

## „Die Begriffsbestimmtheit gibt nur eine allgemeine Grenze, innerhalb deren noch ein Hin- und Hergehen stattfindet“

*Jochen Bung*

### I. Einleitung

Die Methodenlehre des Rechts ist ein Gebiet, in dem die Diskussionen im Großen und Ganzen abgeschlossen und aller Voraussicht nach keine grundstürzenden Neuerungen mehr zu erwarten sind. Vor allem unter dem Einfluss der hermeneutischen und analytischen Philosophie, Logik und Wissenschaftstheorie haben Methodendiskussionen in der Rechtswissenschaft für ungefähr zwei Jahrzehnte, nämlich von den 60er Jahren bis in die 80er Jahre des zwanzigsten Jahrhunderts, noch einmal einen konjunkturellen Aufschwung erlebt.<sup>1</sup> Dann jedoch tritt eine merkliche Beruhigung ein. Zwar werden Vorgänge wie die Internationalisierung und Europäisierung des Rechts zum Anlass genommen, neue Methodenlehren auf den Markt zu bringen. Für einen professionellen Umgang mit dem heutigen Recht sind diese nützlich, doch lassen sich den behandelten Problemen im Wesentlichen die alten Fragen entnehmen, sie treten nur in neuer Einkleidung auf. Auch mithilfe dekonstruktiver Ansätze oder *law and literature* kann man die alten Fragen in neuem Licht erscheinen lassen, was gewinnbringend ist, aber man kann nicht neue Probleme aufdecken oder ausdenken.

Die Methodenlehre des Rechts bearbeitet – sofern man nicht die Gesetzgebung einbezieht<sup>2</sup> – grundsätzlich zwei Fragen. Zum einen die Frage, wie man bestimmen kann, was eine Rechtsnorm besagt, und zum anderen die Frage, wie Sachverhalte derart mit dem Recht in Verbindung gebracht werden können, dass man sie als Anwendungsfälle dieses Rechts behandeln kann. Diese zwei Grundfragen der juristischen Methodenlehre lassen sich – herkömmlich – auf die Begriffe der *Auslegung* und der *Subsumtion* bringen. Im Hinblick auf beide Fragen ist die juristische Methodenreflexion im Wesentlichen abgeschlossen und sind nach derzeitigem Wissensstand keine grundlegenden neuen Einsichten mehr zu erwarten.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> S. Hilgendorf, Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985, 2005; vgl. auch Neumann, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, 1994, 158 ff.; charakteristische Methodenlehren dieser Periode etwa Herberger/Simon, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982; Neumann, Juristische Argumentationslehre, 1986; in gewisser Weise auch schon Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975.

<sup>2</sup> Eine Beschränkung der Methodenlehre des Rechts auf die Frage der Rechtsanwendung empfiehlt sich deswegen, weil ihr Gegenstandsbereich dadurch klarer abzugrenzen ist. Bezieht man die Frage der Gesetzgebung ein, lässt sich zwischen juristischer Methodenlehre und Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Politikwissenschaft und Verfassungstheorie nicht mehr sinnvoll unterscheiden.

<sup>3</sup> Auch der von vielen in hoffnungsvoller Erwartung nach aufregenden Neuerungen beschworene Digitalisierungsdiskurs wird nichts grundlegend Neues zutage fördern, denn Algorithmen und künstliche Intelligenz funktionieren auch heute nach eben den Gesetzen, die in der Logik, Wissenschafts-

Was die *Auslegung* betrifft, lässt sich darlegen, dass sich prinzipiell nur vier unabhängige Auslegungsweisen differenzieren lassen: Wortlaut, Kontext bzw. Systematik, reale (historische) Intentionen und (unterstellt) vernünftige Intentionen. Eine weitere Auffächerung der *canones* ist natürlich möglich (z. B. „verfassungskonforme“ Auslegung, „europarechtskonforme“, „konventionskonforme“, „völkerrechtsfreundliche“ Auslegung usw.), aber all diese Weiterungen lassen sich wieder auf die vier Grundfiguren oder Grundgedanken zurückführen. Dass etwas eine bestimmte Bedeutung hat, also überhaupt auslegungsfähig ist, liegt entweder daran, dass es aufgrund seiner grammatischen Form etwas Bestimmtes besagt oder aufgrund dessen etwas besagt, dass es in einem bestimmten Zusammenhang steht oder aufgrund dessen, dass jemand etwas Bestimmtes damit gemeint hat oder – schließlich – dass man damit etwas Bestimmtes (vernünftigerweise Nachvollziehbares) meinen kann.<sup>4</sup> Diese vier Grundfiguren lassen sich ihrerseits nicht weiter reduzieren oder untereinander in ein Ableitungsverhältnis bringen, so dass das herkömmliche Quartett der *canones* der Auslegung insoweit einen Endpunkt der rechtsmethodischen Reflexion markiert.

Ebenso verhält es sich mit der zweiten großen Diskussion der juristischen Methodenlehre, nämlich der Frage, wie sich die Rechtsnorm zu ihrem Regelungsgegenstand, dem „Fall“, verhält. Es hat sich herumgesprochen, dass juristische *Subsumtion* als Modell der Rechtsanwendung nicht bedeutet, dass der Fall der Norm einfach *unterfällt*. Denn keine Norm kann so ausgefertigt sein, dass aus ihr gleichsam von selbst alle möglichen Anwendungen hervorgehen. Der Rechtsfall ist nicht einfach ein Stück Wirklichkeit, das auf irgendwie „prästabilierte“ Weise mit einem Stück Bedeutung konvergiert, das der Tatbestand einer Rechtsnorm zum Ausdruck bringt. Eine solche Vorstellung ist bedeutungstheoretisch nicht einzulösen. Die Bedeutung der Norm ist nichts Festes, ein für allemal Gegebenes, deswegen ja die bereits angesprochene Erforderlichkeit der Norminterpretation und was diese wesentlich motiviert und vorantreibt, ist die Konfrontation der Norm mit neuen Fällen. Jetzt wird Rechtsanwendung zum Problem und es kann eben nicht einfach subsumiert werden.

