



This text is a preprint of:

Hans Kudlich/Ralph Christensen, Die Methodik des BGH in Strafsachen. Eine medienwissenschaftliche Inhaltsanalyse von Entscheidungsgründen in Strafsachen, Karl Heimanns Verlag, Köln/München 2009, 92 S.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph/Kudlich, Hans (2009): "Die Methodik des BGH in Strafsachen. Eine medienwissenschaftliche Inhaltsanalyse von Entscheidungsgründen in Strafsachen" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Karl Heimanns Verlag, Köln/München (2009): 92 S.)

Die Methodik des BGH in Strafsachen

Eine medienwissenschaftliche Inhaltsanalyse von Entscheidungsgründen in Strafsachen

Einleitung

In kaum einem Bereich wird die Kluft zwischen Theorie und Praxis als so gravierend empfunden wie in der Jurisprudenz.¹ Von der Theorie² wird die Praxis als methodenmüde und dezisionistisch kritisiert; von Seiten der Rechtspraxis wird der Methodenlehre fehlender Anwendungsbezug vorgeworfen. Die Wirklichkeit ist aber – was leider viel zu selten der Fall ist – weit weniger schlimm sein als das Bild, das von ihr gezeichnet wird. Die Kluft zwischen Theorie und Praxis ist zwar vorhanden, aber doch weniger tief, als es das Pathos wissenschaftlicher Antragsprosa vermuten lässt.

Zum einen lässt sich feststellen, dass die Gerichte auf die Anregung und Kritik der Wissenschaft durchaus reagieren. In den 1960er und 1970er Jahren hat man den Gerichten Wirklichkeitsvergessenheit vorgeworfen und eine Öffnung zu den Sozialwissenschaften hin verlangt. Die empirische Analyse zeigt, dass die Aufnahme von Realelementen heute ein selbstverständlicher Teil von Urteilen ist. Die Art und Weise mag man sicher verbessern können, aber eine Entwicklung ist erkennbar. In den 1980er und 1990er Jahren hat man den Gerichten

¹Vgl. etwa aus der jüngeren Zeit die Zusammenstellung der Beiträge in *Krawietz/ Morlok* (Hrsg.), *Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag – ein Bruch zwischen Theorie und Praxis?*.

²Zur Mehrdeutigkeit dieses Begriffs vgl. *Jestaedt*, *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, S. 17 ff.

Sprachvergessenheit vorgeworfen und eine Öffnung zu den Sprach- und Literaturwissenschaften hin verlangt. Auch hier zeigt die empirische Analyse, dass die praktische sprachliche Arbeit der Gerichte die Schranken einer standesspezifisch juristischen Sprachtheorie durchaus überschreitet.

Zum anderen wird deutlich, dass die von der methodischen Literatur oft beschriebenen Canones der Auslegung nicht zu den Einrichtungsgegenständen des Elfenbeinturms gehören, sondern wirklicher Bestandteil der praktischen Arbeit der Gerichte sind. Denn selbstverständlich wenden die Richter (nicht zuletzt durch die Anschlusszwänge im Verfahren³) bei ihrer Rechtsfindung und vor allem ihrer Entscheidungsbegründung tatsächlich die juristischen Auslegungsmethoden an. Nur erfolgt dies vielfach weniger explizit, sondern implizit auf der Grundlage eines „tacit knowledge“. Dieses implizite Wissen zu explizieren ist daher eine wichtige Aufgabe rechtstheoretischer Forschung. Denn natürlich wird die Rechtstheorie von der Praxis nicht nur positiv aufgenommen, sondern auch in Frage gestellt: Dies zeigt zunächst das ungeheure Gewicht von Vorentscheidungen, welches in der methodischen Theorie noch kaum reflektiert wird. Es wird daneben aber auch in der praktischen semantischen Arbeit der Gerichte deutlich. Diese verknüpft über Vorentscheidungen gelungene Kommunikationserfahrungen zu einem Netz, das von mitlaufenden normativen Bewertungen stabilisiert wird, und überschreitet somit die Grenzen einer in der herkömmlichen Literatur vorherrschenden Regelsemantik zu einer Fallsemantik oder Pragmatik.

Die Methodik der Gerichte wurde natürlich schon vor dieser Untersuchung thematisiert. So etwa in (im Grundsatz vorrangig rechtsdogmatisch ausgerichteten) Entscheidungsbesprechungen, wenn eine bestimmte Auslegungsmethode oder Schlussfigur (bzw. ihr Fehlen) kritisch beleuchtet wird,⁴ oder auch in Gestalt von Entscheidungsanalysen, die ganz gezielt Methodik und Argumentationsstruktur ins Visier nehmen.⁵ Insbesondere für den hier vorrangig interessierenden Bereich des Strafrechts ist die beeindruckende Arbeit von *Eric Simon* über die „Gesetzesauslegung im Strafrecht“ zu nennen. Gleichwohl besteht noch Forschungsbedarf. Denn die Argumentation der Strafgerichte reicht

³Vgl. dazu bereits *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, insb. S. 179 ff. m.v.w.N.; ferner nunmehr auch *dies.*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis.

⁴Vgl. etwa *Brünning*, ZIS 2007, 317 ff. (zu BVerfG 2 BvR 2237/06: unvorsätzliches unerlaubtes Entfernen vom Unfallort, hier zur Bedeutung der systematischen, historischen und teleologischen Auslegung); *Vassilaki*, CR 2001, 262 ff. (zu BGH 1 StR 184/00: Ausschwitzzüge im Internet, hier in zustimmender Auseinandersetzung mit der Systematik der §§ 3, 9 StGB); *Wolters*, JR 1999, 208 ff. (zu BGH 1 StR 290/98: kein Fremdheitserfordernis bei § 306a II StGB, hier kritisch zur Ableitung des Ergebnisses aus dem Wortlaut und eine systematische Begründung anmahnd); ferner *Krüger*, wistra 2005, 247 ff. (zu BGH 1 StR 274/03: Vermögensverlust großen Ausmaßes i.S.d. § 263 III Nr. 5 StGB, hier freilich mit Kritik daran, dass der BGH zu wenig die von Krüger als hilfreich erachteten Auslegungsmethoden herangezogen habe).

⁵Exemplarisch etwa mit einem strafrechtlichen Beispiel *Kudlich/Christensen*, JuS 2002, 144 ff.; weitere Beispiel aus dem Zivil- und Europarecht auch bei *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 380 ff., 389 ff., 396 ff.

über die klassischen Auslegungsanones (Grammatik, Entstehungsgeschichte, Systematik und Teleologie) hinaus.⁶

Es bedarf einer statistischen Auswertung der Entscheidungen,⁷ da rein qualitative Analysen zur Überschätzung von Sonderfällen neigen. Ohne die Bedeutung statistischer Ergebnisse überbewerten zu wollen⁸ (und ohne umgekehrt die mitunter ausgesprochen geistreich kommentierte „sammelnde“ Zusammenstellung bei *Simon* damit abzuwerten), kann die statistische Auswertung doch zu wichtigen neuen Erkenntnissen führen. Die in absoluten Zahlen gemessene und jeweils in Verhältnis zueinander gesetzte Verwendung verschiedener Auslegungsinstrumente zeigt sehr deutlich die Wertschätzung dieser Instrumente bei den Gerichten und erlaubt es, ihre Praxis genauer zu strukturieren.

Die vorliegende Untersuchung will aufgrund einer klar definierten Datenmenge zu einer Aussage über den methodischen Alltag der Gerichte gelangen. Sie beruht auf einem an der Universität Erlangen durch Unterstützung des „Sonderfonds für wissenschaftliche Arbeiten an der Universität Erlangen-Nürnberg“ und der Dr.-German-Schweiger-Stiftung durchgeführten Forschungsprojekt, innerhalb dessen rund 300 Entscheidungen des BGH in Strafsachen⁹ mit den Mitteln der medienwissenschaftlichen Inhaltsanalyse untersucht und statistisch ausgewertet worden. Dabei ging es um die Frage, auf welche Argumente – auch über die klassischen Canones hinaus – der BGH in Strafsachen wie häufig bei der Begründung zurückgreift. Die Darstellung geht in drei Schritten vor. Zunächst ist das in der Jurisprudenz noch selten verwendete Instrument der medienwissenschaftlichen Inhaltsanalyse zu erläutern. Dann werden die Ergeb-

⁶Eine Verknüpfung konkreter Rechtsprechungsanalysen mit den Ergebnissen neuerer methodischer Forschungen hat *Simon* ebenfalls bewusst und explizit ausgeblendet. Vgl. *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, S. 17, der über von ihm als solche bezeichnete „alternative Rechtstheorie(n) – in welcher Spielart auch immer“ mehr oder weniger hinweggehen will, wobei freilich der irreführende Eindruck erweckt wird, dass neuere methodische Forschung die klassischen Auslegungsanones mehr oder weniger ignorieren wolle.

⁷Vgl. dazu auch – eher kritisch – *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, S. 20. Dabei ist der Schlagwortindex kein geeigneter Thesaurus für eine empirische Analyse. Die Verwendung einer Auslegungsregel bei den Gerichten ist nur selten mit der Nennung dieser Regel auf der Textoberfläche verbunden. Die expliziten Nennungen im Schlagwortregister verweisen meistens auf Stellen, wo das Gericht selbst schon theoretische Reflexionen zur eigenen Methode anstellt. Das ist natürlich für die Erfassung der Programmatik der Gerichte wichtig, aber nicht ausreichend für die Erfassung ihrer methodischen Praxis.

⁸Zu möglichen Problemen bei „empirischen Rechtstextanalysen“ vgl. anschaulich *Wohlrapp*, in: *Lerch* (Hrsg.), *Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, S. 549 ff.

⁹Die verarbeitete Textmenge ist hier selbstverständlich deutlich geringer als in dem großen Dissertationsprojekt von *Simon*. Andererseits sei jedoch betont, dass er aus seiner zur Entstehungszeitpunkt vollständigen Untersuchung der Amtlichen Sammlung in den Bänden 1-44 auch nur rund 500 Entscheidungen „als relevant“ erachtet hat, von denen wiederum nur „etwa 100 methodologisch besonders interessant“ gewesen seien. Selbstverständlich hat unsere Auswahl nicht gerade diese 100 besonders interessanten Entscheidungen mit umfasst – dennoch wird deutlich, dass die von *Simon* selbst für seinen Zugriff als *wirklich relevant* erachtete Datenbasis nicht einmal soviel größer gewesen ist, während umgekehrt die auf Merkmale auf der Textoberfläche abstellende Inhaltsanalyse letztlich fast allen untersuchten Entscheidungen eine gewisse „Relevanz“ abgewinnen kann.

nisse der empirischen Untersuchung dargestellt. Weil diese Ergebnisse den von der Rechtstheorie her zu definierenden Erwartungshorizont überschreiten, führt dies zu neuen Fragestellungen. Zu diesen soll der dritte Teil einen Einstieg in die rechtstheoretische Reflexion der Ergebnisse liefern.

1. Teil: Ansatzpunkt und Methodik der Untersuchung

Wenn man zu einer Theorie der Praxis gelangen will, muss man in der Lage sein, die Praxis überhaupt zu erfassen. Man versucht damit ein Können sichtbar zu machen, was eben gerade noch kein Wissen ist. Deswegen bedarf es einer empirischen Analyse, in welcher sich die Widerständigkeit der Welt unabhängig von theoretischen Vorentscheidungen zeigen kann. Als Methode haben wir die medienwissenschaftliche Inhaltsanalyse gewählt und als Ansatzpunkt die gerichtliche Begründung. Beides bedarf der Rechtfertigung.

A. Die Rolle richterlicher Begründung

I. Textarbeit und Interpretationsfragen haben in der Jurisprudenz eine besondere Dramatik. Es geht dabei um Entscheidungen, die den Betroffenen auch gegen ihren Willen aufgezwungen werden können. Deswegen spricht Art. 92 GG unter der Überschrift „Die Rechtsprechung“ wohl nicht zufällig von der „rechtsprechenden Gewalt“, die er den Richtern anvertraut. Zugleich folgt im Grundgesetz folgt aber dem Art. 92 der Art. 97 nach, der dem Richter die Hände bindet, indem er ihn in seiner Arbeit am Recht „nur dem Gesetz“ unterwirft.¹⁰

II. Wie ist nun das Verhältnis von richterlicher Gewalt und Gesetzesbindung? Die klassische Auffassung hat für dieses Problem eine klare Lösung: Indem der Richter unabhängig vom Streit der Parteien die richtige Deutung des Gesetzes zugrunde legt, überführt er die ihm übertragene Gewalt in Erkenntnis. Heute sieht man, dass eine versionslose Beschreibung der Bedeutung eines Textes nicht möglich ist. Kein Leser hat das Auge Gottes. Nur Fundamentalisten glauben noch an die wörtliche Bedeutung eines Textes, welche dann natürlich in der von ihnen bevorzugten Lesart liegt. Die moderne Rechtstheorie hat dem gegenüber an die Stelle des Auge Gottes den Streit der Parteien im Verfahren gesetzt. Auch im Streit ergibt sich eine kontrollierbare Objektivität, besonders wenn ein unabhängiger Dritter die für die jeweiligen Lesarten vorgetragenen Argumente beurteilt. Dies genau ist die Aufgabe der richterlichen Gewalt. Sie beendet das Verfahren durch Entscheidung. Eine solche Entscheidung ist illegitimer Zwang, wenn sie die vorgetragenen Argumente der Parteien nicht aufnimmt. Sie ist aber legitime Autorität, wenn sie die Geltung dieser Argumente berücksichtigt.

¹⁰Dazu *Friedrich Müller*, Richterrecht - rechtstheoretisch formuliert, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, S. 67 f.

Als Maßstab für die Unterscheidung von illegitimem Zwang und legitimer Autorität dient die Begründung des Urteils. Die Begründung muss die Legitimität des von den politischen Instanzen geschaffenen Gesetzestextes auf das einzelne Urteil übertragen,¹¹ indem sie die zugrunde gelegte Lesart des Gesetzes an den im Verfahren vorgetragenen Argumenten überprüft. Die Begründung ermöglicht somit einen Legitimitätstransfer. Die richterliche Gewalt verschwindet damit nicht in der Erkenntnis, sie wird aber durch rechtliches Gehör, Grundsätze des fairen Verfahrens sowie Begründungspflichten mediatisiert und geteilt. Das ist gerade kein Nachteil, sondern die Chance des Urteils auf demokratische Legitimität.

III. Einfach ist die Aufgabe der Transformation von Gewalt in legitime Autorität nicht. Ihre Lösung muss vielmehr durch den Konflikt der Parteien im Verfahren hindurch gefunden werden. Diese Konflikte sind durch die Arbeit der Richter so zu strukturieren, dass sie dem Verständnis des Gesetzes dienen. Wie das Marktgeschehen den besten Preis, so soll das Verfahren die beste Lesart des Gesetzes herausbilden. Ohne umsichtige Leitung durch das Gericht ist dies aber kaum wahrscheinlich. Denn der Streit um die Lesart des Gesetzes, den die Prozessbeteiligten austragen, ist nicht bloß der „Streit um Worte“.¹² Das Vorgehen der Parteien ist strategisch¹³. Sie wollen sich der „Sprache als einem ausgezeichneten Verfahren der Konstitution von Bedeutung“ versichern.¹⁴ Besonders wichtig ist dabei die juristische Nomenklatur, und zwar wegen der darin liegenden symbolischen Macht zur Erzeugung von ‘Welten an Recht’.¹⁵ Deswegen streben sie danach, sich die Wortführerschaft im Verfahren zu sichern.¹⁶ Mit den „terminologischen Prämien“¹⁷, die die Beteiligten dabei erringen, geht es ihnen um den Gewinn des Verfahrens. Die Semantik des Gesetzes ist deswegen im Prozess ständig umkämpft.

Das Element des Kampfes liegt schon darin, dass sich die zur Formulierung des jeweiligen Interesses ins Spiel gebrachten Gebrauchsweisen sprachlicher Ausdrücke wechselseitig ausschließen. Daraus ergibt sich die Unversöhnlichkeit der Auseinandersetzung. Für *Rudolf von Jhering* ist deswegen der Rechtsbegriff ein „Kraftbegriff“¹⁸, strukturiert durch die „Logik des Kampfes“¹⁹. Dies schließt

¹¹Vgl. *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 21 u. 330 sowie sodann zur Ausarbeitung des Ansatzes des Legitimationstransfers a.a.O., passim.

¹²Vgl. *Strauss*, Spiegel und Masken, S. 25. Weiter auch *Lübbe*, in: *Heringer (Hrsg.)*, Holzfeuer im hölzernen Ofen, S. 48 ff.

¹³Allgemein dazu *Strauss*, Spiegel und Masken, S. 24 ff; *Bourdieu*, Sozialer Raum und Klasse, in: *ders.*, Sozialer Raum und Klasse. Leçon sur la leçon. Zwei Vorlesungen, S. 35. Zu entsprechenden „Typen des Kampfes um Wörter“ im öffentlichen Sprachgebrauch auch *Klein*, in: *ders. (Hrsg.)*, Politische Semantik. Bedeutungsanalytische und sprachkritische Beiträge zur politischen Sprachverwendung, S. 3 ff.

¹⁴*Siegfried J. Schmidt*, in: *Rucktäschel (Hrsg.)*, Sprache und Gesellschaft, S. 81 ff.

¹⁵Allgemein dazu *Bourdieu*, in: *ders.*, Rede und Antwort, S. 151 mit Verweis auf *Goodman*, Weisen der Welterzeugung.

¹⁶Zum Begriff des „Wortführers“ *Bourdieu*, in: *ders.*, Rede und Antwort, S. 183.

¹⁷*Strauss*, Spiegel und Masken, S. 25.

¹⁸*Rudolf von Jhering*, Kampf ums Recht, S. 9.

¹⁹Vgl. *Serres*, Der Parasit, S. 338 f., zur derart treibenden Logik: „Die Logik des Kampfes

den Ausgleich der Interessen durch Verstehen auf Gemeinsamkeiten aus.

Den Parteien geht es nicht um einen hermeneutischen oder linguistischen Disput, nicht darum, Aufschluss über den Sinn des Gesetzestextes zu gewinnen oder lexikologische Überlegungen zur Bedeutung seiner Wörter anzustellen. Es geht ihnen nicht um ein *richtiges Verständnis* des Gesetzes. Bei semantischen Kämpfen handelt es sich nicht um simple Querelen um die „eigentliche“ oder auch die übliche Bedeutung eines Wortes, die sich prinzipiell mit dem Griff zum Wörterbuch beilegen ließen.²⁰ Semantische Kämpfe werden nicht darüber geführt, welche Bedeutung ein Ausdruck *hat*²¹, sondern darum, welche Bedeutung einem Ausdruck nach dem Willen der Kontrahenten zukommen *soll*. Das Ziel der Parteien ist Sprachnormierung und nicht schlichte Interpretation.

Von all den möglichen Gebrauchsweisen der sprachlichen Ausdrücke des Gesetzes soll die in ihrem Interesse liegende zu *der* maßgeblichen gemacht werden. Die Parteien wollen ihr Verständnis des Gesetzes als „die Bedeutung“ des betreffenden Ausdrucks durchsetzen. Es geht also nicht um die Sprache; sondern um das Recht auf eine Sprache, die das Gesetz den Interessen der jeweiligen Partei unterordnet. Damit ist auch der Weg von der Geltung des Gesetzestextes zur Legitimität der Entscheidung gewiesen. Er wird gebahnt vom semantischen Kampf der Parteien um die Lesart des Gesetzes. Diesen hat der Richter in seiner Begründung zu verarbeiten. Ignorieren kann er die Parteien nicht. Die Verfassung garantiert ihnen das „rechtliche Gehör“. Er muss ihnen also zuhören, wenn sie sich zur Bedeutung des Gesetzes erklären und das Gehörte in seiner Entscheidungsbegründung verarbeiten.

IV. Der Richter kann auch nicht die Entscheidung verweigern²², die die Parteien auf dem Feld der Semantik mit ihrer jeweiligen Erklärung der Bedeutung²³ des Gesetzeswortlauts suchen. Die Polarität des beiderseitigen Anspruchs macht eine Entscheidung aus der Perspektive eines Dritten unausweichlich. Damit der Richter sie zu einer legitimen Entscheidung machen kann, hat er das „Gesetz des Handelns“ an sich zu ziehen. Er hat von den Parteien vorgetragene Argumente auf ihre Geltung hin zu befragen. Dabei ist Geltung keine überzeitliche Richtigkeit. Eine solche ist gerade nicht verfügbar. Sie ist vielmehr relativ zum Stand der vorgetragenen Argumente. Ein Argument gilt, wenn es alle

ist die des ausgeschlossenen Dritten.“

²⁰Dies nur noch einmal als Hinweis auf die schon oben erwähnte tradierte Übung juristischer Bedeutungsermittlung. Ansonsten *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, S. 77 ff. Sprachwissenschaftlich zum Problem der „Kodifizierung von Gebrauchsweisen in Wörterbüchern“ *Wimmer*, in: *Heringer u. a.*, Einführung in die praktische Semantik, S. 34 ff.

²¹Auch hier soll nur eine gängige Redeweise angesprochen sein und nicht das bedeutungstheoretische Problem aufgeworfen werden. Zur grundsätzlichen Kritik *Wittgenstein*, Das Blaue Buch, Werkausgabe, Band 5, S. 52.

²²Zum Rechtsverweigerungsverbot vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 9. Aufl., Rn. 223; im Zusammenhang mit der Gesetzesbindung dazu *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, S. 27, 36.

²³Im Sinn von *Wittgenstein*, Philosophische Grammatik, Werkausgabe, Band 4, § 26; *ders.*, Tractatus logico-philosophicus, Werkausgabe, Band 1, Philosophische Untersuchungen, 1984, § 560; *ders.*, Das Blaue Buch, Werkausgabe, Band 5, 1984, S. 15 f.

vorgetragene Einwände integriert oder widerlegt. Das Verfahren hat dann zu einem Verstehen des Gesetzes geführt, denn die wechselseitige Störung der von den Parteien vorgetragene Lesart ist jetzt für diesen Zeitpunkt in Transparenz überführt.

Aber das gilt nur für diesen Zeitpunkt. Rudolf von Jhering schildert das Recht als „Saturn, der seine eigenen Kinder verspeist.“²⁴ (...) „Ein konkretes Recht, das, weil es einmal entstanden, unbegrenzte, also ewige Fortdauer beansprucht, ist das Kind, das seinen Arm gegen die Mutter erhebt; es verhöhnt die Idee des Rechts, indem es sich auf sie beruft, denn die Idee des Rechts ist ewiges Werden, das Gewordene aber muss dem neuen Werden weichen. (...) So vergegenwärtigt uns also das Recht in seiner historischen Bewegung das Bild des Suchens, Ringens, Kämpfens, kurz der gewaltsamen Anstrengung.“²⁵ Der Streit um die Semantik des Gesetzes ist also immer nur vorläufig beendet. Ihn weiterzuführen bleibt die Aufgabe des Rechts. Das einzelne Urteil setzt dem kein Ende. Aber trotzdem ist es ein zentrales Moment. Denn das Urteil schafft Recht als Faktum. Recht zieht sich in den Punkt zusammen, den der Richter mit seinem Spruch unter das Verfahren setzt und wird, just in dem Moment, doch wieder nur zum „bloßen“ Wort, zu Text. Der Preis für seine Geltung ist der Ausschluss aller aus der Sprache des Rechts. Von aller Bedeutungserklärung und Auseinandersetzung darum bleibt nurmehr das Verdikt darüber, was „als“ Bedeutung des Normtextes zu gelten hat und zählt. Es bleibt allein „die“ Bedeutung des Normtextes, die sich in der Rechtsnorm und der Entscheidungsnorm durchsetzt. Ob dies zurecht „Recht“ genannt werden kann, ist zu überprüfen anhand der Begründung. Durch dieses Nadelöhr muss die richterliche Gewalt hindurch, wenn sie legitime Autorität und damit Recht werden will.

V. Als Nadelöhr zur Überführung schlichter Gewalt in legitime richterliche Gewalt bedarf die Begründungskultur der Gerichte der Analyse und Pflege. Dazu dient die Besprechung und Kritik einzelner Urteile. Zur Ergänzung braucht man aber systematische Untersuchungen. Nur so kann man das Risiko einer subjektiven Sicht minimieren. Auch wenn man sich professionell häufig mit Urteilsbegründung beschäftigt, nimmt man doch meist keine Systematisierung der eigenen Beobachtungen vor. Weil zudem die Ausreißer und Extreme natürlich besser im Gedächtnis haften bleiben, besteht die Gefahr, dass man die Arbeit der Gerichte nach besonders eindrücklichen Einzelfällen beurteilt. Dieses Risiko des Impressionismus soll hier durch eine empirische Untersuchung konterkariert werden. Als Mittel unserer Untersuchung haben wir die Inhaltsanalyse ausgewählt. Diese wurde in der Jurisprudenz schon wiederholt angewendet,²⁶ bedarf aber trotzdem noch einer Erläuterung.

²⁴ *Ebd.*, S. 15.

²⁵ *Rudolf von Jhering*, *Der Kampf ums Recht*, S. 16.

²⁶ Vgl. insbesondere *Dederichs*, *Die Methodik des EuGH*; ferner *Wambsganz*, *Computergestützte Inhaltsanalyse zweier Strafrechtskommentare*; *Limbach*, JA 1976, 353 ff.; *Dederichs/Christensen*, in: *Müller/Burr* (Hrsg.), *Rechtssprache Europas. Reflexion der Praxis von Sprache und Mehrsprachigkeit im supranationalen Recht*, S. 287 ff.

B. Medienwissenschaftliche Inhaltsanalyse

Inhaltsanalytiker verwenden eine alte Sozialtechnik, wenn sie die sie umgebenden Erscheinungen zum Zeichen für Bedeutsamkeit nehmen: „Der Basisgedanke, der der Inhaltsanalyse zugrunde liegt, ist so alt wie die Menschheit selbst. Wenn Menschen aus einer Naturkatastrophe etwa auf den Zorn der Götter schließen, betreiben sie Inhaltsanalyse, um intuitiv ihr soziales Umfeld zu erfassen. Sie schließen hierbei von der Beschaffenheit eines manifesten Inhalts, der in diesem Fall aus den Folgen der Katastrophe besteht, auf nicht manifeste Umstände, wie im Beispielfall die auf die Laune der Götter. Diese Art zu Schlussfolgern ist Hauptbestandteil aller Formen der Inhaltsanalyse und wird Inferenz genannt.“ Wobei es sich bei der Inferenz um die „logische Schlussfolgerung aufgrund aufbereiteten Wissens“ handelt.²⁷ Die moderne Inhaltsanalyse will die Zusammenhänge zwischen Oberfläche und Hintergrund durch quantitative und qualitative Verfahren zugänglich machen. Ziel ist es dabei, den angestrebten Schlussfolgerungen eine möglichst adäquate und verlässliche Basis zu geben, welche „die reine Intuition durch realitätsnähere Prinzipien“ ersetzt.²⁸

Inhaltsanalyse versteht sich grundsätzlich als Verfahren „zur Erhebung sozialer Wirklichkeit, bei der von Merkmalen eines manifesten Textes auf Merkmale eines nichtmanifesten Kontextes geschlossen wird.“²⁹ Sie beansprucht dafür „eine empirische Methode zur systematischen und intersubjektiv nachvollziehbaren Beschreibung inhaltlicher und formaler Merkmale von Mitteilungen (meist zum Zwecke einer darauf aufbauenden, interpretativen und/oder durch Zusatzkriterien gestützten Interferenz)“.³⁰ In ihrer modernen, wissenschaftstheoretisch untermauerten Ausprägung hat die Inhaltsanalyse ihren Ursprung in der Sozial- bzw. Kommunikationswissenschaft.³¹ Wissenschaftliche Analyse von Texten gab es natürlich schon vorher.³² Deshalb konnte und musste die Inhaltsanalyse aus anderen Wissenschaften viele Erkenntnisse aufnehmen. Daraus erklärt sich ihre interdisziplinäre Orientierung. Entsprechend den jeweiligen Forschungsinteressen und den besonderen textuellen Gegebenheiten, mit denen sie es zu tun hat, macht sie für ihre Kategorienbildung sowie für die Interpretation ihrer Befunde Anleihen bei den verschiedensten Disziplinen, wie Psychologie, Informationstheorie und Semiotik.³³ Zugleich findet sie umgekehrt Anwendung in den verschiedensten Wissenschaften, die es mit Text zu tun haben und für ihre Aussagen auf methodische Auswertungen angewiesen sind,³⁴

²⁷ *Wambsganz*, Computergestützte Inhaltsanalyse zweier Strafrechtskommentare, S. 1.

²⁸ *Wambsganz*, Computergestützte Inhaltsanalyse zweier Strafrechtskommentare, S. 1.

²⁹ *Merten*, Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis. 2. Aufl., S. 15.

³⁰ Dazu *Früh*, Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis. 4. Aufl., 107. Siehe ursprünglich so auch die „klassische“ Definition bei *Berelson*, Content analysis in communication research, Glencoe, Ill. 18.

³¹ Zur „Phase der theoretisch-methodischen Fundierung“ der Inhaltsanalyse *Merten*, Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis. 2. Aufl., S. 46 ff.

³² Zu Vorläufern und Geschichte der Inhaltsanalyse *Merten*, Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis. 2. Aufl., S. 35 ff.

³³ Zur „Phase der interdisziplinären Erweiterung“ der Inhaltsanalyse *Merten*, Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis. 2. Aufl., S. 42 ff.

³⁴ Vgl. *Früh*, Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis. 4. Aufl., S. 14 f. Weiter auch *Rust*, Inhalt-

wie etwa Linguistik, Soziologie, Medienwissenschaft, Geschichtswissenschaft. Als Methode zur Erhebung sozialer Wirklichkeit ist die Inhaltsanalyse also grundsätzlich auf alle Lebensbereiche übertragbar und über die Sozialwissenschaft hinaus in anderen Wissenschaften anwendbar. Das gilt natürlich auch für die Rechtswissenschaft.³⁵

I. Theoretische Voraussetzung: Von der Nachrichtenübermittlung zur Verständigung

1. Die Vielfalt und Flexibilität der Inhaltsanalyse erklärt sich aus ihrer Entstehung. Sie verdankt sich der Auseinandersetzung mit den Phänomenen totalitärer Propaganda, Werbung und Massenmedien. In den 20-er und 30-er Jahren des 20. Jahrhunderts führt dies zur Ausarbeitung der Inhaltsanalyse als dezidiert empirischem Verfahren.³⁶ Man hatte es mit einer unüberschaubaren Menge und Vielfalt von Texten zu tun. Diese Äußerungsexemplare waren nicht mehr in eine unmittelbare Beziehung von Sprecher und Hörer einzuordnen. Um Aussagen über die mit ihnen verbundenen Absichten und Wirkungen treffen zu können, musste man an ihre Eigenschaften anknüpfen. Zudem wollte man sich dafür, ganz im rationalistischen Geist der Zeit, nicht mehr auf irgendwelche persönlichen Spekulationen und Eindrücke verlassen. Dies hätte ohnehin den Charakter des Phänomens verfehlt.

Man versuchte zunächst mit quantitativen Methoden voranzukommen. Die Wirkung von Zeitungsartikeln, Rundfunksendungen und Propagandamaterial sollte aus der Häufigkeit bestimmter Sprachvorkommen und Sprachfiguren, sowie der Relationierung und Bewertung der einzelnen Elemente abgeleitet werden. Zugrunde lag die Annahme, dass die Erscheinungen auf der Textoberfläche Indikator für die zugrundeliegenden Vorstellungen und Haltungen sind. Die Definition, die Bernard Berelson 1952 in seinem ersten Lehr- und Handbuch der Inhaltsanalyse vornimmt³⁷, bringt diese Ambitionen auf den Punkt: „Content analysis is a research technique for the objective, systematic, and quantitative description of the manifest content of communication“³⁸, wobei unter letzterem „that body of meanings through symbols (verbal, musical, pictorial, plastic, gestural) which makes up the communication itself“ verstanden wird.³⁹

2. Berelsons Definition umreißt die bis heute gültigen Grundzüge der Inhalt-

sanalyse. Die Praxis der indirekten Interaktionsforschung in Psychologie und Psychotherapie; Bonfadelli, Medieninhaltsforschung. Grundlagen, Methoden, Anwendungen, S. 79 ff.

³⁵Siehe *Limbach*, JA 1976, 353 ff.; sowie *Dederichs/Christensen*, in: *Müller/Burr* (Hrsg.), *Rechtssprache Europas. Reflexion der Praxis von Sprache und Mehrsprachigkeit im supranationalen Recht*, S. 287 ff.

³⁶Siehe etwa *Lasswell*, *Propaganda-Technique in the World War*; *ders.*; *Psychiatry* 1, 197 ff; *ders.*, in: *Smith/ders./Casey*, *Propaganda Communication and Public Opinion*, 74 ff.; *Lazarsfeld*, *Studies in Philosophy and Social Science* 9, 1941, 2 ff.; *ders./Rosenberg*, *The Language of Social Research*; *ders./Henry*, *Latent Structure Analysis*.

³⁷Siehe *Berelson*, *Content Analysis in Communication Research*.

³⁸Siehe *Berelson*, *Content Analysis in Communication Research*, S. 18.

³⁹Siehe *Berelson*, *Content Analysis in Communication Research*, S. 13.

sanalyse als einer systematisch empirischen Methode. Diese heben sie zugleich von vergleichbaren Verfahren einer Textuntersuchung wie etwa die objektive Hermeneutik⁴⁰ oder die rhetorische und linguistische Textanalyse⁴¹ ab.⁴² Sein Verständnis der Inhaltsanalyse als „systematische, intersubjektiv nachvollziehbare Beschreibung“⁴³ wurde in der Folge zwar modifiziert⁴⁴, aber als richtungsweisende Charakteristik des Verfahrens weiterhin beibehalten.⁴⁵ „Empirisch“ ist das Vorgehen der Inhaltsanalyse dann insofern, als „das Erkenntnisobjekt ein wahrnehmbares bzw. intersubjektiv identifizierbares Korrelat in der Realität besitzt.“⁴⁶ Die Wahrnehmbarkeit und Beobachtbarkeit wird in der heutigen Inhaltsanalyse nicht auf „die behavioristische Einschränkung einer primärsinnlichen Erkenntnis“⁴⁷ reduziert. Vielmehr verweist das empirische Moment auf „die prinzipielle Möglichkeit, einen gemeinten Tatbestand intersubjektiv zu reproduzieren, indem angegebene Operationen erneut durchgeführt werden. Die beobachteten empirischen Sachverhalte werden registriert, bzw. in Daten überführt. Die Methode bestimmt dabei die Art und Weise des Zugriffs auf die Realität und die Modalität der Daten.“⁴⁸ Die Objektivität des Verfahrens ergibt sich aus der Unabhängigkeit der Durchführung des inhaltsanalytischen Verfahrens von der Person des Forschers. Ihre Systematik verweist auf eine prozedurale Operationalisierung der Untersuchung, durch den eine theoretisch angeleitet aussagekräftige Ordnung der Daten ermöglicht werden soll.

3. Die weitere Entwicklung der Inhaltsanalyse vollzieht sich als durch praktische Probleme ausgelöste Differenzierung des Verfahrens. Dabei zeigt sich, dass das zugrunde gelegte nachrichtentechnische Kommunikationsmodell für das Verständnis der untersuchten Phänomene nicht ausreichend war. Weder Propaganda, Werbung oder Massenmedien lassen sich mit dem einfachen Schema erklären, dass ein Sender durch einen Kanal mit einem Empfänger kommuniziert und dabei vorgegebene Botschaften anbringt. Dies war der Grundgedanke der frühen Inhaltsanalyse, wonach „von bestimmten Merkmalen eines manifesten Inhalts sinnvollerweise auf Merkmale des nichtmanifesten Kontextes geschlossen“ werden kann.⁴⁹ Damit folgt die Inhaltsanalyse zunächst der herkömmlich zugrunde gelegten Vorstellung medial vermittelter Kommunikation. Sie verwendet das althergebrachte Containermodell der informationstheoretischen Kom-

⁴⁰Siehe *Oevermann/Alert/Konau/Krambeck*, in: *Soeffner* (Hrsg.), *Interpretative Verfahren in den Sozial- und Textwissenschaften*, S. 353 ff.

⁴¹Siehe *Plett*, *Einführung in die rhetorische Textanalyse*. 8. Aufl.; *Brinker*, *Linguistische Textanalyse. Eine Einführung in Grundbegriffe und Methoden*, 5. Aufl.

⁴²Ausführlicher dazu *Früh*, *Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis*. 4. Aufl., S. 48 ff.

⁴³*Früh*, *Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis*. 4. Aufl., S. 25.

⁴⁴Zur Kritik des ersten und zweiten Dogmas des Empirismus *Quine*, in: *ders.*, *Von einem logischen Standpunkt. Neun logisch-philosophische Essays*, S. 27 ff.; zur Kritik des dritten Dogma des Empirismus *Davidson*, in: *ders.*, *Wahrheit und Interpretation*, S. 261 ff.

⁴⁵Vgl. ausführlicher dazu *Früh*, *Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis*. 4. Aufl., S. 25 ff.

⁴⁶*Früh*, *Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis*. 4. Aufl., S. 25.

⁴⁷*Früh*, *Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis*. 4. Aufl., S. 25 f.

⁴⁸*Früh*, *Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis*. 4. Aufl., S. 26.

⁴⁹*Wambsganz*, *Computergestützte Inhaltsanalyse zweier Strafrechtskommentare*, S. 3.

munikationstheorie.⁵⁰ Medien dienen demnach lediglich als materielle Boten. Sie verkörpern einen „Inhalt“, der ihnen durch das Abstreifen von dessen technischer Einkleidung zu „entnehmen“ ist. In den Grundlagen der Inhaltsanalyse bleibt also das verkürzt instrumentalistische Medienverständnis noch wirksam.

Nicht das Medium in seinem Effekt ist die Botschaft, sondern die Botschaft bedient sich effizient des Mediums als ihr Vehikel. Medial vermittelte Kommunikation soll sich entlang einer Kette von Sender, Nachricht und Empfänger abspielen. Über diese tritt der Sender mit seinen spezifischen Eigenschaften, Absichten und Erwartungen mit dem Empfänger in Kontakt, der gleichfalls spezifische Eigenschaften aufweist, bestimmte Absichten hegt und gewisse Erwartungen hat. Die Brücke schlägt die Nachricht, indem der Sender sein Anliegen in eine Mitteilung fasst, die dann anhand der Zeichen vom Empfänger wiederum entschlüsselt wird. Genau an diesem Inhalt ist die Inhaltsanalyse interessiert, wobei es ihr darauf ankommt, sich diesen aus den manifest übermittelten Zeichen und Signalen zu erschließen. Dafür bietet sie eine ganze Batterie von Verfahren auf: „Frequenzanalysen beschränken sich auf eine deskriptive Auszählung der Worthäufigkeiten. Bei Valenzanalysen wird zusätzlich erfasst, ob die Inhalte positiv oder negativ bewertet werden. Die Intensitätsanalyse erhebt die Intensität von Bewertungen mit Hilfe geeigneter Skalen.“⁵¹

Das schlichte Transport- und Containermodell wird inzwischen als unterkomplex angesehen.⁵² Die den Analysen zugrunde liegenden Vorstellungen von Kommunikation und damit die Annahmen über die Beziehung der manifesten symbolischen Erscheinungsformen zu ihrer Funktion und Wirkungsweise wurden entlang den Entwicklungen in den Zeichen-, Sprach- und Kommunikationswissenschaften zunehmend verfeinert. Das Arsenal der Verfahren wurde etwa mit Kontingenz- und Bewertungsanalysen ausgebaut. Und schließlich führte dies auch zur Überwindung der Fixierung auf die Zahl durch eine „qualitative Inhaltsanalyse“.⁵³

4. Wenn man das nachrichtentechnische Kommunikationsmodell aufgibt, stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage die Inhaltsanalyse Kommunikationsstrukturen rekonstruieren will. Decodierung von vorher übertragenen Nachrichten setzt ein Medium voraus, worin man schon verständigt ist. Heute fasst man Kommunikation aber als einen Lernprozess auf, worin sich die Teilnehmer wechselseitig korrigieren. Es handelt sich um eine Vernetzung gelungener Kommu-

⁵⁰ Ursprünglich bei *Shannon/Weaver*, *The Mathematical Theory of Communication*. Dazu unter medientheoretischen Gesichtspunkten *Lagaay/Spahr*, *Medientheorien. Eine Einführung*. 2. Aufl., S. 205 ff. Zum inhaltsanalytischen Kommunikationsmodell im engeren *Lasswell*, in: *Bryson* (Hrsg.), *The Communication of Ideas*, S. 37 ff., 37. Ansonsten siehe etwa *Früh*, *Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis*. 4. Aufl., S. 41 f.; *Wambsganz*, *Computergestützte Inhaltsanalyse zweier Strafrechtskommentare*, 3 und in differenzierterer Form selbst *Mayring*, *Qualitative Inhaltsanalyse. Grundlagen und Techniken*. 8. Aufl. Kritisch dazu *Merten*, *Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis*. 2. Aufl., S. 57 ff., 74 ff.

⁵¹ *Wikipedia*, Stichwort *Inhaltsanalyse*, unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Inhaltsanalyse>.

⁵² Für die Inhaltsanalyse *Merten*, *Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis*. 2. Aufl., S. 75 f.

⁵³ Siehe *Mayring*, *Qualitative Inhaltsanalyse. Grundlagen und Techniken*. 8. Aufl.

nikationserfahrungen durch mitlaufende normative Bewertungen. Das Funktionieren von Kommunikation wird damit nicht schon vorausgesetzt, sondern als offenes Projekt begriffen.

In diesem Rahmen bleibt aber eine Inhaltsanalyse sinnvoll. Diese ist nicht abhängig von den traditionellen Vereinfachungen des nachrichtentechnischen Kommunikationsmodells. Medial vermittelte Verständigung ist ein komplex produktiver Prozess. Dies ist im Anschluss an die allgemeine Diskussion mittlerweile auch bei führenden Inhaltsanalytikern anerkannt. Der Schwerpunkt der Analysen verschiebt sich damit von den auktorialen Instanzen auf den Empfänger oder Leser. Man kann die vorgegebene Botschaft nicht einfach decodieren, sondern man muss die Kenntnisse und Fähigkeiten der Adressaten beschreiben. Das wissen auch die im alten Modell als Sender bezeichneten auktorialen Instanzen. Texte werden nicht ins Blaue hinein gebaut, sondern im Hinblick auf die vermuteten Fähigkeiten der Adressaten. Wirken kann das Medium nur, wenn die Beteiligten unter Aufbietung ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten die Botschaft in einer semantischen Anstrengung herstellen. Gelingen kann dies, weil und insofern alle Beteiligten wissen, was zu tun ist, um in der Verständigung zum Ziel zu kommen. Denn der Produzent „will verstanden werden. Also äußert er Worte, von denen er glaubt, dass sie in bestimmter Weise interpretiert werden können und tatsächlich interpretiert werden.“⁵⁴

Von daher können sie auch ihre Wirkung tun, indem der Interpret sich eine bestimmte Meinung über sie bildet und die Konsequenzen daraus zieht. Dazu kommt er aufgrund seiner Annahmen darüber, wie jemand, der diese Worte gebraucht, wohl verstanden werden will. Und was für sprachliche Äußerungen gilt, gilt für Kundgaben allgemein. Verständigung ist ein komplex kreativer Prozess des Zusammenspiels von Theorien über die Beteiligten und Umstände mit der Bildung von Hypothesen darüber, was kommunikativ aktuell wohl der Fall sein muss.⁵⁵ Die Hypothesen werden veranlasst durch das, was in Gestalt von Textformularen vor Augen liegt. Und sie werden von den Beteiligten entlang ihrer Erfahrung modifiziert, verworfen oder als Bedeutung des Textes akzeptiert. Die Inhaltsanalyse tut auf ihre Weise nichts anderes als das. Sie ist von daher auch nicht abhängig von der nachrichtentechnischen Vorstellung der Kommunikation. Auch im Rahmen eines komplexen Kommunikationsmodells kann sie mit Hilfe ihrer bewährten Methoden zu Schlüssen und Ergebnissen kommen.

