

Surfen auf der Informationsflut

Juristische Praxis

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

Wenn Juristen in unserer Sprache und damit in unserer Welt walten, dann müssen wir immer und immer wieder die Frage stellen: zu Recht oder zu Unrecht? Sie selbst glauben, dass die unsichtbare Hand des Rechts aus dem Streit der vielen das für alle Beste hervorbringt. Aber die streitenden Parteien haben oft das Gefühl, dass dadurch, dass jeder etwas anderes wollte, eine Entscheidung herauskam, die keiner gewollt hat.

Wer hat nun recht? Entscheiden müssen das wieder die Juristen. Vertrauen sollten wir dieser Entscheidung nur, wenn wir sie auch nachvollziehen und überprüfen können. Als Maßstab wäre dabei die juristische Methodik heranzuziehen. Sie ist in der Lage, ein Stück der unsichtbaren Hand des Rechts sichtbar und überprüfbar zu machen. Aber, so lautet der schnelle Einwand unserer Juristen, über Methodik redet man nicht, sondern Methodik hat man. Diese rasche Art von Immunisierung ist inakzeptabel. Dazu ist das Tun der Juristen zu wichtig. Zudem reden Juristen beständig über die Methode anderer. Hat der Arzt lege artis operiert, hat der Bauingenieur seine Berechnung auf dem jeweiligen Stand der Wissenschaft durchgeführt? Im Messen anderer sind die Juristen nicht zurückhaltend. Also müssen sie auch sich selbst messen lassen mit der Frage, ob der, der die Entscheidung trifft, lege artis argumentiert und auf dem Stande der Kunst sich befindet.

Beobachtung

Juristen entscheiden Sprachkonflikte und definieren damit die Welt, in der wir leben. Ihr Tun ist von höchster Wichtigkeit, und deswegen muss man sie genau beobachten.

Beobachtet werden die Gerichte manchmal von der Öffentlichkeit, aber zumeist von der Rechtswissenschaft, das heißt ihrem dogmatischen Teil. Diese Beobachtung ist als Rückkopplungselement für die Demokratie von großer Wichtigkeit. Bei ihrem Tun werden die Dogmatiker wiederum beobachtet von den Rechtstheoretikern bzw. -methodikern. Und schließlich sollte man die (Rechts-)Philosophen nicht vernachlässigen, die wiederum den Beobachter bei der Beobachtung des Nichtbeobachtbaren beobachten oder knapp ausgedrückt, sie betrachten das Passieren des Gerechtigkeitsproblems im Rechtssystem. Diese verschiedenen Beobachter stehen in keinerlei hierarchischem Verhältnis und lassen sich natürlich auch nicht sinnvoll trennen. Ein Dogmatiker, der ohne Methodik und Rechtstheorie arbeiten will, beobachtet wie ein Astronom nur längst Vergangenes mit überholten Theorien. Ein Rechtstheoretiker, der

ohne dogmatische Kenntnisse und philosophisches Problembewusstsein beobachtet, wäre dagegen blind und taub. Denn er könnte weder die Probleme erkennen, mit denen die Gerichte sich herumschlagen, noch den Anruf der Gerechtigkeit hören. Deswegen macht eine Beobachtung von Gerichten nur Sinn, wenn sie alle drei Perspektiven miteinander kombiniert.

Wenn man erfassen will, was ein Gericht in der Sprache tut, geht man am besten in drei Stufen vor: Zunächst muss das Selbstverständnis des Gerichts geklärt werden, wie es sich etwa in methodischen Leitentscheidungen artikuliert. Dann bedarf es einer möglichst genauen Beschreibung der tatsächlichen Vorgehensweise. Wenn diese dann komplexer ist als das theoretische Selbstverständnis, ist es möglich im Wege einer Rechtserzeugungsreflexion zu einer größeren Annäherung von Theorie und Praxis zu gelangen. Eine normative Folie ergibt sich dabei aus den methodenbezogenen Normen des jeweiligen Rechtsgebietes und der Notwendigkeit das Problem der Gerechtigkeit nicht nur offenzulegen sondern auch offenzuhalten. Der Möglichkeits- und Plausibilitätsraum einer solchen Rechtssprechungsanalyse wird definiert durch das, was Sprache, Gesellschaft und Politik zulassen.

Die Bedeutung juristischer Methodik

Es gibt zwei Gründe für eine wachsende Bedeutung der juristischen Methodik:

1. die Explosion des Wissens und
2. Das Verschwinden der herrschenden Meinung.

Zunächst zur Explosion des Wissens. Wenn man sich vergegenwärtigt, dass 90 % aller Wissenschaftler der Menschheit jetzt leben und Wissen produzieren, wird die Explosion tatsächlich zum zureichenden Bild der Entwicklung. Max Baumann (M. Baumann, Recht - Sprache - Medien oder Die Notwendigkeit der interdisziplinären Öffnung der Rechtswissenschaft, in: Gesetzgebung heute, 1995/3, S. 11 ff., 23 f.) erläutert dieses Bild folgendermaßen: "Der Kernbereich stellt eine historisch frühe Stufe dar, auf welcher Kommunikation und gesellschaftliche Organisation in gleicher Weise alle Mitglieder der jeweiligen Gruppe umfassen. Hauptkommunikationsmittel (nebst Tanz, Gesang, Ritual) in diesen archaischen Kleingesellschaften ist die gesprochene Sprache. Jeder weiß alles über jeden, die Übermittlung ist schnell, und es existiert kein Informationsmonopol. Herrschaftsstrukturen sind kaum entwickelt, Religion, Sitte und Recht bilden eine Einheit. Darum herum liegen drei konzentrische Kreise, die gleichsam die Wellen der Explosion der gesellschaftlichen Organisation wie der in den jeweiligen Systemen verfügbaren Informationen und Kommunikationsmittel darstellen. Die zeitlichen Abstände dieser Explosionswellen werden dabei immer kürzer. Was im Schema gleich groß dargestellt wurde, entspricht in der geschichtlichen Realität ungefähr Zeiträumen von 5.000 Jahren, 500 Jahren, 5 Jahrzehnten, während wir am äußersten Rand bereits in Kurz- und Kürzestperioden von wenigen Jahren oder zum Teil nur nach Monaten zu rechnen haben."

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

nung zusammenklicken. Die Zunahme des dogmatischen Wissens zahlen wir mit dem Nichtwissen dessen, was "wirklich" die herrschende Meinung ist.

Wie wird das Rechtssystem auf diese Situation reagieren? Positionen können jetzt nicht mehr quantitativ bewertet werden. Denn jeder Computer spuckt auf Knopfdruck beliebig lange Kolonnen von Entscheidungen desselben Gerichts aus, die für und gegen eine bestimmte Interpretation sprechen. Durch Mausklick kann man diese Rollen leicht vertauschen. In den Vordergrund tritt in dieser Situation die qualitative Bewertung der Argumente. Welches Argument ist spezifischer und näher der Sache? Wenn die Quantität an Informationen keinen Unterschied mehr macht, wird die methodische Dimension entscheidend. Denn diese bewertet nicht die Quantität, sondern die Qualität, das heißt das Design der Information.

Der Jurist als Jäger und Sammler von Zitaten ist eine Figur von gestern. Was heute zählt, ist der Jurist als Informationsdesigner, der nicht durch Quantität erschlägt, sondern durch Qualität an der richtigen Stelle überzeugt. Fußnotenkolonnen treten zurück hinter der methodischen Strukturierung. An die Stelle vom biederem Fleiß tritt der professionelle Stil.

