

---

## A

*Ablaufmodell, Rechtsnorm*  
*Allgemeine Rechtsgrundsätze*  
*Analogie*  
*Analogieverbot*  
*Argumentum e contrario*  
*Argumentation, juristische*  
*Argumente, Konflikte*  
*Argumente, direkt normtextbezogene*  
*Argumente, nicht direkt normtextbezogene*  
*Argumentationstheorie, philosophische*  
*Auslegung, Begriff*  
*Auslegung, dynamisch-evolutive*  
*Auslegung, extensive*  
*Auslegung, funktionsdifferente*  
*Auslegung, Gegenstand der*  
*Auslegung, gemeinschaftsrechtskonforme*  
*Auslegung, gemeinschaftsrechtskonforme und verfassungskonforme*  
*Auslegung, gemeinschaftsrechtskonforme / Begriff*  
*Auslegung, genetische*  
*Auslegung, grammatische*  
*Auslegung, historische*  
*Auslegung, restriktive*  
*Auslegung, richtlinienkonforme*  
*Auslegung, systematische*  
*Auslegung, teleologische*  
*Auslegung, verfassungskonforme*  
*Auslegungslehre, subjektive*

### **Ablaufmodell, Rechtsnorm**

Der hier zentrale Begriff „*Konkretisierung*“ ist nicht positivistisch als „Syllogismus“, „Subsumtion“ oder „Anwendung“ misszuverstehen, aber auch nicht als „Nachvollzug“ vorvollzogener und im Gesetzestext „repräsentierter“ Interessenabwägungen oder Wertungen. Schließlich meint „*Konkretisierung*“ auch nicht, eine vor dem Rechtsfall schon vorhandene Norm werde auf diesen hin individualisiert, „konkreter“ gemacht, in ihrem Umfang sozusagen verengt. Vielmehr geht es bei juristischer Falllösung um *Normkonstruktion*; die Rechtsnorm muss im Fall jeweils erst produziert werden. „Konkreter“ werden dabei von Stufe zu Stufe die Arbeitsinstrumente; und die Formulierung der erzeugten Rechtsnorm ist notwendig konkreter als der üblicherweise so genannte Gesetzeswortlaut.

Dieser heißt hier im technischen Sinn „*Normtext*“ (Rechtssatz, amtlicher Wortlaut); er ist das sprachliche Gebilde (die Zeichenkette), das in Gestalt von „Paragrafen“ oder „Artikeln“ die Kodifikationen zusammensetzt. Der Normtext ist, neben dem Fall, das Eingangsdatum des Konkretisierungsvorgangs. Die laienhafte Fassung (Fallerzählung) des Rechtsfalls, das zweite Eingangsdatum, formt der Jurist professionell zum „*Sachverhalt*“. Außerhalb professioneller Konkretisierung orientieren sich auch die am Rechtsleben Beteiligten an den „geltenden“ Normtexten.

Der Jurist, der den Fall zu entscheiden hat, wählt vom Sachverhalt her die ihm nach seinem Vorwissen „einschlägig“ erscheinenden Normtexte aus. Über diese fließen Sachgesichtspunkte der damit als passend unterstellten Rechtsnormen in die Arbeit ein („*Sachbereich*“), die normalerweise aus Gründen der Arbeitsökonomie gemäß der Individualität des Sachverhalts zum „*Fallbereich*“ eingegrenzt werden. Die Interpretation sämtlicher Sprachdaten, also die Textauslegung mit allen methodisch anerkannten Mitteln, ergibt das „*Normprogramm*“. Mit dessen Hilfe wählt der entscheidende Jurist aus dem Sach- bzw. dem Fallbereich die Teilmenge der für das Fallergebnis mit-normativen Tatsachen aus, den „*Normbereich*“; dieser umschreibt also die Menge derjenigen Realdaten, die zu Recht mit zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden.

Normprogramm und Normbereich setzen die abstrakt-generell (im Sinn von Leitsätzen) zu formulierende „*Rechtsnorm*“ zusammen („In einem Fall wie diesem gilt ...“). Im letzten Abschnitt seiner Arbeit individualisiert der Jurist diese zur „*Entscheidungsnorm*“ (Entscheidungsformel, Urteilstenor); dieser letzte Schritt vollzieht sich dann als methodisch simple Schlussfolgerung, insoweit - aber nur insoweit! - in der Tat als Subsumtion unter die vorher produzierte Rechtsnorm („Da ein solcher Fall vorliegt, ist die Klage abzuweisen“, usw.).

*JM I, Rnn. 14 ff.*

### Allgemeine Rechtsgrundsätze

Tatsächlich spielen allgemeine Rechtsgrundsätze und Prinzipien in der Rechtsprechung des EuGH eine wichtige Rolle und bedürfen fraglos der Analyse. Eine naheliegende Frage ist aber dann schon die, wie man bei ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen an ein Textformular gebunden sein kann. Die Bezeichnung „ungeschrieben“ bezieht sich nämlich nur auf den gemeinschaftsrechtlichen *Gesetzgeber*. Ansonsten sind diese Grundsätze natürlich in Texten formuliert, entweder durch die Gerichte oder durch nationale Verfassungen, durch Literatur usw. Auch diese Formulierung ist unausweichlich, genau wie bei Normtexten, bei jeder neuen Entscheidung in ihrer Bedeutung erst zu bestimmen. Unsere Rechtsgrundsätze sind also ungeschrieben vom Gemeinschaftsgesetzgeber, aber sehr wohl schriftlich formuliert; so dass sich die weitere Frage stellt, wer eigentlich wann zu ihrer Formulierung berechtigt sein soll.

Es kommen aber, wenn man sich erst einmal von den Vorurteilen der klassischen Lehre ablöst, noch weitere gewichtige Probleme in den Blick. Zunächst kann man unterscheiden: manche dieser allgemeinen Grundsätze zählen nicht zum Gegenstand, sondern zum *Prozess* der Textarbeit. Denn sie ergeben sich mehr oder weniger eindeutig schon aus den Bestimmungen der Gründungsverträge. Es handelt sich dabei um vorläufige Ergebnisse der Textarbeit, die für künftige Streitfälle als Textformular eine gewisse Bindungswirkung entfalten. Aber diese Bindung ist von der an geschriebenes Recht unterschieden. Denn sie steht unter dem Vorbehalt des besseren Arguments. Dieser Vorbehalt gilt für Normtexte nicht.

Es gibt aber auch *Textverweisungen*. Aus den Verträgen wird in die Europäische Menschenrechtskonvention oder in die nationalen Verfassungen (Art. 6 EU) verwiesen. Als weitere Textmasse kommen damit die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Betracht, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Im Primärrecht werden als Rechtfertigung für diese Bezugnahme die Art. 288 Abs. 2 EG und Art. 188 Abs. 2 EA herangezogen. Diese verweisen zwar nur für die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft auf diese Grundsätze. Aber im Hinblick auf die Wendung in Art. 220 EG, der dem EuGH neben der Interpretation der Verträge noch die „Wahrung des Rechts“ als Aufgabe zuweist, wird dies nur als beispielhafte Aufzählung aufgefasst. Die europarechtlichen Literatur hebt dabei immer wieder hervor, dass es sich nicht um unverbindliche Leitlinien für die Interpretation, sondern um Grundsätze mit echtem Normcharakter handele. Das ergebe sich schon daraus, dass die Verträge als „Teilrechtsordnung“ im wesentlichen nur wirtschaftliche und soziale Sachverhalte regelten und deswegen einer solchen Ergänzung bedürften. Aber die nationalen Verfassungen sind nicht einfach zu übernehmen, sondern stehen unter dem Vorbehalt ihrer Einfügung in den Rahmen des Gemeinschaftsrechts. Sie sind Orientierungsgrundlage für das Erzeugen eigenständiger Rechtsgrundsätze durch den EuGH. Weil so die nationalen Verfassungen aber immerhin Überprüfungsinstanzen für die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze aus der Systematik des Gemeinschaftsrechts sind, kommt ihnen in der Arbeit des EuGH tatsächlich eine Normtextrolle zu. Diese ist mit der des Exekutivrechts in einer nationalen Rechtsordnung vergleichbar. Auch daran kann eine richterliche Entscheidung scheitern, solange das Exekutivrecht selbst nicht gegen höherrangige Rechtsquellen verstößt. Tatsächlich hat der EuGH die nationalen Verfassungen als Rechtserkenntnisquellen herangezogen, vor allem beim Festlegen von Grundrechtsstandards und bei der Entwicklung von rechtsstaatlichen Prinzipien.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts gehören damit in den Vorgang, nicht in den Gegenstand juristischer Textarbeit. Als präexistenter Gegenstand sind sie tot und nicht diskutierbar. Im Prozess der Textarbeit sind sie dagegen diskutierbar, und man kann untersuchen, ob sie normativ und methodisch gerechtfertigt werden können.

Im ganzen zeigt sich, dass das Problem richterlicher Rechtserzeugung im Bereich des Gemeinschaftsrecht nicht richtig gefunden und gestellt werden kann, solange man als Gegenstand der Textarbeit die objektive Bedeutung angibt. Erst wenn man das Textformular, d.h. den Normtext als Zeichenkette, und den Konflikt um seine Bedeutung zum Ausgangspunkt nimmt, wird das Problem richterlicher Rechtserzeugung methodisch und normativ überprüfbar.

*JM II, S. 157 ff*

### **Analogie**

Die Möglichkeit eines Analogieschlusses besteht, wenn eine so genannte Lücke im Gesetz vorliegt. Dabei ist der herkömmliche Begriff der Lücke äußerst unklar. Um diesen Begriff rechtsstaatlich präzise handhaben zu können, sind zwei Voraussetzungen zu unterscheiden: Erstens muss man, um eine Lücke im Gesetz annehmen zu können, ein Regelungsziel angeben. Zweitens muss man feststellen, dass das Gesetz diesem Regelungsziel nicht genügt.

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

Als Argument gegen die vorrangige Lesart abschließender Regelung genügt nicht jede Begründung. Die rechtspolitischen Wunschvorstellungen eines Richters, Gutachters oder Rechtsunterworfenen können dem vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber geschaffenen Text nicht entgegengehalten werden: Denn die Annahme einer Lücke ist "keine Aussage über einen Gegenstand und seine Defektheit, sondern ein Werturteil über die Regelungsbedürftigkeit und -möglichkeit (...)" (*Esser, J., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtswissenschaft, 1972*). Rechtspolitik genügt als Begründung nicht.

Ein Zuviel an Begründung liegt demgegenüber vor, wenn das Fehlen einer Regelung im Wege einer Gesamtanalogie begründet wird unter Bezug auf die Rechtsordnung als Ganzes, die Rechtsidee oder die Gerechtigkeit. Die Rechtsordnung als Ganzes oder die Gerechtigkeit sind als holistische Größen gerade nicht handhabbar. Auch wenn entschlossene Juristen immer wieder abgesunkene Philosopheme wie den Neuhegelianismus, Neukantianismus oder bestimmte Lesarten der Diskurstheorie bemühen, vermag das nichts an dem Umstand zu ändern, dass Rechtsidee oder Gerechtigkeit als formulierbare Größen nicht zentral oder als zentrale Größen nicht formulierbar sind. Damit schlägt die Scheinobjektivität eines Bezugs auf das Ganze in subjektive Willkür um. Zwei Strategien zur Begründung einer Lücke sind allerdings legitim: Einmal die Ableitung der Lücke aus der Entstehungsgeschichte. Dabei wird über genetisches und evtl. historisches Element ein bestimmter Plan des Gesetzgebers nachgewiesen, welcher im Text nur unvollständig realisiert ist. Dann liegt eine so genannte planwidrige Lücke vor. Daneben gibt es noch die so genannte Wertungslücke. Dabei wird eine höherrangige Norm oder ein höherrangiger Normenkomplex zur Begründung der Lücke herangezogen. Beide Strategien haben allerdings auch Probleme. Die planwidrige Lücke setzt zum einen den Plan voraus. Diesen kann man mit Hilfe der Regierungsbegründung oder der Debatte in Ausschüssen oder Plenum des Parlaments begründen. Die entscheidende Engstelle ist aber der Nachweis, dass dieser Plan aus einem Fehler des Gesetzgebers nur unvollständig realisiert wurde. Dieser Nachweis bedarf des Einsatzes aller Konkretisierungselemente und dürfte nur extrem selten zu führen sein.

Die Wertungslücke setzt demgegenüber die Konkretisierung einer höherrangigen Rechtsquelle voraus und zusätzlich den Nachweis, dass auf der darunter liegenden Ebene das gerade gewonnene Normprogramm der höherrangigen Rechtsquelle nur unvollständig realisiert ist. Aber selbst wenn diese Argumentationssequenz gelingt, stellen sich noch weitere normative Probleme. Diese ergeben sich aus dem Grundsatz der funktionellen Gewaltenteilung. Denn der Richter ist nicht befugt, an Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers die Verfassung zu Normtexten zu konkretisieren. Daher erscheint im Hinblick auf Gewaltenteilung und Gesetzesvorbehalt in diesem Bereich nur eine Analogie zu Gunsten des Bürgers denkbar. Nicht aber eine Analogie zu Lasten des Bürgers.

Wenn die Begründung des Regelungsziels gelungen ist, muss festgestellt werden, inwieweit dieses Regelungsziel im Gesetz realisiert ist. Hier liegen die größten Schwierigkeiten in der von der herkömmlichen Jurisprudenz gepflegten Sprachtheorie und Rechtsnormtheorie. Wenn man mit dem klassischen Gesetzespositivismus das Gesetz als anwendbaren Befehl versteht, hat man immer, wenn dies nicht möglich ist, eine Lücke. Die Rechtsordnung bestünde dann fast nur noch aus Lücken. Denn das Gesetz ist praktisch nie ein anwendbarer Befehl. Der Bereich der Lücken bleibt fast genauso groß, wenn man mit der herkömmlichen Auslegungslehre das Gesetz als dem Fall vorgeordnete normative Substanz versteht. Eine solche normative Substanz stellt sich bei genauer Betrachtung immer als Projektion heraus, so dass man Lücken nur vermeiden kann, wenn man genaue Betrachtungen des Gesetzes vermeidet. Erst wenn man den Normtext als Eingangsdatum für die *lege artis* herzustellende Rechtsnorm begreift, lässt sich der aktive Anteil des Richters an der Entscheidung innerhalb der Gesetzbindung begreifen. Damit kann die Überforderung des Gesetzes und die grenzenlose Expansion des Lückenbegriffs überwunden werden.

Man stößt dann allerdings auf ein zweites Erkenntnishindernis in der juristischen Sprachtheorie. Juristen machen in ihrem Zugriff auf die Sprachwissenschaft aus dem linguistischen Begriff der Regel eine gesetzespositivistische Norm, welche eindeutig zu entscheiden erlaubt, ob ein Sprachgebrauch legitim ist oder nicht. Wenn die Regel dies nicht erlaubt, im Bereich von Vagheit, Mehrdeutigkeit usw., muss dann mit Prinzipien gearbeitet werden. Wenn die Sprachregel so aufzufassen wäre, gäbe es bei der sprachlichen Konstitution der Rechtsnorm wiederum nur Lücken. Tatsächlich sind aber Sprachregeln eher so beschaffen, wie die von den Juristen erfundenen Prinzipien. Das heißt, sie sind nur vorläufige Zwischenschritte bei der Interpretation und bedürfen einer genauen Abgrenzung und Abstufung im Verhältnis zu anderen Sprachregeln. Erst wenn man neben der herkömmlichen Rechtsnormtheorie auch noch die beschränkte juristische Sicht der Sprache aufgibt, kann man die Leistung des Gesetzes realistisch einschätzen und die Restgröße der Lücke präzise bestimmen.

Das häufigste Risiko des Analogieschlusses ist eine Gesamtanalogie, welche mit holistischen Größen argumentiert.

*JM I, Rn. 370 f.*

### **Analogieverbot**

Nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich in seinem Urteil vom 27. 10. 1970 durch „einschränkende Auslegung von § 43 Abs. 2 VwGO in Anlehnung an den Zivilprozess“ (Leitsatz 1) über diesen Normtext hinweg. Die Vorschrift sei eine Sonderregelung, „die das Unterlaufen der für die Anfechtungsklage und für die Verpflichtungsklage geltenden besonderen Vorschriften verhindert (Vorverfahren und insbesondere Fristbindung)“. In Fällen, in denen wie bei fristgebundenen Feststellungsklagen im Beamtenrecht oder wie bei Konkurrenz zu einer nicht fristgebundenen allgemeinen Leistungsklage - das Erreichen dieses Normzwecks sichergestellt sei, könne das Subsidiaritätsgebot des § 43 Abs. 2 VwGO unbeachtet bleiben. Dasselbe soll nach Ansicht des Senats im Anschluss an die auf ständige Rechtsprechung gestützte „Übung“ im Zivilprozess dann gelten, wenn sich die Klage gegen Bund, Länder oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften richtet, „gegen Beklagte also, von denen man angesichts ihrer verfassungsmäßig verankerten festen Bindung an Recht und Gesetz die Respektierung von Gerichtsurteilen auch ohne dahinterstehenden Vollstreckungsdruck erwarten darf“.