5. Trotz des Zusammenbruchs des von den Vätern der Inhaltsanalyse ursprünglich zugrunde gelegten nachrichtentechnischen Kommunikationsmodells bleibt die Inhaltsanalyse also ein operational diszipliniertes Verfahren des Textverstehens. Das klassische Kommunikationsmodell war für die Gründergeneration eine heuristische Anregung. Aber in die eigentliche Methodik und Empirie ist sie nicht eingegangen. Inhaltsanalyse bleibt sinnvoll, auch wenn

⁵⁴ Davidson, in: *Picardi/Schulte* (Hrsg.), *Die Wahrheit der Interpretation*. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, S. 203 ff.

⁵⁵ Dazu Davidson, in: *Picardi/Schulte* (Hrsg.), *Die Wahrheit der Interpretation*. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, S. 203 ff., 218.

man das Rahmenmodell für Kommunikation heute präziser fassen kann. Es ist nicht ein Sender der über einen beim Empfänger schon vorhandenen Code seine Botschaft übermittelt. Nicht der Code legt fest, was die Zeichen bedeuten. Vielmehr bedienen sich die Beteiligten ihres Wissens um den Zeichen Bedeutung zuzumessen, buchstäblich zu „geben“. Das nachrichtentechnische Kommunikationsmodell ging davon aus, dass gemeinsame geteilte Regeln den Austausch von Botschaften zwischen Sender und Empfänger ermöglichen. Die Inhaltsanalyse konnte dann an diese Regeln anknüpfen, um das Gemeinte zu rekonstruieren. Dieses Modell einer Regelsemantik ist heute fragwürdig geworden. Man geht zu einer fallorientierten Semantik über, welche Verständigung als Vernetzung gelungener Kommunikationserfahrung begreift. Kommunikation wird damit wesentlich komplexer. Sie ist ein sich von Fall zu Fall handelndes Austarieren der Verständigung mit vielen Übergangshypothesen auf Seiten von Sender und Empfänger. Die zu einfach gedachte Grundlage der Inhaltsanalyse wird damit wesentlich komplexer, aber dadurch auch reicher. Die Inhaltsanalyse hat darauf mit einer Erweiterung ihres Instrumentariums von rein quantitativen zu qualitativen Methoden reagiert.

II. Quantitative und qualitative Methoden

1. Die Inhaltsanalyse entfaltet ihren Nutzen als empirisch verlängerter Arm des Verstehens. Sie ist ein Handwerkszeug, das zu seinem Einsatz für die verschiedensten Forschungszwecke sorgfältig zuzurichten ist. Sie ist im geschilderten Sinn von wiederholbaren Verfahren „empirisch“. Urteile und andere juristische Textsorten, wie etwa Kommentare, können in einer intersubjektiv kontrollier- und nachvollziehbaren Weise miteinander verglichen und unter den verschiedensten Gesichtspunkten bewertet werden. Befördert wird dies vor allem dadurch, dass sich – etwa im Fall der Untersuchung von Gerichtsentscheidungen – der Inhaltsanalytiker nicht unmittelbar an dem Disput über die Richtigkeit richterlicher Entscheidungen beteiligt. Sein Interesse ist das des unbeteiligten, leidenschaftslosen Betrachters und in diesem Sinne „objektiv“. Diszipliniert wird diese Neutralität weiterhin durch die Operationen des inhaltsanalytischen Verfahrens. Das Interesse gilt allein kategorisierten Textelementen. Auf dieser Grundlage kann man zu kontrollierbaren Aussagen über die Methodik und die Begründungskultur der Gerichte gelangen.⁵⁶

Um Inferenzen abzusichern, hat die Inhaltsanalyse eine Reihe von Verfahren entwickelt, denen im Wesentlichen nur der Anspruch auf Empirie gemeinsam ist. An erster Stelle stehen die quantitativen Verfahren.⁵⁷ In ihnen wird das Textmaterial mittels ausgearbeiteter Operationen den Analysekatégorien zugeordnet, welche sich aus den Forschungshypothesen ableiten. Die Zuordnungen erfolgen über ein Codierungsverfahren und werden statistisch ausgewertet, wobei sich

⁵⁶Siehe etwa auch schon die Untersuchung bei *Eike von Savigny*, Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze, 1967.

⁵⁷Zur ausführlichen Darstellung *Merten*, Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis. 2. Aufl., S. 95 ff.; *Früh*, Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis. 4. Aufl., S. 125 ff.

die Aussagekraft, die Validität und Reliabilität der Ergebnisse, an mathematisch statistischen Modellen und Formeln bemisst. Zudem versucht man auch, diese durch begleitende Validierungs-, Kontroll- und Prüfverfahren zusätzlich abzusichern. Anknüpfungspunkt ist das Auftreten von Worten, von grammatischen Wendungen bis hin zu rhetorischen, von formalen bis hin zu stilistischen Merkmalen. Um selbst Sinn zu machen, ist eine quantitative Inhaltsanalyse natürlich auf eine verstehende Vorarbeit angewiesen. Diese ist vor allem nötig, um die Ziele der Untersuchung in sinnvolle Fragestellungen an das Material zu überführen. Verständnis für die untersuchten Sachzusammenhänge ist gefordert, wenn es darum geht, theoretische Folgerungen aus den statistischen Befunden zu ziehen.

2. Allerdings bedeuten die Neutralität des Verfahrens und seine Unabhängigkeit gegenüber der Person des Forschers eben nicht die Unabhängigkeit von jeglichem Vorverständnis. Sonst könnte man keine Daten auswählen. Dieser Einfluss setzt sich natürlich auch in die Aufbereitung des Materials für die Untersuchung in Gestalt der Kategorisierungen und Codierungen fort. Die Güte der Untersuchung wird auch vom Fingerspitzengefühl für die Sachzusammenhänge abhängen. Die Qualität der Auswertung wird immer entscheidend von der Fruchtbarkeit der dafür veranschlagten Theorien abhängen, insbesondere vom Stand der Semantik und Pragmatik, die man sich zueigen macht.⁵⁸

Neben quantitativen Verfahren sind deswegen im Laufe der Zeit zunehmend auch qualitative Verfahren der Inhaltsanalyse entwickelt worden.⁵⁹ Diese verdanken sich den praktischen Schwierigkeiten. Zwar sind quantitative Verfahren ein hervorragendes Instrument um größerer Textmassen Herr zu werden und sie in eine signifikante Ordnung zu bringen. Ihre Grenzen finden sie aber genau auch an den Grenzen der Ausdrücklichkeit. Ihnen ist tatsächlich nur zugänglich, was „schwarz auf weiß“ ins Forschungslabor getragen werden kann. Sie sind der Buchstäblichkeit ausgeliefert. Subtile und latente Gehalte, wie Ironie, vermögen sie ebenso wenig zu erfassen, wie Gewichtungen und Qualifizierungen. Vor diesen versagt die Konzentration auf das Vorkommen. Diese Bresche wollen die qualitativen Verfahren schließen, die einem hermeneutischen Vorgehen verpflichtet sind. Qualitative Inhaltsanalysen bauen weniger auf Zahl und Korrelation als auf Verstehen und Explikation. Sie schränken den Fokus nicht auf das jeweils aktuell in Erscheinung tretende Textelement ein, sondern stellen dieses in einen weiteren Kontext und versuchen so, seinen Stellenwert einzuschätzen. In einem allerdings sind und bleiben auch die qualitativen Verfahren durchweg und handfest Inhaltsanalyse: in der Verpflichtung auf Empirie. Auch in ihnen geht es darum systematisch zu interpretieren und das heißt, operational geordnet, prozedural explizit diszipliniert und somit auch reproduzierbar.

⁵⁸Für den Untersuchungsaufbau von Inhaltsanalysen im einzelnen interessante Hinweise und Anregungen finden sich etwa bei *von Polenz*; Deutsche Satzsemantik. Grundbegriffe des Zwischen-den-Zeilen-Lesens, 2. Aufl.

⁵⁹Zur umfassenden Darstellung *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse. Grundlagen und Techniken. 8. Aufl., S. 42 ff.

3. So gesehen ist die Frage, welche der beiden Vorgehensweisen, quantitativ oder qualitativ, für eine Inhaltsanalyse einzuschlagen ist, letztlich keine Frage des Prinzips, sondern eine Frage der Pragmatik. Empirie kommt nicht ohne Hermeneutik aus, wenn sie nicht den Erfolg auf dem Altar des methodologischen Purismus opfern will; sinnvolle Kategorien lassen sich nicht ohne Einsicht in den Sinn und Zweck eines Textes aufstellen. Umgekehrt bleibt Interpretation letztlich immer dann in der Sphäre des Beliebens, wenn sie nicht auch durch ganz handfeste Befunde zu Häufigkeit, Verteilung und Korrelation gestützt werden kann. Die Frage nach der Vorgehensweise ist also eine Frage des Forschungsdesigns, das sich wiederum aus den mit der Inhaltsanalyse verfolgten Absichten ergibt. Seine Systematik und Verlässlichkeit gewinnt die Analyse aus jenem Ablauf, der sie nachvollziehbar und objektiv zu machen vermag.

C. Rahmenbedingungen und Methode der konkret durchgeführten Analyse

I. Um mit einer Inhaltsanalyse aussagekräftige Ergebnisse erzielen zu können, die über (gewiss nicht uninteressante, aber wenig verallgemeinerbare) „Einzelbeobachtungen“ hinausgehen ist zum einen die Untersuchung hinreichend umfangreichen Materials, zum anderen eine Validitätssicherung durch zumindest zwei „doppelblinde“ auswertende Personen erforderlich. Das daraus resultierende doppelte „Satz-für-Satz-Durcharbeiten“ umfangreicher Texte, welches über ein bloßes Lesen samt gelegentlichen Notizen deutlich hinausgeht, bedingt naturgemäß einen erheblichen Arbeitsaufwand schon zur Vorbereitung der späteren Deutung und Auswertung. Nicht nur aus Gründen der Arbeitsökonomie, sondern auch zur Vermeidung von „sich selbst erfüllenden Prophezeiungen“ sind wir dabei so vorgegangen, dass die „technische“ Auswertung der Entscheidungen nicht unmittelbar durch die beiden Verfasser stattgefunden hat, welche das Analyseraster entworfen und die Auswertung vorgenommen haben. Vielmehr wurde die Auswertung auf der Textoberfläche auf drei Mitarbeiter übertragen, von denen in unterschiedlichen Kombinationen immer jeweils zwei eine Entscheidung analysiert haben. Dabei wurden an die Projektleiter aber nicht nur die zusammengestellten Ergebnisse, sondern auch die Originaldokumente wieder übergeben, in denen sich die handschriftlichen Bemerkungen befinden, welches Argument angeblich wo verwendet wird. Dies hat uns bei Divergenzen die Nachkontrolle und Gegenüberstellung ermöglicht.

II. Dabei mussten wir uns auf die Analyse von vier Bänden der amtlichen Sammlung beschränken. Dies ist zwar auf den ersten Blick eine relativ geringe Textmasse, an der jedoch aufgrund des vorgegebenen Analyserasters (vgl. auch unten III.) sehr detailliert und intensiv gearbeitet wurde. Bei genauerer Betrachtung ist auch die Gesamtmenge der analysierten Entscheidungen nicht zu unterschätzen.⁶⁰ In den hier herangezogenen Bänden 1, 2, 49 und 50 der amtlichen Sammlung sind zusammen immerhin ca. 300 Entscheidungen auf ca. 1600 Seiten veröffentlicht, die jeweils doppelblind von zwei unterschiedlichen

⁶⁰Vgl. auch nochmals oben Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden.

„Analysten“ ausgewertet worden sind. Dabei wird die Bedeutung noch dadurch gesteigert, dass es sich gerade um Entscheidungen aus der amtlichen Sammlung handelt, welche letztlich vom Gericht selbst zusammengestellt wird. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Entscheidungen sich nach dem Verständnis des BGH gewiss „auf der Höhe der jeweiligen Methodik“ befinden bzw. dass sie so bedeutsame Fragestellungen betreffen, dass eine sorgfältige Begründung für erforderlich gehalten wird. Dabei wurden bewusst die Bände 1 und 2 einer- sowie die Bände 49 und 50 andererseits gewählt, um möglicherweise innerhalb zweier Entscheidungspools von immerhin noch ca. 200 (Bände 1 und 2) bzw. 100 (Bände 49 und 50) Entscheidungen möglicherweise repräsentative Entwicklungen für das methodische Vorgehen bei der Entscheidungsbegründung zwischen den beginnenden 50-er Jahren und der jüngeren Gegenwart ausmachen zu können.

III. Zur Vorbereitung der Inhaltsanalyse wurde zunächst von den beiden Verfassern eine „Kriterienliste“ als Suchschema erarbeitet. Dabei wurde in einem ersten Schritt auf einer Liste zu einer vergleichbaren Untersuchung zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs⁶¹ sowie auf die „allgemeine methodische Erfahrung“ zurückgegriffen. Innerhalb einer „Testphase“ (vgl. sogleich) wurde diese Liste dann jedoch noch weiter ausdifferenziert und angepasst. Um eine selbst bei Anlegung des identischen Suchschemas (auf Grund letztlich nur schwer zu vereinheitlichender Suchmaßstäbe) keinesfalls selbstverständlich garantierte möglichst weitgehende Einheitlichkeit bei der Auswertung zu sichern (welche in einem ersten Schritt dennoch nicht uneingeschränkt erzielt werden konnte, vgl. dazu auch sogleich IV., S. 24 ff.), wurden zunächst „Probedurchläufe“ durch die Analysten zusammen mit den beiden Verfassern sowie in einem weiteren Schritt selbständige Probedurchläufe mit anschließender Nachbesprechung durchgeführt. Die letztlich verwendete und (wie die konkrete Arbeit damit gezeigt hat: hinreichend genaue, möglicherweise für die untersuchten Textmengen sogar schon überdifferenzierende) „Suchliste“ enthielt dann folgende Kategorien:

1. Grammatische Auslegung
 - a) Allgemeiner Verweis auf den Wortlaut (W)
 - b) Wortlaut-Zitat (W(Z))
 - c) Wortlaut mit Wörterbuch (W(WB))
2. Systematische Auslegung
 - a) Systematik allgemein (SY)
 - b) Systematik andere Gesetze (S(A))

⁶¹Vgl. insbesondere *Dederichs*, Die Methodik des EuGH; *Limbach*, JA 1976, S. 353 ff.; *Dederichs/Christensen*, in: *Müller/Burr* (Hrsg.), *Rechtssprache Europas. Reflexion der Praxis von Sprache und Mehrsprachigkeit im supranationalen Recht*, S. 287 ff.

c) Systematische Auslegung im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Erwägungen, ohne verfassungskonforme Auslegung (SY(GG))

3. Historische und genetische Auslegung

a) Genetische Auslegung, insb. Gesetzesmaterialien (G)

b) Historische Auslegung, insb. Argumentation mit Vorläuferbestimmungen (H)

4. Teleologische Auslegung

a) Sinn und Zweck im engeren Sinn (SZ)

b) Sinn und Zweck objektiv (aus Wortlaut und Systematik) (SZ(O))

c) Sinn und Zweck subjektiv (aus Materialien) (SZ(S))

d) Sinn und Zweck im Zusammenhang mit Realelementen (etwa Praktikabilitäts-, z.B. Nachweisüberlegungen, Erwägungen zum Lebensbereich, Folgenbetrachtung) (SZ(R))

5. Argumentation mit Fragmentarität und Subsidiarität (F)

6. Ausdrücklicher Verweis auf Art. 103 II GG bzw. Garantie des nulla-poena-Grundsatzes (NP)

7. Verweis auf frühere Rechtsprechung

a) Rechtsprechung des BGH (R(BGH))

b) Ständige Rechtsprechung des BGH (st.R(BGH))

c) Abweichung von bisheriger Rechtsprechung des BGH (R(abwBGH))

d) Rechtsprechung des Reichsgerichts (R(RG))

e) Abweichung von bisheriger Rechtsprechung des RG (R(abwRG))

f) Rechtsprechung unterer Instanzen (R(FG))

g) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (R(BVerfG))

h) Rechtsprechung des EuGH oder des EGMR (R(E))

8. Verweis auf Lit.

a) Zustimmend (L(zust.))

b) Abweichend (L(abw.))

9. Verweis auf den Strafrahmen, wohl meist im Zusammenhang mit weiterem, z.B. historischem oder systematischem Argument (StrR)

10. Rechtsvergleichende Auslegung (RV)

Soweit dann bei einzelnen Bearbeitern Zweifelsfragen auftauchten, wurden diese sowie die darauf gegebenen Antworten immer auch an die anderen Analysten kommuniziert. Auf diese Weise sollte bei allen Bearbeitern ein Verständnis

dafür geschaffen werden, was unter den einzelnen Punkten des Analyserasters zu verstehen ist und wie engmaschig dieses angewendet werden soll. Die an die Texte anzulegenden Maßstäbe sollten auf diese Art und Weise angeglichen werden. Dass dies letztlich niemals vollständig gelingen kann, liegt auf der Hand. Ebenso stellt sich die Frage, bis zu welchem Grad die „Gleichschaltung der Analysten“ überhaupt erfolgen soll, da möglicherweise durch eine zu große Einführung der auf Pluralität und „Doppelblindheit“ basierende objektivierende Charakter der Auswertung wieder zu Gunsten der subjektiven Methodenvorstellungen desjenigen, der die Vorgaben vereinheitlicht, relativiert wird.

Freilich ist unter dem o.g. Gesichtspunkt des empirischen Charakters kraft prinzipieller Wiederholbarkeit ein möglichst hohes Maß an wechselseitiger Angleichung zu fordern und insbesondere dann unumgänglich, wenn nicht alle Entscheidungen jeweils von den gleichen „Analysten“ bearbeitet werden, sondern wenn (immer mit wechselseitigen Überschneidungen) jeweils unterschiedliche „Zweier-Pärchen“ die doppelten Studien vornehmen. Soweit nämlich etwa auch Aussagen über die Entwicklung in bestimmten Zeitläufen gemacht werden soll, ist unabdingbar, dass beispielsweise an frühe Entscheidungen möglichst ein vergleichbarer Maßstab wie an späte Entscheidungen angelegt wird.

IV. Dies ist auch der Grund dafür, dass nach einem ersten Durchlauf der Auswertungen in einem Fall noch einmal eine Ergebniskontrolle und Angleichung der Auswertungsmaßstäbe erfolgen musste. Sechs der insgesamt acht (je zwei mal vier) Entscheidungsbände wurden offenbar – obwohl durch unterschiedliche Bearbeiter – relativ homogen ausgewertet. In zwei (vom gleichen „Analysten“ bearbeiteten) Entscheidungsbänden finden sich dagegen bei einzelnen Suchbegriffen Ausschläge nach oben, die nur durch einen unterschiedlichen Maßstab erklärt werden konnten, der trotz der oben genannten Vorarbeiten angelegt wurde, und die – gerade um eine aussagekräftige Interpretation zu ermöglichen – noch einmal überprüft und nachjustiert werden mussten.⁶²

Es ist wenig überraschend, dass es sich hierbei nicht um solche Kriterien handelt, die relativ verlässlich anhand der Textoberfläche festgestellt werden können (wie z.B. die Zahl der zitierten eigenen und fremden Vorentscheidungen), sondern dass die Unterschiede bei solchen Argumentformen auftraten, bei de-

⁶²Das Erfordernis und die Durchführung einer solchen Nachjustierung widersprechen auch nicht dem o.g. Charakter der Inhaltsanalyse als empirisches Vorgehen, sondern bestätigen ihn im Gegenteil sogar. Gerade wenn man den Vergleich mit einer traditionellen, „hart“ empirischen Sozialforschung oder gar naturwissenschaftlichen Experimenten, welche jeweils im „Doppelblindverfahren“ durchführen würde, heranzieht, wird rasch einsichtig, dass auch bei solchen Untersuchungen signifikante Abweichungen auffallen, zu einer Überprüfung der „Messeinrichtung“ und zur Nachjustierung der einen oder der anderen Messeinrichtung führen würden. Gerade im Bereich naturwissenschaftlicher Messung würde man sich nach der Nachjustierung nach einzelnen Stichproben vielleicht sogar damit begnügen, nach Ausmerzung des Messfehlers (der etwa immer einen um den Faktor 10 erhöhten Wert ergibt) und einigen Stichproben die übrigen vorher abweichenden Ergebnisse einfach „hochzurechnen“, ein Vorgang, der bei einer Inhaltsanalyse naturgemäß nicht ohne weiteres möglich ist.

nen man unter Umständen auch „zwischen den Zeilen lesen“⁶³ und eine bestimmte Äußerung daher einem bestimmten Argument zuordnen kann (aber nicht zuordnen muss bzw. nach tradiertem Verständnis spontan eher nicht zuordnen würde).

1. Exemplarisch sei dies an vier Argumentformen aus dem Umfeld der klassischen Auslegungscanones dargestellt:

- In der Entscheidung Nr. 33 des 49. Bandes der Amtlichen Sammlung wurden von einem Bearbeiter kein einziges, von einem anderen dagegen gleich 19 *Wortlautargumente* (Kategorie W) gezählt. Wirft man einen Blick in die Entscheidung, so finden sich als Stellen, die als Wortlautargument gekennzeichnet wurden, etwa Passagen wie „danach ist ein Abgabebetrag (...) gegeben, wenn der Täter durch sein arglistiges Verhalten bewirkt, dass dem Gemeinwesen unrechtmäßig in einem erheblichen Betrag eine Leistung vorenthalten wird“ (S. 325). Oder bei „der Anspruch auf Akteneinsicht (sc. nach § 147 I StPO) bezieht sich nur auf die dem Gericht tatsächlich vorliegenden Akten“ (S. 327).

Im ersten Fall wird nur ein Teil des Inhalts der Norm wiedergegeben, ohne diesen Wortlaut (jedenfalls an dieser Stelle) argumentativ zu verwenden; im zweiten, etwas subtileren Fall wird letztlich eine Behauptung über den Begriff der „Akteneinsicht“ i.S.d. § 147 I StPO wiedergegeben, die mangels weiterer Argumente an dieser Stelle letztlich tatsächlich (nur) auf das eigene Sprachgefühl gegründet wird. In diesem weit verstandenen Sinne (bloße Behauptung einer Bedeutung unter – unausgesprochenem – Rückgriff auf das eigene Sprachgefühl) lassen sich selbstverständlich deutlich mehr „Wortlautargumente“ finden, als wenn dafür ein expliziter Bezug auf den Gesetzestext verlangt würde. Insoweit ist es keinesfalls „falsch“ in dieser Konstellation von einer Art „Wortlautargument“ zu sprechen; dennoch entspricht dies wohl nicht dem üblichen Verständnis von dieser Argumentform, so dass eine Berücksichtigung auch solcher „Wortlautfälle“ bei der Auswertung eine unkorrekte Erwartungshaltung beim Leser wecken würde.⁶⁴

- Zur (allgemeinen) *systematischen Auslegung* (d.h. zur Systematik innerhalb des StGB bzw. des Gesetzes, aus dem eine Norm ausgelegt werden soll) wurden in der Entscheidung Nr. 27 im 49. Band der Amtlichen Sammlung von einem Bearbeiter 17, von einem anderen Bearbeiter dagegen nur ein Nachweis vermerkt. Dabei wurde bei demjenigen Analytisten, der großzügiger systematische Argumente annahm, dafür etwa die Stellungnahme für ausreichend erachtet, dass im Rahmen des § 21 StGB die Alkoholisierung einen Täter unter bestimmten Umständen nicht

⁶³Vgl. dazu auch nochmals die allgemeinen Überlegungen zur Inhaltsanalyse auf S. 19 f.

⁶⁴Dies ändert nichts daran, dass die bei der ersten Auszählung dieser beiden Bände mit herangezogenen Fälle einer „Quasi-Wortlautargumentation“ durchaus einen gewissen Erkenntniswert besitzen, auf den später auch noch einmal zurückzukommen sein wird, vgl. insb. S. 57 ff.

„zugute kommen“ kann, „wenn nicht bereits die Grundsätze der *actio libera in causa* (sc.: ohnehin) eine Strafmilderung ausschließen“ (S. 244). Damit wird zwar in einem weiter verstandenen Sinne systematisch auf ein ungeschriebenes Rechtsinstitut des Allgemeinen Teils Bezug genommen; jedoch nicht auf eine gesetzliche Regelung. Ähnliches gilt für den nochmaligen Vergleich mit *actio libera in causa* auf Seite 245.

Soweit etwa ferner eine systematische Auslegung angenommen wird, wenn der BGH eine Strafmilderung umso weniger „in Betracht kommen“ lassen will, je „eher ein alkoholabhängiger Täter von dem in Folge seines Zustandes von ihm ausgehenden Gefahren für andere weiß (...) und je schwerwiegender die Straftaten sind“ (S. 245) oder wenn der BGH dem Tatgericht „zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen“ aufgibt zu beachten, dass bestimmte Umstände „die Tatschuld nicht im gleichen Ausmaß wie bei nicht berauschten Tätern erhöhen, sofern sie ihren Grund in der erheblichen Verminderung der Hemmungsfähigkeit haben“ (S. 247), dann werden damit zwar auch Vergleiche angestellt und letztlich etwa Bezüge zu § 46 StGB hergestellt; eine systematische Auslegung im gängigen Verständnis liegt jedoch nicht – oder zumindest nicht unzweifelhaft – vor, sondern die Demarkationslinie zum Instrument des Fallvergleichs wird berührt, wenn nicht gar überschritten.

- Für die *systematische Auslegung speziell mit Blick auf das Grundgesetz* wurden von einem Analysten in der Entscheidung Nr. 9 des 49. Bandes der Amtlichen Sammlung sechs Belege gezählt. Dabei sind Fälle relativ unproblematisch, in denen explizit auf den „allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 20 III GG“ verwiesen wird. Anders ist dies an Stellen, wo ein grundgesetzsystematisches Argument angenommen wird, wenn nur auf den „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ (vgl. S. 67) oder gar den „hohen Wert des freien Verkehrs zwischen dem Strafgefangenen und seinem Verteidiger“ (S. 66) hingewiesen wird. Selbstverständlich gewinnt das Argument des „Wertes des freien Verkehrs zwischen dem Strafgefangenen und seinem Verteidiger“ seine besondere „Würde“ aus auch verfassungsrechtlichen Verwurzelungen, die man dafür anführen kann. Insoweit gibt es hier gewiss einen Erkenntnisgewinn dahingehend, dass das Gericht bewusst mit einem „Wert“ argumentiert, der nicht nur als frei schwebend „irgendwie positiv besetzt“, sondern als verfassungsrechtlich fundiert empfunden wird. Dennoch würde man mangels expliziter Bezugnahme auf das Grundgesetz nach traditionellem Verständnis hier wohl eher keine verfassungsrechtlich-systematische Auslegung annehmen.
- In der Kategorie der *genetisches Auslegung* schließlich wurden in der Entscheidung Nr. 27 im 50. Band von einem Analysten 12 Argumente gezählt, vom anderen nur ein einziges. Das verwundert auf den ersten Blick, da genetische Argumentationen auf der Textoberfläche aus dem Zitat von Gesetzesmaterialien relativ leicht erkennbar scheinen. Betrachtet man die einzelnen Fundstellen, so resultiert dieser große Unterschied aus

zwei Punkten: Zum einen werden von einem Analysten solche Materialien nicht in die Rubrik der genetischen Auslegung aufgenommen, welche nicht die den Gegenstand der Auslegung in der konkreten Entscheidung betreffende Vorschrift (§ 29 I 1 Nr. 1 BtMG) betreffen, sondern letztlich der Auslegung von Vergleichsvorschriften dienen und damit gewissermaßen eine systematische Auslegung vorbereiten (vgl. etwa die Ausführungen zum Gesetzesentwurf zu § 11 I Nr. 8 BtMG 1972 auf S. 259).

Zum anderen wurden bei einem Analysten bei der Bezugnahme auf das BtMG in den Gesetzesmaterialien zum Transplantationsgesetz mit mehreren wörtlichen Zitaten aus den Materialien binnen weniger Zeilen (S. 260 f.) gleich drei genetische Argumente (jeweils eines pro wörtlichem Zitat aus den Materialien) gezählt.

Zur ersten Frage gilt auch hier wieder: Die Erfassung als genetische Auslegung ist insoweit ohne weiteres möglich und „richtig“, als gerade bei der häufig ambivalenten systematischen Auslegung⁶⁵ auch die in Bezug genommene Vorschrift seinerseits im Einzelfall ausgelegt werden muss, um das systematische Argument vorzubereiten. Dennoch würde man hier nach traditionellem Verständnis vielleicht nur ein einzelnes (mehr oder weniger komplexes) systematisches Argument zählen und entsprechende Passagen nicht als genetische Auslegung bezeichnen.

Das zweitgenannte Problem betrifft die Frage, wie „kleinteilig“ Argumente gezählt werden. In der Sache macht es zwar keinen Unterschied, ob man einen einheitlichen Fall der genetischen Auslegung mit mehreren Bezugnahmen oder drei zusammenhängende Einzelfälle dieser Auslegung annehmen will – soweit jedoch statistische Aussagen über die Häufigkeit bestimmter Argumentformen (und etwa auch die Entwicklung ihrer Verwendung im Laufe der Zeit) getroffen werden sollen, ist es erforderlich, hier eine (zumindest möglichst) einheitliche Praxis zu verfolgen, die sinnvollerweise dahingehen sollte, mehrere Einzelargumente dann separat zu zählen, wenn in ihnen verschiedene Gesichtspunkte (also etwa verschiedene Anhaltspunkte aus den Materialien) zur Begründung herangezogen werden, während nur ein einziges Argument vorliegt, wenn ein Gedanke durch ein längeres und gegebenenfalls durch Einschübe unterbrochenes Zitat gestützt wird.

2. Alle vier genannten Beispiele, die in ihrer Art für die ersten Differenzen der Auszählung vor der „Nachjustierung“ repräsentativ sind, machen deutlich: Bei einer Entscheidung und ihrer Begründung gibt es – jedenfalls jenseits der Nacherzählung des Sachverhalts und der Prozessgeschichte – praktisch kein Reden, das nicht ein thetisches wäre bzw. ein solches (etwa bei der Darstellung eines Meinungsstandes) wiedergibt. Die Entscheidungsgründe haben daher fast durchgehend einen argumentativen Charakter, der allerdings in dieser Form dem Leser nicht immer bewusst wird (und wahrscheinlich sogar dem Entscheidungsträger selbst nicht immer aktiv präsent ist) und deshalb nach tradiertem Verständnis nicht stets als Anwendung eines bestimmten

⁶⁵Vgl. dazu bereits *Christensen/ Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 325 ff.

Auslegungsinstrumentes verstanden würde.⁶⁶

Einordnung und Abgrenzung werden dadurch noch weiter erschwert, dass in der Rechtsdogmatik vielfach zu „dogmatischen Sekundärbegriffen“ gewonnene Argumentationsmuster stecken, so dass in der Verwendung eines Begriffs zur (scheinbar) bloßen Beschreibung einer Situation bzw. Benennung eines Prüfungspunktes zugleich auch der gesamte damit verbundene und nicht selten argumentative Hintergrund (etwa über die Berechtigung eines bestimmten, durch diesen Begriff bezeichneten Institutes in Abgrenzung zu anderen) steckt.⁶⁷

Nun ist eine eher „zurückhaltende“, am traditionellen Verständnis orientierte Zählweise von methodischen Argumenten einer „großzügigeren“, die argumentative Dynamik stärker mit berücksichtigenden Zählung per se weder über- noch unterlegen. Aus den oben bereits genannten Gründen ist jedoch erforderlich, dass überall dort, wo numerische Vergleiche angestellt werden sollen, insoweit ein möglichst einheitlicher Maßstab zugrunde gelegt wird.⁶⁸ Weil sie nicht nur wahrscheinlich dem Erwartungshorizont der meisten Leser, sondern auch der ursprünglichen Auswertung der größeren Zahl von Entscheidungen zugrunde liegt, haben wir uns bei der „Nachjustierung der Roh-Zählergebnisse“ eher an der zurückhaltenden Zählung von Argumenten nach dem tradierten Verständnis orientiert. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der klassischen Auslegungscanones. Hinsichtlich der Vielzahl der zusätzlichen in der oben beschriebenen Suchliste (vgl. S. 22) genannten Kategorien hätte es zwar auf den ersten Blick durchaus Charme gehabt, der großzügigeren, stärker analytischen Zählweise näher zu treten, da diese Argumente eher als diejenigen innerhalb der tradierten Canones ohnehin stärker darauf angelegt sind, aus der Struktur der argumentativen Dynamik erschlossen zu werden. Freilich durfte dieser Versuchung nur insoweit

⁶⁶Dies muss um so mehr gelten, als es um Kategorien wie die Arbeit mit Vergleichsfällen und logischen Operationen geht. Diese sind unabhängig von der spezifischen Methodik der Juristen gängiges Arsenal jedes rhetorischen Sprechens und tauchen dort in als solchen interpretierbaren Ansätzen gleichsam beiläufig permanent auf. Eine Aufnahme in die Zählung im vorliegenden Fall erforderte dagegen eine entsprechend deutliche und explizite Bezugnahme (die bei logischen Operationen gegenüber der abgeschwächten beiläufigen Verwendung um den Faktor 2, bei Fallvergleichen sogar rund um den Faktor 10 seltener zu beobachten war).

⁶⁷Prüft der Bundesgerichtshof etwa, ob in einer Rücktrittskonstellation (§ 24 StGB) ein Fall des so genannten (in der Rechtsprechung mittlerweile seit vielen Jahren unstreitig anerkannten) „fehlgeschlagenen Versuches“ vorliegt, so ist dies auf den ersten Blick nur die Benennung eines Prüfungspunktes aus den Voraussetzungen des strafbefreienden Rücktritts. Der Rückgriff auf die im Gesetz noch nicht ausdrücklich benannte Figur des fehlgeschlagenen Versuches macht jedoch zugleich deutlich, dass der Entscheidende bzw. Begründende den fehlgeschlagenen Versuch als Ausschlussgrund für einen Rücktritt überhaupt anerkennt, womit zwar nicht in den klaren und unstreitigen Fällen des fehlgeschlagenen Versuchs (welche von anderen dann über andere Institute gelöst werden), wohl aber in Grenzfällen des Fehlschlagens auch schon eine gewisse Vorentscheidung in die eine oder andere Richtung mit getroffen wird.

⁶⁸Wobei zugleich auch bereits betont wurde, dass der letzte Rest an Individualität bei der Ausgestaltung dieses Maßstabs durch jeweils zwei Analysten im Rahmen der „Doppelblindauswertung“ in gewissen Grenzen auch ein wertvolles Korrektiv sein kann. Nur: es zeigt wohl nicht nur die Erfahrung unserer Untersuchung, dass man sich um diesen „letzten Rest an Individualität“ keine Sorgen machen muss – er stellt sich von selbst ohnehin ein; das Problem wird praktisch immer eine insoweit zu große und damit die Vergleichbarkeit beeinträchtigende „Individualität“ sein, der es entgegen zu wirken gilt.

nachgegeben werden, als dadurch nicht die Bestimmung des Verhältnisses zu den tradierten Canones zu sehr erschwert bzw. verzerrt wurde.

Geradezu selbstverständlich ist ferner, dass die zahlreichen Nachweise aufgrund eines erweiterten Suchmaßstabs für die Untersuchung auch im Übrigen nicht unberücksichtigt bleiben. Überall dort, wo es um keinen Zahlenvergleich oder keine Wiedergabe historischer Entwicklungen, sondern um die Existenz und die Beschreibung bestimmter methodologisch-argumentativer Phänomene als solche geht, ist das erweiterte Verständnis ausgesprochen wertvoll. Denn es hilft nicht nur, Nachweise bzw. Beispiele für „Hybridformen“ der jeweiligen Argumente zu finden, welche dann nur in abgeschwächter bzw. vermischter Form vorliegen. Vielmehr erleichtert es auch die Suche nach bislang weniger in das Blickfeld der Methodentheorie gelangte Argumentationsstrukturen, und auch die für die klassischen Canones gefundenen zusätzlichen Beispiele, in denen ein bestimmter Kontext eher beiläufig und intuitiv statt mit (mitunter fast ostentativer) methodenbewusster Penetranz herangezogen wird, sind mitunter viel besser geeignet, typische Strukturen und Schwierigkeiten der einzelnen Kontextualisierungsmöglichkeiten offen zu legen.

2. Teil: Darstellung der Ergebnisse

Die in dieser Darstellung der Ergebnisse (nicht ausschließlich, aber) zentral interessierende quantitative und insoweit auch vergleichende Darstellung ist nicht für alle Argumentformen gleichermaßen repräsentativ. Einzelne Argumente werden so selten herangezogen, dass quantitative Sprünge (zuma, wenn sie nicht in absoluten, sondern in relativen Zahlen angegeben würden) einen falschen Eindruck hervorrufen würden. Eine exakte zahlenmäßige Darstellung findet sich daher zwar im Anschluss unter II. noch für einen großen Teil der untersuchten Argumente (wenngleich nicht immer mit „Unterfällen“) statt. Statistisch aussagekräftig ist die Darstellung aber für die klassischen Auslegungscanones des Wortlauts, der Systematik, der (separat ausgewiesenen) genetischen und historischen Auslegung sowie der Teleologie. Aufgrund der großen Zahlen relativ aussagekräftig und aufgrund der absoluten Dominanz auch besonders interessant sind außerdem Selbstreferenzen der Rechtsprechung auf eigene Entscheidungen⁶⁹ sowie die Bezugnahme auf zustimmende bzw. abweichende Literatur, da sich in ihr zum einen eine Tendenz zur quantitativen Zunahme von Belegstellen ebenfalls widerspiegelt und weil zum anderen auch interessant ist, ob insoweit mit Literaturstellen ähnlich gearbeitet wird wie mit eigenen Entscheidungen.

Die folgende Tabelle zeigt die Ergebnisse⁷⁰ für den größeren Teil der unter-

⁶⁹Als Vorläufergericht des BGH zählt in diese Rubrik auch das Reichsgericht, dessen Rechtsprechung deshalb ebenfalls in diese Rubrik mit aufgenommen, dabei jedoch separat ausgewiesen wird.

⁷⁰Zahlen nach allgemeinen Rundungsregeln gerundet. Gerade bei Ergebnissen im Bereich zwischen eins und fünf scheint eine solche Rundung zwar auf den ersten Blick zu Un-

suchten Argumentformen.⁷¹ Dabei bilden die Zahlenangaben den Mittelwert der jeweils zwei Ergebnisse zu den einzelnen Kategorien in der Doppelblindanalyse, wobei dabei die ersten Ergebnisse in der unter B.III.4. (S. 24) beschriebenen Weise „nachjustiert“ wurde.

	Band 1	Band 2	Band 49	Band
Wortlaut (W)	36	27	29	28
Wortlaut/Zitat (W[Z])	28	17	15	12
Wortlaut unter Verwendung eines Wörterbuches (W[WB])	0	0	0	0
Systematik (SY)	39	28	19	14
insb. systemat. Auslegung im Zusammenhang mit dem GG (SY[GG])	2	1	38	41
genetische Auslegung (G)	28	14	55	75
historische Auslegung (H)	16	10	8	11
teleologische Auslegung (SZ)	39	52	30	25
teleologische Auslegung mit Blick auf Realelemente	26	44	38	32
Verfassungskonforme Auslegung (VK)	1	0	7	20
Europarechtskonforme Auslegung (Eur)	0	0	7	6
rechtsvergleichende Argumentation (RV)	1	3	3	0
Rechtsprechung (R[BGH/RG])	38/167	56/140	305/10	329/1
Rechtsprechung abweichend (gesamt BGH+RG)	17	29	11	12
Bezugnahme auf Rspr. des BVerfG	0	0	36	79
Bezugnahme auf Rspr. des EuGH oder EGMR	0	0	1	4
Literatur (zustimmend / abweichend)	88/23	39/11	275/33	211/3
Strafrahmenorientierte Auslegung (StrR)	6	4	6	6
Bezug auf fragmentarischen Charakter (F)	0	0	2	0
Berufung auf „nulla poena“	2	1	6	8
Arbeit mit Vergleichsfällen	24	12	16	12
Arbeit mit logischen Operationen	6	12	9	8

A. Die Werte für die „klassischen Auslegungscanones“

Die in der dogmatischen Literatur als klassische Auslegungscanones aufgeführten Argumentformen der grammatischen, systematischen, (genetisch-)historischen und teleologischen Auslegung finden in den analysierten Entscheidungen starken Niederschlag. Dies ist gewiss ein ebenso wenig überraschendes wie spektakuläres Ergebnis, aber zumindest insoweit bemerkenswert, als andere Argumentformen, die aufgrund der häufigen Inanspruchnahme der jeweiligen Topoi in der strafrechtlichen Diskussion als „Argument-Hypothesen“ in die

genauigkeiten und ins Gewicht fallenden Verschiebungen zu führen. Umgekehrt würde aber eine Angabe von Kommazahlen einerseits missverständlich wirken (weil tatsächlich natürlich Argumente nicht zu „0,7“ o.ä. vorliegen können), andererseits eine Exaktheit suggerieren, die sicher nicht erreicht wurde – und für die hier interessierenden Aussagen insbesondere auch nicht erreicht werden musste.

⁷¹Vgl. zur vollständigen Liste nochmals oben S. 22.

