlich/Ralph Christensen, Die Lücken-Lüge. Das Verfassungsgerichtsurteil zur Rügeverkümmern, in: Juristenzeitung, 2009, S. 943 – S. 949.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph/Kudlich, Hans (2009): "Die Lücken-Lüge. Das Verfassungsgerichtsurteil zur Rügeverkümmern" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Juristenzeitung, (2009): S. 943 – S. 949.)

Die Lücken-Lüge

Das Verfassungsgerichtsurteil

zur Rügeverkümmern

von

Hans Kudlich / Ralph Christensen

I. Ab durch die Lücke

Der Bundesgerichtshof hat seine bisherige Rechtsprechung zur Rügeverkümmern aufgegeben, wonach eine Protokolländerung ausgeschlossen ist, wenn dadurch einer Rüge die Grundlage entzogen wird. In einer 4:3-Entscheidung mit zwei Minderheitsvoten hat das Bundesverfassungsgericht dies abgesegnet. Entscheidend für die Begründung ist die Annahme einer Lücke, der Gesetzestext des § 274 StPO enthalte „zur nachträglichen Protokollberichtigung keine ausdrückliche Regelung“¹ und damit eine Lücke.² [Evtl. weitere Ausführung des Problems.]

II. Was man unter einer Lücke versteht

Die Annahme von Lücken wird aus dem Entscheidungszwang des Richters abgeleitet. Wenn er keine materielle Regel findet, müsse er diese Lücke auffüllen. Aber, wendet die Reine Rechtslehre rein, Regeln werden nicht aufgefunden, sondern erzeugt. Wenn der Richter eine materielle Regel für die Lösung des Falles

¹Urteil Rn. 40.

²Urteil Rn. 39.

nicht kundgerecht erzeugen kann, muss er die Klage abweisen. Nicht die Logik des Entscheidungszwangs führt zur Lücke, sondern erst seine materielle Aufladung als Zwang zur gerechten Entscheidung. Die Lücke entsteht erst, wenn man einen vom Gesetz abgelösten Gerechtigkeitsmaßstab zugrundelegt. Die Lücke ist aus dieser Sicht ein Instrument, um einen rechtspolitisch unerwünschten Gesetz zu entkommen.³ Tatsächlich ist die Lücke Legitimationsvehikel⁴ und nach dem großen deutschen Methodenhistoriker Rüthers damit ein Spiegel des Zeitalters der Ideologien. So konnte sie für die nationalsozialistische Rechtstheorie als Kuckucksei im Nest des Liberalismus dienen⁵ und vorwegnehmen, was gesetzlich noch gar nicht geregelt war. Der Richter hält sich dabei an das biblische Versprechen: „Suchet, so werdet Ihr finden.“⁶ Die Voraussetzungen, die zur Annahme einer Lücke führen, sind also genau zu untersuchen.

III. Wie man Lücken findet

Die herkömmliche Lehre von den Rechtslücken schlägt ein „3-Bereiche-Modell“⁷ vor. Danach gibt es erstens den Bereich der Anwendung des Gesetzes, der rein reproduktiv ist. Erst jenseits des Gesetzes im Bereich der Lückenfüllung kann der Richter zweitens produktiv werden, solange er nicht den dritten Bereich der Gehorsamsverweigerung gegenüber den bestehenden Gesetzen betritt. Gesetze sind danach Antworten auf Regelungsprobleme⁸ und immer wenn diese Antworten nicht als vorgegebener objektiver, unmittelbar anwendbarer Maßstab vorliegt, kann man von einer Lücke sprechen. Sie beginnt „wo die geltenden formellen Rechtsquellen keine geeigneten Rechtsnormen enthalten“.⁹ Das Gesetz ist also ein der Erkenntnis vorgegebener Behälter von Entscheidungen. Das Urteil bildet seinen Inhalt ab.

1. Die Bestimmung anhand der Sprache

Häufige Instanz zur Begründung einer Lücke ist die Sprache des Gesetzes. Ihre Unbestimmtheit bringe den Anwender zur Suche nach anderen Grundlagen für die Entscheidung des Falles. Auffallend ist bei dieser Begründungsstrategie, dass die Sprache des Gesetzes auf die grammatische Auslegung reduziert wird.

³Vgl. dazu *Hans Kelsen*, *General Theory of Law and State*, Cambridge-Massachusetts 1945, S. 146 ff.; *ders.*, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien 1960, S. 251 ff.

⁴*Bernd Rüthers*, *Rechtstheorie*, München 2004, Rn. 864.

⁵*Heinrich Lange*, *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, Tübingen 1933, S. 5; *ders.*, *Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat*, Tübingen 1934, passim.

⁶*Bernd Rüthers*, *Rechtstheorie*, München 2004, Rn. 875, unter Bezug auf Matthäus 7.7.

⁷*Ernst A. Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, S. 134, abgebildet in der Gliederung des Buches mit den entsprechenden Teilen I, II und III; positiver Bezug darauf bei *Bernd Rüthers*, *Rechtstheorie*, München 2004, Rn. 829 und anderen Autoren. Überblick bei *Hans Blasius*, *Die Rolle des Richters bei der Bildung von Recht*, in: *NWVBl* 2008, S. 325 ff.

⁸*Bernd Rüthers*, *Rechtstheorie*, München 2004, Rn. 859.

⁹*Marijan Pavčnik*, *(Organische) Rechtslücken*, in: *Archiv für Recht und Sozialphilosophie* 2008, S. 202 ff., 202.

Da Juristen mit Sprache gern und sicher umgehen, ohne sich um den Diskussionsstand in der Sprachphilosophie oder Linguistik zu kümmern, formulieren sie häufig spontane Theoreme, die bei Fachwissenschaftlern Erstaunen hervorrufen.¹⁰ So kann man in einem anerkannten Lehrbuch zur juristischen Argumentation lesen, dass man die Bedeutung eines Wortes und damit auch die Wortlautgrenze bestimmen könnte, indem man entweder den eigenen Sprachgebrauch befragt oder im Wörterbuch nachschlägt.¹¹

In dieser Folklore-Theorie¹² über die Sprache liegend grundlegende Missverständnisse, die jeder Lehrende am Anfang einer linguistischen Grundlagenübung als erstes ausräumen muss. Das erste Missverständnis ist die Überschätzung der eigenen Sprachkompetenz. Als notwendig Korrektiv formuliert man daher in der Sprachwissenschaft die Regel: „Never trust a native speaker“.¹³ Menschen können viel mehr als sie wissen und es bedarf der reflexiven Anstrengung der Wissenschaft, um diesen Abstand zu bearbeiten. Deswegen ist der natürliche Sprecher und seine Kompetenz sein Maßstab für die Wissenschaft. Er liefert nur Material für deren Erarbeitung.

Das zweite juristische Missverständnis betrifft das Wörterbuch. Das Wörterbuch erscheint in dieser Sicht als Sprachgesetzbuch. Das kann es nicht sein und will es nicht sein.¹⁴ Man findet im Wörterbuch nicht die Wortlautgrenze, sondern viele widersprüchliche Gebrauchsbeispiele, die man nicht alle als Grenze ansehen kann. Das Wörterbuch kann bei der praktischen Diskussion über eine Grenzziehung helfen, aber ohne dass man die Divergenz seiner Beispiele untersucht, diese Grenze nicht ziehen.

Die Frage nach der Grenze des Wortlauts taucht im praktischen Funktionieren der Sprache nicht auf. Hier geht es in der Regel darum jemanden zu verstehen. Kommt es zu Verständigungsschwierigkeiten oder Missverständnissen, so fragt man gewöhnlich nach, was der andere denn eigentlich meint. Die Frage nach dem Wortlaut, nach dem, was eine Äußerung wörtlich bedeuten mag, was der andere also wortwörtlich gesagt haben mag, taucht erst dann auf, wenn man jemanden auf seine Äußerung „festnageln“ will. Dann also, wenn es nach der einschlägigen Redeweise darum geht, *jemanden* beim Wort zu *nehmen*.

Dabei verlagert sich zugleich der Fokus der Verständigung. Mit der Frage nach dem Wortlaut einer Äußerung setzen sich nicht mehr die Sprecher ins Verhältnis zueinander. Vielmehr wird der Sprecher in ein Verhältnis zu seiner Äußerung gesetzt, womit der Ausdruck ins Zentrum des Interesses rückt.

¹⁰Vgl. dazu *Dietrich Busse*, in: *Friedrich Müller/Rainer Wimmer* (Hrsg.), *Neue Studien zur Rechtslinguistik*, Berlin 2001, S. 45 ff.

¹¹Vgl. dazu *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Auflage, Frankfurt 1996, S. 290, sowie *Matthias Klatt*, *Theorie der Wortlautgrenze*, Baden-Baden 2004, S. 72.

¹²Vgl. dazu grundlegend *Dieter Stein*, *Vom Bedeuten in der Sprach- und Rechtswissenschaft*, in: *Festschrift für Martin Morlok*, im Erscheinen 2010, Manuskriptseite 2.