Diese Folgerungen sind mit dem Normtext von § 43 Abs. 2 VwGO nicht mehr vereinbar und damit rechtsstaatlich unzulässig. Anders wäre es nur dann, wenn der Wortlaut nachweislich fehlerhaft oder missverständlich wäre. Dieser mit den Mitteln der Interpretation, hier vor allem genetisch und systematisch zu führende Nachweis unterbleibt. Außerdem nennt der Senat den Hauptzweck der Vorschrift nicht: die Verwaltungsgerichte vor mehrfacher Beanspruchung dann zu schonen, wenn der Kläger mit Gestaltungs- oder Leistungsklage etwas anderes (und zwar mehr) erreichen kann oder hätte erreichen können. Dieser Zweck geht über die genannten Teilgesichtspunkte hinaus und wird vom Normtext des § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO ohne Fehlerhaftigkeit gedeckt. Die vom Gericht angestellten, auch sonst durch Normtexte übrigens nicht abgesicherten Überlegungen sind damit von der Grenzfunktion des im gegebenen Fall hinreichend deutlichen Wortlauts her unerheblich. 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 Vertextete halten, eben an Gesetzes Wortlaut.

Die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung wird denn auch nicht müde, diesen Grundsatz in ihren methodischen Leitlinien immer wieder zu erwähnen; allerdings nur, um ihn dann in der eigenen Spruch- und Entscheidungspraxis ebenso regelmäßig zu überspielen. Und die um das Problem der „Wortlautgrenze“ kreisende rechtstheoretische Debatte legt den Schluss nahe, dass es sich bei der Verpflichtung auf den Gesetzeswortlaut genau um das Problem handelt, für dessen Lösung sie eintreten soll: das Problem der Gewaltsamkeit juristischer Semantik und das der Willkür richterlichen Entscheidens. Diesem Problem widmet sich die herkömmliche Literatur im Zusammenhang mit der Frage der Auslegung nach dem Gesetzeswortlaut anhand des strafrechtlichen Analogieverbots besonders gern. In ihren realistischeren Teilen vermag sie nur resigniert festzustellen, dass sich aufgrund des unvermeidlich sinnerschöpfenden und damit analogen Charakters allen Interpretierens die Forderung nach einer Grenzziehung zwischen „wortlautgerechter Auslegung“ und einer den Rahmen des Gesetzeswortlauts sprengenden Analogie nicht zuverlässig ziehen lässt. „Diese Grenze ‚gibt‘ es nicht.“ Und schon gar nicht lässt sich eine solche Grenze sprachtheoretisch dem juristischen „Akt des Textverstehens“ abstrakt vorgeben und von außerhalb der Auslegung auferlegen. Für den Nachweis der Gesetzeskonformität ihrer Ergebnisse ist die juristische Auslegungstätigkeit, nüchtern beurteilt, auf sich selbst zurückverwiesen. Sie kann diesen Nachweis nur erbringen, indem sie argumentativ den ihr in der „juristischen Kommunikationsgemeinschaft“ auferlegten Begründungspflichten nachkommt und damit ein in den entsprechenden Standards institutionalisiertes Misstrauen ausräumt. Eine Kontrolle richterlicher Interpretations- und Entscheidungstätigkeit kann darüber hinaus allenfalls „durch eine wache, interessierte und informierte Öffentlichkeit“ wahrgenommen werden. „Richtiges Recht“ kann nicht durch „richtiges Sprechen“ gewährleistet werden, sondern kann sich nur als „legitime Sprache“ beweisen. Und was für das strafrechtliche Analogieverbot im besonderen gilt, gilt allgemein für das Problem der Überschreitung des Bereichs einer Rechtsfindung aus dem Wortlaut in Richtung auf die Rechtsschöpfung gegen das Gesetz.

*JM 1, Rnn. 260 f., 526*

### **Argumentum e contrario**

Herkömmliche „systematische“ Regeln wie die, Ausnahmenvorschriften seien „eng auszulegen“, wie Analogie oder *argumentum e contrario* gehören sachlich in den Umkreis der auf die dargelegte Art miteinander verflochtenen grammatischen, historischen, genetischen und systematischen Interpretationsweisen. Dabei darf nicht übersehen werden, dass die Voraussetzungen solcher Regeln, z. B. das Zwischenergebnis, es liege eine „Ausnahmenvorschrift“ vor, ihrerseits stets das Ergebnis von Interpretation und Konkretisierung sein werden und ohne die differenzierende Beachtung der Normstruktur nicht auskommen. Die Argumentation mit Regel und Ausnahme kann nicht als „Auslegungsgrundsatz“ isoliert werden. Sonst bliebe die entscheidende materielle Frage offen, welche Normbestandteile im Einzelfall „eng“ auszulegen und welche andern auf welche andre Art und Weise zu konkretisieren seien. Die Frage, ob es sich überhaupt um eine Ausnahmenvorschrift handle, setzt bereits eine mit allen verfügbaren Konkretisierungselementen erarbeitete Vorklärung darüber voraus, welche normative Wirkung die Rechtsnorm als „Ausnahmenvorschrift“ kennzeichnen solle. Zu eigenen begrenzten „Methoden“ stilisiert, verführen Gesichtspunkte dieses Typs zu formalistischen Zirkelschlüssen, von denen die Sachaspekte der Rechtsentscheidung verdeckt werden. In den ihnen zukommenden Rahmen der systematischen Interpretation gestellt (so wie die „teleologischen“ Aspekte in den Rahmen aller andern Konkretisierungselemente zu stellen sind), können solche Gesichtspunkte für den Einzelfall zusätzliche, methodisch dann nicht mehr verschleierte Lösungsbeiträge erbringen.

*JM I, Rn. 370*

### Argumentation, juristische

Der von der Strukturierenden Rechtslehre entwickelte Gedanke einer Nichtidentität von Norm und Normtext wird in der neueren Diskussion von Alexy aufgenommen. Er unterscheidet zwischen den vom Gesetzgeber geschaffenen Normsätzen, den diesen semantisch zugeordneten Normen und den für dieses Zuschreiben vorgebrachten Argumenten. Allerdings will Alexy die als Gründe für die Zuordnung vorgebrachten Argumente nicht als zu strukturierende Teile des Vorgangs Normativität auffassen. Es sei stattdessen angezeigt, die Norm als „semantischen Gegenstand“ von den sie stützenden Gründen klar zu unterscheiden: „Dem Ideal der Rechtsstaatlichkeit dürfte eine klare Trennung zwischen dem, was ein Gesetzgeber als Norm gesetzt hat, und dem, was ein Interpret an Gründen für eine bestimmte Interpretation vorträgt, mehr dienen (...)“ (R. Alexy, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft N.F. 1980, , S. 68)

Auch diese Position setzt das gesetzespositivistische Missverständnis voraus, dass zwischen Text und Bedeutung, zwischen Normtext und Rechtsnorm eine notwendige Verknüpfung besteht. Die von Koch vorgeschlagene logische Semantik soll dabei den Weg vom Normsatz zur Norm als semantischem Gegenstand ebnen. Alle Argumente, die über den engen Rahmen dieser juristischen Semantik hinausgehen, können zwar die zu treffende Entscheidung mitbegründen, liegen aber jenseits des Gesetzes und der entsprechenden Bindungen des Richters. Die Stufen juristischer Textarbeit sollen demnach sein: 1. der Normsatz oder Normtext, 2. die über die Entfaltung der semantischen Regeln zu gewinnende Norm und 3. alle weiteren zur Entscheidung erforderlichen Argumente. Alexy geht es somit um eine äußere, eine nur additive Verknüpfung von Semantik und juristischer Argumentation. Die Semantik erschöpft sich in der Erkenntnis angeblich objektiv vorgegebener Regeln; und weil sich solche Regeln im Ernstfall der Entscheidung natürlich nicht nachweisen lassen, bedarf sie der Ergänzung durch eine normgelöste juristische Argumentation.

Tatsächlich ist juristische Textarbeit aber viel komplexer, als es dieses additive Modell zulassen will. Der Weg vom Normtext zur Rechtsnorm ist gerade nicht als Anwendung objektiver semantischer Regeln zu verstehen. Es handelt sich vielmehr um einen aktiven Semantisierungsvorgang. Erst in der juristischen Argumentation gewinnt der bloße Text seine Bedeutung, erst hier wird der tragende Leitsatz der Entscheidung hergestellt. Bei anderen Vertretern der Diskurstheorie, vor allem bei Jürgen Habermas, hat es sich bereits herumgesprochen, dass sich semantische Regeln nicht auf die von Alexy unterstellte Art verdinglichen lassen. Es wäre deshalb auch für diesen Teil der Diskussion an der Zeit, das additive Modell aus Semantik plus juristischer Argumentation durch eine integrale Analyse der juristischen Argumentation als semantischer Praxis zu ersetzen. Dann würde deutlich, dass der vom Gesetzgeber geschaffene Normtext nicht die Norm schon enthält und nur noch durch Argumentation vervollständigt werden muss, sondern dass der Normtext überhaupt erst auf dem Weg über eine juristische Argumentation zur Grundlage für die Erzeugung einer Rechtsnorm werden kann.

Die vorliegend entwickelten Konkretisierungselemente haben die Aufgabe von Argumenten; sie mögen auch als solche bezeichnet werden, so lange dabei nicht fragwürdige Ausgangspunkte der Argumentationslehre hinein gemischt sind. Diese wurde nicht spezifisch juristisch entwickelt, sondern aus der Philosophie importiert; sie sieht in veralteter Statik das Recht als Erkenntnisgegenstand und nicht - wie hier - als Ergebnis der Arbeit im Entscheidungsvorgang. In ihrer altbackenen Form bleibt sie noch immer rechts- und sprachpositivistisch; in ihrer aufgeklärten Version bekämpft sie positivistische Konzepte, die von dem hier vorliegenden seit Jahrzehnten systematisch überholt sind. (wie z. B. Subsumtion und Syllogismus, Identifizierung von Normtext und Norm, Zielvorstellung der „einzig richtigen“ Entscheidung). Mit ihrer Addition von Argumentation und Semantik bleibt sie jedenfalls sprachpositivistisch (vorgebliche Anwendung objektiver semantischer Regeln).

Das integrale Modell der Strukturierenden Rechtslehre kann im Unterschied zu nur additiven Modellen die juristische Argumentation innerhalb des Gesetzes und der von Art. 97 Abs. 1 GG statuierten Gesetzesbindung begreifen. Durch die Unterscheidung von verschiedenen Textstufen wie: Normtext, Normprogramm, Normbereich, Rechtsnorm und Entscheidungsnorm kann sie die juristische Argumentation auch von rechtsstaatlichen Anforderungen her strukturieren, kontrollierbar machen. An die Stelle einer abstrakten philosophischen Rationalitätsanforderung tritt damit die relative, aber juristisch konkrete Rationalität eines gewaltenteilenden und demokratischen Rechtsstaats.

*JM I, Rnn. 253 ff.*

### Argumente, Konflikte

Die unmittelbar normtextbezogenen Konkretisierungselemente (methodologische i. e. S., Normbereichs- und einzelne dogmatische Elemente) gehen den nicht direkt normtextbezogenen (ein Teil der dogmatischen, ferner lösungstechnische, verfassungspolitische und Theorie-Elemente) im Fall des Widerspruchs vor. Diese Vorzugsregel ist normativ. Sie folgt aus der durch die geltende (Verfassungs-) Rechtsordnung statuierten Verfassungs- und Rechtsgebundenheit staatlicher Funktionsausübung. In einem weiteren, weil nach geltendem Recht nicht praktisch sanktionierbaren Sinn gilt das auch für die Rechtswissenschaft, soweit sie norm-textorientiert arbeitet

*JM I, Rn. 437*

### Argumente, direkt normtextbezogene

Die methodologischen Elemente im engeren Sinn (grammatische, historische, genetische, systematische und - mit Einschränkungen - Ideologische Auslegung) sind unmittelbar normtextbezogen. In Orientierung am Rechtssatz bereiten sie angesichts des zu lösenden Falls durch bestimmte Arten der Normtextbehandlung die Rechts- und Entscheidungsnorm mit vor. Die erörterten „Prinzipien der Verfassungsinterpretation“ sind, wie gezeigt wurde, zum größten Teil unselbständig. Sie stellen Unterfälle oder Sonderfälle dieser Hauptrichtungen der Textauslegung dar. Die Prinzipien verfassungskonformer Auslegung (für die Interpretation unterverfassungsrechtlicher Normtexte) und funktioneller Richtigkeit des Ergebnisses sind dagegen positivrechtlichen Ursprungs. Sie gehen auf die Normativität der Verfassung insgesamt bzw. auf die Funktions- und Organisationsvorschriften des Grundgesetzes zurück. Verstöße gegen diese sind Normverstöße und insofern nicht in der Problematik einer Verhältnisbestimmung von Methodenelementen enthalten.

Auch die Normbereichs-Elemente wirken in verbindlicher Normtextorientierung wenn auch ermittelt auf dem Weg der nicht primär sprachlichen Normbereichsanalyse - bei der fallbezogenen Konkretisierung der Rechts- und Entscheidungsnorm mit Hilfe des Normtextes mit. Sie können nicht wahllos aus den sachlichen Gegebenheiten des Ausschnitts sozialer Wirklichkeit genommen werden, der irgendwie von der fraglichen Norm betroffen sein kann. Vielmehr werden sie aus den Sach- und Fallbereichen durch die verbindlich auswählende Perspektive des mit Hilfe von Normtext und direkt normtextorientierten Elementen formulierten Normprogramms herausgehoben.

Die dogmatischen Argumente der Konkretisierung sind teilweise noch unmittelbar normtextbezogen. Das ist der Fall, soweit sie nur die Formulierung von bereits konkretisierten und aus Rechtsprechung, Praxis und Wissenschaft übernommenen Rechtsnormen enthalten, die in den Spielraum des hie et nunc erneut zu bearbeitenden Normtextes gehören.

*JM I Rnn 431 f.*

### Argumente, nicht direkt normtextbezogene

Soweit Dogmatik über diesen unmittelbaren Normtextbezug hinausgeht und „dogmatische“ Figuren eigener Art, Konstruktionen, Systematisierungen oder normativ nicht mehr abgestützte, frei entwickelte Begriffe und Begriffszusammenhänge enthält, kann sie nur in methodisch begrenzter Hilfsfunktion Anregungen für Möglichkeiten der Präzisierung, Abgrenzung und unterscheidenden Erläuterung der zu bildenden Rechts- und Entscheidungsnorm bieten.

Das zur Rolle der nicht unmittelbar normtextbezogenen Aussagen der Dogmatik Gesagte gilt auch für die lösungstechnischen, verfassungspolitischen und für die Theorie-Elemente der Konkretisierung.

*JM I, Rn. 432*

### Argumentationstheorie, philosophische

Eine *deduktive Übertragung* ist schon mit der philosophischen Argumentationstheorie selbst unvereinbar. Diese wird in der Philosophie allmählich von einem Spezialgebiet zu einer zentralen Bedingung für künftiges philosophisches Weiterdenken. Die philosophische und wissenschaftstheoretische Ent-

wicklung 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 müsse. Vielmehr sollte sie ihr Vorgehen ändern. Statt Rationalität von oben überzustülpen, hat sie von innen her im prinzipiell unabgeschlossenen Prozess der Argumentation mitzuarbeiten. Die Philosophie wird damit als Argumentationstheorie zur reflexiven Aufstufung der Praxis.

Die Bandbreite philosophischer Argumentationstheorie reicht von rein empirischen Analysen über rhetorische Untersuchungen der argumentativen Wirkmechanismen bis zu normativ ausgerichteten Versuchen, einen Regelkanon des Argumentierens zu erarbeiten. Das Problem dieser Tendenz liegt darin, dass die von der Argumentationstheorie vorgeschlagenen Unterscheidungen ihrerseits nicht anders als argumentativ entwickelt werden können. Objekt- und Metaebene sind von Anfang an kontaminiert. Deswegen kann auch der jeweilige Einsatzpunkt der Argumentationstheorie nicht auf einer „höheren“ Ebene oberhalb des praktischen Streits liegen, sondern nur inmitten der Argumentation. Diese Entwicklung vollzieht sich nicht nur 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 Argumentationslehre diese mitarbeitende Reflexion am Beispiel der Begründung von Rechtsentscheidungen vollzieht, ergibt sich folgendes: Der streitige Prozess wird aufgelöst durch die Rechtsmeinungen der Parteien, die sich gegenseitig ausschließen. Durch das gerichtliche Verfahren werden die Parteien zu einer Distanzierung von diesen Meinungen gezwungen, indem sie ihre Anträge begründen müssen. Mit dem Formulieren der Schriftsätze, mit dem Einschalten professioneller 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 getan, und es beginnt der Prozess der Argumentation. Diese hat im Prozess, 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. Im semantischen Streit, im 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. 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 so lange weitergehen, bis eine gültige Version der streitigen Rechtsmeinung erreicht ist. Dafür müssen die Prozessbeteiligten eine entsprechende gedankliche Basis verfügbar machen und alle Einwände ihres Prozessgegners ausräumen, bzw. sie 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. ist der Streit der Rechtsmeinungen vertretbar entschieden.