Suchlisten aufgenommen worden sind, über die mehr als 1500 Seiten der vier analysierten Entscheidungen nicht oder allenfalls ganz vereinzelt aufgetreten sind.⁷² Fasst man genetische und historische Argumentationen unter einer – in der Literatur durchaus nicht unüblichen – Obergruppe der „historischen Auslegung im weiteren Sinn“ zusammen und zählt auch bei den übrigen Canones die Unterfälle mit, so kann man sogar davon sprechen, dass – abgesehen von den Selbst- und Fremdreferenzen (dazu vgl. unten C) – die vier „klassischen“ Canones zugleich die vier dominanten Argumentationsformen sind. Dies ändert freilich nichts daran, dass man sich ihre Dominanz möglicherweise sogar noch stärker vorgestellt hätte. Im Einzelnen:

I. Grammatische Auslegung

Die grammatische Auslegung müsste eigentlich gerade im Strafrecht von besonderer Bedeutung sein, weil der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Art. 103 Abs. II GG besonders hervorgehoben wird. Daran gemessen, nehmen sich zwischen 36 und 28 ausdrückliche Begründungen mit dem Wortlaut der Vorschrift dann doch eher bescheiden aus, zumal der Vergleich mit den drei anderen „klassischen“ Canones⁷³ keineswegs eine klare Dominanz des Wortlautargumentes nahe legt. In dieses Bild passt auch, dass das Wortlautargument unter ausdrücklicher Bezugnahme auf ein Gesetzeszitat noch deutlich (etwa um den Faktor 0,5 bis 0,7) seltener auftritt.

Ergänzt wird dieses Bild dadurch, dass in über der Hälfte der Entscheidungen⁷⁴ kein einziges Mal explizit auf den Wortlaut zurückgriffen wird⁷⁵ und dass in den analysierten vier Entscheidungsbänden kein einziges Mal der Rückgriff auf ein Wörterbuch zum Beleg für die Wortlautauslegung erfolgt ist. Auch ist auffällig, dass – wengleich angesichts der geringen Zahlen wohl noch im Rahmen der statistischen Streuung – die Tendenz zur Argumentation mit dem Wortlaut eher rückläufig als ansteigend ist,⁷⁶ d.h. eine 50-jährige „Sozialisation“ anhand

⁷²So etwa die Orientierung der Auslegung am Strafraum oder die Berufung auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts. Vgl. dazu auch noch näher unten S. 39 f.

⁷³Genetische und historische Auslegung wieder als einheitliche Gruppe gezählt.

⁷⁴174 von 297 Entscheidungen.

⁷⁵Das ist auch deswegen zumindest bemerkenswert, weil eine Norm, um deren Auslegung es geht und die einen „Wortlaut“ hat, in jeder Entscheidung existiert, während es sehr vom Einzelfall abhängt, ob ergiebige Gesetzesmaterialien, einschlägige Vorläuferrechtsprechung etc. zur Verfügung stehen.

⁷⁶Hier wie auch an allen anderen Stellen, an denen quantitative Vergleiche in der historischen Entwicklung aufgezeigt werden, muss eines bedacht werden: Die Zahl der abgedruckten Entscheidungen ist innerhalb der Bände der amtlichen Sammlung stark rückläufig, da bei fast exakt gleichbleibendem Gesamtumfang der einzelnen Bände die Entscheidungen selbst – jedenfalls hinsichtlich der in der amtlichen Sammlung abgedruckten Urteilspassagen – immer länger werden (Band 1: 109 Entscheidungen; Band 2: 109 Entscheidungen; Band 49: 40 Entscheidungen; Band 50: 39 Entscheidungen). Allerdings gibt es keinen zwingenden Grund, weshalb bestimmte Argumentformen in längeren Entscheidungen gleichsam kraft Natur der Sache häufiger oder seltener auftauchen *müssten* als andere; anders gewendet: Ob die Argumente in zwei kurzen oder einer langen Entscheidung gezählt und gegenüber gestellt werden, müsste an sich gleichgültig sein, wenn in beiden Fällen das gleiche methodische Verständnis zu Grunde gelegt wird. Soweit sich dagegen Abweichungen ergeben, dürften diese bei einer Zählung über die gle-

von Art. 103 II GG hat jedenfalls nicht dazu geführt, dass dem Wortlaut als Argumentform im Strafrecht eine größere Bedeutung zukommen würde.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch ein Blick auf die oben (S. 24) beschriebene, in der vergleichenden Auswertung der „Nachjustierung“ zum Opfer gefallene weite Verständnisvariante des „Wortlautarguments“ unter Einschluss jeglicher – etwa im Rahmen einer unbegründeten Behauptung liegenden – Rückbesinnung auf die eigene Sprachkompetenz dazu, „was Wörter eben bedeuten“. Hier sind in den Bänden 49 und 50 statt (gemittelter) 29 bzw. 28 wesentlich imposantere 253 bzw. 223 Anwendungsfälle vermerkt. Der Topos vom Wortlaut als „Ausgangspunkt jeder Auslegung“ erscheint unter diesem Vorzeichen unter einem ganz neuen Licht: Der Ausgangspunkt der Auslegung besteht offenbar nicht selten darin, dass ein spontaner und unbegründeter Zugriff aufgrund der eigenen Verständnisweise eines Wortes genommen wird, der dann freilich nur in einem Bruchteil der Fälle expliziert und zu einer regelrechten (grammatischen) Begründung ausgebaut wird.

Wenn es dann aber zu einer solchen expliziten Begründung kommt, führt diese oft auch über den Wortlaut hinaus: Dabei ist noch nicht verwunderlich, dass sich in allen explizit mit dem Wortlaut argumentierenden Entscheidungen auch andere Argumentformen aus unserer Liste (vgl. S. 22) – wenngleich nicht immer auch ein Argument aus dem Bereich der klassischen Canones⁷⁷ – finden. Bereits beachtenswerter ist aber, dass das Wortlautargument praktisch in keiner Entscheidung das zahlenmäßig am häufigsten verwendete Argument ist. Am interessantesten aber ist, dass gerade in den Entscheidungen, in denen vergleichsweise oft (d.h. dreimal oder – selten! – öfter in einer Entscheidung) mit dem Wortlaut argumentiert wird, praktisch durchgehend auch eine mehr oder weniger große Vielzahl (oft auch ganz verschiedener) anderer Argumente verwendet werden, es sich also schlicht um ausführlich bzw. sorgfältig begründete Entscheidungen – in mehreren Fällen des Großen Strafsenats – handelt.⁷⁸

ichbleibenden Seiten eines Bandes (egal, ob auf 40 oder auf 110 Entscheidungen verteilt) nicht dem unterschiedlichen Umfang, sondern einer unterschiedlich häufigen Verwendung geschuldet sein.

⁷⁷Nicht selten (vgl. bereits die Entscheidungen BGHSt 1, S. 1 ff.; 1, S. 5 ff.; 1, S. 8 ff. sowie später statt vieler BGHSt 1, S. 117 ff., 1, S. 305 ff., 1, S. 380 ff.; 2, S. 4 ff.; 2, S. 111 ff.; 2, S. 157 f.; 2, S. 311 ff.; 49, S. 17 ff., 49, S. 29 ff.; 49, S. 34 ff.; 49, S. 347 ff.; 50, S. 169 ff. oder 50, S. 282 ff.) finden sich als zusätzliche Argumente „nur“ noch Referenzen auf die eigene Rechtsprechung (vgl. zu diesen auch näher unten S. 51 ff.), was zu einem durchaus interessanten Bild führt: Argumentiert wird insoweit nicht mit dem gesamten Arsenal der hohen Auslegungskunst, sondern mit dem oft nur vordergründig herangezogenen „Wortlaut“ und dem Rückgriff auf Vorentscheidungen.

⁷⁸So etwa in den Entscheidungen BGHSt 1, S. 158 ff. (GS); 2, S. 29 ff.; 49, S. 8 ff.; 49, S. 136 ff.; 49, S. 275 ff.; 50, S. 40 ff. (GS); 50, S. 93 ff. (GS); 50, S. 180 ff. und 188 ff. (jeweils zur kurz vorher reformierten Sicherungsverwahrung), 59, S. 234 ff. und 50, S. 284 ff. (nochmals zur Sicherungsverwahrung).

II. Systematische Auslegung

Letztlich ganz ähnliche Beobachtungen lassen sich zur systematischen Auslegung (im Sinne einer Systematik erster Ordnung unter Bezugnahme auf andere Vorschriften des Gesetzes, aus dem jeweils eine Norm ausgelegt werden soll⁷⁹) treffen. Einzig der Rückgang der systematischen Auslegung zwischen den beiden Bänden 1 und 2 und den Bänden 49 und 50 ist hier noch deutlicher als bei der Wortlautauslegung und dürfte bei einer Reduzierung auf rund 50% zwischen Band 1 und Band 49 bzw. Band 2 und Band 50 bereits statistische Relevanz erlangen. Erklärbar mag dies damit sein, dass die systematische Auslegung eine vergleichsweise komplexe und – bei sorgfältiger Durchführung – auch aufwendige Argumentationsform ist: Anders als bei der Wortlautauslegung und auch als bei der historischen oder genetischen Auslegung genügt nicht der Rückgriff auf den *prima facie* einschlägigen Text (also den Normtext bzw. die regelmäßig klar definierbare Vorgängernorm oder aber die leicht zuordenbaren Gesetzesbegründungen), sondern der Vergleichstext, in dessen Kontext die auszulegende Norm gestellt werden soll, muss erst gefunden werden. Aufgrund der drohenden Ambivalenz einer systematischen Auslegung (Stichwort: eher analogischer oder eher gegenschlüssiger Charakter?⁸⁰) muss dann auch noch die in Bezug genommene Vorschrift ihrerseits näher präzisiert bzw. ausgelegt werden. Dass man gerade diesen vergleichsweise aufwendigen argumentativen Schritt eher scheut, wenn andere Möglichkeiten – hier konkret: die genetische Auslegung sowie insbesondere Referenzen, vgl. dazu jeweils unten – zur Verfügung stehen, erscheint zumindest nicht unplausibel.

III. Historische und genetische Auslegung

Die historische Auslegung im engeren Sinn scheint die am wenigsten häufig verwendete Argumentationsform innerhalb des klassischen Canon zu sein. Das ist für eine Entscheidungssammlung, die sich mit StGB und StPO im Schwerpunkt mit zwei seit dem ausgehenden Jahrhundert über weite Strecken unverändert gebliebenen Gesetzen befasst, auch durchaus plausibel, zumal wenn man berücksichtigt, dass die frühen Partikularstrafrechte nicht nur keine Rolle in der juristischen Ausbildung spielen, sondern auch schwer erschließbar sind.

Demgegenüber hat die genetische Auslegung unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien eine größere Bedeutung und wird innerhalb des klassischen Canones in den späteren Entscheidungen (Bände 49 und 50) sogar die mehr oder weniger dominante Auslegungsmethode. Mit einer Hinwendung von einer objektiven zu einer eher subjektiven Auslegungslehre, ist das nicht zu erklären. Eine strikte Ausprägung der subjektiven Lehre, in der die Materialien zum eigentlichen Inhalt des Gesetzes erklärt und alle darüber hinaus führenden Argumente zur Rechtsfortbildung gerechnet werden, ist in keiner der analysierten Entscheidungen ersichtlich; ein solches Vorgehen würde auch der Auslegungsprogrammatisierung

⁷⁹Speziell zur Systematik mit Blick auf das Grundgesetz vgl. u. 42 f.

⁸⁰Vgl. dazu bereits *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 366.

widersprechen, welche die Obergerichte anknüpfend an das Bundesverfassungsgericht praktisch einheitlich formuliert haben.⁸¹

Die Zunahme der genetischen Auslegung muss mithin andere Gründe haben: Diese dürften zum einen schlicht in dem umfangreicheren Gesetzgebungsmaterial neuerer Vorschriften liegen (welches seit der großen Strafrechtsreform Ende der 1960-er/Anfang der 1970-er Jahre sogar solche Vorschriften mitbehandeln kann, die in ihrem Kern seit jeher zum StGB gehört haben), zum anderen und vor allem aber auch in der leichteren Verfügbarkeit: Die Entscheidungen im 49. und 50. Band sind durchgehend zu einer Zeit erlassen worden, in welcher jedenfalls die neueren, zunehmend aber auch die älteren Gesetzesmaterialien in elektronischer Form verfügbar sind, was nicht nur die Recherchemöglichkeiten verbessert, sondern ganz banal auch den Weg vom Schreibtisch in die Bibliothek spart. Von daher besitzt die genetische Auslegung auch stärker als die anderen klassischen Canones eine deutliche Nähe zu anderen Fremdreferenzen,⁸² so dass sich hier auch die unter C. (S. 51 ff.) noch näher aufgezeigte Tendenz einer Vervielfachung solcher Referenzen niederschlagen dürfte.

IV. Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung schließlich bildet trotz einer möglicherweise leicht rückläufigen Verwendung zwischen den Bänden 1 und 2 einerseits und den Bänden 49 und 50 andererseits – *in der Gesamtheit* offenbar das wichtigste der klassischen Auslegungsinstrumentarien. Zwar wird sie in den beiden späten Bänden von der genetischen Auslegung noch übertroffen, ist jedoch unter den übrigen Auslegungskriterien auch in den späten Entscheidungen fast durchgehend dominant und wird in den frühen Entscheidungen (Bände 1 und 2) auch deutlich häufiger herangezogen als die Entstehungsgeschichte. Hinzukommt noch, dass die in der Tabelle unter II. nicht aufgeführten teleologischen Argumentformen einer subjektiv bzw. objektiv begründeten Teleologie zusammen regelmäßig fast noch einmal so viele Nennungen enthalten wie die teleologische Auslegung im engeren Sinn (und noch der Sonderfall der Argumentation mit Realelementen hinzu kommt⁸³), was die Teleologie insgesamt zum dominanten Auslegungskriterium macht. Denn anders als bei der leicht einzuordnenden Entstehungsgeschichte (Nennung von Gesetzesmaterialien in der Entscheidung) ist die Abgrenzung zwischen der teleologischen Auslegung im engeren Sinn und der objektiv (aus Gesetzestextensystematik) bzw. subjektiv (aus der Entstehungsgeschichte) begründeten Teleologie nicht vergleichbar scharf zu treffen, was dafür spricht, diese beiden Subkriterien jeweils bei der Bewertung des Gewichts eines bestimmten Argumentes zumindest unterschwellig mit zu berücksichtigen.

⁸¹Vgl. dazu BVerfGE 1, S. 117 ff., 127; 1, S. 283 ff., 294; 11, S. 126 ff., 129 f.; 62, S. 1 ff., 45 u. ö.; im gleichen Sinne BGHZ 42, S. 182 ff., 183; BVerwGE 8, S. 85 ff., 96 ff.; BSG 36, S. 164 ff., 165; 6, S. 213 ff., 217; 6, S. 252 ff., 255; 8, S. 140 ff., 140; BAGE 13, S. 1 ff., 14.

⁸²Ob ein Aufsatz aus einer Zeitschrift oder eine Bundestagsdrucksache zitiert wird, ist hinsichtlich der durchzuführenden Arbeitsschritte kein großer Unterschied.

⁸³Dazu auch nochmals näher unten S. 47 ff.

Diese Dominanz innerhalb der klassischen Auslegungsanones entspricht zwar dem Bild von der teleologischen Auslegung als „Krone der Auslegung“⁸⁴, mag jedoch gerade im Strafrecht mit seinem besonders strengen Gesetzlichkeitsprinzip auf den ersten Blick befremden. Hier ist letztlich der allgemeine Konflikt zwischen normtextnahen, aber tendenziell eher wenig ergiebigen und normtextferneren, dafür aber evidenteren Argumenten angesprochen, der in der Theorie zu einer eigentümlichen Doppelspitze aus Wortlaut und Teleologie führt,⁸⁵ in der Praxis aber offenbar selbst im Strafrecht zugunsten der Teleologie entschieden wird. Die Teleologie ist für die Praxis anscheinend das fruchtbarste Kriterium, ohne allerdings zum Inhalt des Gesetzes verdinglicht zu werden. Man kann nicht sagen, der BGH folge der Wertungsjurisprudenz. Wenn das Gericht annehmen würde, dass der Zweck der letztentscheidende Inhalt des Gesetzes wäre, müsste es alle anderen darüber hinaus führenden Gesichtspunkte als Rechtsfortbildung betrachten. Gerade dies geschieht aber nicht.⁸⁶ Die Praxis lässt sich also weder auf das Schema der subjektiven, noch auf das Schema der objektiven Auslegungslehre reduzieren.

B. Argumentformen außerhalb der klassischen Canones

Neben den unter A. behandelten klassischen Canones hat die Suchliste (vgl. oben S. 22 f.) noch eine Reihe von weiteren Argumentformen enthalten, welche wir aufgrund unserer (vermeintlichen) Erfahrung mit – insbesondere strafrechtlichen – Texten und Entscheidungsbegründungen als möglicherweise relevante Muster aufgenommen haben. Aus den hierzu erzielten Suchergebnissen sollen im Folgenden einige mit besonders bemerkenswerten Ergebnissen näher beleuchtet werden: Neben den methodentheoretisch für das Strafrecht noch wenig aufgearbeiteten, nach den Ergebnissen der Auswertung aber sehr interessanten Fallgruppen der Argumente auf der Grundlage von Sachbezug (vgl. unten III., S. 47 ff.) und der Fremd- und Selbstreferenzen (vgl. unten C., S. 51 ff.) sind dies zunächst solche Argumentformen, bei denen unsere in der Aufnahme dieser Formen in die Suchliste liegende Hypothese zur Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit in interessanter und teils differenzierender

⁸⁴Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 17 IV.1.b = S. 156: „Die Krone der Auslegungsverfahren gebührt der teleologischen Methode, (...)“, m.w.N. dort Fußn. 14.

⁸⁵Vgl. zur Bewertung der verschiedenen Argumentationsformen nach den Kriterien der Normtextnähe und der Evidenz auch bereits *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 375 ff.

⁸⁶Aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einer strafrechtlichen Vorschrift hierzu sehr deutlich BVerfG NJW 2007, 1666 m. Anm. *Simon* NJW 2007, 1666 ff., sowie *Kudlich* JA 2007, 549, das explizit darauf hinweist, dass eine sich (nach Ansicht des BVerfG mit Art. 103 II GG nicht zu vereinbarende) Lesart, nach der „nicht nur eine Flucht, sondern jedes näher umschriebene Sich-Entfernen vom Unfallort verboten und mit Strafe bedroht ist“ (BTDrucks 7/3503, S. 4), (...) zwar ‚zwanglos aus der Notwendigkeit erklären (lässt), die Interessen der von dem Unfall Betroffenen, vor allem die Ersatzansprüche der Geschädigten, zu sichern‘ (BTDrucks 7/2434, S. 4)“, dass aber etwaige Nachweisschwierigkeiten im Bereich des Vorsatzes, selbst wenn sie zu Strafbarkeitslücken führen, „nicht durch den Hinweis auf die kriminalpolitische Bedeutsamkeit des Verbots umgangen werden“ dürfen.

Weise bestätigt bzw. widerlegt wurde:

I. Überraschende Ausfälle

Drei Argumentformen, die als eigene (zumindest Sub-)Kategorie aufgezählt worden sind, haben kaum Nennungen bis hin zu „Totalausfällen“ zu verzeichnen, was doch zumindest bemerkenswert ist:

1. So wurde zunächst in keiner der rund 300 Entscheidungen auf über 1.500 Seiten Entscheidungstext ein Wortlautargument unter Verwendung eines Wörterbuches gezählt. Dies ist zumindest auf den ersten Blick überraschend, scheint doch ein Wörterbuch bei einem intuitiven Zugriff geradezu das prototypische Hilfsmittel zur Entscheidung eines Bedeutungskonflikts. Dieser Zählbefund heißt nun freilich nicht, dass der Bundesgerichtshof in Strafsachen *nie* auf die Hilfe von Wörterbüchern zurückgreift;⁸⁷ angesichts der doch nennenswerten Anzahl von (durch die Aufnahme in die Amtliche Sammlung) exponierten Entscheidungen, die hier untersucht worden sind, lässt sich aber doch die Vermutung aufstellen, dass der Rückgriff auf Wörterbücher keine nennenswerte Rolle in der Begründungskultur spielt.⁸⁸

Dies könnte mit der Überschätzung des Wörterbuchs durch die traditionelle Methode zusammenhängen. 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.⁸⁹ 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.⁹⁰ Das Wörterbuch erscheint in dieser Sicht als Sprachgesetzbuch. Das kann es nicht sein und will es nicht sein.⁹¹ Man findet im Wörterbuch nicht die Wortlautgrenze, sondern viele widersprüchliche Gebrauchsbeispiele, die man nicht alle als Grenze ansehen kann. Damit würde das Wörterbuch jede juristische Kunst und Argumentation überflüssig machen, ohne das Problem des Falles auch nur annähernd lösen zu können. Erst wenn man diese naive Theorie des Wörterbuchs als Sprachgesetzbuch überwunden hat, kann das Wörterbuch den

⁸⁷Vgl. etwa zum Rückgriff auf ein Wörterbuch für die Beantwortung der Frage, ob der Begriff der „Bande“ mindestens zwei oder mindestens drei Mitglieder voraussetzt, BGH StV 2000, 315, 317; vgl. zur dort durchgeführten Argumentation anhand des Wörterbuchs auch *Kudlich/Christensen*, JuS 2002, 144, 146 f.

⁸⁸Vgl. auch *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, S. 64 („Ausbeute in quantitativer Hinsicht gering“, zumal außerhalb der speziellen Konstellation technischer oder naturwissenschaftlicher Fachbegriffe).

⁸⁹Vgl. dazu *Busse*, in: *Müller/Wimmer* (Hrsg.), Neue Studien zur Rechtslinguistik, Berlin 2001, S. 45 ff.

⁹⁰Vgl. dazu *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., S. 290, sowie *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, S. 72.

⁹¹Vgl. aus der Sicht von Lexikografen zur Rolle des Wörterbuchs grundlegend *Lobenstein-Reischmann*, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), Politik, (neue) Medien und die Sprache des Rechts, S. 279 ff.

juristischen Argumenten Anregung und seriöse Grundlage verschaffen. Solange man sich aber noch vollkommen falsche Vorstellungen über seinen Inhalt macht, werden Juristen vor seiner Verwendung zurückschrecken.

Man könnte also kritisch anmerken, dass sich der Bundesgerichtshof bei der Frage nach dem denkbaren Ausgangsmaterial einer späteren Begriffseingrenzung⁹² offenbar lieber auf die „eigene Sprachkompetenz“ verlässt (vgl. auch oben S. 25) statt methodisch belegte Verwendungsbeispiele heranzuziehen. Auf der Habenseite dagegen ist zu vermerken, dass der BGH offenbar (zumindest intuitiv) zutreffend nicht davon ausgeht, durch den Rückgriff auf ein Wörterbuch einen Bedeutungskonflikt entscheiden zu können, sondern sich dabei an Argumenten orientiert.

2. Ebenfalls so gut wie keine Rolle spielt eine Argumentation mit Rückgriff auf den fragmentarischen Charakter und die Subsidiarität strafrechtlicher Reaktionen. Dies ist zumindest dann überraschend, wenn man beachtet, welche Bedeutung dem Ultima-Ratio-Gedanken und dem fragmentarischen Charakter sowohl in allen einführenden Texten zum Strafrecht⁹³ als auch in der tagtäglichen Argumentation über einzelne juristische Probleme zugemessen wird.⁹⁴

Um dieses Diskrepanz richtig einordnen zu können, muss man sich wohl zweierlei vergegenwärtigen: Zum einen handelt es sich bei der Arbeit mit Prinzipien wie „der Fragmentarität“ oder „dem ultima-ratio-Grundsatz“ um ein Vorgehen, zu dem (jedenfalls in expliziter Form) die Wissenschaft möglicherweise eine größere Affinität hat als die Gerichte; eine generell punitive Grundhaltung des BGH ist daraus sicher nicht ableitbar. Zum anderen ist die konkrete Verfahrenssituation zu berücksichtigen. Man befindet sich nicht in der rechtspolitischen Diskussion darüber, ob ein am Rande des Sozialadäquaten liegendes Verhalten strafrechtlich sanktioniert werden soll und man befindet sich auch nicht beim ersten strafrechtlichen Zugriff auf ein bestimmtes Verhalten. Vielmehr sind die vom BGH verhandelten Fälle insoweit bereits durch den Filter der staatsanwaltlichen Klageerhebung (§ 170 I StPO) und – mit Blick darauf, dass der größere Teil der Revisionen von dem Angeklagten bzw. der Verteidigung eingelegt wird – in vielen Fällen auch bereits durch den Filter einer trichterlichen Verurteilung gelaufen. In solchen Konstellationen aber sind zumindest die Verhaltensweisen, bei denen sich die Berufung auf den „fragmentarischen Charakter“ aufdrängt, bereits in einem früheren Verfahrensstadium ausgeschieden worden. Es geht also nicht mehr um Sachverhalte, bei denen sich spontan die Frage

⁹²Vgl. dazu, dass bei der Entscheidung über einen Bedeutungskonflikt im Rahmen einer Gesetzesauslegung nicht „zu wenig“, sondern „zu viel“ an Bedeutung zur Verfügung steht, *Christensen/ Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 55 (sowie dort auch zur grammatischen Auslegung als Ausgangspunkt S. 363 ff.). Zum Ablauf des Konkretisierungsprozesses auch *Köbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, S. 118 ff.

⁹³Vgl. statt vieler nur *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 1.1.1 = S. 2; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 37. Aufl., Rn. 9

⁹⁴Vgl. exemplarisch nur BVerfG 2 BvR 392/07 vom 26.02.2008 (dort etwa Rn. 35, 77, 100, in der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit eines strafrechtlichen Verbots von Inzesthandlungen); *Kudlich*, JA 2007, 90 ff. (im Zusammenhang mit den Diskussionen über eine Kriminalisierung des eigenverantwortlichen Doping).

aufdrängt, ob das Strafrecht hier überhaupt einschlägig sein kann, sondern allenfalls um Randkorrekturen, bei denen das Gericht mit anderen methodischen Argumenten gut zurande kommt.⁹⁵

3. Eine ganz ähnliche Situation zeigt sich bei der Argumentation mit dem (die eher materiellen Prinzipien der Fragmentarität und der Subsidiarität des Strafrechts gewissermaßen formell absichernden) Grundsatz *nulla poena sine lege*. Die stiefmütterliche Berücksichtigung dieses Prinzips in der Rechtsprechung, die in einem eklatanten Widerspruch zur Betonung seiner grundlegenden Bedeutung in der Wissenschaft steht, wird offenbar also zu Recht vieler Orts beklagt.⁹⁶ Ohne dass diese Zahlen wohl tatsächlich schon statistisch signifikant sind, ist dabei in der historischen Entwicklung ein gewisser Anstieg bei der Verwendung dieses Argumentes zu verzeichnen, welches (abweichend vom oben ausgesprochenen Befund zum Wortlautargument⁹⁷) letztlich dann doch mit einer zunehmenden Verfestigung der Garantie des Art. 103 II GG im Bewusstsein der Richter erklärt werden könnte.

II. Rechtsgebietsspezifische Häufungen einzelner Argumente insbesondere in jüngeren Entscheidungen

Interessante, aber zugleich auch plausibel erklärbare Ergebnisse, sowohl hinsichtlich des Bezugs zu unterschiedlichen Rechtsgebieten als auch mit Blick auf die zeitliche Entwicklung finden sich bei zwei Argumentformen: Zum einen bei systematischen Auslegung mit Bezug auf das Grundgesetz, zum anderen bei der europarechtskonformen Auslegung:

1. Die *systematische Auslegung im Zusammenhang mit dem GG* (Sy[GG]) war aufgrund der Hypothese als eigenständige Argumentform zur Auszählung aufgenommen worden, dass im (nicht nur formellen, sondern auch materiellen) Strafrecht als dem eingriffsintensivsten Gebiet staatlichen Handelns den Grundrechten eine wichtige Bedeutung zukommen müsste und dass dieser Bedeutung nicht nur durch eine verfassungskonforme Auslegung im engeren Sinn (d.h. beim Drohen eines Auslegungsergebnisses zur Unwirksamkeit des Gesetzes führt⁹⁸), sondern auch durch eine „grundrechtsorientierte Auslegung“ im Sinn einer systematischen Auslegung unter Berücksichtigung des Grundgesetzes Rechnung

⁹⁵Zwei weitere Verfahrensbesonderheiten sind ferner zu berücksichtigen, die sich aus rechtstatsächlichen Struktur der Revision zum BGH ergeben: Fragmentarischer Charakter des Strafrechts und ultima-ratio-Prinzip spielen naturgemäß fast ausschließlich im materiellen Strafrecht und dort vorrangig im Bagatellbereich eine Rolle. Der Bereich der präsumtiven Bagatellkriminalität kommt jedoch aufgrund der Gerichtsverfassung und des Instanzenzuges im Strafrecht (vgl. §§ 24, 74 III, 121 I GVG) üblicherweise nicht zum BGH, sondern zu den Oberlandesgerichten. Unter den beim BGH eingelegten Revisionen sind des Weiteren dann viele, welche (zumindest in begründeter Form) nicht die materiellrechtliche Würdigung, sondern das prozessuale Vorgehen angreifen (so genannte Verfahrensrüge).

⁹⁶Vgl. eindringlich etwa *Schünemann*, *Nulla poena sine lege?*, S. 6.

⁹⁷Vgl. o. S. 33.

⁹⁸Vgl. zur verfassungskonformen Auslegung *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Band I, 9. Aufl., Rn. 100 ff.

getragen werden kann und muss.⁹⁹ Diese Prognose kann als gut bestätigt gelten. Zugleich ergibt sich, dass eine „grundgesetzorientierte systematische Auslegung“ deutlich und im Ergebnis wohl auch signifikant häufiger gezählt wird als eine verfassungskonforme Auslegung. In der neueren Rechtsprechung spielt sie auch häufiger eine Rolle als die systematische Auslegung im engeren Sinn, die sich jeweils nur auf Normen desjenigen Gesetzes bezieht, in dem sich die gerade auszulegende Vorschrift befindet.

Zu konstatieren ist dabei eine erhebliche Zunahme dieses Auslegungsinstruments, das in den Bänden 1 und 2 noch keine nennenswerte Rolle spielt, in den Bänden 49 und 50 hingegen zu einem der wichtigsten Argumente wird. Offenbar war unmittelbar nach Inkrafttreten des Grundgesetzes seine Tragweite für das Strafrecht von den Gerichten erst noch zu erarbeiten. Mittlerweile jedoch hat es sich auch für die alltägliche Arbeit der Strafgerichte durchgesetzt.¹⁰⁰ Dies muss freilich kein Anzeichen dafür sein, dass die Entscheidungen in den Bänden 1 und 2 deshalb „weniger fest auf dem Boden des Grundgesetzes“ gestanden hätten, sondern dürfte auch noch durch andere Faktoren erklärlich sein: Zum einen liegt – das weiß jeder, der selbst dogmatisch mit einem Gesetz arbeitet, das nennenswert geändert bzw. durch eine Nachfolgervorschrift ersetzt wird – nahe, dass die Neigung zur Einbeziehung des Grundgesetzes in die Argumentation bei einer Richtergeneration größer sein wird, die mit diesem Gesetz „juristisch sozialisiert“ worden ist, d.h. die das Grundgesetz seit Beginn ihres Studiums an kennt.

Vielleicht noch wichtiger ist, dass die vielfach „programmsatzgestaltigen“ Bestimmungen insbesondere im Bereich der Grundrechte erst durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine bestimmte Prägung erhalten mussten, bevor die Fachgerichte sie sinnvoll heranziehen konnten. Eine gewisse Rolle mag dabei aber auch spielen, dass der BGH – das legen insoweit die Entscheidungszahlen, aber auch die im Anschluss unter C (vgl. S. 51 ff.) näher dargestellte enorme Bedeutung von Selbst- und Fremddreferenzen nahe – die grundgesetzorientierte systematische Auslegung insbesondere dann heranzieht, wenn er für das dafür vorausgesetzte Verständnis der Grundrechte auch Referenzentscheidungen des BVerfG heranziehen kann, was in den ersten Bänden schon mangels einschlägiger Vorentscheidungen nicht der Fall ist.¹⁰¹ Deswegen ist zwischen den Bänden 1 und 2 einerseits sowie den Bänden 49 und 50 andererseits nicht nur die Zahl der grundgesetzorientierten systematischen Auslegungen von 2 bzw. 1 auf 38 bzw. 41 angestiegen, sondern auch die Zahl der Bezugnahmen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von 0

⁹⁹Vgl. zur grundrechtsorientierten Auslegung generell *Kudlich*, JZ 2003, 127 ff.

¹⁰⁰Vgl. dazu *Kölbl*, Selbstbelastungsfreiheiten, S. 145 ff.

¹⁰¹Die erste in der Datenbank juris nachgewiesene Entscheidung des BVerfG datiert vom 09.09.1951; bis zum Erlass der zeitlich letzten Entscheidung in BGHSt 2 (1 StR 382/51) am 27.05.1952 weist juris 38 Entscheidungen des BVerfG aus, die allerdings das Strafrecht nicht betreffen; insoweit ist also auch der „Pool“ möglicher in Bezug genommener Entscheidungen dramatisch angewachsen, etwa bis zum Zeitpunkt des Erlasses der zeitlich letzten in BGHSt 50 veröffentlichten Entscheidung am 22.02.2006 auf 11.383 (von denen im Übrigen nach juris in 1.192 ein Bezug zu StGB oder StPO besteht).

(in den beiden ersten Bänden) auf 36 bzw. 79 angestiegen.

Interessant ist auch ein Blick auf die insoweit behandelten Materien. Praktisch alle Entscheidungen, in denen in größerem Umfang mit der grundgesetzlichen Systematik argumentiert wird, betreffen nicht das materielle, sondern vorrangig das Strafverfahrensrecht, so etwa die Entscheidungen BGHSt 49, 57 ff. (Selbstbelastungsfreiheit bei „freiwilliger“ DNA-Begutachtung), 61 ff. (Verteidigerrechte¹⁰²) und 112 ff. (gesperrte Beweismittel, erste Motassadeq-Entscheidung) bzw. die Entscheidungen BGHSt 50, 40 ff. (Urteilsabsprachen und Rechtsmittelverzicht) und 284 ff. (verfahrensrechtliche Voraussetzungen für die nachträgliche Sicherungsverwahrung). In dieses Bild passt auch, dass die wenigen Entscheidungen, in denen im nennenswerten Umfang eine verfassungskonforme Auslegung im engeren Sinn gezählt wurde,¹⁰³ ebenfalls dem Strafverfahrensrecht zuzuordnen sind.

Die einzigen Ausnahmen insoweit betreffen für die verfassungskonforme Auslegung die Entscheidung BGHSt 50, 121 ff. (zum Allgemeinen Teil des StGB) sowie zur grundgesetzorientierten systematischen Auslegung die Entscheidung BGHSt 49, 275 ff. (zum Besonderen Teil des StGB). Dabei ist die erste Entscheidung jedoch dem Sanktionenrecht in Gestalt der nachträglichen Sicherungsverwahrung gewidmet (und damit kein „klassisches StGB AT“ im Sinn der Lehre von der Straftat), während die zweite Entscheidung das spezielle Problem der Vorteilsannahme bei Spenden an politische Parteien betrifft, was eine intensive Argumentation am Maßstab der grundgesetzlichen Regelungen über politische Parteien erfordert hat und damit ebenfalls eher untypisch ist. Von diesen sehr punktuellen und mehr oder weniger atypischen Ausnahmen abgesehen, scheint daher das Grundgesetz in der Rechtsprechung zum materiellen Strafrecht keine ähnlich herausragende Rolle zu spielen¹⁰⁴ wie zum Strafverfahrensrecht, welches in der Literatur schon seit Jahrzehnten als „geronnenes Verfassungsrecht“ bzw. als „Seismograph der Staatsverfassung“ apostrophiert wird.¹⁰⁵ Selbst eine ver-

¹⁰²Freilich nicht im Strafverfahrensrecht im engeren Sinn, sondern im Strafvollzugsrecht.

¹⁰³Insbesondere die Entscheidungen BGHSt 50, S. 40 ff. (nochmals Urteilsabsprachen), S. 206 ff. (akustische Wohnraumüberwachung) und S. 216 ff. (Richterablehnung und gesetzlicher Richter).

¹⁰⁴Auch in der Literatur ist die zentrale Einbeziehung des Verfassungsrechts in Überlegungen zum materiellen Strafrecht eher ein jüngeres Phänomen, vgl. ab ca. Ende der 90-er Jahre etwa *Appel*, Verfassung und Strafe; *Lagodny*, Das Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte; *Paulduro*, Die Verfassungsmäßigkeit von Strafrechtsnormen, insb. der Normen des Strafgesetzbuches, sowie *Staechelín*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Als Vorreiter der Diskussion ist auch die Kurzmonographie von *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, zu nennen; vgl. ferner auch bereits 1993 in der österreichischen Literatur die Habilitationsschrift von *Lewis*, Verfassung und Strafrecht.

Naucke, in: *Lüderssen* (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Bd. I, S. 156, 163 zieht die Grenze früher und sieht den Beginn der „Debatte >GG und Strafrecht<“, an der Wende der 50-er zu den 60-er Jahren, als nach der Naturrechts-Renaissance der Nachkriegszeit die Zeit für eine Rückkehr zum Positivismus reif, zugleich aber vorstrafrechtliche (aber nicht offen als überpositiv bezeichnete) Wertungen erforderlich gewesen seien.

¹⁰⁵Vgl. *Sax*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 909, 967 („angewandtes Verfassungsrecht“); auf S. 910 spricht *Sax* (ohne Nachweis) davon,

fassungsrechtlich geforderte Argumentation wie die „grundgesetzorientierte systematische Auslegung“ erscheint damit weniger an semantische Kategorien des Gesetzestextes als vielmehr an den konkreten Verfahrensgegenstand bzw. an bestehende „Argumentationstraditionen“ rückgekoppelt zu sein und sich auf diese Weise mit der Pragmatik des Verfahrens zu verweben.

2. Genau wie die Verfassung ist auch das *Europarecht* erst später zum StGB hinzugetretenes Recht. Die Entscheidungszeiträume der ersten beiden Bände liegen vor dem Entstehen der Gemeinschaft und selbst vor der Schaffung der Europäischen Menschenrechtskonvention. Entscheidungen von EuGH, EuG, Kammern oder EGMR konnten noch nicht herangezogen werden, da es einfach noch keine Entscheidungen gab. Erst mit den neuen Bänden beginnt die langsame Wirkung des Europarechts.¹⁰⁶ Freilich ist der Anteil dieses relativ jungen Auslegungsinstrumentes (ungeachtet des wahren „Hypes“, den die „Europäisierung des Strafrechts“ in den letzten Jahren in der Wissenschaft hinter sich hat¹⁰⁷) auch in den Bänden 49 und 50 relativ gering und liegt etwa unter den Zählungen für die historische oder verfassungskonforme Auslegung ungefähr gleich auf mit der strafrahmenorientierten Auslegung und deutlich unter den klassischen Canones. Damit deckt sich, dass auch der Anteil der Bezugnahmen auf die Rechtsprechung des EUGH oder des EGMR relativ gering ist.

Wo eine Bezugnahme auf europäisches Recht oder auf die Rechtsprechung europäischer Gerichte stattfindet, handelt es sich inhaltlich regelmäßig entweder um Entscheidungen zum Nebenstrafrecht¹⁰⁸ (in dem die Bezüge zu europarechtlich vorgeprägten „Primärrechtsordnungen“ häufig relativ eng sind) oder um Entscheidungen zum Strafverfahrensrecht¹⁰⁹ (zu welchem die EMRK wichtige Vorgaben macht). Fast die einzige Ausnahme, in dem auch das Kernstrafrecht des StGB betroffen ist, bildet die Entscheidung

dass schon damals die Einordnung der StPO als „Ausführungsgesetz zum Grundgesetz“ verbreitet gewesen sei. Das Bild des „angewandten Verfassungsrechts“ wird später auch vom BVerfG (etwa E 32, 373, 383) aufgenommen. Zur Metapher vom Strafverfahren als „Seismograph der Staatsverfassung“ vgl. etwa Karlsruher Kommentar zur StPO-Pfeiffer, 5. Aufl., Einführung Rn. 23 sowie (mit einem Ausrufezeichen hervorgehoben) *Roxin*, Strafverfahren, § 2 Rn. 1.

¹⁰⁶Vgl. zur Bedeutung der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 428a ff.

¹⁰⁷Hier ist zu berücksichtigen, dass die Zusammenarbeit in Bereichen der Justiz noch nicht voll vergemeinschaftet ist und zur so genannten dritten Säule gehört. Hier herrscht noch Streit zwischen dem Bundesverfassungsgericht einerseits und dem EuGH andererseits über die Frage, wie weit es sich hier noch um Völkerrecht oder Gemeinschaftsrecht handelt. Vgl. dazu einerseits BVerfG, in: NJW 2005, S. 289 ff. sowie EuGH (Pupino), in: NJW 2005, S. 2839 ff. = EuZW 2005, S. 433 ff. Zur gleichwohl stattfindenden Diskussion einer richtlinien- oder sonst europarechtskonformen Auslegung im Strafrecht vgl. nur *Gärditz/Gusy*, GA 2006, 225 ff.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., § 10; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, insb. S. 518 ff.; *ders.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., § 8 Rn. 71 ff.; *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, insb. S. 340 ff., 404 ff.;

¹⁰⁸So in BGHSt 50, S. 105 ff. (zum Ausländerstrafrecht), S. 245 ff. (Verstöße gegen das ZahnheilkundeG bzw. gegen die BÄO bei Ausübung der Heilkunde durch den Inhaber einer entsprechenden Befugnis durch einen Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union) und S. 252 ff. (Betäubungsmittelrecht).

¹⁰⁹So etwa in den Entscheidungen BGHSt 49, S. 112 ff., 209 ff., 342 ff. sowie BGHSt. 50, S. 64 ff. und 318 ff.

BGHSt 50, 347 ff., in welcher es um den (in seiner Entstehung ebenfalls europarechtlich geprägten) Geldwäschetatbestand geht. Auch hier ist wieder die interessante Tendenz zu beobachten, dass sich der BGH der europäischen Vorgaben offenbar eher bedient, wenn es – wie im Prozessrecht und der EMRK – Referenzentscheidungen anderer Gerichte (hier insbesondere des EGMR) gibt, während eine eigenständige Argumentation mit der EMRK etwa im materiellen Recht insgesamt kaum eine Rolle zu spielen scheint, obwohl es durchaus Anknüpfungspunkte geben könnte.¹¹⁰

3. Zusammenfassend lässt sich insoweit also feststellen, dass es zu einem Wandel und zu einer zumindest punktuellen Aufnahme neuer Argumentationsmuster in der Entscheidungsbegründung im Laufe der Geschichte der Rechtsprechung des BGH zu kommen scheint. Allerdings werden „neue“ Argumentationsmuster – wohl nur teilweise der Natur der Sache geschuldet – offenbar im Nebenstrafrecht und im Prozessrecht aufgeschlossener angenommen als in den Kernbereichen des materiellen Strafrechts.