¹³Nachweise bei *Stein*.

¹⁴Vgl. aus der Sicht von Lexikografen zur Rolle des Wörterbuchs grundlegend *Anja Lobenstein-Reischmann*, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), *Politik, (neue) Medien und die Sprache des Rechts*, Berlin, S. 279 ff.

An dieser Stelle wird der grundlegende Fehler der juristischen Folklore-Theorie von Bedeutung sichtbar. Es ist die so genannte „Backstein-Theorie“¹⁵ einer objektiv vorgegebenen Bedeutung, wonach man diese als Gegenstand erkennen kann. Damit fällt die herkömmliche Lehre in das alte obrigkeitsstaatliche Modell des Richters zurück, der unabhängig vom Getriebe des Rechtsstreits in souveräner Einsamkeit den Rechtsgedanken anhand der Worte des Normtexts erfasst.

Dieser Ansatz erwartet von der Sprache, dass sie stabile Bedeutungen als Grundlage der Auslegung liefert. Rechtsanwendung erscheint danach als Regelbefolgung: Die Wendungen im Normtext führen zu „Wortgebrauchsregeln“, welche korrektes Sprechen ermöglichen und die Grenzen des Gesetzes definieren: „Wortgebrauchsregeln geben an, welche Eigenschaften (M) ein Objekt (x) erfüllen muss, damit es unter einen Gesetzesbegriff (T) fällt.“¹⁶

So will man einen normativen Maßstab für die juristische Textarbeit einführen, der dem entscheidenden Gericht entzogen ist und der Maßstab für sein Vorgehen bildet. Seine normative Kraft soll sich daraus ergeben, dass er dem Sprachgebrauch Grenzen des Korrekten vorzeichnet. Anders gewendet: Der Sprachgebrauch soll nicht nur Orientierung in der Frage sein, „was (es) heißt (...), dass die Wörter bedeuten, was sie nun einmal bedeuten“,¹⁷ sondern dieser Maßstab soll dem Juristen auch sagen, was die Worte des Normtextes „wirklich bedeuten“. Damit muss man die vorgängige Existenz einer Regel annehmen, anhand derer sich jeder Gebrauch als deren Befolgung oder aber als ein Abweichen von ihr erkennen lässt. Dieses Missverständnis, das Wittgenstein zufolge bei jeder Metaphysik darin liegt, dass „man (...) von der Sache (prädiziert), was in der Darstellungsweise liegt“,¹⁸ hat Paul Ziff einmal mit einem erhellenden Spott bedacht. An die Existenz von Regeln zu glauben, käme ihm so vor, als glaubte man alle Strassen müssen rot sein, nur weil sie so auf der Landkarte eingezeichnet sind.¹⁹ Im Klartext steckt darin die Einsicht des Antiregelianismus,²⁰ „dass wir im *kommunikativen Handeln* im Allgemeinen, im *sprachlichen Handeln* im Besonderen, nicht einfach vorgegebenen oder explizit ausgehandelten Regelschemata folgen“.²¹

Wenn sich die Semantik, dennoch der Rede von Regeln bedient, dann ist dies ihre Weise, auf den Sprachgebrauch zu reflektieren.²² Auch sie ist damit nicht die normative Wissenschaft, als die sie von der herkömmlichen Lehre vorausgesetzt

¹⁵Dazu grundlegend *Stein*.

¹⁶*Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, Baden-Baden 2004, S. 72.

¹⁷So die Leitfrage bei *Donald Davidson*, in: *ders.* Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 7 ff.

¹⁸*Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, § 108.

¹⁹Siehe *Paul Ziff*, Semantic Analysis, Ithaca 1960.

²⁰Dieser Begriff bei *Pirmin Stekeler-Weithofer*, in: *Sybille Krämer/König* (Hrsg.), Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen? S. 190 ff., 201 f.

²¹*Pirmin Stekeler-Weithofer*, in: *Sybille Krämer/König* (Hrsg.), Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen? S. 190 ff., 201.

²²Allgemein dazu resümierend *Pirmin Stekeler-Weithofer*, in: *Sybille Krämer/König* (Hrsg.), Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen? S. 190 ff., 224.

wird. Zu folgen wäre hier Wittgensteins gutem Rat, „in keinem andern Sinn von Sätzen und Wörtern zu reden, als wie wir es im gewöhnlichen Leben tun.“²³ Und dazu gehört auch der gewöhnliche Gang des juristischen Lebens, der eben eine solche Argumentation aus dem Wesen der Sprachregel nicht kennt. Die herkömmliche Lehre lässt sich dagegen „aufs Glatteis“ eines Verlangens nach normativer Unantastbarkeit qua Gegebenheit führen.

Eine fatale Konsequenz der juristischen Folklore-Theorie von Bedeutung liegt darin, dass man die grammatische Auslegung als die eigentlich sprachbezogene begreift. Sie wird, wenn sie nicht genügt, und sie genügt nie, durch andere rechtsbezogene Topoi ergänzt. Tatsächlich sind alle Auslegungsregeln auf die Sprache bezogen. Sie beginnt mit dem Wortlaut, der dem Anwender aus seiner eigenen Sprachkompetenz die ersten naheliegenden Gebrauchsbeispiele liefert. Was ihm jedoch spontan einfällt, genügt in den seltensten Fällen. Deswegen muss der Richter mit Hilfe von Zusammenhang, Entstehungsgeschichte, Vorläufernorm und Zweck weitere Gebrauchsbeispiele aufstöbern. Dabei helfen ihm Präjudizien²⁴, Kommentare²⁵ und, wenn er anspruchsvoll arbeitet, auch die wissenschaftliche Literatur²⁶. Natürlich findet er nach dieser Anstrengung nicht die homogene Regel, sondern unterschiedliche Zusammenballungen von unverträglichen Gebrauchsbeispielen²⁷.

In der Bewertung dieser Beispiele liegt die produktive Rolle der Argumentation von Verfahrensbeteiligten, die mit ihren Stellungnahmen die richterliche Begründung mit vorbereiten. Dabei zeigt sich, dass die Sprache eine Vernetzung von gelungenen Gebrauchsbeispielen unter mitlaufender normativer Bewertung

²³ Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt/M. 1984, § 108. Siehe dazu dann den Ansatz der „praktischen Semantik“ bei *Heringer/Öhlschläger/Bruno Strecker/Rainer Wimmer*, Einführung in die praktische Semantik, Heidelberg 1977. Zu deren Regelbegriff die Beiträge in *Heringer* (Hrsg.), Seminar: Der Regelbegriff in der praktischen Semantik. Zu deren Beziehung zur Rechtswissenschaft allgemein *Rainer Wimmer*, Berührungspunkte zwischen Rechtswissenschaft und Linguistik, in: *Loccumer Protokolle* 31, 1980, S. 171 ff. und zum Verhältnis zur Strukturierenden Rechtslehre im besonderen *Rainer Wimmer/Ralph Christensen*, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin 1989, S. 17 ff.

²⁴ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel/Ingolf Pernice/Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 106 f.; *Peter Stegmeier*, *Wissen, was Recht ist*, Wiesbaden 2009, S. 219 ff.

²⁵ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel/Ingolf Pernice/Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 103; *Peter Stegmeier*, *Wissen, was Recht ist*, Wiesbaden 2009, S. 210 ff.

²⁶ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel/Ingolf Pernice/Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 104 f.; *Peter Stegmeier*, *Wissen, was Recht ist*, Wiesbaden 2009, S. 223 ff.

²⁷ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller/Peter Gomez/Markus Kotzur/Daniel Thürer/Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 123, der die Situation des juristischen Entscheiders mit der eines Wörterbuchautors vergleicht. Grundlegend zur Situation eines Wörterbuchautors vgl. *Anja Lobenstein-Reischmann*, *Medium Wörterbuch*, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), *Politik, (Neue) Medien und die Sprache des Rechts*, Berlin 2007, S. 279 ff.

ist. Sie ist keine Regelmaschine, die man blind anwendet, sondern lebt nur in der ständigen Anstrengung der Verknüpfung. Ohne normative Bewertung als schöpferische Komponente mit konservativem Einschlag könnte Sprache gar nicht funktionieren.

Daher ist ein Text immer offen für viele Leser, ohne dabei in irgendeiner Weise beliebig zu werden. Auch wenn der Autor nur die Wörter und erst der Leser die Bedeutung liefert, ist dieser dabei nicht frei, sondern vielfältig eingebunden durch vorangegangene Erfahrungen gelingender Kommunikation und deren normativer Bewertung. Der Leser ist vielleicht Mitarbeiter, aber bestimmt kein leitender Angestellter der Sprache. Er muss sich also einfügen in vielfältige Zwänge. Diese werden für den Richter durch Verfahren, Recht auf Gehör und Begründungsnotwendigkeiten noch gesteigert. Auch wenn man die Rechtsanwendung mit Kelsen als produktiven Vorgang sieht, bleibt der Richter damit Diener des Gesetzes. Dieser braucht zwar ein eigenes Taktgefühl, aber es wird ihm zur Not durch Präjudizien, Kommentare und Argumente beigebracht. Wenn man entgegen Rüthers und der herkömmlichen Lehre den schöpferischen Charakter der Rechtsanwendung anerkennt, wird die Anzahl der richterlichen Bindungen nicht kleiner, sondern größer. Die Grenze der Auslegung liegt nicht bei Wortlaut oder Zweck, sondern erst beim umfassend ausgelegten Wortlaut. Das heißt, die erprobte Lesart des Gesetzes kann an allen sprachbezogenen Canones der Auslegung scheitern.

