

Grundrisse des Rechts

Rechtsphilosophie

von

Prof. Dr. Dr. h.c. Kurt Seelmann, PD Dr. Daniela Demko

6. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67172 2

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

tag ständig Situationen schafft, in denen die eigentliche Rechtsdogmatik allenfalls zu einer Problemdefinition führt, aber selbst nicht die Lösung bereithält. Man spricht insoweit vom „Offenheitsbereich“ des positiven Rechts,³⁶ der dazu führt, dass weit über ausdrückliche Inkorporationen hinaus der *Bezug auf Richtigkeitskriterien*, die das positive Recht inhaltlich nicht vorgibt, doch von eben diesem positiven Recht notwendig vorausgesetzt wird. Der Jurist muss hier Entscheidungen treffen.

a) Semantische Spielräume bei der *Interpretation*

Zu solchen Entscheidungssituationen juristischer Dogmatik gehören in erster Linie die bekannten Schwierigkeiten bei der *Interpretation* von Gesetzen. Dass man trotz korrekter Orientierung an der Grammatik noch in solche Schwierigkeiten geraten kann, führt die neuere Methodenlehre insbesondere auf zwei mögliche Eigenschaften von Wörtern zurück: Sie können „mehrdeutig“ oder „vage“ sein.

Mehrdeutigkeit besteht darin, dass es für ein- und dasselbe Wort verschiedene semantische Anwendungsregeln gibt, dass ein Wort in verschiedenen Kontexten verschiedene Bedeutungen erlangen kann.³⁷ Man denke an das Wort „Star“, das je nach Kontext einen Vogel, einen Schauspieler oder eine Augenkrankheit meinen kann. Häufig sind die verschiedenen Bedeutungen allerdings näher verwandt: „Schaden“ i. S. des Betrugstatbestandes (§ 263 dStGB, Art. 146 schwStGB, § 146 öStGB) kann z. B. jeder wirtschaftliche Nachteil sein oder nur eine Beeinträchtigung rechtlich geschützter Positionen.

Vagheit bedeutet dagegen, dass die Verwendungsregeln eines Wortes für eine Anzahl von Gegenständen positiv wie negativ klar sind, dass es „dazwischen“ aber Gegenstände gibt, die sich nicht eindeutig dem Wort zurechnen lassen („neutrale Kandidaten“).³⁸ Dass es etwa ein „Beschädigen“ i. S. der Sachbeschädigungstatbestände ist, wenn jemand ein Auto zertrümmert, entspricht eindeutig dem üblichen Wortgebrauch (Substanzverletzung = Beschädigung). Andererseits ist auch klar, dass derjenige das Auto nicht beschädigt, der es lediglich mit einem anderen Anstrich versieht (aus kriminalpolitischen Grün-

36 Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, S. 118.

37 Koch, Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rußmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, S. 155 ff. (159).

38 Koch, (o. Anm. 37), S. 158 f. Zur Mehrdeutigkeit und Vagheit deskriptiver Tatbestandslemente auch Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 60 ff.

den, die nichts mehr mit Gesetzesauslegung zu tun haben, ist im Strafrecht allerdings auch das umstritten). Dazwischen liegen jene Handlungen, hinsichtlich derer allein vom üblichen Sprachgebrauch her nicht entschieden werden kann, ob sie zum „Beschädigen“ gehören (z. B. Ablassen von Luft aus dem Reifen durch Aufschrauben der Ventile).³⁹

- 33 Wie entscheidet man nun in solchen Fällen, in denen weder der Wortlaut noch der Kontext weiterhelfen? Man fragt nach dem Willen des (historischen) Gesetzgebers oder nach der „ratio“ des Gesetzes (subjektiv bzw. objektiv teleologische Interpretation). Das Problem, in welcher Rangfolge beide Interpretationen im Kollisionsfall zueinander stehen, kann hier nicht behandelt werden. An dieser Stelle interessiert nur, welche Überlegungen in beiden Fällen anzustellen sind. Fragt man nach dem Willen des Gesetzgebers, so lässt sich dafür u. U. aus den veröffentlichten Motiven etwas entnehmen. Kann man, was nicht häufig der Fall sein wird, einen eindeutigen gesetzgeberischen Zweck finden, so ist empirisches Wissen darüber erforderlich, welche Interpretation dem jeweiligen Zweck gerecht wird⁴⁰ – das gilt entsprechend natürlich auch für die „objektiv-teleologische“ Auslegung. Sozialwissenschaftliche und/oder naturwissenschaftliche Erkenntnisse sind dann an diesem Punkt unerlässlich.
- 34 Dies lässt sich besonders gut zeigen bei relativ klaren Zielvorgaben wie im besonderen Verwaltungsrecht. In stark ideologisch geprägten Rechtsgebieten wie dem Strafrecht, dessen gesetzgeberische Zwecke häufig sehr generell sein werden (Schutz bestimmter Rechtsgüter, Bekämpfung bestimmter krimineller Handlungen) ist eine solche Vorgehensweise schon sehr viel schwieriger. Die Ziele „Schutz des Vermögens“ oder „Schutz des Eigentums“ sagen für die Beantwortung der in unseren Beispielen („Schaden“ bzw. „beschädigen“) aufgeworfenen Fragen noch wenig aus. Der Richter wird nach einer konkreten „ratio legis“ fragen, wie sie ihm vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgegeben ist (etwa indem er „Schaden“ aus dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung eng oder aus dem Bestreben, keine strafrechtsfreien Räume entstehen zu lassen, weit interpretiert, und indem er „beschädigen“ ausgerichtet am Interessenhorizont des Opfers auch als „Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs“ interpretiert oder unter Hinweis auf die „ultima-ratio-Funktion“ des