*JM I, Rn. 256*

### **Auslegung, Begriff**

Nach noch herrschender Rechts„anwendungs“lehre haben Gesetze einen Inhalt, der vom Willen ihres Autors bestimmt ist. Dieser „objektive Wille des Gesetzgebers“ ist durch den Vorgang schriftlichen Setzens, durch Kodifizierung „objektiviert“ worden. Auf solche Art in die Normtexte hineingelegt, muss und kann der inhaltliche „Wille“ von den Richtern und von anderen Funktionären, die zur Rechtsentscheidung befugt sind, mit Hilfe des überkommenen Kanons herausgeholt, ausgelegt werden: für „die



Auslegung einer Gesetzesvorschrift" ist demnach „der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend (...), so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt". Es spricht also der Gesetzgeber (durch den Mund des Richters), nicht etwa der Richter. Ungereimtheiten dieses Modells werden herkömmlich als Randphänomen (z. B. bei Generalklauseln, Ermessenstatbeständen, unbestimmten Rechtsbegriffen) eingeräumt, in solchem Rahmen auch sogenannte volitive Faktoren richterlichen Handelns wahrgenommen. Im Grundzug aber steht das Modell fest wie Erz: Der Rechtsfall kennt eine richtige Entscheidung (nämlich die Anwendung des inhaltlich objektiven, textlich objektivierten Willens „des" Gesetzgebers auf eben diesen Fall); diese wird durch den Text kognitiv vermittelt, vom Richter kognitiv ermittelt und durch Urteilsspruch ausgeführt.

Dieses vertraute Modell macht Voraussetzungen (jeweils einzige richtige Deutung, Sinnzentrum, objektive Sinneinheit des Textes), die vor dem Forum einer inzwischen seit Jahrzehnten entfaltenen neueren Sprachphilosophie und heutiger linguistischer Texttheorie illusionär erscheinen. Juristische Erfahrung hatte dort, wo sie hinreichend luzide reflektiert war, schon früher erkannt, dass „jeder Sinn nur Teilsinn in einem unendlichen Sinnzusammenhang ist und in diesem Sinnzusammenhang unübersehbare Wirkungen hervorruft" (Radbruch, G.: Rechtsphilosophie, hrsg. von E. Wolf, Stuttgart 1973 (8. Auflage), S. 213).

Die Rechtsentscheidung ist schon - und vor allem - deshalb nicht die einzig richtige, weil sie Text ist. Jedenfalls innerhalb der Textstruktur eines demokratischen Rechtsstaats kann sie außerhalb von Sprache nicht existieren. Rechtsnorm, Entscheidungsnorm und Begründung müssen sprachlich formuliert werden; und als Text sind sie nie in Quarantäne, sind sie vor anderem Text (der ihnen vorhergeht, der sich auf sie pfpft, der sie kritisiert und - alternativ - kommentiert) nie sicher. Und dabei pflegt sich herauszustellen, dass in aller Regel noch zumindest ein anderer Text von Rechtsnorm, Entscheidungsnorm und „Gründen" als vertretbar erscheint; dass also die erste Version der Entscheidung ebenfalls nur „vertretbar" genannt werden kann.

Aussagen wie „Juristisches Entscheiden ist nicht Finden, sondern Produzieren"; „Rechtsarbeit ist Textarbeit"; „die Arena praktischer Rechtswissenschaft ist konstituiert durch Text, Text und Text" sind offenbar so banal, dass das alte Paradigma all das nicht bemerkt hat; und sind so wenig banal, dass es (bereits) an ihnen scheitert.

Die Unbeherrschbarkeit „meines" Sinns, die des Sinnzentrums, das ich in den Text legen „will", ist nicht eine Randerscheinung. Sie ist das - in aller Regel verdrängte - Grundphänomen der Vertextung; ist zudem noch kategorial verschärft im Augenblick des Verschriftens. Dem schriftlichen Text ist eine Sinneinheit, ist ein Sinnzentrum (und noch weniger sein einer Sinn) nicht unterzuschieben. Er wird durch andere (schriftliche) Texte in einen ebenso unvermeidlichen wie unabbbrebbaren Semantisierungsvorgang und - nicht zuletzt auch als juristischer Text -in als solche ebenso wenig beendbare semantische Kämpfe, in praktische Sprachkämpfe hineingezogen. Diese Vorgänge und diese Kämpfe sind es, welche die Realität der Rechtsarbeit ausmachen; und nicht das kognitive Auffinden des einen richtigen „Normsinns", nicht das getreue Anwenden des „objektiv/objektivierten" gesetzgeberischen „Willens".

Das heißt nicht etwa, der Streit über „den Sinn des Gesetzes" sei sinnlos; er ist vielmehr für die Rechtsordnung funktional. Genauer gesagt: die Auseinandersetzungen um die Bedeutsamkeit (des Normtexts), die materielle Bedeutung für einen Fall wie diesen (die Rechtsnorm) und die verfahrensrechtliche Bedeutung für den vorliegenden Fall (die Entscheidungsnorm) finden ständig statt, machen die für juristische Entscheidungsarbeit kennzeichnenden semantischen Kontroversen aus. Aber es heißt, dass keiner der an ihnen Beteiligten den Gang, den Ausgang und den Fortgang der Bedeutungszuschreibungen durch die anderen „im Griff haben" sowie in Zukunft „im Griff behalten" kann.

Auch die Institutionen des demokratischen Rechtsstaats beruhen auf (zu interpretierenden, änderbaren) Texten. Gewalt wird erst durch Sprache (durch versprachlichtes Recht) zu legitimer Macht: Blätter bedruckten Papiers zwischen dem bellum omnium contra omnes und der res publica. Zwischen dem Natur- und dem Gesellschaftszustand steht (so und nicht anders - aber das ist nie ein für allemal klar) organisierte Sprache.

*JM I, Rn. 506 f.*

### Auslegung, dynamisch-evolutive

Neben dem Effektivitätsprinzip, also dem Ansatz, dem Gemeinschaftsrecht zur größtmöglichen Wirksamkeit zu verhelfen, spielt die dynamische oder evolutive Auslegung in der Judikatur des Gerichtshofs eine besondere Rolle. Zum Teil fasst man sie unter die Ausrichtung der teleologischen Argumente an der Sachgemäßheit der Regelung, zum Teil als Unterart der teleologischen Interpretation und schließlich wird sie auch noch als neben der Teleologie stehende eigenständige Methode behandelt. Der Sache nach handelt es sich um eine Normbereichsanalyse, die unter der primärrechtlichen Vorgabe einer immer enger werdenden Gemeinschaft durchgeführt wird. Demnach ist eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift im Licht der Entwicklung, welche sie seit ihrem Inkrafttreten genommen hat, zu interpretieren. Die Methode ist der Literatur zufolge dann anzuwenden, wenn sich seit der Entstehung eines geschriebenen Rechtssatzes die in ihm enthaltenen „unbestimmten Rechtsbegriffe“ weiter entwickelt haben. Ein unbestimmter Rechtsbegriff ist aber sprachwissenschaftlich keine sinnvolle Kategorie. Sprache und Text gewinnen Bestimmtheit nur in Situationen ihrer Verwendung. Es gibt keine sprachwissenschaftliche Klasse von Begriffen, denen im Unterschied zu anderen "Unbestimmtheit" zukäme. Als rationaler Kern spontaner juristischer Laienlinguistik ist lediglich anzuerkennen, dass sich die Frage nach der Bestimmtheit bei manchen Begriffen besonders deutlich und häufig stellt. Diese machen damit aber nur auf ein Problem aufmerksam, das prinzipiell für alle Begriffe gilt. Jeder Rechtsbegriff hat einen Wirklichkeitsbezug und wird so potenziell durch tatsächliche Entwicklungen beeinflusst. "Entwicklung" bedeutet dabei die Veränderung der Lebensbedingungen in der Gesellschaft, der Bedürfnisse oder Möglichkeiten, Mittel und Techniken sowie der wirtschaftlichen, sozialen und moralischen Auffassungen. In den Präambeln zur Einheitlichen Europäischen Akte und zum EG-Vertrag bekennen sich die Mitgliedstaaten als Verfassungsgeber der Gemeinschaft zur Verantwortung Europas, sich darum zu bemühen, in verstärktem Maß geeint, geschlossen und solidarisch zu handeln, um ihre gemeinsamen Interessen wirkungsvoller zu verteidigen. Zielvorgabe ist der engere Zusammenschluss der europäischen Völker und das Bestreben, deren Volkswirtschaften zu einigen und eine harmonische Entwicklung zu fördern. Dieser übereinstimmende Wille zeigt sich besonders im Grundsatz der fortschreitenden Integration, der die verantwortlich Handelnden nicht nur politisch bindet, sondern der auch eine grundlegende Struktur in der Systematik des Gemeinschaftsrechts darstellt. All dies fordert eine fortschrittliche Auslegung im Sinn europäischer Lösungen. Der Wille, nationale Rechte auf Souveränität im Lauf der Zeit in einer europäischen aufgehen zu lassen, liegt den Verträgen zugrunde und muss daher auch Richtschnur für die genetische Interpretation sein. Das Vorantreiben der wirtschaftlichen und politischen Integration ist zwar in erster Linie den politischen Organen und deren Rechtssetzungsbefugnissen übertragen; doch müssen die EuGH-Richter allein schon deshalb an der Integrationsfunktion gleichfalls teilhaben, weil nach westlichem Demokratie- und Staatsverständnis auch die Gerichtsbarkeit am Ausgestalten des politischen und rechtlichen Prozesses beteiligt ist.

*JM II, S. 298 ff*

### Auslegung, extensive

Das gilt für vom Bundesverfassungsgericht neu entwickelte methodische Gesichtspunkte wie das Prinzip der Einheit der Verfassung, für den Grundsatz verfassungskonformer Gesetzesauslegung oder für das Kriterium funktionell-rechtlicher Richtigkeit der Verfassungskonkretisierung, orientiert etwa an der Aufgabenverteilung zwischen gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt. Bei dem Interpretationsgrundsatz der „Einheit der Verfassung“ fehlt bislang die erforderliche Verhältnisbestimmung zu den „herkömmlichen“ Auslegungsregeln, vor allem zur systematischen Interpretationsmethode. Dasselbe gilt für den Gedanken funktionell-rechtlicher Richtigkeit des zu findenden Ergebnisses. Für den Grundsatz verfassungskonformer Auslegung hat sich das Bundesverfassungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen bemüht, solche Verhältnisbestimmungen klarzustellen. Nach diesem Kriterium darf ein Gesetz, dessen Verfassungswidrigkeit nicht geradezu evident ist, nicht für nichtig erklärt werden; es darf solange nicht für nichtig erklärt werden, als es im Einklang mit dem Grundgesetz ausgelegt werden kann. Das soll jedoch nicht nur für die unproblematischen Fälle gelten, in denen Verfassungsnormen als Kontrollnormen mit Gesetzesvorschriften verglichen werden, die ihrerseits ohne inhaltliche Einschaltung verfassungsrechtlicher Aspekte interpretiert bzw. konkretisiert worden sind. Das Bundesverfassungsgericht geht vielmehr so weit, zu verlangen, dieser „Einklang“ mit der Verfas-

sung müsse notfalls dadurch hergestellt werden, dass ein mehrdeutiger oder unbestimmter Gesetzesinhalt durch Inhalte von Verfassungsnormen bestimmt wird. Insoweit soll die Verfassung als „Sachnorm“ zur „Ermittlung“ des Inhalts einfacher Gesetzesvorschriften verwendbar sein. Das Bundesverfassungsgericht sieht somit Grenzen für dieses Verfahren nicht in funktionell-rechtlichen Kriterien der Rolle der Verfassung als Kontrollnorm bzw. als Sachnorm gegenüber der unterverfassungsrechtlichen Rechtsordnung. Es sieht solche Grenzen allein im Verhältnis zu herkömmlichen Auslegungsregeln in bezug auf das verfassungskonform zu interpretierende einfache Gesetz: Verfassungskonforme Auslegung soll gegen „Wortlaut und Sinn“ oder gegen „das gesetzgeberische Ziel“ nicht möglich sein. Wenn schon Normen der Verfassung nicht nur als Kontroll-, sondern zugleich auch als inhaltsbestimmende Sachnormen in das Geschäft der Konkretisierung einbezogen werden sollen, hätte begründet werden müssen, warum nicht nur der Normtext der unterverfassungsrechtlichen Vorschriften, sondern zugleich auch ihr „Sinn“ bzw. ihr „gesetzgeberisches Ziel“ der Zulässigkeit eines solchen Verfahrens Grenzen setzen.

Savigny hat seine Auslegungsregeln für das Zivilrecht und das Kriminalrecht formuliert. Die Brauchbarkeit seiner canones für das Staats- und Verfassungsrecht ist bis heute nicht grundlegend überprüft worden. Faute de mieux wurden die canones von verfassungs- (und verwaltungs-)rechtlicher Praxis und Lehre übernommen. Daher ist für verfassungsrechtliche Methodik die Rückwendung zu Savigny prekär. Die Berufung auf seine Regeln für das Verfassungsrecht kann sich jedenfalls nicht auf Savigny berufen. Dazu kommt, dass die von herrschender Meinung und Praxis als klassisch ausgegebenen Interpretationsaspekte, auf die sich auch das Bundesverfassungsgericht in programmatischen Bekenntnissen zurückziehen will, bei Savigny zum Teil anders umschrieben und teilweise abweichend beurteilt werden. Der frühe Savigny bezeichnet als Aufgabe der Interpretation die „Rekonstruktion des Gedankens, der im Gesetz ausgesprochen wird, insofern er aus dem Gesetz erkennbar ist“. Der Interpret müsse sich „auf den Standpunkt des Gesetzgebers setzen und so künstlich dessen Ausspruch entstehen lassen“. Die Interpretation müsse, um dahin zu gelangen, mit vier Mitteln arbeiten: dem logischen, dem grammatischen, dem historischen und dem systematischen. Extensive und restriktive Interpretation, also eine Auslegung, die den Wortlaut des Gesetzes gemäß seinem Zweck erweitert oder einschränkt, wird abgelehnt. Nach Savigny darf der Gesetzeszweck nicht selbst wie eine Regel angewandt werden. Der Interpret darf das Gesetz nicht fortbilden. Er darf es nur nachvollziehen: „Eine Vervollkommnung des Gesetzes ist zwar möglich, allein bloß durch den Gesetzgeber, nie durch den Richter darf sie vorgenommen werden“ (7). Savigny verwirft damit ausdrücklich die sogenannte teleologische Interpretation, die von der herrschenden Meinung zu den „klassischen Methoden“ gerechnet und in der Praxis wegen ihrer „zweck“elastischen Geschmeidigkeit bevorzugt wird.

Ausdehnende wie einschränkende Auslegung werden nunmehr zur Berichtigung eines mangelhaften Ausdrucks im Normtext zugelassen. Der Gesetzeszweck wird auch jetzt noch als „vom Inhalt des Gesetzes getrennt“ vorgestellt. Seine Verwendung im Geschäft der Auslegung soll, wenn auch „nur mit großer Vorsicht“, zulässig sein. Bei Unbestimmtheit des im Normtext enthaltenen Ausdrucks sollen der „innere Zusammenhang der Gesetzgebung“ und - soweit nachweisbar - der spezielle Zweck des Gesetzes herangezogen werden. Ist ein solcher nicht belegbar, so darf auf einen „allgemeinen Grund“ im Sinn des später so genannten „allgemeinen Rechtsgedankens“ zurückgegriffen werden.