In einem geschlossenen Textmodell wird das Gesetz vom Richter befragt und ist, wenn es keine direkte Antwort gibt, sofort erledigt. Auch in einem statischen Textmodell gibt es die Auslegungselemente. Aber sie dienen nicht der Überprüfung von Lesarten, sondern der Fixierung eines Willens, liege dieser nun beim Gesetz oder beim Gesetzgeber. Aber genauso, wie man eine direkte Antwort des Gesetzes auf das vorliegende Problem nicht finden kann, findet man einen im Gesetz oder hinter dem Gesetz stehenden Willen. Deswegen sind nach dieser Theorie 99 % aller Fälle Lücken.

In einem offenen Textmodell kehrt sich dies um. Antwort geben muss der Leser. Ob seine Antwort qualifiziert ist, wird an einem vielfältig vernetzten Text überprüft. Den Bindungen eines solchen Textes ist man also nicht schon entkommen, wenn er keine unmittelbare Antwort gibt. Die Rede von den Lücken gewinnt dabei einen präzisen und sehr punktuellen Sinn. Die meisten Formen der Lücken verschwinden, wenn das produktive Moment im Innern der Rechtsanwendung erfasst wird.

2. Die Bestimmung anhand des Rechts

Der Gesetzgeber kann und will in aller Regel keine Fälle entscheiden. Dafür ist er auf den Richter angewiesen. Dieser verknüpft ausgehend vom Gesetz und der Argumentation im Verfahren den Text mit fachlichen Gebrauchsbeispielen. So erzeugt er aus dem Gesetz das Recht. Dass die herkömmliche Lehre dies nicht anerkennen kann, liegt an ihrem statischen Modell der Rechtsanwendung. Der

Text ist dem Leser danach als Erkenntnisgegenstand vorgegeben. Die aktive Rolle des Lesers wird ausgeklammert und muss deswegen über Lücken entsorgt werden. Wenn man den Text von der Interaktion mit dem Leser isoliert, kann er zum Gegenstand der Erkenntnis gemacht werden. Dabei ist es vollkommen beliebig, ob man diesen Gegenstand als Wille des Gesetzgebers²⁸ oder objektivierten Willen des Gesetzes²⁹ begreift. Der Streit dieser Lehren ist eine diskursive Endlosschleife. Die entscheidende Gemeinsamkeit beider Auslegungstheorien liegt darin, dass sie anstelle der Arbeit mit dem Text des Gesetzes die spekulative Erkenntnis eines Willens setze.³⁰ Der Text besteht aus Worten, die einen vielfältigen Sinn haben. Aber hinter den Worten steht der mit ihnen verfolgte Zweck. Dieser soll den Sinn als objektiven stabilisieren.

Die Frage nach dem Willen führt zur Ersetzung des Gesetzestextes durch einen Zweck.³¹ Dieser ist Inhalt der Rechtserkenntnis und begrenzt sie zugleich. Das, was der Gesetzgeber geschaffen hat, ist aber kein Zweck, sondern ein Text.³² Zwar kann man mit Texten Zwecke verfolgen, aber darin erschöpfen sie sich nicht.³³ Es handelt sich um Worte, die sowohl in der Allgemeinsprache als auch in der Fachsprache mit vielen Gebrauchsbeispielen vernetzt sind. Wenn bei der Auslegung die Materialien herangezogen werden, geht es nicht um die Ermittlung eines Willens, sondern um die praktische Herstellung von Intertextualität.³⁴

²⁸Vgl. dazu *Bernd Rütters*, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, in: JZ 2006, S. 53 ff., 58; *Ulrich Foerste*, Verdeckte Rechtsfortbildung in der Zivilgerichtsbarkeit, in: JZ 2007, S. 222 ff., 125 f.

²⁹Vgl. dazu *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York/Tokio 1991, S. 333 f., der sich u.a. auf Friedrich Carl von Savigny beruft; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Auflage, 1984, S. 126; *Reinhold Zippelius*, Über die rationale Strukturierung rechtlicher Erwägungen, JZ 1999, S. 112 ff., 115; *Werner Hugger*, Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung, 1983, S. 281; *Hans Blasius*, Methodik der Auslegung in der Staats- und Verwaltungspraxis, Verwaltung, Kaufmännisches und Management, 2004, S. 13 ff., 104 ff., 106 ff.; *Ulrich Huber*, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht, in: JZ 2003, S. 1 ff., 13 f.

³⁰Solange man diese Willensmetapher weiterführt, kann man zwar bei gutem Willen die Gefahren der Lückendiskussion konkret benennen, ohne diesen Gefahren allerdings Herr zu werden. Das Gesetz ist nach der subjektiven Lehre erschöpft mit der Ermittlung des Normzwecks. Vgl. dazu den Ansatz von *Bernd Rütters*, Rechtstheorie, 4. Auflage, München 2008 [vorne 2004], § 23.

³¹*Bernd Rütters*, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, in: JZ 2006, S. 53 ff., 58: „Die Ermittlung des historischen Normzwecks ist (...) nicht der Endpunkt, wohl aber der erste, unverzichtbare Schritt jeder verfassungstreuen Gesetzesanwendung.“

³²Zur Notwendigkeit einer Textwissenschaft vgl. *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel/Ingolf Pernice/Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Tübingen 2004, S. 93 ff. sowie *ders.*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller/Peter Gomez/Markus Kotzur/Daniel Thürer/Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 27 ff., 53 ff.

³³Vgl. dazu *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller/Peter Gomez/Markus Kotzur/Daniel Thürer/Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 55 ff. unter Darstellung der heutigen Sprechakttheorie.

³⁴Vgl. dazu *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel/Ingolf Pernice/Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Tübingen 2004, S.

Deswegen ist Auslegung auch nicht nur auf den Zweck bezogen, sondern besteht aus einer Kombination von Regeln.

Im statischen Rechtsanwendungsmodell der herkömmlichen Lehre wird der Richter darauf beschränkt, den vorgegebenen Inhalt des Gesetzes passiv zu erkennen. Dies wäre nur denkbar, wenn die Bedeutung des Textes unabhängig vom Leser wäre.

Die angeblich notwendige Verknüpfung von Zeichen und Bedeutung wird mit dem Repräsentationsgedanken begründet. Der Normtext repräsentiert einen ihm zugrundeliegenden Gedanken. Der Gesetzgeber schreibt einen Text, weil er etwas mitzuteilen hat, nämlich seine Vorstellungen und Ziele. Erst jenseits der bloßen Schrift liegt als Idee oder gemeinte Idee der volle Sinn des Textes.³⁵ Diese geistigen Entitäten gehen dem Schreiben voraus und werden vom Text nur nachgezeichnet oder ausgedrückt. Damit wird das alte theologische Modell von der Sprache als Kleid des Gedankens weitergeführt.³⁶

Die komplexe und von der sprachlichen Aktivität des einzelnen Sprechers gerade nicht unabhängige sprachliche Ordnung wird damit zu einem um Text, Autor oder Idee zentrierten abgeschlossenen Code. Im Hinblick auf die Suche nach einer dem Sprechen objektiv vorgegebenen Bedeutung kann man diese strategische Vorentscheidung der herkömmlichen Lehre als Suche nach einer objektiven Sprachordnung bezeichnen.

Die inhaltliche Auffüllung des Gegenstands der Auslegung mit einem objektiv vorgegebenen Sinn hat die Lückenlehre zur Konsequenz: Der Richter ist zwar zunächst an den objektiven Sinn der Texte gebunden. Wenn ein solcher aber nicht zu erkennen ist, besteht eine Lücke. So gelangt man zum Problem eines Richterrechts jenseits der Gesetze. Im Bereich des objektiven Sinns ist der Richter als Erkennender streng gebunden. Im Bereich der Lücke ist er von der Gesetzesbindung frei und muss sich stattdessen an allgemeinen Prinzipien orientieren.³⁷ Das heißt, mit der vorgängigen inhaltlichen Auffüllung des Gegenstands juristischer Textarbeit ist vorentschieden, dass der Richter eine Doppelrolle ausfüllt: Im Bereich des vorhandenen Sinns ist er Rechtsanwender und im Bereich der Lücke nur an Prinzipien gebunden. Es ist damit scheinbar schon festgelegt und ontologisch auf zwei Welten verteilt, was in der Praxis erst noch zu analysieren

102.

³⁵Vgl. zu diesen metaphysischen Annahmen über das Verhältnis von Schrift, Sprache und Text: *Jaques Derrida*, *Semiologie und Grammatologie*. Gespräch mit Julia Kristeva, in: *ders.*, *Positionen*, Wien 1986, S. 52 ff., 55 ff.