Vor allem zwei Dinge muss man sich vergegenwärtigen, um die methodischen Schwierigkeiten zutreffend zu erfassen. Erstens: Selbst der *Wortlaut* liefert keine feste Bedeutung,<sup>5</sup> sondern in seiner korrekten Verwendung („in den Grenzen des möglichen Wortsinns“) liefert das Argument vom Wortlaut einen stets beweglichen und anpassungsfähigen Bedeutungshorizont.<sup>6</sup> Und zweitens betrifft die Interpretationsbedürftigkeit nicht nur die Rechtsnormen. Auch der Fall ist, als *Rechtsfall*, etwas, was nicht einfach so da ist, kein *factum brutum*, sondern etwas, das sich aus einer Interpretation ergibt. Wir haben keinen sprach- und interpretationsunabhängigen Zugang zur Wirk-

theorie und Computerwissenschaft schon vor Jahrzehnten formuliert und diskutiert wurden, der einzige (zugegebenermaßen nicht unerhebliche) Unterschied ist ein quantitativer, nämlich, dass in immer größerem Umfang Daten verfügbar gemacht werden können.

<sup>4</sup> Vgl. Bung, Theorie der Interpretation: Davidson, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, 271 ff.

<sup>5</sup> Es müsste nämlich sonst jedenfalls im Prinzip möglich sein, ein unzweideutiges Gesetz zu formulieren, aber das ist gerade nicht möglich, wie bereits Hobbes feststellt, wenn er bemerkt, dass alle Gesetze der Auslegung bedürfen (vgl. Leviathan, 2. Teil, Kap. XXVI). S. zur Problematik der Wortlautgrenze Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, 2004; dazu krit. Kudlich/Christensen, Wortlautgrenze: Spekulativ oder pragmatisch?, ARSP 93 (2007), 128–142.

<sup>6</sup> Die Horizontverschiebung ergibt sich aus der Bewegung der Interpretierenden, grundlegend dazu Gadamer, Wahrheit und Methode, 1986, 309: „Dem Beweglichen verschieben sich die Horizonte.“

lichkeit. Denn das Kriterium des Zugangs zur Wirklichkeit ist Wahrheit und wenn Wahrheit die Übereinstimmung eines Satzes mit einer Tatsache bedeutet, dann zeigt sich hier eine unüberwindliche Grenze, nämlich die „Unmöglichkeit, die Tatsache zu beschreiben, die einem Satz entspricht [...], ohne eben den Satz zu wiederholen.“<sup>7</sup> Damit stellt sich aber für diesen Satz, wie für jeden Satz, das Problem seiner Interpretation.<sup>8</sup>

## **II. Bestimmtheit und Logizität des Rechts**

Es bedarf kaum der Hervorhebung, dass diese theoretischen Probleme in der alltäglichen Praxis der Rechtsanwendung kaum sichtbar werden. Die Einschätzung, dass es sich deswegen um Fragen handelt, über die sich das Nachdenken nicht (mehr) lohnt, wäre allerdings verfehlt. Auch wenn semantische und logische Unbestimmtheit in der juristischen Praxis selten als Problem erlebt werden, gebietet es doch der Anspruch einer wissenschaftlichen Befähigung zum Umgang mit dem Recht, dass man das Problem kennt und beschreiben kann. Wichtiger noch: Wenn man eine methodisch unreflektierte Einstellung zum Recht hat, kann es leicht passieren, dass man von der Unberechenbarkeit des Rechts erschüttert wird, denn es sind hier durchaus Wendungen möglich, die niemand vorhergesehen hat und niemand vorhersehen konnte. Man muss schon einmal in den Abgrund der Unbestimmtheit geblickt haben, um ermessen zu können, was mit dem Recht und auch an ihm vorbei alles möglich ist. Dass man nicht ständig in diesen Abgrund stürzt, heißt nicht, dass es nicht jederzeit geschehen könnte. Die Methodenreflexion bewahrt aber vor dem Abgleiten in Skeptizismus („Bestimmtheit im Recht ist nicht möglich“) und Defatismus („Rationalität im Recht ist nicht möglich“), gerade weil sie zu hohe und übersteigerte Erwartungen auf ein normales Maß herunterbringt.

Der Grund, warum es Recht gibt, ist seine *Garantiefunktion* (letztlich: der Freiheit eine Form zu geben, die sie schützt), und diese hat die *Bestimmtheit* des Rechts zur wesentlichen Voraussetzung. Die Bestimmtheit ist auch Bedingung für den *logischen Charakter* des Rechts, seine Eigenschaft, bestimmte Rechtsfolgen als Konsequenzen aus bestimmten Tatbestandsmerkmalen hervorgehen zu lassen. Die Methodenlehre des Rechts, in der es um die Fragen der Bestimmtheit und Logizität des Rechts geht, ist daher ein Grundlagenfach, das ins juristische Curriculum gehört.<sup>9</sup> Dass es hier keine grundstürzenden neuen Einsichten gibt, darf nicht dazu führen, dass es als Gegenstand minderer Interesses oder mangelnder Attraktivität aus der rechtswissenschaftlichen Diskussion herausfällt. Gerade zur Vermeidung von Rechtsskeptizismus oder Rechtsnihilismus<sup>10</sup> ist es wichtig, dass man allzu robusten und verdinglichenden Vorstellungen von der Bestimmtheit und Logizität des Rechts entgegenwirkt. Es ist natürlich, dass man anfangs mit diesen verdinglichenden Intuitionen arbeitet, weil sie so einfach und direkt mit dem normativen Kern des Rechts – seiner Garantiefunktion – korrespondie-

<sup>7</sup> Wittgenstein, Vermischte Bemerkungen, in: Werkausgabe, Bd. 8, 1984, 463.