Auslegung

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

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

Richter und Gesetz

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

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

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

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

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

Unveränderlich vorgegeben ist der Konkretisierung nur der Normtext als Zeichenkette. Die Rechtsnorm als tragender Leitsatz der Entscheidung muss demgegenüber in einem von rechtsstaatlichen Anforderungen her strukturierten Vorgang erst erzeugt werden. Diese Neuformulierung des Problems erlaubt es Geltung und Bedeutung eines Normtextes zu unterscheiden. Wir wissen am Beginn der Konkretisierung, dass der

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

Bedeutungskonflikt

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

Wenn hier die Zeichenkette noch ohne sprachliche Bedeutung als Gegenstand der Rechtsarbeit ausgegeben wird, ist damit natürlich nicht gesagt, dass dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext keinerlei sprachliche Bedeutung zukäme. Das wäre nicht nur contraintuitiv, sondern man könnte dann die Zeichenketten des Rechts gar nicht als solche erkennen. Normtexte sind keine bedeutungsleeren Zeichen. Ganz im Gegenteil! Normtexte haben in der Situation juristischer Entscheidung eher zu viel als zu wenig Bedeutung. Mit dem Normtext als Zeichenkette wird eine große Anzahl von Verwendungsweisen verknüpft, die der Text in die Entscheidungssituation mitbringt. Jeder der beiden streitenden Parteien hat eine sehr spezifische Vorstellung davon, was der fragliche Normtext für ihr Regelungsproblem „sagt“ oder „bedeutet“. Es gibt außerdem meist eine Vielzahl dogmatischer Bedeutungserklärung in der Literatur und eine gewisse Anzahl gerichtlicher Vorentscheidungen. Dazu kommen die mitgebrachten Verwendungsweisen aus der Rechtstradition, der Entstehungsgeschichte, der „Alltagssprache“ und der juristischen Fachsprache. Dieses Überangebot an Bedeutung wird aber in der juristischen Arbeit zunächst eingeklammert. Aus dem Gesetz als Sprachform wird ein Medium gemacht. Das heißt, die von den Parteien und anderen vorgetragenen festen Kopplungen zwischen Zeichen und Bedeutung bzw. Textformular und Textbedeutung werden zurückgestellt. Die Kopplung wird gelöst und es entsteht ein Kopplungspotential. Die praktische Rechtsarbeit erstellt dann mit Hilfe der methodischen Instrumente aus der losen Kopplung wieder eine feste Form der Rechtssprache und muss ihr Ergebnis dann an normativen Vorgaben und sprachlichen Anschlusszwängen legitimieren.

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

Ziel der Auslegung

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

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

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

Die subjektive Lehre

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

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

Das Auslegungsmodell der subjektiven Lehre will eine sichere Bindung des Richters an den Gesetzgeber als Ursprung der Gesetze. Es hat aber nie funktioniert. Das wird deutlich, wenn man die Verknüpfung des gesetzgeberischen Willens nicht mit dem Gedanken, sondern mit der Sprache betrachtet: „Gegen die realpsychische Zurechnung des Gesetzes auf den Willen ist jedoch insbesondere der Einwand zu erheben, dass sie an dem Wesen der Rechtssetzung vorbeisieht und damit die sprachlichen Qualitäten des Gesetzes verkennt (...). Die Setzung bedeutet als Vorgang der sprachlich-logischen Sphäre eine Objektivierung, welche ihren Gegenstand dem Vorgang subjektiver Willensbildung entzieht und ihm ein Eigendasein zuweist“. (Forsthoff, Recht und Sprache, 1940, S. 45) Dieses von Forsthoff nicht weiter entfaltete Argument ist unter Berücksichtigung sprachphilosophischer Erkenntnisse tatsächlich geeignet, das

von der subjektiven Lehre in Anschlag gebrachte Repräsentationsmodell an einem zentralen Punkt in Frage zu stellen. Denn bei der Vorstellung, dass hinter dem Gesetz ein formierender Wille steht, den der Normtext nachträglich verkörpert, wird tatsächlich die Sprache auf ein bloßes Ausdrucksmedium ohne Eigengewicht reduziert. Wenn man das vom Repräsentationsgedanken nahegelegte Modell eines vorausdrücklichen Willens und seiner nachträglichen Verkörperung ernst nimmt, muss man auch die Frage stellen, welche Seite bei dieser Verknüpfung die eigentlich formierende ist. Diese Frage betrifft das grundlegende Problem einer Lehre, wonach die Textbedeutung durch die Absicht des Textproduzenten festgelegt ist. Eine Absicht ist immer etwas Bestimmtes, und eine bestimmte Absicht kann man nur im Rahmen einer bestimmten Sprache haben. Das heißt, dass die Absicht nicht vom Sprachsystem unabhängig ist, sondern sich in dieses einschreibt. Daher kann man nicht von einer vorausdrücklichen Intention auf die Bedeutung des Textes schließen, sondern nur umgekehrt von der Bedeutung eines Textes auf die Intention. Die Bedeutung eines Textes kommt also nicht, wie das die subjektive Auslegungslehre, voraussetzt, so zustande, dass der Textproduzent irgendwelche bedeutungsverleihenden Akte ausführt, sondern die Intentionalität des Textproduzenten muss anknüpfen an ein bestimmtes System sprachlicher Bedeutungen. Aus diesem Grund kann der gesetzgeberische oder auktoriale Wille nicht als archimedischer Punkt außerhalb der Sprache angesehen werden, welcher gegenüber der Vielfalt der Interpretationen den identischen Textsinn wahrt. Der vorausdrückliche Wille kann sich mit dem Normtext nur nach Maßgabe einer Ordnung verknüpfen. Diese Ordnung muss als Struktur formulierbar sein und ist damit auf Bedeutung und Sprache verwiesen. Damit kommt die äußerliche sprachliche Form der vorgeblich reinen Innerlichkeit des Willens zuvor.

Die objektive Lehre

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

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

Mit dieser Konstruktion wird von der objektiven Lehre ein Prinzip der diskursiven Verknüpfung in Anspruch genommen, das Foucault unter dem Stichwort "Kommentar" beschrieben hat. Im Rahmen dieser Figur kommt dem Sekundärtext die Aufgabe zu, zum ersten Mal das zu sagen, was im Text schon immer angelegt war, und unablässig das zu wiederholen, was eigentlich nie gesagt worden ist. Diese maskierte Wiederholung soll den Zufall des Diskurses bannen, indem sie ihm das Zugeständnis macht, dass das Neue zwar nicht im Inhalt der Aussage, aber im Ereignis ihrer Wiederkehr liegt. In seiner Analyse beschreibt Foucault die Kommentierung als ein spezifisches Verfahren der Kontrolle, wonach die Arbeit der Kommentatoren mittels sekundärer Texte die Bedeutung der Primärtexte repetiert, festschreibt und auf die Reproduktion

eines vorgegebenen Sinns verpflichtet. Die Interpretation ist damit nicht offen gegenüber einer Anzahl untereinander vergleichbarer Lesarten, sondern gefordert ist die eine authentische Interpretationsweise, welche entweder getroffen oder verfehlt wird. Die Möglichkeit des Verfehlens ist dabei nur eine empirische Einschränkung, die sich einzig aus der Tatsache herleitet, dass es keine absolut zuverlässige Technik des Verstehens gibt. Dies kann jedoch nichts daran ändern, dass alles, was wir tatsächlich verstanden haben, auf den objektiven Sinn des Textes zurückzuführen ist. Es geht also bei dieser juristisch säkularisierten Form der Inspirationslehre nicht um die Produktion einer Entscheidung, sondern um die Affirmation eines bereits Vorentschiedenen. Man glaubt an eine geregelte Sprache, in welcher der fragliche Sachverhalt bereits klassifiziert ist; diese soll vom Auslegenden lediglich nachgesprochen werden.

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

Konstruktion

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

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

Vorgaben der Verfassung

Vorhersehbare Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit sind die Extrempunkte des möglichen Erwartungshorizonts. Aber die Einlösung dieser Ziele hängt nicht nur davon ab, was politisch und sozial möglich ist, sondern auch davon, was die Struktur der Sprache als Medium des Rechts zulässt. In den damit angedeuteten Grenzen sind Methodenfragen politisch rechtlicher Entscheidung zugänglich. Eine Rechtsordnung kann also etwa in ihrer Verfassung Regeln formulieren, welche der Textarbeit der Ge-

richte Ziele vorgeben und somit ihre eigene Anwendung mitbestimmen. Eine starke Betonung der Rechtssicherheit würde etwa methodisch einlösbar durch eine Privilegierung von Wortlaut und Systematik. Natürlich mit dem Risiko von Formalismus und Versteinerung. Eine Hervorhebung der Einzelfallgerechtigkeit lässt sich etwa durch besonderes Schwergewicht auf Zweckargumente einlösen. Natürlich mit dem Risiko mangelnder Vorhersehbarkeit und Steuerungskraft des Rechts.