³⁶Vgl. dazu *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg/New York/Tokio 1983, S. 194. Aus der Sicht der subjektiven Lehre findet sich die typische Formulierung des Repräsentationsgedankens bei *Klaus Roth-Stielow*, *Umwelt und Recht*, in: *NJW* 1970, S. 257 ff., 258, der sogar explizit die Theologen bemüht, um die Sprache als Leib des Geistes darzustellen. Vgl. allgemein zum Einfluss der Theologie auf die juristische Denkweise *Horst Dreier*, *Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat*, in: *JZ* 202, S. 1 ff. m.w.N. in Fn. 2 und 3.

³⁷Vgl. die konzentrierte und klare Darstellung der Prämissen der herkömmlichen Lehre bei *J. Neuner*, *Die Rechtsfortbildung*, in: *K. Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin 2006, S. 231 ff., 240 ff.

wäre: der tatsächliche Anteil des Richters in der Rechtserzeugung. Dies versperrt den Zugang zur Analyse der Praxis.

Der Begriff der Lücke ergänzt den Begriff der Auslegung also dort, wo dieser in den Augen der Tradition versagt. Die Interpretation darf aus der Sicht der herkömmlichen Lehre dem Normtext nichts hinzufügen, sondern nur den objektiven Sinn erkennen. Nun haben aber, textlinguistisch betrachtet, Texte und damit auch Normtexte keinen objektiven Sinn. Das schadet auch nicht, solange der Leser oder der auslegende Richter glaubt, der von ihm angenommene oder dem Text beigelegte Sinn sei eben objektiv. Sobald er aber an der Objektivität seiner Lesart des Gesetzes zu zweifeln beginnt, wird es schwierig. Wenn man die Metapher vom verhüllten Sinn ernst nimmt und versucht, diesen Gegenstand zu erkennen, findet man anstelle sicherer Objektivität nur eine Mehrzahl konfligierender Möglichkeiten. Vor diesem Sturz ins Bodenlose muss der auf die klassische Lehre vertrauende Richter bewahrt werden. Deshalb wird der Verlust von Objektivität einer bestimmten Bedeutungsvariante in eine Lücke umgedeutet. Diese betrifft aber nur eine erste Schicht von Objektivität. Der objektive Textsinn hat zwar versagt, aber trotz dieser Lücke kann die Erkenntnis in einer zweiten Schicht von Objektivität wieder sicheren Tritt fassen: in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder Prinzipien. Damit steht die Rechtsfindung nicht nur auf festem, sondern sogar auf doppeltem Boden.

Dieser argumentative Rückzug in die doppelte Geborgenheit sicherer Rechtserkenntnis verläuft typischerweise folgendermaßen: „Eine Lücke ist eine Unterbrechung in einem Text oder in einer Serie, eine leere Stelle in einem Ganzen, also das, was fehlt, um den Text zu vervollständigen. Der Lückenbegriff dient in der juristischen Methodenlehre dazu, die Befugnis oder sogar Verpflichtung des Richters zu umschreiben, auch dann eine Rechtsfrage zu beantworten, wenn das anwendbare Normensystem keine ausdrückliche Regelung enthält.“³⁸ Aber woher bezieht der Richter jetzt die Sicherheit oder Objektivität seiner Antwort? Der klassische Ansatz sorgt dafür, dass er nicht mit seiner Verantwortung allein bleibt, sondern in der beschützenden Werkstatt des Rechts unterkommt, wo ihm die Prinzipien diese Last abnehmen. Dazu wird der Begriff der „Auslegung“ auf die Metaebene einer zweiten Objektivität ausgedehnt: Auslegung hat nunmehr als Gegenstand ihrer Erkenntnis nicht nur das Geschriebene, sondern auch das ungeschriebene Recht. Damit kommt eine reiche Hinterwelt in den Blick, die mit ihrer Vielfalt für den Schrecken entschädigt, den die zum Glück nur vordergründigen Lücken im Recht zunächst hervorgerufen haben.

Allerdings hat mit den Prinzipien dieselben Schwierigkeiten wie mit der Objektivität des Sinns. Sobald der Streit beginnt, verschwindet der mit ihm versprochene Halt. Wenn Gesetzesanwendung rein reproduktiv wäre, müsste man dem Richter das Auge Gottes im Sinne einer versionslosen Abbildung zuschreiben. Versionen existieren aber immer $n+1$. Unter diesen vielen Lesarten findet man bessere und schlechtere. Wenn den Verfahrensbeteiligten die Argumentation um den Vorrang

³⁸ Jochen Anweiler, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Frankfurt/Main 1997, S. 52 unter Bezug auf Larenz.

der Lesarten gelingt, findet man vielleicht sogar die beste.³⁹ Aber diese beste Lesart ist relativ zum Stand der Argumentation, indem sie alle vorgebrachten Einwände integriert oder widerlegt.⁴⁰ Aber sie ist nicht die versionslose Anwendung, sondern die im Verfahren nach rechtsstaatlichen Maßstäben vorgenommene Fortbildung des Rechts. Das produktive Moment lässt sich also aus der Anwendung des Gesetzes nicht externalisieren. Das sieht man gerade an den einschlägigen Lehrbüchern, deren Abschnitt über die Lücke meistens länger ist, als der über die Anwendung des Gesetzes.⁴¹ Dieser Bereich erinnert, um das Metaphernfeld zu wechseln, an die Liste von Gelegenheitsrauchern, womit die vorgebliche Ausnahme wieder zur Regel wird.

3. Die Bestimmung anhand der Gerechtigkeit

Erst wenn man den Entscheidungszwang materiell auflädt, kann man zum Postulat einer Lücke gelangen. In der Auslegung von § 97 Abs. 1 und 20 Abs. 20 GG wird darüber gestritten, ob der Richter neben seiner Bindung an das Gesetz auch auf die Gerechtigkeit verpflichtet ist.⁴² Es wäre aber kontraintuitiv und würde dem Selbstverständnis vieler Richter widersprechen, wenn man die Verpflichtung auf die Gerechtigkeit ablehnen müsste. Wichtig ist aber, was genau diese Verpflichtung bedeutet. Die Gerechtigkeit formuliert den Bezug des Urteils auf das Ganze des Rechts. Diese holistische Dimension lässt sich in der Praxis der Rechtsanwendung nicht in Abrede stellen.⁴³ Aber wie geht man mit dem Ganzheitsbezug jeder Einzelentscheidung um?

Im Prinzip gibt es dazu zwei Möglichkeiten, deren eine in die Definition der Lücke eingeht. Die Lücke wird vom klassischen Ansatz bestimmt als planwidrige

³⁹Vgl. zur Notwendigkeit dieser Suche *Ulfrid Neumann*, Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie, in: *Marcel Senn/Barbara Fritschi* (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Hermeneutik, Stuttgart 2009, S. 87 ff., 95 f. *Hans Blasius*, Die Rolle des Richters bei der Bildung von Recht, in: NWVBl 2008, S. 325 ff., 330 f.

⁴⁰Zu diesem Kriterium der Argumentation vgl. *Harald Wohlrapp*, Der Begriff des Arguments, Würzburg 2008, S. 335 ff., 347 ff.

⁴¹Vgl. dazu die schon zitierten Texte von *Kramer* und *Rüthers*.

⁴²*Hans D. Jarass*, Rn. 38 zu Art. 20 GG, in: *ders./Bodo Piroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage 2002; *Friedrich E. Schnapp*, Anm. 43 zu Art. 20 GG, in: *Ingo v. Münch/Philip Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 4./5. Auflage 2001; *Günter Hirsch*, Rechtsstaat – Richterstaat, FAZ vom 30.04.2007. Siehe noch *Udo Di Fabio*, Gewaltenteilung, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II Verfassungsstaat, 3. Auflage 2004, S. 613 ff., 625 f.; *Claus Dieter Classen*, Anm. 19 zu Art. 92 GG sowie Anm. 12 zu Art. 97 GG, in: *Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck*, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 5. Auflage 2005, *Michael Sachs*, Anm. 103 zu Art. 20 GG, in: *Michael Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Auflage 2003. *Günter Hirsch*, Zwischenruf: Der Richter wird's schon richten, ZRP 2006, S. 161. *Bernd Rüthers*, Zwischenruf aus der methodischen Wüste: „Der Richter wird's schon richten“? JZ 2006, S. 958 ff., 959, sowie *ders.*, Deckel zu! Richter sind keine Pianisten, FAZ v. 27.12.2006; *ders.*, Wer schafft Recht? – Methodenfragen als Macht- und Verfassungsfrage, JZ 2003, S. 995 ff., 996 f. Vgl. noch *Winfried Hassemer*, Sprache und Recht, Festvortrag Verwaltungsrichtertag am 0.5.2007 in Weimar, Manuskript S. 5.

⁴³Vgl. dazu *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, Berlin 2008, S. 52 ff.