<sup>8</sup> Eine radikale Analyse dieses Problems unternehmen die Bedeutungstheorien von W.V.O. Quine und Donald Davidson.

<sup>9</sup> Wobei die disziplinären oder sub-disziplinären Grenzen nicht eindeutig gezogen sind und man rechtsmethodologische Diskussionen auch in der Rechtstheorie findet.

<sup>10</sup> Krit. zum Rechtsnihilismus: Fischer-Lescano, Wozu Rechtsphilosophie?, JZ 2018, 161 ff.

ren. Im Laufe der Zeit muss jedoch eine Aufklärung (und Aufklärung heißt immer auch Relativierung) eintreten.

Zu dieser notwendigen Aufklärung gehört, wie ich schon angedeutet habe, eine Rekapitulation der Kritik am Subsumtionsmodell der Rechtsanwendung: der Kritik der Vorstellung, dass der Begriff der Subsumtion präzise beschreibt, was bei der Anwendung des Rechts geschieht. Die Vorstellung, dass ein Sachverhalt der Norm unterfällt, hängt mit einer verdinglichenden Vorstellung von Bestimmtheit zusammen. Die Vorstellung ist, dass eine (der Bestimmtheitsnorm entsprechende) Rechtsnorm garantiert, dass aus ihr selbst – gegebenenfalls in Verbindung mit bestimmten Definitionen – hervorgeht, ob ein bestimmter Sachverhalt ein Anwendungsfall dieser Norm ist oder nicht. Damit wird der Vorgang der Rechtsanwendung aber falsch dargestellt und das, was am Modell juristischer Subsumtion richtig ist, verdeckt.

### **III. Interdependenz und „Hin- und Herwandern des Blickes“**

Zweifellos hat das Subsumtionsmodell der Rechtsanwendung eine Darstellungsfunktion. Diese Darstellungsfunktion entspricht dem Muster des sog. juristischen Syllogismus und seiner korrekten formallogischen Deutung als einer deduktiven Form der Begründung des Ergebnisses einer juristischen Operation.<sup>11</sup> Der vorgängige Umgang mit dem Recht vollzieht sich dagegen nicht schon in der Weise einer Deduktion. Deren Grundprinzip wahrheitserhaltenden Schließens eignet sich nur bedingt zur Wiedergabe von Argumenten, die nicht wahrheitserhaltend, sondern wahrheitserweiternd sind,<sup>12</sup> indem sie nämlich die Bedeutung der Norm anderen, neuen Gegebenheiten anpassen. Provokativ könnte man formulieren, dass nicht der Sachverhalt der Norm, sondern die Norm (zumindest ihre Tatbestandsseite) dem Sachverhalt unterfällt. Die Wahrheit liegt aber natürlich auch nicht in dieser Umkehrung der herkömmlichen Betrachtungsweise, sondern in der Vermittlung beider Perspektiven: in der *semantischen und logischen Interdependenz von Sachverhalt und Norm*. In Anbetracht dessen, dass schon der Sachverhalt etwas ist, das durch eine Interpretation formiert wird und der Gehalt der Norm etwas ist, das durch eine Interpretation formiert wird und beide Interpretationsvorgänge ineinander greifen und sich gegenseitig bedingen, ist die Vorstellung, dass Rechtsanwendung „Subsumtion des Sachverhalts unter die Norm“ sei, missverständlich und irreführend.<sup>13</sup>

Lediglich strikt nach den Grundsätzen der formalen Logik, als Form eines deduktiven Schlusses, lässt sich das Modell der Subsumtion als Darstellungsform begreifen, als besondere Form einer ordnenden Begründung des Ergebnisses einer juristischen

<sup>11</sup> Bung, Subsumtion und Interpretation, 2004.

<sup>12</sup> Deswegen schlagen einige vor, den Syllogismus durch ein anderes Schema zu ersetzen, so etwa Ulfrid Neumann, wenn er auf das sog. Toulmin-Schema (*Toulmin, The Uses of Arguments*, 1959) als adäquatere Rekonstruktion der Funktionsweise juristischer Argumente rekurriert, s. Neumann, Juristische Argumentationslehre, 1986, 21 ff.; zum Toulmin-Schema s. auch Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991, 108 ff.; vgl. zu dem Thema auch Bung, Subsumtion und Interpretation, 2004, 146 ff.

<sup>13</sup> Zum dynamischen Verhältnis von Norm und Sachverhalt umfassend Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968.

„Entscheidungsfindung“.<sup>14</sup> Als solche, als *Ordnung der Gedankenfolge*,<sup>15</sup> hat sie auch einen guten Sinn, für den die akademische Einübung in den Gutachtenstil exemplarisch steht. Denn durch die geordnete Folge der Argumentationsschritte und die durch sie bewirkte Notwendigkeit der Ausweisung der relevanten Entscheidungsprämissen sind Vergleichbarkeit und Gleichbehandlung, wesentliche Bedingungen von Rationalität und Gerechtigkeit, besser gewährleistet, als wenn zur Lösung des Sachverhalts Besinnungsaufsätze geschrieben würden. Das Bewusstsein der Begründungs- und Ausweisungspflicht fördert zudem auch die Sorgfalt bei der Auswahl der Prämissen. Insofern ist das Subsumtionsschema, wie es als „Gutachtenstil“ an den Universitäten unterrichtet wird, kein bloßer Disziplinarmechanismus, sondern ein Instrument, das zwar nicht unmittelbar, aber sicherlich mittelbar und indirekt einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Rationalität juristischer Entscheidungen leistet.