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

Gescheitert sind solche Versuche dann, wenn sie versucht haben die Anwendung des Rechts von vornherein festzulegen, etwa durch Auslegungsverbote. Damit wird etwas verlangt, was an der Sprache als Medium des Rechts scheitern muss. Zwar haben wir uns mittlerweile daran gewöhnt, die Welt nur noch als widerstandsloses Durchzugsgebiet für die Wünsche des Marktes zu begreifen. Aber manchmal stoßen unsere Wünsche auf so etwas wie eine Natur der Sache. Jede Anwendung einer Regel pflöpft diese auf einen neuen Kontext auf und verschiebt sie damit wenigstens minimal. Ein Verbot der Auslegung könnte also nur erfolgreich sein als Verbot der Anwendung eines Gesetzes. Und selbst bei diesem Verbot müssten wir wahrscheinlich bald über Ausnahmen nachdenken.

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

Wenn nicht schon der Gegenstand der Rechtsarbeit Bindungen vorgeben kann, heißt das nicht dass keinerlei Bindungen bestünden. Der Dezisionismus ist keine Alternative zum Positivismus, sondern als schwarzer Schatten sein ständiger Begleiter. Hinter der positivistischen Rhetorik trifft er im Verborgenen seine Entscheidungen über den Inhalt der Rechtsgrundsätze, die als vorgeblich objektive den Richter hätten binden sollen. Die Alternative zum Positivismus liegt nicht darin, dass man den Richter zum König macht, dessen Entscheidungen aus dem normativen Nichts kommen. Genau diese Situation haben wir ja schon, wenn auch nicht offen, sondern hinter der positivistischen Fassade aus objektiver Bedeutung und allgemeinen Prinzipien. Die Alternative liegt vielmehr darin, die Bindungen des Richters vom Gegenstand in die Konstruktion des Gegenstands zu verlegen.

Wenn man also die Fiktion einer Bindung des Richters an die objektive Bedeutung des Textes aufgibt, folgt daraus nicht Regellosigkeit. Vielmehr treten an die Stelle fiktiver Bindungen wirkliche Bindungen.

Kontrollierbarkeit

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

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

Mittel der Auslegung

Ein Bedeutungskonflikt wird entschieden, indem man das fragliche Zeichen kontextualisiert. Die Gerichte bestimmen die Bedeutung eines Gesetzestextes, indem sie andere Texte zur Bestätigung oder Abgrenzung heranziehen. Diese Kontexte werden erschlossen durch die sogenannten canones der Auslegung. Die grammatische Auslegung erschließt den Kontext des Fachsprachgebrauchs bzw. der Varianten der Alltagssprache. Die systematische Auslegung erschließt den Kontext des Gesetzes bzw. der Rechtsordnung als Ganzes. Die historische Auslegung erbringt den Kontext früherer Normtexte und die genetische den der Gesetzesmaterialien. Das sind die klassischen canones von Savigny.

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

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

Diese Mittel der Auslegung sind weder von der Sprache noch von der Natur des Verstehens her vorgegeben. Trotzdem ist auffällig, dass z.B. Wortlaut, Entstehung, Systematik und Zweckargument in ganz verschiedenen Rechtstraditionen und von ganz verschiedenen Gerichten durchgängig verwendet werden. Der sachliche Grund für diese Ähnlichkeit dürfte wohl in der holistischen Struktur sprachlicher Bedeutung liegen. Danach lässt sich die Bedeutung eines Textes nur in der entwicklungs-offenen Gesamtheit einer Sprache bestimmen. Diese Erkenntnis ist sozusagen der Konvergenzpunkt so unterschiedlicher Entwicklungen wie der angelsächsischen postanalytischen Philosophie, der in Frankreich unter dem Stichwort Dekonstruktion entwickelten Strukturalismuskritik und der in Deutschland unter Berufung auf die Humboldt-Tradition vollzogenen pragmatischen Wende in der Sprachwissenschaft. Aber wenn Bedeutung eine holistische Größe ist und man muss über den Konflikt verschiedener Lesarten entscheiden, ist das Ganze gerade nicht verfügbar. Das heißt, man muss die Kontexte schrittweise arbeiten, ohne sich die Illusion machen zu können, damit das Ganze restlos im Griff zu haben. Die Formen dieses schrittweisen Erschließens von Bedeutung haben sich dann historisch herausgebildet und stabilisiert in den heutigen canones der Auslegung.

Grammatische Auslegung

Die grammatische Auslegung findet weder in der Fachsprache noch gar in der Alltagssprache einen einheitlichen und stabilen Sprachgebrauch vor. Auch durch Nachschlagen im Lexikon findet der Richter nur Beispiele für den Sprachgebrauch in bestimmten Kontexten; aber keine Sprachnormen, die ihm Auskunft darüber geben, welcher Sprachgebrauch der richtige oder vorzugswürdige sei. Hier bedarf es einer Entscheidung; mit der Gefahr, dass der Richter seine eigene Sprachkompetenz zum „idealen Sprecher“ aufbläht und dem abweichende Sprachgebrauch der Betroffenen die Berechtigung abspricht.

So gesehen mag es zwar löblich sein, wenn Juristen überhaupt im Zweifel über den Sprachgebrauch in Wörterbüchern nachschlagen. Dennoch finden sie dort nicht die von der Sprache vorgegebene und von den Lexikographen aufgeschriebene Grenze zulässigen Sprechens. Sie finden vielmehr allenfalls Anregungen für bisher nicht bedachte Verständnisvarianten. Und sie finden Hinweise auf vorher vielleicht übersehene Kontexte. Mit dem Griff zum Wörterbuch ist die Arbeit grammatischer Arbeit also nicht getan. Sie beginnt damit erst.

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

um darüber zu diskutieren, so ist vollends jeglicher sprachliche Boden unter den Füßen verloren.

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

Sprachkonflikt

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

Eine Rangfolge für das Verstehen ist in der Sprache aber nicht vorgesehen. Ihre Funktion ist erfüllt, wenn Verständigung hergestellt ist. Um eine solche Rangfolge angeben zu können, müssen überhaupt erst Mechanismen geschaffen werden, die in dem von Foucault beschriebenen Sinn eine Ordnung des Diskurses garantieren; Strukturen also, die Verstehen nicht vermehren, sondern verknappen. Von den verschiedenen möglichen Arten das fragliche Textstück zu lesen, soll und darf dann nur noch eine legitim sein. Der Griff zum Wörterbuch kann ebenso wenig aus der Bredouille dieser Entscheidung helfen, wie die Anrufung sonstiger sprachlicher Autoritäten. Der schlichte Widerspruch hebt die Einzigartigkeit ihres Machtworts über die Sprache bereits aus, sofern der nur als ein solcher verstanden wird. Die Lektüre eines Lexikons führt nicht zu feststehenden Daten. Sie eröffnet nur Fragerichtungen. Es handelt im Kern um Gebrauchsbeispiel Erzählungen. Diese Beispiele werden paradigmatisch eingesetzt

und sind nicht in eine vorhandene oder empirisch feststellbare Regel auflösbar. Im Rahmen der lexikalischen Semantik wird der Lexikoneintrag als offene Aufzählung von Beispielen und gerade nicht als Grenze zulässiger Verwendungen verstanden. Ein natürliches Konzept von Wörtlichkeit und zulässiger Verwendung ist nicht zu haben.

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

Über die Pflicht zur Begründung der Entscheidung ist der Richter an überprüfbare Maßstäbe gebunden. Dieser Pflicht des Gerichts entspricht auf der Seite des Bürgers ein Recht auf Sprache. Er hat ein subjektives Recht darauf, dass der Richter seine Entscheidung nicht einfach nur fällt, sondern in der Begründung auch dem demokratisch legitimierten Normtext sprachlich zurechnet. Direkt mit Hilfe von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung und indirekt mit Hilfe der fachlichen Kritik ist dieses Recht auch durchsetzbar.

Systematik

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

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

Indes ist diese Technik, den Platz des Ganzen zu besetzen für eine seriöse Argumentation nicht gangbar. Das Ganze kann nicht den Teilen gegenübergestellt werden, ohne dass logische Aporien entstehen. Denn selbst dort, "wo bei der Konkretisierung der Norm A das Verfahren systematischer Auslegung 'rein' durchführbar sein sollte - was meist nicht der Fall sein wird -, wären die übrigen Konkretisierungsmomente zumindest in Bezug auf die zur Klärung der Wirkung von A herangezogenen Normtexte B, C, usw. aktuell, da B, C usw. damit gleichfalls für den anstehenden Rechtsfall für den anstehenden Rechtsfall konkretisierungsbedürftig und insofern (zumindest indirekt) 'einschlägig' werden." (F. Müller, Juristische Methodik, 7. Aufl., Berlin 1997, Rn. 367) Hinzu kommt, dass die Systematik eines Gesetzes und schon gar der ganzen Rechtsordnung nicht frei von Widersprüchen ist.

