

Juristische Methodenlehre

von
Prof. Dr. Dr. h.c. Reinhold Zippelius

11. Auflage

Juristische Methodenlehre – Zippelius

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

Thematische Gliederung:

Methodenlehre, Rechtstheorie, -politik



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 63668 4

fähige Beurteilungen heraus, die mit einiger Sicherheit feststellbar sind.¹ Hier bleibt der Rechtsprechung dann oft nichts anderes übrig, als schrittweise den Bedeutungsumfang der Gesetzesworte genauer zu bestimmen (§ 12 I).

Die Grenze des *möglichen Wortsinnes* ist auch die *Grenze der Auslegung*.² Will die Jurisprudenz sie überschreiten, so kann das nicht durch Interpretation, sondern nur durch gesetzesergänzende oder gesetzesberichtigende Rechtsfortbildung, insbesondere durch „Lückenausfüllung“ geschehen (§ 11). – Die Frage nach den Grenzen des Bedeutungsspielraums zielt darauf, welche Bedeutungen einem Wort gerade noch beigelegt werden können, und zwar – soweit das Gesetz keine abweichende Begriffsbestimmung enthält – nach dem Sprachgebrauch der Rechtsgemeinschaft. Dieser „Sprachgebrauch“ ist die (regelmäßig stillschweigende) Konvention über den Horizont jener Vorstellungen, die ein bestimmtes Wort „bedeuten“ soll (§ 4 I). Nach allem, was über die „exemplarische“ Einführung der Wortbedeutungen gesagt wurde, kann für die meisten Wörter auch die Grenze der ihnen gerade noch zuzuordnenden Bedeutungen nicht völlig exakt bestimmt werden.

Der juristischen Auslegung erwächst also die Aufgabe, innerhalb dieses Bedeutungsspielraums der Gesetzesworte diejenige Bedeutung auszuwählen, die den Gesetzesworten gerade in der vorliegenden Norm richtigerweise zukommt.

b) Dass Gesetzesworte einen solchen Bedeutungsspielraum haben, ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, nämlich der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des Rechts, ein Nachteil, unter dem meist übersehenen Aspekt der „*Schmiegsamkeit*“ des Rechts aber ein beträchtlicher Vorteil: Dieser Bedeutungsspielraum verleiht den generellen Gesetzesworten eine gewisse Anpassungsfähigkeit an die Vieltätigkeit der geregelten Lebensumstände und Rechtsprobleme und vor allem auch an einen Wandel der tatsächlichen Gesamtsituation und der herrschenden sozialetischen Vorstellungen; so kann sich in diesem Feld auch ein Bedeutungswandel des Gesetzes vollziehen (§ 4 III). Diese Funktion tritt an den Generalklauseln nur besonders deutlich zutage; der Bedeutungsspielraum der Gesetzesworte gibt aber auch den anderen Rechtsnormen immerhin einen flexiblen Grenzsaum. Dieser ermöglicht einen Kompromiss zwischen den Bedürfnissen nach Rechtssicherheit einerseits und nach einer situationsbezogenen Gerechtigkeit andererseits. Ähnliches hatte Aristoteles im Sinn, wenn er meinte, das Recht solle sein wie das lesbische Richtmaß aus Blei, das sich der Gestalt des Steines anschmiegt und nicht starr bleibe.³

§ 10. Die argumentative Bestimmung der „zutreffenden“ Wortbedeutung

I. Auslegung als Legitimationsproblem

Schrifttum: Wie zu § 3 I; R. Gröschner, *Dialogik und Jurisprudenz*, 1988, S. 128 ff.; W. Hassemer, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik*, in: Festschrift für H. Jung, 2007, S. 233 ff.; Zippelius, 2011, § 39 (Lit.); ders., 1994, Kap. 32.

Alle weiteren Auslegungsbemühungen vollziehen sich auf der Grundlage des möglichen Wortsinnes: Sie bewegen sich innerhalb des (möglicherweise durch Legaldefinitionen eingegrenzten) Bedeutungsspielraums, den der Sprachgebrauch lässt; sie

¹ Zippelius, 2011, §§ 5 III; 21 II; s. auch Looschelders/Roth, 1996, S. 198 ff.

² So jetzt auch BVerfGE 71, 115; 87, 224.

³ Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, V 14.

haben innerhalb dieses Spielraums jene Bedeutung zu bestimmen, die den Gesetzesworten richtigerweise zu geben ist. Wer sich für eine der möglichen Wortbedeutungen entscheidet, muss dies rechtfertigen, d. h. Gründe dafür angeben. Auslegung vollzieht sich also in argumentativen Strukturen. Schon die nähere Prüfung der „klassischen“ Auslegungskriterien hat gezeigt, dass der historische und der systematische Kontext ein argumentatives Gewicht haben, auch, weil sie Sinn und Zweck des gesetzgeberischen Handelns verdeutlichen (§ 8). Kurz, die Auslegung von Gesetzen – d. h. die Bestimmung der zutreffenden Wortbedeutung innerhalb des möglichen Wortsinnes – vollzieht sich in einem Erwägen von Gründen, die es rechtfertigen, den Gesetzesworten diesen oder jenen genaueren Sinn beizulegen (vgl. auch § 16 II). Doch die Begründung, mit welcher der Interpret eine bestimmte Auslegung wählt, schließt andere Auslegungsmöglichkeiten oft nicht aus. So konnte das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 82, 38 f.) sagen: „Die Auslegung . . . hat den Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schließlich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen.“

Es stellt sich also die Frage nach den *legitimierenden Gründen*, welche die Bedeutungswahl leiten. Die Auslegungserwägungen beziehen wichtige Begründungen aus der Stellung der Rechtsanwendung im System der Staatsfunktionen und aus den Funktionen des Rechts überhaupt, insbesondere daraus, dass dieses widerspruchsfreie und orientierungssichere Verhaltensregelungen bieten soll, die zu einer gerechten und Nutzen bringenden Interessenbefriedigung führen. Nach solch einem „funktionalen“ Rechtsverständnis hat die Gesetzesauslegung sich insbesondere von folgenden Argumenten leiten zu lassen (ohne dass damit der Anspruch erhoben werden soll, einen vollständigen und definitiven Katalog zu geben):

Die Auslegung muss die *Funktionenteilung* im Staat in Betracht ziehen: Sie soll den Regelungszweck des Gesetzgebers verwirklichen (§ 10 II); denn im gewaltenteiligen Staat hat der Rechtsanwender die Regelungskompetenz des Gesetzgebers, also auch dessen Ziel- und Zweckmäßigkeitentscheidungen, zu beachten.

Die Auslegung soll ferner die „*Einheit des Rechts*“ wahren, also eine Lösung suchen, die widerspruchsfrei mit dem übrigen Recht, zum mindesten mit den gleich- und höherrangigen Normen, vereinbar ist (§ 10 III; s. auch § 7). Eine Norm soll also so ausgelegt werden, dass sie sich logisch widerspruchsfrei in den Kontext der höher- und gleichrangigen Rechtsnormen einfügt. Auch sollen die Zwecke und Gerechtigkeitsentscheidungen der verschiedenen Normen aufeinander abgestimmt werden. Dies dient auch der Orientierungsgewissheit. Das Bedürfnis nach Orientierungsgewissheit lässt es sogar als wünschenswert erscheinen, gleiche Wörter womöglich gleich auszulegen (Einheitlichkeit der Terminologie; s. dazu aber § 10 III a).

Nicht zuletzt soll das Recht, und damit auch die Auslegung, eine *gerechte* Regelung (§ 10 IV) und ein Optimum an *Interessenbefriedigung* (§ 10 V) bieten.

Kurz, es gilt die alte Einsicht: Gesetzesauslegung heißt auch: „von den verschiedenen Bedeutungen, welche sämtlich durch den Ausdruck gedeckt werden, die richtige und maßgebende auswählen“.¹

¹ Kohler (wie zu § 4), S. 125; vgl. auch R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?* 1986, insbes. S. 80 ff., 257 ff., 273 ff.; s. auch unten § 16 II.

II. Argumente aus dem Gesetzeszweck (teleologische Auslegung)

Schrifttum: Wie zu § 4 II; *Demko*, 2002, S. 126 ff., 133 ff.; *Engisch*, 2010, S. 142 ff.; *Fikentscher*, 1976, S. 674 ff.; 1977, S. 364 ff.; *G. Hassold*, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Festschrift für K. Larenz, 1983, S. 226 ff.; *U. Köbl*, Allg. Rechtstheorie, in: Festschrift für das Bundessozialgericht, 1979, S. 1014 ff., 1019 ff.; *Larenz*, 1991, S. 328 ff.; *Looschelders/Roth*, 1996, S. 153 ff.; *Nawiasky*, 1948, S. 135, 137 f.; *M. Sachs*, Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung, DVBl. 1984, S. 73 ff.; *Wank*, 2011, § 7.