Wie sich der Vorgang der Rechtsanwendung in Wirklichkeit abspielt, ist eine andere Frage. Man denke beispielhaft an das Skizzenblatt, das bei der Bearbeitung einer juristischen Klausur vor der Niederschrift angefertigt wird, mit seinen fragmentarisch hingeworfenen Normen, Überlegungen, Gedankensplittern, Prüfungsansätzen, Verwerfungen, Durchstreichungen und Durchstreichungen von Durchstreichungen. Hier ist noch alles in Bewegung. Die Bewegung ergibt sich aus dem Vorgang der Anpassung von Sachverhalt und Norm, diesem Vorgang ineinandergrifender Deutungen, der schon beschrieben wurde und dessen Kern noch einmal festgehalten werden soll: Was der Sachverhalt besagt, kann nicht unabhängig davon bestimmt werden, was die Norm besagt und was die Norm besagt nicht unabhängig davon, wie man den Sachverhalt bestimmt.<sup>16</sup>

Es gehört zum vertrauten Argumentationsrepertoire der juristischen Methodenlehre, dass man sich zur Charakterisierung dieser Bewegung, dieser Interdependenz, des Bildes vom *Hin und Herwandern des Blickes* bedient. Wie alle Versuche der Veranschaulichung darf man das Bild nicht zu wörtlich nehmen, aber ganz sicher hätte sich die Formel vom Hin- und Herwandern des Blickes nicht durchgesetzt und nicht diese Bekanntheit erlangt, wenn sie nicht geeignet wäre, das dynamische Verhältnis von Sachverhalt und Norm verständlich und im Hinblick auf den juristischen Syllogismus greifbar zum Ausdruck zu bringen. Diese Formel, die den Beginn des Zweifels an der Richtigkeit des naiven Verständnisses von juristischer Subsumtion auf den Punkt bringt,<sup>17</sup> hat (was für Argumente aus der juristischen Methodendiskussion keine Selbstverständlichkeit ist) eine überragende Bekanntheit erlangt. Freilich hat sie auch – wo sie

<sup>14</sup> Ich setze diesen Begriff in Anführungszeichen, um zu verstehen zu geben, dass mir bewusst ist, dass die Metapher des *Findens* wiederum verdinglichenden Vorstellungen von der Normbedeutung Vorschub leisten kann. Der Begriff scheint mir aber dennoch grundsätzlich in Ordnung zu sein, s. *Bung, A few basic considerations on the method of finding the law / Einige Grundüberlegungen zur Methode der Rechtsfindung*, *Ancilla Iuris* 2009, 35–52.

<sup>15</sup> S. dazu *Bung, Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre* von Larenz, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), *Subsumtion*, 2012, 215–226.

<sup>16</sup> Dass die Bestimmung des Sachverhalts eine eigene Aufgabe ist, wird freilich am Beispiel der juristischen Klausur nicht so deutlich, weil man hier gelernt hat, nicht am Sachverhalt „herum zu interpretieren“, obwohl man dies in bestimmten Umfang natürlich dennoch tut; lediglich da nicht, wo der Sachverhalt so formuliert ist, dass tatsächlich unmittelbar subsumiert werden kann, weil die Beschreibung des Sachverhalts mit der Norm identisch ist, wie etwa in Formulierungen der Art „dabei nahm es X in Kauf, dass Y verletzt wird“ etc.

<sup>17</sup> Dieter Simon spricht von einer „schüchterne[n] Infragestellung“, s. *Simon, Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975, 75.

am Muster des Syllogismus ausgerichtet ist (Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Untersatz) – zur Verwirrung beigetragen, indem das Hin- und Herwandern mit dem (logischen) Begriff der Subsumtion kurzgeschlossen und vermengt wurde, dadurch entstand eine Eintrübung, die man vermeiden kann, wenn man den Begriff der Subsumtion ausschließlich mit den Mitteln der deduktiven Logik rekonstruiert und das Hin- und Herwandern zwischen Norm und Sachverhalt vom Subsumtionsbegriff trennt.<sup>18</sup>

#### IV. Hin- und Hergehen bei Hegel

In Anbetracht der überragenden Bekanntheit des Arguments vom Hin- und Herwandern des Blickes, ist es vielleicht nicht ganz uninteressant zu erfahren, dass die Idee um einiges älter ist als der Text, mit dem sie wirkungsgeschichtlich verbunden ist, nämlich Karl Engischs *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*.<sup>19</sup> Nach herkömmlicher Auffassung war es Engisch, der dem Gedanken einer nicht in ein starres logisches Schema zu pressenden Bewegung jenen griffigen Ausdruck gegeben hat. Die Idee vom Hin- und Herwandern ist aber in Wahrheit älteren Datums. Sie taucht bereits in dem Abschnitt über die „Rechtspflege“ in Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* auf.<sup>20</sup> Hegel vermerkt dort zum Problem der Rechtsanwendung:

„Die Begriffsbestimmtheit [des gesetzten Rechts, also des Gesetzes] gibt nur eine allgemeine Grenze, innerhalb deren noch ein Hin- und Hergehen stattfindet.“<sup>21</sup>