Für die Grundrechte hat das Bundesverfassungsgericht einen auf den ersten Blick analogen Grundsatz, die sogenannte Grundrechtseffektivität, als Interpretationsprinzip zu entwickeln versucht. Das Gericht hält fest, Grundrechte seien weit auszulegen. Im Zweifel sei ihnen ein extensiver Geltungsbereich zuzuerkennen. Damit kommt die Judikatur in unmittelbare Nähe des Satzes „in dubio pro libertate“. Dieser geht von einer „Freiheitsvermutung“ für den Bürger aus. Bei der Konkretisierung von Verfassungsrecht soll das Ergebnis vorgezogen werden, das die beteiligten Rechte des Bürgers am wenigsten beschneidet. Der Grundsatz wird nur dann an den Schluss der Interpretation gestellt, wenn mehrere gleich vertretbare und begründbare Ergebnisse zur Auswahl stehen. Doch lässt sich eine derartige Regel als auswählende, als letztlich entscheidende Freiheitsvermutung methodisch nicht selbständig entwickeln. Sie könnte wie die rechtsstaatlichen Gebote der Normklarheit, Methodenbestimmtheit und Rechtssicherheit, von denen die nicht-normativen methodischen Regeln überlagert sind, nur aus dem geltenden Verfassungsrecht begründet werden. Es ist aber fraglich, ob Grundrechte und andre subjektive Berechtigungen auf dem Boden des Grundgesetzes im Konfliktfall prinzipiell individualistisch verstanden werden können. Fragwürdig ist die Aus Aspekten sozialer Konflikthaftigkeit - nicht zuletzt unter Grundrechtsträgern - und der Gegenläufigkeit von Interessen und Rechten.

Ob wirklich „der“ Freiheit in Gestalt einer bestimmten am Rechtsfall beteiligten Norm oder ob einer ändern beteiligten Vorschrift der „Vorzug“ zu geben ist oder ob das Ergebnis in eine Richtung geht, die sich mit diesem Entweder-Oder nicht kennzeichnen lässt, ist generell weder methodisch noch verfassungsrechtlich zu sagen. Im übrigen ist es nicht genau, das Prinzip als „Vermutung“ auszugeben. Der juristische Begriff der Vermutung wird herkömmlich auf (im Einzelfall nicht voll geklärte) Tatsachen angewendet. Das schließt es nicht aus, am Ende der Interpretation Auswahlprinzipien für mehrere normativ gleich vertretbare Lösungen einzusetzen, lässt aber den gewählten Begriff als nicht empfehlenswert erscheinen. Wichtiger sind in jedem Fall die angedeuteten sachlichen Einwände, vor denen dieses Argument keinen Bestand hat.

Zweifellos abwegig ist der Grundsatz der sogenannten Grundrechtseffektivität. Das Bundesverfassungsgericht hat dort eine literarische Aussage, die sich auf die Alternative „Programmsatz“ oder „aktueller Rechtssatz“ und ausdrücklich nicht auf die Frage der Inhaltsbestimmung von Grundrechten bezog, offenkundig missverstanden.

*JM I, Rnn. 31, 92, 94, 394*

### **Auslegung, funktionsdifferente**

Bei dem juristischer Methodik schon immer geläufigen, nicht zuletzt auch vom Bundesverfassungsgericht betonten Verfahren funktionsdifferenter Auslegung handelt es sich hauptsächlich um folgende Operationen:

a) Es ist nachzuweisen, dass derselbe sprachliche (fachsprachliche) Ausdruck an verschiedenen Stellen des Einzelgesetzes, der Kodifikation oder der Rechtsordnung Verschiedenes besagt. Dieser Nachweis geht noch nicht über den Normtext hinaus; nur verlässt er sich nicht auf das grammatische Element allein, sondern tut dar, dass unter dem historischen, genetischen, teleologischen und vor allem unter dem systematischen Aspekt derselbe Begriff in verschiedenen Vorschriften inhaltlich je etwas anderes normiert. Insoweit hängt die Auslegung „von der Funktion ab, die der Begriff innerhalb der jeweiligen Norm zu erfüllen hat“. So folgert das Bundesverfassungsgericht, der Begriff „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 20 Abs. 3 GG umfasse, da dort an die Gesetzgebung als Adressaten gerichtet, „die Verfassung schlechthin“; in Art. 9 Abs. 2 GG könne er, als maßstäbliche Grenze der Erlaubtheit von Vereinigungen nach Art. 9 Abs. 1 GG formuliert, „auf gewisse elementare Grundsätze der Verfassung“ zu beschränken sein; in Art. 2 Abs. 1 GG schließlich meine er, da dort funktionell als Grenze der allgemeinen Handlungsfreiheit des Bürgers wirkend, „jede formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm“.

Das Fragwürdige dieser Schlüsse liegt nicht schon in der Funktionsdifferenzierung des Ausdrucks „verfassungsmäßige Ordnung“ zwischen Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2 und 20 Abs. 3 GG. Es liegt in dem Problem, ob die Voraussetzung, Art. 2 Abs. 1 GG normiere die allgemeine Handlungsfreiheit als Grundrecht, zutreffend ist. Ungesichert bleibt also, ob normativer Anlass besteht, das vom Gericht methodisch vertretbar gehandhabte Verfahren funktionsdifferenter Auslegung auf Art. 2 Abs. 1 GG zu erstrecken.

b) Ferner ist nachzuweisen, dass der betreffende Ausdruck die mit Hilfe der übrigen methodischen Hilfsmittel begründete Funktionsdifferenz sprachlich (fachsprachlich) deckt. Hier wirkt der Normtext (mit dem Bestandteil, der funktions-differierend behandelt werden soll) als Grenze zulässiger Auslegung.

Das Verfahren wird im Elfes-Urteil schlüssig angewandt. „Verfassungsmäßige Ordnung“ ist ein fachsprachlicher Begriff des Bonner Grundgesetzes. Er ist nicht herkömmlich festgelegt. Er ist noch biegsam genug, alles geltende Verfassungsrecht, die Grundlinien der geltenden Verfassung oder auch die verfassungsmäßige Rechtsordnung zu umschließen. Eine ganz andere Frage ist, ob die dogmatische Voraussetzung des Elfes-Urteils, das Verständnis des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeiner Handlungsfreiheit, haltbar ist oder nicht.

Nicht nur vertretbar, sondern normativ geboten ist das Verfahren für den Verfassungsbegriff „Körperschaft des öffentlichen Rechtes“. Dieser Begriff hat sich traditionell im Verwaltungsrecht und im Staatskirchenrecht gesondert entwickelt. Daher hält sich sein funktionsdifferierendes Verständnis etwa

in Art. 87 Abs. 2, 3 und 130 Abs. 3 GG auf der einen, in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 und 6 WRV auf der ändern Seite im Spielraum des Wortlauts. Der methodisch davor zu schaltende Nachweis einer normativen Funktionsdifferenz, der im Fall von Art. 2 Abs. 1 GG fragwürdig bleibt, kann sich hier auf die systematisch heranzuziehende Bestimmung des Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV stützen. Sie verbietet bereits für sich genommen ein Verständnis der Religionsgesellschaften, die „Körperschaften des öffentlichen Rechtes“ sind, als staatseingegliederte Gebilde im Sinn des gleichnamigen verwaltungsrechtlichen technischen Begriffs.

Vor der Grenzfunktion des Normtextes nicht mehr bestehen kann dagegen der Versuch, den Begriff „Gesetz“ in der Formel „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV funktionsdifferent dahin auszulegen, es seien damit nur die Normen gemeint, „die sich als Ausprägungen und Regelungen grundsätzlicher, für unseren sozialen Rechtsstaat unabdingbarer Postulate darstellen“. „Gesetz“ allein als Normierung und Ausgestaltung unabdingbarer Verfassungsgrundsätze und nicht daneben auch als („für alle geltende“: die Religionsgesellschaften als Arbeitgeber, Bauherr, Verkehrsteilnehmer usw. sind an das Arbeitsrecht, das Baurecht, das Straßenverkehrsrecht usw. gebunden) Gesetzesnorm im allgemeinen Sinn des förmlichen Parlamentsgesetzes behandeln zu wollen, überschreitet den Spielraum des insoweit festliegenden technischen Begriffs.

*JM I, Rnn. 332 - 336*

### **Auslegung, Gegenstand der**

Als *Gegenstand* juristischer Textarbeit kommt also nicht die Bedeutung in Betracht. Sie steht erst am Ende juristischer Arbeit, ist nicht deren Voraussetzung. Gegenstand ist vielmehr das gesetzliche Textformular, die Zeichenkette.

Wenn nun die Zeichenkette als Gegenstand der Rechtsarbeit bestimmt wird, ist damit in keiner Weise gesagt, dass dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext noch keine sprachliche Bedeutung zukäme. Das wäre nicht nur contraintuitiv, man könnte dann die Zeichenketten des positiven Rechts auch gar nicht als solche erkennen. Normtexte sind keine bedeutungsleeren Zeichen. Sie haben in der Situation juristischer Entscheidung im Gegenteil eher zu viel als zu wenig Bedeutung. Mit dem Normtext wird eine große Anzahl von Verwendungsweisen verknüpft, die er in den Konfliktfall mitbringt. Jede der streitenden Parteien hat eine recht dezidierte Vorstellung davon, was der fragliche Normtext für ihr Anliegen, ihre Interessen „sagt“ oder „bedeutet“. Es gibt außerdem meist eine Mehrzahl dogmatischer Bedeutungserklärungen in der Literatur und eine Reihe von gerichtlichen Vorentscheidungen. Dazu kommen die *mitgebrachten Verwendungsweisen* aus der Rechtstradition, der Entstehungsgeschichte, der „Alltagssprache“ und der juristischen Fachsprache. Manche von ihnen, einschließlich die der Gerichte und der Literatur, schließen einander aus. Mitgebracht vom Normtext in die Entscheidungssituation wird also nicht „die Bedeutung“, sondern ein Konflikt um Bedeutungen. Und genau diesen muss der Richter am praktischen Fall entscheiden.

*JM II, S. 167*

### **Auslegung, gemeinschaftsrechtskonforme**

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist einigen Aspekten der verfassungskonformen Auslegung vergleichbar, insgesamt aber vielschichtiger. Vergleichbar ist sie ihr insoweit, als auch sie den Ausgangspunkt in einer Situation hat, worin ein Normtext verschiedene Möglichkeiten der Interpretation eröffnet und im Zweifel dann diejenige auszuwählen ist, die mit dem höherrangigen Recht vereinbar bleibt. Der wichtigste Anwendungsfall, die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, hat jedoch noch einen zweiten Ausgangspunkt, nämlich die Nicht- oder Falschumsetzung der Richtlinie durch die zuständigen innerstaatlichen Stellen.

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist von der richtlinienkonformen zu unterscheiden. Es handelt sich um zwar verwandte, aber voneinander zu trennende Auslegungsweisen, deren wesentlicher Unterschied in dem jeweiligen Maßstab liegt, an dem das nationale Recht gemessen wird.

Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts meint das an Sinn, Zweck und Ziel des gesamten EG-Rechts ausgerichtete Verständnis nationaler Normtexte. Erfasst wird damit die abstrakt-generelle Überprüfung, ob die Konkretisierung einer nationalen Vorschrift mit primärem oder sekundärem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Es geht hier um die Auslegung in Übereinstimmung mit unmittelbar anwendbarem Recht, insbesondere um die Auslegung in Konformität mit Primärrecht und den Verordnungen.

Die richtlinienkonforme Auslegung ist von der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung besonders unter zwei Aspekten zu trennen. Sie ist in ihrem Anwendungsbereich enger und umfasst nur die Auslegung des nationalen Rechts im Hinblick auf jeweils eine spezielle nach Art. 249 Abs. 3 EG ergangene Richtlinie. Ferner handelt es sich hier um die Auslegung in Übereinstimmung mit Recht, welches noch in nationales Recht umgesetzt werden muss. Die richtlinienkonforme Auslegung ist also nur ein besonderer Teilaspekt der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung. Sie hat die größte Relevanz für die Praxis. Denn die Richtlinie ist das zentrale Instrument der Rechtsetzung durch Gemeinschaftsorgane. Ferner sind Richtlinien nach Art. 249 Abs. 3 EG nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch die Wahl der Mittel den mitgliedstaatlichen Stellen.

Die Unterschiede der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zum Gemeinschaftsrecht und die zwischen den nationalen Rechtsordnungen lassen es einleuchtend erscheinen, dass Konflikte bezüglich der Ordnungsgemäßheit der Umsetzung aufkommen. Um diese zu lösen, ist die konforme Auslegung nationalen Rechts im Anwendungsbereich der Richtlinie ein Mittel von kaum zu überschätzender Wichtigkeit.

Vergleich mit der verfassungskonformen Auslegung

Sollen Institute miteinander verglichen werden, müssen sowohl Unterschiede als auch Gemeinsamkeiten vorliegen. Erst wenn man diese festgestellt hat, kann man über das Ausmaß von Nähe und Distanz diskutieren.

Unbestritten ist, dass als Maßstab der Auslegungskontrolle einmal das Gemeinschaftsrecht und zum anderen die Verfassung herangezogen wird. Ein erster Unterschied liegt aber schon im Aspekt der Normenkontrolle. Vom Gemeinschaftsrecht her ergibt sich nur die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung, aber nicht die Möglichkeit, nationales Recht aufzuheben. Selbst bei direkter Anwendung einer Richtlinie führt diese nur zu einem Anwendungsvorrang, der die nationalstaatliche Vorschrift in ihrer Umsetzung verdrängt, ohne sie unwirksam zu machen. Vielmehr bleibt der nationale Gesetzgeber zur Änderung verpflichtet. Bei verfassungskonformer Auslegung ist dagegen der Aspekt der Normenkontrolle stärker ausgeprägt. Die deutschen Gerichte können untergesetzliche Regelungen bei Verstoß gegen die Verfassung und nach Scheitern der verfassungskonformen Auslegung selbst verwerfen. Formelle Gesetze können dagegen in einem solchen Fall dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden. Während also die verfassungskonforme Auslegung einen normenkontrollierenden Aspekt aufweist, beschränkt sich die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung auf eine Anwendungs- oder Auslegungskontrolle.

Auch die Begründung beider Institute ist verschieden. Bei der verfassungskonformen Auslegung ergibt sich die Rechtfertigung aus dem Vorrang unmittelbar geltenden Verfassungsrechts. Parallel dazu wird zum Teil in der gemeinschaftsrechtlichen Literatur angenommen, dass Richtlinien, auch wenn sie keine unmittelbare Wirkung haben, trotzdem eine unmittelbare Geltung hätten. Darin soll dann die Rechtfertigung der richtlinienkonformen Auslegung liegen. Um dieser Konstruktion zu folgen, müsste man allerdings weitgehende Annahmen über die Einheit einer Gesamtrechtsordnung aus Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht akzeptieren. Deswegen werden andere Wege vorgeschlagen. So soll sich der Vorrang höherstufigen Rechts aus dem Grundsatz bundesrechtskonformer Auslegung ergeben. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass die Gemeinschaft nicht ohne weiteres einem Bundesstaat gleichgesetzt werden kann. Dies zeigt schon die Existenz von Transmissionsnormen wie Art. 23 GG, die man in einem Bundesstaat nicht brauchte. Auch die Auffassung, dass die richtlinienkonforme Auslegung auf einer richterlichen Rechtsfortbildung durch den EuGH beruhe, ist nicht haltbar. Dem widerspricht schon das Selbstverständnis des EuGH, der gerade bei dieser Form der Auslegung von den nationalen Gerichten eine strenge Einhaltung der Grenzen des Methodencanons fordert. Außerdem fehlt es an einer entsprechenden Kompetenz, da der EuGH kein Gesetzgebungsorgan ist. Richtiger erscheint es demgegenüber, den Ansatz vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu präzisieren.

ren: Die richtlinienkonforme Auslegung beruht nicht auf der unmittelbaren Geltung der Richtlinie, sondern auf dem an die Mitgliedstaaten gerichteten Gebot, den Maßnahmen der Gemeinschaft zur größtmöglichen Wirksamkeit zu verhelfen.

Schließlich könnte ein weiterer Unterschied in der Struktur von verfassungskonformer und richtlinienkonformer Auslegung liegen. Während die zuerst genannte nur eine Auswahlentscheidung zwischen Ergebnissen trifft, die mit Hilfe der anerkannten Canones der Auslegung begründet wurden, soll die richtlinienkonforme Auslegung auf die einzelnen Instrumente der Konkretisierung einwirken. Allerdings leidet diese Diskussion an verschiedenen Unklarheiten. So wird öfters die Frage aufgeworfen, ob die Canones nicht doch abschließend seien. Geht man realistisch davon aus, dass die Rolle der Canones darin besteht, den auszulegenden Normtext mit anderen Kontexten zu vernetzen, kann ihre Anzahl nicht abschließend sein. Wenn nämlich eine neue Klasse von Argumenten auftritt, wie etwa typisierende Annahmen über die Wirklichkeit, entstehen im Hypertext des Rechts sogleich Links zu einer neuen Klasse von Kontexten. Ein Beispiel dafür sind Normbereichsargumente, die empirische Kontexte der Nachbarwissenschaften für die Jurisprudenz erschließen.