Einer gesetzlichen Regelung pflegt ein bestimmtes rechtspolitisches Modell einer Steuerung sozialer Prozesse zugrunde zu liegen: Wenn der Gesetzgeber bestimmte Verhaltensweisen verbindlich vorschreibt, so will er damit bestimmte Zwecke erreichen. Dabei übt er ein Regelungsermessen aus: einerseits hinsichtlich der anzustrebenden Zwecke und deren Abgrenzung, andererseits auch hinsichtlich der Zweckmäßigkeit (Eignung) der juristischen Mittel, die zur Erreichung dieser Ziele eingesetzt werden. Gesetze sind also so auszulegen, wie es dem Gesetzeszweck dient.

Hierbei sind nach der *subjektiven Auslegungstheorie* die Zweck- und Zweckmäßigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers maßgebend (§ 4 II).

Aber auch die *objektive Auslegungstheorie* muss davon ausgehen, dass der Gesetzgeber die Kompetenz hat, sich durch Gesetz für den einen oder anderen Zweck zu entscheiden und die Art und Weise seiner Verwirklichung zu regeln. Es entspricht der Funktionenteilung gerade auch im gewaltenteiligen Staat, dass die Gesetzesauslegung im Einklang mit den Zweck- und Zweckmäßigkeitsentscheidungen des Gesetzgebers steht. Diese Entscheidungen kommen im parlamentarischen Staat der Mehrheit der Abgeordneten zu, die am Gesetzesbeschluss teilnehmen. Wer aber nach der objektiven Auslegungstheorie den Sinn einer gesetzgeberischen Entscheidung ermittelt, denkt sich den Gesetzgeber in der Rolle eines Repräsentanten, der sich legitimerweise nach den Gerechtigkeitsvorstellungen zu richten hat, die in der Rechtsgemeinschaft für die Mehrheit konsensfähig sind (§ 4 II c); daher legt er dessen Ziel- und Zweckmäßigkeitsentscheidungen so aus, als seien sie nach dieser Richtschnur getroffen. Wenn hier also der Interpret sich anschickt, die Tätigkeit des Gesetzgebers „in sich künstlich zu wiederholen“ (§ 8), dann sucht er dabei nach jenen Gedanken, die der Gesetzgeber als Repräsentant der Gemeinschaft und der in ihr konsensfähigen Vorstellungen denken musste oder wenigstens denken durfte, als er die Norm erließ. Der Rechtsanwender steht also auch insoweit im Dienste legitimer Repräsentation (§ 4 II c).

Wichtige Hinweise auf den Zweck, der mit einem Gesetz verfolgt wird, liefert in der Regel dessen Vor- und Entstehungsgeschichte, also die *historische Auslegung*. Manche Autoren unterscheiden hierbei den Entstehungsprozess des Gesetzes und die rechtliche Tradition, in die ein Gesetz sich einreihet.² Die entstehungsgeschichtliche und die traditionelle Komponente lassen sich aber nicht scharf voneinander trennen. Denn die Tradition, an die ein Gesetz sich anschließt, prägt oft auch das Leitbild, das den am Gesetzgebungsakt Beteiligten bei ihrer Regelung vor Augen steht. Auf diese Weise findet das historisch Gewordene Eingang in den Entstehungsprozess des Gesetzes, also in dessen Entstehungsgeschichte im engeren Sinn. Daher sind z. B. die „klassischen“ Grundrechtsgarantien im Zweifel – wenn also nicht triftige Gründe für eine andere Interpretation bestehen – so auszulegen, wie es dem überkommenen, historisch gewachsenen Typus dieser Grundrechte entspricht. Im Sinne eines solchen traditionsgeprägten Leitbildes gehörten z. B. Menschenopfer und Tempelprostitution

² Vgl. etwa BVerfGE 72, 388 f.

von vornherein nicht in den Umfang des Begriffs, der in den neuzeitlichen westlichen Verfassungen mit der „Religionsfreiheit“ bezeichnet werden sollte. Entstehungsgeschichtliche Hinweise auf den Zweck eines Gesetzes ergeben sich insbesondere aus den Gesetzesmaterialien (d. h. aus der Gesetzesbegründung und den Protokollen der Gesetzgebungsverhandlungen), die bei der Entstehung des Gesetzes anfallen.³ Sofern in diesen Vorerwägungen zum Gesetz Gerechtigkeitsvorstellungen und rechtspolitische Ziele zum Ausdruck kommen, die mehrheitlich konsensfähig sind, ist es legitim, sie als wichtige Argumente für die Wahl einer bestimmten Gesetzesauslegung in Rechnung zu stellen (§ 4 II).

Hinweise auf den Gesetzeszweck ergeben sich nicht zuletzt auch aus dem Gesetz selbst, z. B. aus einer Präambel oder aus dem sonstigen Kontext, etwa auch aus dem Standort der Norm im äußeren System des Gesetzes – hier betritt man zugleich das Feld der systematischen Auslegung.