Diese ursprüngliche Version gefällt mir in ihrer Schlichtheit sogar etwas besser als Engischs mit unnötigen Assoziationen aufgeladener Begriff des Hin- und Herwanderns (wieso eigentlich Wandern?) und entschieden besser als der etwas mystifizierende Begriff von Kriele, der vom Hin- und Herpendeln spricht.<sup>22</sup> Denn weder geht es um ein Pendeln, noch um ein Wandern, es geht auch eigentlich gar nicht in besonderer Weise um einen Blick, der hin- und hergeht, sondern es geht, ganz einfach, bei der Rechtsanwendung zwischen Norm und Sachverhalt hin und her. Das ist alles und Hegel hat es lange vor den Methodendiskussionen des zwanzigsten Jahrhunderts auf den Punkt gebracht. Auch seine Begründung des Hin und Her muss sich keineswegs gegenüber den neueren Darstellungen verstecken, sondern enthält schon alles, was man für ein kritisches Bewusstsein gegenüber Verdinglichungen juristischer Subsumtion braucht. Ich möchte den Argumentationsgang aus dem Rechtspflege-Kapitel deswegen hier kurz rekonstruieren.

<sup>18</sup> Diesen Vorschlag entwickele ich in *Bung, Subsumtion und Interpretation*, 2004.

<sup>19</sup> Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. 1960, 15.

<sup>20</sup> Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werkausgabe Bd. 7, hrsg. von Moldenhauer/Michel, 1986, 360–382 (§§ 209–229).

<sup>21</sup> Ibid., 366 (§ 214).

<sup>22</sup> Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, 200.

## V. Das Problem der Rechtsanwendung in den *Grundlinien der Philosophie des Rechts*

Hegels Überlegungen zum Problem der Rechtsanwendung nehmen ihren Ausgang vom Recht, insofern es „bekannt“ und „gesetzt“ ist,<sup>23</sup> d. h. die Form des Gesetzes hat. In der Form des Gesetzes erhält das Recht „seine wahrhafte Bestimmtheit“.<sup>24</sup> Hegel gibt zu verstehen, dass auch Unrecht in der Form des Gesetzes auftreten kann,<sup>25</sup> diesen möglichen Widerspruch zwischen positivem und natürlichem Recht lasse ich hier jedoch beiseite. Wahrhafte Bestimmtheit heißt, dass Gesetzesrecht nicht nur die notwendige Allgemeinheit des Rechts aufweist, in Gestalt von Regeln, die sich verbindlich an alle richten,<sup>26</sup> sondern dass es, wie Hegel sich ausdrückt, rechtlicher Inhalt „in seiner bestimmten Allgemeinheit“<sup>27</sup> ist. Was Recht als Gesetzesrecht ausmacht, ist also *Allgemeinheit* und *Bestimmtheit*. Das Erfordernis der Allgemeinheit ist klar, denn was einen Einzelfall regelt, kann kein Gesetz sein, mehr noch, eine Einzelfallregelung *darf* aus rechtsstaatlichen Gründen gar kein Gesetz, sondern kann nur ein Verwaltungsakt oder eine richterliche Entscheidung sein. Neben diesem Erfordernis der Allgemeinheit kommt es bei der Gesetzesform aber auch wesentlich auf Bestimmtheit an, sie erst ermöglicht die charakteristische *Garantiefunktion* des Rechts, dass die Adressatinnen und Adressaten des Rechts wissen, dass es im Recht mit rechten Dingen zu geht, dass es hier keinen Zufall und keine Willkür gibt. Erst durch seine Bestimmtheit ist das Gesetz „überhaupt gewusst [...] und damit auch als *allgemein Gültiges gewusst*“.<sup>28</sup>

Nun beschränkt sich die Wirklichkeit des Gesetzes bekanntlich nicht auf diese allgemeine Weise „für das Bewusstsein zu sein“,<sup>29</sup> sondern es kommt darauf an zu wissen, ob das Gesetz auch *hier* für diesen Einzelfall gilt. Diese Überlegung wäre ganz unproblematisch, wenn man das Gesetz derart abfassen könnte, dass sein Tatbestand die Beschreibung des Einzelfalls enthält, so dass man es an ihm ablesen kann, ob der vorliegende Fall ein Anwendungsfall ist oder nicht. Aber so würde das Bestimmtheitsgebot offensichtlich mit dem Erfordernis der Allgemeinheit kollidieren. Die Allgemeinheit des Gesetzes hat ja nicht die Form einer abgeschlossenen Liste abzählbarer Dinge oder Ereignisse, sondern besagt, dass das Gesetz für unbestimmt viele Fälle dieser Art gilt. Das Gesetz ist nur dadurch überhaupt eine eigenständige Regelungsform, dass es für potentiell unendlich viele Konstellationen der in seinem Tatbestand normierten Art verbindlich ist.

„Das Recht“ schreibt Hegel an einer anderen Stelle, „tritt [...] in die Beziehung auf den *Stoff* der in der bürgerlichen Gesellschaft ins Unendliche sich vereinzelnden und verwinkelnden Verhältnisse“.<sup>30</sup> Im Hinblick auf diese Unendlichkeit und Zufälligkeit der Verhältnisse differenziert er dann noch einmal zwischen „Besonderem“ und „Einzelнем“. Aus spezifisch juristischer Perspektive kann man sich den Gedanken vielleicht ganz gut anhand der Unterscheidung der Regelungsgegenstände von Verordnung und Verwaltungsakt verdeutlichen. Die Regelungsform des Rechts kann jedenfalls

<sup>23</sup> Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 361 (§ 211).

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Vgl. ibid., 364 (§ 212).

<sup>26</sup> Vgl. ibid., 362 (§ 211).