Weiter wird die Frage ;aufgeworfen, ob es unter den Canones überhaupt eine Hierarchie geben könne. Rein methodisch gesehen, gibt es eine Rangfolge von Kontexten tatsächlich nicht. Sehr wohl aber lässt sich eine solche normativ begründen Sie kann sich aus den1 methodenbezogenen Normen einer Verfassung ergeben oder wie hier bei der richtlinienkonformen Auslegung, aus der Hierarchie der Rechtsquellen.

Sehr streitig ist, ob eine Grenze der richtlinienkonformen Auslegung anzuerkennen sei oder nicht. Die Kritiker einer solchen Grenze bringen zwei Gruppen von Argumenten vor Zum Teil handelt es sich um normative, zum Teil um sprachtheoretische Überlegungen. Die normativen setzen an dem Fall an, dass das nationale Recht hinter den Geboten der Richtlinie zurückbleibt und dass auch eine unmittelbare Anwendung, etwa mangels Bestimmtheit, nicht in Betracht kommt: „An dieser Stelle steht der nationale Richter zwischen der Skylla, seiner Treue zum geschriebenen nationalen Recht, und der Charybdis, an einer Vertragsverletzung seines Landes i.S.v. Art. 10, 249 EG mitzuwirken. (...) Hier ist (wäre) Rechtsfortbildung contra legem erforderlich um der Richtliniennorm gegen die nationale Norm zur Durchsetzung zu verhelfen (18) Der nationale Richter wird dabei zu bedenken haben, dass er an der Vermeidung eines Rechtskonflikts zwischen seinem Staat und der Gemeinschaft mitwirken, dass er gar zur Vermeidung von Schadenersatzansprüchen gegen seinen Staat beitragen kann, wenn er der Verpflichtung seines Staates zur korrekten Umsetzung: der Richtlinie und der Beibehaltung dieser Umsetzung im Wege der Rechtsfortbildung nachkommt. Schreckt er gleichwohl immer noch vor dem offenen Konflikt mit seinem nationalen Recht und vor einer Entscheidung zugunsten der Richtliniennorm zurück, so mag er daran denken, dass er zur direkten Anwendung der Richtliniennorm entgegen seinem nationalen Recht verpflichtet wäre, wenn diese ‚klar und bestimmt‘ wäre“.

Diese Auffassung steh' nicht nur in klarem Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, der die Grenz der nationalen Auslegungskultur immer wieder hervorhebt. Sie übersieht vor allem, dass die Verträge der Gemeinschaft keine Ermächtigung zur Modifikation der innerstaatlichen Kompetenzordnung vorsehen .

Der sprachtheoretische Einwand bestreitet die Eignung des Wortlauts als Grenzziehungskriterium. Wörter finden danach ihre Bedeutung nur in einem bestimmten Kontext und können außerhalb dieses Kontextes nicht als Grenze wirken. Der Einwand greift aber nur, wenn man die Wortlautgrenze mit der Konkretisierungsleistung allein der grammatischen Auslegung gleichsetzt. Diese Gleichsetzung wird in der traditionellen Methodenlehre immer noch vorgenommen und hat ihren Weg auch in die Literatur zum Gemeinschaftsrecht gefunden. In der Praxis macht diese positivistische Verkürzung die Annahme einer Wortlautgrenze jedoch unmöglich, denn zur grammatischen Auslegung findet man in Wörterbüchern stets nur Verwendungsbeispiele eines Wortes, nie jedoch eine Angabe von Grenzen. Eine derartige Reduktion der Auslegungsgrenze auf die grammatische Konkretisierungsleistung hat der EuGH denn auch niemals vorgenommen. Das Gericht sieht diese Grenze erst dann als verletzt an, wenn der Spielraum der nationalen Auslegungskultur überschritten ist. Eine solche Grenze der Auslegung ist in der Tat möglich. Denn man kann einem Normtext nicht jede beliebige Lesart zuordnen. Manche Lesarten verletzen die in der Zunft anerkannten Regeln der Kunst. Erst die umfassend konkretisierte Rechtsnorm bildet also eine Grenze der Auslegung.

Ein weiteres Problem liegt in der Frage, ob die richtlinienkonforme Auslegung eine Ergebniskontrolle der nationalen Auslegung darstellt, oder ob sie in die nationalen Canones nur einfließt. So wirke etwa auf die grammatische Auslegung die richtlinienkonforme Auslegung dadurch ein, dass sie einen gemeinschaftsbezogenen Sprachgebrauch ins Spiel bringe. Die unklare Vorstellung eines ‚Einfließens‘ ist allerdings zu vermeiden. Gerade wenn die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung eine Ergebniskontrolle für die nationale Auslegung darstellen soll, kann sie in die nationalen Auslegungsvorgänge nicht schon ‚einfließen‘.

Insgesamt wird man die verfassungskonforme und die richtlinienkonforme Auslegung zwar nicht als Zwillinge begreifen können. Aber sie haben jedenfalls eine strukturelle Verwandtschaft: Es gibt zu einem Normtext mindestens zwei Lesarten, wovon eine mit der höherrangigen Rechtsquelle im Einklang steht und die andere(n) nicht. Der Auslegungsgrundsatz fordert, dann die konforme Lesart auszuwählen, solange die voll konkretisierte Rechtsnorm dies zulässt.

*JM I, Rnn. 428 b*

### **Auslegung, gemeinschaftsrechtskonforme und verfassungskonforme**

Sollen Institute miteinander verglichen werden, müssen sowohl Unterschiede als auch Gemeinsamkeiten vorliegen. Erst wenn man diese festgestellt hat, kann man über das Ausmaß von Nähe und Distanz diskutieren.

Unbestritten ist, dass als Maßstab der Auslegungskontrolle einmal das Gemeinschaftsrecht und zum anderen die Verfassung herangezogen wird. Ein erster Unterschied liegt aber schon im Aspekt der Normenkontrolle. Vom Gemeinschaftsrecht her ergibt sich nur die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung, aber nicht die Möglichkeit, nationales Recht aufzuheben. Selbst bei direkter Anwendung einer Richtlinie führt diese nur zu einem Anwendungsvorrang, der die nationalstaatliche Vorschrift in ihrer Umsetzung verdrängt, ohne sie unwirksam zu machen. Vielmehr bleibt der nationale Gesetzgeber zur Änderung verpflichtet. Bei verfassungskonformer Auslegung ist dagegen der Aspekt der Normenkontrolle stärker ausgeprägt. Die deutschen Gerichte können untergesetzliche Regelungen bei Verstoß gegen die Verfassung und nach Scheitern der verfassungskonformen Auslegung selbst verwerfen. Formelle Gesetze können dagegen in einem solchen Fall dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden. Während also die verfassungskonforme Auslegung einen normenkontrollierenden Aspekt aufweist, beschränkt sich die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung auf eine Anwendungs- oder Auslegungskontrolle.

Auch die Begründung beider Institute ist verschieden. Bei der verfassungskonformen Auslegung ergibt sich die Rechtfertigung aus dem Vorrang unmittelbar geltenden Verfassungsrechts. Parallel dazu wird zum Teil in der gemeinschaftsrechtlichen Literatur angenommen, dass Richtlinien, auch wenn sie keine unmittelbare Wirkung haben, trotzdem eine unmittelbare Geltung hätten. Darin soll dann die Rechtfertigung der richtlinienkonformen Auslegung liegen. Um dieser Konstruktion zu folgen, müsste man allerdings weitgehende Annahmen über die Einheit einer Gesamtrechtsordnung aus Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht akzeptieren. Deswegen werden andere Wege vorgeschlagen. So soll sich der Vorrang höherstufigen Rechts aus dem Grundsatz bundesrechtskonformer Auslegung ergeben. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass die Gemeinschaft nicht ohne weiteres einem Bundesstaat gleichgesetzt werden kann. Dies zeigt schon die Existenz von Transmissionsnormen wie Art. 23 GG, die man in einem Bundesstaat nicht brauchte. Auch die Auffassung, dass die richtlinienkonforme Auslegung auf einer richterlichen Rechtsfortbildung durch den EuGH beruhe, ist nicht haltbar. Dem widerspricht schon das Selbstverständnis des EuGH, der gerade bei dieser Form der Auslegung von den nationalen Gerichten eine strenge Einhaltung der Grenzen des Methodencanons fordert. Außerdem fehlt es an einer entsprechenden Kompetenz, da der EuGH kein Gesetzgebungsorgan ist. Richtiger erscheint es demgegenüber, den Ansatz vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu präzisieren: Die richtlinienkonforme Auslegung beruht nicht auf der unmittelbaren Geltung der Richtlinie, sondern auf dem an die Mitgliedstaaten gerichteten Gebot, den Maßnahmen der Gemeinschaft zur größtmöglichen Wirksamkeit zu verhelfen.

Schließlich könnte ein weiterer Unterschied in der Struktur von verfassungskonformer und richtlinienkonformer Auslegung liegen. Während die zuerst genannte nur eine Auswahlentscheidung zwischen



Ergebnissen trifft, die mit Hilfe der anerkannten Canones der Auslegung begründet wurden, soll die richtlinienkonforme Auslegung auf die einzelnen Instrumente der Konkretisierung einwirken. Allerdings leidet diese Diskussion an verschiedenen Unklarheiten. So wird öfters die Frage aufgeworfen, ob die Canones nicht doch abschließend seien. Geht man realistisch davon aus, dass die Rolle der Canones darin besteht, den auszulegenden Normtext mit anderen Kontexten zu vernetzen, kann ihre Anzahl nicht abschließend sein. Wenn nämlich eine neue Klasse von Argumenten auftritt, wie etwa typisierende Annahmen über die Wirklichkeit, entstehen im Hypertext des Rechts sogleich Links zu einer neuen Klasse von Kontexten. Ein Beispiel dafür sind Normbereichsargumente, die empirische Kontexte der Nachbarwissenschaften für die Jurisprudenz erschließen.

Weiter wird die Frage aufgeworfen, ob es unter den Canones überhaupt eine Hierarchie geben könne. Rein methodisch gesehen, gibt es eine Rangfolge von Kontexten tatsächlich nicht. Sehr wohl aber lässt sich eine solche normativ begründen Sie kann sich aus den methodenbezogenen Normen einer Verfassung ergeben oder wie hier bei der richtlinienkonformen Auslegung, aus der Hierarchie der Rechtsquellen.

Sehr streitig ist, ob eine Grenze der richtlinienkonformen Auslegung anzuerkennen sei oder nicht. Die Kritiker einer solchen Grenze bringen zwei Gruppen von Argumenten vor Zum Teil handelt es sich um normative, zum Teil um sprachtheoretische Überlegungen. Die normativen setzen an dem Fall an, dass das nationale Recht hinter den Geboten der Richtlinie zurückbleibt und dass auch eine unmittelbare Anwendung, etwa mangels Bestimmtheit, nicht in Betracht kommt: „An dieser Stelle steht der nationale Richter zwischen der Skylla, seiner Treue zum geschriebenen nationalen Recht, und der Charybdis, an einer Vertragsverletzung seines Landes i.S.v. Art. 10, 249 EG mitzuwirken. (...) Hier ist (wäre) Rechtsfortbildung contra legem erforderlich um der Richtliniennorm gegen die nationale Norm zur Durchsetzung zu verhelfen (18) Der nationale Richter wird dabei zu bedenken haben, dass er an der Vermeidung eines Rechtskonflikts zwischen seinem Staat und der Gemeinschaft mitwirken, dass er gar zur Vermeidung von Schadenersatzansprüchen gegen seinen Staat beitragen kann, wenn er der Verpflichtung seines Staates zur korrekten Umsetzung der Richtlinie und der Beibehaltung dieser Umsetzung im Wege der Rechtsfortbildung nachkommt. Schreckt er gleichwohl immer noch vor dem offenen Konflikt mit seinem nationalen Recht und vor einer Entscheidung zugunsten der Richtliniennorm zurück, so mag er daran denken, dass er zur direkten Anwendung der Richtliniennorm entgegen seinem nationalen Recht verpflichtet wäre, wenn diese ‚klar und bestimmt‘ wäre“.

Diese Auffassung steht nicht nur in klarem Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, der die Grenze der nationalen Auslegungskultur immer wieder hervorhebt. Sie übersieht vor allem, dass die Verträge der Gemeinschaft keine Ermächtigung zur Modifikation der innerstaatlichen Kompetenzordnung vorsehen .

Der sprachtheoretische Einwand bestreitet die Eignung des Wortlauts als Grenzziehungskriterium. Wörter finden danach ihre Bedeutung nur in einem bestimmten Kontext und können außerhalb dieses Kontextes nicht als Grenze wirken. Der Einwand greift aber nur, wenn man die Wortlautgrenze mit der Konkretisierungsleistung allein der grammatischen Auslegung gleichsetzt. Diese Gleichsetzung wird in der traditionellen Methodenlehre immer noch vorgenommen und hat ihren Weg auch in die Literatur zum Gemeinschaftsrecht gefunden. In der Praxis macht diese positivistische Verkürzung die Annahme einer Wortlautgrenze jedoch unmöglich, denn zur grammatischen Auslegung findet man in Wörterbüchern stets nur Verwendungsbeispiele eines Wortes, nie jedoch eine Angabe von Grenzen. Eine derartige Reduktion der Auslegungsgrenze auf die grammatische Konkretisierungsleistung hat der EuGH denn auch niemals vorgenommen. Das Gericht sieht diese Grenze erst dann als verletzt an, wenn der Spielraum der nationalen Auslegungskultur überschritten ist. Eine solche Grenze der Auslegung ist in der Tat möglich. Denn man kann einem Normtext nicht jede beliebige Lesart zuordnen. Manche Lesarten verletzen die in der Zukunft anerkannten Regeln der Kunst. Erst die umfassend konkretisierte Rechtsnorm bildet also eine Grenze der Auslegung.

Ein weiteres Problem liegt in der Frage, ob die richtlinienkonforme Auslegung eine Ergebniskontrolle der nationalen Auslegung darstellt, oder ob sie in die nationalen Canones nur einfließt. So wirke etwa auf die grammatische Auslegung die richtlinienkonforme Auslegung dadurch ein, dass sie einen gemeinschaftsbezogenen Sprachgebrauch ins Spiel bringe. Die unklare Vorstellung eines ‚Einfließens‘ ist allerdings zu vermeiden. Gerade wenn die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung eine Ergeb-

niskontrolle für die nationale Auslegung darstellen soll, kann sie in die nationalen Auslegungsvorgänge nicht schon ‚einfließen‘.

Insgesamt wird man die verfassungskonforme und die richtlinienkonforme Auslegung zwar nicht als Zwillinge begreifen können. Aber sie haben jedenfalls eine strukturelle Verwandtschaft: Es gibt zu einem Normtext mindestens zwei Lesarten, wovon eine mit der höherrangigen Rechtsquelle im Einklang steht und die andere(n) nicht. Der Auslegungsgrundsatz fordert, dann die konforme Lesart auszuwählen, solange die voll konkretisierte Rechtsnorm dies zulässt.

*JM I, Rnn. 428 b*

### **Auslegung, gemeinschaftskonforme / Begriff**

Die gemeinschaftskonforme Auslegung ist einigen Aspekten der verfassungskonformen Auslegung vergleichbar, insgesamt aber vielschichtiger. Vergleichbar ist sie ihr insoweit, als auch sie den Ausgangspunkt in einer Situation hat, worin ein Normtext verschiedene Möglichkeiten der Interpretation eröffnet und wo im Zweifel dann diejenige auszuwählen ist, die mit dem höherrangigen Recht vereinbar bleibt. Der wichtigste Anwendungsfall, die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, hat jedoch noch einen zweiten Ausgangspunkt, nämlich die Nicht- oder Falschumsetzung der Richtlinie durch die zuständigen innerstaatlichen Stellen.

Die gemeinschaftskonforme Auslegung ist von der richtlinienkonformen zu unterscheiden. Der Unterschied liegt in dem jeweiligen Maßstab, an dem das nationale Recht gemessen wird.

Gemeinschaftskonforme Auslegung des nationalen Rechts meint das an Sinn und Zweck des gesamten EG-Rechts ausgerichtete Verständnis nationaler Normtexte. Erfasst wird damit die abstrakt-generelle Überprüfung, ob die Konkretisierung einer nationalen Vorschrift mit primärem oder sekundärem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Es geht hier um die Auslegung in Übereinstimmung mit unmittelbar anwendbarem Recht, vor allem mit Primärrecht und den Verordnungen.

*JM II; 130 f.*

### **Auslegung, genetische**

In Lehre und Rechtsprechung werden diese beiden Elemente nicht selten miteinander vermengt. So bezeichnet etwa das Bundesverfassungsgericht die Auslegung aus „Gesetzesmaterialien und Entstehungsgeschichte“ als „historische“. Korrekt heißt diese Auslegung, von der das Gericht spricht, die genetische. Die historische ist dagegen die rechtsgeschichtliche (gesetzgebungsgeschichtliche) anhand der Texte von Normvorläufern, Normvorbildern als Antwort auf die Frage: Wie war das denn früher geregelt?