Alle diese Kriterien pflegen aber den Gesetzeszweck nicht exakt zu bestimmen. Welche Ziele mit einem Gesetz verfolgt werden und welche Zweckmäßigkeitentscheidungen in ihm getroffen sind, ist aus ihm selbst und seiner Entstehungsgeschichte meist nur in mehr oder minder unscharfen Umrissen zu entnehmen.

Die objektive Auslegungstheorie bleibt zudem nicht beim Entstehungsakt und bei der Entstehungsgeschichte der Gesetze stehen. Vielmehr geht sie davon aus, dass mit dem Zeitgeist auch der Sinn der Gesetze sich wandeln kann. Dieser *Bedeutungswandel* kann sich oft schon in dem Spielraum vollziehen, der von vornherein für eine Präzisierung des Gesetzeszweckes verbleibt. Auch dann aber, wenn deutlich erkennbare gesetzgeberische Ziel- und Zweckmäßigkeitentscheidungen den heute herrschenden sozialemischen Vorstellungen nicht mehr entsprechen, ist es legitim, das Gesetz den heutigen Vorstellungen gemäß umzuinterpretieren (§ 4 III). Dabei darf sich jedoch die Auslegung nicht weiter als hierdurch erforderlich von den erkennbaren Absichten des Gesetzgebers entfernen, um die Kontinuität des Rechts möglichst zu wahren und sich nicht unnötigerweise im Funktionsbereich der Gesetzgebung zu betätigen.

Über die damit bezeichneten *Grenzen* (einer vom Gesetz offen gelassenen Sinnpräzisierung und eines legitimen Sinnwandels) hinaus darf die Rechtsprechung nicht auf das Gebiet der Ziel- und Zweckmäßigkeitentscheidungen übergreifen. Sie übernimmt damit eine Funktion, die nach dem Gewaltenteilungsgrundsatz dem Gesetzgeber zukommt. Dieser ist zu solchen rechtspolitischen Entscheidungen auch sachlich berufter als ein Gericht: Ihm stehen für diese Entscheidungen regelmäßig bessere Informationsgrundlagen zur Verfügung als dem Gericht; und nur er trifft diese Entscheidungen in der gebotenen Auseinandersetzung mit der Öffentlichkeit und damit unter Rückbindung an demokratische Kontrollen, wie sie für alle politischen Orientierungsprozesse, auch für die Wahl und Abgrenzung rechtspolitischer Ziele, erforderlich sind.

III. Argumente aus dem Kontext

Schrifttum: *Adrian*, 2009, S. 470 ff.; *Bydlinski*, 1991, S. 442 ff., 453 ff.; *C. W. Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. (1983), S. 90 ff.; *Demko*, 2002, S. 64 ff., 121 ff.; *Engisch*, 2010, S. 141 f., 271 ff.; *D. Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 142 ff., 238 ff.; *Germann*, 1967, S. 91 ff.; *Hassold* (wie zu § 10 II), S. 224 ff.; *C. Höpfner*, Die system-

³ Vgl. BVerfGE 1, 127 ff.; 2, 272 ff.; 51, 108 f.; 57, 263; begrenzend: BVerfGE 54, 297 f.; 62, 45 m. w. N.

konforme Auslegung, 2008; U. Köbl (wie zu § 10 II), S. 1036 ff.; Larenz, 1991, S. 324 ff., 333 ff., 339 ff.; Rühbers, 2011, § 22 E; Zippelius, 1994, Kap. 35.

Es besteht, wie eingangs gesagt, auch das Ziel, die „Einheit des Rechts“ zu wahren, also das Auslegungsergebnis logisch und teleologisch widerspruchsfrei in den Kontext wenigstens der gleich- und höherrangigen Normen einzufügen und womöglich auch auf eine einheitliche Terminologie bedacht zu sein. Hier werden Auslegungsargumente also aus dem Zusammenhang hergeleitet, in dem die verschiedenen Normen zueinander stehen („systematische Auslegung“). In einem weiten Sinne geht es darum, das einzelne Gesetzeswort als Teil eines Kontextes zu verstehen, es also in den Sinnzusammenhang des Gesetzes, ja der gesamten Rechtsordnung zu stellen. Man muss das Sinn ganze ins Auge fassen, wenn man die Bedeutung des einzelnen Elementes bestimmen will. Daher sagt Celsus: „Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere“.⁴ Man sieht also das Gesetzeswort in der Wechselbeziehung zusammenhängender Äußerungen, die gegenseitig ihre Bedeutung erhellen.