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Ibid., 361 (§ 210).

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid., 365 (§ 213).

nicht nur auf die Form des Gesetzes (des Gesetzes im formellen Sinne) beschränkt sein, sondern bedarf zur Vermittlung mit der Wirklichkeit noch anderer Formen, die sich auf weniger Allgemeines oder solches beziehen, das gerade keine Allgemeinheit aufweist.<sup>31</sup> Nicht nur mit den Besonderheiten eines Regelungsgebiets muss sich das Recht ins Verhältnis setzen, sondern noch mehr wird von ihm verlangt, da „das Gesetzsein des Rechts die *Anwendbarkeit* auf den *einzelnen Fall* in sich [schließt].“<sup>32</sup> Damit ist das grundlegende Problem der juristischen Methodenlehre angesprochen. Hegel drückt es anschaulich aus als „*Zuspitzung* des Allgemeinen, nicht nur zum Besonderen, sondern zur Vereinzelung, d. i. zur *unmittelbaren Anwendung*.“<sup>33</sup>

Diese Zuspitzung kann jedoch, um in dem Bild zu bleiben, nie so spitz sein, dass ihre Spitze den Einzelfall berührt. In der „Sphäre des durch den Begriff unbestimmten *Quantitativen*“<sup>34</sup> ist das Gesetz notwendigerweise nicht bestimmt genug. Und daher kommt es zu jener merkwürdigen Bewegung zwischen Allgemeinem und Einzelhem, die so schwer in Begriffe zu fassen ist, dass man zu Bildern und Metaphern greift, um das Unbegreifliche zum Ausdruck zu bringen: „Die Begriffsbestimmtheit [des Gesetzes] gibt nur eine allgemeine Grenze, innerhalb deren noch ein Hin- und Hergehen stattfindet.“<sup>35</sup> Ein Hin und Her über die Grenze des bestimmten Allgemeinen, das daher notwendigerweise in seiner Unbestimmtheit erfahrbar wird.

## VI. Abbruch des Hin und Her

Diese Erfahrung kann man nun derart stilisieren, dass man die Ratio des Gesetzes überhaupt in Zweifel zieht, dass man skeptizistisch die Möglichkeit von Rechtsbestimmtheit überhaupt oder defätistisch die Möglichkeit bestreitet, dass es bei der Rechtsanwendung in einem nennenswerten Sinn um „Rationalität“ geht. Man kann die Stilisierung so weit treiben, dass man das Methodenproblem zu einem Gerechtigkeitsproblem umdeutet und der Auffassung Ausdruck gibt, dass das Gesetz notwendig ungerecht ist, weil es niemals im strengen Sinne einzelfallgerecht ist. Diese Stilisierungen oder Dramatisierungen dienen jedoch überwiegend nur der Sensation und haben keinen Grund in der Sache, denn im Grunde geht es nur um die Selbstverständlichkeit, dass es zwischen dem Allgemeinen und dem Einzelnen einen notwendigen Unterschied gibt.

Werfen wir noch einmal einen Blick in die *Grundlinien* und schauen, wie das Problem der Rechtsanwendung fortgeführt und aufgelöst wird. Nach der Feststellung des Hin- und Hergehens zwischen Sachverhalt und Norm fährt Hegel fort:

„Dieses [das Hin- und Hergehen] muss aber zum Behuf der Verwirklichung abgebrochen werden, womit eine innerhalb jener Grenze [der Gesetzesbestimmtheit] zufällige und willkürliche Entscheidung eintritt.“<sup>36</sup>

Auch hier erweist sich der klassische Text im Hinblick auf Diskussionen des zwanzigsten Jahrhunderts als bemerkenswert vorausschauend, denn er lässt begreifen,

<sup>31</sup> Das begründet im Übrigen auch die Problematik des Blankettgesetzes.

<sup>32</sup> Ibid., 366 (§ 214).

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid.

warum eine Methodenfrage zum Gegenstand leidenschaftlicher Auseinandersetzungen werden konnte. Juristische Subsumtion, aufgeladen mit dem rechtsstaatlichen Anspruch eines berechenbaren und in seiner Berechenbarkeit auch gerechten, weil gleichbehandelnden und nicht bevorzugenden oder benachteiligenden Rechts, soll den Zufall und die Willkür ausschließen. So gesehen geht es um nichts Geringeres als um eine elementare Standortbestimmung des Rechtsstaats, um die Grundfragen der Gesetzesbindung und der Gleichheit vor dem Gesetz. Wenn Subsumtion durch Hin und Her ersetzt wird, droht diese Garantiefunktion des Rechts brüchig zu werden. Auf die Frage, wann es reicht mit dem Hin und Her, kann es nämlich keine eindeutige Antwort geben. Die Unentschiedenheit ist im Prinzip unendlich und da dies wegen der Justizgewährleistungspflicht und des Entscheidungzwangs nicht möglich ist, muss das Hin und Her abgebrochen werden. Was aber garantiert, dass dieser Abbruch nicht willkürlich oder zufällig geschieht?

Folgt man Hegel, ist dies durch nichts garantiert. Weil die Kriterien des Abbruchs nicht abgeleitet werden können (denn dann unterstünde das Hin und Her ja wieder der Logik der Subsumtion), ist Rechtsanwendung, damit muss man wohl leben, in einem nicht eindeutig zu bestimmenden Umfang zufällig und willkürlich.