III. Argumente auf der Grundlage von Sachbezug

Die Ergebnisse der Auszählung bestätigen eine von uns angestellte Ausgangshypothese, dass die Argumentation sich nicht auf sprachlich-semantische Gesichtspunkte und eine Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Normtext beschränken wird. Vielmehr hat sich sogar der BGH trotz der aus dem Revisionsrecht erwachsenden Beschränkungen und starken Formalisierung anhand von verschiedenen Texten (Urteil, Hauptverhandlungsprotokoll, Revisionsbegründung) mit Argumenten zu befassen, die aus der konkreten Situation des „Kampfes um das Recht“ und der argumentativen Dynamik des Verfahrens erwachsen und die den Relevanzhorizont der Entscheidung damit pragmatisch aufladen.¹¹¹

1. Realelemente in Urteilen Unter „Realelementen“ sollen im Folgenden zusammengefasst solche Überlegungen verstanden werden, die nicht Sprachwissen, sondern Weltwissen mobilisieren.¹¹² Es geht dabei also um Praktikabilitäts- oder Beweislastüberlegungen ebenso wie um andere Erwägungen zum von der jeweiligen Regelung betroffenen Lebensbereich. Auch Folgenbetrachtungen im Sinne einer folgenorientierten Auslegung¹¹³ (im Unterschied zu hier separat untersuchten rechtsfolgenorientierten Auslegung im engeren Sinne einer Strafrahmenorientierung¹¹⁴) gehören hierher.

Realelemente sind auf der Textoberfläche nicht so leicht zu erkennen wie

¹¹⁰Vgl. als grundlegende Darstellung dieser Problematik im Strafrecht *Köbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, S. 114 ff. u. 122 ff.

¹¹¹Zum Relevanzhorizont richterlicher Entscheidungen im Strafrecht vgl. auch bereits *Kudlich/Christensen*, GA 2002, 237 ff.

¹¹²Vgl. dazu wiederum grundlegend *Köbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, S. 119 ff.

¹¹³Vgl. etwa *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, Freiburg 1981; *Thomas Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht, Berlin 1977, und *Wälde*, Juristische Folgenorientierung; zusammenfassend *Deckert*, JuS 1995, S. 480 ff.

¹¹⁴Vgl. dazu insbesondere *Kudlich*, ZStW 115 (2003), S. 1 ff.

die klassischen Canones. Auch ist die Abgrenzung etwa zur „normalen“ teleologischen Auslegung oder zum Fallvergleich schwierig. Trotzdem erfolgt die Einbeziehung von Realelementen relativ gleichmäßig und umfasst dabei auch Entscheidungen mit einem Schwerpunkt auf dem Allgemeinen Teil des materiellen Strafrechts¹¹⁵ sowie zum Besonderen Teil¹¹⁶ (einschließlich des entsprechenden Nebenstrafrechts¹¹⁷) und zum Strafverfahrensrecht. Auf letzterem scheint sogar ein gewisser Schwerpunkt zu liegen,¹¹⁸ was angesichts des vielfach eher „technischen“ Charakters strafprozessualer Normen und entsprechender Entscheidungen auch durchaus stimmig ist, weil bei diesen die „Prozesswirklichkeit“ und die möglichen Folgen verschiedener Verständnisweisen (Stichworte Rechtssicherheit und Verfahrensökonomie) eine besondere Rolle spielen.

2. Typische Konstellationen Realelemente haben immer dann eine besondere Überzeugungskraft und Bedeutung für das Urteil, wenn die tatsächlichen Gegebenheiten bzw. der reale (etwa technische, naturwissenschaftliche, sonst rechtstatsächliche) Aspekt des zu beurteilenden Sachverhaltes für die Rechtsentscheidung besonders prägend erscheinen. Anschauliche Beispiele dazu aus der bereits zitierten Rechtsprechung sind etwa:

- Die Entscheidung BGHSt 49 306 ff. befasst sich mit dem Betäubungsmittelstrafrecht (und damit mit einem strafrechtlichen Nebengebiet), wobei es um den Begriff der „nicht geringen Menge“ geht. Dass hier das Realelement der (gutachterlich festgestellten) „chemisch-toxikologischen als auch (...) sozialen und ethnischen Rahmenbedingungen des Khat-Konsums“ eine überragende Rolle spielen und weitaus bedeutsamer sind als eine etwa im Lexikon nachzuschlagende Semantik des Begriffs „gering“ liegt auf der Hand.
- In der Entscheidung BGHSt 49, 189 ff. geht es um die strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine im Jahr 1944 während der Besetzung Italiens durchgeführte Massenerschießungen italienischer Gefangener als Vergeltungsmaßnahme nach einem gegen deutsche Soldaten gerichteten Partisanenangriff. Dass hier für die Frage der Grausamkeit sowie der niedrigen Beweggründe die allgemeine Situation am Ende des Zweiten Weltkrieges ebenso herangezogen werden muss wie die Möglichkeiten einer Wahrung der „Humanitätsschranke“ in der konkreten Tatsituation, ist plausibel. Dass bei einem 60 Jahre nach der Tat verhandelten Fall im Rahmen der Strafzumessung überdies das Alter und die Lebenserwartung des Täters angesprochen werden müssen, liegt ebenfalls nahe.

¹¹⁵Vgl. etwa die Entscheidungen BGHSt 1, S. 67 ff.; BGHSt 2, S. 242 ff.; BGHSt 49, S. 239 ff.; BGHSt 50, S. 121 ff.; 180 ff.; 299 ff.

¹¹⁶Vgl. etwa die Entscheidung BGHSt 1, S. 1 ff.; BGHSt 49, S. 189 ff.; BGHSt 50, S. 347 ff.; 359 ff.

¹¹⁷Vgl. etwa BGHSt 49, S. 306 ff.

¹¹⁸Vgl. nur BGHSt 2, S. 1 ff.; 63 ff.; 125 ff.; 301 ff.; 388 ff.; BGHSt 49, S. 230 ff.; BGHSt 50, S. 40 ff.

- Die Entscheidung BGHSt 50, 299 ff. behandelt im Zusammenhang mit den Bestechungsdelikten die Frage nach einer Amtsträgereigenschaft von Mitarbeitern einer Public Private Partnership im Bereich der Daseinsvorsorge. Der BGH bestätigt hier im Grundsatz seine Rechtsprechung, dass der Amtsträgerbegriff bei einer organisatorischen Privatisierung anhand aller Umstände des konkreten Einzelfalles zu prüfen ist, was notwendig eine Berücksichtigung diverser Realelemente bedingt.
- Zur Frage nach der Möglichkeit einer Rügeverkümmern bei späterer Protokollberichtigung hat der BGH in der frühen Entscheidung BGHSt 2, 125 ff. zutreffend nicht vorrangig mit dem Wortlaut des § 274 StPO argumentiert, da dieser nur die Beweiskraft des gerade existierenden Protokolls regelt, jedoch nichts darüber aussagt, unter welchen Voraussetzungen dieses Protokoll geändert werden kann. Die Gründe die (damals noch¹¹⁹) gegen die Berücksichtigung des geänderten Protokollinhalts vorgebracht wurden, sind überwiegend „tatsächlicher“ Natur, wie etwa die Gefahr des Erinnerungsverlustes der Protokollpersonen mit zunehmendem zeitlichem Abstand von der Hauptverhandlung.¹²⁰
- Besonders anschaulich ist schließlich ein weiteres Beispiel aus dem Strafvollzugsrecht, in dem der Große Strafsenat zum Rechtsmittelverzicht bei Urteilsabsprachen Stellung nimmt (BGHSt 50, 40 ff.). Es handelt sich um ein Gebiet, für das zum damaligen Zeitpunkt noch keine Regelung bestand,¹²¹ dessen überragende Bedeutung in der täglichen Rechtspraxis aber allenthalben betont wird. Damit ist geradezu zwingend, dass der Große Strafsenat bei seinen Richtlinien für die Praxis gerade die Verfahrensrealität entscheidend mit berücksichtigen muss, wenn er seine Entscheidung sachgerecht treffen will.

Die oben genannten Zahlen bzw. Nachweise sowie auch die etwas näher

¹¹⁹Vgl. zur davon abweichenden Entscheidung des Großen Strafsenats auch unten S. 54.

¹²⁰Insoweit sind diese Entscheidung und das in ihr behandelte Problem auch anschauliche Beispiele dafür, wie unter Berücksichtigung von Realelementen eine spätere Rechtsprechungsänderung – zumindest strukturell unter dem Gesichtspunkt der Aufhebung einer bisher bestehenden argumentativen Geltung (vgl. dazu bereits *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 422 ff.) – begründet werden kann, wenn die Realelemente sich ändern bzw. verschieben. Im hier interessierenden Fall kann der Große Senat für seine Rechtsprechungsänderung (vgl. näher auch unten S. 54 m.w.N.) insoweit zwar nicht geltend machen, dass die Gefahr des Erinnerungsverlustes heutzutage weniger bestehen würde als im Jahre 1951. Der Große Strafsenat weist in dieser Entscheidung jedoch dezidiert auf ein geändertes *tatsächliches* Verhalten der Anwaltschaft im Zusammenhang mit „unwahren Verfahrensrügen“ hin, welches die aus einer Nicht-Berücksichtigung des geänderten Protokolls erwachsenden Probleme in einer Art verschärft, dass dem – anders als früher – Einhalt zu gebieten sei. Würde sich also die Lösung für das Problem der Rügeverkümmern aus der „objektiven Bedeutung“ der entsprechenden Vorschriften ergeben, wäre die Rechtsprechungsänderung kaum begründbar, zumal auch der Große Strafsenat auch insoweit keinen „Bedeutungswandel“ der Begriffe postulieren möchte. Vielmehr ist ein wichtiger Gesichtspunkt die Änderung der rechtstatsächlichen Rahmenbedingungen.

¹²¹Zu den in den Jahren 2006 und 2007 diskutierten Reformentwürfen für den Bereich der Absprachen im Strafverfahren vgl. statt vieler nur *Gieg*, GA 2007, 469 ff.; *Jahn/Müller*, JA 2006, 681 ff.

beschriebenen Beispiele sollten deutlich machen, dass die Berücksichtigung derartiger Realelemente nicht nur unzweifelhaft geboten ist (und wohl auch bereits der Pragmatik eines streitigen Verfahrens geschuldet sein wird, da die Prozessbeteiligten gerade auf solche Elemente naheliegenderweise hinweisen werden), sondern dass ihre Berücksichtigung offenbar auch seit jeher in der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfolgt ist. Der BGH hat sich bei seiner Entscheidung über den Bedeutungskonflikt also nie mit einer Erforschung der Semantik und einem Nachvollziehen eines vorgeblich bereits vorvollzogenen Inhalts begnügt, sondern selbstverständlich gerade auch die Anschlusszwänge durch den zu entscheidenden Lebenssachverhalt berücksichtigt.

C. Selbst- und Fremdreferenzen

Eine weit größere Rolle freilich als alle – klassischen oder „avantgardistischen“ – Argumentationsformen spielen Fremd- und insbesondere Selbstreferenzen innerhalb der Entscheidungsgründe. Diese Entdeckung wirft besonders viele rechtstheoretische Fragen auf.

I. Der Wunsch nach Kontinuität

Der Selbstbezug der Gerichte wird in der methodischen Literatur überwiegend nur verlegenheitshalber erwähnt. Präjudizien gelten dort als subsidiäre Rechtsquellen, wenn das Gesetz versagt. Wenn man diese Theorie zugrundelegen würde, wäre das Versagen des Gesetzes die Regel. Tatsächlich funktionieren aber Vorentscheidungen nicht als Rechtsquellen, aus denen das Urteil entnommen wird. Sie werden auch nicht herangezogen, wenn die herkömmlichen Auslegungsinstrumente versagt haben, sondern sie funktionieren als Verfeinerung von grammatischer und systematischer Auslegung. Jedes Gericht will im Hinblick auf Rechtsmittelfestigkeit und von der Gesetzesbindung geforderten Kontinuität sicherstellen, dass die aktuelle Entscheidung mit den bisherigen Entscheidungen kohärent ist. Natürlich kann das Gericht nicht einfach in eine Tradition einrücken, so wie in segmentierten Gesellschaften der Überlieferungsträger die mündliche Überlieferung nach dem Tode seines Vorgängers unmerklich fortschreibt. Schon bei schriftlicher und erst recht bei computerunterstützter Überlieferung macht allein die Vielzahl der erfassten Entscheidungen deutlich, dass Tradition nicht homogen ist, sondern heterogen, umstritten und widersprüchlich. Damit bedarf der Versuch, sich in eine Kontinuitätslinie zu stellen, der ausführlichen Diskussion.¹²² Die Justiz ist also traditionalistisch nicht, weil dies einfach ist, sondern obwohl es schwierig ist. Wenn sich Gerichte also trotz der fehlenden Einlinigkeit der Tradition mit Vorentscheidungen auseinandersetzen, dann macht dies deutlich, dass es eben nicht anders geht: Das Recht steckt weder im Gesetz noch im Fall und kann somit nicht gefunden werden, wie ein verlegter Schlüssel. Es muss erzeugt

¹²²Das ist gerade bei Gerichten klar. Die vereinfachende Bezugnahme auf das OVG Münster oder den BayVGH als Helden eines gefährvollen Auslegungstreits lässt sich meistens durch Differenzierung nach Senaten und Entscheidungszeitpunkten auflösen.

werden, wie ein Kunstwerk, in dem sicheren Wissen, dass die Maßstäbe des Kunstmarkts gnadenlos sind. Deswegen kann der Richter auf die Hilfsmittel der Vorentscheidungen nicht verzichten.¹²³

II. Vorentscheidungen als wichtigstes Element

Die Begründungen werden durch den Verweis auf Literatur und (insbesondere eigene) Rechtsprechung stellenweise geradezu dominiert, wobei die Tendenz stark zunehmend ist. So finden sich – Reichsgericht und Bundesgerichtshof zusammengezählt – in den analysierten Bänden 1 und 2 jeweils rund 200, in den Bänden 49 und 50 sogar über 300 bis nahe an 350 zustimmende bzw. bestätigende Nennungen eigener Rechtsprechung. Dabei sind in einer Entscheidungskette nicht etwa alle einzelnen Entscheidungen separat gezählt worden, sondern eine neue Referenzen immer nur dann angenommen worden, wenn ein neuer (regelmäßig durch Klammern gekennzeichnet) Nachweis bzw. eine neue Nachweiskette in einem neuen Kontext erscheint. Damit dominieren die Selbstreferenzen die Argumentation offenbar seit je her und in zunehmendem Maße. Im 1. Band übertreffen sie etwa die Anzahl der Wortlautargumente um den Faktor 6, im 50. Band bereits ungefähr um den Faktor 12.¹²⁴

Dieser Befund ist – zumindest wenn man das traditionelle Idealbild eines methodischen „Purismus“ vor Augen hat – erstaunlich. Die stark dominierende, in der Summe regelmäßig alle übrigen gezählten Argumente mehr oder weniger überwiegende Bezugnahme auf eigene Vorgängerentscheidungen könnte befremden, wenn man sich vor Augen hält, dass jungen Juristen in der Ausbildung gewissermaßen als „reine Lehre“ immer wieder darauf hingewiesen werden, dass nicht die Berufung auf eine bestimmte, gar herrschende (... und man könnte ergänzen: umso weniger auf die eigene vorher einmal geäußerte) Meinung, sondern die eigenständige Begründung „zählt“, d.h. für die Qualität eines juristischen Textes ausschlaggebend ist. Hinzukommt aber noch etwas Weiteres: Wenn sich Jurastudenten in Hausarbeiten oder Untergerichte (aber wohl nicht weniger, wenn sich Rechtswissenschaftler in ihren Aufsätzen) auf höchstrichterliche Entscheidungen berufen, hat dies zumindest meistens etwas mit der Inanspruchnahme fremder Autorität zu tun. Eine solche Inanspruchnahme einer abgeleiteten Autorität macht aber für den BGH letztlich keinen Sinn, wenn man auf der Grundlage eines traditionellen Methodenverständnisses

¹²³Dieser Fallbezug der Jurisprudenz wird auch in der Sprachphilosophie zunehmend als Paradigma des Verständnisses von Normativität der Sprache verwendet. Vgl. dazu *Liptow*, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), *Politik (neue) Medien und die Sprache des Rechts*, S. 55 ff.

¹²⁴Zwar wäre es statistisch sicherlich unredlich, von einer kontinuierlichen Entwicklung hin zu einer Verdoppelung dieses Faktors zu sprechen, denn die im Rahmen der üblichen statistischen Schwankungen möglichen Verschiebungen der einen Anzahl nach oben und der anderen Anzahl nach unten kann ja die Kombination leicht zu einer signifikanten Änderung dieses Faktors führen. Da jedoch der Faktor 6 auch bei den Entscheidungen des frühen Bandes 2 ungefähr zutrifft, während beim 2. späten Band (BGHSt 49) auch immerhin der Faktor 10,5 zu messen ist, spricht doch viel dafür, dass Wortlautargumentation einerseits und Selbstreferenzen andererseits auseinanderdriften, was freilich stärker an dieser Ausweitung der Selbstreferenzen als am Rückgang der Wortlautargumentation liegt.

davon ausgehen müsste, dass die heute getroffene Entscheidung per se die gleiche Autorität hat wie eine gestern getroffene, so dass der Verweis in der heutigen Entscheidung auf die gestrige keinen Autoritätsgewinn mit sich bringt.

III. Vergleich mit anderen Bezugnahmen

Dass es dem BGH in seinen Entscheidungen aber gleichwohl um einen (unten noch näher zu erörternden, vgl. S. 76 ff.) „Autoritätsgewinn“ und nicht um eine kritische Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand geht,¹²⁵ wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass abweichende Rechtsprechung deutlich weniger zitiert wird als „zustimmende“ (bzw. solche Entscheidungen, an die positiv angeknüpft werden kann): Das Verhältnis liegt in den beiden frühen Bänden bei ca. 1:7 bis 1:10, in den späteren Bänden gar bei ungefähr 1:30. Dabei wird in der zeitlichen Entwicklung insbesondere deutlich, dass die nachgewiesene abweichende Rechtsprechung (möglicherweise noch nicht statistisch signifikant, aber zumindest auf den ersten Blick) sogar abnimmt, jedenfalls ganz sicher nicht zunimmt, während bei den Nachweisen der zustimmenden Rechtsprechung eine Veranderthalbfachung eintritt. Oder anders gewendet: Die klar erkennbare Tendenz, Referenzen als Argumentationsform auszuweiten, welche gewiss nicht nur der im Laufe der Zeit ansteigenden Anzahl entsprechender Referenzen, sondern vor allem auch ihrer leichten Rekonstruierbarkeit mit den Hilfen elektronischer

¹²⁵Das Wechselspiel zwischen (gerade defizitärer) Begründung, Selbstreferenz und Autoritätswirkung durch sich fortlaufende verfestigende Rechtsprechung wird überdeutlich an einem Beispiel, das außerhalb der hier untersuchten Bände der amtlichen Sammlung liegt, auf Grund seiner Prägnanz hier dennoch zumindest in einer Fußnote erwähnt sei: Spätestens seit der Mitte der 90-er Jahre war in der strafrechtlichen Literatur – teils als dogmatische Grundlagenüberlegungen, teils mit Blick auf insbesondere wirtschaftsstrafrechtliche Sachverhalte – das Problem der sog. „neutralen Beihilfe“ diskutiert worden (vgl. nur *Niedermair*, ZStW 107 [1995], S. 507 ff.; *Otto*, in: *Eser/Schittenhelm/Schumann* [Hrsg.], Lenckner-FS, S. 193 ff.; *Weigend*, in: *Eser* [Hrsg.], Nishihara-FS, S. 197 ff.; *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerliche neutrale Handlungen; *Wolff-Reske*, Berufsbedingtes Verhalten als mittelbare Erfolgsverursachung). Beginnend mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 nahm sich dann auch der BGH der Frage in drei kurz hintereinander ergangenen Entscheidungen (BGH NSTz 2000, 34 m. Anm. *Wohlbers* NSTz 2000, 169 ff.; BGHSt 46, 107 m. Anm. *Kudlich*, JZ 2000, S. 1178 ff.; BGH NJW 2001, 2409 m. Anm. *Kudlich*, JuS 2002, S. 751 ff.) an. Das Vorgehen dabei ist bemerkenswert (vgl. zum Folgenden auch bereits näher *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, S. 135 f.): Eine vertiefende eigene Grundlegung oder auch nur eine intensive Auseinandersetzung mit der (1999 bereits umfangreich dokumentierten) Diskussion in der Literatur wird vom BGH in keiner der drei Entscheidungen geleistet. Vielmehr werden zunächst vom 5. Strafsenat die von ihm für zutreffend erachteten Lösungsrundsätze in der ersten Entscheidung ohne nähere Begründung in einem *obiter dictum* postuliert, um in der Nachfolgeentscheidung durch den selben Senat zwar den Meinungsstand auszugsweise zu referieren, sich dann aber erneut begründungslos auf die eigenen Grundsätze zu berufen (was auch dort für das Ergebnis nicht problematisch war, weil ein wirkliche „Neutralität“ der Beihilfehandlung nicht vorlag). Der auf diese Weise statuierten „Linie des BGH“ schließt sich dann auch der 4. Strafsenat in der dritten Entscheidung (zumindest teilweise) ohne weitere Begründung an. Zusammenfasst: Eine Auseinandersetzung mit abweichenden Ansichten (Stichwort: Umgang mit abweichenden Fremddreferenzen!) und eine angemessen vertiefte methodische Behandlung fehlen, indem die für richtig gehaltene Lösung in zwei Fälle „eingeführt“ wird, in denen diese nicht entscheidungserheblich bzw. das Ergebnis mehr oder weniger evident sind. Ab der dritten Entscheidung wird eine Argumentation dann durch die Selbstreferenz auf eigene, niemals begründete Rechtsprechung des BGH ersetzt.

Datenbanken geschuldet ist, bezieht sich allein auf zustimmende, nicht auf abweichende Entscheidungen.

Dies wird auch bei den Fremdreferenzen auf die Literatur deutlich. Auch diese nehmen insgesamt stark zu, wobei der Anteil abweichender Literaturnachweise deutlich geringer wird und von den Bänden 1 und 2 mit einem Anteil von ca. einem Viertel hin zu den Bänden 49 und 50 auf einen Anteil von nur noch ca. einem Siebtel bis gar einem Achtel schrumpft. Mag man bei der relativen Zunahme zustimmender Entscheidungen möglicherweise noch an eine große Stabilität der Rechtsprechung als Ursache denken, wird man angesichts der überbordenden juristischen Literaturproduktion kaum davon ausgehen können, dass kritische Stellungnahmen über die Jahre in diesem Umfang zurückgegangen sind.

Veranschaulichen lässt sich dieses Phänomen im Übrigen auch in einer in jüngerer Zeit ergangenen prominenten Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen.¹²⁶ Dort ging es um die Frage, ob einer zulässig eingelegten Revision durch eine spätere Protokollberichtigung „der Boden entzogen werden dürfe“ (sog. Rügeverkümmern). Obwohl der Große Senat hier auf Vorlage des 1. Strafsenats mit einer bis zum Beginn der Reichsgerichtsrechtsprechung¹²⁷ zurückreichenden Rechtsprechungstradition bricht, findet sich unter den nachgewiesenen obergerichtlichen Entscheidungen sogar eine leicht überwiegende Anzahl zustimmender gegenüber ablehnender Nachweise.¹²⁸ Dafür scheut sich der Senat nicht, (mehrfach und relativ ausführlich) auf die entgegenstehende Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts Bezug zu nehmen und zitiert zu Vorfragen bzw. Vorüberlegungen jeweils zustimmende Entscheidungen, so dass insgesamt der Eindruck entsteht, als ob der Fragenkomplex der Rügeverkümmern bei „ganzheitlicher Betrachtung“ – trotz der klar entgegenstehenden langen Rechtsprechungstradition – in der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung so behandelt worden sei, dass eine Entscheidung des relativ ausgewogenen Streitens durch den Großen Senat anstehe.

Betrachtet man den Umfang und insbesondere auch die Entwicklung der Selbstreferenzen im Laufe der Zeit, so wurde soeben bereits angedeutet, dass die ständige Zunahme gewiss auch den komfortableren Recherchemöglichkeiten geschuldet ist. Selbstverständlich – und mehr oder weniger banal – können solche Selbstreferenzen auf bereits entschiedene Fälle vielfach auch die Funktion einer „Entscheidungsabkürzung“ haben, da einmal argumentativ ausgefochtene Entscheidungen nicht ein weiteres Mal getroffen werden müssen. Dabei bleibt freilich zu wenig berücksichtigt, dass der BGH ja jeweils über unterschiedliche Fälle zu entscheiden hat und die dabei interessierenden Rechtsfragen an sich – unter dem Blickwinkel der Besonderheiten des jeweiligen Falles – auch

¹²⁶Vgl. BGHSt 51, 298 = NJW 2007, 2419 m. Anm. Kudlich, JA 2007, 822 ff.; vgl. auch ders., BLJ 2007, S. 125 ff.

¹²⁷Vgl. RGSt 2, 76, 77 f.

¹²⁸Zählung hier wiederum nur bezogen auf die jeweiligen Nachweiskomplexe, nicht auf die jeweiligen Einzelentscheidungen. Nebenbei bemerkt: Die – freilich auch umfangreich begründete – Entscheidung enthält allein rund 60 solcher „Nachweiskomplexe“ (d.h. einzelner Klammern, in denen dann auf eine oder mehrere Entscheidungen verwiesen wird).

häufig anders zu entscheiden sein *könnten*. Es stellt sich somit die unten (vgl. S. 76 ff.) näher zu untersuchende Frage, ob den Selbstreferenzen nicht auch ein „methodischer Eigenwert“ vorkommt.

3. Teil: Rechtstheoretische Anschlussfragen

Im vorangegangenen Abschnitt sind die wichtigsten Ergebnisse der Inhaltsanalyse nicht nur tabellarisch dargestellt, sondern auch bereits kurz interpretiert und eingeordnet worden. Darüber sollen die Überlegungen in diesem Abschnitt nun noch hinausgehen, indem diese Ergebnisse einer detaillierteren Bewertung unterzogen und daraus zugleich auch Schlüsse für eine „Theorie der Praxis“ gezogen werden. Dabei ist freilich in diesem Rahmen eine solche vertiefte Bewertung und Einordnung nicht umfassend mit Blick auf alle untersuchten Argumente möglich, müsste dies doch zu einer an dieser Stelle nicht angestrebten umfassenden strafrechtlichen Methodik unter zusätzlicher Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse führen.

Es sind vor allem drei Auffälligkeiten, die eine rechtstheoretische und methodische Reflexion unumgänglich machen. Zunächst führt der Blick auf die klassischen Regeln der Auslegung zu einem empirisch besser abgesicherten Blick auf die Rolle des Wortlauts im Zusammenspiel mit anderen Auslegungselementen. Ferner hat sich gezeigt, dass die Steuerung praktischer Entscheidungen vor allem über ein Element erfolgt, das rechtstheoretisch und methodisch noch kaum reflektiert ist, nämlich der Bezug auf eigene Vorentscheidungen. Schließlich war ein wichtiges Element der Entscheidungen auch der Bezug auf Realelemente. Dies ist zwar in Ansätzen diskutiert, aber noch präzisierungsbedürftig.

A. Die praktische Semantik der Gerichte

Der Wortlaut der Strafvorschriften müsste auf Grund von Art. 103 II GG und § 1 StGB im Strafrecht an sich besondere Bedeutung haben. Die Ergebnisse der Untersuchung zeigen – und zwar sowohl bezogen auf die „einfache“ grammatische Auslegung als auch etwa bezogen auf die grammatische Auslegung in Verbindung mit einem Gesetz zitat oder gar der Verwendung eines Wörterbuches – drei interessante und zumindest teilweise abweichende Befunde:

- eine im Verhältnis zu anderen Argumentformen tendenziell überraschend geringe Anzahl grammatischer Auslegungsvorgänge im traditionell verstandenen Sinne,
- eine relativ große Zahl entsprechender Vorgänge, wenn man in einem weiteren Sinne auch den begründungslosen und inzidenten Rückzug auf die eigene Sprachkompetenz als grammatische Auslegung „zählt“ (vgl. oben S. 24 ff.) sowie
- eine enge Verknüpfung gerade der grammatischen Auslegung mit anderen Argumentformen.

Alle drei Befunde lassen sich näher beleuchten und zueinander ins Verhältnis setzen, wenn man „den Wortlaut“ unter dem Blickwinkel einerseits seiner Funktion als „Beginn“ der Auslegung und andererseits der gerne postulierten „Wortlautgrenze“ betrachtet:

I. Der Wortlaut als Beginn der Auslegung

1. Als ein Charakteristikum der grammatischen Auslegung wurde soeben (sowie auch oben, S. 34) eine starke Verknüpfung mit anderen Elementen genannt. Das bestätigt, dass Bedeutung nicht lediglich die Vergeistigung des Buchstabens ist und dass aus Zeichen keineswegs so einfach und rasch Bedeutung erwächst, wie man in einem Raum das Licht anknipst. Die Frage nach der Bedeutung stellt die Gerichte vielmehr vor eine Vielzahl von Möglichkeiten. Hier geht es ihnen nicht anders als denjenigen, die ein Wörterbuch erstellen – sie verzweifeln zunächst an der Komplexität der Sprache. Aber wiederum ähnlich wie Lexikologen, die ihre Befunde dann gewichten und nach Fragestellungen ordnen, kennen auch die Juristen eine Strategie, um diese Komplexität abzuarbeiten: Es ist dies die Argumentation der Beteiligten im Verfahren. Der Wortlaut unter dem Gesichtspunkt der grammatischen Auslegung ist insoweit Einstieg in die Debatte und nicht deren Grenze.

Wenn man nun die an den Wortlaut anknüpfende Diskussion genauer betrachtet, sieht man, dass die Beteiligten Bedeutungshypothesen als Lesarten des Normtextes vortragen und andere Lesarten entweder in ihre Position integrieren oder widerlegen. Diese Argumentationsstruktur kann man vor allem in der Darstellung der Vorinstanzen der Untergerichte durch den Bundesgerichtshof (oder aber auch sehr anschaulich bei Entscheidungen des Großen Strafsenats auf Grund von Divergenzvorlagen¹²⁹) erkennen. Das Einbeziehen einer Bedeutungshypothese oder ihre Widerlegung erfolgt dabei oft so, dass die grammatische Auslegung mit anderen Canones der Auslegung verknüpft wird.

2. An dieser Stelle interessiert uns dabei Folgendes: Wenn ein Gericht die Bedeutung einer Wendung im Normtext diskutiert, verknüpft es dieses Problem mit der Frage nach der Bedeutung anderer Wendungen. Die praktische Vorgehensweise der Gerichte ist damit wieder einmal viel komplexer als ihre Einschätzung in der Literatur. Die methodische Theorie geht meistens davon aus, dass einer bestimmten Wendung im Normtext eine Bedeutung zukommt, die isoliert betrachtet werden kann und deren Vorliegen dem juristischen Verstehen eine Grundlage verschafft. Die Gerichte dementieren in ihrer praktischen Vorgehensweise sowohl den theoretisch vorausgesetzten Atomismus als auch die Sichtweise einer Erklärung des juristischen Verstehens allein aus der sprachlichen Bedeutung heraus. Die sprachliche Arbeitsweise der Gerichte ist vielmehr ein impliziter Holismus. Die Gerichte nehmen zur Explikation sprachlicher Gehalte

¹²⁹Vgl. dazu auch bereits oben S. 35, wo aufgezeigt wird, dass unter den Entscheidungen, die einerseits häufig an den Wortlaut anknüpfen, die Argumentation dann aber durch weitere Argumente ausführlich fortentwickeln, solche des Großen Strafsenats im Verhältnis oft vertreten sind.

das Ganze der Sprache in den Blick. Sie gehen sogar noch über die Beschränkung auf die Sprache hinaus und begreifen diese in ihrem sozialen Zusammenhang. Dies zeigen die reichhaltigen Bezugnahmen auf Realelemente. Die Gerichte verwenden in ihren Entscheidungen das Ganze von sprachlichen und nichtsprachlichen Zusammenhängen.

Entfaltet man die holistische Dimension in der Sprache näher, so wird deutlich: Die klassische methodische Theorie versucht das Verstehen von Texten mittels des Attributs „hat Bedeutung“ zu erklären. Damit kann man das Verstehen über eine Eigenschaft des Textes dingfest machen. Der Vorteil ist, dass man Texte über die Eigenschaft der Bedeutung klar von anderen Gegenständen unterscheiden kann. Der Nachteil liegt in einer substanzialisierenden Antwort auf die Frage nach dem Verstehen. Es müsste danach an den Zeichen etwas geben, das analog zu Gegenständen ist, ohne selbst Gegenstand zu sein. Die moderne Sprachphilosophie hat diese Vorstellung überwunden, weil man weder bestimmen kann, wie dieses Etwas beschaffen ist, noch wie man Zugang dazu gewinnen soll.¹³⁰ Man will heute die Frage nach dem Verstehen eines Textes so fassen, dass sie nicht auf einen Gegenstand bezogen ist. Im Sinne eines methodischen Pragmatismus soll Verstehen aus seiner Performanz in Praktiken bestimmt werden. Das „Geistige“ wird damit ersetzt durch den Bezug auf Verhaltensdispositionen. Bedeutung kommt dann als implizites Wissen oder als Kompetenz eines Lesers ins Spiel. Sie erklärt, worüber ein Leser verfügen muss, wenn er einen Text verstehen will. Verstehen zeigt sich dann darin, dass es expliziert werden kann.

Diese Explikation erfolgt dadurch, dass man das Gesagte auch anders ausdrücken kann. Das „Anders-Ausdrücken-Können“ setzt natürlich voraus, dass man das einzelne Zeichen in eine Struktur weiterer Zeichen einbetten kann. Hier zeigt sich wiederum deutlich, wie verfehlt die herkömmliche methodische Vorstellung ist, dass man einen Text Wort für Wort versteht. Entgegen diesem Lexikalismus versteht man immer viel mehr als ein Wort. Die lexikalistische Rekonstruktion juristischen Verstehens in der herkömmlichen Methodenlehre ist inadäquat. Zum Verstehen gehört immer ein ganzer Zusammenhang von Zeichen und darüber hinaus zentral auch die Möglichkeit, das Verstehen selbst zu thematisieren: „Verstehen besteht in einer der Thematisierung zugänglichen Strukturierung sprachlicher Ausdrücke.“¹³¹ Nur im Zusammenhang mit anderen Elementen entsteht die Eigenschaft der Verständlichkeit. Daran scheitert die atomistische Vorgehensweise des Lexikalismus. Die Elemente im Verstehen sind keine Positiva, die nachträglich eine Beziehung zu anderen schon vorhandenen Elementen eingehen, sondern sie sind von der Struktur erst konstituiert. Aber auch die Beziehungen sind nicht einfach vorhandenen Positiva, sondern werden von ihren Elementen beeinflusst. Das Zusammenspiel von Element und Struktur im Verstehen ist „ein unentscheidbares Gemisch aus Aktivität und Passiv-

¹³⁰Vgl. dazu *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, § 504; *Quine*, in: *ders.*, Von einem logischen Standpunkt, S. 27 ff., 29; *Austin*, in: *ders.*, Gesammelte philosophische Aufsätze, S. 75 ff., 100; *Putnam*, Die Bedeutung von „Bedeutung“, S. 37.

¹³¹Vgl. dazu *Bertram*, Die Sprache und das Ganze, S. 51.

ität“.¹³² Im Theoriezusammenhang der Dekonstruktion wird dies mit dem Wort „Différance“ ausgedrückt, welche das Schwanken zwischen aktiv und passiv aufnimmt.

3. Gerade das Rechtsverfahren zeigt, dass Verstehen sich in der Struktur von Behauptung, Einwand, Replik immer wieder selbst thematisiert. Dabei entfaltet es Strukturen sowohl auf der Wortebene, der Satzebene als auch auf der Textebene von Überschriften, Gliederung usw. Keine dieser Ebenen kann als grundlegend gelten. Weder freistehende Ausdrücke, noch Sätze, noch Texte können aus sich selbst heraus begriffen werden. Das Beziehungsgeflecht der Sprache ist vielschichtig. Die Rede vom Netz sprachlicher Differenz oder Inferenz ist nur sinnvoll als Vereinfachung. „Das Bild des Netzes impliziert ein Verständnis von Struktur, das diese als aufgespannt zwischen homogenen Elementen begreift. Die Struktur entwickelt sich diesem Verständnis gemäß (...) horizontal, gewissermaßen auf einer Fläche. (...) So entsteht das Bild eines homogenen Netzes – ein Bild, das die Strukturen im Verstehen verfehlen. Ein vielschichtiges Beziehungsgeflecht hingegen greift auch vertikal in einen Raum und in weitere Dimensionen aus. Unterschiedliche Elemente liegen nicht nur neben-, sondern auch unter- und übereinander, und das wiederum vielschichtig. Die Beziehungen zwischen ihnen sind ungleichförmig. So konstituieren sich auf der Basis solcher Beziehungen vieldimensionale Geflechte. Strukturen im Verstehen müssen als solche Geflechte, nicht als Netze begriffen werden.“¹³³

Verstehen vollzieht sich also nicht in der klar geordneten Pyramide des klassischen vertikalen Holismus. Dazu müsste es eine fundamentale Ebene geben, welche sich gerade nicht aufweisen lässt. Verstehen vollzieht sich aber auch nicht in vollkommen flachen Netzen homogener Elemente. Es vollzieht sich vielmehr in einer Sprache als vieldimensionalem Geflecht. Insoweit ist die von den Gerichten praktizierte Arbeit an Rechtstexten zwingende Folge der sprachlichen Komplexität. Man stellt Vernetzungen her, arbeitet mit Hierarchien, aber eine letzte Ebene lässt sich gerade nicht auszeichnen.

II. Besondere Probleme der Wortlautgrenze

1. Die Wortlautgrenze ist ein zentrales Problem der juristischen Methodik. *Klatt* beschreibt dies in einer jüngeren Monographie mit den Worten: „Mit dem Problem der Wortlautgrenze wird eine sehr spezielle Frage der juristischen Methodik erörtert. Sie ist jedoch von fundamentaler Bedeutung. Von ihr hängt die Legitimität und Objektivität richterlichen Entscheidens ab.“¹³⁴ Legitimität und Objektivität juristischen Entscheidens werden hier zu Recht verknüpft. Die Anforderungen an die Legitimität der richterlichen Entscheidungen ergeben sich aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gesetzesbindung. Es verlangt vom Richter, seine Entscheidung einem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext

¹³²Vgl. dazu *Bertram*, Die Sprache und das Ganze, S. 55.

¹³³*Bertram*, Die Sprache und das Ganze, S. 68.

¹³⁴*Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 19.

zuzurechnen.¹³⁵ „Rechtsarbeiter in der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt haben die Aufgabe, Entscheidungs- und Begründungstexte hervorzubringen. Sie haben dabei die Amtspflicht, im Prozess der Rechtserzeugung von den einschlägigen Normtexten auszugehen. Sie müssen sich in der Frage der Zulässigkeit ihrer Normkonkretisierung an das vorgegebene Wortlaut halten, eben an Gesetzeswortlaute.“¹³⁶ Nur insofern ihnen das gelingt, kann die getroffene Entscheidung von Recht auch als legitim gelten.¹³⁷ Dies ist keine Frage des „ob“. Es ist allein eine Frage des „wie“.¹³⁸ Wie steht es aber um die Objektivität: Kann man sich hierfür allein auf die Sprache des Gesetzes verlassen oder ist dafür mehr erforderlich?

2. Die Frage nach der Grenze des Wortlauts taucht in der Alltagskommunikation 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*. Das aber ist im Kern schon eine juristische Angelegenheit, auch wenn das „amtliche“ Recht noch nicht bemüht wird. Denn ihren praktischen Sinn gewinnt die Berufung auf einen Wortlaut dann, wenn es im Streit um eine Äußerung darum geht, welche Konsequenzen aus ihr zu ziehen sind. Es geht also um Rechtfertigung und Verpflichtung. 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.

Genau diese Verlagerung findet vor Gericht statt. In seiner Begründung muss das Gericht nicht nur die vorgebrachten Argumente aufnehmen, sondern vor allem seine Entscheidung dem Normtext als einem Ausdruck von Recht zurechnen. Genau diese Formulierung „*Ausdruck von Recht*“ nun lässt sich auf zwei Weisen verstehen, welche die Eckpunkte des Felds der hier zu führenden Auseinandersetzung um die Wortlautgrenze in der juristischen Methodik bilden. Zum einen ließe er sich so verstehen, dass der Text als Ausdruck von Recht die Entscheidung schon enthält. Dies wäre die herkömmliche Containeransicht. Die Wendung kann man aber auch so verstehen, dass der Normtext für Recht *einzustehen* hat. Ein Stück Papier, als das der Normtext materialiter erscheint, kann dies natürlich nicht. Also hat der Richter hier einzuspringen, indem er die Aufgabe für den Normtext übernimmt. Diese vordergründig

¹³⁵Dazu hier nur *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, S. 18 ff.

¹³⁶*Müller/Christensen*, Juristische Methodik. Band I, 9. Aufl., Rn. 526.

¹³⁷Zu diesem „Legitimationstransfer“ *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 20 f.

¹³⁸Generell zur ausschließlichen Relevanz der Wie-Frage im Zusammenhang methodischer Überlegungen *Müller/Christensen*, Juristische Methodik. Band II. Europarecht, S. 149 f.

harmlos erscheinende Selbstverständlichkeit ist allerdings von schwerwiegender Konsequenz. Denn der Normtext ist für den Richter lediglich ein „Zeichen für Recht“¹³⁹. Der Normtext zitiert dem Richter nicht Recht in seiner Bedeutung. Vielmehr muss er sich Recht anhand des Normtextes herbeizutieren, indem er entscheidet, was es dafür besagt. Wenn Davidson bemerkt, dass „derselbe Ausdruck mit unveränderten semantischen Merkmalen (mit unveränderter Bedeutung) zahllosen Zwecken dienen kann“,¹⁴⁰ dann trifft das in spezifischer Weise auch auf den Normtext zu. Die Tatsache, dass der Normtext sagt, was Recht ist, kann also nicht Voraussetzung der Rechtsarbeit sein. Sie kann nur Ergebnis der Entscheidung des Gerichts darüber sein. Oder noch einmal anders ausgedrückt: Wenn schon nicht der Normtext spricht, dann muss ihn die Arbeit des Verfahrens zum Reden bringen. Das ist die von der Strukturierenden Rechtslehre vorgenommene Differenzierung zwischen einer Bedeutsamkeit des Normtextes für die Entscheidung, die ihm so Geltung verleiht und der Bedeutung, die das Ergebnis einer Arbeit daran ist.¹⁴¹ Die Verpflichtung *auf*, und eben nicht *durch* den Normtext ist in der Formulierung einer Entscheidungsnorm konkret einzulösen: „Der Normtext zeichnet nicht schon verbindlich das für eine Entscheidung zu bildende Recht vor und hat von daher nicht bereits Bedeutung. Vielmehr zieht er aufgrund seiner Setzung die Erzeugung von Recht gezwungenermaßen auf sich und ist daher für diese von entscheidender Bedeutung. Dass der Normtext nicht ‚Bedeutung hat‘, heißt nicht, dass er nicht ‚von Bedeutung ist‘.“¹⁴²

3. Aber auch wenn der Normtext das Recht nicht selbst ausspricht, bleibt er für die Arbeit des Gerichts zentral. Um seine Entscheidung nach rechtsstaatlichen Maßstäben legitim zu treffen, hat das Gericht sich an das Gesetzeswort und an nichts anderes sonst zu halten.