Es bleibt also das Auswahl- und Begrenzungsproblem. Und der Schlüssel für dessen unter rechtsstaatlichen Vorgaben annehmbare Bewältigung liegt zuallererst in seiner Anerkennung. Daraus ergeben sich dann auch die entsprechenden Begründungsanforderungen. Die einzelnen Konkretisierungsschritte, für die Auswahl und den Ausschluss von Lesarten funktionieren als Instrumente zur Überprüfung von Bedeutungshypothesen. Nicht anders im übrigen als bei der grammatischen Auslegung, mit der die systematische denn auch Hand in Hand geht. Alles in allem kann also die Systematik nie allein entscheidend sein. Konsequenterweise führt sie ins Uferlose. Sie bedarf, um Ergebnisse zu produzieren der Strukturierung durch juristische Schlussfiguren.

Genetische Auslegung

Die genetische und historische Auslegung als Unterfälle der systematischen machen eine grundsätzliche Schwierigkeit besonders offensichtlich: die durch die Auslegungselemente herangeführten Kontexte bedürfen ihrerseits der Auslegung, so dass sich die geschilderten Probleme noch einmal potenzieren. Eine Theorie, die dagegen den Normtext als Ausdruck eines subjektiv oder objektiv bestimmten Willens begreift, muss von vornherein die sich allein schon aus der Komplexität und der inneren Widersprüchlichkeit des Entstehungsprozesses rechtlicher Regelungen ergebende Komplexität des genetischen und historischen Konkretisierungselements verfehlen. Dem steht die für einen wachen Verstand unübersehbare Tatsache entgegen, dass "die in den Materialien zu findenden Äußerungen als diskursives Netz, als diskursive Strategie in den Zusammenhang einer Semantik kompetitiven Handelns eingeordnet werden" müssen. (F. Müller, Juristische Methodik, 7. Aufl., Berlin 1997, Rn. 361). Für den entscheidenden Juristen stellt sich damit nicht nur die Aufgabe, den mit den jeweiligen Quellentexten eröffneten Kontext in Hinblick auf den Normtext zu beurteilen. Er muss zudem auch über seine Relevanz und Tauglichkeit als ein solcher Kontext befinden. "Die im Umkreis der 'Paktentheorie' unternommenen Versuche, Einzeläußerungen von Parlamentariern anhand der Mehrheitsregel, der Zuordnung zu Meinungsgruppen usw. zu gewichten (...), gilt es auf dem Weg über sprachtheoretische Reflexion zu entfalten." (F. Müller, Juristische Methodik, 7. Aufl., Berlin 1997, Rn. 361)

Überblickt man die an den herkömmlichen Canones orientierten Elemente der Rechtserzeugung insgesamt, so lässt sich nicht nur für die historisch genetische Auslegung, sondern generell für eine juristische Methodik, die den Anforderungen an die Praxis juristischer Textarbeit gerecht werden will, der folgende Leitsatz aufstellen: "Wenn sich die Fiktion eines einheitlichen Objekts des Verstehens (...) auflöst, zeigt sich als dessen eigentlicher Gegenstand der Normtext. Im Verlauf der Konkretisierung werden zu ihm Kontexte erschlossen, die es voneinander abzuschichten und entsprechend ihrer Nähe zum fraglichen Normtext zu gewichten gilt." (F. Müller, Juristische Methodik, 7. Aufl., Berlin 1997, Rn. 361)

Realdaten

Bei Presse, Meinung, aber auch Rundfunk und Kunst zeigt sich besonders deutlich der Charakter grundrechtlicher Leitbegriffe als Verweisungsbegriffe auf die soziale Wirklichkeit. Für die Rundfunkfreiheit sagt das Bundesverfassungsgericht: "Inhalt und Tragweite verfassungsrechtlicher Bestimmungen hängen (auch) von Ihrem Normbereich ab; ihre Bedeutung kann sich bei Veränderungen in diesem Bereich wandeln".

(Vgl. dazu BVerfGE 74, 297 ff., 350. Dazu auch schon BVerfGE 73, 117 ff.) Die technische Veränderung von drahtlosem Rundfunk mit begrenzten Frequenzen zum Breitbandkabel verändert den Inhalt der Rundfunkfreiheit: Man kann von der Innenpluralität öffentlich rechtlicher Rundfunkanstalten langsam übergehen zu einem Modell der Außenpluralität. Inhaltliche Vielfalt soll dann durch die Vielzahl der Anbieter hergestellt werden und nicht mehr durch öffentlich rechtliche Rundfunkräte.

Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung nach dem Regelungszweck gewinnt besonders dort an Bedeutung, wo die Rechtsordnung gewissermaßen im Fluss ist. Sei es, dass sie sich noch in einem Stadium ihrer allmählichen Herausbildung und allmählichen Verfestigung zu einer solchen befindet. Das ist beispielsweise im Europarecht der Fall. Entsprechend argumentiert der EuGH in seiner Rechtsprechung auffallend häufig teleologisch. Das betrifft vor allem die Abstützung der grammatischen Auslegung, bei der das Gericht das Problem einer in sich divergenten Mehrsprachigkeit von Recht zu bewältigen hat und überhaupt erst einmal über eine authentische Fassung von Normtexten entscheiden muss. Teleologische Auslegung ist aber auch dort besonders gefordert, wo die etablierte Rechtsordnung durch vollkommen neuartige Entwicklungen in der Welt herausgefordert wird.

Teleologische Auslegung setzt dort ein, wo die anderen Auslegungsweisen ergebnislos bleiben. Teleologische Auslegung hat besondere Risiken. Denn häufig "(kann) das vermeintliche Abzielen auf den abstrakt gültigen Regelungszweck (...) nicht verdecken, dass hier tatsächlich massive Vorurteile, Wert- und Normvorstellungen rechtspolitischer, allgemeinpolitischer, moralischer und religiöser Art unreflektiert zur Wirkung kommen." (D. Busse, Was ist die Bedeutung von Gesetzestexten, in: F. Müller (Hg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Berlin 1989, S. 93 ff., 99.)

Gebunden bleibt die Rechtserzeugung mittels teleologischer Auslegung dadurch, dass sie als zusammengesetzte juristische Schlussform zunächst eine Begründung des fraglichen Zwecks voraussetzt. "Die teleologische Interpretation ist kein selbstständiges Element der Konkretisierung, das Gesichtspunkte von 'Sinn und Zweck' der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der anderen Elemente belegt werden können. Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem anderen Konkretisierungsgesichtspunkt nachweisbar ist, disqualifiziert sich als normgelöste subjektive 'Wertung' oder 'Abwägung'. Die Frage nach dem 'Sinn und Zweck' der zu konkretisierenden Norm bildet jedoch eine unterscheidbare und damit selbstständige Fragestellung bei jeder Arbeit mit grammatischen, historischen und systematischen sowie mit den über die canones hinaus entwickelten Elementen der Konkretisierung. In deren Rahmen und durch sie kontrolliert kann das Argument aus dem 'Telos' der (in der Regel noch nicht abschließend erarbeiteten) Vorschrift brauchbare zusätzliche Hilfsgesichtspunkte bieten."