39 Vgl. dazu BGHSt 13, 207 ff.

40 Vgl. Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 216.

Strafrechts das Merkmal restriktiv interpretiert). Will er seine Entscheidung jeweils genauer begründen, gerät er in komplizierte Gerechtigkeitserwägungen. Dies gilt auch für eine besondere Art der objektiv teleologischen Auslegung, die „Folgenorientierung“. Um die Entscheidung von ihren Folgen her zu legitimieren, braucht man nicht nur prinzipiell die empirische *Rechtstatsachenforschung*, sondern entscheidungsnotwendig ist auch eine *Bewertung* der Folgen durch den Richter.⁴¹

b) Wertungen

Eine nicht einfach zu beantwortende Frage ist, ob es neben solchen 35 empirischen Fragen und neben Wertungsproblemen, die sich aus semantischen Spielräumen ergeben, in Gesetzesresten noch besondere „Wertbegriffe“ gibt, die ein eigenständiges Interpretationsproblem darstellen und *unmittelbar* – ohne den Weg über die Feststellung von „Mehrdeutigkeit“ oder „Vagheit“ – dem Gesetzesanwender eine Wertung abverlangen. Als „Wertbegriffe“ oder „wertausfüllungsbedürftige“ Begriffe gelten z. B. „Zumutbarkeit“, „unangemessen“, „unbillig“, „wesentliche Beeinträchtigung“, „gefährlich“, „anstößig“ usw. Einerseits wird vertreten, solche „Wertbegriffe“ bedeuteten keine eigenständige Problematik: Interpretationsprobleme ergäben sich nur, wo die deskriptive Komponente solcher Begriffe „vage“ (s. o. a)) sei. Die wertende Komponente drücke lediglich eine positive oder negative Stellungnahme (gemeint ist: des Gesetzgebers) aus, die keine zusätzlichen Interpretationsprobleme schaffe.⁴² Demgegenüber steht die Auffassung, dass solche „Wertbegriffe“ für den Rechtsanwender unterschiedliche deskriptive Bestimmungen dessen, was gut, zumutbar oder empfehlenswert sei, ermöglichen.⁴³

Damit herrscht aber doch Einigkeit darüber, dass Interpretationsprobleme bei „Wertbegriffen“ jedenfalls auch aus der „Vagheit“ der deskriptiven Komponente entstehen. Allerdings ist der zweiten Auffassung darin Recht zu geben, dass die gemeinsame Eigenschaft aller „Wertbegriffe“ darin besteht, durch ihre wertende Bedeutungskomponente implizit eine *Bewertungsermächtigung* des Gesetzgebers an den Rechtsanwender für den nicht eindeutig durch die deskriptive

41 Vgl. Gast, Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion, 4. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 238 a. E.

42 Koch, (o. Anm. 37), S. 159 f., ähnlich Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 55 ff.

43 Alexy, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen in: Hassemer (Hrsg.), Argumentation und Recht, Wiesbaden 1980, S. 181 ff. (191).