Hier kommt eine grundsätzliche Einsicht zum Tragen, die nicht nur in der Jurisprudenz eine Rolle spielt: Ganz allgemein besteht eine bedeutungsprägende Wechselbeziehung zwischen einer einzelnen Sinnäußerung und den größeren Sinnzusammenhängen, in die sie eingebunden ist. Das gilt nicht nur im Verhältnis zwischen dem einzelnen Gesetzeswort und dem Kontext des Gesetzes, in dem es verwendet wird. Es gilt auch für das Verhältnis dieses Gesetzes zu der Rechtsordnung insgesamt und darüber hinaus zu den Leitideen der Kultur, in der sich das einzelne Gesetz befindet. Durch den „Geist der Gesetze“ und den kulturprägenden Zeitgeist ist das Vorverständnis und damit auch die Auslegung der einzelnen Normen mitbestimmt.⁵ Andererseits wirken die einzelnen Normen und ihre Interpretation auf die Rechtskultur zurück und tragen dazu bei, sie zu prägen und zu konkretisieren.⁶ Diese „Zirkelhaftigkeit“ des Verstehens hat bereits Friedrich Schleiermacher beschrieben: Schon „innerhalb einer einzelnen Schrift kann das Einzelne nur aus dem Ganzen verstanden werden, und es muss deshalb eine kursorische Lesung, um einen Überblick über das Ganze zu erhalten, der genaueren Auslegung vorangehen“. Die einzelnen Schriftwerke ihrerseits verhalten sich zu dem Sprachschatz und der Geschichte des Zeitalters wie das Einzelne zu einem Ganzen und müssen aus diesem verstanden werden, wie umgekehrt auch das Ganze aus dem Einzelnen zu verstehen ist. Überall liegt das vollständige „Wissen in diesem scheinbaren Kreise, dass jedes Besondere aus dem Allgemeinen, dessen Teil es ist, verstanden werden kann und umgekehrt“.⁷

Für die juristische Auslegung lassen sich aus dem juristischen Kontext insbesondere sprachliche, logische und teleologische Kriterien für den richtigen Sinn des Gesetzes gewinnen.

a) So wird man im Zweifel zu der Annahme neigen, dass das Gesetz sich eines einheitlichen Sprachgebrauchs bedienen will, dass also das gleiche Wort in verschiedenen Normen die gleiche Bedeutung haben soll (*Einheitlichkeit der Terminologie*). Freilich hat dieses Auslegungsargument kein allzu großes Gewicht, zumal dann nicht,

⁴ Digesten 1, 3, 24.

⁵ Zippelius, 2004, Kap. 1 II.

⁶ Zippelius, 2011, § 6 VII.

⁷ F. Schleiermacher, Hermeneutik und Kritik, hrsg. von F. Lücke, 1838, neu hrsg. von M. Frank, 1977, Hermeneutik, Einl. §§ 20, 23. Hier findet sich auch die später zum geflügelten Wort gewordene Bemerkung, dass es Aufgabe des Interpreten sei, eine „Rede zuerst ebenso gut und dann besser zu verstehen als ihr Urheber“ (§ 18; ähnlich schon I. Kant, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. [1787], S. 370).

wenn es in Widerstreit zu dem Prinzip der Problemorientiertheit der Rechtsnormen und ihrer Begriffe gerät (§ 10 VI).

b) Ferner wird man eine Norm nach Möglichkeit so auslegen, dass sie nicht in einen *logischen Widerspruch* zu höherrangigen Normen tritt. Im Falle eines solchen Widerspruchs wäre die Norm nach den Regeln der Normenkollision ungültig (§ 7 e). Wenn möglich ist aber eine Auslegung zu wählen, bei der die Norm Bestand haben kann. Entstehen bei gewissen Auslegungen Widersprüche zu höherrangigen Normen, bei anderen Auslegungen nicht, so sind also solche Auslegungen zu wählen, die Widersprüche vermeiden. Um nicht in einen Widerspruch zu höherrangigen Normen zu geraten, sind insbesondere Gesetze „verfassungskonform“ und Verordnungen „gesetzeskonform“ auszulegen.

Auch Widersprüche zwischen gleichrangigen Normen (§ 7 e) sind, wenn möglich, zu vermeiden.