Aus der Grundstruktur der teleologischen Auslegung ergibt sich auch das besondere Problem mit ihr. Auch sie führt keineswegs zur Sicherheit, sondern erbringt eine konfligierende Vielfalt von Ergebnissen. Dies gilt auch für die objektive Teleologie dort, wo der Normtext explizit eine Zweckbestimmung zum Ausdruck bringt. Zum einen ist die teleologische Auslegung der Unsicherheit ausgesetzt. Sie erfährt zum einen in ihrer Ausgangssituation die Welt unabweisbar als kontingent. Und sie kann nie den festgefühten Bahnen der Kausalität folgen. Das ergibt sich schon daraus, "dass historische Prozess und damit alles menschliche Handeln nicht objektiv bestimmt sind, sondern ins Reich der Möglichkeiten fallen, d.h. immer auch anders ausfallen können als im

konkreten Fall." (F. Müller, Juristische Methodik, 7. Aufl., Berlin 1997, Rn. 364) Mit jeder Möglichkeit tut sich eine Alternative auf, an der sie sich überhaupt als eine solche definiert. Damit ist die teleologische Auslegung zugleich einer prinzipiellen Unbestimmtheit in Bezug auf das mit ihr verfolgte Ziel ausgesetzt. Sie kann sich angesichts der vielen divergierenden Zielsetzungen, die sich in einer pluralistischen und zudem hochdifferenzierten Gesellschaft mit der einen Norm verfolgen lassen, nicht ihrer Wirkungen sicher sein. Sie kann also selbst wieder nur eine Möglichkeit setzen. Und die definiert sich logisch bekanntlich nur negativ dadurch, dass sie nicht notwendig ausgeschlossen ist. Die Kunst der teleologischen Auslegung ist es, methodisch nachvollziehbar mit ihrer eigenen doppelten Kontingenz fertig zu werden und sie nicht durch das päpstliche Werturteil zu überspielen.

Umkehrschluss

Aufgabe des Umkehrchlusses ist es nachzuweisen und zu begründen, dass "von einer Rechtsvorschrift nur der von ihr ausdrücklich erwähnte Tatbestand erfasst ist." (M. Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994, S. 157) Die Notwendigkeit zum Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass es von Wortlaut und Aussage der Vorschrift her durchaus möglich wäre, sie auf ähnliche oder vergleichbare Fälle anzuwenden. Und zwar, ohne der Sprache eine über das für eine Bedeutungsfestlegung notwendige Maß hinaus gehende Gewalt anzutun oder gröblich die Gesetze logischen Folgerns zu missachten. Im Gegensatz zu einer semantischen Vervielfachung des Regelungsumfangs durch den Analogieschluss geht es beim Umkehrschluss um Verknappung. Er ist im wahrsten Sinne des Wortes ein Ausschluss.

Schon der Philosoph Wittgenstein wusste, das ein gutes Gleichnis den Verstand erfrischt. Und da es hier um die Struktur juristischen Sprachhandelns geht, auch dies meint "Pragmatik", soll es eines aus der Fülle des Alltagsleben sein. Nehmen wir an, eine Mutter verabschiedet sich mit Blick auf eine reich gefüllte Obstschale von ihrem Sprössling mit den Worten: "Dass du mir ja nichts von den Äpfeln nimmst!" Der Knabe greift sich daraufhin eine Birne und beißt mit der folgenden Überlegung, die hoffen lässt, dass er sich dereinst einmal zum Jurastudium entschließen wird, herzhaft hinein: Zwar hat sie vom Obst in der Obstschale geredet. Und ich weiß, dass sie auf ein hübsches Arrangement wert legt. Von daher wäre es durchaus möglich, dass sie mit ihrer Anweisung meinte, dass ich mir überhaupt nichts nehmen soll, da ja, pars pro toto der Apfel überhaupt für Obst stehen kann und in Hinblick darauf als Oberbegriff Äpfel und Birnen durchaus vergleichbar sind. Zumal, da sie sich als Obstsorten so ähnlich sind, dass das Sprichwort dies ausdrücklich zu verhindern sucht. An diesem Punkt entschließt sich der Knabe auf dem so begonnenen Weg der Auslegung der mütterlichen Vorschrift zu deren Worten zurück umzukehren. Denn: Sie kann jedoch nicht gemeint haben, dass ich mir kein Stückchen Obst nehme. Zum einen legt sie großen Wert auf eine gesunde und vor allem auf eine vitaminreiche Ernährung und es würde ihr von daher bestimmt nicht gefallen, wenn ich jetzt etwa zu einem Keks greifen würde. Sie nervt mich ja auch ständig mit der Ermahnung, statt zu Schokoriegeln und Hamburgern lieber zu einer Apfelsine oder Banane zu greifen, wenn 'der kleine Hunger kommt'. Von daher hat sie mich noch nie abgehalten, Obst zu essen, wenn ich es nur wollte. Außerdem weiß ich, dass sie heute noch einen Apfelkuchen backen will und dazu genau die Äpfel in der Schale braucht, ohne dass sie Zeit hätte, neue zu besorgen, falls einer oder mehrere fehlen sollten. Also kann sie nur gemeint haben, dass ich die Äpfel in Ruhe lassen soll, mich ansonsten aber nach Lust und Appetit bedienen kann.

Auf den juristischen Nenner gebracht enthält diese kleine Parabel alle Ingredienzen des Umkehrschlusses als Argumentationsform. Er ist immer dann angebracht, wenn eine semantische Ausweitung der Vorschrift zwar möglich und nach den Regeln juristischer Kunst auch zulässig ist, jedoch bezogen auf den Regelungszusammenhang zu unsinnigen Konsequenzen führt. Im Beispiel wäre dies die Verhinderung einer gesunden Ernährung durch eine Ausweitung des mütterlichen Verbots. Um die Unsinnigkeit der Konsequenzen einer exzessiveren Semantisierung der fraglichen Vorschrift begründet nachweisen zu können, muss aus dem weiteren Kontext der jeweiligen Vorschrift heraus argumentiert werden. Dies trifft im übrigen Schlussformen zu. In der Regel ist dies der Zusammenhang aller umgebenden Rechtstexte, hier die Anordnungen der Mutter zu gesunder Ernährung. Es ist dies weiter der Verweis auf den Regelungszweck, hier die Bewahrung des Apfelbestands. Und es treten gewöhnlich noch historische Erwägungen hinzu so wie hier die Erinnerung an die ständigen Ermunterungen zum Obstverzehr. Alles in allem dient der Umkehrschluss mit der Anmahnung einer Beschränkung auf den ausdrücklich festgelegten Schutzbereich einer Vorschrift in besonderer Weise dem Vertrauensschutz.

Analogie

Der Analogieschluss setzt eine Lücke im geschriebenen Gesetzestext voraus, sowie eine gleichartige Interessenlage. Als Gegenbegriff zur abschließenden Auslegung bedarf er einer besonderen Begründung. Eine Analogie ist nur möglich, wenn eine Lücke im Gesetzestext zu begründen ist, entweder aus einem nur unvollständig realisierten Plan des Gesetzgebers oder aus einem höherstufigen Prinzip. Im ersten Fall spricht man von einer Lücke gemessen am Willen des Gesetzgebers bzw. seinem Plan. Diese Lücke ist extrem selten, da der Gesetzgeber keinen Plan hat. Häufiger dagegen wird die Annahme einer Lücke mit einem höherstufigen Prinzip begründet etwa einer grundrechtlichen Garantie in der Verfassung.

Im Bereich der Eingriffsverwaltung ist eine Analogie verboten, wegen des aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Gesetzesvorbehalts und der funktionellen Gewaltenteilung. Der Richter darf sich nicht zum Gesetzgeber erster Stufe machen, d.h. er darf keine Normtexte produzieren. Denn die Konkretisierung der Verfassung zu Normtexten ist Aufgabe der Parlamente. Er ist nur Gesetzgeber zweiter Stufe, d.h. er sagt, was der Normtext für den Fall bedeutet. Er füllt das vom Gesetzgeber geschaffenen Textformular aus, vollendet die Rechtserzeugung, die vom Parlament begonnen wurde. Der Richter kann im Bereich der Eingriffsverwaltung nicht unter Konkretisierung von Verfassungsprinzipien oder in Vollendung des gesetzgeberischen Plans Normtexte setzen. Nur zu Gunsten des Bürgers kann er im Rahmen der systematischen Auslegung höherstufige Prinzipien heranziehen um einschränkende Merkmale der Voraussetzungen des einfachen Gesetzes zu überwinden. Ein Beispiel wäre die Schaffung der vorbeugenden Leistungsklage in der VwGO. Nach der Systematik dieses Gesetzes setzt die Leistungsklage eine gegenwärtige Außenrechtsbeziehung voraus. In Extremfällen drohender Rechtsverletzung kann Art. 19, 4 GG dazu führen, auf das Merkmal der Gegenwärtigkeit zu verzichten. Ein weiteres Beispiel wäre die Schaffung des Kommunalverfassungstreits als Konsequenz eines verfeinerten Gewaltenteilungsprinzips.