Unvollständigkeit, gemessen am Maßstab der gesamten Rechtsordnung.⁴⁴ Wenn man den Maßstab der gesamten Rechtsordnung als vorgegeben betrachtet, vertritt man einen vertikalen Holismus, der vom Ganzen her argumentiert. Wenn man das Ganze der Rechtsordnung dagegen als Fluchtpunkt begreift, vertritt man einen horizontalen Holismus, mit der Konsequenz, dass dieses Ganze als Maßstab für die Fixierung von Lücken nicht verwendet werden kann.⁴⁵ Um damit die Lücke zu definieren, muss man also die Gerechtigkeit nicht als Problem, sondern als vorgegebenen Maßstab definieren.

Jede Umschreibung der Rechtsidee wird sofort als eine Version neben vielen anderen erkennbar und reproduziert so den Streit, welchen sie gerade schlichten wollte. Natürlich ist das Recht viel mehr als das Gesetz, und natürlich müssen wir die einzelne Entscheidung in das Ganze des Rechts einfügen. Aber eine entsprechende Kontrolle des Urteils muss aus der Vertikalen in die Horizontale verlagert werden.

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.

Nun ist es mit der Gerechtigkeit wie mit dem Alkohol: in kleinen Mengen genossen wirkt er ermunternd, als Endzweck der Tagesgestaltung führt er dagegen ins Delirium. Das heißt, die Gerechtigkeit ist produktiv als Gefühl für die Notwendigkeit weiterer Argumente, aber sie funktioniert gerade nicht als Maßstab.⁴⁶ Als solcher wäre sie entweder zentral, aber dann nicht bestimm-

⁴⁴Vgl. dazu *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Berlin 1983, S. 39.

⁴⁵Vgl. dazu *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, Berlin 2008, S. 63 ff., 67 ff.

⁴⁶Vgl. dazu *Friedrich Müller*, Methodologische Aspekte der Gerechtigkeit, in: *Wolf-Andreas Liebert/Horst Schwinn* (Hrsg.), Mit Bezug auf Sprache, Festschrift für Rainer Wimmer,

bar, oder bestimmbar und damit nicht zentral. Sie teilt insoweit das immer wieder von der Dekonstruktion ausgebeutete Problem aller Zentralinstanzen.⁴⁷ Eine Bestimmung der Lücke anhand eines den Gesamtplan der Rechtsordnung enthaltenen Begriffs der Gerechtigkeit kommt damit nicht in Betracht.

IV. Was von der Lücke bleibt

Die Einteilung von Lückenarten ist bestimmt von den Maßstäben, die man zu ihrer Feststellung verwendet. Wenn man das Problem der Lücke methodisch reformuliert, bleiben nicht alle von der herkömmlichen Lehre vorgeschlagenen Unterscheidungen sinnvoll. Zunächst wird in der Lückendiskussion die bewusste von der unbewussten Lücke unterschieden. Diese Differenz macht nur Sinn, wenn man unterstellt, dass der Gesetzgeber selbst Fälle regeln will und absichtlich oder unabsichtlich einzelne ausgeklammert oder vergessen hat. Wenn man realistisch davon ausgeht, dass der Gesetzgeber Texte schafft, um die Einzelfallentscheidung durch den Richter zu beeinflussen, macht diese Unterscheidung zwischen bewussten und unbewussten Lücken keinen Sinn mehr. Die Gegenüberstellung von ursprünglichen und nachträglichen Lücken bezieht sich auf den Zeitpunkt und bleibt sinnvoll, wenn der Begriff der Lücke in einem dynamischen Rechtsanwendungsmodell überhaupt noch Sinn macht.

Was bleibt also ohne die herkömmlichen Ableitungsinstanzen von dem Problem der Lücke noch übrig?

1. Planwidrige Lücke

Die Feststellung der Lücke wird häufig an einem Gesamtplan der Regelung gemessen. Das bleibt sinnvoll, wenn man als Gesamtplan den des Gesetzgebers annimmt und sich tatsächlich im Rahmen der genetischen Auslegung ein solcher nachweisen lässt, der dann nur unvollkommen realisiert wurde. Dies kann man mithilfe der Regierungsbegründung oder der Debatte in Ausschüssen oder Plenum des Parlaments begründen. Die entscheidende Engstelle ist aber der Nachweis, dass dieser Plan aus einem Fehler des Gesetzgebers heraus nur unvollständig realisiert wurde. Dieser Nachweis bedarf des Einsatzes aller Konkretisierungselemente und dürfte nur extrem selten zu führen sein. Eine Lücke, gemessen am Gesamtplan der Rechtsordnung, ist dagegen kein sinnvoller Begriff, weil sich ein solcher Gesamtplan weder erkennen noch handhaben lässt. Eine Begründung anhand des Ganzen der Rechtsordnung oder der Idee der Gerechtigkeit liefert uns zu viel. Beides sind holistische Größen. Auch wenn entschlossene Juristen immer wieder abgesunkene Philosopheme wie den Neu-Hegelianismus, Neu-Kantianismus oder bestimmte Lesarten der Diskurstheorie bemühen, vermag

Tübingen 2009, S. 233 ff.; *ders.*, Die Unruhe im Uhrwerk, in: *ders.*, Gerechtigkeit als die „Unruhe im Uhrwerk“, Berlin 2009, S. 275 ff.

⁴⁷Vgl. dazu *Andreas Fischer-Lescano/Ralph Christensen*, Auctoritas interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie, in: *Der Staat* 2005, S. 213 ff., 228 ff.

das nichts an dem Umstand zu ändern, dass Rechtsidee oder Gerechtigkeit als formulierbare Größen nicht zentral oder als zentrale Größen nicht formulierbar sind. Damit schlägt die Scheinobjektivität eines Bezugs auf das Ganze in subjektive Willkür um.

2. Bestimmtheitslücke

Eine weitere Form von Lücke nimmt die herkömmliche Lehre an, wenn der Gesetzgeber unbestimmte Begriffe oder Generalklauseln verwendet. Er mache dann den Anwender zum Mitgesetzgeber und ermächtige ihn zur Ausfüllung dieser Lücke. Hier stoßen wir auf einen Bereich, in welchem Juristen sich als Sprachwissenschaftler gerieren. Für die herkömmliche Lehre heißt „Bestimmtheit“, dass der Wortlaut des Gesetzes die Entscheidung des Rechtsfalls vorgibt. Dieses Postulat wird in der Theorie hochgehalten, in der Praxis spielt es jedoch keine Rolle. Das liegt daran, dass der Normtext mit dieser Lesart des Bestimmtheitsprinzips überanstrengt wird. Die Forderung nach einer Bestimmtheit und Klarheit rechtlicher Regelung, die im Sinne einer Eigenschaft dem Gesetzestext innewohnt, ist sprachlich nicht einlösbar. Kein Text kann die mit ihm verknüpften Lesarten determinieren. Er hat keinerlei intrinsische Eigenschaften, die die Festlegung auf eine bestimmte Lesart unabhängig von der Praxis des Umgangs mit diesem Text rechtfertigen könnten.⁴⁸ Die Wahl einer Lesart bleibt immer unterbestimmt und bringt eine Entscheidungskomponente ins Spiel. Bestimmtheit ist, wie die These von der Unbestimmtheit der Übersetzung in der analytischen Philosophie⁴⁹ im Grundsatz zeigt, nie durch Sprache erreichbar. Sie kann immer nur innerhalb von gegebenen Sprach- bzw. Überzeugungssystemen hergestellt werden.⁵⁰ Dabei wird allerdings das Problem der Unbestimmtheit zwangsläufig auf die Entscheidung für ein solches System verlagert. Die zweifache Unbestimmtheit von Sprache⁵¹, nämlich die von begrifflichen Festlegungen innerhalb eines gegebenen Rahmens einerseits, sowie andererseits die der Wahl eines bestimmten Begriffsschemas⁵², zeigt, dass die normtheoretischen Prämissen der bisherigen juristischen Auffassung des

⁴⁸Vgl. dazu *Friedrich Müller/Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, Rechtsarbeit und Textarbeit, Kap. III, Abschnitt 3.1.3.

⁴⁹Dazu anhand des Gedankenexperiments der radikalen Übersetzung *Willard van Orman Quine*, Wort und Gegenstand, Stuttgart 1980, S. 59 ff.; *ders.*, Unterwegs zur Wahrheit. Konzise Einleitung in die theoretische Philosophie, Paderborn/München/Wien/Zürich 1995, § 18. Zum Problem der prinzipiellen Unbestimmtheit in Bezug auf Bedeutungsgebung in der eigenen Sprache als Problem der „radikalen Interpretation“: *Donald Davidson*, Radikale Interpretation, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt/Main 1990, S. 183 ff. Zum Zusammenhang beider Positionen: *E. Picardi*, Einleitung. Zu Davidsons Philosophie der Sprache, in: *dies./Joachim Schulte* (Hrsg.), Wahrheit und Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, Frankfurt/Main 1990, S. 7 ff.