Ein bekanntes Auslegungsbeispiel betrifft das Verhältnis zwischen § 119 und § 133 BGB. § 119 I bestimmt: „Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war . . ., kann die Erklärung anfechten, . . .“. Darum handelt es sich dann, wenn jemand seiner Erklärung nicht den Sinn beimisst, den sie nach Verkehrssitte und Sprachgebrauch hat. In einem solchen Fall gilt die Erklärung mit dem Inhalt, der ihr objektiv zu entnehmen ist. Der Erklärende kann sie anfechten, muss dann aber den Vertrauensschaden ersetzen. In einem scheinbaren Gegensatz hierzu bestimmt § 133 BGB: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.“ Wäre hier unter dem wirklichen Willen stets das subjektiv Gemeinte zu verstehen, so stünde dies in Widerspruch zu § 119 BGB. Dieser Widerspruch lässt sich jedoch vermeiden, wenn man den § 133 anders auslegt, nämlich: Man soll das als Erklärungsinhalt nehmen, was aus den gesamten Umständen und für den Erklärungsempfänger erkennbar als Wille des Erklärenden zutage getreten ist, auch wenn dieser dafür einen falschen Ausdruck gebraucht hat: *falsa demonstratio non nocet*.

c) Oft spielen freilich im Verhältnis verschiedener Normen zueinander nicht logische, sondern *teleologische* Erwägungen die Hauptrolle: Die Auslegung einer Norm soll womöglich in Einklang gebracht werden mit den Zwecksetzungen und Gerechtigkeitsvorstellungen, die in der übrigen Rechtsordnung enthalten sind, damit Gleichartiges gleich bewertet wird: Der Grundsatz der Gleichbehandlung fordert die Folgerichtigkeit der rechtlichen Wertungen in der gesamten Rechtsordnung.⁸ Deshalb muss sich die Gesetzesauslegung in den *rechtsethischen Kontext* einfügen.

Auf diesen rechtsethischen Kontext zielt insbesondere die Frage, wie das Gesetz vergleichbare Interessenkonflikte in anderen Rechtsnormen entschieden hat. Diese Frage wurde für die Interessenjurisprudenz zum wichtigsten Ansatz der Rechtsgewinnung überhaupt. – Zum rechtsethischen Kontext der auszulegenden Norm gehört darüber hinaus die ganze Fülle der rechtsethisch relevanten Rechtsnormen, mit denen jene Norm sich vergleichen und zu denen sie sich in Beziehung setzen lässt. Vor allem enthält die Verfassung, zumal deren Grundrechtsteil, wichtige Wertentscheidungen, nach denen sich auch die Gesetzesauslegung zu richten hat.⁹ – Rechtsethischer Kontext im weiteren Sinn sind auch jene Gerechtigkeitsvorstellungen, die in der Rechtsprechung und in rechtsstaatlichen Verwaltungsgrundsätzen ihren Ausdruck gefunden haben (§ 3 II d). – Zum rechtsethischen Kontext gehören insbesondere die *allgemeinen Rechtsprinzipien*, wie z. B. die Grundsätze der Verschuldenshaftung, des Verkehrs- und Vertrauensschutzes und des Schutzes Minderjähriger und anderer nicht voll verantwortungsfähiger Menschen. Solche Rechtsprinzipien haben (mit Kant gesprochen) eine „regulative“ Funktion, „näm-

⁸ Diese Richtlinie stellte BVerfGE 60, 40 für den Gesetzgeber auf; auch dieser darf nicht ohne triftige Gründe die Grundsätze verlassen, nach denen er Rechtsfragen gelöst hat; vgl. dazu auch BVerfGE 59, 49. Von diesem Prinzip der „*Systemgerechtigkeit*“ hat sich ferner die Lückenausfüllung leiten zu lassen (§ 11 I b, II d). Nicht zuletzt muss auch die Rechtsfortbildung in sich selbst folgerichtig sein (§ 13 II).

⁹ BVerfGE 7, 205; Nachw. bei R. Zippelius/Th. Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. (2008), § 17 II 2.

lich den Verstand zu einem gewissen Ziele zu richten“.¹⁰ Im Recht dienen sie als „Leitbegriffe“, insbesondere für die Gesetzesauslegung. Dient also eine Rechtsnorm erkennbar der Verwirklichung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, so ist das mit ihr Bezweckte (z. B. die Rechtsicherheit) so weit wie möglich zu verwirklichen.

Die Zwecke, denen die verschiedenen Normen dienen, und die Rechtsgrundsätze, die in ihnen zum Ausdruck gebracht sind, konkurrieren aber nicht selten miteinander. Dann stellt sich die Aufgabe, die Normen so auszulegen, dass diese Zwecke und Grundsätze in einem angemessenen Verhältnis zueinander zur Geltung kommen.