Bedeutung festgelegten Bereich zu enthalten. Wenn man von Generalklauseln spricht (vgl. oben 2.), meint man häufig solche Vorschriften, die durch Wertbegriffe mit relativ wenig festgelegtem deskriptiven Gehalt bestimmt werden, wie etwa § 242 BGB (D), Art. 2 ZGB (CH), § 6 Datenschutzgesetz (A) oder Art. 1375 CC (It). Bei der Bestimmung des deskriptiven Gehalts werden dann angesichts der Wertungsermächtigung die oben 2. c) dargestellten Alternativen besonders deutlich: Soll der Richter nach den im sozialen Leben tatsächlich vertretenen Wertungen, die sich evtl. sogar zu sozialen Normen verdichtet haben, Ausschau halten oder eine eigene Wertung begründen? Diese Entscheidungssituation aber gibt es bei jeder durch objektiv-teleologische Interpretation geforderten Entscheidung und nicht nur bei den „Wertbegriffen“ i. e. S., also immer, wenn man nach dem Zweck einer gesetzlichen Formulierung fragt.

- 37 Besondere Beachtung verdient im Zusammenhang mit „wertausfüllungsbedürftigen“ Begriffen § 34 dStGB (ähnlich Art. 17 schwStGB; Österreich kennt keine rechtfertigende, sondern nur eine entschuldigende Notstandsvorschrift (§ 10 öStGB)). Für das Vorliegen einer Rechtfertigung ist danach Voraussetzung, dass „das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt“. Anders als z. B. im französischen Code pénal, der in den Art. 122–5 und 122–7 lediglich auf eine „(dis)proportion“ abhebt, oder im italienischen Codice penale, der in den art. 52 und 54 das Wort „proporzionato“ verwendet, wird hier jedoch ausdrücklich auf die anzustellende Wertung Bezug genommen. Die Entscheidung über ein „wesentliches Überwiegen“ soll nämlich gefällt werden „bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren“. Dem Rechtsanwender wird eine Wertung der konfliktierenden Interessen auferlegt – er muss entscheiden, welches Interesse höher wiegt – ohne dass das Gesetz ihm hinreichend Hilfen für diese Wertung an die Hand gibt. Zwar sollen die in Frage stehenden Rechtsgüter eine Rolle dabei spielen, und das heißt bei einer Abwägung: die für die Verletzung der Rechtsgüter ange drohten Strafen – aber nur „namentlich“. D. h. für die Wertung im konkreten Fall müssen noch andere Kriterien herangezogen werden, die sich aus dem positiven Recht zumindest nicht unmittelbar entnehmen lassen. In Frage kämen rein theoretisch auch hier wieder zwei Lösungen: Das Gericht informiert sich entweder, welches von zwei konfliktierenden Interessen in der Bevölkerung als das höherrangige angesehen wird. Oder aber es sucht eine Interessenhierarchie aus lei-

tenden Gedanken der Rechtsordnung⁴⁴ oder aus einer der Rechtsordnung vorgegebenen, dann besonders begründungsbedürftigen Wertehierarchie herzuleiten.

Auf eine nicht selten anzutreffende Kombination eines „wertausfüllungsbedürftigen“ Begriffs mit einem empirisch ermittelbaren Gehalt sei noch verwiesen. § 47 I dStGB sieht ausnahmsweise die Verhängung von Freiheitsstrafen unter 6 Monaten u. a. dann vor, wenn dies „zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich“ ist. „Unerlässlich“ ist ein Wertbegriff. „Verteidigung der Rechtsordnung“ wird heute von der h. M. als „Generalprävention“ verstanden, die § 47 dStGB ausnahmsweise als Strafzweck zulasse. Für die Wertung, ob er eine abschreckende Strafe zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung für „unerlässlich“ hält, muss der Richter sich also zunächst Gedanken über die generalpräventive Wirkung dieser oder jener Strafe machen, denn auf die Lösung dieser empirischen Vorfrage ist seine Wertung angewiesen. Genau genommen müsste er also vorweg auch auf soziologische Forschungen über die generalpräventive Wirkung von Strafe zurückgreifen. Da dieses Gebiet bisher aber nur in Ansätzen erforscht ist⁴⁵ und, soweit es erforscht wird, eher Zweifel an einer umfassenden generalpräventiven Wirkung von Strafe genährt werden, sieht sich die Praxis in diesem Fall auf eigene soziologische „Alltagstheorien“ verwiesen. Auf dieser schwankenden Basis einer wissenschaftlich nicht belegten „Alltagstheorie“ erfolgt dann die normative Entscheidung über die „Unerlässlichkeit“ – kein Beispiel guter Gesetzgebung.

c) Normative Prämissen *jenseits* des Bereichs der Gesetzesinterpretation

Es ist allgemein bekannt, dass der Rechtsanwender nicht *nur* Gesetze *interpretiert*. Das Gesetz ist zudem unter den normativen Prämissen der Entscheidungsfindung keineswegs die einzige Prämisse (sondern tritt neben andere Prämissen, wie etwa die bisherige Rechtsprechung oder das Gewohnheitsrecht).