Die historische Auslegung arbeitet also mit

(a) Normtexten, und zwar

(b) mit anderen Normtexten als den im vorliegenden Fall zu bearbeitenden, nämlich mit früheren, nicht mehr geltenden Wortlauten. Von der systematischen Auslegung, bei der ebenfalls andere Vorschriften vergleichend herangezogen werden, unterscheidet sich die historische dadurch, dass außer Kraft gesetzte Normtexte sowie mit ihrer Hilfe entwickelte Rechtsnormen mit gleichem, ähnlichem oder zumindest funktionell vergleichbarem Normprogramm, und zwar aus älteren Zeitabschnitten, in die Überlegung eingeführt werden.

Die genetische Auslegung arbeitet mit

(a) Nicht-Normtexten (Diskussionen, Überlegungen, Entwürfe, Parlamentsreden, Ausschussberichte, amtliche Begründungen) aus der rechtspolitischen Debatte, vor allem aber aus den Verhandlungen der legislativen Gremien; und zwar betreffen diese Texte

(b) die Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien derselben Normtexte, nämlich der im Fall zu bearbeitenden.

Als Beispiel soll die Konkretisierung der Art. 73 ff. GG dienen. Bei genetischer f Auslegung wird die Frage gestellt: Was wurde zum fraglichen Problem im Parlamentarischen Rat (und in den Verhandlungen von Herrenchiemsee) gesagt? Die historische Auslegung argumentiert aus Inhalt und Typik der Kompetenzverteilung zwischen Reich und Ländern nach der Weimarer Reichsverfassung (oder ggf. auch nach der Reichs Verfassung von 1871).

Gegen die dargestellte Unterscheidung von historischem und genetischem Konkretisierungselement wendet sich in der neueren Diskussion Schroth mit dem Einwand, das Verstehensobjekt, die Handlung des Gesetzgebers, sei bei beiden Elementen dasselbe. Betrachtet man dieses „Verstehensobjekt“ aber näher, wird ; der Einwand fragwürdig. Dass es einen einheitlichen und homogenen Willen des Gesetzgebers als Gegenstand des Verstehens nicht gibt, muss auch Schroth einräumen. Wenn er an die Stelle des gesetzgeberischen Willens dann aber die Handlung der Legislative setzen will, hat er das Problem fehlender Homogenität der Bezugsgröße aber noch nicht überwunden. Vielmehr setzt er nur einen moderner klingenden Namen an die Stelle des alten. In der Sache ist demgegenüber ein Fortschritt erst dann möglich, wenn die Illusion einer einheitlichen Bezugsgröße der historischen beziehungsweise genetischen Auslegung aufgegeben ist und die in den Materialien zu findenden Äußerungen als diskursives Netz, als diskursive Strategie in den Zusammenhang einer Semantik kompetitiven Handelns eingeordnet werden. Die im Umkreis der „Paktentheorie“ unternommenen Versuche, Einzeläußerungen , von Parlamentariern anhand der Mehrheitsregel, der Zuordnung zu Meinungsgruppen usw. zu gewichten, weist schon innerhalb der bisherigen Debatte in diese Richtung. Diese Ansätze gilt es auf dem Weg über sprachtheoretische Reflexion zu entfalten. Wenn sich die Fiktion eines einheitlichen Objekts des Verstehens damit auflöst, zeigt sich als dessen eigentlicher Gegenstand der Normtext. Im Verlauf der Konkretisierung werden zu ihm Kontexte erschlossen, die es voneinander abzu-schichten und entsprechend ihrer Nähe zum fraglichen Normtext zu gewichten gilt. In diesem Rahmen von Relationen ist auch die Unterscheidung von historischem und genetischem Konkretisierungselement berechtigt.

Historische, genetische, systematische und Ideologische Elemente der Konkretisierung können so wenig voneinander und vom Verfahren grammatischer Auslegung isoliert werden wie dieses von ihnen. Die genetische, die historische und die systematische Auslegung sind eng mit der grammatischen verwandt: Auch sie sind Mittel der Textinterpretation (und zwar anderer - teils legislativer, teils nicht-legislativer - Texte neben dem Wortlaut der umzusetzenden Vorschrift). Es lässt sich sogar sagen, die beiden auf nicht (heute) gültige Texte gestützten Verfahrensarten, die genetische und die historische, seien der Sache nach Hilfs Gesichtspunkte innerhalb des grammatischen Aspekts: Wie kam es zu der vorliegenden Formulierung? Welche Sinnvorstellungen und Regelungsabsichten führten - zum einen historisch und ohne Verbindung zum geltenden Recht, zum ändern gleichfalls historisch, aber mit genetischer Verbindung zu ihm - zur vorliegenden Formulierung des Rechtssatzes? Es wurde hier dargestellt, wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegen dem grundsätzlichen Bekenntnis zur „objektiven Theorie“ verschiedentlich allein der aus Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien gezogene Schluss zum sachlichen Angelpunkt der Entscheidung gemacht worden ist. Im jetzigen Zusammenhang geht es weniger um die innere Widersprüchlichkeit dieser judiziellen Position als darum, welches Gewicht die auf grammatische Auslegung bezogenen Argumente im Konfliktfall haben sollen. Die genetischen und historischen Aspekte können helfen, mögliche Sinnvarianten in dem vom Wortlaut abgesteckten Spielraum inhaltlich zu präzisieren. Folgen aus dem zu entscheidenden Rechtsfall (statt aus der insoweit abstrakten Fragestellung nach historischen und genetischen Verständnismöglichkeiten) abweichende Teilergebnisse, so ist das weitere Vorgehen von der Frage nach dem Rangverhältnis aller Konkretisierungselemente bestimmt. Diese Frage ist in der üblicherweise verengten Perspektive des Streits zwischen „subjektiver“ und „objektiver“ Theorie nicht zu lösen. Die herkömmliche Behandlungsart solcher methodischen Konflikte übersieht auch, dass die historischen und genetischen Gesichtspunkte innerhalb der grammatischen Auslegung angesiedelt sind; dass sie daher sowohl die Entscheidung inhaltlich herausarbeiten als auch die rechtsstaatlichen Grenzen der Konkretisierung finden helfen'

*JM I, Rnn. 360 ff.*

**Auslegung, grammatische**

Programmatisch, wenn auch nicht in folgerichtiger Praxis, hat sich das Bundesverfassungsgericht für die „objektive Theorie“ entschieden. Nach seinem Urteil vom 21. Mai 1952 soll für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend sein, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und aus dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über den Sinn der Vorschrift soll dagegen nicht entscheidend sein. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift soll für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zukommen, als sie die Richtigkeit der nach den sonstigen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigen oder als sie Zweifel beheben kann, die mit den übrigen methodischen Hilfsmitteln allein nicht ausgeräumt werden können. Dem Auslegungsziel, den im Gesetz objektivierten Willen des Gesetzgebers zu ermitteln, dienen die Auslegung aus dem Wortlaut (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (ideologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische bzw. genetische Auslegung). Diese „Auslegungsmethoden“ sollen sich gegenseitig ergänzen und stützen, um gemeinsam den „objektiven Willen des Gesetzgebers“ erfassen zu können. Die Gesetzesmaterialien sollen dabei stets mit einer gewissen Vorsicht, in der Regel nur unterstützend und insgesamt nur insofern herangezogen werden, als sie auf den „objektiven Gesetzesinhalt“ schließen lassen. Der sogenannte Wille des Gesetzgebers kann hiernach bei der Auslegung des Gesetzes insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst, d. h.: in seinem Text, einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat. In keinem Fall dürfen die Materialien dazu verleiten, die subjektiven Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen.

Diese den Wert der grundsätzlich formulierten methodischen Position des Bundesverfassungsgerichts in Frage stellenden Inkonsequenzen sind überwiegend in der sachlichen Unzulänglichkeit der dort programmatisch bezeichneten Konkretisierungsgesichtspunkte begründet. Das pandektistische Willensdogma aus der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ist nur noch von historischem Interesse. Es bietet keine zureichende Grundlage für Verständnis und Konkretisierungsinstrumentarium der heutigen Verfassung. Das gilt für jeden Versuch, das Auslegungs- bzw. Konkretisierungsziel als Ermittlung eines „Willens“ zu konstruieren; mag es sich dabei um den subjektiven Willen des Normgebers oder um den sogenannten objektiven Willen der Norm handeln. Ferner sind die Grundvorstellungen der Rechtskonkretisierung als einer Normtextinterpretation, der Interpretation als eines Nachvollzugs und der Rechtsentscheidung als eines syllogistischen Schlussverfahrens der „Subsumtion“ oder „Anwendung“ unwiderruflich als den sachlichen Problemen juristischer Praxis nicht gewachsen erkannt worden. Dasselbe gilt für die Theorie eines der Rechtsnorm gleichsam substantiell innewohnenden Inhalts und für das fiktive Ideal pseudo-exakter Eindeutigkeit rechtlicher Normierung. Nur in zwar signifikanten, für die Problematik juristischer Praxis aber weder repräsentativen noch statistisch überwiegenden Grenzfällen ist Konkretisierung in der Tat durch Normtextinterpretation zu leisten, ist solche Interpretation in der Tat ein Nachvollziehen einer bereits getroffenen Entscheidung. Abgesehen von diesen Grenzfällen numerisch determinierter Rechtsvorschriften, liegen die Probleme von Normativität, Normstruktur und praktischer Konkretisierung jedenfalls nicht in der abstrakten Formulierung technischer Verfahrenssaiten zur Ermittlung eines angeblich vorgegebenen und als Obersatz für ein formallogisches Schlussverfahren aufzubereitenden Normgehalts. Jedem Rechtspraktiker ist die Tatsache vertraut, wie selten der Normtext allein eine inhaltlich abschließende Entscheidungshilfe für den konkreten Fall zu bieten vermag; wie unbestimmt Argumente aus dem „systematischen Zusammenhang“ sich darstellen können; wie unsicher und beinahe der Beliebigkeit des subjektiven Bewertens anheim gegeben Gesichtspunkte „teleologischer“ Interpretation sind. Kein Verweis auf den sogenannten hermeneutischen Zirkel als einer Grundbedingung von Verstehen vermag die Unredlichkeit eines Konkretisierungsverfahrens zu entschuldigen, das den „Inhalt einer Rechtsnorm“ gerade deswegen auf dem Umweg über ihren „Sinn und Zweck“ zu ermitteln sich bemüht, weil weder der Inhalt noch Sinn und Zweck mit den Mitteln grammatischer, historischer, genetischer und systematischer Konkretisierungsaspekte klargestellt werden können.

Dass die Savignyschen Auslegungsregeln für die Bewältigung heutiger Verfassungskonkretisierung in Rechtsprechung und Wissenschaft, in Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung nicht ausreichen, ist nicht verwunderlich. Gerade im Verfassungsrecht ist der Grad der den Normtexten möglichen begrifflichen Genauigkeit eher begrenzt. Die Verschränkung des allgemeinen und eines speziell verfassungs-

juristischen Sprachgebrauchs ist angesichts der historischen und politischen Bedeutungskomponenten typisch verfassungsnormativer Begriffe eine Quelle zusätzlicher Schwierigkeiten. Hinzu kommt die vom Bundesverfassungsgericht festgehaltene Notwendigkeit, verfassungsrechtliche Begriffe funktionsdifferent zu interpretieren. Systematische Interpretation ist wegen der grundlegenden, dem Anspruch nach die gesamte Rechtsordnung tragenden Aufgabe des positiven Verfassungsrechts verschärft der Zweideutigkeit einer formalen Einordnung der einzelnen Normen oder ihrer sachlichen Einordnung in den Gesamtzusammenhang des geltenden Verfassungsrechts ausgesetzt. Teleologische Interpretation stößt bei der Frage nach den „Zwecken“ verfassungsrechtlicher Vorschriften auf um so breitere und um so weniger greifbare und rational darstellbare Komplexe von Vorstellungen, Wertungen und Tendenzen, als die zu konkretisierenden Verfassungsnormen -gerade wegen ihrer Qualität als Verfassungsrecht - viel breitere und häufig viel weniger technisch spezialisierte Normbereiche aufweisen als Vorschriften des Unterverfassungsrechts. Verfassungsrecht mindert nach seiner Struktur und Funktion die Brauchbarkeit der überlieferten Kunstregeln der Normtextinterpretation und stellt den praktischen Juristen vor eine Reihe zusätzlicher Grundprobleme und Einzelschwierigkeiten. Die Verfassungspraxis zeigt, dass die grammatische, die systematische und in noch stärkerem Maß die teleologische Auslegung gezwungen sind, auf verschiedene Weise über den Normtext, seinen Kontext und über positivrechtliche Anhaltspunkte für den aufzufindenden Normzweck hinauszugehen. Insoweit können am allerwenigsten Verfassungsnormen von juristischer Praxis als formalisierte Obersätze syllogistischer Schlussverfahren behandelt werden. Die Bedingtheit des genetischen Gesichtspunkts schließlich zeigt sich im Verfassungsrecht nicht minder als in ändern Rechtsdisziplinen. Wegen der engen Verbindung des Verfassungsrechts mit geschichtlich-politischer Entwicklung und mit grundlegenden politischen Umbrüchen ist auch das Heranziehen der historischen Interpretationsargumente von einiger Delikatesse. Nicht zuletzt am Verfassungsrecht erweisen sich Savignys Auslegungsregeln als Aspekte, die nicht allgemeingültige „Methoden“, sondern Hilfsgesichtspunkte von je nach der Eigenart der zu konkretisierenden Rechtssätze wechselnder Ergiebigkeit darstellen. Sie sind im formallogischen Sinn nicht systematisierbar. In der Praxis werden "sie vielfach unausgesprochen als Sammelbegriffe für Aspekte verschiedenster, im einzelnen nicht klargestellter und insoweit auch nicht kontrollierbarer Herkunft verwendet. Die canones teilen das vom Positivismus verkannte Schicksal der Gesamtrechtsordnung, nicht als geschlossenes und abschließendes System anwendbarer Vorgegebenheiten verstanden werden zu können. Bei technisch-spezialisierten Rechtssätzen mit rechtserzeugten Normbereichen mag die positivistische Vorstellung nahe liegen. Angesichts von Rechtsnormen mit komplexeren und ganz oder zum Teil nicht-rechtserzeugten Normbereichen, wie vor allem den Vorschriften der Verfassung, ist sie praktisch nicht belegbar. Das gilt schon deshalb, weil Savignys Auslegungsregeln auch außerhalb des Verfassungsrechts als formallogische Instrumente verkannt wären. Wenn in grammatischer Auslegung zwischen mehreren Gebrauchsweisen der verwendeten Begriffe, zwischen alltäglicher und juristischer bzw. zwischen verschiedenen juristischen Bedeutungen differenziert und entschieden werden muss, so ist das nur dann möglich, wenn die grammatische „Methode“ nicht den Normtext, sondern die Norm anzielt. Ohne deutende Vorwegnahme des möglichen rechtlichen Normsinns, die über „grammatische“, über philologische Deutung hinausgeht, ist schon in diesem Abschnitt der Konkretisierung eine Entscheidung nicht möglich.

Unter methodologischen Elementen im engeren Sinn werden die Aspekte grammatischer, historischer, genetischer, systematischer und teleologischer Auslegung verstanden, ferner die hier besprochenen Prinzipien der Verfassungsinterpretation und Fragen der formalen Logik und der Axiomatisierung. Die Elemente des Normbereichs und die aus dem Sachverhalt gehören schon deshalb nicht zu dieser Gruppe, weil sie sich nicht in erster Linie auf die Interpretation von Texten beziehen. Die dogmatischen, lösungstechnischen, rechtspolitischen und die Theorie-Elemente schließlich spielen erfahrungsgemäß bei jeder Konkretisierung von (Verfassungs)Recht eine für die Methodik erhebliche Rolle. Sie sind aber, obwohl in der Praxis vielfach als normativ behandelt, zum Teil nicht primär auf die rationale Erarbeitung, d. h. die fallgerechte Konkretisierung der Rechtsnorm gerichtet. Der Sache nach (wenn auch nicht in den Verschleierungstechniken der Praxis) haben sie teilweise nur dienende Funktionen der Klarstellung und der unterstützenden näheren Begründung von Rechtsnormen, die bereits mit ändern Mitteln als auf Normtexte des geltenden Rechts rückführbar ausgewiesen wurden.