Was heißt es nun aber, den Wortlaut als Grenze der Auslegung zu behandeln? Es heißt an erster Stelle, dass man die Rede vom „Wortlaut“ selbst nicht allzu wörtlich nehmen darf. Es kann dabei nicht der „Laut“, die phonetische Seite einer Äußerung, bzw. die graphemische eines Textes gemeint sein. Kurzum, „statt der Phonetik steht die Semantik im Mittelpunkt.“¹⁴³ Allerdings verleitet diese Fokussierung auf „Semantik“ die herkömmliche Lehre dazu zu meinen, man könnte Bedeutung als Gegenstand erkennen. Damit fällt die herkömm-

¹³⁹Vgl. Müller/Christensen, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht, 9. Aufl., Rn. 186.

¹⁴⁰Davidson, Sagen dass, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, S. 141 ff., 162. Dies ist natürlich nur eine andere Art zu sagen, dass der Normtext zwar unbestimmt, allgemein dazu für die indirekte im Anschluss an Quine *ebd.*, S. 151 ff., aber dennoch bestimmbar ist. Dazu Müller/Christensen, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht, Rn. 163 ff. Ansonsten siehe auch zur „Autonomie der Bedeutung“ Davidson, Kommunikation und Konvention, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, S. 372 ff., 385 f. zum „Prinzip der *Autonomie der Bedeutung*“.

¹⁴¹Zu dieser Differenz Müller/Christensen, Juristische Methodik. Band I, 9. Aufl., Rn. 186.

¹⁴²Müller/Christensen, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht, 9. Aufl., Rn. 186.

¹⁴³Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 36.

liche 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. Erkennt man aber Semantik als eine Praxis an, so bleibt nichts anderes übrig, als das *semantische* Modell einer isolierten Gegenstandserkenntnis *pragmatisch* zu öffnen. An die Stelle der beiden Pole des richterlichen Bewusstseins und des Normtextes ist die multipolare Beziehung des Verfahrens zu setzen. Die Arbeit des Gerichts lässt dies erkennen, indem Bedeutungshypothesen nicht einfach behauptet, sondern diskutiert und an anderen Auslegungscanones überprüft werden.

Zum zweiten kann es angesichts des inzwischen unbestrittenen Fregeschen Kontextprinzips, bei der Rede von der „Wortlautgrenze“ nicht um das isolierte Wort gehen, durch das juristische Entscheiden in seiner Legitimität limitiert wäre. Für sich genommen, besagt ein Wort gar nichts, denn „ein Wort hat nur im Satzzusammenhang Bedeutung“.¹⁴⁴ Und „einen Satz verstehen, heißt, eine Sprache verstehen“¹⁴⁵, so Wittgensteins konsequente Radikalisierung dieses Prinzips. Konsequenter, da auch ein Satz wiederum Ausdruck ist, der seine Bedeutung ebenso wenig, wie ein einzelnes Wort aus sich selbst schöpfen kann. Auch dies ist in der Begründungsarbeit des BGH deutlich sichtbar, wenn es die grammatische Auslegung mit den anderen Auslegungselementen verknüpft.

Zum Dritten ist für die „Wortlautgrenze“, „nicht auf eine lexikalisch mögliche Bedeutung, sondern auf die aktuelle Bedeutung der Worte des Gesetzes abzustellen“.¹⁴⁶ Dann aber kann man sich auch nicht mehr auf Regeln oder Konventionen berufen. Steht Bedeutung erst einmal in Frage, wie es die semantische Grundsituation des Rechtsstreits ausmacht, dann kann man sie nicht erkennen. Aktuelle Bedeutung lässt sich dann gerade nicht mehr für die Verwendung eines Ausdrucks anhand von Konventionen oder Regeln „feststellen“. Aktualität und Konventionalität von Bedeutungen prallen im Rechtsstreit aufeinander. Und die Aufgabe des Juristen besteht darin, diesen Konflikt zu bewältigen. Das heißt ganz allgemein, dass sich konventionelle und aktuelle Bedeutung immer eben nur mit Blick auf die jeweilige Verständigungssituation unterscheiden lassen. Vorrangig ist, was der Sprecher in einer gegebenen Lage mit seiner Äußerung erreichen möchte.¹⁴⁷

Ein konventionelles Moment solcher Äußerung lässt sich dann bestimmen als „Bezug auf Üblichkeiten, d.h. die Tatsache, dass Angehörige einer Sprachgemeinschaft, wenn sie einen bestimmten Ausdruck *x* äußern, mit diesem Ausdruck

¹⁴⁴ Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen Werkausgabe Band 1, § 49, als Verweis auf das, „was Frege damit meinte“. Siehe auch *ders.*, Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung. Werkausgabe Band 1, Vorwort.

¹⁴⁵ Wittgenstein, Philosophische Grammatik. Werkausgabe Band 4, § 84.

¹⁴⁶ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 37.

¹⁴⁷ Zum „notwendige(n) Primat des situationsgebundenen, d. h. ‚gemeinten‘ Äußerungsakts“ im Anschluss an Grice Busse, in: *ders.*, Diachrone Semantik und Pragmatik. Untersuchungen zur Erklärung und Beschreibung des Sprachwandels, S. 37 ff., S. 45. Ansonsten Davidson, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, S. 372 ff.

(bzw. seiner Äußerung) ‚normalerweise‘ etwas Bestimmtes übereinstimmend meinen“.¹⁴⁸ Damit ist die Klärung aber nur verschoben; denn nun fragt es sich, was man unter einem solchen Normalfall verstehen soll. Genau vor dieser Aufgabe steht auch das Gericht, wenn es dem Normtext eine Bedeutung von Recht geben soll. Es geht also bei der Wortlautgrenze nicht um eine vorgegebene Größe, sondern um eine Grenze, die praktisch gezogen werden soll.¹⁴⁹

III. Der Wortlaut als Einstieg in weitere Kontextualisierungen

Das Gericht muss jene Säulen, die als Wortlaut seine Entscheidung tragen sollen, erst errichten. Sie tragen nicht das Spiel. Sie sind im Spiel. Schärfer noch, sie stehen auf dem Spiel. Natürlich liegt darin, „die Paradoxie, dass sich juristische Textarbeit die Grenze erst selbst zu ziehen hat, der sie unterworfen und an der sie zu messen ist“.¹⁵⁰ Es handelt sich dabei aber um die Grundparadoxie von Recht. Mit dem Verfahren ist das Gesetz durch die widerstreitenden Lesarten der Parteien im Streit. Gleichzeitig müssen sich aber die streitenden Parteien beide auf genau dieses Gesetz beziehen. Auflösen kann man diese Paradoxie nur, wenn sie im Streit des Verfahrens entfaltet wird.¹⁵¹ Für die Frage nach einer Grenze heißt dies, dass sie gerade nicht mit einer im Text enthaltenen Norm beantwortet werden kann. Vielmehr markiert diese Grenze das Ziel für die Semantisierung des Normtextes. Damit „besagt“ jene Paradoxie „nichts anderes als dass die Frage der Wortlautgrenze unvermeidlich eine solche des Verfahrens ist: des Vorgangs der Erarbeitung des Normprogramms und des Textes der Rechtsnorm aus den Sprachdaten. Die Frage nach der Wortlautgrenze kann *nicht* auf einen Fixpunkt *außerhalb* der juristischen Arbeit an Sprache verlagert werden.“

Der „Wortlaut“ ist also keine durch die Norm gegebene Grenze. Vielmehr demarkiert er als Arbeit daran eine Grenze zur Norm. Dieses Verhältnis ist daher ein *internes*.¹⁵² Denn „eine solche Grenze ist *in* der Sprache zu errichten. Sie ist *praktizierte* Sprache. Und sie ist genau damit auch nicht ein Problem, das *immer schon* gelöst wäre, sondern eines, dass der juristischen Praxis *immer wieder* aufgegeben ist.“¹⁵³ Wollte man dagegen, wie die herkömmliche Lehre, darauf beharren, dass eine Grenze *durch* die Wortgebrauchsregel fähig zum Bezug darauf gegeben ist, so würde dies allerdings die unvermeidliche, und nur abzuarbeitende

¹⁴⁸ Busse, in: *ders.*, Diachrone Semantik und Pragmatik. Untersuchungen zur Erklärung und Beschreibung des Sprachwandels, S. 37 ff., 45.

¹⁴⁹ Siehe noch einmal nachdrücklich *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, § 69.

¹⁵⁰ Müller/Christensen, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht, 9. Aufl., Rn. 532.

¹⁵¹ Zu diesem „re-entry“ Teubner, in: *Koschorke/Vismann* (Hrsg.), Widerstände der Systemtheorie, S. 199 ff.

¹⁵² Zur Kritik daran Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 91. Gegen diese nach wie vor Christensen, Was heißt Gesetzesbindung?, S. 269 ff.; sowie zur Kritik auch Christensen/Kudlich, ARSP 93 (2007), 128 ff.

¹⁵³ Müller/Christensen, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht, 9. Aufl., Rn. 532.

Paradoxie des Rechts in die Absurdität führen. Die schlichte Frage, wozu denn dann überhaupt noch Interpretation und nicht einfach Kontemplation, reicht schon aus, dies zu zeigen.

Insgesamt ergeben sich aus der Analyse damit im Hinblick auf die Canones vier Konsequenzen. Erstens folgen die Gerichte in ihrer Praxis nicht der von der herkömmlichen methodischen Theorie vertretenen Gegenstands-Theorie der Bedeutung. Sie begreifen Bedeutung nicht atomistisch, sondern holistisch, nicht als Erkenntnisgegenstand, sondern als praktische Argumentationsaufgabe. Dies zeigt die durchgängige Verknüpfung der Konkretisierungselemente. Zweitens setzen sie die Wortlautgrenze nicht mit der Konkretisierungsfunktion der grammatischen Auslegung gleich, in keiner einzigen Entscheidung war dies zu sehen, sondern ziehen zur Bestimmung der Grenze den umfassend ausgelegten Wortlaut heran. Drittens zeigt sich in der Tätigkeit der Gerichte Sprachwissen und Weltwissen als miteinander verknüpft. Viertens werden grammatische und systematische Auslegung durch Vorentscheidungen aufgestuft zu einem Wortlaut bzw. einer Systematik zweiter Ordnung. Die beiden letzten Elemente bedürfen noch einer Diskussion.

B. Das Verhältnis von Sprache und Wirklichkeit in den gerichtlichen Begründungen

Der BGH nimmt in seinen Urteilen häufig Bezug auf Elemente aus der jeweils geregelten Sachstruktur.¹⁵⁴ Das ist sofort nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass das Recht ein soziales Phänomen ist. Es ist aber andererseits verwunderlich, wenn man vom herkömmlichen Selbstbild der Jurisprudenz ausgeht: „Die Rechtswissenschaft versteht sich traditionell nicht in erster Linie als Wissenschaft von der Herstellung richtigen Rechts oder als Wissenschaft von der richtigen Herstellung des Rechts. Sie will vielmehr vor allem Wissenschaft von richtigem Verständnis und der richtigen Anwendung des geltenden Rechts sein. Im Zentrum steht die Rechtsdogmatik.“¹⁵⁵ Mit dem Verständnis der Rechtswissenschaft als angewandter Geisteswissenschaft¹⁵⁶ wollte man an in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts die Autonomie der Rechtswissenschaft vor den andrängenden Sozialwissenschaften schützen.¹⁵⁷ Schon in der damaligen Diskussion wurde darauf hingewiesen, dass in der Praxis der Rechtsprechung die Sozialwissenschaften schon vorhanden sind.¹⁵⁸ Dies wurde aber in der Sicht der juris-

¹⁵⁴Vgl. nochmals oben S. 47 ff.

¹⁵⁵*Grimm/Maihofer*, Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1988, S. 9 im Vorwort.

¹⁵⁶Vgl. dazu *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., Stuttgart 1977, S. 7 ff., m.w.N. auf S. 229 in Fn. 60.

¹⁵⁷Vgl. zu dieser Diskussion *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, S. 295 ff.; *H.-W. Schönemann*, Sozialwissenschaften und Jurisprudenz; *Hopt*, JZ 1975, S. 341 ff.; *Heldrich*, Jus 1974, 281 ff.; *Opp*, Soziologie im Recht, S. 41 ff. sowie *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, S. 23 ff.

¹⁵⁸Vgl. dazu grundlegend *Jost*, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, S. 57 ff.; *Heldrich*, AcP 1986, 74 ff.; *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen; *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht; *Deckert*, Folgenorientierung in

tischen Tätigkeit als rein dogmatische Exegese anfangs verdrängt.¹⁵⁹

Die Situation hat sich mittlerweile gewandelt. Für die Lehre von der Gesetzgebung ist die Berücksichtigung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse heute in Theorie und Praxis selbstverständlich.¹⁶⁰ Nur für die juristische Methodik gerichtlicher Entscheidungsfindung bildet sie immer noch ein Problem.¹⁶¹ Man glaubt zwar an die faktische Kraft des Normativen, aber man hütet sich vor der normativen Kraft des Faktischen.

I. Das Scheitern des methodischen Purismus

1. Für den Versuch, die praktische Vorgehensweise der Gerichte in Theorie zu fassen, war zunächst von analytischen Ansätzen in der Philosophie und der Rechtstheorie wenig zu erwarten. Diese setzten auf die von der Welt isolierte Sprache und fielen damit hinter ihren eigenen Beginn zurück.¹⁶² Bei *Wittgenstein* war die Analyse der Sprache eingebettet in den Begriff der Lebensform.¹⁶³ Er fasste sie als einen der Aspekte eines umfassenden Standes des Menschen in der Welt und wollte die Sprache damit nicht isoliert, sondern als Teil einer umfassenden Welterschließung verstehen. In der Rezeption von *Wittgensteins* Ansatz ist dieser umfassende Charakter des Begriffs Lebensform meist vernachlässigt worden.

Diese Verkürzung erklärt sich zum Teil aus dem Erfolg der sprachanalytischen Methode.¹⁶⁴ Sie präziserte viele alte Probleme und eröffnete neue Perspektiven. Daher konnte man glauben, dass sie eine Antwort auf alle Fragen der Philosophie liefere. Der so genannte *linguistic turn*¹⁶⁵ wurde deswegen häufig verkürzt verstanden. Danach genügt es, die Sachuntersuchung zu ersetzen durch

der Rechtsanwendung, sowie *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, S. 23 ff.

¹⁵⁹Nicht zuletzt als Versuch zur Korrektur dieses blinden Flecks wurde 1971 das Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie gegründet, vgl. die Einleitung des Jahrbuchs 1972, Band 2.

¹⁶⁰Vgl. dazu *Noll*, Gesetzgebungslehre; *H. Schneider*, Gesetzgebung.

¹⁶¹Heute gibt es allerdings schon eine große Anzahl von fundierten Ansätzen zur Einbeziehung der Sozial- und Textwissenschaften in den methodischen Kernbereich der Jurisprudenz. Vgl. dazu *Morlok/Kölbl*, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 2000, 387 ff.; *Wolff/Müller*, Kompetente Skepsis; *J. Schmid/Drosdeck/Koch*, Der Rechtsfall – ein richterliches Konstrukt; *Löschper*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlicher Urteile; *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft.

¹⁶²Vgl. dazu *Rorty*, Der Spiegel der Natur, S. 283 ff. *Rorty* macht den Versuch, den methodischen Purismus, der alles auf Sprache reduziert, zu überschreiten und nennt dies eine unreine Sprachphilosophie. In der Theorie verliert die Sprachphilosophie damit ihre Stellung als *prima philosophia*, die ihr von mancher Seite angemutet wurde.

¹⁶³Vgl. zu diesem Begriff bei Wittgenstein *Schulte*, Wittgenstein, S. 142.

¹⁶⁴Die sprachanalytische Philosophie hat sicher das zentrale Verdienst, die so genannte Sprachvergessenheit in der Philosophie überwunden zu haben. Vgl. zu diesem Stichwort *Wellmer*, Wie Worte Sinn machen, S. 7 ff. Auch *Habermas* betont, dass nur die Reflexion der Sprache aus der klassischen Metaphysik herausgeführt habe, vgl. dazu *Habermas*, in: *ders.*, Nachmetaphysisches Denken, S. 35 ff., 52 ff.

¹⁶⁵Zum Begriff vgl. *Bergmann*, The Review of Metaphysics 1952, 417 ff.; sowie die vom Hrsg. verfasste Einleitung in: *Richard Rorty* (Hrsg.), The Linguistic Turn, 1967.

die Analyse des Sprechens über das Problem. Die Ontologie wurde damit zur Metaontologie und die Ethik zur Metaethik. Man thematisierte nur noch das Sprechen über die Phänomene, ohne die Phänomene selbst.

2. Auch im Recht wäre danach nicht das normative Orientierungsproblem, sondern die Art des Sprechens über das Recht zu betrachten. Dies wäre die entscheidende und fundierende Schicht der Rechtstheorie. Der Bezug zur Wirklichkeit wäre dann ausgeklammert. Damit käme man zu einem Reduktionismus, der als Basis für die Lösung einer Frage nur die Sprache zulässt. Vor allem die so genannte normalsprachliche Variante des *linguistic turn* wird als Rechtfertigung für diese methodische Verarmung angeführt. In seiner praktischen Vorgehensweise war aber schon der normalsprachliche Ansatz selbst sensibel für die Problembereiche, welche den Reduktionismus in Schwierigkeiten bringen. Dies waren vor allem vier Probleme: das erste war die Übersetzung von einer Sprache in die andere, das zweite der Einfluss der sozialen Praxis der normativen Bewertung von sprachlichen Äußerungen auf die Bedeutung, das dritte der Zusammenhang von Sprache und Geist sowie viertens von Sprachwissen und Weltwissen.¹⁶⁶

Offensichtlich wurde das Scheitern eines methodischen Purismus¹⁶⁷ mit der Entfaltung der Diskussion um den semantischen Holismus¹⁶⁸. Mit dieser so genannten postanalytischen Wende¹⁶⁹ wurde klargestellt, dass Sprache genau das erfüllt, was *Spinoza* für die Welt¹⁷⁰ und *Hegel* für den Geist¹⁷¹ behauptet hatte: Sprache ist holistisch, und das heißt, Bedeutung kann nicht als Positivum gefasst werden, sondern nur aus der Beziehung eines sprachlichen Elements zu allen anderen.

3. Damit war man zunächst beim Bedeutungsholismus angekommen. Aber aus der entsprechenden Diskussion wissen wir, dass der Holismus ein rutschiger Abhang¹⁷² ist, auf dem man nicht so schnell Halt finden kann. Deswegen konnte die Entwicklung natürlich dabei nicht stehen bleiben. Auch die Sprache lässt sich nicht isoliert begreifen. Genau so wenig wie die Bedeutung eines Wortes ist sie ein Positivum, welches allein aus sich selbst heraus verstanden werden kann. Sprache ist tatsächlich, wie schon *Wittgenstein* wusste, in eine Lebensform eingebettet. Die Beziehungen zwischen sprachlichen Elementen sind nur bestimmbar, wenn man die soziale Praxis der gegenseitigen Beurteilung der Sprecher berück-

¹⁶⁶Vgl. dazu *Winch*, in: *ders.*, Trying to Make Sense, S. 3 ff.

¹⁶⁷Heute entwickelt sich die Sprachreflexion in Richtung einer Erweiterung der Reflexionsgrundlage, die man häufig als eine Reihe von turns bezeichnet. Der performative turn und medial turn wären dann die wichtigsten dieser Wendung. Vgl. dazu *Stetter*, System und Performanz. Symboltheoretische Grundlagen von Medientheorie und Sprachwissenschaft; *Vogel*, Medien der Vernunft; *Mersch*, Was sich zeigt. Materialität, Präsenz, Ereignis.

¹⁶⁸Vgl. dazu weiterführend die Beiträge in *Bertram/Liptow*, Holismus in der Philosophie.

¹⁶⁹Vgl. dazu *Bertram*, Die Sprache und das Ganze, S. 14.

¹⁷⁰Vgl. dazu *Deleuze*, Spinoza, S. 147 ff.

¹⁷¹Vgl. dazu *Stekeler-Weithofer*, Philosophie des Selbstbewusstseins. Hegels System als Formanalyse von Wissen und Autonomie; *Brandom*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 1999, 355 ff.

¹⁷²Vgl. zum Bild des rutschigen Abhangs generell *Fodor/Lepore/Brandom/Churchland/Devitt und Rey*, Philosophy and Phenomenological Research 1993, 637 ff.

sichtigt und ihr an praktische Probleme gebundenes Weltwissen kennt.¹⁷³ Wenn man Sprache holistisch begreift, so hat dies die methodische Konsequenz, dass man weder die Elemente noch ihre Beziehungen als Positivum begreifen kann. Zur Artikulation der Bestimmtheit einer Struktur bedarf es immer einer weiteren Struktur. Dies zeigt sich schon am Zeichen mit seinen zwei Teilen aus Zeichenkörper und Bedeutungswert. Die Relation dieser Strukturen wird in der postanalytischen Philosophie allerdings dynamischer aufgefasst als im Strukturalismus¹⁷⁴. Dieser wollte Zeichen und soziales Bewusstsein verbinden wie die zwei Seiten eines Blattes. Beide Seiten verlieren dadurch ihren Eigenwert, und das ganze Modell wird statisch. Bei der Frage nach der Dynamik der Zeichenprozesse liegt aber der Ansatzpunkt postanalytischer Philosophie. Der Zusammenhang von Sprache und Welt ist nicht Struktur, sondern Prozess. Rein sprachlich betrachtet sind die Beziehungen zwischen den sprachlichen Elementen unbestimmt. Erst wenn man sie als ko-konstituiert¹⁷⁵ mit anderen Strukturen begreift, gewinnen sie Bestimmtheit. Diese anderen Strukturen sind die Lösung praktischer Probleme und die soziale Praxis, in der Sprecher sich wechselseitig beurteilen.

4. Der Zusammenhang von Sprache und Welt wurde in der neueren philosophischen Diskussion zunächst von der Hermeneutik hervorgehoben. *Hans-Georg Gadamer*s „Wahrheit und Methode“ betont die „Sachhaltigkeit der Sprache“¹⁷⁶. Die hermeneutischen Ansätze bestanden vor allem darin, den Zusammenhang von Sprache und Weltwissen zu benennen. In § 18 von „Sein und Zeit“ hatte *Heidegger* schon das Programm entwickelt, aus nichtsprachlichen Praktiken die Begriffe zu gewinnen, mit denen sprachliche Ausdrücke bestimmt werden können.¹⁷⁷ Den Gedanken, dass man sprachliche Praktiken von nichtsprachlichen Praktiken her begreifen muss, hat Gadamer mit dem Topos der Sachhaltigkeit der Sprache aufgenommen, ohne ihn zu präzisieren.

II. Das Konzept Normbereich

1. In der Rechtstheorie hat *Friedrich Müller* anknüpfend an die Hermeneutik und die analytische Sprachphilosophie den Zusammenhang von Sprache und Wirklichkeit zum Konzept des Normbereichs ausgearbeitet. Ausgangspunkt ist die vorthoretische Intuition, dass wir Sprache nicht verstehen könnten, wenn sie nichts mit der Welt zu tun hätte. Es werde also auch in der Sprache des Rechts über „etwas“ gesprochen. Aber dies ist nicht so zu verstehen, dass eine schon vorher fertige Sprache mit einer schon vorher fertigen Welt nachträglich in Beziehung gesetzt wird. Es geht nicht um zwei unabhängige Größen, die der Sprecher erst zusammenbringt. Es handelt sich vielmehr um einen untrennbaren

¹⁷³Als Ansatz, der diese Elemente verbindet, vgl. *Bertram*, Die Sprache und das Ganze: zur Normativität in der Sprache S. 123 ff.; zur Welthaltigkeit der Sprache S. 171 ff.; zur Sprachpraxis S. 100 ff.

¹⁷⁴Vgl. dazu *Bertram*, ebd., S. 191 ff.

¹⁷⁵Vgl. dazu *Bertram*, ebd., S. 193 ff.

¹⁷⁶*Gadamer*, Wahrheit und Methode, S. 449.

¹⁷⁷Vgl. dazu *Heidegger*, Sein und Zeit, § 15.

Zusammenhang zweier heterogener Größen. Die Normtexte sind auf wirkliche Probleme bezogen, und diese Probleme sind nur durch die Sprache artikuliert. Es handelt sich damit um eine nichtreduktionistische Methode, welche weder die Welt auf die Sprache zurückführt, noch die Sprache auf die Welt. Angezielt ist vielmehr das schwierige Problem einer Ko-Konstitution von Bedeutung des Normtextes und geregelter Wirklichkeitsausschnitt. *Müller* bezieht sich hier zur Präzisierung des Problems explizit auf *Wittgenstein* und dessen Begriff der Lebensform¹⁷⁸. Das praktische Funktionieren des Normbereichs wird durch den Zusammenhang von sprachlichen und nichtsprachlichen Praktiken konstituiert und ist dann Gegenstand detaillierter Analysen.

2. Nichtsprachliche Sachverhalte sind zunächst durch eine Verweisungsstruktur gekennzeichnet. Das Handeln trifft nicht auf isolierte Gegenstände, sondern immer auf Gegenstände in Beziehungen.¹⁷⁹ Gegenstände sind darin Elemente, die im Handeln einen Unterschied machen. Wir finden die Struktur von Praxis vor und beginnen dabei immer inmitten einer schon etablierten Praxis, deren Anfänge sich nicht finden lassen. Aber auch diese Bestimmtheit von Strukturen lässt sich nicht aus sich heraus verstehen. Die Unterschiede der Welt müssen in Sprache artikuliert sein. Man kann also weder die Sprache auf die Welt, noch die Welt auf die Sprache reduzieren. Beide Strukturen verweisen aufeinander. Ohne die dazugehörige Praxis wäre Sprache unbestimmt, und ohne Sprache wäre die Praxis nicht artikuliert.

Die Praxis kann artikuliert werden durch Rückgriff auf frühere Strukturierungen. Darin liegt die Leistung der Sprache, die dann ihrerseits durch neue Kontextualisierungen weiterentwickelt wird. Dabei ist die Sprache kein Begriffsschema, das man der amorphen Welt überstreift.¹⁸⁰ Die Arktis wird nicht erst durch die Unterscheidungen und Abstufungen im Begriff Schnee geschaffen¹⁸¹. Vielmehr führen praktische Probleme im Umgang mit dieser Lebenswelt zu sprachlichen Differenzierungen, die dann wieder eine Ausdifferenzierung der Praxis erlauben.¹⁸²

3. Die Strukturen der Praxis und der Sprache sind allerdings nicht homolog. Es handelt sich nicht um eine Entsprechung von Element zu Element. Statt

¹⁷⁸Weiterführend *Friedrich Müller*, *Recht – Sprache – Gewalt*, S. 34, 38 ff.

¹⁷⁹Vgl. dazu *Heidegger*, *Sein und Zeit*, 1986, § 15.

¹⁸⁰Vgl. dazu *Davidson*, in: *ders.*, *Wahrheit und Interpretation*, S. 261 ff.

¹⁸¹So der häufig formulierte Gedanke, dass man in der Wahrnehmung nur das unterscheiden könne, was man auch in der Sprache unterscheiden kann. Dies vor allem im Anschluss an *Whorf*, in: *ders.*, *Sprache, Denken, Wirklichkeit*, S. 261 ff. Zur Kritik *Bertram*, *Die Sprache und das Ganze*, S. 186 ff.

¹⁸²Als Beispiel aus den untersuchten Entscheidungen: Auch kriminelle Banden entstehen nicht durch begriffliche Absichtungen unterschiedlich großer und fester Organisationsformen, sondern existieren erst einmal als Phänomen. Die unterschiedliche *reale* Gefährlichkeit verschiedener Organisationsstrukturen (vgl. BGHSt 50, 160, 163, 167) führt dann zu sprachlichen Ausdifferenzierungen (bloße Mittäterschaft; kriminelle Vereinigung), wobei die begriffliche Abgrenzung dann u.a. auf die tatsächlichen Unterschiede (etwa in gruppenspezifischen Prozessen) gestützt werden kann.

einer punktuellen geht es um eine weiträumige Beziehung¹⁸³. Die Verknüpfung von Sprache und Welt erfasst auf beiden Seiten eine Vielzahl von Elementen. Verbunden sind nicht Elemente, sondern Ensembles von Praxis und Sprache. Es handelt sich um eine Ko-Evolution heterogener Strukturen. Es gibt immer mehr Dinge als Worte und mehr Worte als Dinge. Die Welt wird von der Sprache nicht geschaffen und sie ist nicht vollständig unabhängig von ihr. Sie meldet sich in der Sprache als Widerstand und Beharrlichkeit¹⁸⁴. Damit zwingt die Ko-Konstitution von Sprache und Praxis dazu, den Gegensatz von Realismus und Konstruktivismus zu überschreiten. Wir sind im Handeln weder reine Empfänger, noch reine Setzer, sondern Schnittstellen, die mit der Aporie von Realität und Konstruktion zu leben gelernt haben.

III. Verknüpfung von Sprachwissen und Weltwissen

1. Wie ist nun der Widerstand der Realität bei der Konstruktion von Normen zu fassen? Das *Konzept Normbereich* verknüpft rechtlich explizite Regeln mit praktisch impliziten Standards, um damit die Ko-Konstitution von Sprache und Welt zu erfassen. So hat etwa das Bundesverfassungsgericht das deutsche Rundfunkverfassungsrecht unter ausdrücklichem Bezug auf den Begriff „Normbereich“ vorbildlich entwickelt. 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 Äußerungen¹⁸⁵ 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“ ausdifferenzieren.¹⁸⁶

Mit dem Konzept Normbereich entsteht so eine Kooperation von Gerichten und Medienöffentlichkeit beim Herausbilden von Standards.¹⁸⁷ Wichtig ist dabei, dass der methodische Ansatz „Normbereich“ nicht davon ausgeht, dass es je einen einzigen privilegierten Zugriff auf die Wirklichkeit in Form einer versionlosen Beschreibung gebe. Auf diese Weise kann man auch die produktive Rolle des Gerichtsverfahrens erfassen. Hier wird durch den Streit der Prozessparteien und mit Hilfe von Sachverständigen Erfahrungswissen neu produziert und das

¹⁸³ Bertram, Die Sprache und das Ganze, S. 189.

¹⁸⁴ Bertram, Die Sprache und das Ganze, S. 193.

¹⁸⁵ Dazu BVerfGE 85, S. 1 ff. sowie Hoffmann-Riem, AöR 128 (2003), 173 ff. Allg. zu dieser Judikatur Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, 9. Aufl., Rn. 41, 237 f.

¹⁸⁶ Vgl. dazu BVerfG, in: NJW 1998, 1396 ff.; Ladeur, NJW 2000, 1977 ff.; ders., NJW 2004, 393 ff.

¹⁸⁷ Vgl. dazu auch Ladeur/Augsberg, Rechtstheorie 2005, 143 ff.

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.

2. In einer komplexen Ökonomie der Ungewissheit kann das Recht nicht mehr beanspruchen, den Möglichkeitshorizont, etwa unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit, unmittelbar steuern zu wollen. Vielmehr geht es darum, die Selbstveränderungsfähigkeit einer pluralen (und vielfach globalisierten¹⁸⁸) 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 Risiko¹⁸⁹, Wissen¹⁹⁰ und Handlungspotenzial von marktförmiger, wissenschaftlicher und personaler Selbststeuerung¹⁹¹ integrieren. Das Recht wird damit responsiv und transformiert die vermeintliche Sicherheit hierarchischer Argumentationsmuster in das Handhaben von Ungewissheit und in ständige Revisionsbereitschaft.

Im Strafrecht wird dies etwa im Bereich beruflicher Risiken sichtbar. Wieviel Risiko kann wirtschaftliches Handeln anderen zumuten und wo beginnt die strafrechtliche Verantwortlichkeit?¹⁹² Mit dem Konzept des Normbereichs kann durch Einbeziehung sozialtheoretischen Wissens das Problem des Risikomanagements strukturiert werden.¹⁹³ Der moderne gesellschaftliche Umgang mit Risiken erzeugt Systemkollisionen als Strukturprobleme der Gesellschaft, die über die Konflikte der Eigenrationalitätsmaximierung noch hinausgehen.¹⁹⁴ Historisch hängt das mit der Umstellung von traditioneller Mehrfachabsicherung in multifunktionalen Einrichtungen zusammen. So war die Familie für alle Lebensbereiche zuständig und musste bei der Bewältigung von Lebensrisiken vielfache

¹⁸⁸Vgl. etwa als Berücksichtigung eines Realelement die Bezugnahme auf das *tatsächliche* (ggf. selektive) Verhalten ausländischer Staaten bei der Rechtshilfe in der Entscheidung zur Sperrung eines Beweismittels durch die Exekutive eines anderen Staates (1. Entscheidung des BGH im Fall Motassadeq) BGHSt 49, 112, 125.

¹⁸⁹Vgl. etwa zum Risiko von Straftaten auf Grund von Alkoholisierung als Realelement bei der Entscheidung über Strafrahmenverschiebungen bei verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) BGHSt 49, 239, 242 f.

¹⁹⁰U.U. aber auch einmal das Nichtwissen, vgl. etwa zum Umgang mit dem fehlenden Wissen über den Umgang der deutschen Militärgerichtsbarkeit während des 2. Weltkrieges mit exzessiven Kriegsverbrechen BGHSt 49, 189, 199 f.

¹⁹¹Die Grenzen dieser personalen Selbststeuerung zieht BGHSt 49, 306, 312 ff. für den Besitz von Khat (Zweigspitzen und jungen Blätter des Katstrauchs, die als leichtes Rauschmittel konsumiert werden) etwa unter Berücksichtigung chemisch-toxologischer Gutachten, der Technik des Konsumierens, der geringen Gefahr von Überdosierungen u.a. vergleichsweise weit.

¹⁹²Vgl. etwa zur Berücksichtigung begrenzter Erkenntnismöglichkeiten aus Bilanzen (stichtagsbezogen, nicht dynamisch) oder der Eigenkapitalisierung bestimmter Geschäftszweige als Realelemente für die Auslegung des Begriffs des Vermögensgegenstandes in § 400 AktG BGHSt 49, 381, 386 f. Ferner zur Berücksichtigung der tatsächlichen „Erbringbarkeit“ von „vielfältigen der Daseinsvorsorge zugerechneten Aufgaben“ durch private Unternehmer als Realelement bei der Auslegung des Amtsträgerbegriffs in § 11 I Nr. 2c StGB durch BGHSt 50, 299, 304.

¹⁹³Vgl. auch für eine effektivere Kriminalitätsprävention durch eine an kriminalistischen und kriminologischen Erkenntnissen orientierte Rechtsanwendung *Rácz*, JR 1984, 234, 235 f.

¹⁹⁴*Luhmann*, Soziologie des Risikos, S. 86 ff.

Rücksichten einbauen. Oikos, Polis, Korporation und Kirche waren in diesem Sinn multifunktionale Institutionen, die einen eher diffusen Umgang mit Risiken und entsprechend risikoaverse Einstellungen entwickelten. Die Moderne setzt demgegenüber auf Unifunktionalität in binär codierten Systemen. Für Risiken bedeutet das, dass sie nun von spezialisierten Funktionssystemen übernommen werden. Der eigentlich moderne Umgang mit Risiken besteht darin, dass diese nicht von einer einzigen Instanz, etwa einer zentralen politischen Institution, in all ihren Dimensionen und mit vielerlei Rücksichtnahmen bearbeitet werden; sondern dass sie in die Logik hochspezialisierter Sozialsysteme hinein übersetzt werden und damit nur noch je eindimensional als teilsystemspezifische Probleme wahrgenommen werden können.¹⁹⁵

3. Das hat eine überaus produktive Seite: Mit ihren gesteigerten Teilrationalitäten und Problemlösungstechniken sind die Subsysteme in hohem Maß zur Risikobewältigung geeignet. Wissenschaft, Wirtschaft, Medizin haben beeindruckende Techniken zur Risikoabsorption entwickelt. Die positive Folge heißt, dass die gesellschaftlichen Risiken in ungeahntem Maß zunehmen und dennoch ausgehalten werden können und dass dies zugleich eine Steigerung gesellschaftlicher Chancen ermöglicht. Doch hat dieser Vorgang der Risikofragmentierung in Teilrationalitäten auch seine destruktive Seite: Er löst neuartige Konflikte aus, die dann im Recht als Normkollisionen wahrgenommen werden. Das Destruktive liegt in den nicht-koordinierten, unabsehbaren schädlichen Auswirkungen der systemspezifischen Risikoabsorption auf ihre gesellschaftlichen Umwelten.¹⁹⁶ Die Befreiung der spezialisierten Systeme von vielerlei Rücksichten führt dazu, dass das jeweilige Teilsystem die Risiken für sich selbst sehr erfolgreich, für seine Umwelt aber buchstäblich „rücksichtslos“ bearbeitet.¹⁹⁷ Was für das jeweilige System ein annehmbares Risiko darstellt, wird für andere Systeme und gesellschaftliche Umwelten zur Bedrohung bis hin zur Existenzgefährdung.¹⁹⁸

So werden durch die eigentlich produktive Risikoübernahme durch ein einzelnes System hohe Risiken in anderen Systemen erzeugt. Erfolgreiche Risikoabsorption in einem Teilsystem resultiert dann in gesamtgesellschaftlichen

¹⁹⁵Ein solches Teilsystem kann im Einzelfall auch einmal das Justizsystem sein, so wenn als Realelement Funktion (Massenverfahren zur schnellen summarischen Erledigung) und tatsächliche Auswirkungen (Verzögerung, Kosten) des Ordnungswidrigkeitenverfahrens mit seiner Rechtsbeschwerde herangezogen werden, um über den Beginn des Laufes von Rechtsmittelfristen zu entscheiden, vgl. BGHSt 49, 230, 233, 237. Zu einem weiteren Beispiel (Bewältigung von Großverfahren mit beschränkten personellen Ressourcen mit Hilfe von Absprachen) vgl. BGHSt 50, 40, 49 ff.

¹⁹⁶Im soeben (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden) genannten Beispiel der Urteilsabsprachen etwa in der unterschiedlichen Wahrnehmung von Absprachen und den an sie zu stellenden Anforderungen aus Sicht des Tatgerichts (Erledigung und Schaffung von Rechtssicherheit) einer- und des Revisionsgerichts (Wahrung prozessualer Minimalstandards; Erhaltung von Kontrollmöglichkeiten) andererseits BGHSt 50, 40, 50, 53.

¹⁹⁷Vgl. zur Frage, inwieweit durch Formen der organisatorischen Privatisierung der Verhaltensrahmen des Korruptionsstrafrechts gelockert werden kann und sollte, BGHSt 50, 299, 304, 308 f.

¹⁹⁸Vgl. die auf *Ludwik Fleck* zurückgehende These des „How Institutions Think“ von *Douglas*, *How Institutions Think*.

Umweltschädigungen. Man muss das Recht darauf vorbereiten, auf destruktive Konflikte zwischen unverträglichen Handlungslogiken zu reagieren, und zwar nicht durch Wertabwägung, sondern durch Umwandeln abstrakter philosophischer Fragen in soziologische Analysen. Auch das ist eine Konsequenz des Konzepts „Normbereich“.

C. Die interne Vernetzung der Gerichtsentscheidung durch Vorentscheidungen

Neben der Rolle des Wortlauts – als Argument und als „Grenze“ der Auslegung – ist vor allem die auffallend starke interne Vernetzung der Urteile mit Vorentscheidungen näher erklärungsbedürftig. Ein solcher Befund wurde schon in der Rechtsprechung des EuGH festgestellt und diskutiert.¹⁹⁹ Allerdings konnte man diesen Befund dort noch mit den Besonderheiten der Interlegalität im Europarecht erklären. Hier bestätigt sich jedoch unabhängig von solchen Besonderheiten, dass die interne Vernetzung der Urteile die wichtigste Entscheidungsgrundlage der Richter darstellt. Man könnte nun glauben, die große Bedeutung der Vorentscheidung sei ein Phänomen der jüngeren Zeit. Denn durch die Arbeit am Computer und entsprechende Datenbanken sind Vorentscheidungen nicht nur leichter, sondern auch in größerer Zahl verfügbar (was sich in den absoluten Zahlen auch durchaus niederschlägt, vgl. bereits oben S. 51 ff.). Wir haben aber doch mit einem gewissen Erstaunen feststellen, dass schon die allererste Entscheidung des BGH in der amtlichen Sammlung in Strafsachen ganz überwiegend aus der Analyse und Diskussion von Vorentscheidungen besteht. Vor der ersten Entscheidung liegen also immer schon andere Entscheidungen – in diesem Fall diejenigen des Reichsgerichts. Es stellt sich daher zunächst die Frage, wieso dieses zentrale Phänomen praktischer Rechtsarbeit im blinden Fleck der rechtstheoretischen Beobachtung liegt.²⁰⁰

I. Präjudizien im vertikalen Holismus des Gesetzes

Gerichte greifen schon immer auf eigene Entscheidungen zurück, wenn sie einen Fall lösen. Die herkömmliche Methodik hat dies kaum beachtet. Recht kommt für sie aus dem Gesetz. Es liegt nicht in den Händen der Richter, so weise sie auch sein mögen. An das Gesetz haben sie sich zu halten und nicht an das, was sie selbst daraus gemacht haben. Die aus dem Normtext gezogene Entscheidung soll demnach allenfalls *Ergebnis* einer Rechtserkenntnis sein und nicht etwa deren *Gegenstand*. Hinter dieser Delegitimierung der Verwendung steckt natürlich jene überholte Lehre von der „Auslegung“, die meint, diesen

¹⁹⁹Es ist mittlerweile über Inhaltsanalysen von Gerichtsurteilen empirisch nachgewiesen, dass der Bezug auf die eigene Rechtsprechung in der Arbeit der Gerichte und ganz besonders der des EuGH eine gewichtige Rolle spielt. Vgl. dazu grundlegend nochmals *Dederichs*, Die Methodik des EuGH.

²⁰⁰Vgl. ausführlich zur Entwicklung einer horizontalen statt allein vertikalen Gesetzesbindung *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, 2008, passim.

Begriff wörtlich nehmen zu sollen²⁰¹. Die Entscheidung muss aus dem Behälter des Gesetzes herausgezogen oder ausgelegt werden.