Mit Blick auf einen Bereich *jenseits* blosser Gesetzesinterpretation⁴⁶ gibt es etwa Fälle, in denen das Gesetz ausdrücklich ein Ermessen

44 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 112.

45 Dölling, Generalprävention durch Strafrecht = Realität oder Illusion? ZStW 102 (1990), S. 1 ff. (2f.); zur „positiven Generalprävention“ vgl. v. Hirsch, Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtliche Abhandlungen, Berlin 2005, S. 20.

einräumt. Wer von diesem Ermessen Gebrauch macht, interpretiert nicht nur ein Gesetz, sondern wird ausdrücklich zur *Ergänzung* des gesetzlichen Tatbestands aufgefordert. Für die dabei anzustellenden Wertungen und das Einbringen empirischen Wissens gilt daher das zur subjektiv- und objektiv-teleologischen Interpretation Gesagte im Grundsatz auch.⁴⁶

- 41 Nicht anders ist die Situation bei den speziellen juristischen Schlussformen wie „argumentum a fortiori“ („Erst-recht-Argument“), „Analogie“ und „argumentum e contrario“ („Umkehrschluss“).⁴⁷ Zu entscheiden, ob Sachverhalte in bestimmter Hinsicht zueinander in einem Steigerungsverhältnis stehen, ähnlich oder verschieden sind, erfordert wieder nicht nur *Tatsachenkenntnisse*, sondern auch *Wertungskriterien*. Widersprüche im Gesetz sind zu klären und zu harmonisieren, Lücken gilt es zu füllen; es sind also, weit über eine bloße Interpretation hinaus, Rechtssätze harmonisierender und ergänzender Art vom „Rechtsanwender“ überhaupt erst zu *bilden*.
- 42 So sehr schon für all diese normativen Prämissen einer Entscheidung auch empirisches Wissen erforderlich war, so sehr gilt dies für die eigentliche Tatsachenseite der Entscheidung, die Feststellung des Sachverhalts. Diese Feststellung der Tatsachen, an welche die Rechtsfolgen anknüpfen, ist eine in der Methodenlehre allgemein anerkannte Leistung.⁴⁸ Nicht nur eigene Wahrnehmungen des Richters in der Beweiserhebung, sondern auch die Behauptung geltender Zusammenhänge (deterministischer Erfahrungssätze) sowie statistische und probabilistische Erfahrungssätze gehen hierbei ein.⁴⁹ Allerdings gilt auch: So wie für die normativen Prämissen des Entscheidens *empirisches Wissen* nötig war, bedarf es zur Festlegung des juristisch *relevanten* Sachverhalts zugleich auch *normativer Überlegungen: relevant* im Hinblick auf welche gesetzliche Regelung? Wie die Auslegung des Gesetzes ja gerade schon im Hinblick auf einen bestimmten Fall erfolgt – nur weil, um bei einem schon genannten Beispiel zu bleiben, Luft aus einem Autoreifen gelassen wurde, stellt sich das Problem, ob darin ein „Beschädigen“ i. S. der Sachbeschädigungstatbestände liegt –, so kann andererseits der „Fall“ auf seine rechtlich

46 Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 236.

47 Dazu Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 203 ff.

48 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 99 ff.

49 Rüssmann, Allgemeine Beweislehre und Denkgesetze, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüssmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, S. 369 ff. (370 ff.); Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 125 f.

relevanten Merkmale nur im Hinblick auf ein bestimmtes Gesetz mit bestimmten Tatbestandsmerkmalen hin untersucht werden.

Diese Problematik hat die Rezeption der neueren durch Martin Heidegger (1889–1976) und Hans-Georg Gadamer (1900–2002) entwickelten Hermeneutik auf die Jurisprudenz begünstigt.⁵⁰ Einige Autoren haben darauf hingewiesen, dass Rechtsfindung durch den Richter notwendig ein zirkulärer Prozess sei – freilich ohne dass man darin einen unzulässigen logischen Zirkel begreifen dürfe. Um nämlich den Sachverhalt konstruieren zu können, müsse man erst ein Gesetz finden, unter das er subsumiert werden könne; das Gesetz aber lasse sich nur im Hinblick auf den Sachverhalt beurteilen, da seine Merkmale erst an dem Sachverhalt konkretisierbar seien. Der Sachverhalt erhalte also seine endgültige Fassung nur aus dem Gesetz, dieses wiederum bedürfe zu seiner Interpretation des Sachverhalts. Zur Erklärung dafür, warum dieser „hermeneutische Zirkel“ dennoch in einer Lösung ein Ende finde, wird auf die Kategorie des „Vorverständnisses“ hingewiesen.⁵¹ Das Vorverständnis des Juristen von dem möglicherweise passenden Gesetz gebe bereits einen Hinweis auf vielleicht dem Gesetz subsumierbare Fälle. Damit sei der Einstieg gewährleistet und es komme nun darauf an, nach und nach Gesetz und Fall in jene Beziehung zu bringen, die eine Subsumtion ermögliche.