Wenn das so ist, kann man gegen das Subsumtionsmodell der Rechtsanwendung eine zweite, schärfere Linie der Kritik aufmachen. Denn nicht nur, kann man sagen, beschränkt sich seine Aussagekraft auf eine recht simple logische Modellvorstellung, die mit der Wirklichkeit des Rechts wenig zu tun hat, sie erweckt – und diese Linie der Kritik könnte man als eine Art von *Ideologiekritik* (eine Kritik falschen Bewusstseins) bezeichnen – den falschen Eindruck, dass Rechtsanwendung ein voraussehbarer, berechenbarer Vorgang ist. Und indem es in Wirklichkeit eine solche Berechenbarkeit des Rechts nicht gibt, *maskiert* das Subsumtionsmodell die Verhältnisse, es *täuscht* darüber, wie die Verhältnisse wirklich sind. Das Missverständnis, das in der Verwechslung des Subsumtionsmodells mit einem Modell der Rechtsfindung liegt, wäre also ein bewusst gefördertes oder zumindest gerne in Kauf genommenes, um – darin verwandt mit der systematischen Ausschaltung des Personalpronomens der ersten Person Singular in autoritativen juristischen Texten – Objektivität und Rationalität der Rechtsanwendung vorzuspiegeln.

## VII. Willkür und Vernunft

In der Ideologiekritik des Subsumtionsmodells liegt eine Zuspitzung, die man als produktive Verunsicherung eines nicht mehr befragten Selbstverständnisses zulassen kann. Durchaus gibt es Bereiche des Rechts, deren kriterielle Unterbestimmtheit oder Scheinbestimmtheit dazu führt, dass man den Einwand des Dezisionismus nicht sofort von der Hand weisen kann. Man denke beispielhaft an den Bereich der Strafzumessung, bei der auch die zur Verfügung gestellten begrifflichen Strukturen – Strafraahmen, Schuldrahmen usw.<sup>37</sup> – nicht darüber hinwegtäuschen können, um was für ein schwer

---

<sup>37</sup> Zur Struktur des Vorgangs der Strafzumessung s. Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, 161–268, zum dort entwickelten Sieben-Phasen-Modell S. 163 ff.

berechenbares Rechtsgebiet es sich doch hierbei handelt.<sup>38</sup> Freilich muss man daran erinnern, dass das Bestimmtheitsgebot gerade bei der Aufgabe einer gerechten Strafzumessung sehr stark mit dem strafrechtlichen principium individuationis, dem Schuldprinzip, vermittelt ist,<sup>39</sup> weswegen die Vorstellung, im Einzelfall ein korrektes Strafmaß „deduzieren“ zu können, von vornherein aussichtslos ist.<sup>40</sup>

Hegel hat die Irritation über die Unbestimmtheit des Rechts übrigens interessanterweise im Hinblick auf Strafzumessungsentscheidungen verdeutlicht. Er schreibt:

„Es lässt sich nicht *vernünftig* bestimmen noch durch die Anwendung einer aus dem Begriffe herkommenden Bestimmtheit entscheiden, ob für ein Vergehen eine Leibesstrafe von vierzig Streichen oder von vierzig weniger eins, noch ob eine Geldstrafe von fünf Talern oder aber auch von vier Talern und dreizwanzig usf. Groschen, noch ob eine Gefängnisstrafe von einem Jahre oder von dreihundertvierundsechzig usf. [Tagen] oder von einem Jahre und einem, zwei oder drei Tagen das Gerechte sei. Und doch ist schon ein Streich zuviel, ein Taler oder ein Groschen, eine Woche, ein Tag Gefängnis zuviel oder zuwenig eine Ungerechtigkeit.“<sup>41</sup>

Wie man sieht, stilisiert an dieser Stelle auch Hegel das Methodenproblem zu einem Gerechtigkeitsproblem. Diese Zuspitzung kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass zwischen einer völlig arbitären, gleichsam „erwürfelten“ Festlegung des Strafmaßes und einer Strafzumessung, die sich um Kriterien der Vergleichbarkeit bemüht, aber natürlich von vornherein bestimmten Anforderungen der Bestimmtheit nicht – und zwar noch viel weniger als bei Rechtsoperationen auf der Tatbestandsseite der Norm – genügen kann, ein Unterschied gemacht werden muss.

Wegen des Individuationsprinzips, das im Bereich der Strafzumessungsschuld noch stärker gilt als in dem der Schuldzurechnung, ist es sachfremd zu denken, es könnte eine geschlossene (streng deduktive) Kette von Rechtsanwendungsoperationen geben, die einen individuellen Schuldumfang und ein diesem entsprechendes Strafmaß „beweist“. Deswegen ist Hegels provokatorischer Einwand der notwendigen Ungerechtigkeit von Strafzumessungsentscheidungen rhetorisch gemeint und darf keineswegs wörtlich genommen werden. Das gilt auch für die Bemerkung, dass die juristische Entscheidung „sich nicht *vernünftig* bestimmen [lässt]“.<sup>42</sup> Es wäre geradezu unvernünftig zu verlangen, dass juristische Entscheidungen solchen Anforderungen an die Vernünftigkeit entsprechen müssen. Oder, anders formuliert, es ist vernünftig, in Bezug auf juristische Entscheidungen nicht mit einer zu starken Vernünftigkeitsunterstellung zu arbeiten. Hegel schreibt:

<sup>38</sup> Deswegen ja auch die aktuelle Diskussion darüber, ob wir ein neues Strafzumessungsrecht brauchen, s. dazu das dem 72. Deutschen Juristentag 2018 vorgelegte Gutachten von *Kaspar, Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen – brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?*, 2018; s. zu der Diskussion *Grosse-Wilde, Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?*, ZIS 2019, 130–143.

<sup>39</sup> Zum Abstimmungsbedarf zwischen Bestimmtheitsgebot und Schuldprinzip BVerfGE 105, 135.