1. Vom Gesetz zum übergeordneten Recht Auslegen wird von der Literatur dabei als Erkennen des normativen Gehalts von geschriebenen Rechtsvorschriften verstanden. „Unter dem Begriff der Auslegung in seinem allgemeinsten Sinne kann verstanden werden, etwas Unklarem eine klare Bedeutung zu geben, d.h. seinen Sinn klarzustellen, seine Tragweite zu bestimmen und Grenzen und Auswirkungen herauszustellen. Bildlich ausgedrückt soll durch die Auslegung der in dem Gesetzestext beschlossene, aber noch gleichsam verhüllte Sinn ‚zur Sprache gebracht‘ werden. In diesem Sinne ist das Produkt der Auslegung im Objekt von vornherein enthalten, muss jedoch noch methodisch herausgearbeitet werden.“²⁰²

Die Bedeutung des Gesetzes als Recht wird also schlicht *erkannt* und nicht etwa als eine dem Text auf dem Weg der Argumentation vom Juristen zugeschrieben und damit aktuell erst wieder erzeugt. Dies führt dann zu einer Definitionen der Rechtsarbeit, nach der der „Gegenstand der Auslegung (...) der Gesetzestext als Träger dieses normativen Sinnes (ist). Der Gesetzestext selbst ist nicht mit dem normativen Sinn gleichzusetzen, sondern dieser liegt sozusagen ‚hinter‘ dem Text als das von den Zeichen und Zeichenverbindungen, die den Wortlaut bilden, Bezeichnete.“²⁰³

Manchmal ist es dabei nötig, den vorgegebenen Inhalt des Gesetzes erst zu klären. Aber auch dies soll jedoch keine Rechtschöpfung sein. Vielmehr lässt sich der Jurist hier lediglich von jenen Rechtsprinzipien leiten, nach denen der Normtext geschaffen wurde, auf deren Linie daher sein vorgeblicher Rechtsgehalt liegt und die damit vorzeichnen, was sozusagen „eigentlich“ hätte im Text stehen können. Die Rechtsprinzipien springen somit als Gegenstand der Erkenntnis dort in die Bresche, wo die Bedeutung des Normtextes eine „Lücke“ aufweist und sich einer direkten Erkenntnis von Recht versagt.²⁰⁴ Am Grundverhältnis einer Erkenntnis ändert sich für die herkömmliche Ansicht dadurch nichts. Sie

²⁰¹Zu deren Kritik hier nur *Christensen*, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, S. 27 ff.; sowie im Besonderen im Hinblick auf das Europarecht *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik. Band II: Europarecht*, Rn. 672.

²⁰²*Buck*, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, S. 29, unter ausdrücklichem Bezug auf den Ansatz bei *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. Zum Problem im Engeren auch *Larenz*, *Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem*, NJW 1965, 1 ff.

²⁰³Vgl. *Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, S. 26: „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.“

²⁰⁴*Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, S. 52.

verlagert lediglich ihren Gegenstandsbezug. An die Stelle des Gesetzes treten Vorentscheidungen, genau so wie die Erkenntnis des Gesetzes zum vorgegebenen Sinn führt, gelangt man durch die Lektüre von Vorentscheidungen zu den geistigen Prinzipien des Rechts. Es bleibt bei der Erkenntnis eines vorgegebenen Inhalts.

2. Die vertikale Kritik des Richterrechts Um trotz der offensichtlich aktiven Rolle der Gerichte die herkömmliche Vorstellung objektiv vorgegebenen Rechts zu retten, erklärt man das Präjudiz zur subsidiären Rechtsquelle. Jenseits der „Wortlautgrenze“ oder bei „Unbestimmtheit“ des Textes sollen die Vorentscheidungen in die Bresche springen und dem Richter Rechtserkenntnis ermöglichen. Das Rechtserkenntnismodell bleibt so die prinzipielle Schranke bei der Untersuchung der Rolle des Präjudizes. Wenn der Normtext als Gegenstand der Bedeutungserkenntnis versagt, wird er von der Vorentscheidung als Gegenstand der Erkenntnis ersetzt. In einem nicht näher einzugrenzenden Bereich wird dem Präjudiz damit eine normtextähnliche Rolle eingeräumt. Es soll dabei Gegenstand der Rechtserkenntnis und richterlicher Bindung. Aber natürlich kann der Text einer Vorentscheidung dem Leser ebenso wenig eine feste Bedeutung als Gegenstand vorgeben, wie dies der Normtext vermochte.

Damit rangieren für die herkömmliche Lehre Vorentscheidungen als Quelle für die Rechtserkenntnis erst nach dem Gesetz. Dem Richter soll gewissermaßen erst dann Gehör geschenkt werden, wenn der Gesetzgeber sich in hartnäckiges Schweigen hüllt. Vorentscheidungen sollen erst dann bindend sein, wenn jenseits des Wortlauts der Rückgriff auf den Normtext ins Leere geht und die richterliche Eigenwertung hier einspringen muss, um überhaupt zu der geforderten Entscheidung kommen zu können. Diese Sicht verfehlt allerdings die Praxis von Recht. Normativität wird hier als statische Eigenschaft eines Textes verstanden, den man einfach anwenden muss. Das trifft aber auf Gesetzestexte ebenso wenig zu wie auf Urteilstexte. Bindung bedeutet im einen wie im anderen Fall vielmehr, dass der Text nicht einfach argumentativ übergangen werden kann. Vielmehr ist durch ihn als Kontext der Entscheidung eine Richtung gewiesen, in der sich die Argumentation zu bewegen hat, damit das Ergebnis als gerechtfertigt gelten kann.

Die bisherige Diskussion um die Wirkung von Vorentscheidungen in der Praxis der Gerichte wird durch die prinzipiellen Schranken der traditionellen Rechtserkenntnislehre behindert. Diese wirken bis in die Terminologie hinein. Man stellt die faktische Wirkung von Präjudizien in der kontinentalen Tradition ihrer normativen Wirkung in der angelsächsischen gegenüber.²⁰⁵ In dieser

²⁰⁵Vgl. zur Diskussion *Schima*, in: *Feldner/Forgó* (Hrsg.), Norm und Entscheidung, S. 280 ff.; *Toth*, Yearbook of European Law 4 (1984), S. 1 ff.; *Pietrek*, Verbindlichkeit von Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWGV; *Barcelò*, in: *MacCormik/Summers* (Hrsg.), Interpreting Precedents: A Comparative Study, S. 407 ff.; *Ehrlicke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes; *Arnell*, in: *Mads Andenas* (Hrsg.), English Public Law of Europe,

Gegenüberstellung verschwindet das Problem.

3. Das Scheitern der vertikalen Auslegung Die Frage, wie zu entscheiden ist, wird von der herkömmlichen Lehre 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 nicht damit begnügen, auf der äußerlichen Ebene Texte zu verknüpfen, sondern muss in die Tiefe vorstoßen.

Hinter dem Gefüge gesetzlicher Anordnungen soll ein weiteres System liegen, zu dem man sich über den bloßen Text hinaus durcharbeiten muss. Es ist das System der Rechtsprinzipien:²⁰⁶ Zwar sind auch diese nicht homogen und widerspruchsfrei. Aber dafür gibt es eine Lösung. Wir entnehmen sie aus dem Innersten des inneren Systems, der Rechtsidee, sei diese nun naturrechtlich, neuhegelianisch, wertungsbezogen²⁰⁷ oder diskurstheoretisch²⁰⁸ bestimmt. Mit dem Abschluss dieser Bewegung nach innen landet man bei einem vertikalen Holismus.

Die „vertikale Auslegung“²⁰⁹ sucht also den Weg ins Innere des Rechts. Aber das Innere schlägt sofort ins Äußere um, wenn man die Rechtsidee fassen will. Sie soll unbeeinflusst vom Gewimmel der Lesarten und dem Konflikt der Prinzipien über jedem Streit stehen. Doch die Kontrolle aus der Vertikale scheitert. 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.

Genau diese Konsequenz zeigt sich mit voller Deutlichkeit in der Praxis der Gerichte. In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt, die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung. Diese Beobachtung zweiter Ordnung wirft Legitimationsfragen auf, die bisher nur unter dem missverständlichen Titel des Präjudizes *als Rechtsquelle* thematisiert wurden. Erst wenn man sich klar macht, dass das Recht *nicht* Quellen

S. 93 ff.

²⁰⁶Vgl. dazu *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., S. 133: „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.“

²⁰⁷Vgl. dazu *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., S. 131 f., 297 ff.

²⁰⁸Vgl. dazu *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl., S. 201 f.

²⁰⁹*Bleckmann*, in: *ders.*, Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 41 ff., 44.

entnommen, sondern unter einschränkenden Vorgaben vom Gericht *geschaffen* wird, kann man von der unzulänglichen Metaphysik²¹⁰ der „Quellen“ wegkommen und operationale methodische Fragen erörtern.

II. Semantische Grundlagen

Wenn man den Bezug der Gerichte auf Vorentscheidungen in eine Semantik des Rechts einordnen will, stößt man auf das Problem, dass eine solche Semantik noch kaum ausgearbeitet ist. Dies hat zum einen damit zu tun, dass die Bedeutungsverhältnisse im Recht derart komplex sind, dass man für Untersuchungen auf die selten vorhandene Doppelkompetenz eines juristischen Sprachwissenschaftlers verwiesen ist. Zum andern aber auch damit, dass die Semantik selbst eine sehr dynamische Entwicklung nimmt. Um diese Entwicklung für unsere Zwecke schlagwortartig zu bezeichnen, kann man von einem Übergang von der analytischen Regelsemantik zur einer postanalytischen Fallsemantik sprechen. Die juristischen Rezeptionsversuche sind dabei zumeist nur auf das Niveau der frühen Ansätze der Regelsemantik gelangt, wie sie vor allem am Beginn der Entwicklung dieser Disziplin vertreten wurden.

1. Die analytische Regelsemantik a) Die juristische Regelsemantik will mit Hilfe von frühen Ansätzen der analytischen Sprachphilosophie das so genannte deduktive Begründungsmodell des klassischen Positivismus fortführen. Sie verfolgt dabei das Ziel, Urteile intersubjektiv überprüfbar zu machen und beruft sich insoweit auf die verfassungsrechtliche Vorgabe der Gesetzesbindung.²¹¹ Die Erweiterung des herkömmlichen positivistischen Modells mit den Mitteln der „modernen Semantik“²¹² soll es ermöglichen, eine Entscheidung „im Einklang mit dem semantischen Gehalt des Gesetzes“²¹³ zu treffen.

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.“²¹⁴

b) Die herkömmliche Lehre möchte also einen normativen Maßstab für die juristische Textarbeit einführen, der dem entscheidenden Gericht entzogen ist und

²¹⁰Vgl. zur Rechtsquellenmetapher auch bereits *Christensen/Kudlich*, in: *Christensen/Pieroth*, Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht, S. 57 ff.

²¹¹Vgl. *Hilgendorf*, Argumentation in der Jurisprudenz: zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz, S. 28 ff.; sowie *Koch*, ARSP 1975, 27 ff.

²¹²*Hilgendorf*, ebd., S. 44. Diese Einschätzung setzt aber die juristische Sicht voraus. Aus linguistischer Sicht ist eine derartige Semantik nicht gerade sehr modern. Hierzu ist auch aus sprachwissenschaftlicher Sicht schon genug gesagt worden: Vgl. dazu *Busse*, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, S. 93 ff., 97 ff.

²¹³Vgl. *Koch*, in: ders., Die juristische Methode im Staatsrecht, S. 15 ff., 58 ff.

²¹⁴*Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, S. 72.

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“,²¹⁵ 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“,²¹⁶ 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.²¹⁷ Im Klartext steckt darin die Einsicht des Antiregelianismus,²¹⁸ „dass wir im *kommunikativen Handeln* im Allgemeinen, im *sprachlichen Handeln* im Besonderen, nicht einfach vorgegebenen oder explizit ausgehandelten Regelschemata folgen“.²¹⁹

Wenn sich die Semantik, dennoch der Rede von Regeln bedient, dann ist dies ihre Weise, auf den Sprachgebrauch zu reflektieren und sich zu ihm zu verhalten.²²⁰ Auch sie ist damit nicht die normative Wissenschaft, als die sie von der herkömmlichen Lehre vorausgesetzt 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.“²²¹ 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. Erklärlich wird diese Auffassung dadurch, dass man meint, hier selbst einem normativen Druck nachgeben zu müssen. Dieser geht von der Rolle aus, die die Wortlautgrenze für eine Legitimierung juristischen Entscheidens²²²

²¹⁵So die Leitfrage bei *Davidson*, in: *ders.* Wahrheit und Interpretation, S. 7 ff..

²¹⁶*Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, § 108.

²¹⁷Siehe *Ziff*, *Semantic Analysis*, 1960.

²¹⁸Dieser Begriff bei *Stekeler-Weithofer*, in: *Krämer/König (Hrsg.)*, Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, S. 190 ff., 201 f.

²¹⁹*Stekeler-Weithofer*, in: *Krämer/König (Hrsg.)*, Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, S. 190 ff., 201.

²²⁰Allgemein dazu resümierend *Stekeler-Weithofer*, in: *Krämer/König (Hrsg.)*, Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, S. 190 ff., 224.

²²¹*Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt/M. 1984, § 108. Siehe dazu dann den Ansatz der „praktischen Semantik“ bei *Herzinger/Öhlschläger/Strecker/Wimmer*, Einführung in die praktische Semantik. Zu deren Regelbegriff die Beiträge in *Herzinger (Hrsg.)*, Seminar: Der Regelbegriff in der praktischen Semantik. Zu deren Beziehung zur Rechtswissenschaft allgemein *Wimmer*, Berührungspunkte zwischen Rechtswissenschaft und Linguistik, in: *Loccumer Protokolle 31*, 1980, S. 171 ff. und zum Verhältnis zur Strukturierenden Rechtslehre im besonderen *Wimmer/Christensen*, in: *Friedrich Müller (Hrsg.)*, Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik, S. 17 ff.

²²²Vgl. dazu auch bereits oben S. 60 ff.

als „Trennlinie zwischen Interpretation und Rechtsfortbildung“ und damit auch als „Konkretisierung des Analogieverbotes und des Bestimmtheitsgrundsatzes gem. Art. 103 II GG“ spielen soll.²²³ Angesichts dieser, doch recht fundamentalen Aspekte einer Legitimität juristischen Entscheidens kommt demnach auch der „semantische(n) Interpretation in der juristischen Argumentation“²²⁴ ein entsprechendes Gewicht zu. Aber mit dem Postulat einer im Normtext vorgegebenen Bedeutung werden diese wichtigen Probleme praktischer Rechtsarbeit nur auf einer illusorischen Ebene gelöst.

c) Objektivität ist allein mit der Sprache des Gesetzes nicht zu garantieren. Das Gericht muss Bedeutung in Arbeit nehmen, wenn es seine Entscheidung aus dem Normtext ableitet. Um die ihr von der herkömmlichen Lehre auferlegten Anforderungen erfüllen zu können, muss dessen Bedeutung aber eine normative Orientierung darstellen, auf die hin das Gericht sein Handeln auszurichten hat. Die Regel darf nicht schon Teil dieses Handelns selbst sein. Mit anderen Worten hat die Bedeutung des Normtextes dem juristischen Entscheiden extern zu sein. Daher postuliert die herkömmliche Lehre eine „*Externalität der Sprache für das Recht*“.²²⁵ Diese Externalität bedeutet hier, dass die Sprache über den anderen juristischen Argumentformen als Rechtfertigungsinstanz operiert. Eben dies macht die wider bessere Einsicht um das Pragmatische verkürzte Semantik aus. Sie wird aus dem Entscheidungsvorgang ausgeklammert und als Steuerungs- und Kontrollinstanz gesetzt. Herauskommen soll dann eine Relation, die über die Berechtigung jener Interpretationen entscheidet. Die herkömmliche Lehre spricht hier ausdrücklich von der „Steuerungsfähigkeit der Sprache“²²⁶ und des näheren von der „Steuerungskraft der Semantik“.²²⁷

Damit Bedeutung dies leisten kann, müsste man ihr Normativität beilegen.²²⁸ Grundlage dafür soll sein, „dass es unmöglich ist, überhaupt etwas Bedeutungsvolles zu sagen, solange es nicht möglich ist, Worte falsch zu verwenden.“²²⁹ Entsprechend ist zu schließen, dass die Sprecher von daher an die korrekte Verwendung von Ausdrücken gehalten sind, wenn sie sich vernünftig oder auch nur verständlich artikulieren wollen. In diesem Sinne soll eine so verstandene „se-

²²³Siehe Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 19 ff. zu den „Funktionen der Wortlautgrenze“.

²²⁴Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 19 f.

²²⁵Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 282, sowie Alexy, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie juristischer Begründung, 3. Aufl. Ausführlich gegen Alexys Ansatz Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, S. 58 ff.

²²⁶Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 30. Grundsätzlich dagegen Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, S. 128 ff.

²²⁷Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 21: „Es kann in einer intersubjektiv gültigen Weise zwischen einem korrekten und einem inkorrekten Gebrauch von sprachlichen Ausdrücken unterschieden werden.“

²²⁸Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 123.

²²⁹Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 122.

semantische Normativität“ auch das „Fundament semantischer Grenzen“²³⁰ für die Gerichte abgeben. Das Gericht nämlich darf nicht mit den Worten des Normtextes herumspielen so, wie dem Alltagssprecher in einem bewussten Abweichen von den die Korrektheit der Ausdrucksverwendungen beherrschenden Regeln noch zugestanden werden mag. Semantische Korrektheit kontaminiert so für die Gerichte mit Rechtfertigung seines Sprachgebrauchs. Vielmehr soll im Bereich des Rechts die „Basisstruktur einer Wortgebrauchsregel W“ lauten: „Für alle Objekte x gilt: Wenn x die Eigenschaften M hat, dann ist x unter den Gesetzesbegriff T zu subsumieren Formalisiert: W: (x) (Mx → Tx).“²³¹

d) Damit ist auch gleich schon das von der herkömmlichen Lehre ins Auge gefasste Verhältnis des semantischen Arguments zu den juristischen geklärt. Denn das Gericht muss für ein jedes Argument, das es vorbringt, ausweisen, dass es der Regel entspricht. Vor jeder juristischen Interpretation läge also eine externe sprachliche. Dies lässt sich in der Praxis der Gerichte aber gerade nicht beobachten,²³² so dass man diese als vollkommen verfehlt betrachten müsste. Das Defizit der Gerichte läge darin, dass sie sich darauf beschränken, für ihre Interpretationen eine Wortgebrauchsregel anzuführen. Es fehlt jeweils der Nachweis, dass diese Wortgebrauchsregel genau diejenige ist, die aufgrund der Bedeutung der im Normtext enthaltenen Ausdrücke tatsächlich gilt. Nicht nur dass diese herkömmliche Sicht die Praxis in Bausch und Bogen verwerfen muss, sie ist auch praktisch nicht einlösbar. Die Kombination von Regeln, erst juristische, dann sprachliche, mündet in eine Endlosschleife. Damit dieses Modell funktionieren könnte, müsste das Gericht darlegen, dass die von ihm ins Feld geführte Regel nicht seiner Phantasie entspringt, sondern sprachlicher Fakt ist. Diese sprachliche Regel müsste dem Belieben des Gerichts entzogen sein und das Gericht dazu im Verhältnis einer Applikation stehen. In dieser Weise wird also mit der Verlegung des semantischen Moments aus der Arbeit am Text heraus das sprachreflexive Grundverhältnis, das ja die Rede von der „Wortlautgrenze“ praktisch ausmacht, zu einem Ableitungsverhältnis externalisiert zur „externen Rechtfertigung“ durch das „semantische Argument“.²³³

Der Anspruch, der damit verfolgt wird, ist hoch. Durch diese Rückbindung der Normkonkretisierung an die „intersubjektive Allgemeingültigkeit sprachlicher Bedeutung“²³⁴ so, wie sie sich in der Wortgebrauchsregel aufgrund von deren verpflichtender und damit in Hinblick auf die Bedeutung sinnkonstitutiver

²³⁰Vgl. Klatt, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Reihe: Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, S. 343, 350. Ansonsten hier und im Folgenden jeweils die Ausführungen Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 219 ff.

²³¹Klatt, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Reihe: Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, S. 343, 359.

²³²Vgl. exemplarisch nur die hier auf S. 33 ff., 56 ff. dargestellten Ergebnisse.

²³³Vgl. Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 71 f.

²³⁴Vgl. Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 216 f.

Wirkung niederschlägt, soll zugleich semantische Objektivität erreicht werden. Indem sich die Normkonkretisierung als richtige Anwendung ausweisen kann, hat sie zu ihrer Rechtfertigung an dieser Teil, absorbiert sie gewissermaßen und geht in ihr auf. „Die hier entwickelte Theorie der Wortlautgrenze basiert auf einer objektiven Semantik. Sie stützt damit die juristische Objektivitätsthese.“²³⁵

e) Trotz ihrer Einfachheit und Eleganz stößt die herkömmliche Lehre auf ein grundlegendes Problem: Was ist zu tun, wenn die Regel nicht ohne weiteres erkennbar ist oder sogar Streit darüber besteht? Gibt es dann eine weitere Regel, welche die Anwendung der ersten Regel stabilisiert?

Der hohe Anspruch der herkömmlichen Lehre bricht sofort zusammen, wenn man die bescheidene Nachfrage stellt, wie dann die Behauptung der semantischen Rechtfertigung ihrerseits gerechtfertigt werden soll. Denn hier wird nichts anderes semantisch reformuliert als die alte gesetzpositivistische Vorstellung der *Rechtsanwendung*.²³⁶ Sprechen ist aber keine Subsumtion in der Sprachregel. Diese Vorstellung scheitert am grundsätzlichen Regressproblem einer jeglichen Externalisierung der Beziehung zwischen Regel, bzw. Prinzip und Anwendung.²³⁷ Kein Weg zur Erfassung sprachlicher Bedeutung ist unfehlbar. Die Behauptung die Regel gefunden und damit die Interpretation als korrekte Anwendung gerechtfertigt zu haben, bedarf ihrerseits der Rechtfertigung durch den Nachweis einer korrekten Anwendung einer dafür wiederum zuständigen Regel. Statt dass sich also hier eine Grenze schließt, öffnen sich unabsehbare Horizonte.

Schon in der analytischen Sprachphilosophie erwies sich dieses Problem als unlösbar und hat neben vielen anderen Faktoren dazu geführt, dass man die regelbezogene Semantik durch eine fallbezogene Semantik ersetzte. Die juristische Rezeption hat allerdings diese Entwicklung nicht mit vollzogen. Sie ist beim klassischen Regelmodell stehen geblieben und hat lediglich versucht, Sprachregeln mit Hilfe juristischer Regeln zu stabilisieren, welche man aus Rechtsprinzipien und dem Rechtsbegriff gewinnt. Damit hat man die Unternehmensstruktur des vertikalen Holismus der von Larenz ausgearbeiteten Wertungsjurisprudenz vollständig übernommen und nur andere Namensschilder an die Tür angebracht. Das Problem der Regelanwendung bleibt ungelöst. Auch wenn man für die Determination des Urteils ein gemischtes Set von Sprachregeln, juristischen Prinzipien und Rechtsbegriff ansetzt, müssen alle diese Größen angewendet werden, und

²³⁵ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 34.

²³⁶ Dagegen in Bezug auf den Normtext hier nur Müller/Christensen, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht, 9. Aufl., Rn. 204 f.

²³⁷ Siehe schon Wittgenstein, Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3, S. 152 ff. Im Grunde verfällt die von Alexy und Klatt vorgenommene Figurierung des semantischen Arguments so dem Paradox dass aus der Auffassung des Regelfolgens als ein Deuten erwächst. Dazu Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, §§ 201 f. Darauf, inwiefern es Klatt nicht gelingt, dies durch Rekurs auf den Brandonschen Normativismus abzufangen, wird gleich noch zurückzukommen sein.

somit mündet auch dieser Ansatz in den unendlichen Regress. Man könnte nur weitere Metaregeln erfinden, die sich parallel zum Regress aufstufen.

Aber die Nutzlosigkeit dieser Bewegung zeigt sich schon auf der Stufe der Regelformulierung. Das zentrale Problem ist die praktische Frage der Regelbeschreibung. Die Vorstellung von Kommunikation als Tätigkeit, die sich darauf beschränkt, offenbar fertige Absichten mit Hilfe eines vorgegebenen Codes zu transportieren, erweist sich in der Praxis als nicht einlösbar. Die Regelsemantik neigt dazu, „die System- und Regelhaftigkeit ihres Phänomenbereichs zu axiomatisieren und Universalien auch dort zu postulieren, wo tatsächlich nur historische oder gesellschaftsformativ bedingte Formen des (Sprech-)Handelns vorliegen. Für eine Analyse des realen Sprachgebrauchs taugen ihre formulierten Gesetzmäßigkeiten nicht, denn diese erlauben nur Hinweise dieses Typs: 'Da eine Person A x erfragt, weiß sie x nicht - vorausgesetzt, es liegen Normalbedingungen der Rede vor.' Und ob solche Normalbedingungen in einem gegebenen Fall vorliegen oder nicht, wird (...) zur kontingenten Angelegenheit erklärt; Systematisierungsmüll (...).“²³⁸

Die in der Kommunikation von Sprecher und Hörer erbrachten Leistungen gehen grundsätzlich nicht in der Regelbefolgung auf, sondern die empirischen Untersuchungen von Konversationsanalyse und Diskursanalyse zeigen, dass sich der Sinn erst zwischen den Kommunikationsteilnehmern innerhalb des Diskurses konstituiert.²³⁹ Gerade empirisch erweist sich die Erklärung nach dem Muster „Regel und Regelanwendung“ gegenüber den tatsächlichen Kommunikationsvorgängen als unterkomplex. Sprecher sind nicht einfach Beobachtungsobjekte, sondern Subjekte, die in der Sprachpraxis Sinnaneignungen und Verschiebungen vollziehen.

Bedeutungsbeschreibungen liefern somit nichts anderes als Gebrauchsbeispiele für den fraglichen Ausdruck. Durch ihre lexikographische Festschreibung zum Wortbestand der Sprache mögen sie zwar paradigmatisch bei Zweifeln an der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke oder im Streit darum eingesetzt werden. Eine eindeutig feststellbare Regel aber, die solche Zweifel ein für allemal ausräumen oder solchen Streit unwiderruflich schlichten könnte, liefern die Bedeutungsbeschreibungen nicht. In der Sprachwissenschaft ist heute anerkannt, dass sich eine funktionierende Sprache nur als Gesamtheit beschreiben lässt. Die Bedeutung eines einzelnen Wortes verweist auf die entwicklungs offene Gesamtheit aller anderen und kann nur im Zusammenhang gemeinsamer Überzeugungssysteme bestimmt werden.²⁴⁰ Der Holismus ist dabei keine Einbahnstraße. Es ist

²³⁸ Gloy, Unbehagen an der Linguistik, in: Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie, 1984, S. 97 ff., 104 f.

²³⁹ Vgl. dazu das in der Linguistik vertretene Konzept der „variierenden Übernahme“ *Lagemann/Gloy*, Dem Zeichen auf der Spur, S. 17 ff.; vgl. *Löschper*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, S. 208 ff.

²⁴⁰ Der so genannte Holismus der heutigen Sprachwissenschaft ist keineswegs eine radikale Neuerung. Besonders in der deutschen von Humboldt herkommenden Tradition war er immer anerkannt: „Es gibt nichts einzelnes in der Sprache, jedes ihrer Elemente kündigt sich nur als Teil eines Ganzen an“ *Wilhelm von Humboldt*, Über das vergleichende Sprachstudium in

nicht nur so, dass sich Bedeutung nur aus dem ganzen Lebenszusammenhang heraus erschließt, in denen der Gebrauch der Wörter seinen Sinn und seinen Zweck hat, dass also „die Gesamtheit der Zwecke und Handlungen (...) die Bedeutung bestimmt.“²⁴¹ Sondern „die Möglichkeit alternativer Interpretationen ist sehr groß, weil jede Änderung der Bedeutung eines Teils die Änderung des Ganzen nach sich zieht.“²⁴²

Daraus folgt aber auch, dass jede Korrektur eines Sprechers riskant und begründungsbedürftig ist: „Dementsprechend sind weder Artikulation noch Verständnis nur reproduktiv; sie sind vielmehr auch unkontrollierbar schöpferisch, und jede individuelle Sinnzuweisung verschiebt die geltenden Grenzen der semantischen Normalität.“²⁴³ Der Rekurs auf eine in Bedeutungsbeschreibungen bzw. -erklärungen festgeschriebene und damit dem Sprachgebrauch buchstäblich „vorgeschriebene“ Bedeutung kann nicht als Vorgabe für die Entscheidung über Sinn und Unsinn und damit über die Möglichkeiten und Grenzen einer Verwendung sprachlicher Ausdrücke einspringen. Daraus ergibt sich, dass Wörterbuch, Lexikon, sowie alle sonstigen anerkannten und selbsternannten Autoritäten in Sachen Sprache mit ihren Bedeutungserklärungen und -definitionen immer wieder nur Beispiele über Beispiele für den Sprachgebrauch in bestimmten Kontexten geben können. Sie liefern „keine gemeinsame Grammatik, keine gemeinschaftlichen Regeln, keine tragbare Interpretationsmaschine, die so eingestellt ist, dass sie die Bedeutungen beliebiger Äußerungen ausspuckt.“²⁴⁴

Nun ist leicht einzusehen, dass die von der Regelsemantik behauptete Wortgebrauchsregel entweder nicht nötig ist, weil die Bedeutung bekannt oder unstreitig ist, oder aber, wenn sie benötigt wird, wegen des Formulierungs- bzw. Regressproblems nicht verfügbar ist. Dagegen werden von der Theorie der juristischen Semantik Vorkehrungen im Begriff der Bedeutung getroffen. Dazu dienen die Begriffe Vagheit und Mehrdeutigkeit²⁴⁵. Dem liegt noch immer die frühe analytische Auffassung von Sprache zugrunde, nach der Bedeutung eine mitgebrachte *Eigenschaft* von jeweils einzelnen Wörtern ist. Wegen des Fehlens der Anwendungsregel zur Sprachregel kommt man mit diesen unterkomplexen Voraussetzungen meist zu dem Schluss, dass Unbestimmtheit oder Mehrdeutigkeit vorliegt. Die fehlende Bedeutung wird dann durch andere sprachliche Maßnahmen hergestellt, die als Präzisierung begriffen werden sollen.

Vor dieser Präzisierung hat man aber die fraglichen Ausdrücke von ihrem Kon-

Beziehung auf die verschiedenen Epochen der Sprachentwicklung. Schriften zur Sprachphilosophie. Werke in fünf Bänden, Band III, S. 10. Der neuerliche Akzent auf diesen Holismus knüpft vor allem an die Sprachphilosophie Donald Davidsons an: Vgl. dazu *Schaedler-Om*, Der soziale Charakter sprachlicher Bedeutung und propositionaler Einstellungen, S. 35 ff., sowie umfassend V. Mayer, Semantischer Holismus.

²⁴¹ V. Mayer, Semantischer Holismus, S. 221.

²⁴² V. Mayer, Semantischer Holismus, S. 197.

²⁴³ Gloy, in: Mattheier (Hrsg.), Norm und Variationen, S. 30.

²⁴⁴ Davidson, in: Picardi/ Schulte (Hrsg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons, S. 226.

²⁴⁵ Dazu Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 264 ff., 270.

text und ihrer Verwendungssituation isoliert. Das heißt, die Entstehung des Problems von Mehrdeutigkeit und Vagheit setzt voraus, dass zunächst die Semantik von der Pragmatik aktiv getrennt wird. Pragmatik heißt nämlich, sich Bedeutung aus den Beziehungen zu erschließen, in denen eine Äußerung steht und diese wiederum mit entsprechenden Überzeugungen in Einklang zu bringen. Wenn man an den Begriffen Vagheit und Mehrdeutigkeit festhalten will, muss man sie anders fassen. Sie hängen von dem Zweck ab, zu dem Ausdrücke in der Verständigung verwendet werden, und damit von den Personen und Umständen, die dabei eine Rolle spielen. Vagheit und Mehrdeutigkeit sind allein pragmatisch begründet. Es ist ja nicht etwa eine Verwaschenheit des Wortlauts, die den Streit provoziert hat, sondern eine Störung im gesellschaftlichen Zusammenleben. Der Normtext weist also nicht ein „zu wenig“, sondern ein „zu viel“ an Klarheit auf. Es gibt mehrere vollkommen verständliche, aber sich gegenseitig ausschließende Lesarten. Mehrdeutigkeit und Vagheit sind damit keine Eigenschaften der Bedeutung. Sie sind Formen, mit denen man Konfliktkonstellationen im semantischen Streit beschreiben kann, und somit geht es letztlich um Pragmatik und nicht um Erkenntnisprobleme.

Man muss also die tradierte semantische Illusion überwinden, Regeln stünden als objektive Erkenntnisinstanz zur Verfügung. Denn möglich wird die geschilderte Situation überhaupt nur aufgrund der „Autonomie der sprachlichen Bedeutung“. Diese besteht darin, dass jedes Wort und jeder komplexe Ausdruck auf neue und unerwartete Weise verwendet werden kann²⁴⁶. In diesem Sinn bleibt es grundsätzlich offen, inwiefern eine Äußerung im Hinblick auf die Bedeutung der verwendeten Ausdrücke konventionell, also „buchstäblich“ gemacht wird, oder nicht. Bedeutung ist nicht das von mir definierte Etwas, das ich sage; sondern etwas, was der Ausdruck besagt und wonach man sich daher richten sollte. Man hat es bei Konventionalität und Aktualität von Bedeutung nicht mit einer vorgegebenen Eigenschaft von Sprache zu tun, nicht einmal mit einer solchen des Handelns. Denn dieses Handeln kann auch immer darin bestehen, das Vorgegebene aufs Spiel zu setzen. So gesehen, sind Konventionen in der Verständigungspraxis nicht mehr als eine praktische Interpretationskrücke, und in der Praxis können wir es uns nicht leisten, ohne diese Krücke auszukommen – aber es ist eine Krücke, die wir unter optimalen Kommunikationsbedingungen zu guter Letzt fortwerfen und in der Theorie von vornherein hätten entbehren können.²⁴⁷ Konventionalität und Aktualität von Bedeutung können weder auseinander abgeleitet noch gegeneinander ausgespielt werden. Eben das macht das „Prinzip der Autonomie der Bedeutung“ aus. Und nirgends wird das klarer als in der *semantischen Praxis des Rechtsstreits*.

Im Unterschied zum herkömmlichen Ansatz muss man heute die Semantik deshalb intern als Teil der Rechtsarbeit begreifen. Nur so kann man die Einsicht

²⁴⁶Vgl. zu dem Problem Autonomie der Bedeutung bei Davidson auch *Wellmer*, *Wie Worte Sinn machen*, S. 74 ff. Zu einem darauf fußenden Modell von Interpretation vgl. *Detel*, *Philosophie des Geistes und der Sprache*, S. 118 ff.

²⁴⁷*Davidson*, *Die zweite Person*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2000, 395 ff., 400 ff.

einlösen, dass sich Recht *in* Sprache vollzieht.²⁴⁸ Wenn man die Bedeutung einer Wendung erklärt, bezieht sich diese Erklärung nicht auf „etwas“. Das ist der alte Museumsmythos. Die Erklärung ist intransitiv²⁴⁹ und bleibt Teil sprachlicher Interaktion. Der Normtext bedeutet nicht *etwas*, nämlich die Norm. Er bedeutet *jemandem*, nämlich dem Rechtssuchenden, einen Weg, den dieser zur Normativität einzuschlagen hat. Nur in diesem offenen Sinn eines Wegweisers mag man hier auch von einer vom Normtext ausgehenden „Regel“ sprechen.²⁵⁰ Im Sinne einer Weisung, die der Entscheider für sein Handeln als Grenze zur Norm anzunehmen hat, sofern er durch Ausbildung, Amt und Verpflichtung „zu einem bestimmten Reagieren auf dieses Zeichen abgerichtet ist“ und ‚nun so reagiert‘.²⁵¹

2. Die postanalytische Fallsemantik a) Natürlich ist Sprache nicht bar jeglicher Normativität. In der strukturalistischen Linguistik waren Sprachnormen zunächst die Auswahl aus mehreren Möglichkeiten des Sprachsystems. Ein Nachhall dessen findet sich noch bei Lyotard, wenn er das Äußern eines Satzes als Unrecht gegenüber den unterdrückten Möglichkeiten der Sprache bezeichnet.²⁵² Mit der pragmatischen Wende in den Sprachwissenschaften wurde dieser methodische Begriff ersetzt durch einen sozialen, wonach Sprachnormen als Institutionen in der kommunikativen Praxis anzusehen sind.²⁵³ Sie dienen den Zwecken der Vereinfachung und Stabilisierung von Kommunikation. Dabei wird aber betont, dass diesen Sprachnormen keinerlei legitimierende Rolle zukommt, sondern sie jederzeit gekündigt werden können, wenn die Zwecke der Kommunikation es fordern oder erlauben.

Mit diesen beiden Begriffen ist aber die Problemebene, auf welcher die Juristen auftreten, noch nicht erreicht. Juristen braucht man gerade erst im Kommunikationskonflikt, in dem unterschiedliche Sichtweisen des Sachverhalts und unterschiedliche Lesarten des Normtextes antagonistisch aufeinander treffen. In dieser Situation kann man sich nicht darauf beschränken, auf die Normativität als implizite Tendenz der Sprache zu verweisen. Vielmehr stehen sich zwei Versuche zur Instituierung dieser Normativität unversöhnlich gegenüber. Man kann sich auch nicht über diese Verschiedenheit und Vielfalt der Sprache freuen, sondern muss eine Entscheidung treffen. Damit stößt man auf das Problem der Kodifikation von Sprachregeln: „Den meisten Regeln bzw. Handlungsmustern, denen wir täglich folgen, folgen wir blind, d.h. ohne eine Beschreibung dieser

²⁴⁸Vgl. noch einmal Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, S. 33.

²⁴⁹Dazu Quine, in: ders., Theorien und Dinge, S. 61 ff., 63: „(...) wir brauchen nicht etwas zu suchen, woran der Ausdruck sein Tun vollzieht: etwas, was bedeutet wird. Wenn wir ‚bedeuten‘ intransitiv verstehen, werden wir auch gar nicht dazu verleitet.“

²⁵⁰Grundsätzlich Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, § 85. Zu einer ausführlichen angemessenen Interpretation Wellmer, Sprachphilosophie. Eine Vorlesung, S. 53 ff.

²⁵¹Vgl. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, § 198. Dazu Wellmer, Sprachphilosophie. Eine Vorlesung, S. 69 f.

²⁵²Lyotard, Der Widerstreit, S. 184.

²⁵³Vgl. Gloy, in: Mattheier (Hrsg.), Norm und Variationen, S. 27 ff.

Regeln im Kopf zu haben. Normen – im Unterschied zu anderen Regeln – verlangen dagegen nach Beschreibungen bzw. Formulierungen, und zwar deswegen, weil Normierer und Normenadressaten (diejenigen, die einer Norm unterliegen) auf den Gegenstand der Norm verweisen können müssen (...).²⁵⁴ Für Sprachnormen ist charakteristisch, dass sie sich Verbindlichkeitscharakter beilegen und ihren Anlass in einem Sprachkonflikt finden.²⁵⁵ Diese Art von Sprachnormen verhält sich zum Kommunikationskonflikt metasprachlich und es stellt sich die Frage, woher sie ihre Legitimität beziehen kann?

b) Gerade die „normativistische Wende“ in der analytischen Philosophie bestätigt nun die schon in der Linguistik erarbeitete Position, dass die Sprache selbst diese Legitimität nicht zu liefern vermag. Die normative Tendenz ist danach der Sprache implizit und kann gerade nicht die Gestalt expliziter Regeln annehmen, weil der Sinn der dabei verwendeten Begriffe bereits die Existenz von Normen voraussetzen würde.²⁵⁶ Sprache entscheidet nur über Verständlichkeit. Ob aber ein verständlicher Sprachgebrauch angemessen, korrekt usw. ist, entscheidet sich durch die normativen Einstellungen der an der jeweiligen sozialen Praxis Beteiligten. Das heißt, man kann Sprache besser verstehen, wenn man berücksichtigt, dass in konkreten Sprachspielen normative Praktiken durch entsprechende Einstellungen der Beteiligten instituiert werden. Aber nicht die Sprache entscheidet über die Legitimität oder den Konflikt dieser Praktiken sondern die Beteiligten. Tatsächlich geht der normative Schub, sich an die eingefahren übliche Bedeutung sprachlicher Ausdrücke zu halten, wenn man als verständiger und kompetenter Sprecher gelten will, nicht von einer als Norm etablierten Bedeutung sprachlicher Ausdrücke aus. Er kann von der Gemeinschaft ausgehen, wenn sie sich zum Sinn oder Unsinn bestimmter Sprachverwendungen äußert. Entsprechend ist es auch nicht die Bedeutung, die die Wörter in dieser Weise nun einmal haben, die solchen Zwang begründet. Es ist im Zweifelsfall die Gemeinschaft, die sich dafür zu rechtfertigen hat, darauf zu bestehen.

Das Normativitätsproblem verweist also nicht auf eine in der Sprache vorhandene normative Bedeutungssubstanz sondern auf eine Praxis des Forderns und Lieferns von Gründen, den sogenannten „space of reason“.²⁵⁷ Damit trifft sich die „normativistische Wende“ der analytischen Philosophie mit den Ergebnissen der Linguistik. Denn dort wurde schon immer betont, dass eine Sprachnorm

²⁵⁴ *Wimmer*, Sprache und Literatur 1983, 7. *Wimmer* stellt den metasprachlichen Charakter der Normformulierung in den Vordergrund, während *Gloy* stärker auf den Bezug zur sprachlichen Normalitätserwartung abstellt. Das weist auf den „Charakter der Normen als Singrößen mit sozialer Geltung bei den Handelnden“ (*Gloy*, in: Mattheier [Hrsg.], Norm und Variationen, S. 31) hin. „Normen sind intentionale Sachverhalte; sie sind gewollt bzw. werden als von anderen gewollt (als deren normative Erwartungen) erlebt und erlegen bestimmte Verpflichtungen, etwas zu tun oder zu unterlassen auf. Als derartige Sinngebilde stellen sie interpretative Konzepte der Sprachpraxis dar, die in vielen Fällen für die Beschaffenheit der sprachlichen Vorkommnisse verantwortlich gemacht werden.“ Vgl. ebd., S. 28.

²⁵⁵ *Wimmer*, Sprache und Literatur 1983, 8.

²⁵⁶ *Knell*, Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2000, 225 ff., 235.

²⁵⁷ *Brandom*, Making it explicit. Reasoning, Representing and Diskursive Commitment, S. 5.

nicht durch Sprachgründe gerechtfertigt werden kann, sondern Sachgründe aus dem jeweiligen Sprachspiel braucht. Wir müssen also davon ausgehen, dass wir in der Sprache nicht nur Bewohner, sondern auch Architekten dieses „space of reason“ sind.²⁵⁸ Damit wird offensichtlich, dass das Setzen einer Sprachnorm die Möglichkeit ihrer Kritik hervorbringt und dass die Entscheidung über konfligierende Sprachnormen keinen Erkenntnisakt, sondern ein ethisches Problem.