Die juristische Hermeneutikrezeption ist nicht unwidersprochen geblieben. Zwar behauptet niemand (und hat wohl seit dem 20. Jahrhundert auch niemand behauptet), die Subsumtion eines Falles unter ein Gesetz reiche zur Rechtsfindung aus. Sprachanalytisch interessierte Kritiker der Lehre vom „hermeneutischen Zirkel“ werfen dieser jedoch vor, dass sie die dem Rechtsanwendungsprozess zugrunde liegenden semantischen Probleme noch nicht hinreichend präzise herausgearbeitet habe.⁵² In Wahrheit wandere nämlich der Blick nicht zwischen dem Sachverhalt und einer einmal gewählten gesetzlichen Regelung hin und her,⁵³ sondern es werde zunächst *nur* eine Hypothese über das passende Gesetz aufgestellt, die bei näherer Überprü-

50 Gadamer, Wahrheit und Methode; Heidegger, Sein und Zeit, 19. Aufl., Tübingen 2006, § 32.

51 Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 135 ff.; dazu auch Habermas, Erkenntnis und Interesse, Hamburg 2008, S. 210 ff. Für das Verfassungsrecht: Müller/Christensen, Juristische Methodik, 10. Aufl., Berlin 2009, Rn. 271 ff.

52 Rottleuthner, Hermeneutik und Jurisprudenz, in: Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg/Ts. 1976, S. 7 ff. (23 ff.); Kuhlen, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, Berlin 1977, S. 162 ff.

53 So aber die bekannte Formulierung von Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963, S. 15.

fung des Sachverhalts auch wieder verworfen werden könne. Einen „Zirkel“ dürfe man darin nicht sehen, denn es setzten nicht Sachverhalt und bereits gewählte gesetzliche Regelung einander wechselseitig voraus, sondern die Annäherung an das einschlägige (bisher nur hypothetisch ins Auge gefasste) Gesetz werde nur im Laufe der Suche nach diesem immer konkreter.

- 45 Auf die hier dargestellten außergesetzlichen juristischen Argumentationsformen hingewiesen zu haben, bleibt gleichwohl das Verdienst der juristischen Hermeneutik. Soll mit der Behauptung der Vertreter der juristischen Hermeneutik, juristisches Entscheiden lasse sich nicht auf Semantik reduzieren,⁵⁴ die Bedeutung nichtpositiver Richtigkeitskriterien für das Recht gemeint sein, so ist dem uneingeschränkt zuzustimmen. Die Forderung nach einem vollständigen Deduktionsschema für juristische Entscheidungen steht dazu jedoch nicht in einem Widerspruch. Je strenger die methodischen Anforderungen an die Ausweisung aller tatsächlichen und normativen Prämissen ausfallen, desto besser wird gerade auch die Relevanz etwa von Gerechtigkeitsüberlegungen für die juristische Praxis erkennbar werden.
- 46 Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass nicht nur in den oft schon auf den ersten Blick mit fundamentalen Wertungen befasssten Entscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Orientierung an *nichtpositiven Richtigkeitskriterien* unvermeidbar ist. Darüber hinaus geht es, wie gezeigt werden sollte, auch im juristischen Alltag um die Auseinandersetzung mit leitenden Prinzipien, die im Gesetz nicht ausdrücklich benannt werden. Rechtsgewinnung setzt, will sie nicht willkürlich verfahren, die ständige möglichst rationale Erörterung nichtpositiver Richtigkeitskriterien voraus.⁵⁵ Man könnte sagen, das Naturrecht sei heute in die Auslegungslehre eingegangen und dort „omnipräsent“⁵⁶.

54 U. Neumann, Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik, in: Hassemer (Hrsg.), Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, Heidelberg 1983, S. 49 ff. (55); vgl. auch dens., Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie, in: Senn/Fritschi (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Hermeneutik, S. 87 ff.

55 In diesem Sinne auch Hofmann, Rechtsphilosophie, in: Koslowski (Hrsg.), Orientierung durch Philosophie, S. 118 ff.

56 Braun, Rechtsrelativismus und Rechtabsolutismus, S. 272.