Die grammatische Interpretation geschriebenen (Verfassungs-)Rechts bestimmt sich nach den verschiedenen Normtypen. Die grammatische Auslegung von Art. 22 oder 27 GG bietet relativ wenige, die der Rechtssätze des organisatorischen Teils meist geringere Schwierigkeiten als das grammati-

sche Konkretisierungselement bei Grundrechten, bei verfassungsrechtlichen Fundamentalnormen wie Art. 20 oder selbst als bei den Kompetenzvorschriften der Art. 73 ff. GG. Die grammatische Auslegung wird übrigens für Art. 27 GG und Art. 22 GG oft weitgehend ausreichen. Das liegt nicht daran, wie herkömmlich vorausgesetzt wird, dass die Art. 22 und 27 GG „besonders klar formuliert“ wären. Sie sind, sprachlich und „grammatisch“ gesehen, nicht klarer gefasst als etwa die Normtexte von Grundrechts- oder Kompetenzvorschriften. Die Unterschiede hinsichtlich ihrer Konkretisierbarkeit (schon ein beträchtliches Stück) mit den Mitteln grammatischer Interpretation liegen anderswo, in der strukturellen Verschiedenheit der Rechtsnormen. Weder für die Rechtsordnung insgesamt noch für die Verfassung kann undifferenziert von „der“ Rechtsnorm ausgegangen werden. Art. 22 und 27 GG sind nicht in dogmatischer, wohl aber in normtheoretischer Sicht sozusagen Einzelfallgesetze. Ihre Normbereiche sind von solcher Art, dass sie mit den Normtexten weitgehend individualisiert werden können. Durch Veränderungen im Normbereich von Art. 27 GG könnten unter Umständen Schwierigkeiten der Interpretation auftauchen, wenn etwa der Begriff des „Kaufahrteischiffs“ durch technische Entwicklungen zweifelhaft würde. In einem solchen Fall wäre nicht der grammatisch auszulegende Wortlaut von Art. 27 GG „unklar geworden“. Vielmehr hätte aufgrund faktischer Vorgänge das Normbereichselement abweichende Konturen angenommen und damit die Umsetzung von Art. 27 GG kompliziert.

Bei all dem erweist sich die Ergiebigkeit grammatischer Auslegung als von der Struktur der Norm abhängig. Das rührt nicht daher, dass die (strukturierte) Norm im Normtext substantiell vorhanden wäre. Die rechtlichen Wirkungspotentiale sind in den sprachlichen Elementen der Rechtssätze nicht enthalten. Juristische Begriffe verdinglichen nicht ihre Aussagen. Sie eignen sich, wie sprachliche Begriffe überhaupt, nur dazu, auf ihre Gebrauchsweisen und auf deren funktionale Abgrenzung untersucht zu werden. Der dogmatische Rechtsbegriff hat nur Zeichenwert. In den damit abgesteckten Grenzen ist häufig zu beobachten, dass der (nur scheinbar eindeutige) grammatische Aspekt dazu zwingt, zwischen mehreren Gebrauchsweisen der verwendeten Begriffe, zwischen alltäglichen und juristischen und zum Teil auch zwischen verschiedenen juristischen Bedeutungen zu entscheiden. Das ist unter anderem deshalb legitim, weil auch die grammatische „Methode“ im Ergebnis nicht den Normtext, sondern die zu erzeugende Rechtsnorm anzielt. Schon hier muss über philologische Sinnerfassung des Normtextes hinaus das mögliche Normprogramm vorwegnehmend gedeutet und dabei unausgesprochen auf andere Elemente als das grammatische ausgegriffen werden.

Historische, genetische, systematische und teleologische Elemente der Konkretisierung können so wenig voneinander und vom Verfahren grammatischer Auslegung isoliert werden wie dieses von ihnen. Die genetische, die historische und die systematische Auslegung sind eng mit der grammatischen verwandt: Auch sie sind Mittel der Textinterpretation (und zwar andrerseits legislativer, teils nicht-legislativer - Texte neben dem Wortlaut der umzusetzenden Vorschrift). Es lässt sich sogar sagen, die beiden auf nicht (heute) gültige Texte gestützten Verfahrensarten, die genetische und die historische, seien der Sache nach Hilfsgesichtspunkte innerhalb des grammatischen Aspekts: Wie kam es zu der vorliegenden Formulierung? Welche Sinnvorstellungen und Regelungsabsichten führten - zum einen historisch und ohne Verbindung zum geltenden Recht, zum ändern gleichfalls historisch, aber mit genetischer Verbindung zu ihm - zur vorliegenden Formulierung des Rechtssatzes? Es wurde hier dargestellt, wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegen dem grundsätzlichen Bekenntnis zur „objektiven Theorie“ (7) verschiedentlich allein der aus Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien gezogene Schluss zum sachlichen Angelpunkt der Entscheidung gemacht worden ist (8). Im jetzigen Zusammenhang geht es weniger um die innere Widersprüchlichkeit dieser judiziellen Position als darum, welches Gewicht die auf grammatische Auslegung bezogenen Argumente im Konfliktfall haben sollen. Die genetischen und historischen Aspekte können helfen, mögliche Sinnvarianten in dem vom Wortlaut abgesteckten Spielraum inhaltlich zu präzisieren. Folgen aus dem zu entscheidenden Rechtsfall (statt aus der insoweit abstrakten Fragestellung nach historischen und genetischen Verständnismöglichkeiten) abweichende Teilergebnisse, so ist das weitere Vorgehen von der Frage nach dem Rangverhältnis aller Konkretisierungselemente bestimmt. Diese Frage ist in der üblicherweise verengten Perspektive des Streits zwischen „subjektiver“ und „objektiver“ Theorie nicht zu lösen. Die herkömmliche Behandlungsart solcher methodischen Konflikte übersieht auch, dass die historischen und genetischen Gesichtspunkte innerhalb der grammatischen Auslegung angesiedelt sind; dass sie daher sowohl die Entscheidung inhaltlich herausarbeiten als auch die rechtsstaatlichen Grenzen der Konkretisierung finden helfen.

Grammatische, historische, genetische, systematische und (eingeschränkt) teleologische Auslegung sind Mittel der Textinterpretation im Dienst der Normerzeugung. Die mit ihrer Hilfe auszulegenden Texte gehen dem Umfang nach weit über die Formulierung des auszulegenden Rechtsatzes hinaus. Sie erfassen sowohl die Wortlaute anderer Normen (9) als auch nicht-legislative Sprachtexte, die für die Auslegung der einschlägigen Normtexte von Bedeutung sind. Die sprachlich primär nicht festgelegten, d. h. auf Textauslegung nicht reduzierbaren Denkopoperationen aus dem Normbereich der Vorschrift und aus dem Sachverhalt des Rechtsfalls werden von den herkömmlichen Arten der Textinterpretation zwar nicht normtheoretisch und methodisch differenziert erfasst, aber erfahrungsgemäß durch Unterstellungen sub titulo „Zweckmäßigkeit“, „Natur der Sache“ oder „Sinn und Zweck der Vorschrift“ in die Konkretisierung einbezogen. Die herkömmlichen Regeln wirken jedoch in einer normtheoretisch fundierten strukturierenden Methodik, die sich auch auf Normbereichsanalysen stützt, nicht als Fremdkörper. Sie sind selbst, wie sich gezeigt hat, abkürzende Bezeichnungen für bestimmte Untersuchungsrichtungen, für bestimmte Typen sachlicher Gesichtspunkte der zu konkretisierenden Vorschrift. Es wurde klar, dass dies auch für die nur scheinbar autonome grammatische Auslegung zutrifft. Die überlieferten Kunstregeln sind hier wie bei Savigny Elemente in einem Arbeitsvorgang, der die Aufgabe hat, rechtliche Normen auf möglichst rationale und damit möglichst kontrollierbare Art praktisch hervorzubringen und wirksam zu machen. Sie sind aber nicht die einzigen, wie Savigny bei seiner Konzentration auf die Auslegung als Rekonstruktion des dem Gesetz innewohnenden Gedankens und bei seinem Aussparen des Staats- und Verfassungsrechts noch annehmen konnte. Savignys Kunstregeln umschreiben grundlegend einen Teil der notwendigen Elemente praktischer Rechtsarbeit. Sie erfassen aber schon deshalb nur einen Teil der Konkretisierung, weil sie Rechtsverwirklichung auf Interpretation, weil sie Normkonkretisierung auf Normtext-Auslegung einschränken wollen. Sie sind zu Recht vorbildlich geworden: nicht, weil sie das Sachproblem bereits abschließend und für alle Rechtsdisziplinen angemessen zu behandeln vermöchten; sondern deshalb, weil sie auf lange Zeit die einzigen grundlegenden Reflexionen des Geschäfts der Rechtskonkretisierung geblieben sind.

Rechtspraxis und Rechtswissenschaft sehen sich bei der Auslegung vor allem von Grundrechten, aber auch von anderen Verfassungsvorschriften häufig veranlasst, auf ideengeschichtliche, entwicklungsgeschichtliche und im engeren Sinn rechts- und verfassungsgeschichtliche Abläufe zurückzugreifen, um aus ihnen durch den Nachweis sachlicher und normativer Kontinuität bzw. Diskontinuität Gesichtspunkte für die Konkretisierung zu gewinnen. Ist ein geschichtlich wie normativ nicht unterbrochener Traditionszusammenhang nachzuweisen, so kann dieses Verfahren wertvolle Rückschlüsse auf die Begriffsgeschichte des Normtexts vor allem im Rahmen der grammatischen und systematischen Auslegung liefern. Es ist jedoch durchgängig mit historischer Interpretation im herkömmlichen Sinn erfassbar und ermangelt der methodischen Selbständigkeit, die es als eigenes Prinzip der Verfassungsauslegung ausweisen könnte.

*JM I, Rnn. 25 f., 29, 95, 350 f., 354, 358, 362, 375, 381*

### **Auslegung, historische**

In Lehre und Rechtsprechung werden diese beiden Elemente nicht selten miteinander vermengt. So bezeichnet etwa das Bundesverfassungsgericht die Auslegung aus „Gesetzesmaterialien und Entstehungsgeschichte“ als „historische“. Korrekt heißt diese Auslegung, von der das Gericht spricht, die genetische. Die historische ist dagegen die rechtsgeschichtliche (gesetzgebungsgeschichtliche) anhand der Texte von Normvorläufern, Normvorbildern als Antwort auf die Frage: Wie war das denn früher geregelt?

Die historische Auslegung arbeitet also mit

(a) Normtexten, und zwar

(b) mit anderen Normtexten als den im vorliegenden Fall zu bearbeitenden, nämlich mit früheren, nicht mehr geltenden Wortlauten. Von der systematischen Auslegung, bei der ebenfalls andere Vorschriften vergleichend herangezogen werden, unterscheidet sich die historische dadurch, dass außer Kraft gesetzte Normtexte sowie mit ihrer Hilfe entwickelte Rechtsnormen mit gleichem, ähnlichem oder

zumindest funktionell vergleichbarem Normprogramm, und zwar aus älteren Zeitabschnitten, in die Überlegung eingeführt werden.

Die genetische Auslegung arbeitet mit

(a) Nicht-Normtexten (Diskussionen, Überlegungen, Entwürfe, Parlamentsreden, Ausschussberichte, amtliche Begründungen) aus der rechtspolitischen Debatte, vor allem aber aus den Verhandlungen der legislativen Gremien; und zwar betreffen diese Texte

(b) die Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien derselben Normtexte, nämlich der im Fall zu bearbeitenden.

Als Beispiel soll die Konkretisierung der Art. 73 ff. GG dienen. Bei genetischer f Auslegung wird die Frage gestellt: Was wurde zum fraglichen Problem im Parlamentarischen Rat (und in den Verhandlungen von Herrenchiemsee) gesagt? Die historische Auslegung argumentiert aus Inhalt und Typik der Kompetenzverteilung zwischen Reich und Ländern nach der Weimarer Reichsverfassung (oder ggf. auch nach der Reichs Verfassung von 1871).

Gegen die dargestellte Unterscheidung von historischem und genetischem Konkretisierungselement wendet sich in der neueren Diskussion Schroth mit dem Einwand, das Verstehensobjekt, die Handlung des Gesetzgebers, sei bei beiden Elementen dasselbe. Betrachtet man dieses „Verstehensobjekt“ aber näher, wird ; der Einwand fragwürdig. Dass es einen einheitlichen und homogenen Willen des Gesetzgebers als Gegenstand des Verstehens nicht gibt, muss auch Schroth einräumen. Wenn er an die Stelle des gesetzgeberischen Willens dann aber die Handlung der Legislative setzen will, hat er das Problem fehlender Homogenität der Bezugsgröße aber noch nicht überwunden. Vielmehr setzt er nur einen moderner klingenden Namen an die Stelle des alten. In der Sache ist demgegenüber ein Fortschritt erst dann möglich, wenn die Illusion einer einheitlichen Bezugsgröße der historischen beziehungsweise genetischen Auslegung aufgegeben ist und die in den Materialien zu findenden Äußerungen als diskursives Netz, als diskursive Strategie in den Zusammenhang einer Semantik kompetitiven Handelns eingeordnet werden. Die im Umkreis der „Paktentheorie“ unternommenen Versuche, Einzeläußerungen , von Parlamentariern anhand der Mehrheitsregel, der Zuordnung zu Meinungsgruppen usw. zu gewichten, weist schon innerhalb der bisherigen Debatte in diese Richtung. Diese Ansätze gilt es auf dem Weg über sprachtheoretische Reflexion zu entfalten. Wenn sich die Fiktion eines einheitlichen Objekts des Verstehens damit auflöst, zeigt sich als dessen eigentlicher Gegenstand der Normtext. Im Verlauf der Konkretisierung werden zu ihm Kontexte erschlossen, die es von einander abzu-schichten und entsprechend ihrer Nähe zum fraglichen Normtext zu gewichten gilt. In diesem Rahmen von Relationen ist auch die Unterscheidung von historischem und genetischem Konkretisierungselement berechtigt.

*JM I, Rnn. 360 f.*

### **Auslegung, restriktive**

Savigny hat seine Auslegungsregeln für das Zivilrecht und das Kriminalrecht formuliert. Die Brauchbarkeit seiner canones für das Staats- und Verfassungsrecht ist bis heute nicht grundlegend überprüft worden. Faule de mieux wurden die canones von verfassungs- (und verwaltungs-)rechtlicher Praxis und Lehre übernommen. Daher ist für verfassungsrechtliche Methodik die Rückwendung zu Savigny prekär. Die Berufung auf seine Regeln für das Verfassungsrecht kann sich jedenfalls nicht auf Savigny berufen. Dazu kommt, dass die von herrschender Meinung und Praxis als klassisch ausgegebenen Interpretationsaspekte, auf die sich auch das Bundesverfassungsgericht in programmatischen Erkenntnissen zurückziehen will, bei Savigny zum Teil anders umschrieben und teilweise abweichend beurteilt werden. Der frühe Savigny bezeichnet als Aufgabe der Interpretation die „Rekonstruktion des Gedankens, der im Gesetz ausgesprochen wird, insofern er aus dem Gesetz erkennbar ist“. Der Interpret müsse sich „auf den Standpunkt des Gesetzgebers setzen und so künstlich dessen Ausspruch entstehen lassen“. Die Interpretation müsse, um dahin zu gelangen, mit vier Mitteln arbeiten: dem logischen, dem grammatischen, dem historischen und dem systematischen. Extensive und restriktive Interpretation, also eine Auslegung, die den Wortlaut des Gesetzes gemäß seinem Zweck erweitert oder einschränkt, wird abgelehnt. Nach Savigny darf der Gesetzeszweck nicht selbst wie eine Regel angewandt werden. Der Interpret darf das Gesetz nicht fortbilden. Er darf es nur nachvollziehen: „Eine



Vervollkommnung des Gesetzes ist zwar möglich, allein bloß durch den Gesetzgeber, nie durch den Richter darf sie vorgenommen werden" (Savigny, E. v.: Juristische Methodenlehre). Savigny verwirft damit ausdrücklich die sogenannte Ideologische Interpretation, die von der herrschenden Meinung zu den „klassischen Methoden" gerechnet und in der Praxis wegen ihrer „zweck"elastischen Geschmeidigkeit bevorzugt wird.