Juristisches Entscheiden ist semantische Arbeit *an* der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke. Diese Arbeit besteht in der Entscheidung von Bedeutungskonflikten zur Festlegung auf Sprachnormen. Sprachnormen können aber nicht einfach dadurch konstatiert werden, dass man im Wörterbuch nachschlägt. Sprachnormen deuten vielmehr auf legitimatorische Standards. Und die müssen angesichts der Vielfalt und Divergenz des Sprachgebrauchs immer wieder gesetzt und auch durchgesetzt werden. Solange Äußerungen überhaupt verständlich sind, ist jeder Versuch zu ihrer Korrektur oder Zurückweisung bereits der erste Zug in einem Normierungskonflikt, der auf bestimmte Standards der Legitimierung pocht. Die aber sind selbst zu rechtfertigen. Denn in der Situation der Entscheidung über Recht anhand von Sprache steht nicht Sinn gegen Unsinn, sondern Bedeutung gegen Bedeutung, eine vorneweg so gut wie die andere. Normativität ist also in der Tat kein Naturprodukt der Sprache, das man abbauen kann wie Bodenschätze. Sprache ist ein Marktphänomen. Legitimität kann man sich dort nicht umsonst besorgen. Man zahlt mit Argumenten. In der Praxis ihres Entscheidens wissen die Juristen das. Nur in der Theorie ist es noch nicht angekommen.

c) Die analytische Sprachphilosophie war vor ihrem neuesten Entwicklungsschritt in der Alternative von Regulismus und Regularismus festgefahren. Nach dem Regulismus funktioniert die Sprache über Regeln, welche allerdings ihre eigene Anwendung nicht steuern können, deswegen weiterer Regeln bedürfen und damit in einem unendlichen Regress landen. Der Regularismus will demgegenüber Sprache als bloße Regelmäßigkeit begreifen und hat deswegen keinen Platz für Intensionen und Zweckhaftigkeit. Überwunden werden kann diese unfruchtbare Alternative durch Robert Brandoms pragmatischen Lösungsansatz. Sprache funktioniert weder durch reine Regelmäßigkeit noch durch reine Interpretation, sondern aufgrund einer normativen Bewertung als Anknüpfen an gelungene Kommunikationserfahrungen.²⁵⁹ Wenn allerdings weder Regel noch blinde Regelmäßigkeit als Grundlage verwendet werden, stellt sich die Frage, wie Verständigungsprozesse überhaupt noch funktionieren können.

²⁵⁸ Knell, Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2000, 245.

²⁵⁹ Dieser Zusammenhang wird in der deutschen Übersetzung als deontische Kontoführung wiedergegeben. Das führt zu vielen Missverständnissen. Es sei typisch für den amerikanischen Pragmatismus, dass er auch noch das Verstehen der Logik kleiner shop-keeper unterwerfen. Tatsächlich ist im englischen Original von scorekeeping in Anlehnung an das Baseballspiel die Regel. Es handelt sich um eine analytische Metapher, welche grundlegende Strukturen sichtbaren machen soll. Durch den Bezug auf den Sport will Brandom das kompetitive und spielerische Moment eines geordneten Konflikts hervorheben. Gerade dieses zentrale Moment geht in der deutschen Übersetzung verloren.

Man kann Verständigung ohne vorgeordnete Regeln denken, sofern mit Davidson davon auszugehen ist, „dass wir uns dem Begriff der sprachlichen Bedeutung nähern sollten, indem wir betrachten, was es heißt, den Äußerungen anderer Sprecher bestimmte Bedeutungen zuzuschreiben, sie zu interpretieren.“²⁶⁰ Verständigung entsteht aus einer sich selbst stabilisierenden Praxis. Damit ist „Bedeutung etwas, das sprachliche Ausdrücke primär in Situationen gelingender sprachlicher Verständigung haben, und kann in einem gewissen Sinn als ein Produkt der Interaktion bzw. Kooperation mindestens zweier Individuen begriffen werden.“²⁶¹ Und dies eben führt geradewegs zu einem „holistischen Verständnis der sozialen Struktur sprachlicher Praxis“.²⁶² Für diese sich selbst stabilisierende Praxis findet Brandom ein Modell in der richterlichen Entscheidung.²⁶³ Er betont, dass „sprachliche Bedeutung (und mit ihr der Gehalt geistiger Zustände) [...] sich erst dort (konstituiert), wo (mindestens) zwei Sprecher ihre Idiolekte in einer Praxis gelingender sprachlicher Verständigung wechselseitig interpretieren.“²⁶⁴ Was für den Richter im Case Law die Präzedenzfälle, das sind im Fall der Verständigungspraxis die paradigmatisch und damit als prägend erfahrenen Fälle gelungener Verständigung.²⁶⁵ Entsprechend handelt „regelmäßig“, „wer nach Präzedenzen erfolgreicher Handlungsvollzüge des gleichen Typs handelt.“ Das heißt, regelhaftes Handeln „besteht [...] immer darin, eine konkrete Handlungssituation [...] auf die eigene Kenntnis ähnlicher Präzedenzfälle zu beziehen (...)“.²⁶⁶ Allerdings sollte dies nicht wieder kollektivistisch als eine Orientierung der Verständigung auf ihnen vorausliegende gemeinschaftliche Muster hin gedeutet, sondern in seiner individualistischen Konsequenz angenommen werden. „Gelungene Verständigung“ heißt dann im Sinne Davidsons, vom anderen in dem Sinne interpretiert zu werden, den man sich für die eigene Äußerung vorgenommen hat. Entsprechend dem Brandom'schen Modell wird Bedeutung über die Vergegenwärtigung von Festlegungen, die dabei eine ausschlaggebende Rolle gespielt haben, zum Standard von Interpretationen. Verständigung zeigt damit die grundsätzlich zeitliche Dimension, dass sich ihr Erfolg dem verdankt, Vergangenes als Ansatz für Interpretation einzuholen: „Die Tatsache, dass es keinen Standard für das Gelingen eines bestimmten Aktes sprachlicher Verständigung gibt, der außerhalb des Geschehens gegenseitiger Interpretation liegt, heißt nicht, dass es überhaupt keinen solchen Standard gibt. Der Standard für das Gelingen eines bestimmten Aktes sprachlicher Verständigung kann nämlich genauso gut anderen gelungenen Akten sprach-

²⁶⁰ Liptow, in: *Bertram/Liptow* (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie*. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, S. 129 ff. (136).

²⁶¹ Liptow, ebd., S. 138.

²⁶² Liptow, ebd., S. 140.

²⁶³ Liptow, *Regel und Interpretation*. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, S. 220.

²⁶⁴ Liptow, ebd., S. 206.

²⁶⁵ Ausdrücklich von einer Orientierung an „Präzedenzen“ allerdings kollektivistisch in Bezug auf regelhaftes Handeln spricht auch *Lewis*, *Konventionen*. Eine sprachphilosophische Abhandlung.

²⁶⁶ *Busse*, *Textinterpretation*. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, S. 174.

licher Verständigung entstammen.“²⁶⁷ Der Witz dabei ist, dass das Gelingen von Verständigung keineswegs auf so etwas wie Bedeutung bezogen ist jedenfalls nicht auf eine, die ihr vorausgesetzt wäre. Vielmehr ergibt sich umgekehrt Bedeutung *als* ein solches Gelingen. Insofern ist Bedeutung nicht die Mutter von Verständigung. Vielmehr ist der kommunikative Erfolg der Vater aller Bedeutung.²⁶⁸ „Wir können die Teilnehmer an einem bestimmten Akt sprachlicher Verständigung deswegen bereits als mit intentionalen Zuständen und einer Sprache begabte Wesen begreifen, weil wir davon ausgehen können, dass diese Eigenschaften das Produkt unzähliger weiterer gelungener Akte der Verständigung sind.“²⁶⁹

Für das Gelingen der Verständigung sorgt somit die Festlegung darauf, selbst die Folge bereits gelungener Verständigung zu sein. Genau dieses Moment ist es auch, das dann für die Frage der Berechtigung von Interpretationen als Bedeutung expliziert werden kann. Hier zeigt sich noch einmal, inwiefern es sich bei Bedeutung um gar nichts anderes handeln kann als um Inferenz. Sofern Bedeutung als Grund von Festlegungen auf einen Äußerungssinn oder eine Interpretation fungiert, beruht sie auf semantischer Anerkennung. Sofern diese aber nicht anders in Erscheinung treten kann als durch als Verständigung, bzw. Interpretation praktizierte Festlegung ist sie nichts anderes als die damit ausgeübte semantische Autorität. Das Modell würde in Willkür oder Dezisionismus umschlagen, wenn die Geschichte hier zu Ende wäre. Dass dem nicht so ist, dafür sorgt die Absicht darauf, im eigenen Sinne verstanden, das heißt interpretiert zu werden. Genau diese Absicht verlängert die dafür praktizierte Festlegung auf eine Anerkennung gelungener Verständigung als Gehalt in die Zukunft. Die Interpretation durch den anderen kann jeweils nur ein nächstes sein, da sie in nichts anderem wurzelt, als in dessen semantischer Autorität. Genau das macht die Pointe eines interaktionistischen Interpretationismus²⁷⁰ aus, der dem Rechnung trägt, dass Interpretation praktisch für sich selbst zu sorgen hat, indem sie die Bedeutungen und Regeln, auf denen sie beruht als ihre in die Zukunft verlängerte Geschichte, dadurch immer wieder erst hervorbringt, dass diese sich in der Gegenwart des gelungenen Verständigungsaktes konkretisiert, das heißt öffentlich sozial praktiziert wird: „Denn die Tatsache, dass eine gegenwärtige Entscheidung, ob die Verständigung gelungen ist, unter Bezug auf eine Tradition gelungener Verständigung gerechtfertigt wird, die ihrerseits ein Konstrukt der Gegenwart ist, begründet nur scheinbar eine einseitige Autorität der Gegenwart über die Vergangenheit. Denn eine gegenwärtige Entscheidung darüber, ob ein bestimmter Akt der Kommunikation gelungen ist oder nicht, kann nur dann eine Autorität in Bezug auf die Vergangenheit entwickeln, wenn dieser Akt

²⁶⁷ *Liptow*, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, S. 206.

²⁶⁸ Dieser Gedanke findet sich ohne Bezug auf Brandom bereits bei *Keller*, Sprachwandel.

²⁶⁹ *Liptow*, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, S. 220.

²⁷⁰ Dazu *Liptow*, in: *Bertram/Liptow* (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, S. 129 ff.; sowie *ders.*, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, S. 148 ff. u. 220 ff.

(und das mit ihm zusammenhängende Konstrukt der Tradition) von zukünftigen Akten gelungener Verständigung als Teil der Tradition anerkannt wird.“²⁷¹ Darin erst, sofern diese Traditionen thematisch gemacht und auf sie reflektiert werden, kommt denn auch das Moment eines Ganzen ins Spiel.

3. Die Neuorientierung vom Spiel zum Gericht a) Robert Brandom greift auf Erfahrungen im Recht zurück, um zu zeigen, wie ein Sprache ohne vorgeordnete Kontrollinstanz als sich selbst stabilisierende Praxis funktionieren kann. Es ist dies das Modell richterlicher Entscheidung unter den Bedingungen eines strikten Fallrechts.²⁷² Der Richter hat hier, ganz so wie die Beteiligten der Verständigungsprozesse, nichts anderes bei der Hand als die von ihm wahrgenommenen Fälle. Für Brandom fragt sich nun, wie der Richter in einem allein daraus schöpfenden Prozess zu einem haltbaren Urteil kommen kann. Es geht ihm darum, wie die Beteiligten einer Verständigung zu einem nicht willkürlichen oder beliebigen Verständnis ihrer Äußerungen kommen können. Brandoms Ausgangspunkt ist die Verpflichtung, „die man durch Anwendung eines Begriffs eingeht (paradigmatisch durch den Gebrauch eines Wortes)“. Diese ist das „Ergebnis eines Prozesses der Unterhandlung unter Einbeziehung der wechselseitigen Haltungen und der reziproken Autorität derjenigen, die die Verpflichtung zuschreiben, und desjenigen, der sie anerkennt.“²⁷³ Bei Brandom gewinnen die Kommunikationen damit eine Struktur, die über Konfirmierung und Kondensierung von Sinn erfolgt. Die Struktur ist nicht fest, sondern ihre Einheit wird „als ob“ gesetzt und damit unabhängig von den konkreten Idiosynkrasien der Kommunikationsteilnehmer.

b) Genau das trifft auch auf einen Richter zu, der seine Entscheidung von Recht allein anhand von Präjudizien treffen kann. Er setzt sich mit diesen Fällen ins Benehmen. Damit entsteht ein reziprokes Verhältnis der Autorität. Der Richter erkennt ihre Autorität an, um selbst Autorität zu werden. Das heißt im Sinn Brandoms, dass der Richter genau die Norm instituiert, die er anwendet. Er verleiht also Präjudizien Autonomie, um sie zurückzuerhalten. Normativität ist damit von vornherein „nicht nur ein zeitlicher, sondern auch ein geschichtlicher Prozess,“ sofern „die Einsetzung begrifflicher Normen“ „eine ganz eigene Anerkennungsstruktur aufweist, Ergebnis der reziproken Autorität, die einerseits ausgeübt wird von vergangenen Begriffsanwendungen auf künftige und andererseits von künftigen Anwendungen auf vergangene.“²⁷⁴

Aber das kann noch nicht alles sein. Denn über den Umstand dieses Verbunds des Normativen in der Zeit hinaus stellt sich noch die Frage nach der Richtigkeit bzw. nach einem Kriterium für die Berechtigung der entsprechend eingegangenen Festlegungen. Das heißt, „Autorität“ im Sinne solcher Festlegungen

²⁷¹ Liptow, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, S. 223.

²⁷² Siehe Brandom, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 3 (1999), 355 ff. (377 ff.).

²⁷³ Brandom, ebd., S. 356.

²⁷⁴ Brandom, ebd., S. 367.

„muss geregelt werden“²⁷⁵ und kann sich nicht quasi naturwüchsig vollziehen. Und das wiederum heißt konsequent pragmatisch gedacht, dass „die Anwendungen von durch frühere Anwendungen instituierten Normen [...] gemäß den Normen, denen sie verantwortlich sind, auf ihre Richtigkeit hin bewertet werden (müssen) Damit die derzeitigen Anwendungen eines Begriffs gegenüber früheren Anwendungen dieses Begriffs (und der mit ihm verbundenen Begriffe) verantwortlich sind, müssen sie zur Verantwortung gezogen werden, als verantwortlich betrachtet oder behandelt werden.“²⁷⁶

c) Das zeigt auch das Beispiel der richterlichen Entscheidung. Für seinen anstehenden Fall beruft der Richter sich auf Präzedenzfälle, die er zu seinem in eine Beziehung der Ähnlichkeit setzt. Das heißt, „der Gehalt der Begriffe, die der Richter anwenden muss, ist vollständig konstituiert durch die Geschichte ihrer früheren tatsächlichen Anwendungen (in Verbindung mit der Geschichte der tatsächlichen Anwendungen anderer Rechtsbegriffe, die in der Rechtsgeschichte als folgernd mit diesen verknüpft angenommen wurden). Es ist diese Tradition, gegenüber welcher der Richter verantwortlich ist. Der Gehalt dieser Begriffe wurde vollständig durch ihre faktische Anwendung konstituiert.“²⁷⁷

III. Präjudizien im horizontalen Holismus des Rechts

Die Semantik von Rechtstexten ist im Verfahren umstritten. Der Bezug auf Präjudizien stabilisiert diese Semantik, indem er auf schon anerkannte Folgerungen verweist. Das Kriterium für die Anerkennungswürdigkeit von Rechtsmeinungen kann nur in der Stimmigkeit mit dem liegen, was schon anerkannt ist. Weder die dem Gesetz zuzumessende Autorität noch die dem Präjudiz zuerkannte Verbindlichkeit ändern dabei etwas an der Begründungslast, die von den entscheidenden Juristen auf sich zu nehmen ist. Alles, was er tun kann, ist lesen, hören, sprechen, schreiben, unterschreiben. Er handelt sprachlich. Und er hat es mit Text zu tun und nichts als Text, mit Fallerzählungen, Parteianträgen ebenso, wie mit Vorschriften und Regelungen, mit Einlassungen und Kommentaren ebenso, wie mit Vorentscheidungen und vor allem auch mit jenen Texten, die er schließlich selbst produziert, mit der Entscheidung, dem Tenor und den Urteilsgründen.

1. Die gerichtliche Praxis der horizontalen Vernetzung Wie der Jurist mit all diesen Texten umgeht, welche er heranzieht und einsetzt, wie er sie zueinander ins Verhältnis setzt und gewichtet, um deren Bedeutung als Recht zu entscheiden, hängt allein von den methodischen Vorgaben ab, an die er gebunden ist. Auch die wiederum „ergeben sich“ nicht „von Natur aus“ aus irgendwelchen, der Praxis vorgegebenen und entzogenen Normen. Vielmehr greift der Jurist hier auf den der Praxis von Recht inhärenten, durch das Handeln der beteiligten Akteure selbst immer wieder instituierten normativen Sinn eben

²⁷⁵ *Brandom*, ebd., S. 367.

²⁷⁶ *Brandom*, ebd., S. 367.

²⁷⁷ *Brandom*, ebd., S. 377 f.

dieser Praxis zurück. Die verschiedenen Verrichtungen, die das Geschäft des Rechts ausmachen, enthalten selbst „implizite Normen, indem sie implizite normative Einstellungen beherbergen, durch die die betreffenden Normen instituiert werden.“²⁷⁸ Diese Einstellungen wiederum finden ihren Ausdruck im sozialen Verhalten des sanktionierenden Reagierens auf das Verhalten eines anderen: „Die implizite Beurteilung einer Performanz als korrekt oder inkorrekt manifestiert sich typischerweise in der Anwendung einer positiven oder negativen Sanktion.“²⁷⁹ Das normative Moment von Praxis ist also sozial bzw. diskursiv verfasst. Es bietet damit zugleich den Ansatzpunkt für seine beständige Dynamik in der Arbeit der Beteiligten daran. Diese wird in den Gründen fassbar, die Akteure einander für ihr Handeln unterstellen und die sie bei Bedarf auch für ihr Handeln beibringen können. Als intelligent und rational handelnde Wesen bewegen wir uns in einem „normativ verfassten Raum der Gründe“.²⁸⁰ Die Akteure als anerkannt kompetente Teilnehmer an einer Praxis wie der des Rechts beurteilen einander als solche in Hinblick auf eben die Gründe, die sich für das jeweilige Handeln finden lassen.²⁸¹ Und in dem Maße, in dem sich Handlungen rechtfertigen lassen, in dem Maße vermag der Verweis auf sie wiederum als Grund für das weitere Handeln herzuhalten. Normen bestehen so in nichts anderem als in der gegenseitigen Beurteilung, der die Beteiligten ihr Handeln unterziehen.

Genau dies praktiziert der Verweis auf die frühere Rechtsprechung. Indem der BGH diese als Rechtsbehauptung argumentativ ins Feld führt, „autorisiert“ er gewissermaßen in Folge auch die Konsequenzen, die sich daraus ableiten lassen. Zugleich aber steht er umgekehrt in der Verantwortung dafür. Er ist nicht nur auf diese Konsequenzen seiner Rechtsbehauptungen „festgelegt“, sondern zugleich darauf, dass diese sich als eine Entscheidung von Recht legitimieren lassen. Dieses Doppelverhältnis von Autorisierung und Verantwortung setzt eine komplexe Dynamik von Berechtigungen frei. Zum einen ist dies die Berechtigung, sich auf die in der eigenen früheren Entscheidung erfolgreich in Geltung gesetzten Rechtsbehauptung zur Begründung des aktuell anstehenden Urteils zu berufen. Zum anderen geht damit aber auch zugleich die Festlegung darauf einher, Gründe in Gestalt des Verweises auf die eigene Rechtsprechung überhaupt zu haben. Aus deren jeweiliger Zu- bzw. Aberkennung ergibt sich ganz allgemein auch der jeweilige Status, den die Beteiligten in der Praxis genießen und hier im besonderen jener, den der BGH als verlässlicher und anerkennungswürdiger Produzent von Recht genießt.

Die entsprechenden „Einstellungen des An- und Zuerkennens von Festlegungen und Berechtigungen auf unterschiedliche Akteure, die an einer sozialen Praxis mitwirken“, machen deren „deontischen Kontostand“ im Rahmen der entsprechend gesellschaftlich instituierten Praxis, hier der des Rechts, aus. Und

²⁷⁸ Knell, Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2000, 225 ff., 235. Weiter auch *Christensen/Sokolowski*, Rechtstheorie 32 (2001), 327, 328 f.

²⁷⁹ Knell, Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2000, 225 ff., S. 225.

²⁸⁰ Ebd., S. 225.

²⁸¹ Ebd., S. 225.

die entsprechenden Handlungen eines Gerichts wie dem BGH lassen sich als „Aktivität der situativen Anpassung der jeweiligen Kontoführungseinstellungen in Reaktion auf signifikante Performanzen einzelner Akteure“, als „deontische Kontoführungspraxis“ betrachten.²⁸² Und je positiver dabei die Bilanz gemessen am Ausbleiben von Sanktionen etwa in Gestalt der Kritik und der Revision früherer Entscheidungen ausfällt, desto größer ist das normativ wirksame Gewicht der Ergebnisse der eigenen Rechtsarbeit, desto mehr gewinnen diese an diskursiver Autorisierungsmacht. Deren „Zuerkennung (...) bringt die implizite Einstellung zum Ausdruck, die Behauptung für berechtigt zu halten.“²⁸³ Es spricht dafür, das, was der BGH einmal für rechtens gehalten hat, im Fall des neuerlichen Streits auch anzunehmen. In dem Maße, in dem das gelingt, fungiert der Verweis auf die eigene Rechtsprechung als Argument. Sein praktisch normativer Druck ist ein doppelter, ein semantisch Recht generierender und ein methodisch Recht garantierender. Argument und Form sind im Verweis auf die eigene Rechtsprechung zwei Seiten derselben Medaille praktiziert praktischer Normativität.

2. Die horizontale Kritik des Richterrechts a) In der fallorientierten Arbeit der Gerichte zeigt sich ein Verhältnis von Immanenz und Transzendenz, welches das Verständnis von Norm ausmacht.²⁸⁴ 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.“²⁸⁵ 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.

Wie schon Wittgenstein für die Praxis des Regelfolgens kritisch aufweist, genügt dessen Konstatierung nicht, „weil sonst der Regel zu folgen glauben dasselbe wäre, wie der Regel folgen.“²⁸⁶ Ganz so verhält es sich auch mit Norm und Anwendung. „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.“²⁸⁷ Das Normativität allein ausmachende, interne Verhältnis von Anwendungsfall und Normauszeichnung hat sich seiner selbst gewahr zu werden, um sich als ein solches unterscheiden und profilieren zu können. Die Blindheit des Normativen

²⁸²Ebd., 237.

²⁸³Ebd., S. 239. *Brandom*, Making it explicit, S. 180.

²⁸⁴Grundlegend *Derrida*, Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“. *Bertram*, in: *Kern/Menke*, Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, S. 289 ff., hier v.a. S. 296 ff.

²⁸⁵*Bertram*, in: *Kern/Menke* (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, S. 296.

²⁸⁶*Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, § 202.

²⁸⁷*Bertram*, in: *Kern/Menke* (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, S. 296.

in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handeln als normativ gehaltvoll aufzuheben.

b) 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. „Wenn es sich auf andere Anwendungen der Norm bezieht, bezieht mein Anwenden sich auch immer auf andere als solche, die auch der Regel unterliegen.“²⁸⁸ Die andere Anwendung der Norm als die eines anderen steht dem zu entscheidenden Fall von Norm zwar nicht gegenüber. Sie wird ihm aber durch die Beobachtung des Handelns entgegen gestellt, als „Vergleichsobjekt“, wie es Wittgenstein immer wieder nennt.²⁸⁹ Dass heißt also, „dass die Erfindung der Regel im Moment ihrer Anwendung immer als eine Wieder-Erfindung erfolgt. Die Regel ist immanent nur eine, die zugleich transzendent ist. Die aktualisierte Regel kommt im Moment der Aktualisierung immer von anderswo her. Ihre normative Kraft liegt in diesem ‚von anderswo her‘; sie liegt in den Aspekten normativen Geschehens, die nicht zu spontaner Selbstverwirklichung führen.“²⁹⁰

Das bedeutet nun aber nicht, dass damit durch die Hintertür doch noch ein Bezug nach außen gesetzt würde, eine doch noch unabhängige Instanz ins Spiel gebracht würde, die als neutraler Schiedsrichter über die Frage nach der Normativität wachen könnte. „Das andere Befolgen steht nicht außerhalb einer neuen Normanwendung. Die Beziehungen auf das andere Befolgen sind vielmehr intern. Sie werden implizit in einer neuen Normanwendung hergestellt. Wiedererfindung der Norm ist eine Anwendung in dem Sinn, dass sie anderes Befolgen der Regel als ein Befolgen der Regel impliziert, die eine erneute Anwendung findet. Die Korrelation von bisherigen Anwendungen mit einer neuen Anwendung kommt, so verstanden, intern zustande. Sie ergibt sich im Moment des neuen Regelfolgens.“²⁹¹ Transzendenz und Immanenz greifen im Inneren der Frage der Normativität ineinander. Sie stellen beide gleichermaßen Momente der einen Beobachtung dar und sind als das „Wie“ der Unterscheidung von Normativität miteinander verzahnt. Während sich in dem einen Moment, der Immanenz, die Beobachtung vollzieht, wird diese zugleich in dem anderen Moment, der Transzendenz, beobachtet. Nämlich als Beobachtung von Norm. „Die Norm ist der Bezug auf anderes Anwenden der Norm. Dieser Bezug ist der Normanwendung immanent. Trotz dieser Immanenz bringt der Bezug in die Norm ein Moment von Transzendenz ein. Die andere Anwendung der Norm ragt wie ein innerer äußerer Anstoß, wie eine selbst gesetzte und doch von außen kommende Herausforderung in meine Normanwendung hinein.“²⁹²

Möglich wird dieses Verhältnis auf Grund der Sprachlichkeit alles Normativen.

²⁸⁸Ebd., S. 298.

²⁸⁹Siehe *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, §§ 130, 131.

²⁹⁰*Bertram*, in: *Kern/ Menke* (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, S. 297.

²⁹¹Ebd.

²⁹²Ebd., S. 298.

Ganz so, wie sich auch schon das Verhältnis zur Welt nur in kommunikativer Entäußerung setzen kann²⁹³, ganz so steht es mit jenem komplexen Reflex von Immanenz und Transzendenz, durch den sich Normativität setzt: „Normativität ist: das eigene Tun von der Andersheit im Tun der anderen her entwickeln.“²⁹⁴ Dazu bedarf es nicht nur des Ausdrucks, durch den das eigene Tun profiliert und der Beziehung ausgesetzt werden kann. Dazu bedarf es zugleich auch des Verständnisses, durch das eben diese Beziehung gesetzt werden kann. Es ist notwendig, „sich an den anderen in der Sprache des anderen zu richten.“²⁹⁵ Durch den kontrastiven Bezug des eigenen Handelns auf anderes wird „normative Kraft“ freigesetzt und dem Handeln beigemessen. Außerdem wird durch den Bezug auf das Handeln anderer das damit gesetzte Verhältnis von Norm und Anwendung „inhaltlich“ gehaltvoll.²⁹⁶ „Normativität“ wird so zu einem „Geschehen mit bestimmten Inhalten (den Normen), das vielfältige Beziehungen zu anderen in ihrer Andersheit impliziert.“²⁹⁷

Die Verständigung, die dieses Geschehen in Gang setzt, erweist sich dabei selbst als ein intimes Geflecht von Normativität und Sprachlichkeit. Es hebt sozusagen diese beiden Momente ineinander auf und bleibt auf diese Weise wiederum ganz zirkulär auf sich selbst verwiesen. Denn „wer sich in einem sprachlichen Geschehen bewegt, bewegt sich immer zugleich in einem normativen Geschehen.“²⁹⁸ Und umgekehrt natürlich. Vom Sprachlichen her liegt das normative Moment darin, dass das Verstehen auf die Wiederholbarkeit von Ausdrücken angewiesen ist.²⁹⁹ „Jedes Verstehen bezieht sich konstitutiv auf solche anderen Gebrauchssituationen und damit auf andere, die die verstandenen sprachlichen Ausdrücke wiederholt verstehen.“³⁰⁰ Dabei bedeutet dies wohlgerne nicht, dass eine irgend vorgelagerte Sprache diese Wiederholbarkeit als eine in sich ruhende Identität des Ausdrucks mit sich brächte. Vielmehr stellt sich Verstehen ein, indem der Ausdruck als ein neuerlicher angenommen wird. „Die Wiederholbarkeit (...) bedeutet eine Wiederholbarkeit des Verstehens durch eine Benutzerin des sprachlichen Ausdrucks. Ein einmal verstandener Ausdruck kann konstitutiv immer noch einmal verstanden werden.“³⁰¹ Wenn das Verstehen sich also auf die Beobachtung des Ausdrucks als einem wiederkehrenden ein-

²⁹³Ebd., S. 298.

²⁹⁴Dazu hier nur von Foerster/Pörksen, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners. Gespräche für Skeptiker, 5. Aufl., S. 97 ff.

²⁹⁵Bertram, in: Kern/Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, S. 300.

²⁹⁶Derrida, Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“, S. 35.

²⁹⁷Zur Unterscheidung von „normativer Kraft“ und „normativen Inhalten“ S. 301; Bertram, in: Kern/Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, S. 301.

²⁹⁸Bertram, in: Kern/Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, S. 303.

²⁹⁹Grundsätzlich dazu Derrida, in: ders., Randgänge der Philosophie, S. 124 ff. Des Näheren in Bezug auf die Rechtsarbeit auch Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, S. 157 ff.

³⁰⁰Bertram, in: Kern/Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, S. 302.

³⁰¹Ebd., S. 302.

lässt, so bindet es sich zugleich an jenen anderen Ausdruck. Beobachtet wird also wiederum die selbstbezügliche Beobachtung von Sprache. Verstehen schafft sich so also nicht allein im Bezug auf sich selbst. Vielmehr setzt es sich in einer Unterscheidung als Verstehen des anderen zu sich in eine Beziehung, die sich in der Annahme des Ausdrucks als einem wiederkehrenden selbst wiederum bezeichnet. Das Verstehen überlässt sich so der vom anderen gesetzten Verstehensweise des Ausdrucks. Es nimmt sich diese zum Maß und überlässt sich allein in diesem Sinne einer normativen Bindung an den anderen, um sich selbst wiederum nicht als das eigene Verstehen, sondern eben als ein Verstehen des anderen beobachten zu können. „Die anderen, die sprachliche Ausdrücke gebrauchen, binden das Verstehen. Durch den Bezug auf andere sind die Ausdrücke Normen, haben sie nicht nur einen Gehalt, sondern vielmehr einen bindenden Gehalt.“³⁰² Unverkennbar zeichnet sich hier genau wieder jenes Ineinandergreifen von Immanenz und Transzendenz ab, das zugleich auch Normativität kennzeichnet.

c) So kann auch Rechtsanwendung in einer Beobachtung zweiter Ordnung die kritische Reflexion auf sich entfalten. Sie kann die Blindheit der eigenen Beobachtung überwinden. Vom Moment der Verstrickung der Rechtsarbeit in Normativität her „sieht“ sie damit, wie weder der Gesetzgeber noch das Gesetz die Entscheidung des Falls vorzeichnen können. Sie sieht, wie allein der entscheidende Jurist dafür zu zeichnen vermag. Vom Moment der Verstrickung in Sprachlichkeit her „sieht“ Rechtsarbeit damit zugleich, wer spricht, wenn Recht gesprochen wird, und wem jenes Verständnis zuzurechnen ist, das seinen Ausdruck in der Bezeichnung von Recht findet. Zwar wird nach der Formel die Entscheidung von Recht „Im Namen des Volkes“ getroffen und der verantwortliche Jurist scheint in dem Moment, in dem er unverstellt spricht, durch den Ausdruck, den er sich gibt, schon wieder zu verschwinden. Aber „prinzipiell ist dies Unsinn, man kann nichts im Namen des anderen geben. Was man geben kann, gibt man prinzipiell nur im eigenen Namen.“³⁰³

Diese Verantwortung ist schwierig. Aber sie wird dem Juristen von außen auferlegt, schon durch die Zwänge des Verfahrens und die darin vorgebrachten Argumente; verbunden mit der Pflicht, die Entscheidung im Namen des Volkes zu begründen. Daran zeigt sich denn nun auch endgültig, dass eine Beobachtung zweiter Ordnung die Rechtsarbeit nicht etwa bestätigend verdoppelt, sondern den Ansatzpunkt wirklicher Verantwortung im juristischen Handeln erst sichtbar machen kann. Jede Umsetzung des geltenden Rechts ist unvermeidbar auch dessen Verschiebung, Anreicherung, Komplizierung. Aber eine verantwortliche Umsetzung ist ein Gegenzeichnen des vom Parlament geschaffenen Textes. Gegenzeichnen heißt, „mit meinem Namen gegenzuzeichnen, aber in einer Weise, die dem anderen treu sein sollte. Ich würde wahr nicht falsch gegenüberstellen, sondern wahr im Sinne von Treue verstehen. Ich will etwas hinzufügen, dem anderen etwas geben, aber etwas, das der andere entgegennehmen und seiner- oder ihrerseits, tatsächlich oder als ein Geist, gegenzeichnen

³⁰² Bertram, in: Kern/Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, S. 302.

³⁰³ Derrida, Als ob ich tot wäre, S. 37. Siehe auch Derrida, Politik der Freundschaft, 2000.

kann. Die Allianz also zwischen diesen beiden Gegenzeichnungen ist Anwendung. Man kann niemals sicher sein, dass es geschieht, es gibt kein Kriterium dafür, keine vorgegebene Norm, niemand kann im Voraus Regeln, Normen oder Kriterien anfügen.“³⁰⁴ Die Rechtsnorm wird konstruiert, aber nicht beliebig, sondern so, dass sie das Gesetz als Normtext anerkennt. Nur dann ist es die Konstruktion einer Rechtsordnung und damit - in diesem Sinn - Rechtsanwendung.

3. Vom Gesetz zum versuchsweisen Recht a) 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 Einheit³⁰⁵ der Rechtsordnung. Allerdings muss diese Bezugnahme scheitern, wenn man als Bezugsobjekt die Idee eines Ganzen als einer formulierbaren Totalität denkt. 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 Ganzes³⁰⁶ 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 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 wird³⁰⁷ 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 Bedin-

³⁰⁴ Derrida, Als ob ich tot wäre, S. 33.

³⁰⁵ Vgl. dazu Friedrich Müller, Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus, 2. Aufl.

³⁰⁶ Siehe dazu Seel, in: Bertram/ Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie, S. 30 ff.; vgl. dazu außerdem Bertram/ Liptow, in: dies. (Hrsg.), Holismus in der Philosophie, S. 7 ff.

³⁰⁷ Vgl. dazu Friedrich Müller, Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus, 2. Aufl.

gungen 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.

b) Das bleibt auch nicht ohne Auswirkungen auf praktische Fragen der Rechtsanwendung, etwa des Normwiderspruchs oder der Rechtslücke. Beide Probleme werden durch die gesellschaftliche Ausdifferenzierung und Pluralisierung besonders akzentuiert. Hier ist der systematische Ort für den Holismus im juristischen Denken. Juristen argumentieren regelmäßig holistisch, indem sie auf das Ganze der Rechtsordnung verweisen, um im Fall von Anspruchskollisionen die Reichweite der jeweiligen Rechtspflichten innerhalb der Gesamtrechtsordnung zu bestimmen bzw. im Fall von Rechtslücken vermeintliche Lückenschließung zu betreiben. Die epistemische Strategie holistischer Argumentation will die Widersprüche in der Argumentation durch objektiv-theoretische Erkenntnis aufheben bzw. auf diesem Weg ausgemachte Wertungslücken schließen. Der praktische und horizontale Holismus setzt hingegen nicht auf Erkenntnis, sondern auf Argumentation: Erst in den rechtlichen Arbeitsprozessen der Bedeutungsgebung steht der Inhalt des Gesetzes (vorläufig) fest.

Gefordert ist ein konsequent praktisches Verständnis des Holismus, welches das Moment des Ganzen aus dem Innern der Arbeitspraktiken heraus bestimmt. Es wird damit „holistisch individuell“ eine Angelegenheit „zwischen“ den Beteiligten solcher Praktiken. Dadurch vermeidet man, über ein kollektives, die Einzelnen begrifflich semantisch regierendes „Wir“ eine Substantiierung des Ganzen durch die Hintertür einzuführen.

c) Zunächst ist also das Problem des Verhältnisses von individuellen Bedeutungen und Überzeugungen an den richtigen Ort bringen. Dieser Ort liegt in den praktischen Verknüpfungen zu einer Beobachtung zweiter Ordnung, welche die Gerichte vornehmen. Das drängendste Problem dabei ist und bleibt aber die Frage nach einer Kontrollierbarkeit des Ganzen als eines konstitutiv sinnstiftenden Moments. Nur wenn es gelingt, Ähnlichkeiten von Urteilen pragmatisch zu fassen, kann der Holismus operieren. Zur Lösung dieser Fragen kann man an die pragmatisch fundierte Inferenzsemantik Brandoms anknüpfen. Brandom nimmt die Perspektive des „Wir“ ganz in die Verständigung zurück. Alles, was

sich an signifikant diskursiver bzw. begrifflicher Praxis abspielt, wird allein in den Reaktionen der Teilnehmer untereinander auf ihr Verhalten praktisch vollzogen. Es gibt kein unabhängiges Drittes, auch nicht die Sprache, die Regel oder die Bedeutung, das als Begründungsbasis erhalten könnte. Dementsprechend meint für einen folgerichtig praktischen Hier-und-Jetzt-Holismus die Rede von einem Ganzen einen offenen Horizont von Bezügen. Das Ganze kippt damit aus der Vertikalen in die Horizontale. Es ist auch nicht epistemisch verfügbar, sondern wird als Horizont kommunikativen Handelns praktisch. Genauso wie jeder Sprecher in der Sprache muss sich auch der Richter auf etwas stützen können, wenn er eine Äußerung tätigt oder gar eine Entscheidung treffen soll. Bei der Strukturierung des sprachlichen Materials kann er sich auf die Ergebnisse bisheriger Verständigungsprozesse beziehen. Das gilt für jede Sprache und damit auch für die Sprache des Rechts.

Der von der post-analytischen Philosophie heute vertretene pragmatische Bedeutungsbegriff macht also die Entwicklung der Systematik zur Systematik zweiter Ordnung in ihrer Notwendigkeit verständlich. Entschieden werden kann nur Unentscheidbares. Daran ändern auch die Präjudizien nichts. Aber möglich ist eine Entscheidung von Unentscheidbarem nur, weil es bereits Entschiedenes gibt. Der Richter vollzieht den Sprung zur Entscheidung an einer Kette von Lesarten entlang.

4. Teil: Weiterführende Fragen zur argumentativen Geltung im Recht

Im Recht zeigt sich besonders deutlich, dass Verstehen von Texten immer mit anderem Verstehen verbunden ist. Es wird um die Auslegung von Texten gestritten, und dabei hängen nicht nur Zeichengegenstände mit anderen Zeichengegenständen zusammen, sondern das eine Verstehen des Gesetzes ist dem Verstehen eines anderen entgegengesetzt. Wie ist dieser Bezug praktisch organisiert?

I. Die Dynamik der Argumentation im Verfahren

1. Auch dafür hat die Analyse der Begründungen einiges erbracht. Im Vordergrund unserer Untersuchung stand der *statische* Aspekt der Begründungen des Bundesgerichtshofs. Für die Ausarbeitung einer Methode des Strafrechts wollten wir wissen, welche Rolle die Canones der Auslegung für strafrechtliche Begründungen spielen. Um aber die Argumentationsstruktur herausarbeiten zu können, musste man die einzelne Äußerung in ihren Kontext stellen. Dieser Kontext war die *Dynamik* der Argumentation, welche in der Begründung abgebildet wird, über Behauptung, Einwand, Replik usw.

a) Dies zeigt sich auf der Textoberfläche zunächst beim Referat der Ergebnisse der Vorinstanzen.³⁰⁸ Auch abhängig vom Umfang des Abdrucks der Entschei-

³⁰⁸Das ließe sich an sehr vielen Entscheidungen zeigen, vgl. daher neben der im Text genan-

nung in der amtlichen Sammlung werden (hier gleich nachgezeichnet an der ersten untersuchten Entscheidung in BGHSt 1, 1)

- **das Ergebnis der Tatsacheninstanz** (vgl. BGHSt 1, 1: „Die Strafkammer hat die Angeklagte wegen schweren Raubes nach § 250 I Nr. 1 StGB in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung nach § 223a StGB verurteilt. [folgt Schilderung des Tatgeschehens]. Der näheren Erörterung bedurfte nur, ob sich die Angeklagte, *was das Landgericht bejaht* [Hervorhebung durch die Verf., RC/HK], einer »Waffe« im Sinne der §§ 250 Abs. 1 Nr. 1, 223a StGB bediente, als sie dem Mädchen die verdünnte Salzsäure plötzlich ins Gesicht schüttete.“)
- **u.U. die (mehr oder weniger spezifizierten) Angriffe durch die Revision** (vgl. BGHSt 1, 1 f.: „Die Revision bekämpft die Auffassung des Landgerichts und beruft sich auf die Rechtsprechung, die als Waffen im Sinne der hier in Betracht kommenden Bestimmungen (§§ 223a, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB) nur solche Gegenstände anerkenne, mit denen durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines anderen eine Verletzung herbeigeführt werden soll.“), die sich als Einwände gegen die Geltung der Entscheidung in der Tatsacheninstanz deuten lassen, sowie
- **das Ergebnis des Senats** (vgl. BGHSt 1, 2: „Der Senat glaubt an dieser Begrenzung des Waffenbegriffs nicht festhalten zu dürfen.“)

genannt. Wenn – wie meistens³⁰⁹ – die Revision erfolglos ist, muss der Senat also in seiner Entscheidung die vorgebrachten Einwände integrieren oder widerlegen; wenn die Revision erfolgreich ist, müssen die (einleitend meist nur knapp referierten) Einwände gegen das Urteil ausgebaut bzw. die Urteilsgründe als mögliche Einwände gegen die Sichtweise der Revision widerlegt werden.

b) Aber auch die eigenständige Begründungsarbeit des Bundesgerichtshofs folgt dieser Struktur. Was sich ebenfalls – teils ausführlicher, teils nur knapp und angedeutet – in einer Vielzahl von Entscheidungen nachweisen lässt,³¹⁰ sei hier

nten Entscheidung BGHSt 1, 1 f. statt vieler als deutlich ausgestaltete Fälle nur BGHSt 1, 4, 5 f.; 1, 13, 14; 1, 44 ff.; 1, 47; 1, 107, 108; 1, 122; 1, 124, 125; 49, 34, 35; 49, 45 ff.; 49, 84 f.; 49, 94; 49, 147, 148 ff.; 49, 166 ff.; 50, 64 f.; 50, 80, 81; 50, 147, 148; 50, 206 f.