<sup>40</sup> Das besagt nichts gegen den methodischen Wert des deduktiven Begründungsmodells, das – wie bereits oben unter III. hervorgehoben – wegen der Ausweisungspflicht bereits eine disziplinierende Wirkung auf den Vorgang der Rechtsanwendung entfaltet, dazu instruktiv *Grosse-Wilde, Eine normentheoretische Rekonstruktion der Strafzumessungsentscheidung und die Unterscheidung von Rechts- oder Tatfrage*, HRRS 2009, 363–372.

<sup>41</sup> *Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 366 f. (§ 214).

<sup>42</sup> *Ibid.*, 366 (§ 214).

„Die Vernunft ist es selbst, welche anerkennt, dass die Zufälligkeit, der Widerspruch und Schein ihre, aber beschränkte Sphäre und Recht hat [...]; hier ist allein noch das Interesse der *Verwirklichung*, das Interesse, dass überhaupt bestimmt und entschieden sei“.<sup>43</sup>

Freilich darf die Reflexion auch hierbei nicht stehen bleiben, denn dies könnte immer noch als Verteidigung eines Rechtsdezisionismus missverstanden werden. Gegen eine missverständliche Formulierung in der Argumentation Hegels ist zweifellos daran festzuhalten, dass sich die Vernunft im Recht, soweit sie wirksam ist, selbstverständlich darum bemühen muss „Widersprüche ins Gleiche und Gerechte zu bringen“.<sup>44</sup>

Diesem Bemühen sind allerdings Grenzen gesetzt, wo das Recht seiner allgemeinen Natur nach selbst eine nicht eindeutig bestimmte Grenze setzt, die zum Hin und Her und zu dessen Abbruch nötigt. Dieser Abbruch tritt immer ein, aber er besagt als solcher nichts über den Unrechtscharakter oder die Ungerechtigkeit einer juristischen Entscheidung, weil ihm formal lediglich die Unterscheidung zwischen Allgemeinem und Einzelnen zugrunde liegt, die in der Rechtsanwendung, der falschen wie der richtigen, der gerechten wie der ungerechten, zum Vorschein tritt.<sup>45</sup> Die Kriterien der Gerechtigkeit müssen woanders gesucht werden, sie sind innerhalb des juristischen Methodenproblems nicht darstellbar.

### VIII. Zusammenfassung

Dass Rechtsanwendungsoperationen nach einem deduktiven Muster (modus ponens) geordnet und zur Darstellung gebracht werden können, aber sich nicht selbst als Deduktionen (in der Weise eines Subsumtionsprogramms) vollziehen, ergibt sich daraus, dass das Gesetz „bestimmte Allgemeinheit“ (Hegel) ist. Es kann prinzipiell nicht so bestimmt sein, dass man den Einzelfall an ihm ablesen kann. Als Gesetz, das schon die Feststellung des Einzelfalls beinhaltet, hätte es vielmehr die Form des Unrechts, nämlich des Maßnahmengesetzes. Dass das Gesetz nicht nur bestimmt, sondern auch unbestimmt ist, gehört notwendig zum Zustand des Rechts.

Deswegen sind alle Argumente irreführend, die die Unbestimmtheit des Rechts zum Anlass nehmen, um skeptizistische, defaitistische, fatalistische oder dezisionistische Schlussfolgerungen zu präsentieren oder die Unbestimmtheit zu einem Gerechtigkeitsproblem zu stilisieren. Sie sind allenfalls als rhetorische Figuren zur Irritation und Sensibilisierung des Rechtsbewusstseins akzeptabel: Weil nicht das Gesetz schon selbst seine richtige Anwendung garantiert, ist ein geschärftes Bewusstsein vonnöten für die Möglichkeiten des Fehlgebrauchs oder Missbrauchs, die mit der Unbestimmtheit des Rechts einhergehen. Dafür muss einer zu starken, „robusten“ (intrinsisch logizistischen) Vorstellung von juristischer Subsumtion entgegengewirkt werden.

Juristische Methodenlehre ist daher ein wichtiger Bestandteil des rechtswissenschaftlichen Curriculums. Vermittelt werden muss ein logisch und semantisch aufgeklärter Gebrauch des Begriffs der juristischen Subsumtion. Ein präziser Begriff von Subsumtion lässt sich überhaupt nur mit den Mitteln der formalen Logik darstellen, als

<sup>43</sup> Ibid., 367 (§ 214).

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Vgl. dazu grundlegend John Locke zur „Prärogative“ (The Second Treatise of Government, Kap. XIV).

Muster deduktiven Schließens, wie es vor allem in Gestalt des sog. Justizsyllogismus bekannt ist. Dieses Muster ist über das herkömmliche syllogistische Schema hinaus weiterer logischer Differenzierung zugänglich. Die durch die Interdependenz von Sachverhalt und Norm bedingte Dynamik zwischen Allgemeinem und Einzelнем, die in der rechtsmethodologischen Diskussion prominent als Hin- und Herwandern des Blickes (Engisch) beschrieben wurde, lässt sich nur unter Inkaufnahme von Missverständnissen als „Subsumtion“ auffassen. Vorzugswürdig ist es, dieses Hin und Her gar nicht erst mit dem Begriff der Subsumtion in Verbindung zu bringen.

Schließlich: Wenn man nicht die Zeit hat, sich in die verästelten rechtsmethodologischen Diskussionen des zwanzigsten Jahrhunderts einzulesen, kann man das Wesentliche zum Problem der Rechtsanwendung im Rechtspflege-Kapitel von Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* nachlesen.

*Jochen Bung,*  
Universität Hamburg, E-Mail: jochen.bung@uni-hamburg.de