⁵⁰Dazu anhand des Problems der „Unerforschlichkeit der Bezugnahme“ *Donald Davidson*, Die Unerforschlichkeit der Bezugnahme, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt/Main 1990, S. 321 ff.

⁵¹Vgl. dazu *Willard van Orman Quine*, Ontologische Relativität, in: *ders.*, Ontologische Relativität und andere Schriften, Stuttgart 1975, S. 41 ff., § 43.

⁵²Grundsätzlich zum Problem der Begriffsschemata *Donald Davidson*, Was ist eigentlich ein Begriffsschema?, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt/Main 1990, S. 261 ff.

Bestimmtheitsgebots sprachtheoretisch nicht einlösbar sind. Es kann nicht von der Bestimmtheit als einer Eigenschaft von Gesetzestexten oder auch nur als einer Vorgabe durch die gesetzliche Vorschrift als solcher ausgegangen werden. Vielmehr ist Bestimmtheit eine normative Aufgabe. Sie stellt sich als Frage der Bestimmbarkeit von Rechtsentscheidungen anhand von Normtexten.

Für eine Lösung dieses praktischen Problems sind die sprachtheoretischen Voraussetzungen der herkömmlichen Lehre vom Kopf auf die Füße zu stellen. Die noch vorherrschende Sprachauffassung der Juristen setzt als Regel, was von den sprachlichen Verhältnissen her allenfalls seltene Ausnahme sein kann. Sie geht vom angeblich bestimmten Begriff aus und qualifiziert dann die Ausnahmen als „unbestimmte“ oder „wertausfüllungsbedürftige“ Rechtsbegriffe. Dem ist entgegenzuhalten, dass Sprache überhaupt nur dadurch funktionieren kann, dass sie als solche unbestimmt ist und damit in ihrer Bedeutung gegenüber der Vielfalt der Zwecke für ihren Einsatz autonom.⁵³ Nur dadurch ist sie offen für wechselnde Kontexte. Zugleich kann sie aufgrund dieser Flexibilität in den verschiedenen Zusammenhängen stabil fungibel sein. Es stellt sich dann allerdings die Frage, was bei realistischer Einschätzung der sprachlichen Bedingungen Bestimmtheit von Normtexten überhaupt noch heißen kann. Die Leistung des isolierten Normtextes für die Bestimmtheit ist dabei gering. Er kann der Rechtserkenntnis keine bestimmte Lesart vorgeben. Vielmehr bringt seine praktische Verwendung einen Strom von Leseereignissen hervor, der nicht über vorab gesicherte Erkenntnismaßstäbe, sondern nur über die Standards einer bestimmten Interpretationskultur mit dem Text verknüpft ist. Daraus ergibt sich, dass das Problem der Bestimmbarkeit nur gelöst werden kann, wenn man die isolierte Fixierung auf den Text aufgibt. Für die Bestimmbarkeit sind neben den sprachlichen Bedingungen weitere Anforderungen zu berücksichtigen. Es ist ein komplexer Ansatz nötig, der die Gesamtheit der Bedingungen für die Produktion von Rechtsnormen umfasst.

Zunächst setzt Bestimmbarkeit eines Textes voraus, dass es eine Argumentationskultur gibt, die dem Rechtsunterworfenen ein Willkür ausschließendes Maß an Vorhersehbarkeit bietet. Dazu bedarf es politischer Entscheidungen in Form von methodenbezogenen Vorschriften, die für die Arbeit des Richters verbindlich sind. Außerdem muss die Wissenschaft Standards entwickeln, die den Anwender in die Lage versetzen, wiederkehrende Figuren einer Argumentation zu benennen und zu gewichten. Und natürlich müssen die Entscheidungsträger in Studium, Prüfung und Berufspraxis entsprechend ausgebildet werden.

⁵³Vgl. dazu *Donald Davidson*, Denken und Reden, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt/Main 1990, S. 224 ff., 237; zur so genannte(n) „Autonomie der Bedeutung“: „Ist ein Satz erst einmal verstanden, kann eine Äußerung dieses Satzes verwendet werden, um nahezu jedem außersprachlichen Zweck zu dienen.“ Weiter ebd., S. 238, dazu, „dass die Autonomie der Bedeutung wesentlich ist für die Sprache; ja es ist hauptsächlich diese Autonomie, die erklärt, weshalb die sprachliche Bedeutung nicht auf der Grundlage außersprachlicher Intentionen und Überzeugungen definiert oder analysiert werden kann.“ Zum „Prinzip der Autonomie der Bedeutung“ im Hinblick auf sprachliches Handeln weiter *Donald Davidson*, Kommunikation und Konvention, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt/Main 1990, S. 372 ff., 385 f.

Aber auch wenn eine wissenschaftliche Argumentationskultur die für die Konkretisierung nötigen Kontexte benennt und in eine Hierarchie einordnet, besteht in jedem praktischen Fall die Möglichkeit, dass die Kontexte genauer betrachtet werden müssen oder neue eingebracht werden. Auch eine Methodik oder Kultur des Lesens kann die Konkretisierung nicht zu einem vollkommen beherrschbaren und voraussehbaren Vorgang machen. Dafür sorgt die unumgehbare Unendlichkeit der Kontexte⁵⁴. Die am Rechtsstreit beteiligten Parteien haben auch hier das Interesse daran, diese interne und externe Unendlichkeit zu nützen, um die Lesart des Prozessgegners zu erschüttern. Für diese Konflikte als semantischen Kampf muss eine Form bereitgestellt werden, welche die doppelte Aufgabe erfüllt, dem Konflikt Raum zu bieten und ihn gleichzeitig zu verendlichen. Ein rechtsstaatliches Verfahren, das Waffengleichheit und Subjektqualität für alle am Interpretationskonflikt beteiligten Personen garantiert, kann diese Aufgabe erfüllen.

Aber auch Text, Interpretationskultur und rechtsstaatliches Verfahren zusammen genommen bilden keine Grundlage für eine Determination der einzelnen Fallentscheidung. Die Entscheidung bleibt immer und notwendig im Bannkreis des Satzes vom unzureichenden Grunde.⁵⁵ Der Richter erkennt nicht die Falllösung, die er dann in seinem Sprechen vollzieht, sondern er übt die ihm von Artikel 92 GG übertragene richterliche Gewalt aus, indem er eine Entscheidung trifft. Mit dieser setzt er sich über die von den Parteien vorgetragene Lesarten hinweg, ohne dies durch den Hinweis auf eine objektive Tatsache im Text oder in der Sprache rechtfertigen zu können. Deswegen muss auch diese Dimension als Grenze in das Problem der Bestimmbarkeit des Normtextes einbezogen werden. Wenn die Aufgabe des Richters darin liegt, einen Konflikt zwischen verschiedenen Lesarten zu entscheiden, müssen Garantien für seine Neutralität bestehen und er darf nicht politischen, sondern nur im engeren Sinne rechtlichen Bindungen unterworfen sein.

Erst wenn man also die Bestimmbarkeit des Normtextes im Gesamtrahmen der für die Konkretisierung wichtigen Umstände betrachtet, lässt sie sich als normative Anforderung präzisieren: Bestimmbarkeit heißt nicht, dass der Normtext die Entscheidung schon vorgibt. Denn Subjekt der Konkretisierung ist der Richter und seine Entscheidung lässt sich nie vollkommen in Gründe auflösen. Damit ist die positivistische Illusion von sprachlicher Bestimmtheit verlassen. Das heißt aber andererseits nicht, dass die Entscheidung als absolute Größe dezisionistisch verstanden werden müsste. Sie wird vielmehr innerhalb des Rechts erschwert und beeinflusst (in Luhmanns Ausdrucksweise: „irritiert“) durch die Sprache des Gesetzes, durch die methodenbezogenen Anforderungen, das Verfahren und die Bindung des Richters. Erst wenn man Determination durch („irritierende“) Beeinflussung der Entscheidung ersetzt, wird Bestimmbarkeit eine sinnvolle und

⁵⁴Vgl. dazu *Gerhard Gamm*, *Flucht aus der Kategorie*, Frankfurt/Main 1994, S. 151 ff., 165, 232 ff.

⁵⁵Vgl. dazu *Bernhard Waldenfels*, *Das Primat der Einbildungskraft. Zur Rolle des gesellschaftlichen Imaginären bei C. Castoriadis*, in: *A. Peschirgl/K. Reitter* (Hrsg.), *Die Institution des Imaginären*, Wien/Berlin 1991, S. 55 ff.

damit einlösbare Größe. Anders gesagt: Der Rechtsstaat kann sinnvoll nichts Illusionäres fordern, also nicht die Bestimmtheit von Rechtsbegriffen und ihren Bedeutungen. Dagegen verlangt er etwas Realisierbares: Die Bestimmbarkeit des Verfahrens und der Ergebnisse von Rechtsarbeit, also ehrliche Methodik, nachvollziehbare und in diesem Sinn transparente Arbeitsvorgänge. Wenn man also die fehlende Bestimmbarkeit des Begriffs vor der Situation seiner Anwendung für eine Lücke halten müsste, dann bestünde die ganze Rechtsordnung nur aus Lücken. Entscheidend ist nicht, ob ein Begriff vor seiner Anwendung bestimmt ist, sondern ob er mit Hilfe der Auslegungsregeln bestimmbar ist. Und selbst wenn er nicht bestimmbar wäre, liegt dem Richter eine, gemessen an Art. 103 Abs. 2 GG, oder dem Rechtsstaatsprinzip unwirksame Norm vor, aber keine Lücke. Der Richter muss an dieser Stelle nicht scheinbare Lücken füllen, sondern die Frage der Wirksamkeit der Norm nach Art. 100 beim Verfassungsgericht vorlegen.