So stehen z. B. die Grundrechtsgarantien der Verfassung und ihre Ziele in vielfältigen Beziehungen und Konkurrenzen zueinander. Dies ist von weitreichender Bedeutung, zumal die Grundrechte teils in unmittelbarer, teils in mittelbarer Drittwirkung, insbesondere als Auslegungsrichtlinien, auch in das Privatrecht hineinwirken.¹¹ Beispielsweise können miteinander konkurrieren: das religiöse Selbstbestimmungsrecht des Kindes und das Erziehungsrecht der Eltern; oder die Meinungsfreiheit des einen und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des anderen;¹² desgleichen die Meinungsfreiheit des Mieters, der von seinem Fenster aus politische Propaganda betreiben will, und das Eigentumsrecht des Vermieters;¹³ die Kunstfreiheit des „Sprayers“, der Häuser künstlerisch verunziert, und das Eigentumsrecht des Hauseigentümers;¹⁴ oder die Kunstfreiheit des Beleidigers und das Persönlichkeitsrecht des Beleidigten.¹⁵ In solchen Fällen ist bei der gegenseitigen Abgrenzung der Rechte ein Kompromiss zwischen diesen anzustreben, der als gerecht erscheint und mit dieser Bedingung den Nutzen optimiert. Hierbei ist insbesondere nach dem Übermaßverbot (Gebot des schonensten Eingriffs und „Ausweichprinzip“) zu prüfen, ob ein in Anspruch genommenes Recht (etwa die Kunstfreiheit) auch ohne oder mit geringerer Beeinträchtigung eines konkurrierenden Rechts angemessen verwirklicht werden kann (§ 10 V).

Auf solchem Wege wird die Konkretisierung der Grundrechte zu einem fortwährenden Diskurs über die Gerechtigkeit, in welchen die Auslegungsargumente als Lösungsgesichtspunkte Eingang finden. Die weiten Auslegungsspielräume der Grundrechtsgarantien erscheinen hierbei als Diskussionsrahmen, innerhalb deren die Interessen und Freiheiten des einen gegen die Interessen und Freiheiten der anderen abzugrenzen sind. In den durch andere Auslegungskriterien mitbestimmten Grenzen der Grundrechtsnormen gilt ein Optimierungsgebot. Es verlangt, die Grundrechte in möglichst hohem Maße zu verwirklichen, und zwar je nach dem verfassungsrechtlichen Kontext, der in der jeweiligen Situation relevant wird.¹⁶ Auch solche Optimierungserwägungen sind, soweit möglich, rational zu strukturieren.¹⁷ Dem dient es insbesondere, dass das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und das Übermaßverbot als Schlüsselbegriffe (§ 3 I c) die gegenseitige Abgrenzung der Grundrechte leiten (§ 10 V).¹⁸

¹⁰ I. Kant, Kritik der reinen Vernunft, 2. Auflage (1787), S. 672.

¹¹ Vgl. R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 16. Aufl. (2010), § 33 II 2.

¹² BVerfGE 35, 219 ff.

¹³ Vgl. BVerfGE 7, 234 ff.

¹⁴ BVerfG, NJW 1984, S. 1294 f.

¹⁵ BVerfGE 30, 193 ff.; 67, 228.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 6, 72; 51, 110.

¹⁷ Zippelius, 2012, Kap. 8 d.

¹⁸ Nach einer Formulierung Heinrich Hubmanns (AcP 155 [1956], S. 126) müssen im Falle unausweichlicher Konflikte die Interessen sich „eine verhältnismäßige Zurücksetzung oder Beschränkung gefallen lassen, bis sie nebeneinander bestehen können. Die gegensätzlichen Interessen üben sozusagen aufeinander eine mäßigende, begrenzende Wirkung aus“. Wo ein Interesse einem gewichtigeren Interesse zu weichen hat, muß die Beeinträchtigung „auf das geringstmögliche Maß beschränkt werden, es muß das schonendste Mittel, das geringste Übel gewählt werden, insbesondere dürfen dabei nicht mehr Interessen verletzt werden, als unbedingt erforderlich ist“. Auch die Erfolgsaussichten sind in die Erwägungen einzubeziehen, es muß also eine begründete Aussicht bestehen, „daß durch die Verletzung des minderen Gutes das höhere gerettet wird“ (a. a. O., S. 128). Später hat Konrad Hesse eine ähnliche Kompromißformel unter dem Namen der „praktischen Konkordanz“ aufgestellt und damit großen Anklang gefunden (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage [1995], Rdn. 72).