Größenschluss

Im Größenschluss wird von der Möglichkeit eines weitergehenden Eingriffs auf die Zulässigkeit eines geringfügigeren Eingriffs geschlossen. Dieser Schluss wird gemeinhin formuliert als *argumentum a maiore ad minus* oder auch *maius minus continet*.

Als Beispiel wäre an eine Norm zu denken, die im Bereich der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder nach Artikel 84 GG die Erteilung einer Genehmigung durch die Landesbehörde von der Zustimmung eines Bundesministers abhängig macht. In der Literatur wird vertreten, dass eine solche Regelung über einen Größenschluss aus Artikel 84 V GG gerechtfertigt werden könnte. Denn Artikel 84 V GG lässt eine Weisung durch den Bundesminister an die Landesbehörden zu. Bei der Weisung liegt die ganze Verantwortung bei dem anweisenden Bundesminister. Dem Land kann mit einer Weisung also die ganze Verantwortung, das heißt zu 100 % entzogen werden. Daraus könnte man nun schließen, dass damit auch gerechtfertigt wäre, dem Land nur 50 % der Verantwortung zu entziehen, indem zu der Genehmigung durch die Landesbehörde eine Zustimmung des Ministers tritt. Dann könnte man vom Größeren, nämlich 100 %, auf das Kleinere, also 50 % schließen.

Allerdings überbrückt der Größenschluss nur eine rein quantitative Verschiedenheit bei einem qualitativ gleichen Eingriff. Qualitative Unterschiede im Eingriff können damit nicht überwunden werden. Daran scheitert der Größenschluss im vorliegenden Fall. Denn Artikel 84 V GG erlaubt die Weisung nur für einzelne Fälle, nicht als Behelfsmittel der laufenden Verwaltung. Unsere Norm sieht die Zustimmung jedoch in jedem einzelnen Fall vor und bringt damit einen qualitativen Unterschied ins Spiel, an dem der Größenschluss scheitert.

Reduktion

Die Etymologie hilft bereits auf den entscheidenden Sprung. Man braucht sich nur an das lateinische "re-ducere" als einem "Zurückbringen" oder "Zurückführen" zu erinnern. Damit ist von vornherein klar, dass es sich bei der Reduktion um eine einengende Argumentation handelt im Unterschied etwa zu den ergänzenden und erweiternden Argumentationsformen der Analogie und des Größenschlusses. Die sind eben "productiv". Das heißt, sie entlocken dem Normtext ein weitergehenden Sinn, wie ein schneller Blick in den "Kleinen Stowasser" lehrt.

Die Reduktion produziert nicht. Sie verbraucht einen möglichen Sinn, ähnlich wie im Grunde auch der Umkehrschluss. Der Umkehrschluss schneidet aber von vornherein eine mögliche Semantisierung des Normtextes ab. Man könnte ihn gewissermaßen als eine aus dem Schweigen der Vorschrift darüber geborene Desemantisierung betrachten. Die Reduktion ist eher eine aus der Not einer Schwatzhaftigkeit der Auslegungsmöglichkeiten, einer Überfülle von Bedeutungserklärungen, durch die sich der Normtext beim Wort nehmen lässt, geborene Resemantisierung. Bei einer Reduktion wird auf Grund sonstiger Kriterien ein engerer Sinngehalt angenommen, als er der sprachlichen Plausibilität der betreffenden Rechtsvorschrift nach zum Ausdruck kommt. In diesem Sinn kann man sagen, dass durch Reduktion die sprachliche Plausibilität einer Bestimmung nach Maßgabe sonstiger Kriterien eingeengt wird. Die Reduktion dient dazu, einem allzu großen Überschwang an möglicher Bedeutungsproduktion, einer überschüssigen Freude an der Semantik, einen Riegel vorzuschieben. Ähnlich wie beim Umkehrschluss geht es darum, gegen ein Ausschöpfen der Semantik und ein Ausreizen der Logik die Regelung zur Geltung zu bringen, auf die die entsprechende

Vorschrift vor allem entsprechend ihrem Rechtstextzusammenhang, den erkennbar mit ihr verbundenen Zwecken und ihrer Geschichte im Laufe juristischen Setzens und Entscheidens beschränkt bleiben sollte, ohne dass sie dies mit ihren eigenen Worten noch einmal eigens sagen würde.

Abwägung

Jeder Jurist wägt ab, aber kaum einer weiß, wie das geht. Kein Wunder, wenn sich die Geister an der Beurteilung der Abwägung scheiden. Der Postmoderne Ladeur feiert sie geradezu als ein neues Rechtsparadigma. Andere, mehr in die Verfassung vertiefte Rechtstheoretiker sind hier eher skeptisch, sehen in der Abwägung eher das Einfallstor für die "Willkür einer Kadi-Justiz".

Dass man allerdings so etwas wie Abwägung braucht ist schnell gezeigt. Ein älterer Herr fühlt sich durch das Musizieren seines Nachbarn in höchstem Grade gestört und belästigt. Was also liegt näher, als diesem mit dem ganzen Arsenal von Unterlassungs- und Räumungsklagen beizukommen. Alles andere liegt nahe, wenn der sich mit seiner Musik seinen Lebensunterhalt verdient. Was aber wenn nicht? Wie steht es mit seinem Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung, wenn die Musik seinen ganzen Lebensinhalt ausmacht? Ist ihm zuzumuten, einen extra Übungsraum anzumieten? Den kann er sich nicht leisten. Was aber, wenn er ausgerechnet Schlagzeug spielt? Auf Anraten seines Psychiaters, wie er geltend macht. Um seine Aggressionen auszuagieren und zu verhindern, dass er vor dem Dilemma steht sich entscheiden zu müssen, ob er lieber Selbst- oder Massenmörder werden will. Aber wo ist bei alledem eigentlich das Recht des Nachbarn auf körperliche Unversehrtheit geblieben? Zumal dieser unter heftigen Migräneanfällen leidet und ihm schon das Rascheln von Papier unermessliche Qualen bereitet. Mit der Abwägung ist es offenbar wie mit dem Geld. Es ist lästig es zu erwerben und man spricht auch nicht gern darüber. Man braucht es aber und es ist schön, wenn man es hat. Seriöser ist aus dem Zwiespalt über die Abwägung eher die Folgerung zu ziehen, in ihr eine besondere Herausforderung sorgfältiger Methodik zu sehen.

Daher ist bei der Abwägung zweistufig vorzugehen. Zunächst ist die abstrakte Wertigkeit der beiden jeweils beeinträchtigten Rechtsgüter zu vergleichen, über deren Rang durch die Abwägung zu entscheiden ist. Die Kollisionen können sich etwa zwischen Rechtsgütern von Verfassungsrang und einfachgesetzlichen Rechtsgütern ergeben. Die Lektüre der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Kunstfreiheit bieten hier Anschauungsmaterial in Hülle und Fülle. Schwieriger ist es schon, auf der Ebene der Verfassung selbst Rangunterschiede zu begründen. Diese wären etwa zwischen Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt und solchen ohne Schranken zu machen. Oder zwischen zwei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt, wenn das eine leichter einzuschränken ist als das andere. Man mag hier beispielsweise an Artikel 12 I GG (Berufsfreiheit) denken, der mit einfachem Regelungsvorbehalt leichter einzuschränken ist als Artikel 5 I GG mit qualifiziertem Schrankenvorbehalt.

Mit dem Vergleich der abstrakten Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter ist der erste vorbereitende Schritt der Abwägung getan. Der zweite, entscheidende Schritt liegt im Vergleich der konkreten Eingriffsintensität. Hier ist zu klären, bei welchem Rechtsgut der Eingriff schwerwiegender ist. Hat der Schutz der Berufsfreiheit unseres Musikers Vorrang vor dem Recht auf Unversehrtheit bei unserem kränkelnden Pensionär? Ist diese auf die leichtere Schulter zu nehmen als die Persönlichkeitsentfaltung unseres Musikers? Für die Arbeit an dieser Frage ist die Unterscheidung von Peripherie und Kernbereich der entsprechenden Rechtsgüter nützlich., wobei natürlich jeder Eingriff in

den Kernbereich schwerer wiegt. Ein solcher Eingriff liegt dann vor, wenn die fragliche Handlungsmodalität nicht ersetzbar ist, ohne dass die Freiheitsgarantie entfällt. Wenn es dagegen um eine ersetzbare, das heißt, um eine funktional gleichwertige Handlungsmodalität geht, so kann evident auch nur die Peripherie eingegriffen worden sein.