3. Rechtslücken

Die Rechts- oder Gebietslücke liegt vor, wenn man von einer höherrangigen Rechtsquelle her eine Regelung erwarten müsste, die in der untergeordneten Rechtsquelle fehlt. So wäre von der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 19 Abs. 4 her für extreme Konstellationen in der VwGO eine vorbeugende Klage zu erwarten, die aber tatsächlich dort nicht geregelt ist.

Um den Begriff der Rechtslücke präziser handhaben zu können, sind zwei Voraussetzungen zu unterscheiden: Erstens muss man, um eine solche Rechtslücke annehmen zu können, ein normativ angebundenes Regelungsziel angeben. Zweitens muss man feststellen, dass das darunter liegende Gesetz diesem Regelungsziel nicht genügt.

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

Als Argument gegen die vorrangige Lesart abschließender Regelungen genügt allerdings nicht jede Begründung. Die rechtspolitischen Wunschvorstellungen eines Richters, Gutachters oder Rechtsunterworfenen können dem vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber geschaffenen Text nicht entgegengehalten werden: Denn die Annahme einer Lücke ist „keine Aussage über einen Gegenstand und seine Defektheit, sondern ein Werturteil über die Regelungsbedürftigkeit und -möglichkeit (...)“⁵⁶ Diese Form der Lücke setzt die Konkretisierung einer

⁵⁶Vgl. dazu *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 2. Auflage, Frankfurt/Main 1972, S. 177

höherrangigen Rechtsquelle voraus und zusätzlich den Nachweis, dass auf der darunter liegenden Ebene das gerade gewonnene Normprogramm der höher-rangigen Rechtsquelle nur unvollständig realisiert ist. Aber selbst wenn diese Argumentationsequenz gelingt, stellen sich noch weitere Probleme. Diese ergeben sich aus dem Grundsatz der funktionellen Gewaltenteilung. Denn der Richter ist nicht befugt, anstelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers die Verfassung zu Normtexten zu konkretisieren. Daher erscheinen im Hinblick auf Gewaltenteilung und Gesetzesvorbehalt in diesem Bereich nur eine Analogie zugunsten des Bürgers denkbar, nicht aber eine Analogie zulasten des Bürgers.

4. Veränderungslücke

Eine weitere Kategorie der herkömmlichen Lehre ist die Gesetzeslücke aufgrund von Veränderungen in der Wirklichkeit. Auch damit wird ein grundlegendes rechtstheoretisches Problem angesprochen, nämlich die Verknüpfung der Jurisprudenz mit Nachbarwissenschaften. Trotz ihrer großen Wichtigkeit werden empirische Argumente im Recht oft als Schmuggelware gehandelt. Sie erscheinen als Folgenbetrachtung im Rahmen der Teleologie, als so genanntes *argumentum ad absurdum*, als Rechtsprinzip der Praktikabilität und manchmal sogar noch als Natur der Sache. Aber auch im Recht besteht Interesse daran, dass fremde Waren offen deklariert werden. Deswegen muss die Verwertung empirischer Diskurse in der juristischen Arbeit genau untersucht werden. Für die juristische Arbeit sind „Recht“ und „Wirklichkeit“ keine selbständig gegebenen Größen, die in einem lediglich äußeren Verhältnis zueinander stehen und erst nachträglich miteinander in Beziehung zu setzen sind. „Vielmehr bilden die Anordnung, das Normprogramm und das dadurch geordnete wirksame Momente der Normkonkretisierung von nur relativer Selbständigkeit.“⁵⁷ Sache und Norm sind als Konstituens rechtlicher Normativität zu betrachten. Recht lässt sich daher als „sachbestimmtes Ordnungsmodell“⁵⁸ charakterisieren, „als verbindlicher Entwurf einer Teilordnung für die Rechtsgemeinschaft“.⁵⁹

Das Konzept Normbereich verknüpft rechtlich explizite Regeln mit praktisch impliziten und technischen Standards. Damit ist es zur Erfassung des Vorgangs der Einbeziehung von Realdaten in die juristische Entscheidung geeignet. In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht das Rundfunkverfassungsrecht unter ausdrücklichem Bezug auf den Begriff „Normbereich“ vorbildlich entwickelt. Bei Rundfunk zeigt sich besonders deutlich der Charakter grundrechtlicher Leitbegriffe als Verweisungsbegriffe auf die soziale Wirklichkeit.⁶⁰ Für die Rundfunkfreiheit sagt das Bundesverfassungsgericht: „Inhalt und Tragweite verfassungsrechtlicher Bestimmungen hängen (auch) von ihrem Normbereich ab;

ff., 179.

⁵⁷ Oliver Passavant, Norm, Normativismus, in: Norbert Achterberg (Hrsg.), *Ergänzbare Lexikon des Rechts* 1986.

⁵⁸ Vgl. Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 2. Auflage, Berlin 1994, S. 168.

⁵⁹ Oliver Passavant, Norm, Normativismus, in: Norbert Achterberg (Hrsg.), *Ergänzbare Lexikon des Rechts* 1986.

⁶⁰ Vgl. dazu Bernd Jeand'Heur, *Verfassungsrechtliche Schutzgebote*, 1993, S. 26 ff.

ihre Bedeutung kann sich bei Veränderungen in diesem Bereich wandeln.“⁶¹ Die technische Veränderung von drahtlosem Rundfunk mit begrenzten Frequenzen zum Breitbandkabel verändert den Inhalt der Rundfunkfreiheit: Man kann von der Innenpluralität öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten langsam übergehen zu einem Modell der Außenpluralität. Inhaltliche Vielfalt soll dann durch die Vielzahl der Anbieter hergestellt werden und nicht mehr durch öffentlich-rechtliche Rundfunkräte.⁶² Die Entscheidungen über das Ordnungsmodell der Medien verknüpfen politische mit technischen und ökonomischen Vorgaben. Das öffentlich-rechtliche Grundrechtsregime wird dabei vom Gericht nicht aufgegeben, sondern unter Berücksichtigung der ökonomischen und technischen Strukturen modifiziert. So können die Medien ihren Informationsauftrag für die Demokratie erfüllen, ohne den politischen Vorgaben vollkommen untergeordnet zu werden. Die methodische Arbeit mit dem Normbereich bewährt sich dabei in den vielen Abgrenzungsproblemen des Medienrechts, wie z.B. der Differenzierung wertender und tatsächlicher Berichte und Äußerungen⁶³ oder der Unterscheidung von Teilöffentlichkeiten mit spezifischen Voraussetzungen je nach Format (Comedy, Talk-Show usw.). Entlang dieser Strukturen lässt sich auch das Recht der persönlichen Ehre zu medienspezifischen „Images“ ausdifferenzieren⁶⁴

Mit dem Konzept Normbereich entsteht so eine Kooperation von Gerichten und Medienöffentlichkeit beim Herausbilden von Standards.⁶⁵ Wichtig ist dabei, dass der methodische Ansatz „Normbereich“ nicht davon ausgeht, dass es einen einzigen privilegierten Zugriff auf die Wirklichkeit in Form einer versionslosen Beschreibung gebe. Nur so kann man die produktive Rolle des Gerichtserfahrens erfassen. Hier wird durch den Streit der Prozessparteien und mit Hilfe von Sachverständigen Erfahrungswissen neu produziert und das vorher schon vorhandene reflexiv gemacht. Die Funktion des Rechts liegt nicht darin, das „richtige“ Bild der Wirklichkeit zu vermitteln, sondern die Reflexion der Selbstbeobachtungsfähigkeit organisierter Systeme zu ermöglichen.

In einer komplexen Ökonomie der Ungewissheit kann das Recht nicht mehr beanspruchen, den Möglichkeitshorizont, etwa unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit, unmittelbar steuern zu können. Vielmehr geht es darum, die Selbstveränderungsfähigkeit einer pluralen Gesellschaft durch Mechanismen indirekter Steuerung zu erhalten. Das Recht lenkt nicht, sondern es erhält und bereichert die Relationen zwischen den gesellschaftlichen Teilsystemen. Mit dem Konzept „Normbereich“ kann das Recht das Risiko, Wissen und Handlungspotential von marktförmiger, wissenschaftlicher und personaler Selbststeuerung integrieren.

⁶¹Vgl. dazu BVerfGE 74, S. 297 ff., 350, dazu auch schon BVerfGE 73, S. 117 ff.