Der spätere Savigny, der den „Volksgeist", die gemeinsame Rechtsüberzeugung des Volkes statt des positiven Gesetzes als die eigentliche Rechtsquelle ansieht, spricht in seinem „System" von 1840 den Rechtsnormen - unbeschadet ihrer begrifflichen Ausarbeitung - „in der Anschauung des Rechtsinstituts ihre tiefere Grundlage" zu. Er beschränkt das begriffliche Denken auf die Erfassung der unumgänglichen abstrakten Rechtsregeln in der Weise der formalen Logik. Damit eröffnet er einen Weg, der, wenn auch nicht immer gradlinig, über Puchta, Jhering und Gerber zu Laband führt. Dagegen vermochte er sein eigentliches Anliegen, gegenüber den einzelnen Rechtsregeln das durch Anschauung erfassbare Rechtsinstitut als ein Sinnganzes in den Vordergrund zu rücken, auf dem Weg methodischer Differenzierung nicht hinreichend klar zu machen. Die Rechtsnormen sollen nach ihm nicht aus sich verstanden werden können, sondern nur aus der Anschauung des Rechtsinstituts, das dem Gesetzgeber beim Akt der Legislation als „organisches" vorschwebte, aus dem er durch einen „künstlichen Prozess die abstrakte Vorschrift des Gesetzes bilden" musste. Der Interpret soll „durch einen umgekehrten Prozess den organischen Zusammenhang hinzufügen, aus welchem das Gesetz gleichsam einen einzelnen Durchschnitt darstellt". Die konstitutive Rolle des Sachbestandteils rechtlicher Vorschriften, die Strukturierung der Rechtsnorm nach Normbereich und Normprogramm, ist der Sache nach in dieser genetischen Beschreibung angedeutet. Diese Seite seines späteren Ansatzes findet sich jedoch im „System" von 1840 weniger deutlich ausgearbeitet als die dann zum Positivismus und zur konstruktiven Begriffsjurisprudenz führende. Wie in der Frühschrift gibt Savigny auch im „System" vier Auslegungsarten an: die grammatische, die logische, die historische und die systematische. Nicht im Gesetzespositivismus, wohl aber noch bei Savigny ist die Einsicht leitend, dass diese Gesichtspunkte weder je selbständig noch scharf umgrenzbar sind. Vor aller positivistischen Verdinglichung und Verhärtung der canones bezeichnete Savigny die grammatischen, logischen, historischen und systematischen Hilfsaspekte ausdrücklich nicht als „Arten der Auslegung", sondern als „Elemente" eines einheitlichen Auslegungsvorgangs, als „verschiedene Tätigkeiten, die vereinigt wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll". Ihr gegenseitiges Verhältnis richtet sich bei ihm nach der sachlichen Eigenart des zu entscheidenden Falls.

Ausdehnende wie einschränkende Auslegung werden nunmehr zur Berichtigung eines mangelhaften Ausdrucks im Normtext zugelassen. Der Gesetzeszweck wird auch jetzt noch als „vom Inhalt des Gesetzes getrennt" vorgestellt. Seine Verwendung im Geschäft der Auslegung soll, wenn auch „nur mit großer Vorsicht", zulässig sein. Bei Unbestimmtheit des im Normtext enthaltenen Ausdrucks sollen der „innere Zusammenhang der Gesetzgebung" und - soweit nachweisbar - der spezielle Zweck des Gesetzes herangezogen werden. Ist ein solcher nicht belegbar, so darf auf einen „allgemeinen Grund" im Sinn des später so genannten „allgemeinen Rechtsgedankens" zurückgegriffen werden.

*JM I, Rnn. 92 ff.*

### **Auslegung, richtlinienkonforme**

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist einigen Aspekten der verfassungskonformen Auslegung vergleichbar, insgesamt aber vielschichtiger. Vergleichbar ist sie ihr insoweit, als auch sie den Ausgangspunkt in einer Situation hat, worin ein Normtext verschiedene Möglichkeiten der Interpretation eröffnet und im Zweifel dann diejenige auszuwählen ist, die mit dem höherrangigen Recht vereinbar bleibt. Der wichtigste Anwendungsfall, die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, hat jedoch noch einen zweiten Ausgangspunkt, nämlich die Nicht- oder Falschumsetzung der Richtlinie durch die zuständigen innerstaatlichen Stellen.

Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist von der richtlinienkonformen zu unterscheiden. Es handelt sich um zwar verwandte, aber voneinander zu trennende Auslegungsweisen, deren wesentlicher Unterschied in dem jeweiligen Maßstab liegt, an dem das nationale Recht gemessen wird.

Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts meint das an Sinn, Zweck und Ziel des gesamten EG-Rechts ausgerichtete Verständnis nationaler Normtexte. Erfasst wird damit die abstrakt-generelle Überprüfung, ob die Konkretisierung einer nationalen Vorschrift mit primärem oder sekundärem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Es geht hier um die Auslegung in Übereinstimmung mit unmittelbar anwendbarem Recht, insbesondere um die Auslegung in Konformität mit Primärrecht und den Verordnungen.

Die richtlinienkonforme Auslegung ist von der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung besonders unter zwei Aspekten zu trennen. Sie ist in ihrem Anwendungsbereich enger und umfasst nur die Auslegung des nationalen Rechts im Hinblick auf jeweils eine spezielle nach Art. 249 Abs. 3 EG ergangene Richtlinie. Ferner handelt es sich hier um die Auslegung in Übereinstimmung mit Recht, welches noch in nationales Recht umgesetzt werden muss. Die richtlinienkonforme Auslegung ist also nur ein besonderer Teilaspekt der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung. Sie hat die größte Relevanz für die Praxis. Denn die Richtlinie ist das zentrale Instrument der Rechtsetzung durch Gemeinschaftsorgane. Ferner sind Richtlinien nach Art. 249 Abs. 3 EG nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch die Wahl der Mittel den mitgliedstaatlichen Stellen.

Die Unterschiede der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zum Gemeinschaftsrecht und die zwischen den nationalen Rechtsordnungen lassen es einleuchtend erscheinen, dass Konflikte bezüglich der Ordnungsgemäßheit der Umsetzung aufkommen. Um diese zu lösen, ist die konforme Auslegung nationalen Rechts im Anwendungsbereich der Richtlinie ein Mittel von kaum zu überschätzender Wichtigkeit.

*JM I, Rnn. 428 b*

### **Auslegung, systematische**

Vom methodischen Verfahren her gesehen, enthält systematische Interpretation zwei Möglichkeiten. In der ersten Gruppe von Fällen wird ein Normtext B herangezogen, um Gesichtspunkte für eine Konkretisierung der Norm A beizutragen. Dabei ist auch der Normtext von B zu interpretieren und B insgesamt zu konkretisieren. Es ergibt sich schließlich, dass A in der Tat den Fall regiert, nicht aber B. Das Heranziehen von B hat geholfen, A für den vorliegenden Rechtsfall zu formulieren und damit dem Normtext von A eine neu gebildete Rechtsnorm zurechenbar zu machen.

Auch bei der zweiten Fallgruppe wird B zunächst zu dem Zweck herangezogen, die Konkretisierung von A zu fördern. Dabei zeigt sich jedoch, dass nicht nur A, sondern auch B den Rechtsfall regiert. Hier umschließt die regelnde Funktion von B für die Entscheidung des Falls die der ersten Fallgruppe und geht gleichzeitig über sie hinaus. Auch diese Variante wird herkömmlich zu systematischer Interpretation gerechnet. Dagegen ist nichts einzuwenden, soweit die verschiedenartigen Funktionen der systematisch herbeigezogenen Vorschrift(en) und ferner die beim systematischen Heranziehen entstehende Notwendigkeit reflektiert werden, die ins Spiel zu bringende(n) Norm(en) ihrerseits nicht nur unter systematischen, sondern unter allen geläufigen methodischen Aspekten zu konkretisieren. Selbst dort, wo bei Konkretisierung der Norm A das Verfahren systematischer Auslegung von A „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 konkretisierungsbedürftig und insofern (zumindest indirekt) „einschlägig“ werden.

*JM I, Rnn. 366 f.*

### **Auslegung, teleologische**

Die Verflochtenheit der Interpretationselemente erweist sich in der Praxis teils als sachnotwendig, teils als Folge mangelnden Methodenbewusstseins. Der historische Aspekt ist vielfach unklar mit genetischen und wegen der Vorstellung von „Eindeutigkeit“ auch mit Ideologischen Unterstellungen vermischt. Der systematische Topos braucht für die Wahl zwischen einer Systematik der Normtexte, der Normprogramm- und der Normbereichselemente zusätzliche Gesichtspunkte, die nur durch grammatische, historische, genetische und wiederum durch systematische Auslegung sowie durch

Analyse der Normbereiche gewonnen werden können. Die angeblich Ideologische „Methode“ schließlich konnte als normtheoretisch oder methodisch eigenständig bisher nicht belegt werden. Sie wirkt in der Praxis als Sammelbecken subjektiver oder jedenfalls subjektiv vermittelter Wertungen von normbezogener und nicht-normbezogener, im ganzen von vorwiegend rechts- und verfassungspolitischer oder allgemeinpolitischer Art. Gleich oft dient sie als Etikett für solche Sachgesichtspunkte aus dem Normbereich, die sich sonst unter Floskeln wie „Zweckmäßigkeit“, „Praktikabilität“, unter funktionell ungeklärten Vorstellungen von „Natur der Sache“, „Wesen des Rechtsinstituts“, „Berücksichtigung sozialer und politischer Gegebenheiten“ oder unter ähnlichen verbalen Behelfen verbergen.

Die teleologische Interpretation ist kein elbständiges Element der Konkretisierung, da Gesichtspunkte von „Sinn und Zweck“ der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der ändern Elemente belegt werden können. „Sinn und Zweck“ ist, anders gesagt, keine Methode, sondern bereits ein Ergebnis. Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem ändern Konkretisierungsgesichtspunkt nachweisbar ist, disqualifiziert sich als normgelöste subjektive „Wertung“ oder „Abwägung“. Die Frage nach „Sinn und Zweck“ der zu konkretisierenden Norm bildet jedoch eine unterscheidbare und damit selbständige Fragestellung bei jeder Arbeit mit grammatischen, historischen, genetischen 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.

*JM I, Rnn. 363, 364.*

### **Auslegung, verfassungskonforme**

Nach diesem Grundsatz ist eine Gesetzesnorm immer so auszulegen, dass sie mit den Grundsätzen der Verfassung im Einklang steht. Bei mehreren Möglichkeiten der Normauslegung soll diejenige maßgeblich sein, bei der die gesetzliche Regelung mit der Verfassung konform geht. Der Grundsatz verbindet somit Normtextauslegung mit Normenkontrolle. Die Kontrollfunktion von Verfassungsnormen ist geläufig, prozessual allerdings auf bestimmte formalisierte Verfahren beschränkt. Ebenso geläufig ist die Heranziehung anderer Vorschriften zur Konkretisierung einer bestimmten Norm im Weg der systematischen Auslegung; nicht herkömmlich dagegen das Heranziehen von Verfassungsnormen zur Bestimmung des Inhalts von Gesetzesvorschriften. Daher kann der Grundsatz verfassungskonformer Auslegung „methodenkonform“ zu den bisherigen Interpretationsgesichtspunkten prinzipiell gleichartig hinzutretend angesehen werden. Er geht über systematische Auslegung im üblichen Sinn insofern hinaus, als nicht nur formsystematisch bzw. sachsystematisch korrespondierende Verfassungsnormen herangezogen werden sollen, sondern als die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der zu konkretisierenden Gesetzesvorschrift im Hinblick auf eine durchgehende Verfassungskonformität in die Konkretisierung eingebracht werden soll. Dagegen bedeutet das Einführen dieses Grundsatzes nicht die „Rückkehr zu einem längst überwundenen Methodenmonismus“ nicht eine absolute Vorrangstellung des Aspekts der Verfassungskonformität. Methodisch bleibt der Gesichtspunkt verfassungskonformer Auslegung nur eines unter mehreren Konkretisierungskriterien, das die herkömmlichen nicht im Sinn einer Rangabstufung vergewaltigt. Das träfe allerdings dann zu, wenn die Praxis die Frage der Maßgeblichkeit der Kriterien ohne Rücksicht auf die Struktur der zu konkretisierenden Norm und auf die des zu entscheidenden Falles ausschließlich unter dem Konformitätsgesichtspunkt beurteilen würde. Hier wären die Grenzen rechtsmethodisch verantwortbarer Konkretisierung überschritten. Demgegenüber muss der Grundsatz verfassungskonformer Gesetzesauslegung „methodenkonform“ verwendet werden: Er wird erst dann ins Spiel gebracht, wenn sich mit Hilfe der herkömmlichen und sonstiger Hilfsmittel der Konkretisierung verschiedene nebeneinander stehende Deutungsvarianten der fraglichen Norm herausgestellt haben. Bei der Erarbeitung dieser Deutungsvarianten sind die „normalen“ methodischen Mittel einzusetzen. Der Aspekt der Verfassungskonformität würde dann nur, von der Entscheidung her gesehen, die Ergebnisfähigkeit dieser Interpretationsmittel für abweichende Lösungsalternativen im Einzelfall beschneiden. Das verfassungskonforme Ergebnis ist aber in jedem Fall mit den normalen Konkretisierungsinstrumenten gewonnen worden. Auch die zugleich als Kontroll- wie als Sachnormen heranzuziehenden Verfassungsvorschriften müssen mit Hilfe aller zur Verfügung stehenden Gesichtspunkte konkretisiert werden. Auf solche Weise stellt der Aspekt verfassungskonformer Gesetzesauslegung nicht ein eigentliches Konkretisierungskriterium dar, sondern eine Vor-

zugsregel für die Entscheidung zwischen verschiedenen, mit den üblichen Konkretisierungshilfen erarbeiteten alternativen Ergebnissen.

Die Grenzen des Verfahrens sind funktionellrechtlicher Art. Sie betreffen das Verhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeit zu den übrigen Gerichtsbarkeiten und zur Gesetzgebung. Mit seinem Ansatz, durch Vermutung der Verfassungsmäßigkeit demokratisch zustande gekommener Gesetze deren Nichtigerklärung nach Möglichkeit zu vermeiden, betont das Verfahren den Vorrang des Gesetzgebers bei der Konkretisierung der Verfassung und verlangt richterliche Zurückhaltung. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze am Wortlaut des Normtextes! Diese Grenze ist verletzt, wenn die mit Hilfe der verfassungskonformen Auslegung gewählte Verständnisvariante auf eine Korrektur des vom Gesetzgeber geschaffenen Normtextes hinausläuft. Eine solche Korrektur ist Aufgabe des Gesetzgebers. Wird sie kurzerhand - eben durch „verfassungskonforme Auslegung“, die ihre Grenzen überschreitet - vom Gericht ausgeführt, so greift dies noch stärker als eine Nichtigerklärung in legislative Kompetenzen ein. Dann wird nämlich ein Quasi-Normtext an die Stelle des amtlichen Normtextes gesetzt. Das positive Recht ermächtigt das Gericht dagegen nur dazu, in den dafür vorgesehenen Fällen amtliche Normtexte als verfassungswidrig zu annullieren.

*JM I, Rnn. 100 f.*

### **Auslegungslehre, subjektive**

Kann man wirklich die Bedeutung eines Textes mit dem Willen seines Autors gleichsetzen?

Bei der Vorstellung, hinter dem Gesetz stehe ein formierender Wille, den der Normtext dann erst nachträglich verkörpert, wird die Sprache auf ein bloßes Ausdrucksmedium ohne Eigengewicht reduziert. Wenn man dieses vom Repräsentationsgedanken behauptete Modell eines vor-ausdrücklichen Willens und seiner dann erst nachträglichen Verkörperung ernst nimmt, muss man die Frage stellen, welche Seite bei dieser Verknüpfung denn die eigentlich maßgebende ist. Diese Frage betrifft das grundlegende Problem einer Lehre, nach der die Textbedeutung durch die Absicht des Textproduzenten festgelegt wird. 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 vor-ausdrücklichen Intention auf die Bedeutung des Textes schließen, sondern nur umgekehrt von der Bedeutung eines Textes zurück auf die Intention. Die Bedeutung eines Textes kommt nicht, wie die subjektive Auslegungslehre es voraussetzt, so zustande, dass der Textproduzent irgendwelche bedeutungsverleihenden Akte ausführt; sondern die Intentionalität des Textproduzenten muss an ein bestimmtes System sprachlicher Bedeutungen anknüpfen. 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 vor-ausdrückliche 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 angeblich äußerliche sprachliche Form der vorgeblich reinen Innerlichkeit des Willens zuvor. Wittgenstein hat dementsprechend an verschiedenen Sprachspielen gezeigt, dass es nicht möglich ist, Meinen oder Wollen als von Sprache unabhängigen Akt zu vollziehen. Das Wollen ist kein privater Akt reiner Innerlichkeit; sondern es wird Subjekten im Kommunikationsprozess aufgrund bestimmter Kriterien zugeschrieben, die ihrerseits ein Sprachspiel eigener Art darstellen. Als Ursprung seines Ausdrucks kommt der Wille immer zu spät. Tatsächlich hat die auktoriale Intention nie einen rein individuellen Status; sie kann nur einer sprachlichen Konvention folgend formuliert werden, deren Gesamtzusammenhang sie nie vollständig überblickt.

*JM I, Rnn. 361° ff.*

© (Online-Fassung) Ralph Christensen 2004