Zu keiner anderen Einsicht führt die folgende Überlegung: Man hat vorgeschlagen, im Recht zwischen Regeln („rules“) und Prinzipien zu unterscheiden. Regeln seien Normen, die auf einen Fall entweder anzuwenden oder nicht anzuwenden seien. Prinzipien hingegen geböten, ein bestimmtes Ziel so weit wie möglich zu verwirklichen (das entspricht dem oben Gesagten). Wenn Prinzipien sich widerstreiten, entscheide eine Gewichtung darüber, in welchem Maß sie zu verwirklichen sind.¹⁹ Es bleiben aber Fragen offen. Wenn z. B. das Grundrecht des einen auf freie Meinungsäußerung und das Persönlichkeitsrecht des anderen miteinander konkurrieren, so fragt es sich: Soll man die Grundrechte, die hier miteinander konkurrieren, als bloße „Prinzipien“ ansehen, zwischen denen ein Kompromiss zu finden ist, der das Maß ihrer Verwirklichung bestimmt? Oder soll man die Grundrechtsgarantien für „Regeln“ halten, weil schließlich mit einem klaren Ja oder Nein entschieden werden muss, ob in einem bestimmten Fall das Grundrecht auf Meinungsfreiheit oder das Persönlichkeitsrecht verletzt wurde? Oder greifen hier Rechtsnormen („rules“) und Rechtsprinzipien ineinander? Und auf welche Weise greifen sie ineinander?

Die herkömmliche Auslegungslehre kommt unschwer zu einer Antwort. Nach ihr geht es auch bei Grundrechtskonkurrenzen darum, die Geltungsbereiche von Rechtsnormen („rules“) durch Auslegung begrifflich abzugrenzen. In diese Erwägungen sind im Wege „teleologischer Interpretation“ die Zwecke einzubeziehen, die durch die konkurrierenden Rechtsnormen verwirklicht werden sollen. Zu den Normzwecken gehört oft auch die Verwirklichung bestimmter Rechtsprinzipien. Die Auslegungserwägungen, welche die Abgrenzung (das heißt die Geltungsbereiche) der konkurrierenden Grundrechte bestimmen, richten sich auch danach, in welchem Maß die mit diesen Grundrechten („rules“) gewährleisteten Prinzipien zu verwirklichen sind.

Kurz: Auch wenn die Geltungsbereiche konkurrierender Rechtsnormen gegeneinander abzugrenzen sind, müssen Fragen des richtigen Maßes gelöst werden. Das geschieht regelmäßig im Wege teleologischer Interpretation, die oft eine prinzipienorientierte Auslegung ist. Auf diese Weise greifen dann Rechtsnormen („rules“) und „Prinzipien“ ineinander.

d) Schließlich kann auch der Standort der auszulegenden Norm im „äußeren System“ des einzelnen Gesetzes gewisse, nicht allzu gewichtige Auslegungsargumente liefern: nicht nur unter dem Aspekt der inneren Konsistenz des Rechts, sondern auch als Hinweis auf die Absichten des Gesetzgebers. Ein Beispiel bietet die Frage, ob § 285 BGB auf den Eigentumsherausgabeanspruch nach § 985 BGB anzuwenden ist. Nehmen wir an: Ein Sammler verliert eine wertvolle Briefmarke. Jemand findet sie und übergibt sie einem Sachverständigen zur Begutachtung. Dessen Angestellte zerreißt die Marke durch eine Unachtsamkeit. Der Sammler verlangt, der mittellose Finder, der ihm nun die Marke nicht mehr herausgeben kann, solle ihm stattdessen seinen Schadensersatzanspruch gegen den Sachverständigen abtreten. § 285 BGB bestimmt: „Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, aufgrund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand ... einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger ... Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.“ Nun steht diese Bestimmung aber im zweiten Buch (Schuldrecht), der Eigentumsherausgabeanspruch hingegen im dritten Buch (Sachenrecht) des BGB. Das spricht dagegen, den herausgabepflichtigen Besitzer als „Schuldner“ und die herauszugebende Sache als „geschuldeten Gegenstand“ im Sinne des § 285 BGB anzusehen.²⁰ Diesen Argumenten aus dem „äußeren“ System lassen sich immerhin diskussionswürdige Gegengründe aus dem „inneren“ System gegenüberstellen: gemeint sind Gründe aus allgemeinen Rechtsprinzipien, die das Recht durchziehen (§ 10 III c). So könnte man in § 285 BGB einen Ausdruck des Rechtsgedankens der Surrogation sehen, der auch in anderen Rechtsgebieten Ausprägungen gefunden hat: etwa im Recht des Nießbrauchs und des Pfandes, im ehelichen Güterrecht, im Recht des Kindesvermögens, im Erbrecht und im Vollstre-

¹⁹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, Kap. 2.3; vgl. auch R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 71 ff., und auch schon J. Esser, *Grundsatz und Norm*, 1956, S. 50 f., 267; krit. H. Bergmann Avila, *Theorie der Rechtsprinzipien*, 2006, S. 33 ff.; 41 ff.

²⁰ Vgl. BGHZ 75, 208.