³⁰⁹Die statistischen Erfolgsaussichten (vgl. Geschäftsstatistik der Strafsenate des BGH, abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de/>.) einer Revision zum BGH liegen ausgesprochen gering: So wurden z.B. im Jahr 2007 bereits 75,3 % (und in 2006 sogar 77,8 %) und damit mehr als drei Viertel der Revisionen durch Beschluss als „offensichtlich unbegründet“ nach § 349 II StPO verworfen. Nur in rund 15,4 % der Revisionen wurde das landgerichtliche Urteil aufgehoben, d.h. in den deutlich meisten Fällen greifen die Einwände der Revision gegen das Urteil nicht durch.

³¹⁰Vgl. neben den nachfolgenden genannten Entscheidungen etwa die Passagen in BGHSt 1, 4, 6; 1, 13, 15 f., 18; 1, 41 f.; 1, 44, 45; 1, 56, 58; 1, 59, 61; 1, 71, 72; 1, 80, 82 f.; 1, 131, 137; 1, 139, 140 f.; 1, 143, 144; 1, 158, 159 f.; 1, 186, 192; 1, 203, 204 f.; 1, 209, 210; 1, 235, 236 f.; 1, 255, 256 f.; 1, 275, 276; 1, 293, 294 f.; 1, 313, 314; 1, 332, 333; 1, 334, 335; 1, 351, 352 f.; 1, 368, 370 f.; 1, 383; 1, 388, 389 f.; 2, 14, 19; 2, 20, 23; 2, 35, 37; 2, 99, 100 f.; 2, 116, 117 f.; 2, 194, 198 f., 204; 2, 230, 232; 2, 258 f.; 2, 262, 263 ff.; 2, 269, 271 f.; 2, 308, 309; 2, 315, 316; 2, 317, 319 f.; 3, 344, 345 f.; 2, 362 f.; 49, 17, 20; 49, 25, 28; 49, 90, 92; 49, 93, 106; 49, 112, 122; 49, 166, 170; 49, 189, 196; 49, 214, 219f., 221 f.; 49, 239, 243; 49, 268, 272 f.; 49, 275, 291 f.;

nur an drei Fällen näher exemplifiziert:³¹¹

aa) In der soeben bereits erwähnten ersten untersuchten Entscheidung BGHSt 1, 1 ist das Bedürfnis für eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Einwand, „Waffen“ seien nur mechanisch wirkende Gegenstände, besonders dringlich, da die Revision sich hier auf entgegenstehende Rechtsprechung des RG beziehen kann. Widerlegt werden muss also nicht nur der Einwand des Rechtsmittelführers, sondern auch die argumentative Geltung von höchstrichterlichen Vorentscheidungen.³¹² Dazu geht der Senat in mehreren Schritten vor, in denen er die Geltung der bisherigen Rechtsprechung zunächst zu entkräften versucht, dann seine Sichtweise begründet und diese dann schließlich gegen – soweit dies den Urteilsgründen entnommen werden kann – gleichsam imaginäre, vorstellbare, aber im konkreten Fall selbst generierte Einwände verteidigt.

- Zunächst referiert der Senat die bisherige Reichsgerichtsrechtsprechung unter dem Blickwinkel einer Herleitung des Waffenbegriffs „aus dem in der Allgemeinheit und in der Technik beobachteten Sprachgebrauch“, welcher „dem Wandel der Zeiten unterworfen“ sei,³¹³ wodurch sofort eine Relativierung angedeutet wird; diese wird noch verstärkt, wenn wenige Zeilen weiter unten berichtet wird, schon das RG selbst habe diese Auslegung bezweifelt; soweit es dennoch an ihr festgehalten habe, sei dies geschehen „ohne neue Begründungen zu geben“.³¹⁴
- Auf dieser Grundlage, die das Bild einer nicht näher begründeten, allein auf dem dem Wandel der Zeit unterworfenen Sprachgebrauch basierenden Auslegung zeichnet, kann dann relativ leicht zu diesem „Wandel“ übergeleitet werden, den der Senat unter Einbeziehung von Realelementen³¹⁵ etwa mit der Weiterentwicklung der Kriegswaffentechnik belegt.
- Als ersten „fingierten“ Einwand prüft der Senat, ob es nicht spezifisch strafrechtliche Gründe gebe, an einem engeren (und dann nunmehr vom geänderten Alltagssprachverständnis abweichenden) Waffenbegriff festzuhalten, verneint dies aber sofort: Sinn und Zweck der Strafschärfungen für die waffenmäßige Begehung einer Straftat zielten nämlich allein

50, 40, 50 f.; 50, 64, 74; 50, 80, 87, 92; 50, 93, 98 f.; 50, 188, 194; 50, 206, 211 f.; 50, 252, 258; 50, 282 f.; 50, 284, 295 f.; 50, 299, 310; 50, 318, 327; 50, 331, 338; 50, 347, 353; 50, 373, 379.

³¹¹Die Dynamik des Argumentationsverlaufs wird schon in der philosophischen Argumentationstheorie gegenüber dem einzelnen Argument und seiner Struktur vielfach in der Behandlung vernachlässigt (vgl. nunmehr aber ausführlich *Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, insb. Kapitel 1 [S. 47 ff.], 4 [S. 185 ff.] sowie 7 [S. 335 ff.]) und spielt auch in der Rechtstheorie nicht die Rolle, die ihrer Bedeutung gerecht wird (vgl. Ansätze bei *Christensen/Kudlich*, *Gesetzesbindung*, S. 211 f., sowie ausführlicher bei *dens.*, *Theorie richterlichen Begründens*, S. 257 ff.), so dass hier noch Bedarf für vertiefende Forschung besteht.

³¹²Vgl. zur Bedeutung dieser Vorentscheidungen im argumentativen Netz eines horizontalen Gesetzesbindungsverständnisses nochmals oben S. 99 ff.

³¹³Vgl. BGHSt 1, 1, 2.

³¹⁴Vgl. BGHSt 1, 1, 3. Dabei bleibt freilich unerwähnt, dass das RG für neue Begründungen keinen Anlass gehabt hatte, soweit keine neuen Gegenargumente vorgetragen worden waren.

³¹⁵Vgl. dazu nochmals näher oben S. 66 ff.

auf die objektive Gefährlichkeit ab, was eher für ein weites Verständnis spreche.

- Als ob ihm bewusst sei, dass dieses Argument zumindest insoweit auf schwachen Füßen steht, als diese ratio gewiss auch schon zu Zeiten der reichsgerichtlichen Entscheidungen gegolten hat, greift der Senat als zweiten denkbaren Einwand auf, ob denn nicht die Literatur trotz des vorgeblich geänderten Alltagssprachverständnisses weiterhin einen engen Waffenbegriff vertrete. Auch das kann der Senat aber rasch widerlegen, da „auch in der Rechtslehre (...) in zunehmendem Maße“, die von ihm bevorzugte Auslegung vertreten werde.³¹⁶ Damit erfolgt nicht nur die Berufung auf die Wissenschaft als fachliche Autorität, sondern es wird darüber hinaus noch suggeriert („in zunehmendem Maße“), dass auch dort ein *Meinungsumschwung* stattfinde, eine Kontinuität mit dem früheren Verständnis also jedenfalls kein Selbstzweck sein könne.

bb) In der Entscheidung BGHSt 49, 72 hat sich der 3. Senat mit der Verwertung einer Zeugenaussage zu befassen, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Der Senat erkennt hier – dem spontanen Zugriff auf den Normtext des § 255a I StPO entsprechend – ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot nach § 252 StPO an, obwohl nach gefestigter Rechtsprechung die Vernehmung einer richterlichen Verhörsperson (als an sich weniger zuverlässiges Beweismittel) über die selbe Zeugenvernehmung möglich wäre, was sich „nicht stimmig in die bestehende Rechtslage einfügt“.³¹⁷

- Auf dieser Feststellung aufbauend antizipiert der Senat auch hier einen so offenbar gar nicht im Verfahren vorgebrachten (gleichsam fingierten) Einwand, der dahin gehen könnte, dieses scheinbar widersprüchliche Ergebnis dadurch aufzulösen, dass die in der Literatur schon länger kritisierte Privilegierung der Verwertbarkeit bei richterlichen Verhörspersonen insgesamt abzuschaffen sei. Hier wird die Gefahr des Aspekts deutlich, der oben³¹⁸ im Zusammenhang mit der Präjudizienwirkung mit dem Stichwort der „Autorisierung der Folgen“ einer Entscheidung bezeichnet wurde.³¹⁹ Diesen Einwand widerlegt der Senat jedoch dadurch, dass er die Sondersituation der richterlichen Vernehmung betont und deren Bedeutung nicht in Zweifel zieht,³²⁰ sogar um den Preis, „vor diesem Hintergrund (...) die in § 255a I i.V.m. § 252 StPO getroffene Regel (als) wenig verständlich“

³¹⁶Vgl. BGHSt 1, 1, 4.

³¹⁷Vgl. BGHSt 49, 72, 76.

³¹⁸Vgl. S. 100.

³¹⁹Konkret: Vertritt der BGH eine Auslegung, die im ersichtlichen Wertungswiderspruch zur Rechtsprechung zu einem anderen Problem steht, welche ohnehin in der Wissenschaft vielfach kritisiert wird, so läuft er Gefahr als Folge der jetzigen Auslegung ein Argument gegen die Fortgeltung der früheren Rechtsprechung zu dem anderen Problemkreis zu liefern, wenn er nicht explizit betont, dass diese frühere Rechtsprechung (hier Privileg der richterlichen Vernehmung bei § 252 StPO) Geltung beanspruchen soll.

³²⁰Vgl. BGHSt 49, 72, 77.

zu bewerten.³²¹

- Das fordert als nächsten Einwand natürlich geradezu heraus, dass dann der Wertungswiderspruch durch eine einschränkende Auslegung des § 255aI i.V.m. § 252 StPO aufzulösen, was zu einer Verwertbarkeit der Aufzeichnungen in allen Fällen führen müsste, in denen auch der Richter als Zeuge über die frühere Aussage vernommen werden darf. Hiergegen führt der Senat dann Wortlaut und Entstehungsgeschichte ins Feld, die dazu führen, dass „eine Korrektur dieses mit Blick auf die Qualität der Beweismittel widersprüchlichen Ergebnisses (...) dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben“ müsse. M.a.W.: der denkbare Einwand wird teils integriert, teils widerlegt: Integriert dahingehend, dass der Wertungswiderspruch nicht gezeugnet, sondern offen eingestanden wird; widerlegt dann hinsichtlich der aus dem Widerspruch abzuleitenden Folge.

cc) Die Entscheidung BGHSt 49, 201 schließlich behandelt „vertikale“ Absprachen und ihre Behandlung i.R.d. § 298 StGB. Bei diesen erfolgt das Zusammenwirken bei einer Ausschreibung (nur) zwischen einem Anbieter und einer Person auf der Seite des Veranstalters, während bei den (unstreitig erfassten) horizontalen Absprachen mehrere (idealtypisch) im Wettbewerb stehende Anbieter zusammen wirken. In der bis zu dieser Entscheidung in der Literatur umstrittenen Frage spricht sich der Senat – obwohl er eingesteht, dass der Wortlaut insoweit sehr offen gestaltet ist³²² – für ein einschränkendes Verständnis des § 298 StGB aus, das nur vertikale Absprachen erfasst. Er begründet dies wesentlich damit, dass horizontale Absprachen unter bestimmten Voraussetzungen mit dem zusammen mit § 298 StGB im Jahre 1997 ins StGB aufgenommenen § 299 StGB erfasst werden können. Dieser mithin vorrangig systematisch begründeten Befund erscheint freilich so gesichert nicht, weil partielle Überschneidungen der Anwendungsbereiche strafrechtlicher Verbote fast eher die Regel als die Ausnahme sind und Ausgangspunkt der Lehre von den Konkurrenzen bilden. Die aus anderen Richtungen vorgebrachten bzw. denkbaren Einwände weist der Senat aber zurück:

- Ein erster Einwand könnte darin bestehen, dass die Gesetzesbegründung Absprachen, die jedenfalls *auch* vertikal ausgerichtet sind, für besonders gefährlich erachtet.³²³ Dieser Einwand lässt sich aber leicht integrieren, da die einschlägige Passage Konstellationen vor Augen hat, in denen eine bestehende horizontale Absprache jedenfalls vorliegt und nur *zusätzlich* einem Mitarbeiter des Anbieters bekannt wird.
- Ferner wird als Einwand gegen die Beschränkung auf horizontale Absprachen erwogen, dass die im Gesetzgebungsverfahren in Bezug genommenen §§ 1, 25 GWB a.F. ausnahmsweise auch (rein) vertikale Absprachen erfassen sollten.³²⁴ Indes lässt sich auch dieser Einwand integrieren, da

³²¹Vgl. BGHSt 49, 72, 78.

³²²Vgl. BGHSt 49, 201, 205.

³²³Vgl. BGHSt 49, 201, 206 mit Verweis auf BT-Drs. 13/5584, S. 14.

³²⁴Vgl. BGHSt 49, 201, 206 mit Verweis auf BT-Drs. 13/5584, S. 13, 14.

auch nach der alten Rechtslage § 1 GWB a.F. keine Fälle wie den hier behandelten erfasst hätten, in denen es nur um Austauschverträge ging und keine Partei darüber hinaus in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt wurde.

- Auch dass in anderen Kontexten vertikale Absprachen Wettbewerbsrelevanz haben könnten,³²⁵ greift nach Ansicht des Senats nicht durch, da der Gesetzgeber mit § 298 StGB gerade nur einen Teilbereich der bisherigen Kartellverstöße auch kriminalisieren wollte, m.a.W.: der Einwand möglicher Lücken im strafrechtlichen Schutz wird durch den Hinweis auf die bewusst nur partikuläre Regelung widerlegt.³²⁶
- Zuletzt sieht der Senat den denkbaren Einwand, dass das geschützte Rechtsgut des freien Wettbewerbs durch rein vertikale Absprachen ebenfalls nachteilig betroffen sein könnte. Allerdings fehle dieser Gefährdung³²⁷ die „typische, wirtschaftspolitisch gefährliche Tendenz zur Wiederholung“, so eben nicht die einschlägige Gefahr, vor der § 298 StGB gerade schützen solle, vorliege.

2. In einen größeren und – notwendig holzschnittartig verallgemeinernden – Zusammenhang gestellt, könnte man die argumentative Struktur der juristischen Begründung auf der „Textoberfläche“ also wie folgt beschreiben: Dem eigentlichen Text sind häufig Leitsätze vorangestellt, die dann später im Fließtext wiederkehren. Die Leitsätze, welche der Entscheidung vorangestellt sind, haben eine erkenntnisleitende Funktion. Sie formulieren, was eine bestimmte Wendung im Gesetzestext für einen Fall wie diesen bedeutet, und beenden den im Verfahren geführten Streit darum. Deswegen werden sie in der Rechtstheorie als die aus dem Gesetzestext entwickelte Rechtsnorm bezeichnet. Der Text ist allgemein für Fälle wie diesen formuliert und unterscheidet sich damit vom Tenor der Urteile, den man als Entscheidungsnorm begreifen kann.

Diese Rechtsnorm ist zunächst erforderlich, um für die Subsumtion der Entscheidungsnorm im Gesetzestext einen Zwischensatz zu finden.³²⁸ Hier entstehen allerdings selten Probleme, weil sich diese Prüfung der Informationstragung mit Alltagslogik bewältigen lässt. Während die Subsumtion dem Kalkül folgt, und sich somit „mechanisch“ vollzieht, ist dagegen die *Gewinnung* des entsprechenden Zwischensatzes (exemplarisch gleich aus der Entscheidung BGHSt 1, 1: „Salzsäure ist eine Waffe i.S.d. §§ 223a, 250 I Nr. 1 a.F.“³²⁹) kein

³²⁵Vgl. BGHSt 49, 201, 207.

³²⁶Hier könnte man der Sache nach ein Argument unter Hinweis auf den „fragmentarischen Charakter des Strafrechts“ sehen (vgl. o. S. 22 und 40) – freilich nur einen untypischen insoweit, als schlicht der fehlende Wille zu einer umfassenden Regelung behauptet, nicht dagegen mit dem ultima-ratio-Charakter des Strafrechts argumentiert wird.

³²⁷Ob das in der Sache stimmt, bleibe hier dahingestellt.

³²⁸Vgl. auch bereits *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 164, 176 f.; anschaulich auch *Rosendorfer*, Ballmanns Leiden oder Lehrbuch für Konkursrecht, S. 201, der Oberstaatsanwalt Dr. F. vermuten lässt, „der Einfluß der NJW-Redakteure auf die Rechtsfortbildung“ sei „wahrscheinlich größer als der des BGH“.

³²⁹Entspricht §§ 224 I Nr. 2 und 250 I Nr. 1a StGB. Entsprechend für unser drittgenanntes Beispiel: „Rein horizontale Absprachen werden von § 298 StGB nicht erfasst.“

algorithmisches, sondern ein kreatives Verfahren.

Ohne die Sicherheit des Kalküls brauchen wir eine andere Überprüfungsinstanz für die Richtigkeit dieser Behauptung. Finden kann sie das Recht nur in der Argumentation. Deswegen ist die Rechtsnorm im Verfahren zunächst nur eine Auslegungshypothese, welche im Fegefeuer der streitigen Argumente überprüft wird. Diesen Vorgang muss der Richter in seiner Begründung darstellen. Nur dann kann er die Legitimation des Gesetzes auf sein Urteil übertragen. Dieser Legitimationstransfer darf nur erfolgen, wenn die Begründung gewissen Anforderungen genügt.³³⁰ Die zentrale Anforderung liegt darin, dass die Lesart des Gesetzes zur argumentativen These wird und die Begründung darlegen muss, dass sie unter Voraussetzung des im Verfahren unstreitig zugrunde gelegten Wissens erreicht werden kann. Die Erreichbarkeit der These muss an den im Verfahren vorgetragene Argumenten überprüft werden. Das heißt für den Richter, dass er alle Gegenargumente entweder integrieren oder widerlegen muss.³³¹

Tatsächlich findet man diese Dynamik auch mehr oder weniger deutlich in jeder Entscheidung. Das Gericht ist unterwegs vom Gesetz zur Entscheidung und muss dabei mit Überfällen durch feindliche Argumente rechnen. Genau wie der Fernhändler im Mittelalter muss es diese Räuber entweder in die Wachmannschaft aufnehmen oder zurückschlagen. Die Begründung führt Buch über den Weg und ist daher meistens sehr spannend. Man sieht ständig (wie nicht nur die drei hier näher dargestellten Entscheidungen zeigen, neben den im Verfahren nicht explizit vorgetragene auch gleichsam fingierte bzw. antizipierte³³²) Gegenargumente und deren aufnehmende Verarbeitung oder Zurückweisung.³³³ Erst im Rahmen der Argumentationsdynamik kann man Struktur und Rolle des einzelnen Arguments erkennen. Trotzdem stand für uns der statische Aspekt im Vordergrund, während der dynamische den Hintergrund bildete.³³⁴

3. Hier stellen sich für unsere Analyse viele Anschlussfragen, die mit Hilfe der

³³⁰Zur Bedeutung der Begründung für den Legitimationstransfer vgl. bereits *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 21 u. 330.

³³¹Vgl. nochmals bereits *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 357 ff.

³³²Die Gründe für die Einbeziehung auch dieser nicht real vorgetragene Argumente dürften (neben der juristischen Sozialisation der Richter durch die Prüfungsanforderungen in Examenklausuren, in denen gerade das Auffinden und Abhandeln von mehr oder weniger naheliegenden Einwänden gegen einen Lösungsvorschlag zu guten Bewertungen führt – in der Werbeprosas juristischer Repetitoren: „Probleme schaffen, nicht wegschaffen“) in den verschiedenen Instanzen unterschiedlich sein: Beim Gericht, das noch eine Rechtsmittelinstanz fürchten muss, geht es darum, mögliche Einwände gegen den durch das Urteil erreichte Stand der Geltung schon im Vorfeld zu widerlegen bzw. zu integrieren; beim letztinstanzlich urteilenden Gericht nötigt die über das konkrete Verfahren hinausgehende Vereinheitlichungsaufgabe zu einer Begründung, mit welcher der erreichte Stand der Geltung späteren Verfahren nicht allzu leicht und schnell durch findigere Parteien in Frage gestellt werden kann.

³³³Vgl. nochmals die in Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden genannten Fundstellen.

³³⁴Die Analyse dieser Argumentationsstruktur (exemplarisch zu entsprechenden Verläufen vgl. nur *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 230 ff., sowie *Kudlich/Christensen*, JuS 2002, S. 241 ff.) ist mit einem fast ebenso großen Aufwand verbunden, wie die hier vorgenommene Inhaltsanalyse hinsichtlich der einzelnen verwendeten Argumentformen und muss daher weiteren Untersuchungen vorbehalten bleiben.

allgemeinen philosophischen Argumentationstheorie präzisiert werden können. Ihre Grundlinien können hier nur kurz angedeutet werden. Natürlich kann man die philosophische Argumentationstheorie nicht unverändert auf das Recht anwenden. Ein deduktives Verfahren würde sich von der Argumentation abkoppeln und damit ihren Gegenstand verfehlen. Aber dennoch kann die Argumentationstheorie Anregungen liefern für die Strukturierung des juristischen Materials.

Das Recht als Funktionssystem hat Besonderheiten, die man in anderen argumentativen Zusammenhängen so nicht findet. Das Gerichtsverfahren weist die besondere Dramatik der Entscheidung auf, und es verwendet auf dem Weg zu dieser Entscheidung die juristische Dogmatik als Wissensbasis.³³⁵ Beide Besonderheiten hängen eng zusammen. Vor Gericht wird nicht aus purer Lust am intellektuellen Spiel gestritten. Zum Argumentieren treibt die Not, eine Entscheidung über die Frage treffen zu müssen, was in diesem Fall als Recht gilt. Um diese Frage zu beantworten, muss man mit Hilfe der Instrumente juristischer Kunst unser Wissen über das Recht aktivieren. Denn Argumentieren besteht darin, „mit Hilfe des kollektiv Geltenden etwas kollektiv Fragliches in etwas kollektiv Geltendes zu überführen.“³³⁶ Das „kollektiv“, sprich, für die jeweils involvierten Community „Geltende“ ist in der Regel eben jenes Wissen, das für sie verlässliche Basis ihres Handelns und Umgangs miteinander ist. Hier liegt der Ansatzpunkt für die Dogmatik.

Dogmatisches Wissen ist der Grund, auf dem wir uns zu bewegen haben, wenn wir unsere Lesart des Gesetzes zur Debatte stellen. Stabil ist dieses Wissen immer nur auf Zeit. Das genügt aber, um unseren Argumenten ein zumindest für den Einstieg in die Debatte solides Fundament zu verleihen, was immer dann in der Folge damit geschehen mag. „Argumentieren ist nur möglich, wenn dabei nicht alles fraglich oder umstritten ist, sondern wenn etwas Sicheres oder Festes vorausgesetzt werden kann.“³³⁷ Dieses „Feste“ und „Sichere“ besteht in der „theoretischen Basis“³³⁸, auf die jene Thesen bauen, die für die Argumentation vorgebracht und durch sie zur Debatte gestellt werden. Die Dogmatik ist also kein Hindernis, sondern im Gegenteil Medium der Diskussion. Es geht um dezidiert durchdachte und, zumindest für den jeweiligen Protagonisten, auch wohlfundierte Vorstellungen einer Entscheidung von Recht. Vor Gericht wird dies sogar zur Voraussetzung gemacht, indem nur die nach den Regeln juristischer Kunst begründete Rechtsmeinung zur Verhandlung zugelassen ist. Ob diese dann berechtigt und in diesem Sinne als Recht fundiert ist, bleibt zu prüfen. Genau besehen kommt dogmatische Theorie also in doppelter Weise vor, als stabile und fragliche.³³⁹

³³⁵Unter Dogmatik haben wir im Verlauf unserer Untersuchung einen Korb heterogener Argumente verstanden, der aus den Canones, Vorentscheidungen, Realelementen und der Verwendung von Literatur besteht.

³³⁶*Klein*, LiLi. Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik, H. 38/39, 1980, 9 ff., 19 und öfter.

³³⁷*Wohlrapp*, Der Begriff des Arguments, S. 47.

³³⁸Vgl. *Wohlrapp*, Der Begriff des Arguments, S. 47..

³³⁹In der Argumentationstheorie wird dies als thetisches und epistemisches Wissen als zwei Modi von Theorie bezeichnet.

Unsicheres Wissen ist vor Gericht etwa der Anspruch darauf, mit der eigenen Rechtsmeinung der Partei gültig Recht zu formulieren. Dieses Wissen ist an die Position ihres Protagonisten gebunden und so eher „Standpunkt“, so dass deren Geltung zur Disposition steht und erst noch argumentativ zu erweisen ist. Für die epistemische Theorie, etwa die von den Juristen zur Stützung ihrer Rechtsmeinung vorgebrachten dogmatischen Argumente, dagegen stellt sich diese Geltungsfrage nicht, so lange nicht einer der Verfahrensbeteiligten die schwierige Aufgabe übernimmt, etabliertes Wissen in Frage zu stellen. Das herangezogene Wissen wird der Nagelprobe unterzogen, ob es zur Orientierung tauglich ist. Dabei knüpft man natürlich an das an, was in der Praxis schon zum Erfolg geführt hat. Es geht also um die „Gelingenstrukturen einer Praxis“. Dies erklärt auch nochmals die wichtige Rolle von Vorentscheidungen für die juristische Begründung.

Damit zeichnet sich ab, was das argumentative Bemühen grundsätzlich auslöst und in Gang setzt und hält: Das Versagen einer bisher stabilen normativen Orientierung. Unser Wissen von Recht kann diesen Fall nicht entscheiden. Damit ist das Recht mit Entwicklungen konfrontiert, die unsere einst so festgefügtten dogmatischen Vorstellungen auf einmal fragwürdig erscheinen lassen. Dies erfolgt im Moment des Streits um die Sache. Was als Recht und Unrecht klar geschieden war, steht nun im Widerstreit. Dieses Problem zu entscheiden, was denn nun gelten soll, ist für das juristische Verfahren Motiv und Medium zugleich. Der Widerstreit macht das Verfahren aus und es geht darum, durch Aufbau gemeinsamer Grundlagen den Widerstreit in einen Rechtsstreit zu transformieren.

II. Objektivität und Geltung im Recht

1. Weil das Recht aber nicht denselben Zugang zur Objektivität hat wie empirische Wissenschaften, kann sich die Frage, was in einem solchen Fall als Recht gilt, nicht durch empirische Untersuchungen im Sinne eines Experiments lösen lassen. Indes ist Objektivität für die Entscheidung eines Streits unerlässlich. Deswegen muss in der Überprüfung von fragwürdigem dogmatischem Wissen die Argumentation die Stelle des Experiments einnehmen. Unerlässlich für die Lösung dieses Problems „ist der andere Mensch, der Mensch, der anderes Wissen hat, andere Erfahrungen anbietet, andere Einschätzungen und Intuitionen mitbringt. Dieser andere Mensch kann die These kritisch prüfen und kann ggf. Einwände dagegen vorbringen. Anders gesagt, die thetische Konstruktion ist in einem argumentativen ‚Dialog‘ zu prüfen. Der Ausgang eines solchen Dialogs ist imstande, ein Kriterium für die Tauglichkeit der These zu liefern.“³⁴⁰ Diese von der philosophischen Argumentationstheorie herausgearbeiteten allgemeinen Strukturen zeigen sich auch im Recht.

Welche Objektivität ist nun aber in dieser Argumentation möglich? Juristen argumentieren, indem sie die von ihnen vorgebrachten Rechtsmeinungen auf

³⁴⁰ Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, S. 47.

eine Norm zurückführen. Die Berechtigung der von ihnen dabei im einzelnen gesetzten Bezüge schöpfen sie aus den Argument*formen*. Damit fügen sie ihre Rechtsmeinungen in das Netz der Rechtsordnung ein. Zugleich aber ist deren Tragfähigkeit strittig. Und mit ihr werden auch die für sie zur Stützung herbeigezogenen Überzeugungen aus dem ganzen Schatz juristischer Kenntnis zur Bewährung ausgesetzt. Wie kann in der Argumentation das vorausgesetzte Wissen also überprüft werden?

Auch im Gerichtsverfahren sieht man die jede Argumentation strukturierenden drei Grundoperationen: das Vorbringen von Thesen, deren Fundierung in epistemischer Theorie um ihre Prüfung und Bewährung an Einwänden. Es sind dies die Grundoperationen des Behauptens, des Begründens und des Kritisierens. „Behaupten, Begründen und Kritisieren konstituieren zusammen das ‚thetische Reden‘ (...). Thetisches Reden ist eine Möglichkeit in der Kommunikation, die anlässlich der Geltungsfrage aktualisiert werden kann und dann als mehr oder weniger deutlich ausgeprägte Schicht innerhalb der Kommunikation eine Zeitlang geführt wird, bis sie wieder ausläuft, sei es, weil die Geltungsfrage beantwortet wurde oder sei es weil die Beteiligten irgendwie davon abgekommen sind.“³⁴¹ Behaupten meint hier nun nicht den engen sprechakttheoretischen Sinn einer regelhaft kanonisierten Form. Vielmehr stellt das Behaupten als „Ausdruck des Bearbeitens der Orientierungsgrenze“ einen „Modus“ von Äußerungen dar. Wer argumentativ etwas behauptet, bringt auf der Basis der soweit verfügbaren, da vom Problematischen der Ausgangsfrage nichtbetroffenen Orientierungen neue Orientierungen, thetische Theorie vor, die beansprucht, zur Lösung des aufgetretenen Problems geeignet zu sein.

2. Damit verfolgt die Behauptung zugleich einen besonderen Anspruch. Die mit ihr vorgebrachte Orientierung soll nicht einfach nur eine von vielen, unverbindlich zu überlegenden Möglichkeiten sein. Vielmehr beansprucht sie genau die treffende und richtige Antwort auf die mit dem Problem aufgerissene Fraglichkeit zu sein. Kurzum, die Behauptung beansprucht Geltung. Das verleiht der Behauptung eine doppelte Fragilität, die argumentativ abzuarbeiten ist. Zum einen ist die Behauptung sensibel für die Frage nach der Berechtigung dieses Anspruchs. Bearbeitet wird diese Frage in der Begründung. Zum anderen ist die Behauptung sensibel für die Frage nach der Rechtfertigung, der mit ihr ausgesagten Problemlösung. Bearbeitet wird diese Frage in der Kritik. Hat die Behauptung dabei Bestand, so wandelt sie sich am Ende eines in der Regel komplex dynamischen Prozesses in die „Konklusion“, womit ihr Status zugleich von der thetischen Theorie in die epistemische, also in den Schatz des Wissens transponiert wird. Nicht, weil irgendwelche unabhängigen Wahrheiten entdeckt wären, sondern weil die Bewährung erfolgreich war.

Wie ist aber Geltung angesichts der eben umrissenen Verhältnisse überhaupt noch möglich, wenn sie doch offenbar auf nichts bauen kann, als dass sich Argumentation gleichsam am eigenen Schopf in sie hinein zieht?

³⁴¹ Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, S. 188.

In der Frage liegt bereits die Antwort. Wenn Argumentation restlos für sich selbst zu sorgen und einzustehen hat, dann ist eben auch Geltung nicht anders zu haben als auf dem Weg von Argumentation. Die notwendige Bremse für die argumentative Dynamik liegt in den Anforderungen an ihre drei Grundoperationen, nämlich dem relevanten Bezug der entsprechenden argumentativen Züge aufeinander und dem Aufweis ihrer Berechtigung. Damit ist bei Behauptungen und deren Kritik durch Einwände eine Endlosschleife ausgeschlossen. Der Relevanzhorizont des Verfahrens begrenzt jedes Vorbringen. Deutlich wird dies immer dann, wenn dies in der Argumentation selbst als Problem thematisiert wird. „Das soll ein Einwand sein?“ wird dann etwa gefragt und das ist ein Einwand in der Metastufe, ein Einwand dagegen, dass eine Äußerung mit nicht offensichtlicher Berechtigung als Einwand eingebracht worden ist. In der Antwort auf diese Frage müsste begründet werden, dass und warum das ein Einwand war.³⁴²

Für die Argumentationspraxis ergeben sich daraus vier Prinzipien, die von Beteiligten jederzeit einander als normative Forderung vorgehalten werden können.³⁴³ Zum ersten das „Behauptungsprinzip“, das davor bewahrt, lediglich irgendetwas um des lieben Redens willen zu äußern. Zum zweiten das „Begründungsprinzip“, das davon bewahrt, unkontrollierbar ins Blaue hinein zu rasonieren. Zum dritten das „Kritikprinzip“, das davor bewahrt, die Dinge einfach ungeprüft im Raum stehen zu lassen oder gar durch bloßen Zwang zur Wahrheit gegen den anderen durchzusetzen: „Um den Orientierungsgehalt von Behauptungen zu sichern, werden diese und die Begründungen der Kritik unterworfen. Kritik kann bezweifeln und/oder bestreiten. Wenn sie bezweifelt, darf der Zweifel nicht leer sein. Wenn sie bestreitet, bietet sie entweder epistemische Basis auf oder weist die Geltung der enthaltenen intervenierenden Gegenthese in einem Subdialog aus.“ Und schließlich zum vierten zur Absicherung der kritischen Potenz des Argumentierens überhaupt das „Kritikberücksichtigungsprinzip“, das davor bewahrt, dass Einwände schlicht übergangen oder vom Tisch gefegt werden. „Einwände werden berücksichtigt: Zweifel durch Angabe von Begründungsschritten für das Bezweifelte, Widersprüche durch Kritik an der widersprechenden Theorie oder durch Rückzug der eigenen.“

Für die Frage nach Geltung bedeutet der Relevanzhorizont die Möglichkeit, zu einem Ende zu kommen. Denn unter Wahrung dieser Prinzipien unterliegen die argumentativen Züge qualitativen Einschränkungen und können nicht endlos weiter getrieben werden. Was aber zeichnet dann die Geltung aus, in der Argumentation zu ihrem Ziel kommt? Mit der Geltung ist jenes gesicherte Wissen erreicht, um das es praktisch geht. Geltung bedeutet also zuallererst einmal, dass ein Zustand der These und ihrer Begründung erreicht ist, in dem kein argumentative berechtigter und rechtfertigbarer Einwand mehr möglich ist, jede weitere Kritik gegenstandslos wäre und ins Leere laufen würde. Geltung bedeutet somit an erster Stelle Einwandfreiheit: „Eine These ist, relativ zum

³⁴² Wohlrapp, *Der Begriff des Arguments*, S. 226.

³⁴³ Vgl. zum Folgenden Wohlrapp, *Der Begriff des Arguments*, S. 224 f.

Stand der Argumente, die für und gegen sie im Dialog aufgetreten sind, gültig, wenn kein Einwand gegen sie offen ist.“³⁴⁴

3. Es stellt sich aber die Frage, ob eine solche auf Geltung hin sich entwickelnde Argumentation überhaupt erreicht werden kann, wenn die Interessen der Parteien im Gerichtsverfahren strikt entgegengesetzt sind. Zu Anfang des Verfahrens sind die Lesarten des Gesetzes, welche die Parteien vortragen, miteinander unverträglich und schließen sich gegenseitig aus. Die Parteien sind einerseits in ihrer jeweiligen Rechtsmeinung befangen. Zugleich ist jede für sich an einer für beide geltenden Entscheidung interessiert. Um eine solche zu erreichen müssen sie argumentieren. Das heißt, sie müssen ihre Thesen zur Disposition stellen, damit über deren Überzeugungskraft verhandelt werden kann.

Bei inkommensurablen Sprachspielen schließen sich diese beiden Interessen aber aus. Die Lösung liegt hier, wie so oft, im Problem. Man muss sie nur vor sich sehen. Den entscheidenden Hinweis bildet die Rede von „Einwänden“ und „Begründungen“. Argumentieren als Begründungsspiel heißt nicht einfach nur, zur Sache zu reden. Argumentieren verlangt immer, sich in einer reflektierenden Einstellung von seinen Überzeugungen zu trennen, um sie als Argumente zu objektivieren. Die Frage, woraus die Begründungen und Zurückweisungen geschöpft werden können, die den Anspruch dieser Argumente auf Geltung tragen, weist den Weg aus dem Paradox. Denn nun kann zum einen die Äußerung der Überzeugungen als These in Arbeit genommen werden. Damit kann als erstes das Interesse der Auseinandersetzung bedient werden. Zum zweiten kann das Interesse der Loyalität zur eigenen Position durch das Beibringen von Gründen bedient werden. Das Paradox wird also, indem es durch die Reflexion in Arbeitsschritte zerlegt werden kann, produktiv. Konkret geschieht dies im Rechtsstreit dadurch, dass die Kontrahenten nicht einfach nur in ihren Rechtsmeinungen verharren und aus ihnen heraus agieren. Um sie als berechtigt auszuweisen, haben sich die Parteien in ihren Äußerungen in ein ihren Überzeugungen entzogenes Verhältnis zu setzen. Das Verfahren macht als Feld der Auseinandersetzung über alle Kontroversen und Perspektivität hinweg ihren Streit und Antagonismus überhaupt erst möglich. Beide beziehen sich auf den Text des Gesetzes, wenn auch im jeweiligen Rahmen ihrer Interessen. Der Rahmen ist verschieden, aber der Bezugspunkt ist gemeinsam. Die Geltungsdynamik setzt eine Arbeit an der Verschiedenheit dieser Rahmungen voraus.

Ganz allgemein besteht die Lösung des Rahmenproblems in der Argumentationspraxis wie immer in Argumentation. Rahmen können zwar nicht gesehen werden, da sie der Blickwinkel sind, aus dem wir sehen. Aber eben nur wir. Nicht zwangsläufig auch der Andere im argumentativen Dialog. Wenn er es täte, hätte man kein Rahmenproblem. Wahrt der andere zu sich gleichzeitig die argumentativ nötige Distanz, so kann er aus seiner (für uns) Außenperspektive unsere Rahmungen vermerken und thematisieren und wir können, an ihn gewandt das gleiche tun. Damit wird auch eine Antwort möglich, wie mit den Rahmenabhängigkeiten umzugehen ist, wie sie in einem weiteren Rahmen

³⁴⁴ Wohlrapp, *Der Begriff des Arguments*, S. 349.

eventuell aufhebbar sind, oder wie sie unter Umständen auch hingenommen werden müssen, nunmehr aber mit dem Verstand zu wissen, was Sache und was zu tun ist. Und dann ist da ja in Sachen Geltung auch noch das „Forum“ der offen Argumentierenden, das einspringen mag, wenn sich die unmittelbar an einer Argumentation Beteiligten in ihren Perspektivitäten verfangen: „Die Beteiligten haben ihre je eigenen Orientierungssysteme und in diesen gibt es Orientierungen, die mehr oder weniger relevant sind für die diskutierte These. Das Eintreten in den Dialog verlangt aber soviel Distanzierung, dass möglichst nur eingebracht wird, was als Argument für oder gegen die These oder ein schon vorkommendes Argument taugt. Sobald die Dialogpartner sich um die Geltung der These kümmern, ist nur noch der Argumentationsstand von Belang.“³⁴⁵ Einmal mehr machen dies auch die Verhältnisse juristischen Argumentierens deutlich. Geltung qua Einwandfreiheit ist immer nur eine Lizenz von Recht auf Zeit. Wenn und solange eine Rechtsentscheidung alle gegen sie vorgebrachten Argumente integriert oder ausräumt, ist sie gültig. Aber eben nur „wenn“. Und eben nur „solange“. Der Pflicht des Juristen, solche Geltung auf die im Fegefeuer der Argumentation bewährten Maßstäbe zu gründen, bleibt das Recht auf Sprache als Widerpart erhalten. Jede Geltung ist nur so gut wie die Argumentation, die sie erreicht. Auch eine argumentativ gültige Begründung kann erschüttert werden, wenn - sei es in der Rechtsmittelinstanz, sei es in der wissenschaftlichen Begleitung einer Entscheidung oder sei es durch einen findigeren Anwalt in einem neuen Verfahren - ein neues Argument gegen die bisherige Begründung vorgebracht wird. Ist dieser Einwand wirklich neu und nicht nur eine Paraphrase eines bereits erfolgreich widerlegten Einwandes, so ist zu prüfen, ob er in die bisherige Argumentation integriert oder widerlegt werden kann. Ist dies nicht möglich und betrifft der Einwand tragende Elemente der Begründung, so verliert sie ihre argumentative Gültigkeit. Hat sie Bestand, so ist neuerlich der Stand der einen Überzeugung erreicht. Aber eben: „neuerlich“.

III. Fazit

Insgesamt zeigt die empirische Untersuchung von Urteilsbegründungen, dass es im Recht alles andere als beliebig zugeht. Das Recht hat Objektivität. Diese Objektivität liegt allerdings nicht darin, dass das Recht oder die Bedeutung seiner Texte ein Gegenstand wäre. Die Objektivität des Rechts ist eher dem Markt vergleichbar. Als Sprache ist es weder Naturgegenstand noch reines Kunstprodukt, sondern als Phänomen der dritten Art liegt es zwischen diesen Extremen. Das Recht wirkt als Anschlusszwang im Handeln. Zwar könnte auch am Markt vieles an konkreten Einzelereignissen anders ablaufen, aber trotzdem setzen sich immer wieder grundlegende Mechanismen durch. Diese Beobachtung kann man auch im Recht machen. Dem Problem, dem einzelnen Fall gerecht zu werden, kann keine Entscheidung entkommen. Die Gerichte navigieren deswegen zwischen den Extremen, das Gerechtigkeitsproblem zu verdrängen oder seine Lösung in einem verdinglichten Begriff von Gerechtigkeit zu behaupten. Die

³⁴⁵ Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, S. 358.

Anschlusszwänge, auf die sie dabei treffen, sind die im Laufe des Verfahrens vorgebrachten Argumente. Das Wissen, worauf sich diese Argumente stützen, ergibt sich aus der Sprache, der bisherigen Praxis und den Sachzusammenhängen des jeweiligen Lebensbereichs. In diesem Sinne ist das Recht objektiv und doch Ausdruck unserer Freiheit.

Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996

Kudlich, JA 2007, 90 ff.

Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl.

Schünemann, Nulla poena sine lege?

Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl.

Gärditz/Gusy, Zur Wirkung europäischer Rahmenbeschlüsse im innerstaatlichen Recht, GA 2006, 225 ff.

Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001

Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl.

Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002

Kudlich/Christensen, GA 2002, 237 ff.

Rácz, Georg, Die kriminologische Auslegungsmethode des Strafgesetzes, JR 1984, 234 ff.

Herbert Rosendorfer, Ballmanns Leiden oder Lehrbuch für Konkursrecht, 6. Aufl., München 2000

Klatt, Matthias, Die Wortlautgrenze, in: *Kent Lerch* (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Reihe: Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Band 2, Berlin/New York, 2005, S. 343 ff.

Wohlrapp, Harald, Argumente stehen in einem Text nicht wie Gänseblumen in der Wiese herum, in: *Kent Lerch* (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Reihe: Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Band 2, Berlin/New York, 2005, S. 549 ff.