Für unsere feindlichen Nachbarn bedeutet das etwa, dass dem Musiker unbedingt die Gelegenheit gegeben werden muss, zu üben. Dies muss aber andererseits nicht gerade nachts um drei Uhr geschehen, da das Üben am Tag funktional gleichwertig ist und in der Regel der Konzentration sogar förderlicher.

Verfassungskonforme Auslegung

Die verfassungskonforme Auslegung ist keine Auslegungsmethode. Sie ist eine Vorzugsregel zwischen verschiedenen mit den üblichen Methoden erarbeiteten Ergebnissen. Daraus folgt, dass sie selbst methodenkonform verwendet werden muss. Sie kommt erst dann zum Einsatz, wenn die normalen Methoden zu mehreren gleichrangigen Ergebnissen führen. Damit verbindet die verfassungskonforme Auslegung Normauslegung und Normenkontrolle.

Zugleich ergeben sich daraus ihre Grenzen. Die verfassungskonforme Auslegung darf keinesfalls zum Vehikel dafür werden, dass Richter und Gesetzgeber heimlich ihre Plätze tauschen. Ihre Grenzen ergeben sich aus dem geltenden Rechten, an erster Stelle aus der Funktionsverteilung zwischen Gericht und Gesetzgeber. Das heißt konkret, dass die als Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung erarbeitete Verständnis keinesfalls auf eine Korrektur des vom Gesetzgeber geschaffenen Normtextes hinauslaufen darf.

In einem Normtext mit mindestens zwei Lesarten. Eine verstößt gegen die Verfassung, die andere nicht. Der Grundsatz verfassungskonformer Auslegung fordert nun die Lesart auszuwählen, die mit der Verfassung in Einklang steht. Allerdings nur, wenn der umfassend konkretisierte Wortlaut diese Lesart noch zulässt. Sonst würde man gegen die funktionelle Gewaltenteilung verstoßen und dem Gesetzgeber einen Normtext unterschieben, den er gar nicht gemacht hat.

Logische Fehler

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

Manchmal bringt die Logik einen Ertrag, wenn es um die Konstruktion der Prämissen für den Obersatz geht. Dafür zwei Beispiele:

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

kann er dies nur dort, wo er Kompetenzen hat. Die Norm selbst begründet gerade keine Kompetenzen.

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

Übergriiffsfehler

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

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

Unterwerfungsfehler

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

Sprachliche Fehler

Wenn man sich die Wurzel einer der Praxis der Rechtserzeugung verpflichteten Methodik vor Augen hält, dann lässt sich daraus eine Faustformel für sprachliche Fehler in der juristischen Textarbeit ableiten. Sie verdankt der grundlegenden Kritik einer Auffassung nach der Recht aus der im Normtext vorgegebenen Bedeutung zu erkennen ist. Von daher kann man umgekehrt immer dort einen sprachlichen Fehler der Juristen vermuten, wo hypostasierend solcherlei Bedeutungen für die Begründung ins Feld geführt werden. Konkret ist das etwa dann der Fall, wenn bei der grammatischen Auslegung lexikalische Gebrauchsbeispiele einfach behauptet oder sofort ins Normative gewendet werden. Damit wird der Rechtsfindung eine normative Wendung durch die

Sprache gegeben, die diese nicht zu tragen vermag. Recht wird aus der Sprache gefolgert statt in ihr gemacht. Es wird dann aus der Sprache heraus argumentiert anstatt auf eine Bedeutungsgebung hin. Und es wird mit ihr gearbeitet statt an ihr. Die Folge ist, dass die Argumentation dann lediglich die Willkür der Setzung bemäntelt und einer solchen juristischen Handelns Tür und Tor geöffnet sind.

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

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

Die praktischen Schwierigkeiten und Aporien, in die das positivistische Modell eines im Gesetz gegebenen Rechts führt werden gewöhnlich gegen ersteres zugunsten einer Freisetzung des Richters vom Gesetz überspielt. Mit einem halbherzigen Bedauern wird dies dadurch gerechtfertigt, dass man ansonsten wohl kaum der gleichfalls verfassungsmäßig gebotenen Pflicht zur Entscheidungsfindung nicht nachkommen könne. Es wird ein ganzes Arsenal von Formeln und Figuren, von der "Lückenfüllung", über die Auslegung "intra ius contra legem" bis hin zum "Richterrecht", die bei Licht besehen lediglich überspielen, dass die Gesetzesbindung so zur rhetorischen Fassade gerät.

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

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

Diesem Verständnis von "Gesetzesbindung" lässt sich ein anderes entgegensetzen, das in seinen Konsequenzen auch den praktischen Anforderungen an die juristische Textarbeit gerecht wird: Die Bindung "an" das Gesetz. Diese Auffassung geht von dem mit dem Gesetz tatsächlich und konkret gegebenen aus. Sie bezieht die Bindung auf

den bloßen Wortlaut des Gesetzes als einer Zeichenfolge, also, wenn man so will, ganz buchstäblich auf dessen Buchstaben. Entsprechend handfest praktisch und vor allem auch überprüfbar ist der Sinn, den dann die Rede von der "Bindung" annehmen kann. Gegenstand der Bindung ist die Zeichenfolge des Normtextes. Mittel der Bindung sind die verfassungsrechtlich begründeten Standards einer praktischen Bedeutungskonstitution. Das Ausmaß der Bindung ist von daher auch nicht mehr eine geisterhaft unterstellte Determination, sondern die relative Plausibilität der Rechtserzeugung im Rahmen der juristischen Argumentationskultur.

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

Begründungspflicht

Die Notwendigkeit einer Begründung von Gerichtsurteilen ergibt sich in der deutschen Verfassung aus dem Rechtsstaatsprinzip und im Gemeinschaftsrecht, bzw. internationalen Recht schon aus dem Grundsatz einer geordneten Rechtspflege. Was von einer Begründung verlangt werden muss, wird definiert durch die praktische Entwicklung der jeweiligen Rechtskultur. Allerdings steckt darin auch ein prinzipielles Problem. Was kann man von einer Begründung verlangen?

In Betracht käme Akzeptanz. Man könnte solange begründen, bis noch der letzte einverstanden wäre. Das mag im Freundeskreis vorkommen, im Rechtssystem nicht. Seine Funktion ist eine Entscheidung zu treffen, dort wo gemeinsame Akzeptanz aller Beteiligten gerade nicht mehr möglich ist. Wenn Annahme durch die Betroffene als wirkliche oder psychologische Größe damit gerade nicht in Betracht kommt, was kann man dann eine gute Begründung nennen?

Man könnte daran denken, die Akzeptanz zu idealisieren. Eine Begründung ist gut, wenn man sie in einer idealen Sprechsituation anerkennen müsste. Aber dieser Weg ist nicht gangbar. Denn entweder man lässt die ideale Sprechsituation undefiniert. Dann weiß niemand, wann eine Begründung gut ist. Oder man definiert die Regeln für die Konstitution dieser idealen Situation. Dann hat man aber zwei Folgeprobleme: Erstens erkennt man sofort, dass die Situation des Rechts gerade nicht die des herrschaftsfreien idealen Sprechens ist. Man muss dann zu allen möglichen Hilfsregeln greifen, die das Problem nur verschieben. Wichtiger ist aber die zweite Klippe. Sobald man die Regeln des herrschaftsfreien Sprechens definiert, ist der, der sie nicht erfüllt nicht mehr in der Vernunft. Statt Herrschaftsfreiheit zu erzeugen, hat man die Menschen eingeteilt in rationale Subjekte und therapiebedürftige Objekte.

An die Stelle der Akzeptanz muss man deswegen die Geltung einer Argumentation setzen. Eine Begründung ist gut, wenn sie gilt. Was heißt nun Geltung einer Argumentation.