⁶²Vgl. dazu *Friedrich Müller*, Die Positivität der Grundrechte, Berlin 1990, S. 106 ff. Für die Kunstfreiheit vgl. BVerfGE 81, S. 298 ff., 304 ff.; 82, S. 1 ff., 4.

⁶³Vgl. dazu BVerfGE 85, S. 1 ff. sowie *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Nachvollziehende Grundrechtskontrolle, in: AöR 2003, S. 173 ff.

⁶⁴Vgl. dazu BVerfG, in: NJW 1998, S. 1396 ff.; *Karlheinz Ladeur*, Persönlichkeitsschutz und „Comedy“, in: NJW 2000, S. 1977; *ders.*, Die Anpassung des privaten Medienrechts an die „Unterhaltungsöffentlichkeit“, in: NJW 2004, S. 393 ff.

⁶⁵Vgl. dazu *Karlheinz Ladeur/Ino Augsberg*, Auslegungsparadoxien, in: Rechtstheorie 2005, S. 143 ff.

Das Recht wird damit responsiv und transformiert die vermeintliche Sicherheit hierarchischer Argumentationsmuster in das Handhaben von Ungewissheit und in ständige Revisionsbereitschaft.

5. Kollisionslücken

Diese sollen vorliegen, wenn sich zwei Vorschriften eines Gesetzes oder zwei Elemente der Auslegung widersprechen. Wenn zwei Gesetze miteinander in Konflikt liegen, haben wir einen der Normalfälle der systematischen Auslegung bzw. im Verfassungsrecht der praktischen Konkordanz. Hier von Lücken zu sprechen, macht wiederum nur Sinn, wenn man von der Rechtsordnung verlangt, dass sie ohne Widersprüche eine klare Entscheidung des Falles vorgeben sollte. Da dieses Verlangen nicht erfüllbar ist, ist es auch nicht möglich, hier von einer Lücke zu sprechen.

Unter den Konfliktsfällen zwischen einzelnen Auslegungselementen ist besonders prominent der Gegensatz von Wortlaut und Zweck. Herkömmlich als Konflikt zwischen Sprache und Recht inszeniert, handelt es sich vielmehr um einen Konflikt innerhalb der Sprache zwischen zwei verschiedenen sprachbezogenen Auslegungselementen. Methodisch gibt es zwei Möglichkeiten, auf einen solchen Konflikt zu reagieren: der Umkehrschluss und die teleologische Reduktion.

Aufgabe des Umkehrschlusses ist es, zu begründen, dass „von einer Rechtsvorschrift nur der von ihr ausdrücklich erwähnte Tatbestand erfasst ist.“⁶⁶ Die Notwendigkeit zum Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass es vom Wortlaut her durchaus möglich wäre, sie auf ähnliche oder vergleichbare Fälle anzuwenden. Und zwar ohne der Sprache und den Gesetzen logischen Folgerens Zwang anzutun. Im Gegensatz zu einer semantischen Vervielfachung des Regelungsumfangs durch den Analogieschluss geht es beim Umkehrschluss um Verknappung. Er ist ein Ausschluss. Um die Unsinnigkeit der Konsequenzen einer extensiven Semantisierung der fraglichen Vorschrift nachzuweisen, muss aus dem weiteren Kontext heraus argumentiert werden. Dies trifft im Übrigen auf alle Schlussformen zu. In der Regel ist dies der Zusammenhang aller umgebenden Rechtstexte, der systematischen Auslegung. Es ist dies weiter der Verweis auf den Regelungszweck und es können im Einzelfall auch historische Erwägungen hinzutreten. Der Umkehrschluss dient damit der Annahme einer Beschränkung auf den ausdrücklich festgelegten Schutzbereich einer Vorschrift und somit dem Vertrauensschutz.

Die teleologische Reduktion dagegen produziert keinen Sinn, sie verbraucht ihn vielmehr. Der Umkehrschluss schneidet eine mögliche Semantisierung des Normtextes ab als Desemantisierung. Die teleologische Reduktion ist eine aus der Not der vielfältigen Bedeutungsmöglichkeiten geborene Strategie zu einer Resemantisierung. Bei einer teleologischen Reduktion wird aufgrund sonstiger Kriterien ein engerer Sinngehalt angenommen, als er der sprachlichen Plausibilität der betreffenden Rechtsvorschriften nach anzunehmen wäre. In

⁶⁶ *Michael Potacs*, Auslegungen im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994, S. 157.

diesem Sinn kann man sagen, dass durch teleologische Reduktion die noch ungeprüfte und undifferenzierte sprachliche Plausibilität eines Normtextes durch sonstige Kriterien eingeengt wird. Die Reduktion dient dazu, einem allzu großen Überschwang an möglicher Bedeutungsproduktion einen Riegel vorzuschieben. Ähnlich wie beim Umkehrschluss geht es darum, gegen ein Ausschöpfen der Semantik und ein Ausreizen der Logik die Regelung zur Geltung zu bringen, auf die die entsprechende Vorschrift vor allem entsprechend ihrer Systematik, die erkennbar mit ihren verbundenen Zwecken und ihrer Geschichte beschränkt bleiben sollte.

Alle Konflikte zwischen den Auslegungselementen sollte man nicht als Lücke behandeln, sondern mit Hilfe der Theorien über die Rangfolge dieser Elemente entscheiden. Dazu gibt es in der Praxis der Gerichte Ansätze, die zwar noch einer Strukturierung bedürfen, aber im Prinzip in die richtige Richtung weisen. Zu denken ist hier an die vom Bundesverfassungsgericht unter dem missverständlichen Titel „Objektive Auslegungslehre“ eingeführte Regel für die Vorzugswürdigkeit von Argumenten. Danach soll im Konfliktsfall die historische und genetische Auslegung hinter der grammatischen bzw. systematischen Auslegung zurücktreten. Denn letztere stünden näher am Normtext und erlaubten auch dem Normunterworfenen eine bessere Orientierung.

Wenn man an diese schon praktizierten Kriterien anknüpft, ergibt sich im Falle eines Konflikts von Auslegungselementen die Notwendigkeit einer doppelten Bewertung: Erstens sind die Argumente normstrukturell oder abstrakt zu bewerten. Zweitens müssen die Argumente konkret nach ihrer Intensität oder Schwere eingeordnet werden. Normstrukturell ist das Gewicht eines Arguments umso größer, je näher es am Normtext steht. Das heißt, textbezogene Argumente schlagen Normbereichsargumente aus dem Feld, und diese wiederum bloße rechtspolitische Bewertungen usw. Neben dieser Einordnung des Arguments in die Normstruktur als direkttextbezogen, indirekttextbezogen und normgelöst, muss eine konkrete Bewertung treten. Diese lässt sich aber nur schwer vom jeweiligen Fall abheben. Als Unterscheidung bieten sich an Möglichkeit, Plausibilität und Evidenz.⁶⁷ Möglich ist dabei ein Argument, wenn es nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Plausibel heißt, dass das Argument überzeugend ist, aber Alternativen denkbar sind. Evident ist ein Argument, wenn im Moment gar keine Alternativen denkbar sind. Das reicht zur Lösung der Konflikte aus, ohne dass man Lücken postulieren müsste.

6. Ergebnis

Natürlich hat Kelsen wieder einmal recht. Die Lücke ist ein ideologisches Konstrukt, um der Gesetzesbindung zu entkommen. Aber es bleibt ein sinnvoller Rest diese Redeweise. Das Problem liegt in der Generalisierung über den methodischen Alltag hinaus. Auch wenn man mit Kelsen das schöpferische Moment

⁶⁷Vgl. dazu *Niklas Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Frankfurt/Main 1993, S. 119, 163 f., 201 f., 204 f.

der Rechtsfindung innerhalb der Gesetzesbindung begreift, bleibt an einigen, wenn auch zugegebenermaßen wenigen, Stellen die Rede von Lücken sinnvoll. Es verschwindet keine bloße Illusion, aber immerhin kondensiert eine Wolke von Rechtsontologie zu wenigen Tröpfchen juristischer Methodik. Zwei Strategien zur Begründung einer Lücke sind danach legitim: Einmal die Ableitung der Lücke aus der Entstehungsgeschichte. Dabei wird über genetisches und eventuell historisches Element ein bestimmter Plan des Gesetzgebers nachgewiesen, welcher im Text nur unvollständig realisiert ist. Dann liegt eine so genannte planwidrige Lücke vor. Daneben gibt es noch die so genannte Rechtslücke. Dabei wird eine höherrangige Norm oder ein höherrangiger Normenkomplex zur Begründung der Lücke in einer Rechtsquelle von niedrigerem Rang herangezogen. Wenn die oben geschilderten Argumentationslasten bei diesen Argumenten eingehalten werden, ist die Redeweise von der Lücke in diesen speziellen Bereichen sinnvoll.

V. Anwendung auf Rügeverkümmern

(Weder Entstehungsgeschichte, noch Systematik, Zweck oder höherrangige Norm fordern eine Abweichung. Dieser dogmatische Teil könnte an Hans anschließen.)