Argumentation

Argumentation ist eine Sequenz von Sprechakten, die man einteilen kann in Behauptung, Begründung und Widerlegung. Ein Vorgang also, den man aus jedem juristischen Prozess kennt. Die Begründung eines Urteils soll das Ergebnis dieses Prozesses darstellen. Es gibt innerhalb der Jurisprudenz vor allem im Bereich der Rechtsmittelverfahren eine große Menge impliziten Wissens darüber, wann eine juristische Begründung gültig ist. Um dieses implizite Wissen theoretisch erfassen zu können, bedarf es wiederum eines Blickes von außen. Nützlich ist hier die Hilfe der philosophischen Argumentationstheorie.

Die Argumentationstheorie entwickelt sich in der Philosophie von einem Spezialgebiet zu einer zentralen Bedingung für zukünftiges philosophisches Weiterdenken. Die philosophische und wissenschaftstheoretische Entwicklung führt von ganz verschiedenen Voraussetzungen aus zu dem Ergebnis, dass die Rationalität einer Argumentation nicht von außen begründet werden kann. Denn für eine Letztbegründung fehlt uns ein der Argumentation entzogener Archimedischer Punkt. Die Praxis des Argumentierens ist damit die einzige Instanz möglicher Verbindlichkeit. Das heißt aber nicht, dass die Philosophie vor der faktischen Argumentation kapitulieren müsste. Vielmehr muss sie ihr Vorgehen ändern. Statt in einer Missionarstellung Rationalität von oben überzustülpen, muss sie von innen her im prinzipiell unabgeschlossenen Prozess der Argumentation mitarbeiten. Die Philosophie wird damit als Argumentationstheorie zur reflexiven Aufstufung der Praxis.

Die Bandbreite philosophischer Argumentationstheorie reicht von rein empirischen Analysen über rhetorischen Untersuchungen der argumentativen Wirkmechanismen bis zu normativ ausgerichteten Versuchen einen Regelkanon des Argumentierens zu erarbeiten. Das Problem dieser Entwicklung liegt darin, dass die von der Argumentationstheorie vorgeschlagenen Unterscheidungen nicht anders als argumentativ entwickelt werden können. Objekt- und Metaebene sind von Anfang an kontaminiert. Deswegen kann auch der Anfang der Argumentationstheorie nicht oberhalb praktischen Streitens liegen, sondern nur inmitten der Argumentation. Und diesen Entwicklung vollzieht sich nicht einfach in der Philosophie, sondern in jeder Argumentation, die sich selbst zum Thema macht. Argumentationstheorie im Recht ist deswegen nicht denkbar von außen, vom Feldherrnhügel der Philosophie aus. Sondern nur von innen, als mitarbeitende Reflexion.

Wenn die philosophische Argumentationstheorie diese mitarbeitende Reflexion am Beispiel der Begründung von Rechtsentscheidungen vollzieht, ergibt sich folgendes: Der Prozess wird ausgelöst durch die Rechtsmeinung der Parteien, die sich natürlich gegenseitig ausschließen. Durch das gerichtliche Verfahren werden die Parteien zu einer Distanzierung von diesen Meinungen gezwungen, indem sie ihre Anträge begründen müssen. Mit der Formulierung der Schriftsätze, mit der Einschaltung eines professionellen Juristen wird die Rechtsmeinung bis zu einem gewissen Grad schon der Probe unterzogen, ob sie auch für sich betrachtet, unabhängig von der Person des Klägers oder des Beklagten, Bestand haben kann. Schon damit ist der erste Schritt vom Meinungskampf zum semantischen Kampf um Gesetzestexte vollzogen und es beginnt damit der Prozess der Argumentation. Diese Argumentation im Prozess hat, wenn man juristischer Erfahrung und philosophischer Analyse folgt, eine retroreflexive

Struktur. Das heißt, der Begründungszusammenhang einer Rechtsmeinung wirkt auf die Voraussetzungen, die in diese Begründung eingehen, zurück. Es handelt sich hier um eine Rückkopplungsschleife, die sich aus der Dynamik der Argumentation ergibt. Weil der Prozess widerstreitende Rechtsmeinungen klärt und zur Entscheidung bringt, steht nicht von vornherein fest, welche Annahmen als sicher in Anspruch genommen werden können. Erst im semantischen Kampf oder Argumentationsprozess selbst, wenn die Geltung der zur Anspruchsbegründung herangezogenen Rechtsmeinungen untersucht wird, kann die Bedeutung einzelner Elemente der Argumentation sichtbar werden. Diese entfaltet sich erst in der Beziehung des einzelnen Elements zu den anderen Elementen und wird vom streitigen Fortgang des Gesamtprozesses. Der nächste Schritt kann dabei die vorherigen Schritte beeinflussen und zu ihrer Revision führen. Es wird also im Rechtsstreit die ursprüngliche Rechtsmeinung aufgrund der vorgebrachten Einwände und Widerlegungen beständig reformuliert, was wiederum zu einer Veränderung der Gegenargumente führen kann.

Dieser retroreflexive Prozess der Argumentation kann idealerweise solange weitergehen, bis eine gültige Version der streitigen Rechtsmeinung erreicht ist. Dann müssen die Prozessbeteiligten eine entsprechende theoretische Basis verfügbar machen und alle Einwände ihres Prozessgegners ausräumen, bzw. so reformulieren, dass sie in die Begründung der eigenen Rechtsmeinung integriert werden können. Mit diesem Status der Einwandfreiheit ist im Ergebnis eine gültige These erreicht, bzw. der Streit der Rechtsmeinungen richtig entschieden.

Dieses Ergebnis muss in der Begründung des Urteils dargestellt werden. Die Begründung ist damit nicht an der Akzeptanz der Beteiligten orientiert, dem bloßen Meinungsstand. Sie ist vielmehr orientiert am Stand der Argumente, das heißt, der Geltung. Geltung ist Einwandfreiheit. Wenn und solange eine Rechtsentscheidung alle gegen sie vorgebrachten Argumente integriert oder ausräumt, ist sie gültig.

Plausibilität und Evidenz

Eine Interpretation ist besser, wenn sie die von der Zeichenkette und dem mitgebrachten Bedeutungskonflikt bereitgestellten Anschlussmöglichkeiten für die Argumentation effektiver nutzt. Argumentativ effektiver heißt, dass sie die Einwände, bzw. Widerlegungen des Gegners entweder in die eigene Argumentation integrieren oder ausräumen kann. Wie macht man das?

Was als Widerlegung gilt und wie man eine solche ausräumt, bzw. integriert, darüber gibt es im juristischen Bereich sehr viel implizites Wissen. Formuliert wird dieses von der Disziplin der juristischen Methodik. Danach gibt es für die Entscheidung des Konflikts von Argumenten in der Praxis der Gerichte Ansätze, die zwar noch einer Strukturierung bedürfen, aber im Prinzip in die richtige Richtung weisen. Zu denken ist hier an die vom Bundesverfassungsgericht unter dem missverständlichen Titel "objektive Auslegungslehre" eingeführte Regel für die Vorzugswürdigkeit von Argumenten. Danach soll im Konfliktfall die historische und genetische Auslegung hinter der grammatischen, bzw. systematischen Auslegung zurücktreten. Denn letztere stünden näher am Normtext und erlaubten auch den Normunterworfenen eine bessere Orientierung.

Wenn man an diese schon praktizierten Kriterien anknüpft, ergibt sich im Falle von Konflikt, bzw. Widerlegung die Notwendigkeit einer doppelten Bewertung. Erstens sind die Argumente normstrukturell oder abstrakt zu bewerten. Zweitens müssen die Argumente konkret nach ihrer Intensität oder Schwere eingeordnet werden. Normstrukturell ist das Gewicht eines Arguments umso größer, je näher es am Normtext steht. Das

heißt, textbezogene Argumente schlagen Normbereichsargumente aus dem Feld, und diese wiederum bloß rechtspolitische Bewertungen usw. Neben diese Einordnung des Arguments in die Normstruktur als direkt textbezogen, indirekt textbezogen und normgelöst, muss eine konkrete Bewertung treten. Diese lässt sich aber nur schwer vom jeweiligen Fall abheben. Als Unterscheidungen bieten sich an Möglichkeit, Plausibilität und Evidenz. Möglich ist dabei ein Argument, wenn es nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Plausibel heißt, dass das Argument überzeugend ist, aber Alternativen denkbar sind. Evident ist ein Argument, wenn im Moment gar keine Alternativen denkbar sind.

contact: info@juristische-methodik.de